Sygn. akt: KIO 416/17

WYROK
z dnia 23 marca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska
Robert Skrzeszewski
Klaudia Szczytowska-Maziarz
Protokolant: Sylwia Muniak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 marca 2017 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 marca 2017 r. przez **S. Spółkę Akcyjną w W.** w postępowaniu prowadzonym przez **P. P. L. K. Spółka Akcyjna w W.**
przy udziale wykonawcy **S. Ł.,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **zamawiającego**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu - **P. P. L. K. Spółka Akcyjna w W. -** unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, odrzucenie oferty wykonawcy S. Ł. i dokonanie ponownej oceny ofert,
2. w pozostałym zakresie żądania odwołania oddala,
3. kosztami postępowania obciąża **P. P. L. K. Spółkę Akcyjną w W.** i:
   3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **S. Spółka Akcyjna w W.** tytułem wpisu od odwołania,
   3.2. zasądza od **P. P. L. K. Spółki Akcyjnej w W.** na rzecz **S. Spółki Akcyjnej w W.** kwotę **23 600 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

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

……..
.....
.....

Sygn. akt: KIO 416/17

Uzasadnienie

Zamawiający – P. P. L. K. S.A. w W. – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie przebudowy infrastruktury kolejowej stacji D. G. S. w ramach projektu inwestycyjnego pn, „Prace na liniach kolejowych nr 62, 660 na odcinku Tunel-B.-S. P.".

Postępowanie prowadzone jest z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 roku, poz. 2164 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 6 marca 2017 roku S. SA w W. (dalej: odwołujący) wniosła odwołanie wobec czynności wyboru najkorzystniejszej oferty dokonanego dnia 24.02.2017 r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:
1. art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty E. Przedsiębiorstwa Wielobranżowego S. Ł. (zwanego dalej E., która zawiera rażąco niską cenę;
2. art. 90 ust. 3 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty E. w związku z niezłożeniem przez tego wykonawcę wyjaśnień i niewskazaniem dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość oferowanej ceny.

3. art. 90 ust 1 i art. 90 ust 3 ustawy P.zp. poprzez wielokrotne wzywanie przez zamawiającego wykonawcę E. do złożenia wyjaśnień ceny rażąco niskiej;
4. art. 89 ust. 1 pkt 1, art. 22a ust. 1 i 4 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty E. jako oferty, która nie jest zgodna z ustawą z uwagi na to, że W. sp. z o.o. sp. k. nie zrealizuje roboty budowlanej polegającej na kompleksowej przebudowie stacyjnych urządzeń srk pomimo, że E. polegał na zdolnościach W. sp. z o.o. sp. k. w odniesieniu do warunku doświadczenia na roboty budowlane polegającej na kompleksowej przebudowie stacyjnych urządzeń srk (zabudowa nowych urządzeń stacyjnych dla stacji o min. 8 rozjazdach);
5. art. 22a ust. 4 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt. 16 i 17 ustawy P.z.p. poprzez błędne uznanie przez zamawiającego, iż podmioty, na których E. polega w odniesieniu do warunków kwalifikacji zawodowych i doświadczenia, będą realizować roboty budowlane i usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane;

6. art. 89 ust. 1 pkt 1 i art. 36b ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie przez zamawiającego odrzucenia oferty E. jako oferty, która nie jest zgodna z ustawą pomimo, że E. przewidując wykonanie zamówienia przez podwykonawców nie wskazał w Jednolitym Dokumencie części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom.
7. art. 22 ust. 1 pkt 2, art. 22a ust. 3, art. 26 ust. 1 ustawy P.z.p. oraz § 5 ust. 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz.U. z 2016 r. poz. 1126) poprzez zaniechanie wykluczenia przez zamawiającego wykonawcy E. z powodu niezłożenia przez wykonawcę dokumentów wymienionych w pkt. 9.1.4 ppkt. 1 SIWZ w odniesieniu do podmiotu trzeciego, na którego zasobach technicznych lub zawodowych polega E. - P. E. S.A. nieaktualnych informacji z Krajowego Rejestru Karnego.

Wskazując na powyższe, odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:
1. unieważnienie czynności oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 24 lutego 2017 r.
2. dokonanie powtórnej oceny ofert.
3. odrzucenie oferty E. jako oferty zawierającej rażąco niską ceną.
4. odrzucenie oferty E. jako oferty niezgodnej z ustawą.
5. w przypadku uwzględnienia zarzutu 7 wykluczenia E.
6. wybór jako najkorzystniejszej oferty odwołującego.

Odwołujący podniósł, że jego interes prawny został naruszony przez zamawiającego w niniejszym postępowaniu, ponieważ złożona przez odwołującego prawidłowa oferta powinna być uznana za najkorzystniejszą według określonych w SIWZ kryteriów oceny ofert, a tylko wskutek naruszenia przez zamawiającego ww. przepisów odwołujący nie może uzyskać zamówienia. Szkoda, którą poniesie odwołujący polega na utraceniu korzyści, jakie mógłby osiągnąć z realizacji zamówienia.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podniósł, że w dniu 24 lutego 2017 r. zamawiający dokonał czynności wyboru oferty E. Odwołujący nie zgodził się z taką decyzją zamawiającego.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 3 ustawy P.z.p. odwołujący wskazał, że z uwagi na ryczałtowe wynagrodzenie za wykonanie zamówienia zgodnie z:
- pkt 13.1 SIWZ, podana w ofercie cena musi obejmować wszystkie koszty bezpośrednie i pośrednie, jakie poniesie wykonawca z tytułu terminowego i prawidłowego wykonania całości przedmiotu zamówienia;
- pkt. 13.3 SIWZ, cena ofertowa musi uwzględniać wszystkie wymagania oraz czynności i badania składające się na ich wykonanie, określone w Programie Funkcjonalno-Użytkowym, w tym roboty tymczasowe i prace towarzyszące konieczne dla wykonania tych robót.

W niniejszym postępowaniu złożono 10 ofert. Wysokość zaoferowanej ceny oferty E. wskazywała na konieczność zastosowania przez Zamawiającej normy wynikającej z art. 90 ust. 1 bowiem jest niższa o ponad 30 % od wartości szacunkowej zamówienia. Cena oferty

E. jest niższa od średniej ceny pozostałych ofert. W ocenie odwołującego, cena oferty E., co wynika z jej treści oraz z udzielonych przez tego wykonawcę wyjaśnień, nie obejmuje istotnej części przedmiotu zamówienia a mianowicie:
1) prac w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych;
2) robót budowlanych, w tym robót budowlanych wymagających zastosowania:
- pociągu montażowego,
- pociągu sieciowego.
3) robót torowych i podtorowych, wymagających zastosowania następujących maszyn:
- podbijarki samoniwelującej tor,
- podbijarki rozjazdów,
- koparki dwudrogowej z osprzętem do profilowania ław torowiska i z osprzętem do profilowania skarb,
- profilarki tłucznia lub zgarniarki tłucznia,
- oczyszczarki tłucznia,
- wagonów do odbioru odsiewek,

- dynamicznego stabilizatora toru lub podbijarki toru z modułem do dynamicznej stabilizacji toru.
4) kompleksowej przebudowy stacyjnych urządzeń SRK.

Odwołujący podniósł, że E. w załączonym do oferty Rozbiciu Cenowym Oferty (zwanym dalej RCO) wskazał w poszczególnych punktach RCO zaniżone kwoty wynagrodzenia ryczałtowego, które nie obejmują swoim zakresem wszystkich kosztów pośrednich, jak i bezpośrednich. E. nie uwzględnił wszystkich kosztów m.in. w pozycji 2.3.1.2. oraz 2.3.1.1 RCO dotyczącego dostawy, montażu wewnętrznych i zewnętrznych urządzeń srk. Zgodnie z wyjaśnieniami E. z dnia 7 lutego 2017 r. P. S. a.s. zaoferował dostawę i uruchomienie urządzenia srk M.-G. temu wykonawcy za cenę 1 515 000 zł. Bezsprzecznie zatem cena oferty E. jest ceną rażąco niską a wręcz dumpingową, ponieważ jest niższa od uzyskanej ceny oferty podwykonawczej, tj. wynosi 1 365 567,15 zł. Odwołujący wskazał, że wobec ujawnionej przez E. w wyjaśnieniach ceny rażąco niskiej wysokości ceny oferty podwykonawczej, stanowisko o prowadzeniu negocjacji cenowych pomiędzy E. a P. S. a.s. nie znajduje potwierdzenia w przedłożonym materiale dowodowym. W tym stanie rzeczy argumentacja w zakresie rzekomych negocjacji musi być traktowana jako nieskuteczna próba wykazania przez tego wykonawcę nieistnienia w ofercie E. ceny rażąco niskiej.

Odwołujący stwierdził, że – ponadto – oprócz kosztów dostawy i uruchomienia urządzenia srk M.-G., w pozycji 2.3.1.2 RCO należało uwzględnić koszty montażu tego urządzenia. Koszt ten, tj. koszt montażu nie został wykazany ani w ofercie, ani jako ujęty w ofercie P. S. a.s., ani w cenie ofertowej E. Przystępujący wskazał, iż oferta P. S. a.s. nie obejmuje wszystkich prac niezbędnych do wykonania w ramach pozycji 2.3.1.2.

Odwołujący podniósł, że cena oferty E. nie uwzględnia kosztów pośrednich jakimi są koszty związane z wykorzystaniem zasobów podmiotów trzecich realizujących zamówienie jako podwykonawcy. Wskazał, iż zgodnie z pkt. 10 Formularza Oferty, wykonawca E. oświadczył, iż polegać będzie na zasobach następujących podmiotów:

1) S sp. z o.o. - zgodnie z informacją zawartą w załączniku nr 2 do IDW - Zobowiązanie podmiotu trzeciego do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia poprzez wykorzystanie do realizacji robót budowlanych objętych przedmiotem zamówienia następującego potencjału technicznego:
- co najmniej 1 szt. podbijarki samo niwelującej tor,
- co najmniej 1 szt. podbijarki rozjazdów,

- co najmniej 1 szt. koparki dwudrogowej z osprzętem do profilowania ław torowiska i z osprzętem do profilowania skarb,
- co najmniej 1 szt. profilarki tłucznia lub zgarniarki tłucznia,
- co najmniej 1 szt. oczyszczarki tłucznia,
- co najmniej 10 szt. wagonów do odbioru odstewek,
- co najmniej 1 szt. dynamicznego stabilizatora toru lub podbijarki toru z modułem do

dynamicznej stabilizacji toru,
2) P. T. - zgodnie z informacją zawartą w załączniku nr 2 do IDW - Zobowiązanie podmiotu trzeciego do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia poprzez udział w realizacji przedmiotowego zamówienia przy wykonywaniu robót polegającej na korzystaniu z oczyszczarki tłucznia;
3) P. E. S.A. - zgodnie z informacją zawartą w załączniku nr 2 do IDW -zobowiązanie podmiotu trzeciego do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia poprzez wykorzystanie przy realizacji prac w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych objętych zamówieniem jako kierownika robót sieciowych A. R. oraz poprzez wykorzystanie do realizacji robót budowlanych objętych przedmiotem zamówienia następującego potencjału technicznego:
- 1 szt. pociągu montażowego;
- 1 szt. pociągu sieciowego.
4) W. sp. z o.o. sp. k. zgodnie z informacją zawartą w załączniku nr 2 do IDW - zobowiązanie podmiotu trzeciego do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia poprzez udział w realizacji zamówienia przedmiotowego zamówienia przy wykonywaniu robót w ramach kompleksowej przebudowy stacyjnych urządzeń srk (zabudowa nowych urządzeń stacyjnych dla stacji o min. 8 rozjazdach) oraz poprzez wykorzystanie przy realizacji prac jako kierownika robót srk J. Ś.
Odwołujący stwierdził, że zgodnie z treścią udzielonych przez E. wyjaśnień z 7 lutego 2017 r. wykonawca ten nie ujawnił wysokości kosztów oferty jaki musi ponieść przy realizacji niniejszego zamówienia w związku z korzystaniem z podwykonawców powołując się na tajemnice przedsiębiorstwa. Działanie takie, wobec treści art. 90 ust. 1 tj. konieczności wykazania że zaoferowana cena nie jest rażąco niska oraz przedstawienia na tą okoliczność dowodów, należy uznać za niezgodne z prawem. Na pewno w tej sytuacji brak jest bowiem wyjaśnień mających wskazywać na realność zaoferowanej ceny.

W ocenie odwołującego, nie można również uznać za wiarygodne wyjaśnienie E. na ujęcie kosztów za realizację 2.1.1 i 2.1.4 RCO w innych pozycja RCO. Przede wszystkim na nierealność tych wyjaśnień wskazuje bardzo niska cena pozostałych pozycji.

W zakresie zarzutu dotyczącego powtórnego wzywanie przez zamawiającego wykonawcy E. odnośnie złożenia wyjaśnień ceny rażąco niskiej, odwołujący stwierdził, że pismem z dnia 27 stycznia 2017 r. zamawiający wezwał E. do udzielenia wyjaśnień oraz złożenia dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w celu ustalenia, czy złożona oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Wezwanie zamawiającego było podyktowane faktem, iż cena zaoferowana przez E. jest niższa o więcej niż 30 % od wartości szacunkowej zamówienia podstawowego powiększonej o należny podatek VAT.

Odwołujący stwierdził, iż zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy P.z.p., obowiązkiem wykonawcy wezwanego, tak jak powyżej, jest złożenie przekonujących wyjaśnień, że zaproponowana cena nie zawiera rażąco niskiej ceny. W przypadku natomiast, gdy przedłożone wyjaśnienia pozostawiają wątpliwości, co do tego, że wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę zaoferowaną w ofercie będzie możliwe, a tym samym potwierdzają istnienie ceny rażąco niskiej w danej ofercie, zamawiający obligatoryjnie, na podstawie art. 90 ust. ustawy 3 ustawy P.z.p., odrzuca tę ofertę.

W ocenie odwołującego, pismo z dnia 02 lutego 2017 r., ujawnione odwołującemu, złożone przez E. jako wyjaśnienie ceny rażąco niskiej, nie zawiera żadnych elementów wyjaśnień. Przedstawienie wyjaśnień, które pozostawiają wątpliwości co do sposobu wyliczenia ceny, nie może być uznane za złożenie merytorycznych wyjaśnień. Takie działanie wykonawcy powinno zostać zakwalifikowane jako złożenie wyjaśnień, które jedynie pozornie stanowią jakiekolwiek wyjaśnienie oferowanych cen czy też ceny oferty, co winno skutkować odrzuceniem oferty na ww. podstawie prawnej (odwołujący powołał się m.in. na wyrok KIO z dnia 20 maja 2010 r. sygn. KIO 730/10 oraz na wyrok KIO z dnia 13 października 2014 r., sygn. KIO 2031/14) ,

Odwołujący podniósł, że z prowadzonej korespondencji pomiędzy zamawiającym a E. wynika, że złożone, na wezwanie z dnia 27 stycznia 2017 r. wyjaśnienia E. z dnia 2 lutego 2017 r. są niedostateczne. W szczególności tezę tę potwierdza pismo z dnia 3 lutego 2017

r., zawierające prośbę o dodatkowe wyjaśnienia w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. W ocenie odwołującego należy uznać, iż zamawiający był przekonany, że E. nie wskazał wymaganych wyjaśnień oraz nie

przedstawił wymaganych dowodów na tę okoliczność. Wobec braku złożonych wyjaśnień oferta E. powinna być odrzucona (tak m.in. KIO 1099/15)

Odwołujący wskazał, że pismo z dnia 02.02.2017 r. będące odpowiedzią E. na wezwanie zamawiającego do wyjaśnień ceny rażąco niskiej w sposób oczywisty wobec jego treści powinno być zakwalifikowane jako nieudzielanie wyjaśnień ceny rażąco niskiej, co winno skutkować odrzuceniem oferty E. na podstawie art. 90 ust 3 ustawy P.z.p. Kolejne natomiast pismo kierowane w tej kwestii (z dnia 07.02.2017 r.) pomimo, że jedynie potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę, jest bez znaczenia dla oceny, czy wykonawca zaoferował cenę rażąco niską w kontekście ziszczenia się podstaw do odrzucenia oferty w oparciu o pismo z dnia 02.02.2017 r. na podstawie art. 90 ust 3 ustawy P.z.p.

W zakresie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty E. jako oferty, która nie jest zgodna z ustawą z uwagi na to, że W. sp. z o.o. sp. k. nie zrealizuje roboty budowlanej polegającej na kompleksowej przebudowie stacyjnych urządzeń srk, odwołujący stwierdził, że zamawiający w pkt. 8 8.6. 1 c SIWZ ustalił, że w zakresie warunku zdolności technicznej lub zawodowej wykonawcy wykażą, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie wykonali roboty budowlane (w rozumieniu ustawy Prawo budowlane), polegające na kompleksowej przebudowie stacyjnych urządzeń srk (zabudowa nowych urządzeń stacyjnych dla stacji o min 8 rozjazdach). Zgodnie zatem z powyższym warunkiem udziału w postępowaniu, należało wykazać się doświadczeniem w przebudowie stacyjnych urządzeń srk (zabudowa nowych urządzeń stacyjnych dla stacji o min 8 rozjazdach).

W celu spełnienia ww. warunku E. posłużył się doświadczeniem podmiotu trzeciego tj. W. sp. z o.o. sp. k.

W ocenie odwołującego, podwykonawca miał obowiązek udziału w całości przebudowy stacyjnych urządzeń srk. Oświadczenia podwykonawcy W. sp. z o.o. oraz E. w ofercie, po pierwsze stoją w sprzeczności względem siebie, a po drugie wskazują, iż podwykonawca W. sp. z o.o. zamierza zrealizować inny niż wymagany treścią art. 22a ust. 4 zakres. E. w pkt. 10.2 oferty oświadczył bowiem, iż W. sp. z o.o. sp. k. zrealizuje roboty budowlane objęte niniejszym zamówieniem, do realizacji których zdolności te zdolności są wymagane.

W Załączniku nr 2 do IDW - Zobowiązaniu podmiotu trzeciego do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia złożonym przez W. sp. z o.o. sp. k. znajduje się oświadczenie o udostępnieniu E. zasobu w zakresie

kompleksowej przebudowy stacyjnych urządzeń srk (zabudowa nowych urządzeń stacyjnych dla stacji o min 8 rozjazdach), a zakres udziału W. sp. z o.o. sp. k. przy wykonywaniu zamówienia polegał będzie na udziale w realizacji przedmiotowego zamówienia przy wykonywaniu nieokreślonych robót.

Odwołujący stwierdził, że ponadto z pism E. nr WBD-29/GM/2017 i EBD-29a/GM/2017 z dnia 07.02.2017 r. wynika, że kwoty ryczałtowe za wykonanie robót w zakresie branży automatyki i telekomunikacji (pkt. 2.3) które dotyczą kompleksowej przebudowy stacyjnych urządzeń srk (pkt. 2.3.1.1., 2.3.1.2, 2.3.1.4), zostały ustalone przez podwykonawców E. sp. z o.o. oraz P. S. a.s..

Odwołujący podniósł, że - jak wynika z powyższych oświadczeń – są one sprzeczne w swej treści co do zakresu podwykonawstwa, a W. sp. z o.o. powierzono do realizacji inny zakres przedmiotu zamówienia niż wynikający z art. 22a ust. 4 ustawy P.z.p., ponieważ W. sp. z o.o. sp. k. zobowiązał się jedynie do udziału w realizacji zamówienia do nieokreślonych robót, a nie do realizacji kompleksowej przebudowy stacyjnych urządzeń srk. Dodatkowo, tezę tę potwierdzają wyjaśnia E., która przyznaje, że koszty robót związanych z kompleksową przebudową stacyjnych urządzeń srk określone w RCO w pkt. 2.3.1.1, 2.3.1.2, 2.3.1.4 oparł na ofertach E. sp. z o.o. oraz P. S. a.s.. Należy więc uznać, iż E. chce aby

roboty kompleksowej przebudowy stacyjnych urządzeń srk zrealizowały inne podmioty niż W. sp. z o.o. sp. k. co jest sprzeczne z przepisem art. 22a ust. 4 ustawy Pzp.

Odwołujący podniósł, że powyżej wskazane działanie E. tj. posłużenie się nieprecyzyjnym określeniem informującym o zakresie udziału W. sp. z o.o. sp. k. w realizacji przedmiotowego zamówienia, a także złożenie sprzecznych ze sobą oświadczeń W. sp. z o.o. sp. k., E. sp. z o.o. oraz P. S. a.s. stanowi znamiona wprowadzenia zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że E. spełnia warunki udziału w postępowaniu, co skutkuje naruszeniem art. 24 ust. 1 pkt. 16 ustawy Pzp. Ponadto E. wprowadził Zamawiającego w błąd posługując się sprzecznymi ze sobą dokumentami dotyczącymi spełnienia warunku udziału w postępowaniu oraz zakresu wykonywania przedmiotu zamówienia przez podmioty trzecie. Powyżej opisane działanie E. bezsprzecznie mają wpływ na decyzję podejmowane przez zamawiającego, gdyż wpłynęły na ocenę spełnienia przez E. warunków udziału w postępowaniu, co stanowi naruszenie art. 24 ust. 1 pkt. 17 ustawy P.z.p.

W zakresie zarzutu błędnego uznania przez zamawiającego, iż podmioty, na których E. polega w odniesieniu do warunków kwalifikacji zawodowych i doświadczenia, będą realizować roboty budowlane i usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane, odwołujący podniósł, że przepis art. 22a ust. 4 ustawy P.z.p. stanowi, iż w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia,

wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów, jeśli podmioty te zrealizują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z pkt. 10 Formularza Oferty, wykonawca E. oświadczył, iż polegać będzie w odniesieniu do warunków dotyczących kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia na zasobach podmiotu W. sp. z o.o. sp. k. polegając na jej doświadczeniu. W zobowiązaniu podmiotu trzeciego, oddającego do dyspozycji wykonawcy niezbędne zasoby na potrzeby wykonywania zamówienia W. sp. z o.o. sp. k. oświadczył, że będzie brać udział w realizacji zamówienia przy wykonywaniu robót na podstawie umowy podwykonawczej. Powyższe nie oznacza zrealizowania robót dla realizacji których zamawiający wymagał zdolności w zakresie przebudowy stacyjnych urządzeń srk (zabudowa nowych urządzeń stacyjnych dla stacji o min 8 rozjazdach).

W zakresie zaniechania odrzucenia oferty E.jako oferty niezgodnej z ustawą P.z.p., z art. 36b ust. 1, odwołujący podniósł, że przepis art. 36b ust. 1 ustawy P.z.p. wskazuje, iż zamawiający żąda wskazania przez wykonawcę części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom, i podania przez wykonawcę firm podwykonawcom.

Zamawiający zgodnie z pkt. 23.1 SIWZ zobowiązał wykonawców do wskazania w Jednolitym Dokumencie, części Zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom oraz podać firmy tych podwykonawców. Wykonawca E. nie sprostał ww. wymaganiom. W części II lit D JEDZ E. wskazał jako podwykonawcę Firmę P. „T." bez podania informacji, którą część zamówienia zamierza powierzyć podwykonawcom, co stanowi naruszenie art. 36b ust. 1 ustawy P.z.p.

W zakresie zarzutu zaniechania wykluczenia przez zamawiającego wykonawcy E., odwołujący stwierdził, że zgodnie z pkt. 9.14 SIWZ, zamawiający żąda od wykonawcy, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów na zasadach określonych w art. 22a ustawy P.z.p. przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów wymienionych w pkt. 9.1.4 ppkt. 1-8 SIWZ.

Zgodnie z 9.1.1 SIWZ, informację z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt. 14 (z wyłączeniem przesłanki zawartej w art. 24 ust. 1 pkt. 13d) i 21 ustawy oraz odnośnie skazania za wykroczenie na karę aresztu, w zakresie określonym przez zamawiającego na podstawie art. 24 ust. 5 pkt. 5 i 6 ustawy, wystawioną nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert.
E. złożyła informacje z Krajowego Rejestru Karnego dotyczące P. E. S.A. dla każdej wymaganej zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt. 14 i 21 ustawy P.z.p. osoby z dnia 18.08.2016 r. oraz z dnia 16.02.2017 r.

Informacje z Krajowego Rejestru Karnego z dnia 18.08.2016 r. są aktualne na dzień składania ofert tj. 23.01.2017 r. ale nie są aktualne na dzień ich złożenia tj. na dzień 20.02.2017 w wyniku wezwania z dnia 10.02.2017 r. przez zamawiającego do uzupełnienia

oświadczeń i dokumentów, o których mowa w punkcie 9.1.4 Tomu I SIWZ - IDW obowiązującej w przedmiotowym postępowaniu. Natomiast Informacje z Krajowego Rejestru Karnego z dnia 16.02.2017 r. są wystawione po dniu składania ofert tj. 23.01.2017 r. pomimo, że są aktualne na dzień ich złożenia w wyniku wezwania z dnia 10.02.2017 r. przez zamawiającego do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów, o których mowa w punkcie 9.1.4 Tomu I SIWZ - IDW obowiązującej w przedmiotowym postępowaniu.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 20 marca 2017 roku wniósł o:

1. oddalenie odwołania w całości,
2. dopuszczenie dowodów powołanych w treści odpowiedzi na odwołanie,
3. zasądzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego kosztów zastępstwa procesowego zgodnie z przedłożonym rachunkiem

Zamawiający stwierdził, że kwestia zaoferowania przez E. ceny, która nie ma charakteru rażąco niskiej została w sposób wyczerpujący wyjaśniona w toku postępowania prowadzonego przez zamawiającego w oparciu o przepis art. 90 ust. 1 a w zw. z art. 90 ust 1 ustawy P.z.p. Wskazał, że trudno mu odnieść się w tym zakresie do argumentacji podniesionej w odwołaniu, gdyż w treści odwołania odwołujący ograniczył się praktycznie do stwierdzenia, że cena przystępującego jest rażąco niska, nie uprawdopodobniając nawet swojej tezy. Podkreślił, że wszczął procedurę wyjaśniania ceny zaoferowanej przez firmę E. pod kątem ewentualnego zaoferowania ceny rażąco niskiej ponieważ jest ona niższa od średniej arytmetycznej złożonych ofert o 33,89% (tj. o 691.203,67 zł poniżej 70% średniej ofert) i niższa od wartości szacunkowej powiększonej o podatek VAT o 30,47% (tj. o 78.829,37 zł poniżej 70% wartości szacunkowej z VAT),

W związku z brzmieniem art. 90 ust. 1 pkt 1 P.z.p, rozbieżności pomiędzy zaoferowaną ceną a zasadami obligującymi zamawiającego do wszczęcia procedury wyjaśniającej mają charakter marginalny i wynoszą 0,47%, zamawiający pismem z dnia 27 stycznia 2017 roku zobowiązał wykonawcę do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny, zamawiający przyznał, że wezwanie miało charakter ogólny i polegało na ogólnym przytoczeniu treści art. 90 ust. 1 ustawy P.z.p.

W odpowiedzi przystępujący oświadczył, że zaoferowana przez niego cena nie ma charakteru ceny rażąco niskiej i obejmuje wykonanie całości przedmiotu zamówienia

określonego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Wskazał na okoliczności dotyczące lokalizacji bazy, która zlokalizowana jest w pobliżu placu budowy, co pozwala obniżyć cenę oferty o 133.120 zł, oraz oszczędności związane z zatrudnieniem miejscowych pracowników i posiadaniem zaplecza noclegowego pozwalające na obniżenie ceny oferty o 877.500 zł. Uwzględnienie tych dwóch kwot w cenie oferty powoduje, że przesłanki określone w art. 90 ust 1a pkt 1 ustawy P.z.p. nie mają zastosowania, tym bardziej, ze zamawiający przewidział w niniejszym postępowaniu ryczałtowy charakter wynagrodzenia. Ryczałtowy charakter wynagrodzenia sprawia, że zamawiający może nie wchodzić w szczegóły każdego elementu ceny, lecz w zasadzie winien żądać wyjaśnień dotyczących czynników składających sic na tę cenę. W przypadku postępowań, w których zamawiający przewidział cenę ryczałtową, istnieje duże prawdopodobieństwo przedstawienia w formularzu ofertowym jedynie tej ceny, ewentualnie z rozbiciem na poszczególne elementy, Nie zmienia to jednak faktu, iż jest to jedynie ogólne, sumaryczne rozbicie zaoferowanej ceny. Zamawiający przywołał wyroku KIO z dnia 10 kwietnia 2012 r. (sygn. akt KIO 654/12) oraz Sądu Okręgowego w Olsztynie V Wydział Gospodarczy z dnia z 9 grudnia 2010 r. (sygn. akt V Ga 122/10).

Zamawiający po przeprowadzeniu szczegółowej analizy elementów kalkulacji ceny wynikających z wyjaśnień złożonych w dniu 2 lutego 2017 roku pismem z dnia 3 lutego 2017 roku skierował kolejne wezwanie o wyjaśnienie wyceny kilku pozycji Rozbicia Ceny Ofertowej, których wycena była najniższa spośród złożonych ofert.

Tym samym zamawiający nie zgodził się z zarzutem odwołującego dotyczącym naruszenia art. 90 ust.1 i art. 90 ust.3 ustawy P.z.p., które w ocenie odwołującego miały zostać naruszone poprzez wielokrotne wezwanie przez zamawiającego Wykonawcy do złożenia wyjaśnień ceny rażąco niskiej.

Zamawiający wskazał, iż kwestia możliwości kilkukrotnego wzywania wykonawcy do złożenia wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny, nie budzi wątpliwości w orzecznictwie KIO oraz sądów powszechnych i doktryny. Stanowisko to podziela również Urząd Zamówień

Publicznych w swojej opinii dotyczącej zagadnienia rażąco niskiej ceny.

W ocenie zamawiającego, po analizie całokształtu dokumentów i wyjaśnień złożonych przez przystępującego, zamawiający uznał, iż przystępujący wykazał, iż zaoferowana przez niego cena nie jest ceną rażąco niską w rozumieniu przepisu art. 90 ust. 1 ustawy P.z.p. Przystępując wyjaśnił niską w stosunku do innych ofert wycenę poszczególnych elementów rozbicia ceny ofertowej w ten sposób, że koszty dotyczące tych elementów zostały ujęte w innych pozycjach. Przedstawił również oferty podwykonawców, z tym, że w odniesieniu do elementów dotyczących wewnętrznych urządzeń srk przedstawiona

13

---

została oferta firmy P. S. z ceną za urządzenie M. w wysokości 1.515.000 zł H- VAT, jednocześnie przystępujący oświadczył, że cena w wyniku negocjacji została obniżona.

Zamawiający uznał przedstawione wyjaśnienia i dowody za wiarygodne oraz uznał, iż wyliczenia przystępującego pozwolą na uznanie, iż jest on w stanie zrealizować zamówienie za cenę zaoferowaną w swojej ofercie.

W ocenie zamawiającego podniesiony przez odwołującego zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy P.z.p, art. 22a ust. 1 i 4 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty E. jako oferty, która nie jest zgodna z ustawą z uwagi na to, że W. sp. z o.o. sp. k. nie zrealizuje roboty budowlanej polegającej na kompleksowej przebudowie stacyjnych urządzeń srk pomimo, że E. polegał na zdolnościach W. sp. z o,o, sp. k. w odniesieniu do warunku doświadczenia na. roboty budowlane polegającej na kompleksowej przebudowie stacyjnych urządzeń srk (zabudowa nowych urządzeń stacyjnych dla stacji o min. 8 rozjazdach) oraz art. 22a ust. 4 ustawy P.z.p. w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy P.z.p. poprzez uznanie przez zamawiającego, iż podmioty, na których E. polega w odniesieniu do warunków kwalifikacji zawodowych i doświadczenia, będą realizować roboty budowlane i usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane; jest chybiony i niezasadny.

Przystępujący, wykazując spełnienie warunku w zakresie doświadczenia w części dotyczącej wykazania się doświadczeniem w zakresie robót budowlanych polegającej na kompleksowej przebudowie stacyjnych urządzeń srk dla stacji o min. 8 rozjazdach i kwalifikacji zawodowych dla kierownika robót srk, posłużył się doświadczeniem podmiotu trzeciego: W. sp. z, o.o. sp. k. Do oferty dołączył oświadczenie podmiotu trzeciego, iż W. sp. z o.o. sp,k, zrealizuje roboty, do których te zdolności są wymagane.

Zamawiający wskazał, że zgodnie z przepisem art. 22a ust. 2 ustawy p.z.p, wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów, musi udowodnić zamawiającemu, że realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów, w szczególności przedstawiając zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia. Za dowód tego typu, w świetle brzmienia komentowanego przepisu, w szczególności należy uznać zobowiązanie podmiotu trzeciego o oddaniu do dyspozycji niezbędnych zasobów (np. doświadczenia) na potrzeby realizacji zamówienia - przykładowe wskazanie tego typu środka dowodowego jednoznacznie przesądza, że jest to dowód dopuszczalny i uznawany przez ustawę za wystarczający. Co ciekawe w nowelizacji z 22. 06.2016 r. zniesiono literalnie wymóg, by ww. zobowiązanie musiało przybrać formę pisemną.

14

Mając na uwadze powyższe, w ocenie zamawiającego, dołączone przez przystępującego oświadczenie podmiotu trzeciego nic budzi wątpliwości, a w świetle jego literalnego brzmienia oczywistym jest, iż podmiot trzeci W. sp. z o,o. sp.k, skoro udostępnia nie tylko doświadczenie, lecz również potencjał zawodowy w osobie kierownika robót srk będzie realizować roboty objęte udostępnionym doświadczeniem.

Zamawiający wskazał, iż w świetle art. 22a ust. 6 ustawy P.z.p., niewykazanie powyższych okoliczności nie skutkuje automatycznym odrzuceniem oferty, lecz wyłącznie obliguje wykonawcę do zastąpienia tego podmiotu innym podmiotem lub wykazaniem się własnym doświadczeniem technicznym lub zawodowym. Jednocześnie zamawiający nie widzi sprzeczności pomiędzy oświadczeniem wykonawcy ułożonym w ofercie dotyczącym zlecenia robót w zakresie sterowania ruchem kolejowym podwykonawcy W. sp. z o.o. sp.k. i oświadczeniem zawartym w piśmie z dnia 7 lutego 2017 roku nr HBD-29/GM/2017 dotyczącym zakupu urządzenia M. od firmy P. S. Urządzenie to jest jednym z elementów

systemu sterowania ruchem kolejowym. Zamawiający nie postawił w SIWZ warunku, aby roboty budowlane zlecone podwykonawcom były wykonywane z materiałów własnych podwykonawców. Nadto, postawienie takiego wymagania stanowiłoby ograniczenie konkurencji, gdyż nie wszystkie podmioty produkujące urządzenia srk są jednocześnie wykonawcami robot budowlanych polegającymi na zabudowie tych urządzeń i odwrotnie. Zamawiający nie widzi sprzeczności pomiędzy tym, aby urządzenia dostarczał inny podmiot niż ten, który je zabudowywał. Jednocześnie w świetle brzmienia przepisu art. 36b ust. 2 ustawy wykonawca, w przypadku podjęcia decyzji o tym, iż to P. S. miałoby realizować roboty objęte udostępnionym przez podmiot trzeci doświadczeniem, będzie do tego uprawniony na każdym etapie realizacji zamówienia, jeżeli wykonawca wykaże, iż P. S. spełnia samodzielnie warunki, które spełnia W. sp. z o.o, sp.k,, w stopniu nie mniejszym niż podwykonawca, na którego zasoby wykonawca powoływał się w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia.

Zamawiający nie zgodził się z zarzutem naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy P.z.p. i art. 36b ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie przez zamawiającego odrzucenia oferty przystępującego, jako oferty która nie jest zgodna z ustawą. W ocenie zamawiającego, powyższy zarzut nie znajduje uzasadnienia, gdyż w pkt.23.1 3DW zamawiający zobowiązuje wykonawcę do wskazania w Jednolitym Dokumencie części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom oraz podać firmy tych podwykonawców. Przystępujący zrealizował ten obowiązek zgodnie z instrukcją wypełniania JEDZ, w której wskazano, iż w JEDZ należy wskazać jedynie procentową wartość prac zlecanych podwykonawcy.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p., art. 22a ust. 3 ustawy P,z,p., art. 26 ust. 1 ustawy P.z.p. oraz § 5 ust. i rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016r, w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzieleniu zamówienia poprzez zaniechanie wykluczenia przez zamawiającego przystępującego z powodu złożenia przez niego dokumentów wymienionych w pkt, 9.3.4 ppkt 1 SIWZ w odniesieniu do podmiotu trzeciego, na którego zasobach technicznych lub zawodowych polega wykonawca, a mianowicie P. E. S.A., a mianowicie nieaktualnych informacji z Krajowego Rejestru Karnego, zarzut nie nie znajduje uzasadnienia w niniejszej sprawie.

Zgodnie z powołanym przepisem oraz pk9 9.1.4 ppkt 1 Tomu 1 SIWZ --Instrukcji dla wykonawców, aktualność dokumentów określona w SIWZ jest zgodna z treścią rozporządzenia i została ustalona na 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert.

Mając na uwadze powyższe Informacje z Krajowego Rejestru Sądowego dla P. E. S.A. odpowiadały dyspozycji przepisu art. 26 ust. 1 ustawy P.z.p. w związku z § 5 rozporządzenia.

Przystępujący do postępowania wniósł o oddalenie odwołania.

W zakresie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty przystępującego z uwagi na rażąco niską cenę wskazał, że twierdzenia sformułowane w odwołaniu w tym punkcie są całkowicie gołosłowne i niczym nie potwierdzone. Oferta złożona przez przystępującego jest kompletna, co zostało potwierdzone przez zamawiającego poprzez dokonanie wyboru oferty przystępującego jako najkorzystniejszej. Cena oferty przystępującego zawiera wszystkie koszty dotyczące wykonawstwa poszczególnych branż, w tym prace w zakresie sieci, instalacji, urządzeń elektrycznych, robót budowlanych, podtorowych, kompleksowej przebudowy urządzeń SRK. Wszystkie okoliczności mające wpływ na cenę zaproponowaną przez przystępującego zostały wskazane przez przystępującego w odpowiedziach na wezwania zamawiającego do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny zaproponowanej przez przystępującego.

Przystępujący wyjaśnia, iż na łączną wysokość zaoferowanej ceny decydujący wpływ miały dwa czynniki:

1) lokalizacja placu budowy, który jest położony w D. G. w odległości 3 km od Oddziału Przystępującego w D. G., przy ul. (…). W Oddziale przystępującego w D. G. zlokalizowana jest baza przystępującego, na terenie której przystępujący dysponuje powierzchnią, na której przechowywane będą maszyny oraz materiały niezbędne do realizacji przedmiotu zamówienia, co pozwoli ograniczyć cenę oferty o powyższe kwoty jak

również o koszty transportu. Ponadto przystępujący dysponuje zapleczem noclegowym w D. G., dzięki czemu nie będzie ponosił kosztów noclegu personelu, przy użyciu którego realizowany będzie przedmiot zamówienia. Dodatkowo wszyscy pracownicy średniego i wyższego szczebla przystępującego, którzy będą zaangażowani w realizację przedmiotu zamówienia, posiadają miejsce zamieszkania w D. G. oraz w okolicznych miejscowościach, co pozwoli przystępującemu uwolnić się od kosztów związanych z uiszczaniem należności z tytułu podróży służbowych w rozumieniu rozporządzenia Ministra z 29 stycznia 2013 r., w sprawie należności przysługujących pracownikowi zatrudnionemu w państwowej lub samorządowej jednostce sfery budżetowej z tytułu podróży służbowej. Do kalkulacji oferty przystępujący przyjął, iż na potrzeby realizacji przedmiotu zamówienia zatrudnionych będzie 30 pracowników przystępującego (z wyłączeniem pracowników podwykonawców), przez łączny okres 13 miesięcy w trakcie okresu, w którym będą realizowane roboty. Wskazani powyżej pracownicy zamieszkują w D. G. oraz w okolicznych miejscowościach, co pozwoli uniknąć kosztów noclegów i diet, a w konsekwencji pozwoliło na ograniczenie kwoty oferty o 877.500,00 zł netto.

Wszystkie osoby, za pomocą których przystępujący będzie realizował zamówienie, są pracownikami przystępującego. Aktualne, ze względu na koniec okresu zimowego (powodujące trudności w realizacji robót budowlanych) zatrudnienie przystępującego waha się w okolicach 90 osób (z tendencją zwyżkową docelowo zatrudnionych będzie ok. 150 osób). Wobec powyższego przystępujący posiada odpowiedni potencjał do ewentualnego zwiększenia zaangażowania personelu w realizację zamówienie, jeżeli pojawi się taka konieczność.

Przystępujący dysponuje własnym, ogrodzonym i chronionym placem zlokalizowanym niedaleko terenu budowy (ul.(…)), co pozwoliło dodatkowo zmniejszyć kwotę oferty o kwotę 133.120, 00 zł. netto

Powyższe pozwoliło przystępującemu na „zaoszczędzanie" kwoty 1.010.620,00 zł. netto wynikającej z dogodnej lokalizacji inwestycji w stosunku do siedziby Oddziału przystępującego.

2) Przystępujący będzie we własnym zakresie wykonywał m.in całość robót branży torowej. Powyższe powoduje, iż przystępujący ze względu na swój potencjał mógł w tym zakresie zaproponować korzystną cenę ofertową. Wykonawca posiada bowiem własny sprzęt niezbędny do realizacji robót, min.: suwnicę PTH, 5 koparek dwudrogowych, 5 wozideł kolejowych, samochody ciężarowe, oraz niezbędny sprzęt dla pracowników torowych (np. zakrętarki, piły do cięcia szyn, wiertarki do szyn, wiertarki do podkładów, płyty wibracyjne, układarki do szyn, układarki toru, samochody ciężarowe, itp. zgodnie z załącznikiem), dzięki

czemu nie było koniecznym doliczanie do ceny ofertowej kosztów wynajmu powyższych maszyn na potrzeby realizacji przedmiotu zamówienia.

Przystępujący uznała, że odwołujący całkowicie błędnie zinterpretował jego pismo z dnia 02.02.2017 r. W przedmiotowym piśmie wskazany został sprzęt, który przystępujący posiada na stanie (jest jego właścicielem), wobec czego nie jest koniecznym wynajem tego sprzętu i ponoszenie kosztów z tym związanych. Powyższe w żadnym wypadku nie oznacza, iż oferta przystępującego nie obejmuje swą treścią sprzętu wskazanego w pkt 1 uzasadnienia odwołania. Sprzętem tym przystępujący będzie dysponował na podstawie umów z podmiotami trzecimi, a koszty tych umów zostały skalkulowane w ofercie.

Przystępujący wskazał, iż w załączonym do oferty Rozbiciu Ceny Ofertowej uwzględnił wszystkie koszty dotyczące dostawy, montażu zewnętrznych i wewnętrznych urządzeń SRK. Przystępujący, sugerując się odpowiedzią na pytanie nr 82 udzieloną przez zamawiającego na etapie postępowania o udzielenie zamówienia (pismo Zamawiającego nr (…)z dnia 12.01.2017 r.), przyjął do wyceny pozycji nr 2.3.1.2 RCO sposób zabudowy wewnętrznych urządzeń srk dopuszczony przez zamawiającego, a polegający na dostarczeniu komputerowych urządzeń dla stacji D. G. S. Powyższe pozwoliło na znaczne obniżenie kosztów dotyczących montażu dostarczonych urządzeń. System komputerowy pozwala w znacznym stopniu obniżyć koszty związane z montażem dostarczonych urządzeń. Koszty te zostały wkalkulowane przez przystępującego do pozycji RCO 2.3.1.2

Przystępujący podniósł, że w zakresie pozycji 2.3.1.1 RCO - dostawa i montaż zewnętrznych urządzeń SRK - cena ofertowa zaproponowana przez przystępującego jest ceną wyższą niż cena zaoferowana przez odwołującego, wobec czego zarzut rażąco niskiej

ceny w tym zakresie jest co najmniej chybiony.

Przystępujący stwierdził, że w zakresie pozycji 2.3.1.2 RCO - dostawa i montaż wewnętrznych urządzeń SRK - cena ofertowa przystępującego została skalkulowana na podstawie otrzymanej oferty od P. S. a.s. oraz oferty spółki W. Sp. z o.o. Sp.k. Po przeprowadzeniu dodatkowych negocjacji cenowych, firma W. SP. z o.o.. Sp. k. została przedstawiona przez przystępującego jako podwykonawca, natomiast firma P. S. a.s. przedstawiła swoją ofertę cenową w zakresie dostawy wewnętrznych urządzeń srk (M.) z możliwością wykonania robót na etapie realizacji kontraktu jako dalszy podwykonawca. Przystępujący, mając na uwadze otrzymane oferty cenowe, przedłożył w swojej ofercie pozycje RCO dotyczące branży srk z założeniem, że w przypadku nieuzyskania ostatecznego porozumienia z zaproponowanym podwykonawcą co do realizacji całości robót branży srk, przystępujący przy udziale dalszych podwykonawców, od których oferty otrzymał, jest w stanie samodzielnie zrealizować część zakresu branży srk, w szczególności dotyczący

wszelkich prac przygotowawczych (np. wykopy pod ułożenie ciągów kablowych, rozłożenie nowego okablowania itp.).

Przystępujący stwierdził, że kwota 1.365.567, 15 zł. jest kwotą uzyskaną w ramach negocjacji ustnych i nie ma jakichkolwiek podstaw do kwestionowania tej kwoty.

Przystępujący wskazał, iż oferta przystępującego w całości uwzględnia koszty pośrednie, o których mowa w tym punkcie. Niezwykle trudno jest przystępującemu stwierdzić na jakiej podstawie Odwołujący wywodzi, iż „Cena oferty E. nie uwzględnia kosztów pośrednich, jakimi są koszty związane z wykorzystaniem podmiotów trzecich realizujących zamówienie jako podwykonawcy. Przystępujący wskazał, iż brak jest w RCO pozycji w zakresie „kosztów pośrednich związanych z wykorzystaniem podmiotów trzecich". Biorąc powyższe pod uwagę - ani dokumenty przetargowe ani też zamawiający nie wymagali od przystępującego wykazywania kosztów „pośrednich", o których pisze odwołujący; koszty te są uwzględniane w innych pozycjach RCO w zależności od rodzaju podmiotu. Przystępujący dysponuje zobowiązaniami do udostępnienia sprzętu ze strony podmiotów, które będą udostępniać sprzęt przystępującemu. Jednocześnie przystępujący podkreślił, iż zastrzeżenie tajemnicy dotyczyło wyłącznie ofert w zakresie podwykonawstwa (prace i roboty budowlane) a nie udostępniania sprzętu.

Przystępujący wskazał, że W. Sp. z o.o. S. k,. jako podwykonawca wskazany w treści oferty, będzie wykonywać prace w zakresie przebudowy stacyjnych urządzeń srk (zabudowa nowych urządzeń stacyjnych dla stacji o min. 8 rozjazdach) przy wykorzystaniu kierownika robót srk, Pana J. Ś.

Przystępujący stwierdził, że kwota z pozycji 2.1.1. RCO jak również z pozycji 2.1.4 RCO obejmuje jedynie wartość materiałów (bez narzutu). Pozostałe prace towarzyszące zostały wkalkulowane w pozycje 2.1.3 ponieważ będzie ona w całości wykonywana siłami własnymi co pozwoli na maksymalne ograniczenie kosztów związanych z tą pozycją.

Przystępujący uznał za chybiony zarzut powtórnego wzywania przez zamawiającego E. odnośnie złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Przystępujący wskazał na treść opinii prawnej „Badanie oferty pod kątem rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia” (Informator UZP 2013, nr 11, s. 27-28), w której Prezes Urzędu Zamówień Publicznych stwierdził, iż: „Problematyka dotycząca możliwości wielokrotnego wzywania przez zamawiającego wykonawcy do udzielenia wyjaśnień w zakresie ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę uregulowana jest, tak na gruncie prawa europejskiego jak i w ustawie Pzp, w sposób jednoznaczny. Stosownie bowiem do treści art. 55 ust. 1 dyrektywy klasycznej, zamawiający w przypadku, gdy oferty odnoszące się do świadczenia wydają się

rażąco niskie przed odrzuceniem tych ofert, zwraca się na piśmie do oferenta o podanie szczegółów, dotyczących tych składowych elementów ofert, które uważa za istotne. Z kolei art. 90 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, iż zamawiający zwraca się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Dokonując wykładni powyższych przepisów należy wziąć również pod uwagę art. 55 ust. 2 dyrektywy klasycznej, zgodnie z którym przez konsultacje z oferentem instytucja zamawiająca weryfikuje składowe elementy oferty, uwzględniając dostarczone dowody.

Uwzględniając normę z art. 55 ust. 2 dyrektywy klasycznej, w szczególności użyty w niej zwrot "konsultacje", uznać należy, iż działania zamawiającego zmierzające do wyjaśnienia "rażąco niskiej ceny" nie mogą się ograniczać się do jednorazowej czynności, tj. jednokrotnego wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, w przypadku, gdy okoliczności przedstawione w już złożonych wyjaśnieniach wymagają w ocenie zamawiającego dalszego usuwania powstałych wątpliwości. Podobnie na gruncie polskich regulacji wypowiedział się Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 5 lipca 2007 r. (sygn. akt V Ca 2214/06), w którym stwierdził, że dla zakwalifikowania oferty do dalszego postępowania nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień odpowiednio umotywowanych przekonujących, że zaproponowana cena nie zawiera rażąco niskiej ceny. Tym samym, z literalnej wykładni powyższych przepisów wynika, iż zamawiający dla rzeczywistej weryfikacji oferty wykonawcy w kontekście rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia nie może poprzestać na jednokrotnym wezwaniu wykonawcy w trybie art. 90 ust. 1 ustawy P.z.p., jeżeli nadal ma wątpliwości w przedmiotowym zakresie, pomimo złożonych przez tego wykonawcę wyjaśnień. Powyższe stanowisko znajduje swoje potwierdzenie także w świetle celowościowej wykładni powyższych przepisów. Celem art. 90 ustawy P.z.p., jak i art. 55 dyrektywy klasycznej jest wyeliminowanie z postępowania ofert tych wykonawców, którzy proponują realizację przedmiotu zamówienia na warunkach niemożliwych do spełnienia, nierealnych, nierzeczywistych. Uwzględniając bowiem konieczność ochrony szeroko definiowanego interesu publicznego, jak i ochrony naczelnej zasady systemu zamówień publicznych - zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, niedopuszczalne jest powierzenie wykonania zamówienia wykonawcy, który nie zrealizuje przedmiotu zamówienia w sposób zgodny z treścią złożonej oferty. Możliwość kilkukrotnego wzywania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy P.z.p., została również potwierdzona przez Sąd Okręgowy w Olsztynie, który w wyroku z dnia 9 grudnia 2010 r. (sygn. akt V Ga 122/10), jednoznacznie wskazał, iż brak jest przeszkód do ponownego wzywania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, jeżeli pierwotne wyjaśnienia zamawiającego nie rozwiały wątpliwości zamawiającego związanych z "rażąco niską ceną"" (zob. także wyrok KIO z dnia 14 kwietnia 2014 r., KIO 664/14, www.uzp.gov.rjl). W uchwale z dnia 7 maja 2014 r., KIO/KU 40/14, www.uzp.gov.pl, Krajowa Izba Odwoławcza

za uzasadnione uznała natomiast zastrzeżenia zamawiającego do wyniku kontroli uprzedniej co do zarzutu postawionego przez Prezesa UZP dotyczącego naruszenia przez zamawiającego art. 90 ust. 1 poprzez zaniechanie ponownego wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny i odrzucenia ofert wykonawcy pomimo wątpliwości, czy ceny jego ofert były rażąco niskie. Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że "Prezes UZP nie odniósł się do argumentu Zamawiającego, że literalne brzmienie przepisu 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w szczególności użycie w tym przepisie słowa "w terminie" w liczbie pojedynczej, wskazuje na możliwość jedynie jednokrotnego wezwania przez Zamawiającego do wyjaśnień co do zaoferowanej ceny. Powoływane przez Prezesa UZP przepisy dyrektywy sektorowej nie rozstrzygają nawet pośrednio, czy Zamawiający powinien wzywać wykonawców do wyjaśnień wielokrotnie. Nie można uprawnień czy obowiązków Zamawiającego traktować rozszerzająco. Przyjęcie za prawidłową interpretację Prezesa UZP mogłoby prowadzić do powstania wątpliwości w zakresie ilości wyjaśnień, jakich powinni udzielić wykonawcy i ustalenia, w którym momencie wyjaśnienia te powinny zostać uznane przez Zamawiającego za wystarczające. W skrajnym przypadku, przy znacznej ilości wyjaśnień składanych przez wykonawcę w stosunku do Zamawiającego mógłby zostać postawiony zarzut prowadzenia niedopuszczalnych negocjacji z wykonawcą jak również naruszenie zasady równego traktowania wykonawców".

W zakresie zarzutu zaniechana odrzucenia oferty E. jako oferty, która nie jest zgodna z ustawą z uwagi na to, że W. sp. z o.o. sp. k. nie zrealizuje roboty budowlanej polegającej na kompleksowej przebudowie stacyjnych urządzeń srk" oraz błędnego uznanie przez zamawiającego, iż podmioty na których E. polega w odniesieniu do warunków kwalifikacji zawodowych i doświadczenia będą realizować roboty budowlane i usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane, przystępujący stwierdził, że spełnił warunki zamawiającego określone w SIWZ w pkt 8 ppkt 8.6 1) c) tomu I IDW polegające na wykazaniu się w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert wykonanie robót budowlanych (w rozumieniu ustawy Prawo budowlane) polegających na kompleksowej przebudowie stacyjnych urządzeń srk (zabudowa nowych urządzeń stacyjnych dla stacji o

minimum 8 rozjazdach), korzystając przy tym z wiedzy i doświadczenia spółki W. SP. z o.o. Sp. k., która stosownym zobowiązaniem „użyczyła" referencji przystępującemu na potrzeby przedmiotowego zamówienia. Jednocześnie spółka W. Sp. z o.o. Sp. k. zrealizuje prace w zakresie sterowania ruchem kolejowym na podstawie systemów dostarczonych przez P. S. a.s. oraz innych dostawców materiałów z branży srk (takich jak napędy, liczniki osi). W. Sp. z o.o. Sp. k. będzie wykonywała prace przewidziane przez art. 22a ust.4 ustawy P.z.p. na podstawie systemu, urządzeń i innych materiałów dostarczonych przez P. S. a.s. i inne podmioty. Przystępujący w składanych wyjaśnieniach przedstawił ofertę P. S. a.s., ponieważ

elementy dostarczane przez P. S. a.s. mają największy wpływ cenotwórczy na ofertę przystępującego (ze względu na wysokość kwoty oferty P. S. a.s.). Jednocześnie P. S. a.s. jako dostawca urządzeń zostało przewidziane przez przystępującego jako dalszy podwykonawca podmiotu, który będzie realizować właściwe prace i roboty.

Przystępujący wskazał, iż w piśmie z dnia 07.02.2017 r. nr EBD-29a/GM/2017 wyjaśnione zostało, iż materiały z pozycji RCO 2.3.1.7 zostaną dostarczone przez Spółkę Przedsiębiorstwo P. P.-W. i U.-H. E. Sp. z o.o. Przystępujący wyjaśnił, iż P.P.-W. i U.-H. E. SP. z o.o. będzie odpowiedzialne wyłącznie za dostawę wskazanych tam materiałów, natomiast prace związane z tymi materiałami zostaną wykonane przez przystępującego przy użyciu własnych zasobów. Powyższe wynika z konstrukcji RCO, które nie przewiduje osobnych pozycji dla samej dostawy materiałów (pozycje RCO przewidują dostawę i montaż). Podobnie jest odnośnie oferty złożonej przez E. Sp. z o.o.

Jednocześnie ostateczna oferta cenowa firmy P.P.-W. i U.-H. E. SP. z o.o., znajdująca odzwierciedlenie w pozycji 2.3.1.7 RCO jest kwotą uzyskaną w ramach negocjacji ustnych.

Twierdzenia odwołującego, jakoby przystępujący na podstawie złożonych wyjaśnień składanych w trakcie postępowania, nie zamierzał korzystać z prac spółki W. Sp. z o.o. Sp. k. są bezzasadne i wynikają z niezrozumienia przez odwołującego oferty oraz treści wyjaśnień składanych przez przystępującego.

W zakresie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty E. jako oferty niezgodnej z ustawą Pzp. z art. 36b ust.1 ustawy P.z.p., przystępujący stwierdził, że zarzut jest całkowicie niezrozumiały, w związku czymś niezwykle trudno polemizować z tym zarzutem. Przystępujący wskazał, iż zgodnie z treścią części II lit D JEDZ należy wskazać: „Czy wykonawca zamierza zlecić osobom trzecim podwykonawstwo jakiejkolwiek części zamówienia ? Tak O Nie O Jeżeli tak i o ile jest wiadome, proszę podać wykaz proponowanych podwykonawców". Wbrew twierdzeniom odwołującego, zamawiający nie żądał od wykonawców w części II lit. D JEDZ podania, którą część zamówienia wykonawca zamierza powierzyć wykonawcom, wobec czego nie sposób czynić przystępującemu zarzutu w powyższym zakresie.

W zakresie zaniechania wykluczenia przez zamawiającego wykonawcy E., przystępujący wyjaśnił, iż zgodnie z żądaniem zamawiającego z pkt 9.1.4 ppkt 14 TOM I SIWZ IDW przedstawienia w odniesieniu do podmiotów, na których przystępujący polega, dokumentów wymienionych w pkt 9.1.4 ppkt 1-8 TOM I SIWZ, do oferty została załączona informacja z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 14 (z

wyłączeniem przesłanki zawartej w art. 24 ust. 1 pkt. 13d i 21 Ustawy oraz odnośnie skazania za wykroczenie na karę aresztu, w zakresie określonym przez zamawiającego na podstawie art. 24 ust. 5 pkt. 5 i 6 ustawy dotycząca firmy P. E. SA

Oświadczenia oraz dokumenty, potwierdzające okoliczności o których mowa w art. 25 ust. 1 Ustawy, w tym przedmiotowe informacje z Krajowego Rejestru Karnego, zgodnie z art. 26 pkt 1 Ustawy powinny być złożone po pisemnym wezwaniu zamawiającego wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona, oraz aktualne na dzień złożenia. Przystępujący otrzymał pismo od Zamawiającego 10.02.2017r., wzywające go do przedłożenia oświadczeń oraz dokumentów w terminie do 20.02.2017r. Tym samym, Przystępujący przedłożył informacje z Krajowego Rejestru Karnego dotyczące firmy P. E. S.A. aktualne na dzień ich złożenia, tj. na dzień 20.02.2017r., bowiem zostały one wystawione 16.02.2017r. Ponadto przystępujący załączył dodatkowo wcześniejszą informację z Krajowego Rejestru Karnego

dotyczącą firmy P. E. SA, która była aktualna na dzień składania ofert, tj. 23.01.2017r. Informacja ta, wystawiona 18.08.2017r. była aktualna do dnia 18.02.2017r., tym samym przedstawienie zaktualizowanej informacji z dnia 16.02.2017r. potwierdza dodatkowo ciągłość spełniania warunku, określonego przez zamawiającego w art. 25 ust. 1 ustawy w zakresie niekaralności przez firmę P. E. S.A.

Przystępujący kierując się nie do końca precyzyjnym sformułowaniem w art. 26 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych „aktualne na dzień złożenia", z daleko idącej ostrożności zadbał, aby wymagane dokumenty były aktualne zarówno na dzień składania oferty jak i uzupełnienia oferty. Ponieważ zaświadczenia z Krajowego Rejestru Karnego dotyczące podwykonawcy P. E. SA, którym przystępujący dysponował na dzień składania oferty miało termin ważności przypadający na dzień pomiędzy datą składania ofert a składania uzupełnień do ofert, Wykonawca dołączył drugie zaświadczenie z KRK, zachowujące ważność na dzień składania uzupełnień do oferty. Przystępujący przedłożył zatem na wezwanie zamawiającego aktualne informacje z Krajowego Rejestru Karnego dotyczące firmy, na której zasoby się powołuje, tj. P. E. S.A.

Izba ustaliła, co następuje:

Cena oferty przystępującego jest niższa od średniej arytmetycznej złożonych ofert o 33,89% (tj. o 691.203,67 zł poniżej 70% średniej ofert) i niższa od wartości szacunkowej powiększonej o podatek VAT o 30,47% (tj. o 78.829,37 zł poniżej 70% wartości szacunkowej z VAT),

Pismem z dnia 27 stycznia 2017 roku zamawiający wezwał przystępującego do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie określonym w art. 90 ust. 1 pkt. 1 - 5 Prawa zamówień publicznych tj.:

1. Oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. Nr 200, poz.1679, z późn. zm.);
2. Pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów;
3. Wynikających z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
4. Wynikających z przepisów prawa ochrony środowiska;
5. Powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Pismem z dnia 2 lutego 2017 roku przystępujący wyjaśnił, że zaoferowana cena nie jest ceną rażąco niską, lecz jest wynikiem rzetelnej wyceny oraz świadomego działania. Zaproponowana cena zawiera wszelkie koszty związane z realizacją całości zamówienia oraz mieści się w granicach prawa, tj. nie jest skierowana przeciwko jakimkolwiek innym podmiotom, nie jest ceną dumpingową i zawiera w sobie zrównoważony zysk.

Przystępujący poinformował, że przed wyceną robót szczegółowo zapoznał się z przekazaną przez zamawiającego specyfikacją istotnych warunków zamówienia i na podstawie dokumentów takich jak: opis przedmiotu zamówienia, program funkcjonalno-użytkowy wraz z załącznikami, projekt umowy, rozbicie ceny ofertowej, obowiązujących przepisów i norm oraz wizji w terenie, dokonana została wycena przedmiotowego zadania z należytą starannością, uwzględniając wszystkie uwarunkowania mające wpływ na wysokość ceny oferty, jak i na wysokość cen robót poszczególnych branż. Wyjaśnił, że wycena robót ujmuje pełen zakres prac przewidzianych zamówieniem oraz zawiera wszystkie niezbędne koszty, zarówno bezpośrednie jak i pośrednie, podatki oraz zrównoważony zysk wykonawcy. Jest to cena rzetelnie skalkulowana i nie narusza zasad uczciwej konkurencji.

Przystępujący wskazał, że zgodnie ze stanowiskiem Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie UZP, wyrażonym m.in. w orzeczeniu z dnia 01.08.2014 r., sygn. akt KIO 1468/14, składanie ofert z ceną niższą od wartości oszacowanej przez zamawiającego jest w

postępowaniach przetargowych zjawiskiem naturalnym, które nie może być automatycznie postrzegane jako okoliczność uzasadniająca wątpliwości co do rzetelności kalkulacji ceny. Szczególnie może to być widoczne w szacowaniu przedmiotu zamówienia, które obejmuje swoim zakresem usługi składające się z pracy ludzkiej, kosztów dojazdów, kosztów zakwaterowania czy też kosztów związanych z posiadaniem odpowiednich maszyn budowlanych i narzędzi. Wysokość tych kosztów jest pochodną indywidualnych możliwości danego wykonawcy, posiadanego zaplecza technicznego, doświadczenia, posiadanych kontaktów z odpowiednimi firmami i przebiegiem dotychczasowej współpracy. Koszt wyceny takich elementów cechuje się wysokim stopniem subiektywizmu. Zamawiający nie zna bowiem indywidualnych możliwości wykonawców i szacując wartość przedmiotu zamówienia musi uwzględnić wszystkie koszty składające się na wykonanie usługi, mimo iż niektórzy wykonawcy nie będą ich ponosić ze względu na swoje indywidualne możliwości.

Niezależnie od powyższych uwag, przystępujący wskazał, że podstawową okolicznością pozwalającą mu na złożenie oferty w kwocie 9.563.011,08 zł netto jest fakt, iż Oddział przystępującego znajduje się w D. G. przy ul. (…), tzn. w odległości około 2 km od placu budowy. W Oddziale zlokalizowana jest baza z bezpośrednim dostępem do bocznicy kolejowej. Na terenie bazy przewiduje się postój maszyn oraz składowanie materiałów niezbędnych do realizacji przedmiotu zamówienia, co pozwoli ograniczyć cenę oferty o powyższe kwoty jak również o koszty transportu. Ponadto przystępujący dysponuje zapleczem noclegowym na terenie ww. bazy, dzięki czemu nie będzie ponosił kosztów noclegu personelu, przy użyciu którego realizowany będzie przedmiot zamówienia. Dodatkowo wszyscy pracownicy średniego i wyższego szczebla przystępującego, którzy będą zaangażowani w realizację przedmiotu zamówienia, posiadają miejsce zamieszkania w D. G. oraz w okolicznych miejscowościach, co pozwoli Wykonawcy uwolnić się od kosztów związanych z uiszczaniem należności z tytułu podróży służbowych w rozumieniu rozporządzenia Ministra z 29 stycznia 2013 r., w sprawie należności przysługujących pracownikowi zatrudnionemu w państwowej lub samorządowej jednostce sfery budżetowej z tytułu podróży służbowej. Do kalkulacji oferty przystępujący przyjął, iż na potrzeby realizacji przedmiotu zamówienia zatrudnionych będzie 30 pracowników Wykonawcy (z wyłączaniem pracowników podwykonawców), przez łączny okres 13 miesięcy w trakcie okresu, w którym będą realizowane roboty. Wskazani powyżej pracownicy zamieszkują w D. G. oraz w okolicznych miejscowościach, co pozwoli uniknąć kosztów noclegów i diet, a w konsekwencji pozwoliło na ograniczenie kwoty oferty o 877.500,00 zł netto. Z powyższego zestawienia wynika, iż dzięki sprzyjającej Wykonawcy lokalizacji, w której realizowany będzie przedmiot zamówienia, Wykonawca mógł pomniejszyć wartość złożonej oferty o kwotę 877.500,00 zł netto,

Dodatkowo, dzięki lokalizacji placu budowy w odległości 2 km od siedziby Oddziału Wykonawcy, Wykonawca mógł skorzystać z faktu znajomości lokalnego rynku i działających tam dostawców oraz podwykonawców. Powyższe spowodowało, iż uzyskał korzystne oferty w zakresie dostaw materiałów oraz realizacji robót podwykonawczych oraz pozostałych usług związanych z realizacją przedmiotu zamówienia.

Wykonawca będzie we własnym zakresie wykonywał całość robót torowych, co powoduje, iż całość kwoty oferty przypadającej na roboty torowe jest bezpośrednią kwotą Wykonawcy. Powyższe powoduje, iż Wykonawca ze względu na swój potencjał mógł w tym zakresie zaproponować korzystną cenę ofertową. Wykonawca posiada bowiem własny sprzęt niezbędny do realizacji robót, min.; suwnicę PTH, 5 koparek dwudrogowych, 5 wozideł kolejowych oraz niezbędny sprzęt dla pracowników torowych (np. zakrętarki, piły do cięcia szyn, wiertarki do szyn, wiertarki do podkładów, płyty wibracyjne, układarki do szyn, układarki toru, samochody ciężarowe, itp. ~ zgodnie z załącznikiem), dzięki czemu nie było koniecznym doliczanie do ceny ofertowej kosztów wynajmu powyższych maszyn na potrzeby realizacji przedmiotu zamówienia. Dodatkowo Wykonawca dysponuje własnym, ogrodzonym i chronionym placem zlokalizowanym niedaleko terenu budowy dzięki sprzyjającej Wykonawcy lokalizacji, w której realizowany będzie przedmiot zamówienia. Wykonawca mógł pomniejszyć wartość złożonej oferty o kwotę 133.120,00 zł netto.

Jednocześnie Wykonawca dysponując zapleczem zlokalizowanym w odległości 2 km od terenu budowy będzie udostępniał zaplecze w razie potrzeby podwykonawcom, co dodatkowo pozwoli ograniczyć ewentualne koszty dodatkowe. Wykonawca zwrócił uwagę, iż

złożone oferty potwierdzają wyliczenie ceny ofertowej wynikającej ze złożonej przez Wykonawcę oferty, jak również potwierdzają fakt, iż cena zaproponowana przez Wykonawcę jest ceną rynkową, tzn. uwzględnia faktyczną wysokość cen materiałów oraz usług podwykonawczych a nie jest ceną rażąco niską. Nie można bowiem uznać za rażąco niską ceny Wykonawcy, która odzwierciedla ceny faktycznie oferowane przez podwykonawców i dostawców materiałów. Wykonawca jako firma cały czas rozwijająca się czyni wszelkie starania, aby należycie wykonywać roboty przy jednoczesnym obniżaniu kosztów własnej działalności, w szczególności poprzez wprowadzanie innowacyjnych rozwiązań technicznych, dzięki czemu jesteśmy konkurencyjni w stosunku do innych podmiotów funkcjonujących na rynku.

W ocenie przystępującego, z przedłożonych powyżej wyjaśnień bezspornie wynika, iż zaproponowana cena w pełni umożliwia wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego. Wykonawca działa w oparciu o rachunek ekonomiczny w celu osiągnięcia zysku w prowadzonej działalności. Przedstawiona przez

niego cena oferty odpowiada rynkowym kosztem realizacji przedmiotu zamówienia. Zapewniał, iż w pełni zrealizuje wymogi Zamawiającego w zakresie wykonania wszystkich usług, zgodnie z wymogami wskazanymi w dokumentacji przetargowej.

Pismem z dnia 3 lutego 2017 roku zamawiający wezwał przystępującego o udzielenie dodatkowych wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, określonych w art. 90 ust. 1 ppkt 1 - 5, w szczególności w odniesieniu do cen wskazanych następujących punktach RCO wskazanych poniżej:

Poz. Opis
2.1.1 Zakup z wyładunkiem i ustawieniem szyn w torze
2.1.4 Dostawa rozjazdów
2 2 2"" Przebudowa oświetlenia zewnętrznego w stacji Dąbrowa Górnicza Strzemieszyce 2.2.5
,
Dostawa, montaż wewnętrznych urządzeń srk 2.3.1.2
Dostawa, montaż urządzeń łączności radiowej (radiotelefony, anteny) 2.3.1.7
Budowa masztu radiowego 2.3.1.8 .

2.3.2.1 Przebudowa urządzeń związana z wyłączeniem toru szlakowego nr 1
\
2.5.1 Przebudowa peronu nr 2, zabudowa wiaty peronowej i dojścia do peronu wraz z instalacją nagłośnieniową i oświetleniową

Zabudowa nastawni kontenerowej 2.5.3

Pismem z dnia 7 lutego 2017 roku przystępujący udzielił odpowiedzi, w której wskazał, co następuje:

• Kwota z pozycji 2.1.1. „Zakup z wyładunkiem i ustawieniem szyn w torze" obejmuje jedynie wartość materiału bez narzutu. Pozostałe prace towarzyszące zostały wkalkulowane w pozycję 2.1.3. „Montaż i układka torów".

• Kwota z pozycji 2.1.4. „Dostawa rozjazdów" obejmuje wartość stali rozjazdowej bez podrozjazdnic, których wartość wkalkulowana jest w pozycję 2.1.5. „Rozbiórka starych i wbudowanie nowych rozjazdów".

• Kwota z pozycji 2.2.5. „Przebudowa oświetlenia zewnętrznego w stacji Dąbrowa Górnicza Strzemieszyce" wynika z otrzymanej oferty od firmy E.

• Kwota z pozycji 2.3.1.7 „Dostawa, montaż urządzeń łączności radiowej (radiotelefony, anteny)" wynika z otrzymanej oferty od firmy E

• Kwota z pozycji 2.3.1.8. „Budowa masztu radiowego" jest wynikiem przyjętej technologii budowy masztu na dachu budynku bądź mocowanego do ściany budynku.

• Kwota z pozycji 2.3.2.1. „Przebudowa urządzeń związana z wyłączeniem toru

szlakowego nr 1" wynika z przyjętej technologii prowadzenia robót oraz z maksymalnego ograniczenia kosztów własnych związanych z lokalizacją prowadzonych prac bezpośrednio przy siedzibie Oddziału Wykonawcy.

• kwota z pozycji 2.5.1. „Przebudowa peronu nr 2, zabudowa wiaty peronowej i dojścia do peronu wraz z instalacją nagłośnieniową i oświetleniową" zawiera w większości cenę wykonania instalacji nagłośnieniowej i oświetleniowej oraz materiału do wykonania peronu. Rogatki na dojściu do peronu wraz z systemem sterowania ujęte są w pozycji 2.3.1.1. „Dostawa, montaż zewnętrznych urządzeń srk.

• Pozostałe czynności tj. przebudowa peronu nr 2 zostaną wykonane siłami własnymi na podstawie doświadczenia które posiadają nasze grupy robocze w tym zakresie.

• Kwota z pozycji 2.5.3. „Zabudowa nastawni kontenerowej" nie jest spośród przedstawionych przez oferentów i wynika z dokładnej najniższą analizy rynku.

Przystępujący przedstawił ofertę od firmy P. S. a.s., która zgodnie z pozycją 2.1.2 RCO (dostawa i montaż wewnętrznych urządzeń SRK) określa kwotę 1.515.000,00 zł. netto, za jaką te prace zostaną wykonane.

Przystępujący wyjaśnił, że przedstawiona w jego ofercie kwota dla powyższej pozycji w wysokości 1.365.567, 15 zł. jest kwotą ostateczną, uzyskaną po negocjacjach ustnych z P. S. a.s. Biorąc pod uwagę, ceny przedstawione dla danej pozycji przez pozostałych oferentów, tj. 8 (ośmiu) Wykonawców biorących udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, z wyliczenia matematycznego wynika średnia arytmetyczna danej pozycji w kwocie 3.226.065,24 zł. netto. Z powyższego wynika, że w stosunku do oferty Wykonawcy, oszczędności dla danej pozycji wynoszą 1.860.498,09 zł. Jednocześnie biorąc pod uwagę, przedstawione w piśmie z dnia 02.02.2017 r. nr EBD-24/GM/2017 wyjaśnienia oraz dowody, które pozwalają na zaoszczędzenie kwoty 1.010.620,00 zł. netto wynikającej z dogodnej lokalizacji inwestycji w stosunku do siedziby Oddziału Wykonawcy, pozwala to po podsumowaniu obniżyć koszty o kwotę wspólną dotyczącą oszczędności w branży SRK

związanej z zabudową urządzeń wewnętrznych oraz kosztów własnych w wysokości 2.871.118,09 zł.

Z powyższego wynika, że faktyczna różnica pomiędzy ofertą Wykonawcy a ofertą złożoną przez Spółkę S. S.A. wynosi 1.012.431,81 zł. netto. Różnica ofert w tej skali jest zjawiskiem powszechnie występującym na rynku i wynika z subiektywnych czynników cenotwórczych stosowanych przez poszczególnych Wykonawców jak również z przyjętych przez tych Wykonawców technologii prowadzenia robót budowlanych.

Biorąc jednocześnie pod uwagę treść pisma Zamawiającego z dnia 03.02.2017 r. wzywającego do przedłożenia dowodów, w szczególności do cen wskazanych w punktach RCO wskazanych w tym piśmie, Wykonawca wskazał, że oferty podwykonawców (poza załączoną ofertą P. S. a.s.) w zakresie żądanym przez Zamawiającego stanowią tajemnicę przedsiębiorcy poszczególnych podwykonawców w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. E. P. W. S. Ł. pomimo podejmowanych prób nie uzyskała zgody poszczególnych podwykonawców na ich ujawnienie. Zważywszy na obiektywne przeszkody prawne, Wykonawca nie ma możliwości przedstawienia Zamawiającemu tych ofert.

Zamawiający w pkt. 8 8.6. 1 c SIWZ ustalił, że w zakresie warunku zdolności technicznej lub zawodowej wykonawcy wykażą, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie wykonali roboty budowlane (w rozumieniu ustawy Prawo budowlane), polegające na kompleksowej przebudowie stacyjnych urządzeń srk (zabudowa nowych urządzeń stacyjnych dla stacji o min 8 rozjazdach). Zgodnie zatem z powyższym warunkiem udziału w postępowaniu, należało wykazać się doświadczeniem w przebudowie stacyjnych urządzeń srk (zabudowa nowych urządzeń stacyjnych dla stacji o min 8 rozjazdach).

W celu spełnienia ww. warunku E. posłużył się doświadczeniem podmiotu trzeciego tj. W. sp. z o.o. sp. k. Przystępujący złożył zobowiązanie podmiotu trzeciego (W. Sp. z o.o. Sp. k.) do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia. Z treści zobowiązania wynika, że W. Sp. z o.o. Sp. k. udostępnia wykonawcy zasoby w postaci zdolności zawodowej w następującym zakresie: kompleksowa przebudowa

infrastruktury kolejowej stacji D. G. S. w ramach projektu inwestycyjnego pn.: „Prace na liniach kolejowych nr 62, 660 na odcinku Tunel-B.-S. P.”. Sposób wykorzystania udostępnionych zasobów będzie następujący: E. P.W. będzie korzystało z zasobów W. w sposób bezpośredni przy realizacji przedmiotowego zamówienia. Charakter stosunku łączącego W z E.: zawarcie umowy podwykonawczej. Zakres udziału W. przy wykonywaniu zamówienia: udział w realizacji przedmiotowego zamówienia przy wykonywaniu robót. Okres udziału W. przy wykonywaniu zamówienia: cały okres realizacji zamówienia.

Zamawiający zgodnie z pkt. 23.1 SIWZ zobowiązał wykonawców do wskazania w Jednolitym Dokumencie, części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom oraz podać firmy tych podwykonawców. W części II lit D JEDZ E. wskazał jako podwykonawcę Firmę P. „T." i podał procentową wartość prac zlecanych podwykonawcy.

Przystępujący otrzymał pismo od zamawiającego z dnia 10.02.2017r., wzywające go do przedłożenia oświadczeń oraz dokumentów w terminie do 20.02.2017r. Przystępujący przedłożył informacje z Krajowego Rejestru Karnego dotyczące firmy P. E. S.A. aktualne na dzień ich złożenia, tj. na dzień 20.02.2017r., bowiem zostały one wystawione 16.02.2017r. Ponadto przystępujący załączył dodatkowo wcześniejszą informację z Krajowego Rejestru Karnego dotyczącą firmy P. E. SA, która była aktualna na dzień składania ofert, tj. 23.01.2017r. Informacja ta, wystawiona 18.08.2017r. była aktualna do dnia 18.02.2017r.

Izba zważyła co następuje:

Odwołanie jest zasadne w zakresie zarzutów związanych z żądaniem odrzucenia oferty przystępującego.

W pozostałym zakresie odwołanie jest bezzasadne.

Izba uznała, że odwołujący jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p.

Zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy P.z.p., 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 2015 r. poz. 2008 oraz z 2016 r. poz. 1265);2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów;

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.

W myśl ust. 1a, 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.

Izba wskazuje na brzmienie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy P.z.p., odnoszącego cenę do wartości przedmiotu zamówienia – ma to być „cena rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia". Tym samym, to realna, rynkowa wartość danego zamówienia jest punktem odniesienia dla oceny i ustalenia ceny tego typu. Cena rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego rzeczywistej 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. Reasumując, cena rażąco niska jest więc 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 nie występuje 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… etc. Definicja tego typu została wypracowana w orzecznictwie i nie występują w tym zakresie kontrowersje.

Ponieważ cena oferty przystępującego jest niższa od średniej arytmetycznej złożonych ofert o 33,89% i niższa od wartości szacunkowej powiększonej o podatek VAT o 30,47%, czynność zamawiającego dotyczącą wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny należy uznać za uzasadnioną.

Zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy P.z.p., obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu, spoczywa na wykonawcy.

W przedmiotowym postępowaniu odwoławczym ciężar ten spoczywał na przystępującym, który wszakże - w ocenie Izby - ciężarowi temu nie sprostał. Podkreślenia wymaga, że wykonawca broniący swojej oferty, winien w szczególności wykazać zasadność i rzetelność wyjaśnień złożonych w wyniku wezwania wystosowanego przez zamawiającego na mocy art. 90 ust. 1 ustawy P.z.p. Izba w postępowaniu odwoławczym ocenia bowiem zgodność z prawem czynności zamawiającego, czyli - w rozpoznawanym przypadku - trafność oceny przez zamawiającego złożonych wyjaśnień.

Dokonując analizy wyjaśnień złożonych przez przystępującego, Izba stwierdziła, iż wyjaśnienia z dnia 2 lutego 2017 roku są zbyt ogólne, by uznać je za wystarczające do uznania, że wykonawca ten nie zaoferował rażąco niskiej ceny. Przystępujący wskazał okoliczności, które w jego ocenie wpływają na obniżenie ceny, tj. posiadanie oddziału zlokalizowanego niedaleko placu budowy, co uzasadnia obniżenie kosztów o 877.500 zł z tytułu oszczędności kosztów osobowych, oraz o 133.120,00 zł z tytułu oszczędności na kosztach ochrony i wynajmu. Tylko te dwie okoliczności zostały poparte konkretnymi kwotami, o jakie wykonawca – jak wskazywał – mógł obniżyć cenę. Wszystkie inne czynniki są jedynie ogólnymi stwierdzeniami, niepopartymi żadnymi konkretnymi kwotami. Wyjaśnienia tego rodzaju mogą co najwyżej uzupełniać konkretne i szczegółowe analizy i wyliczenia, jednak nie mogą stanowić wyjaśnień samych w sobie.

Przystępujący nie wykazał przy tym, iż wskazane wyżej okoliczności są wyjątkowe i nie przysługują innym wykonawcom, biorącym udział w postępowaniu, którzy złożyli oferty z wyższymi cenami. Odwołujący podnosił, iż przy tego rodzaju zamówieniach oczywistym jest, że zatrudnia się osoby mieszkające niedaleko miejsca wykonania zamówienia właśnie dlatego, by obniżyć koszty osobowe. Izba podziela stanowisko odwołującego i podkreśla, że – w jej ocenie – ewentualne oszczędności na kosztach osobowych nie uzasadniają tak znacznej różnicy w cenie przystępującego i pozostałych wykonawców. Izby nie przekonało przy tym stanowisko prezentowane w tym zakresie przez zamawiającego, który stwierdził, że wykazane przez przystępującego oszczędności były dla niego wystarczającego, gdyż kwota

około 1.000.000,00 zł, jaka wynikała ze złożonych wyjaśnień, zmniejszała różnicę pomiędzy ofertą przystępującego a szacunkową wartością zamówienia poniżej 30%, a zatem poniżej wartości, która obliguje zamawiającego do wszczęcia postępowania wyjaśniającego

zaoferowaną cenę. Wskazać należy, iż zgodnie z art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy P.z.p., w przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od 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. Analiza przytoczonego przepisu oraz przepisu zawartego w ust. 1 wskazuje, że celem postępowania wyjaśniającego jest wyjaśnienie wszystkich budzących wątpliwości elementów oferty i ustalenie na tej podstawie, czy zaoferowana cena jest czy nie jest rażąco niska, nie zaś wyjaśnienie ceny jedynie w takim zakresie, który pozwoli na zniwelowanie różnicy pomiędzy wyjaśnianą ceną a wartością szacunkową do poziomu niższego niż 30%. Podkreślenia wymaga, że ustawa P.z.p. w art. 90 ust. 1a pkt 1 nie stwierdza, iż cena rażąco niska to cena niższa od wartości szacunkowej zamówienia o 30%, lecz wskazuje jedynie, że w takim przypadku zamawiający obowiązany jest wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień.

Argumentacja zamawiającego jest o tyle nieprzekonująca, iż wezwał on przystępującego ponownie do złożenia wyjaśnień w kwestii zaoferowanej ceny, wskazując obszary, które – w jego ocenie – wymagają wyjaśnienia. W wyjaśnieniach z dnia 7 lutego 2017 roku przystępujący ograniczył się jedynie do podania, w którym miejscu RCO wkalkulował dostawy i roboty, o które pytał zamawiający. Wyjaśnienia również nie zostały poparte żadnymi kwotami ani szczegółowymi kalkulacjami pozwalającymi na uzasadnienie wysokości zaoferowanej ceny.

Przystępujący do wyjaśnień dołączył ofertę P S a.s. na dostawę i montaż wewnętrznych urządzeń SRK na kwotę 1.515.000 zł netto. Przystępujący w odpowiedniej pozycji RCO wycenił te prace na kwotę 1.365.567,15 zł. W wyjaśnieniach wskazał, że przedstawiona kwota jest kwotą ostateczną, uzyskaną w wyniku ustnych negocjacji z P S. a.s.

Wyjaśnienia przystępującego w tym zakresie nie mogą być uwzględnione. To na nim bowiem spoczywa obowiązek udowodnienia zasadności zaoferowanej ceny, a w tym wypadku odwołujący nie złożył żadnego dowodu na wykazanie faktu prowadzenia negocjacji i uzgodnienia niższej ceny niż wynikająca z oferty podwykonawcy. Wskazać należy, że wykonawca – oprócz wyjaśnień – zobowiązany został do przedłożenia dowodów. W interesie

przystępującego leżało więc uzyskanie dowodu, choćby w postaci pisemnego potwierdzenia innych warunków niż wynikające z oferty.

Krytycznie należy ocenić zawartą w wyjaśnieniach przystępującego informację, iż nie jest on uprawniony do ujawnienia ofert pozostałych podwykonawców. W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wykonawca obowiązany jest bowiem wykazać wszelkie okoliczności mające wpływ na wysokość ceny oferty. Ustawa P.z.p. przewiduje przy tym mechanizmy służące ochronie informacji, których wykonawca z pewnych uzasadnionych względów nie chce lub nie może ujawnić, w tym zastrzeżenie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Przystępujący z mechanizmów tych nie skorzystał i konsekwencje płynące z niewykazania danych zawartych w ofertach podwykonawców mogą obciążać wyłącznie jego.

Wskazując na powyższe, Izba uznała, że przystępujący nie wykazał, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska, w związku z czym jego oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy P.z.p.

Izba nie uwzględniła zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 90 ust. 1 i 3 ustawy P.z.p. poprzez wielokrotne wzywanie przez zamawiającego wykonawcę E. do złożenia wyjaśnień ceny rażąco niskiej. Jak wskazał Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 18 lutego 2016 roku sygn. akt KIO 150/16, *powtórzenie wezwania do złożenia wyjaśnień musi wynikać z obiektywnych okoliczności uzasadniających uszczegółowienie wyjaśnień złożonych przez wykonawcę na pierwsze wezwanie zamawiającego. Przyjąć zatem należy, że uzasadnieniem do skierowania kolejnego wezwania w trybie art. 90 ust. 1 P.z.p., może być np. konieczność rozwinięcia lub uszczegółowienia wyjaśnień już złożonych przez wykonawcę na pierwsze wezwanie, sformułowane przez zamawiającego w sposób ogólny, oparty na literalnym brzmieniu przepisu, co w praktyce zdarza się bardzo często.*

Z taką sytuacją mieliśmy do czynienia w przedmiotowym postępowaniu.

Zamawiający, wzywając przystępującego po raz pierwszy do złożenia wyjaśnień w kwestii zaoferowanej ceny, ograniczył się wyłącznie do przytoczenia przepisu art. 90 ust. 1 ustawy P.z.p. Nie wskazał przy tym konkretnych obszarów, których wyjaśnienia oczekiwał szczególnie. W sytuacji, gdy cena jest sumą wartości wielu czynności składających się na przedmiot zamówienia, wykonawca może mieć problem z ustaleniem, które konkretnie prace wzbudziły wątpliwości zamawiającego. Wykonawca nie może przy tym ponosić konsekwencji wynikających z braku precyzji i staranności po stronie zamawiającego.

34

Nieuwzględnienie wskazanego zarzutu nie ma wpływu na rozstrzygnięcie Izby. Analiza wszystkich wyjaśnień złożonych przez przystępującego zarówno na pierwsze, jak i kolejne wezwanie, wykazała, że przystępujący nie udowodnił zasadności zaoferowanej ceny.

Izba uznała za zasadny zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 1, art. 22a ust. 1 i 4 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty E. jako oferty, która nie jest zgodna z ustawą z uwagi na to, że W. sp. z o.o. sp. k. nie zrealizuje roboty budowlanej polegającej na kompleksowej przebudowie stacyjnych urządzeń srk pomimo, że E. polegał na zdolnościach W. sp. z o.o. sp. k. w odniesieniu do warunku doświadczenia na roboty budowlane polegającej na kompleksowej przebudowie stacyjnych urządzeń srk (zabudowa nowych urządzeń stacyjnych dla stacji o min. 8 rozjazdach);

W myśl art. 22a ust. 1 ustawy P.z.p., wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków prawnych. Zgodnie z ust. 2, wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów, musi udowodnić zamawiającemu, że realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów, w szczególności przedstawiając zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia. Stosownie do ust. 4, w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów, jeśli podmioty te zrealizują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.

Z powyższego wynika, iż przystępujący, który zamierzał polegać na zasobach wykonawcy W. w zakresie realizacji kompleksowej przebudowy stacyjnych urządzeń srk, winien wykazać, że wykonawca W. zobowiązał się do realizacji wskazanego zakresu. Ze złożonego przez W. oświadczenia tego rodzaju zobowiązanie nie wynika. Oświadczenie W. cechuje się bowiem dużym stopniem ogólności i nieskonkretyzowaniem wymaganego zakresu prac. Jednocześnie Izba wskazuje, że – wobec nakazania odrzucenia oferty przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy P.z.p. – nakazanie wyjaśnienia lub uzupełnienia wskazanej kwestii byłoby bezprzedmiotowe.

Izba nie uwzględniła zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 22a ust. 4 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt. 16 i 17 ustawy P.z.p. poprzez błędne uznanie przez zamawiającego, iż podmioty, na których E. polega w odniesieniu do warunków kwalifikacji zawodowych i doświadczenia, będą realizować roboty budowlane i usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. W ocenie Izby brak jest podstaw do uznania, że urządzenia będące

35

elementami systemu sterowania ruchem kolejowym zlecone podwykonawcom były wykonywane z materiałów własnych podwykonawców.

Izba uznała za zasadny zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 1 i art. 36b ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie przez zamawiającego odrzucenia oferty E. jako oferty, która nie jest zgodna z ustawą pomimo, że E., przewidując wykonanie zamówienia przez podwykonawców, nie wskazał w Jednolitym Dokumencie części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom.

Zgodnie z art. 36 ust. 1 ustawy P.z.p., zamawiający żąda wskazania przez wykonawcę części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom, i podania przez wykonawcę firm podwykonawców. W ocenie Izby brak jest podstaw do uznania, że pod pojęciem „części zamówienia” można rozumieć jedynie procentowy udział w realizacji zamówienia. Art. 36a i nast. ustawy P.z.p., dotyczące możliwości powierzenia części

zamówienia podwykonawcom, poprzez część zamówienia rozumieją przede wszystkim zakres i przedmiot tych części. Ustawodawca umożliwił zamawiającemu ingerencję w decyzje wykonawców w zakresie powierzania prac podwykonawcom, np. wymóg wykonania przez wykonawcę, któremu zlecono zamówienie, kluczowych części zamówienia (art. 36 ust. 2) czy też podanie szczegółowych informacji o podwykonawcy w przypadku zamówień na roboty budowlane i usługi, które mają być wykonane w miejscu podlegającym bezpośredniemu nadzorowi zamawiającego (art. 36b ust. 1a). Tym samym wskazanie jedynie procentowego udziału zamówienia, który ma być powierzony podwykonawcy, czyniłoby uprawnienie zamawiającego iluzorycznym i nieskutecznym.

W ocenie Izby, powyższa kwestia, co do zasady, mogłaby być wyjaśniona w drodze wezwania wykonawcy do złożenia stosownych wyjaśnień, jednakże – wobec nakazania odrzucenia oferty przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy P.z.p. – nakazanie wyjaśnienia lub uzupełnienia wskazanej kwestii byłoby bezprzedmiotowe.

Izba oddaliła zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 22 ust. 1 pkt 2, art. 22a ust. 3, art. 26 ust. 1 ustawy P.z.p. oraz § 5 ust. 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz.U. z 2016 r. poz. 1126) poprzez zaniechanie wykluczenia przez zamawiającego wykonawcy E. z powodu niezłożenia przez wykonawcę dokumentów wymienionych w pkt. 9.1.4 ppkt. 1 SIWZ w odniesieniu do podmiotu trzeciego, na którego zasobach technicznych lub zawodowych polega E. - P. E. S.A. nieaktualnych informacji z Krajowego Rejestru Karnego.

36

Zgodnie z art. 26 ust. 1 ustawy P.z.p., zamawiający przed udzieleniem zamówienia, którego wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1. Przepisu zdania pierwszego nie stosuje się do udzielania zamówień w przypadkach, o których mowa w art. 101a ust. 1 pkt 1 lub pkt 2 lit. a. W myśl § 5 ust. 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz.U. z 2016 r. poz. 1126), w celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu zamawiający może żądać informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13, 14 i 21 ustawy oraz, odnośnie skazania za wykroczenie na karę aresztu, w zakresie określonym przez zamawiającego na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 5 i 6 ustawy, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Ponieważ zamawiający wezwał przystępującego do przedłożenia oświadczeń oraz dokumentów w terminie do 20.02.2017r., a przystępujący przedłożył informacje z Krajowego Rejestru Karnego dotyczące firmy P. E. S.A. wystawione w dniu 16.02.2017r., stosownie do treści § 5 ust. 1 wskazanego wyżej rozporządzenia, informacje te należy uznać za aktualne.

Biorąc powyższe pod uwagę orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego w obydwu sprawach orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy P.z.p., czyli stosownie do wyniku postępowania.

……
……..
……..

37