Sygn. akt: KIO 1057/24

WYROK

Warszawa, dnia 12 kwietnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: Emilia Garbala

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 kwietnia 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 marca 2024 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **AŽD Praha s.r.o., ul. Žirovnická 3146/2, CZ-10600 Praha 10, Záběhlice oraz AZD Polska sp. z o.o., Al. Ujazdowskie 26 lok. 1, 00-478 Warszawa,**

w postępowaniu prowadzonym przez: **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawą** na rzecz którego działa: **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., Centrum Realizacji Inwestycji Region Zachodni, Al Niepodległości 8, 61-875 Poznań**,

orzeka:

1.**oddala odwołanie**

2.kosztami postępowania obciąża odwołującego, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

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.

Przewodnicząca:……

Sygn. akt: KIO 1057/24

UZASADNIENIE

Zamawiający – PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa, na rzecz którego działa: PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., Centrum Realizacji Inwestycji Region Zachodni, Al. Niepodległości 8, 61-875 Poznań prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Dostosowanie do wymaganych parametrów sieci TEN-T poprzez zabudowę systemu ERTMS/ETCS poziom 2 na linii kolejowej nr 351 na odc. Poznań Główny - Krzyż", numer: 9090/1REZA5/21004/ 05556/23/P. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 05.12.2023 r., nr 2023/S 234-738196.

W dniu 29.03.2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawców wspólnie ubiegający się o zamówienie: AŽD Praha s.r.o., ul. Žirovnická 3146/2, CZ-10600 Praha 10, Záběhlice oraz AZD Polska sp. z o.o., Al. Ujazdowskie 26 lok. 1, 00-478 Warszawa (dalej: „Odwołujący"), w którym Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1)art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 226 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej: „ustawą Pzp", poprzez odrzucenie oferty Odwołującego pomimo tego, że zaoferowana przez Odwołującego cena nie jest rażąco niska a pismem z dnia 14 lutego 2024 r. Odwołujący udzielił wyczerpujących odpowiedzi na pytania sformułowane w wezwaniu Zamawiającego z dnia 5 lutego 2024 r. i przedłożył wymagane dowody, tym samym obalając domniemanie zaoferowania rażąco niskiej ceny,

2)art. 255 pkt 2 ustawy Pzp poprzez czynność unieważnienia postępowania na podstawie wskazanego przepisu pomimo tego, że nie zaistniały przesłanki uzasadniające unieważnienie postępowania.

W szczególności Odwołujący podniósł, co następuje.

„2. W Postępowaniu ofertę złożył tylko Odwołujący i zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia objętego Postępowaniem za cenę ryczałtową 58.883.078,69 zł netto, 72.426.186,79 zł brutto.

3. Zamawiający oszacował wartość zamówienia na kwotę 89.100.000,00 zł netto, 109.593.000,00 zł brutto.

4. Zamawiający poinformował wykonawców o kwocie przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia w wysokości 62.480.000,00 zł netto, 76.850.400,00 zł brutto.

5. W dniu 5 lutego 2024 r. Zamawiający wezwał Odwołującego w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień (w tym złożenia dowodów) w zakresie wyliczenia ceny ofertowej w związku z zaistnieniem okoliczności, o których mowa w art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp. (…)

6. Odwołujący złożył w dniu 14 lutego 2024 r. obszerne wyjaśnienia wraz z załączeniem ofert podwykonawców (dalej „Wyjaśnienia RNC"), w którym przedstawił:

1)przyjęte przez Odwołującego kalkulacje wszystkich czynników cenotwórczych i założeń, które miały wpływ na

obliczenie przez Odwołującego zaoferowanej ceny;

2)uszczegółowienie wszystkich poszczególnych pozycji złożonego przez Odwołującego wraz z ofertą RCO: Poz. 1. Wykonanie prac przedprojektowych, 2. Wykonanie prac projektowych 3.1 Urządzenia przytorowe systemu ERTMS/ETCS - balisy wraz z oprogramowaniem, 3.2 Urządzenia przytorowe systemu ERTMS/ETCS - kodery LE wraz z oprogramowaniem, 3.3 Zabudowa kabli balisowych, 3.4 Usuwanie kolizji, 3.5 Przebudowa tras kabli telekomunikacyjnych, 3.6 Urządzenia centrum sterowania radiowego (RBC) Dostawa, oprogramowanie, zabudowa i uruchomienie, 3.7 Powiązanie urządzeń ETCS z urządzeniami srk warstwy podstawowej, CUiD i DSAT, 3.8 Demontaż zbędnej infrastruktury, 3.9 Budowa/przebudowa urządzeń i układów elektroenergetyki do 1 kV, w tym doprowadzenie zasilania nN (przyłączy elektroenergetycznych nN) do wszystkich odbiorów wymagających zasilania energią elektryczną, 3.10 Kolizje z sieciami zewnętrznymi, 4.1 - 4.3 Testy wewnętrzne oraz integracyjne, 4.4 Testy terenowe systemu ETCS, 4.5 Preautoryzacja, 5 Dokumentacja powykonawcza, kolaudat, 6 Szkolenie personelu użytkownika, 7 Dostawa sprzętu specjalistycznego wraz z DTR, 8 Złożenie wniosku do Prezesa UTK i uzyskanie zezwolenia na dopuszczenie podsystemu do eksploatacji

3)przyjęcie założenia stawki za roboczogodzinę w wysokości 500,00 zł wraz z potwierdzeniem, że kalkulacja ta jest zgodna z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2020 r. poz. 2207 ze zmiana) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie oraz zgodna z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie.

Odwołujący załączył do Wyjaśnień RNC oferty podwykonawców:

-GMR Projekt Sp. z o.o.;

-Kolster Sp. z o.o.

-Rail-Mil Computers Sp. z o.o.;

- voestalpine Signaling Poland Sp. z o.o. (…)

7. W dniu 19 marca 2024 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp. (…)

8. Zdaniem Odwołującego Zamawiający niezasadnie uznał zawarte w Wyjaśnieniach RNC informacje za nieudzielające odpowiedzi na zadane przez Zamawiającego pytania w wezwaniu z dnia 5 lutego 2024 r. i niewystarczające do obalenia domniemania rażąco niskiej ceny. Tym samym Zamawiający nie miał także podstawy do odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8) w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp i w konsekwencji unieważnienia Postępowania na podstawie art. 255 pkt 2) ustawy Pzp. (…)

11. Kwotą, jaką Zamawiający podał jako przeznaczoną na sfinansowanie zamówienia, w przeciwieństwie do szacunkowej wartości zamówienia, stanowi prognozowaną przez Zamawiającego faktyczną wartość robót wykonanych w ramach zamówienia. Kwota przeznaczona na sfinansowanie zamówienia uwzględniać powinna zarówno aktualną sytuację rynkową, zarówno w zakresie materiałów i surowców, jak i usług związanych z realizacją zamówienia, a także przynajmniej prognozowane możliwe do uzyskania przez wykonawców rabaty, upusty i bonifikaty (tzw. zaktualizowana rynkowa wartość zamówienia). Przy tym kwota, jaką Zamawiający planował przeznaczyć na sfinansowanie Zamówienia wynosi około 70% szacunkowej wartości zamówienia. Oznacza to, że Zamawiający zakładał, iż w normalnej sytuacji wykonawcy powinni znajdować się w odpowiedniej sytuacji ekonomicznej, zarówno w skali mikro (rozumianej jako wszelkie szczególne uwarunkowania dotyczące konkretnego wykonawcy, jak np. szczególny know-how techniczny umożliwiający wykonanie robót mniejszym nakładem pracy lub uniknięcie poszczególnych kosztów związanych z realizacją zadania, ilość równocześnie realizowanych zadań i związana z tym możliwość dokonywania zakupów centralnych, etc.), jak i w skali makro (rozumianej jako szeroko rozumiana sytuacja na rynku inwestycji budowlanych, ze szczególnym uwzględnieniem inwestycji kolejowych, oraz wszelkie czynniki na tę sytuację wpływające), aby móc obniżyć cenę robót prawie o 30% ich wartości i tym samym zaoferować cenę o 30% niższą od ich szacunkowej wartości. (…)

13. Już powyższe okoliczności świadczą, że o ile z punktu widzenia formalnego Zamawiający w świetle art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp miał obowiązek wezwania Odwołującego w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp do udzielenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny, to okolicznością wskazującą na rynkowy charakter zaoferowanej przez Odwołującego ceny jest właśnie wysokość kwoty przeznaczonej przez Zamawiającego na sfinansowanie zamówienia, jak i ceny oferowane przez innych wykonawców w analogicznych zamówieniach. Zamawiający zakładał bowiem, że uzyska oferty za cenę nieprzekraczającą kwoty 76.850.400,00 zł brutto, w przeciwnym razie unieważni Postępowanie na podstawie art. 255 pkt 3) ustawy Pzp. Kwotę tę sam Zamawiający uznał za rynkową, pomimo wcześniejszego ustalenia wartości szacunkowej na wyższym poziomie. Jak jednak wskazał Odwołujący wcześniej, kwota przeznaczona na sfinansowanie zamówienia,

to kwota, którą Zamawiający uznaje za właściwą i możliwą do sfinansowania zamówienia i która odpowiada rynkowej wartości zamówienia. Punktem odniesienia dla uznania danej ceny za właściwą to ceny rynkowe, a nie wartość szacunkowa zamówienia. (…)

15. Podobnie w niniejszej sprawie, Zamawiający skierował do Odwołującego bardzo ogólne pytanie bez odniesienia się do którejkolwiek pozycji RCO oraz bez wskazania, które pozycjeRCO budzą wątpliwości Zamawiającego. Jest to zresztą zrozumiałe, w sytuacji, w której sam Zamawiający - po zaktualizowaniu rynkowej wartości zamówienia - przeznaczył na jego sfinansowanie kwotę analogiczną do ceny zaoferowanej przez Odwołującego. Skoro więc sam Zamawiający uznał kwotę analogiczną do zaoferowanej przez Odwołującego, jako realistyczną, to należy założyć, że nie miał wątpliwości w zakresie poszczególnych pozycji RCO, a wezwał Odwołującego do wyjaśnień z przyczyn formalnych uzasadnionych treścią art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp. Zresztą do chwili obecnej Zamawiający nie wyraził swoich wątpliwości co do rzekomo zaniżonego charakteru którejkolwiek z cen zaoferowanych przez Odwołującego w RCO. Odwołujący udzielił odpowiedzi na pytania Zamawiającego załączając dodatkowo wymagane dowody na co najmniej kwotę odpowiadającą 15% wartości jego oferty - przy czym wskazania wymaga, że w większości, cena zaoferowana przez Odwołującego składa się z dostawy urządzeń sterowania ruchem produkcji Odwołującego, gdzie samodzielnie decyduje o cenie sprzedaży tych urządzeń na wolnym rynku. Także w większości oprogramowanie - na co zwrócił uwagę Odwołujący w Wyjaśnieniach RNC - jest produkcji Odwołującego. Również prace przedprojektowe i projektowe w przeważającej mierze Odwołujący wykonuje siłami własnymi.

16. Odwołujący zgadza się, że wyjaśnienia składane Zamawiającemu w odpowiedzi na wezwanie z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp powinny być konkretne i odpowiadać na pytania Zamawiającego, a także zawierać dowody. Odwołujący, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego udzielił wyjaśnień, które były jednak adekwatne do zadanych mu pytań. Wskazał na wszystkie istotne według Odwołującego czynniki cenotwórcze i założenia, jakie towarzyszyły wycenie przez niego przedmiotu zamówienia. Odniósł się do każdej poszczególnej pozycji RCO w tym zakresie, a tam gdzie przewiduje udziału podwykonawców, załączył ich oferty i wskazał, jak ich oferty wpisują się w wycenę przedmiotu zamówienia. Odwołujący określił także stawkę za roboczogodzinę na poziomie 500,00 zł za godzinę znacznie przewyższającym stawkę minimalną przewidzianą przepisami prawa. Należy wskazać, że minimalna stawka godzinowa dla określonych umów cywilnoprawnych od 1 stycznia 2024 r. wynosi tj. 27,70 zł . Wyjaśnienia Odwołującego uwzględniały wyartykułowane w wezwaniu oczekiwania Zamawiającego i nie miały charakteru ani ogólnego, ani lakonicznego. Odwołujący w sposób oczywisty nie mógł udzielić odpowiedzi i spełnić tych oczekiwań Zamawiającego, które nie zostały wyartykułowane w wezwaniu. O ile więc Zamawiający zadał 3 krótkie pytania o ogólnym charakterze, to Odwołujący udzielił odpowiedzi na 5 stronach wraz z załączeniem 4 ofert zawierających także właściwe zakresowi podwykonawców wyliczenia. Wyjaśnienia Odwołującego podają zresztą konkretne kwoty i założenia, jakie przyjął Odwołujący i o które pytał się Zamawiający. Być może sposób wyjaśnienia nie jest taki, w jaki sam Zamawiający życzyłby sobie aby były udzielone odpowiedzi, ale tych oczekiwań Zamawiający nie wyartykułował w skierowanym do Odwołującego wezwaniu. Odwołujący nie ma zaś obowiązku domyślania się oczekiwań Zamawiającego i nie może ponosić negatywnych konsekwencji braku wyartykułowania przez Zamawiającego swoich oczekiwań w wezwaniu do udzielenia wyjaśnień.

11.1 Prace przedprojektowe i projektowe (poz. 1 i 2 RCO).

17. W uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający podnosi, że Odwołujący nie wykazał realności zaoferowanej ceny z tego powodu, że nie udowodnił, aby stawka 500,00 zł była właściwa i nie wyjaśnił powodów przyjęcia do kalkulacji 10 000 roboczogodzin dla prac przedprojektowych i 5 000 roboczogodzin dla prac projektowych. Nadto, zdaniem Zamawiającego Odwołujący nie przedstawił żadnego wyliczenia i dowodów związanych z przyjęciem dla kosztów wydruków oraz kosztów wyjazdów potrzebnych do realizacji zadań wynikających z PFU kwoty 500 000 zł netto dla etapu prac przedprojektowych i kwoty 250 000 zł netto dla etapu prac projektowych. Zdaniem Zamawiającego, Odwołujący winien był podać, jaki personel będzie brał udział w realizacji etapu prac projektowych. Zamawiający zarzucił także Odwołującemu, że ten nie wyjaśnił, czy stawka 500,00 zł jest całkowitym wynagrodzeniem [uwzględniającym wynagrodzenie zasadnicze, koszty pracodawcy, koszty ubezpieczenia społecznego i zdrowotnego - zwłaszcza jeżeli chodzi o koszty pracodawcy].

18. Wymaga jednak wskazania, że wszystkie wyrażone powyżej wątpliwości Zamawiającego nie wynikają z zadanych przez niego pytań w wezwaniu z dnia 5 lutego 2024 r. Odwołujący udzielając odpowiedzi na pytanie Zamawiającego w zakresie realizacji prac przedprojektowych i projektowych, które będą wykonywane w przeważającej mierze siłami własnymi Odwołującego wskazał na przyjętą liczbę roboczogodzin i stawkę godzinową roboczogodziny, czyli właśnie czynniki cenotwórczej i założenia dla tej pozycji. Podał także jakie przyjął założenia kosztowe wykonania tych pozycji w zakresie niezbędnych wydruków i transportu na spotkania z Zamawiającym. W zakresie, w którym realizacja tego etapu prac wykonywana będzie przez podwykonawcę Odwołującego firmę GPM Projekt Sp. z o.o., załączył ofertę tego

podwykonawcy na kwotę 720.000,00 zł netto, w której wskazano na wyliczenie ceny za zakres podwykonawstwa. Odwołujący podał więc Zamawiającemu przyjęte przez niego założenia do obliczenia ceny za poz. 1 i 2 RCO wraz ze wskazaniem przyjętych czynników cenotwórczych i oferty podwykonawcy, stanowiącej dowód na okoliczność uwzględnienie niezbędnych kosztów podwykonawstwa.

19. Zamawiający w wezwaniu z dnia 5 lutego 2024 r. nie zażądał od Odwołującego wykazania kosztów pracowniczych składających się na stawkę roboczogodziny prac przedprojektowych i projektowych, ani nie zażądał wskazania przyjętych przez Odwołującego kosztów wydruków i transportu. Po raz pierwszy Odwołujący dowiedział się o tych oczekiwaniach Zamawiającego z uzasadnienia odrzucenia jego oferty. Zamawiający tymczasem w wezwaniu nie wskazał, jak szczegółowych żąda informacji w zakresie rozbicia i wykazania czynników cenotwórczych i założeń, jakie miały wpływ na oszacowanie ceny netto.

11.2 Poz. 3.1 Urządzenia przytorowe ERTMS/ETCS - balisy wraz z oprogramowaniem

20. Odwołujący w złożonych Wyjaśnieniach RNC wskazał zgodnie z wezwaniem Zamawiającego na przyjęte założenia projektowe do realizacji tego etapu zamówienia. Wymaga podkreślić, że zamówienie objęte Postępowaniem prowadzone jest w formule „zaprojektuj i wybuduj", gdzie wykonawca decyduje o założeniach projektowych według wytycznych z PFU. Odwołujący wskazał, żeprzyjął zapotrzebowanie na 685 balis nieprzełączalnych i 67 balis przełączalnych, które są głównym składnikiem cenotwórczym tej pozycji, łącznie 752 balisy. Odwołujący załączył ofertę podwykonawcy RailMil na dostawę balis, a także ofertę podwykonawcy Kolster na mocowania balis. Następnie wskazał na sposób obliczenia ceny za tę pozycję RCO. Trudno przyjąć za Zamawiającym, że Odwołujący nie odniósł się do zakreślonego w wezwaniu z dnia 5 lutego 2024 r. pytania o przedstawienie czynników cenotwórczych i założeń do obliczenia ceny wraz z przedstawieniem dowodów. Nie jest także właściwe wskazanie przez Zamawiającego obecnie, że Odwołujący nie podał wyceny wskaźników dla firmy EcoRail-Garden, bowiem w Wyjaśnieniach RNC Odwołujący wyraźnie określił wycenę Wskaźników kolejowych na kwotę 100 000 zł.

21. Zamawiający zarzuca, że Odwołujący załączył do Wyjaśnień RNC wyłącznie oferty firmy Rail-Mil i Kolster, jednak nie podaje, jakie jeszcze oferty Odwołujący według Zamawiającego winien był załączyć. Wymaga wskazania, że w pozycji 3.1 czynnikami cenotwórczymi są balisy nieprzełączalne oraz balisy przełączalne, mocowania balis, programatory balis łącznie z SW, przygotowanie telegramów do balis, w tym pomiary geodezyjne infrastruktury oraz wskaźniki do zabudowy według przepisów. Odwołujący załączył oferty podwykonawców, których uwzględnił przy wycenie tej pozycji (RailMil i Kolster), oraz podał przyjęty koszt podwykonawcy EcorRail-Garden, który został obliczony na podstawie publicznej oferty tego przyszłego podwykonawcy. Ponownie wskazania wymaga, że w wezwaniu z dnia 5 lutego 2024 r. Zamawiający nie wskazał jakiego rodzaju dowodów oczekuje oraz w jakim zakresie lub wartości oczekuje przedstawienia ofert podwykonawców. Odwołujący, wobec tak ogólnie sformułowanego wezwania przedstawił wyjaśnienia wraz z dowodami, które wskazały na przyjęte przez Odwołującego zasadnicze czynniki cenotwórcze i założenia do obliczenia ceny. Przedstawił w tym zakresie także oferty kluczowych podwykonawców, mające wpływ na wysokość zaoferowanej ceny.

11.3 Poz 3.2 Urządzenia przytorowe systemu ERTMS/ETCS — kodery LEU wraz z oprogramowaniem

22. Zamawiający zarzuca Odwołującemu, że nie wykazał on kosztów wykonania zabudowy koderów LEU wraz z oprogramowaniem (materiał i montaż). Odwołujący w złożonych Wyjaśnieniach RNC w odpowiedzi na pytanie Zamawiającego wskazał na założenie projektowe dostawy i montażu 22 sztuk koderów LEU, które są produkcji Odwołującego. Podał także oferowaną przez Odwołującego cenę za koder LEU, materiał + SW podstawowy, Montaże + SW aplikacyjny. Wskazane ceny stanowią koszty produkcji Odwołującego i są oferowane w każdym projekcie na tym samym stałym poziomie. Odwołujący zatem wskazał przyjęte założenia projektowe oraz czynniki cenotwórcze, które zdeterminowały zaoferowaną w tej pozycji RCO cenę. Wymaga wskazania, że Zamawiający nie określił w wezwaniu z dnia 5 lutego 2024 r., iż Odwołujący ma przedstawić szczegółowe zestawienie kosztów produkcji urządzeń własnych tzw. kosztów wytworzenia, zamiast podania obowiązujących u Odwołującego cen sprzedaży. O ile Odwołujący w ramach udzielonych odpowiedzi w Wyjaśnieniach RNC podał czynniki cenotwórcze w postaci cen LEU i wyceny niezbędnych materiałów i montażu, a także założenia projektowe, które dają łącznie zaoferowaną w tej pozycji przez Odwołującego cenę, to nie mógł antycypować wymagania przez Zamawiającego podania szczegółowej kalkulacji kosztów produkcyjnych LEU, a co więcej zakładać szczegółowości takiej kalkulacji (na marginesie wskazania wymaga, że producenci nie podają i nie jest to od nich wymagane by podawać szczegółów skomplikowanych obliczeń kosztów produkcyjnych urządzeń własnych). Nie sposób stwierdzić, że oczekiwanie podania kosztów produkcji urządzeń własnych, czy wręcz dostarczenia dowodów na okoliczność realności tych kosztów, wynika z żądania Zamawiającego sformułowanego w wezwaniu z dnia 5 lutego 2024 r.

11.4 Poz. 3.3 do poz. 3.10 RCO

23. Zamawiający podważa udzielone przez Odwołującego w Wyjaśnieniach RNC odpowiedzi poprzez wskazywanie, że

Odwołujący przede wszystkim nie wykazał realności zaoferowanej ceny. Tymczasem w tym zakresie Odwołujący podał w Wyjaśnieniach RNC czynniki cenotwórcze takiej jak koszt ułożenia Kabla PE-ALT-CLT Ix4x1.53, wycenę prac ziemnych z geodezją (poz. 3.3), ceny Urządzeń RBC produkcji Odwołującego, koszt materiału i montażu oraz uruchomienia (poz. 3.6) koszty powiązań z urządzeniami DSAT na podstawie oferty podwykonawcy VAE (poz. 3.7).

11.5 Poz 4.1 do 4.5, 5 - 8 RCO

24. Ponownie Zamawiający podważa wskazaną przez Odwołującego stawkę za roboczogodzinę (poz. 4.1-4.3, 5.) oraz brak wykazania kosztów produkcji wewnętrznej Odwołującego, pomimo tego, że nie wskazał w wezwaniu z dnia 5 lutego 2024 r., że wymaga podania sposobu obliczenia stawki roboczogodziny pracy pracowników Odwołującego, ani kosztów produkcji urządzeń własnych. Ponownie Zamawiający podważa i zarzuca Odwołującemu brak podania założeń do przyjęcia niezbędnych kosztów wydruków, czy przyjęcia liczby niezbędnych roboczogodzin do wykonania dokumentacji powykonawczej (poz. 5 RCO), chociaż nie wymagał podania takich danych w wezwaniu. Odwołujący tymczasem podał w Wyjaśnieniach RCO, jakie przyjął założenia i czynniki cenotwórcze do obliczenia tych pozycji RCO i tym samym odpowiedział wprost na zadane mu przez Zamawiającego pytanie.

25. Zamawiający zarzucił ponadto Odwołującemu, że przedłożył oferty podwykonawców na kwotę około 15% łącznej wartości oferty podczas, gdy zdaniem Zamawiającego skoro wskazał w wezwaniu z dnia 5 lutego 2024 r., że „Zamawiający oczekuje, że powyższe kalkulacje zostaną przedłożone wraz z dowodami na ich poparcie, Wskazane jest, aby znaczna część kosztów została udowodniona" - to Odwołujący winien był przedłożyć oferty podwykonawców na większą wartość. Tymczasem z uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego nadal nie wiadomo, w jakiej wartości oferty podwykonawców satysfakcjonowałyby Zamawiającego i zadośćuczyniły jego niewyartykułowanym żądaniom. Zamawiający ani w wezwaniu z dnia 5 lutego 2024 r., ani obecnie nie skonkretyzował co rozumie przez „znaczna część kosztów." Nie wiadomo także, czy Zamawiającemu chodzi o konkretną wartość, czy też zakres rzeczowy. Tymczasem Odwołujący przedłożył oferty głównych podwykonawców, którzy determinują kalkulację ceny podanej przez Odwołującego w ofercie i rozbitej w RCO. Okoliczność, że Odwołujący jest producentem większości urządzeń wchodzących w zakres zamówienia sprawia także, że tylko nieznaczna część zamówienia powierzona jest podwykonawcom. Odwołujący wprost wskazał zaś w Wyjaśnieniach RNC które urządzenia są jego produkcji, jaką przyjął w założeniach projektowych liczbę urządzeń dedykowanych dla realizacji zamówienia, ich ceny oraz koszty montażu. Zatem podał Zamawiającemu założenia projektowe i czynniki cenotwórcze determinujące zaoferowaną cenę.

26. Nieuprawnione jest więc twierdzenie Zamawiającego, że Odwołujący nie przedstawił konkretnych i obiektywnych wyjaśnień, czy też nie przedstawił dowodów na okoliczność obliczenia zaoferowanej ceny. Odwołujący wskazał konkretne założenia projektowe dotyczące liczby założonych urządzeń do zabudowy, ich ceny i koszt montażu, a także przedstawił oferty podwykonawców na tę część zamówienia, które nie będzie realizował siłami własnymi. Wskazał na przyjętą do realizacji zamówienia stawkę roboczogodziny i liczbę założonych roboczogodzin w zakresie poszczególnych pozycji RCO, tym samym udzielając odpowiedzi w zakresie sformułowanym w pytaniach zadanych mu przez Zamawiającego w wezwaniu z dnia 5 lutego 2024 r. Odwołujący nie udzielił wyjaśnień w zakresie, w jakim Zamawiający nie zadał pytań dotyczących kwestii nowych okoliczności, które zgodnie z uzasadnieniem odrzucenia oferty Odwołującego, chciałby wyjaśnić Zamawiający. Wymaga wskazania, że zasadnicze zarzuty Zamawiającego sprowadzają się w rzeczywistości do tego, że Odwołujący nie doprecyzował określonych danych wskazanych w Wyjaśnieniach RNC, których obecnie Zamawiający życzyłby uszczegółowienia. Niemniej jednak Odwołujący nie miał możliwości antycypowania zakresu i kierunku wymaganego uszczegółowienia udzielanych informacji. Odwołujący nie mógł także antycypować, jak daleko Zamawiający wymaga uszczegółowienia podawanych danych. Każde bowiem wyliczenie czy podana cena może być rozłożona na jeszcze bardziej szczegółowe wyliczenia, co w przypadku ceny sięgającej 72.426.186,79 zł może prowadzić do niemal niekończących się obliczeń.

11.6 Możliwość dalszych wyjaśnień

27. Wbrew twierdzeniom Zamawiającego, Odwołujący udzielił odpowiedzi wyczerpujących zakres sformułowanych przez Zamawiającego w piśmie z dnia 5 lutego 2024 r. pytań. Jeżeli Zamawiający, na co wskazuje uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego, ma pytania w zakresie dalszego uszczegółowienia wyjaśnień Odwołującego, jest uprawniony do ponownego zwrócenia się do Odwołującego w tym zakresie. (…)

29. (…) Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie wątpliwości wynikających wprost z nowych informacji podanych w Wyjaśnieniach RNC, co uprawniało Zamawiającego do powtórnego zwrócenia się do Odwołującego o udzielenie kolejnych wyjaśnień, na zadane konkretnie i precyzyjnie pytania Zamawiającego, ale nie uprawniało go do odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8) w zw. z art. 226 ust. 4 ustawy Pzp. Zamawiający mając jedną ofertę nie zdecydował się na ponowne wezwanie Odwołującego - mimo posiadania takiej możliwości do udzielenia wyjaśnień nowo powstałych wątpliwości Zamawiającego, tylko unieważnił Postępowanie, podczas gdy celem

prowadzenia postępowania jest udzielenie zamówienia. (…)"

W związku z tym Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1)unieważnienia czynności unieważnienia postępowania oraz odrzucenia oferty Odwołującego,

2)dokonania ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Pismem z dnia 08.04.2024 r. Ground Transportation Systems Polska sp. z o.o.,ul. gen. Józefa Zajączka 9, 01-518 Warszawa, zgłosiła przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego powołując się na interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść Zamawiającego polegający na tym, że w sytuacji oddalenia niniejszego odwołania, postępowanie o udzielenie zamówienia zostanie unieważnione i ww. spółka będzie mogła złożyć ofertę w nowym postępowaniu. Należy jednak zauważyć, że w myśl art. 525 ust. 1 ustawy Pzp przystąpienie do postępowania odwoławczego może zgłosić tylko „wykonawca". Tymczasem spółka Ground Transportation Systems Polska nie złożyła oferty w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia, zatem w przypadku wniesienia odwołania na czynność dotyczącą oceny ofert, nie może zostać uznana za „wykonawcę" w rozumieniu art. 7 pkt 30 ustawy Pzp. Powyższe przesądza o tym, że zgłoszenie przystąpienia przez spółkę Ground Transportation Systems Polska nie może zostać uznane za skuteczne. W związku z tym Izba nie dopuściła ww. spółki do postępowania odwoławczego w charakterze jego uczestnika.

W dniu 11.04.2024 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie. Pismami z dnia 12.04.2024 r. Odwołujący zgłosił opozycję wobec przystąpienia Ground Transportation Systems Polska sp. z o.o. oraz odniósł się do argumentacji Zamawiającego.

W trakcie rozprawy Strony podtrzymały swoje stanowiska w sprawie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.

Przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie oraz wykonanie robót dla dostosowania do wymaganych parametrów sieci TEN-T poprzez zabudowę systemu ERTMS/ETCS poziom 2 na linii kolejowej nr 351 na odc. Poznań Główny - Krzyż" na odcinku Poznań Główny PoD – Krzyż od km 2,453 do km 79,147 (w zakresie sterowania z poziomu LCS Poznań Główny III).

W pkt 12.5. specyfikacji warunków zamówienia (dalej: „SWZ") Zamawiający wskazał:

Wykonawca musi dołączyć do oferty wypełnione Rozbicie Ceny Ofertowej („RCO"). Wykonawca musi wycenić wszystkie pozycje RCO, gdzie zarówno ceny jednostkowe, jak i cena za daną pozycję jest podana z matematycznym zaokrągleniem do dwóch miejsc po przecinku i jest różna od zera. Każda pozycja RCO powinna zostać wyceniona zgodnie z zakresem w niej opisanym. Nie dopuszcza się wliczania kosztów wykonania jakiejkolwiek pozycji RCO w inną pozycję RCO.

Wartość szacunkowa zamówienia wyniosła 89.100.000,00 zł netto, czyli 109.593.000,00 zł brutto. Odwołujący złożył jedyną ofertę z ceną 72.426.186,79 zł brutto, co oznacza, że cena jego oferty jest niższa o ok. 34% od wartości szacunkowej powiększonej o VAT. Jednocześnie Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia kwotę 76.850.400,00 zł brutto.

Pismem z dnia 05.02.2024 r. Zamawiający, na podstawie art. 224 ust. 1 w zw. z art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w przedmiocie ceny jego oferty. Zamawiający wskazał:

„*Wykonawca winien wykazać czy zaoferowana cena rzeczywiście uwzględnia wszystkie elementy związane z należytym wykonaniem zamówienia. Wyjaśnienie powinno zawierać konkretne dane liczbowe i wskazywać poczynione założenia, które miały wpływ na wyliczenie ceny netto, tj. kalkulację wraz z jej uzasadnieniem oraz z dowodami na jej poparcie. Zamawiający oczekuje, iż Wykonawca w ramach ww. wyjaśnienia przedstawi szczegółową kalkulację wszystkich czynników cenotwórczych i założeń, jakie miały wpływ na oszacowanie ceny netto. Ponadto wyjaśnienie winno wskazywać, czy istnieją konkretne uwarunkowania i obiektywne czynniki, jakie towarzyszyć będą realizacji zamówienia, które wpłynęły na wysokość oferowanej ceny wraz ze wskazaniem opisu tych czynników i skali ich wpływu na wysokość zaoferowanej ceny.*

W szczególności Wykonawca powinien przedstawić:

1. kalkulację wszystkich czynników cenotwórczych i założeń, jakie miały wpływ na oszacowanie ceny netto oferty,

2. uszczegółowienie ww. kalkulacji prezentujące koszty poszczególnych pozycji wyszczególnionych w Rozbiciu Ceny Ofertowej.

3. wyjaśnienia w zakresie wskazanym w art. 224 ust. 3 pkt 4) i 6) Ustawy, tj.:

—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, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2020 r. poz. 2207 ze zmiana) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;

—zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym

realizowane jest zamówienie.

Zamawiający oczekuje, że powyższe kalkulacje zostaną przedłożone wraz z dowodami na ich poparcie. Wskazane jest, aby znaczna część kosztów została udowodniona. (…)"

Pismem z dnia 14.02.2024 r. Odwołujący udzielił wyjaśnień, do których dołączył jako dowody oferty handlowe 4 podwykonawców i które zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

Pismem z dnia 08.03.2024 r. Zamawiający poinformował o odtajnieniu ww. wyjaśnień wraz z dowodami.

Pismem z dnia 19.03.2024 r. Zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp oraz o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 255 pkt 2 ustawy Pzp. W uzasadnieniu odrzucenia oferty Zamawiający wskazał m.in., że Odwołujący nie wykazał, aby stawka 500 zł roboczogodziny była właściwa i co ona obejmuje, nie wykazał, na jakiej podstawie przyjął określone koszty wydruków i wyjazdów, określone ilości roboczogodzin, czy określone koszty urządzeń, gdyż brak w tym zakresie jakichkolwiek wyliczeń i wyjaśnień. Dodał też, że w wezwaniu wymagał złożenia dowodów do wyjaśnień dla znacznej części kosztów, podczas gdy Odwołujący ograniczył się do przekazania dowodów w zakresie ok. 15% łącznej wartości oferty (z kwoty 50 783 078,69 zł netto). W efekcie Zamawiający wskazał, że nie widzi podstaw do wezwania Odwołującego do złożenia dodatkowych wyjaśnień.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska Stron złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowane czynności Zamawiającego.

Ponadto Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 224 ust. 1, 2, 5 i 6 ustawy Pzp:

1. 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.
2. 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.
5. Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.
6. 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.

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 pierwszej kolejności w przedmiotowej sprawie należy odnieść się do podniesionej przez Odwołującego kwestii ogólnego wezwania go do złożenia wyjaśnień. Zamawiający w piśmie z dnia 05.02.2024 r. nie ograniczył się do przytoczenia treści art. 224 ust. 3 ustawy Pzp, choć zażądał wyjaśnień w zakresie pkt 4 i 6 tego przepisu, ale wskazał też, że:

- „Wyjaśnienie powinno zawierać konkretne dane liczbowe i wskazywać poczynione założenia, które miały wpływ na wyliczenie ceny netto, tj. kalkulację wraz z jej uzasadnieniem oraz z dowodami na jej poparcie",
- „oczekuje, iż Wykonawca w ramach ww. wyjaśnienia przedstawi szczegółową kalkulację wszystkich czynników cenotwórczych i założeń, jakie miały wpływ na oszacowanie ceny netto",
- „wyjaśnienie winno wskazywać, czy istnieją konkretne uwarunkowania i obiektywne czynniki, jakie towarzyszyć będą realizacji zamówienia, które wpłynęły na wysokość oferowanej ceny wraz ze wskazaniem opisu tych czynników i skali ich wpływu na wysokość zaoferowanej ceny",

- wykonawca powinien przedstawić kalkulację wszystkich czynników cenotwórczych i założeń, jakie miały wpływ na oszacowanie ceny netto oferty,
- wykonawca powinien przedstawić uszczegółowienie ww. kalkulacji prezentujące koszty poszczególnych pozycji wyszczególnionych w Rozbiciu Ceny Ofertowej,
- oczekuje, że powyższe kalkulacje zostaną przedłożone wraz z dowodami na ich poparcie i wskazane jest, aby znaczna część kosztów została udowodniona.

Zamawiający zatem kilkukrotnie wskazywał, że oczekuje złożenia w ramach wyjaśnień szczegółowej kalkulacji zawierającej wszystkie czynniki cenotwórcze, ale także założenia, jakie miały wpływ na cenę, a kalkulacja ta miała dotyczyć poszczególnych (czyli wszystkich) pozycji RCO. Dodatkowo Zamawiający wskazał, że oczekuje wykazania kosztów pracy oraz udowodnienia znacznej części kosztów w ogóle. O ile zatem wezwanie nie zostało skonkretyzowane w zakresie np. konkretnych pozycji RCO czy w inny sposób ujętych elementów zamówienia, to zostało skonkretyzowane w ten sposób, że Zamawiający jasno wyraził, jaki poziom szczegółowości tych wyjaśnień uzna za właściwy. Dlatego wskazał, że wyjaśnienia mają dotyczyć kosztów pracy, a ponadto wszystkich pozycji RCO, wszystkich czynników cenotwórczych wraz z założeniami do ich wyliczenia i znaczna część kosztów ma być poparta dowodami. W świetle powyższego nie można twierdzić, że wezwanie z dnia 05.02.2024 r. było ogólne, bo jednak Zamawiający nie poprzestał na zacytowaniu art. 224 ust. 3 ustawy Pzp, ale szerzej wskazał swoje oczekiwania.

Ponadto, nawet gdyby wezwanie ograniczało się do przytoczenia art. 224 ust. 3 ustawy Pzp, to podkreślić należy, że tak ogólne wezwanie nie zwalniałoby wykonawcy z obowiązku złożenia wyjaśnień, które będą potwierdzać realność ceny jego oferty. Wykonawca oczywiście nie miałby w takim wypadku podstaw do tego, by domyślać się, jakie konkretne czynniki wzbudziły wątpliwości zamawiającego i dlatego jego wyjaśnienia mogłyby się do tych akurat czynników nie odnosić, skoro zamawiający ich nie sprecyzował. Niemniej jednak, w przypadku takiego ogólnego wezwania wykonawca powinien złożyć wyjaśnienia w takim zakresie, jaki został wskazany w wezwaniu i jaki dodatkowo sam uznaje za istotny dla wyliczenia ceny oferty i w tym zakresie wyjaśnienia te powinny być szczegółowe, rzetelne, spójne oraz poparte dowodami. Innymi słowy: nawet jeśli zamawiający w wezwaniu nie sprecyzuje kwestii wymagających wyjaśnień i wykonawca sam będzie musiał zdecydować, które okoliczności wpływają na sposób wyliczenia ceny jego oferty w takim stopniu, że powinny zostać wyjaśnione, to w zakresie tych właśnie okoliczności jego wyjaśnienia powinny być szczegółowe, rzetelne, spójne oraz poparte dowodami. Jeżeli po uzyskaniu takich wyjaśnień zamawiający uzna, że jakaś kwestia w dalszym ciągu wymaga doprecyzowania lub uzupełnienia, powinien wezwać wykonawcę do sprecyzowania lub uzupełnienia tej właśnie kwestii. Jeżeli natomiast wyjaśnienia są ogólne, niespójne, nie dające obrazu, skąd wzięła się taka a nie inna cena oferty i nie są poparte dowodami, zamawiający nie ma podstaw do kierowania do wykonawcy kolejnego wezwania do złożenia wyjaśnień i dawania w ten sposób temu wykonawcy „drugiej szansy".

W niniejszej sprawie zgodnie z wezwaniem z dnia 05.02.2024 r. Odwołujący niewątpliwie miał obowiązek przedstawić szczegółową kalkulację w zakresie wszystkich pozycji RCO i wszystkich czynników cenotwórczych, w tym w zakresie kosztów pracy, przedstawić założenia do wskazanych kosztów i dowody na znaczną ich część. W świetle powyższego należy stwierdzić, że Odwołujący wywiązał się tylko z jednego wymagania wskazanego przez Zamawiającego, tj. z obowiązku odniesienia się do wszystkich pozycji RCO (choć zrobił to lakonicznie). Odwołujący nie przedstawił natomiast szczegółowej kalkulacji ze wszystkimi czynnikami cenotwórczymi i założeniami, gdyż nie można uznać za taką kalkulacji, która wprawdzie odnosi się do każdej pozycji RCO, ale jednocześnie wymienia kwoty i liczby bez żadnego wyliczenia i wyjaśnienia, z czego ich wysokość wynika.

Przykładowo:

1)w wyjaśnieniach dotyczących pozycji 1, 2, 4.1.-4.3., 5 RCO Odwołujący wskazał taką samą stawkę netto za roboczogodzinę w wysokości 500 zł, w żaden sposób nie wyjaśniając, z czego wynika ww. wysokość, jak została wyliczona i czy obejmuje także koszty pracodawcy,

2)w wyjaśnieniach dotyczących pozycji 1, 2, 4.1.-4.3., 5 RCO Odwołujący wskazał różne ilości roboczogodzin (10 000, 5 000, 1000, 500, 170, 200) w żaden sposób nie wyjaśniając, z czego wynika przyjęta ilość, jak została wyliczona, na jakich założeniach została oparta,

3)w wyjaśnieniach dotyczących pozycji 1, 2 i 5 RCO Odwołujący wskazał różne koszty wydruków i wyjazdów, bez żadnych wyliczeń i bez wyjaśnienia, z czego wynika taka wysokość tych kosztów, na jakich założeniach została oparta,

4)w wyjaśnieniach dotyczących pozycji 3.1., 3.2., 3.6., 4.4., 4.5. RCO Odwołujący wskazał różne koszty ograniczając się do stwierdzenia, że pozycje te zostały wycenione na podstawie „cennika wewnętrznego", czy „cen produkcji wewnętrznej", bez żadnych wyliczeń, czy założeń do tak podanych kosztów,

5)w wyjaśnieniach dotyczących pozycji 3.4., 3.5., 3.7., 3.8., 3.9., 3.10. RCO Odwołujący wskazując określone koszty powołał się po prostu na swoje doświadczenie, również bez żadnych wyliczeń, wskazania czynników cenotwórczych i

założeń będących podstawą przyjęcia tych kosztów w podanej wysokości.

Z powyższego wynika, że podstawową wadliwością wyjaśnień złożonych przez Odwołującego jest ich ogólnikowość. Wyjaśnienia te w przypadku niektórych pozycji sprowadzały się do jednego zdania z podaniem kwoty i powołaniem się np. na doświadczenie, czy „cennik wewnętrzny". Ale nawet w przypadku pozycji opisywanych szerzej Odwołujący wskazywał koszty czy liczby bez wyjaśnienia, z czego one wynikają, czyli bez żądanego przez Zamawiającego wskazania czynników cenotwórczych i założeń mających wpływ na wysokość ceny.

Odnosząc się przy tym do kosztów uzasadnianych przez Odwołującego lakoniczną informacją, że wynikają one z „cennika wewnętrznego", również należy zauważyć, że taka informacja oznacza, że nie zostały w istocie wskazane czynniki cenotwórcze i założenia do wyliczenia tych kosztów. Nie można się przy tym zgodzić z Odwołującym, że konieczność wykazywania własnych kosztów producenta stawia go w gorszej sytuacji, niż wykonawców, którzy powołują się na cenniki dostawców czy podwykonawców. Wykonawcy opierający swoje wyliczenia na ofertach handlowych podwykonawców muszą w celu wykazania realności swojej ceny złożyć jako dowody oferty tych dostawców / podwykonawców, natomiast producent musi wykazać realność swojej ceny przedstawiając swoje koszty produkcji. W przeciwnym wypadku wykonawcy będący jednocześnie producentami określonych urządzeń byliby w istocie zwolnieni z obowiązku składania wyjaśnień rażąco niskiej ceny, gdyż każdorazowo wystarczyłoby w ich przypadku lakoniczne stwierdzenie, że stosują „cennik wewnętrzny".

Wbrew wezwaniu Zamawiającego, Odwołujący nie przedstawił też dowodów na znaczną część kosztów, bo choć Zamawiający nie zdefiniował słowa „znaczna", nie ulega wątpliwości, że słowo to nie oznacza wielkości rzędu kilkunastu procent. Skoro zatem dowody w postaci ofert handlowych podwykonawców dotyczą 15% kosztów wskazanych przez Odwołującego, to nie można przyjąć, że dowody te potwierdzają „znaczną" część jego kosztów.

W efekcie należy stwierdzić, że wyjaśnienia Odwołującego wraz z dowodami nie potwierdzają realności ceny jego oferty, bo w ogóle nie pokazują, skąd wzięły się takie a nie inne koszty w poszczególnych pozycjach RCO, a w konsekwencji, skąd wzięła się całkowita cena oferty. Wyjaśnienia te zatem nie uzasadniają podanej w ofercie ceny.

Izba nie odnosi się przy tym szczegółowo do podnoszonej przez Strony kwestii kwoty na sfinansowanie zamówienia. Nie jest bowiem sporne, że cena oferty Odwołującego nie jest niższa o co najmniej 30% od tej kwoty i że zasadność wezwania do złożenia wyjaśnień, zgodnie z art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, Zamawiający oceniał w stosunku do wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o VAT, dlatego też wezwanie to musiało zostać skierowane. Skoro jednak wezwanie musiało zostać skierowane, to w interesie Odwołującego było udzielenie wyjaśnień adekwatnych do tego wezwania, czyli zawierających szczegółową kalkulację w zakresie wszystkich pozycji RCO i wszystkich czynników cenotwórczych, w tym w zakresie kosztów pracy, wraz z założeniami do wskazanych kosztów i dowodami potwierdzającymi znaczną ich część. Jak wskazano już wyżej, Odwołujący nie złożył takich wyjaśnień (poza lakonicznym odniesieniem się do wszystkich pozycji RCO), co skutkuje koniecznością stwierdzenia, że nie uzasadnił podanej w ofercie ceny. W związku z tym nie ma znaczenia fakt, że cena oferty Odwołującego jest zbliżona do kwoty na sfinansowanie zamówienia, bo niezależnie od tego faktu istota problemu tkwi w czym innym: w tym, że Odwołujący nie złożył wyjaśnień odpowiadających wezwaniu Zamawiającego i wykazujących, że cena jego oferty jest realna.

W związku z powyższym Izba uznała też, że nie zachodzi podstawa skierowania do Odwołującego ponownego wezwania do złożenia wyjaśnień, gdyż nie wystarczyłoby dopytać Odwołującego o jakieś pojedyncze kwestie, ale w istocie Odwołujący musiałby napisać wyjaśnienia raz jeszcze, tym razem w sposób odpowiadający wezwaniu Zamawiającego i uzasadniający podaną w ofercie cenę.

Dlatego też w ocenie Izby Zamawiający zasadnie odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp i w konsekwencji – unieważnił postępowanie na podstawie art. 255 pkt 2 ustawy Pzp.

Izba oddaliła zatem odwołanie, orzekając na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553 i art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Orzeczenie Izby zostało wydane w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia oraz w oparciu o stanowiska Stron przedstawione w pismach procesowych i na rozprawie.

Izba uznała, że złożony przez Zamawiającego dowód w postaci 14 wezwań do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny w innych postępowaniach dotyczy faktów nie mających istotnego znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy (art. 531 ustawy Pzp), ponieważ po pierwsze, zarzuty odwołania nie dotyczą wezwania z dnia 05.02.2024 r., a jedynie w oparciu o jego treść Odwołujący uzasadniał treść złożonych przez siebie wyjaśnień, a po drugie, nawet gdyby Odwołujący kwestionował treść wezwania z dnia 05.02.2024 r. to treść innych wezwań z innych postępowań nie mogłaby potwierdzać prawidłowości wezwania skierowanego w niniejszym postępowaniu.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy Pzp oraz w oparciu o § 8 ust. 2 zdanie pierwsze 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).

Przewodnicząca ...……..