WYROK

z dnia 23 marca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: **Przewodniczący: Piotr Kozłowski**
Emil Kuriata
Anna Kuszel-Kowalczyk

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie **18 marca 2021 r.** w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej **22 lutego 2021 r.** przez wykonawców:

A.Swietelsky Rail Polska sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, Swietelsky A.G. z siedzibą w Linzu w Austrii wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia (sygn. akt KIO 578/21)

B.Primost Południe sp. z o.o. z siedzibą w Będzinie (sygn. akt KIO 591/21)

w postępowaniu pn. *Budowa skrzyżowania bezkolizyjnego w ul. Dworcowej w Żorach wraz budową przyległego układu drogowego w zamian za likwidację przejazdu kolejowodrogowego kat. a w km 14,114 linii kolejowej nr 159 w ramach projektu POIIŚ 5.135 pn.: „Poprawa bezpieczeństwa na skrzyżowaniach linii kolejowych z drogami – etap III*(nr postępowania ZP.271.2.33.2019)

prowadzonym przez zamawiającego: **Gmina Miejska Żory, działająca również w imieniu i na rzecz PKP Polskich Linii Kolejowych S.A. z siedzibą w Warszawie**

przy udziale wykonawców zgłaszających swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiających:

A.NDI S.A. z siedzibą w Sopocie (sygn. akt: KIO 578/21, KIO 591/21)

B.Swietelsky Rail Polska sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, Swietelsky A.G. z siedzibą w Linzu w Austrii wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia (sygn. akt KIO 591/21)

orzeka:

1.Uwzględnia odwołanie w sprawie sygn. akt KIO 578/21 w taki sposób, że nakazuje unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty, a w ramach powtórzonych czynności – wezwanie NDI S.A. z siedzibą w Sopocie do wyjaśnień dotyczących wyceny poz. 11 i 14 Rozbicia cenowego oferty („RCO") jako istotnych elementów składowych ceny oferty z uwagi na pkt 12.5. Instrukcji dla wykonawców specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

2.Oddala odwołanie w sprawie sygn. akt KIO 578/21 w pozostałym zakresie.

3.Kosztami postępowania w sprawie sygn. akt KIO 578/21 obciąża Odwołujących i Zamawiających po połowie i:

1)zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) **uiszczoną przez Odwołujących** tytułem wpisu od odwołania,

2)zasądza od Zamawiających na rzecz Odwołujących kwotę 9759 zł 00 gr (słownie: dziewięć tysięcy siedemset pięćdziesiąt dziewięć złotych zero groszy) – stanowiącą połowę kosztów postępowania odwoławczego poniesionych przez Odwołujących z tytułu wpisu od odwołania, pomniejszoną o połowę uzasadnionych kosztów Zamawiających w postaci kosztów dojazdu na wyznaczone posiedzenie.

4.Odrzuca odwołanie w sprawie sygn. akt KIO 591/21 w zakresie zarzutu z pkt 2. listy zarzutów.

5.Oddala odwołanie w sprawie sygn. akt KIO 591/21 w pozostałym zakresie.

6.Kosztami postępowania w sprawie sygn. akt KIO 591/21 obciąża Odwołującegoi zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez niego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) w zw. z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2020 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie.**

U z a s a d n i e n i e

{KIO 578/21, KIO 591/21}

Gmina Miejska Żory{dalej: „Zamawiający"}, działająca również w imieniu i na rzecz PKP Polskich Linii Kolejowych S.A. z siedzibą w Warszawie {dalej łącznie: „Zamawiający"}, prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp" lub „pzp") w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane pn. *Budowa skrzyżowania bezkolizyjnego w ul. Dworcowej w Żorach wraz budową przyległego układu drogowego w zamian za likwidację przejazdu kolejowodrogowego kat. a w km 14,114 linii kolejowej nr 159 w ramach projektu POIIŚ 5.135 pn.: „Poprawa bezpieczeństwa na skrzyżowaniach linii kolejowych z drogami – etap III"* (nr postępowania ZP.271.2.33.2019)

Ogłoszenie o tym zamówieniu 7 października 2020 r. zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2020/S_195 pod poz. 472797.

Wartość przedmiotowego zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

Zaznaczyć należy, że z uwagi na datę wniesienia rozpoznawanych odwołań do postępowania odwoławczego w ich sprawie, zgodnie z art. 92 ust. 2 ustawy dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. poz. 2020 ze zm.), znajdują zastosowanie przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) {dalej: „nowa ustawa pzp" lub „npzp"}.

12 lutego 2021 r. Zamawiający zawiadomił drogą elektroniczną o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez NDI S.A. z siedzibą w Sopocie {dalej: „NDI”}oraz odrzuceniu oferty złożonej przez Primost Południe sp. z o.o. z siedzibą w Będzinie.
{KIO 578/21}
22 lutego 2021 r. Swietelsky Rail Polska sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, Swietelsky A.G. z siedzibą w Linzu w Austrii, które wspólnie ubiegają się o udzielenie tego zamówienia {dalej: „Konsorcjum”, „Odwołujący” lub „Odwołujący Konsorcjum”} wniosły w formie elektronicznej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od zaniechania odrzucenia oferty NDI oraz innych czynności lub zaniechań Zamawiającego objętych zarzutami odwołania.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp {chyba że poniżej wskazano inne akty prawne}:

1. Art. 7 ust. 3 – przez wybór oferty NDI jako najkorzystniejszej, mimo że zawiera ona rażąco niską cenę i w związku z tym winna być odrzucona, co stanowi naruszenie zasad udzielania zamówień publicznych.
2. Art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 – przez zaniechanie odrzucenia oferty NDI, mimo że zawiera ona rażąco niską cenę.
3. Art. 90 ust. 1-3 – przez zaniechanie wezwania NDI do złożenia wyjaśnień, mimo że istotne części składowe oferty zostały wycenione w sposób wskazujący na przyjęcie rażąco niskiej ceny w stosunku do odpowiadającej im części przedmiotu zamówienia i budzą uzasadnione wątpliwości co do możliwości realizacji zgodnie z wymaganiami Zamawiających.
4. Art. 89 ust. 3 – przez zaniechanie odrzucenia oferty, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający na manipulowaniu ceną jednostkową.
5. Art. 89 ust. 1 pkt 2 przez zaniechanie odrzucenia oferty, w której przeniesiono koszty pomiędzy pozycjami RCO, co jest zakazane według pkt 12.5. IDW.
6. Art. 7 ust. 1 i 3 – przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w związku z powyższymi naruszeniami oraz przez zamieszczenie na platformie zakupowej Zamawiającego zawiadomienia o wyborze oferty o innej treści niż przekazana Konsorcjum.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty.
2. Ponownej oceny i badania ofert.
3. Odrzucenia oferty NDI.
4. Wybory oferty Konsorcjum jako najkorzystniejszej.

W ramach uzasadnienia powyższa lista zarzutów została sprecyzowana w szczególności przez powołanie się na następujące okoliczności faktyczne i prawne.

Okoliczności faktyczne.

Cena oferty NDI nie odbiegała o 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przez Zamawiającego przed wszczęciem postępowania, ani nie jest niższa o co najmniej 30 % średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych w postępowaniu ofert – stanowi 78,9% tej średniej.

Jednakże w drugim akapicie pkt 12.5. IDW (tom I SIWZ) wprowadzono następującą regulację *Każda pozycja RCO powinna zostać wyceniona zgodnie z zakresem w niej opisanym. Nie dopuszcza się wliczania kosztów wykonania jakiejkolwiek pozycji RCO w inną pozycję RCO.*

Zamawiający przeprowadził procedurę z art. 90 ust. 1 pzp względem wykonawcy Primost z uwagi na zaniżenie niektórych pozycji RCO, w wyniku której, po otrzymaniu wyjaśnień wskazujących na sprzeczność tej oferty z treścią SIWZ, odrzucił tę ofertę.

Dotyczące poz. 11. RCO – usuwanie kolizji sieci zewnętrznych:

W stosunku do wyceny wartości zamówienia – ujętej przez Zamawiającego w dokumencie pn. „Kosztorys szacunkowy” (przywołanym w pkt 5. protokołu postępowania) – dla części zamówienia określonej jako „przekładka sieci zewnętrznych” (2.624.684,63 zł), cena ofertowa NDI dla poz. 11. RCO (1.316.844 zł) stanowi ok. połowy.

Jednocześnie wycena poz. 11. RCO przez NDI jest poniżej 30% rynkowej wyceny tego zakresu robót, wyrażającej się w ofertach złożonych w postępowaniu.

Rynkowy koszt usunięcia kolizji istniejącymi sieciami wynosi ok. 3,8 mln zł netto, w tym: sieci wod.-kan. – ok. 2,2 mln zł (2,37 mln zł wg oferty Instalatorstwa Sanitarnego i Gazowego A. M., 2,19 mln zł wg oferty Pro-Log, 2,35 mln zł wg oferty Inko), sieci energetyczne i teletechniczne – ok. 1,6 mln zł (1,88 min zł wg oferty Elmontażu, 1,46 min zł wg wyceny na podstawie Sekocenbudu przedmiarów załączonych do SIWZ) {jako dowód nr 4 załączono te oferty}, do czego należy doliczyć kozty ryzyk (wg kalkulacji indywidulanej każdego z oferentów), koszty pośrednie (ogólne budowy, finansowe, zarządu itp.) – zwykle 25%, plus kwota VAT wg stawki 23%.

Zakres świadczenia określony hasłowo w poz. 11. RCO jako „usuwanie kolizji sieci zewnętrznych” obejmuje szeroki zakres świadczeń określonych w PFU stanowiącym opis przedmiotu zamówienia:

- zgodnie z pkt 4.7.4. (str. 92 i nast.) PFU wykonawca ma rozpoznać wszystkie sieci zewnętrzne i przesunąć je w miejsca niekolidujące z planowaną inwestycją {w odwołaniu przywołano szczegółowe wymagania opisane na str. 92. PFU};
- w odniesieniu do sieci wodociągowych, kanalizacyjnych i gazowych Zamawiający przedstawił w załączniku nr 3 do PFU wstępne uzgodnienia z ich gestorami (łącznie 13) oraz zastrzegł, że wykonawca ma dokonać weryfikacji i uszczegółowienia tych informacji o pozostałą infrastrukturę {w odwołaniu przywołano dla przykładu wymagania PSG S.A. jako gestora sieci gazowej};
- zgodnie z pkt 6.6. PFU wszelkie koszty opłat wynikających z wydanych warunków przebudowy kolizji należy uwzględnić w cenie ofertowej.

Jak wynika z przedmiaru, stanowiącego załącznik nr 4 do IDW (części I SIWZ) zakres wymaganego przeniesienia sieci jest znaczący, np.:

- relokacja sieci energetycznej ma dotyczyć ponad 2 km sieci (kosztorys, cz. 1. – mur zbrojony z włączeniem do ul. Dworcowej, poz. 7.1. i 7.2.), ok. 1,5 km sieci teletechnicznej, w tym 1,4 km sieci kablowej (pkt 8.1. i 8.3.), 325 m sieci wodociągowej (pkt 9.1.) i 233 m kanalizacji sanitarnej (pkt 10.1.);
- relokacja sieci energetycznej ma objąć ok. 1,4 km (kosztorys, cz. 2. – rondo z dojazdami, poz. 7.1. i 7.2.), sieci teletechnicznej ok. 800 m (poz. 8.1.i 8.3.), a sieci wodociągowych i kanalizacji sanitarnej po ok. 700 m (poz. 9.1. i 10.1.);

{jako dowód nr 5 załączono zestawienie kilometrażu sieci zewnętrznych do przebudowy wg przedmiaru robót sporządzonego przez Zamawiającego oraz wg wyliczenia własnego na podstawie przedstawionych uzgodnień gestorów

sieci}.

Wycena ofertowa przekładek sieci zewnętrznych winna pokrywać nie tylko koszty samych robót budowalnych, ale też niezależnych od stron koszty np.: wszelkich opłat narzucanych przez gestorów sieci zewnętrznych, w tym obsługi czynności odbiorowych, pozyskania postanowień, zezwoleń, porozumień i umów oraz innych warunków usuwania kolizji z infrastrukturą techniczną należącą do osób trzecich oraz kosztów ich wykonania, obsługi notarialnej, zapłaty za służebności (których ustanowienie może się okazać niezbędne), wykonania operatów szacunkowych niezbędnych dla ustanowienia służebności, wykonania przekopów kontrolnych (które ze względu na obszar inwestycji mogą być znaczące i nie dają się na etapie ofertowania precyzyjnie skalkulować ze względu nieudostępnienie danych przez Zamawiającego w toku postępowania) – wskutek czego cena ofertowa musi zawierać znaczący margines na pokrycie nieprzewidzianych wydatków.

Dotyczące poz. 14. RCO – budowy przepustu i mostu na rzece Ruda:

Pozostawienie przez Zamawiającego starej nazwy tej pozycji w RCO tj. „przebudowa...", po udzieleniu3.11.2020 r. odpowiedzi na pytania oferentów do SIWZ, wskazującej na potrzebę zburzenia dotychczasowego mostu i budowy nowego mogło wprowadzić w błąd.

Zamawiający w kosztorysie szacunkowym dla części 4. za wykonanie przepustu i mostu oszacował na 3.093.700 zł netto (bez nasypu z gruntu zbrojonego), w tym most (poz. 6.1.) na 2.500.000 zł, przepust na 575.600 zł i przekładka sieci na 18.100 zł.

NDI wyceniło tę poz. na 638.243,54 zł netto, co stanowi 51,5% średniej arytmetycznej wszystkich cen ofertowych.

Przy czym analiza porównawcza cen ofertowych {dowód nr 2} wskazuje, że ceny oferent dla poz. 14 trzech oferentów wyceniało ją w przedziale cenowym od 559,7 tys. zł do 692,0 tys. zł, zaś pozostałych pięciu oferentów w przedziale od 1.165,8 tys. zł do 2.317,3 tys. zł. Można stwierdzić, że pierwszy przedział cenowy odpowiada remontowi, czy też częściowej przebudowie zastanych w terenie obiektów mostowych, natomiast drugi wskazuje na wycenę dwóch nowych obiektów mostowych tj. nieistniejącego jeszcze przepustu pod projektowanym nasypem oraz wyburzenia i wybudowania nowego obiektu w ciągu istniejącej ul. Dworcowej, zgodnie ze skorygowanym wymaganiem Zamawiającego.

Rynkowe wynagrodzenie za realizację przepustu (dla ilości robót wg przedmiaru robót stanowiącego załącznik nr 4 do IDW) powinno wynosić 614.092 zł (wg cen z II kwartału 2019 r., częściowo kalkulacji własnej oraz cen pozyskanych na potrzeby przygotowania oferty Konsorcjum) {jako dowód nr 6 załączono obliczenie ceny za przepust wg Secocenbudu}.

Przyjmując, że budowa nowego mostu w bezpośrednim sąsiedztwie ww. przepustu pociągnie analogiczne koszty, wycena poz. 14 RCO powinna wynieść 1.228.184,16 zł (bez uwzględnienia ceny za wyburzenie obecnie istniejącego obiektu mostowego).

Dla wskazania zasadności zarzutu rażąco niskiej ceny należy podkreślić, co wchodzi w zakres świadczenia, które NDI wycenił w poz. 14 RCO:

Przepust.

Zgodnie z pkt 4.7.1.14 PFU (str. 55. i 56.) wykonawca ma wykonać przepust w ciągu drogi nad rzeką Rudą, który musi spełniać określone tam minimalne parametry techniczno- geometryczne {w odwołaniu przywołano te szczegółowe wymagania}.

W załączniku rys. 7 – projektowany przepust przedstawiono proponowane rozwiązanie konstrukcyjne przepustu.

Cena winna obejmować również znaczący margines na nieprzewidziane wydatki, gdyż brak jest uzgodnienia konserwatora zabytków dla budowy przepustu (pkt 4.7.1.14 in fine PFU), które w sposób znaczący podnoszą koszt realizacji zamówienia

Wykonawca będzie zobowiązany dobrać światło przepustu oraz skrajnię pionową zgodnie z wynikami obliczeń hydrologicznych oraz hydraulicznych koryta rzeki Rudej oraz obiektu mostowego, a następnie uzgodnić obliczenia i przyjęte rozwiązanie z Zamawiającym oraz z zarządcą cieku. Dodatkowo wykonawca ma też wykonać obliczenia hydrauliczne, które należy uzgodnić z zarządcą zlewni, Wodami Polskimi.

Na etapie koncepcji, w oparciu o geometrie sąsiednich cieków wodnych, założono minimalne światło poziome obiektu jako 6 m w osi prostopadłej do cieku, a skrajnie pionowa przyjęto jako 4 m, co należy zweryfikować po uzyskaniu wyników obliczeń hydrologicznych.

Także te obowiązki oznaczają konieczność przewidzenia marginesu bezpieczeństwa w ramach wyceny.

Most na rzece Ruda.

Zgodnie z pkt 4.7.1.16. PFU (str. 59.), niezależnie od budowy powyżej wymienionego przepustu, Zamawiający wymaga także przebudowy mostu w ciągu drogi gminnej, ulicy Dworcowej, nad rzeką Rudą, przy czym w ramach wyjaśnień treści SIWZ z 3 listopada 2020 r., na pytanie nr 7 Zamawiający odpowiedział, że wykonawca ma wycenić wyburzenie istniejącego obiektu i wykonanie nowego.

W pkt 4.7.1.16. PFU opisano wymagania dla przebudowy mostu {w odwołaniu przywołano szczegółowe wymagania opisane na str. 59. PFU}.

Okoliczności prawne.

Możliwość badania składników ceny oferty pod kątem przesłanek rażąco niskiej ceny, została wyeksponowana przez ustawodawcę w art. 90 ust. 1 pzp (*…jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe…*), co znajduje również potwierdzenie w doktrynie, w której wskazuje się w szczególności, że badanie oferty może dotyczyć każdego istotnego jej elementu {w odwołaniu zacytowano stosowne fragmenty wypowiedzi przedstawicieli doktryny}.

Według opinii Urzędu Zamówień publicznych {której fragmenty zostały w odwołaniu przytoczone}:

- istotne części to takie, które przy wynagrodzeniu ryczałtowym mają wpływ na całość wyceny przedmiotu zamówienia;
- zamawiający może wezwać do wyjaśnień również w sytuacji, gdy jedynie istotne części składowe ceny oferty budzą jego wątpliwości, pomimo że cena całkowita nie jest niższa niż limit wskazany w przepisach.

W tych okolicznościach Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, co następuje.

Po pierwsze, naruszenie art. 90 ust. 1 pzp – przez zaniechanie zbadania ceny oferty NDI w odniesieniu do powyżej wskazanych istotnych jej elementów, których zaniżenie istotny wpływ na cenę globalną, gdyż przy ich wycenie na poziomie średnich cen dla poz. 11. i 14. RCO, cena oferty NDI wyniosłaby 23.569.045 zł netto i zostałaby sklasyfikowana na dalszym miejscy, w szczególności za ofertą Konsorcjum.

Po drugie, naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 pzp w zw. z art. 3 ust. 1 uznk oraz art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk, gdyż cena stanowi faktycznie wyłączne kryterium oceny ofert w tym postepowaniu, a działanie NDI, polegające na rażącym zaniżeniu wyceny poz. 11. i 14. RCO, było świadome i nakierowane na eliminację z tego postępowania innych

wykonawców, biorąc pod uwagę, że jak wskazano w uzasadnieniu wyroku Izby z 9.04.2019 r. sygn. akt KIO 509/19 czyn nieuczciwej konkurencji stanowi oferta, w której koszty realnie ponoszone w jednej pozycji faktycznie przeniesione są do innej pozycji w ramach składników ceny stanowiących podstawę ustalenia wynagrodzenia wykonawcy.

Po trzecie, gdyby nawet przyjąć, że w powyższych okolicznościach nie ziściły się przesłanki uznania cen jednostkowych w poz. 11. i 14. RCO za przejaw czynu nieuczciwej konkurencji, z uwagi na naruszenie reguły określonej w pkt 12.5. IDW Zamawiający zaniechał odrzucenia oferty NDI na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp.

{KIO 591/21}

22 lutego 2021 r. Primost Południe sp. z o.o. z siedzibą w Będzinie {dalej: „Primost", „Odwołujący" lub „Odwołujący Primost"} wniosła w formie elektronicznej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od odrzucenia jej oferty oraz wyboru oferty NDI jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp {chyba że poniżej wskazano inne akty prawne}:

1. Art. 90 ust. 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 – przez odrzucenie oferty Primostu jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówieni, podczas gdy w okolicznościach sprawy było to nieuzasadnione.
2. Art. 90 ust. 1 – przez jego błędną interpretację w konsekwencji błędnego uznania, że istotna część składowa ceny oferty złożonej przez Primost zawiera rażąco niską cenę, podczas gdy w oparciu o zapisy SIWZ oraz treść oferty Primostu brak było podstaw do uznania poz. 4., 5., 6. dokumentu pn. RCO oraz wskazanych w tych pozycjach cen za istotne części składowe ceny mających wpływ na cenę oferty Primostu, a tym samym uznania tej ostatniej za rażąco niską.
3. Art. 89 ust. 1 pkt 2 – przez błędne przyjęcie, że treść oferty Primostu nie odpowiada treści SIWZ.
4. Art. 91 ust. 1 – przez uznanie, że najkorzystniejszą ofertą według kryteriów określonych w SIWZ jest oferta NDI, podczas gdy jako najkorzystniejsza powinna zostać wybrana oferta Primostu.
5. Art. 7 ust. 1 i 3 – przez nierówne traktowanie Primostu oraz dokonanie oceny jego oferty w oparciu o niewyartykułowane w treści SIWZ wymagania, co doprowadziło do odrzucenia jego ofert z powołaniem sią na to, że istotne części składowe ceny ofertowej są rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia, podczas gdy w tych samych okolicznościach pozostali wykonawcy nie zostali nawet wezwani do złożenia wyjaśnień co do podejrzenia, że istotne części składowe ceny ofertowej są rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia, co wskazuje, że Zamawiający nie zachował zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania i nie postąpił zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty.
2. Unieważnienia odrzucenia oferty Primoistu.
3. Ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Primostu.

W ramach uzasadnienia powyższa lista zarzutów została sprecyzowana w szczególności przez powołanie się na następujące okoliczności faktyczne i prawne.

{ad pkt 1. listy zarzutów}

Okoliczności faktyczne.

Zgodnie z informacją podaną podczas otwarcia ofert Zamawiający przeznaczył na realizację tego zamówienia 25.480,000,00 zł. Zgodnie z rozdziałem 20. SIWZ kryteriami wyboru najkorzystniejszej oferty są: cena – 60% oraz okres gwarancji – 40%.

Primost zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia za 22.613.783,94 zł (najniższa cena spośród złożonych ofert), która to cena mieści się powyższej wskazanej kwocie Zamawiającego, jest niższa mniej niż o 30% od tej kwoty oraz od średniej arytmetycznej cen złożonych w postępowaniu ofert.

Pismem z 22.12.2020 r. Zamawiający zwrócił się do Primostu w trybie art. 90 pzp o udzielenie wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny w poz. od 4 do 6 RCO, stwierdzając, że pozycje te stanowią szczególnie istotny zakres robót. Zamawiający oczekiwał przedstawienia przez Primost oszczędności metod wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonania zamówienia oraz dowodów potwierdzających zaistnienie takich okoliczności.

Zamawiający *de facto* wezwał Primost do wskazania, jakie roboty zostały wycenione przez Primost w poz. od 4 do 6 RCO, z uwagi na to, że cena wskazana w tych pozycjach jest niska, a zgodnie z postanowieniem SIWZ niedopuszczalne było wliczanie kosztów wykonania jakiejkolwiek pozycji RCO w innej pozycji RCO.

Pismem z 11.01.2021 r. Primost udzielił wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny, w których opisał posiadane przez niego doświadczenie oraz elementy, które pozwoliły mu na ustalenie najniższej ceny spośród złożonych ofert, co nie znaczy, że rażąco niskiej.

Okoliczności prawne.

Ustawa pzp nie określa definicji legalnej rażąco niskiej ceny. Przyjąć można, że cena rażąco niska to taka, która jest nierealistyczna, niewiarygodna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień i innych ofert złożonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zawsze jednak konieczne jest, aby cena oferty była rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, a dokładniej jego wartości rynkowej. W konsekwencji wartość rynkowa przedmiotu zamówienia, obejmująca jego pełny zakres i wszystkie konieczne do jego wykonania nakłady kosztowe, ustalana przez porównanie cen występujących w danej branży dla określonego asortymentu, stanowić będzie punkt odniesienia dla ceny rażąco niskiej (za uzasadnieniem wyroku Izby z 3 czerwca 2020 r. sygn. akt KIO 509/20). Jednocześnie sam fakt złożenia oferty z niską ceną nie może być utożsamiany z rażąco niską ceną (za uzasadnieniem wyroku Izby z 2 listopada 2020 r. sygn. akt KIO 2483/20).

W tych okolicznościach Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, co następuje.

Po pierwsze, że błędnie zastosował instytucję wezwania do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny, która dotyczy sytuacji, gdzie mamy do czynienia z rażąco niską ceną, a nie z ceną niską (najniższą) jako konsekwencją wprowadzonego kryterium oceny ofert.

Po drugie, że wyłącznie z powodu rozbicia ceny ofertowej na poszczególne elementy w ramach RCO wyciągnął wniosek o rażącym zaniżeniu ceny oferty Primostu, wystosował wezwanie do złożenia wyjaśnień, które następnie ocenił jako niewystarczające, lakoniczne i niepoparte wystarczającymi dowodami.

Po trzecie, że wobec braku określenia, poza ogólnym stwierdzeniem w samej tabeli RCO, co poz 4.-6. faktycznie powinny zawierać, przeprowadzenie procedury wyjaśnień służyło wyłącznie dopełnieniu formalności, aby możliwe było odrzucenie oferty Primostu.

{ad pkt 2. listy zarzutów}

Okoliczności faktyczne.

Zamawiający w treści SIWZ nie określił, w jak sposób należy wypełnić załączony do SIWZ dokument RCO tzn. co należy uwzględnić w danej jego pozycji. W szczególności ogólnie opisane w RCO elementy nie zostały powiązane z opisem przedmiotu zamówienia zawartym w PFU lub przedmiarami robót (które według pkt 12.2. IDW miały charakter pomocniczy).

Abstrahując od pkt 12.6. IDW (z którego wynika, że w oparciu o wartości podane w RCO zostanie dokonana weryfikacja, czy wartość prac projektowych nie przekracza 7% ceny oferty) do RCO odnosi się jedynie postanowienie pkt 12.5. IDW w następującym brzmieniu: *Wykonawca musi dołączyć wypełnione Rozbicie ceny ofertowej („RCO") pod rygorem odrzucenia oferty. 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 i jest różna od zera. Każda pozycja RCO powinna zostać wyceniona zgodnie z zakresem w niej opisanym. Nie dopuszcza się wliczania kosztów wykonania jakiejkolwiek pozycji RCO w Inną pozycję RCO.*

Odwołujący wywiódł, że zastrzeżenie z ostatniego zdania należy uznać za nie do zastosowania przez wykonawców, którzy mieli *de facto* pełną swobodę co do tego, jakie roboty wycenić w danej pozycji RCO. W efekcie tabela RCO stanowi jedynie dokument wskazujący na to, jak poszczególni wykonawcy rozbili cenę, a nie co te pozycje faktycznie obejmują.

Według Odwołującego o powyższym świadczy wycena w ofertach Primostu, NDI i Konsorcjum tych samych pozycji RCO na różnym poziomie w przypadku poz. 4, 5, 9, 11, 12, 14 {w odwołaniu zaprezentowano tabelaryczne zestawienie tych ofert dla wszystkich 17 poz. RCO}.

Jednocześnie zdaniem Odwołującego taki stan rzeczy nie pozwala określić, czy i który element wyceny RCO w danej ofercie stanowi istotny element jej ceny. W szczególności ponieważ średnia wartość arytmetyczna poz. 4.-6. z RCO NDI i Konsorcjum to około 5% ceny oferty Primostu, nie stanowi ona istotnego elementu tej ceny.

W treści SIWZ nie zostało wskazane, że poz. RCO pn. „Prace w zakresie SRK (w tym zmiany aplikacji)" stanow szczególnie ważny i istotny zakres przedmiotu zamówienia.

Okoliczności prawne

Art. 90 ust. 1 pzp odnosi się do części składowej ceny, a nie do istotnej części robót.

Odwołujący powołał się na następujący fragment uzasadnienia wyroku Izby z 8.10.2019 r. sygn. akt KIO 1892/19: *Podkreślić należy literalną wykładnię przepisu art. 90 ust. 1 pzp., z której wynika, iż po pierwsze, chodzi nie o jakąkolwiek część składową, ale część istotną, po wtóre, iż chodzi o istotną część składową ceny, nie zaś istotną część składową zamówienia, choć – jak zauważa doktryna, w praktyce – istotna część ceny będzie stanowić cenę za istotną część składową zamówienia. Innymi słowy, ustawodawca nie widzi zagrożenia dla możliwości realizacji przedmiotu zamówienia przez wykonawcę zgodnie z wymaganiami zamawiającego w sytuacji gdy jakakolwiek cześć składowa ceny wydaje się rażąco niska, ale jedynie w sytuacji, gdy istotna cześć składowa ceny wydaje się rażąco niska.*

W tych okolicznościach Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, co następuje.

Po pierwsze, że wskazując dopiero na etapie badania i oceny ofert, które pozycje RCO stanowią szczególnie istotny zakres przedmiotu zamówienia, co najmniej narusza wymagania uczciwej konkurencji.

Po drugie, że bezpodstawnie dokonał zestawienia wyceny poz. 4.-6. w RCO Primostu z wyceną tych pozycji w RCO pozostałych wykonawców.

Po trzecie, że nie miał podstaw faktycznych do przyjęcia, że poz. 4.-6. RCO stanowią istotną część składową ceny ofertowej Primostu, a tym bardziej, że przesądzają one o rażącym zaniżeniu ceny tej oferty.

{ad pkt 3. listy zarzutów}

Okoliczności faktyczne.

Primost w wyjaśnieniach z 11 stycznia 2021 r. wielokrotnie oświadczył, że cena jego oferty uwzględnia konieczność wykonania wszystkich robót wskazanych w dokumentach przetargowych postępowania.

W szczególności w odniesieniu do:

- poz. 5. RCO – wyjaśniono, że w pozycji tej uwzględniono koszty robót budowlanych związane m.in. z demontażem rogatek, sygnalizatorów oraz kabli zasilających te elementy, a także zmianę aplikacji, natomiast w poz. 7 RCO zostały ujęte prace projektowe związane ze zmianą aplikacji SRK;
- poz. 4. RCO – nie wskazano, że nie zostanie dokonana wymiana rogatek;
- poz. 7. RCO – wskazano, że oferta uwzględnia koszt ewentualnej reprofilacji tłucznia między torowiskami.

Zamawiający w ramach uzasadnienia odrzucenia stwierdził, że Primost nie wycenił wszystkich prac koniecznych do wykonania pozycji od 4 do 6.

W szczególności w odniesieniu do:

- poz. 5. RCO – błędna wycena kosztów zmiany aplikacji dla SRK w innej pozycji RCO;
- poz. 4. RCO – brak możliwości utrzymania ciągłości przejazdu oraz brak uwzględnienia wymiany rogatek;
- poz. 7. RCO – brak uwzględnienia kosztów reprofilacji tłucznia.

Odwołujący wywiódł, że przedmiotowe zamówienie jest organizowane w formule „projektuj i buduj", co oznacza, że ostateczny kształt rozwiązań projektowych będzie zależny od wielu czynników, w tym uzgodnień pozyskanych w trakcie projektowania. Stąd założenia przyjmowane przez wykonawców przy tego typu zadaniach są obarczone pewnym ryzykiem, które każdy profesjonalny wykonawca kalkuluje.

Odwołujący stwierdził, że przedstawione przez niego w ramach wyjaśnień przemyślenia i założenia nie oznaczają, że nie uwzględnił konieczności wykonania takich czy innych prac czy też kosztów ich wykonania. Ostatecznie i tak Zamawiający dokona akceptacji dokumentacji projektowej, w której wszystko, co jest konieczne, zostanie uwzględnione, a następnie w oparciu o tak zatwierdzoną dokumentację projektową i pozyskane decyzje zostanie zrealizowane.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że dokonał wybiórczej analizy złożonych wyjaśnień w celu znalezienia wyimaginowanych niezgodności oferty Primost z treścią SIWZ.

Po pierwsze, w odniesieniu do poz. 5. RCO wskazania Zamawiającego nie znajdują oparcia w SIWZ. Ponadto przy wynagrodzeniu ryczałtowym nie ma znaczenia, czy koszty wykonania tej pozycji zostały określone na niskim poziomie.

Po drugie, w odniesieniu do poz. 4. RCO całkowicie niezrozumiałe jest z czego Zamawiający wyinterpretował, że Primost nie dokona wymiany rogatek. Co więcej Zamawiający wskazał, w jaki sposób ma być utrzymana ciągłość przejazdu, podczas gdy nie sposób doszukać się niezgodności opisanego w wyjaśnieniach sposobu zapewnienia przejazdu z zapisami PFU.

Po trzecie, w odniesieniu do poz. 7. RCO Zamawiający dokonał nadinterpretacji wyjaśnień, z których wynikało, że jeśli będzie konieczna reprofilacja tłucznia, prace te zostaną wykonane, jeżeli nie – ich koszt uwzględniony w tej pozycji

będzie stanowił wartość dodaną dla Primostu.

{ad pkt 4. listy zarzutów}

Okoliczności faktyczne.

Spośród czerech ofert z najniższą ceną tylko Primost został wezwany do wyjaśnień w zakresie poz. 4.-6. RCO jako zaniżonych w porównaniu do ich wyceny w innych ofertach Jednak z zestawienia wyceny pozycji RCO w tych ofertach wskazuje, że również w każdej z trzech kolejnych ofertach występują pozycje, których wycena znacząco odbiega od wyceny w pozostałych ofertach {w odwołaniu zaprezentowano tabelaryczne zestawienie tych czterech ofert w zakresie poz. 4., 9., 11. i 6.} wszystkich 17 poz. RCO}.:

- NDI w poz. 11. RCO wskazało wykonanie usunięcia kolizji z sieciami uzbrojenia terenu i infrastrukturą drogową na kwotę o około 3 mln. zł netto niższą niż Primost i Konsorcjum Switelsky;
- Konsorcjum Switelski wyceniło wykonanie poz. 4. RCO na 19.213,70 zł, czyli na zbliżonym poziomie do wyceny Pimostu;
- poz. 6. RCO Dromosttor wycenił na 11.328,85 zł (sytuacja podobna jak w poz. 4.);
- poz. 9. RCO NDI wskazało wartość o około 2 mln zł wyższą niż pozostali oferenci, co może wskazywać, że umieściło w tej pozycji koszty wykonania innej pozycji RCO.

Odwołujący wywiódł, że taki stan rzeczy może być spowodowany tym, że ponieważ Zamawiający w istocie nie wskazał, co konkretnie należy uwzględnić w której pozycji, wykonawcy dokonali uwzględnienia w różnych pozycjach różnych robót.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że skoro wezwał Primost do wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 pzp, zaniechanie wezwania innych wykonawców w analogicznej sytuacji stanowi przejaw nierównego traktowania wykonawców, które spowodowało bezzasadne odrzucenie oferty Primostu.

{KIO 578/21}

W odpowiedzi na odwołanie z 17 marca 2021 r. Zamawiający wniósł o jego oddalenie, w szczególności następująco odnosząc się do zawartych w nim zarzutów.

Zamawiający podał, że równocześnie badał w stosunku do każdej oferty, czy nie zaszły przesłanki jej odrzucenia oferty.

Zamawiający wyjaśnił, że 12.02.2021 r. wszystkim uczestnikom postępowania przekazał to samo zawiadomienie o wyniku postępowania, w tym o ofertach odrzuconych, a na platformie zakupowej tylko informację o wyborze najkorzystniejszej oferty, wykonawcach, którzy złożyli oferty, oraz punktacji przyznanej poszczególnym ofertom, co jest zgodne z art. 92 ust. 2 pzp.

Zamawiający dodał, że najpierw odrzucił ofertę Primostu, a następnie dokonał oceny pozostałych ofert niepodlegających odrzuceniu. Ponieważ po dokonaniu oceny ofert część, wykonawców nie przedłużyła terminu związania ofertą i ważności wadium, ich oferty zostały odrzucone, o czym zawiadomił wszystkich wykonawców 12.02.2021 r.

Reasumując, Zamawiający oświadczył, że zarówno w zawiadomieniu o wyniku postępowania, jak i w informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty została zamieszczona ta sama ocena ofert.

W ocenie Zamawiającego odwołanie dotyczy pozycji RCO, w których (11. i 14.) różnice cenowe między wybraną ofertą a innymi ofertami były największe, choć dla Odwołującego nie jest istotne, jakiego zakresu robót dotyczą zakwestionowane przez niego pozycje.

Zamawiający po przytoczeniu brzmienia art. 90 ust. 1 pzp oświadczył, co następuje.

Po pierwsze, że według niego zakwestionowane w odwołaniu pozycje RCO ani nie stanowią dla niego istotnych części składowych ceny, ani nie budzą jego wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z określonymi przez niego lub wynikającymi z odrębnych przepisów wymaganiami.

Po drugie, że nawet gdyby uznać te pozycje za obiektywnie stanowiące istotną część składową oferty, nie zrodziłoby to automatycznie u Zamawiającego takich wątpliwości, a zatem nie obligowałoby go to do wezwania NDI do wyjaśnień.

Po trzecie, że przy badanu ofert uwzględnił specyfikę tego zamówienia infrastrukturalnego, prowadzonego w formule „zaprojektuj i buduj", w którym cena będzie wynikała tak na prawdę z dokumentacji projektowej wykonanej przez wybranego wykonawcę

Po czwarte, że ponieważ wielokrotnie w PFU oraz w wyjaśnieniach dawał wyraz temu, że oczekuje od wykonawców wprowadzenia rozwiązań, które będą dla niego korzystne cenowo, dzięki temu, że będą ograniczały koszty realizacji zamówienia i eksploatacji obiektu (np. …*należy dokonać analizy technicznoekonomicznej czy budowa nowego mostu nie będzie bardziej korzystna dla Zamawiającego*…, …*przy uwzględnieniu wszystkich wymagań geometrycznych i wytrzymałościowych zamawiający dopuszcza przyjęcie innych rozwiązań konstrukcyjnych mających uzasadnienie techniczne oraz ekonomiczne*…, …*zamawiający dopuszcza inne rozwiązania mające uzasadnienie techniczne i ekonomiczne*…, …*przedmiotowa przebudowa ma na celu jedynie usunięcie kolizji z projektowanymi w ramach przebudowy pracami*…), a szereg rozwiązań w PFU należało traktować jako przykładowe propozycje, stąd wykonawcy mogli zastosować inne rozwiązania, dzięki którym mogli zoptymalizować koszty realizacji zamówienia, co powoduje, że nieadekwatne jest porównywanie wycen tych samych pozycji RCO w różnych ofertach.

Po piąte, że ponieważ załączone do odwołania wyceny dotyczące poz. 11. RCO opierają się na przedmiarach robót zakładających możliwie największy zakres robót, nie uwzględniają możliwości optymalizacji kosztów. Ponadto przedmiary obejmują wykonanie nowch sieci, natomiast w pkt 2.2.2.14 PFU wskazano w pierwszej kolejności na zabezpieczenie istniejących sieci, a dokładne określenie zakresu i ilości niezbędnych przebudów sieci infrastrukturalnych winno być określone przez wykonawcę w dokumentacji projektowej.

Po szóste, że również w przypadku wyceny poz. 14. RCO wykonawca wg dokumentacji przetargowej miał do dyspozycji różne rozwiązania dotyczące mostu. Od początku w PFU była informacja, że o ile jest to uzasadnione z punktu widzenia techniczno-ekonomicznego, o tyle należy wycenić nowy obiekt, a nie przebudowę. W odpowiedziach na pytania Zamawiający uściślił, że ze względu na stan obiektu należy wycenić wykonanie nowego obiektu. Jednocześnie ponieważ Zamawiający nie wskazał konkretnego rozwiązania w zakresie budowy ani przepustu, ani nowego mostu, wykonawcy powinni w obu przypadkach przyjąć zoptymalizowane pod względem kosztów rozwiązanie. Odwołujący wycenił podwójnie zaproponowany przez Zamawiającego przepust według cen z Sekocenbudu, czyli nie miał własnej koncepcji na wykonanie tego zakresu robót, co nie oznacza, że wybrany wykonawca nie miał prawa zakładać rozwiązania tańszego dzięki posiadanemu know-how.

Zdaniem Zamawiającego niezasadne są również zarzuty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 lub 3 pzp, gdyż Odwołujący nie wykazał, że wycena poz. 11. i 14. RCO została ustalona na rażąco niskim poziomie, a nie jest wynikiem

uczciwej konkurencji. Ponieważ kryterium oceny ofert w tym postępowaniu, oprócz gwarancji, jest cena łączna, a nie ceny składowe, nie ma tutaj możliwości, aby mogło dojść do jakiegokolwiek manipulowania cenami w celu uzyskania korzystniejszej punktacji.

Przystępujący NDI w piśmie z 17 marca 2021 r. wniósł oddalenie odwołania, w szczególności następująco odnosząc się do zawartych w nim zarzutów.

Po pierwsze, oświadczył, że:

- wszystkie ceny określił na poziomie realnym, rynkowym, uwzględniającym potencjał i indywidualne uwarunkowania NDI.
- wszystkie pozycje RCO wycenił rzetelnie, z uwzględnieniem wszystkich kosztów wymaganych w PFU, w tym robót tymczasowych i prac towarzyszących koniecznych dla wykonania danych robót
- ceny określone w przedmiotowym postępowaniu pozwalają na osiągnięcie przez NDI zysku na satysfakcjonującym poziomie.

Po drugie, po zacytowaniu art. 90 ust. 1 pzp, stwierdził, że nie wystąpiły okoliczności skutkujące obligatoryjnym wezwaniem, a Odwołujący – na którym spoczywał w tym zakresie ciężar dowodu – nie udowodnił, że cena określona przez NDI jest rażąco niska i winna wzbudzić wątpliwości Zamawiającego.

{usuwanie kolizji sieci zewnętrznych}

Po pierwsze, że pkt 2.2.2.14 PFU w przeważającej mierzw wskazuje na zabezpieczenie, a nie przebudowę sieci. Przy czym wymagania techniczne w PFU wskazują na występowanie sieci poszczególnych gestorów, natomiast zakres robót i sposób ich wykonania zostaną określone dopiero przy uzgadnianiu dokumentacji projektowej na etapie realizacji umowy. Z kolei zgodnie z udzielanymi przez Zamawiającego wyjaśnieniami przedmiary mają charakter wyłącznie pomocniczy na potrzeby wyceny ryczałtowej.

Po drugie, że załączone do odwołania oferty oparte są na przedmiarach otrzymanych od Odwołującego i dotyczą wykonania nowych odcinków sieci w pełnym zakresie. Natomiast NDI przyjęło inne dopuszczalne założenia.

Po trzecie, że wycena dokonana przez NDI uwzględnia szczególne uwarunkowania związane jego z indywidualną pozycją, a także przewidzianą do zastosowana technologią i opiera się na pozyskanych ofertach podwykonawców.

{budowa przepustu i przebudowa mostu na rzece Ruda}

.Po pierwsze, zacytował brzmienie pkt 4.7.1.14. PFU oraz wyjaśnień treści SIWZ z 3.11.2020 r. w odpowiedzi na pytanie nr 8 i podsumował, że Zamawiający w odniesieniu do przepustu wskazał jedynie proponowane przykładowo rozwiązanie, dopuszczając jednocześnie inne rozwiązania konstrukcyjne.

Po drugie, zacytował brzmienie wyjaśnień treści SIWZ z 3.11.2020 r. w odpowiedzi na pytania nr 19 i 74 i podsumował, że o ile dla wcześniej zakładanej przebudowy mostu były określone konkretne parametry, o tyle dla nowego mostu ich nie podano, co prowadzi do wniosku, że może to być rozwiązanie równorzędne pod względem parametrów, a jednocześnie zoptymalizowane pod względem kosztów np. w zakresie posadowienia.

Po trzecie, że koszty związane z rozbiórką i wyburzeniem zostały przypisane do poz. 8. RCO dotyczącej robót przygotowawczych, w tym rozbiórek i wyburzeń.

Po czwarte, zacytował kolejne postanowienia PFU, w tym pkt 4.7.1.13., oraz wyjaśnienia treści SIWZ udzielone w odpowiedzi na pytania nr 19, 21 i 74 i posumował, że wycena tej pozycji RCO, jak i wszystkich pozostałych, została dokonana w oparciu o udostępnioną dokumentację i wieloletnie doświadczenie przy realizacji tego typu kontraktów, przy uwzględnieniu postanowienia z pkt 12.5. IDW.

Odnośnie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 pzp Przystępujący podniósł, że Odwołujący nie udowodnił wystąpienia żadnej z przesłanek, o których mowa w art. 3 ust. 1 uznk.

Po pierwsze, że NDI przerzuciło koszty pomiędzy poszczególnymi poz. RCO w sposób, który opisano w odwołaniu.

Po drugie, że celem takiej manipulacji było uzyskanie przewagi nad innymi wykonawcami przez zakłócenie rzetelnego i niezafałszowanego funkcjonowania konkurencji i sprawiedliwego współzawodnictwa.

Po trzecie, że wykonawcy uczciwie kalkulujący swe ceny nie mogli realnie konkurować z podmiotem, który dopuszcza się manipulacji, a zatem świadomie i celowo ogranicza dostęp do rynku. I

Po czwarte, że manipulowanie ceną zagraża interesom Zamawiającego, który zmuszony jest do dokonania wyboru oferty zawierającej rażąco niska cenę.

{KIO 591/21}

W odpowiedzi na odwołanie z 18 marca 2021 r. Zamawiający wniósł o jego oddalenie, w szczególności następująco odnosząc się do zawartych w nim zarzutów.

Po przytoczeniu brzmienia art. 90 ust. 1 pzp Zamawiający wskazał, co następuje.

Po pierwsze, że po analizie oferty Primostu (w szczególności RCO) w odniesieniu do poz. 4.-6., dotyczących zakresu szczególnie istotnego dla przedsięwzięcia, których wycena (łącznie ok. 106 tys. zł) znacząco odbiegała od innych ofert (średnia dla łącznie trzech poz. ok. 1,6 mln zł), powziął wątpliwość; również dlatego, że ponieważ w jego ocenie zakresów tych nie da się wykonać w takiej cenie (sztywno określone zadania i koszty dyktowane przez jednego przedsiębiorcę uniemożliwiają optymalizację kosztów), cena ta bądź nie obejmuje wykonania pełnego zakresu zamówienia, bądź jest rażąco niska.

Po drugie, że skoro Primost nie zakwestionował wezwania do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, tym samym uznał jego zasadność

Po trzecie, że ponieważ zacytowane w odwołaniu postanowienie pkt 12.5 Instrukcji dla Wykonawców (dalej: „IDW") nie było przedmiotem pytań wykonawców, w tym odnośnie jego doprecyzowania, należy uznać, że wykonawcy posiadali pełną wiedzę, w jaki sposób należy wypełnić RCO. Nie sposób zatem przyznać racji Odwołującemu, że Zamawiający dał swobodę wykonawcom, które roboty należy wycenić w poszczególnych pozycjach RCO.

Po czwarte, że przełożenie istotnych części składowych na cenę oferty, o czym mowa w art. 90 pzp, polega na tym, że zakładając prawidłową kalkulację cenową pozostałego zakresu przedmiotu zamówienia, wykonawca nie będzie miał możliwości skompensowania wyceny pozycji wycenionych rażąco nisko, a w konsekwencji cena za wykonanie całości przedmiotu zamówienia jest nierealna.

W odniesieniu do złożonych przez Primost wyjaśnień dotyczących ceny oferty Zamawiający stwierdził, co następuje.

Po pierwsze, że w przeważającej mierze koncentrują się na kwestionowaniu zasadności samego wezwania, przy braku wyjaśnienia, jakie czynniki spowodowały określenie takich cen.

Po drugie, że dla poz. 4. i 6. RCO Primost przedstawił wprawdzie ofertę podwykonawcy, ale jak wynika z treści tej oferty, nie obejmuje ona prac dot. SRK, teletechnicznych oraz robót energetycznych, a jednocześnie nie podano, jakie są

koszty tych pozostałych robót, wskazując jedynie, że część prac dot. SRK ujęto w poz. 5. oraz poz. 7. Abstrahując od tego, że oznacza to niezgodne z pkt 12.5. IDW przerzucenie części kosztów dot. SRK do innej poz., nie wiadomo, jaka jest to kwota i w jaki sposób wycena poz. 7., dotyczącej prac projektowych, może pozwolić na pokrycie tych kosztów, biorąc pod uwagę, że wycena poz. 5. RCO w innych ofertach kształtowała się na poziomie od kilkuset tysięcy do ponad 1 mln zł, czyli więcej niż poz. 5. i 7. łącznie w ofercie Primostu (nie mówiąc o konieczności pokrycia kosztów dokumentacji projektowej). W ocenie Zamawiającego takie wyjaśnienia wynikały wyłącznie z tego, że Primost nie był w stanie wykazać realności wyceny poz. 5. RCO.

Po trzecie, że nielogiczne jest tłumaczenie, jakoby pracom związanym z aktualizacją aplikacji i wgraniem programu było bliżej do dokumentacji projektowej niż do poz. nazwanej „Prace w zakresie SRK (w tym zmiany aplikacji)", która nie zawęża ich do samych robót budowlanych.

Po czwarte, że Zamawiający wyjaśniał w toku postępowania, że system SRK jest szczególnie wrażliwy z uwagi na konieczność zachowania gwarancji udzielonej przez wykonawcę tego systemu. Natomiast z wyjaśnień Primostu wynika, że *de facto* pominął on w swojej ofercie prace związane z tym systemem.

Po piąte, że niewykazanie realności ceny w poz. 6. wynika z nieujęcia części robót, które były wymagane przez Zamawiającego. Co prawda do wyjaśnień załączono ofertę podwykonawcy, ale bez zapytania ze strony Primostu. Z uwagi na stanowisko Pimostu, że nie wiadomo, jakie prace należało wycenić w poszczególnych pozycjach RCO, samo wskazanie nazwy poz. w RCO nie wyjaśnia, jaki zakres prac obejmuje załączona oferta (pewne jest tylko, że nie obejmuje ona prac dotyczących SRK, teletechniki i energetyki).

Ponadto Primost jednocześnie wskazał w wyjaśnieniach, że w kosztach została ujęta ewentualna reprofilacja tłucznia, czego potwierdzeniem ma być oferta podwykonawcy, choć w pkt 4.7.2.1.1. ppkt 2 PFU prace te zostały określone jako obligatoryjne.

Odnosząc się natomiast do zarzutów związanych z odrzuceniem oferty Primostu z powodu niezgodności z SIWZ, Zamawiający podniósł, co następuje.

Po pierwsze, że choć w formule „projektuj i buduj" może dojść do pewnej optymalizacji rozwiązań, jednak wykonanie zamówienia musi być zgodne z opisem przedmiotu zamówienia.

Po drugie, że występuje niespójność pomiędzy odwołaniem, według którego w poz. 5. RCO uwzględniono zmianę aplikacji, a treścią załącznika nr 6 do wyjaśnień.

Po trzecie, że Primost niezgodnie z SIWZ i błędnie założył, że dzięki przyjętej rozpiętości wiaduktu uda mu się ograniczyć prace dot. SRK do jakiegoś bliżej niesprecyzowanego minimum. Tymczasem sama likwidacja przejazdu, która jest przecież objęta przedmiotem zamówienia, wymaga usunięcia zależności niezbędnych do poprawnej pracy stacji. Stąd Zamawiający w pkt 4.7.27. PFU wskazał na zakres dot. urządzeń SRK. Według Zamawiającego potwierdza to, że wycena poz. 5. CO nie obejmuje praktycznie całego zakresu prac dot. SRK, a z uwagi na jej znaczący udział w cenie, jest ona nierealna.

Po czwarte, że w pkt 4.7.2. PFU zawarł następujące wymagania:*W czasie robót przewiduje się likwidację przejazdu kat. A oraz utworzenie tymczasowego przejścia dla pieszych kat. E z zabezpieczeniem aktywnym tj. poprzez ograniczenie szerokości przejazdu kolejowego, z wykorzystaniem istniejących urządzeń, przepięciem urządzeń rogatkowych i wymianą drągów – na czas budowy wiaduktu (w tym też przeprowadzenie procedury SMS/MMS).*

Ponieważ Zamawiający postawił powyższe wymagania w zakresie tymczasowego przejścia, całkowicie błędne jest stanowisko Odwołującego, że są to jedynie kwestie techniczne, a nie wiążący opis przedmiotu zamówienia, w związku z czym inne wykonanie tego zakresu nie powoduje niezgodności treści jego oferty z SIWZ. Skoro art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp odnosi się do niezgodności treści oferty z SIWZ, a więc do zaoferowania wykonania całego zamówienia, w tym również rozwiązań tymczasowych, niezgodnie z wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia

Natomiast założenia wskazane w załączniku nr 6 do wyjaśnień są błędne i powodują niezgodność treści oferty z przywołanymi powyżej wymaganiami. W bliskiej odległości od projektowanego wiaduktu jest bramka sieciowa, której nie można przesunąć, co determinuje konieczność przejazdu do mniej niż połowy, a co za tym idzie konieczność wymiany drągów. Niemożliwe jest zatem utrzymanie połowy przejazdów, gdzie dwa drągi z czterech byłyby zachowane.

Po piąte, że poz. 6. RCO obejmuje cały zakres robót torowych po likwidacji przejazdu, natomiast, jak wynika z wyjaśnień, Primost uwzględnił w tej pozycji jedynie koszty ewentualnego reprofilowania tłucznia pomiędzy torowiskami. Tym samym oferta nie obejmuje pełnego zakresu prac wskazanego w pkt 4.7.21.1.PFU, a więc jest niezgodna z wymaganiami Zamawiającego.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 pzp Zamawiający oświadczył, że nie umknęły jego uwadze różnice cenowe w innych pozycjach RCO w poszczególnych ofertach. Poddał je analizie i finalnie doszedł do wniosku, że ceny te nie budzą jego wątpliwości, gdyż w wyniku optymalizacji rozwiązań projektowych może dojść do znacznego obniżenia kosztów niektórych pozycji, choć nie tak znaczących jak w przypadku Primostu. Natomiast z uwagi na specyfikę prac dot. urządzeń SRK i konieczność współpracy z poprzednim wykonawca w tym zakresie, właśnie te pozycje wzbudziły wątpliwość Zamawiającego, a nie inne pozycje RCO w pozostałych ofertach.

Przystępujący NDI w piśmie z 17 marca 2021 r. wniósł oddalenie odwołania, w szczególności następująco odnosząc się do zawartych w nim zarzutów.

W ocenie Przystępującego oświadczenie Odwołującego, że wykorzystał standardową metodę kalkulacji ceny oferty, bez nadzwyczajnych technik czy okoliczności, stanowi w zasadzie przyznanie, że nie są mu dostępne szczególne metody czy okoliczności pozwalające na tak daleko idącą optymalizację wyceny.

Niezależnie od powyższego zdaniem Przystępującego Zamawiający prawidłowo ocenił złożone wyjaśnienia jako niewystarczające, lakoniczne i niepoparte wystarczającymi dowodami, gdyż poza podobną do prezentowanej w odwołaniu polemiki co do zasadności wezwania, w odniesieniu do cen z poz. 4-6 ograniczały się one do powołania się na ogólne właściwości i potencjał, którymi dysponują wszyscy wykonawcy składający ofertę w tym postępowaniu. W szczególności Primost nie wykazał, jak powołane w wyjaśnieniach okoliczności (tj. doświadczenie własne, jego kadry, w tym menadżerskiej, inżynierskiej, 5letnie doświadczenie kosztorysanta w wycenie robót, posiadane środki trwałe, w tym, sprzęt, maszyny, pojazdy, elementy deskowania, doświadczenie w kontraktowaniu podwykonawców, dostawców i usługodawców, w tym w negocjowaniu umów, scentralizowany system zakupów, zatrudnianie brygady cieśli, zbrojarzy, a także pracowników ogólnobudowlanych pozwalające na osobiste wykonanie większości robót, potencjał podmiotu udostępniającego mu zasoby) pozwoliły mu na optymalizację wyceny, tak, by w efekcie zaoferować tak niskie ceny w poz. 4.-6.

W opinii Przystępującego Odwołujący, zdając sobie sprawę z tego, że złożone wyjaśnienia nie są wystarczające dla wykazania realności zakwestionowanych przez Zamawiającego cen, podniósł, że było to konsekwencją ogólnego charakteru wezwania Zamawiającego. Tymczasem Zamawiający: wskazał w sposób jasny i precyzyjny, że Wykonawca

powinien wyjaśnić ceny z poz. 4.-6. RCO, gdyż zostały one skalkulowane niewiarygodnie nisko, powołał się na wynikający z pkt 12.5. IDW zakaz wliczania kosztów wykonania jakiejkolwiek pozycji RCO w inną pozycję RCO, a także wskazał, że w jego ocenie w cenie z poz. 4 RCO (dostosowanie przejazdu na potrzeby pieszych w okresie realizacji umowy) nie uda się pokryć nawet kosztów stałych, np. wymiany drągów na potrzeby przejścia dla pieszych, a rynkowy koszt samych testów i zmian w aplikacjach sterowania ruchem kolejowym (SRK) również znacząco odbiega od ceny określonej w poz. Wreszcie Zamawiający w ostatnim akapicie wezwania jednoznacznie wskazał, że składając wyjaśnienia Wykonawca powinien wykazać, że jego cena zawiera wszystkie elementy związane z należytym wykonaniem zamówienia oraz wskazać i opisać obiektywne czynniki mające wpływ na wysokość tej ceny, a także, że wyjaśnienia powinny być wyczerpujące, konkretne, zawierające stosowne dowody, ujawniające najważniejsze czynniki cenotwórcze. Jednocześnie Zamawiający na początku wezwania, w ślad za art. 90 ust. 1 pzp, wskazał, w jakim zakresie wykonawca powinien udzielić wyjaśnień oraz poprzeć je dowodami. Przy tym powołanie w tej części wezwania art. 90 ust. 1 pzp miało na celu wskazanie Wykonawcy na okoliczności, które mogą być ujęte w wyjaśnieniach wraz z przedłożonymi dowodami, tak by wezwanie miało nie tylko konkretny charakter, ale też wystarczająco otwarty, umożliwiający wyjaśnienie rzeczywistego sposobu kalkulacji ceny, a zarazem wystarczającego dla wykazania jej realności.

Zdaniem Przystępującego Zamawiający prawidłowo odrzucił ofertę Primostu na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 pzp, gdyż złożone wyjaśnienia obnażyły niezgodność treści złożonej oferty z treścią SIWZ.

W szczególności Primost oświadczył (na str. 7. wyjaśnień), że (…) *na podstawie wszystkich dostępnych informacji założono taką rozpiętość wiaduktu nad torami, aby zapewniała widoczność określoną załącznikiem do PFU oraz aby nie było konieczności przebudowy urządzeń SRK, a roboty związane z tą siecią ograniczyć tylko do minimum koniecznego, jak sugerował i tłumaczył Zamawiający w odpowiedziach na pytania.*

Tymczasem jak wskazano w PFU:

Przejazd kolejowy w km 14,114 linii nr 159 Żory – Pawłowice Śląskie jest kategorii A, w ramach ostatniej przebudowy wymianie uległy urządzenia zabezpieczenia. Na przejeździe wykonano system urządzeń przejazdowych typu SPR-2 firmy Bombardier ZWUS(…) *Likwidacja przejazdu niesie za sobą przeprojektowanie stacyjnych urządzeń SRK i dostosowanie do warunków terenowych. Dodatkowo wszelkie rozwiązania projektowe i wykonywane prace muszą dążyć do zachowania gwarancji wybudowanych urządzeń i elementów infrastruktury na stacji Żory wybudowanych w ramach Projektu* (…) [str. 19.-20.]

W ramach zadania zostaną przebudowane (przeprojektowane) stacyjne urządzenia sterowania ruchem kolejowym (SRK) polegające na wyłączeniu urządzeń przejazdowych przejazdu kat. A w km 14,114 linii nr 159 (21,696 linii kolejowej nr 148) z uzależnień urządzeń SRK. Zakres prac będzie uwzględniać likwidację istniejącego przejazdu kolejowodrogowego w km 14,114 linii 159 (21,696 linii kolejowej nr 148) wraz ze wszystkimi elementami towarzyszącymi. Wykonawca robót bazując na stanie istniejącym przedstawionym w dokumentacji powykonawczej urządzeń SRK opracowanej w ramach projektu POIiŚ 5.2-5 „Prace na liniach kolejowych nt 140, 148, 157, 159, 173, 689,691 na odcinku Chybie-Żory-Rybnik-Nędza/Turze zaprojektuje i wykona przebudowę urządzeń i zmiany w urządzeniach SRK [str. 69.].

Przystępujący podsumował, że z zacytowanych fragmentów PFU wyraźnie wynika, że przebudowa urządzeń SRK stanowi jeden z wymogów Zamawiającego, od których nie odstąpił w wyjaśnieniach treści SIWZ.

Ponadto zwrócił uwagę, że konieczność przebudowy urządzeń SRK nie wynika z parametrów budowanego obiektu nad torami kolejowymi, a z likwidacji przejazdu kolejowo-drogowego kat. A w km 14,114 linii kolejowej nr 159, w związku z istotą i celem całego zamierzenia inwestycyjnego, którego przedmiotem jest budowa przejazdu bezkolizyjnego.

Według Przystępującego o niezgodności treści oferty Primostu z treścią SIWZ świadczy również przyjęcie założenia możliwości utrzymania ciągłości przejazdu dzięki pozostawieniu dwóch z czterech urządzeń rogatkowych bez ingerencji w ich zasilanie i sterowanie. Jak trafnie stwierdził Zamawiający w informacji o odrzuceniu oferty Primostu, utrzymanie tak szerokiego ciągu komunikacyjnego przy zachowaniu bezpiecznej odległości od bramki sieci trakcyjnej i liny nośnej przewodów jezdnych jest nierealne lub skróci czas dostępności tego przejścia dla pieszych. Utrzymanie półrogatek tj. zamykanie jednej strony bez zmian układu sterowania (jeden obwód zamyka jednocześnie rogatki po ukosie) i zasilania jest niemożliwe. Dodatkowo ponieważ PFU wymaga dokonania wymiany rogatek, nieuwzględnienie tego świadczy o niezgodności treści oferty wykonawcy z treścią SIWZ, podobnie jak nieuwzględnienie reprofiltracji tłucznia.

Ponieważ odwołania nie zawierały braków formalnych, a wpis od nich został uiszczony – podlegały rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby którekolwiek z odwołań podlegało w całości odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 528 npzp.

{KIO 591/21}

{rozstrzygnięcie wniosku o częściowe odrzucenie odwołania Primostu}

Przystępujący NDI w swoim piśmie z 17 marca 2021 r. w pierwszej kolejności wniósł o nierozpoznawanie, z uwagi na art. 528 pkt 3 npzp, zarzutów naruszenia art. 90 ust. 3, art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 1 pzp jako wniesionych po upływie terminu wynikającego z art. 515 ust. 1 pkt 1 npzp, gdyż okoliczności faktyczne przywołane w uzasadnieniu odwołania powinny zostać wniesione w ramach odwołania od wezwania do złożenia wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny oferty z 22 grudnia 2020 r., czyli do 4 stycznia 2021 r.

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

Pismo Primostu z 11 stycznia 2021 r. w przeważającej mierze (patrz str. 2-7.) zawiera analogiczne okoliczności, co poniesione dla uzasadnienia pkt 2. i częściowo pkt 1. listy zarzutów odwołania, zmierzając do wykazania bezzasadności wezwania w sytuacji, gdy cena oferty nie odbiega znacząco od ubruttowionego oszacowania i średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, przedmiot zamówienia obejmuje zaprojektowanie i wykonanie robót budowalnych za wynagrodzenie ryczałtowe wynikające z wyceny wszystkich 17 poz. RCO, przy czym każdy wykonawca mógł do danej pozycji przyporządkować inny rodzaj kosztów, wreszcie (jak to podsumowano na str. 9.): *Nie ulega wątpliwości, iż roboty budowlane w zakresie poz. 4-6 RCO nie stanowią istotnej części przedmiotu zamówienia, ponieważ stanowią*(…) *około 5% całego zakresu rzeczowego zadania!*

Przede wszystkim zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 pzp z pkt 2. listy zarzutów i uzasadnienia odwołania w zakresie wszystkich okoliczności, które stanowią polemikę z treścią wezwania z 22 grudnia 2020 r., wystosowanego przez Zamawiającego w trybie tego przepisu, mógł zostać podniesiony w ramach odwołania od tej czynności, na którego wniesienie Primost się nie zdecydował. Zamiast tego Primost wnioskował jedynie o przedłużenie terminu na złożenie wyjaśnień, na co Zamawiający przystał.

Reasumując, 10-dniowy termin na wniesienie odwołania od wezwania wystosowanego przez Zamawiającego na podstawie art. 90 ust. 1 pzp upłynął 4 stycznia 2021 r.

W tych okolicznościach Izba uznała wniosek Przystępującego NDI za zasadny.

Art. 528 npzp zawiera enumeratywne wyliczenie przesłanek stanowiących podstawę odrzucenia odwołania, których zaistnienie w danej sprawie Izba zobowiązana jest wziąć pod uwagę z urzędu. Jednocześnie skoro Izba uprawniona jest do odrzucenia odwołania w całości, tym bardziej jest uprawniona do częściowego odrzucenia odwołania.

W szczególności z art. 528 pkt 3 npzp wynika, że odrzuceniu podlega odwołanie wniesione po upływie terminu określonego w ustawie npzp. Przy czym z art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a npzp wynika, że odwołanie należy wnieść w terminie 10 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana przy pomocy środków komunikacji elektronicznej.

Skoro wszystkie okoliczności związane z zastosowaniem przez Zamawiającego art. 90 ust. 1 pzp dotyczą *de facto* i *de iure* zakwestionowania wystosowanego w oparciu o ten przepis wezwania, mogły i powinny zostać podniesione w terminie 10-dni od tej czynności, co oznacza, że w ich zakresie odwołanie wniesione dopiero w reakcji na zawiadomienie o odrzuceniu oferty Primostu podlega odrzuceniu, jak to orzeczono w pkt 4. sentencji.

{KIO 578/21, KIO 591/21}

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia w całości odwołań lub umorzenia postępowania odwoławczego w zakresie którejkolwiek ze spraw, Izba skierowała odwołania do rozpoznania na rozprawie, podczas której wszyscy uczestnicy sporu podtrzymali swoje dotychczasowe stanowiska.

Po przeprowadzeniu rozprawy, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Z art. 505 ust. 1 npzp wynika, że legitymacja do wniesienia odwołania przysługuje wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący wykazali, że mają interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż złożyli ofertę w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Jednocześnie każdy z nic może ponieść szkodę w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami przepisów ustawy pzp, które uniemożliwiają im uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Podkreślić należy, że interes w uzyskaniu zamówienia, o którym mowa w art. 505 ust. 1 npzp należy interpretować szeroko jako odnoszący się nie tylko do uzyskania zamówienia w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia, ale do możliwości pozyskania świadczenia będącego przedmiotem zamówienia, niezależnie od tego, w jakim postępowaniu zostanie ono wykonawcy udzielone. Tym samym interes ten może być rozumiany jednolicie i niezależnie od okoliczności konkretnej sprawy, podnoszonych zarzutów oraz żądania co do sposobu rozstrzygnięcia odwołania.

Wobec tego nie ma znaczenia okoliczność, którą podniósł Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie w sprawie sygn. akt KIO 578/21, że ponieważ cena oferty Konsorcjum przewyższa kwotę, którą Zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie tego zamówienia, nie mógłby w aktualnie prowadzonym postępowaniu dokonać wyboru tej oferty, a zmuszony byłby do unieważnienia tego postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 pzp. Stanowisko Zamawiającego stanowi przejaw zawężania interesu wykonawcy do postępowania o udzielenie zamówienia, w którym złożył on odwołanie, czyli stanowiska, które zarzucono już na tle obowiązującego poprzednio art. 179 ust. 1 pzp.

Takie wąskie postrzeganie interesu zaczęło się zmieniać w związku z wyrokiem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej {dalej: „TSUE" lub „Trybunał"} z 5 kwietnia 2016 r. w sprawie C-689/13, Puligienica Facility Esco SpA (PFE) v. Airgest SpA (EU:C:2016:199), w którym Trybunał, rozpoznając odwołania wniesione przez dwóch wykonawców, z których każdy domagał się wykluczenia konkurenta, wyraził pogląd, że w takiej sytuacji każdy z nich ma interes w uzyskaniu odnośnego zamówienia. Po pierwsze, wykluczenie jednego z oferentów może doprowadzić bowiem do tego, że drugi uzyska zamówienie bezpośrednio w ramach tego samego postępowania. Po drugie, jeśli miałoby nastąpić wykluczenie obu oferentów i wszczęcie nowego postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, każdy z oferentów mógłby wziąć w nim udział i w ten sposób pośrednio otrzymać zamówienie. Tym samym Trybunał uznał, że wykonawcy są uprawnieni do wnoszenia środków ochrony prawnej, nawet w sytuacji, gdy skutkiem miałoby być unieważnienie postępowania, gdyż wówczas mogą ubiegać się o zamówienie w kolejnym postępowaniu. W ślad za tym wyrokiem Izba w wyroku z 5 września 2016 r. sygn. akt KIO 1556/16 wywiodła, że w świetle aktualnej wykładni prounijnej w odniesieniu do art. 1 ust. 1 i 3 dyrektywy Rady 89/665/EWG należy uznać, że pojęcie interesu w uzyskaniu zamówienia musi być wykładane w ten sposób, że dane zamówienie publiczne nie oznacza konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia, ale odpowiada definicji zamówienia publicznego, tj. umowy odpłatnej zawieranej między zamawiającym a wykonawcą, której przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane. Następnie zbliżony pogląd wyraził TSUE w wyroku z 11 maja 2017 r. w sprawie C-131/16, Archus sp. z o.o. i Gama J. L. v. Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo S.A. (EU:C:2017:358), w uzasadnieniu którego stwierdził, że w sytuacji, w której w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego złożono dwie oferty, a instytucja zamawiająca wydała jednocześnie dwie decyzje, odpowiednio o odrzuceniu oferty jednego z oferentów i o udzieleniu zamówienia drugiemu, odrzucony oferent, który zaskarżył obie te decyzje, powinien mieć możliwość żądania wykluczenia oferty wygrywającego oferenta, w związku z czym pojęcie danego zamówienia w rozumieniu art. 1 ust. 3 dyrektywy 92/13/EWG może dotyczyć ewentualnego wszczęcia nowego postępowania o udzielenie zamówienia.

W konsekwencji w orzecznictwie krajowym z czasem przyjęto szerokie ujęcie interesu, oparte odróżnianiu postępowania o udzielenie zamówienia od zamówienia. W szczególności w uzasadnieniu wyroku z 28 maja 2019 r. sygn. akt KIO 873/19 Izba stwierdziła, że w świetle prounijnej wykładni przepisów dotyczących zamówień publicznych pojęcie interesu w uzyskaniu danego zamówienia winno być wykładane w ten sposób, że dane zamówienie publiczne nie oznacza konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia, a winno być łączone z definicją legalną zamówienia publicznego (tak też Izba w uzasadnieniu wyroku z 5 listopada 2018 r. sygn. akt KIO 2144/18).

Z uwagi na złożone przez Odwołującego Primost pismo procesowe z 17 marca 2021 r. oraz wypowiedzi na rozprawie konieczne stało się zaznaczenie, że sprawa została rozpoznana w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu. Zgodnie z art. 555 npzp przepisem Izba nie może bowiem orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Oznacza to, że niezależnie od wskazania w odwołaniu przepisu, którego naruszenie jest zarzucane zamawiającemu, Izba jest uprawniona do oceny prawidłowości zachowania zamawiającego (podjętych czynności lub zaniechania czynności), jedynie przez pryzmat sprecyzowanych w odwołaniu okoliczności faktycznych i prawnych

uzasadniających jego wniesienie. Mają one decydujące znaczenie dla ustalenia granic kognicji Izby przy rozpoznaniu sprawy, gdyż konstytuują zarzut podlegający rozpoznaniu.

Z powyższych względów okoliczności podniesione dopiero we wspomnianym piśmie procesowym nie mogły i nie zostały wzięte pod uwagę jako stanowiące niedopuszczalne rozszerzenie zarzutów zawartych w odwołaniu.

{KIO 578/21}

{rozpatrzenie zarzutów z pkt 3. listy zarzutów odwołania Konsorcjum – zaniechanie wezwania do wyjaśnień ceny NDI}

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

Kluczowe znaczenie ma postanowienie – wprowadzone przez Zamawiającego w Instrukcji dla wykonawców {dalej: „i.d.w.}, stanowiącej tom I specyfikacji istotnych warunków zamówienia {dalej: „s.i.w.z."}, jako element obowiązującego wykonawców sposobu obliczenia ceny oferty – z pkt 12.5. i.d.w.: *Wykonawca musi dołączyć wypełnione Rozbicie ceny ofertowej („RCO") pod rygorem odrzucenia oferty. 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 i jest różna od zera. Każda pozycja RCO powinna zostać wyceniona zgodnie z zakresem w niej opisanym. Nie dopuszcza się wliczania kosztów wykonania jakiejkolwiek pozycji RCO w inną pozycję RCO.*

Ponadto z RCO – stanowiącego tom IV s.i.w.z. – wynika: po pierwsze – podział zakresu rzeczowego robót budowalnych objętych tym zamówieniem na 17 pozycji, po drugie – wskazanie, że koszt wykonania pierwszych 7 zakresów robót [1. *Likwidacja przejazdu kolejowo-drogowego kat. A w km 14,114 linii kolejowej nr 159 (km 21,696 linii kolejowej nr 148) w ul. Dworcowej w Żorach*, 2. *Budowa wiaduktu oraz nasypów z murem zbrojonym bez względu na ich położenie tj. również poza działkami stanowiącymi własność PKP*, 3. *Usunięcie kolizji z infrastrukturą kolejową*, 4. *Dostosowanie przejazdu na potrzeby pieszych w okresie realizacji umowy*, 5. *Prace w zakresie SRK (w tym zmiany aplikacji)* 6. *Roboty torowe po likwidacji przejazdu*, 7. *Dokumentacja projektowa dla prac określonych w pkt 1-6*], do maksymalnie kwoty 10.357.723,57 zł, będzie pokryty przez PKP PLK, a koszt realizacji kolejnych 10 pozycji [8.*Roboty przygotowawcze (w tym roboty rozbiórkowe, wyburzeniowe, zabezpieczające, wycinka drzew, przygotowanie terenu itp.)*, 9. *Przebudowa drogi ul. Dworcowej od skrzyżowania z ul. Nad Rudą do wiaduktu*, 10. *Przebudowa układu drogowego (rondo z wlotami) od wiaduktu do ul. Mikołowskiej i ul. Fabrycznej*, 11. *Usunięcie kolizji z sieciami uzbrojenia terenu i infrastrukturą drogową*, 12. *Budowa schodów i windy*, 13. *Roboty wykończeniowe (w tym urządzenie zieleni, mała architektura, docelowa organizacja ruchu itp.)*, 14. *Budowa przepustu i przebudowa mostu na rzece Ruda*, 15. *Koszt certyfikacji WE*, 16. *Dokumentacja projektowa dla prac określonych w pkt 8-15*, 17. *Koszty wynikające z zamknięć torowych i ograniczenia prędkości ruchu pociągów (w tym ewentualny koszt komunikacji zastępczej, wzajemnego honorowania biletów)* oraz ewentualnie koszt realizacji poz. 1.-7. ponad wskazaną kwotę będzie sfinansowany przez Żory. Ponieważ dla prawidłowego rozliczenia kosztów projektu, w ramach którego realizowane jest przedmiotowe zamówienie, istotne znaczenie ma, aby wycena każdej pozycji RCO obejmowała wyłącznie zakres rzeczowy robót nią objęty, wprowadzono zakaz przenoszenia kosztów pomiędzy pozycjami.

W konsekwencji wprowadzenia powyższej regulacji wycena każdej pozycji RCO co do zasady powinna być poczytywana za będącą istotną część składową ceny oferty, gdyż każda z tych cen musi zostać określona na takim poziomie, aby co najmniej pokrywać rzeczywisty koszt wykonania zakresu prac projektowych, robót czy innych świadczeń objętych daną pozycją. Jednocześnie wprost wyłączona została możliwość powoływania się, w razie zaniżenia wyceny danej pozycji poniżej kosztów realizacji ujętego w niej zakresu rzeczowego, na ujęcie tych kosztów w innej pozycji lub na brak zaniżenia łącznej ceny oferty w stosunku do kosztów realizacji całego przedmiotu zamówienia.

Natomiast w toku postępowania odwoławczego nie zostały wskazane żadne postanowienia s.i.w.z., które pozwalały na wyprowadzenie wniosku, że spośród 17. wyodrębnionych pozycji tylko niektóre dotyczą istotnych dla powodzenia całego przedsięwzięcia zakresów prac.

Podkreślić należy, że wprowadzone na potrzeby tego przetargu w pkt 12.5. i.d.w. szczególne uregulowania mają charakter wiążący zarówno dla jego organizatorów (czyli Zamawiających), jak i wykonawców, którzy zdecydowali się na wzięcie w nim udziału. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia stanowi (przez odesłanie z art. 14 § 1 pzp) w rozumieniu art. 70^1 § 4 Kodeksu cywilnego zobowiązanie, zgodnie z którym organizator od chwili udostępnienia warunków, a oferent od chwili złożenia oferty zgodnie z ogłoszeniem przetargu są obowiązani postępować. Ponieważ w zamówieniach publicznych warunki przetargu oprócz ogłoszenia są konkretyzowane w specyfikacji, należy ją również uznać za określającą warunki przetargu w rozumieniu Kodeksu cywilnego.

Zarówno w odniesieniu do poz. 4., 5. i 6. RCO Primostu, w zakresie których Primost został wezwany do złożenia wyjaśnień, jak i w odniesieniu do poz. 11. i 14. RCO NDI, w zakresie których NDI nie było wzywane do wyjaśnień, zachodzi sytuacja znaczącego (tj. większego niż o 30%) odbiegania zarówno od ubruttowionego oszacowania Zamawiającego, jak i średniej cen wszystkich złożonych ofert.

Zestawienie treści odpowiedzi na odwołanie i pisma procesowego NDI prowadzi do oczywistego wniosku, że skoro opis przedmiotu zamówienia dla poz. 11. RCO wymagał, a dla poz. 14. RCO dopuszczał przyjęcie przez wykonawcę, w oparciu o własną wiedzę i doświadczenie oraz knowhow, własnej koncepcji realizacji robót lub obiektów budowlanych, Zamawiający bez wezwania do wyjaśnień nie mógł obiektywnie stwierdzić, czy i z jakich rozwiązań optymalizujących wynika obniżenie ich wyceny przez NDI. Tym bardziej Zamawiający nie mógł antycypować, czy NDI wykaże, że przyjęte przez nie założenia lub konkretne rozwiązania odnośnie tych zakresów robót są zarazem zgodne z opisem przedmiotu zamówienia, a jednocześnie pozwalają na obniżenie kosztów.

Wobec tego złożone w tym zakresie przez Przystępującego na rozprawie dowody Izba uznała za potwierdzenie, że: po pierwsze – Zamawiający bez nich nie mógł prawidłowo zbadać oferty NDI, po drugie – można oczekiwać od NDI, aby w odniesieniu do wyceny poz. 11. i 14. RCO przedstawiło stosowne dowody.

Izba stwierdziła, że w tych okolicznościach zarzut odwołania jest zasadny.

Z art. 90 ust. 1 pzp wynika, że również w sytuacji, gdy istotne części składowe ceny oferty wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny.

Możliwość badania składników ceny pod kątem przesłanek rażąco niskiej ceny, a nie tylko tzw. ceny globalnej została celowo wyeksponowana przez ustawodawcę, gdyż jak wskazano w uzasadnieniu projektu nowelizacji ustawy pzp, która wprowadziła powyższe brzmienie art. 90 ust. 1 pzp: (...) *w ślad za dyrektywą klasyczną 2014/24/UE projekt ustawy nakłada na zamawiających obowiązek uzyskania od wykonawców wyjaśnień ofert, w których zaproponowana cena lub koszt będzie wydawać się zamawiającemu rażąco niskie w stosunku do odnośnych robót, dostaw lub usług.* (…)

zamawiający będzie mógł żądać także innych, w jego ocenie istotnych (...) informacji w zakresie składowych elementów ofert.

Wykładni art. 90 ust. 1 pzp należy dokonywać zatem z uwzględnieniem art. 69 ust. 1 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (OJ L 94, 28.3.2014) {dalej: „dyrektywa 2014/24/UE"}, zgodnie z którym instytucje zamawiające wymagają od wykonawców wyjaśnień dotyczących ceny lub kosztów zaproponowanych w ofercie, jeżeli oferta wydaje się rażąco niska w stosunku do odnośnych robót budowlanych, dostaw lub usług. Zatem z przepisu tego wynika uprawnienie zamawiającego do badania każdego istotnego elementu zobowiązania składającego się na ofertę, w tym również cen jednostkowych odnoszących się do konkretnych („odnośnych") robót, dostaw lub usług w ramach danego zamówienia, które składają się na cenę całkowitą oferty.

Jak trafnie wskazuje się bowiem w doktrynie: *Dyrektywa nie definiuje terminu „rażąco niskiej oferty". Należy jednak przyjąć, że odwołanie się do pojęcia „oferty" oznacza konieczność badania wszelkich aspektów zobowiązania wykonawcy wynikających z zaoferowanego świadczenia. Badanie takie może dotyczyć każdego istotnego elementu oferty lub kryterium udzielenia zamówienia (A. S. G., Public Procurement and the EU Competition Rules, s. 400; por. wyr. SPI z 21.5.2008 r. w sprawie T-495/04, Belfass SPRL v. Rada Unii Europejskiej, Zb. Orz. 2008, s. II-00781, pkt 92, 99). Z powyższych względów pojęcie rażąco niskiej oferty powinno być określone dla każdego zamówienia w zależności od konkretnego przedmiotu, który stanowi świadczenie, o które chodzi w danym zamówieniu (opinia rzecznika generalnego R. J. C. w sprawach połączonych C-285/99 i C-286/99, Legalis; wyr. TSUE z 27.11.2001 r. w sprawach połączonych C-285/99 i C-286/99, Impresa Lombardini SpA – Impresa Generale di Costruzioni v. ANAS – Ente nazionale per le strade i Societa Italiana per Condotte d'Acqua SpA (C-285/99) i Impresa Ing. Mantovani SpA v. ANAS – Ente nazionale per le strade et Ditta Paolo Bregoli (C-286/99), Zb. Orz. 2001, s. I-09233). Ocena oferty będzie zatem obejmować nie tylko aspekt ekonomiczny, tj. cenę, ale również każdy inny element stanowiący świadczenie wykonawcy, który może wydawać się rażąco niski. Jak wskazano w motywie 103 preambuły dyrektywy 2014/24/UE, podejrzenie, że oferta jest rażąco tania, może opierać się na błędnych pod względem technicznym, ekonomicznym lub prawnym założeniach lub praktykach stosowanych przez wykonawcę, które wynikają z treści oferty. Tym samym instytucja zamawiająca, oceniając, czy ma do czynienia z rażąco tanią ofertą, powinna wziąć pod uwagę wszelkie aspekty, które powodują, że oferta ma charakter nierynkowy* [W. Hartung, *Dyrektywa 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych. Komentarz*, wyd. 1, Warszawa 2015, pkt 4 komentarza do art. 69]

Dodatkowych wskazówek w zakresie interpretacji pojęcia „istotności" części zamówienia dostarcza także opinia Urzędu Zamówień Publicznych {dalej: „UZP"}, zgodnie z którą w zakresie istotnych części zamówienia ważne jest, aby przy wynagrodzeniu ryczałtowym te części miały znaczenie dla całości wyceny przedmiotu zamówienia. Ponadto w tej opinii potwierdzono również, że zamawiający może wezwać wykonawcę do wyjaśnień również w każdej innej sytuacji, w której wysokość ceny lub kosztu oferty, a nawet jedynie ich istotne części składowe budzą jego wątpliwości, mimo iż cena całkowita lub koszt nie jest niższa niż szczególny ustawowy limit.

W ustalonym stanie faktycznym za nieuzasadnione należy uznać stanowisko Zamawiającego, który arbitralnie uznał, że wyłącznie w przypadku pozycji zaniżonych w RCO Primostu wezwie do wyjaśnień, a w przypadku pozycji zniżonych w RCO NDI już nie, zwłaszcza że Zamawiający nie powołał się na żadne zobiektywizowane i poddające się weryfikacji kryteria dla dokonania takiego rozróżnienia. Wręcz przeciwnie, Zamawiający powołał się wyłącznie na swoje subiektywne przekonanie, pomimo że obiektywnie rzecz biorąc w obu przypadkach sytuacja jest analogiczna i powinna wzbudzić jego wątpliwości co do możliwości wykonania za znacznie niższą cenę zakresu rzeczowego objętego daną pozycją zgodnie z wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia.

{KIO 591/21}

{rozpatrzenie zarzutów z pkt 1. i 3. listy zarzutów odwołania Primostu – odrzucenie oferty Primostu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 4 pzp}

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

Zamawiający zawiadomieniu z 12 lutego 2021 r. w szczególności następująco uzasadnił odrzucenie oferty Primostu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 pzp oraz zarazem na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp:

(…)

Po przeanalizowaniu wyjaśnień (…) *Komisja przetargowa uznała, że* (…) *są niewystarczające, ogólnikowe, lakoniczne i niepoparte wystarczającymi dowodami a ich przyjęcie w konsekwencji może doprowadzić do nienależytego Wykonania Umowy.*

W przekazanym wykonawcy wezwaniu zamawiający w sposób precyzyjny określił żądany zakres wyjaśnień oraz konkretne wątpliwości odnoszące się do podejrzenia rażąco niskiej ceny. Wyjaśnienia dotyczące ceny oferty, w których podano jedynie ogólne stwierdzenia, niepoparte konkretnymi kwotami i wyliczeniami są niewystarczające dla Zamawiającego.

Złożenie wyjaśnień powinno sprowadzać się do przedstawienia merytorycznych informacji w przedmiotowym zakresie, które pozwolą na dokonanie przez zamawiającego oceny poziomu i realności zaoferowanej ceny globalnej, w tym poprzez weryfikację cen jednostkowych i kosztów wykonania zamówienia występujących po stronie Wykonawcy.

Wykonawca, który składa wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny powinien wskazać, co spowodowało obniżenie ceny, jak również w jakim stopniu wskazany czynnik wpłynął na jej obniżenie. W wyjaśnieniach Wykonawcy brak jakichkolwiek informacji na temat tego jak cena podana przez Wykonawcę ukształtowała się na zaoferowanym poziomie dzięki obiektywnym okolicznością, na które powołał się Wykonawca. Zamawiający utwierdził się w przekonaniu, że (…) *globalna ceny oferty, na której zaniżenie wpłynęły ceny jednostkowe z pozycji 4 do 6 RCO nie pozwolą Wykonawcy zrealizować zamówienia zgodnie z dokumentacją przetargową.*

(…)

Ponadto należy zwrócić uwagę na następujące kwestie wynikające z powyższego wyjaśnienia:

1. Wykonawca błędnie twierdzi, że pozycje 4-6 RCO nie stanowią szczególnie istotnego zakresu robót dla przedmiotowej inwestycji. Samo przyjęcie do kalkulacji ofert bez oferty rażąco niskiej oferty PRIMOST Południe Sp. z o.o. zwiększają ten pułap do zakresu finansowego rzędu 6,5-7%. Szczególnie istotnym jest tutaj fakt, że zakres robót wpływa bezpośrednio na bezpieczeństwo prowadzenia ruchu pociągów, a tym samym bezpieczeństwo pasażerów i obsługi, zatem nie można rozważać jego istotności na podstawie jedynie proporcji zakresu do całości inwestycji. Nie budzi wątpliwości fakt, że roboty bez tego zakresu nie będą mogły być odebrane przez Użytkownika linii — Zakład Linii Kolejowych w Tarnowskich Górach. W wyroku z dnia 07.07.2020 r. (KIO 1061/2020) Izba podkreśliła, że o istotności pozycji można mówić także z punktu widzenia realizacji inwestycji, nie tylko wtedy kiedy wartość finansowa danego zakresu robót jest znacząca.

2. Wykonawca podnosi zarzut niejednoznacznego opisania pozycji RCO, tymczasem pozycja nr 5 wyraźnie wskazuje „Prace w zakresie SRK (w tym zmiany aplikacji)".
Precyzyjność opisu pozycji potwierdza pozostałe 7 ofert, gdzie wycena prac została przyjęta na poziomie 1,0-1,5 mln zł netto. Oferta PRIMOST Południe Sp. z o.o. stanowi jedynie 4,9% wartości wyceny przyjętej przez pozostałych oferentów.
3. Wykonawca błędnie przyjął zakres zmian aplikacji jako zakres fakultatywny i możliwy do pominięcia przy odpowiednim doborze technologii robót i rozwiązań projektowych badając jedynie widoczność (konieczność zmian lokalizacji semaforów). Zakres zmian aplikacji wynika bezpośrednio z likwidacji przejazdu, niezależnie od przyjętych rozwiązań technologii i konstrukcji wiaduktu, co zostało wyraźnie wskazane w PFU i nie budziło wątpliwości innych oferentów.
Cytując wyjaśnienie:
„Mianowicie na podstawie wszystkich dostępnych informacji założono taką rozpiętość wiaduktu nad torami, aby zapewniała widoczność określoną załącznikiem do PFU oraz aby nie było konieczności przebudowy urządzeń SRK, a roboty związane z tą siecią ograniczyć tylko do minimum koniecznego, jak sugerował i tłumaczył Zamawiający w odpowiedziach na pytania…"
oraz odpowiadając na pytanie 19:
Odpowiedź: Zmawiający wyraża zgodę na niezbędną ingerencję w zakresie podtorza, torowiska i nawierzchni kolejowej (bez przesunięć w planie i profilu w stosunku do stanu wynikającego z załączonej dokumentacji powykonawczej) na co Wykonawca udzieli Zamawiającemu gwarancji. W zakresie branż w których wymagana jest ingerencja w cały podsystem – np. SRK, aplikacja stacji, technologia i wykonawstwo robót powinno być prowadzone i zapewnione w reżimie pozwalającym na utrzymanie gwarancji (...).
Nie budzi wątpliwości, że przebudowa urządzeń SRK jest obligatoryjna i należy ją przeprowadzić w reżimie zapewniającym zachowanie gwarancji, a nie pominąć podczas realizacji inwestycji. W tym zakresie należy stwierdzić, że oprócz tego, że przyjęcie rynkowych cen w tej pozycji znacznie przełożyłoby się na ostateczną cenę oferty i klasyfikację punktową wykonawców to dodatkowo oferta jest niezgodna z treścią SIWZ o jakiej ustawodawca mówi w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp.
(…)
4. Wykonawca błędnie założył możliwość utrzymania ciągłości przejazdu poprzez utrzymanie dwóch z czterech urządzeń rogatkowych bez ingerencji w ich zasilanie i sterowanie. Należy zauważyć, że utrzymanie tak szerokiego ciągu komunikacyjnego przy zachowaniu bezpiecznej odległości od bramki sieci trakcyjnej i liny nośnej przewodów jezdnych jest nierealne lub skróci czas dostępności tego przejścia dla użytku pieszych. Utrzymanie półrogatek tj. zamykanie jednej strony bez zmian układu sterowania (jeden obwód zamyka jednocześnie rogatki po ukosie) bez zmian w układzie sterowania i zasilania jest niemożliwe. Dodatkowo należy mieć na uwadze, że zakres PFU przewiduję wymianę, a nie skrócenie rogatki co pozwoli na zachowanie prawidłowości działania systemu.
W tym zakresie należy stwierdzić, że oprócz tego, że przyjęcie rynkowych cen w tej pozycji znacznie przełożyłoby się na ostateczną cenę oferty i klasyfikację punktową wykonawców to dodatkowo oferta jest niezgodna z treścią SIWZ o jakiej ustawodawca mówi w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp.
(…)
5. W odpowiedzi na zapytanie ofertowe, firma której nazwa stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa wyraźnie wskazuje, że zakres wyceny nie uwzględnia kosztów robót SRK, teletechnicznych i energetycznych, wyceniając je łącznie na kwotę 95 300,00 zł netto. Biorąc pod uwagę różnicę pomiędzy pozycjami RCO od 3 do 6 na marżę oraz przeprowadzenie prac w w/w branżach pozostaje Wykonawcy jedynie 10 700,00 zł netto. Nie budzi wątpliwości, że kwota ta nie pokryje wymaganego w PFU zakresu prac.
Interpretacja polegająca na przedstawieniu wyceny prac związanych z wymianą aplikacji w części dotyczącej dokumentacji projektowej, jak wskazuje to w załączniku nr 6 do wyjaśnienia nie spełnia warunków przetargu mówiących jasno: „Nie dopuszcza się wliczania kosztów wykonania jakiejkolwiek pozycji RCO w inną pozycję RCO." Oferent miał wyraźnie wskazaną pozycję RCO obejmującą zmianę aplikacji. Nie można utożsamiać zakresu prac zmiany w aplikacji jedynie lub w przeważającej mierze z dokumentacją projektową. Kwota wskazana w pozycji 7 RCO jest adekwatna do zakresu (bez zmiany aplikacji) i plasuje się na podobnym poziomie jak u innych oferentów. Ponadto nawet gdyby przychylić się do wyjaśnienia Wykonawcy, de facto sprzecznego pomiędzy treścią pisma w której zaznacza brak konieczności przebudowy urządzeń SRK a treścią załącznika nr 6 w której wskazano, że zmiana aplikacji została wyceniona w niewłaściwej pozycji RCO suma pozycji od 4 do 7 nadal nie pozwala na wykonanie niezbędnego zakresu prac.
(…)
6. Wykonawca zaznaczył, że roboty torowe po likwidacji przejazdu, w tym reprofilacja tłucznia jest elementem „ewentualnym", tymczasem PFU jasno wskazuje na str. 66 zakres prac w tym zakresie:
„Wykonawca po fizycznej likwidacji płyt przejazdowych zobowiązany jest do odtworzenia istniejącej nawierzchni kolejowej poprzez oczyszczenie tłucznia, podbicie torów i rozjazdów, oprofilowanie skarp, usuniecie fundamentów po istniejącej nawierzchni przejazdowej". Wynika z tego jasno, że Wykonawca miał wliczyć do swojej wyceny ww. zakres prac.
W tym zakresie należy stwierdzić, że oprócz tego, że przyjęcie rynkowych cen w tej pozycji znacznie przełożyłoby się na ostateczną cenę oferty i klasyfikację punktową wykonawców to dodatkowo oferta jest niezgodna z treścią SIWZ o jakiej ustawodawca mówi w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp.
(…)
Izba stwierdziła, że powyższe ustalenia Zamawiającego były prawidłowe.

Kluczowe znaczenie ma okoliczność, że właściwe wyjaśnienia nie zawierają elementów kalkulacji, która obrazowałaby, w jaki sposób została wyliczona cena oferty z uwzględnieniem kosztów niezbędnych do wykonania poszczególnych poz. RCO, których dotyczyło wezwanie sprecyzowane przez Zamawiającego zamówienia. Zamiast tego sprowadzają się niemal wyłącznie do powołania się na posiadaną wiedzę, doświadczenie, zasoby kadrowe itp. ogólne okoliczności, bez określenia, w jaki konkretnie sposób przełożyło się to na kalkulację ceny w tych pozycjach, oraz powtarzania ogólnikowych zapewnień, że cały zakres przedmiotu zamówienia został uwzględniony, bez jednoznacznego wskazania, co konkretnie zostało wycenione i w jaki sposób w tych trzech pozycjach.

Tymczasem po zapoznaniu się z treścią RCO i PFU, przy uwzględnieniu treści wyjaśnień s.i.w.z., dla profesjonalnego wykonawcy robót budowlanych (a do takiego wykonawcy adresowane jest przedmiotowe zamówienie) nie powinno nastręczać trudności ustalenie, jaki zakres przedmiotu zamówienia opisanego PFU należy przyporządkować do zakresu danej pozycji RCO. Gdyby było inaczej profesjonalny wykonawca działający w dobrej wierze, a zatem biorący pod uwagę przywołaną powyżej regulację z pkt 12.5. i.d.w., mógł i powinien zwrócić się do Zamawiającego o wyjaśnienia.

Zamiast tego Primost dopiero w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnienia ceny oferty w zakresie poz. 4-6 RCO skupił się na zakwestionowaniu znaczenia reguły z pkt 12.5. i.d.w. z uwagi na brak jego zdaniem korelacji pomiędzy

opisami pozycji RCO a nazwami poszczególnych zakresów prac opisanych w PFU. Ponieważ nie wniósł odwołania od tego wezwania, a analogiczną argumentację przeniósł do rozpoznawanego odwołania, co – jak już powyżej rozstrzygnięto – oznacza, że zarzut oparty na takich okolicznościach należy uznać za spóźniony i podlegający odrzuceniu.

Aktualne pozostają ustalenia poczynione powyżej (w związku zarzutem zaniechania wezwania NDI w trybie art. 90 ust. 1), że w konsekwencji wprowadzenia regulacji z pkt 12.5. i.d.w. wycena każdej pozycji RCO co do zasady powinna być poczytywana za będącą istotną część składową ceny oferty, gdyż każda z tych cen musi zostać określona na takim poziomie, aby co najmniej pokrywać rzeczywisty koszt wykonania zakresu prac projektowych, robót czy innych świadczeń objętych daną pozycją. Jednocześnie wprost wyłączona została możliwość powoływania się, w razie zaniżenia wyceny danej pozycji poniżej kosztów realizacji ujętego w niej zakresu rzeczowego, na ujęcie tych kosztów w innej pozycji lub na brak zaniżenia łącznej ceny oferty w stosunku do kosztów realizacji całego przedmiotu zamówienia.

Ponownie podkreślić należy, że wprowadzone na potrzeby tego przetargu w pkt 12.5. i.d.w. szczególne uregulowania mają charakter wiążący zarówno dla jego organizatorów (czyli Zamawiających), jak i wykonawców, którzy zdecydowali się na wzięcie w nim udziału. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia stanowi (przez odesłanie z art. 14 § 1 pzp) w rozumieniu art. 70^1 § 4 Kodeksu cywilnego zobowiązanie, zgodnie z którym organizator od chwili udostępnienia warunków, a oferent od chwili złożenia oferty zgodnie z ogłoszeniem przetargu są obowiązani postępować. Ponieważ w zamówieniach publicznych warunki przetargu oprócz ogłoszenia są konkretyzowane w specyfikacji, należy ją również uznać za określającą warunki przetargu w rozumieniu Kodeksu cywilnego.

W tak ustalonych okolicznościach Izba stwierdziła, że zarzuty są niezasadne.

Zgodnie z Art. 90 ust. 1 pzp jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie: 1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2018 r. poz. 2177); 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów; 3) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie; 4) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska; 5) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Art. 90 ust. 1a pzp stanowi, że w przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od: 1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia; 2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.

Według normy zawartej w art. 90 ust. 2 pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

Art. 90 ust. 3 pzp stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Z kolei zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Ponadto na mocy art. 190 ust. 1a pkt 1 pzp {art. 537 w nowym pzp} ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego.

W pierwszej kolejności należy rozważyć co oznacza „rażąco niska cena". Jak trafnie wskazano w wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z 28 kwietnia 2008 r. (sygn. akt XIX Ga 128/08) przepisy ustawy pzp nie określają definicji pojęcia rażąco niskiej ceny. Punktem odniesienia do jej określenia jest przedmiot zamówienia i przyjąć można, że cena rażąco niska to taka, która jest nierealistyczna, niewiarygodna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień i ewentualnie innych ofert złożonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Przy braku takiej legalnej definicji „rażąco niskiej ceny" orzecznictwo sądów okręgowych oraz Krajowej Izby Odwoławczej, a wcześniej orzecznictwo arbitrażowe, wypracowało pewne cząstkowe lub opisowe rozumienie tego pojęcia. I tak w wyroku Izby z 28 marca 2013 r. (sygn. akt KIO 592/13) zauważono, że o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Ponadto w wyroku z 4 sierpnia 2011 r. (sygn. akt KIO 1562/11) wskazano, że cena rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego wartości, a rzeczona różnica nie będzie uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi danemu wykonawcy, bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, zamówienie to wykonać. W podsumowaniu stwierdzono, że cena rażąco niska jest ceną nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową, tzn. generalnie niewystępującą na rynku, na którym ceny wyznaczane są m.in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających. Podobnie według powszechnie przywoływanej w doktrynie i orzecznictwie definicji zawartej w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z 30 stycznia 2007 r. (sygn. akt XIX Ga 3/07) o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych. Przykładem może być oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia albo oferowanie usług za symboliczną kwotę. Natomiast Sąd Okręgowy w Krakowie w uzasadnieniu wyroku z 23 kwietnia 2009 r. (sygn. akt XII Ga 88/09) wskazał następujące kryteria określające cenę rażąco niską: odbieganie całkowitej ceny oferty od cen obowiązujących na danym rynku w taki sposób, że nie ma możliwości realizacji zamówienia przy założeniu osiągnięcia zysku; zaoferowanie ceny, której realizacja nie pozwala na utrzymanie rentowności wykonawcy na tym zadaniu; niewiarygodność ceny z powodu oderwania jej od realiów rynkowych.

Ponadto w opinii prawnej Urzędu Zamówień Publicznych dotyczącej ceny rażąco niskiej (opublikowanej w serwisie internetowym UZP) zbieżnie z powyższym wskazano, m.in., że ustawa pzp wprowadzając możliwość odrzucenia oferty

przez zamawiającego z powodu rażąco niskiej ceny, nie precyzuje jednak tego pojęcia. Nie definiują go również przepisy dyrektyw Unii Europejskiej będące u podstaw przedmiotowej regulacji. Znaczenia tego wyrażenia nie wyjaśnia również orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości. Mając na względzie cel przedmiotowej regulacji wydaje się, iż za ofertę z rażąco niską ceną można uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Oznacza to cenę znacząco odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy, roboty budowlanej.
Pomimo generalnej adekwatności powyższych definicji, występowanie w nich, po pierwsze – nieostrych terminów definiujących (takich jak „nierealistyczność", „niewiarygodność", „nieadekwatność", „znaczne odbieganie" etc.), po drugie – terminów niewyraźnych (takich jak „nieopłacalność", „koszt wytworzenia", „rentowność na zadaniu"), powoduje, że mają one ograniczoną przydatność przy rozstrzyganiu konkretnych przypadków wystąpienia rażąco niskiej ceny. W szczególności powyższe definicje nie wyjaśniają, jakiego rodzaju koszty przedsiębiorstwa ma pokrywać cena ofertowa ani nie wskazują do jakich wskaźników lub progów rentowności postulat opłacalności ceny się odnosi (np. w jakim stopniu zaoferowana cena ma wpływać na wynik finansowy całej jednostki lub jej inne wskaźniki ekonomiczne, chociażby wskaźniki płynności finansowej). Wydaje się, że co do zasady rażąco niską będzie cena niepokrywająca średniego jednostkowego kosztu zmiennego wykonania, czyli pogarszająca wynik finansowy przedsiębiorstwa. Zawsze jednak konieczne jest, aby cena oferty była rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, a dokładniej – jak wynika z przywołanych powyżej wypowiedzi orzecznictwa i opinii UZP – jego wartości rynkowej. W konsekwencji wartość rynkowa przedmiotu zamówienia, obejmująca jego pełny zakres i wszystkie konieczne do jego wykonania nakłady kosztowe, ustalana przez porównanie cen występujących w danej branży dla określonego asortymentu, stanowić będzie punkt odniesienia dla ceny rażąco niskiej.
W drugiej kolejności Izba uznała za celowe rozważenie ciężaru dowodu w przypadku zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny w kontekście granic kognicji Izby, a więc relacji przepisów art. 190 ust. 1 i 1a oraz art. 192 ust. 7 pzp.
Według art. 190 ust. 1 pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne, przy czym dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej można przedstawiać do zamknięcia rozprawy. Jednakże zgodnie z art. 190 ust. 1a pzp ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego (pkt 1), a jeżeli nie jest – na zamawiającym (pkt 2). Zdaniem składu orzekającego Izby powyższa regulacja wprowadzająca szczególny rozkładu ciężaru dowodu w toku postępowania odwoławczego w odniesieniu do rażąco niskiej ceny oferty, musi być odczytywana w powiązaniu z poprzedzającym art. 190 ust. 1 pzp, a także z uwzględnieniem normy art. 192 ust. 7 pzp. Zgodnie z tym ostatnim przepisem Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Oznacza to, że niezależnie od wskazania w odwołaniu przepisu, którego naruszenie jest zarzucane zamawiającemu, Izba jest uprawniona do oceny prawidłowości zachowania zamawiającego (podjętych czynności lub zaniechania czynności), jedynie przez pryzmat sprecyzowanych w odwołaniu okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających jego wniesienie. Mają one decydujące znaczenie dla ustalenia granic kognicji Izby przy rozpoznaniu sprawy, gdyż konstytuują zarzut podlegający rozpoznaniu. Krajowa Izba Odwoławcza wielokrotnie wypowiadała się w tym przedmiocie. W szczególności w wyroku z 1 grudnia 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 1633/09) Izba wskazała, że zarzut odwołania stanowi wskazanie czynności lub zaniechanej czynności zamawiającego (arg. z art. 180 ust. 1 pzp) oraz okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających jego wniesienie. Trafność takiego stanowiska została potwierdzona w orzecznictwie sądów okręgowych, w szczególności w wyroku z 25 maja 2012 r. (sygn. akt XII Ga 92/12) Sąd Okręgowy w Gdańsku wywiódł, że Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, przy czym stawianego przez wykonawcę zarzutu nie należy rozpoznawać wyłącznie pod kątem wskazanego przepisu prawa, ale również jako wskazane okoliczności faktyczne, które podważają prawidłowość czynności zamawiającego i mają wpływ na sytuację wykonawcy.
W konsekwencji o ile dowody na mocy art. 190 ust. 1 pzp odwołujący może przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy, o tyle okoliczności, z których chce wywodzić skutki prawne musi uprzednio zawrzeć w odwołaniu, pod rygorem ich nieuwzględnienia przez Izbę z uwagi na art. 192 ust. 7 pzp. Należy bowiem rozgraniczyć okoliczności faktyczne konstytuujące zarzut, czyli określone twierdzenia o faktach, z których wywodzone są skutki prawne, od dowodów na ich poparcie. Wprowadzony w art. 190 ust. 1a pzp szczególny rozkład ciężaru dowodu, nie zmienia tego, że wpierw muszą zaistnieć w postępowaniu odwoławczym fakty, z których wywodzone są skutki prawne. Stąd odwołanie, które inicjuje postępowanie odwoławcze, zawsze musi zawierać okoliczności uzasadniające zarzucenie zamawiającemu naruszenia przepisów ustawy pzp, również gdy chodzi o art. 89 ust. 1 pkt 4 lub art. 90 ust. 3 ustawy pzp.

Zaznaczenia przy tym wymaga, że przy badaniu prawidłowości dokonanej przez Zamawiającego oceny wyjaśnień za właściwy punkt odniesienia należało przyjąć wyłącznie treść złożonych mu wyjaśnień, gdyż pierwsze wezwanie Zamawiającego w trybie art. 90 pzp wszczęło procedurę, w której Primost obciążony zostały ciężarem wykazania prawidłowości zakwestionowanych cen, a złożenie wyjaśnień niepotwierdzających tej okoliczności mogło tylko skutkować powinno obowiązkiem odrzucenia oferty przez Zamawiającego, bez stwarzania kolejnych możliwości złożenia bardziej szczegółowych czy też lepiej udokumentowanych wyjaśnień.

Jak podkreśla się w orzecznictwie Izby, skierowanie powtórnego wezwania do złożenia wyjaśnień możliwe jest tylko w szczególnie uzasadnionych przypadkach i może dotyczyć wykonawcy, który rzetelnie złożył pierwsze wyjaśnienia, np. gdy w świetle złożonych wcześniej wyjaśnień pojawiły się u zamawiającego nowe wątpliwości. Izba w pełni podziela pogląd wyrażony uprzednio m.in. w wyroku z 13 października 2014 r. sygn. akt KIO 2025/14 oraz w wyroku z 28 lipca 2017 r. sygn. akt 1431/17, że ponowienie wezwania nie może stanowić próby ratowania oferty, wówczas gdy wykonawca składa wyjaśnienia zbyt ogólne, niekonkretne, nierzeczowe, niepoparte faktami, wykonawca ma bowiem obowiązek dołożyć wszelkich starań, aby na pierwsze wezwanie zamawiającego rzetelnie wyjaśnić okoliczności, które uzasadniają wysokość ceny jego oferty. Zamawiający nie może wzywać jednak wykonawcy kilkakrotnie do uszczegółowienia i skonkretyzowania ogólnikowych twierdzeń podanych wcześniej, prowadziłoby to bowiem do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, poprzez sugerowanie wykonawcy, jakie wyjaśnienia powinien ostatecznie złożyć.

Izba rozważyła, z uwzględnieniem okoliczności dotyczących tej sprawy, zakres zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp, który stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp.
Skład orzekający Izby podziela utrwalony w doktrynie i orzecznictwie pogląd {wyrażony również w orzeczeniach przywołanych w odwołaniu}, że zarówno treść s.i.w.z., jak i treść oferty stanowią merytoryczne postanowienia oświadczeń woli odpowiednio: zamawiającego, który w szczególności przez opis przedmiotu zamówienia precyzuje, jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, oraz wykonawcy, który

zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru złożonej przez niego oferty jako najkorzystniejszej. Wobec tego – co do zasady – porównanie zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia z opisem przedmiotu zamówienia, sposobem i terminem jego realizacji wymaganymi przez zamawiającego, przesądza o tym, czy treść złożonej oferty odpowiada treści s.i.w.z. – jest z nią zgodna.
Aby zapewnić możliwość sprawdzenia zgodności treści oferty z treścią s.i.w.z., ustawa pzp z jednej strony obliguje zamawiającego, aby prowadził całe postępowanie o udzielenie zamówienia w formie pisemnej (art. 9 ust. 1 pzp), w tym przekazał i udostępnił specyfikację istotnych warunków zamówienia (art. 37 ust. 2 pzp), która ma zawierać w szczególności opis przedmiotu zamówienia, określenie terminu wykonania zamówienia, istotne warunki umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz opis sposobu przygotowania ofert (art. 36 ust. 1 pkt 3, 4, 10 i 16 pzp). Z drugiej strony przepisy zastrzegają pod rygorem nieważności dla oferty składanej przez wykonawcę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego formę elektroniczną opatrzoną kwalifikowanym podpisem elektronicznym (art. 10a ust. 5 pzp) {w poprzednim stanie prawnym była to forma pisemna pod rygorem nieważności}, a treść takiej oferty musi odpowiadać treści specyfikacji (art. 82 ust. 3 pzp).
W doktrynie i orzecznictwie przyjmuje się również, że rozumienie terminu *oferta* należy opierać na art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym jest nią oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. Z uwagi na odpłatny charakter zamówień publicznych, nieodzownym elementem treści oferty będzie zawsze określenie ceny za jaką wykonawca zobowiązuje się wykonać zamawiane świadczenie. W pozostałym zakresie to zamawiający określa w s.i.w.z. wymagany od wykonawcy zakres i sposób konkretyzacji oświadczenia woli, który będzie podstawą dla oceny zgodności treści złożonej oferty z merytorycznymi wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia. W szczególności zamawiający może wymagać skonkretyzowania producenta i oznaczenia indywidualizującego przedmiot oferty czy oczekiwać potwierdzenia spełniania poszczególnych wymagań przedmiotowych, zarówno przez złożenie stosownych oświadczeń, jak i przez opisanie, w jaki sposób zostaną spełnione.
Ponieważ wyjaśnienia udzielone przez wykonawcę w trybie art. 87 ust. 1 pzp dotyczą treści oferty, ocena zgodności jej treści z treścią s.i.w.z. może również być dokonywana w oparciu o te wyjaśnienia. Przy czym w takim przypadku co do zasady nie wchodzi w grę zastosowanie art. 87 ust. 1 pkt 3 pzp, gdyż wyjaśnienia udzielone w celu rozwiania konkretnych wątpliwości, które legły u podstaw wezwania, trudno uznać za wynik omyłki.

Niezależnie od charakteru niezgodności, aby zastosować podstawę odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp musi być możliwe uchwycenie, na czym konkretnie taka niezgodność polega, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi jednoznacznie postanowieniami s.i.w.z.

Reasumując, odrzuceniu podlega zatem wyłącznie oferta, której treść jest niezgodna z treścią s.i.w.z. w sposób jednoznaczny, zasadniczy i nieusuwalny, gdyż obowiązkiem zamawiającego jest poprawienie w złożonej ofercie niezgodności z s.i.w.z. niemających istotnego charakteru. Jest ono zatem dopuszczalne w takim zakresie, w jakim nie stanowi naruszenia naczelnych zasad prowadzenia postępowania z zachowaniem uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości.

Umknęło uwadze Odwołującego Primost, że skoro nie zaskarżył wezwania Zamawiającego, spoczął na nim ciężar wykazania, że cena oferty w zakresie jej istotnych części składowych z poz. 4-6 RCO nie jest rażąco niska, czemu w oczywisty sposób nie sprostał, skupiając się głównie na polemizowaniu z zasadnością wezwania.

Ponadto na podstawie udzielonych wyjaśnień Zamawiający trafnie doszedł do wniosku, że wbrew ogólnym deklaracjom Primostu zamierza on wykonywać te zakresy prac w sposób niezgodny z PFU.

W rezultacie Zamawiający zasadnie odrzucił ofertę Primostu zarówno na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 pzp, jak i na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp.
{KIO 578/21}

{rozpatrzenie zarzutów z pkt 1., 2.,4., 5. listy zarzutów odwołania Konsorcjum – zaniechanie odrzucenia oferty NDI}

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

Po pierwsze, poza wszelkim sporem jest okoliczność, że NDI nie było wzywane przez Zamawiającego do wyjaśnień dotyczących ceny czy treści oferty, w tym w zakresie poz. 11. i 14. RCO.

Po drugie, na podstawie samego zestawienia wyceny tych pozycji przez NDI z pozostałymi ofertami czy oszacowaniem Zamawiającego nie sposób przesądzić, czy RCO NDI zawiera w tych pozycjach ceny rażąco niskie w stosunku do zakresu rzeczowego nimi objętego, a tym bardziej, czy NDI przewidziało wykonanie tych prac w sposób niezgodny z opisem przedmiotu zamówienia wynikającym z PFU. W szczególności w sytuacji, gdy opis przedmiotu zamówienia dla poz. 11. RCO wymagał, a dla poz. 14. RCO dopuszczał przyjęcie przez wykonawcę, w oparciu o własną wiedzę i doświadczenie oraz knowhow, własnej koncepcji realizacji robót lub obiektów budowlanych, bez uzyskania wyjaśnień co do tego, jakie rozwiązania wyceniło w tych pozycjach NDI, twierdzenia o rażącym zaniżeniu cen czy niezgodności sposobu wykonania obiektów lub robót z tym opisem należy uznać za nieudowodnione.

Po trzecie, załączone do odwołania oferty pozyskane przez Konsorcjum nie mogą zostać uznane za dowody wykazujące minimalny koszt wykonania zakresu prac związanych z usunięciem kolizji z sieciami uzbrojenia terenu i infrastrukturą drogową (objęty poz. 11. RCO), gdyż zakładają one konieczność wymiany na całej długości odcinków sieci, podczas gdy według opisu zawartego w PFU, w pkt 2.2.2.14. Uzbrojenie terenu, w odniesieniu do każdego z rodzajów sieci wskazuje się w pierwszej kolejności na ich zabezpieczenie, a przebudowę jedynie w zakresie koniecznym dla usunięcia kolizji.

Po czwarte, samo obszerne przytoczenie w uzasadnieniu odwołania {co zostało zrelacjonowane przez Izbę jedynie w skrócie} postanowień PFU i wyjaśnień jego treści dotyczących zakresów objętych poz. 11. i 14. RCO w oczywisty sposób nie udowadnia rażącego zaniżenia ich wyceny przez NDI, a co najwyżej wykazuje potrzebę zbadania w tym zakresie oferty NDI, gdyż dopiero wiedza o rozwiązaniach przewidzianych w ramach realizacji tych zakresów może pozwolić na ocenę, czy są one zgodne z wymaganiami PFU i czy realnie zostały wycenione.

Po piąte, ponieważ okoliczności faktyczne wskazane w odwołaniu nie wskazują, w których pozycjach RCO NDI miałoby zawyżyć wycenę aby skompensować zarzucane rażące zaniżenie wyceny poz. 11.i 14., a ponadto wycena tych ostatnich pozycji nie była odrębnie premiowana w ramach kryteriów oceny ofert, nie wiadomo, na czym miałoby polegać przerzucanie kosztów pomiędzy pozycjami RCO w ofercie NDI.

Po szóste, zarzut, że oferta NDI stanowi czyn nieuczciwej konkurencji sprowadza się *de facto* do przywołania treści art. 3 ust. 1 i art. 15 ust 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, bez choćby próby wykazania spełnienia wynikających z tych przepisów znamion opisujących ogólny czy szczególny czyn nieuczciwej konkurencji.

Po siódme, nie zostało wykazane, że NDI dokonało wyceny poz. 11. czy 14. RCO z naruszeniem ustanowionego

w pkt 12.5. i.d.w. sposobu obliczania ceny oferty, w tym zakazu ujmowania kosztów realizacji zakresu rzeczowego objętego daną pozycją w innej pozycji. Odwołujący nawet nie podjął próby wskazania, do których pozycji miałyby zostać przerzucone przez NDI koszty realizacji prac objętych tymi dwiema pozycjami.

W tak ustalonych okolicznościach Izba stwierdziła, że zarzuty są niezasadne.

Art. 90 ust. 3 pzp stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Z kolei zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W orzecznictwie i doktrynie nie budzi wątpliwości, że według powyższych uregulowań warunkiem *sine qua non* odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 pzp jest uprzednie umożliwienie złożenia wykonawcy wyjaśnień i dowodów celem wykazania, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Stąd Odwołujący, który zresztą podniósł równolegle zarzut zaniechania wezwania NDI do wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 pzp, powinien zdawać sobie sprawę, że bez przeprowadzenia takiej procedury nie może skutecznie domagania się, aby oferta ta została odrzucona jako zawierająca rażąco niską cenę.

Art. 89 ust. 1 pkt 4 pzp stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 1913) {dalej również: „ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji" lub „uznk"} czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

Według Art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców.

Ponieważ Odwołujący nie był w stanie wykazać, że oferta złożona przez NDI stanowi czyn nieuczciwej konkurencji wypełniający znamiona powyżej przywołanej klauzuli generalnej lub stypizowanego w powyżej przywołanym przepisie czynu nieuczciwej konkurencji, zarzut naruszenia przez Zamawiającego tych przepisów oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 pzp należy uznać za bezzasadny.

Art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3.

Ponieważ Odwołujący nie wykazał żadnej niezgodności treści oferty NDI z treścią s.i.w.z., zarzut naruszenia powyższego przepisu jest oczywiście bezzasadny.

{KIO 578/21, KIO 591/21}

{rozpatrzenie zarzutów z pkt 6. listy zarzutów odwołania Konsorcjum
i pkt 5. listy zarzutów odwołania Primostu
– nierówne traktowanie wykonawców}

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

W odniesieniu do sposobu zawiadomienia o wyniku prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia Zamawiający przedstawił stosowne wyjaśnienia zaistniałej sytuacji w odpowiedzi na odwołanie Konsorcjum nie odniosło się do nich w toku rozprawy, a ponadto nie wskazało, w jaki sposób oparte na tych okolicznościach naruszenie art. 7 ust. 1 pzp w zakresie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców miałoby mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie tego zamówienia.

W pozostałym zakresie zarzut naruszenia tych zasad z art. 7 ust. 1 pzp nie opiera się na odrębnych okolicznościach w stosunku do pozostałych podniesionych zarzutów, w szczególności z odwołania nie wynika, dlaczego zaniechanie wezwania NDI do wyjaśnieńceny miało by być jednocześni przejawem naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Z kolei zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 pzp przez nierówne potraktowanie Primostu, który jako jedyny spośród wykonawców został wezwany do wyjaśnień ceny oferty, opiera się jednocześnie na założeniu, że z tego powodu zarówno to wezwanie, jak i w konsekwencji odrzucenie oferty były niezasadne.

W tak ustalonych okolicznościach Izba stwierdziła, że zarzuty są niezasadne.

Z art. 7 ust. 1 pzp wynika w szczególności, że nakazuje zamawiający przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców.

O ile są to zasady udzielania zamówień, o tyle nie oznacza to, że każde naruszenie innego przepisu ustawy pzp automatycznie przesądza o ich naruszeniu.

Z tego względu wszystkie wysnute w obu odwołaniach zarzuty naruszenia tych zasad należało uznać za bezzasadne, bo nieoparte na odrębnych okolicznościach oraz bez wykazania wpływu na wynik postępowania o udzielenie tego zamówienia.

Mając powyższe na uwadze, w sprawie sygn. akt KIO 578/21 Izba stwierdziła, że:

- naruszenie przez Zamawiającego art. 90 ust. 1 ustawy pzp miało wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia, stąd na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1, ust. 2 i ust. 3 pkt 1 lit. a oraz b nowej ustawy pzp orzeczono, jak w pkt 1. sentencji,

- pozostałe zarzuty odwołania nie potwierdziły się, stąd orzeczono, jak w pkt 2. sentencji,

- wobec tego, uznając że waga uwzględnionego zarzutu jest równa znaczeniu zarzutów uznanych za niezasadne, a zatem stosownie do takiego wyniku Odwołujący i Zamawiający powinni ponieść koszty postępowania odwoławczego, na które złożył się wpis od odwołania uiszczony przez Odwołującego oraz uzasadnione koszty Zamawiających w postaci kosztów dojazdu na posiedzenie przez Izbą (według spisu złożonego do zamknięcia rozprawy), po połowie, stąd na podstawie art. 557 nowej ustawy pzp w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. a oraz § 7 ust. 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437) orzeczono, jak w pkt 3. sentencji.

Z kolei w sprawie sygn. akt KIO 591/21 Izba stwierdziła, że:

- w zakresie zarzutu naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy pzp odwołanie podlega odrzuceniu, stąd na podstawie art. 528 pkt 3 nowej ustawy pzp orzeczono, jak w pkt 4. sentencji,

- pozostałe zarzuty odwołania nie potwierdziły się, stąd orzeczono, jak w pkt 5. sentencji,

- wobec tego, ponieważ Odwołujący w całości przegrał, stosownie do tego wyniku powinien w całości ponieść koszty, na które złożył się uiszczony przez niego wpis, stąd na podstawie art. 557 nowej ustawy pzp w zw. z § 5 pkt 1 i § 8 ust. 1 zd. 1 i ust. 2 zd. 1 powyżej wskazanego rozporządzenia orzeczono, jak w pkt 6. sentencji.