

WYROK
z dnia 26 września 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 września 2017 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 września 2017 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum: **Rover Alcisa S.A., Aldesa Construcciones Polska sp. z o.o., Aldesa Construcciones S.A., Botanico Cavanilles 28, 46010 Walencia** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa,** przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum: **INFRAKOL Sp. z o.o. Sp. k., TRACK TEC CONSTRUCTION Sp. z o.o., ul. ul. Kardynała Stefana Wyszyńskiego 14, 59-400 Jawor** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie;
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum: **Rover Alcisa S.A., Aldesa Construcciones Polska sp. z o.o., Aldesa Construcciones S.A., Botanico Cavanilles 28, 46010 Walencia** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr.** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum: **Rover Alcisa S.A., Aldesa Construcciones Polska sp. z o.o., Aldesa Construcciones S.A., Botanico Cavanilles 28, 46010 Walencia,** tytułem wpisu od odwołania.
3. Nie uwzględnia wniosku zamawiającego - **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, (0-734 Warszawa)** o zasądzenie na jego rzecz kwoty **591,75 zł 00 gr** (słownie: pięćset dziewięćdziesiąt jeden zero siedemdziesiąt pięć groszy) tytułem kosztów związanych z dojazdem pełnomocników na wyznaczone posiedzenie i rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zmianami) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego

Warszawa - Praga w Warszawie.

Przewodniczący:

2

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „Przebudowa st. Wałbrzych Szczawienko i st. Świebodzice oraz budowa zintegrowanego przystanku kolejowego Wałbrzych Śródmieście realizowanego w ramach projektu „Prace na linii kolejowej nr 274 Wrocław-Zgorzelec na odcinku Wrocław-Jelenia Góra oraz przyległych łącznicach” (dalej: „Postępowanie”). Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dz.U. UE numer 2017/S 066-124806 z dnia 04.04.2017 r. Numer referencyjny postępowania: IREZA4h-216-19/2017. Zdaniem wnoszącego odwołanie – Konsorcjum - Rover Alcisa S.A. z Walencji, Aldesa Construcciones Polska sp. z o. o. z Warszawy, Aldesa Construcciones S.A. z Madrytu [Konsorcjum RAA lub Odwołujący] reprezentowanego przez pełnomocnika – J.L.M.M. w tym postępowaniu Zamawiający - PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z Warszawy - Jednostka prowadząca

Postępowanie: PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Centrum Realizacji Inwestycji Region Śląski z Wrocławia dokonał wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum w składzie: 1. INFRAKOL Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp. kom. z Jawora, dalej jako „INFRAKOL” oraz 2. TRACK TEC CONSTRUCTION Sp. z o.o. z Wrocławia, dalej jako „TRACK TEC”, zwane dalej łącznie jako „Konsorcjum ITT”, z naruszeniem przepisów ustawy Pzp, albowiem zaniechał:

1. odrzucenia oferty Konsorcjum ITT z powodu zaoferowania rażąco niskiej ceny oraz z powodu niezgodności treści oferty z treścią SIWZ;
2. wezwania Konsorcjum ITT do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny w odniesieniu do istotnych części składowych oferty wskazanych w uzasadnieniu odwołania, pomimo że noszą one znamiona rażąco niskich;
3. wezwania do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp dokumentów na potwierdzenie spełniania warunku udziału w Postępowaniu w zakresie zdolności ekonomicznej przez INFRAKOL i TRACK TEC; względnie - wezwania do wyjaśnienia w trybie art. 26 ust 4 ustawy Pzp dokumentów złożonych na potwierdzenie spełniania warunku w zakresie zdolności ekonomicznej przed procedurą uzupełnienia;
4. odtajnienia dokumentu/dokumentów obejmujących zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa i jej uzasadnienie, a dotyczących wyjaśnień ceny rażąco niskiej i wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum ITT na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp w zakresie terminu realizacji zamówienia;
5. odtajnienia informacji zawartych w wyjaśnieniach ceny rażąco niskiej i wyjaśnieniach złożonych na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp w zakresie terminu realizacji zamówienia.

3

Powyższe zdaniem Odwołującego narusza:

1. przepis art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w związku z art. 90 ust 3 ustawy Pzp – oferta zawiera rażąco niską cenę;
2. przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp - w ofercie nie wyceniono i nie uwzględniono części przedmiotu zamówienia odnoszącej się do „Dokumentacji” i „Certyfikacji” (szczegółowo opisanych w uzasadnieniu odwołania), względnie dokonano jej wyceny w innych pozycjach, co również pozostaje w sprzeczności z treścią SIWZ;
3. przepis art. 90 ust. 1 ustawy Pzp - brak wezwania Konsorcjum ITT do złożenia wyjaśnień w przedmiocie istotnych części składowych zaoferowanej ceny odnoszących się do obiektów inżynierskich (wskazanych szczegółowo w uzasadnieniu odwołania), pomimo faktu, że nosiły one znamiona rażąco niskich;
4. przepis art. 26 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp – brak wezwania Konsorcjum ITT do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w Postępowaniu określonego w pkt 8.6.2. lit. a) SIWZ w zakresie zdolności ekonomicznej, pomimo faktu, że Konsorcjum ITT nie złożyło dokumentów na potwierdzenie spełniania ww. warunku udziału w Postępowaniu wskazanych w pkt 9.6.7. SIWZ w Postępowaniu w odniesieniu do członków Konsorcjum ITT, tj. INFRAKOL i TRACK TEC; względnie naruszenie art. 26 ust. 4 poprzez zaniechanie wezwania do wyjaśnienia ww. dokumentów przed procedurą uzupełnienia;
5. przepis art. 8 ust. 1-3 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie ujawnienia dokumentów zawierających zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa i uzasadnienie objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa wyjaśnień ceny rażąco niskiej i wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum ITT na wezwanie w trybie art. 87 ust 1 ustawy Pzp, odnoszących się do terminu realizacji zamówienia - wykonawca nie wykazał zasadności ich zastrzeżenia, a ponadto informacje te nie stanowią w ogóle informacji mających przymiot tajemnicy przedsiębiorstwa;
6. przepis art. 8 ust. 1-3 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji - zaniechanie ujawnienia wyjaśnień w zakresie ceny rażąco niskiej i terminu wykonania, pomimo faktu, że wykonawca nie wykazał, że spełnione są wszystkie przesłanki zastrzeżenia ww. informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Wskazując na powyższe Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu: (1) unieważnienia czynności badania i oceny ofert oraz czynności wyboru oferty najkorzystniejszej; (2) odtajnienia treści dokumentów zawierających zastrzeżenie i uzasadnienie zastrzeżenia jako tajemnicy wyjaśnień ceny rażąco niskiej i wyjaśnień odnoszących się do terminu realizacji zamówienia oraz wyjaśnień ceny rażąco niskiej i wyjaśnień w zakresie terminu realizacji zamówienia; (3) powtórzenia czynności badania i

art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp oraz na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jako niezgodnej z treścią SIWZ; ewentualnie (4) powtórzenia czynności badania i oceny ofert złożonych w Postępowaniu oraz wezwania Konsorcjum ITT do złożenia w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wyjaśnień w przedmiocie istotnych części składowych zaoferowanej ceny wskazanych w uzasadnieniu odwołania;

(5) wezwania

Konsorcjum ITT do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp dokumentów potwierdzających wykazanie spełniania warunku udziału w Postępowaniu odnoszącego się do zdolności ekonomicznej; względnie zastosowania uprzednio wezwania w trybie 26 ust. 4 ustawy Pzp do wyjaśnień w przedmiotowym zakresie. Ponadto Odwołujący wnosi o obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, w tym zasądzenie od Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego, poniesionych przez Odwołującego. Odwołujący wskazał ponadto: "Oferta złożona przez Odwołującego w Postępowaniu została oceniona przez Zamawiającego jako druga. Ze względu na fakt, iż oferta Konsorcjum ITT pomimo licznych wadliwości, nie została odrzucona, a została uznana w przedmiotowym Postępowaniu za najkorzystniejszą, przez co Odwołujący nie został wybrany, Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia kwalifikowany możliwością poniesienia szkody. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego wskazanych powyżej przepisów ustawy Pzp, interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, gdyż w przypadku prawidłowego działania Zamawiającego oferta Odwołującego zostałaby uznana za najkorzystniejszą i uzyskałby on zamówienia i płynące z niego wymierne korzyści finansowe. W konsekwencji powyższych niezgodnych z przepisami ustawy Pzp działań i zaniechań Zamawiającego Odwołujący, nie uzyskując zamówienia, poniesie szkodę przejawiającą się chociażby w postaci poniesionych kosztów związanych z przygotowaniem oferty i udziałem w postępowaniu, a przede wszystkim utratą korzyści, z jakimi wiązało się uzyskanie zamówienia. Wykazane powyżej okoliczności jednoznacznie przesądzają o uprawnieniu Odwołującego do wniesienia przedmiotowego odwołania oraz konieczności rozpatrzenia podniesionych w nim zarzutów".

W uzasadnieniu zarzutów odwołania w szczególności podniósł, co następuje:

- I. W zakresie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty z uwagi na cenę rażąco niską i niezgodność z SIWZ

Wnoszący odwołanie wskazał, że:

1. (...) z TOMU I SIWZ - IDW, PKT 13 OPIS SPOSOBU OBLICZANIA CENY wynika w szczególności, iż cena ofertowa musi uwzględniać wszystkie wymagania, czynności i badania składające się na wykonanie zadań określonych w Programie Funkcjonalno-Użytkowym (w tym roboty tymczasowe i prace towarzyszące) oraz ma zostać obliczona poprzez wypełnienie załączonych do SIWZ dokumentów pn. Rozbicie Ceny Ofertowej (RZO) oraz Przedmiar Robót.

5

2. Brzmienie szczegółowych zapisów odnoszących się do sposobu obliczania ceny jest następujące:

„13. OPIS SPOSOBU OBLICZANIA CENY

13.1. Podana w ofercie cena ofertowa brutto musi uwzględniać wszystkie wymagania niniejszej SIWZ oraz obejmować wszystkie koszty bezpośrednie i pośrednie, jakie poniesie Wykonawca z tytułu terminowego i prawidłowego wykonania całości przedmiotu Zamówienia oraz podatek od towarów i usług (nie dotyczy Wykonawców zagranicznych, którzy nie są płatnikami podatku VAT w Polsce).

13.2. Jeżeli złożono ofertę, której wybór prowadziłby do powstania u Zamawiającego obowiązku podatkowego zgodnie z przepisami o podatku od towarów i usług, Zamawiający w celu oceny takiej oferty doliczy do przedstawionej w niej ceny podatek od towarów i usług, który miałby obowiązek rozliczyć zgodnie z tymi przepisami.

13.3. Cena ofertowa musi uwzględniać wszystkie wymagania oraz czynności i badania składające się na ich wykonanie, określone w Programie Funkcjonalno-Użytkowym, w tym roboty tymczasowe i prace towarzyszące konieczne dla wykonania tych robót

13.4. Wykonawca musi dostarczyć wypełnione Rozbicie Ceny Ofertowej.

Wykonawca musi wycenić wszystkie pozycje. Rozbicia ceny ofertowej gdzie zarówno ceny jednostkowe jak i cena za daną pozycję jest podana z matematycznym zaokrągleniem do dwóch miejsc po przecinku. Pozycje niewypełnione będą uznane za włączone do innych pozycji wypełnionych. Rozbicia ceny ofertowej.

13.5. Sumaryczna wartość pozycji RCO dotyczących wykonania dokumentacji projektowej nie może przekroczyć 7% ceny ofertowej za wykonanie całości Zamówienia (brzmienie uwzględniające zmianę nr 1 do SIWZ - przyp. aut.)

13.6. Wykonawca musi dołączyć do oferty wypełniony Przedmiar Robót. Wykonawca musi wycenić i wypełnić wszystkie pozycje Przedmiaru Robót.

Przyjmuje się, że wartość każdej pozycji w wypełnionym Przedmiarze Robót obejmuje pełen zakres prac i robót potrzebny do zrealizowania przedmiotu Zamówienia, opisanych w OPZ, łącznie ze wszystkimi kosztami, które są niezbędne do poniesienia dla wykonania opisanych prac i robót oraz ich zabezpieczenia i utrzymania w trakcie realizacji wraz ze wszystkimi tymczasowymi robotami i instalacjami koniecznymi do wykonania w ramach pozycji, a także nieprzewidziane koszty spowodowane przez zastosowanie się podczas wykonywania robót do wszystkich obowiązujących aktualnych przepisów i praw krajowych, lokalnych lub europejskich. Podane ceny muszą być zaokrąglone do dwóch miejsc po przecinku.

W przypadku wstawienia przez Wykonawcę w jakiegokolwiek pozycji Przedmiaru Robót cyfry „0” lub w ogóle jej niewypełnienie, pozycje takie będą uznane za włączone do innych pozycji wypełnionego Przedmiaru Robót.

W przypadku, gdy w wypełnionych przez Wykonawcę Przedmiarach Robót

6

wystąpią inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty Zamawiający poprawi je w sposób opisany niżej, w szczególności:

a) w przypadku braku pozycji - Zamawiający poprawi Przedmiar Robót poprzez dopisanie treści brakującej pozycji jednostki miary, liczby jednostek oraz wpisanie dla tej pozycji ceny jednostkowej oraz wartości w wysokości O (zero) i uzna tę pozycję za włączoną do innych pozycji wypełnionego Przedmiaru Robót.

b) w przypadku błędnie wpisanej „Nazwy elementu rozliczeniowego” - Zamawiający poprawi Przedmiar Robót poprzez wpisanie poprawnej nazwy elementu rozliczeniowego pozostawiając niezmienną dla tej pozycji zaoferowaną w Przedmiarze Robót cenę jednostkową i wartość,

c) w przypadku błędnie wpisanej „Jednostki miary” - Zamawiający poprawi Przedmiar Robót poprzez wpisanie poprawnej jednostki miary pozostawiając niezmienną dla tej pozycji zaoferowaną w Przedmiarze Robót cenę jednostkową i wartość,

d) w przypadku błędnie wpisanej „Liczby Jednostek” - Zamawiający poprawi Przedmiar Robót poprzez wpisanie poprawnej liczby jednostek i dokona obliczenia wartości tej pozycji poprzez pomnożenie poprawnej liczby jednostek przez cenę jednostkową podaną w Przedmiarze Robót,

e) w przypadku braku w Przedmiarze Robót „Ceny jednostkowej” - Zamawiający dokona obliczenia ceny jednostkowej jako ilorazu w którym za dzielną przyjmie się wskazaną w Przedmiarze Robót wartość, a za dzielnik liczbę jednostek. Jeżeli otrzymana cena jednostkowa będzie posiadała więcej niż dwa miejsca po przecinku Zamawiający zaokrągli ją zgodnie z zasadami matematyki i ponownie dokona obliczenia wartości jako iloczynu liczby jednostek i ceny jednostkowej (po zaokrągleniu),

f) w przypadku braku w Przedmiarze Robót „Ceny jednostkowej” i „Wartości” - Zamawiający poprawi Przedmiar Robót poprzez wpisanie dla tej pozycji ceny jednostkowej oraz wartości w wysokości O (zero) i uzna tę pozycję za włączoną do innych pozycji wypełnionego Przedmiaru Robót

13.7. Ceną oferty jest suma wartości wszystkich pozycji podanych w wypełnionym Przedmiarze Robót i Rozbiciu Ceny Ofertowej powiększona o ustaloną przez Zamawiającego Kwotę Warunkową oraz podatek VAT.

13.8. Sposób zapłaty i rozliczenia za realizację niniejszego Zamówienia, określone zostały w Tomie II niniejszej SIWZ”.

3. Dokumentacja niniejszego Postępowania została zatem skonstruowana w ten sposób, że Zamawiający wymagał przedłożenia wraz z ofertą:

- Przedmiarów Robót (było ich kilkadziesiąt) w odniesieniu do poz. 1, 2 i 3 z Rozbicia Ceny Ofertowej zestawienie zbiorcze, dalej jako „RCO zbiorcze”, które to pozycje rozliczane będą

na zasadzie kosztorysowej na podstawie powykonawczego obmiaru (vide: str. od 11- 354 oferty Konsorcjum ITT) i Rozbicia Ceny Ofertowej szczegółowego odnoszącego się poz. nr 4, 5 i 6 z RCO zbiorczego, które miały być realizowane w formule „zaprojektuj i buduj” i rozliczane ryczałtowo (vide: str. 355-362 oferty Konsorcjum ITT).

- RCO zbiorczego, do którego Wykonawcy mieli przenieść kwoty wynikające z dokumentów podrzędnych, czyli z wypełnionych Przedmiarów Robót (w odniesieniu do poz. 1-3 z RCO zbiorczego) i wypełnionych RCO szczegółowych (w odniesieniu do poz. 4-6 RCO zbiorczego).

Jednocześnie z SIWZ wynikało, że sumaryczna wartość pozycji RCO dotyczących wykonania dokumentacji projektowej nie może przekroczyć 7% ceny ofertowej za wykonanie całości Zamówienia (13.5. SIWZ).

4. Dodatkowo, co niezwykle istotne, Zamawiający w dniu 11.05.2017 r. pismem zatytułowanym „ZMIANA ODPOWIEDZI UDZIELONEJ W DNIU 28.04.2017 NA PYTANIE NR 15” zmodyfikował treść odpowiedzi na pytanie nr 15 w sposób następujący:

* Treść pytania i pierwotnie udzielonej odpowiedzi:

„Pytanie 15: W nawiązaniu do zapisów punktu 13.5 IDW:

13.5 Sumaryczna wartość pozycji RCO dotyczących wykonania dokumentacji projektowej nie może przekroczyć 7% ceny ofertowej za wykonanie całości Zamówienia (bez kosztów komunikacji zastępczej). Z uwagi na fakt, że dokumentacja projektowa pojawia się w kilku przedmiarach i w kilku pozycjach przytoczonych przedmiarów, zwracamy się z prośbą o wskazanie konkretnych nazw przedmiarów (plików) oraz konkretnych numerów pozycji których dotyczy wspomniany warunek 7%.

Odpowiedź:

Wykonawcy nie są zobowiązani do wyceny przedmiotowych pozycji zgodnie ze wskazanymi przez Zamawiającego procentowymi wskaźnikami. Wykonawcy mogą dokonywać wyceny w oparciu o oferty podwykonawców czy też o własne doświadczenie.

Treść zmodyfikowanej w dniu 11.05.2017 r. odpowiedzi na pytanie nr 15: „Zamawiający wymaga, aby sumaryczna wartość pozycji RCO dotyczących wykonania dokumentacji projektowej nie przekroczyła 7% ceny ofertowej za wykonanie całości Zamówienia. Zamawiający załącza RCO. w którym dostawione są pozycje dotyczące dokumentacji”. Dowód; kopia pisma Zamawiającego z dnia 11.05.2017 r. w sprawie zmiany odpowiedzi na pytanie nr 15 (Załącznik nr 10)

5. Mając na względzie powyższe, Zamawiający zmodyfikował treść RCO zbiorczego, w sposób następujący: (...)

6. Po modyfikacji brzmienia RCO z dnia 11.05.2017 r. w RCO zbiorczym Zamawiający wyodrębnił dodatkowe pozycje odnoszące się do Dokumentacji i Certyfikacji, a mianowicie dodano pozycje: 1.1.9 i 1.2; 2.1.4 i 2.1.5; 3.1.8. i 3.1.9; 4.1 oraz 5.4. 5.5. oraz 6.4.

7. W ofercie Konsorcjum ITT nie zastosował się do tej modyfikacji.

8. Odwołujący podkreślił, że brak wyceny Dokumentacji w pozycjach specjalnie dodanych do RCO zbiorczego, a odnoszących się do Dokumentacji (których nie było szczegółowo wyodrębnionych w Przedmiarach Robót, ani RCO szczegółowych dla poz. 4-6 z RCO zbiorczego) spowodowało, że Zamawiający nie był w stanie zweryfikować, czy oferta jest

zgodna z SIWZ, tj. czy wartość Dokumentacji nie przekracza 7% ceny ofertowej za wykonanie całości Zamówienia.

Zamawiający w modyfikacji odpowiedzi na pytanie nr 15 z dnia 11.05.2017 r. wskazał jasno, że oczekuje wskazania wartości Dokumentacji właśnie w polach specjalnie do tego dodanych w RCO zbiorczym. Udzielenie odpowiedzi na ww. pytanie, z uwagi na fakt, że nastąpiło już w toku Postępowania, wpływało na modyfikację zasad określonych w pkt 13.4. SIWZ, bowiem Zamawiający wskazał wprost, że Wykonawcy mają wypełnić pozycje RCO odnoszące się do Dokumentacji, które będą następnie zsumowane i porównane do wskazanej w pkt. 13.5 wartości 7% ceny ofertowej za wykonanie całości przedmiotu Zamówienia. Tym samym, z uwagi na powyższe zapisy, wskazane powyżej braki w wycenie w zakresie Dokumentacji, skutkować powinny odrzuceniem oferty Konsorcjum ICC jako niezgodnej z SIWZ na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Podsumowując, wskazał, że Dokumentacja została wyceniona w innych pozycjach RCO

zbiorczego, ponieważ:

- w odpowiedzi na pytanie nr 15 Zamawiający jasno wskazał, że dokonał wyodrębnienia tych pozycji w RCO i powinny one zostać wycenione właśnie w tych pozycjach - a więc niedopuszczalne i niezgodne z SIWZ jest ich wycenienie gdzieś indziej, czy też zaliczenie do innych pozycji, zwłaszcza że takie zaliczenie do innych pozycji czyni wymaganie, by wartość Dokumentacji nie przekraczała 7% ceny nieweryfikowalnym i umożliwia wycenę Dokumentacji na wyższym poziomie niż maksimum określone w SIWZ, co pozostaje w jawnej sprzeczności z treścią wymogu wynikającego z pkt 13.5. SIWZ.

9. Analogiczna argumentacja powinna stanowić podstawę odrzucenia oferty Konsorcjum ICC z uwagi na brak wyceny dodanych zmianą RCO z dnia 11.05.2017 r. pozycji obejmujących „Certyfikację”. Zamawiający poprzez dodanie do RCO zbiorczego odrębnych pozycji obejmujących certyfikacje w odniesieniu do poszczególnych obiektów wskazanych w RCO jasno przesadził, że żąda wyceny tych elementów właśnie w tych dodanych pozycjach. Dodatkowo wskazał, że ani w Przedmiarach Robót, ani w RCO szczegółowych nie znajdowała się pozycja określona jako „Certyfikacja”. Pojawiła się ona dopiero w RCO zbiorczym po modyfikacji z dnia 11.05.2017 r. Tym samym, już sam brak ich wyceny jest niezgodny z treścią SIWZ, która wymagała ich wyceny właśnie w tych pozycjach.

10. Mając na względzie powyższe, jak również zmodyfikowaną odpowiedź na pytanie 15 z dnia 11.05.2017 r., należy uznać, że brak wyceny ww. pozycji odnoszących się do

9

Dokumentacji i Certyfikacji skutkować powinien odrzuceniem oferty Konsorcjum ITT za niezgodność z SIWZ również z uwagi na fakt, że Konsorcjum ITT w ogóle tych świadczeń nie zaoferował, co jest niezgodne z treścią SIWZ. Nie można przy tym uznać, że wartość przedmiotowych pozycji uległa włączeniu do innych pozycji, ponieważ w odpowiedzi na pytanie 15 Zamawiający jasno wskazał, że Dokumentacja ma być wyceniona właśnie w tych dodanych w modyfikacji RCO Zbiorczego pozycjach.

Z tego względu oferta Konsorcjum ITT powinna podlegać odrzuceniu z uwagi na niezgodność z SIWZ na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

11. Dodatkowo Odwołujący wskazał, że - jak już wcześniej podkreślił, z treści oferty Konsorcjum ITT wynika, że część pozycji odnoszących się do Dokumentacji i Certyfikacji wymienionych w RCO zbiorczym nie zostało w ogóle wycenionych. Dotyczy to następujących pozycji RCO: 1.19, 2.14, 3.18, 3.19, 4.4., 5.5. i 6.4.

Konsorcjum ITT nie uwzględniło zatem w RCO 7 z 67 pozycji cenowych, składających się na cenę oferty, ujętych w RCO zbiorczym, których wartość rynkowa (ustalona na podstawie sumy średnich cen zaoferowanych przez pozostałych Wykonawców w tych pozycjach) wynosi 368 934,93 zł. Oznacza to niedoszacowanie ceny Konsorcjum ITT min. ok. 368 934,93 zł, zaś w porównaniu z ofertą Odwołującego, która znajduje się na drugim miejscu: niemal 700 tys. zł.

Odwołujący zaznaczył, że niewycenione pozycje obejmują: Dokumentację i Certyfikację.

W odniesieniu do Dokumentacji wymagania zostały opisane w punkcie nr 2 SIWZ TOM III OPZ, a mianowicie w zakresie Certyfikacji: z OPZ wynika, że: „Wykonawca jest zobowiązany podjąć współpracę z jednostką notyfikowaną na samym początku procesu robót oraz poinformować Prezesa UTK o podpisaniu umowy z jednostką notyfikowaną, zgodnie z obowiązującymi przepisami Prawa. Dokładny zakres weryfikacji, wynikający z zakresu robót w podsystemie, zostanie ustalony między wykonawcą a jednostką notyfikowaną zaraz po podjęciu współpracy między ww. i będzie podlegał akceptacji zamawiającego. Wykonawca dostarczy zamawiającemu dla ww. podsystemów odpowiednie deklaracje weryfikacji WE oraz całość dokumentacji przebiegu oceny zgodności wraz z odpowiednimi certyfikatami weryfikacji WE wydanymi przez jednostkę notyfikowaną. Wszystkie koszty związane z realizacją procesu oceny zgodności w tym koszty wynagrodzenia jednostki notyfikowanej zostaną uwzględnione w ramach ceny. Zamawiający wymaga, aby dostarczone przez wykonawcę dokumenty potwierdzające proces weryfikacji zgodności składników interoperacyjności oraz podsystemu z wymaganiami zasadniczymi zostały sporządzone co najmniej w języku polskim. W przypadku dokumentów sporządzonych w kilku językach dokumentem nadrzędnym jest dokument sporządzony w języku polskim. Dostarczone przez wykonawcę dokumenty muszą umożliwić uzyskanie zgody na oddanie podsystemu do eksploatacji, wydanej przez właściwy organ administracji

10

państwowej. W przypadku otrzymania przez Zamawiającego decyzji Prezesa UTK o konieczności uzyskania zezwolenia/zezwoleń na dopuszczenie do eksploatacji podsystemu strukturalnego, wykonawca jest zobowiązany uzyskać takie zezwolenie (-a) w imieniu zamawiającego. Odwołujący zwrócił uwagę, że Konsorcjum ITT w zakresie pozycji zerowych było wzywane do wyjaśnienia w zakresie ceny rażąco niskiej. Jakkolwiek Odwołujący nie zna

treści wyjaśnień, z uwagi na objęcie ich tajemnicą przedsiębiorstwa (o czym mowa w dalszych zarzutach), tym niemniej Odwołujący, wyprzedzając ewentualną argumentację Konsorcjum ITT, wskazuje, co następuje.

12. Konsorcjum ITT w swojej ofercie jako jedyną pozycję odnoszącą się do Dokumentacji - wyceniło pozycję zawartą w pkt 5.4. RCO zbiorczego dotyczącą Budowy urządzeń SRK (pkt 5 RCO zbiorczego). Urządzenia SRK mają być jednak realizowane w formule zaprojektuj i wybuduj, a więc zakres dokumentacji wymagany w ramach tej części przedmiotu zamówienia jest zupełnie inny niż w przypadku formuły buduj. Co więcej w poz. 5.4. RCO zbiorczego Konsorcjum ITT wyceniło wartość dokumentacji na kwotę 1.100.000,00 zł, czyli niemal taką samą kwotę, co Odwołujący - w ofercie Odwołującego pozycja 5.4. została wyceniona na kwotę 1.041.882,38 zł. W ofertach innych wykonawców kwota ta wynosi: 1.000.000,00 zł. Powyższe wskazuje, że nie jest możliwe przyjęcie, co może sugerować Konsorcjum ITT, że dokonało wyceny całej koniecznej do przygotowania w ramach zamówienia dokumentacji w poz. 5.4. RCO zbiorczego (Odwołującemu nie udostępniono wyjaśnień ceny rażąco niskiej Konsorcjum ITT), bowiem pozycja ta opiewa na zbyt niską wartość. Nade wszystko, Zamawiający zobowiązał wykonawców w SIWZ (odp. na pytanie nr 15), do wyceny Dokumentacji z przeznaczonych na to pozycjach RCO zbiorczego, jak wskazano powyżej.

13. Podobną argumentację przytoczył w odniesieniu do zakresu przedmiotu zamówienia związanego z Certyfikacją. Konsorcjum ITT w ogóle nie wyceniło pozycji odnoszących się do Certyfikacji dla poz. 3.19 RCO zbiorczego, odnoszącej się do Budowy zintegrowanego przystanku Kolejowego Wałbrzych - Śródmieście realizowanego w formule buduj, pomimo faktu, że w poz. 1.20 RCO - w odniesieniu do Stacji Świebodzice realizowanej w formule buduj Wykonawca ten wycenił Certyfikację na kwotę 80.000 zł. Podobnie uczynił to w odniesieniu do poz. 2.15 RCO zbiorczego w odniesieniu do Stacji Wałbrzych - Szczawienko realizowanej również w formule buduj - gdzie certyfikacja wyceniona została na kwotę 80.000,00 zł. Tym samym, okazuje się, że przy zakresie prac realizowanych w formule buduj KONORCJUM ITT w ogóle nie dokonało wyceny jednej z pozycji w kosztorysie, pomimo, że Zamawiający zmodyfikował w dniu 11.05.2017 r. treść RCO zbiorczego i wyodrębnił w stosunku do poszczególnych obiektów pozycję odnoszącą się do Certyfikacji, w której każdy z wykonawców powinien być uwzględnić i wycenić ten zakres przedmiotu zamówienia. Brak wyceny którejkolwiek z pozycji w miejscu do tego wskazanym i wyodrębnionym przez

11

Zamawiającego w RCO zbiorczym należy zatem uznać za sprzeczny z SIWZ. Mając na względzie powyższe, Zamawiający nie może przyjąć, że zakres ten został w ogóle zaoferowany, co również powoduje sprzeczność z SIWZ. Nie można również uznać, że zakres ten został wyceniony w ramach innych pozycji, bowiem te stanowią jedynie przeniesienie z Przedmiarów Robót kwot tam wskazanych. Brak

wyceny pozycji

odnoszących się do Certyfikacji powoduje jednocześnie, że cena w tych pozycjach stanowi zero złotych, a więc nosi ewidentnie znamiona rażąco niskiej.

14. Nieuzasadnione będą jednocześnie ewentualne tłumaczenia Konsorcjum ITT złożone w ramach wyjaśnień ceny rażąco niskiej, zmierzające do wykazania, że koszt Certyfikacji dla zintegrowanego przystanku kolejowego ujęto w kosztach certyfikacji Stacji Świebodzice (poz. 1 RCO zbiorczego) lub Stacji Wałbrzych Szczawienko (poz. 2 RCO zbiorczego). Jak już bowiem zostało wyżej wskazane, pozycje te miały zostać wycenione zgodnie z SIWZ w RCO zbiorczym w miejscach do tego przeznaczonych (po to Zamawiający zmodyfikował treść RCO zbiorczego i uzupełnił je o nowe pozycje dotyczące Dokumentacji Certyfikacji). Uzupełniając Odwołujący wskazał, że w poz. N 1 i 2 RCO zbiorczego znajdują się dwa zupełnie odrębne obiekty i to realizowane w formule buduj, nie zaś w formule zaprojektuj i wybuduj. Zostały one wycenione poprzez uzupełnienie stosownych Przedmiarów Robót, z których wartości przeniesiono do odpowiednich pozycji RCO zbiorczego. Co więcej, obiekty te mają być realizowane w różnym czasie (co wynika z podziału realizacji zamówienia na ETAPY 1-6). Dodatkowo, zgodnie ze zmienionymi zapisami SIWZ, Zamawiający może w

ogóle odstąpić od realizacji poz. 3, tj. budowy zintegrowanego przystanku kolejowego Wałbrzych Śródmieście (ETAP 4 i 5 z Warunków Umowy), w której Konsorcjum ITT nie dokonało wyceny ani Dokumentacji, ani Certyfikacji. Tym samym, gdyby przyjąć, że KONSORCJUM ITT wyjaśniło Zamawiającemu w ramach wyjaśnień ceny rażąco niskiej, że wyceniło te koszty w ramach innych pozycji odnoszących się do Certyfikacji lub Dokumentacji, de facto - w przypadku rezygnacji przez Zamawiającego z realizacji poz. 3 z RCO zbiorczego, Zamawiający musiałby zapłacić Konsorcjum ITT wynagrodzenie za Certyfikację i Dokumentację odnoszącą się do zintegrowanego przystanku kolejowego Wałbrzych Śródmieście (poz. nr 3 RCO zbiorczego), których to prac Konsorcjum ICC w ogóle by nie wykonało. Na potwierdzenie powyższych tez, Odwołujący przytoczył treść zmian SIWZ nr 11 z dnia 14.06.2017 r., w ramach których Zamawiający ustalił konkretne terminy realizacji poszczególnych ETAPÓW (od 1 do 6), jak również uzupełnił zapisy WU o możliwość rezygnacji z realizacji poz. nr 3 RCO zbiorczego obejmującej budowę zintegrowanego przystanku kolejowego Wałbrzych Śródmieście.

„ZMIANA TREŚCI SIWZ- część 11.

I.TOM I SIWZ - Instrukcja dla Wykonawców.

12

1. Zamawiający zmienia treść punktu 2 IDW KRÓTKI OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA, podpunkt 2.3 poprzez jego wykreślenie i wpisanie następującej treści:

2.3 Zamówienie zostało podzielone na poszczególne Etapy:

Etap 1 obejmujący wykonanie robót budowlanych (zgodnie z pozycją 2 w RCO stanowiącym TOM IV SIWZ) i podpisanie protokołu odbioru eksploatacyjnego kwitującego oddanie do eksploatacji torów nr 3, 5, 9, 11, likwidację toru nr 7 (po modernizacji odpowiednio tory nr 1, 3, 5 oraz 7) na stacji Wałbrzych Szczawienko wraz z oddaniem do eksploatacji obiektu w km 66+140 ("Obiekt Zachodni") w terminie 11 miesięcy od dnia podpisania Umowy

Etap 2 obejmujący wykonanie robót budowlanych (zgodnie z pozycją 2 w RCO stanowiącym TOM IV SIWZ) i podpisanie protokołu odbioru eksploatacyjnego kwitującego oddanie do eksploatacji toru nr 1 oraz toru nr 2 (po modernizacji odpowiednio tor 2 oraz 4) na stacji Wałbrzych Szczawienko wraz z obiektem w km 66+140 ("Obiekt Wschodni") w terminie do 8 miesięcy od zakończenia Etapu 1

Etap 3 obejmujący wykonanie robót budowlanych (zgodnie z pozycją 1 w RCO stanowiącym TOM IV SIWZ) i podpisanie protokołu odbioru eksploatacyjnego kwitującego, 1 powyższy termin może ulec skróceniu zgodnie z deklaracją zawartą w ofercie Wykonawcy oddanie do eksploatacji stacji Świebodzice w terminie do 21 miesięcy od dnia podpisania Umowy.

Etap 4 obejmujący wykonanie całości robót budowlanych, (zgodnie z pozycją 3 w RCO stanowiącym TOM IV SIWZ) i montażowych oraz uzyskanie wszystkich niezbędnych decyzji administracyjnych i pozwoleń* dla przystanku osobowego Wałbrzych Śródmieście w terminie do dnia 1.04.2020 roku, przy czym rozpoczęcie robót następuje nie później niż 01.11.2018 rok, a czas trwania etapu to 17 miesięcy.

Etap 5 zakończenie robót budowlanych (zgodnie z pozycją 3 w RCO stanowiącym TOM IV SIWZ) 5 miesięcy przed zakończeniem Etapu 4 to jest do dnia 1.11.2019 roku

Etap 6 wykonanie pozostałych robót na stacjach Wałbrzych Szczawienko oraz Świebodzice (zgodnie z pozycją 2 RCO stanowiącym TOM IV SIWZ) niewymagających udzielenia zamknięć torowych wraz z uzyskaniem wszystkich niezbędnych decyzji administracyjnych i pozwoleń skwitowane protokołami odbioru w terminie 4 miesięcy od zakończenia Etapu 2 i Etapu 3.

(...)

II. Tom II SIWZ WARUNKI UMOWY

(...)

3. Przy ocenie wykonania danego Etapu będą brane pod uwagę tylko prace i roboty wykonane i zaakceptowane. a wartość tych prac i robót wyliczona zostanie w oparciu o ceny określone w kosztorysie ofertowym zgodnie z warunkami określonymi w pkt 1.6 OPZ.

13

4. Wykonawca oświadcza, iż wiadomym mu jest, iż realizacją Etapu 4 i 5 w ust. 1 lit d i e uzależniona jest od podpisania przez Zamawiającego i Miasto Wałbrzych porozumienia

regulującego zasady współpracy Zamawiającego i Miasta Wałbrzych przy realizacji budowy
6 zadeklarowany termin realizacji Etapu 2 nie może być dłuższy niż 8 miesięcy od zakończenia Etapu I

7 zadeklarowany termin realizacji Etapu 2 nie może być dłuższy niż 21 miesięcy od dnia podpisania Umowy

8 powyższy termin zostanie wpisany zgodnie z deklaracją zawartą w ofercie Wykonawcy C)
powyższy termin zostanie wpisany zgodnie z deklaracją zawartą w ofercie Wykonawcy przystanku osobowego Wałbrzych Śródmieście. Tym samym Wykonawca przyjmuje do wiadomości, że Zamawiający zastrzega sobie prawo do rezygnacji z zakresu robót budowlanych dotyczących przystanku kolejowego Wałbrzych Śródmieście w całości opisanego zakresu określonego dla Etapów 4 i 5 opisanego w ust. 1 lit. d) i e).

5. Zamawiający zastrzega, iż Etapy 4 i 5 określone w ust. 1 lit d i e powyżej zostaną wyłączone z realizacji na mocy niniejszej Umowy wyłącznie w przypadku, gdy Zamawiający złoży Wykonawcy pisemne oświadczenie o zamiarze rezygnacji z realizacji Etapu 4 i 5 nie później niż do dnia 15.05.2018 r, na zasadach określonych w Warunkach §32 ust. 9a Umowy

6. W przypadku, gdy Zamawiający złoży oświadczenie o zamiarze rezygnacji z realizacji Etapu 4 i 5, o którym mowa powyżej Wykonawca zrealizuje całość robót budowlanych określonych w niniejszej Umowie i uzyska wszystkie niezbędne decyzje administracyjne i pozwolenia (Etap 1- 3 i Etap 6) do dnia 10

W przypadku, gdy Zamawiający nie złoży oświadczenia o zamiarze rezygnacji z Etapu 4 i 5, o którym mowa powyżej Wykonawca zrealizuje całość robót budowlanych określonych w niniejszej Umowie w terminie do dnia 1.04.2020.

2. Zamawiający zmienia par. 30 WU, punkt 2b, który po zmianie otrzymuje brzmienie:

b. Wynagrodzenie za realizację Etapów 4-5, wyniesie zgodnie ze złożoną przez Wykonawcę ofertą kwotę PLN (słownie:) netto i będzie należne Wykonawcy wyłącznie w przypadku nie złożenia przez Zamawiającego oświadczenia, o którym mowa w § 26 ust. 4-6 i wykonania Etapów 4-5 Umowy na zasadach określonych niniejszą Umową. Wynagrodzenie zostanie powiększone o należny podatek od towarów i usług w według stawki 23 % obowiązującej na dzień wykonania przedmiotu Umowy, zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa podatkowego, w wysokości PLN (słownie:)*
Łączna kwota Wynagrodzenia wynosi PLN (słownie:) brutto.

3. Zamawiający zmienia par 32 WU poprzez dopisanie punktu 9a oraz 10 o następującej treści:

9a. Zamawiający uprawniony jest do jednostronnej zmiany Umowy poprzez ograniczenie jej zakresu rzeczowego i rezygnację z wykonania Etapu nr 4 i 5 Umowy tj. „Budowa przystanku

14

kolejowego Wałbrzych Śródmieście - budowa nowych peronów i całej infrastruktury obsługi pasażera w kilometracji od km 71,300 do km71,600". Decyzja o zmianie Umowy w tym zakresie podjęta zostanie przez Zamawiającego w przypadku niezawarcia przez niego z Miastem Wałbrzych porozumienia w przedmiocie zapewnienia przez Miasto Wałbrzych niezbędnej infrastruktury w celu uzyskania pozwolenia na użytkowanie przystanku

kolejowego Wałbrzych Śródmieście. Zamawiający uprawniony jest do jednostronnej zmiany Umowy nie później niż do 15.05.2018 roku. Decyzja o zmianie Umowy zostanie przekazana Wykonawcy w formie pisemnej. W przypadku zmiany Umowy na tej podstawie Wykonawcy 10 termin wskazany w § 26 ust 1 iit f nie będzie przysługiwało wynagrodzenie określone w § 30 Umowy za wykonanie Etapu nr 4 Umowy. Wykonawca zrzeka się wszelkich roszczeń w stosunku do Zamawiającego w związku z dokonaniem zmiany Umowy, w tym roszczeń odszkodowawczych w zakresie rzeczywiście poniesionej straty i utraconych korzyści".

Dowód: kopia pisma zawierającego zmiany SIWZ część 11 z dnia 14.06.2017 r. (Załącznik nr 8)

15. Tym samym, antycypując treść ewentualnych wyjaśnień Konsorcjum ITT w zakresie ceny rażąco niskiej, Odwołujący podkreśla, że dokonanie rzetelnej wyceny poz. 3 RCO zbiorczego odnoszącej się do budowy zintegrowanego przystanku kolejowego Wałbrzych Śródmieście było szczególnie istotne, bowiem to właśnie z tej pozycji Zamawiający może zrezygnować w toku realizacji umowy, co prowadzi do przyjęcia, że ujęcie elementów, które powinny zostać wycenione w ramach poz. 3 RCO zbiorczego, w pozycjach odnoszących się do innych obiektów, skutkuje tym, że Zamawiający może być zobowiązany do zapłaty za świadczenia, które w ogóle nie zostały na jego rzecz wykonane, co pozostaje w sprzeczności z zapisami SIWZ, które wskazują, że wycena pozycji ma obejmować koszty objęte właśnie tą pozycją, a

nie innymi. W związku z powyższym należy uznać, że oferta Konsorcjum ITT w przedmiotowym zakresie jest niezgodna z SIWZ. Biorąc pod uwagę powyższe, oferta Konsorcjum ITT powinna podlegać odrzuceniu. Dodatkowo wskazał, że zgodnie z Warunkami Umowy w przypadku odstąpienia od umowy przez Zamawiającego lub wykonawcę rozliczenie odbywać się będzie wedle zakresu wykonanych i odebranych prac po cenach wskazanych w RCO. Powyższe potwierdza argumentację, zgodnie z którą ewentualne tłumaczenia Konsorcjum ITT o włączeniu pozycji zawartych w wycenie odnoszących się do Certyfikacji i Dokumentacji, w ramach innych pozycji są niedopuszczalne (w zależności od momentu odstąpienia Zamawiający mógłby bowiem być zobligowany za do zapłaty wynagrodzenia za części zrealizowane, w których ujęto również zakresy prac z innych pozycji, które jeszcze nie weszły nawet w fazę realizacji).

16. W ocenie Odwołującego oferta Konsorcjum ITT powinna podlegać dodatkowo odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp z uwagi na fakt braku ujęcia istotnych części składowych w wycenie. Odwołujący podniósł, że w wyniku nowelizacji

15

ustawy Pzp, która weszła w życie 28 lipca 2016 r. w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wskazano wyraźnie, że obowiązek żądania wyjaśnień zachodzi nie tylko wówczas, gdy wątpliwości odnoszą się do ceny całkowitej oferty (ceny ogółem). Ustawodawca przesądził, że skierowanie wniosku o wyjaśnienia jest obowiązkiem również wówczas, gdy uzasadnione wątpliwości odnoszą się do obliczenia istotnych części składowych ceny oferty.

Konsekwentnie, obowiązek odrzucenia zachodzi nie tylko wówczas, gdy Wykonawca nie wykaże, że cena całkowita nie jest rażąco niska, ale także wówczas, gdy niedoszacowanie oferty dotyczy jej istotnych elementów składowych, co do których o wyjaśnienia zwracał się Zamawiający w trybie wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Wskazał na orzecznictwo stwierdzając, że w: „aktualnym stanie prawnym z uwagi na treść art. 90 ust. 1 ustawy pzp dopuszczalne jest odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy pzp w wyniku negatywnej oceny przez zamawiającego otrzymanych wyjaśnień dotyczących istotnych części składowych ceny oferty. Odmienny pogląd prezentowany przez odwołującego prowadziłby do wniosku, że pozbawione merytorycznego znaczenia byłyby wyjaśnienia co do istotnych części składowych oferty. Tym samym istotne części składowe ceny lub kosztu mogą być badane pod kątem przesłanek rażąco niskiej ceny.

(...) Decyzję o odrzuceniu oferty zamawiający podjął w następstwie oceny oferty odwołującego i złożonych na wezwanie wyjaśnień dotyczących wyliczenia istotnych części składowych ceny złożonej w ofercie" (tak: Wyrok KIO 1001/17). Przypadki, w których wykonawca w sposób nieuprawniony manipuluje cenami częściowymi, gdy z jednej strony proponując nieracjonalnie niskie ceny za wykonanie jednych czynności a następnie "równoważy" sobie straty zawyżonymi cenami za wykonanie pozostałych, również jest kwalifikowane jako zastosowanie rażąco niskiej ceny. Za zasadną należy uznać zatem argumentację, że przedmiotowe elementy stanowią istotne części składowe oferty z uwagi na swój istotny charakter (odrębna wycena w RCO zbiorczym), co do których Zamawiający zwrócił się o wyjaśnienie w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, i co do których najprawdopodobniej uzyskał wyjaśnienie, że ich wycena została w sposób niezgodny z SIWZ: pominięta, lub ujęta w ramach innych pozycji, co skutkować powinno odrzuceniem oferty Konsorcjum ITT na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp w wyniku negatywnej oceny przez Zamawiającego otrzymanych wyjaśnień dotyczących wyjaśnianych przez Konsorcjum ITT istotnych części składowych ceny oferty w zakresie Dokumentacji i Certyfikacji.

- II. W zakresie zaniechania wezwania do wyjaśnień ceny rażąco niskiej w odniesieniu do obiektów inżynierskich

Odwołujący podkreślił, że w postępowaniu wpłynęły 4 oferty, opiewające na ceny (brutto): INFRAKOL + TRACK TEC: 77 563 357,94 88; ROVER ALCISA + ALDESA - 171 936,24; TORPOL - 100 714 108,36; TRAKCJA - 102 657 893,12.

16

Jak wynika z powyższego, średnia cena w Postępowaniu to 92 276 823,92 zł, natomiast cena oferty wybranej stanowi tylko 84% średniej, co biorąc pod uwagę wyrównany poziom cen w Postępowaniu (oferta najdroższa stanowi tylko 111% ceny średniej) oraz mając na uwadze okoliczności przedstawione poniżej, wskazuje na zaoferowanie przez Konsorcjum ITT ceny rażąco niskiej,

nie obejmującej wszystkich elementów przedmiotu zamówienia i nie dającej możliwości wykonania zamówienia w sposób opisany w SIWZ. Porównując cenę Konsorcjum ITT do średniej z cen pozostałych trzech ofert stanowi ona 79,81% tej średniej. Odwołujący wskazał, że w szczególności cena za część składową Zamówienia - w zakresie obiektów mostowych została istotnie zaniżona w sposób, który nie daje możliwości ich wykonania za podaną w ofercie cenę, co wypełnia znamiona ceny rażąco niskiej. Jednocześnie Zamawiający w odniesieniu do tej istotnej części składowej nie zwrócił się do Konsorcjum ITT o wyjaśnienie w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, co w ocenie Odwołującego było niezbędne. Przedstawił porównanie cen ofert złożonych w postępowaniu podkreślając, że z tego porównania wynika, że niemal wszystkie pozycje dotyczące wykonania wchodzących w zakres przedmiotu Zamówienia obiektów mostowych zostały wycenione przez Konsorcjum ITT znacznie poniżej wycen rynkowych (nie sposób nie zgodzić się ze stanowiskiem, że wycena dokonana w 3 konkurencyjnych ofertach jako wycena dokonana przez profesjonalnie działające na rynku podmioty gospodarcze starające się o uzyskanie zamówienia, przy tym samym stanie wiedzy i w tym samym czasie doskonale oddaje wartość rynkową wykonania tych prac). Suma cen za obiekty mostowe zaoferowana przez Konsorcjum INFRAKOL TRACK TEC to 1421800,00 zł, średnia z cen zaoferowanych przez pozostałych 3 wykonawców to 3 444 100,59 zł. Oferta Konsorcjum INFRAKOL TRACK TEC w tym zakresie opiewa zatem na 41% ceny rynkowej, co zwłaszcza w przypadku robót budowlanych, przy których koszty wykonania prac przez różnych są zbliżone, z uwagi na brak możliwości uzyskania istotnych oszczędności przy zakupie materiałów budowlanych (spełniających wymagania SIWZ) i podobne koszty pracy. Ta rozbieżność w cenach, prowadząca do wniosku o braku możliwości wykonania zaoferowanych prac za zaoferowaną cenę jest jeszcze bardziej widoczna przy porównaniu cen za poszczególne obiekty, zwłaszcza obiekt 66,140 (punkt 6.2), gdzie oferta Konsorcjum ITT opiewa na mniej niż pół procenta ceny rynkowej (obliczonej jako średnia cen pozostałych 3 ofert), tj. 0,4%. Zdaniem Odwołującego, „Porównanie treści SIWZ w zakresie, w jakim opisuje ona zakres prac koniecznych do wykonania dla ww. obiektu (wiaduktu w km 66,140 zachodni) i ceny zaoferowanej przez Konsorcjum ITT prowadzi do wniosku, że wybrany wykonawca nie zapoznał się z SIWZ i nie dokonał swojej wyceny rzetelnie, co czyni jego cenę rażąco niską. Dla wiaduktu w km 66.140 zachodni zakres prac do wykonania został określony w PFU (strony 33-34):
Wiadukt w km 66,140 zachodni - ceglany sklepiony

17

- 1) wykonanie nowej izolacji przęsła pod wszystkimi torami
 - 2) zabezpieczenie antykorozyjne i naprawa elementów żelbetowych
 - 3) zabezpieczenie powierzchni betonowych materiałami typu PCC wraz z malowaniem
 - 4) wykonanie nowych gzymsów wraz z dostosowaniem ich wysokości do parametrów toru
 - 5) uzupełnienie ubytków ceglanych przyczółków
 - 6) oczyszczenie powierzchni ceglanych przyczółków i ich hydrofobizacja
 - 7) iniekcje rys i spękań
 - 8) montaż balustrad wraz z usztywnieniem
 - 9) odwodnienie stref w obrębie przyczółków
 - 10) naprawa skrzydeł przyczółków z dostosowaniem ich wysokości do nasypów
 - 11) uporządkowanie terenu w obrębie obiektu (wycinka krzewów i wyprofilowanie terenu)
 - 12) wykonanie nowych schodów skarpowych wraz z balustradą i tablicą informacyjną o „zakazie wstępu osobom nieuprawnionym”
 - 13) wykonanie nowych stref przejściowych
 - 14) konieczne wzmocnienie łuku przęsła po wykonaniu badań i określeniu technologii.
- W pkt 14 (powyżej) wskazano, że dla tego obiektu konieczne jest wzmocnienie przęsła, podczas gdy dla dwóch innych obiektów: wiadukt w km 66.140 wschodni (poz. 5.2 tabeli) i most w km 66.780 (poz. 8.2) wzmocnienie przęsła wskazano jako ewentualne:

Wiadukt w km 66,140 wschodni - ceglany sklepiony z obudową żelbetową

- 1) wykonanie nowej izolacji pod torami
- 2) zabezpieczenie antykorozyjne zbrojenia
- 3) zabezpieczenie powierzchni betonowych materiałami typu PCC wraz z malowaniem
- 4) wykonanie nowych gzymsów wraz z dostosowaniem ich wysokości do parametrów

toru

- 5) uzupełnienie ubytków ceglanych przyczółków
- 6) oczyszczenie powierzchni ceglanych przyczółków i ich hydrofobizacja
- 7) iniekcje rys i spękań
- 8) montaż balustrad wraz z uszynieniem
- 9) odwodnienie stref w obrębie przyczółków
- 10) naprawa skrzydeł przyczółków z dostosowaniem ich wysokości do nasypów
- 11) uporządkowanie terenu w obrębie obiektu (wycinka krzewów i wyprofilowanie terenu)
- 12) wykonanie nowych schodów skarpowych wraz z balustradą i tablicą informacyjną o zakazie wstępu osobom nieuprawnionym
- 13) wykonanie nowych stref przejściowych
- 14) ewentualna wzmocnienie przęsła po wykonaniu badań

18

Most w km 66,780 - ceglany z przęsłami żelbetowymi sklepieniami

- 1) wykonanie nowej izolacji na obu przęsłach pod torami
- 2) zabezpieczenie antykorozyjne zbrojenia i naprawa ubytków
- 3) zabezpieczenie powierzchni betonowych materiałami typu PCC wraz z malowaniem
- 4) wykonanie nowych gzymsów wraz z dostosowaniem ich wysokości do parametrów toru
- 5) uzupełnienie ubytków ceglanych i kamiennych przyczółków
- 6) oczyszczenie powierzchni ceglanych przyczółków i ich hydrofobizacja
- 7) iniekcje rys i spękań
- 8) montaż balustrad wraz z uszynieniem
- 9) odwodnienie stref w obrębie przyczółków
- 10) naprawa skrzydeł przyczółków z dostosowaniem ich wysokości do nasypów
- 11) uporządkowanie terenu w obrębie obiektu (wycinka krzewów i wyprofilowanie terenu)
- 12) wykonanie nowych schodów skarpowych wraz z balustradą i tablicą informacyjną o zakazie wstępu osobom nieuprawnionym
- 13) wykonanie nowych stref przejściowych
- 14) ewentualne wzmocnienie przęseł po wykonaniu badań

Oznacza to, że dla wiaduktu w km 66.140 zachodni wzmocnienie przęsła jest obligatoryjne, a dla dwóch innych obiektów wykonawca musi brać pod uwagę ryzyko konieczności jego wykonania. Pomimo faktu, że dla wiaduktu 66.140 wschodni wykonanie wzmocnienia przęsła po wykonaniu badań traktowane jest jako ewentualne, roboty budowlane dotyczące tej pozycji zostały wycenione przez KONSORCJUM INFRAKOL TRAC TEC na kwotę 377 400,00 zł - co pozostaje w rażącej dysproporcji z wyceną robot dla wiaduktu 66.140 zachodniego opiewająca na kwotę 14.400 zł, gdzie wzmocnienie przęsła jest obowiązkowe do wykonania.

W skład dokumentacji wchodzi również OPINIA TECHNICZNA DLA ISTNIEJĄCYCH OBIEKTÓW MOSTOWYCH - REWIZJA 1 (TOM 16 PROJEKTU WYKONAWCZEGO, Systra, 01.2017), która zawiera dokumentację fotograficzną i opis stanu istniejącego. Z opinii wynika, że stan znaczących elementów obiektu, wpływający na nośność (awaryjny stan izolacji, przecieki, ubytki materiału), parametry bezpieczeństwa (niedostateczny stan poręczy), a także stan estetyczny, jest niedostateczny:

7.2. Przęsło

Stan sklepienia oceniono jako niedostateczny.

Stwierdzono uszkodzenia w postaci powierzchniowego ubytku materiału cegieł sklepienia o zasięgu 30,0m². Na powierzchni przęsła zaobserwowano liczne przecieki oraz ubytki spoin

19

pomiędzy ceglami. Na spodzie sklepienia, w okolicach ściany czołowej od strony wschodniej, zaobserwowano liczne rozległe pęknięcia biegnące wzdłuż osi podłużnej konstrukcji. Uszkodzenia te powodują utratę ciągłości rozwarstwianie) luku w kierunku poprzecznym. Przedmiotowe uszkodzenie wpływa bezpośrednio na nośność wiaduktu.

7.3. Przyczółki

Stan przyczółków oceniono jako dostateczny.

Stwierdzono uszkodzenia w postaci zanieczyszczeń, graffiti na powierzchni ok. 15,0m².

Zaobserwowano uszkodzenia w postaci powierzchniowego ubytku materiału cegieł o zasięgu 10.0m². Na powierzchni przyczółków zaobserwowano liczne przecieki oraz ubytki spoin pomiędzy cegłami.

7.5. Izolacja

Stan izolacji oceniono jako awaryjny.

Dokonano oceny pośredniej na podstawie obserwacji ewentualnych przecieków.

Stwierdzono liczne przecieki na powierzchni sklepienia oraz ścian. Uszkodzenia świadczą o braku szczelności systemu izolacji przedwodnej.

7.8. Chodniki służbowe, poręcze

Stan chodników służbowych i poręczy oceniono jako niedostateczny.

Stwierdzono uszkodzenia w postaci korozji oraz deformacji balustrady. Balustrada nie spełnia warunków normowych w kwestiach konstrukcyjnych oraz odległości od osi toru.

7.9 Opinia zawiera również analizę nośności (pkt 7.9) przeprowadzoną w oparciu o Instrukcję utrzymania kolejowych obiektów inżynierskich na liniach kolejowych do prędkości 200/250 km/h, Wnioski z analizy nośności przedstawiają się następująco:

7.10. Wnioski

Ze względu na niedobory nośności, liczne uszkodzenia oraz niemożliwość stwierdzenia stanu sklepienia w części podziemnej pod nawierzchnią kolejową wymagane jest wzmocnienie sklepienia. W celu wzmocnienia sklepienia rekomenduje się jego roboty naprawcze po dokonaniu odkrywkę wraz z ewentualnym wykonaniem dodatkowej warstwy zespalającej z nad-betonu, płyty odciażającej lub stabilizacji cementem zasypki łuku w celu redukcji parcia na sklepienie.

Ogólne podsumowanie stanu istniejącego, wnioski i zakres (strona 95 opinii):

Stan obecny ze względu na obecność licznych pęknięć, rozwarstwień i ubytków ceglanego sklepienia należy traktować jako przedawaryjny wymagających niezbędnych napraw.

Rekomenduje się ograniczenie prędkości na wiadukcie do 40km/h i zmniejszenie klasy obciążenia do k-2 wg PN EN 1991-2 i kategorii Unii A. B1 / B2 i C2/C3/C4 wg PN EN 15528 do czasu wykonania odpowiednich napraw. Defektem wymagającym pilnej naprawy jest uszkodzenie izolacji przeciwwodnej. Usterka ta może wpłynąć istotnie na dalsze pogarszanie się stanu obiektu, prowadząc do degradacji materiału konstrukcyjnego sklepienia. Poniżej

20

ogólnie przedstawiono prace jakie należy przeprowadzić w celu przywrócenia obiektowi jego pierwotnych właściwości technicznych i użytkowych: Uzupełnienie ubytków powierzchniowych materiału konstrukcyjnego sklepienia i przyczółków; Spoinowanie powierzchni przęsa oraz podpór; Remont przęsa ze wzmocnieniem; Oczyszczenie i zabezpieczenie antykorozyjne powierzchni przęsa i podpór;

Naprawa izolacji przeciwwodnej

z wykonaniem odwodnienia zasypki; Oczyszczenie przyległych skarp z wegetującą roślinnością; Wykonanie nowych balustrad na obiekcie.

Balustrady na obiekcie nie spełniają wymagań przepisów w odniesieniu do ich konstrukcji oraz odległości od osi toru. Pod obiektem nie ma wymaganej skrajni drogowej. Konieczne naprawy przedstawione powyżej spowodują jedynie przywrócenie pierwotnych parametrów użytkowych. W celu wprowadzenia swobodnego ruchu pod obiektem wiadukt należy przebudować.

Zdaniem Odwołującego, wskazany duży zakres prac niezbędnych do wykonania dla wiaduktu w km 66.140 zachodni potwierdzają też wyjaśnienia treści SIWZ:

1. Pytania i odpowiedzi - część 3 z 08.05.2017 r.:

Pytanie 25

Prosimy o jednoznaczne określenie, czy przedmiot zamówienia ogranicza się do rewitalizacji obiektów w ton 57,855; 58.038; 58.062; 65,800; 66,140 (wsch.); 66,140 (zaeh.): 66,649; 66,780 i że w zakresie przetargu nie zabiera się prac na obiektach w km 56.8; 58,062; 71,467.

Odpowiedź:

Zamawiający oczekuje wykonania przedmiot zamówienia polegającego na rewitalizacji obiektów (w trybie projektuj i buduj) w km 57,855; 58,038; 58.062; 65,800; 66,140 (wach.); 66.140 (zach.); 66.649: 66.780 - PFU umieszczone w zał nr 3

Zamawiający przewiduje a Wykonawca powinien uwzględnić to w swojej kalkulacji, że wzmocnienie wiaduktu w km 66,140 (zachodni), może wymagać wymiany części lub całości tuku przęsa z ceglanego na żelbetonowy, w zależności jak Wykonawca określi w dokumentacji (przez siebie opracowanej) remontu przywracającego oczekiwane parametry.

Obiekty w km(str 35) oraz na przejeździe w km(ściana oporowa +przepust) także wchodzące w zakres przetargu, konieczne prace należy wykonać przy modernizacji nawierzchni. Obiekt w km 58,062 jest ujęty w zakresie prac opisanych w PFU umieszczonym w zał. nr 3, Obiekt w km 71,467 to nowe przejście pod torami, które jest ujęte w zakresie prac opisanych w dokumentacji umieszczonej w zał. nr 2.

2. Pytania i odpowiedzi - część 5 z 18.05.2017 r.:

Pytanie 18

Tom III siwz (OPZ) w zakresie programu funkcjonalno-użytkowego - pkt 3.1 w związku z 3.7.3 - wykonawca kierując się ait. 29 ust 1 Pzp prosi o jednoznaczne określenie czy przedmiotem zamówienia jest taka ingerencja w obiekty inżynieryjne, która zapewni

21

osiągnięcie przez linię kolejową parametrów eksploatacyjnych oraz cech użytkowych zgodnych z przyjętą kategorią 6nH wg TS! P4 (jak żąda pkt 3.1) czy też wykonanie remontu w zakresie opisanym w punkcie 3.7,3, str. 32 do 34.

Odpowiedź: Zadanie rewitalizacji części obiektów inżynieryjnych jest realizowane w trybie projektuj i buduj*, a to oznacza że Zamawiający określa tylko parametry i wymagania jakich oczekuje spełnienia przez Wykonawcę (3.1.- 3.7. i 4.PFU), natomiast wykonawca zgodnie z pkt 3.7.

PFUZakres robót Wykonawca określi pod kątem osiągnięcia parametrów eksploatacyjnych GnB określonych w Programie Funkcjonalno-Użytkowym.*

Wykonawca opracuje niezbędną dokumentację waz wykona roboty pozwalające na dostosowanie obiektu do zakładanych parametrów. Powyższe zobowiązania Wykonawca ma obowiązek uwzględnić w cenie ofertowej.....*.

Zapisy na stronach nr 32 do 34 PFU (zał. nr 3) uszczegóławiają wymagania Zamawiającego ale ich nie wyczerpują i stanowią dodatkową informację dla Wykonawcy”.

Zdaniem Odwołującego z powyższego wynika, (...) dla wiaduktu w km 66.140 zachodni niezbędne jest wykonanie daleko idących prac remontowych, w tym wzmocnienia przęsła, co Konsorcjum INFRAKOL TRACK TEC wycenił na kwotę 14.400,00 zł. Bez względu na to, czy docelowo konieczna będzie wymiana części/całości przęsła na żelbetowy (vide: odpowiedź na pytanie 25 powyżej), czy też wykonanie innego rodzaju wzmocnienia przęsła, założona przez Konsorcjum ITT kwota jest dalece niewystarczająca, np. sam koszt wykonania balustrad przekracza 10.000 zł. Wskazał ponadto, że podobny zakres prac remontowych, jednak z tą istotną różnicą, że wzmocnienie przęsła wskazano tam jako ewentualne, dotyczy dwóch innych obiektów: wiadukt w km 66.140 wschodni (poz. 5.2. tabeli 2) i most w km 66.780 (poz. 8.2. tabeli 2). Wyceny realizacji prac dla tych dwóch obiektów opiewają odpowiednio na kwoty na 377 400,00 oraz 411 500,00, co i tak stanowi około połowy wyceny dla tych obiektów dokonanej przez konkurencję. Jego zdaniem, porównanie cen poszczególnych pozycji zaoferowanych przez Konsorcjum ITT, nawet bez odniesienia do cen rynkowych (konkurencyjnych) wskazuje wyraźnie na brak rzetelności wyceny dokonanej przez tego wykonawcę. Nie sposób założyć, że możliwe jest wykonanie obiektu z poz. 6.2., gdzie zakres prac koniecznych do wykonania jest istotnie większy za 14.400 zł, podczas gdy wycena obiektów 5.2. i 8.2. (gdzie konieczność wzmocnienia przęsła nie została przesądzona) opiewa na 377. 400,0 zł oraz 411. 500,00 zł.

Mając na względzie powyższe, jak również przekazaną dokumentację, Odwołujący stwierdził, że Zamawiający nie zwrócił się o wyjaśnienie rażąco niskiej ceny w stosunku do obiektów inżynieryjnych. Dowód: fragment skanu z wezwania Zamawiającego z dnia 13.07.2017 r. skierowanego do Konosorcjum ICC o udzielenie wyjaśnień ceny rażąco niskiej obrazujący zakres wezwania. Wskazał ponadto, że „Zgodnie z RCO obiektów inżynieryjnych

22

dotyczyła poz. 6.1 (opracowanie projektów) i poz. 6.2 (dla robót budowlanych) - Szczegółowe rozbiecie ww. pozycji znajdowało się z kolei w załączniku: RCO dla zamówienia pt: „Prace na linii kolejowej nr 274 Wrocław-Zgorzelec na odcinku Wrocław-Jelenia Góra oraz przyległych łącznicach” - Obiekty Inżynieryjne na odcinku Świebodzice - Wałbrzych Szczawienko. Dowód: fragment RCO zbiorczego Konsorcjum ITT (s. 10 oferty Konsorcjum ITT). Podkreślił, że kwoty dla obiektów inżynieryjnych ujęte w ofercie Konosorcjum ITT w sposób znaczący odbiegają nie tylko od kwot, jakie przyjął Zamawiający, ale też dla kwot znacząco odbiegających od średnich z pozycji w złożonych ofertach, na potwierdzenie czego, Odwołujący przedstawił zestawienie zgodnie z którym:

- poz. 6.1 stanowi zaledwie 23% średniej wszystkich ofert (w tym również oferty Konsorcjum ITT), a 18% w stosunku do średniej z pozostałych ofert;
- poz. 6.2 stanowi 45% średniej wszystkich ofert (w tym również oferty INFRAKOL + TRACK TEC), a 38% w stosunku do średniej z pozostałych ofert.

Z powyższych względów Zamawiający naruszył art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, nie kierując do Konsorcjum ITT wezwania do złożenia wyjaśnień dotyczących ww. elementów składowych ceny. Powyższe mogło skutkować naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp oraz w konsekwencji naruszeniem przepisu art. 91 ust. 1 ustawy Pzp z uwagi na dokonanie wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty Konsorcjum ITT. Odwołujący wskazał, że szacunkowa wartość zamówienia powiększona o VAT wynosi 103 243 199,54 zł. Oferta Konsorcjum ITT nie jest niższa o 30% ani od szacunkowej wartości zamówienia powiększonej o VAT, ani od średniej arytmetycznej cen ofert. Niemniej jednak zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający winien wezwać Wykonawcę do wyjaśnień ceny lub jej istotnych części składowych zawsze, gdy uzasadnione są wątpliwości, czy zaoferowana cena daje możliwość realizacji zamówienia zgodnie z SIWZ lub obowiązującymi przepisami. Nie budzi bowiem wątpliwości w doktrynie ani orzecznictwie, że katalog okoliczności, w których zamawiający zobowiązany jest wdrożyć procedurę wskazaną w przepisie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp nie jest zastrzeżony wyłącznie dla przypadków, w których cena oferty jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. Zamawiający zobowiązany jest wezwać do stosownych wyjaśnień w każdym przypadku, w którym zachodzi podejrzenie złożenia oferty z rażąco niską ceną. Tym samym art. 90 ust. 1 w związku z obowiązkiem zbadania przesłanek odrzucenia określonych w art. 89 ust. 1 ustawy Pzp, w tym art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w powiązaniu z art. 7 ustawy Pzp, tj. zasadą zachowania konkurencji i równego traktowania wykonawców, obliuguje Zamawiającego do wszczęcia procedury wyjaśniającej zawsze, gdy cena / jej elementy składowe - budzą wątpliwości. Stwierdził, że powyższe potwierdza orzecznictwo i wskazał na wyrok KIO 858/17 oraz KIO 398/15 i podkreślił, że „Z powyższych względów Zamawiający naruszył art. 90 ust. 1 ustawy Pzp nie kierując do Konsorcjum ITT

23

wezwania do złożenia wyjaśnień dotyczących ww. elementów składowych ceny odnoszących się do obiektów inżynierskich. Powyższe mogło skutkować naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp oraz w konsekwencji naruszeniem przepisu art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty Konsorcjum ITT, podlegającej odrzuceniu z uwagi na rażąco niską cenę.

III. W zakresie zarzutu zaniechania zastosowania art. 26 ust. 3 ustawy Pzp: Odwołujący podał, że: „W analizowanej sprawie, Zamawiający w pkt 8.2.2. wskazał, że: „Zgodnie z art. 22 ust.1b Ustawy, o udzielenie Zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące: 8.2.1. Kompetencji lub uprawnień do prowadzonej określonej działalności zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów, 8.2.2. Sytuacji ekonomicznej lub finansowej 8.2.3. Zdolności technicznej lub zawodowej – według pkt. 8.6.2. SIWZ: „W zakresie warunku określonego w punkcie 8.2.2 IDW wymagane jest wykazanie przez Wykonawcę, iż znajduje się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie Zamówienia, tj.:

a) posiada w ciągu ostatnich 3 lat obrotowych, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, za ten okres, średni roczny przychód netto ze sprzedaży w kwocie minimalnej 28 800 000,00 PLN”.

Zgodnie z kolei z pkt 9.76. na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp Wykonawca, którego oferta została najwyżej oceniona zobowiązany był przedłożyć Zamawiającemu:

„9.7.6. część sprawozdania finansowego, tj. rachunek zysków i strat, w przypadku gdy sporządzenie sprawozdania wymagane jest przepisami prawa kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, a jeżeli podlega ono badaniu przez biegłego rewidenta zgodnie z przepisami o rachunkowości również odpowiednio z opinia o badanym rachunku zysków i strat, a w przypadku wykonawców niezobowiązanych do sporządzenia finansowego, innych dokumentów określających na przykład obroty oraz aktywa i zobowiązania - za okres nie dłuższy niż ostatnie 3 lata obrotowe, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - za ten okres;

Na wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 Konsorcjum ITT złożyło następujące dokumenty:

- a) rachunek zysków i strat 31-12-2014 PBKIII INFRAKOL S.C. z dnia 5.03.2015
- b) rachunek zysków i strat PBKII INFRAKOL 31-12-2015 z dnia 23.02.2016 r.
- c) rachunek zysków i strat 31-12-2016 INFRAKOL Sp. z o.o. Sp.k. z dnia 14.02.2017 r.
- d) rachunek zysków i strat - wersja porównawcza FI Construction Sp. z o.o. (Sprawozdanie finansowe za okres 01-01-2013 r. - 31.12.2013 r.)
- e) rachunek zysków i strat - wersja porównawcza FI Construction Sp. z o.o. (Sprawozdanie finansowe za okres 01-01-2014 r. - 31.12.2014 r.);

24

f) rachunek zysków i strat - wersja porównawcza Track Tec Construction Sp. z o.o. (Sprawozdanie finansowe za okres 01.01.2015-31.12.2015 r) z dnia 15.02.2016.

Dowód: kopia skanu stron 29-34 pliku z dokumentami złożonymi w trybie art. 26 ust. 1 przez Konsorcjum ITT (Załącznik nr 9) Do rachunków zysków i strat złożonych przez INFRAKOL i jej poprzednika prawnego

nie załączono opinii biegłego rewidenta, pomimo, że sprawozdanie tych podmiotów takiemu badaniu podlegać powinno. Do rachunku zysków i strat TRACK TEC również nie załączono opinii biegłego rewidenta, pomimo, że sprawozdanie tego podmiotu takiemu badaniu podlegać powinno. Dodatkowo Track Tec przedłożył dwa rachunki zysków i strat odnoszące się do spółki FI Construction Sp. z o.o. (za rok 2014 i 2013), zaś z przedłożonych innych dokumentów nie wynika, by spółka ta była poprzednikiem prawnym członka konsorcjum TRACK TEC. Zamawiający nie wyjaśniał również przedmiotowych okoliczności, czym naruszył również art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. Tym samym Konsorcjum ITT nie wykazało za pośrednictwem dokumentów przedłożonych na wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp spełniania warunku udziału w postępowaniu odnoszącego się do zdolności ekonomicznej. Zamawiający zaniechał wezwania do uzupełnienia Konsorcjum ITT w przedmiotowym zakresie. Tym samym zarzut zaniechania zastosowania obligatoryjnej procedury uzupełniania dokumentów określonej w art. 26 ust 3 ustawy Pzp w odniesieniu do dokumentów w zakresie zdolności ekonomicznej Konsorcjum ITT jest w pełni zasadny, a Konsorcjum winno zostać wezwane do wykazania w sposób zgodny z SIWZ (pkt 9.6.7.) spełniania warunku poprzez przedłożenie części sprawozdania finansowego, tj. rachunek zysków i strat, w przypadku gdy sporządzenie sprawozdania wymagane jest przepisami prawa kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, a jeżeli podlega ono badaniu przez biegłego rewidenta zgodnie z przepisami o rachunkowości również odpowiednio z opinią o badanym rachunku zysków i strat, a w przypadku wykonawców niezobowiązanych do sporządzenia finansowego, innych dokumentów określających na przykład obroty oraz aktywa i zobowiązania - za okres nie dłuższy niż ostatnie 3 lata obrotowe, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - za ten okres;". Odwołujący wskazał jednocześnie, że w ślad za orzecznictwem KIO (tak: KIO 1385/12): „Zakres, sposób oraz terminy sporządzania sprawozdania finansowego a także jego badania przez biegłego rewidenta reguluje ustawa z dnia 29 września 1994 r. o rachunkowości (Dz. U. 152.1223 z późn. zm.). (...) Przepis art. 52 ust. 1 powołanej ustawy przewiduje natomiast, że kierownik jednostki zapewnia sporządzenie rocznego sprawozdania finansowego nie później niż w ciągu 3 miesięcy od dnia bilansowego (za który - zgodnie z treścią art. 3 ust. 1 pkt 10 ustawy - rozumie się dzień, na który jednostka sporządza sprawozdanie finansowe) i przedstawia je właściwym organom, zgodnie z obowiązującymi jednostkę przepisami prawa, postanowieniami statutu lub umowy. W myśl natomiast art. 53 ust. 1 ustawy, roczne

25

sprawozdanie finansowe jednostki, podlega zatwierdzeniu przez organ zatwierdzający, nie później niż 6 miesięcy od dnia bilansowego. Przed zatwierdzeniem, roczne sprawozdanie finansowe podmiotów zobligowanych do corocznego badania / ogłaszania rocznych skonsolidowanych sprawozdań finansowych oraz rocznych sprawozdań finansowych, podlega badaniu przez biegłego rewidenta.(...) Opinię i raport

z badania sprawozdania

finansowego podpisuje kluczowy biegły rewident przeprowadzający badanie (...) co do zasady pełne, ostateczne i zatwierdzone sprawozdanie finansowe wraz z opinią biegłego rewidenta wykonawca powinien posiadać najpóźniej do dnia 30 czerwca danego roku kalendarzowego - jeśli rok obrotowy dla konkretnego podmiotu przyjęty został, mocą statutu lub umowy, za tożsamy z rokiem kalendarzowym, albo w innym terminie wynikającym z

przyjęcia w statucie lub umowie roku obrotowego, jako innego okresu trwającego 12 kolejnych pełnych miesięcy kalendarzowych". Biorąc pod uwagę wskazane powyżej przepisy oraz fakt, iż w przypadku obu członków Konsorcjum rok obrotowy pokrywa się z rokiem kalendarzowym, to należy uznać, iż oboje członkowie Konsorcjum najpóźniej z dniem 30 czerwca każdego roku powinni posiadać zatwierdzone sprawozdanie finansowe wraz z opinią biegłego za poprzedni rok obrotowy.

IV. W zakresie zarzutu niezasadnego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa: Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4 ustawy Pzp. Tym samym, aby skutecznie zastrzec daną informację w ofercie jako tajemnicę przedsiębiorstwa, wykonawca musi wykonać dwie czynności razem: zastrzec, że dane informacje, jako tajemnica przedsiębiorstwa nie mogą być udostępniane oraz wykazać, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Dopiero kumulatywne spełnienie tych dwóch przesłanek pozwoli zapewnić wykonawcy, że dana informacja zawarta w ofercie nie zostanie ujawniona innym wykonawcom biorącym udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zgodnie z przepisami o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co, do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Wykazanie, więc iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa musi, więc odnosić się do tej definicji uzasadniać, że w danej sprawie przesłanki uznania danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa zostały spełnione. Tym samym, aby informacje zawarte w ofercie, zostały uznane jako tajemnica przedsiębiorstwa,

26

muszą zawierać w sobie informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których dany wykonawca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Jeśli tak nie jest, to informacje te lub dokumenty nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa. Powyższe zostało potwierdzone wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000 r. (I KKN 304/2000

OSNC 2001/4 poz. 59). W ocenie Sądu Najwyższego informacja ma charakter technologiczny, kiedy dotyczy najogólniej rozumianych sposobów wytwarzania, formuł chemicznych, wzorów i metod działania. Informacja handlowa obejmuje, najogólniej ujmując, całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa, niezwiązanych bezpośrednio z cyklem produkcyjnym. Informacja (wiadomość) „nieujawniona do wiadomości publicznej” to informacja nieznana ogółowi lub osobom, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane jej posiadaniem. Taka informacja staje się „tajemnicą przedsiębiorstwa”, kiedy przedsiębiorca ma wolę, by pozostała ona tajemnicą dla pewnych kół odbiorców, konkurentów i wola ta dla innych osób musi być rozpoznawalna. Bez takiej woli, choćby tylko dorozumianej, informacja może być nieznana, ale nie będzie tajemnicą. Odwołujący zwrócił uwagę, na wniosek o udostępnienie dokumentacji postępowania złożony po wyborze oferty najkorzystniejszej nie zostały mu udostępnione: pismo/część dokumentu zawierające uzasadnienie zastrzeżenia jako tajemnicy informacji zawartych w wyjaśnieniach ceny rażąco niskiej i w odniesieniu do terminu wykonania zamówienia, dalej jako „Uzasadnienie Tajemnicy”, wyjaśnienia złożone na wezwanie w zakresie ceny rażąco niskiej, wyjaśnienia złożone na wezwanie w trybie art. 87 ust. 1 w zakresie terminu wykonania zamówienia.

Mając na względzie powyższe, Konsorcjum RAA wskazało, że w jego ocenie informacje zawarte w Uzasadnieniu Tajemnicy nie stanowią same w sobie informacji wskazanych w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a więc nie mają przymiotu tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu tego przepisu. Ponadto Konsorcjum RAA ma poważne wątpliwości co do tego, czy Konsorcjum ITT w ogóle uzasadniło fakt zastrzeżenia Uzasadnienia Tajemnicy jako tajemnicy przedsiębiorstwa (czy podało argumenty, z których miałyby wynikać, że przedłożone Uzasadnienie Tajemnicy samo w sobie wypełnia przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa). Tym samym, Uzasadnienie Tajemnicy, może potencjalnie samo w sobie stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, o ile samodzielnie spełnia przesłanki zawarte

w definicji tajemnicy przedsiębiorstwa. Zgodnie z art. 8 ust. 3 p.z.p., chcąc zastrzec Uzasadnienie Tajemnicy, wykonawca powinien przedstawić do nich kolejne wyjaśnienie. Konsorcjum RAA podkreśliło również, że składane zamawiającym wyjaśnienia, o których mowa w art. 8 ust. 3 ustawy Pzp muszą wykazywać, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Niejednokrotnie wyjaśnienia przybierają postać teoretycznych wywodów dotyczących przepisu art. 11 ust. 4 u.z.n.k., popartych obszernym przeglądem

27

stanowisk doktryny i orzecznictwa. Nawet, jeśli w treści wyjaśnień znajduje się szczegółowe odniesienie do przesłanek określonych w przywołanym przepisie (przykładowo, do przesłanki związanej z podjęciem przez przedsiębiorcę niezbędnych działań w celu zachowania poufności zastrzeżonych informacji), to ich ziszczenie się wykazywane jest przez odwołanie do typowej, powszechnie znanej i ogólnej argumentacji. W orzecznictwie KIO podkreśla się z kolei, że: „Samo złożenie uzasadnienia co do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa oznaczonych informacji nie zawsze jest wykazaniem, o którym mowa w art. 8 ust. 3 p.z.p. Wykazać oznacza coś więcej aniżeli jedynie wyjaśnić. Nie spełniają przesłanki z art. 8 ust 3 p.z.p. ogólnikowe wyjaśnienia, zawierające gołosłowne, niczym niepotwierdzone twierdzenia, że zastrzeżone informacje mają duże znaczenie dla wykonawcy, że nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej, że posiadają znaczną wartość gospodarczą. Wskazał na wyroki KIO: KIO 512/17, KIO 421/17. Jednocześnie zamawiający nie jest uprawniony do prowadzenia postępowania wyjaśniającego w celu ustalenia, czy informacje zastrzeżone stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, ale dokonuje oceny w tym zakresie na podstawie zawartych w ofercie informacji co do powodów takiego zastrzeżenia. „Obowiązkiem wykonawcy jest zatem wykazanie, do terminu składania ofert lub wniosków, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Powyższe prowadzi do wniosku, że brak takiego uzasadnienia albo też brak wykazania przedmiotowej okoliczności winien skutkować odtajnieniem przez zamawiającego zastrzeżonych informacji. Skoro ciężar przeprowadzenia dowodu na określoną okoliczność został nałożony na wykonawcę i ograniczono go w czasie, to zamawiający nie ma obowiązku ani nawet nie jest uprawniony do podjęcia dodatkowych czynności w tym przedmiocie (wezwanie do uzupełnienia braku w postaci wykazania rzeczonych okoliczności czy też wezwania do wyjaśnień w zakresie informacji podanych jako uzasadnienie zastrzeżenia poufności określonych wiadomości)” - tak: wyrok KIO z dnia 21.12.2016 r. (KIO 2322/16). W takim przypadku zastrzeżenie całej treści dokumentu jest nieuprawnione” - KIO 745/08. „W trakcie badania zasadności dokonanego zastrzeżenia badaniu podlega nie tylko kwestia potrzeby objęcia danych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa, ale także ustalenia czy cała treść zastrzeżonego dokumentu uzasadnia objęcie go tajemnicą przedsiębiorstwa. Nie jest zasadne i dopuszczalne obejmowanie zastrzeżeniem całego dokumentu w sytuacji kiedy tylko pewna jego treść odpowiada wymaganiom ustawowym. Z treści przepisu art. 8 ust. 3 p.z.p. jednoznacznie wynika, że nie ujawnia się informacji, stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Tak więc możliwe jest zastrzeżenie tajemnicą przedsiębiorstwa tylko informacji stanowiących tajemnicę, a nie dokumentu, w którym takie informacje mogą być częściowo zawarte. A contrario, jeśli w dokumencie zastrzeżono informacje, które przymiotu tajemnicy nie spełniają w myśl art. 11 ust 4 u.z.n.k. taki dokument jako całość nie może być zasadnie zastrzeżony” - tak: wyrok KIO z dnia 20.10.2016 r. (KIO 1783/16). Tym samym, w ocenie Odwoływającego zasadnym jest

28

zbadać w pierwszej kolejności czy co do objęcia Uzasadnienia Tajemnicy wykonawca Konsorcjum ITT wykazał (przedstawił odrębne uzasadnienie) objęcia tajemnicą przedmiotowych informacji, następnie zaś - w przypadku, gdyby takie uzasadnienie było złożone, jego zbadanie w kontekście przesłanek przewidzianych w art. 11 ust. 4 u.z.n.k. W przypadku uznania dokumentu za nie zawierającego tajemnicy przedsiębiorstwa, lub zawierający częściowo informacje obejmujące tajemnicę przedsiębiorstwa, Konsorcjum wnosi o odtajnienie ww. dokumentów. Zdaniem Konsorcjum jest wysoce prawdopodobne, że niezasadnie zastrzeżone uzasadnienie zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa Uzasadnienia tajemnicy w odniesieniu do wyjaśnień ceny rażąco niskiej nie zawiera uzasadnienia zastrzeżenia tych wyjaśnień w sposób pozwalający na pozytywną ich ocenę w zakresie formalnym. Prawdopodobne jest, że uzasadnienie jest ogólnikowe i Konsorcjum ITT nie wykazało wartości gospodarczej objętych tajemnicą przedsiębiorstwa informacji, co

powoduje, że w ocenie Odwołującego informacje te z tego tytułu nie powinny zostać objęte tajemnicą, a Zamawiający winien dokonać ich odtajnienia i przekazać ich treść Odwołującemu. Nadto, prawdopodobnym jest, że brak jest również należytego uzasadnienia w zakresie zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji nt. terminu realizacji zamówienia w sposób wymagany przez art. 11 ust. 4 u.z.n.k., a złożone uzasadnienie - jak można domniemywać - jest ogólnikowe i nie obejmuje wszystkich niezbędnych elementów (wnosimy o ich wnikliwą weryfikację przez Izbę). Odwołujący wniósł o odtajnienie przedmiotowych dokumentów z uwagi na fakt nieskutecznego ich zastrzeżenia, podając na marginesie, że w przedmiotowym postępowaniu, które jest przewidziane do współfinansowania przez Unię Europejską naruszenie ww. przepisów ustawy Pzp może skutkować nałożeniem na Zamawiającego (Beneficjenta) korekty finansowej.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie wskazując w szczególności na następujące okoliczności:

1. Zamawiający w dniu 20.07.2017 r. otrzymał od Konsorcjum Infrakol wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny. Na podstawie otrzymanej odpowiedzi stwierdzono, że suma kwot przeznaczonych na dokumentację nie przekracza 7% całkowitej ceny oferty, zgodnie z pkt. 13.5. IDW. Wykonawca przedstawił ofertę podwykonawcy, który wykona dokumentację. Podwykonawca jest znany i akceptowany przez Zamawiającego z licznych innych opracowań. Przedstawił obliczenia, które jego zdaniem wskazują, że całkowity koszt dokumentacji przedstawiony w ofercie przez Konsorcjum w składzie: Infrakol, Trak Tec Contruction wynosi mniej niż 7%. Koszt dokumentacji Wykonawca przedstawił w wyjaśnieniu z dnia 20.07.2017 r.

29

Oferta Infrakol - 77 563 357,94 zł Cena za dokumentację - 1 237 000,00 zł. Stosunek ceny za dokumentację do ceny ofertowej: 1,59% (*co stanowi mniej niż 7% całości robót*).

Jednocześnie wskazał, że twierdzenie Odwołującego odnoszące się do niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, co rzekomo miało wypełniać znamiona art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. w zakresie wypełnienia RCO zbiorczego (rozbicia ceny ofertowej) jest całkowicie bezpodstawne. Zamawiający dodając pozycje w RCO - zbiorczym polegające na uwzględnieniu dokumentacji i certyfikacji w żaden sposób nie uchylił wcześniejszej odpowiedzi na pytanie 15, ani nie dokonał w przedmiotowym zakresie żadnej modyfikacji IDW.

W dniu 11.05.2017 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi, że „Zamawiający wymaga, aby sumaryczna wartość pozycji RCO dotyczących wykonania dokumentacji projektowej nie przekroczyła 7 % ceny ofertowej za wykonanie całości Zamówienia. Zamawiający załącza RCO, w którym dostawione są pozycje dotyczące dokumentacji.” Podkreślił, że nawet gdyby pozycja dotycząca dokumentacji wynosiła 0, to SIWZ dopuszczał taką możliwość, ponieważ 0 nie przekracza 7 % ceny ofertowej za wykonanie całości Zamówienia, a Zamawiający nigdzie nie wpisał obowiązku wypełnienia tych pozycji. Zamawiający jedynie stworzył możliwość Wykonawcom przejrzystego wskazania, ile kosztuje wykonanie dokumentacji projektowej, nie nałożył jednak takiego obowiązku. Powyższe wynika z faktu, iż Umowa przewiduje fakturowanie częściowe. Zamawiający przewidział, iż po wykonaniu dokumentacji nie zapłaci za tą część zamówienia więcej niż 7 % całości ceny ofertowej, ale Wykonawca sam mógł dopuścić do sytuacji, że ujmie koszt dokumentacji projektowej w innych pozycjach, a co za tym idzie wynagrodzenie częściowe otrzyma nie po wykonaniu dokumentacji, a po wykonaniu określonego zakresu rzeczowego, który był przewidziany do wykonania w trybie „zaprojektuj i wybuduj”. Jak widać Zamawiający pozostawił Wykonawcom pewną swobodę wyboru momentu rozliczenia wg uznania i zgodnie z zasadą swobody umów. Z przytoczonych zapisów wynika, iż celem Zamawiającego w momencie, kiedy ustalał próg 7 % za wykonanie dokumentacji nie było narzucanie Wykonawcom ile mają za tą dokumentację faktycznie zapłacić, a jedynie wskazanie zasad rozliczenia, polegających na zachowaniu odpowiednich proporcji przy rozliczaniu częściowym na odpowiednich etapach robót, tak aby nie zaszło ryzyko „przeplacenia” na pierwszym etapie realizacji za określony zakres robót jakim jest projektowanie, co tak naprawdę miałoby znaczenie tylko i wyłącznie w przypadku, gdyby doszło do rozwiązania Umowy w trakcie jej realizacji. Co oznacza, iż z punktu widzenia celu jakiemu miało służyć wprowadzenie 7 % progu dla ceny dokumentacji nie ma znaczenia, iż

zostanie ona niewyceniona lub wyceniona w znacznie mniejszym zakresie. Dalej podał, że zgodnie z pkt 13.4 IDW „Wykonawca musi dostarczyć wypełnione Rozbicie Ceny Ofertowej. Wykonawca musi wycenić wszystkie pozycje Rozbicia Ceny Ofertowej, gdzie zarówno ceny jednostkowe jak i cena za daną pozycję jest podana z matematycznym zaokrągleniem do

30

dwóch miejsc po przecinku. Pozycje niewypełnione będą uznane za włączone oto innych pozycji wypełnionego Rozbicia ceny ofertowej." Pierwotna odpowiedź pozostała w dotychczasowym brzmieniu: „Wykonawcy nie są zobowiązani do wyceny przedmiotowych pozycji zgodnie ze wskazanymi przez Zamawiającego procentowymi wskaźnikami. Wykonawcy mogą dokonywać wyceny w oparciu o oferty podwykonawców czy też o własne doświadczenie." Jak można wyczytać w literalnym brzmieniu przytoczonego zapisu, na Wykonawcę nie nałożono obowiązku wprowadzenia w treści SIWZ poprzez jej modyfikację udzieloną odpowiedzią na jakiegokolwiek pytanie obowiązku wypełniania pozycji „dokumentacja". Zamawiający wymagał jedynie, aby suma pozycji „dokumentacja" w RCO zbiorczym nie przekroczyła 7 %. Taką ofertę Infrakol! niewątpliwie złożył, gdyż suma pozycji w RCO nie przekracza 7 %. Ponadto dochowując najwyższej staranności wezwał Wykonawcę do wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. i ten wprost zadeklarował, iż przygotowanie dokumentacji projektowej wycenił na kwotę 1 237 000,00 zł. Podkreślił, że to wyjaśnienie nie stanowiło zmiany treści oferty, ponieważ cena finalna nie uległa zmianie. Zdaniem Zamawiającego z przytoczonych zapisów wynika, że zarówno wykładnia materialna jak i celowościowa dotycząca zasad i sposobu wypełniania druku RCO, jednoznacznie przemawia za tym, aby nie odrzucać oferty Wykonawcy, który złożył tę ofertę zgodnie z wymaganiami Zamawiającego. Nadto nawet gdyby uznać, iż istnieje jakakolwiek wątpliwość co do sposobu interpretacji IDW, to powszechnie uznawana i stosowana linia orzecznicza, aby wszelkie wątpliwości interpretować na korzyść wykonawcy, nie pozwala na odrzucenie oferty Infrakolu. W tym stanie rzeczy, zdaniem Zamawiającego, zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp nie jest zasadny.

Odnosnie rażąco niskiej ceny wskazał na obliczenia przedstawione w tabeli, które wskazują na brak rażąco niskiej ceny w stosunku do pozostałych ofert.

Wykonawca Rover Alcisa Infrakol Torpol Trakcja PRKiL

Cena oferty netto 88 171 936,24 zł 77 536 357,94 zł 100 714 108,36 zł 102 657 893,09

Średnia cena 4 92 270 073,91 zł

wykonawców

Stosunek ceny 95,56% 84,03% 109,15% 111.26%

wykonawcy do

ceny średniej Wartość szacunkowa zamawiającego: 83 937 560,61 zł

Cena ofertowa Konsorcjum infrakol, Trak Tec Construction: 77 563 357,94 zł

Stosunek cen: 77 563 357,94 do 83 937 560,61 * 100% = 92,37%

Stwierdził, że Cena ofertowa Konsorcjum Infrakol, nie jest rażąco niska w stosunku do wartości szacunkowej Zamawiającego oraz średniej ceny pozostałych ofert. Mimo braku

31

znamion rażąco niskiej ceny Zamawiający wezwał Konsorcjum Infrakol, o wyjaśnienie pozycji niewycenionych. Zamawiający nie wezwał Wykonawcy o wyjaśnienie ceny obiektów inżynierskich. Biorąc pod uwagę cenę obiektów inżynierskich stwierdzono, że nie stanowią one istotnej części wartości oferty i nie są istotnymi elementami zamówienia. Program funkcjonalno-użytkowy stanowi załącznik do OPZ. Opis przedmiotu zamówienia oraz Rozbicie Ceny Ofertowej stanowią integralną część SIWZ. Porównując 4 oferty stwierdzono, że każdy z Wykonawców stosuje inżynierię cenową jako sposób wyceny ofert. Wiele pozycji znacznie różni się ceną dla poszczególnych Wykonawców. Na pytania Wykonawców dotyczące wypełnienia przedmiarów/RCO Zamawiający jednoznacznie odpowiedział, że wymaga wypełnienia zbiorczego Rozbicia Ceny Ofertowej. Dla potwierdzenia zaprezentowano pytania i odpowiedzi.

Pytanie 10 (Pytania i odpowiedzi - część 2 z dnia 28.04.2017 r.)

Prosimy o informację jakie przedmiary / RCO Wykonawcy są zobowiązani do załączenia do oferty (w formie listy nazw plików z rachunkami do wyceny).

Odpowiedź: Wykonawcy zobowiązani są wypełnić zbiorcze RCO, będące sumą

zadań oraz / dla poszczególnych poszczególnie przedmiary RCO zamieszczone poszczególnych zakresów robót. Zał. nr 1 zawiera projekty budowlane i wykonawcze dla stacji Świebodzice i stacji Wałbrzych Szczawienko podzielone na branże i do tych zakresów zamieszczone są przedmiary - podzielone na stacje i branże (zadanie prowadzone w trybie „buduj”). W zał. nr 1 jest załączone PFU zawierający opis robót dotyczący zakresu branży sterowania ruchem kolejowym oraz teletechniki, prace prowadzone będą w trybie „projektuj i buduj” - należy wypełnić RCO. Zał. nr 2 zawiera projekty budowlane i wykonawcze dla nowego przystanku kolejowego Wałbrzych Śródmieście podzielone na branże i do tych zakresów zamieszczone są przedmiary - podzielone na branże (zadanie prowadzone w trybie „buduj”). Zał. nr 3 zawiera zakres prac dla obiektów inżynierskich w trybie „projektuj i buduj” - należy wypełnić RCO.

Pytanie 11 (Pytania i odpowiedzi - część 2 z dnia 28.04.2017 r.)

Prosimy o potwierdzenie, że w ramach oferty należy wypełnić oraz załączyć do oferty wyłącznie rachunki i przedmiary przedstawione w plikach o nazwie:

- przedmiary.7 z.001 (w tym S01 oraz S02); RCO SRK; RCO dla obiektów
- Przedmiar p.o. Wałbrzych Śródmieście

Odpowiedź: Wykonawcy zobowiązani są wypełnić zbiorcze RCO, będące sumą zadań oraz / dla poszczególnych poszczególnie przedmiary RCO zamieszczone poszczególnych zakresów robót. Zał. nr 1 zawiera projekty budowlane i wykonawcze dla stacji Świebodzice i stacji Wałbrzych Szczawienko podzielone na branże i do tych zakresów zamieszczone są przedmiary - podzielone na stacje i branże (zadanie prowadzone w trybie „buduj”). W zał. nr 1 jest załączone PFU zawierający opis robót dotyczący zakresu branży

32

sterowania ruchem kolejowym oraz teletechniki, prace prowadzone będą w trybie „projektuj i buduj” - należy wypełnić RCO. Zał. nr 2 zawiera projekty budowlane i wykonawcze dla nowego przystanku kolejowego Wałbrzych Śródmieście podzielone na branże i do tych zakresów zamieszczone są przedmiary - podzielone na branże (zadanie prowadzone w trybie „buduj”). Zał. nr 3 zawiera zakres prac dla obiektów inżynierskich w trybie „projektuj i buduj” - należy wypełnić RCO.

Pytanie 12 (Pytania i odpowiedzi - część 2 z dnia 28.04.2017 r.)

Prosimy o zamieszczenie tabeli zbiorczej, która będzie sumowała kwoty z poszczególnych przedmiarów, które Wykonawcy mają załączyć do oferty.

Odpowiedź: Zamawiający zamieścił zbiorcze zestawienie - RCO na platformie zakupowej. Poniżej przedstawiono pytania i odpowiedzi dotyczące obiektów inżynierskich. W związku z zastosowaniem trybu „projektuj i buduj: Zamawiający zleca Wykonawcy ocenę jakie prace należy wykonać na obiekcie, tak aby ten spełniał wymagane założenia opisane w PFU (Pkt. 3.1. Ogólne właściwości funkcjonalno-użytkowe, prędkość max dla pociągów pasażerskich 120 km/h, dla pociągów towarowych 100 km/h. Dopuszczalny nacisk osi w torze nr 1 : 22,5 t, w torze nr 2: 22,5 t).

Pytanie 17 (Pytania i odpowiedzi - część 5 z dnia 18.05.2017 r.)

Tom III siwz (OPZ) w zakresie programu funkcjonalno-użytkowego - pkt 3 - wykonawca prosi o sprostowanie zawartych tam postanowień gdyż żadne pozycje RCO nie zostały oznaczone jako rozliczane na podstawie wynagrodzenia kosztorysowego i oznaczone symbolem „O”.

Odpowiedź: (dotyczy zakresu robót dla obiektów inżynierskich): Zakres prac nie przewiduje w ramach tej umowy wykonania prac rozliczanych w formie „O” -czyli obmiarowej. Wszystkie prace opisane w PFU (załącznik nr 3) wykonane w zakresie tego zadania będą rozliczane w formie ryczałtowej.

Wobec przedstawionych powyżej okoliczności faktycznych i prawnych Zamawiający stwierdził, że zaoferowana cena za obiekty inżynierskie stanowi ryczałt w rozumieniu art. 632 §1 Kodeksu Cywilnego, a zatem przyjmujący zamówienie ponosi ryzyko wykonania obiektów inżynierskich za oferowaną cenę i poszczególne pozycje przedmiarowe nie stanowią podstawy do oszacowania wysokości wynagrodzenia. Tylko sytuacja, która stanowiłaby zmianę do stanu istniejącego w momencie ofertowania mogłaby stanowić podstawę do ewentualnego udzielenia zamówienia na roboty dodatkowe. Wykonawca oszacował wartość każdego z obiektów inżynierskich kalkulując cenę ofertową na podstawie zapisów w SIWZ oraz mając możliwość weryfikacji stanu technicznego obiektów podczas wizji lokalnej. W związku z tym wycena każdego Wykonawcy może się różnić, pomimo tego, że każda z ofert zakłada dostosowanie parametrów zgodnie z PFU (prędkość dla pociągów pasażerskich 120 km/h, pociągów towarowych 100 km/h, nacisk w torze 1: 22,5t, w torze 2: 22,5 t). Wykonawca

łączna wycenę kosztów rewitalizacji dla 4 przepustów i 3 wiaduktów i ujęła tę wycenę w ofercie (Rozbicie ceny ofertowej, poz. 6.2 „Roboty w zakresie 4 przepustów i 3 wiaduktów”). Po analizie poszczególnych ofert zamawiający zauważył, że wyceny dla pojedynczych pozycji różnią się u każdego wykonawcy. Wskazuje to na fakt, iż ocena stanu technicznego obiektów inżynierskich jest obciążona dużym ryzykiem

i jest dokonywana indywidualnie przez każdego z Wykonawców. W tym stanie rzeczy stawki w poszczególnych pozycjach przedmiarowych mają jedynie charakter pomocniczy i służą do rozliczeń częściowych, a nie do oceny czy cena jest rażąco niska. Istotna jest jedynie pozycja zbiorcza za rewitalizację obiektów inżynierskich w RCO-zbiorczym, tej jednak odwołujący nie negował w swoim odwołaniu. Mając na względzie, iż obiekty inżynierskie objęte niniejszym postępowaniem przetargowym wymagają rewitalizacji i są obiektami czynnymi, co oznacza brak możliwości wcześniejszego przeprowadzenia badań odkrywkowych, skala różnic pomiędzy poszczególnymi ofertami może być tutaj znacząca, w zależności od doświadczeń i wiedzy poszczególnych wykonawców oraz przyjętych przez nich założeń. Zamawiający założył, iż wszystkie obiekty inżynierskie w tym wiadukty będą realizowane na zgłoszenie w ramach rewitalizacji. Według zamawiającego zaoferowana cena wynikająca z Rozbicia Ceny Ofertowej („RCO - zbiorcze”) w zakresie obiektów (Rozbicie ceny ofertowej, poz. 6. 6.2 „Roboty w zakresie 4 przepustów i 3 wiaduktów”) jest niska, ale nie nosi znamion ceny rażąco niskiej. Zatem w ramach art. 90 Pzp Zamawiający nie wezwał do wyjaśnienia o rażąco niską ceną dla obiektów inżynierskich (Rozbicie ceny ofertowej, poz. 6.2 „Roboty w zakresie 4 przepustów i 3 wiaduktów”). Cena ofertowa dla wykonania rewitalizacji obiektów została rozpisana na poszczególne pozycje dotyczące pkt 6.2 „RCO-zbiorcze”, w sposób oczywisty i niewymagający wyjaśnienia. Z doświadczenia zamawiającego wynika, że osiągnięcie parametrów funkcjonalności obiektów (prędkość dla pociągów pasażerskich 120 km/h, pociągów towarowych 100 km/h, nacisk w torze 1: 22,5 t, w torze 2: 22.5 t), przy założonych przez wykonawcę nakładach finansowych jest możliwe i realne do wykonania. U zamawiającego nie powstała wątpliwość, co do oszacowania przedmiotu zamówienia, w tym obiektów inżynierskich. Wykonawcy mieli równe szanse przy wycenie kosztów rewitalizacji obiektów inżynierskich, a żaden z nich nie zgłosił potrzeby większego wglądu do obiektu. W związku z powyższym zamawiający stwierdził, że zapisy w SIWZ oraz możliwość wizji lokalnej są wystarczające dla oceny stanu technicznego obiektów inżynierskich. Ponadto podał, że przewidział w IDW pkt. 13.3., że w przypadku pojawienia się jakiegokolwiek pozycji z cyfrą „0” lub pozycji niewycenionej to wartość tej pozycji jest ujęta w innych punktach RCO zbiorczego, tym bardziej, gdy Wykonawca wpisał dowolną sumę (np. dla obiektów) to Zamawiający przyjął, że kwota może być ujęta w innej pozycji. Ponadto pozycje Rozbicia ceny Ofertowej („RCO - zbiorczego”) odnoszą się do rozliczeń i umożliwiają fakturowanie cząstkowe. Podkreślenia w aspekcie prawnym wymaga także okoliczność, iż zgodnie z art.

90 ust. 1 Zamawiający ma obowiązek zwrócić się do Wykonawców o wyjaśnienie rażąco niskiej ceny jeżeli zaoferowana cena lub koszt wydają się rażąco niskie i budzą wątpliwości Zamawiającego w stosunku do przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego. Zamawiający mając na względzie fakt, iż uważa, że przy oferowanych przez Infrakol stawkach możliwe jest osiągnięcie funkcjonalności opisywanych w SIWZ, a wskazanych powyżej, w zakresie prędkości pociągów, nie powziął żadnych wątpliwości co do możliwości wykonania zamówienia za zaoferowane stawki. Jednocześnie Zamawiający podniósł, że w przypadku gdyby założenia Zamawiającego co do zakresu rewitalizacji obiektów typu wiadukty nie potwierdziły się, to stanowiłoby to przesłankę do udzielenia zamówienia dodatkowego w rozumieniu art. 19 ust. 3 pkt 3 ustawy Pzp., gdyż inny zakres niż rewitalizacja nie jest przewidziany zamówieniem podstawowym.

2) Odnośnie zarzutu zaniechania wezwania do uzupełnienia dokumentów lub złożenia wyjaśnień, na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp. ze względu na brak opinii biegłego rewidenta w zakresie badania rachunku zysków i strat stwierdził, że Odwołujący nie wywodzi na podstawie jakich przepisów i okoliczności faktycznych uważa, iż sprawozdanie finansowe wybranego Wykonawcy winno podlegać badaniu przez biegłego rewidenta, co

wskazuje na fakt, iż odwołujący nie sprostął ciężarowi dowodu, w rozumieniu art. 6 k.c. W istocie spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania w ciągu ostatnich 3 lat obrotowych, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, za ten okres, średni roczny przychód netto ze sprzedaży w kwocie minimalnej 28 800 000,00 PLN spełnia samodzielnie jeden z Konsorcjantów tj. Infrakol sp. z o.o. sp. komandytowa, a zatem za wystarczające należy uznać przedłożenie rachunku zysków i strat tylko przez tego Konsorcjanta. Podkreślił, że Infrakol w innym postępowaniu tj. Budowa peronu nr 3 wraz z infrastrukturą towarzyszącą w st. Szklarska Poręba Górna w ramach zadania pn.: „Zwiększenie przepustowości wybranych linii kolejowych poprzez optymalizację sterowania ruchem kolejowym i układów stacyjnych” IREZA4-216-19/2016” otrzymał od wybranego wykonawcy Oświadczenie, iż „Działalność przedsiębiorstwa Budownictwa Kolejowego i Inżynieryjnego „INFRAKOL” s.c. prowadzona jest w formie wspólnego przedsięwzięcia osób fizycznych posiadających odrębne wpisy do ewidencji działalności gospodarczej. Każdy ze współników podlega odrębnemu rozliczeniu i traktowany jest przed organami skarbowymi jako odrębny podmiot oraz odrębny byt prawny. W przypadku ewentualnego podpisywania umowy w zakresie przedmiotowej oferty reprezentantami konsorcjum są poszczególne podmioty gospodarcze zgodnie z wpisami do Krajowego Rejestru Sądowego w przypadku: Track Tec Construction Sp. z o.o. oraz wpisami do ewidencji działalności gospodarczej w przypadku: J.P., Z.B., S.P.. Podmioty te również ponoszą odpowiedzialność z tytułu ewentualnych wad wykonania zlecenia w sposób solidarny. Mając na uwadze powyższe, wartości wykazane w sprawozdaniu finansowym stanowiącym załącznik w przedłożonej

35

ofercie należy przyporządkowywać do poszczególnych działalności poprzez podzielenie ich przez 3 (liczba wpisów do ewidencji działalności gospodarczej) analiza danych pozwala na stwierdzenie, iż w żadnym ze wzmiankowanych lat osoby będące udziałowcami w spółce nie wypełniły 2 z 3 warunków określanych w ustawie o rachunkowości, a co za tym idzie sprawozdanie finansowe nie podlega badaniu przez biegłego rewidenta.” Dowód:

oświadczenie z dnia 23.03.2016 r. CEIDG J.P., CEIDG Z.B., CEIDG S.P. Umowa spółki cywilnej

Mając na względzie okoliczność, iż stosownie do postanowień art. 26 ust. 6 ustawy Pzp. Wykonawca nie ma obowiązku do składania oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1 i 3, jeżeli zamawiający posiada oświadczenia lub dokumenty dotyczące tego wykonawcy, Zamawiający oparł badanie dokumentów złożonych przez Infrakol na oświadczeniu złożonym w innym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Wybrany Wykonawca 08.04.2016 r. dokonał przekształcenia spółki cywilnej w spółkę handlową Uchwałą z dnia 08.04.2016 r. współników spółki cywilnej Przedsiębiorstwo Budownictwa Kolejowego i Inżynieryjnego „Infrakol” s.c. w sprawie przekształcenia w spółkę komandytową: Infrakol Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa. Zatem do momentu przekształcenia w ogóle nie był zobowiązany do przedłożenia opinii biegłego rewidenta. Jednocześnie mając na względzie, iż w roku 2016 Spółka działała tylko przez pół roku, Zamawiający uznał wzywanie wybranego Wykonawcy o opinię biegłego rewidenta za zbędne, gdyż w wystarczającym zakresie spełnianie warunków finansowych potwierdzał rachunek zysków i strat. Nowo powstała spółka okoliczność, czy będzie zobowiązana do sporządzania opinii biegłego mogła ustalić dopiero po zamknięciu roku obrotowego 2016. Dopiero w tym momencie w takiej sytuacji była obowiązana do dokonania wyboru biegłego rewidenta i zlecenia mu prac, Wziąwszy pod uwagę fakt, iż spółka ta nigdy wcześniej nie podlegała takiemu obowiązkowi, a rok 2016 był dla niej rokiem otwarcia działalności Zamawiający uznał, iż niemożliwym jest, aby ta spółka w terminie do 30.06.2017 r. była w stanie uzyskać opinię biegłego rewidenta. Jednocześnie mając na względzie, iż taką możliwość dopuszcza sama ustawa o rachunkowości, gdyż dopuszczalnym jest złożenie do 15 lipca każdego roku podpisanego a nie zatwierdzonego sprawozdania finansowego bez opinii biegłego rewidenta i przedłożenie tych dokumentów do KRS dopiero po zakończeniu badania przez biegłego rewidenta, to tym bardziej możliwym jest dopuszczenie takiej ewentualności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zwłaszcza, iż w kontekście art 26 ust. 2c ustawy Pzp. *Jeżeli z uzasadnionej przyczyny wykonawca nie może złożyć dokumentów dotyczących sytuacji finansowej lub ekonomicznej wymaganych przez zamawiającego, może złożyć inny dokument, który w wystarczający sposób potwierdza spełnienie opisanego przez zamawiającego warunku udziału w postępowaniu lub kryterium selekcji.*” Wskazał na

orzeczenie KIO 341/13 podnosząc m.in., że: (...) *art. 26 ust. 2c ustawy Pzp., który wyraźnie odsyła do pojęcia ogólnego, obejmującego różnego typu zdarzenia, skutkujące niemożnością przedstawienia dokumentu wymaganego przez zamawiającego. Zaistnienie uzasadnionych przyczyn (stanowiące zarazem ich konkretyzację) należy rozpatrywać z uwzględnieniem stanu faktycznego danej sprawy.*" Zamawiający znając sytuację faktyczną

Wykonawcy Infrakol miał świadomość, iż żądanie w przypadku tego Wykonawcy, opinii biegłego rewidenta, będzie przedwczesne, zwłaszcza iż Wykonawca w wystarczający sposób potwierdził spełnienie warunku, a przecież to jest celem żądania dokumentów w postępowaniu.

3) Odnośnie zarzutu zaniechania odtajnienia dokumentów stwierdził, że wybrany Wykonawca przedstawił do swoich wyjaśnień w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnienia treści oferty, że zastrzega wyjaśnienia dotyczące: fazowania robót, metod którymi Wykonawca planuje realizować roboty, zasobów ludzkich i sprzętowych koniecznych do zrealizowania Robót w zaproponowanym rozwiązaniu technicznym, opisanym w pkt 2, zakładanych wydajności zasobów wymienionych zgodnie z pkt 3, planu dostaw materiałów i urządzeń, oceny ryzyka i jego ewentualnej mitygacji. W uzasadnieniu zastrzeżenia wskazał, iż są to istotne informacje techniczne, technologiczne i organizacyjne przedsiębiorstwa. Nigdy nie zostały udostępnione podmiotom trzecim, a każdy z członków Konsorcjum podjął działania mające na celu zachowanie ich poufności. Dalej Wykonawca szczegółowo podał, iż zastrzeżone informacje i dokumenty znajdują się w posiadaniu wyselekcjonowanej grupy pracowników członków Konsorcjum, którzy zajmują się przedmiotowym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego. Informacje te dotyczą kwestii technicznych, technologicznych i organizacyjnych przedsiębiorstwa i/lub posiadają wartość gospodarczą. Wyjaśnienia dotyczące informacji o sposobie (metodologii, zasobach, wydajności, planu dostaw i założeniach do fazowania) mają charakter organizacyjny przedsiębiorstwa poszczególnych członków Konsorcjum i posiadają wartość gospodarczą, której ujawnienie wpływa na ograniczenie konkurencyjności Członków Konsorcjum. Informacje te mają bezpośredni wpływ na sposób i termin wykonania prac przez Konsorcjum i nie powinny zostać ujawnione do wiadomości publicznej, gdyż operuje się nimi w zamkniętym kręgu podmiotów know-how, dotyczący realizacji zadań na inwestycjach kolejowych. Wykonawca podkreślił, że informacje zastrzeżone w piśmie nie zostały wcześniej ujawnione do wiadomości publicznej przez któregośkolwiek z członków Konsorcjum ani Konsorcjum. Informacje zawarte w wyjaśnieniach i przygotowane przez Członków konsorcjum opierają się na doświadczeniu własnym, doświadczeniu ekspertów, know-how przedsiębiorców i nie są podawane do wiadomości publicznej. Wszystkie te informacje mają charakter poufny. Całość rozmów i ustaleń prowadzonych przez osoby przygotowujące ofertę oraz desygnowane do realizacji przedmiotu zamówienia, posiadała i nadal posiada klauzulę poufności, a szczegóły

37

są znane tylko wybranym osobom, które poinformowano o obowiązku dochowania tajemnicy. Ponadto Członkowie Konsorcjum zobowiązali się do nieujawnienia informacji dotyczących przygotowanej oferty, które zostały przekazane przez pozostałych członków Konsorcjum.

Wskazał na przedłożoną, jako dowód - umowę o zachowaniu poufności. Wybrany Wykonawca zapewnił także, iż podjął w stosunku do informacji niezbędne działania w celu

zachowania poufności. Każdy z członków Konsorcjum podpisał oświadczenie zobowiązujące go do nieujawniania danych przekazanych przez innych Członków Konsorcjum dotyczących przygotowanej oferty. Na dowód czego Wykonawca przedłożył oświadczenie o zachowaniu poufności. Dalej wskazał, że Wykonawca wyjaśnił, że każdy z członków Konsorcjum podjął działania mające na celu zachowanie danych objętych tajemnicą przedsiębiorstwa jako danych poufnych tj. informacje umieścił na zabezpieczonym serwerze, a dostęp do tych informacji zapewnił tylko wybranemu gronu osób. Każda z tych osób została zobowiązana do zachowania poufności zgromadzonych danych, łącznie z dostawcami materiałów i podwykonawcami, w tym w szczególności w zakresie ceny złożonych ofert. Podobne zastrzeżenia Wykonawca poczynił w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny. Wykonawca oświadczył, iż wyjaśnienia w całości dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny tj. kwot poszczególnych pozycji RCO przedstawione przez Wykonawcę, a dotyczące oferty Konsorcjum, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa

poszczególnych członków Konsorcjum i Konsorcjum w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Wykonawca na podstawie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp zastrzegł wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny jako tajemnicę przedsiębiorstwa członków konsorcjum i Konsorcjum. Dalej podał, że Wykonawca wskazał, że wyjaśnienia dotyczące elementów oferty mających wpływ na cenę, w szczególności zaś informacje o sposobie (metodologii i założeniach do wyceny) dokonania kalkulacji ceny oferty oraz ofertach pozyskanych przez członków konsorcjum od podwykonawców dostawców mają charakter organizacyjny przedsiębiorstwa poszczególnych Członków Konsorcjum i posiadają wartość gospodarczą, której ujawnienie wpływa na ograniczenie konkurencyjności członków konsorcjum. Zdaniem Wykonawcy o bezsporności posiadania przez te informacje wartości gospodarczej świadczy fakt, że mają one bezpośredni wpływ na koszty poniesione przez Konsorcjum, a to z kolei przenosi się wprost na wysokość oferowanej przez Konsorcjum ceny oferty. Oferty podwykonawców oraz dostawców są wynegocjowane indywidualnie przez członków Konsorcjum lub Konsorcjum i stanowią istotną wartość gospodarczą tego podmiotu. Wykonawca podkreśla, że ceny te nie są oferowane wszystkim podmiotom na rynku, często wynikają one z wieloletniej współpracy oraz są wynikiem długich negocjacji z poszczególnymi podmiotami. Tym samym stanowią one wartość gospodarczą dla Członków Konsorcjum i nie powinny zostać ujawnione do wiadomości publicznej. Wykonawca podkreślił, iż żadna z informacji zastrzeżonych nie

38

została wcześniej ujawniona do wiadomości publicznej przez któregokolwiek z Członków Konsorcjum. Kalkulacje własne oferty przygotowane przez Członków Konsorcjum nie są podawane do publicznej informacji. Całość rozmów i ustaleń prowadzonych przez osoby przygotowujące ofertę oraz desygnowane do realizacji przedmiotu zamówienia, posiadała i nadal posiada klauzulę poufności, a szczegóły są znane tylko wybranym osobom, które

poinformowano o obowiązku dochowania tajemnicy. Członkowie Konsorcjum zobowiązali się w umowie konsorcjum do nieujawniania informacji dotyczących kalkulacji ceny oferty, które zostały przekazane przez pozostałych członków Konsorcjum. Dodatkowo Partnerzy Konsorcjum podjęli działania mające na celu zachowanie danych objętych tajemnicą przedsiębiorstwa jako danych poufnych m. in. poprzez umieszczenie ich na zabezpieczonym serwerze itp. Dowód: Pismo z dnia 20.07.2017 r. Zamawiający podkreślił, że zweryfikował dane zawarte w dokumentach objętych klauzulą „Tajemnicą przedsiębiorstwa” i stwierdził, co do zakresu merytorycznego, iż dane zawarte w tych dokumentach faktycznie mogą stanowić know-how przedsiębiorstwa w obszarze technicznym, technologicznym i organizacyjnym oraz nie stanowią dokumentów, które można pozyskać w jakikolwiek inny sposób, niż poprzez uzyskanie tej informacji bezpośrednio od Wykonawcy. Nadto przytoczona przez Wykonawcę argumentacja odpowiada wymaganiom jakie są stawiane dla oceny skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Powołał się na stanowisko Urzędu Zamówień Publicznych wyrażone w opinii: „Tajemnicę przedsiębiorstwa definiuje art. 11 pkt 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. 2003 r. Nr 153 poz. 1503, z późn. zm.) Zgodnie z tym przepisem przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Tym samym, określona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli są spełnione trzy warunki: ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiada wartość gospodarczą, nie została ujawniona do wiadomości publicznej, podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności. Powyższe zostało potwierdzone wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000 r. (I CKN 304/00). Powszechnie przyjmuje się zdaniem SN, że informacja ma charakter technologiczny, kiedy dotyczy najogólniej rozumianych sposobów wytwarzania, formuł chemicznych, wzorów i metod działania. Informacja handlowa obejmuje, najogólniej ujmując, całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa, nie związanych bezpośrednio z cyklem produkcyjnym, informacja (wiadomość) „nie ujawniona do wiadomości publicznej” to informacja nieznana ogółowi lub osobom, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane jej posiadaniem. Taka informacja staje się „tajemnicą przedsiębiorstwa”, kiedy przedsiębiorca ma wolę, by pozostała ona tajemnicą dla

39

pewnych kół odbiorców, konkurentów i wola ta dla innych osób musi być rozpoznawalna. Bez takiej woli, choćby tylko dorozumianej, informacja może być nieznana, ale nie będzie tajemnicą.(...)”. W konkluzji stwierdził, że: „Biorąc pod uwagę orzecznictwo sądów, treść przepisów szczególnych, oraz definicję legalną tajemnicy przedsiębiorstwa zastrzeżenie dokonane przez Wykonawcę było prawidłowe”.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – Konsorcjum - INFRAKOL Sp. z o.o. Sp. k., TRACK TEC CONSTRUCTION Sp. z o.o. z siedzibą w Jaworze, wnosząc – podobnie jak Zamawiający – o oddalenie odwołania w całości.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu.

Odwołujący - wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum: Rover Alcisa S.A., Aldesa Construcciones Polska sp. z o.o., Aldesa Construcciones S.A. z Walencji wniósł odwołanie od czynności dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej oferty Konsorcjum INFRAKOL Sp. z o.o. sp. komandytowa oraz TRACK TEC CONSTRUCTION Sp. z o.o. [dalej: Konsorcjum Infrakol lub Przystępujący] podnosząc, że Konsorcjum w ofercie zaoferowało rażąco niską cenę oraz, że oferta tego Konsorcjum jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia [SIWZ]. Także wskazał na niezasadne – niezgodne z ustawą Pzp - zaniechanie wezwania Konsorcjum Infrakol do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny w odniesieniu do istotnych części składowych oferty oraz do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności ekonomicznej, ewentualnie do zaniechania żądania złożenia wyjaśnień w tym zakresie. Podniósł także zarzut zaniechania „odtajnienia” dokumentów obejmujących zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień Konsorcjum, co do ceny rażąco niskiej oraz terminu realizacji zamówienia a także uzasadnienia poczynionego zastrzeżenia tych informacji. Powyższe zdaniem Odwołującego narusza art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, oraz art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp, oraz art. 8 ust. 1-3 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

40

Podnosząc zarzut niezgodności treści oferty ze specyfikacją wnoszący odwołanie wskazał na Opis sposobu obliczenia ceny (pkt 13 IDW) i na jego punkt:

- 13.4 odnoszący się do RCO (Rozbicie Ceny ofertowej) zgodnie z którym:
„13.4. Wykonawca musi dostarczyć wypełnione Rozbicie Ceny Ofertowej. Wykonawca musi wycenić wszystkie pozycje. Rozbicia ceny ofertowej gdzie zarówno ceny jednostkowe jak i cena za daną pozycję jest podana z matematycznym zaokrągleniem do dwóch miejsc po przecinku. Pozycje niewypełnione będą uznane za włączone do innych pozycji wypełnionej Rozbicia ceny ofertowej.”
- 13. 5 odnoszący się do dokumentacji zgodnie z którym:
„13.5. Sumaryczna wartość pozycji RCO dotyczących wykonania dokumentacji projektowej nie może przekroczyć 7% ceny ofertowej za wykonanie całości Zamówienia. (brzmienie uwzględniające zmianę nr 1 do SIWZ)
- 13. 6 odnoszący się do Przedmiaru Robót i zasad poprawiania omyłek, zgodnie z którym:
„13.6. Wykonawca musi dołączyć do oferty wypełniony Przedmiar Robót. Wykonawca musi wycenić i wypełnić wszystkie pozycje Przedmiaru Robót. Przyjmuje się, że wartość każdej pozycji w wypełnionym Przedmiarze Robót obejmuje pełen zakres prac i robót potrzebny do zrealizowania przedmiotu Zamówienia, opisanych w OPZ, łącznie ze wszystkimi kosztami, które są niezbędne do poniesienia dla wykonania opisanych prac i robót oraz ich zabezpieczenia i utrzymania w trakcie realizacji wraz ze wszystkimi tymczasowymi robotami i instalacjami koniecznymi do wykonania w ramach pozycji, a także nieprzewidziane koszty spowodowane przez zastosowanie się podczas wykonywania robót do wszystkich obowiązujących aktualnych przepisów i praw krajowych, lokalnych lub europejskich. Podane ceny muszą być zaokrąglone do dwóch miejsc po przecinku.
W przypadku wstawienia przez Wykonawcę w jakiegokolwiek pozycji Przedmiaru Robót cyfry „0” lub w ogóle jej niewypełnienie, pozycje takie będą uznane za włączone do innych pozycji

wypełnionego Przedmiaru Robót.

W przypadku, gdy w wypełnionych przez Wykonawcę Przedmiarach Robót wystąpią inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty Zamawiający poprawi je w sposób opisany niżej, w szczególności:

- a) w przypadku braku pozycji - Zamawiający poprawi Przedmiar Robót poprzez dopisanie treści brakującej pozycji jednostki miary, liczby jednostek oraz wpisanie dla tej pozycji ceny jednostkowej oraz wartości w wysokości 0 (zero) i uzna tę pozycję za włączoną do innych pozycji wypełnionego Przedmiaru Robót.
- b) w przypadku błędnie wpisanej „Nazwy elementu rozliczeniowego” - Zamawiający poprawi Przedmiar Robót poprzez wpisanie poprawnej nazwy elementu rozliczeniowego

41

pozostawiając niezmienną dla tej pozycji zaoferowaną w Przedmiarze Robót cenę jednostkową i wartość,

c) w przypadku błędnie wpisanej „Jednostki miary” - Zamawiający poprawi Przedmiar Robót poprzez wpisanie poprawnej jednostki miary pozostawiając niezmienną dla tej pozycji zaoferowaną w Przedmiarze Robót cenę jednostkową i wartość,

d) w przypadku błędnie wpisanej „Liczby Jednostek” - Zamawiający poprawi Przedmiar Robót poprzez wpisanie poprawnej liczby jednostek i dokona obliczenia wartości tej pozycji poprzez pomnożenie poprawnej liczby jednostek przez cenę jednostkową podaną w Przedmiarze Robót,

e) w przypadku braku w Przedmiarze Robót „Ceny jednostkowej” - Zamawiający dokona obliczenia ceny jednostkowej jako ilorazu w którym za dzielną przyjmie się wskazaną w Przedmiarze Robót wartość, a za dzielnik liczbę jednostek. Jeżeli otrzymana cena jednostkowa będzie posiadała więcej niż dwa miejsca po przecinku Zamawiający zaokrągli ją zgodnie z zasadami matematyki i ponownie dokona obliczenia wartości jako iloczynu liczby jednostek i ceny jednostkowej (po zaokrągleniu),

f) w przypadku braku w Przedmiarze Robót „Ceny jednostkowej” i „Wartości” - Zamawiający poprawi Przedmiar Robót poprzez wpisanie dla tej pozycji ceny jednostkowej oraz wartości w wysokości 0 (zero) i uzna tę pozycję za włączoną do innych pozycji wypełnionego Przedmiaru Robót.”

Dalej wskazał na punkty 13.7 i 13.8 stosownie do których: „13.7 Ceną oferty jest suma wartości wszystkich pozycji podanych w wypełnionym Przedmiarze Robót i Rozbiciu Ceny Ofertowej powiększona o ustaloną przez Zamawiającego Kwotę Warunkową oraz podatek VAT” i „13.8. Sposób zapłaty i rozliczenia za realizację niniejszego Zamówienia, określone zostały w Tomie II niniejszej SIWZ”. Odwołujący podał także, że Zamawiający wymagał przedłożenia wraz z ofertą:

- ☐ Przedmiarów Robót w odniesieniu do poz. 1, 2 i 3 z Rozbicia Ceny Ofertowej - zestawienie zbiorcze, które to pozycje miały być zrealizowane w formule „buduj” i, których rozliczenie odbywać się będzie na zasadzie kosztorysowej na podstawie powykonawczego obmiaru (vide: str. od 11- 354 oferty Konsorcjum ITT);
- ☐ Rozbicia Ceny Ofertowej szczegółowego odnoszącego się poz. nr 4, 5 i 6 z RCO zbiorczego, które miały być realizowane w formule „zaprojektuj i buduj” i rozliczane ryczałtowo (vide: str. 355-362 oferty Konsorcjum Infrakol);
- ☐ RCO zbiorczego, do którego wykonawcy mieli przenieść kwoty wynikające z dokumentów podrzędnych, czyli z wypełnionych Przedmiarów Robót (w odniesieniu do poz. 1-3 z RCO zbiorczego) i wypełnionych RCO szczegółowych (w odniesieniu do poz. 4-6 RCO zbiorczego).

42

Wskazał ponadto, że z SIWZ jednocześnie wynikało, że sumaryczna wartość pozycji RCO dotyczących wykonania dokumentacji projektowej nie może przekroczyć 7% ceny ofertowej za wykonanie całości Zamówienia (13.5. SIWZ). Podał również, że w dniu 11.05.2017 r. pismem: „Zmiana odpowiedzi udzielonej w dniu 28.04.2017 na pytanie nr 15” Zamawiający zmodyfikował treść odpowiedzi na pytanie nr 15 w sposób następujący: „13.5 IDW. Zamawiający wymaga, aby sumaryczna wartość pozycji RCO dotyczących wykonania dokumentacji projektowej nie przekroczyła 7% ceny ofertowej za wykonanie całości

Zamówienia. Zamawiający załącza RCO, w którym dostawione są pozycje dotyczące dokumentacji". Wskazał również, że Zamawiający zmodyfikował treść RCO zbiorczego, i (...) wyodrębnił dodatkowe pozycje odnoszące się do Dokumentacji i Certyfikacji, a mianowicie dodano pozycje: 1.1.9 i 1.2; 2.1.4 i 2.1.5; 3.1.8. i 3.1.9; 4.1 oraz 5.4. 5.5. oraz 6.4". Zdaniem Odwołującego, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – Konsorcjum - INFRAKOL Sp. z o.o. Sp. k., TRACK TEC CONSTRUCTION Sp. z o.o. z siedzibą w Jaworze [Przystępujący lub Konsorcjum Infrakol], których oferta została uznana za najkorzystniejszą nie zastosowali się do tych modyfikacji – w ofercie brak jest bowiem wyceny Dokumentacji w pozycjach specjalnie dodanych do RCO zbiorczego, a odnoszących się do Dokumentacji, (których nie było szczegółowo wyodrębnionych w Przedmiarach Robót, ani RCO szczegółowych dla poz. 4-6 z RCO zbiorczego) - co spowodowało, że (...) Zamawiający nie był w stanie zweryfikować, czy oferta jest zgodna z SIWZ, tj. czy wartość Dokumentacji nie przekracza 7% ceny ofertowej za wykonanie całości Zamówienia". Także zdaniem Odwołującego w modyfikacji odpowiedzi na pytanie nr 15 z dnia 11.05.2017r. Zamawiający jednoznacznie wymagał, że oczekuje wskazania wartości Dokumentacji właśnie w polach specjalnie do tego dodanych w RCO zbiorczym. Stwierdził, że udzielenie odpowiedzi na wskazane pytanie, z uwagi na fakt, że nastąpiło już w toku Postępowania, wpływało na modyfikację zasad określonych w pkt 13.4. SIWZ, bowiem Zamawiający wskazał wprost, że Wykonawcy mają wypełnić pozycje RCO odnoszące się do Dokumentacji, które będą następnie zsumowane i porównane do wskazanej w pkt. 13.5 wartości 7% ceny ofertowej za wykonanie całości przedmiotu Zamówienia.

Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego, że brak wypełnienia wymienionych w odwołaniu pozycji skutkować powinno odrzuceniem oferty Konsorcjum Infrakol na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jako niezgodnej z SIWZ. Podobnie Izba nie podzieliła poglądu, co do podstaw odrzucenia oferty konsorcjum w oparciu o art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp, z uwagi na brak wyceny dodanych zmianą RCO z dnia 11.05.2017 r. pozycji obejmujących „Certyfikację”. Brak określenia konkretnych kwot dla podanych w odwołaniu pozycji nie stanowi o niezgodności tej oferty z treścią SIWZ, albowiem w zakresie punktu 13.4 IDW żadne zmiany nie zostały wprowadzone. Tym samym nie można uznać braku możliwości zastosowania reguł opisanych w zdaniu ostatnim postanowienia punktu 13.4.

43

IDW, polegających na włączeniu nie wypełnionych pozycji do innych pozycji RCO zbiorczego.

Odnośnie zarzutu rażąco niskiej ceny całkowitej oferty Izba także uznaje jego niezasadność. W tym przypadku Przystępujący wykazał, że pozycje RCO: 1.19, 2.14, 3.18,

3.19, 4.4., 5.5. i 6.4. [Dokumentacji i jej wyceny oraz zakres oraz Certyfikacja] w jego zbiorczym zestawieniu nie zostały pominięte. Z udzielonych w piśmie z dnia 20/07/2017 wyjaśnień [w odpowiedzi na wezwanie z dnia 13/07/2017 i zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa], uwzględniając dane i wyceny z Przedmiaru robót, bezspornie wynika, że wskazana kwota 1.237 tys. zł została potwierdzona. M.in w ramach tej kwoty w poz.5.4 ujęta została wycena Dokumentacji (1.100 tys. zł) oznaczonej wprost jako „Dokumentacja”, a w zakresie poz.3.1. (221.267 zł) oznaczonej jako: „Część ogólna – koszty ogólne” ujęto także koszty wymaganej dla formuły „buduj” tylko dokumentacji powykonawczej (str 297 oferty). Argumentacja związana z podziałem realizacji zamówienia na poszczególne Etapy i możliwość zaniechania realizacji Etapu 3 pozostaje bez wpływu na stanowisko Izby w zakresie tego zarzutu, albowiem Etap ten dotyczy formuły „buduj”, a specyfikacja kosztu dokumentacji powykonawczej podana na str 297 oferty to kwota 27 tys. zł. Tym samym zgodnie z Warunkami Umowy w przypadku odstąpienia od umowy przez Zamawiającego lub wykonawcę rozliczenie odbywać się będzie wedle zakresu wykonanych i odebranych prac po cenach wskazanych w RCO. Wobec takich ustaleń Izba tym samym nie zgodziła się z twierdzeniami Odwołującego, co do podstaw odrzucenia oferty Konsorcjum na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, albowiem nie potwierdzony został fakt braku ujęcia wskazanych – istotnych jak podaje Odwołujący części składowych w wycenie.

W tym miejscu Izba stwierdza, że ocena ofert złożonych w danym postępowaniu i ich weryfikacja może być dokonywana wyłącznie w oparciu o postanowienia, które ustanowił zamawiający i, które w równym stopniu są wiążące dla niego jak i wykonawców. Zamawiający po złożeniu ofert nie może wymagań i ustaleń zmieniać czy interpretować w

sposób swobodny, nadając im inne znaczenia niż to wynika z danego wyraźnego brzmienia dokumentu. Dokonując oceny i wyboru oferty, musi takie czynności opierać wyłącznie o reguły, które ustanowił w SIWZ. Nie może ewentualnych braków zauważonych na etapie oceny uzupełniać interpretacją własną, a ewentualnymi jej skutkami obciążać wykonawcę odrzucając przykładowo jego ofertę, jako niezgodną ze specyfikacją. Takie działania prowadziłyby do naruszenia zasad z art. 7 ust 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, równego traktowania wykonawców i wyboru oferty najkorzystniejszej niezgodnie z przepisami tej ustawy. Niewątpliwie reguły wynikające ze wskazanych przepisów - zgodnie z zasadą uczciwej konkurencji - wymagają stabilności i niezmienności informacji zawartych w

44

podstawowych dokumentach postępowania jakimi jest ogłoszenie o zamówieniu oraz SIWZ wraz z jej załącznikami. Na marginesie Izba zauważa, że w przypadku istotnej wadliwości danego wymagania zamawiający może oczywiście mając na uwadze art. 93 ust.1 pkt 7 [cyt.: (...) 7) *postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego*"] podjąć decyzję o unieważnieniu takiego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, o ile jego wadliwość prowadzi w konsekwencji do braku możliwości zawarcia ważnej umowy.

Odnośnie zarzutu związanego z obiektami inżynieryjnymi [zaniechania wezwania Przystępującego do wyjaśnień na podstawie art. 90 ust.1 ustawy Pzp] Izba uwzględniła argumentację Zamawiającego, że w tej sprawie nie było konieczne zastosowanie procedury z art. 90 ust.1 ustawy Pzp. Specyfika tych prac – obiekty inżynieryjne wymagające rewitalizacji, i które to obiekty są czynne, co powodowało brak możliwości uprzedniego przeprowadzenia przez zamawiającego badań odkrywkowych, usprawiedliwiało zdaniem Izby, nawet znaczące różnice w cenach pomiędzy ofertami, wynikające – jak to podał zamawiający – z przyjętych przez danego wykonawcę założeń i zastosowanej inżynierii cenowej oraz w zależności od doświadczeń i wiedzy poszczególnych wykonawców w realizacji zadań w branży kolejowej. Zamawiający w tym przypadku – tak jak podał - założył, że wszystkie obiekty inżynieryjne w tym wiadukty będą realizowane na zgłoszenie w ramach rewitalizacji i tym samym zastosowana inżynieria cenowa jako sposób wyceny dla tej części uzasadniała skalę różnic. Cena ofertowa dla wykonania rewitalizacji obiektów została rozpisana na poszczególne pozycje w zakresie pkt 6.2. RCO. Wymaga także zauważenia, że Odwołujący nie podnosi zarzutu rażąco niskiej ceny. Jego zarzut i żądanie jest wynikiem wątpliwości wykonawcy, co do elementów składowych ceny odnoszących się do obiektów inżynieryjnych, co ma implikować obowiązek wezwania Konsorcjum do złożenia wyjaśnień w trybie przewidzianym art. 90 ust.1 ustawy Pzp. Nie wskazuje chociażby, że ustalenie ceny nastąpiło w oderwaniu od realiów rynkowych, z naruszeniem dobrych praktyk biznesowych (dobre obyczaje kupieckie).

Odnośnie zarzutu zaniechania zastosowania przepisu art. 26 ust.3 i 4 ustawy Pzp - braku opinii biegłego rewidenta w zakresie badania rachunku zysków i strat w odniesieniu do jednego z Konsorcjantów - Izba podzieliła pogląd Zamawiającego, że w istocie spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania w ciągu ostatnich 3 lat obrotowych, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, za ten okres, średni roczny przychód netto ze sprzedaży w kwocie minimalnej 28.800 tys. PLN spełnia samodzielnie jeden z Konsorcjantów tj. Infrakol sp. z o.o. sp. komandytowa, a zatem za wystarczające należy uznać przedłożenie rachunku zysków i strat tylko przez tego Konsorcjanta. Tak jak wskazał

45

Zamawiający wykonawca - stosownie do postanowień art. 26 ust. 6 ustawy Pzp - nie ma obowiązku składania oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1 i 3, jeżeli zamawiający posiada oświadczenia lub dokumenty dotyczące tego wykonawcy. W tym przypadku Zamawiający mógł oprzeć badanie dokumentów na dokumentach, złożonych przez Infrakol w innym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Izba zwraca ponadto uwagę, że wnoszący odwołanie nie powołuje podstaw prawnych i faktycznych, które dowodzą, że sporne sprawozdanie finansowe powinno podlegać badaniu przez biegłego rewidenta, co z kolei wskazuje, że Odwołujący nie sprostął ciężarowi dowodu, w rozumieniu art. 6 k.c. i tym samym wskazany zarzut należało uznać za

niezasadny.

Także za niezasadny Izba uznała zarzut związany z zastrzeżeniem, jako tajemnicy przedsiębiorstwa uzasadnienia decyzji o zastrzeżeniu i składanych wyjaśnień na podstawie art. 87 ust.1 ustawy Pzp. Zarzut ten Odwołujący oparł na twierdzeniu, że informacje zawarte w uzasadnieniu tego zastrzeżenia nie stanowią informacji wskazanych w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a więc nie mają przymiotu tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu tego przepisu. Przede wszystkim zastrzeżenie dotyczy części złożonych wyjaśnień, a nie samego uzasadnienia decyzji o zastrzeżeniu. Z pisma z dnia 20/07/2017 bezspornie wynika, że zastrzeżeniu podlegają wyodrębnione elementy wyjaśnień, a Odwołujący wobec stanowiska Zamawiającego popartego oświadczeniem Odwołującego z udostępnienia dokumentacji w dniu 07/09/2017 nie przedstawił dowodu przeciwnego. W tym przypadku zarzut ten oparty został na wątpliwościach wykonawcy, co do tego, czy Konsorcjum Infracol w ogóle uzasadniło fakt zastrzeżenia uzasadnienia dokumentów jako tajemnicy przedsiębiorstwa (czy podało argumenty, z których miałyby wynikać, że przedłożone uzasadnienie samo w sobie wypełnia przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa), które to wątpliwości w tym stanie faktycznym nie były słuszne. Izba stwierdza ponadto, że Konsorcjum Infracol w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnienia treści złożonej oferty, zastrzegło wyjaśnienia dotyczące: fazowania robót, metod którymi wykonawca planuje realizować roboty, zasobów ludzkich i sprzętowych koniecznych do zrealizowania Robót w zaproponowanym rozwiązaniu technicznym, opisanym w pkt 2, zakładanych wydajności zasobów wymienionych zgodnie z pkt 3, planu dostaw materiałów i urządzeń, oceny ryzyka i jego ewentualnej – jak podał - mitygacji. W uzasadnieniu zastrzeżenia wskazano, że są to istotne informacje techniczne, technologiczne i organizacyjne przedsiębiorstwa, które nigdy nie zostały udostępnione podmiotom trzecim, a każdy z członków Konsorcjum podjął działania mające na celu zachowanie ich poufności. Przystępujący podał także, że zastrzeżone informacje i dokumenty znajdują się w posiadaniu wyselekcjonowanej grupy pracowników członków Konsorcjum, którzy zajmują się

46

przedmiotowym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego. Informacje te dotyczą kwestii technicznych, technologicznych i organizacyjnych przedsiębiorstwa i/lub posiadają wartość gospodarczą. Wyjaśnienia dotyczące informacji o sposobie (metodologii, zasobach, wydajności, planu dostaw i założeniach do fazowania) mają charakter organizacyjny przedsiębiorstwa poszczególnych członków Konsorcjum i posiadają wartość gospodarczą,

której ujawnienie wpływa na ograniczenie konkurencyjności członków Konsorcjum.

Informacje te mają bezpośredni wpływ na sposób i termin wykonania prac przez Konsorcjum i nie powinny zostać ujawnione do wiadomości publicznej, gdyż operuje się nimi w zamkniętym kręgu podmiotów know-how, dotyczący realizacji zadań na inwestycjach kolejowych. Także podkreślił, że informacje zastrzeżone w piśmie wyjaśniającym nie zostały wcześniej ujawnione do wiadomości publicznej przez któregośkolwiek z członków Konsorcjum ani Konsorcjum, a zawarte w nim informacje przygotowane przez członków Konsorcjum opierają się na doświadczeniu własnym, doświadczeniu ekspertów, know-how przedsiębiorców i nie są podawane do wiadomości publicznej. Wszystkie te informacje mają charakter poufny. Podkreślił ich poufność – także rozmów - oraz, że każdy z członków Konsorcjum podjął działania mające na celu zachowanie danych objętych tajemnicą przedsiębiorstwa jako danych poufnych tj. informacje umieścił na zabezpieczonym serwerze, a dostęp do tych informacji zapewnił tylko wybranemu gronu osób. Każda z tych osób została zobowiązana do zachowania poufności zgromadzonych danych, łącznie z dostawcami materiałów i podwykonawcami, w tym w szczególności w zakresie ceny złożonych ofert. Wskazał, że wyjaśnienia dotyczące elementów oferty mających wpływ na cenę, w szczególności zaś informacje o sposobie (metodologii i założeniach do wyceny) dokonania kalkulacji ceny oferty oraz ofertach pozyskanych przez członków konsorcjum od podwykonawców dostawców mają charakter organizacyjny przedsiębiorstwa, a w całości, dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny tj. kwot poszczególnych pozycji RCO przedstawione przez wykonawcę, a dotyczące oferty Konsorcjum, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa poszczególnych członków Konsorcjum w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Stąd ich zastrzeżenie na podstawie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp albowiem ich ujawnienie wpływałoby na ograniczenie konkurencyjności członków Konsorcjum. Izba stwierdza, że Zamawiający zweryfikował dane zawarte w

dokumentach objętych klauzulą „Tajemnicą przedsiębiorstwa” i zasadnie uznał, co do ich zakresu merytorycznego, że dane zawarte w tych dokumentach faktycznie mogą stanowić know-how przedsiębiorstwa w obszarze technicznym, technologicznym i organizacyjnym oraz zawierają informacje, których nie można pozyskać w inny sposób, niż w drodze uzyskania tych informacji bezpośrednio od wykonawcy oraz, że argumentacja przedstawiona przez Konsorcjum odpowiada wymaganiom jakie są stawiane dla oceny skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

47

Wobec powyższych ustaleń Izba uznała podniesione w odwołaniu zarzuty w zakresie powyżej wskazanym za niezasadne.

Odnosnie żądania dokonania ustaleń w zakresie podwykonawców z udziałem których będzie realizowane zamówienie, Izba nie uwzględniła tego żądania z uwagi na regułę art. 192 ust.2 ustawy Pzp, zgodnie z którą Izba nie może orzekać ponad zarzuty podniesione w odwołaniu. W tym przypadku Odwołujący wymaga de facto ustaleń na okoliczność prawdziwości danych podanych w JEDZ w zakresie wskazanych w nim podwykonawców z udziałem których zamówienie ma być realizowane. Na marginesie Izba stwierdza, że Przystępujący w toku rozprawy potwierdził, że kalkulacja cenowa oparta została na ofertach firm podwykonawczych wymienionych w JEDZ.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i ust. 10 ustawy - Prawa zamówień publicznych oraz przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238, ze zm.). Nie uwzględniono wniosku zamawiającego o zasądzenie na jego rzecz kosztów dojazdu w kwocie 591,75 zł, albowiem wymagany przepisem § 3 pkt 2 rachunek, nie został przedłożony. Złożone pismo oznaczone jako „Rachunek z dnia 20.09.2007 r.” podpisany przez radcę prawnego nie może być uznany za dokument uznawany za dowód księgowy w rozumieniu przepisów z zakresu finansów i podatków. Co najwyżej można to pismo interpretować, jako kalkulację kosztów przejazdu [jak podano] BUS-em przy uwzględnieniu km trasy i stawki znanej tylko kalkulującemu, co do jej podstawy, za km przejazdu.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

.....

48

49