Sygn. akt: KIO 4902/24

WYROK

Warszawa, dnia 28.01.2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 stycznia 2025 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 grudnia 2024 r. przez Odwołującego: "SARINŻ" Sp. z o.o. z/s w Warszawie (ul. Cyprysowa 47, 02265 Warszawa) w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Miasto Stołeczne Warszawa Stołeczny Zarząd Rozbudowy Miasta z/s w Warszawie działający w imieniu i na rzecz Zamawiających: (1) Miasta Stołecznego **Warszawa – Stołeczny Zarząd Rozbudowy Miasta z/s w Warszawie** oraz (2) **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z/s w Warszawie** (ul. Senatorska 29/31, 00-099 Warszawa),

- Uczestnik po stronie zamawiającego: **Warbud S.A. z/s w Warszawie** (ul. Domaniewska 32, 02-672 Warszawa)

orzeka:

1. Oddala odwołanie;
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego: **"SARINŻ" Sp. z o.o. z/s w Warszawie** (ul. Cyprysowa 47, 02265 Warszawa) 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 oraz kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną tytułem wynagrodzenia pełnomocnika przez Zamawiającego;
   2.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego: **Miasto Stołeczne Warszawa Stołeczny Zarząd Rozbudowy Miasta z/s w Warszawie** działający w imieniu i na rzecz Zamawiających: (1) **Miasta Stołecznego Warszawa – Stołeczny Zarząd Rozbudowy Miasta z/s w Warszawie** oraz (2) **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z/s w Warszawie** (ul. Senatorska 29/31, 00-099 Warszawa) kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną tytułem 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.

……

Sygn. akt: KIO 4902/24

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 grudnia 2024 r. przez wykonawcę "SARINŻ" Sp. z o.o. z/s w Warszawie (Odwołujący) w postępowaniu prowadzonym na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.), [ustawa Pzp lub Pzp lub Ustawa PZP] przez Miasto Stołeczne Warszawa Stołeczny Zarząd Rozbudowy Miasta z/s w Warszawie działający w imieniu i na rzecz Zamawiających: (1) Miasta Stołecznego Warszawa – Stołeczny Zarząd Rozbudowy Miasta z/s w Warszawie oraz (2) PKP Polskie Linie Kolejowe S.A z/s w Warszawie. Przedmiotem zamówienia publicznego jest: „Rozbudowa drogi powiatowej nr 5625W – ul. Praskiego Pułku wraz z budową tunelu drogowego pod linią kolejową nr 2 i rozbudową innych dróg publicznych – ul. Okuniewskiej i ul. Bartosza Głowackiego oraz przebudową istniejącej infrastruktury technicznej na terenie Dzielnicy Wesoła m. st. Warszawy w ramach zadania inwestycyjnego pn. „Budowa tunelu drogowego w ciągu ul. 1 Praskiego Pułku w połączeniu z drogą wojewódzką nr 637 – ul. Okuniewską w Warszawie wraz z budową układu drogowego w Dzielnicy Wesoła i jednoczesną likwidacją przejazdu kolejowego (km 16,300 linii kolejowej nr 2 Warszawa Zachodnia – Terespol) w poziomie szyn" (nr postępowania: RZP/PW/10/2024. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane w dniu 05/04/2024 w Dz. Urz. UE Numer publikacji ogłoszenia: 202133-2024.

Odwołujący podał (...)

I. wnoszę odwołanie wobec następujących czynności i zaniechań Zamawiającego:

(1) nieuzasadnionego odrzucenia oferty wykonawcy Sarinż;

(2) zaniechania odrzucenia ofert wykonawców: Warbud S.A. z siedzibą w Warszawie („Warbud"), Trakcja S.A. z siedzibą w Warszawie („Trakcja"), Skanska S.A. z siedzibą w Warszawie („Skanska"), Strabag sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie („Strabag") oraz Primost Południe sp. z o.o. z siedzibą w Będzinie („Primost") w sytuacji, w której oferty te podlegają odrzuceniu z uwagi na okoliczności szerzej opisane w uzasadnieniu niniejszego odwołania;

(3) nieuzasadnionego wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Warbud w sytuacji, w której oferta ta powinna zostać odrzucona z uwagi na okoliczności szerzej opisane w uzasadnieniu niniejszego odwołania;

II.Zamawiającemu zarzucam naruszenie następujących przepisów:
(1) art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp poprzez niezasadne odrzucenie oferty wykonawcy Sarinż z uwagi na rzekome złożenie oferty niezgodnej z warunkami zamówienia, co objawiać się miało wyceną w ofercie pozycji nr 47 – „Budowa bypassów torowych" (Branża konstrukcyjno – mostowa – budowa tunel) w sytuacji, w której Sarinż złożył ofertę zgodną z wymaganiami Zamawiającego narzuconymi dokumentacją Postępowania oraz wycenił każdy element uwzględniony w przygotowanym przez Zamawiającego kosztorysie;
(2)art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp poprzez niezasadne zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców: Warbud, Trakcja, Skanska, Strabag oraz Primost w sytuacji, w której ww. wykonawcy, złożyli oferty sprzeczne z warunkami zamówienia, pomijając w złożonej ofercie wycenę oraz wykonanie pozycji nr 47 – „Budowa bypassów torowych" (Branża konstrukcyjno – mostowa – budowa tunel) – co na gruncie dokumentacji niniejszego Postępowania oraz wzorów kosztorysów przygotowanych przez Zamawiającego, należało uwzględnić w złożonej ofercie;
(3)art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp i art. 16 ust. 1 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 Ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji („Uznk") poprzez zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców Warbud oraz Strabag w sytuacji, w której ci wykonawcy złożyli oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, dopuszczając się przy tym działania sprzecznego z dobrymi obyczajami, co objawia się w zastosowaniu tzw. „inżynierii cenowej", usiłując doprowadzić do niedozwolonego „zaliczkowania" wynagrodzenia, co polega na rażącym zawyżeniu cen jednostkowych za prace, które zostaną zrealizowane na początku realizacji przedmiotu zamówienia udzielonego w ramach niniejszego Postępowania, tj. ustaleniu stawki odbiegającej od realiów rynkowych, drastycznie zawyżonej za wykonanie poz. 21 Formularza cenowego i poz. 9 Kosztorysu ofertowego - Przejazd tymczasowy; a w konsekwencji powyższego;
(2) art. 16 pkt 1-3 Pzp poprzez prowadzenie Postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.
III.Na podstawie art. 554 ust. 3 pkt 1 lit. a) i b) Pzp wnoszę o rozpatrzenie i uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:
(1)unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
(2)unieważnienie czynności odrzucenia oferty Sarinż;
(3)dokonanie ponownego badania i oceny ofert;
(4)odrzucenie ofert złożonych przez wykonawców: Warbud, Trakcja, Skanska, Strabag oraz Primost;
(5)uznanie oferty złożonej przez Odwołującego za najkorzystniejszą w Postępowaniu.
IV.Na podstawie art. 534 ust. 1 w zw. z art. 535 Pzp wnoszę o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów załączonych do odwołania, wnioskowanych w odwołaniu lub przedstawionych na rozprawie, na okoliczności wskazane w uzasadnieniu pisemnym bądź ustnym;
V.Na podstawie art. 573 Pzp wnoszę o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przewidzianych przepisami prawa zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.
Wykonawca podał: (...) *Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia będącego przedmiotem Postępowania oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów prawa. Oferta Odwołującego została odrzucona jako (w ocenie Zamawiającego) sprzeczna z warunkami zamówienia. Gdyby Zamawiający dokonał oceny i badania ofert zgodnie z przepisami Pzp, doszedłby do przekonania, że to oferty wszystkich innych wykonawców (poza Sarinż) podlegają odrzuceniu w Postępowaniu, a to oferta Sarinż jako jedyna jest zgodna z warunkami zamówienia i zawiera w sobie wszystkie elementy wymagane przez Zamawiającego – a w konsekwencji, uznać należy ją za najkorzystniejszą w Postępowaniu. Na skutek wadliwie powziętych czynności przez Zamawiającego, Odwołujący, który złożył prawidłową ofertę, został pozbawiony możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia oraz zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. W sposób oczywisty wskazuje to na szkodę po stronie Odwołującego. Nie budzi też wątpliwości, iż Odwołujący ma interes w pozyskaniu przedmiotowego zamówienia. Pozwoli to zawrzeć umowę i zrealizować przedsięwzięcie za wskazaną w ofercie kwotę wynagrodzenia. Sarinż legitymuje się interesem we wniesieniu odwołania, o którym mowa w art. 505 ust. 1 Pzp".*
W uzasadnieniu stanowiska podał:
I. *Istotne dla sprawy elementy stanu faktycznego*
1.Zamawiający prowadzi Postępowanie, którego przedmiotem jest rozbudowa drogi powiatowej nr 5625W – ul. Praskiego Pułku wraz z budową tunelu drogowego pod linią kolejową nr 2 i rozbudową innych dróg publicznych – ul. Okuniewskiej i ul. Bartosza Głowackiego oraz przebudową istniejącej infrastruktury technicznej na terenie Dzielnicy Wesoła m. st. Warszawy w ramach zadania inwestycyjnego pn. „Budowa tunelu drogowego w ciągu ul. 1 Praskiego Pułku w połączeniu z drogą wojewódzką nr 637 – ul. Okuniewską w Warszawie wraz z budową układu drogowego w Dzielnicy Wesoła i jednoczesną likwidacją przejazdu kolejowego (km 16,300 linii kolejowej nr 2 Warszawa Zachodnia – Terespol) w poziomie szyn".

2.W toku Postępowania, swoje oferty złożyło 7 wykonawców: Warbud, Trakcja, Skanska, Strabag, Primost, Intop Warszawa Sp. z o.o. („Intop") oraz Sarinż.

3.W ramach niniejszego Postępowania, Zamawiający przygotował dwa wzory w zakresie rozbicie ceny – ogólny formularz cenowy podzielony na 28 pozycji oraz (szczegółowy) kosztorys ofertowy.

4.Jedną z pozycji, które wykonawcy byli zobowiązani wycenić w formularzu cenowym była pozycja nr 21 – przejazd tymczasowy. Wykonawcy, którzy złożyli oferty, wycenili tę pozycję w następujący sposób (ceny podane w PLN):

Lp.	Roboty budowlane i inne elementy	Warbud	Trakcja	Skanska	Strabag	Primost	Intop	Sarinż
21.	Przejazd tymczasowy	(brak wyceny)	2 007 244.11	1 025 741.85	2 479 722.23	(wstawiono znak – **X**)	571 148.85	1 097 747.69

5.Zamawiający działając w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp, dokonał poprawienia oferty Warbud oraz Primost. Finalnie, wycena powyższego elementu w ofertach przedstawiała się następująco (wartości w PLN):

Lp.	Roboty budowlane i inne elementy	Warbud	Trakcja	Skanska	Strabag	Primost	Intop	Sarinż
21.	Przejazd tymczasowy	2 564 112.31	2 007 244.11	1 025 741.85	2 479 722.23	1 370 550.03	571 148.85	1 097 747.69

6. W Rozdziale XV ust. 5 SWZ, Zamawiający podkreślił, że zabronione są jakiekolwiek modyfikacje formularzy, które przyczynią się do osiągnięcia ostatecznej sumy ceny oferty:

7.Jednocześnie w pozycji nr 47 Formularza kosztorysu do oferty należało wycenić i przewidzieć do realizacji budowę *bypassów* torowych (Branża konstrukcyjno – mostowa – budowa tunel). Żaden z wykonawców nie wycenił tego elementu i nie przewidział go do realizacji – poza Odwołującym.

8.W toku Postępowania wykonawcy zadawali Zamawiającemu szereg pytań dotyczących dokumentów zamówienia, w tym formularza kosztorysu ofertowego. Wykonawcy zwrócili bowiem uwagę, iż w dołączonych przez Zamawiającego dokumentach (formularzu) widnieje pozycja pn.: „*budowa bypassów torowych*":

9.W dniu 13 września 2024 r. Zamawiający zmienił treść Specyfikacji Warunków Zamówienia załączając zaktualizowany Projekt Wykonawczy Tunel wskazując w schemacie etapowania PW_I_ETA_0100oraz pkt. 8.2 – tymczasowy tor (bypass).

10. Następnie w dniu 20 września 2024 r. Zamawiający uzupełnił dokumentację techniczną o specyfikację nr K.10.05.01 – Bypass torowy:

11.W ramach tej samej modyfikacji/uzupełnień Zamawiający dodał zaktualizowane kosztorysy ofertowe, w których widniała pozycja dot. budowy bypassów torowych

12.W modyfikacjach SWZ z dnia 1 i 2 października 2024 r. Zamawiający potwierdził, że oferty należy przygotować w oparciu o formularze kosztorysów ofertowych przekazanych przez Zamawiającego jako załącznik do odpowiedzi na pytania w dniu 20 września 2024 r., przy uwzględnieniu modyfikacji, które wprowadzone zostały z kolei w dniu 26 września 2024 roku. Zamawiający wskazał, że formularze przygotować należy na podstawie przekazanych w dniu 20 września 2024 r. dokumentów w formacie Excel, w których widnieje pozycja „budowa bypassów torowych".

13.W dniu 25 października 2025 r., Sarinż skierował do Zamawiającego pismo w przedmiocie wyrażenia zgody na dokonanie poprawy omyłek rachunkowych (art. 223 ust. 2 pkt 2 Pzp) oraz nie wyraził zgody na dokonanie poprawy innych omyłek, które rzekomo spowodowały, że oferta Sarinż jest/była niezgodna z warunkami zamówienia – art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp.

14.Jednocześnie pismem z dnia 28 października 2024 r., Sarinż wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej („KIO", „Izba"), domagając się m.in. unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na poprawieniu w ofercie Odwołującego innej omyłki sprowadzającej się do wpisania w kosztorysie ofertowym w branży konstrukcyjno – mostowej – budowa tunel znaku „-„ w pozycji nr 47 tj.: budowa bypassów torowych.

15.Zamawiający unieważnił w dniu 8 listopada 2024 r. czynność poprawienia tzw. „innej omyłki" w ofercie Sarinż, a ww. postępowanie odwoławcze zostało umorzone.

16.W dniu 12 grudnia 2024 r., Zamawiający opublikował na swojej platformie zakupowej informację o wyborze oferty Warbud jako najkorzystniejszej oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego.

17.Jak zostanie jednak wykazane w dalszej części niniejszego odwołania, oferty wykonawców Warbud oraz Strabag powinny zostać odrzucone w Postępowaniu z uwagi na zastosowanie praktyk naruszających zasady uczciwej konkurencji, w szczególności poprzez sztuczne zaliczkowanie. Działania te skutkują zniekształceniem rzeczywistej wartości ofert, co w sposób nieuprawniony wpływa na wynik postępowania przetargowego.

18.Ponadto – tylko i wyłącznie oferta Odwołującego została sporządzona w sposób prawidłowy, uwzględniając wszystkie

wymagane przez Zamawiającego w dokumentach postępowania elementy zamówienia, podczas gdy pozostali wykonawcy pominęli ten składnik wyceny (nie wycenili pozycji – bypassy torowe), który to stanowi konieczny element zamówienia niezbędny do prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia, którego celem jest utrzymanie dwutorowego ruchu kolejowego wymaganego przez Zamawiającego. W rezultacie – tylko oferta Sarinż jest zgodna z warunkami zamówienia i obejmuje jego pełny zakres zgodny z wymagania Zamawiającego, wobec czego winna zostać wybrana jako najkorzystniejsza w niniejszym Postępowaniu.

II.*Uzasadnienie prawne*

II.1. Niezasadne odrzucenie oferty Sarinż - Odwołujący prawidłowo wypełnił kosztorys ofertowy

19.Istota sporu w przedmiotowej sprawie sprowadza się do kwestii wyceny i uwzględnienia przez wykonawców realizacji bypassów torowych (poz. 47 Kosztorysu). Kluczowym elementem jest fakt, że jedynie Wykonawca Sarinż przewidział w swojej ofercie ten istotny „komponent" realizacji zamówienia i dokonał jego wyceny, co pozostaje w pełnej zgodności z dokumentacją udostępnioną przez Zamawiającego. Pozostali wykonawcy pominęli ten element, co należy uznać za działanie niezgodne z wymaganiami wynikającymi z dokumentacji postępowania.

20.Pomimo udzielenia przez Zamawiającego odpowiedzi na wniosek jednego z wykonawców, gdzie Zamawiający wskazał, iż nie przewiduje realizacji prac dot. budowy bypassów torowych (aktualnie pozycja 47, wówczas pozycja nr 50), Zamawiający w swoich dalszych czynnościach pozostawał sprzeczny co do zadeklarowanego stanu rzeczy w lipcu 2024 roku i finalnie, podejmowanymi czynnościami zaprzeczył przedstawionej wcześniej informacji o braku realizacji prac dot. bypassów torowych. Odwołujący zwraca uwagę, że pytania, które zadali Zamawiającemu wykonawcy były konsekwencją braku dołączenia przez Zamawiającego do dokumentacji Postępowania specyfikacji technicznych dot. analizowanego zakresu, a który pozostawał niezbędny do wycenienia pozycji 47, która od samego początku widniała w udostępnionym formularzu kosztorysu ofertowego. Powyższe pozostawało wówczas spójne i jednoznaczne –

Zamawiający nie przedkłada specyfikacji technicznych określających zakres prac,

wskazuje, że wynika to z faktu, iż nie przewiduje zlecenia ich realizacji, a tym samym dla wykonawców oczywistym jest, iż obie te okoliczności skutkują brakiem konieczności wycenienia prac dot. budowy bypassów torowych.

21.Sytuacja w tym zakresie uległa jednak zmianie, w momencie, w którym Zamawiający dodał do dokumentacji Postępowania specyfikację techniczną, która jednoznacznie dotyczyła pozycji nr 47 kosztorysu ofertowego – budowy bypassów torowych (20 września 2024 r.). Specyfikacja ta ma przypisany numer - K.10.05.01 (taki sam jak wskazano w kosztorysie), i wskazuje na zakres prac, jaki należy wykonać w związku z pracami dot. tychże bypassów torowych. Innymi słowy, wraz z dodaniem w dniu 20 września 2024 r. (pisma datowane na 18 września 2024 r.) do dokumentacji Postępowania specyfikacji technicznej dotyczącej budowy bypassów technicznych przy jednoczesnym pozostawieniu w kosztorysie ofertowym tej pozycji w wersji nie zmienionej (nieskreślonej, nieusuniętej etc.), Zamawiający uwzględnił konieczność wyceny tychże prac.

22.Jedynie tytułem dygresji dostrzec należy, że gdyby Zamawiający definitywnie wykluczył konieczność realizacji prac dot. budowy bypassów torowych, wówczas wykreśliłby z formularza kosztorysowego przedmiotową pozycję. Ostatecznie bowiem dokumentacja Postępowania była wielokrotnie aktualizowana, a wraz z tą aktualizacją Zamawiający przedkładał także zaktualizowane kosztorysy – w formie PDF, jak i w formie Excel. Skoro jednak mimo aktualizacji dokumentacji i kosztorysów Zamawiający nie wykreślił pozycji 47, lecz uzupełnił dokumentację o szczegółowe specyfikacje techniczne określające zakres prac związanych z budową bypassów, to oczywistym jest, że prace te wykonawcy winni byli wycenić, a tym samym – koniecznym było wypełnienie wskazanej części formularza kosztorysowego. Zupełnie inny stan rzeczy kształtowałby się w przypadku, gdyby po odpowiedzi na pytania do SWZ z 18 lipca 2024 r. Zamawiający: a) nie dodał do dokumentacji Postępowania specyfikacji technicznej dot. budowy bypassów torowych (K.10.05.01); b) w ramach aktualizowania kosztorysów wykreślił pozycję nr 47 dot. budowy bypassów torowych. Ponadto Odwołujący dostrzega, iż Zamawiający nawet w ramach odpowiedzi z 18 lipca 2024 r, nie wyraził wcale jednoznacznej deklaracji, iż zakres prac dot. bypassów torowych jest wyłączony z zakresu zamówienia. Zamawiający na tamten moment wskazał wyłącznie, iż „nie przewiduje realizacji bypassa kolejowego.", i stąd brak załączania przez Niego specyfikacji technicznej dla tego zakresu. Skoro jednak po dwóch miesiącach Zamawiający dołączył taką specyfikację techniczną do dokumentów zamówienia, zaś w ostatnich udzielanych przez siebie wyjaśnieniach wskazał, iż przedmiot zamówienia wycenić należy w oparciu o kosztorysy ofertowe dołączone przez Zamawiającego w dniu 20 września 2024 r., w których widniała analizowana pozycja, to bezspornym jest, iż pozycję 47 należało uwzględnić w wycenie. Innymi słowy – powód, dla którego Zamawiający w lipcu udzielił odpowiedzi o braku przewidywanych prac w zakresie bypassa torowego (brak dokumentacji technicznej) „odpadł" w momencie, w którym ta dokumentacja została dołączona.

23.Wydaje się, że niebagatelne znaczenie w tej sprawie mają przy tym zasadnicze postanowienia SWZ, gdzie Zamawiający nakreślił jasno i precyzyjnie sposób wypełnienie kosztorysu ofertowego. Otóż zgodnie z rozdziałem XV pkt 2 i 3 SWZ wykonawcy zobowiązany byli wycenić wszystkie pozycje wyszczególnione w kosztorysach ofertowych, zaś

samą cenę oferty oprzeć należało m.in. o zakres prac wskazany w kosztorysach ofertowych:
24.Nie można więc nie zauważyć, iż dokumentacja Postępowania wskazywała w jaki sposób należało dokonać wyceny zamówienia oraz wskazywała sposób wypełnienia kosztorysu ofertowego – poprzez określenie wartości dla wszystkich pozycji wymienionych w kosztorysach ofertowych.
25.Skoro więc Zamawiający:
1)dodał do dokumentacji zamówienia specyfikację techniczną nr K.10.05.01 – bypass torowy;
2)nie usunął z kosztorysów ofertowych pozycji nr 47 – budowa bypassa torowego (pomimo dokonywania zmian i aktualizacji tych kosztorysów);
3)nakazał wykonawcom wyliczenie ceny oferty w oparciu o zakres prac i robót przedstawiony m.in. w kosztorysach ofertowych;
4)nakazał wykonawcom w SWZ określenia cen dla wszystkich pozycji wymienionych w kosztorysach ofertowych,
to wszystkie te okoliczności dają jednoznaczną podstawę do twierdzenia, iż pozycja 47 podlegała wycenie, zaś Zamawiający nie był uprawniony do tego by zmienić ofertę Odwołującego w ten sposób, że wycenę tą usunie z kosztorysu ofertowego złożonego przez Odwołującego.
26.Okoliczność, że pozycję 47 należało wycenić, mając na uwadze dokumentację Postępowanie oraz czynności podjęte przez Zamawiającego wydaje się być całkowicie poza przedmiotem sporu. Nie jest przy tym tak, jak wskazał Zamawiający w uzasadnieniu odrzuceniu oferty Sarinż, iż [w]ycena (…) w ofercie zarówno konstrukcji odciążających, jak i bypassu kolejowego prowadziłoby do zapłaty przez Zamawiającego dwukrotnie za roboty tymczasowe mające to samo zadanie zapewnienia ciągłości ruchu na czas prowadzenia robót budowlanych. Skoro Zamawiający wymagał, aby oferta uwzględniała zarówno wycenę bypassu, jak i konstrukcji odciążającej (w formularzu kosztorysowym uwzględniono te dwie pozycje), to Wykonawca miał obowiązek przewidzieć w ofercie oba warianty.
27.Całokształt dokumentacji Postępowania przemawia za przyjęciem, że dopiero na późniejszym etapie, Zamawiający miałby możliwość wyboru jednego z dwóch wariantów, kierując się swoimi preferencjami lub potrzebami technicznymi, organizacyjnymi czy finansowymi. Wymóg uwzględnienia obydwu opcji w ofercie miał swoje uzasadnienie (w ocenie Odwołującego) w postaci ewentualnego zabezpieczenia Zamawiającego przed koniecznością renegocjacji warunków po wyborze wykonawcy.
28.Nie można przy tym uznać, jakoby wymóg wyceny zarówno bypassu, jak i konstrukcji odciążającej prowadził do podwójnej wyceny de facto tego samego elementu, ponieważ wynagrodzenie przewidziane przez Zamawiającego ma charakter kosztorysowy. Oznacza to, że Zamawiający zobowiązuje się do zapłaty wyłącznie za faktycznie wykonane i wykazane prace, a nie za elementy, które zostały jedynie oszacowane w ofercie, ale ostatecznie nie były realizowane. Całkowite zaniechanie z realizacji z bypassu drogowego czy też zamiennie z konstrukcji odciążającej nie doprowadziłby do otrzymania zapłaty za wykonanie obydwu elementów. Zasada ta wynika z istoty wynagrodzenia kosztorysowego, które przewiduje rozliczenie w oparciu o rzeczywiście poniesione koszty, zgodnie z zakresem robót wykonanych na podstawie zatwierdzonego kosztorysu powykonawczego.
29.Z daleko idącej ostrożności, gdyby przyjąć inną niż zaprezentowana powyżej przez Odwołującego wykładnię dokumentacji Postępowania (uznając, że bypassy torowe mogły nie podlegać wycenie), Sarinż wskazuje, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej wszelkie rozbieżności treści SWZ należy rozpatrywać na korzyść wykonawcy. Jak wskazała bowiem Izba w uchwale z dnia 3 sierpnia 2017 r. sygn. akt KIO/KD 38/17: Także Izba wskazuje, co nie zostało podniesione przez Kontrolującego, a co należy tu przytoczyć - wszelkie wątpliwości odnośnie treści SIWZ Zamawiający musi rozpatrywać na korzyść wykonawcy. Zostało to celnie wskazane w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 16 kwietnia 2015 r. sygn. akt KIO 660/15 (str. 33) "Należy wskazać, że obowiązuje swoista święta zasada, że wszelkie niejasności, dwuznaczności, niezgodności postanowień SIWZ należy rozpatrywać na korzyść wykonawców. Reguła ta wynika z prawniczej paremii <<In dubio contra proferentem>> znaczącej w języku polskim <<Wątpliwości należy tłumaczyć przeciw autorowi>>".
30.W orzecznictwie prezentowany jest pogląd, że dokonywanie przez zamawiającego oceny złożonych ofert pod kątem spełniania wymagań, które nie zostały w SWZ zapisane, bądź nie wynikają wyraźnie z jej brzmienia, lecz jedynie hipotetycznie mogłoby być z niej wyinterpretowane, stanowi naruszenie podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych wyrażonych w art. 16 Pzp, tj. przejrzystości, równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji.
31.Powyższe, tj. opisana „święta zasada”, znajduje potwierdzenie m.in. w nw.
wyrokach Izby:
•wszelkie wątpliwości wynikające z niespójności sformułowań użytych w treści SIWZ ostatecznie należy, zgodnie z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 czerwca 2020 roku, sygn. KIO 934/20);
•wszelkie niejasności czy wątpliwości należy rozstrzygać na korzyść wykonawców i nie sposób obciążać wykonawcę negatywnymi konsekwencjami, które z tego wynikają. Zasada równego traktowania i przejrzystości oznacza bowiem

również zakaz wyciągania negatywnych konsekwencji wobec wykonawcy wskutek niedopełnienia przez niego obowiązku, który nie wynika wyraźnie z dokumentacji przetargowej lub obowiązujących przepisów prawa krajowego, lecz jedynie z wykładni tych przepisów lub dokumentacji, a także z uzupełniania przez krajowe organy lub sądownictwo występujących w tej dokumentacji luk (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 czerwca 2020 roku, sygn. KIO 883/20).

32.W konsekwencji, mając na uwadze brak konsekwencji Zamawiającego, który na gruncie części dokumentacji Postępowania stale utrzymywał, ze bypassy torowe podlegają wycenie (poz. 47 Kosztorysu), niespójność postanowień dokumentacji nie może nieść ze sobą negatywnych konsekwencji dla Sarinż.

33.Odwołujący pozostaje na stanowisku, że jako jedyny przewidział do realizacji oraz wycenił element, do czego zobowiązał wykonawców Zamawiający na gruncie dokumentacji Postępowania. W konsekwencji – Sarinż jako jedyny wykonawca złożył ofertę zgodną z warunkami zamówienia (pozostałe oferty w Postępowaniu należy odrzucić).

II.2. Odrzucenie ofert pozostałych wykonawców – brak wyceny pozycji w kosztorysie ofertowym

34.Mając na uwadze powyższe ustalenia, należy jednoznacznie stwierdzić, że oferty złożone przez pozostałych wykonawców, poza Odwołującym, podlegają odrzuceniu w Postępowaniu. Wykonawcy ci nie wycenili ani nie przewidzieli do realizacji istotnego elementu zamówienia – bypassów torowych – co skutkuje niezgodnością ich ofert z warunkami zamówienia określonymi w dokumentacji postępowania.

35.Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, Zamawiający jest zobowiązany odrzucić ofertę, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. W przedmiotowym przypadku dokumentacja zamówienia jednoznacznie wskazywała na obowiązek wyceny wszystkich elementów zamówienia, w tym bypassów torowych. Brak ich wyceny w ofertach pozostałych wykonawców stanowi rażące naruszenie tego wymogu, co skutkuje koniecznością ich odrzucenia.

36.Obowiązek odrzucenia oferty w sytuacji zaniechania wyceny wszystkich elementów przewidzianych przez zamawiającego do realizacji na gruncie dokumentacji postępowania wprost dostrzeżono m.in. na gruncie komentarza do Pzp wydanym pod egidą UZP . Jak czytamy - Z przykładów zachowujących swoją aktualność na tle Pzp wynika, że okoliczności, których wystąpienie skutkować powinno odrzuceniem oferty na podstawie komentowanego przepisu, dotyczyć mogą:

(…)

2) zakresu świadczenia wykonawcy lub sposobu spełnienia świadczenia, które nie odpowiadały warunkom zamówienia (np. nieuwzględnienie w wycenie wszystkich wymogów i elementów, jakie postawił zamawiający, zaoferowanie krótszego terminu gwarancji niż żądany przez zamawiającego, zaoferowanie dłuższego terminu na wykonanie zamówienia niż wynikający z dokumentów zamówienia, powierzenie przez wykonawcę kluczowych części zamówienia do wykonania przez podwykonawcę, pomimo iż zamawiający zażądał ich osobistego wykonania przez wykonawcę, wskazanie 1 osoby na 2 różne stanowiska wbrew wyraźnemu zakazowi zawartemu w dokumentach zamówienia).

37.Bypassy torowe są jednym z kluczowych elementów zamówienia, niezbędnymi do utrzymania dwutorowego ruchu kolejowego, zgodnie z założeniami Zamawiającego. Pominięcie ich w ofercie oznacza, że wykonawca nie przewidział pełnego zakresu obowiązków wynikających z zamówienia, co podważa rzetelność jego oferty oraz jej zgodność z wymaganiami określonymi w SWZ. W orzecznictwie KIO jednolicie podnosi się, że „pominięcie" danych elementów w ofercie (które należało wycenić – tak jak bypassy torowe w niniejszym Postępowaniu), skutkuje bezwzględnym obowiązkiem odrzucenia oferty. Jak czytamy w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 września 2018 r. : [u]stawa [przyp. własny – Pzp] nie zna instytucji "pominięcia" w ofercie treści wymaganych dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, dlatego też nie może być owo "pominięcie" ocenione inaczej jak niezgodność z treścią SWIZ. Uzupełnienia oferty o treści, jakie winny się w niej znajdować na dzień składania ofert, tak aby była ona zgodna z treścią SWIZ, nie mogą być uzupełniane w oparciu o regulacje, jakie przewidywane są dla etapu realizacji zamówienia.

38.W konsekwencji, należy odrzucić oferty wykonawców, którzy nie wycenili wykonania bypassów torowych, tj. ofert wykonawców: Warbud, Trakcja, Skanska, Strabag oraz Primost.

II.3. Sztuczne zaliczkowanie wykonawców – złożenie oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji

39.Poza zaniechaniem wyceny jednego z obligatoryjnych elementów, przewidzianych przez Zamawiającego, Odwołujący pragnie zauważyć, że wykonawcy Warbud oraz Strabag, wycenili prace, które należy wykonać na samym początku realizacji w sposób rażąco wygórowany oraz oderwany od jego faktycznej wartości.

40.Jak już wskazano niniejszym pismem, Warbud wycenił bowiem w formularzu cenowym wykonanie przejazdów tymczasowych (poz. 21) na kwotę 2 564 112.31 zł, a Strabag na kwotę 2 479 722.23 zł. Średnia wycena tego elementu przez innych wykonawców wynosi natomiast 1 214 486.00 zł.

41.Realizacja inwestycji infrastrukturalnych, szczególnie tych obejmujących prace na istniejących szlakach komunikacyjnych, wymaga zapewnienia ciągłości ruchu drogowego i dostępności komunikacyjnej już od samego początku prowadzenia robót. Przejazdy tymczasowe stanowią techniczne rozwiązanie, które pozwala na:

•zabezpieczenie przepustowości tras;
•minimalizację utrudnień dla użytkowników dróg;
•zapewnienie dostępu do obszaru budowy zarówno dla mieszkańców, jak i dla sprzętu budowlanego.

42.Nie da się zatem rozpocząć realizacji zaawansowanych robót budowlanych w sposób prawidłowy bez wcześniejszego wykonania przejazdów tymczasowych. Są one bowiem pierwszym krokiem organizacji placu budowy, warunkującym zarówno techniczne, jak i logistyczne przygotowanie terenu do dalszych kompleksowych prac.

43.W Opisie Przedmiotu Zamówienia („OPZ"), Zamawiający również wprost przewidział, że przejazdy tymczasowe zostaną wykonane na początku realizacji umowy (de facto pierwsze prace w I etapie)

44.Nie stanowi zatem dzieła przypadku okoliczność, że akurat powyższy, pierwszy do realizacji zakres prac, został wyceniony przez Warbud i Strabag w sposób drastycznie zawyżony i całkowicie nierynkowy (na poziomie 2 500 000.00 zł, kiedy średnia wycena tego elementu przez innych wykonawców wynosi 1 214 486.00 zł). Mamy tutaj w rzeczywistości do czynienia z tzw. „sztucznym zaliczkowaniem" otrzymanego wynagrodzenia.

45.Sztuczne zaliczkowanie polega na nierównomiernym rozłożeniu kosztów w ofercie, co skutkuje znaczącym zawyżeniem wartości prac przewidzianych do wykonania na początkowych etapach realizacji zamówienia. Dzięki temu wykonawcy stosujący tę praktykę uzyskują szybki dostęp do środków finansowych wypłacanych w ramach płatności etapowych, niezależnie od rzeczywistej wartości i zakresu wykonanych prac.

46.W niniejszej sprawie można uznać, że „nadwyżka" finansowa, nieobejmująca w rzeczywistości wykonania przejazdów tymczasowych pozwala w sposób całkowicie nieuzasadniony uzyskać Warbud oraz Strabag przewagę nad pozostałymi wykonawcami, którzy złożyli oferty w Postępowaniu.

47.Sposób wyceny oferty Warbud oraz Strabag przeczy wszelkim zasadom współżycia społecznego oraz stanowi okoliczność potwierdzającą, że oferty ww. wykonawców zostały złożone w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji. Wykonawcy rzetelnie i realistycznie wyceniający każdy element realizacji zamówienia pozostają w gorszej sytuacji, ponieważ ich kosztorys ofertowy odzwierciedla rzeczywiste koszty prac w poszczególnych etapach. Tymczasem wykonawcy sztucznie zawyżający koszty początkowych robót uzyskują znaczną przewagę finansową, która może być wykorzystywana na inne cele, w tym na finansowanie innych projektów, czy zwolnienie z obowiązku zaciągnięcia kredytu, co w sposób nieuprawniony wzmacnia ich pozycję konkurencyjną na rynku.

48.Podkreślić należy, że żaden z podmiotów, który złożył ofertę w postępowaniu nie uzyskałby za pracę w tym samym zakresie, zbliżonej sumy, co Warbud oraz Strabag. Wykonawcy ci, podejmując się działań, które nie mają nic wspólnego z uczciwą konkurencją spowodowali, że Odwołujący, który zbudował cenę oferty w sposób prawidłowy i realny, jest w dużo gorszej pozycji. Działania Warbud oraz Strabag utrudniają w sposób bezpośredni dostęp do rynku i zagrażają interesom Odwołującego, innych wykonawców oraz Zamawiającego.

49.Za koszt rynkowy, z uwzględnieniem wszystkich zmiennych (w tym marże, narzuty etc.), należałoby uznać w niniejszym Postępowaniu koszt około 800 000.00 – 1 300 000.00 zł, który w pełni powinien pokryć wszystkie prace związane z budową przejazdów tymczasowych. Wprost odzwierciedla on ze średnią ceną wykonawców, którzy złożyli ofert w Postępowaniu (poza Warbud oraz Strabag).

50.Z technicznego punktu widzenia wykonanie przejazdów tymczasowych nie należy do przedsięwzięć skomplikowanych ani wyjątkowo kosztownych (jak w ofercie Warbud oraz ofercie Strabag). Tego rodzaju prace obejmują przede wszystkim przygotowanie podłoża, stworzenie odpowiedniej nawierzchni tymczasowej oraz zapewnienie podstawowych funkcji użytkowych, takich jak nośność i odwodnienie. Rozwiązania stosowane przy budowie przejazdów tymczasowych są proste technologicznie i przewidziane na krótki czas użytkowania, co dodatkowo ogranicza koszty. Technologie wykorzystywane do takich prac są dobrze znane i standardowe, co oznacza brak konieczności stosowania zaawansowanych maszyn czy materiałów o wysokich parametrach technicznych. Materiały wykorzystywane w tego rodzaju konstrukcjach są tanie i powszechnie dostępne, a ich montaż oraz utrzymanie nie wymagają skomplikowanego procesu budowlanego.

51.W powyższym kontekście, wycena realizacji przejazdów tymczasowych na takim poziomie jak uczynił to Warbud oraz Strabag, tj. 2 500 000.00 zł jest technicznie nieuzasadniona. Standardowe doświadczenia rynkowe wskazują, że koszty takich robót są znacznie niższe, nawet przy uwzględnieniu specyficznych warunków terenowych czy większej skali przedsięwzięcia. Zawyżenie tej kwoty przesądza w niniejszej sprawie o próbie niedozwolonego „zaliczkowania" realizacji niniejszego zamówienia (przez Warbud i Strabag).

52.Ograniczenia i warunki związane z niniejszym Postępowaniem powinny być identyczne dla wszystkich podmiotów składających ofertę. W zaistniałej jednak sytuacji, poprzez „inżynierię cenową", Warbud oraz Strabag wykorzystali pewnego rodzaju „lukę", doprowadzając do próby otrzymania środków, które w rzeczywistości będą mogły zostać wykorzystane („przerzucone") na inny zakres prac, niż wskazany w Kosztorysie. Odmiennie - inni wykonawcy (o ile uzyskaliby przedmiotowe zamówienie), wyceniający każdy elementów oferty rzetelnie – oraz przede wszystkim – na poziomie rynkowym i realnym, utraciliby szansę na uzyskania dodatkowych środków na początkowym etapie realizacji

umowy.
53.Z dużą dozą prawdopodobieństwa, celowość działania Warbud oraz Strabag potwierdzają m.in. §5 Projektowanych Postanowień Umowy („PPU"):
oraz postanowienia Warunki Realizacji Kontraktu SZRM – pkt 8:
w których wskazano, że wynagrodzenie zostanie zapłacone w przypadku realizacji już tylko części zamówienia (na podstawie protokołu częściowego odbioru robót). Zamawiający przewidział mechanizm tzw. „płatności etapowej".
54.Należy ponadto zauważyć, że ukończenie realizacji Etapu I, w skład którego wchodzi wykonanie przejazdów tymczasowych, zgodnie z dokumentacją Postępowania powinno mieć miejsce maksymalnie do 4 miesięcy od dnia podpisania umowy, kiedy cały okres realizacji robót wynosi 24 miesiące. Odbiór Etapu I połączony z dokonaniem płatności m.in. za przejazdy tymczasowe, przy skorzystaniu przez Warbud i Strabag tzw. inżynierii cenowej i otrzymaniem w związku z tym istotnej faktycznej „zaliczki" na dalsze prace prowadzone w ciągu dalszych 20 miesięcy niósłby ze sobą (w sposób nieuzasadniony) szereg korzyści dla tych wykonawców.
55.Gdyby Zamawiający wprowadził w ramach niniejszego postępowania „zaliczkę" mogłoby to wyrównać szanse wszystkich wykonawców na otrzymanie niniejszego zamówienia. Z uwagi jednak, że sytuacja taka nie ma miejsca, Warbud oraz Strabag usiłują sobie zapewnić takie „przedwczesne" otrzymanie środków poprzez manipulację ceną widoczną już „na pierwszy rzut oka".
56.W tym miejscu Odwołujący wskazuje na wyrok Krajowej Izby Odwoławczejz dnia 17 marca 2015 roku, w którym w analogicznym stanie faktycznym (zawyżenie kosztów prac przewidzianych do realizacji w pierwszym etapie prac) Izba nakazała odrzucenie oferty jako stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji oraz podkreśliła, że: „[w]skazać należy w pierwszej kolejności, że katalog deliktów opisanych w rozdziale II ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 roku, Nr 153, poz. 1503 ze zm.) (dalej "uznk") ma charakter otwarty, co wynika z art. 3 ust. 2 tej ustawy. Oznacz to, iż w razie stwierdzenia, że nie zaistniał żaden z deliktów nazwanych, należy ocenić, czy w sprawie nie ziściły się przesłanki i klauzuli generalnej zawartej w art. 3 ust. 1 uznk. Ziszczenie przesłanek zawartych w przywołanym przepisie jest wystarczającym uzasadnieniem do odrzucenia oferty, gdyż przepis ten może być samodzielną podstawą do określenia czynu nieuczciwej konkurencji (vide: wyrok Sądu Najwyższego z 22 października 2007r. III CKN 271/01, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 20 stycznia 2012 r. sygn. akt KIO 2819/11 i wyrok z dnia 26 czerwca 2012, sygn. akt KIO 1225/12, KIO 1229/12). Przesłankami koniecznymi do uznania danego czynu wykonawcy za czyn nieuczciwej konkurencji na podstawie art. 3 ust. 1 uznk jest wykazanie, iż działanie wykonawcy było sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami oraz, że działanie takie zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy. W ocenie Izby Zamawiający w sposób prawidłowy ustalił, iż działanie Odwołującego II polegające na zawyżeniu cen jednostkowych za wykonanie prac geodezyjnych w branży drogowej stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji." (…)Odwołujący II, aby pokryć koszty wykonania robót zaniżonych musi otrzymać wynagrodzenie za roboty zawyżone. Odwołujący II dopuścił się więc manipulacji i przerzucenia kosztów pomiędzy cenami jednostkowymi, gdyż faktyczny koszt wykonania robót ziemnych przerzucił do cen za wykonanie robót geodezyjnych czyli robót wykonywanych na początku realizacji poszczególnych części zamówienia, z góry zakładają, że w ten sposób skredytuje kosztem Zamawiającego wykonanie robót ziemnych. Zastosowana przez Odwołującego II "inżyniera wyceny" sprowadza się do manipulacji cenami jednostkowymi w celu pozyskania odnawialnych zaliczek od Zamawiającego, które nie były przewiedzione w SIWZ." (.,…) W ocenie Izby takie działanie Odwołującego II prowadzi do naruszenia interesu wykonawców, którzy złożyli oferty w niniejszym postępowaniu, jak i tych potencjalnych wykonawców, którzy mogliby ubiegać się o zamówienie. Niewątpliwie informacja o zaliczkowaniu robót mogła wpłynąć na krąg wykonawców ubiegających się o zamówienia. W konsekwencji takie postępowanie Odwołującego II wypełnia przesłanki określone w art. 3 ust. 1 uznk stanowi, że złożenie oferty jest czynem nieuczciwej konkurencji. W ocenie Izby jest to działanie sprzeczne z dobrymi obyczajami, podjęte w celu polepszenia swojej sytuacji przy realizacji zamówienia".
57.Podobnie - dostrzeżono w komentarzu do Pzp UZP , że de facto najczęściej odrzucano oferty z powołaniem się na ich złożenie w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji z uwagi na próby dokonywania „inżynierii cenowej" czy uzyskania „sztucznego zaliczkowania" - W praktyce stosowania Pzp2004 w zakresie odrzucenia oferty na podstawie przesłanki wystąpienia czynu nieuczciwej konkurencji wskazać należy, iż najczęściej takie odrzucenia dotyczyły:
(…)
3) manipulowania wyceną oferty w taki sposób, że w przypadku przedmiotu zamówienia składającego się z poszczególnych etapów najwyżej wycenione są etapy realizowane wcześniej, jeśli nie jest to uzasadnione faktyczną wartością poniesionych nakładów (np. w zamówieniu na zaprojektowanie i wybudowanie – wartość projektu stanowi istotny procent wartości budowy)".
58.Konkludując – należy uznać, że sposób kalkulacji ceny Warbud oraz Strabag przesądza o tym, że oferty tych wykonawców zostały złożone w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, a zachowanie tych wykonawców spełnia ustawowe przesłanki czynu nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 3 Uznk, tj.:

1)działanie podjęte jest w związku z działalnością gospodarczą – swoją ofertę zarówno Warbud jak i Strabag złożyli w ramach prowadzonej działalności gospodarczej;
2)działanie to wskazuje na sprzeczność z prawem lub dobrymi obyczajami zawyżenie cen na pracach wykonywanych na początku inwestycji z pewnością narusza dobre obyczaje, powoduje też nieuprawnione polepszenie pozycji wykonawcy Warbud oraz Strabag kosztem pozostałych oferentów (por. wyrok KIO z dnia 17 września 2020 r., KIO 2048/20);
3)doszło do zagrożenia lub naruszenia interesu innego przedsiębiorcy lub klient - nieuprawnione przyznanie sobie zaliczki, wykorzystując braki dokumentacji Postępowania, podczas, gdy inni wykonawcy musieli (muszą) się posiłkować własnymi zasobami finansowymi powoduje, że mogło to mieć potencjalny wpływ na krąg podmiotów mogących ubiegać się o zamówienie.
59.W świetle powyższego, ofertę Warbud oraz ofertę Strabag należy odrzucić na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp jako złożone w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie (pismo z dnia 17/10/24) wniósł o oddalenie. W uzasadnieniu stanowiska podał:

(...)

I. Wstęp.
1.W pierwszej kolejności Zamawiający stwierdza, że oczywiście wykonawcom przysługują środki ochrony ich interesów, jednak jak wskazuje Odwołanie, zawsze można próbować ustanowić nowe standardy manipulacji faktami i zdrowym rozsądkiem, a jeżeli rzeczywistość przeczy wersji wykonawcy, tym gorzej dla rzeczywistości.
2.Odwołanie jest w całości bezzasadne, zarówno w zakresie zarzutu bezpodstawnego odrzucenia oferty Sarinż, zaniechania odrzucenia ofert pozostałych wykonawców w zakresie niezgodności oferty z SWZ w odniesieniu do bypassu, jak też zarzutu zaniechania odrzucenia ofert dwóch wykonawców z powodu czynu nieuczciwej konkurencji w zakresie rzekomego „sztucznego zaliczkowania" w ramach inżynierii cenowej.
3.Odwołujący usiłuje uzyskać zamówienie, tłumacząc że Zamawiający musi zamówić zakres, co do którego wyraźnie oświadczał, iż go nie zamawia. Następnie Odwołującyw zdumiewający sposób tłumaczy, że przecież Zamawiający nie zapłaci za ten zakres (czyli za zakres, który wycenił Odwołujący, a nie wycenił żaden inny wykonawca), na który opiewa umowa z powodu kosztorysowego charakteru wynagrodzenia. Całe to „rozumowanie" jest oparte na hipotezach wykonawcy co Zamawiający chciał, a czego nie chciał zamawiać, w całkowitym oderwaniu od dokumentacji zamówienia, instrukcji wypełnienia ofert i SWZ.
4.Niewiele bardziej zrozumiałe są argumenty dotyczące nieistniejącego czynu nieuczciwej konkurencji.
II. Stan faktyczny
5.Żeby zrozumieć rzeczywisty cel Odwołania należy w pierwszej kolejności uchwycić realny stan faktyczny postępowania, który w Odwołaniu nie występuje, bowiem zaprzecza wprost tezom Odwołującego.
6.W Odwołaniu stan faktyczny zgodnie z opisem Odwołującego zawiera się w części I Istotne dla sprawy elementy stanu faktycznego i zajmuje punkty 1 do 16, ostatni dwa punkty tej części to ocena własna Odwołującego jako jedynego wykonawcy, który (nie)zrozumiał sposobu wypełnienia formularza ofertowego.
7.Zamawiający potwierdza opis zawarty w punkcie I.1 – opis przedmiotu postępowania, który podany jest również we wstępie Odwołania, potwierdza również listę uczestników zawartą w punkcie I.2 i sposób wyliczenia ceny oferty zawarty w punkcie II.3. Dalszy opis stanu faktycznego w niewielkiej części ma znaczenie dla zarzutu II.3 – to jest złożenia przez wykonawców Warbud i Strabag ofert rzekomo w ramach czynu nieuczciwej konkurencji.
8.W zakresie najbardziej istotnej części zarzutów – to jest zarzutów dotyczących rzekomo nieprawidłowego odrzucenia oferty Odwołującego, stan faktyczny przedstawia się następująco.
9.Zamawiający jeszcze dokonując publikacji ogłoszenia o wszczęciu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego planował, iż na czas budowy tunelu objętego inwestycja utrzymanie ruchu kolejowego nastąpi poprzez realizację bypassów kolejowych, przesuwających ruch kolejowy poza granice prac.
10.W dniu 1 lipca 2024 r. Zamawiający, na skutek dalszych uzgodnień (pomiędzy SZRM a PKP PLK S.A.) dokona znaczących zmian opisu przedmiotu zamówienia. Wówczas to uzgodniono iż czasowa organizacja ruchu kolejowego, w ogóle do tej pory nieopisana w OPZ, zostanie zrealizowana przez montaż konstrukcji odciążającej.
11. Powyższezmiany Zamawiający wprowadził pismem SZRM-ZPIL.260.5.2024.MGO(3), w szczególnośc dodając następujące zapisy
a.W Rozdziale II OPZ – Wymagania realizacji dodał pkt 4 opisujący etapowanie i zamieścił następujący opis:
b. Do części Rozdział II – wymagania Realizacji – Wykonawca zobowiązany jest do: Zamawiający do części 4.1. dodał punkt 4:
12.Jak się wydaje, powyższe zmiany OPZ, o których informacji próżno szukać w Odwołaniu, jasno określają jakiego rozwiązania w zakresie zapewnienia ciągłości ruchu kolejowego (czyli czasowej organizacji ruchu) oczekuje

Zamawiający. Zamawiający podkreśla, że rozwiązanie w postaci budowy bypassu nigdy nie znalazło się w SWZ (w szczególności w OPZ), a wynikało jedynie z kosztorysu.
13.Nowy OPZ został opublikowany również w dniu 1 lipca 2024 r. Wraz z tym dokumentem uległ zmianie formularz cenowy, w którym dodano między innymi punkty 24 i 25, które są różnymi wariantami konstrukcji odciążającej.
14.Zamawiający zatem, tak przez zmiany OPZ jak i przez zmianę formularza oferty jasno wskazał, iż zostaną wykonane konstrukcje odciążające. Jednocześnie kosztorys w punkcie 50 (obecnie 47) pod hasłem inne roboty zawierał pozycję:
15.Bypass i konstrukcja odciążająca to dwie różne metody zapewnienia ciągłości ruchu kolejowego, które nie są stosowane razem, bowiem każdorazowo wystarcza jedna z nich.
16.W dniu 18 lipca 2024 r. opublikowane pytania o treść SWZ i wyjaśnienia Zamawiającego. Znaczenie dla sprawy mają dwa pytania i udzielone na nie odpowiedzi:
17.Innymi słowy, w oczywiście niecytowanych przez Odwołującego odpowiedziach 45 i 50 Zamawiający potwierdził to, co jest oczywiste dla każdego inżyniera, iż jedno rozwiązanie czyni drugie zbędnym. Brak jest uzasadnienia ekonomicznego czy organizacyjnego stosowania dwóch metod czasowej organizacji ruchu, z których każda w całości zabezpiecza ciągłość ruchu pasażerskiego. Samo zadanie pytań, których nota bene nie sformułował Odwołujący, wynika jedynie z faktu ich sformułowania przed zmianą SWZ z dnia 1 lipca 2024 r. Widać to choćby z faktu, iż zmiana w kosztorysie numeru, pod którym ujęto bypassy z nr 50 na nr 47 nastąpiła w dniu 2 lipca 2024 r., a pytania posługują się odniesieniami do starego kosztorysu.
18.Zamawiający wskazał w odpowiedziach na trzy kwestie:
a.bypass nie będzie realizowany z powodu zastosowania konstrukcji odciążających, przy czym Zamawiający podał, z jakiej zmiany SWZ to wynika,
b.w pozycję nr 50 kosztorysu należy wstawić znak „-„,
c.w przypadku wstawienia kwoty pieniężnej w tę pozycję zamiast znaku „-„ Zamawiający dokona poprawy oferty.
19.Innym słowy, Zamawiający wskazał dokładną instrukcję wypełnienia formularza kosztorysu, stanowiącego część oferty, jednak zaznaczył iż w przypadku wypełnienia oferty w tym miejscu w sposób inny, niż żądany przez Zamawiającego, Zamawiający nie odrzuci oferty, a poprawi jej cenę.
20.Uprzedzając fakty – ani zmiana SWZ polegająca na dodaniu konstrukcji odciążającej, ani wyjaśnienia Zamawiającego nigdy nie uległy modyfikacji ani odwołaniu, za to zostały kilkukrotnie potwierdzone.
21.Pismem z dnia 25 lipca 2024 r. Zamawiający potwierdził modyfikację SWZ z dnia 1 lipca 2024 r.:
22.Pismem z dnia 19 sierpnia 2024 r. Zamawiający potwierdził zastosowanie konstrukcji odciążających, co spowodowało brak konieczności budowy bypassa, co pociągnęło za sobą brak budowy peronów tymczasowych przy tych bypassie.
23.W dniu 5 września 2024 r. Zamawiający w ramach wyjaśnień umieścił następującą informację, o której nie ma informacji w Odwołaniu:
24.Zamawiający potwierdza, iż w dniu 13 i 20 września 2024 r. dodał dokumentację, która zawierała bypassy, jednak:
a.nie szła za tym jakakolwiek zmiana OPZ;
b.Przekazanie dokumentacji miało na celu zapewnienie, że wykonawcy będą dysponować całością projektu, który został opracowane wcześniej (2022/2023), a uaktualniony podczas postępowania o zgłoszone usterki;
c.projekt etapowania pochodził z roku 2022;
d.dokumenty (przedmiary) w postaci pliku Excel przekazane w dniu 20 września 2024 r. nie zmieniały dokumentu, którego niewłaściwe wypełnienie zarzuca Odwołującemu Zamawiający;
25.Złożenie powyższej dokumentacji nie spowodowało powstania wątpliwości u innych wykonawców.
26.W dniu 3 października 2024 r. upłynął termin złożenia ofert. Po ich otwarciu okazało się, że Odwołujący niewłaściwie – niezgodnie ze zmianą SWZ i niezgodnie z treścią wyjaśnień Zamawiającego z dnia 18 lipca 2024 r. wypełnił ofertę. Żaden inny wykonawca nie wypełnił oferty w sposób, w jaki zrobił to Odwołujący.
27.Zgodnie ze swoją zapowiedzią, w dniu 22 października 2024 r. Zamawiający dokonał poprawienia oferty Odwołującego, na co jednak Odwołujący nie wyraził zgody, znając już oczywiście sposób wypełnienia innych ofert i formułując swoją aktualną strategię.
28.W dniu 28 października 2024 r. Odwołujący wniósł odwołanie, w którym zaskarżył czynność Zamawiającego polegającą na poprawieniu oferty na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3) PZP.
29.Znając treść oferty oraz treść SWZ, znając wprowadzane zmiany i odpowiedzi na pytania jak również zarzuty odwołania, Zamawiający przyjął do wiadomości, stanowisko Odwołującego, iż do wypełnienia formularza przez Odwołującego nie doszło na skutek omyłki. Oznaczało to, że opisana wyżej zmiana SWZ, której dokonał Zamawiający nie została uwzględniona w ofercie przez Odwołującego w sposób celowy
30.Tym samym, nie mogło być mowy o po prawieniu omyłki na gruncie art. 223 ust. 2 pkt 3 Ustawy, a podtrzymanie decyzji przez Zamawiającego mogłoby stanowić o naruszeniu wskazanych art. 16 pkt 1-3 Ustawy zasad postępowania o zamówienie publiczne względem innych wykonawców, którzy złożyli prawidłowe oferty, uwzględniające powyższą

zmianę SWZ. W szczególności dojść mogło do naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, na przykład poprzez negocjację treści oferty Odwołującego.

31.Z uwagi na powyższe, jako że zgodnie z art. 17 ust. 2 Ustawy „Zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy", Zamawiający dokonał autokorekty poprzez unieważnienie wskazanej we wstępie czynności poprawienia innej omyłki z uwagi na jej niezgodność z art. 16 pkt 1-3 PZP w związku z art. 223 ust. 2 pkt 3 Ustawy.

32.Następnie, w dniu 12 grudnia 2024 r. Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty i odrzucił ofertę Odwołującego jako zawierającą w swoim zakresie wycenę bypassów, które nie są objęte zamówieniem i nie podlegają wycenie, co skutkowało również błędnym wypełnieniem formularza oferty.

III. Zasadność odrzucenia oferty Sarinż i brak podstaw odrzucenia ofert innych wykonawców

33.Odwołujący podnosi w Odwołaniu, że jego oferta nie powinna zostać odrzucona, bowiem jako jedyny wycenił pozycję kosztorysową w postaci bypassu torowego. W jego ocenie Zamawiający w ramach swoich oświadczeń w toku postępowania najpierw wyraźnie zrezygnował z zamówienia tego elementu, a następnie go przywrócił do SWZ (w kosztorysie ofertowym oraz w specyfikacji technicznej). Z kolei oferty pozostałych wykonawców powinny zostać odrzucone na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP z powodu niezgodności z SWZ, skoro nie wycenili oni powyższego elementu, który rzekomo został przywrócony do SWZ jako podlegający zamówieniu.

34.Interpretacja oświadczeń Zamawiającego w toku postępowania przez Odwołującego jest oportunistyczna i błędna i nie znajduje uzasadnienia w niebudzącej wątpliwości treści tych oświadczeń. Powoduje to, że należy uznać, iż prawidłowa była czynność odrzucenia oferty Sarinż z powodu niezgodności z SWZ w zakresie niezamawianego bypassu torowego i zaniechanie odrzucenia prawidłowych ofert innych wykonawców z uwagi na zgodne z SWZ pominięcie wyceny tego elementu.

35.Kluczowe znaczenie z punktu widzenia wykładni oświadczeń woli Zamawiającego w odniesieniu do bypassu torowego mają dwie okoliczności:

a)po pierwsze, Zamawiający dokonał wyraźnej zmiany SWZ pismem z 1 lipca 2024 r., w którym Zamawiający dokładnie opisał etapowanie robót z uwzględnieniem robót tymczasowych w zakresie konstrukcji odciążających, z pominięciem potrzeby budowy bypassów kolejowych, a rozwiązania te wzajemnie się wykluczają;

b)po drugie, Zamawiający w odpowiedziach na pytanie nr 44 i 50 pismem z dnia 18 lipca 2024 r. wprost oświadczył, że nie będzie w tym zakresie korygował dokumentów SWZ, a rezygnacja z zamówienia bypassu ma zostać odzwierciedlona przez wykonawców poprzez wpisanie w tej pozycji w
kosztorysie ofertowym znaku „-".

36.Co kluczowe zatem z technicznego punktu widzenia, Zamawiający dokonał zamiany jednego rozwiązania tymczasowego na inne – zamiast bypassu (objazdu) ustalono, że dzięki konstrukcjom odciążającym zostanie zachowany przejazd w rejonie robót budowlanych na istniejącym szlaku. Przejazd pociągów powoduje znaczne naprężenia, których może nie wytrzymać konstrukcja tunelu podczas jego budowy. Wykonanie bypassu oznacza przełożenie toru, co powoduje, że tunel nie przenosi żadnych obciążeń od ruchu pociągów. Wykonanie konstrukcji odciążających oznacza wykonanie robót inżynierskich, które przenoszą obciążenia zamiast tunelu. Jak przyznaje Wykonawca w odwołaniu, obydwie te pozycje znajdowały się w kosztorysie ofertowym. Bez instrukcji Zamawiającego każdy wykonawca miał je obowiązek wycenić, co przy zamówieniu w formule buduj oznacza, że elementy te zostały zamówione.

37.Zamówienie obydwu tych elementów prowadzi do podwójnej zapłaty za roboty tymczasowe spełniające innymi metodami tę samą funkcję – utrzymania ruchu kolejowego na czas robót. W przypadku wykonania obydwu rodzajów robót pociągi w sposób całkowicie zbędny miałyby dwie trasy do wyboru – pierwotną oraz tymczasowy bypass. Jest to pozbawione jakiejkolwiek racjonalności i wykluczone: (i) brakiem zapisów w OPZ dotyczących wykonania bypassów, (ii) informacją Zamawiającego, iż nie planuje wykonania bypassów.

38.Wyjaśnienia nr 44 i 50 pismem z dnia 18 lipca 2024 r. w odpowiedzi na pytania wykonawców wprost uniemożliwiają uznanie, że bypassy były objęte zamówieniem Zamawiającego. Wbrew twierdzeniom Wykonawcy, które są próbą przypisania Zamawiającemu nigdy przez niego aktów woli, Zamawiający nigdy nie odwołał, ani nie zmodyfikował swojego oświadczenia tak co do zmiany SWZ i wprowadzenia konstrukcji odciążających jak i braku woli wybudowania bypassów.

39.Późniejsze przedłożenie kosztorysu zawierającego bypass torowy, jak też specyfikacji STWiORB zawierających ten bypass nie powoduje, że element ten ulega przywróceniu do SWZ jako podlegający zamówieniu, skoro Zamawiający wyraźnie wcześniej zakomunikował, że nie będzie zmieniał w tym zakresie dokumentów zamówienia, a jedynie dał instrukcję odpowiedniego wypełnienia kosztorysu
ofertowego poprzez wstawienie „-" w pozycji bypassu torowego.

40.Wszyscy pozostali wykonawcy prawidłowo zinterpretowali oświadczenia Zamawiającego w zakresie braku intencji korekty dokumentów SWZ w zakresie wykreślenia z kosztorysu bypassu torowego, jak też, co za tym idzie logicznie,

bezprzedmiotowości specyfikacji technicznej na bypass. Zamawiający korygował różne elementy SWZ , ale jego stanowisko co do formy zmiany OPZ w zakresie bypassu (pozostaje w treści, ale ma być pominięty przy wycenie) pozostawało do końca postępowania niezmienne. Żaden wykonawca, wliczając w to Sarinż, nie zadał już żadnego pytania co do tej kwestii.

41.Podkreślić należy, że pozycja bypassu torowego stanowi część szerszego zakresu dokumentacji. Dokumentacja była rzeczywiście korygowana na bieżąco, jednak nie można było przewidzieć wszystkich skutków niezałączenia jej części, przygotowanej również w roku 2022 i 2023. Stąd też Zamawiający nie usuwał poszczególnych jej elementów, by nie doprowadzić do wad dokumentacji w postaci braku jej części – dlatego też załączył dodatkową dokumentację we wrześniu 2024 r.

42.Co istotne, Zamawiający zapowiedział nawet, że w razie wyceny tej pozycji przez wykonawcę poprzez jej wycenę, będzie korygował oczywistą omyłkę w tym zakresie. Wykonawca Sarinż nie wyraził jednak zgody na takie sprostowanie, wiedząc iż po korekcie swojej ceny pozabawia się szans na wybór jego oferty.

43.Nawet po odjęciu siedmiu milionów złotych za wykonanie bypassów Odwołujący wycenił swoją ofertę na kwotę 142 mln zł, to jest prawie 50% więcej niż kolejna, najwyższa oferta i kwota przeznaczona na sfinansowanie zamówienia. Jedyną szansą na pozyskanie zamówienia w postępowaniu, którego dotyczy odwołanie, jest odrzucenie wszystkich innych ofert i do tego w rzeczywistości zmierza odwołanie.

44.Zamawiający nie miał intencji odrzucenia oferty Sarinż, a jej korektę, zgodnie z treścią SWZ. Wobec zawartych w treści odwołania twierdzeń, że błędne wypełnienie formularza i zaoferowanie innego zakresu zamówienia było zamierzone, Zamawiający został zmuszony do unieważnienia swojej czynność korekty, co musiało doprowadzić do odrzucenia oferty Sarinż z uwagi na niezgodność z SWZ.

45.Całkowicie chybiona jest teza Wykonawcy, jakoby kosztorysowy charakter wynagrodzenia decydował o tym, że Zamawiający nie zapłaci dwukrotnie za roboty o tej samej funkcji utrzymania ruchu – bypass kolejowy i konstrukcje odciążające. Otóż w razie ujęcia obydwu tych pozycji w kosztorysie ofertowym i w razie wyboru tej oferty, obydwie te pozycje staną się przedmiotem zamówienia, a
ceny obydwu tych pozycji staną się składową wynagrodzenia umownego. Wynagrodzenie w tym zakresie nie ma charakteru warunkowego (warunkowy charakter ma wybór konstrukcji odciążającej – projektowanej przez Zamawiającego albo przez Wykonawcę), a elementy te nie stanowią opcji. Byłyby zamówione na zasadach ogólnych, a wykonawca miałby obowiązek zrealizować je łącznie i przysługiwałoby mu z tego tytułu wynagrodzenie. Wynagrodzenie kosztorysowe nie ma tu więc nic do rzeczy, bowiem określa ono sposób rozliczenia w razie różnic między przedmiarem robót a ich realnym obmiarem po wykonaniu, a nie wpływa na to, jakie pozycje są ujęte w kosztorysie. Kosztorysowy charakter wynagrodzenia nie sprawiłby, że Zamawiający miałby prawo wyboru między tymi elementami, a wykonawca miałby obowiązek wykonać tylko jeden z nich. Zamawiający zamówiłby obydwa elementy,
z czego jeden byłby zbędny, a wykonawca musiałby wykonać i uzyskać wynagrodzenie z tytułu obydwu rodzajów prac, co jest bezzasadne.

46.By nie doszło do wykonania dwóch tymczasowych organizacji ruchu Zamawiający musiałby odstąpić od części umowy, do czego nie tylko brak podstaw, ale powodowałoby to zarzut naruszenia konkurencji.

47.Z ostrożności podkreślić w należy, iż oświadczenie woli Zamawiającego w przedmiocie zmiany SWZ może zostać dokonane w dowolny sposób, jasno ujawniający wolę Zamawiającego. Może nastąpić także przy okazji odpowiedzi na pytania, co jest powszechną praktyką, a zmiana taka jest bezwzględnie wiążąca dla wykonawców.

48.Powyższe potwierdza orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej. Przykładowo w wyroku Izby z dnia 23 marca 2022 r. KIO 658/22 dokonano analizy orzecznictwa w tym zakresie: „Izba zwraca uwagę, że wykonawca może zwrócić się do zamawiającego z wnioskiem o wyjaśnienie treści s.w.z. (art. 135 ust. 1 ustawy P.z.p.). Zamawiający jest obowiązany udzielić wyjaśnień niezwłocznie, jednak nie później niż na 6 dni przed upływem terminu składania ofert albo nie później niż na 4 dni przed upływem terminu składania ofert w przypadku, o którym mowa w art. 138 ust. 2 pkt 2 ustawy P.z.p, pod warunkiem że wniosek o wyjaśnienie treści s.w.z. wpłynął do zamawiającego nie później niż na odpowiednio 14 albo 7 dni przed upływem terminu składania ofert (art. 135 ust. 2 ustawy P.z.p.). Ratio legis art. 135 ust. 2 ustawy P.z.p. polega na uzyskaniu przez wykonawców pewności co do wymagań zawartych w s.w.z., w szczególności dotyczących opisu przedmiotu zamówienia i konsekwencji umożliwieniu podjęcia decyzji, czy są w stanie ubiegać się o udzielenie zamówienia i złożyć oferty nie podlegające odrzucenia. Każdorazowo, jeżeli wyjaśnienia treści s.w.z. prowadzą do nadania jej zapisom nowego znaczenia, mamy do czynienia z modyfikacją (zmianą) jej treści (zob. wyrok z dnia 8 marca 2011 r., sygn. akt: KIO 368/11). Treść odpowiedzi na pytania wykonawców udzielona w trybie art. 135 ust. 1 i 2 ustawy P.z.p. stanowi integralną część s.w.z. i ocena ofert wykonawców winna dokonywać się z uwzględnieniem wyjaśnień i zmian specyfikacji dokonanych w ramach udzielonych odpowiedzi (zob. wyrok z dnia 28 sierpnia 2018 r., sygn. akt: KIO 1615/18). Analogicznie w przypadku zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W wyroku z dnia 14 sierpnia 2018 r., sygn. akt: KIO 1479/18, Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że „odpowiedzi udzielane w ramach

wyjaśnień treści specyfikacji zamówienia są bezwzględnie wiążące dla wykonawców (tak np. wyrok z 16 sierpnia 2011 r., KIO 1648/11; wyrok z 7 marca 2012 r., KIO 388/12). Odpowiedź na pytanie związane ze specyfikacją staje się częścią SIWZ i może zmieniać jej pierwotną treść. W takim przypadku zamawiający nie musi dokonywać żadnych dodatkowych czynności, ponieważ zarówno on, jak i wykonawcy, są związani treścią pytań i odpowiedzi. A zatem, oceniając konsekwencje udzielonej przez zamawiającego odpowiedzi, Krajowa Izba podkreśla, że odpowiedziom na pytania dotyczące treści s.i.w.z. przypisywane są doniosłe skutki. Odpowiedzi te są bowiem uznawane za rodzaj wykładni autentycznej, wiążącej zarówno zamawiającego jak i wykonawców (tak np. w wyroku z dnia 17 listopada 2015 r., KIO 2412/15)."

49.Zmiana SWZ nie może być dorozumiana, musi być wyrażona jasno tak, by nie budzić wątpliwości, stąd też niejednokrotnie jest ona potwierdzona zamianą w samej treści dokumentów SWZ takich jak PFU czy OPZ lub załączników do tych dokumentów. Zmiany dokonane 1 lipca 2024 r. uczyniono wprost w treści dokumentów, wyjaśnienia co do sposobu wypełnienia formularza i braku zamówienia bypassów z dnia 18 lipca również są jasne i przejrzyste, nie budziły wyjaśnień co jest potwierdzone faktem, iż wykonawcy je zrozumieli i pozycji 47 nie wypełnili.

50.Nic takiego nie można powiedzieć o rzekomych zmianach przez załączenie dodatkowej dokumentacji. Każdy, nawet średnio rozsądny wykonawca, gdyby uznał, iż jest to zmiana SWZ, dopytałby o sposób jej przeprowadzenia, pochodzenie torów do bypassa, etapowanie robót – czyli informacje, które były potrzebne do wykonania, choćby pozbawionego uzasadnienia, dwóch tymczasowych organizacji ruchu kolejowego. Nic takiego w dokumentach nie było. O ile niezbędne było ukompletowanie dokumentacji, to wyciąganie z tego wniosku o konieczności wybudowania bypassów pozbawione było logiki i nie znajdowało i nie znajduje uzasadnienia. Ubocznie można przytoczyć zasadę rozumowania prawnego, iż lex posterior generali non derogat legi priori speciali. Późniejsze zmiany ogólne nie derogują wcześniejszych zmian szczegółowych. Gdyby dokumentacja wprowadzała tylko bypassy to prawdopodobnie rzeczywiście wywołałoby to wątpliwości i skończyło się pytaniami w ramach wyjaśnień treści SWZ.

51.Powtórzyć należy, że oświadczenie Zamawiającego w przedmiocie rezygnacji z bypassów kolejowych na rzecz konstrukcji odciążających nigdy nie zostało odwołane ani zmienione. To nie jest tak, ze Zamawiający usunął bypassy a później je ponownie wprowadził. Bypassy były częścią pierwotnej dokumentacji projektowej, ale Zamawiający w OPZ nie wspominał o bypassach i jedyne rozwiązanie czasowej organizacji kiedykolwiek przewidziane w tym dokumencie to konstrukcje odciążające, powszechnie stosowane przez PKP PLK S.A. z racji kosztów i uwarunkowań terenowych, o czym Odwołujący doskonale wie.

52.W kontekście powyższego uznać należy, iż oferta Wykonawcy Sarinż została słusznie odrzucona z powodu niezgodności z SWZ na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) PZP, a oferty pozostałych wykonawców odrzucone nie zostały. Brak było więc zarzucanego zaniechania Zamawiającego w tym zakresie.

IV. Brak podstaw odrzucenia ofert Warbud i Strabag oraz prawidłowość wyboru oferty Warbud.

53.Wykonawca Sarinż czyni zarzut wyboru oferty Warbud pomimo, iż podlegała ona odrzuceniu, jak też zarzut zaniechania odrzucenia ofert Warbud i Strabag z uwagi na fakt, iż wykonawcy ci dopuścili się w ofercie czynu nieuczciwej konkurencji w postaci sztucznego powiększania zaliczki w ramach inżynierii cenowej.

54.Wykonawca zarzuca zatem, iż oferty Warbud i Strabag zostały złożone w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i winny podlegać odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7) PZP. Jest to bardzo poważny zarzut i powinien zostać udowodniony, a ciężar dowodu spoczywa na Wykonawcy jako odwołującym. W szczególności podkreślenia wymaga, iż zarzut inżynierii cenowej wymaga wiadomości specjalnych co do tego, jaka wycena danej pozycji kosztorysowej ma charakter zawyżonej, nieuzasadnionej. Nie może więc podlegać samodzielnej ocenie przez tut. Izbę. Rzecz w tym, że odwołanie w tym zakresie jest całkowicie gołosłowne, a odwołujący nie czyni nic poza zwykłym zestawieniem kwot z tytułu wykonania robót tymczasowych wedle wyceny poszczególnych wykonawców.

55.Odwołanie w tym punkcie ogranicza się do wywodu prawnego, którego teoretycznej poprawności Zamawiający nie kwestionuje. Rzeczywiście sztuczne zawyżenie elementów ceny rozliczanych na początku może stanowić czyn nieuczciwej konkurencji. Sztuczność to przeciwieństwo racjonalności i uzasadnionej potrzeby otrzymania zapłaty za pierwszą część w wykonanych prac.

56.Odwołujący najwyraźniej uważa, że oferta Trakcja, w której przejazd tymczasowy wyceniono na dwa miliony złotych nie zawiera zawyżonej ceny za przejazd, a oferta w tym zakresie wyższa o 25% już tak. Gdzie biegnie granica? Z czego ona wynika? Gdzie w Odwołaniu można znaleźć jakiekolwiek konkretne argumenty czy wskazania zawyżenia konkretnych pozycji z kosztorysu na przejazd tymczasowy, który był przecież składany z ofertą. Zamawiający zakłada, że konkretne twierdzenia rozszerzające zakres faktyczny zarzutu zostaną mu przekazane pod szyldem dowodu.

57.Zamawiający zauważa, że być może zarzut jest jednak wynikiem kolejnej omyłki, bowiem średnia cena ofert za przejazd tymczasowy nie wynosi ok. 1 214 tys. złotych, a 1 587 tys. złotych.

58.Podkreślenia wymaga, iż obecnie faktem notoryjnym jest, że kilku, a nawet kilkudziesięciomilionowe różnice między

wycenami poszczególnych wykonawców, zwłaszcza w dobie rynkowej niepewności wobec trwającej wojny na Ukrainie, są po prostu powszechne. Z samego tego tytułu nie można zarzucać czynu nieuczciwej konkurencji tylko dlatego, że wykonawca uznaje określoną pozycję kosztorysu za zbyt wysoko wycenioną.

59.Wykonawca bez żadnych specjalistycznych dowodów usiłuje wykazać ogólnymi stwierdzeniami, że początkowe prace tymczasowe nie mogłyby być tak kosztowne, ponieważ są to roboty standardowe, o charakterze nieskomplikowanym i użytkowane przez krótki czas. Tezy te jednak są sprzeczne z ryzykami dużych inwestycji budowlanych na terenie takich aglomeracji jak Warszawa, a wiedza o takich ryzykach przynależna jest doświadczonym wykonawcom. Tacy wykonawcy są w stanie wycenić również tzw. premię za ryzyko, zwłaszcza w przypadku opóźnienia prac. Pamiętać bowiem należy, że roboty tymczasowe mogły zostać wycenione wyżej przez doświadczonego wykonawcę, bowiem ma on świadomość, że roboty te muszą być wykonane przy pomocy dobrych i relatywnie trwałych materiałów budowlanych, bowiem może dojść do znacznych opóźnień. W takim przypadku roboty tymczasowe takie jak tymczasowy przejazd kolejowy będą musiały wytrzymać w dobrym stanie dłużej niż to przewiduje harmonogram, bo inaczej wykonawca będzie musiał ponieść koszt ich naprawy.

60.Przykładowo, biorąc pod uwagę np. doświadczenie firmy Strabag, zamówienie publiczne pn. „Rozbudowa al. 29 Listopada na odcinku od ul. Opolskiej do granicy miasta Krakowa" miało być zrealizowane w terminie do 31 grudnia 2021 r. , podczas gdy droga ta została otwarta dopiero 29 grudnia 2023 r. [sic!]2. Opóźnienie zatem wyniosło aż 2 lata, czyli niemal połowę pierwotnej długości zamówienia. Takie są niestety realia inwestycji na terenie dużych miast takich jak Warszawa, czy Kraków – liczna ilość nieprzewidzianej infrastruktury podziemnej do przebudowy, odkrycia archeologiczne, nieprzewidziane warunki gruntowe, przedłużające się
uzgodnienia i pozyskiwanie decyzji. Doświadczony wykonawca tym się różni od niedoświadczonego, że ma świadomość tych wszystkich ryzyk i w szczególności tego, że roboty tymczasowe realizowane na początku kontraktu będą musiały wytrzymać znacznie dłużej niż to przewiduje harmonogram, a ponadto mogą z tego powodu wymagać napraw. To wszystko łącznie może powodować, że doświadczony wykonawca wyceni roboty tymczasowe (które podlegają użytkowaniu w toku realizacji robót!) znacznie wyżej, aniżeli wykonawca niedoświadczony.

61.W kontekście powyższego, biorąc pod uwagę realia przedłużających się robót budowlanych w dużych miastach, należy sobie zadać elementarne pytanie: czy oferty Warbud i Strabag są zawyżone w zakresie wyceny prac tymczasowych, czy też są adekwatne do ryzyka, a to inni, mniej doświadczeni wykonawcy wycenili w sposób zaniżony te elementy, nie uwzględniając chociażby ryzyka przedłużających się robót? Nie sposób jest ocenić tej kwestii bez specjalistycznej wiedzy, na podstawie samych gołosłownych tez Odwołującego.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpienie zgłosił wykonawca Warbud S.A. z/s w Warszawie (Uczestnik lub Przystępujący). W piśmie procesowymz dnia 17/10/24 wnosząc także o oddalenie, w uzasadnieniu stanowiska podał:

(...)

Il. Ad Zarzut 1 i Zarzut 2

1.Wykonawca Sarinż zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp poprzez, jego zdaniem, nieuzasadnione odrzucenie oferty Sarinż oraz zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców: Warbud, Trakcja S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: Trakcja), Skanska S.A z siedzibą w Warszawie (dalej: Skanska), Strabag sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie (dalej: Strabag) oraz Primost Południe sp. z o.o. z siedzibą w Będzinie (dalej: Primost). Oba zarzuty opierają się o tą samą oś sporu: czy należało wycenić koszt bypassa (pozycja nr 47 -„Budowa bypassów torowych"), w związku z tym Przystępujący odniesie się do nich łącznie.

2.Wykonawca Sarinż w pkt 22-22 odwołania podnosi, że Zamawiający dokonywał czynności, które wykonawcom musiały wydać się ze sobą sprzeczne. Jednak w nieuzasadniony sposób Odwołujący przypisuje czynnościom dla niego korzystnym wagę dominującą w stosunku do czynności dla Odwołującego niekorzystnych:

i.Odwołujący wywodzi korzystną dla siebie interpretację poprzez wnioskowanie z czynności Zamawiającego: Zamawiający zaktualizował dokumenty zamówienia (w nowej wersji pojawiła się dokumentacja techniczna dla bypassów i nie została usunięta pozycja w kosztorysie: budowa bypassu) oraz wskazał w odpowiedzi na pytanie, że należy kosztorys przygotować w oparciu o dokumenty zamówienia.

ii.Odwołujący pomija natomiast czynności Zamawiającego, w których wyraził on wprost swoją wolę, tak jak np.: w odpowiedzi na pytanie z 18 lipca 2024r.

Pytanie nr 44:

„Dot. kosztorysu „Konstrukcja tunelu" poz. 50: Pozycja dotyczy wykonania budowy bypassów torowych i odwołuje się do specyfikacji technicznej nr. K.10.04.01. Specyfikacja te nie obejmuje swoim zakresem wykonania w/w bypassu. Prosimy o uzupełnienie specyfikacji technicznej.

Odpowiedź na pytanie nr 44:

Zamawiający nie przewiduje realizacji bypassa kolejowego. Pismem znak SZRM-ZPIL.260.5.2024.MGO(3) z dnia

01.07.2024 r. wraz z ogłoszeniem zmiany SWZ, Zamawiający poinformował, o realizacji budowy tunelu drogowego przy użyciu konstrukcji odciążających oraz udostępnił opis etapowania robót. Zamawiający informuje, że zakres prac objętych poz. 50 „budowa bypassów torowych" przedmiaru robót branży mostowej, nie będzie realizowany. W przedmiotowej pozycji należy wstawić znak „-". W przypadku wyceny niniejszej pozycji Zamawiający dokona poprawy oferty na podstawie art. 223 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

W powyższej odpowiedzi Zamawiający odniósł się do Modyfikacji treści SWZ z dnia 01.07.2024 r. W rozdziale II OPZ dodano pkt 4 będący harmonogramem realizacji robót branży kolejowej. Znajdują się w nim odniesienia do montażu i demontażu konstrukcji odciążających, wraz z podaniem konkretnych czasookresów ich realizacji. Nie ma tam natomiast słowa o bypassie kolejowym.

W tym samym piśmie z dnia 01.07.2024 r. Zamawiający dodał do OPZ rozdział II – Wymagania realizacyjne, następujący zapis: „Wykonawca zobowiązany jest przy budowie tunelu drogowego zastosować konstrukcję odciążającą celem utrzymania ruchu dwutorowego pociągów. Wykonawca zobowiązany jest do wykonania projektu technologicznego zawierającego rozwiązanie konstrukcyjne wraz z montażem konstrukcji. Konstrukcja odciążająca zaprojektowana do prędkości 100 km/h ruchu pociągów. Należy uwzględnić tymczasową przebudowę sieci trakcyjnej wraz z jej odbudową po zrealizowaniu tunelu drogowego. Zamawiający dopuszcza wprowadzenie zmian w konstrukcji tunelu w zakresie niezbędnym dla zastosowania konstrukcji odciążających. Ewentualna zmiana konstrukcji tunelu wymaga uzgodnienia Inżyniera/Zamawiającego. Zmiany konstrukcji nie mogą powodować konieczności zmiany decyzji o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej.

Wycenę konstrukcji należy wykonać w dwóch wariantach:

1)przy zastosowaniu konstrukcji odciążającej przekazanej przez

Zamawiającego,

2)przy zastosowaniu konstrukcji odciążającej Wykonawcy" iii. Odwołujący Sarinż, opisując stan faktyczny, pominął zatem, dosyć istotną okoliczność, iż Zamawiający rezygnując z bypassu kolejowego wprowadził do kosztorysu pozycje dotyczące wykonania konstrukcji odciążających.

iv.Dokonana zmiana jest istotna, ponieważ wbrew argumentacji Odwołującego, bezcelowe jest zawarcie obu rozwiązań w dokumentacji kosztorysowej.

v.Ponadto, zauważyć również należy, iż Zamawiający przesyłając Specyfikację Techniczną dla bypassa, nie przesłał jej jako indywidualny dokument, lecz jako część większej paczki brakujących dokumentów, co wobec jednoznacznej deklaracji o braku zamiaru korzystania z tego rozwiązania, wskazywało na brak konieczności jego wyceny.

3.W tym miejscu warto wyjaśnić co to jest bypass kolejowy i czym się różni od konstrukcji odciążającej:

i.Bypass kolejowy to inaczej droga objazdowa dla kolei. Jej zaletą jest ograniczenie wyłączenia czasowego toru kolejowego do minimum. Natomiast wadą jest wysoka cena.

ii.Konstrukcja odciążająca podobna jest do wiaduktu lub mostu tymczasowego. Jej zaletą jest mniejsza cena w porównaniu do bypassu, natomiast wadą takiej konstrukcji jest czas, na który trzeba wyłączyć tor z użytku.

4.Przedstawione rozwiązania służą więc zaspokojeniu tej samej potrzeby na dwa różne sposoby. Za pierwszym rozwiązaniem przemawia krótki czas, przez który pociągi napotykać będą utrudnienia (w związku z wyłączeniem toru). Za drugim zaś niższa cena.

5.Odwołujący argumentuje, że Zamawiający celowo pozostawił obie pozycje w kosztorysie (bypass i konstrukcję odciążającą), żeby móc odłożyć decyzję, co do wyboru rozwiązania, na czas po wyborze oferty najkorzystniejszej, bez konieczności jej renegocjacji. Takie tłumaczenie nie znajduje potwierdzenia w dokumentacji postępowania. Gdyby bowiem Zamawiający potrzebował dodatkowego czasu na podjęcie decyzji, które rozwiązanie zastosować – bypass czy konstrukcję odciążającą – powinno to zostać jednoznacznie wskazane w SWZ.

6.Odwołujący w uzasadnieniu do zarzutów 1 i 2 (pkt 29-32 odwołania) poświęca sporo miejsca na argumentację odnoszącą się do niejasności dokumentów przygotowanych przez Zamawiającego. Argumentuje, że pojawiające się wątpliwości należy rozpatrywać na korzyść wykonawcy (w tym przypadku Odwołującego). Co do zasady trzeba zgodzić się, że niejasności w dokumentacji zamówienia należy rozpatrywać na korzyść wykonawcy, należy jednak podkreślić, że w przedmiotowej sprawie powyższa zasada mogłaby jedynie ewentualnie skutkować brakiem odrzucenia oferty Odwołującego Sarinż (co z resztą Zamawiający chciał uczynić, dokonując poprawienia omyłki w ofercie Sarinż poprzez wykreślenie wyceny spornej pozycji, a na co Odwołujący się nie zgodził). Nie można jednak na jej podstawie żądać odrzucenia ofert pozostałych wykonawców, ponieważ, tak samo jak Sarinż, chroni ich ta sama zasada. Jednym słowem, zasada ta ma zastosowanie tylko na gruncie sporu o zasadność odrzucenia oferty Odwołującego i nie może być podstawą odrzucenia ofert pozostałych wykonawców.

7.Podsumowując odpowiedź na zarzuty 1 i 2, nie można jednak stwierdzić, że Zamawiający prowadził postępowanie w sposób niejasny, gdyż co warto podkreślić, jedynie Sarinż z siedmiu wykonawców, którzy złożyli oferty niepoprawnie zrozumiał postanowienia SWZ w tym zakresie.Bez wątpienia nie można uznać, że intencją Zamawiającego była chęć

uzyskania wyceny dwóch alternatywnych rozwiązań w celu wyboru jednego z nich na etapie realizacji zamówienia, gdyż takiej informacji brak jest w SWZ, a w świetle przytoczonych argumentów, wyciąganie takich wniosków jest nie do obronienia.

III.Ad Zarzut 3

1.Sarinż zarzucił Zamawiającemu również naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp i art. 16 ust. 1 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 Ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji („Uznk") poprzez: „zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców Warbud oraz Strabag w sytuacji, w której ci wykonawcy złożyli oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, dopuszczając się przy tym działania sprzecznego z dobrymi obyczajami, co objawia się w zastosowaniu tzw. „inżynierii cenowej", usiłując doprowadzić do niedozwolonego „zaliczkowania" wynagrodzenia, co polega na rażącym zawyżeniu cen jednostkowych za prace, które zostaną zrealizowane na początku realizacji przedmiotu zamówienia udzielonego w ramach niniejszego Postępowania, tj. ustaleniu stawki odbiegającej od realiów rynkowych, drastycznie zawyżonej za wykonanie poz. 21 Formularza cenowego i poz. 9 Kosztorysu ofertowego - Przejazd tymczasowy"

2.Jako dowód Odwołujący przedstawił analizę cen z pozycji 21 (przejazd tymaczasowy) kosztorysu.

3.Nie sposób zgodzić się z Odwołującym, że adekwatnym sposobem określenia czy badana cena w kosztorysie jest zawyżona jest porównanie jej z cenami innych Wykonawców. Na dodatek Odwołujący nie argumentuje, dlaczego akurat kwota między 800 000 zł a 1 300 000 zł jest kwotą rynkową. Jest to dość osobliwe biorąc pod uwagę, iż tylko dwóch na siedmiu wykonawców wycenia pozycję nr 21 (przejazd tymczasowy) w podanym przedziale. Jeden z wykonawców ma cenę niższą niż 800 000 zł, a pozostałych czterech, czyli więcej niż połowa oferentów, wyższą niż 1 300 000 zł. Również średnia wycena tego elementu przez wykonawców jest wyższa niż 1 300 000 zł i wynosi 1 588 038 zł. Trudno zatem zrozumieć dlaczego akurat przedział cen między 800 000 zł a 1 300 000 zł jest, zdaniem Odwołującego, „kosztem rynkowym". Odwołujący nie wyjaśnił dlaczego w swoim zarzucie pominął wykonawcę Trakcja, której cena jest o ponad połowę wyższa niż górna granica zaproponowanego przez Sarinż przedziału.

4.Należy zwrócić uwagę, iż Odwołujący w swoich wyjaśnieniach nie posługuje się średnią arytmetyczną cen wszystkich Wykonawców, wynoszącą dla omawianej pozycji 1 588 038 zł, ale średnią która nie uwzględnia ofert Wykonawców Warbud i Strabag i dlatego wynosi ona zaledwie 1 214 486 zł. Rozumiejąc efekt jaki próbuje osiągnąć Odwołujący manipulując liczbami, można na przykład przedstawić średnią wartość z pominięciem najniższej wyceny Wykonawcy Intop. Wynosić ona wtedy będzie 1 757 519 zł. Można również nie uwzględnić dwóch najniższych wycen Wykonawców Intop i Skanska. Wtedy średnia wynosić będzie 1 903 875 zł. W zależności od tego wyceny których wykonawców będziemy uwzględniać przy liczeniu średniej, różnice w wartości są zasadnicze i dają odmienne wyniki.

5.Chybionym jest również zarzut, jakoby Warbud poprzez zawyżenie kosztorysu I etapu zamówienia kredytował następne roboty. W porównaniu do Sarinż Warbud swoje prace wycenił drożej o 1 500 000 złotych. Jednak w skali całego zamówienia (90 721 385,7 złotych – na tyle wartość zamówienia oszacował
Warbud) jest to kwota nieistotna (stanowi zaledwie 1,6% wartości oferty
Warbud) i w sposób zdecydowany niewystarczająca, żeby Warbud mógł zdobyć, w ten sposób, przewagę cenową nad pozostałymi Wykonawcami. Biorąc pod uwagę, iż różnica w cenie pomiędzy ofertą Odwołującego, a ofertą Warbud wynosi blisko 60 mln zł (oferta Odwołującego - 149 440 940,7 zł brutto, oferta Warbud - 90 721 385,7 zł brutto, różnica 58 719 555 zł brutto), nie sposób uznać, iż rzekome zawyżenie kosztów wskazanej pozycji wpłynęło w jakikolwiek sposób na sytuację Odwołującego w tym postępowaniu.

6.Odwołujący nie wykazał, również w jaki sposób rzekome zawyżenie kosztu tej pozycji powoduje „zniekształcenie rzeczywistej wartości ofert", a także w sposób nieuprawniony wpływa na wynik postępowania.

7.Odwołujący wskazał, iż budowa przejazdu tymczasowego będzie wykonywana na początku realizacji umowy. Nie wskazał natomiast, iż kwota z pozycji 21 nie będzie w całości wypłacona po wykonaniu przejazdu tymczasowego, ale znaczna jej część będzie rozliczana aż do zakończenia kontraktu. Wynika to z faktu, iż w pozycji należało wycenić m.in. koszt wykonania, utrzymania oraz likwidacji czasowej organizacji ruchu. Stosowanie inżynierii cenowej w pozycji, której płatność będzie rozłożona na prawie cały czas trwania umowy jest z zasady pozbawione sensu. Trudno zatem zgodzić się z zarzutem „inżynierii wyceny" w odniesieniu do poz. 21.

8.Na koniec nieadekwatny jest wyrok KIO z dnia 17 marca 2015r sygn. akt: 404/15 409/15 przywołany przez Sarinż. W rozpatrywanej przez Izbę sprawie doszło do przerzucenia kwot z etapów późniejszych na etapy wcześniejsze dzięki czemu wykonawca miał uzyskać nielegalnie zaliczkę. Sarinż nie podjął się jednak wykazania, które ceny Warbud obniżył by utrzymać koszt oferty i jednocześnie podnieść cenę I etapu.

9.Podsumowując odpowiedź na zarzut 3, Warbud nie podjął się inżynierii cenowej. Wskazują na to między innymi ceny zaoferowane przez Wykonawców Strabag i Trakcja. Dodatkowo, w kosztorysie Warbudu brak jest typowego dla inżynierii cenowej zabiegu przerzucania kosztów między pozycjami. Najwyższa cena Warbudu jest wyłącznie wynikiem indywidualnej wyceny i nie powoduje uzyskania nieuzasadnionych korzyści.

Skład Orzekający Krajowej Izby Odwoławczej (KIO lub Izba) ustalił i zważył, co następuje:

Podnoszone w odwołaniu zarzuty nie podlegają uwzględnieniu.

Odwołujący - "SARINŻ" Sp. z o.o. z/s w Warszawie w odwołaniu wskazał na naruszenie:

1) art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp z uwagi na niezasadne odrzucenie oferty wykonawcy Sarinż z z powodu złożenia oferty niezgodnej z warunkami zamówienia, co objawiać się miało wyceną w ofercie pozycji nr 47 – „Budowa bypassów torowych" (Branża konstrukcyjno – mostowa – budowa tunel);

(2) art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp z uwagi na zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców: Warbud, Trakcja, Skanska, Strabag oraz Primost z powodu złożenia przez tych wykonawców ofert sprzecznych z warunkami zamówienia, pomijając w złożonej ofercie wycenę oraz wykonanie pozycji nr 47 – „Budowa bypassów torowych" (Branża konstrukcyjno – mostowa – budowa tunel);

(3) art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp i art. 16 ust. 1 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 Ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji („Uznk") z uwagi na zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców Warbud oraz Strabag którzy złożyli oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, dopuszczając się działania sprzecznego z dobrymi obyczajami, co objawia się w zastosowaniu tzw. „inżynierii cenowej", usiłując doprowadzić do niedozwolonego „zaliczkowania" wynagrodzenia tj. ustaleniu stawki odbiegającej od realiów rynkowych, drastycznie zawyżonej za wykonanie poz. 21 Formularza cenowego i poz. 9 Kosztorysu ofertowego - Przejazd tymczasowy; a w konsekwencji powyższego;

(2) art. 16 pkt 1-3 Pzp z uwagi na prowadzenie Postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

Izba rozpoznając zarzut odrzucenia oferty Odwołującego oraz zaniechania odrzucenia pozostałych konkurencyjnych ofert z naruszeniem art. 226 ust.1 pkt5 ustawy Pzp miała na uwadze następujące okoliczności:

Zamawiający w piśmie z dnia 12 grudnia 2024 r. informując wykonawcę SARINŻ o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w uzasadnieniu faktycznym decyzji podał: (...) *Wykonawca SARINŻ Sp. z o.o. złożył w niniejszym postępowaniu ofertę, która zawierała wycenę pozycji nr 47 – „Budowa bypassów kolejowych" zamiast znaku „-". Wszyscy pozostali wykonawcy, poza wykonawcą, który nie przesłał kosztorysu ofertowego wypełnili ofertę prawidłowo. Zamawiający w odpowiedziach na pytanie nr 44 i 50 wyraźnie wskazał, iż:*

Zamawiający nie przewiduje realizacji bypassa kolejowego. Pismem znak SZRM-ZPIL.260.5.2024.MGO(3) z dnia 01.07.2024 r. wraz z ogłoszeniem zmiany SWZ, Zamawiający poinformował, o realizacji budowy tunelu drogowego przy użyciu konstrukcji odciążających oraz udostępnił opis etapowania robót. Zamawiający informuje, że zakres prac objętych poz. 50 „budowa bypassów torowych" przedmiaru robót branży mostowej, nie będzie realizowany. W przedmiotowej pozycji należy wstawić znak „-". W przypadku wyceny niniejszej pozycji Zamawiający dokona poprawy oferty na podstawie art. 223 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Powyższe odpowiedzi na pytania nr 44 i 50 stanowiły wyjaśnienie znaczenia zmian SWZ dokonanych pismem znak: SZRM-ZPIL.260.5.2024.MGO(3) z dnia 1 lipca 2024 rW zmianie tej Zamawiający określił, że robotami tymczasowymi zapewniającymi zachowanie ciągłości ruchu kolejowego w trakcie robót będą konstrukcje odciążające, co wykluczyło samo w sobie potrzebę wykonania bypassów kolejowych. Z uwagi na fakt, iż bypassy kolejowe nadal znajdowały się w pozycji 47 kosztorysu ofertowego, wykonawcy oczekiwali doprecyzowania, czy na pewno bypass nie będzie realizowany, co też Zamawiający potwierdził w drodze wyjaśnień. Powyższe dwa rodzaje robót tymczasowych – konstrukcje odciążające vs bypass - mające na celu zapewnienie możliwości wykonywania robót „pod ruchem" wykluczają się wzajemnie, co winno być wiadome każdemu profesjonalnemu wykonawcy. Wycena zatem w ofercie zarówno konstrukcji odciążających, jak i bypassu kolejowego prowadziłoby do zapłaty przez Zamawiającego dwukrotnie za roboty tymczasowe mające to samo zadanie zapewnienia ciągłości ruchu na czas prowadzenia robót budowlanych. Wskazania w pierwszej kolejności zatem wymaga, iż zmiana SWZ w zakresie rezygnacji z bypassów dokonała się już pismem z 1 lipca 2024 r., w którym Zamawiający dokładnie opisał etapowanie robót z uwzględnieniem robót tymczasowych w zakresie konstrukcji odciążających, z pominięciem potrzeby budowy bypassów kolejowych. Następnie w odpowiedzi na pytania wykonawców potwierdził, że tak należy rozumieć zmianę i jej konsekwencją jest brak potrzeby wyceny pozycji 47 w zakresie bypassów kolejowych, wskazując na sposób sporządzenia oferty. Podkreślić w tym kontekście należy, iż oświadczenie woli Zamawiającego w przedmiocie zmiany SWZ może zostać dokonane w dowolny sposób, dostatecznie ujawniający wolę Zamawiającego, z zachowaniem przyjętego dla zamówienia sposobu komunikacji. Może nastąpić także przy okazji odpowiedzi na pytania, co jest powszechną praktyką, a zmiana taka jest bezwzględnie wiążąca dla wykonawców. Jednocześnie wskazać należy, iż oświadczenie Zamawiającego w przedmiocie rezygnacji z bypassów kolejowych na rzecz konstrukcji odciążających nigdy nie zostało odwołane ani zmienione. Analizując dogłębnie treść oferty oraz treść SWZw kontekście zmian i odpowiedzi na pytania, Zamawiający doszedł do przekonania, iż w istocie z uwagi na fakt, że doszło do skutecznej zmiany SWZ w zakresie rezygnacji z bypassu kolejowego na rzecz konstrukcji odciążających, oferta Wykonawcy SARINŻ Sp. z o.o. podlega odrzuceniu z uwagi na niezgodność z SWZW związku z powyższym oraz

biorąc pod uwagę brak możliwości poprawienia oferty Wykonawcy, który sprzeciwił się uznaniu jego ofertę za omyłkowa, Zamawiający dokonuje odrzucenia oferty jako niezgodnej z dokumentami zamówienia".

Ustalenia Zamawiającego są prawidłowe i tym samym brak jest podstaw do zmiany decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust.1 pkt 5 ustawy Pzp, a tym samym brak jest podstaw do nakazania przez KIO odrzucenia na tej podstawie pozostałych konkurencyjnych ofert. Zamawiający - jak podał w odpowiedzi na odwołanie - wprowadził istotne zmiany w Opisie Przedmiotu Zamówienia, które były wynikiem uzgodnień pomiędzy SZRM a PKP PLK S.A. i, o których to zmianach poinformował wykonawców w dniu 1 lipca 2024 r. W wyniku tych uzgodnień ustalono, że czasowa organizacja ruchu kolejowego, (dotychczas nieopisana w OPZ) ma być zrealizowana przez montaż konstrukcji odciążającej. Zamawiający te zmiany wprowadził pismem SZRM-ZPIL.260.5.2024.MGO(3), w szczególnośc dodając postanowienia:

a.W Rozdziale II OPZ – Wymagania realizacji dodał pkt 4 opisujący etapowanie i zamieścił następujący opis:

b. Do części Rozdział II – wymagania Realizacji – Wykonawca zobowiązany jest do: Zamawiający do części 4.1. dodał punkt 4:

Zmiany dotyczyły także formularza cenowego, w którym dodano m.in. punkty 24 i 25, dotyczące różnych wariantów konstrukcji odciążajacej.

Rozwiązanie dotyczący budowy bypassu - jak podkreślał Zamawiający i Uczestnik - nie było zamieszczone w SWZ (w szczególności w OPZ), a wynikało jedynie z kosztorysu.

W odpowiedzi na pytania z dnia 18/07/24 Zamawiający podał:

To stanowisko, w szczególności w zakresie pytania 44 i 50, nie uległo zmianie w toku udzielanych odpowiedzi i modyfikacji dokumentacji. Zamawiający wskazał w odpowiedziach niewątpliwie na następujące kwestie: (a) bypass nie będzie realizowany z powodu zastosowania konstrukcji odciążających, przy czym Zamawiający podał, z jakiej zmiany SWZ to wynika;(b) pozycja 50 kosztorysu nie podlega wycenie - w tej pozycji należy wstawić znak „-„; (c) w przypadku wstawienia kwoty pieniężnej w tę pozycję zamiast znaku „-„ Zamawiający dokona poprawy oferty.

W tych odpowiedziach (nr 44 i nr 50) udzielonych 18/07/24 Zamawiający zawarł dokładną instrukcję wypełnienia formularza kosztorysu, stanowiącego część oferty, zaznaczając, że w przypadku wypełnienia oferty w tym miejscu w sposób inny, niż żądany przez Zamawiającego, Zamawiający nie odrzuci oferty, a poprawi jej cenę. W odpowiedziach udzielonych z dnia 25 lipca 2024 r. Zamawiający potwierdził modyfikację SWZ z dnia 1 lipca 2024 r.:

Także w piśmie z dnia 19 sierpnia 2024 r. Zamawiający potwierdził zastosowanie konstrukcji odciążających, co spowodowało brak konieczności budowy bypassa, co pociągnęło za sobą brak budowy peronów tymczasowych przy tych bypassie.

Takie potwierdzenie także wynikało z odpowiedzi udzielonej 5 września 2024 r. Zamawiający w ramach wyjaśnień umieścił następującą informację:

Zamawiający w dniu 13 i 20 września 2024 r. dodał dokumentację, która zawierała bypassy, jednakże nie zostały jednocześnie wprowadzone zmiany w OPZ w zakresie wynikającym z udzielonych odpowiedzi z dnia 18/07/2024, co do pozycji 50 kosztorysu (po zmianie pozycja 47 kosztorysu): „budowa bypassów torowych". Także dokumenty (przedmiary) w postaci pliku Excel przekazane w dniu 20 września 2024 r. nie zmieniały dokumentu OPZ, co do zasad wypełniania tej pozycji.

Reasumując Izba zgodziła się z Zamawiającym i Uczestnikiem, że w odpowiedzi nr 44 i 50 Zamawiający odniósł się do modyfikacji SWZ z dnia 01.07.2024 r. W rozdziale II OPZ dodano pkt 4 będący harmonogramem realizacji robót branży kolejowej, który dotyczy montażu i demontażu konstrukcji odciążających, wraz z podaniem konkretnych czasookresów ich realizacji. Nie odnosi się natomiast do bypassów torowych. Instrukcja wypełniania kosztorysu oraz sposób jego poprawienia w zakresie spornym była jednoznaczna. W konsekwencji brak zgody wykonawcy na poprawienie tej pozycji w kosztorysie ofertowym zgodnie ze wskazaną instrukcją powodował, że oferta została uznana za niezgodną z warunkami i odrzucenie tej ofertę na podstawie art. 226 pkt 1 ustawy Pzp. Tym samym, w tym stanie faktycznym, brak było podstaw do odrzucenia pozostałych ofert. Te oferty bowiem, jak wynika z ustaleń KIO, były zgodne z warunkami zamówienia w przeciwieństwie do oferty Odwołującego. Wykonawcy bowiem w zakresie spornej pozycji – zgodnie z instrukcją – wstawili znak „-„.

Także trzeci z zarzutów skierowany do oferty wykonawcy Warbud i oferty wykonawcy Strabag nie podlega uwzględnieniu. Izba w tym przypadku zgodziła się z Zamawiającym, że wykonawca SARINŻ zarzut „inżynierii cenowej" opiera na ogólnych stwierdzeniach, że początkowe prace tymczasowe nie mogłyby być tak kosztowne, jak to wyceniali wskazani wykonawcy, ponieważ są to roboty standardowe, o charakterze nieskomplikowanym i użytkowane przez krótki czas. Tych tez wykonawca nie popiera dowodami, nie uwzględniając jednocześnie obiektywnych ryzyk opóźnienia związanych z dużymi inwestycjami budowlanymi na terenie takich aglomeracji jak Warszawa, na które wskazuje Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie. Niewątpliwie ta wiedza przynależna wykonawcom z dużym doświadczeniem (m.in. do takich należy zaliczyć Warbud i Strabag) pozwala uwzględniać stosowne koszty m.in. w przypadku opóźnienia

prac. W takim przypadku, nie można wykluczyć, że roboty tymczasowe takie jak tymczasowy przejazd kolejowy będą musiały wytrzymać w dobrym stanie dłużej niż to przewiduje harmonogram, co wymaga zastosowania materiałów o relatywnie dobrej jakości (trwałych) z czym z kolei wiąże się wyższa cena. W przeciwnym wypadku wykonawca będzie musiał ponieść koszt ich naprawy, a to z kolei również będzie musiało mieć wpływ na podwyższenie ich początkowych (planowanych) kosztów wykonania. Izba także zauważa, że nie można zarzucać czynu nieuczciwej konkurencji tylko dlatego, że wykonawca uznaje określoną pozycję kosztorysu za zbyt wysoko wycenioną nie wykazując jednocześnie, że z tego powodu wykonawcy uzyskali przewagę cenową nad Odwołującym lub, że ich wycena spowodowała – jak zauważał Uczestnik - zniekształcenie rzeczywistej wartości tych ofert. Odwołujący nie wykazuje w odwołaniu, że wykonawcy podnosząc cenę I etapu obniżyli sztucznie koszty z innych pozycji. Ponadto wykonawca w argumentacji – jak wskazuje Uczestnik – pomija, że kwota z pozycji 21 nie będzie w całości wypłacona po wykonaniu przejazdu tymczasowego, ale znaczna jej część będzie rozliczana aż do zakończenia kontraktu, co wynika z faktu, że w tej pozycji należało wycenić m.in. koszt wykonania, utrzymania oraz likwidacji czasowej organizacji ruchu.

Reasumując KIO stwierdza, że wykonawca nie wykazał, aby kalkulacja dla tego etapu w tych pozycjach była nie racjonalna i nie odzwierciedlała uzasadnionych potrzeb otrzymania przez wykonawców zapłaty za pierwszą część wykonanych prac w projektowanych w kosztorysie kwotach wynikających z indywidualnej wyceny wykonawców.

Wobec powyższych ustaleń także zarzut naruszenia art. 16 pkt 1-3 Pzp podlega oddaleniu, albowiem okoliczności w zakresie wskazanym nie potwierdziły, aby przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego było prowadzone w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, czy z naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców oraz zasady proporcjonalności i przejrzystości.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 575 Ustawy Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 w zw. z § 8 ust. 2 poz. 2437).

Mając powyższe na uwadze, Krajowa Izba Odwoławcza orzekła jak sentencji wyroku.

.....