

WYROK

Warszawa, dnia 26 sierpnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Joanna Gawdzik-Zawalska
Członkowie: Danuta Dziubińska
Małgorzata Jodłowska
Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 lipca 2024 r. przez wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia:

w sprawie o sygnaturze akt KIO 2547/24 wspólnie:

A.SYSTRAS.A Paryż (Francja)

B.Biuro Projektowo Konsultingowe BPK Mosty Sp. z o.o. Wrocław

w sprawie o sygnaturze akt KIO 2548/24 wspólnie:

A.Voessing Polska Sp. z o.o. Bydgoszcz

B.Vössing Ingenieurgesellschaft mbH w Dusseldorf (Niemcy)

w sprawie o sygnaturze akt KIO 2549/24:

ABBF Sp. z o.o. Poznań

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego:

PKP Polskie Linie Kolejowe S.A Warszawa, przy udziale uczestników:

w sprawie o sygnaturze akt KIO 2547/24:

A.po stronie odwołującego BBF Sp. z o.o. Poznań

B.po stronie odwołującego MGGP S.A Tarnów

C.po stronie odwołującego Voessing Polska Sp. z o.o. Bydgoszcz i Vössing Ingenieurgesellschaft mbH w Dusseldorf (Niemcy) ubiegających się o udzielenie zamówienia wspólnie

D.po stronie zamawiającego Dohwa Polska sp. z o.o. sp. k. Kraków i Dohwa Engineering Co., Ltd. Seul (Republika Korei) ubiegających się o udzielenie zamówienia wspólnie

w sprawie o sygnaturze akt KIO 2548/24:

A.po stronie odwołującego BBF Sp. z o.o. Poznań

B.po stronie odwołującego MGGP S.A Tarnów

C.po stronie zamawiającego Dohwa Polska sp. z o.o. sp. k. Kraków i Dohwa Engineering Co., Ltd. Seul (Republika Korei) ubiegających się o udzielenie zamówienia wspólnie

D.po stronie zamawiającego SYSTRAS.A Paryż (Francja) i Biuro Projektowo Konsultingowe BPK Mosty Sp. z o.o. Wrocław ubiegających się o udzielenie zamówienia wspólnie

w sprawie o sygnaturze akt KIO 2549/24:

A.po stronie zamawiającego Dohwa Polska sp. z o.o. sp. k. Kraków i Dohwa Engineering Co., Ltd. Seul (Republika Korei) ubiegających się o udzielenie zamówienia wspólnie

B.po stronie zamawiającego SYSTRAS.A Paryż (Francja) i Biuro Projektowo Konsultingowe BPK Mosty Sp. z o.o. Wrocław ubiegających się o udzielenie zamówienia wspólnie

C.po stronie zamawiającego Voessing Polska Sp. z o.o. Bydgoszcz i Vössing Ingenieurgesellschaft mbH w Dusseldorf (Niemcy) ubiegających się o udzielenie zamówienia wspólnie

orzeka:

w sprawie o sygnaturze akt KIO 2547/24:

Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu piątego w całości;

Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu pierwszego w całości i nakazuje zamawiającemu: unieważnić czynność wyboru oferty najkorzystniejszej; odtajnić i udostępnić wykonawcom całość wyjaśnień rażąco niskiej ceny wraz z całością załączników wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia Dohwa Polska sp. z o.o. sp. k. Kraków i Dohwa Engineering Co., Ltd. Seul (Republika Korei) w tym w szczególności: umowy o pracę oraz ofert podwykonawczych; dokonać ponownej oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej;

Oddala odwołanie w pozostałym zakresie;

Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego i uczestnika przystępującego po stronie zamawiającego Dohwa Polska sp. z o.o. sp. k. Kraków i Dohwa Engineering Co., Ltd. Seul (Republika Korei) ubiegających się o wspólnie udzielenie zamówienia w ten sposób, że:

- 1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego poniesione przez odwołującego koszty: 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) tytułem wpisu od odwołania oraz poniesione przez odwołującego, zamawiającego oraz uczestnika przystępującego po stronie zamawiającego koszty po 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia i wydatków pełnomocnika oraz poniesione przez

zamawiającego koszty 119 zł 00 gr (słownie: sto dziewiętnaście złotych zero groszy) tytułem opłat skarbowych od pełnomocnictw;

4.2.zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 3 719 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące siedemset dziewiętnaście złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego

4.3.zasądza od uczestnika przystępującego po stronie zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 340 zł 00 gr (słownie: trzysta czterdzieści złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

w sprawie o sygnaturze akt KIO 2548/24:

Oddala odwołanie:

Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego i:

2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego poniesione przez odwołującego koszty: 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) tytułem wpisu od odwołania oraz poniesione przez odwołującego, zamawiającego oraz uczestnika przystępującego po stronie zamawiającego Dohwa Polska sp. z o.o. sp. k. Kraków i Dohwa Engineering Co., Ltd. Seul (Republika Korei) ubiegających się o udzielenie zamówienia wspólnie koszty po 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia i wydatków pełnomocnika oraz poniesione przez zamawiającego koszty 119 zł 00 gr (słownie: sto dziewiętnaście złotych zero groszy) tytułem opłat skarbowych od pełnomocnictw;

2.2.zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 3 719 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące siedemset dziewiętnaście złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego

2.3.zasądza od odwołującego na rzecz uczestnika przystępującego po stronie zamawiającego Dohwa Polska sp. z o.o. sp. k. Kraków i Dohwa Engineering Co., Ltd. Seul (Republika Korei) ubiegających się o udzielenie zamówienia wspólnie na rzecz odwołującego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

w sprawie o sygnaturze akt KIO 2549/24:

Jmarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu podstawowego w odniesieniu do żądania odtajnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny wraz z załącznikami wykonawcy:

a.SYSTRAS.A. Paryż (Francja) i Biuro Projektowo Konsultingowe BPK Mosty Sp. z o.o. Wrocław ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia w zakresie, w jakim obejmuje dokumenty pn. korespondencja z brokerem („10-TAJNE-korespondencja z brokerem”), wyciąg z aneksu umowy z bankiem („11-TAJNE-Wyciąg z aneksu umowy z bankiem”); zestawienie kosztów SYSTRAS.A („1-TAJNE-Kalkulacja Systra RNC”); zestawienie kosztów BPK Mosty Sp. z o.o. („2-TAJNE-Zestawienie kosztów BPK Mosty”);

b.MGGP S.A. Tarnów ubiegającego się o udzielenie zamówienia;

Jwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu podstawowego w części pozostałej i nakazuje zamawiającemu: unieważnić czynność wyboru oferty najkorzystniejszej; odtajnić i udostępnić wykonawcom całość wyjaśnień rażąco niskiej ceny wraz z całością załączników wykonawców:

a.Dohwa Polska sp. z o.o. sp. k. Kraków i Dohwa Engineering Co., Ltd. Seul (Republika Korei) ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia w tym w szczególności: umowy o pracę oraz oferty podwykonawcze;

b.SYSTRAS.A. Paryż (Francja) i Biuro Projektowo Konsultingowe BPK Mosty Sp. z o.o. Wrocław ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia w tym w szczególności zanonimizowane umowy o pracę, umowy podwykonawcze;

c.Voessing Polska Sp. z o.o. Bydgoszcz i Vössing Ingenieurgesellschaft mbH w Dusseldorf (Niemcy) ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia w tym w szczególności: wydruki z programu Symfonia i zanonimizowane z systemu ewidencji czasu pracy oraz oferty podwykonawcze; dokonać ponownej oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej;

Kosztami postępowania odwoławczego obciąża uczestników zgłaszających przystąpienie po stronie zamawiającego zgłaszających sprzeciw od uwzględnienia zarzutu podstawowego odwołania przez zamawiającego tj. Dohwa Polska sp. z o.o. sp. k. Kraków i Dohwa Engineering Co., Ltd. Seul (Republika Korei) ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia oraz Voessing Polska Sp. z o.o. Bydgoszcz i Vössing Ingenieurgesellschaft mbH w Dusseldorf (Niemcy), SYSTRAS.A. Paryż (Francja) i Biuro Projektowo Konsultingowe BPK Mosty Sp. z o.o. Wrocław, w taki sposób, że:

3.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego poniesione przez odwołującego koszty: 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) tytułem wpisu od odwołania oraz poniesione przez odwołującego, zamawiającego oraz uczestnika przystępującego po stronie zamawiającego Dohwa Polska sp. z o.o. sp. k. Kraków i Dohwa Engineering Co., Ltd. Seul (Republika Korei) ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia oraz uczestnika przystępującego po stronie zamawiającego Voessing Polska Sp. z o.o. Bydgoszcz i Vössing Ingenieurgesellschaft mbH w Dusseldorf (Niemcy) ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia koszty po 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia i wydatków pełnomocnika oraz poniesione przez odwołującego koszty dojazdu na posiedzenie i rozprawę w kwocie 722 zł 00 gr (słownie: siedemset dwadzieścia dwa złote zero groszy) i poniesione przez zamawiającego koszty 136 zł 00 gr (słownie: sto trzydzieści sześć złotych zero groszy) tytułem opłat skarbowych od pełnomocnictwa;

3.2.zasądza od uczestnika przystępującego po stronie zamawiającego Dohwa Polska sp. z o.o. sp. k. Kraków i Dohwa

Engineering Co., Ltd. Seul (Republika Korei) ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia na rzecz odwołującego kwotę 9 661 zł 00 gr (słownie: dziewięć tysięcy sześćset sześćdziesiąt jeden złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego;

3.3.zasądza od uczestnika przystępującego po stronie zamawiającego Voessing Polska Sp. z o.o. Bydgoszcz i Vössing Ingenieurgesellschaft mbH w Dusseldorf (Niemcy) ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia na rzecz odwołującego kwotę 9 661 zł 00 gr (słownie: (słownie: dziewięć tysięcy sześćset sześćdziesiąt jeden złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący:.....
Członkowie:
.....

Uzasadnienie

PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Warszawa (dalej Zamawiający) prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz.U.2023.1605 z późn. zm.) (dalej Ustawa lub Pzp) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Opracowanie dokumentacji projektowej dla zadania pn.: „Prace na liniach kolejowych nr 91 i 92 na odcinku Rzeszów - Medyka (granica państwa) wraz z liniami przyległymi wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego w ramach projektu pn.: „Prace na linii kolejowej E30 Rzeszów - Medyka (granica państwa)”, numer postępowania: 9090/IREZA3/21023/05391/23/P, ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dz. UE. Dz.U. S: 228/2023 nr 00719257-2023 z 27.11.2023 r. (dalej: Postępowanie). Zasady, warunki i przedmiot zamówienia opisuje specyfikacja warunków zamówienia (dalej: SWZ).

W dniu 19 lipca 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie wpłynęły odwołania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia:

w sprawie o sygnaturze akt KIO 2547/24 wspólnie:

SYSTRA S.A. Paryż (Francja) i Biuro Projektowo Konsultingowe BPK Mosty Sp. z o.o. Wrocław

w sprawie o sygnaturze akt KIO 2548/24 wspólnie:

Voessing Polska Sp. z o.o. Bydgoszcz i Vössing Ingenieurgesellschaft mbH w Dusseldorf (Niemcy)

w sprawie o sygnaturze akt KIO 2549/24:

BBF Sp. z o.o. Poznań

Zamawiający przekazał informację wraz z odwołaniami 22 lipca 2024 r.

Przystąpienia do postępowania odwoławczego zgłosili wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia:

w sprawie o sygnaturze akt KIO 2547/24:

po stronie odwołującego BBF Sp. z o.o. Poznań

po stronie odwołującego MGGP S.A. Tarnów

po stronie odwołującego Voessing Polska Sp. z o.o. Bydgoszcz i Vössing Ingenieurgesellschaft mbH w Dusseldorf (Niemcy) ubiegający się o udzielenie zamówienia wspólnie

po stronie zamawiającego Dohwa Polska sp. z o.o. sp. k. Kraków i Dohwa Engineering Co., Ltd. Seul (Republika Korei) ubiegający się o udzielenie zamówienia wspólnie

w sprawie o sygnaturze akt KIO 2548/24:

po stronie odwołującego BBF Sp. z o.o. Poznań

po stronie odwołującego MGGP S.A. Tarnów

po stronie zamawiającego Dohwa Polska sp. z o.o. sp. k. Kraków i Dohwa Engineering Co., Ltd. Seul (Republika Korei) ubiegający się o udzielenie zamówienia wspólnie

po stronie zamawiającego SYSTRA S.A. Paryż (Francja) i Biuro Projektowo Konsultingowe BPK Mosty Sp. z o.o. Wrocław ubiegający się o udzielenie zamówienia wspólnie

w sprawie o sygnaturze akt KIO 2549/24:

po stronie zamawiającego Dohwa Polska sp. z o.o. sp. k. Kraków i Dohwa Engineering Co., Ltd. Seul (Republika Korei) ubiegający się o udzielenie zamówienia wspólnie

po stronie zamawiającego SYSTRA S.A. Paryż (Francja) i Biuro Projektowo Konsultingowe BPK Mosty Sp. z o.o. Wrocław ubiegający się o udzielenie zamówienia wspólnie

po stronie zamawiającego Voessing Polska Sp. z o.o. Bydgoszcz i Vössing Ingenieurgesellschaft mbH w Dusseldorf (Niemcy) ubiegający się o udzielenie zamówienia wspólnie.

Wobec wypełnienia przesłanek art. 525 Ustawy Izba uznała przystąpienia za skuteczne.

w sprawie o sygnaturze akt KIO 2547/24

Odwołujący ubiegający się wspólnie o udzielenie zamówienia SYSTRA S.A. Paryż (Francja) Biuro Projektowo Konsultingowe BPK Mosty Sp. z o.o. Wrocław (dalej Odwołujący lub Systra), których oferta plasowała się na drugim miejscu wnieśli odwołanie wobec wyboru oferty najkorzystniejszej konsorcjum Dohwa Polska sp. z o.o. sp. k. oraz Dohwa Engineering Co., Ltd. (dalej: Dohwa), podczas gdy oferta ta podlega odrzuceniu oraz zaniechania odtajnienia wyjaśnić rażąco niskiej ceny wraz z załącznikami Dohwa.

Odwołujący zarzucali Zamawiającemu naruszenie:

art. 18 ust. 3 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 Pzp oraz art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z dnia 16 kwietnia 1993 r. (Dz.U.2022.1233) (dalej: UZNK), poprzez zaniechanie odtajnienia wszystkich załączników do wyjaśnień rażąco niskiej ceny Dohwy, podczas gdy przekazane uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie pozwala na stwierdzenie, że zostały spełnione wszystkie niezbędne przesłanki dla skutecznego utajnienia załączników do wyjaśnień rażąco niskiej ceny;

naruszenie art. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Pzp oraz art. 125 ust. 5 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Dohwa, a w konsekwencji jej wybór jako oferty najkorzystniejszej w sytuacji, w której oferta ta powinna zostać odrzucona przez Zamawiającego, gdyż została złożona przez wykonawcę, który podlega wykluczeniu z Postępowania w związku z wystąpieniem podstaw wykluczenia opisanych w treści art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Pzp w zw. z art. 125 ust. 5 Pzp;

art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z Postępowania Dohwa i odrzucenia jej oferty w sytuacji, w której w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, a co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa, przedstawiła informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego (wprowadzenie w błąd/zatajenie informacji) w zakresie braku podstaw wykluczenia Dohwa Engineering Co.Ltd. a, w szczególności poprzez brak wskazania sytuacji, w której z Dohwa Engineering Co.Ltd. została rozwiązana umowa w sprawie zamówienia publicznego przed czasem oraz nałożeniu punktów karnych, o czym Zamawiający powinien niewątpliwie zostać poinformowany w oświadczeniu JEDZ, a czego zaniechanie mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w Postępowaniu, co wyczerpuje wszystkie przesłanki podstawy wykluczenia opisanej w art. 109 ust. 1 pkt 8 i pkt 10 ustawy Pzp;

art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 109 ust. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z Postępowania i odrzucenia oferty Dohwa z uwagi na rozwiązanie umowy w sprawie zamówienia publicznego przed czasem, która to podlega wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp, gdyż - m.in. zatajając przed Zamawiającym stosowne informacje - pozbawiła się prawa do wykazania w postępowaniu o udzielenie zamówienia braku spełnienia się przesłanek z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp;

art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 1 pkt 2 ppkt a Pzp w zw. z art. 16 pkt i 1 i Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia z Postępowania Dohwa i odrzucenia jej oferty, podczas gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, a co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa, przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego w zakresie spełniania warunków udziału w Postępowaniu przez Koordynatora w branży kolejowe sieci trakcyjne Pana Marka Dybowskiego, w sytuacji gdy jego uprawnienia budowlane wbrew warunkom zamówienia nie są uprawnieniami bez ograniczeń;

art. 226 ust 1 pkt 5 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Dohwa, podczas gdy oferta ta jest niezgodna z treścią warunków zamówienia ze względu na fakt, że Dohwa nie uwzględniła w swojej wycenie podstacji trakcyjnych oraz nie wykazała, że posiada wymagany personel w branży sterowania ruchem kolejowym na etapie nadzorów autorskich, a także ze względu na fakt, że do kalkulacji ceny przyjęto zbyt małą ilość obiektów inżynierskich;

art. 226 ust. 1 pkt 8 oraz 224 ust. 5 i 6 Pzp poprzez błędną ocenę oferty i wyjaśnień rażąco niskiej ceny oraz zaniechanie odrzucenia oferty Dohwa, podczas gdy oferta ta podlega odrzuceniu ze względu na fakt, że zaoferowana cena i koszt przez Dohwa nie są wystarczające dla zrealizowania zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, a udzielone wyjaśnienia rażąco niskiej ceny nie potwierdzają prawidłowości w obliczeniu ceny i kosztu.

Zamawiający uwzględnił zarzuty: pierwszy, drugi, trzeci, czwarty i siódmy, wnosząc w pozostałym zakresie o oddalenie odwołania.

Odwolujący cofnął zarzut piąty.

Dohwa zgłosił sprzeciw w odniesieniu do wszystkich uwzględnionych przez Zamawiającego zarzutów wnosząc o ich oddalenie.

Wobec cofnięcia odwołania w części zaistniała podstawa umorzenia postępowania odwoławczego w tym zakresie. Izba w oparciu o art. 528 pkt 1 Pzp umorzyła postępowanie odwoławcze, co do zarzutu piątego.

Izba uwzględniła odwołanie w zakresie zarzutu pierwszego dotyczącego zaniechanie odtajnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny - załączników do wyjaśnień rażąco niskiej ceny Dohwy, wobec tego, że w ocenie Izby uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy nie wykazało, że zostały spełnione wszystkie przesłanki skutecznego utajnienia załączników do wyjaśnień rażąco niskiej.

Izba oddaliła odwołanie w pozostałym zakresie jako niezasadne.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 575 i art. 574 Ustawy oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 1 pkt. 5 zw. z § 5 Rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437). Izba w związku z uwzględnieniem przez Zamawiającego 5 z 7 zarzutów, cofnięciu przez Odwołującego 1 zarzutu z nieuwzględnionych zarzutów na posiedzeniu oraz zgłoszeniu sprzeciwu przez uczestnika przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego do wszystkich 5 uwzględnionych zarzutów - zasądziła zwrot całości kosztów postępowania odwoławczego poniesionych przez Zamawiającego od uczestnika przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wobec tego, że zarzuty, co do których Zamawiający nie uwzględnił odwołania wnosząc o ich oddalenie zostały odpowiednio oddalone jako niezasadne lub postępowanie odwoławcze zostało umorzone ze względu na cofnięcie odwołania na posiedzeniu, zaś w zakresie kosztów uczestnika i Odwołującego Izba obciążyła nimi oba te podmioty proporcjonalnie z uwzględnieniem liczby oddalonych i uwzględnionych (zakresie wpisu biorąc pod uwagę liczbę zarzutów rozpoznawanych w sprawie, w pozostałym zakresie biorąc pod uwagę liczby zarzutów, co do których zgłoszono sprzeciw)

w sprawie o sygnaturze akt KIO 2548/24

Odwolujący ubiegający się wspólnie o udzielenie zamówienia Voessing Polska Sp. z o.o. Bydgoszcz i Vössing Ingenieuresellschaft mbH w Dusseldorf (Niemcy) (dalej Odwołujący lub Voessig), których oferta plasowała się na trzecim miejscu wnieśli odwołanie wobec:

czynności oceny ofert, w tym wyboru najkorzystniejszej oferty i wyboru oferty złożonej przez Dohwa

błędnej oceny oferty i wyjaśnień z art. 224 Pzp tj. wyjaśnień ws. ceny lub kosztu złożonych przez Dohwa oraz zaniechaniu odrzucenia tej oferty jako zawierającej rażąco niską cenę i koszt;

zaniechania odrzucenia oferty Dohwa jako złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu ze względu na wprowadzenie Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji dotyczącej podstaw wykluczenia oraz informacji mających, albo mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia,

ewentualnie wobec punkt 1 i 3 powyżej zaniechaniu wezwania Dohwa do złożenia oświadczenia z art. 117 ust. 4 Pzp o treści adekwatnej do sposobu wykazania przez poszczególnych konsorcjantów spełnienia warunku udziału w

postępowaniu, w postaci zdolności technicznej lub zawodowej z pkt. 8.6.1 (doświadczenia);

zaniechaniu odrzucenia oferty złożonej przez wspólnie ubiegających się o zamówienie Systra S.A. Paryż (Francja) i Biuro Projektowo-Konsultingowe BPK Mosty sp. z o.o. (dalej: Systra) jako złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu UZNK;

błędnej oceny oferty i wyjaśnień z art. 224 Pzp tj. wyjaśnień ws. ceny lub kosztu złożonych Systra oraz zaniechaniu odrzucenia tej oferty jako zawierającej rażąco niską cenę i koszt;

Odwołujący zarzucali Zamawiającemu naruszenie:

art. 226 ust. 1 pkt 8) Pzp oraz art. 224 ust. 6 Pzp poprzez błędną ocenę oferty i Wyjaśnień RNC złożonych przez Dohwa i zaniechanie odrzucenia tej oferty jako zawierającej rażąco niską cenę i koszt;

art. 226 ust. 1 pkt 2) Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 i pkt 10 oraz art. 106 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Dohwa jako złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu ze względu na wprowadzenie Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji dotyczącej podstaw wykluczenia oraz informacji mających, albo mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia;

art. 117 ust. 3 i 4 Pzp w zw. z art. 128 ust. 1 Pzp poprzez błędną ocenę złożonego przez Dohwa oświadczenia z art. 117 ust. 4 Pzp i zaniechanie wezwania do złożenia poprawionego / nowego oświadczenia o treści adekwatnej do sposobu wykazania przez poszczególnych konsorcjantów spełnienia warunku udziału w postępowaniu, w postaci zdolności technicznej lub zawodowej z pkt. 8.6.1 (doświadczenia);

art. 226 ust. 1 pkt 7) Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 UZNK poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Systra jako złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu UZNK;

art. 226 ust. 1 pkt 8) Pzp oraz art. 224 ust. 6 Pzp poprzez błędną ocenę oferty i Wyjaśnień RNC złożonych przez Systra i zaniechanie odrzucenia tej oferty jako zawierającej rażąco niską cenę i koszt.

Zamawiający uwzględnił zarzuty dotyczące Dohwa tj. pierwszy, drugi i trzeci, wnosząc w pozostałym zakresie o oddaleniu odwołania.

Dohwa zgłosił sprzeciw w odniesieniu do wszystkich uwzględnionych przez Zamawiającego zarzutów wnosząc o ich oddalenie.

Systra w zakresie zarzutów dotyczących tego wykonawcy przyłączył się do stanowiska Zamawiającego.

Izba oddaliła odwołanie w całości jako niezasadne.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 575 i art. 574 Pzpz uwzględnieniem art. 523 ust. 3 Ustawy oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 3 w zw. z § 5 Rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

w sprawie o sygnaturze akt KIO 2549/24:

Odwołujący ubiegający się o udzielenie zamówienia BBF sp. z o.o. Poznań (dalej Odwołujący lub BBF), którego oferta plasowała się na czwartym miejscu wnieśli odwołanie wobec:

zaniechania odtajnienia dokumentów składanych w toku wyjaśnień ceny przez Dohwa, SYSTRA, Voessing oraz MGGP S.A. (dalej: MGGP) jako zarzutu podstawowego oraz;

ewentualnie na wypadek nieuwzględnienia zarzutu pierwszego wobec:

zaniechania odrzucenia ofert Dohwa, Systra oraz Voessing jako zawierających rażąco niską cenę i koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia;

zaniechania odrzucenia oferty Voessing jako oferty, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia;

zaniechania odrzucenia ofert Systra oraz Voessing jako złożonych w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu UZNK.

Odwołujący zarzucali Zamawiającemu naruszenie:

art. 18 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 UZNK poprzez zaniechanie odtajnienia dokumentów składanych w toku wyjaśnień ceny przez Dohwa, Systra, Voessing oraz MGGP,

ewentualnie

art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 224 ust. 6 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia ofert Dohwa, Systra oraz Voessing jako zawierającej rażąco niską cenę i koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia;

art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Voessing jako oferty, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia;

art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 UZNK poprzez zaniechanie odrzucenia ofert Systra oraz Voessing jako złożonych w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu UZNK.

Zamawiający uwzględnił zarzut pierwszy:

- dotyczący Dohwa w całości,

- dotyczący Systra w części, poza żądaniem odtajnienia dokumentów pn. korespondencja z brokerem („10-TAJNE-korespondencja z brokerem”); wyciąg z aneksu umowy z bankiem („11-TAJNE-Wyciąg z aneksu umowy z bankiem”); zestawienie kosztów SYSTRA SA („1-TAJNE-Kalkulacja Systra RNC”); zestawienie kosztów BPK Mosty Sp. z o.o. („2-TAJNE-Zestawienie kosztów BPK Mosty”), część ofert podwykonawczych (nie wskazując jakich), co do których uchylił wcześniej tajemnicę przedsiębiorstwa i udostępnił je wykonawcom, co do których wnosił o oddalenie odwołania,

- dotyczący Voessig w całości,

- dotyczące MGGP w całości.

W odniesieniu do zarzutów ewentualnych Zamawiający:

zarzut drugi:

uwzględnił w zakresie naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 224 ust. 6 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Dohwa jako zawierającej rażąco niską cenę i koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia;

wnosił o oddalenie w zakresie naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 224 ust. 6 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Systra jako zawierającej rażąco niską cenę i koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia;

wnosił o oddalenie w zakresie naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 224 ust. 6 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Voessing jako zawierającej rażąco niską cenę i koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia;

zarzut trzeci:

wnosił o oddalenie odwołania w zakresie naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Voessing jako oferty, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia;

zarzut czwarty:

wnosił o oddalenie odwołania w zakresie naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 UZNK poprzez zaniechanie odrzucenia ofert Systra oraz Voessing jako złożonych w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu UZNK.

Odwołujący cofnął odwołanie w zakresie zarzutu pierwszego w odniesieniu do dokumentów zastrzeżonych przez Systra, co do których Zamawiający wcześniej uchylił tajemnicę przedsiębiorstwa i udostępnił je wykonawcom (pn. korespondencja z brokerem („10-TAJNE-korespondencja z brokerem”), wyciąg z aneksu umowy z bankiem („11-TAJNE-Wyciąg z aneksu umowy z bankiem”); zestawienie kosztów SYSTRA SA („1-TAJNE-Kalkulacja Systra RNC”); zestawienie kosztów BPK Mosty Sp. z o.o. („2-TAJNE-Zestawienie kosztów BPK Mosty”).

Dohwa zgłosił sprzeciw w odniesieniu do wszystkich uwzględnionych przez Zamawiającego zarzutów odnoszących się do Dohwa wnosząc o ich oddalenie.

Systra i Voessig zgłosili sprzeciw w zakresie zarzutu pierwszego (co nie dotyczyło części umorzonych) w pozostałym zakresie popierali stanowiska Zamawiającego.

Wobec cofnięcia odwołania w części zaistniała podstawa umorzenia postępowania odwoławczego w tym zakresie. Izba w oparciu o art. 568 pkt 1 Pzp umorzyła postępowanie odwoławcze, co do pierwszego podstawowego zarzutu w części w odniesieniu do części dokumentów Systra: korespondencja z brokerem („10-TAJNE-korespondencja z brokerem”), wyciąg z aneksu umowy z bankiem („11-TAJNE-Wyciąg z aneksu umowy z bankiem”); zestawienie kosztów

SYSTRA SA („1-TAJNE-Kalkulacja Sysyra RNC”); zestawienie kosztów BPK Mosty Sp. z o.o. („2-TAJNE-Zestawienie kosztów BPK Mosty”);

Wobec uwzględnienia odwołania w części przez Zamawiającego tj. co do zarzutu zaniechania odtajnienia dokumentów zastrzeżonych przez MGGP: - oferta: Załącznik nr 1 - Oferta Inż - Geo Badania i Roboty Geotechniczne Sp. z o.o. Sp. k 7. Oferta - TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA, - 11. TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA, -

12. TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA i niezgłoszenia w tym zakresie sprzeciwu przez uczestnika zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego tj. MGGP zaistniała podstawa umorzenia postępowania odwoławczego w tym zakresie. Izba w oparciu o art. 568 pkt 3 Pzp w zw. z art. 522 ust. 4 Pzp umorzyła postępowanie odwoławcze, co do zarzutu pierwszego podstawowego w części w odniesieniu do całości dokumentów MGGP.

Izba w odniesieniu do zarzutu pierwszego podstawowego w pozostałym zakresie uwzględniła odwołanie, pozostawiając pozostałe zarzuty bez rozpoznania. W ocenie Izby uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy Dohwa, Sysyra i Voessig nie wykazało, że zostały spełnione wszystkie przesłanki skutecznego utajnienia informacji.

Odwołujący sformułował zarzut podstawowy dotyczący zaniechania odtajnienia dokumentów składanych w toku wyjaśnień ceny przez Dohwa, Sysyra, Voessig i MGGP oraz w stosunku do niego zarzuty ewentualne drugi, trzeci i czwarty zaniechania odrzucenia ofert Dohwa, Sysyra oraz Voessing jako zawierających rażąco niską cenę i koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, zaniechania odrzucenia oferty Voessing jako oferty, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia oraz zaniechanie odrzucenia ofert Sysyra oraz Voessing jako złożonych w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu UZNK.

Izba stwierdza, że takiej sytuacji istnieją zarzuty, co do których Izba orzeka kolejno, w pierwszym rzędzie rozstrzygając co do zarzutów podstawowych. Jeżeli żądanie główne okaże się uzasadnione, nie ma konieczności orzekania o żądaniu ewentualnym. Uznając zarzut podstawowy za niezasadny i oddalając go Izba orzeka o zarzucie ewentualnym.

W niniejszej sprawie wobec uwzględnienia zarzutu podstawowego, zarzuty ewentualne nie podlegają rozstrzygnięciu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 575 i art. 574 Ustawy oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 1 pkt. 5 zw. z § 5 Rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437). Izba w związku z uwzględnieniem przez Zamawiającego w zasadzie całości zarzutu podstawowego, co do którego odwołanie nie zostało cofnięte, i jednocześnie zgłoszenia sprzeciwu w tym zakresie wyłącznie przez dwóch uczestników zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego Izba zasądziła zwrot całości kosztów postępowania odwoławczego poniesionych przez Odwołującego po połowie wyłącznie od uczestnika przystępującego po stronie zamawiającego Dohwa Polska sp. z o.o. sp. k. Kraków i Dohwa Engineering Co., Ltd. Seul (Republika Korei) ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia i uczestnika przystępującego po stronie zamawiającego Voessing Polska Sp. z o.o. Bydgoszcz i Vössing Ingenieurgesellschaft mbH w Dusseldorf (Niemcy) ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia.

Strony i uczestnicy powoływali się na dokumenty postępowania. Przedłożyli również dowody dokumentowe a także własne wyliczenia i kalkulacje.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba nie dopatrzyła się zaistnienia przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołań na podstawie art. 528 Ustawy w żadnej ze spraw w stosunku do żadnego z zarzutów. W szczególności Izba oceniła, że zachowane zostały terminy do złożenia zarzutów w zakresie zaniechania odtajnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Izba uznała również, że Odwołujący wykazali interes w uzyskaniu zamówienia i możliwość poniesienia szkody jako przesłanki materialnoprawnej dopuszczalności odwołania z art. 505 ust. 1 Ustawy.

Mając na uwadze zebrany w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron i uczestników Izba orzekła jak w sentencji. Izba wskazuje, że składane oferty, zestawienia i kalkulacje odwołujące się do realizacji danego świadczenia za cenę wyższą od ceny ofertowej lub wyczenia kosztu kwestionowanego odwołaniami, wobec treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny wraz z załącznikami (w szczególności ofert podwykonawczych) – wobec tego, że nie zostały skutecznie zakwestionowane - stanowią dowód wyłącznie tego, że na rynku dostępne są dla różnych podmiotów różne oferty i ceny za takie same lub podobne świadczenia oraz, że możliwa jest realizacja danej usługi za różną cenę.

Ustalając stan faktyczny Izba dopuściła dowody wnioskowane przez strony i uczestników a także oparła się na dokumentach postępowania.

TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA – ZANIECHANIE ODDATJNIENIA

SPRAWA KIO 2547/25 ZARZUT PODSTAWOWY

SPRAWA KIO 2549/27 ZARZUT PIERWSZY

Izba w zakresie zarzutów dotyczących zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa podzieliła ocenę i uzasadnienie zarzutów Odwołujących Sysra (KIO 2547/24) i BBF (Kio 2549/24). Kwestie te opisane zostały w odwołaniach i stąd ich szczegółowe przytoczenie nie jest konieczne, podobnie jak przytoczenie treści wyjaśnień zawierających zastrzeżenie tajemnicy, których treść ani zakres nie była sporna. Ze względu na korelację zarzutów dotyczących zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień rażąco niskiej ceny wraz z załącznikami przez wykonawców Dohwa, Sysra oraz Voessig Izba podzielając stanowiska z odwołań łącznie dla spraw KIO 2547/24 (Dohwa) i KIO 2549/24 (Dohwa, Sysra i Voessig) w oparciu o dokumenty postępowania (wezwania do wyjaśnień rażąco niskiej ceny oraz udzielane odpowiedzi) ustaliła, że:

1. Wykonawcy składając wyjaśnienia rażąco niskiej ceny wraz z załącznikami zastrzegli tajemnicę przedsiębiorstwa części wyjaśnień oraz załączników do wyjaśnień, z których część została odtajniona i wnioskami odwołujących (KIO 2547/24 w zakresie Dohwa, KIO 2549/24 w zakresie wszystkich niżej wymienionych wykonawców) objęte są następujące dokumenty:

Voessing:

- 2. wydruk z programu Symfonia z saldem konta 403-17 Koszty podwykonawców
- 3. zanonimizowany wydruk z systemu ewidencji czasu pracy za rok 2023
- 4. oświadczenia pracowników
- 8. oferta Inż.-Geo Badania i Roboty Geotechniczne Sp. z o.o. Sp. k. z dnia 27.03.2024r.
- 10. oferta Pracowni Analiz Środowiskowych ASANGA z dnia 24.03.2024 r.
- 20. oferta BPKiUI Łódź z dnia 26.03.2024 r.
- 21. oferta BPK Poznań z dnia 22.03.2024 r.
- 23. oferta TECHNITEL RAIL Sp. z o.o. dla branży SRK z dnia 27.03.2024 r.
- 24. oferta TECHNITEL RAIL Sp. z o.o. dla branży telekomunikacja z dnia 27.03.2024r.
- 25. oferta TECHNITEL RAIL Sp. z o.o. dla branży elektroenergetycznej z dnia 27.03.2024 r

Sysra

- Wyjaśnienia rażąco niskiej ceny - część opisowa (w zakresie wskazanych w wyjaśnieniach liczb),
- Zanonimizowane umowy o pracę SYSTRA SA potwierdzające prawidłowość zastosowanych stawek,
- Zanonimizowane umowy o pracę BPK Mosty Sp. z o.o. potwierdzające prawidłowość zastosowanych stawek,
- Oświadczenia wybranych projektantów i Dyrektora Technicznego SYSTRA SA potwierdzające poprawność oszacowania czasu pracy SYSTRA SA,
- Wybrane oświadczenia o weryfikacji podwykonawców,
- Oferty podwykonawców,
- Zestawienie kosztów ogólnych SYSTRA SA,
- Faktury za czynsz i opłaty miesięczne SYSTRA SA i BPK Mosty,

Dohwa:

- Umowy o pracę
- Hydrologia
- Geologia
- Analizy systemu zasilania trakcji i oddziaływania
- Symulacja sieć-pantograf
- Zabezpieczenie i Sterowanie Ruchem Kolejowym
- Analizy transportowe i organizacja ruchu
- Wizualizacja
- Certyfikacja WE
- Ochrona Środowiska i DNSH
- Analizy transportowe i organizacja ruchu

-Wizualizacja

(oferty podwykonawcze)

2.Zastrzeżenie tajemnicy wyjaśnień wraz z załącznikami Dohwa, Systra i Voessig miały charakter lakoniczny i ogólnikowy, opierały się na nie popartych dowodami założeniach potencjalnych zachowań uczestników rynku;

3.Uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa sprowadzały się do przytaczania stanowisk judykatury i głoślowych twierdzeń w zakresie spełniania przez zastrzegane informacje przesłanek art. 11 ust. 2 UZNK, co do posiadania przez nie wartości gospodarczej i potencjalnego negatywnego wpływu, jaki ich ujawnienie mogłoby mieć na pozycje wykonawców na rynku i konkurencyjność w postępowaniach a także skutecznego podjęcia działań mających na celu zachowanie poufności zastrzeganych informacji.

Izba stwierdza, że żaden z wykonawców nie wykazał unikalności, czy też charakteru treści zastrzeganych informacji, która pozwalałaby budować przewagę rynkową, a których ujawnienie mogłoby zakłócić konkurencyjność, narazić wykonawcę na poniesienie szkody lub utrudnić konkurowanie z innymi wykonawcami, w stosunku do poszczególnych informacji ani ich całości. Przedstawione w wyjaśnieniach wyliczenia i same oferty przygotowane zostały przez wykonawców dla konkretnego postępowania i przedmiotu zamówienia. Nie wykazano ich uniwersalności, która pozwalałaby na wykorzystanie tych danych przez konkurentów w sposób naruszający konkurencję i pozycję wykonawcy w postępowaniu.

Izba wskazuje, że w zastrzeżeniach tajemnicy nie wykazano, w jaki sposób ceny, warunki handlowe oferowane przez kontrahentów lub przyjęte i opisane rozwiązania miałyby budować strategię ustalania warunków w innych postępowaniach.

Izba wskazuje również, że sam fakt objęcia poufnością informacji w stosunkach kontraktowych nie uzasadnia skuteczności zastrzeżenia tajemnicy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Nie buduje sam przez się wartości gospodarczej takiej zastrzeganej danej (w tym w szczególności w odniesieniu do części składowych ceny lub kosztów, na której opiera się cena ofertowa).

Ponad to możliwe jest zastrzeżenie części informacji dokumentu w sposób, który mógłby zabezpieczyć uzasadniony interes wykonawcy (oczywiście pod warunkiem wykazania zasadności zastrzeżenia). Każdy z wykonawców podejmował decyzje, co do zakresu informacji, których zastrzeżenia tajemnicy się domagał. Skoro zastrzeżenie tajemnicy miało charakter ogólny, to Izba oceniając je jako niewystarczające nakazała odtajnienie całości zastrzeżonych informacji, z pozostawieniem jako zanonimizowanych dokumentów wskazanych w sentencji.

Izba stwierdza także, że sama możliwość pozyskania danych konkretnego podwykonawcy danego wykonawcy na etapie poprzedzającym realizację zamówienia w następstwie ich ujawnienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia nie narusza konkurencji na rynku. Dane te są dostępne na etapie realizacji zamówienia – nie wykazano, że jest inaczej. Możliwość zwracania się o oferty do podwykonawcy lub personelu innego podmiotu przez różnych uczestników rynku jest powszechnym zjawiskiem gospodarczym.

Izba podzieliła stanowisko Odwoływających, że niewystarczające dla wykazania przesłanki objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa jest przedstawienie stosowanych przez wykonawcę, w tym także przykładowych lub standardowych (tj. stosowanych dla danych rodzajów informacji) rozwiązań, instrukcji, czy też zapisów umownych, certyfikatów i polityk zachowania informacji w poufności. Skoro zastrzeżenie dotyczy określonej wnioskiem informacji ta także też powinno mieć charakter wykazanie podjęcia działań zmierzających do zachowania tej konkretnej danej w poufności. Sam fakt przyjęcia w organizacji nawet najlepszych rozwiązań, sam przez się nie jest wystarczający dla wykazania podjęcia działań zmierzających do objęcia poufnością skonkretyzowanej danej.

Izba ustaliła, jako bezsporne okoliczności, że podobnego charakteru informacje były przedmiotem zastrzeżenia ich tajemnicy a następnie odtajnienia w innych postępowaniach. Izba stwierdza, że żadne negatywne efekty, takich zdarzeń – w szczególności, że ujawnienie wpłynęło na zachowanie konkurencji na rynku - nie zostały wykazane przez wykonawców zastrzegających tajemnicę dokumentów.

Mając na uwadze powyższe Izba uwzględniła odwołania w zakresie dotyczącym nieprawidłowości zastrzeżenia tajemnicy.

Powyższe stanowisko Izby znajduje oparcie w:

- art. 18 Pzp zgodnie z którym: 1. Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. 2. Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie. 3. Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów UZNK, jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5.

- art. 11 ust. 2 UZNK zgodnie z którym przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub

rozporządzenia nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

- art. 16 Pzp zgodnie z którym zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny.

Mając na uwadze powyższe przepisy zasadą jest prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób jawny. Oznacza to, że w pierwszej kolejności należy dążyć do zachowania jawności, zaś dopuszczone przez ustawodawcę wyjątki należy traktować w sposób ścisły. Wyjątkiem od zachowania jawności w postępowaniu o udzielenie zamówienia jest m.in. sytuacja, w której wymagana jest ochrona tajemnicy przedsiębiorstwa. W art. 18 ust. 3 Pzp ustawodawca uzależnił zaniechanie ujawnienia określonych informacji od tego, czy wykonawca „wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa”, czyli udowodnił, że w stosunku do tych informacji ziszczyły się przesłanki, o których mowa w art. 11 ust. 2 uznk. Powyższa zasada wykazania przesłanek nie doznaje ograniczenia w świetle art. 21 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 i znajduje potwierdzenie w rozstrzygnięciu Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej („TSUE”) z dnia 17 listopada 2022r., o sygn. akt C-54-21 (Antea Polska), które wskazało dodatkowo na możliwość zastrzegania tajemnicy nie tylko w stosunku do informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu UZNK, lecz również innych które mogłyby zaszkodzić uzasadnionym interesom handlowym wykonawcy. Tutaj jednak analogicznie powstaje konieczność wykazania przez zastrzegającego możliwości naruszenia jego interesów handlowych i możliwości zakłócenia konkurencji w wyniku ujawnienia zastrzeganej informacji, czego nie wykazano.

W ocenie Izby żaden zastrzegający nie sprostął obowiązkowi wykazania spełnienia przesłanek zastrzeżenia informacji, w tym również że wyjaśnienia rażąco niskiej ceny w świetle uzasadnienia zastrzeżenia tajności pozwalały na ustalenie, że zastrzegane i objęte zakresem zarzutu informacje pozwalały na ustalenie metodologii działania Odwołującego lub dostęp do informacji dającej potencjalną chociażby przewagę na rynku innym wykonawcom lub mogły zakłócić konkurencję.

Zastrzegając tajemnice nie wykazano i uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy nie pozwalają na stwierdzenie, że informacje, co do których domagano się odtajnienia, powodowały lub mogły spowodować zakłócenia konkurencji, dawały przewagę wykonawcom, w tym także by pozwalały na określenie i przewidzenie sposobu ustalania cen lub innych wskaźników w przyszłych postępowaniach lub dało przewagę w niniejszym.

W ocenie Izby treść uzasadnień zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa jest ogólnikowa i uniwersalna, w tym znaczeniu, że mogłyby w zasadzie być wykorzystane w treści dowolnego uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa sporządzonego przez dowolnego innego wykonawcę w każdym postępowaniu. Uzasadnienie zawiera deklaracje o posiadaniu przez zastrzeżone informacje wartości gospodarczej, wpływie na zakłócenie konkurencji lub wartości handlowej, bez doprecyzowania na czym ona polega w świetle treści konkretnych dokumentów i zastrzeganych informacji (z uwzględnieniem zakresu zanonimizowanego) i bez wykazania konkretnej straty grożącej zastrzegającemu w razie ujawnienia tych informacji czy też zakłócenia konkurencji. Same deklaracje czy oświadczenia, nie stanowią „wykazania”, o którym mowa w art. 18 ust. 3 Pzp. Ponad to zastrzeżenia tajemnicy nie uzasadniają objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa tych konkretnych danych, których odtajnienie domagają się Odwołujący.

Opis przyjętych procedur zabezpieczających przed ujawnieniem informacji poufnych u zastrzegających tajemnic jest ogólnikowy i zabrakło tutaj elementu wykazania zastosowania i wdrożenia tychże w odniesieniu do konkretnych zastrzeganych informacji objętych zastrzeżeniem. W ocenie Izby nie jest wystarczającym dla wykazania przedsięwzięcia działań niezbędnych w celu zachowania w poufności informacji zastrzeganych powołanie ogólnych zasad lub dokumentów, w tym również w postaci oświadczeń o zachowaniu w poufności tajemnicy przedsiębiorstwa, jakie podpisywane są przez pracowników odnoszących się do obowiązków określonego zachowania i obejmowania tajemnicą informacji, które na to zasługują.

Zastrzeżenie tajemnicy i podjęcie w tym zakresie działań w odniesieniu do wybranych danych objętych wyjaśnieniami rażąco niskiej ceny musiałoby się odnosić nie tylko do etapu przygotowania oferty i wyjaśnień rażąco niskiej ceny, lecz także do danych źródłowych na podstawie, których kalkulowano cenę i informacji objętych zastrzeżeniem, czego nie wykazano i wszystkich osób, które miały dostęp do danej określonej informacji. Zastrzeżenia nie wykazują, że obowiązkiem zachowania tajemnicy obciążono wszystkie osoby zaangażowane w przygotowanie oferty, kalkulacje ceny i jej wyjaśnienia i że obowiązywało konkretne osoby mające dostęp do wszystkich informacji, w tym także źródłowych, które zostały zastrzeżone.

Zastrzegający tajemnicę nie wykazali przedsięwzięcia działań mających na celu zachowanie w tajemnicy całości informacji zastrzeżonych a także przesłanki wartości gospodarczej, handlowej lub zakłócenia konkurencji na skutek odtajnienia zastrzeganych informacji w odniesieniu do wszystkich kategorii zastrzeganych dokumentów/ informacji, co do których zastrzeżenia złożono zarzuty.

Odnosząc się do wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w sprawie C-54/21 i związanej z tym argumentacji, jeszcze raz Izba podkreśla, że wyrok ten nie zmienił treści art. 18 ust. 3 PZP, czyli wymogu „wykazania” przez wykonawcę zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, co jest zgodne z art. 21 ust. 1 dyrektywy

Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26.02.2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (dalej: „dyrektywa klasyczna”), w którym przewidziano obowiązek nieujawniania przez zamawiającego „informacji przekazanych jej przez wykonawców i oznaczonych przez nich jako poufne”, o ile „nie przewidziano inaczej (...) w przepisach krajowych, którym podlega dana instytucja zamawiająca, w szczególności w przepisach dotyczących dostępu do informacji”. Tym samym obowiązek wykazania przez wykonawcę, że zastrzeżone przez niego informacje rzeczywiście stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, pozostaje aktualny. Trybunał potwierdził to także w pkt 65 ww. wyroku, w którym stwierdził: „W tym względzie należy przypomnieć, że instytucja zamawiająca nie może być związana samym twierdzeniem wykonawcy, że przekazane informacje są poufne, lecz musi od niego wymagać wykazania, że informacje, których ujawnieniu wykonawca ten się sprzeciwia, mają rzeczywiście poufny charakter”. Trybunał wskazał też na konieczność wyważenia między poufnością a realizacją uzasadnionych interesów innych wykonawców. Wynika to w szczególności z pkt 50 ww. wyroku, w którym wskazano: „Niemniej zasadę ochrony informacji poufnych trzeba pogodzić z wymogami skutecznej ochrony sądowej. W tym celu należy dokonać wyważenia zakazu określonego w art. 21 ust. 1 dyrektywy 2014/24 oraz ogólnej zasady dobrej administracji, z której wynika obowiązek uzasadnienia. Ovo wyważenie powinno uwzględniać w szczególności okoliczność, że w braku wystarczających informacji umożliwiających sprawdzenie, czy decyzja instytucji zamawiającej dotycząca udzielenia zamówienia jest obciążona ewentualnymi błędami lub jest bezprawna, odrzucony oferent nie będzie miał w praktyce możliwości skorzystania w odniesieniu do takiej decyzji z prawa do skutecznego środka prawnego (...)”.

Biorąc zatem pod uwagę zarówno przepisy UZNK, Pzp oraz dyrektywy klasycznej, jak i stanowisko Trybunału wyrażone w ww. wyroku, Izba stwierdziła, że zastrzegający nie tylko nie wykazali, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 UZNK, ale też nie wykazali, aby ujawnienie tych informacji mogło realnie zakłócić konkurencję i wpłynąć na warunki prowadzenia przez niego działalności gospodarczej. Natomiast nieujawnienie tych informacji z pewnością zamyka innym wykonawcom drogę do wiedzy, która pozwolić może na ocenę składanych przez zastrzegających ofert, co stanowi naruszenie art. 16 Pzp.

Stąd Izba w zakresie żądania odtajnienia informacji zastrzeżonych uwzględniła odwołania.

PODSTAWY WYKLUCZENIA WYKONAWCÓW – W ZWIĄZKU Z PRZEDSTAWIENIEM W JEDZ INFORMACJI O BRAKU PODSTAW WYKLUCZENIA

SPRAWA KIO 2547/24 - ZARZUT DRUGI, TRZECI, CZWARTY

SPRAWA KIO 2548/24 – ZARZUT DRUGI

Izba ustaliła, w oparciu o dokumenty postępowania okoliczności bezsporne pomiędzy stronami, że:

1. Zamawiający prowadzi Postępowanie, w którym w dniu 9 lipca 2024 r. dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej – Dohwa; Zamawiający nie miał wątpliwości, w zakresie braku podstawy wykluczenia Dohwa;
2. W punkcie 8.1 SWZ jako przesłanki wykluczenia określono te wskazane w art. 109 ust. 1 pkt 7, 8 i 10 Pzp: „8.1. O udzielenie Zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, wobec których brak jest podstaw do wykluczenia z Postępowania: b) na podstawie art. 109 ust. 1 pkt. 2, 3, 4, 7, 8, 9, 10 Ustawy (podstawy wykluczenia fakultatywne)”, co powoduje, że w Postępowaniu znajdują zastosowanie przesłanki określone w art. 109 ust. 1 pkt 7, 8 i 10 Pzp;
3. Dohwa wraz z ofertą złożył dokument JEDZ. W części C JEDZ Dohwa na pytanie: „Czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową?” Odpowiedział: „NIE”.

TZW. UMOWA PERU

Dalej Izba ustaliła z oparciu o dokumenty przedłożone przez strony i uczestników (w tym w szczególności złożone przez Odwołującego: wyciąg z rejestru z tłumaczeniem oraz postanowienie z 3 stycznia 2023r. wydane w Peru – Lima przez Urząd Administracji i Koordynacji Dostaw i Kontroli Aktywów z tłumaczeniem (dalej: Postanowienie) z uwzględnieniem ich stanowisk i wyjaśnień, że:

4. 14 października 2021 r. konsorcjum: Provias Descentralizado i Consorcio Supervisor Tarata (utworzone przez Carlos Fernandez Casado S.L. Sucursal del Perú i Dohwa Engineering CO. LTD. Sucursal del Perú, dalej: Konsorcjum Peru) podpisało umowę nr 056-2021-MTC/21. Umowa ta dotyczyła nadzoru nad realizacją projektu: Budowa mostu Tarata na rzece Huallaga w prowincji Mariscal Cáceres, region San Martín; umowa zawierana była na rzecz podmiotu publicznego i miała charakter umowy o udzielenie zamówienia publicznego (dalej: Umowa Peru);
5. W skład konsorcjum realizującego powyższą umowę wchodziła także Dohwa (oddział tej spółki w Peru) (dowód złożony przez Systra wyciąg z rejestru), stąd ewentualne naruszenia związane z realizacją Umowy Peru odnoszą skutek w stosunku do Dohwa;
6. Umowa Peru nie została wykonana, Konsorcjum Peru nie rozpoczęło jej realizacji;
7. Do odroczenia terminu realizacji Umowy Peru doszło z powodów dotyczących wykonawcy robót budowlanych, które nadzorowane miały być w ramach Umowy Peru przez Konsorcjum Peru (co Izba ustaliła dając wiarę wyjaśnieniom Dohwa, oraz Postanowienia);

8. Postanowieniem wydanym zgodnie z postanowieniami Dekretu Najwyższego nr 029-2006- MTC, TUO Państwowego Prawa Kontraktowego, Ustawy nr 30225, zatwierdzonego Dekretem Najwyższym nr 082-2019-EF i jego Rozporządzeniem zatwierdzonym Dekretem Najwyższym nr 344-2018-EF i jego zmianami; oraz, korzystając z funkcji powierzonych uchwałą ministerialną nr 427-2018-MTC/01 i uprawnień przyznanych w art. 8 lit. n) podręcznika operacyjnego specjalnego zdecentralizowanego projektu infrastruktury transportowej - PROVÍAS DESCENTRALIZADO, zatwierdzonego uchwałą ministerialną nr 897-2021-MTC/01. 02 dnia 3 stycznia 2023 r. stwierdzono z urzędu nieważność Umowy Peruktorę wykonawcą było Konsorcjum Peru na podstawie „przesłanek przewidzianych w ust. b) i drugiego założenia przewidzianego w ust. d) art. 44.D2 ustawy N 30225, ustawy o umowach państwowych, której tekst jednolity został zatwierdzony dekretem najwyższym nr 082-2019-EF, z powodów określonych w niniejszej uchwale.”
9. Jako uzasadnienie stwierdzenia nieważności Umowy Peru z urzędu wskazano : „(i) Przedłożenie niekompletnej dokumentacji wymaganej w warunkach procedury wyboru oferty, na co zwrócił uwagę Podmiotu Organ Nadzoru Instytucjonalnego w raporcie nr 012-2022-2-5568-AOP, (ii) Niewłaściwe zinterpretowanie przez Konsorcjum Dekretu Nadzwyczajnego nr 063-2021 oraz (iii) Złożenie dokumentów zawierających niedokładne informacje dotyczące adresu Konsorcjum (strona 10 oryginału, oraz dodatkowo strony 3-4 oryginału); Podkreślono, że: „nieważność jest stosowana jako narzędzie lub mechanizm służący do usunięcia z procedury wyboru wszelkich nieprawidłowości lub wad, które mogłyby utrudnić zawarcie zamierzonej umowy, co oznaczałoby skorygowanie tych uchybień, które mogłyby zmienić etapy postępowania lub jego wynik. „

TZW. UMOWA SUWON I PUNKT KARNE

Dalej Izba ustaliła w oparciu do dokumenty postępowania oraz przedłożone przez strony i uczestników (w tym w szczególności złożone przez Odwołującego: poświadczenie realizacji usług inżynierii budowlanej dotyczące umowy pn. „Podstawowe i szczegółowe usługi projektowe podtorza dla projektu połączenia bezpośredniego KTX firmy Suwon”, dalej: Poświadczenie Suwon, wyciąg z ustawy Koreańskiej) z uwzględnieniem ich stanowisk i wyjaśnień, że:

10. Dohwa realizowała umowę pn. „Podstawowe i szczegółowe usługi projektowe podtorza dla projektu połączenia bezpośredniego KTX firmy Suwon” (dalej: Umowa Suwon);
11. W związku z Umową Suwon naliczone zostały Dohwa tzw. Punkty karne;
12. Dohwa na wezwanie Zamawiającego nie dotyczące podstaw wykluczenia przekazał informacje dotyczące nałożenia tzw. Punktów karnych w związku z Umową Suwon a następnie w związku z wątpliwościami Zamawiającego, co do ich charakteru wyjaśnił, że ich nałożenie nie powoduje wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniach w sprawie zamówienia publicznego / nie stanowi podstawy do zastosowania i nie wypełnia żadnej z przesłanek wykluczenia w rozumieniu ani koreańskich, ani polskich przepisów o zamówieniach publicznych (art. 108 i 109 Pzp).
13. Tzw. Punkty karne nałożone zostały za nienależyte wykonanie Umowy Suwon na podstawie art. 53 ustawy o promocji technologii budowlanych (ustawa koreańska) , zgodnie z którym tzw. Punkt karny nakłada się w sytuacji:
 - 1) Jeżeli wady w robotach budowlanych powstają lub mogą powstać, ponieważ którakolwiek z następujących osób nie wykonuje rzetelnie inżynierii budowlanej, usługi projektowania budowlanego, nadzoru budowlanego zgodnie z art. 2 ust. 5 ustawy o architektach lub robót budowlanych lub wyrządza szkodę zamawiającemu, umyślnie lub przez niedbalstwo w studium wykonalności robót budowlanych (zwanym dalej „studium wykonalności”) zgodnie z art. 47, Minister Gospodarki Przestrzennej, Infrastruktury i Transportu, instytucja zamawiająca (w przypadku projektu partnerstwa publiczno- prywatnego zgodnie z ustawą o partnerstwie publiczno-prywatnym w infrastrukturze oznacza to właściwą agencję administracyjną zgodnie z art. 2 ust. 4 tej samej ustawy; w niniejszym artykule stosuje się to samo) oraz kierownik agencji zatwierdzającej lub zezwalającej wystawiają czarne znaki po zmierzeniu stopnia winy: 1. Konstruktor; 2. Zarejestrowany budowniczy mieszkań; 3. Podmiot prowadzący działalność gospodarczą w zakresie inżynierii budowlanej (w tym architekt założyciel firmy architektonicznej na mocy Art. 23 (2) Ustawy o architektach; to samo stosuje się w niniejszym artykule); 4. Inżynier budowlany lub architekt, który jest zatrudniony przez osobę objętą którymkolwiek z punktów od 1 do 3;
14. Nałożenie tzw. Punktów karnych nie prowadzi do rozwiązania, wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady (co Izba ustaliła w oparciu o stanowiska Odwołującego i Dohwa).

TZW. REJESTR PENALIDAD

Dalej Izba ustaliła w oparciu o dokumenty przedłożone przez strony i uczestników (w tym w szczególności: opinia prawna wraz z tłumaczeniem dotycząca Dohwa oraz wyciąg z Rejestru Penalidad) z uwzględnieniem ich stanowisk i wyjaśnień, że:

15. Dohwa znalazł się w sytuacji, w której doszło do obciążenia go karami umownymi z tytułu nienależytego wykonania umów zawartych z podmiotami o charakterze zamawiających publicznych w Peru;
16. Urząd Skarbowy Amazonas – Peru prowadzi oficjalny rejestr kar umownych w dokumencie „Penalidad 2022” publikowanym na stronie internetowej ,
17. W Rejestrze Penalidad ujawnione zostały kary umowne nałożone na Dohwa.

TZW. UMOWA PERU

TZW. UMOWA SUWON – PUNKTY KARNE

KIO 2547/24 – ZARZUT DRUGI, TRZECI, CZWARTY

Zarzut Sysra dotyczy zaniechania odrzucenia oferty Dohwa wobec tego, że wykonawca ten powinien być wykluczony z postępowania w konsekwencji zatajenia informacji o nienależyтым wykonaniu zamówienia - ze względu na wprowadzenie Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji dotyczącej podstaw wykluczenia oraz informacji mających, albo mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia a także takiego niewykonania, nienależytego wykonania innej umowy, które powinno stanowić podstawę wykluczenia.

W ocenie Sysra udzielona przez Dohwa w JEDZ odpowiedź nie była prawdziwa i była niezgodna ze stanem rzeczywistym, na czym Odwołujący oparł zarzuty drugi, trzeci i czwarty wskazując na dwa zdarzenia pierwsze związane z Umową Peru i drugie dotyczące naliczenia tzw. Punktów karnych w związku z Umową Suwon.

Zarzuty opierały się na założeniu, że:

- 1.dla oceny popełnionego czynu nie ma znaczenia sposób zakończenia realizacji Umowy Peru (w tej sytuacji unieważnienie), bo celem udzielenia odpowiedzi na pytanie w JEDZ jest weryfikacja czy podmiot jest rzetelnym wykonawcą i czy gwarantuje on wykonanie przedmiotu zamówienia w sposób zgodny z przepisami prawa oraz wymaganiami zamawiających. Istotny natomiast jest fakt, że Umowa Peru nie została zrealizowana, a odpowiedzialność za tę okoliczność spoczywa na wykonawcy - liczy się skutek - brak realizacji umowy i zakończenie jej obowiązywania przed terminem w niej wskazanym;
- 2.naliczenie tzw. Punktów karnych wiąże się z nienależyтым wykonaniem Umowy Suwon, co wskazuje na to, że stanowi inną porównywalną sankcję nałożoną w związku z tą wcześniejszą umową, do której referuje JEDZ, co wystarcza dla uznania, że mamy do czynienia z wprowadzeniem w błąd w rozumieniu Ustawy;
- 3.wykonawcy są zobowiązani do wskazywania wszelkich informacji o rozwiązaniu umowy lub nałożeniu kar umownych lub innych porównywalnych sankcji w JEDZ, tak by zamawiający na podstawie przekazanych informacji byli w stanie dokonać weryfikacji okoliczności będących podstawą do zakończenia umowy z wykonawcą;
- 4.zasadniczo bez znaczenia jest fakt, czy podmiot rzeczywiście podlega wykluczeniu z Postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp, bo wykluczenie w oparciu o art. 109 ust. 1 pkt. 7 nie jest warunkiem wykluczenia wykonawcy za wprowadzenie w błąd w oparciu o art. 109 ust. 1 pkt. 8 lub 10) Pzp.

Izba stwierdza, że Odwołujący nie wykazał zasadności zarzutów.

TZW. REJESTR PENALIDAD

KIO 2548/24 - ZARZUT DRUGI

Zarzut Voessig dotyczy zaniechania odrzucenia oferty Dohwa wobec tego, że wykonawca ten powinien być wykluczony z postępowania w konsekwencji zatajenia informacji o nienależyтым wykonaniu zamówienia - ze względu na wprowadzenie Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji dotyczącej podstaw wykluczenia oraz informacji mających, albo mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

W ocenie Voessig udzielona przez Dohwa w JEDZ odpowiedź nie była prawdziwa i była niezgodna ze stanem rzeczywistym, na czym Odwołujący oparł zarzuty drugi wskazując na zdarzenia związane z tzw. Ujawnionymi Karami w Penalidad.

Zarzut sprowadzał się do:

- powołania się na rejestr Penalidad wskazujący na fakt obciążenia Dohwa karami umownymi;

- wskazania w odwołaniu, że Dohwa obciążona została karami umownymi:

- | | | | | | |
|---|--------------|-----|-------------------|------------|------|
| a. 11/01/22 nr 092100267na kwotę | 416 358,88 | PEN | (ok. | 433.013,23 | zł); |
| b. 24/01/22 nr 121700059na kwotę | 654 902,21 | PEN | (ok. | 681.098,29 | zł); |
| c. 19/04/22 nr 993500189na kwotę | 800 337,80 | PEN | (ok. | 832.351,31 | zł); |
| d. 31/08/22 nr 092000217na kwotę | 1 085 861,53 | PEN | (ok. 1.129.295,90 | zł); | |
| e. 26/09/22 nr 0. na kwotę 1 275 506,53 | | PEN | (ok. 1.326.526,70 | zł). | |

- przywołania hipotezy normy art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp i założenia, że sam fakt ujawnienia kar w rejestrze a tym samym ich nałożenia przesądza o zaistnieniu podstawy wykluczenia w oparciu o art. 109 ust. 1 pkt 7 i dalej 109 ust 1 pkt 8 lub 10 Pzp.

- przywołania szeregu stanowisk judykatury.

Izba stwierdza, że:

Zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt. 7 w zw. z ust. 3 Pzp wyklucza się z postępowania wykonawcę który, z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady, chyba że wykluczenie byłoby oczywiście nieproporcjonalne.

Zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp z postępowania wyklucza się wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje

podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych;

Zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp wyklucza się z postępowania wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Zgodnie z art. 125 ust. 1-3 Pzp Do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo do oferty wykonawca dołącza oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu, spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w zakresie wskazanym przez zamawiającego. 2.

Oświadczenie, o którym mowa w ust. 1, składa się na formularzu jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia, sporządzonym zgodnie ze wzorem standardowego formularza określonego w rozporządzeniu wykonawczym Komisji (UE) 2016/7 z dnia 5 stycznia 2016 r. ustanawiającym standardowy formularz jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (Dz. Urz. UE L 3 z 06.01.2016, str. 16), zwanego dalej "jednolitym dokumentem". 3. Oświadczenie, o którym mowa w ust. 1, stanowi dowód potwierdzający brak podstaw wykluczenia, spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, odpowiednio na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert, tymczasowo zastępujący wymagane przez zamawiającego podmiotowe środki dowodowe.

Izba stwierdza, że powszechnie przyjmuje się, że:

- przesłanki wykluczenia wykonawców i odrzucenia ofert wykładane powinny być ściśle;
- lekkomyślność, do którego referuje art. 109 Pzp polega na tym, że wykonawca przedstawia informacje, przewidując możliwości wprowadzenia zamawiającego w błąd, ale bezpodstawnie sądzi, że skutku tego uniknie, świadomie łamiąc zasady ostrożności;
- niedbalstwo, do którego referuje art. 109 Pzp zachodzi, jeżeli wykonawca nie ma w ogóle wyobrażenia co do możliwości wprowadzenia zamawiającego w błąd, choć przy dołożeniu należytej staranności powinien był skutek ten sobie wyobrazić.

Izba stwierdza, że treść obowiązku notyfikacji zamawiających przewidziana JEDZ nie może być analizowana i wykładana w oderwaniu od przesłanek wykluczenia określonych przez polskiego ustawodawcę – tutaj art. 109 Pzp. Wykonawca nie może być „sędzią” we własnej sprawie, co wiąże się z obowiązkiem informowania zamawiających o zdarzeniach, do których referuje JEDZ- tutaj wcześniejszych umowach w sprawie zamówienia publicznego, które zostały rozwiązane przed czasem, lub w których nałożono odszkodowanie lub inną porównywalną sankcję w związku z tą wcześniejszą umową. W ocenie Izby jednak nie każde rozwiązanie umowy w sprawie zamówienia publicznego i nie każde odszkodowanie lub kara stanowi zdarzenie, z którym Ustawa wiąże obowiązek wykonawcy notyfikacji zamawiających w JEDZ, którego zaniechanie stanowić może podstawę wykluczenia. Obowiązek ten, w ocenie Izby, ograniczony jest do zdarzeń, które zgodnie z Ustawą stanowiły albo potencjalnie stanowiły mogłyby i powinny podstawę wykluczenia.

Wstępnej oceny zdarzenia z oczywistych przyczyn dokonuje wykonawca składając JEDZ a w przypadku błędnej kwalifikacji może ponieść z tego tytułu konsekwencje.

Interpretacja zapisu JEDZ wskazana przez Odwołującego oczekująca notyfikacji o każdym zdarzeniu opisanym JEDZ prowadziłyby do nieuzasadnionego treścią Pzp ani JEDZ – w tym także w świetle ratio legis przepisów (zapewnienie realizacji zamówień przez rzetelnych wykonawców) - obowiązku notyfikacji zamawiających o każdym rozwiązaniu umowy lub każdym nałożeniu kary umownej - odszkodowawczej.

Przy czym w przypadku zanegowania istnienia podstaw wykluczenia w JEDZ i dokonania w oparciu o oświadczenie pozytywnej weryfikacji wykonawcy przez zamawiającego, ciężar dowodu zgodnie z art. 535 Pzp istnienia podstawy wykluczenia spoczywa, co do zasady, na odwołującym, co jednak nie zdejmuje z innych uczestników postępowania odwoławczego odpowiedzialności za wynik procesu wiążący się zawsze z inicjatywą dowodową.

W niniejszej sprawie wobec treści zarzutu zaniechania wykluczenia wykonawcy w związku z nieprawdziwym oświadczeniem JEDZ koniecznym było wykazanie przesłanek określonych normą art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp bezpośrednio lub w powiązaniu z art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 Pzp. Tym samym Odwołujący wykazał winien, że zakończenie kontraktu lub odszkodowanie nastąpiły z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, który w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady. Temu zadaniu Odwołujący nie sprostał zarówno jeśli chodzi o Umowę Peru jak i Umowę Suwon. Odwołujący nie wykazał też, że zdarzenia, na które się powołał były takiego rodzaju, że powinny rodzić wątpliwości, co do ich kwalifikacji, jako objętych hipotezą normy art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp.

W ocenie Izby zarówno dla wykazania zarzutu dotyczącego wykluczenia w oparciu o normę art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp jak i w oparciu o art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 Ustawy nie wystarczy stwierdzić / wykazać, że doszło do rozwiązania umowy lub odstąpienia od niej lub nałożenia jakiegokolwiek sankcji lub kary umownej z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

Konieczne jest również wykazanie sankcyjnego charakteru zakończenia bytu umowy (rozwiązania lub odstąpienia), które wynikało z kwalifikowanej postaci niewykonania lub nienależytego wykonania umowy lub nałożenia z tego tytułu

odszkodowania lub kary o charakterze odszkodowawczym, przy czym charakter szkody nie został tutaj ograniczony.

W niniejszej sprawie w zakresie Umowy Peru nie doszło do etapu realizacji umowy. Przyczyny takiego stanu były złożone. Bezsprzecznie podstawą zakończenia Umowy Peru było stwierdzenie z urzędu jej nieważności przez właściwy organ, będący jednocześnie podmiotem, z którym Umowa Peru została zawarta i nadzorującym procesy zamówień publicznych, z przyczyn leżących po stronie wykonawcy związanych z etapem ofertowania i wyboru oferty najkorzystniejszej a więc poprzedzających zawarcie umowy w sprawie zamówienia. Odwołujący nie wykazał, by przyczyny te stanowiły kwalifikowaną postać niewykonania lub nienależytego wykonania umowy.

W sprawie Odwołujący nie wykazał zaistnienia przesłanek wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt. 7) Pzp, w tym w szczególności tego, że doszło do niewykonania lub nienależytego wykonania istotnego zobowiązania z Umowy Peru, które doprowadziło do rozwiązania lub odstąpienia od tejże, wykonania zastępczego lub odszkodowania.

W zakresie Umowy Suwon Odwołujący założył, że samo naliczenie tzw. Punktów karnych jest wystarczające dla uznania, że będące podstawą ich naliczenia niewykonanie lub nienależyte wykonanie Umowy Suwon miało charakter kwalifikowany. Nie wykazał, że tzw. Punkty karne mają charakter sankcyjny ani dyscyplinujący, że nałożone zostały z powodu niewykonania lub nienależytego wykonania Umowy Suwon o istotnej wadze - takiej by fakt ich nałożenia skutkować mógł wykluczeniem z postępowań w sprawie zamówienia publicznego. Odwołujący nie wykazał również, że tzw. Punkty karne stanowią inną porównywalną do odszkodowania sankcję. Z drugiej strony Dohwa przedstawiła wyjaśnienia, którym Izba dała wiarę, wskazujące na niestotność naruszeń Dohwa, z jakimi powiązano tzw. Punkty karne, wobec obciążenia nimi Dohwa jedynie w niewielkiej proporcji.

Tym samym nie było podstaw do uwzględnienia odwołania Systra w zakresie opisanym zarzutami drugim, trzecim i czwartym.

W zakresie tzw. Rejestru Penalida Voessig oprócz wyciągu z rejestru jako dowód na wypełnienie przesłanek podstaw wykluczenia przywołał opinię wraz z tłumaczeniem wskazującą, że Dohwa została obciążona karami ujawnionymi w rejestrze Penalidad. Dowód wskazuje, na fakt ujawnienia w rejestrze kar nałożonych na Dohwa wiążących się z nienależyтым wykonaniem pięciu kontraktów realizowanych w ramach przetargów publicznych. Wymienione tam jednak przypadki nienależytego wykonania zamówień nie pozwalają na przypisanie ich wskazanym w odwołaniu karom umownym. Brak jest jakichkolwiek danych w tym dowodzie, a nawet stanowisku Voessig, które pozwoliłoby na zweryfikowanie i przyporządkowanie wymienionych w odwołaniu kar umownych stanowiących faktyczną podstawę wniesionego zarzutu z wymienionymi w opinii kontraktami

Tym samym Izba stwierdza, że zarzut Voessig jako opierający się wyłącznie na twierdzeniach Odwołującego nie mógł zostać uwzględniony, w tym także, co przyjęcia na siebie przez Dohwa roli sędziego we własnej sprawie. Okoliczności faktyczne, na jakich opierał się zarzut nie zostały wykazane.

Odwołujący Systra ani Voessig nie wykazali, że oświadczenie złożone przez Dohwa w JEDZ było nieprawdziwe, ani że zachowanie Dohwa w innych postępowaniach było takiego rodzaju, że mogło / powinno stać się podstawą wykluczenia. Tym samym nie mogło dojść też do żadnej formy wprowadzenia Zamawiającego w błąd. Odwołujący nie wykazali podstaw wykluczenia w oparciu o żadną z norm w szczególności art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp ani 109 ust. 1 pkt 8 lub 1) Pzp.

ZARZUTY DOTYCZĄCE RAŻĄCO NISKIEJ CENY LUB ISTOTNEJ CZĘŚCI SKŁADOWEJ CENY OFERTOWEJ ORAZ NIEZGODNOŚCI TREŚCI OFERTY Z WARUNKAMI ZAMÓWIENIA W SPRAWACH KIO 2547/24, KIO 2548/24

ZARZUTY DOTYCZĄCE OFERTY DOHWA

Izba w oparciu o dokumenty postępowania ustaliła bezsporne okoliczności, że:

1. W związku z wypełnieniem przesłanki art. 224 ust. 2 Pzp Zamawiający wezwał Dohwa pismem z 10 maja 2024 r. do złożenia wyjaśnień z art. 224 Pzp;
2. Dohwa złożyła wyjaśnienia 20 maja 2024 r. (dalej: Wyjaśnienia RNC Dohwa);
3. pismem z dnia 23 maja 2024 r. Zamawiający wezwał Dohwa do dodatkowych wyjaśnień;
4. Dohwa złożyła dodatkowe wyjaśnienia 2 czerwca 2024 r. (dalej: Wyjaśnienia RNC Dohwa);
5. Wyjaśnienia RNC Dohwa z 20 maja 2024 r. składają się zasadniczo z trzech części: i) opisowej, ii) kalkulacji (w formie tabelarycznej), iii) dowodów.
6. Wyjaśnienia zawierają jako załączniki kalkulacje tabelaryczne a także dokumenty źródłowe, w tym w szczególności, umowy o pracę i oferty podwykonawcze potwierdzające prawidłowość kalkulacji ceny ofertowej;

SPRAWA KIO 2547/24

ZARZUT SZÓSTY I SIÓDMY

W zakresie zarzutu szóstego Systra odnoszącego się do niezgodności oferty Dohwa z treścią warunków zamówienia twierdzenia ograniczały się do tego, że w ocenie Odwołującego Dohwa:

- nie wykazała, że posiada wymagany personel w branży sterowania ruchem kolejowym na etapie nadzorów autorskich,
- nie uwzględniła w swojej wycenie podstacji trakcyjnych i do kalkulacji ceny przyjęła zbyt małą ilość obiektów inżynierskich.

Zarzut siódmy odnosił się do zaniechania odrzucenia oferty Dohwa wobec błędnej oceny oferty i wyjaśnień rażąco

niskiej ceny, podczas gdy zaoferowana cena i koszt przez Dohwa nie są wystarczające dla zrealizowania zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, a udzielone wyjaśnienia rażąco niskiej ceny nie potwierdzają prawidłowości w obliczeniu ceny i kosztu. Systra oparła zarzut na porównaniu cen ofertowych Dohwa z cenami innych wykonawców, poddaniu pod wątpliwość wyjaśnień rażąco niskiej ceny Dohwa i zakwestionowaniu możliwości realizacji danej roboty (zamówienia) za cenę Dohwa w zakresie kilku elementów ceny ofertowej, które oceniała jako istotne części składowe ceny.

Zarzut odnosił się do kalkulacji ceny:

1. Nadzór autorski – zarzut sprowadza się do porównania cen Dohwa (z kosztorysu ofertowego i kalkulacji wyjaśnień rażąco niskiej ceny) z kalkulacją własną Systra kosztów Dohwa opartej na założeniach Odwołującej i stawkach z kalkulacji Dohwa, zakwestionowaniu wyjaśnień i twierdzenia, że cena Dohwa w tym zakresie nie jest wystarczająca dla pokrycia kosztu.
2. Geologia – zarzut sprowadza się do porównania jako probierza cen Systra, Voessig i MGGP oraz ich podwykonawców, mieszczących się w widełkach od 15 000 000 do ponad 18 000 000 mln złotych z ceną Dohwa na poziomie 7 040 000 złotych, zakwestionowaniu wyjaśnień i twierdzenia, że cena Dohwa nie jest wystarczająca dla pokrycia kosztu. (Izba ustaliła, że Dohwa przedłożyła Zamawiającemu w ramach Postępowania ofertę podwykonawcy potwierdzającą realność kosztu określonego w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny)
3. Geodezja – zarzut sprowadza się do porównania cen ofertowych i ich elementów wykonawców w Postępowaniu i wskazaniu jako probierza cen BBF. Systra i MGGP, zakwestionowaniu wyjaśnień twierdzenia, że cena Dohwa nie jest wystarczająca dla pokrycia kosztu.
4. Obiekty inżynierskie, podstacje trakcyjne – zarzut sprowadzał się do porównania cen ofertowych i ich elementów oraz opartego na treści Wyjaśnień RNC Dohwa twierdzeniu o pominięciu w ofercie a tym samym wycenie wszystkich wymaganych SWZ podstacji trakcyjnych i części obiektów inżynierskich.

Systra dla uzasadnienia zarzutu rażąco niskiej ceny przedstawiła symulacje prawidłowej ceny i kosztów Dohwa dokonaną w oparciu o własne założenia i wskazała, że „suma wszystkich błędów w kalkulacji ceny, w których nie uwzględniono wszystkich niezbędnych kosztów jakie Dohwa winna ponieść - wynosi 16.054.222,30 zł (+5 mln). Kwota ta składa się z:

- a. Zbyt niski koszt nadzorów autorskich - 2.166.300,00 zł.
- b. Nadzory autorskie w branży sterowania ruchem kolejowym - 900.000,00 zł.
- c. Geologia - 8.000.000,00 zł.
- d. Geodezja - 4.000.000,00 zł.
- e. Zbyt mała ilość obiektów inżynierskich - 987.922,29 zł.

Dodatkowo Odwołujący podnosił z ostrożności procesowej argumenty dotyczące: a. Podstacji trakcyjnych - ok. 5 mln zł. Podczas gdy wysokość zysku, z którego ewentualnie stratę mogłaby pokryć Dohwa wynosi 3.321.852,21 zł. Uwzględniając nawet pozycję dodatkowych kosztów (4.349.408,00 zł) cena zaoferowana przez Dohwę jest ceną rażąco niską i nie pozwala na realizację przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego.” Powyższe w ocenie Odwołującego potwierdzało zasadność zarzutu rażąco niskiej ceny wobec różnicy pomiędzy ceną ofertową i elementami z Wyjaśnień RNC Dohwa i własną kalkulacją ceny i kosztów Dohwa.

Zarzut szósty powiązany jest z zarzutem siódmym, wobec tego, że zarzut rażąco niskiej ceny Systra wiązała w szczególności z nieobjęciem wyceną i ofertą całości wymaganych SWZ podstacji trakcyjnych i obiektów inżynierskich a więc z niezgodnością treści oferty z warunkami zamówienia. Stąd uzasadnienie zarzutów w odwołaniu jak i uzasadnieniu rozstrzygnięcia dokonywane jest łącznie.

SPRAWA KIO 2548/24

ZARZUT PIERWSZY

Zarzut dotyczy błędnej oceny oferty i wyjaśnień rażąco niskiej ceny Dohwa i zaniechania odrzucenia oferty Dohwa jako zawierającej rażąco niską cenę lub koszt dla części pierwszej i drugiej zamówienia.

Odwołujący Voessig podnosił analogiczne zastrzeżenia, co Systra w sprawie KIO 2547/24, opierając się podobnie na własnych wyliczeniach i założeniach co do prawidłowej ceny Dohwa, wskazując inne wartości. Zarzut wywodził z faktu zaniżenia oferty Dohwa o ponad 21.239.310,00 zł netto zł, wskutek:

- braku ujęcia w wycenie podstacji trakcyjnych (skutek - koszty powinny być wyższe o kwotę 4.100.000 zł netto);
- ujęcia w kalkulacji zbyt małej liczby obiektów inżynierskich w stosunku do podanej w opz (skutek - koszty powinny być wyższe o kwotę 1.063.090,29 zł netto);
- braku ujęcia w kalkulacji badań istniejących obiektów inżynierskich (skutek - koszty powinny być wyższe o kwotę 1.310.220 zł netto);
- przyjęcia istotnie zaniżonej czasochłonności prac dla obiektów inżynierskich i inżynierskich w stosunku zakresu prac opisanego w opz (skutek - koszty powinny być wyższe o kwotę 7.564.690 zł netto);
- zaniżenie wyceny w zakresie kosztów badań geologicznych (skutek - koszty powinny być wyższe o kwotę co najmniej 6.500.000 zł netto);

•zaniżenie wyceny w zakresie usług geodezyjnych (skutek - koszty powinny być wyższe o kwotę 1.764.400 zł netto);
Wskazywał, że kalkulacja ceny i same wyjaśnienia rażąco niskiej ceny przygotowane zostały przez Dohwa w sposób niedbały, z wieloma rażącymi błędami.

ZARZUT PIĄTY

Zarzut dotyczy błędnej oceny oferty i wyjaśnień rażąco niskiej ceny Systrai zaniechania odrzucenia oferty Dohwa jako zawierającej rażąco niską cenę lub koszt dla części pierwszej i drugiej zamówienia. Odwołujący podnosił argumenty z zarzutu czwartego oraz przywoływał własne wyliczenia i symulacje jako prawidłowe. Wskazywał, że oferta Systra zawiera rażąco niską cenę, albowiem zaniżone i pominięte zostały koszty realizacji zamówienia o kwotę ponad 20.220.933 zł netto zł w zakresie zadania podstawowego, o kwotę ponad 1.141.857,84 zł netto zł w zakresie opcji Faza II i o kwotę ponad 886.128,03 zł netto zł w zakresie opcji Faza III.

NADZÓR AUTORSKI 2547/24

Izba w zakresie SRK i nadzoru autorskiego ustaliła dodatkowo okoliczności bezsporne w oparciu o dokumenty postępowania, że:

- 1.Dohwa zgodnie z formularzem ofertowym i wyjaśnieniami rażąco niskiej ceny zamierza w zakresie branży sterowania ruchem kolejowym polegać na zasobach podmiotów trzecich – w tym przypadku na jednym podwykonawcy, któremu zamierza zlecić cały zakres sterowania ruchem kolejowym w ramach okresu Fazy I zamówienia, podczas gdy nadzór autorski w ramach okresu Fazy II zamówienia w tym zakresie planuje realizować samodzielnie.
- 2.Dohwa w pozycji formularza ofertowego w zakresie branży sterowania ruchem kolejowym Faza I zaoferował cenę 6 489 000,00 zł; identyczna kwota dla tego zakresu znajduje się w treści wyjaśnień MGGP, który do załączył ofertę TECHNITEL RAIL sp. z o.o., który zaoferował wykonanie tego zakresu właśnie za 6 489 000,00 zł
- 3.SWZ nie zawiera postanowień nakładających obowiązek realizacji nadzoru autorskiego przez ten sam podmiot przez cały okres realizacji zamówienia w tym przez ten sam podmiot, który realizuje zamówienie w zakresie branży sterowania ruchem kolejowym.

Zarzut Systra opiera się na założeniu nieprawdziwości oświadczenia Dohwa w zakresie woli i możliwości realizowania nadzoru autorskiego w Fazie II za stawkę wynagrodzenia własną (niższą od ceny rynkowej, w tym również oferowanej przez podwykonawcę innym podmiotom) wobec braku personelu Dohwa zdolnego wykonać tę usługę a także realizacji branży sterowania ruchem kolejowym w Fazie I w całości przez podwykonawcę. Dla wykazania twierdzeń Systra przedłożył dodatkowo ofertę TECHNITEL RAIL sp. z o.o.

Odwołujący Systra nie wykazał, na czym miałyby polegać niezgodność oferty Dohwa w zakresie personelu sterowania ruchem kolejowym (dalej: SRK) z SWZ. Zamawiający pozostawił oferentom swobodę w zakresie wyboru, jaki zakres prac oferenci zrealizują własnymi siłami, a jaki zasobem podwykonawców. SWZ nie zawiera wymagań narzucających obowiązek pełnienia nadzoru autorskiego przez ten sam podmiot na etapie całego zamówienia. Jednocześnie Odwołujący nie wykazał, że Dohwa nie ma lub nie będzie dysponować personelem SRK na etapie realizacji Fazy II zamówienia.

Odwołujący nie wykazał również, że Dohwa nie skalkulował kosztów personelu SRK ani wymaganej SWZ liczby podstacji trakcyjnych w cenie ofertowej. Dowodem na to nie jest kalkulacja własna Systra.

Zarzut opiera się na twierdzeniach Systra nie popartych dowodami.

Stąd Izba oddaliła odwołanie w tym zakresie.

NIE OBJĘCIE OFERTĄ I WYCENĄ PODSTACJI TRAKCYJNYCH

KIO 2547/24, KIO 2548/24

Izba ustaliła w oparciu o dokumenty postępowania, że:

- 1.Zgodnie z OPZ (por. pkt 2.1 ppkt f s. 16) jednym z elementów przedmiotu zamówienia było wykonanie dokumentacji zamówienia projektowej podstacji trakcyjnych. Wymagania co do zakresu i rodzaju prac w tym zakresie opisano w załączniku nr 2 do opz pt. „Opis stanu istniejącego i projektowanego” (ss. 121 do 128). Załącznik ten szczegółowo opisuje istniejące i projektowane podstacje wraz z planowanym zakresem prac oraz długości linii zasilających poszczególne podstacje. Daje to podstawę do bardzo szczegółowej analizy i wyceny prac projektowych
- 2.Wykonanie tej dokumentacji jest wyodrębnioną od innych prac projektowych częścią przedmiotu zamówienia.
- 3.Istota prac projektowych podstacji trakcyjnych jest specyficzna, co zawęża rynek potencjalnych wykonawców, czasem realizowana jest przez zarządców infrastruktury kolejowej (co Izba ustaliła dając wiarę stanowisku stron i uczestników);
- 4.Dohwa w Wyjaśnieniach RNC Dohwa nie wskazała odrębnej kalkulacji kosztów prac projektowych podstacji trakcyjnych; Systra, MGGP i Voessig podzlecili prace podwykonawcom, wycenili te koszty odrębnie na podobnym poziomie (na poziomie: Systra - 4.896.000 zł netto, MGGP - 4.127.600 zł netto, Voessig - 4.840.000 zł netto), stąd średni koszt na podstawie tych wycen wynosi 4.621.200 zł netto. Koszty wszystkich ww. wykonawców nie odbiegają od siebie w sposób znaczący;
5. Dohwa w kalkulacji na zakres „Sieć trakcyjna i zasilanie” wskazała na 25 056,15 godzin dla Fazy I, co przekłada się na 3 005 542,86 zł. W tej ilości mieszczą się godziny projektanta (23 863) i dodatkowo 5% z ilości

godzin dla projektanta dla asystenta branżowego (zgodnie z założeniem z kalkulacji Dohwa). Odwołujący zakres prac w tej branży szacował na podobnym poziomie, tj. 26 096 godzin

Zarzut Systra opierał się na założeniu, że Dohwa w sposób nieprawidłowy wyceniła zakres prac - nie wyceniła podstacji trakcyjnych, nie objęła ofertą podstacji trakcyjnych, co wskazuje na niezgodność oferty z warunkami zamówienia. Systra wywodziła tę okoliczność z faktu podzlecenia zakresu podstacji trakcyjnych przez innych wykonawców za ceny wyższe od kalkulacji Dohwa, nie objęcia nią wszystkich podstacji oraz niewystarczającej w ocenie Systra liczby godzin przyjętych przez Dohwa w jej kalkulacji pozycji „Sieć trakcyjna i zasilanie” do zrealizowania tego zakresu prac. Systra przedstawiła w tym zakresie własną kalkulację kosztów i ceny, jaka wykonana powinna zostać zdaniem Systra przez Dohwa i porównała kalkulację Dohwa z własnymi oceniając, że nie jest możliwe, aby Dohwa w tym zakresie prac uwzględniła również podstacje trakcyjne.

Izba w powyższym zakresie stwierdziła, że zarzut nie został wykazany. Opierał się na twierdzeniach i założeniach Odwołującego. Treść oferty i Wyjaśnienia RNC Dohwa potwierdzają wolę objęcia ofertą wszystkich podstacji trakcyjnych.

W zakresie zarzutu rażąco niskiej ceny Odwołujący Systra i Voessig oparli zarzut na głosowym twierdzeniu, że koszt prac projektowych podstacji trakcyjnych nie może być niższy od postulowanego przez nich, w szczególności tak niski jak wyliczony dla Dohwa. W tym miejscu Izba wskazuje, że fakt istnienia na rynku ofert wyższych nie oznacza sam przez się niemożności wykonania zamówienia za cenę niższą przez Dohwa a także, wobec braku wymagań, co do odrębnej wyceny lub żądania odrębnych wyjaśnień w tym zakresie, dla oceny prawidłowości ujęcia w cenie tych kosztów nie ma znaczenia brak odrębnej pozycji dla nich w kalkulacjach Dohwa. Izba stwierdza, że oparcie zarzutu Systra i Voessig w tym zakresie wyłącznie na własnych kalkulacjach zawartych w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny a także w toku postępowania odwoławczego (których prawidłowość nie była kwestionowana, i poparta jest także złożonymi przezeń dowodami) nie jest wystarczająca dla wykazania, że wartość branż elektroenergetycznej oraz sieci trakcyjne i zasilanie jest tak niska, aby ująć w nich jeszcze koszty dotyczące podstacji, co miałyby przesądzać o niezgodności oferty z SWZ (wobec nie objęcia ofertą tych prac) oraz rażąco niskiej cenie oferty.

Stąd zarzut podlegał oddalniu.

OBJĘCIE OFERTĄ ZBYT MAŁEJ LICZBY OBIEKTÓW INŻYNIERYJNYCH

Izba w oparciu o dokumenty postępowania ustaliła, że:

1. Zamawiający w OPZ (załącznik 2024.03.04_Zał. 2_v5 - Opis stanu istniejącego i projektowanego (OPCJE) - zmiana treści SWZ nr 13) określił dokładną ilość obiektów, dla których należy wykonać prace projektowe, z podziałem na linie kolejowe i typy obiektów.
2. W SWZ przewidziano: - 109 przepustów kolejowych i drogowych, - 49 mostów kolejowych, - 7 mostów drogowych, - 18 przejść pod torami, - 20 wiaduktów drogowych, - 94 wiadukty kolejowe, - 6 kładek dla pieszych, łącznie 303 obiekty.
3. Izba ustaliła w odniesieniu do liczby obiektów inżynierskich, że Wyjaśnienia RNC Dohwa wskazywały, w jaki sposób dokonano wyceny obiektów inżynierskich z SWZ, w tym, że Dohwa:
 - dokonał analizy wszystkich podanych w SWZ obiektów inżynierskich dla zadania pod względem zakresu prac, stopnia skomplikowania w nawiązaniu do wielkości i funkcji obiektu, do sytuacji terenowej i przewidywanego przebiegu niwelety na obiekcie;
 - następnie dla każdego obiektu określono przewidywany nakład pracy w roboczogodzinach uwzględniający specyfikę obiektu, zakres zadania określony w OPZ oraz porównawczy nakład pracy dla podobnych obiektów na podstawie doświadczenia i monitoringu czasu pracy prowadzonych przez Wykonawcę dla podobnych realizacji;
 - następnie wskazano, że pogrupowano obiekty pod względem możliwości zastosowania podobnej konstrukcji aby można było zastosować odpowiednie szablony modelowe pozwalające wykorzystać wspólne cechy i utworzyć uzyskać modele podobnych obiektów na podstawie modeli bazowych uwzględniających specyfikę zadania;
 - dopiero w oparciu o tak sklasyfikowane obiekty, Dohwa dokonał oceny możliwości optymalizacji projektu i skrócenia średnich nakładów pracy na dany obiekt, co pozwoliło określić współczynniki nakładu pracy dla obiektów inżynierskich zadania.
 - ostateczny nakład pracy jest iloczynem bazowego nakładu pracy dla obiektów i współczynników korekcyjnych ustalonych indywidualnie dla kontraktu. Cenę obiektu uzyskano mnożąc ostateczny nakład pracy roboczogodzin przez referencyjną cenę jednostkową.

Dalej Izba ustaliła, w oparciu o OPZ oraz wyjaśnienia Zamawiającego, że:

4. Według „OPZ obiektów inżynierskich na których przewidziane są prace jest łącznie 287, liczba ta obejmuje obiekty o różnym stopniu skomplikowania i przeznaczeniu, przewidziane do przebudowy, remontu, likwidacji, rozbudowy oraz budowę nowych obiektów jak również obiekty na których przewidziano konserwację i bieżące utrzymanie. W ilości tej uwzględniono:
 - 21 obiektów przewidzianych do likwidacji;
 - 48 obiektów na których przewidziano prace związane z bieżącym utrzymaniem i konserwacją i remontem.
5. Liczba obiektów przewidzianych do przebudowy (obiekty z wyłączeniem obiektów przewidzianych do likwidacji i konserwacji, bieżącego utrzymania i remontu) wynosi 218 obiektów. Liczba ta obejmuje:

Przepusty kolejowe - 55 obiektów
Mosty kolejowe - 39 obiekty
Wiadukty kolejowe - 61 obiekty
Przejścia pod torami - 16 obiektów
Kładki dla pieszych - 1 obiektów
Wiadukty drogowe - 9 obiektów
Przepusty drogowe - 30 obiektów
Mosty drogowe - 7 obiektów

6. W ilości tej nie uwzględniono:

- 21 obiektów przewidzianych do likwidacji
- 36 obiektów na których przewidziano prace związane z bieżącym utrzymaniem i konserwacją i remontem.

Izba ustaliła również dzieląc stanowisko Zamawiającego w oparciu o Wyjaśnienia RNC Dohwa i SWZ, że:

7. Dohwa w wyjaśnieniach wskazała kluczowe obiekty, dla których będzie faktyczne projektowanie (czyli nowo budowane obiekty, obiekty przebudowywane/ rozbudowywane). Zakres tych projektów jest nieporównywalnie większy niż dla rozbierek lub bieżącego utrzymania.

8. SWZ nie wprowadza zasady, że każdy obiekt inżynierski powinien zostać obliczony przy uwzględnieniu takiej samej kalkulacji;

Izba oceniła ocenę Zamawiającego, że: „Nie sposób przecież porównać remontu, budowy nowego, rozbudowy czy też likwidacji np. z bieżącym utrzymaniem. Błędne jest przyjęcie Odwołującego, że: remont = budowa nowego = rozbudowa = likwidacja = bieżące utrzymanie. Błędne jest także przyjęcie Odwołującego, że: Przepust = most = wiadukt = kładka = przejście. Należy wskazać, że są to zupełnie nieporównywalne zakresem opracowania, w tym też pod względem formalnym. Z powyższych powodów przyjęcie wynagrodzenia i ustalenie liczby roboczo-dni poprzez podział całkowitego zaangażowania przez liczbę obiektów jest niezasadne. Oczywistym jest że zaangażowanie będzie inne w zależności od obiektu, a więc nie da się wprost podzielić całkowitego zaangażowania przez liczbę obiektów i uzyskać w ten sposób realne koszty. Należy zatem przyjąć, że wyliczenia na zasadzie proporcji są błędne gdyż zaangażowanie w zakresie prac projektowych jest inne w zależności od kategorii obiektu. „

Izba stwierdza, że zarzut niezgodności treści oferty z warunkami zamówienia wobec objęcia nią zbyt małej – niezgodnej z SWZ liczby obiektów inżynierskich – opierał się na analizie wyjaśnień rażąco niskiej ceny Dohwa i własnych wyliczeń Odwołujących. Zarzut sprowadził się do poddania pod wątpliwość oświadczenia Dohwa o skalkulowaniu w cenie wszystkich obiektów inżynierskich podanych w SWZ wobec użytego w wyjaśnieniach Dohwa sformułowania, że: „Wszystkie podane w SWZ obiekty inżynierskie dla zadania czyli co najmniej 90 przepustów kolejowych, 42 mosty kolejowe, 7 mostów drogowych, 14 przejść pod torami, 9 wiaduktów drogowych, 60 wiaduktów kolejowych, kładki dla pieszych, zostały przeanalizowane pod względem zakresu prac, stopnia skomplikowania w nawiązaniu wielkości i funkcji obiektu, do sytuacji terenowej i przewidywanego przebiegu niwelety na obiekcie. Następnie dla każdego obiektu określono przewidywany nakład pracy w roboczo-godzinach uwzględniający specyfikę obiektu, zakres zadania określony w OPZ oraz porównawczy nakład pracy dla podobnych obiektów na podstawie doświadczenia i monitoringu czasu pracy prowadzonych przez Wykonawcę dla podobnych realizacji.” Oraz wskazania przez Dohwa że obiektów inżynierskich jest 222, podczas gdy według wyliczenia Voessig jest ich 303 a według Sysra 289, zgodnie z załącznikiem numer 2 - Opis stanu istniejącego i projektowanego do opisu przedmiotu zamówienia, co wskazuje na nierealność w tym zakresie ceny jako zbyt niskiej dla wykonania w ramach wyceny 222 obiektów prac dla obiektów zgodnie z SWZ i nie objęcia wyceną w konsekwencji uwzględnienia zbyt małej liczby obiektów także właściwej pracochłonności robót w tym zakresie.

Te same argumenty powołał Odwołujący dla uzasadnienia zarzutu rażąco niskiej ceny w tym zakresie.

Dla wykazania zarzutów Odwołujący Sysra i Voessig przedstawili własne kalkulacje prawidłowych kosztów Dohwa oparte na własnych założeniach.

(Sysra wskazała np. że „Dohwa w swojej wycenie ujęła 222 obiekty i zespół 8 osób, co oznacza, że na jedną osobę przypada 27,75 obiektu. Biorąc pod uwagę, że brakuje 67 obiektów, to brakuje 2,41 osoby (w zaokrągleniu 2,5). Łączny koszt branży mostowej przyjęty przez Dohwa to 4.295.314,29 PLN. Oznacza to, że brakujący zakres obiektów inżynierskich (stanowiący 23% całości obiektów) przekłada się na niedoszacowanie w kwocie 987.922,29 PLN (23% z 4.295.314,29 PLN). *Właściwe oszacowanie ilości osób w zespole jest o tyle kluczowe, że stanowi podstawę wyceny Dohwa - najpierw oceniają ile osób potrzeba zaangażować aby wykonać dany zakres prac (pkt. 2.1 wyjaśnień Dohwa, strona 16) i potem dokonują dalszych redukcji w oparciu o współczynniki zaangażowania na poprzednich projektach (odp. na pytanie nr 2 w doszczegółowieniu wyjaśnień RNC). Zatem jeżeli błędnie przyjęto bazową ilość osób w danej branży, to cała dalsza kalkulacja jest obciążona błędem niedoszacowania kosztów. Jednocześnie brak ujęcia w kalkulacji właściwej ilości obiektów inżynierskich przez Dohwa stanowi jednocześnie o niezgodności treści oferty z treścią warunków zamówienia, gdyż wyraźnie w opisie przedmiotu zamówienia Zamawiający wymaga wykonania wszystkich obiektów inżynierskich, tj. 289 (podczas gdy Dohwa uwzględniła tylko 222 obiekty).” To samo uzasadnienie przywołane zostało do uzasadnienia rażąco niskiej ceny w zakresie podstacji trakcyjnych.*

Izba stwierdza, że zgodnie z 226 ust. 1 pkt 5 Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Zgodnie z art. 7 pkt 29 Pzp poprzez warunki zamówienia należy rozumieć warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego. Do określenia lub opisanie warunków zamówienia służą dokumenty zamówienia, w tym SWZ. Niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia polega na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób nieodpowiadający wymaganiom zamawiającego w odniesieniu do przedmiotu zamówienia, sposobu jego realizacji oraz innych warunków zamówienia. „Treść oferty” to treść zobowiązania wykonawcy do zgodnego z żądaniami zamawiającego wykonania przedmiotu zamówienia publicznego. Na tak rozumianą treść oferty składa się formularz ofertowy oraz wszystkie dokumenty dookreślające i precyzujące zobowiązanie wykonawcy dotyczące przedmiotu oraz zakresu lub wielkości zamówienia, składane wraz z formularzem ofertowym. Przykładowo w przypadku formy wynagrodzenia kosztorysowego za treść oferty uznaje się formularz ofertowy oraz składany z tym formularzem kosztorys ofertowy (wyceniony przedmiar robót budowlanych).

Niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia polega na niezgodności zobowiązania, które wykonawca wyraża w swojej ofercie i przez jej złożenie na siebie przyjmuje, z zakresem zobowiązania, które zamawiający opisał w SWZ i którego przyjęcia oczekuje. Niezgodność treści oferty z treścią SWZ ma miejsce w sytuacji, gdy oferta nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia, nie zapewniając jego realizacji w całości zgodnie z wymogami zamawiającego.

Odrzucenie oferty na podstawie przepisu art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp może nastąpić tylko wówczas, gdy niezgodność treści oferty z treścią SWZ jest niewątpliwa. W celu ustalenia niezgodności treści oferty z treścią SWZ w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert (art. 223 ust. 1 zdanie pierwsze Pzp). Zamawiający nie może wywodzić negatywnych dla wykonawcy skutków prawnych w postaci odrzucenia jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 jeżeli SWZ nie zawierała wyraźnych i jednoznacznych wymagań dotyczących treści oferty.

Zarzuty opierały się na twierdzeniach Systra nie popartych dowodami. Stąd Izba oddaliła odwołanie w tym zakresie. W zakresie zarzutu odnoszącego się do zaniechania odrzucenia oferty Dohwa wobec błędnej oceny oferty i wyjaśnień rażąco niskiej ceny, podczas gdy zaferowana cena i koszt przez Dohwa nie są wystarczające dla zrealizowania zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, a udzielone wyjaśnienia rażąco niskiej ceny nie potwierdzają prawidłowości w obliczeniu ceny i kosztu Izba wskazuje, że zarzuty opierały się na porównaniu cen ofertowych Dohwa z cenami innych wykonawców, poddaniu pod wątpliwość wyjaśnień rażąco niskiej ceny Dohwa i zakwestionowaniu możliwości realizacji danej roboty (zamówienia) za cenę Dohwa i odnosił się do kalkulacji ceny:

Nadzór autorski – zarzut sprowadza się do porównania cen Dohwa (z kosztorysu ofertowego i kalkulacji wyjaśnień rażąco niskiej ceny) z kalkulacją własną Systra kosztów Dohwa opartej na założeniach Odwołującej i stawkach z kalkulacji Dohwa, zakwestionowaniu wyjaśnień i twierdzenia, że cena Dohwa w tym zakresie nie jest wystarczająca dla pokrycia kosztu. Zarzut nie został wykazany. (patrz wyżej)

Zbyt mała ilość obiektów Inżynierskich oraz braku wyceny podstacji trakcyjnych oraz powiązane z nimi zarzuty dotyczące braku możliwości wykonania zamówienia wobec pominięcia w wycenie części zadań – zarzut sprowadza się do powołania się na wyjaśnienia rażąco niskiej ceny i opiera na założeniach, twierdzeniach i kalkulacjach Odwołującego, które wskazywać mają na niemożność wykonania prac za cenę wskazaną przez Dohwa, jako zbyt niską. Zarzut nie został wykazany, Zarzuty dotyczące czasochłonności i pracochłonności są konsekwencją założenia Systra i Voessig, nieuprawnionego, w świetle treści SWZ i Wyjaśnień RNC Dohwa założenia nieobjęcia wyceną i ceną oferty Dohwa podstacji trakcyjnych i wymaganej liczby obiektów inżynierskich. Skoro Odwołujący nie wykazali sprzeczności oferty w zakresie liczby obiektów/ podstacji to całości ich wycień traci adekwatność względem zarzutu zaniżenia w tego powodu ceny ofertowej – jej istotnej części składowej. (patrz wyżej)

KOSZTY GEOLOGII

Zarzut sprowadza się do porównania przez Systra i Voessig jako probierza cen innych wykonawców oraz ich podwykonawców, mieszczących się w widełkach od 15 000 000 do ponad 18 000 000 mln złotych z ceną Dohwa na poziomie 7 040 000 złotych, zakwestionowaniu wyjaśnień i twierdzenia, że cena Dohwa nie jest wystarczająca dla pokrycia kosztu. Przedstawili również własne kalkulacje cen.

Izba w oparciu o dokumenty postępowania, w szczególności SWZ, oferty oraz wyjaśnienia rażąco niskiej ceny ustaliła, że:

1. Koszty geologii Dohwa są niższe niż pozostałych wykonawców:

Dohwa	Systra	BBF	MGGP	Voessing
7.840.000 zł	18.215.000 zł	39.864.923,32 zł	16.000.000	15.000.000

2. Prace geologiczne w przeważającej większości wykonywane są przez firmy podwykonawcze specjalizujące się w tego rodzaju pracach; Pośród oferentów w Postępowaniu wyjątkiem jest BBF, która posiadając własny zespół geologiczny oszacowała koszty jak i planowała wykonanie prac geologicznych własnym zasobem; Skorzystanie z

ofert podwykonawców w zakresie geologii może być rozwiązaniem optymalnym i konkurencyjnym ekonomicznie oraz dodatkowo uwierzytelnia oferty wykonawców

3. Podstawę do oszacowania ilości badań jest m.in. na Studium Geologiczno-Inżynierskim, instrukcji Igo-1 (Wytyczne badań podłoża gruntowego dla potrzeb budowy i modernizacji infrastruktury kolejowej PKP PLK) oraz informacje o planowanych do zaprojektowania obiektach zawartych w dokumentacji przetargowej; Zamawiający w tym zakresie nie narzuca metodologii, oczekując od wykonawców dokonania samodzielnego szacunku z uwzględnieniem udostępnionych dokumentów, które jednak mają charakter wskazówek (co Izba ustaliła w oparciu o SWZ oraz stanowisko Zamawiającego).
4. Głównymi czynnikami cenotwórczymi wpływającymi na koszt badań geologicznych są: -paliwa - trzeba dojechać w teren, badań nie da się wykonać „zza biurka”, -sprzętu, pojazdów, urządzeń -wiercenia i badania wykonywane są specjalistycznym sprzętem. Na bieżąco trzeba ponosić koszty utrzymania, rat leasingowych, ubezpieczeń, części zamiennych, przeglądów i konserwacji itp., -przestrzeni magazynowej - pobrane z odwiertów rdzenie oraz próbki należy składować w odpowiednich warunkach, -badań w laboratoriach akredytowane, -zapewnienie wykwalifikowanej obsługa sprzętu i maszyn geologicznych - oprócz obsługi technicznej należy zapewnić dozór geologiczny przez uprawnionego geologa, -odszkodowania za wejście w teren oraz koszty naprawy wyrządzonych szkód - zniszczone uprawy, rozjeżdżony ciężkim sprzętem teren itp., - dodatkowo do kosztów tych należy doliczyć koszt zespołu dokumentacyjnego wykonującego dokumentację geologiczną i geotechniczną. (co Izba ustaliła w oparciu o stanowiska stron i uczestników).
5. Dohwa przedłożyła Zamawiającemu w ramach Postępowania ofertę podwykonawcy potwierdzającą realność kosztu określonego w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny. (oferta nie została podważona przez Odwołujących)

Izba stwierdza, że zarzuty nie zostały wykazane.

KOSZTY GEODEZJI

Zarzut sprowadza się do porównania przez Systra i Voessig cen ofertowych i ich elementów wykonawców w Postępowaniu i wskazaniu jako probierza cen BBF. Systra i MGGP, zakwestionowaniu wyjaśnieni twierdzenia, że cena Dohwa nie jest wystarczająca dla pokrycia kosztu.

Izba ustaliła, że wykonawcy wskazali ceny geodezji na zróżnicowanym poziomie:

GEODEZJA		
Wykonawca	Wynagrodzenie	Rezerwa
SYSTRA	12 149 222,00 zł	1 250 000,00 zł
DOHWA	5 067 000,00 zł	-
VOESSING	6 999 500,00 zł	1 050 000,00 zł rezerwa na zwiększony zakres map
MGGP	11 471 600,00 zł	700 000,00 zł
BBF	9 338 583,00 zł	-

Izba ustaliła dalej, że:

1. Dohwa zakres prac geodezyjnych wykona zlecając podwykonawcy realizację operatów szacunkowych, a w pozostałym samodzielnie i w ramach wyjaśnień rażąco niskiej ceny, w tym kalkulacji wykazała, że koszty wynagrodzenia personelu branży geodezyjnej zawierają w sobie koszty wykonania wszystkich opracowań geodezyjnych wymaganych SWZ, oraz przedłożył ofertę podwykonawcy na zlecane prace potwierdzającą realność ceny;
2. BBF, Systra oraz Voessing wykonują prace geodezyjne zlecając je podwykonawcom;
3. SWZ nie zawiera szczególnych wskazań, co do sposobu dokonania wyceny przedmiotowych kosztów; Wyjaśnienia Dohwa wskazują również na dodatkowe okoliczności mające wpływ na obniżenie ceny wykonawstwa;
4. Dohwa, co ma znaczenie dla wyceny kosztów geologii i geodezji, w zakresie realizacji w latach 2018-2023 zlecenia FONON Sp. z o.o. na wykonanie dokumentacji branży telekomunikacji w ramach zadania: „Budowa infrastruktury systemu ERTMS/GSM-R na liniach kolejowych PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w ramach NPW ERTMS” (nr referencyjny 6060/ICZ4/08860/03374/15/P), Część I (wdrożenie Sieci GSM-R), której przedmiotem zgodnie z wyjaśnieniami Dohwa (nie podważonymi przez Odwołujących) było wykonanie dokumentacji projektowej (projekt budowlany i wykonawczy branży telekomunikacji oraz wykonanie map do celów projektowych i kompletu uzgodnień z jednostkami kolejowymi oraz zewnętrznymi dla linii kolejowych objętych przedmiotowym przetargiem dla części linii na terenie objętym Postępowaniem, co powoduje, że Dohwa:
 - a) posiada wiedzę dotyczącą infrastruktury istniejącej w tym: infrastruktury elektroenergetycznej, gazowej, wodociągowej, telekomunikacyjnej (tzw. „obcej”) i innej zlokalizowanej na w/w liniach;
 - b) w związku z wykonaniem uzgodnień z gestorami sieci oraz jednostkami podległymi PKP PLK S.A. Wykonawca zna doskonale wymagania gestorów, przez co jest w stanie efektywniej planować i zarządzać procesem

pozyskania uzgodnień, co ma kluczowe znaczenia dla terminowości, a w konsekwencji również kosztów wykonania zamówienia;

c) posiada dane ewidencyjne i informacje o stanie prawnym nieruchomości (działki uregulowane i nieuregulowane oraz w trakcie procedur uwłaszczeniowych);

d) posiada informacje i decyzje wodnoprawne dla cieków zlokalizowanych na obszarach objętych w/w liniami kolejowymi;

e) posiada wiedzę w zakresie ochrony zabytków oraz wymagania Konserwatora któremu obszar ten podlega;

f) zaprojektował sieć światłowodową oraz jest w posiadaniu dokumentacji powykonawczej;

g) zaprojektował lokalizację urządzeń telekomunikacyjnych (OSZ, ODF, inne) w nastawniach kolejowych w związku z tym posiada raporty i dokumentację inwentaryzacyjną tych obiektów;

h) zaprojektował połączenia do obiektów radiowych systemu GSMR;

i) uzyskał od Zamawiającego dostęp do dokumentacji projektowych (koncepcja, studia oraz projekty) inwestycji równoległych realizowanych przez PKP PLK S.A. oraz innych inwestorów, w tym prywatnych, które to inwestycje są styczne lub kolidują z w/w liniami oraz opiniował ww. dokumentację. Dzięki doświadczeniu zdobytemu podczas realizacji analogicznych zamówień i opracowań, w tym dzięki wiedzy pozyskanej podczas realizacji zadania pn. „Budowa infrastruktury systemu ERTMS/GSM-R na liniach kolejowych PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w ramach NPW ERTMS” (nr referencyjny 6060/ICZ4/08860/03374/15/P), Część I (wdrożenie Sieci GSM-R) oraz dzięki wypracowanym metodom zarządzania, stosowanym wzorcom dokumentów czy obiegu i wymiany informacji pomiędzy poszczególnymi członkami zespołu projektowego oraz dzięki koordynacji i zarządzaniu harmonogramem realizacji poszczególnych zadań Wykonawca jest w stanie precyzyjnie oszacować nakład pracy, a tym samym ustalić koszty wykonania zamówienia, przewidzieć ryzyka i dostosować się do specyfiki realizacji robót stanowiących przedmiot zamówienia.

5. Przywołane przez wykonawcę doświadczenie znajduje odzwierciedlenie w zaproponowanej cenie, gdyż pozwala na zaferowanie Zamawiającemu znanych już Wykonawcy rozwiązań, w oparciu pozyskane na tym terenie doświadczenie, co przekłada się na możliwość zoptymalizowania kosztów prowadzonej działalności.

6. SWZ nie zawiera w zakresie szacowania kosztów geodezji postanowień, które pozwalałyby na uznanie przyjętej metody kalkulacji ceny za nieprawidłową;

Izba stwierdza, że zarzuty nie zostały wykazane. Wyjaśnienia odnoszą się do zapytań Zamawiającego, z Odwołujący nie wykazali twierdzeń, na których oparli odwołanie. W szczególności fakt możliwości innej wyceny kosztów prac nie stanowi dowodu niweczącego możliwość zrealizowania zamówienia za cenę Dohwa.

RAŻĄCO NISKA CENA – SYSTRA - ZARZUT PIĄTY KIO 2548/24

W odniesieniu do zarzutu rażąco niskiej ceny w opcji (Faza II i III) Voessig powiązał ustalenia z zarzutem czwartym manipulacja ceną. Stąd ustalenia i analiza w tym zakresie pozostają aktualne. .

Zarzut Voessig sprowadzał się do stwierdzenia, że oferta Systra zawiera rażąco niską ceną, albowiem zaniżone i pominięte zostały koszty realizacji zamówienia o kwotę ponad 20.220.933 zł netto zł w zakresie zadania podstawowego, o kwotę ponad 1.141.857,84 zł netto zł w zakresie opcji Faza II i o kwotę ponad 886.128,03 zł netto zł w zakresie opcji Faza III.)

Odwołujący Voessig wskazywał, że oferta Systra zawiera rażąco niską cenę wobec zaniżenia wycen w następujących elementach: (i) branże samodzielnie wykonywane przez Systra S.A., (ii) prace dla obiektów inżynierskich i inżynierskich, (iii) brak wykazania kosztów wykonania analizy i projektu zabezpieczeń przed drganiami, (iv) brak wykazania kosztów wykonania analizy zasilania trakcji elektrycznej, (v) brak wykazania kosztów wykonania analizy współpracy pantografu z siecią trakcyjną, (vi) brak wykazania kosztów wykonania analizy technologii prowadzenia ruchu kolejowego (viii) opcja - Faza II, (ix) opcja - Faza III.

Zasadność zarzutu wywodził z założenia, że suma zaniżeń na ww. elementach skutkuje tym, że zaferowana cena nie pokrywa wszystkich kosztów realizacji zamówienia.

Zarzut sprowadzał się do przedstawienia własnej kalkulacji kosztów Systra wybranych części realizowanych przez Systra samodzielnie lub z udziałem podwykonawców i porównania nakładu pracy, cen z Wyjaśnień RNC Systra z nakładem pracy cenami innych wybranych oferentów oraz konstatacji, że Systra skalkulowała - w porównaniu do pozostałych oferentów – w wybranych elementach niższą ilość roboczogodzin, mniejsze zakresu, niższe ceny.

Odwołanie sprowadzało się do analizy porównawczej ofert w Postępowaniu oraz ofert na rynku w tym podwykonawczych i konstatacji, że nie jest możliwe wykonanie prac w tych wybranych elementach za określona przez Systra cenę oraz oceny, że treść Wyjaśnień RNC Systra nie jest wystarczająca i nie wykazuje cen Systra i możliwości realizowania zamówienia.

Zarzut oparł na brzmieniu Wyjaśnień RNC Systra i powiązaniu prac związanych z Fazami II i III z zakresem podstawowym. A mianowicie ujęcia kosztów „ogólnych uzgodnień i połączenia z zakresem podstawowym” w kosztach pracy, która to możliwość zanegował Voessig przyjmując założenie, że takich kosztów wspólnych nie ma i nie mogą być ujmowane w kosztach ogólnych i wykonawcy zobowiązani są rozdzielić wszystkie koszty na koszty jednej albo innej fazy

zamówienia (tj odrębnie wszystkie koszty Fazy I i odrębnie wszystkie koszty Fazy II i III. Voessig zaznaczał, że w związku z nieuprawnionym przeniesieniem tzw kosztów wspólnych zaniżono koszty Faz opcjonalnych i Systra zawyżyła koszty Fazy I podstawowej.

Voessig wskazywał również, że dodatkowo „cena za realizację Fazy II jest rażąco zaniżona, a czasochłonność pracy wykazana w Wyjaśnieniach RNC Systra jest całkowicie nieadekwatna do rzeczywiście niezbędnych nakładów pracy. Nakłady czasowe opisane przez Systra są tak skrajnie niskie, że czasami (w niektórych branżach) nawet nie wystarcza na udział w obowiązkowych spotkaniach i naradach, a niekiedy ledwo na te spotkanie wystarcza. Powyższe dotyczy udziału w takich spotkaniach jak:

-raz w tygodniu - Rada Techniczna - spotkanie podsumowujące zadania z tygodnia z udziałem projektantów (Kierowników branży),

- raz w miesiącu - Rada Projektowa - wymagany udział projektantów branż:

- inżynierskiej kolejowej w zakresie kolejowych obiektów budowlanych,
- instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych,
- inżynierskiej linii, stacje i węzły kolejowe,
- inżynierskiej kolejowej w zakresie sterowania ruchem kolejowym.”

Dalej przedstawiał własne kalkulacje i dokonywał porównań.

Kwestionował również objęcie wyceną:

- kosztów wykonania prac środowiskowych oczekiwanych zgodnie z OPZ pkt 2.2 ppkt II którym Zamawiający wymaga opracowania materiałów niezbędnych do uzyskania decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach oraz uzyskania niezbędnych decyzji. Wskazując, że „W zakresie branży środowiskowej Systra/BPK przewidziała nakłady i koszty jedynie dla Młodsze Inżyniera pełniącego funkcję Asystenta projektu w wysokość 6 roboczodni. Dodatkowo Systra/BPK nie uwzględniła udziału podwykonawcy w zakresie branży środowiskowej.”

- kosztów wykonania prac w zakresie wykonania analizy i projektu zabezpieczeń przed drganiami, „Zgodnie z OPZ pkt 4.3.2.10 Zamawiający oczekuje uwzględnienia w dokumentacji projektowej zabezpieczeń chroniących przed drganiami. Systra w wyjaśnieniach RNC szczegółowo wykazała oszacowane koszty i nakłady z podziałem na poszczególne branże oraz przypisaniem poszczególnych kosztów do Systra i BPK oraz do podwykonawców. Systra nie wykazała kosztu i nakładu prac związanych z wykonaniem analizy wpływu drgań na ludzi i budynki ani w części wykonywanej przez Systra/BPK ani w części wykonywanej przez podwykonawców.

- kosztów wykonania prac w zakresie wykonania badań i opracowań geologicznych; „Zgodnie z OPZ pkt 2.2 ppkt II Zamawiający oczekuje opracowania projektów budowlanych wraz z dokumentacją geotechniczną i geologiczno-inżynierską. Systra w wyjaśnieniach RNC szczegółowo wykazała oszacowane koszty i nakłady z podziałem na poszczególne branże oraz przypisaniem poszczególnych kosztów do Systra i BPK oraz do podwykonawców. Systra nie wykazała kosztu i nakładu prac związanych z wykonaniem badań geologicznych i opracowaniem dokumentacji geotechnicznej i geologiczno- inżynierskiej ani w części wykonywanej przez Systra/BPK ani w części wykonywanej przez podwykonawców.”

Tutaj odwołanie również ograniczało się do analizy porównawczej ofert w wybranych zakresach, kwestionowania poprawności wyjaśnień, przedstawienia ofert na kwoty wyższe, przedstawienia własnej prawidłowej w ocenie Voessig kalkulacji ceny i konstatacji, że nie jest możliwe zrealizowanie przedmiotu zamówienia w tym zakresie za cenę Systra.

Dalej Voessig kwestionował cenę za realizację Fazy III jako rażąco zaniżoną podnosząc, że „czasochłonność pracy wykazana w Wyjaśnieniach RNC Systra jest całkowicie nieadekwatna do rzeczywiście niezbędnych nakładów pracy. Nakłady czasowe opisane przez Systra są tak skrajnie niskie, że czasami (w niektórych branżach) nawet nie wystarcza na udział w obowiązkowych spotkaniach i naradach, a niekiedy ledwo na te spotkanie wystarcza. Powyższe dotyczy udziału w takich spotkaniach jak: -

raz w tygodniu - Rada Techniczna - spotkanie podsumowujące zadania z tygodnia z udziałem projektantów (Kierowników branży), -

raz w miesiącu - Rada Projektowa - wymagany udział projektantów branż: • inżynierskiej kolejowej w zakresie kolejowych obiektów budowlanych, •instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych, •inżynierskiej linii, stacje i węzły kolejowe, •inżynierskiej kolejowej w zakresie sterowania ruchem kolejowym.

Kwestionował także brak wykazania kosztów wykonania prac środowiskowych. Wskazywał, że „Zgodnie z OPZ pkt 2.2 ppkt II Zamawiający wymaga opracowania materiałów niezbędnych do uzyskania decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach oraz uzyskania niezbędnych decyzji. Systra w wyjaśnieniach RNC szczegółowo wykazała oszacowane koszty i nakłady z podziałem na poszczególne branże oraz przypisaniem poszczególnych kosztów do Systra i BPK oraz do podwykonawców. W zakresie branży środowiskowej Systra/BPK przewidziała nakłady i koszty jedynie dla Młodsze Inżyniera pełniącego funkcję Asystenta projektu w wysokość 6 roboczodni. Dodatkowo Systra/BPK nie uwzględniła udziału podwykonawcy w zakresie branży środowiskowej.”

Dalej wskazywał brak wykazania kosztów wykonania prac w zakresie wykonania analizy i projektu zabezpieczeń przed drganiami: „ Zgodnie z OPZ pkt 4.3.2.10 Zamawiający oczekuje uwzględnienia w dokumentacji projektowej zabezpieczeń

chroniących przez drganiem. Systra w wyjaśnieniach RNC szczegółowo wykazała oszacowane koszty i nakłady z podziałem na poszczególne branże oraz przypisaniem poszczególnych kosztów do Systra i BPK oraz do podwykonawców. Systra nie wykazała kosztu i nakładu prac związanych z wykonaniem analizy wpływu drgań na ludzi i budynki ani w części wykonywanej przez Systra/BPK ani w części wykonywanej przez podwykonawców.”

Dalej wskazywał na brak wykazania kosztów wykonania prac w zakresie wykonania badań i opracowań geologicznych: „Zgodnie z OPZ pkt 2.2 ppkt II Zamawiający oczekuje opracowania projektów budowlanych wraz z dokumentacją geotechniczną i geologiczno-inżynierską. Systra w wyjaśnieniach RNC szczegółowo wykazała oszacowane koszty i nakłady z podziałem na poszczególne branże oraz przypisaniem poszczególnych kosztów do Systra i BPK oraz do podwykonawców. Systra nie wykazała kosztu i nakładu prac związanych z wykonaniem badań geologicznych i opracowaniem dokumentacji geotechnicznej i geologiczno- inżynierskiej ani w części wykonywanej przez Systra/BPK ani w części wykonywanej przez podwykonawców.”

Tutaj odwołanie również ograniczało się do analizy porównawczej ofert w wybranych zakresach, kwestionowania poprawności wyjaśnień, przedstawienia ofert na kwoty wyższe, przedstawienia własnej prawidłowej w ocenie Voessig kalkulacji ceny i konstatacji, że nie jest możliwe zrealizowanie przedmiotu zamówienia w tym zakresie za cenę Systra.

Izba w oparciu o dokumenty postępowania, w szczególności SWZ oraz oferty wraz z wyjaśnieniami rażąco niskiej ceny oraz wyjaśnienia Zamawiającego, który część przyjęła za swoje, którym dała wiarę ustaliła, że:

1. Zamawiający w SWZ nie narzucił wykonawcom metody kalkulacji cen, w tym w szczególności w sposób założony odwołaniem Voessig;
2. w SWZ brak jest zapisów jednoznacznie wskazujących na brak możliwości ujmowania kosztów realizacji prac przygotowawczych wspólnych dotyczących prac zasadniczych i opcjonalnych w pracach fazy podstawowej, dlatego też Zamawiający nie ma możliwości dokonania negatywnej oceny wycen przedstawionych przez Systra.
3. założenia co do kalkulacji należą każdorazowo do wykonawców, którzy muszą właściwie skalkulować swoje oferty,
4. zgodnie z SWZ, jeżeli dojdzie do realizacji prac projektowych ujętych w ramach FAZ II i III to będą one realizowane w tym samym czasookresie. Ponadto będą realizowane przez ten sam personel projektowy w tym samym czasie. Personel projektowy otrzymuje stałe miesięczne wynagrodzenie, niezależnie od tego co w danym momencie projektuje. W związku z tym nieprawdziwe są tezy odwołującego jakoby Wykonawca miał uzyskać pokrycie kosztów personelu zaangażowanego w realizację fazy II i III już w ramach obligatoryjnie płatnego wynagrodzenia dla fazy I realizacji Zamówienia; Personel wykonawcy będzie otrzymywał należne wynagrodzenie niezależnie od tego czy Faza II i III będzie realizowana.
5. Zamawiający w OPZ określił wymagany na potrzeby realizacji całego zamówienia personel (w tym projektantów, sprawdzających). Wykonawca ma dysponować tym personelem przez cały okres zamówienia. Nie jest on wyodrębniony lub przypisany do poszczególnej fazy. Zamawiający nie wymaga też zatrudnienia dodatkowego personelu na potrzeby realizacji Fazy II i III.
6. Zakres prac projektowych ujętych w Fazie II i III pokrywa się obszarem z całym zakresem zadania, co może mieć wpływ na organizację prac w tym np. pozyskiwanie wszelkich uzgodnień, materiałów wyjściowych do projektowania, badań. Organizacja prac projektowych jest indywidualnym aspektem wykonawcy. Kwestia dokonania np. uzgodnień na styku zakresów FAZ I, II i III, już na etapie zakresu podstawowego nie jest błędem.
7. Zamawiający decyzje w zakresie realizacji zakresu Faz II i III planuje podjąć możliwie szybko. Zgodnie z SWZ nie da się wykluczyć że wszelkie czynności projektowe dla całego Zamówienia (Faz I, II i III) będą realizowane dokładnie w tym samym czasie. Z punktu widzenia zarówno Zamawiającego jak i Wykonawcy takie okoliczności są korzystne gdyż usprawniają cały proces projektowania zarówno pod względem formalnym jak i merytorycznym.
8. Zgodnie z pkt 7.1 OPZ czas pracy, w przypadku pracy projektantów głównych branż, zawiera nie tylko czas pracy bezpośrednio związany z projektowaniem, ale inne obowiązki, w tym również obowiązkowy udział w cotygodniowych spotkaniach podsumowujących zadania z tygodnia i określające plan na następny tydzień oraz w Radach Projektowych.
9. Nakłady roboczo-godzin przewidziane przez wykonawców w ofertach są różne. Np. branżach tory, drogi, czy branża konstrukcyjno-budowlana kształtują się następująco:

branża	DOHWA		SYSTRA		VP		BBF		IMGPP	
	ilość osób	ilość godzin	ilość osób	ilość godzin	ilość osób	ilość godzin	ilość osób	ilość godzin	ilość osób	ilość godzin
zarządzająca	2	14.708	10	23.820	1	9.000	3	32.181	2	10.560
torowa i kolejowa	8	42.994	8	13.924	16	40.800	16	47.959	10	40.960
inżynierska	8	41.554	7	12.648	14	31.200	12	40.016	9	35.360
maszynowa	8	37.577	17	62.560	41	119.600	10	36.094		
konstr. bud. kubaturowa	8	38.537	7	9.494	12	25.000	16	26.156	11	39.360
elektryczna	8	33.600	8	12.536			14	14.332	11	42.240
sanitarna	8	34.628	8	13.298	16	37.800	8	12.422	12	48.640
SFK			7	11.448			7	22.938		
inżynierska	6	23.863	6	21.373			8	32.272		
telekomunik.	8	33.600	6	11.508			9	23.728		
ochrona środow.	5	19.345	16	12.524			24	29.426	11	20.806
geodezyjna	7	27.171	8	15.848			3	1.392		
geodet.			2				5	5.634		
geologiczna	6	25.646	3	8.488	6	12.000	2	4.395		
konstruktoryjna	3	10.132	2	2.784	4	6.000	3	2.703	2	6.400
dokumentacja przyrządowa	4	13.114	1	1.280	4	6.000	1	2.192	1	1.280
instalacja ruchu kolejowego			1	1.112			4	12.356	1	3.200
technologia termal.	2	7.149								
architektoniczna	8	39.017	5	7.056			4	15.396	3	13.760
pozwoleń	4	13.114								
ochrona pom.	2	7.149								
formalno-prawna							5	5.935		

hydrotechniczna					4	13.689	4	16.160
-----------------	--	--	--	--	---	--------	---	--------

108. wyceny poszczególnych branż wykonawców są różne w tym również Systra niższe w odniesieniu do wybranych:

Branża	Dohwa	Systra	BBF	MGGP	Voessing	ŚREDNIE	% SYSTRA do średniej
Torowa	5 159 314,29 zł	2 955 695,68 zł	4 805 476,40 zł	2 999 118,75 zł	5 875 200,00 zł	4 709 777,36 zł	62,8%
Branża Drogowa	4 986 514,29 zł	1 855 683,40 zł	4 208 491,40 zł	2 579 108,80 zł	4 482 800,00 zł	4 066 726,62 zł	45,8%
Architektura	4 682 057,15 zł	1 723 598,40 zł	910 719,40 zł	1 034 868,75 zł	5 300 000,00 zł	2 981 911,33 zł	57,8%
Branża Obiekty Kubaturowe	4 624 457,15 zł	1 712 169,12 zł	3 972 319,00 zł	3 000 755,79 zł	3 600 000,00 zł	3 799 382,99 zł	45,1%
Branża Sanitarna	4 155 428,57 zł	1 975 604,20 zł	1 921 670,20 zł	3 400 692,70 zł	5 443 200,00 zł	3 730 247,87 zł	53,0%
Branża Elektroenergetyczna	4 032 000,00 zł	2 123 502,16 zł	3 430 006,80 zł	3 220 096,95 zł	4 100 000,00 zł	3 695 525,94 zł	57,5%
Ścieżka trakcyjna i zasilanie	2 863 542,86 zł	2 812 883,22 zł	2 819 272,00 zł	5 925 000,00 zł	5 000 000,00 zł	4 151 953,72 zł	67,7%
Branża SRK	6 489 000,00 zł	1 745 680,32 zł	2 158 818,60 zł	1 264 000,00 zł	5 000 000,00 zł	3 727 954,65 zł	46,8%
Telekomunikacja	3 999 985,72 zł	2 332 096,72 zł	2 569 982,60 zł	4 540 000,00 zł	2 975 000,00 zł	3 283 233,01 zł	71,0%

10. W załączniku do Wyjaśnień RNC pn. „Kalkulacja Systra RNC” Systra wskazała w tabeli (dla branż sieć trakcyjna z zasilaniem, branża elektroenergetyki nietrakcyjnej, branża torowej, branża sanitarnej, branża drogowej, branża KSRK, branża teletechnicznej oraz branża obiekty kubaturowe i konstrukcja) osoby zajmujące poszczególne stanowiska, którym zostały przypisane poszczególne funkcje wymagane przez Zamawiającego w OPZ.

11. Voessig założył, że przyjęcie przez Systra niskich nakładów roboczogodzin na poszczególne branże powoduje, że nie jest możliwe przyjęcie założenia, że liczba dni pracy (roboczogodzin) przypisana do poszczególnych stanowisk z drugiej kolumny przy pozycjach nazwanych „Kierownik branży” i „Starszy inżynier” w ww. branżach stanowi rzeczywistą ilość dni pracy większej liczby pracowników niż jeden pracownik.

12. Systra udzielając odpowiedzi wyjaśniła w pliku „Kalkulacja szczegółowa dla projektantów...” dopisując (czerwoną czcionką) rozbięcie dyskusowanych stanowisk na dwie oddzielne funkcje - projektanta i sprawdzającego, a w konsekwencji dzieląc również przypisaną do pierwotnego stanowiska ilość dni pracy. 110. Prowadząc dalszą analizę porównawczą ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu, można wysnuć wniosek, iż niedoszacowane są wartości podane w ofercie firmy SYSTRA. Przedstawiono je poniżej, w zestawieniu tabelarycznym, odnosząc się do wybranych branż, które - mając na uwadze zblizoną metodologię przyjętą w fazie kalkulowania wartości oferty przez VP jak i SYSTRA - można poddać analizie porównawczej.

13. zaniżona kalkulacja roboczogodzin przez Systra w branżach samodzielnie wykonywanych - każdy z wykonawców poczynił wyliczenia na podstawie stosowanej przez siebie polityki czy też założeń; każdego wykonawcę cechują inne uwarunkowania realizacji umowy, każdy podejmuje też własne założenia, prowadzi własną politykę kadrową, organizacyjną itp.; Kwestia zaangażowania personelu była wyjaśniana przez Zamawiającego na etapie badania rażąco niskiej ceny; W przypadku każdego wykonawcy, założenia co do zaangażowania personelu będą jedynie przybliżone; porównując zakładany czas zaangażowania dla personelu zarządzającego Voessing przewidział zaangażowanie 1 osoby i dla niej 9000 h, a z kolei Systra przewidziała 10 osób z łącznym czasem zaangażowania 23 820 h - wyceny wykonawców opierały się na własnych założeniach, co dopuszczał SWZ; Z dodatkowych Wyjaśnień RNC oraz przedłożonych dowodów wynika, iż Systra w sposób prawidłowy wyliczyły koszty pracy projektantów, tak samo jak ich liczbę. Wykonawca zapoznał się z treścią wymagań Zamawiającego, także w zakresie liczby osób niezbędnych do realizacji prac projektowych w tym liczby projektantów oraz projektantów sprawdzających. Wykonawca przyjął liczbę osób wymaganych przez Zamawiającego w treści OPZ, ale także stwierdził, że niezbędne będzie zatrudnienie większej liczby osób, by w sposób prawidłowy, a w szczególności terminowy - wykonać przedmiot umowy. Stąd Wykonawca przyjął, że dla każdego projektanta zatrudnionego na projekcie konieczne jest zatrudnienie również projektanta sprawdzającego. Dlatego w tabeli numer 1 załącznika numer 1 do udzielonych wyjaśnień rażąco niskiej ceny wskazano w jednym wierszu zarówno projektanta, jak i projektanta sprawdzającego, np.: Projektant/sprawdzający w branży kolejowe sieci trakcyjne - personel wymagany w OPZ Projektant/sprawdzający w branży sieci i instalacje elektroenergetyczne - personel wymagany w OPZ Przyjęte założenia Wykonawcy oznaczają, że w każdej z tych pozycji zatrudni jednego projektanta oraz jednego projektanta sprawdzającego - łącznie są to dwie osoby. Stawki godzinowe dla każdego kierownika branży i starszego inżyniera pełniącego funkcję projektanta lub projektanta sprawdzającego u Wykonawcy są identyczne, dlatego Wykonawca zdecydował się na takie prezentowanie kalkulacji ceny. Odrębnie przedstawiono tylko projektanta, który jednocześnie pełni funkcję koordynatora. Zgodnie z Wyjaśnieniami RNC Konsorcjum Systra koszty pracy uzależnione są nie tylko od samego wynagrodzenia pracowników, ale i organizacji pracy. Założenia obejmujące rzeczywiste zaangażowanie poszczególnych członków zespołu w miejsce prostego przyporządkowania personelu do danego projektu w pełnym zakresie przez cały czas jego trwania, pozwala na zniwelowanie tzw. „nieproduktywnych” dni, które kalkulują inni wykonawcy, którzy nie prowadzą tak wnikliwych ustaleń i wieloetapowych wyliczeń. Może to prowadzić do „obniżenia” czasu pracy nawet o 1/3 w stosunku do pełnego zaangażowania w niektórych branżach. Doświadczenie personelu Konsorcjum Systra pozwala na precyzyjne określenie zakresu obowiązków osób zaangażowanych w realizację zamówienia, dzięki czemu możliwe jest dokładne ustalenie czasu pracy każdego ze

specjalistów z podziałem na branże (str. 6 i 7 Wyjaśnienia RNC). Konsorcjum Systra przewiduje i wycenia pracę personelu w oparciu o estymowany czas pracy (przewidywana liczba dni), oszacowany oddzielnie dla każdej branży przez zespół Kierowników branż, tj. uprawnionych projektantów z wieloletnim doświadczeniem projektowym, którzy odpowiadają branżowo za realizację projektów, zarządzają zespołem technicznym, weryfikują jakość pracy, kontrolują bieżące wykorzystanie liczby godzin, które wykazali do realizacji danego projektu, oceniają kompetencje zespołu do realizacji danego projektu (i jeżeli jest taka potrzeba, zwiększają te kompetencje ilościowo lub jakościowo), identyfikują zespół do realizacji danego projektu i nadzorują ewentualne zastępstwa w przypadku nieobecności któregoś z projektantów, wskazują niezbędne narzędzia wymagane do projektowania, kontrolują w szerokim aspekcie produkcję, w tym współpracują z innymi branżami celem identyfikacji obszarów międzybranżowych, mają stały kontakt z koordynatorami międzybranżowymi oraz kierownikami projektu) (str. 6 i 7 Wyjaśnienia RNC). Dowód: oświadczenie wybranych projektantów i Dyrektora Technicznego SYSTRA SA potwierdzające poprawność oszacowania czasu pracy – Stąd Izba stwierdza, że Odwołujący nie wykazał, że oferta Systra została niedoszacowana co do zakładanej czasochłonności realizacji prac przez kadrę własną.

14. przyjęcie istotnie zaniżonej czasochłonności prac dla obiektów inżynierskich i inżynierskich w stosunku zakresu prac opisanego w OPZ - wyjaśnienia RNC Systra wskazywały metodę, którą wykonawca dokonał wyceny w oparciu dla obiektów inżynierskich;
15. brak wykazania kosztów wykonania analizy i projektu zabezpieczeń przed drganiami - Wymienione opracowanie, które nie zostało wprost wskazane w zestawieniu tabelarycznym przez Systra ma stosunkowo małą wartość względem ceny całkowitej oferty; Wykonawca w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny w formie tabelarycznej przedstawił zestawienie kosztów podwykonawców, w tym ujął pozycję Inne (pozostałe opracowania - założenie jako 4% kwoty na podwykonawców, nadwyżka do wykorzystania jako rezerwa na ryzyka) - kwota 1 831 049,67 zł; Wykonawca ujął pozycję : Ryzyka dla pozycji w zakresie pozostałych podwykonawców - 3 000 000,00 zł. Rezerwy te pokrywają koszty wymienionych przez odwołującego opracowań nawet biorąc pod uwagę stawki przedstawiane przez Odwołującego.
16. brak wykazania kosztów wykonania analizy zasilania trakcji elektrycznej – Wymienione opracowanie które nie zostało wprost wskazane w zestawieniu tabelarycznym przez Systra ma stosunkowo małą wartość względem ceny całkowitej oferty. Wykonawca w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny w formie tabelarycznej przedstawił zestawienie kosztów podwykonawców, w tym ujął pozycję: Inne (pozostałe opracowania - założenie jako 4% kwoty na podwykonawców, nadwyżka do wykorzystania jako rezerwa na ryzyka) - kwota 1 831 049,67 zł Ponadto Wykonawca ujął pozycję : Ryzyka dla pozycji w zakresie pozostałych podwykonawców - 3 000 000,00 zł. Rezerwy te pokrywają koszty wymienionych przez odwołującego opracowań nawet biorąc pod uwagę stawki przedstawiane przez odwołującego.
17. brak wykazania kosztów wykonania analizy współpracy pantografu z siecią trakcyjną- Wymienione opracowanie które nie zostało wprost wskazane w zestawieniu tabelarycznym przez Systra ma stosunkowo małą wartość względem ceny całkowitej oferty. Wykonawca w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny w formie tabelarycznej przedstawił zestawienie kosztów podwykonawców, w tym ujął pozycję Inne (pozostałe opracowania - założenie jako 4% kwoty na podwykonawców, nadwyżka do wykorzystania jako rezerwa na ryzyka) - kwota 1 831 049,67 zł. Ponadto Wykonawca ujął pozycję : Ryzyka dla pozycji w zakresie pozostałych podwykonawców - 3 000 000,00 zł. Rezerwy te pokrywają koszty wymienionych przez Odwołującego opracowań nawet biorąc pod uwagę stawki przedstawiane przez Odwołującego.
18. brak wykazania kosztów wykonania analizy technologii prowadzenia ruchu kolejowego- Wymienione opracowanie, które nie zostało wprost wskazane w zestawieniu tabelarycznym przez Systra ma stosunkowo małą wartość względem ceny całkowitej oferty. Wykonawca w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny w formie tabelarycznej przedstawił zestawienie kosztów podwykonawców, w tym ujął pozycję Inne (pozostałe opracowania - założenie jako 4% kwoty na podwykonawców, nadwyżka do wykorzystania jako rezerwa na ryzyka) - kwota 1 831 049,67 zł Ryzyka dla pozycji w zakresie pozostałych podwykonawców - 3 000 000,00 zł. rezerwy te pokrywają koszty wymienionych przez Odwołującego opracowań nawet biorąc pod uwagę stawki przedstawiane przez Odwołującego;
19. rażąco niska cena w opcji (Faza II i III) – aktualne pozostają ustalenia i ocena zawarte w analizie dotyczącej manipulacji ceną. Zakres prac projektowych ujętych w Fazie II i III pokrywa się obszaruowo z całym zakresem zadania. Lokalizacja inwestycji w zakresie Fazy II i III ma charakter punktowy zlokalizowany na obszarze zadania objętego realizacją w Fazie I czyli zakresu podstawowego. Zgodnie z warunkami Umowy w ramach realizacji Fazy I Wykonawca ma opracować Koncepcję Programowo - Przestrzenną uwzględniającą w swym zakresie budowę Terminala Pasażerskiego na stacji Przemysł Główny i Terminala Towarowego na stacji Medyka. Rozwiązania projektowe przyjęte na etapie koncepcji programowo przestrzennej w zakresie budowy terminali stanowią istotne elementy z punktu widzenia dalszych prac projektowych zarówno w zakresie fazy I jak i faz II i III, z uwagi na ich wzajemne powiązanie zarówno funkcjonalne jak i obszarowe. Rozwiązania te (opracowane i uzgodnione na etapie prac koncepcyjnych) wpływają bezpośrednio na kształt układów torowych stacji i pozwalają na uniknięcie konieczności przeprojektowywania na późniejszym etapie realizacji projektu. Co jest działaniem jak najbardziej

słusznym i racjonalnym z punktu widzenia realizacji całego przedsięwzięcia. Takie było założenie Zamawiającego – stąd Zamawiający zdecydował się na włączenie do fazy I opracowania rozwiązań koncepcyjnych w zakresie terminali aby stworzyć funkcjonalną całość umożliwiającą w kolejnych krokach opracowanie oddzielnych dokumentacji projektowych niekolidującej z sobą. Wykonawca wprost wskazuje, że w zakresie terminali (opcje) ujął prace, które bezpośrednio ich dotyczą i w zakresie podstawowym nie ma potrzeby ich wykonania - co jednoznacznie wyklucza abyśmy mieli za to samo płacić dwukrotnie. W kontekście założeń Zamawiającego oraz opisu przedmiotu zamówienia dla zakresu podstawowego oraz opcji, wykonawca poprawnie ujął elementy konieczne do wykonania dla poszczególnych faz. Zgodnie z przekazanymi wyjaśnieniami na etapie badania ofert wykonawca wskazał że „ogólne uzgodnienia i połączenie z zakresem podstawowym zostało ujęte w kalkulacji dla zakresu podstawowego.”

20. Faza II - rażąco niska cena – zgodnie z SWZ , jeżeli dojdzie do realizacji prac projektowych ujętych w ramach FAZ II i III to będą one realizowane w tych samym czasookresie. Ponadto będą realizowane przez ten sam personel projektowy w tym samym czasie. Personel projektowy otrzymuje stałe miesięczne wynagrodzenie, niezależnie od tego co w danym momencie projektuje. Stąd dopuszczalne w świetle SWZ jest ujęcie kosztów w sposób określony przez Systra; Zamawiający w OPZ określił wymagany na potrzeby realizacji całego zamówienia personel (w tym projektantów, sprawdzających). Wykonawca ma dysponować tym personelem przez cały okres zamówienia. Nie jest on wyodrębniony lub przypisany do poszczególnej fazy. Zamawiający nie wymaga też zatrudnienia dodatkowego personelu na potrzeby realizacji Fazy II i III. Zamawiający wskazuje ponadto że zakres prac projektowych ujętych w Fazie II i III pokrywa się obszarowo z całym zakresem zadania. Lokalizacja inwestycji w zakresie Fazy II i III ma charakter punktowy zlokalizowany na obszarze zadania objętego realizacją w Fazie I. Może mieć to wpływ na organizację prac w tym np. pozyskiwanie wszelkich uzgodnień, materiałów wyjściowych do projektowania, badań. Organizacja prac projektowych jest indywidualnym aspektem wykonawcy. Kwestia dokonania np. uzgodnień na styku zakresów FAZ I , II i III , już na etapie zakresu podstawowego nie jest w świetle SWZ błędem. Personel wykonawcy będzie otrzymywał należne wynagrodzenie niezależnie od tego czy Faza II i III będzie realizowana. Wykonawca otrzymuje od Zamawiającego bazowe wzory dokumentów, zatem 95% materiałów (z zastrzeżeniem OPZ) jest już gotowa. Do uzupełnienia pozostaje zakres opisu przedmiotu zamówienia, który niekoniecznie musi tworzyć osoba będąca specjalistą do spraw przetargowych i zasadniczo tak się nie zdarza (zakres należy do zespołu merytorycznego).
21. Faza II - brak wykazania kosztów wykonania prac środowiskowych- Nieuwzględnienie przez Systra nakładów i kosztów w zakresie branży środowiskowej - Wykonawca w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny w formie tabelarycznej przedstawił zestawienie kosztów podwykonawców, w tym ujął pozycję Inne (pozostałe opracowania - założenie jako 4% kwoty na podwykonawców, nadwyżka do wykorzystania jako rezerwa na ryzyka) - kwota 1 831 049,67 zł Ponadto ujął pozycję : Ryzyka dla pozycji w zakresie pozostałych podwykonawców - 3 000 000,00 zł., które obejmować mogą powyższe. W SWZ brak jest zapisów jednoznacznie wskazujących na brak możliwości ujmowania kosztów realizacji prac projektowych pomiędzy poszczególnymi zakresami zamówienia,
22. w ramach fazy I Wykonawca ma opracować Koncepcji Programowo - Przestrzennej (wraz z koncepcją programowo-przestrzenną budowy Terminala Pasażerskiego na stacji Przemysł Główny i Terminala Towarowego na stacji Medyka); zakres prac projektowych ujętych w Fazie II i III pokrywa się obszarowo z zakresem zadania ujętego w fazie I. Lokalizacja inwestycji w zakresie Fazy II i III ma charakter punktowy zlokalizowany na obszarze zadania objętego realizacją w Fazie I. Bez wątpienia ma to wpływ na organizację prac w tym np. pozyskiwanie wszelkich uzgodnień, materiałów wyjściowych do projektowania, badań. W tym również aspektów związanych z ochroną środowiska. Organizacja prac projektowych jest indywidualnym aspektem wykonawcy. W zakresie fazy II i III z uwagi że zakres prac projektowych ujętych w Fazie II i III pokrywa się obszarowo z zakresem zadania ujętego w fazie I. na koszt tych prac jest właściwie pomijalny.
23. Faza II - brak wykazania kosztów wykonania prac w zakresie wykonania analizy i projektu zabezpieczeń przed drganiami - Wymienione w ww. punktach odwołania opracowania które nie zostały wprost wskazane w zestawieniu tabelarycznym przez Systra mają stosunkowo małą wartość względem ceny całkowitej oferty. Ocena wpływu drgań na budynki i ludzi przebywających w budynkach przeprowadzona wg norm PN-B-02170 oraz PN-B-02171 (drżania pochodzące od ruchu pociągów po przebudowywanej linii) przeprowadzana jest w zakresie istniejących budynków znajdujących się w strefie oddziaływań dynamicznych przebudowywanej linii kolejowej. Na podstawie przeprowadzonej analizy dokonuje się doboru rozwiązań w zakresie wibroizolacji linii kolejowej. Mając na uwadze iż zakres prac projektowych ujętych w Fazie II i III pokrywa się obszarowo z całym zakresem zadania. Bez wątpienia analiza taka będzie opracowana w ramach zakresu podstawowego wraz z doбором rozwiązań projektowych zabezpiecz przed drganiami. W zakresie fazy II i III z uwagi że zakres prac projektowych ujętych w Fazie II i III pokrywa się obszarowo z zakresem zadania ujętego w fazie I. na koszt tych prac jest właściwie pomijalny. Wykonawca w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny w formie tabelarycznej przedstawił zestawienie kosztów podwykonawców, w tym ujął pozycję Inne (pozostałe opracowania - założenie jako 4% kwoty na podwykonawców, nadwyżka do wykorzystania jako rezerwa na ryzyka) - kwota 1 831 049,67 zł Ponadto ujął pozycję : Ryzyka dla pozycji w zakresie pozostałych podwykonawców - 3 000 000,00 zł. Rezerwy te pokrywają

koszty wymienionych przez odwołującego opracowań nawet biorąc pod uwagę stawki przedstawiane przez odwołującego.

24. Faza II - brak wykazania kosztów wykonania prac w zakresie wykonania badań i opracowań geologicznych] Wymienione w ww. punktach odwołania opracowania które nie zostały wprost wskazane w zestawieniu tabelarycznym przez Systra mają stosunkowo małą wartość względem ceny całkowitej oferty. Wykonawca w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny w formie tabelarycznej przedstawił zestawienie kosztów podwykonawców, w tym ujął pozycję Inne (pozostałe opracowania - założenie jako 4% kwoty na podwykonawców, nadwyżka do wykorzystania jako rezerwa na ryzyka) - kwota 1 831 049,67 zł Ponadto ujął pozycję : Ryzyka dla pozycji w zakresie pozostałych podwykonawców - 3 000 000,00 zł. W dokumentach przetargowych (SWZ) brak jest zapisów jednoznacznie wskazujących na brak możliwości ujmowania kosztów realizacji prac projektowych pomiędzy poszczególnymi zakresami zamówienia, dlatego też Zamawiający nie ma możliwości dokonania jednoznacznej negatywnej oceny wycen przedstawionych przez wykonawców Systra. W ramach fazy I Wykonawca ma opracować Koncepcji Programowo - Przestrzennej (wraz z koncepcją programowo-przestrzenną budowy Terminala Pasażerskiego na stacji Przemysł Główny i Terminala Towarowego na stacji Medyka); zakres prac projektowych ujętych w Fazie II i III pokrywa się obszarem z zakresem zadania ujętego w fazie I. Bez wątpienia ma to wpływ na organizację prac w tym np. pozyskiwanie wszelkich uzgodnień, materiałów wyjściowych do projektowania, badań. W tym również aspektów związanych z badaniami i opracowaniami geologicznymi. Organizacja prac projektowych jest indywidualnym aspektem wykonawcy. Z uwagą na specyfikę terenu oraz wzajemne powiązanie obiektów przewidzianych do realizacji w Fazie I i w Fazie II i III rozpoznanie geologiczne terenu z realizowane w ramach zakresu podstawowego będzie pokrywało obszar na którym będzie realizowane obiekty w ramach fazy III i II Na etapie realizacji fazy II i III może jedynie wymagać doszczegółowienia.
25. Faza III - rażąco niska cena (zarzut: niedoszacowanie realizacji prac projektowych na terminalu w Medyce w wysokości co najmniej 651.128,03 zł przekłada się wprost na brak dniówek nawet na wypełnienie obowiązków obecności na naradach i spotkaniach z zamawiającym a co dopiero na prowadzenie uzgodnień koordynacji i prawidłową realizację projektu) ustalenia jak dla punktu Faza II - rażąco niska cena
26. Faza III - brak wykazania kosztów wykonania prac środowiskowych -(Nieuwzględnienie przez Systra nakładów i kosztów w zakresie branży środowiskowej w wysokości 140.000 zł netto) ustalenia jak dla punktu Faza II - brak wykazania kosztów wykonania prac środowiskowych
27. Faza III - brak wykazania kosztów wykonania prac w zakresie wykonania analizy i projektu zabezpieczeń przed drganiami (nieuwzględnienie przez Systra nakładów i kosztów w zakresie wykonania analizy i projektu zabezpieczeń przed drganiami w wysokości 45.000 zł netto) ustalenia jak powyżej;
28. Faza III - brak wykazania kosztów wykonania prac w zakresie wykonania badań i opracowań geologicznych (nieuwzględnienie przez Systra nakładów i kosztów w zakresie wykonania badań i opracowań geologicznych w wysokości 50.000 zł netto) ustalenia jak powyżej;

KWESTIE OGÓLNE

Izba ustaliła w oparciu o dokumenty postępowania, że udzielane wyjaśnienia rażąco niskiej ceny wraz z załącznikami Dohwa i Systra odnosiły się do kwestii objętych żądaniem wyjaśnień. Odwołujący nie wykazali, by w tym zakresie było inaczej. Zarzuty sprowadzały się to do ogólnikowego założenia nie uzasadnienia i nie wykazania podanej w ofercie ceny lub kosztu oraz przywołania wybranych treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny wraz z własnymi kalkulacjami.

W ocenie Izby Odwołujący Systra i Voessig nie wykazali istotności części składowych ceny/ kosztu ofertowej Dohwa a Odwołujący Voessig w stosunku do ceny ofertowej Systra, poza pracami geotechnicznymi i geologicznymi, co stanowi jedną z przesłanek odrzucenia oferty jako zawierającej rażąco niską cenę/ koszt lub istotną część składową ceny /kosztu. W zakresie oceny prac geotechnicznych i geologicznych Izba uznała je za stanowiące istotną część składową ceny w rozumieniu art. 224 ust. 1 Pzp wobec uwzględnienia stanowiska Zamawiającego, który przyznał tę okoliczność (art. 533 Pzp)

Izba stwierdza, że:

Zgodnie z art. 224 ust. 1. Pzp jeżeli zaofferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. Celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest udzielenie zamówienia wykonawcy, który wykona zamówienie zgodnie z warunkami zamówienia, określonymi przez zamawiającego. Ustawodawca nie zdefiniował terminu „rażąco niskiej ceny”. Rzeczony termin odnosi się do ceny oderwanej od realiów rynkowych. Rażąco niska cena to taka, która jest nierealistyczna, niewiarygodna w kontekście aktualnej sytuacji rynkowej i nie pozwalająca - przy zachowaniu reguł rynkowych - na wykonanie umowy przez wykonawcę, czyniąc je nieopłacalnym. Zgodnie z art. 224 ust. 2 Pzp w przypadku, gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od: 1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania

lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, 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.

Wobec celu, jakim jest rozstrzygnięcie czy dana oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 224 ust. 6 Pzp (zgodnie z którym oferta podlega odrzuceniu jeśli wykonawca nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu) zamawiający każdorazowo w odniesieniu do konkretnego przypadku, w oparciu o posiadane materiały, w szczególności wyjaśnienia wykonawcy i załączone przez niego dowody, ocenia charakter ceny w kontekście przedmiotu zamówienia.

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

Podstawą odrzucenia oferty jest zaoferowanie ceny „rażąco niskiej”. Art. 224 ust. 3 Pzp zawiera czynniki, które mogą mieć wpływ na wysokość zaoferowanej przez wykonawcę ceny, należy jednak pamiętać, że jest to katalog otwarty, przy czym dowód powinien być adekwatny do konkretnej sytuacji i stanowić potwierdzenie tego, co wykonawca dowodzi w swoich wyjaśnieniach.

Powyższe przepisy mają zapobiegać wybieraniu ofert, które nie dają pewności, że zamówienie zostanie wykonane i to bez uszczerbku dla jego jakości. Zabezpieczając zamawiającego przed nieuczciwymi praktykami wykonawców, którzy zaniżając cenę lub koszt w celu uzyskania zamówienia, na etapie realizacji mogą sobie to rekompensować niższą jakością lub domaganiem się dodatkowego wynagrodzenia. W skrajnych wypadkach zagrożone może być wykonanie całego zamówienia. Jednocześnie przepis chroni rzetelnych wykonawców, gdyż ułatwia eliminowanie z zamówień publicznych tych, którzy łamią zasady uczciwej konkurencji w zakresie ceny lub kosztu (art. 16 Pzp).

Jednocześnie zgodnie z art. 224 ust.5 Pzp na wykonawcy wezwanym do złożenia wyjaśnień spoczywa ciężar dowodowy wykazania charakteru ceny lub jej elementu jako niebędącej rażąco niskiej w stosunku do zamawiającego. Natomiast norma art. 537 pkt 1 Pzp w związku z art. 506 i n. Ustawy kładzie obowiązek wykazania, że działania zamawiającego dokonującego oceny wyjaśnień i ofert były niezgodne z prawem na odwołującego. W postępowaniu odwoławczym konieczne jest więc wykazanie, że zamawiający błędnie ocenił wyjaśnienia złożone w wyniku procedury z art. 224 ust. 1 Pzp.

Izba wskazuje, że Odwołujący nie przedstawili dowodów na brak możliwości zrealizowania przez Dohwa lub Systra zgodnie z warunkami zamówienia przedmiotu zamówienia za cenę ofertową, także w zakresie każdej z odrębnie zakwestionowanych części składowych ceny. Wystarczającego dowodu na tę okoliczność nie stanowią twierdzenia własne Odwołujących, przedstawione przez nich projekcje właściwej kalkulacji cen ofertowych Dohwa, ani ustalony przez Izbę w oparciu o twierdzenia stron i uczestników oraz oferty i zestawienia cen i kosztów fakt, że na rynku osiągalne są różne ceny i oferty realizacji tych samych lub takich samych świadczeń na rzecz różnych wykonawców przez różne podmioty.

Odwołujący nie wykazali również, że wobec treści zapytań oraz udzielanych wyjaśnień wraz z załącznikami Zamawiający uznając je za wystarczające naruszył przepisy oceniając, że nie ma do czynienia z rażąco niską ceną. Odwołujący nie wykazał, że wyjaśnienia nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu, w tym także że nie zawierały ustosunkowania się do żądań Zamawiającego.

Stąd Izba oddaliła odwołanie również w tym zakresie.

KIO 2548/24

ZARZUT TRZECI – OŚWIADCZENIE KONSORCJANTÓW

Zarzut Voessig dotyczy zaniechania wezwania Dohwa do złożenia oświadczenia z art. 117 ust. 4 Pzp o treści adekwatnej do sposobu wykazania przez poszczególnych konsorcjantów spełnienia warunku udziału w postępowaniu, w postaci zdolności technicznej lub zawodowej z pkt. 8.6.1 (doświadczenia) wobec złożenia oświadczenia z art. 117 ust. 4 Pzp pozostającego w sprzeczności ze sposobem wykazania warunku doświadczenia, albowiem pomimo tego, że doświadczenie niezbędne do wykazania zdolności do wykonania zamówienia wykazała przede wszystkim Dohwa Engineering (w 4/5) to nie będzie ona brała udziału w realizacji zamówienia ograniczając się jedynie do koordynacji i konsultingu.

Zarzut sprowadzał się do:

- przytoczenia SWZ (pkt 8.6.1) zgodnie z którym Zamawiający wymagał wykazania się przez wykonawców następującym doświadczeniem: „w zakresie warunku określonego w pkt 8.2.4 IDW wymagane jest wykazanie przez Wykonawcę wykonania w okresie ostatnich dziesięciu lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie) minimum 5 (pięciu) usług polegających na opracowaniu dokumentacji projektowej (projektu budowlanego i projektu wykonawczego), które obejmowały budowę lub przebudowę (w rozumieniu Ustawy Prawo budowlane) linii kolejowej w zakresie co najmniej: -1 (jednej) stacji kolejowej, -1 (jednego) szlaku kolejowego,

Wartość każdej z nich, minimum 10 000 000,00 PLN brutto.”

- wskazania bezspornej okoliczności, że na potwierdzenie powyższego warunku Dohwa złożyła wykaz usług, w którym opisano 5 różnych zamówień wykonanych przez konsorcjantów których cztery wykonała Dohwa Engineering a jeden Dohwa Polska;

- wskazania, że w oświadczeniu wymaganym art. 117 ust. 4 Pzp dotyczącym kwalifikacji zawodowych Dohwa oświadczyła, co następuje:

- wskazania, że „choć Dohwa Engineering wykazuje kluczowy warunek, tj. doświadczenie w 4/5 i na to doświadczenie tak obszernie i wielokrotnie powołuje się Dohwa w Wyjaśnieniach RNC to w rzeczywistości zamówienie będzie realizowane bez jego udziału. Jak wynika z powyższego oświadczenia czynności Dohwa Engineering będą ograniczone do bliżej nieokreślonych koordynacji projektu i konsultingu projektowego. Z całą pewnością powyższego nie można uznać za udział w realizacji zamówienia (którego kluczowym elementem jest przygotowanie dokumentacji projektowej). Tymczasem art. 117 ust. 3 Pzp wymaga, aby w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia mogą polegać na zdolnościach tych z wykonawców, którzy wykonują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. Oświadczenie złożone przez Dohwa stoi w oczywistej sprzeczności ze sposobem wykazania spełnienia warunku ubiegania się o zamówienie przez tego wykonawcę. Mając na uwadze powyższe Zamawiający powinien był wezwać wykonawcę Dohwa do złożenia prawidłowego oświadczenia z art. 117 ust. 3 Pzp”

Izba stwierdza, że odwołujący zgodnie z art. 516 i mając na uwadze art. 555 Pzp zobowiązany jest określić na czym polega twierdzona nieprawidłowość. W tym przypadku zarzut sprowadza się do przywołania oświadczeń Dohwa i treści przepisu oraz wskazania na ich sprzeczność, bez dookreślenia na czym ona konkretnie polega w świetle wykazania przez Dohwa warunku udziału w postępowaniu łącznie przez obu konsorcjantów w proporcji 4/1.

Izba oddala odwołanie w tym zakresie wobec nie sprecyzowania i nie wykazania na czym konkretnie polega sprzeczność oceny złożonych oświadczeń z normą art. 117 ust. 3 Pzp.

KIO 2548/24

ZARZUT CZWARTY – MANIPULACJA CENĄ SYSTRA

Zarzut dotyczy zaniechania odrzucenia oferty Systra wobec złożenia jej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, polegającego na manipulacji ceną, wskutek przerzucenia kosztów opcji (Faza II i III) (niegwarantowanej części) do kosztów zakresu podstawowego (gwarantowanego).

Zarzut Voessig sprowadza się do wskazania, że Systra w wyjaśnieniach RNC podała, w zakresie Praw Opcji - Faza II i Faza III, że: „W załączonym zestawieniu kosztów Wykonawca wyszczególnił kalkulację kosztów w zakresie Praw Opcji - Faza II. „Dokumentacja projektowa dla infrastruktury przygranicznej - budowa Terminala Pasażerskiego na stacji Przemysł Główny” oraz Faza III. „Dokumentacja projektowa dla infrastruktury przygranicznej - budowa Terminala Towarowego na stacji Medyka”. Dzięki doświadczeniu zdobytemu przy realizacji projektu pn. „Modernizacja infrastruktury kolejowej w Rejonie Przeładunkowym Małaszewicze korytarza nr 8 linii towarowych na granicy UE z Białorusią” Wykonawca był w stanie precyzyjnie oszacować przewidywany nakład pracy, a co za tym idzie koszty realizacji ww. Praw Opcji. SYSTRA SA jako jeden z nielicznych Wykonawców w Polsce opracowała dokumentację projektową dla tak dużego przygranicznego terminala przeładunkowego. Zdobyte „know-how” i kompetencje stanowią niewątpliwą przewagę konkurencyjną Wykonawcy, pozwalając dodatkowo zminimalizować ryzyka związane z wykonaniem usługi. Wykonawca zwraca uwagę, że w wycenie dla Terminali ujął jedynie te prace, które bezpośrednio dotyczą projektowania terminali (tj. zadania, które nie byłyby wykonywane, gdyby Zamawiający nie zdecydował się na realizację Praw Opcji w tym zakresie) - ogólne uzgodnienia i połączenie z zakresem podstawowym zostało ujęte w kalkulacji dla zakresu podstawowego. Ostatecznie, koszty dla poszczególnych etapów dokumentacji projektowej Terminali kształtują się następująco:”

Według Odwołującego „Systra tym zastrzeżeniem potwierdza, że złożyła ofertę w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, albowiem wprost z tego wynika, że koszty realizacji opcji zostały ujęte przynajmniej w znacznej części w kosztach prac zakresu podstawowego. Tym samym Zamawiający, niezależnie od tego czy zdecyduje się na realizację opcji, czy nie i tak zapłaci za nią (przynajmniej w istotnej części). Niewątpliwie to wypełnia znamiona czynu nieuczciwej konkurencji. Wprawdzie próbuje sugerować, że owe przerzucone koszty można zaliczyć do zakresu podstawowego, jednak sugestia ta jest całkowicie nie trafna. Przede wszystkim prace projektowe w opcji (Faza II i III) muszą być samodzielnie uzgadniane. Oczywiście jest przy tym, że, aby coś uzgadniać musi istnieć przedmiot owych uzgodnień. Skoro przedmiot uzgodnień ma być wykonany właśnie w ramach opcji i dopiero w tej fazie powstanie, to nie może być on w żaden sposób wcześniej konsultowany w ramach enigmatycznych „ogólnych uzgodnień”. Zatem wszelki koszt uzgodnień produktów opcji (Fazy II i III) jest kosztem ściśle związany z prawem opcji, a nie zakresem podstawowym. Co więcej koszt tych uzgodnień powstanie tylko i wyłącznie wtedy, kiedy Zamawiający zdecyduje się na wykorzystanie opcji. Jeżeli takiej decyzji nie podejmie nie będzie uzgodnień i nie będzie takich kosztów. W tym stanie rzeczy ujmowanie choćby części kosztów uzgodnień dla produktów opcji w koszcie zakresu podstawowego skutkuje tym, że Zamawiający poniesie ich koszt także gdy nie zdecyduje się na skorzystanie z opcji. Co więcej, skoro nie będzie opcji, nie będzie też uzgodnień i ich kosztów. W tej sytuacji Systra otrzyma wynagrodzenie będące ekwiwalentem uzgodnień, których nie

wykona. Kolokwialnie rzecz ujmując otrzyma wynagrodzenie za nic. Z pewnością jest to działania na szkodę Zamawiającego i narusza dobre obyczaje (i wpisuje się w hipotezę art. 3 ust. 1 znku). Podobnie rzecz ma się w odniesieniu do kosztów połączenie Fazy II i III z zakresem podstawowym. Takie połączenie nastąpi tylko w razie skorzystania z opcji, bo inaczej nie będzie czego łączyć. Koszty te zatem powstają tylko w razie skorzystania z opcji i muszą być elementem kosztów opcji, a nie fazy podstawowej. Zresztą to, że doszło do takiego przerzucenia kosztów wynika zarówno z własnego oświadczenia Systra, jak i porównania cen dla opcji w fazie II i III u wszystkich wykonawców:

LP.	Nazwa Wykonawcy	Faza II Opcja		Faza III Opcja	
		netto	brutto	netto	brutto
1	Konsorcjum firm: DOHWA POLSKA Sp. z o.o. Spółka komandytowa (Lider) Dohwa Engineering Co., Ltd (Członek Konsorcjum)	4 518 300.00	5 557 509.00	3 012 200.00	3 012 200.00
2	Konsorcjum firm: SYSTRA S.A. (Lider) Biuro Projektowo-Konsultingowe BPK Mosty Sp. z o.o	400 000.00	492 000.00	400 000.00	492 000.00
3	Konsorcjum firm: Voessing Polska Sp. z o.o. (Lider) Vössing Ingenieurgesellschaft mbH (Partner)	2 000 000.00	2 460 000.00	1 900 000.00	2 337 000.00
4	BBF Sp. z o.o.	3 500 000.00	4 305 000.00	3 500 000.00	4 305 000.00
5	MGGPS.A.	1450 000.00	1 783 500.00	3 550 000.00	4 366 500.00
6	Mosty Katowice Sp. z o.o.	2 000 000.00	2460 000.00	2 000 000.00	2460 000.00

Jak widać cena Systra z Fazę II i III radykalnie wręcz odbiega od cen wszystkich innych wykonawców. Tak radykalne różnice w cenach potwierdzają też, że żadne „ogólne konsultacje” czy prace dotyczące połączenia z zakresem podstawowym to tylko próba nieudolnego tłumaczenia takich cen. Te różnice jednoznacznie pokazują, że Systra celowo przerzuciła koszty z opcji (Faza II i III) do zakresu podstawowego. W konsekwencji jedynym sensownym wytłumaczeniem tej zasadniczo niewytłumaczalnej różnicy jest właśnie przerzucenie kosztów z opcji do podstawy, co zresztą wprost poświadcza Systra.”

Odwołujący oparł więc zarzut na własnych założeniach.

Izba ustaliła, że:

1. Zakres prac projektowych ujętych w Fazie II i III pokrywa się obszarnie z całym zakresem zadania. Lokalizacja inwestycji w zakresie Fazy II i III ma charakter punktowy zlokalizowany na obszarze zadania objętego realizacją w Fazie I czyli zakresu podstawowego. Zgodnie z warunkami Umowy w ramach realizacji Fazy I Wykonawca ma opracować Koncepcję Programowo - Przestrzenną uwzględniającą w swym zakresie budowę Terminala Pasażerskiego na stacji Przemysł Główny i Terminala Towarowego na stacji Medyka.
2. Rozwiązania projektowe przyjęte na etapie koncepcji programowo przestrzennej w zakresie budowy terminali stanowią istotne elementy z punktu widzenia dalszych prac projektowych zarówno w zakresie fazy I jak i faz II i III, z uwagi na ich wzajemne powiązanie zarówno funkcjonalne jak i obszarowe.
3. Rozwiązania te (opracowane i uzgodnione na etapie prac koncepcyjnych) wpływają bezpośrednio na kształt układów torowych stacji i pozwalają na uniknięcie konieczności przeprojektowywania na późniejszym etapie realizacji projektu. Co jest działaniem jak najbardziej słusznym i racjonalnym z punktu widzenia realizacji całego przedsięwzięcia.
4. Takie było założenie Zamawiającego. Dlatego też Zamawiający zdecydował się na włączenie do fazy I opracowania rozwiązań koncepcyjnych w zakresie terminali aby stworzyć funkcjonalną całość umożliwiającą w kolejnych krokach opracowanie oddzielnych dokumentacji projektowych niekolidującej z sobą.
5. SWZ nie zawiera żadnych regulacji, co do zakazu uwzględniania kosztów wspólnych w Fazie I.
6. Systra wskazuje, że w zakresie terminali (opcje) ujął prace, które bezpośrednio ich dotyczą i w zakresie podstawowym nie ma potrzeby ich wykonania - co wyklucza aby Zamawiający miał za ten sam zakres zamówienia płacić dwukrotnie.
7. W kontekście założeń Zamawiającego oraz opisu przedmiotu zamówienia dla zakresu podstawowego oraz opcji, wykonawca poprawnie ujął elementy konieczne do wykonania dla poszczególnych faz.
8. Ponadto zgodnie z przekazanymi wyjaśnieniami na etapie badania ofert wykonawca wskazał że „ogólne uzgodnienia i połączenie z zakresem podstawowym zostało ujęte w kalkulacji dla zakresu podstawowego.”

Mając na uwadze powyższe Izba stwierdza, że zarzut nie został udowodniony, twierdzenia są gołosłowne a przyjęty sposób kalkulacji ceny ofertowej nie jest sprzeczny z SWZ, Ustawą ani UZNK.

Powyższe ma uzasadnienie w świetle normy art. 226 ust.1 pkt 7 Pzp, zgodnie z którą Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu UZNK.

W myśl art. 3 ust. 1 UZNK, czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

Uwzględniając powyższe wskazać należy, że Prawo zamówień publicznych zakazuje składania ofert w warunkach

czynu nieuczciwej konkurencji. Definicja czynu nieuczciwej konkurencji jest definicją nieostrą, a wymieniony w dalszych przepisach UZNK katalog przykładowych czynów nieuczciwej konkurencji jest katalogiem otwartym. Znamiona czynu nieuczciwej konkurencji wyczerpuje działanie przedsiębiorcy, które jest sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

Odwolujący w niniejszej sprawie nie wykazał, że doszło do naruszenia w rozumieniu UZNK.

Nie wykazał, że działanie Systra polegające na dokonaniu określonej wyceny, w szczególności ujęcie kosztów wspólnych w Fazie I, jest sprzeczne z prawem, dobrymi obyczajami, naruszało interesy innego podmiotu ani w jaki sposób dojdź miałyby na skutek dokonania zakwestionowanej wyceny do zakłócenia konkurencji.

Izba stwierdza, że nie wykazano, że sposób kalkulacji Przystępującego Systra, w jakiś sposób wpłynął na ranking ofert w Postępowaniu, ani że doszło do manipulacji cenami, w tym także nieuprawnionego przerzucania kosztów zamówienia pomiędzy podstawowym i opcjonalnym.

Jednocześnie Izba ustaliła, że przyjęta metoda przez Przystępującego Systra wyceny elementów nie jest sprzeczna z warunkami zamówienia i jednocześnie jest uzasadniona w świetle przedmiotu zamówienia.

W odniesieniu do wszystkich oddalonych zarzutów Izba podkreśla, że w świetle art. 555 ust. 1 w zw. z art. 516 ust. 1 pkt. 8-10 Ustawy „Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu”, zaś „Odwołanie zawiera: (...) 8) zwięzłe przedstawienie zarzutów; 9) żądanie co do sposobu rozstrzygnięcia odwołania; 10) wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności”. W niniejszej sprawie, odwołanie nie zawierało uzasadnienia faktycznego, które pozwoliłoby na zrekonstruowanie sprzecznego z Ustawą zachowania Zamawiającego czy zdarzenia, wypełniającego przepisy prawa, których naruszenie zarzucił Odwołujący. Zgodnie zaś z art. 554 ust. 1 Ustawy „Izba uwzględni odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi: 1) naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców”, co nie zostało wykazane odwołaniem. Jednocześnie poczynione w sprawie ustalenia przeczą założeniom opisanym w odwołaniu.

Izba orzekła na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553 z uwzględnieniem art. 554 ust. 1 pkt. 1) Ustawy. Mając na uwadze powyższe Izba orzekła jak w sentencji.

Przewodnicząca :.....

Członkowie:

.....