

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Mateusz Paczkowski

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 lipca 2024 r. przez wykonawcę IDOM Inżynieria, Architektura i Doradztwo sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy Infra-Projekt sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie

orzeka:

oddala odwołanie,

kosztami postępowania obciąża wykonawcę IDOM Inżynieria, Architektura i Doradztwo sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu i:

zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę IDOM Inżynieria, Architektura i Doradztwo sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu tytułem wpisu od odwołania,

zasądza od wykonawcy IDOM Inżynieria, Architektura i Doradztwo sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu na rzecz zamawiającego PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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:.....

Sygn. akt: KIO 2711/24

UZASADNIENIE

PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Zamawiający”), prowadzi z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm. dalej: „ustawa Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: *Opracowanie dokumentacji projektowej wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego w ramach projektu pn.: „Usprawnienia połączenia Kraków – Jasto wraz z rewitalizacją linii kolejowej nr 110 i budową łącznicy pomiędzy linią 108 a linią 110”* (znak postępowania: 9090/IREZA3/17877/04564/23/P). Wartość szacunkowa zamówienia jest powyżej progów uniijnych. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 6 października 2023 r. pod numerem 2023/S 193-604115.

W dniu 29 lipca 2024 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, w przedmiotowym postępowaniu złożył wykonawca IDOM Inżynieria, Architektura i Doradztwo sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (dalej: „Odwołujący”).

Odwołanie złożono wobec czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na prowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający równego traktowania wykonawców i nieprzejrzysty, co przejawiało się poprzez trzykrotne wezwanie Infra-Projekt sp. z o.o. (dalej: „Infra”) do wyjaśnień ceny oferty, a następnie błędnej ocenie oferty i tych wyjaśnień oraz zaniechaniu odrzucenia tej oferty jako zawierającej rażąco niską cenę i koszt.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 16 pkt 1) i 2) ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp oraz art. 224 ust. 1, 2 i 6 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający równego traktowania wykonawców i nieprzejrzysty, co przejawiało się poprzez trzykrotne wezwanie Infra do wyjaśnień ceny oferty, a następnie błędnej ocenie oferty i tych wyjaśnień oraz zaniechaniu odrzucenia tej oferty jako zawierającej rażąco niską cenę i koszt.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności oceny ofert, w tym wyboru najkorzystniejszej oferty,
2. dokonania ponownej oceny ofert i odrzucenia oferty Infra;
3. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów reprezentacji wg przedstawionych na rozprawie rachunków.

Odwołujący wskazał, że ma interes we wniesieniu niniejszego odwołania. Zgodnie z informacją o wyborze

najkorzystniejszej oferty, Odwołujący złożył drugą najkorzystniejszą ofertę w postępowaniu. W przypadku uwzględnienia niniejszego odwołania jego oferta będzie ofertą najkorzystniejszą. Niewniesienie zaś odwołania i utrzymanie w mocy czynności wyboru najkorzystniejszej oferty spowoduje poniesienie przez Odwołującego szkody. Utrata możliwości uzyskania pozytywnego dla niego rozstrzygnięcia postępowania poprzez wybór jego oferty jako najkorzystniejszej, a tym samym osiągnięcia przychodu i zysku z realizacji zamówienia, stanowi potencjalną szkodę Odwołującego, uzasadniającą złożenie niniejszego odwołania.

Odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu określonego w art. 515 ust. 1 pkt 1) lit. a) ustawy Pzp. Informację stanowiącą podstawę dla wniesienia odwołania Odwołujący uzyskał w dniu 18 lipca 2024 r. (zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty). W związku z powyższym odwołanie wniesione w dniu 29 lipca 2024 r. należy uznać za wniesione w wymaganym zgodnie z ustawą Pzp terminie.

Wpis od odwołania w kwocie 15 000,00 złotych (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) został uiszczony przelewem na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych. Odwołujący prawidłowo przekazał kopię odwołania Zamawiającemu oraz załączył potwierdzenie przekazania odwołania Zamawiającemu.

Stanowisko Odwołującego:

W pierwszej kolejności Odwołujący podnosił, iż Infra pomimo trzykrotnej możliwości wyjaśnienia ceny swojej oferty w dalszym ciągu nie wyjaśniła wszystkich kosztów. Ponadto wyjaśnienia Infra są ze sobą sprzeczne, a wykonawca ten zmienia swoje założenia, jedynie po to, by wyjaśnić zaoferowaną cenę „na papierze”. Niektóre z przedłożonych dowodów nie potwierdzają przyjętych kosztów, a inne są nieprzydatne przy ocenie wyjaśnień. Wyjaśnienia są też obarczone licznymi brakami i zaniżeniami, co kompletnie je dyskwalifikuje.

Dalej Odwołujący przypominał, iż pierwsze wyjaśnienia zostały złożone dnia 14.12.2023 r., w odpowiedzi na wezwanie z dnia 7.12.2023 r. (dalej: „Wyjaśnienia nr 1”). Po tych wyjaśnieniach oferta Infra została wybrana jako najkorzystniejsza, co zostało zaskarżone odwołaniem Odwołującego z dnia 31.05.2024 r. (dalej: „Odwołanie nr 1”). W Odwołaniu nr 1 podniesiono szereg, w dalszym ciągu aktualnych, zarzutów wobec treści Wyjaśnień nr 1. Po pierwsze były to braki:

- brak jakichkolwiek wyjaśnień w zakresie prawa opcji – pełnienia nadzoru autorskiego na czas trwania i odbioru robót budowlanych (zakres samowolnie pominięty przez Infra) – pominięcie tego elementu składowego ceny samo w sobie powinno przesądzać o odrzuceniu oferty Infra;
- brak wykazania najważniejszych kosztów, a więc kosztów zaangażowania personelu – dla kilkudziesięcioosobowego personelu przedłożyła jedynie cztery umowy o pracę dla jego, co do zasady, najslabiej wynagradzanych członków, czyli asystentów projektantów; w pozostałym zakresie przedłożono dowody absolutnie nieprzydatne do wykazania kosztów z kalkulacji - ramowe umowy niezawierające żadnych konkretnych kwot, oświadczenia pracowników o otrzymywaniu wynagrodzenia powyżej minimalnego czy karty szkolenia wstępnego w dziedzinie bezpieczeństwa i higieny pracy; najważniejszy z kosztów nie został więc wykazany, co winno dyskwalifikować wyjaśnienia;
- brak dowodów umożliwiających kalkulację zakresu zleconego podwykonawcom – geologia i geodezja; przedłożono oferty zawierające cenę, bez jakichkolwiek kalkulacji lub przyjętych założeń – doszło więc do wyjaśnienia treści oferty inną ofertą (podwykonawczą), uniemożliwiając Zamawiającemu weryfikację poprawności przyjętych założeń i w konsekwencji – poprawności ceny; wyjaśnienia nie wykazywały m.in. kluczowych informacji takich jak ilości wierceń i sondowań czy wymaganych kosztów operatów szacunkowych (4.3.5 OPZ);
- brak wyjaśnienia i wykazania „kosztów pozostałych” (brak dowodów na tak istotne koszty jednostkowe jak cena ubezpieczenia OC czy wynajmu biura, które łącznie stanowią ponad 10% ceny oferty.

Po drugie – były to także braki uwzględnienia / zaniżenia w kalkulacjach:

- brak uwzględnienia osoby do wykonania dokumentacji przetargowej, wymaganej przez Zamawiającego (koszt na poziomie ok. 60.000,00 zł);
- pominięcie kosztów zatrudnienia obowiązkowego geotechnika (koszty na poziomie 34.000,00 zł);
- sprzeczność między ofertą Infra a jej wyjaśnieniami – zakres środowiskowy został w wyjaśnieniach przeznaczony do podwykonania, natomiast w formularzu ofertowym nie został wskazany jako realizowany przez podwykonawców; dla tej branży nie przedstawiono żadnych ofert ani wyliczeń i nie wykazano, by Infra zatrudniała wymaganych specjalistów z zakresu ochrony środowiska oraz akustyka (zaniżenie minimalnie 20.000,00 zł nie uwzględniając chociażby całorocznych kosztów inwentaryzacji przyrodniczej);
- niezależnie od braku wykazania kosztów realizacji geodezji ze względu na wyjaśnienie treści oferty inną ofertą bez żadnych założeń kalkulacyjnych to oferty podwykonawców Infra nie zawierały całego zakresu wymaganego przez Zamawiającego (brak prac wynikających z punktu 4.3.4 – Opracowanie i złożenie wniosków dla uzyskania decyzji o ustaleniu lokalizacji linii kolejowej i/lub ustaleniu lokalizacji inwestycji celu publicznego oraz pozyskanie tych decyzji);
- brak kosztów związanych z obowiązkowymi czynnościami opracowania operatów szacunkowych (zaniżenie o ok. 75.000,00 zł);

- przyjęcie zbyt krótkiego czasu najmu biura i w konsekwencji – za mały koszt najmu biura, co doprowadziło do kolejnego zniżenia o 44.000,00 zł

Zdaniem Odwołującego, niezależnie od tego, że Infra nie wykazała w żaden sposób kosztów geologii, to opierając szacunki na najkorzystniejszych dla Infra warunkach (dotyczących zakresu prac, ilości wierceń, cen itd.), zniżenie dokonane przez tego wykonawcę w tej części wyniosło ponad 300.000,00 zł.

Dalej Odwołujący zwrócił uwagę, iż Zamawiający pismem z dnia 5.06.2024 r. poinformował o unieważnieniu czynności wyboru oferty Infra jako najkorzystniejszej. Następnie dnia 11.06.2024 r. Zamawiający po raz drugi wezwał Infra do złożenia wyjaśnień ceny (dalej: „Wezwanie nr 2”). Odwołujący podkreślił, że Wezwanie nr 2 dotyczyło braków podniesionych przez Odwołującego w Odwołaniu nr 1. Co istotne, w treści wyjaśnienia Zamawiający sam wskazał, że wezwanie spowodowane jest brakiem jakiegokolwiek wykazania pewnych informacji przez Infra w Wyjaśnieniach nr 1.

Odwołujący podniósł też, że pomimo tego, że zakres geologii nie został wyjaśniony w Wyjaśnieniach nr 1 i precyzyjnych wskazaniach, zarówno w Odwołaniu nr 1, jak i w Wezwaniu nr 2, Infra w wyjaśnieniach złożonych dnia 14.06.2024 r. (dalej: „Wyjaśnienia nr 2”) w dalszym ciągu nie objaśniła i nie wykazała kosztów przyjętych na realizację geologii. W ramach Wyjaśnień nr 2 Infra przekleiła jedynie z oferty swojego podwykonawcy rozbieżność ceny za zakres geologii na poszczególne kategorie.

Odwołujący podkreślił, że chociażby w zakresie prac terenowych, koniecznym dla zweryfikowania prawidłowości przyjętych kosztów jest poznanie przyjętych przez wykonawcę ilości i głębokości koniecznych wierceń, ilości sondowań. Kwestie te mają kluczowe znaczenie dla ostatecznego kosztu prac geologicznych. Co ważne w kontekście treści Instrukcji Igo-1 wiążącego dla wykonawcy w tym postępowaniu najważniejszym elementem cenotwórczym, wpływającym na sposób kalkulacji kosztów usług geologicznych jest rodzaj warunków gruntowych i w konsekwencji ilość (podawana w sztukach) i w dalszej kolejności głębokość wierceń (podawana w metrach bieżących). O te właśnie elementy pytał Zamawiający żądając „wyjaśnienia składników cenotwórczych oraz sposobu kalkulacji, potwierdzających wycenę pełnego zakresu zamówienia”. Natomiast, Zamawiający nie pytał i nie oczekiwał rozbieżności ceny na poszczególne rodzaje prac geologicznych, co uczyniła Infra. Wspomniana bowiem Instrukcja Igo-1 w zależności od kategoryzacji warunków gruntowo-wodnych (proste, złożone, skomplikowane) wymaga określonej ilości badań / wierceń (przedział ten w zależności od warunków waha się od 20 do nawet 120 badań na 1 km).

Odwołujący wskazał, że zniżenia dokonane w wycenie geologii przez Infra wynosi więcej niż przewidziana rezerwa kosztowa, a także 2/3 marży wykonawcy. W Wyjaśnieniach nr 2 więcej miejsca poświęcono zwiększeniu rezerwy kosztowej (na skutek otrzymanych ofert na prace związane z branżą środowiskową i akustyczną oraz ubezpieczenie OC) oraz możliwości rekompensaty dodatkowych kosztów wewnętrzną marżą niż właśnie kwestii rzetelnego wykazania kosztów związanych z pracami geologicznymi (z podaniem kluczowych założeń do wyceny tych prac). Pomimo tego, że zakres ten nie został wyjaśniony ani w Wyjaśnieniach nr 1, ani Wyjaśnieniach nr 2, Zamawiający nie odrzucił oferty Infra działając na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 224 ust. 6 Pzp, ale pismem z dnia 25.06.2024 r. (dalej: „Wezwanie nr 3”) po raz trzeci wezwał Infra do wyjaśnień.

Odwołujący podkreślił, że wbrew treści wezwania, nie sposób mówić tutaj o uszczegółowieniu kalkulacji. Infra przy drugich już wyjaśnieniach dokonała jedynie rozbieżności ceny za prace geologiczne na cztery pozycje, brakowało tam kluczowych założeń dotyczących ilości, głębokości wierceń, sondowań, które i tak powinny się pojawić już w Wyjaśnieniach nr 1. Tylko te dane mogą potwierdzić prawidłowość przyjętych kalkulacji. Powyższe braki zresztą dostrzegł sam Zamawiający, bo wprost wynika to z kolejnego już wezwania (Wezwania nr 3). Jednakże, zdaniem Odwołującego, trzecie wyjaśnienia z dnia 30.06.2024 r. (dalej: „Wyjaśnienia nr 3”) w dalszym ciągu nie odpowiadają w pełni na wezwanie Zamawiającego. Odwołujący przypomniał, iż Zamawiający wymagał podania wierceń i sondowań w jednostkach „szt.” i „mb”, tymczasem Infra udzieliła tylko informacji co do przyjętych mb badań. Według Odwołującego oznacza to, że brak konkretnych założeń i kalkulacji (których to skalę podniesiono w Odwołaniu nr 1) już przy Wyjaśnieniach nr 1 winien skutkować odrzuceniem oferty Infra, a nie dwoma kolejnymi wezwaniem do wyjaśnień. Nie sposób się też oprzeć wrażeniu, że Zamawiający próbował od Infry i wbrew niej „na siłę” wyciągnąć informację o sposobie kalkulacji kosztów usług geologicznych. Infra za każdym razem, co jest szczególnie widoczne już od Wyjaśnień nr 2, kluczyła podając, i to wbrew treści Wezwań nr 2 i 3, jak najmniej informacji o sposobie kalkulacji, albo podając jak w Wyjaśnieniach nr 2 pozorne elementy kalkulacyjne. Powyższe Odwołującego nie dziwi, gdyż po pierwsze, oferta Infry już raz została przez Zamawiającego odrzucona ze względu na zbyt niski koszt badań geologicznych, co spowodowane było właśnie dowyjaśnianiem sposobu wyliczenia kosztów tych usług (w postępowaniu pn. „Opracowanie dokumentacji projektowej wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego w ramach projektu pn.: „Budowa połączenia kolejowego Kraków – Myślenice” realizowanego w ramach Programu Uzupełniania Lokalnej i Regionalnej Infrastruktury Kolejowej – Kolej+ do 2029 roku”, nr ref.: IREZA3.293.1.2023.b” (dalej: „Zamówienie Myślenice”), a po drugie, w wyniku Wyjaśnień nr 3 okazało się, że koszt odwiertów w przeliczeniu na mb jest skrajnie zaniżony. Co ważne, niepodawanie właśnie tych danych (mb i szt.) służyło właśnie ukryciu tego skrajnego zniżenia (o którym szerzej dalej). Odwołujący podkreślił, że

choć przepisy ustawy Pzp nie określają liczby wezwań do wyjaśnień ceny oferty, to jednak wypracowana została w tym zakresie jednolita linia orzecnicza, która co do zasady, przewiduje jednokrotne wezwanie do wyjaśnień.

W ocenie Odwołującego Wyjaśnienia nr 1 są bardzo ogólne, nieporuszające wielu kwestii, które winny zostać wyjaśnione, a przedłożone dowody w znacznej mierze nie mają znaczenia dla wykazania braku rażąco niskiej ceny w zaoferowanej ofercie lub nie potwierdzają określonych okoliczności (m.in. ramowe umowy ze współpracownikami, zaświadczenia ZUS o niezaleganiu w płatności podatków, potwierdzenie odbycia szkolenia BHP przez pracowników). Zdaniem Odwołującego, brakowało wielu istotnych elementów, które w sposób bardziej szczegółowy zostały wskazane powyżej (brak wyjaśnienia prawa opcji, brak wykazania kosztów zaangażowania personelu, brak jakichkolwiek założeń przy wyjaśnieniach zakresu prac geologicznych i geodezyjnych, kosztów pozostałych itd.).

W świetle powyższego Odwołujący wskazał, że Wyjaśnienia nr 2 i Wyjaśnienia nr 3 nie mogą być brane pod uwagę przy ocenie wyjaśnień ceny oferty Infra. Ocena ta musi być dokonana jedynie przy uwzględnieniu Wyjaśnień nr 1, a te, jak wskazano, nie uzasadniały w żaden sposób ceny oferty. Tym samym oferta Infra podlega odrzuceniu jako zawierająca rażąco niską cenę.

Na wypadek uznania, że Wezwania nr 2 i 3 były zasadne, a do oceny ceny oferty Infra, należy wziąć pod uwagę Wyjaśnienia nr 2 i 3, Odwołujący wskazał, że wezwania te mogły dotyczyć jedynie uszczegółowienia złożonych już wyjaśnień. Z racji tego, że Zamawiający w żaden sposób nie ograniczył Wezwania nr 1 i dotyczyło ono całej ceny zamówienia, w dalszym ciągu aktualny pozostaje zarzut i argumenty dotyczące nie wykazania przez Infra kosztów zamówienia opcjonalnego. Infra winna wyjaśnić te koszty już przy Wyjaśnieniach nr 1. Ewentualne niejasności lub nieścisłości przy rzetelnych, niezawierających braków wyjaśnieniach mogłyby się stać ewentualnie podstawą do wyjaśnienia, natomiast z racji tego, że Infra w ogóle nie wyjaśniała tego zakresu, brak było (i jest w dalszym ciągu) podstaw do kolejnych wezwań do wyjaśnień w tym zakresie. Odwołujący wskazał, że tabela, którą Infra załączyła do Wyjaśnień nr 2, która miała wyjaśniać kalkulację kosztów prawa opcji, w żaden sposób tego nie dokonuje. Jest to ta sama tabela, która została złożona wraz z ofertą, a dla której w ogóle nie podjęto próby wyjaśnienia wskazanych tam kosztów końcowych.

Dalej Odwołujący podkreślił, że o rażąco niskiej cenie oferty Infra przesądza sposób wyjaśniania (a właściwie braku wyjaśnienia) kosztów zakresu prac geologicznych. Infra jednoznacznie nie wykazała tych kosztów, co winno skutkować odrzuceniem jej oferty. Odwołujący przypomniał, że przy Wyjaśnieniach nr 1 Infra ten zakres oferty wyjaśniła wykorzystując ofertę podwykonawczą, która nie zawierała żadnych założeń kalkulacyjnych, które przy takim zakresie są kluczowe do weryfikacji prawidłowości ceny. Nawet bez tych informacji, przyjmując najkorzystniejsze dla Infra założenia, Odwołujący w Odwołaniu nr 1 wykazał zaniżenie kosztów tych prac o blisko 400.000,00 zł. Nie ulega więc wątpliwości, że Zamawiający kierując do Infra Wezwanie nr 2, wyraźnie wymagał szczegółowej kalkulacji tych kosztów i wykazania, że cena nie została w tym zakresie zaniżona. Tymczasem Wyjaśnienia nr 2 w dalszym ciągu nie zawierają żadnych podstaw kalkulacji, a jedynie rozbijają przyjętą kwotę za ten zakres na cztery pozycje. W konsekwencji Zamawiający w Wezwaniu nr 3 zażądał od Infra podania ilości wierceń i sondowań (przyjmując jednostkę „szt.” i „mb”) oraz typu wiercenia i sondowania, przy założeniu przyjętych w ofercie podwykonawczej złożonych warunków gruntowych. Nawet w tym zakresie Infra nie odpowiedziała w kompletny sposób na wezwanie Zamawiającego. Z oferty przedłożonej do Wyjaśnień nr 3 wynika, że Infra planuje wykonanie 1356 mb odwiertów oraz 530 mb sondowań. Z kolei zgodnie z Wyjaśnieniami nr 2, Infra przewidziała na prace terenowe – wiercenia i sondowania kwotę 45.000,00 zł. Oznacza to, że 1 mb wiercenia / sondowania kosztowałby Infre niecałe 24 złote (45.000,00 zł / (1356 mb+530 mb)). Jest to skrajnie nierealna kwota. Odwołujący przypomniał, że w Odwołaniu nr 1, Odwołujący wykazując zaniżenia w ofercie Infra powołał się na kilka źródeł i ofert, by wykazać, jak kształtują się ceny za wykonanie poszczególnych czynności w ramach prac geologicznych. Dla tańszych wierceń nierurowych cena ta wahała się od 50 zł/mb do 150 zł/mb. Z kolei koszt sondowań dynamicznych (wykonanie takich zadeklarowała przy Wyjaśnieniach nr 3 Infra) to koszt między 60 a 90 zł/mb. Oznacza to, że wycena kosztu odwiertów i sondowań w przeliczeniu na mb Infra jest ponad dwukrotnie niższa od najtańszych dostępnych ofert. Co istotniejsze, wycena ta jest nieadekwatnie, kilkukrotnie niższa od cen z ofert podwykonawczych, którymi posługiwała się Infra przy wyjaśnieniach ceny oferty w ostatnich postępowaniach u tego samego Zamawiającego. We wspomnianym wcześniej Zamówieniu Myślenice Infra składając wyjaśnienia ws. sposobu kalkulacji usług geologicznych powołała się na ofertę Podwykonawcy Geostudio (dowód nr 1). Przyjmując ceny jednostkowe tego podwykonawcy (Geostudio) za same prace dotyczące odwiertów i sondowań ich koszt w niniejszym postępowaniu powinien wynieść 245.180,00 zł netto ((odwierty: 1.356 mb x 130 zł = 176.280 zł netto) + sondowania: 530 mb x 130 zł = 68.900,00 zł, czyli w sumie 245.180). W tym samym postępowaniu Infra posłużyło się dodatkową ofertą na usługi geologiczne od Uni Geo (dowód nr 2). Także w tym przypadku przeliczając wg tej oferty otrzymujemy dość podobne wartości tj. 235.750,00 zł netto ((odwierty: 1.356 mb x 125 zł = 169.500 zł netto) + sondowania: 530 mb x 125 zł =

66.250,00 zł, czyli w sumie 235.750 zł). Odwołujący przypomniał, że Infra za te prace (prace terenowe – wiercenia i sondowania) w swoich Wyjaśnieniach przyjęła koszt 45.000 zł netto. Dalej Odwołujący zwrócił uwagę, że także oferta jaką posługiwała się Infra w toku postępowania pn. „Budowa połączenia kolejowego Kraków-Niepołomice” realizowanego w ramach programu uzupełniania lokalnej i regionalnej infrastruktury kolejowej – Kolej + do 2029 roku”, nr ref.: IREZA3.293.2.2023.b” (dalej: „Zamówienie Niepołomice”) potwierdza powyższe wyliczenia. W toku Zamówienia Niepołomice Infra składając wyjaśnienia ws. sposobu kalkulacji usług geologicznych powołała się na ofertę Podwykonawcy Inż-Geo sp. z o.o. sp.k. (dowód nr 3). Przy czym ta oferta jest na większym poziomie ogólności więc przeliczenia są mniej precyzyjne. Jednak przyjmując uśredniony koszt mb wierceń i sondowań z tej oferty na poziomie ok. 93,16 zł (186.320,00 zł / 2.000 mb) otrzymujemy kwotę 175.699,76 zł netto (1.886 mb łącznie wierceń i sondowań wskazanych w Wyjaśnieniach nr 3 x 93,16. Też istotnie wyższą od wskazanych 45.000,00 zł netto.

Dodatkowo Odwołujący wskazał, że z oferty Inż.-Geo wynika, że koszt jednego badania geotechnicznego VSS wynosi ok. 514,28 zł (3.600 zł / 7 szt.). Przykładając tę kwotę do wskazanych w Wyjaśnieniach nr 3 64 szt. badań VSS otrzyma się kwotę 32.914,00 zł. Tymczasem Infra w Wyjaśnieniach nr 3 koszt ten wskazała na poziomie 16.000,00 zł (a więc ponad dwa razy niżej). Dodatkowo Odwołujący wskazał (co jeszcze zwiększa zaniżenie ceny oferty Infra), że ilość mb wierceń wskazana w Wyjaśnieniach nr 3 wskazuje, że przewidziana przez tego wykonawcę ilość badań jest za niska. Ponadto, przy przyjęciu tych samych warunków co Infra, liczba sondowań powinna być, zgodnie z Instrukcją Igo, wyższa o blisko 150 mb niż ta przewidziana w Wyjaśnieniach nr 3 (678 mb zamiast 530 mb). Przyjmując, że w poprzednich postępowaniach koszt sondowań wykazywany przez podwykonawców Infra wynosił średnio ok. 125 zł/mb daje to kolejne 18.500,00 zł zaniżenia. W kontekście wszystkiego powyższego dla Odwołującego oczywiste jest to, że takie koszty usług geologicznych są niemożliwe do osiągnięcia. Dopiero po „wymuszonym” przez Zamawiającego podaniu ilości mb wierceń i sondowań widać w sposób oczywisty, że koszty założone przez Infra są oderwane od jakiegokolwiek rzeczywistości. Tak radykalnie niski koszt stawia pod znakiem zapytania możliwość wykonania zamówienia w tym zakresie.

Końcowo Odwołujący zwrócił uwagę na nieścisłości między Wyjaśnieniami, które winny prowadzić do odrzucenia oferty Infra. I tak, w Wyjaśnieniach nr 1 dendrologia i kosztorysowanie były opisane jako koszty osobowe wewnętrzne, a następnie w Wyjaśnieniach nr 2 – jako powierzone podwykonawcom. W dołączonej do Wyjaśnień nr 2 ofercie na geodezję od Geotec zawarto zakres z punktów 4.3.4. i 4.3.5. OPZ, które to zakresy nie były przewidziane w ofercie podwykonawczej z Wyjaśnień nr 1. Infra w żaden sposób nie wyjaśniła wykazywanego wynagrodzenia dla specjalisty od kosztorysowania. W wyjaśnieniach wskazano jako ten koszt kwotę 18.000,00 zł, natomiast jako dowód przedłożono ofertę podwykonawczą na kosztorysowanie na kwotę 52.000,00 zł (w tym personel). Nie przedstawiono żadnej kalkulacji w tym zakresie, rozłożenia tej kwoty. Podkreślił Odwołujący także obniżenie dokonane między Wyjaśnieniami nr 1 a Wyjaśnieniami nr 2 kwot z ofert na kosztorysowanie, dendrologię, geodezję, ochronę środowiska i polisę OC. Infra odniosła się tylko do obniżenia kwot za środowisko i polisę OC, natomiast nie wyjaśniła obniżenia pozostałych. Niezależnie od tego, że nie zostało to wyjaśnione to wpływa to na wzajemne relacje między poszczególnymi częściami oferty.

Stanowisko Zamawiającego:

Zamawiający pismem z dnia 19 sierpnia 2024 r. złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Stanowisko Przystępującego:

Pismem z dnia 20 sierpnia 2024 r. Infra wniosła o oddalenie odwołania w całości.

Po przeprowadzeniu rozprawy, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń, a także stanowisk, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że w zakresie zarzutów podniesionych w odwołaniu nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, odwołanie nie zawierało braków formalnych i mogło zostać rozpoznane merytorycznie.

Izba ustaliła ponadto, że Odwołujący wykazał przesłanki skorzystania ze środków ochrony prawnej zgodnie z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego w ustawowym terminie po stronie Zamawiającego zgłosiła Infra. Strony nie zgłosiły zastrzeżeń co do skuteczności przystąpienia ani opozycji przeciw przystąpieniu do postępowania odwoławczego, w związku z czym Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego zgłoszonego przez Infra po stronie Zamawiającego.

Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania, załączone do odwołania oraz przy piśmie Odwołującego z dnia 21 sierpnia 2024 r.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę stanowiska Stron, uczestnika postępowania odwoławczego oraz zgromadzony materiał dowodowy,

Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie i podlegało oddaleniu.

Stan faktyczny nie był sporny pomiędzy Stronami i uczestnikiem, z tego względu i z uwagi na jego obszerność, Izba ograniczyła się do podkreślenia najistotniejszych okoliczności faktycznych mających miejsce w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego:

W dniu 7 grudnia 2023 r., z uwagi na to, że cena oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania, na podstawie art. 224 ust. 1 i ust. 2 pkt 1) ustawy Pzp, Zamawiający wezwał Infra do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny, w celu ustalenia czy zaoferowana cena jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i nie uniemożliwia wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia, a w szczególności w zakresie: wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych; zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej; zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie.

W dniu 14 grudnia 2023 r. Infra udzieliła wyjaśnień na wezwanie Zamawiającego z dnia 7 grudnia 2023 r., do pisma załączając dowody.

W dniu 20 maja 2024 r. Zamawiający poinformował o ponownym wyborze jako najkorzystniejszej oferty Infra (pierwotna czynność wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 25 kwietnia 2024 r. unieważniona została w dniu 30 kwietnia 2024 r.).

W dniu 31 maja 2024 r. Odwołujący wniósł Odwołanie nr 1, a w dniu 5 czerwca 2024 r. Zamawiający unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej.

W dniu 11 czerwca 2024 r., mając na uwadze złożone wyjaśnienia w zakresie ceny z dnia 14 grudnia 2023 r., na podstawie art. 224 ust. 1 i ust. 2 pkt 1) ustawy Pzp Zamawiający wezwał Infra do dodatkowych wyjaśnień z uwagi, iż Infra w Wyjaśnieniach nr 1 nie zawarła informacji o kosztach wynagrodzenia dla Specjalisty w branży Dokumentacja przetargowa. Jednocześnie Infra połączyła pozycję „Konstrukcyjno-budowlany” oraz „Geotechnika”, w przedłożonych wyjaśnieniach nie zawarła informacji o kosztach wynagrodzenia dla Specjalisty w branży Geotechnika. Ponadto w zakresie Branży Dendrologia Zamawiający wskazał na brak informacji czy jeden specjalista będzie pełnił funkcje kilku (zapis OPZ: „dodatkowo: botanik, herpetolog, dendrolog, ornitolog, chiropterolog, teriolog, entomolog - jeden specjalista może łączyć funkcje kilku”). Ponadto Zamawiający zwrócił się wyjaśnienia, czy w ramach wycen sporządzonych przez Infra oraz w ramach ofert Podwykonawców w branży ochrona środowiska wraz z akustyką, geodezją, geologią, uwzględniony jest koszt wynagrodzenia wymaganego personelu, zgodnie z zapisami OPZ - Tabela 4 Struktura zespołu. Jeżeli koszt wynagrodzenia wymaganego personelu został uwzględniony, Zamawiający poprosił o przedłożenie stosownych kalkulacji. Poza tym, z uwagi, iż Infra opiera swoją wycenę w zakresie geologii, geodezji na ofertach podwykonawców, Zamawiający w celu oceny rzetelności przedstawionej kalkulacji zwrócił się o wyjaśnienie składników cenotwórczych oraz sposobu kalkulacji, potwierdzających wycenę pełnego zakresu zamówienia przedstawionego w SWZ, ze szczególnym uwzględnieniem dla zakresu geologii kosztów wykonania badań terenowych oraz badań laboratoryjnych a dla zakresu geodezji kosztów w zakresie pozyskania geodezyjnej dokumentacji do celów projektowych i kosztów opracowania operatów szacunkowych. Dodatkowo, Zamawiający poprosił o przedłożenie stosownych kalkulacji dla wynagrodzenia osoby/osób tj. Specjalisty ds. kosztorysowania, zgodnie z Tabelą 4 Struktura zespołu.

W dniu 14 czerwca Infra udzieliła odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 11 czerwca 2024 r., do pisma załączając dowody.

W dniu 25 czerwca 2024 r. mając na uwadze złożone wyjaśnienia w zakresie ceny z dnia 14 czerwca 2024 r., w tym dowód, stanowiący załącznik nr 1.1.1, 1.1.2, 1.1.3 - Oferta firmy Centrum Badań Geologicznych Sp. z o.o. z dnia 12 czerwca 2024r., na podstawie art. 224 ust. 1 i ust. 2 pkt 1) ustawy Pzp Zamawiający wezwał Infra o uszczegółowienie kalkulacji w zakresie wierceń i sondowań z podaniem ich ilości (przyjmując jednostkę „szt.” i „mb”) oraz typu wiercenia i sondowania, przy założeniu przyjętych w ww. ofercie złożonych warunków gruntowych.

W dniu 30 czerwca 2024 r. Infra udzieliła odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 25 czerwca 2024 r., do pisma załączając Ofertę geologiczną firmy CBG 12 czerwca 2024 r.

W dniu 17 lipca 2024 r. Zamawiający po raz trzeci dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, za takową uznając ofertę Infra. Od tej czynności Odwołujący wniósł niniejsze odwołanie.

Należy w tym miejscu poczynić kilka uwag natury prawnej. Ustawodawca zobowiązał zamawiającego do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny w określonych sytuacjach. Jako pierwszą należy wymienić przesłankę, o której mowa w art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, a więc przesłankę subiektywną. W art. 224 ust. 1 ustawy Pzp wskazano, że: „jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów,

zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych”. Niezależnie od przesłanki zawartej w art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, ustawodawca wprowadził również przesłanki o charakterze obiektywnym. Chodzi o zawarte w art. 224 ust. 2 ustawy Pzp generalne zasady, w których żądanie złożenia wyjaśnień może być konieczne w ściśle określonych przypadkach. I tak, w art. 224 ust. 2 pkt 1) ustawy Pzp umieszczono tzw. przesłankę kwotową: „W przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1) i 10), zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia”. Przy czym ustawodawca w art. 224 ust. 3 ustawy Pzp wprowadził przykładowy, otwarty katalog czynników wpływających na wysokość ceny lub kosztu, których dotyczyć mogą wyjaśnienia wykonawcy. Ustawa Pzp nie ogranicza więc wykonawcy do argumentacji w oparciu o inne, niewymienione w przepisie okoliczności.

Kolejnym etapem badania rażąco niskiej ceny jest etap wyjaśnień, w którym to inicjatywa przechodzi na wykonawcę. Należy wskazać, że w przypadku skierowania przez zamawiającego wezwania, wykonawca jest zobowiązany do udzielenia wyjaśnień, gdyż to na wykonawcy właśnie spoczywa ciężar wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu.

Oceniając wyjaśnienia wykonawcy, w pierwszej kolejności istotnym jest, aby wpłynęły one w wyznaczonym przez zamawiającego terminie, wynikającym z treści wezwania. Jak wskazuje się bowiem w orzecznictwie Izby: „złożenie przez wykonawcę wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny oferty po upływie terminu wyznaczonego przez zamawiającego należy traktować na równi z sytuacją, w której wyjaśnienia w ogóle nie zostały złożone przez wykonawcę” (tak Izba w wyroku z dnia 1 marca 2018 r., sygn. akt: KIO 282/18). Rzecz jasna sam fakt udzielenia wyjaśnień przez wykonawcę w wyznaczonym przez zamawiającego terminie nie jest wystarczający dla ewentualnego uniknięcia odrzucenia oferty. Koniecznym jest bowiem, aby wykonawca pamiętał o dołożeniu należytej staranności przy ich konstruowaniu, co należy rozumieć jako odniesienie się do wszystkich kwestii poddanych pod wątpliwość przez zamawiającego. Chodzi tu przede wszystkim o przedstawienie konkretnych informacji, pozwalających później zamawiającemu na realną weryfikację wyceny. Dla wypełnienia obowiązku przez wykonawcę nie wystarczy zatem, aby ograniczył się on wyłącznie do ogólnych stwierdzeń, że w zaoferowanej cenie wykona zamówienie. Wyjaśnienia sposobu kalkulacji ceny nie powinny ograniczać się do zapewnień wykonawcy, a wskazywać konkretne dane i ustalone koszty, aby zamawiający mógł sprawdzić czy przyjęty poziom poszczególnych składników cenowych jest właściwy – zamawiający powinien dowiedzieć się w jakiej wysokości wyceniono koszt pracy specjalistów, aby zweryfikować kalkulację ceny w ramach zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy (por. wyrok Izby z dnia 7 marca 2022 r. sygn. akt: KIO 421/22). Oprócz przedstawienia samej treści wyjaśnień, wykonawca zobowiązany jest do złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych, co niewątpliwie znacznie wzmocni prezentowaną przez wykonawcę argumentację.

Zgodnie z art. 224 ust. 5 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. Tym samym, jeżeli wykonawca nie udzieli wyjaśnień w terminie lub złożone przez niego wyjaśnienia nie potwierdzają, że jest w stanie zrealizować przedmiot zamówienia za zaoferowaną cenę jego oferta podlega odrzuceniu. Pojęcie ciężaru dowodu nie zostało wprost zdefiniowane w ustawie Pzp, natomiast zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej ciężar dowodu rozumieć należy z jednej strony jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania sądu (w tym przypadku Izby), na podstawie wskazanych dowodów, o słuszności swoich twierdzeń, a z drugiej konsekwencjami zaniechania realizacji tego obowiązku, lub jego nieskuteczności, zaś tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik postępowania. Konsekwencją wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp jest powstanie domniemania, że zamawiający ma do czynienia z rażąco niską ceną lub kosztem, które może zostać obalone przez wykonawcę składającego wyjaśnienia. Badanie, czy oferta zawiera rażąco niską cenę ma na celu zabezpieczenie interesów zamawiającego, który po przeanalizowaniu złożonych wyjaśnień upewni się, czy za cenę zaoferowaną przez wykonawcę jest możliwe zrealizowanie zamówienia, jak i wykonawcy, którego oferta bez wcześniejszego wezwania do złożenia wyjaśnień nie zostanie odrzucona z powodu uznania ceny za rażąco niską.

Należy podkreślić, że zgodnie z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, odrzuceniu jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu. Odrzucenie oferty z uwagi na rażąco niską cenę może więc nastąpić dopiero wtedy, gdy Zamawiający przeprowadzi procedurę wyjaśnienia rażąco niskiej ceny lub kosztu zaoferowanego przez Wykonawcę opisaną w art. 224 ustawy Pzp.

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

W art. 16 pkt 1) i 2) ustawy Pzp, wprowadza podstawowe zasady przygotowania i przeprowadzania postępowania o udzielenie zamówienia: zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców (art. 16 pkt 1) ustawy Pzp) i przejrzystości (art. 16 pkt 2) ustawy Pzp).

Mając powyższe okoliczności faktyczne oraz prawne, Izba ustaliła, co następuje. W ocenie Izby zasadnym będzie odniesienie się w pierwszej kolejności do zarzutu sprowadzającego się do nieuprawnionego trzykrotnego wezwania Infra do wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny, gdyż w razie przyznania racji Odwołującemu, że Wezwania nr 2 i nr 3 były nieuprawnione, dalsze wywody co do pozostałej części zarzutu byłyby już bezprzedmiotowe. Wskazać trzeba wprawdzie, iż przepisy ustawy Pzp nie zabraniają zamawiającemu, aby kilkakrotnie skierował wezwania do wykonawcy, jeżeli zajdzie taka potrzeba. Ponowne wezwanie w stosunku do tego samego wykonawcy musi jednakże mieć obiektywną przyczynę. Za modelowy przykład obiektywnej przyczyny można podać sytuację, gdy uprzednio złożone wyjaśnienia w ocenie zamawiającego wymagają doprecyzowania pewnych kwestii bądź ich rozwinięcia. Niejednokrotnie zdarza się bowiem, iż zamawiający nie jest w stanie w oparciu o dotychczasowy stan faktyczny wystarczająco szczegółowo sformułować treść pierwotnego wezwania. Dopiero w kontekście udzielonych przez wykonawcę wyjaśnień w przekonaniu zamawiającego mogą narodzić się dalsze wątpliwości, wymagające uszczegółowienia. Należy jednak podkreślić, że niedopuszczalnym jest ponowne wezwanie wykonawcy, który w reakcji na pierwotne żądanie udzielił lakonicznych, niekompletnych, czy też nieodnoszących się do pytań zamawiającego wyjaśnień. Aby zatem zamawiający mógł kierować dalsze zapytania w celu rozwiązania swoich wątpliwości co do rażąco niskich elementów wyceny oferty, koniecznym jest udzielenie rzetelnych odpowiedzi przez wykonawcę na pierwsze wezwanie. W odmiennym przypadku, gdyby zamawiający zignorował brak inicjatywy po stronie wykonawcy i w dalszym ciągu kierował wezwania, naruszona zostałaby zasada równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

W ocenie Izby brak jest podstaw, aby zakwestionować poczynione przez Zamawiającego w stosunku do Infra dalsze wezwania do wyjaśnień. Biorąc więc pod uwagę treść sporządzonego przez Zamawiającego Wezwania nr 1 do Infra, należy zauważyć, iż to wezwanie było obowiązkowe z uwagi na to, że cena oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania. Równocześnie zauważyć trzeba, iż Zamawiający w sposób ogólny określił swoje oczekiwania względem wyjaśnień Infra, uszczegóławiając jedynie, aby wyjaśnienia Infra uwzględniała standardowe okoliczności, o których mowa w art. 224 ust. 3 pkt 2), 4) i 6) ustawy Pzp. Nie można więc czynić zarzutu wykonawcy, który przy tak szerokim zakresie zamówienia, jak w tym przypadku i przy jednoczesnym ogólnym wezwaniu pierwotnym, mógł nie uwzględnić pewnych elementów, na które zwrócił uwagę Zamawiający w drugim wezwaniu. W ocenie Izby trudnym jest jednak przyjęcie, iż Infra nie zachowała należytej staranności przy udzielaniu wyjaśnień. Tym samym za dopuszczalne Izba uznała powtórne wezwanie. Natomiast trzecie wezwanie również było uprawnione, nie było ono kolejną szansą dla Infra, lecz doprecyzowaniem dalszych wątpliwości Zamawiającego, które mógł powziąć po lekturze drugich wyjaśnień wykonawcy. Izba podziela tu stanowisko Zamawiającego, wyrażone w odpowiedzi na odwołanie, iż nie żądano wyjaśnień, które były przedmiotem poprzednich wezwań, ale dopytywano o nowe okoliczności. W drugim wezwaniu, w kontekście kwestii poruszanych w treści odwołania, Zamawiający zwracał się o wyjaśnienie składników cenotwórczych oraz sposobu kalkulacji, potwierdzających wycenę pełnego zakresu zamówienia przedstawionego w SWZ, ze szczególnym uwzględnieniem dla zakresu geologii kosztów wykonania badań terenowych oraz badań laboratoryjnych, natomiast Infra przedstawiła w tabelarycznym zestawieniu elementy wyceny prac geologicznych z uwzględnieniem prac terenowych (wiercenia i sondowań), prac laboratoryjnych (badania wytrzymałościowe i koszt poboru prób), prac kameralnych i dokumentacyjnych oraz badań geotechnicznych - VSS wraz z podaniem kosztów ww. prac. Nie można więc wywodzić, iż w odpowiedzi na drugie wezwanie Zamawiającego należało oczekiwać podania ilości wierceń i sondowań w mb czy też sztukach, skoro Zamawiający nie wyraził tego w treści Wezwania nr 2. Co istotne, zdaniem Izby, gdy już bezspornie Zamawiający oczekiwał takich informacji w ramach trzeciego wezwania, Infra w tym przypadku zastosowała się do wezwania zamawiającego podając ilość wierceń i sondowań w jednej z oczekiwanych przez zamawiającego jednostkach. Zamawiający bowiem wzywał Infra o ilość wierceń i sondowań, niemniej z treści wezwania nie wynika wprost, aby wymagał podania ilości w obu zakreślonych jednostkach (mb i sztuki). Infra wskazała ilość prac w mb, stąd należy uznać, iż zastosowała się do oczekiwań Zamawiającego w sposób wystarczający.

Należy też zauważyć, iż ponowne wezwanie do złożenia wyjaśnień skierowane zostało przez Zamawiającego nie tylko w stosunku do Infra, ale też do Odwołującego oraz innego wykonawcy. To również wskazuje, iż Infra nie została potraktowana w sposób wyjątkowy względem swych konkurentów w postępowaniu. W konsekwencji, zdaniem Izby, w ww. zakresie zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie.

Mając więc na względzie powyższe rozstrzygnięcie w przedmiocie dopuszczalności skierowania przez Zamawiającego powtórnych wezwań do złożenia wyjaśnień ceny oferty do Infra, należy przejść do oceny zarzutu w zakresie wskazanych

elementów, które zdaniem Odwołującego nie zostały wykazane przez Infra po przeprowadzeniu całej procedury wyjaśniającej, a więc po udzieleniu trzech wyjaśnień. I tak po pierwsze Odwołujący podniósł, że Infra nie wykazała kosztów zamówienia opcjonalnego, przy czym winna wyjaśnić te koszty już przy Wyjaśnieniach nr 1, natomiast Wezwania nr 2 i nr 3 nie mogły dotyczyć tych kosztów, bowiem koszty prawa opcji nie zostały poruszone przez Infra właśnie w Wyjaśnieniach nr 1. Izba w tym zakresie zgadza się z Zamawiającym, iż sposób wyliczenia kosztów dotyczących pełnienia nadzorów autorskich wynika z działania matematycznego, na podstawie przyjętego przez Zamawiającego założenia w Załączniku nr 1A, zgodnie z którym koszty prawa opcji stanowią 11% wartości kosztów fazy nr 1 umowy. Stąd też wykonawca nie miał wpływu na wyliczenie ceny i możliwości przyjęcia innej metody wyliczenia kosztów prawa opcji. Skoro więc wyraźnie widać, skąd wynika ustalony przez Infra koszt prawa opcji jako wyliczony automatycznie, wtórnie wobec wyceny fazy nr 1 umowy, to niezasadne jest formułowanie zarzutu niewykazania tychże kosztów przez Infra.

Przechodząc do kwestii zarzucenia zaniżenia przez Infra kosztów zakresu prac geologicznych, w ocenie Izby również w tym aspekcie nie można się zgodzić z argumentacją Odwołującego. Odwołujący wywodził, iż przyjęta przez Infra stawka za mb wierceń/sondowań jest nierealna. Swoje twierdzenie Odwołujący opierał przede wszystkim na załączonych dowodach do odwołania oraz do pisma z dnia 21 sierpnia 2024 r. na okoliczność ustalenia przedziału rynkowych cen za prace geologiczne. Odnosząc się najpierw do załączonych dowodów do odwołania w postaci trzech ofert podwykonawczych, które Infra przedkładała na potrzeby wyjaśniania sposobu kalkulacji usług geologicznych w ramach Zamówienia Myślenice (oznaczone jako dowód nr 1 - oferta Geostudio i dowód nr 2 - oferta Uni Geo) i Zamówienia Niepołomice (oznaczona jako dowód nr 3 - oferta Inż.-Geo), w ocenie Izby nie mogą one w sposób przekonujący świadczyć o rażąco niskiej cenie usług geologicznych zaoferowanej przez Infra w przedmiotowym postępowaniu. Należy wskazać, iż są to oferty innych podwykonawców aniżeli podwykonawcy CBG, na którą to ofertę podwykonawczą powołała się Infra dla uzasadnienia kosztów prac geologicznych. Poza tym oferty złożone jako dowody Odwołującego dotyczą innych postępowań o udzielenie zamówień publicznych, innych lokalizacji oraz innych warunków geologicznych. Nie sposób przyjąć za należyte wykazane stwierdzenie Odwołującego, iż inna lokalizacja nie ma wpływu na wycenę prac. Jest to jedynie subiektywna opinia Odwołującego. Podobnie rzecz ma się z dowodami złożonymi przy piśmie z dnia 21 sierpnia 2024 r. w postaci dwóch wyjaśnień rażąco niskiej ceny i pięciu ofert podwykonawczych (oznaczonych jako dowody nr 1-7). W tych przypadkach podkreślić też trzeba, iż zarówno wyjaśnienia, jak i oferty podwykonawcze nie dotyczyły Infra. Z tych względów Izba uznała, iż samo porównanie ofert podwykonawczych dotyczących, jak już wyżej wskazano, innych okoliczności, może prowadzić do wniosku, iż przyjęta w tymże postępowaniu stawka Infra jest niska, tym niemniej brak jest podstaw do twierdzenia, iż mamy do czynienia z rażąco niską wyceną. Odwołujący nie podważył przy tym zakresu ilości prac podanego przez Infra w mb odwiertów. Infra przedstawiła więc dowód w postaci oferty podwykonawczej, która uzasadnia przyjęty w ofercie koszt. Natomiast zestawienie jej ze złożonymi ofertami innych podwykonawców na potrzeby innych zamówień, w większości również dla innych wykonawców aniżeli Infra, nie może przesądzać automatycznie o przymocie rażąco niskiej ceny. W takim stanie rzeczy brak jest podstaw, aby zakwestionować stawkę przyjętą przez Infra, która wprost wynika z oferty podwykonawczej. W stosunku do uwag Odwołującego odnośnie kosztów badań VSS wskazanych przez Infra, należy wskazać, że Odwołujący również w tym przypadku przenosi wprost założenia kalkulacyjne wynikające z oferty innego podwykonawcy w innym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Natomiast w odniesieniu do uwag Odwołującego odnośnie tego, że ilość mb wierceń wskazana w Wyjaśnieniach nr 3 wskazuje, że przewidziana przez tego wykonawcę ilość badań jest za niska oraz, że przy przyjęciu tych samych warunków co Infra, liczba sondowań powinna być, zgodnie z Instrukcją Igo-1, wyższa o blisko 150 mb niż ta przewidziana w Wyjaśnieniach nr 3, stwierdzić trzeba, iż poza samym wspomnieniem o Instrukcji Igo-1, z treści odwołania nie wynika, dlaczego liczba badań VSS czy też sondowań została zaniżona przez Infra, co nie pozwalało Izbie na przyznanie racji Odwołującemu w tym zakresie. Uzupełniając należy wskazać, iż przedmiotem sporu nie była okoliczność istotności kosztów prac geologicznych, stąd też oznaczony jako dowód nr 8 przy piśmie Odwołującego z dnia 21 sierpnia 2024 r. w postaci: „Odpowiedzi na odwołania złożona przez PKP PLK w sprawach KIO 2547/24, 2548/24, 2549/24” na ww. okoliczność nie był przydatny dla rozstrzygnięcia sprawy. Biorąc powyższe pod uwagę, podniesiony przez Odwołującego zarzut także w zakresie zaniżenia przez Infra kosztów zakresu prac geologicznych nie był zasadny w ocenie Izby.

Ostatnią kwestią podniesioną w odwołaniu były nieścisłości między poszczególnymi wyjaśnieniami Infra, a w szczególności Odwołujący wskazywał, iż:

- w Wyjaśnieniach nr 1 dendrologia i kosztorysowanie były opisane jako koszty osobowe wewnętrzne, a następnie w Wyjaśnieniach nr 2 – jako powierzone podwykonawcom,
- w dołączonej do Wyjaśnień nr 2 ofercie na geodezję od Geotec zawarto zakres z punktów 4.3.4. i 4.3.5. OPZ, które to zakresy nie były przewidziane w ofercie podwykonawczej z Wyjaśnień nr 1,
- Infra w żaden sposób nie wyjaśniła wykazywanego wynagrodzenia dla specjalisty od kosztorysowania.

W wyjaśnieniach wskazano jako ten koszt kwotę 18.000,00 zł, natomiast jako dowód przedłożono ofertę podwykonawczą na kosztorysowanie na kwotę 52.000,00 zł (w tym personel). Nie przedstawiono żadnej kalkulacji w tym zakresie, rozłożenia tej kwoty,

–obniżenie dokonane między Wyjaśnieniami nr 1 a Wyjaśnieniami nr 2 kwot z ofert na kosztorysowanie, dendrologię, geodezję.

Izba stoi na stanowisku, iż powyższe okoliczności nie stanowią wystarczającej podstawy do odrzucenia oferty Infra. Identyfikując nieścisłości w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny lub kosztu należy najpierw dokonać oceny, czy takie nieścisłości prowadzą do stwierdzenia, że wyjaśnienia jako całość wystarczająco nie uzasadniają przyjętej kalkulacji. W przypadku stwierdzenia istotnego charakteru nieścisłości, które właśnie poddają pod wątpliwość całokształt udzielonych wyjaśnień, wówczas może to stanowić podstawę do odrzucenia oferty. Mając to na uwadze, w zaistniałym stanie faktycznym podniesione przez Odwołującego nieścisłości pomiędzy wyjaśnieniami nie powodują, iż wyjaśnienia jako całość nie uzasadniają ceny podanej w ofercie w dostatecznym stopniu. Mowa tu o nieznacznych rozbieżnościach w skali całkowitej ceny oferty (nieścisłość względem Wyjaśnień nr 1 a nr 2 dotyczy w przypadku dendrologii 5 000 zł, w przypadku geodezji ok. 6 500 zł, w przypadku kosztorysowania 8 000 zł) mieszczących się w przewidzianych przez Infra rezerwach. Zarazem w odniesieniu do kwestii, że w Wyjaśnieniach nr 1 dendrologia i kosztorysowanie były opisane jako koszty osobowe wewnętrzne, a następnie w Wyjaśnieniach nr 2 – jako powierzone podwykonawcom, podnieść trzeba, że zarówno dendrologia, jak i kosztorysowanie w ocenie Izby nie stanowiły istotnych części składowych ceny, stąd również na tej płaszczyźnie sankcja w postaci odrzucenia oferty Infra byłaby niezasadna. Odnosnie zaś tego, iż Infra w żaden sposób nie wyjaśniła wykazywanego wynagrodzenia dla specjalisty od kosztorysowania, należy wskazać, że brak logicznego uzasadnienia dla przyjęcia, iż przyjęty koszt personelu podwykonawcy w kwocie 18 000 zł (*„Sporządzenie kosztorysów branżowych - 1 specjalista, miesięczny koszt 9 000 zł, czas 2 miesiące – 18 000 zł”*) nie był zawarty w ofercie podwykonawczej, opiewającej na kwotę 52 000 zł. Infra w wyjaśnieniach również wskazała, że: *„Pozostałe koszty stanowią koszty materiałów, artykułów eksploatacyjnych itp. oraz oczywiście zysk podwykonawcy. Przy czym zaznaczamy, iż część wypłacanych pensji jest również zyskiem podwykonawcy, gdyż właściciel firmy jest specjalistą”*. Z powyższych względów również w tym aspekcie zarzut należało uznać za niezasadny.

Tym samym, w ocenie Izby, zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 16 pkt 1) i 2) ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp oraz art. 224 ust. 1, 2 i 6 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający równego traktowania wykonawców i nieprzejrzysty, co przejawilo się poprzez trzykrotne wezwanie Infra do wyjaśnień ceny oferty, a następnie błędnej ocenie oferty i tych wyjaśnień oraz zaniechaniu odrzucenia tej oferty jako zawierającej rażąco niską cenę i koszt, podlegał oddaleniu.

Reasumując powyższe, Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie, a w działaniach Zamawiającego nie dopatrzyla się naruszenia zasad wynikających z ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 w zw. z § 5 pkt 1) 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).

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodniczący:.....