

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Mateusz Paczkowski
Katarzyna Odrzywolska
Anna Osiecka-Baran

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 grudnia 2023 r. przez wykonawcę **TPF Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie**

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **BBF sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, IDOM Inżynieria, Architektura i Doradztwo Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu,**

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę TPF Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę TPF Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący:.....

.....

.....

Sygn. akt:KIO 3938/23

UZASADNIENIE

Zamawiający: PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Zamawiający”), prowadzi z zastosowaniem przepisów ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm. dalej: „ustawa Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na: „opracowanie dokumentacji projektowej wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego w ramach projektu pn.: „Budowa połączenia kolejowego Kraków – Myślenice” realizowanego w ramach Programu Uzupełniania Lokalnej i Regionalnej Infrastruktury Kolejowej – Kolej+ do 2029 roku” (znak postępowania: 9090/IREZA3/08329/02117/23/P). Wartość szacunkowa zamówienia jest powyżej progów unijnych. Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 28 kwietnia 2023 r. pod nr 2023/S 084-254176.

Dnia 28 grudnia 2023 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, w przedmiotowym postępowaniu odwołanie złożył Wykonawca TPF Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący”).

Odwołanie złożono od:

- niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności wyboru oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia BBF Sp. z o.o. i IDOM Inżynieria, Architektura i Doradztwo Sp. z o.o. (dalej „BBF”) jako najkorzystniejszej;
- zaniechania odrzucenia oferty BBF, pomimo iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a BBF nie złożył odpowiednich wyjaśnień, zaś złożone wyjaśnienia nie potwierdzają, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny;
- zaniechania odrzucenia oferty BBF, pomimo iż oferta jest niezgodna z warunkami zamówienia w zakresie przyjętej metodyki badań geologicznych.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w związku z art. 224 ust. 5 i 6 ustawy Pzp i w związku z art. 16 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty BBF, pomimo iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz poprzez niewłaściwą ocenę wyjaśnień złożonych przez BBF i prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,
- art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty BBF, pomimo iż oferta ta jest niezgodna z warunkami zamówienia w zakresie przyjętej metodyki badań geotechnicznych.

Odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności oceny ofert,
2. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
3. odrzucenia oferty BBF,
4. ponowną ocenę ofert.

Odwołujący wskazał, że ma interes we wniesieniu odwołania i może ponieść szkodę. W ocenie Odwołującego Zamawiający dokonał istotnych czynności z naruszeniem przepisów ustawy Pzp, na skutek czego Odwołujący stracił szansę na uzyskanie zamówienia.

Odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu określonego w art. 515 ust. 1 pkt 1) a) ustawy Pzp. Informację stanowiącą podstawę dla wniesienia odwołania Odwołujący uzyskał 18 grudnia 2023 r. (zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej). W związku z powyższym odwołanie wniesione w dniu 28 grudnia 2023 r. należy uznać za wniesione w wymaganym zgodnie z ustawą Pzp terminie.

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

Stanowisko Odwołującego:

W uzasadnieniu zarzutów odwołania w zakresie zarzutu nr 1 Odwołujący podał, że Wykonawca BBF całą konstrukcję oraz sposób kalkulacji ceny ofertowej oparł – według własnych deklaracji – na swoim wieloletnim doświadczeniu, przy czym doświadczenie to prezentuje poprzez porównanie do realizowanego projektu „Kolej w Kozienicach – likwidacja regionalnego wykluczenia komunikacyjnego” realizowanego w ramach Programu Uzupełniania Lokalnej i Regionalnej Infrastruktury Kolejowej – Kolej + do 2029 roku” (dalej „Projekt Kozienice”). BBF twierdzi, że projekty te mają bardzo podobny zakres. Przy czym nie wiadomo, czy ten referencyjny Projekt Kozienice BBF już zakończył, realizuje czy dopiero będzie realizował - gdyż jego twierdzenia w przedmiotowym zakresie są w treści wyjaśnień rozbieżne.

Odwołujący podkreślił, iż projekt niniejszy i Projekt Kozienice różnią się tak bardzo – że nie jest możliwe używanie jakiegokolwiek analogii pomiędzy projektami albo też opieranie się wyłącznie na dokumentach złożonych dla Projektu Kozienice. A tak właśnie uczynił wykonawca BBF – przykładowo BBF sam wskazał, że przekłada tylko oświadczenia zebrane od personelu na potrzeby „bliźniaczego postępowania” Projekt Kozienice. Tymczasem nie dość, że nie są to projekty „bliźniacze”, to nawet nie są podobne. Bowiem w Projekcie Kozienice nie ma wymogu zaprojektowania dwóch tuneli drążonych w skałach o łącznej długości 2 kilometrów, które należy zaprojektować w niniejszym projekcie – a jest to kluczowy element przedmiotu niniejszego zamówienia. Na tę okoliczność przedstawił tabelę porównawczą głównych parametrów obu usług.

Dalej Odwołujący podał, że BBF nie doszacował czasu pracy i nie ujął jego kosztu w cenie oferty. W ocenie Odwołującego już sama liczba wymaganego do zaangażowania personelu świadczy o kompletnej odmienności zakresu usług w obu projektach – w niniejszym postępowaniu Zamawiający wymaga 30 projektantów, podczas gdy w Projekcie Kozienice jedynie 9 projektantów. Natomiast przyjęte przez BBF zaangażowanie poszczególnych członków Personelu w obu projektach jest bardzo zbliżone, a w niektórych przypadkach nawet większe w przypadku Projektu „Kozienice”. Zdaniem Odwołującego, przyjęcie koordynatorów na poziomie od 7,5% do 25% (oprócz Głównego Projektanta) czasu tak samo dla obu projektów wskazuje, że BBF nie dokonał żadnej rzeczywistej analizy zakresu. Zaznaczył, że BBF jest jedynym z wykonawców, który w ten sposób oszacował koszty personelu. Na powyższe okoliczności Odwołujący przedstawił zestawienie zaangażowania dniowego koordynatorów BBF. Zdaniem Odwołującego, przyjęcie przez BBF tak niskiego zaangażowania – tj. 25% i mniej dla wszystkich Koordynatorów (poza Koordynatorem projektu/Głównym projektantem) powoduje, że każda zmiana czy odstępstwo od tych założeń powoduje, że BBF nie ma żadnego buforu bezpieczeństwa w realizacji przedmiotowej usługi.

Odwołujący zaznaczył przy tym, że dowody w zakresie kosztów personalnych przeczą twierdzeniom stawianym przez wykonawcę BBF. Wśród oświadczeń i umów nie ma żadnego dokumentu dla pracowników współkonsorcjanta IDOM, a cała wycena opiera się tylko i wyłącznie na gołosłownych oświadczeniach lidera konsorcjum BBF. Według Odwołującego ta okoliczność wskazuje na nierzetelność wyjaśnień. Odwołujący wskazał, że dołączono natomiast zanonimizowane umowy zawarte między projektantami a podmiotem BBF Project Sp. z o.o. Przedmiotowa spółka (BBF Project) ani nie jest wykonawcą w przedmiotowym postępowaniu, ani nie użyczała personelu do oferty. Tymczasem dla następujących członków personelu: koordynator projektu, koordynator robót torowych, projektant branży torowej, koordynator branży mostowej, koordynator branży energetycznej - trakcja, koordynator branży drogowej, koordynator branży instalacji sanitarnych, projektant branży sanitarnej, projektant branży SRK, projektant branży sanitarnej, architekt dołączono umowy właśnie dla spółki BBF Project Sp. z o.o. Zatem, stwierdzenie na 2 stronie wyjaśnień nie jest zgodne z prawdą „1.1 Podstawowe założenia. Wykonawca uwzględnił realizację wszystkich zadań wyszczególnionych w OPZ. Wykonawca zamierza korzystać z usług podwykonawców w niewielkim zakresie, obejmującym opracowania geodezyjne, terenowe

prace geotechniczne i certyfikację. Pozostały zakres opracowań realizowany będzie przez Wykonawcę we własnym zakresie, co skutkuje koniecznością zapewnienia przez Wykonawcę stosownego personelu specjalistów”. Skoro bowiem ww. specjaliści są zatrudnieni przez BBF Project Sp. z o.o. – to zamówienie nie będzie w tym zakresie wykonane przez wykonawcę we własnym zakresie. Podkreślić też należy, że dla koordynatora branży sanitarnej i koordynatora branży telekomunikacyjnej dołączono umowy dla spółki BBF Project Sp. z o.o. Tymczasem zgodnie z ofertą – jest to zakres, który ma wykonać konsorcjanta IDOM. A zatem dowody w tym zakresie powinny dotyczyć spółki IDOM.

Odwołujący podniósł także, że dowody w postaci oświadczeń personelu wystawione 22 lutego 2023 r. nie mogą być w ogóle brane pod uwagę, jako dowód przedstawiony na okoliczność zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2018 r. poz. 2177 oraz z 2019 r. poz. 1564) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie oraz zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie, czego wymagał Zamawiający w wezwaniu z dnia 19 lipca 2023 r. Przedmiotowe oświadczenia zostały podpisane 22 lutego 2023 r, przy czym ogłoszenie przedmiotowego postępowania miało miejsce 25 kwietnia 2023, a więc dwa miesiące później. Wobec czego nie mogą potwierdzać wymagań niniejszego postępowania. Odwołujący wskazywał, że Zamawiający wyraźnie pytał o koszty związane z realizacją niniejszego postępowania – zaś BBF wykazał koszty dla zupełnie innego postępowania, a z treści oświadczeń w ogóle nie wynika, o jakich kwotach mowa. Oświadczenia odwołują się do pisma BBF Sp. z o.o. z 22 lutego 2023 r. Tymczasem w niniejszym postępowaniu takie pismo nie zostało złożone – zatem nie wiadomo, jakie kwoty wynagrodzenia mają potwierdzać przedłożone oświadczenia.

W zakresie wymaganych prac geodezyjnych, Odwołujący w odniesieniu do oferty podwykonawczej przedstawionej przez BBF wskazał w ofercie Kadex na dwa elementy, które nie zostały uwzględnione w powyższej kalkulacji i które – zgodnie z oświadczeniem Kadex umieszczonym w ofercie - nie są objęte ceną oferty. Mowa tutaj o projektach podziału nieruchomości. BBF uwzględnił w cenie oferty liczbę 850 podziałów po 1.500 zł za podział, ale nie uwzględnił w ogóle punktów stabilizacyjnych. BBF wskazał, że koszty punktów stabilizacyjnych zostały ujęte w wyjaśnieniach RNC. Jednakże nie wskazał żadnej pozycji, gdzie koszty te zostały wskazane wprost. Konieczność wykonania punktów stabilizacyjnych przy podziale działek jest rzeczą oczywistą – nie da się dokonać podziału działek bez punktów stabilizacyjnych. Co więcej – koszt ten powinien być ujęty w pozycji 12 „podziały działek”. W ofercie BBF, a następnie w Wyjaśnieniach RNC, BBF omyłkowo nie ujął kosztów punktów stabilizacyjnych. Wobec czego, wycena prac w zakresie projektu podziału działek według stawek określonych przez firmę Kadex to 850 działek x 400 zł = 340 000 zł. Odwołujący podał także, że w przedmiotowej ofercie brak jest również informacji w zakresie operatów szacunkowych, które są wykonywane razem z podziałami działek i służą do wykupu nieruchomości od obecnych właścicieli. W przedmiotowym ustalonym przebiegu inwestycji podział działek wynosi w granicach 560 działek zabudowanych i 290 niezabudowanych. Koszt wykonania przez biegłego rzeczoznawcę operatów szacunkowych dla takiego zakresu do odpowiednio:

Działki zabudowane: 560 działek x 700 zł = 392 000 zł

Działki niezabudowane 290 działek x 420 zł = 121 800 zł

Razem: 513 800 zł

W odniesieniu do prac związanych z geologią i geotechniką, Odwołujący podał, że wycena kosztów prac geologicznych została oparta o ofertę podwykonawcy - firmy Geostandard Sp. z o.o. Z samego dokumentu oferty podwykonawczej nie można nawet wywnioskować, jakiego zakresu prac ona dotyczy. BBF nie wykazał w wyjaśnieniach RNC – jaki jest zakres oferty Geostandard. Z kolei - z treści przedłożonych wyjaśnień RNC wynika, iż to sam BBF dokonał analizy przedmiotowego zakresu i taki przedstawił do wyceny. Analizując tak przyjęty zakres wykonywanych badań, należy stwierdzić następujące fakty:

- BBF sam przyznał, że projekt dotyczy skomplikowanych warunków gruntowych,
- BBF nie dokonał oceny pracochłonności dla skomplikowanych warunków gruntowych, pomimo iż miał świadomość, że takie zachodzą – wynika to wprost z SWZ,
- BBF przyjął jedynie „rezerwę” w wysokości 15% kosztów dla skomplikowanych warunków gruntowych.

Odwołujący przeanalizował na podstawie Wstępnego Studium Planistyczno-Prognostycznego, stanowiącego załącznik nr 2 do OPZ, zakres wymaganych odwiertów w oparciu o przekroje podłużne oraz poprzeczne ustalając niweletę linii kolejowej, a co za tym idzie minimalną głębokość na którą należy wykonać otwory. Z tabeli dotyczącej wyszczególnienia odwiertów dla szlaku według wytycznych Igo-1 dla warunków skomplikowanych wynika, że łączna suma rdzeniowych odwiertów dla szlaku to 8 180 mb. Tymczasem BBF przyjął jedynie 4 704mb. To różnica aż 3 476 mb, a zakres ten nie zawiera odwiertów wymaganych dla obiektów inżynierskich - niedoszacowanie tego zakresu to 1 564 200 PLN netto, czyli przekracza wartość 15% założoną przez BBF. W zakresie wymaganych odwiertów pod obiekty inżynierskie wykonawca również dokonał analizy, z której wynika, że dla wykonania badań pod obiekty inżynierskie, w tym dwa tunele

należy wykonać 3 971 mb odwiertów rdzeniowych, co przy stawkach BBF daje kwotę w wysokości 1 786 950 PLN. Podsumowując, Odwołujący podniósł, że rezerwa przyjęta przez BBF jest niewystarczająca. Wynosi ona bowiem: Wykonawca do kalkulacji prac terenowych w zakresie geologii doliczył dodatkowo rezerwę w wysokości 15% kosztów, co skutkowało zwiększeniem ceny o 1 430 000 zł. Zaś niedoszacowanie w zakresie geologii wynosi:

1. 1 564 200 zł - 3.476 mb odwiertów dla szlaku
2. 1 786 950 zł – za 3.971 mb odwiertów rdzeniowych pod obiekty inżynierskie.

W kwestii szczególnych uwarunkowań i okoliczności, które wpływają na wycenę zamówienia przez BBF Odwołujący podniósł, że wszystkie wymienione przez BBF oszczędności powodują, że może on w porównaniu do innego wykonawcy na rynku wykonać dokumentację co najmniej 53% taniej, a więc jak to się kolokwialnie mówi „pół darmo”. Żadnego z tego czynników BBF nawet nie uprawdopodobnił, nie przedstawił kalkulacji z której taka zależność mogłaby wynikać.

W odniesieniu do zarzutu nr 2 Odwołujący wskazał, że BBF – wbrew postanowieniom SWZ – do szacowania ceny oferty przyjął koszty dla warunków trudnych, a jedynie doliczył rezerwę w wysokości 15% na skomplikowane warunki gruntowe: Po pierwsze – jak wykazano w Zarzucie 1 – BBF przyjął liczbę odwiertów dla warunków trudnych. Po drugie w wyjaśnieniach ceny wskazał: *W związku z faktem, że niniejsza realizacja będzie przez tereny o skomplikowanych warunkach gruntowych, Wykonawca do kalkulacji prac terenowych w zakresie geologii doliczył dodatkowo rezerwę w wysokości 15% kosztów, co skutkowało zwiększeniem ceny o 1 430 000 zł.* Odwołujący zwrócił uwagę, że dokładnie taka sama kwestia była już przedmiotem analizy Zamawiającego – w przypadku oferty konsorcjum Infra. BBF – podobnie jak konsorcjum Infra – nie uwzględnił rozstawu punktów dokumentacyjnych wskazywanych przez Zamawiającego. Tymczasem z zupełnie niezrozumiałych przyczyn – Zamawiający zupełnie inaczej potraktował ofertę BBF niż ofertę konsorcjum Infra. Podstawą takiego innego potraktowania nie może być przyjęcie przez BBF rezerwy w wysokości 15% na warunki skomplikowane. Istotą bowiem jest to, że BBF przygotował ofertę niezgodnie z SWZ – tj. w zakresie geologii nie dokonał rzeczowego szacowania ceny, nie wyliczył, ile dokładnie powinno być odwiertów, itp. Gdyby takie przygotowanie ofert uznać za prawidłowe, to wszyscy wykonawcy mogliby szacować ceny oferty dowolnie, nie uwzględniając zakresu prac określonych w SWZ – a jedynie wskazywać: dodaję do ceny oferty rezerwę, z której pokryję koszty wymagań SWZ.

Stanowisko Zamawiającego:

Zamawiający pismem z dnia 17 stycznia 2024 r. złożył odpowiedź na odwołanie – wnosząc o jego oddalenie.

Stanowisko Przystępującego:

W dniu 16 stycznia 2024 r. BBF złożył pismo procesowe, w którym wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Ponadto, w dniu 17 stycznia 2024 r. Odwołujący złożył pismo procesowe, w którym odniósł się do stanowiska Zamawiającego i Przystępującego BBF w zakresie prac geologicznych i geotechnicznych – w szczególności co do liczby wierceń rdzeniowych.

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

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

Izba ustaliła, że Wykonawca wnoszący odwołanie wykazał interes w korzystaniu ze środków ochrony prawnej. Interes we wniesieniu odwołania wynika z faktu, iż w przypadku uwzględnienia zarzutów podniesionych w odwołaniu oferta Odwołującego znajdzie się na pierwszej pozycji w rankingu ofert.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w ustawowym terminie zgłosił BBF. Strony nie zgłosiły zastrzeżeń co do skuteczności przystąpienia, ani opozycji przeciw przystąpieniu tego wykonawcy do postępowania odwoławczego, w związku z czym Izba postanowiła dopuścić BBF do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego.

Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania, odwołania, odpowiedzi na odwołanie Zamawiającego z dnia 17 stycznia 2024 r., pisma procesowego z dnia 16 stycznia 2024 r. złożonego przez BBF oraz pisma procesowego Odwołującego z dnia 17 stycznia 2024 r., a także dowód przedstawiony na rozprawie przez Zamawiającego.

Stan faktyczny nie jest między Stronami i uczestnikiem postępowania sporny i został właściwie przedstawiony w treści odwołania z tego powodu nie będzie powielany w pełnej formie. Celem wprowadzenia należy jedynie wskazać, że pismem z dnia 19 lipca 2023 r. Zamawiający na podstawie art. 224 ust. 1 oraz ust. 2 pkt 1) ustawy Pzp wezwał BBF do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny, w celu ustalenia czy cena zaoferowana przez BBF nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i nie uniemożliwia wykonania przedmiotu zamówienia

zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia. Wobec powyższego Zamawiający wezwał do złożenia wyjaśnień BBF, w szczególności w zakresie okoliczności, o których mowa w art. 224 ust. 3 pkt 1-4, 6 oraz 8 ustawy Pzp. W odpowiedzi z dnia 27 lipca 2023 r. BBF udzielił w tym przedmiocie wyjaśnień.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę stanowiska Stron, uczestnika postępowania odwoławczego i zgromadzony materiał dowodowy, Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie i podlegało oddaleniu.

Pierwszy z zarzutów Odwoływającego dotyczył zaniechania przez Zamawiającego odrzucenia oferty BBF, pomimo iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz poprzez niewłaściwą ocenę przez Zamawiającego wyjaśnień złożonych przez BBF i prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Przede wszystkim Odwoływający podniósł w tym zakresie: nieadekwatne oparcie się przez BBF w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny na Projekcie Kozienice oraz niedoszacowanie stopnia zaangażowania personelu (koordynatorów), kosztów prac geodezyjnych, prac geologicznych i geotechnicznych.

Na wstępie podkreślić trzeba, że Zamawiający skierował do BBF wezwanie o standardowej treści, bez skonkretyzowania swoich wątpliwości odnośnie ceny ofertowej. Nie stanowi to jednak okoliczności zwalniającej wykonawcę z obowiązku złożenia wyjaśnień, które w zakresie przedstawionych przez niego informacji muszą być konkretne, spójne i wyczerpujące. Niemniej jednak za takie należy postrzegać w ocenie Izby wyjaśnienia rażąco niskiej ceny udzielone przez BBF w dniu 27 lipca 2023 r.

W zakresie części zarzutu sprowadzającej się do kwestii oparcia wyjaśnień o Projekt Kozienice, Izba poczyniła następujące uwagi. Po pierwsze, odniesienie się przez BBF do Projektu Kozienice, jakkolwiek służące celom wykazania realności ceny oferty, nie stanowiło bynajmniej jedynego fundamentu dla całej konstrukcji oraz sposobu kalkulacji ceny ofertowej. Nawiązanie do Projektu Kozienice miało miejsce w dwóch fragmentach wyjaśnień BBF. Trudno więc, biorąc pod uwagę objętość całej odpowiedzi BBF, traktować to jako oparcie dla całej kalkulacji. W pierwszym fragmencie dotyczącym się Projektu Kozienice, BBF poinformował o załączeniu do pisma oświadczeń własnych personelu skierowanego do realizacji Projektu Kozienice jako potwierdzenie tego, iż stawki miesięcznego wynagrodzenia pracowników, które wskazał w kalkulacji oferty dla niniejszego zamówienia (strona 4 wyjaśnień BBF) są rzeczywiste. W tym kontekście należy także dodać, iż zasadniczo nie było sporu pomiędzy Odwoływającym a BBF co do tego, że Projekt Kozienice w pewnym stopniu różnił się od przedmiotowego projektu. Niemniej, za przekonujący w kontekście adekwatności powoływania się na stawki jednostkowe przyjęte w Projekcie Kozienice, Izba uznała podnoszony przez BBF argument, że nakłady pracy w danym projekcie są zmienne w zależności od projektu, natomiast koszt roboczogodziny pracownika jest co do zasady stały w obu projektach. Zarazem, nie sposób również nie zauważyć, iż BBF w celu potwierdzenia realności stawek przywoływał także raporty płacowe oraz wyciąg zanonimizowanych umów o pracę personelu planowanego do realizacji przedmiotowego zadania. W ocenie Izby na powyższą okoliczność BBF powołał więc trzy źródła, a uwagi Odwoływającego dotyczyły się wyłącznie jednego z nich, tj. oświadczeń własnych pracowników, które jak wyjaśniał BBF miały charakter pomocniczy wobec załączonych umów o pracę. Stąd też dalsze uwagi Odwoływającego co do daty złożonych oświadczeń personelu z dnia 22 lutego 2023 r. w zakresie Projekt Kozienice (strona 12 odwołania) należy uznać za nieistotne dla rozstrzygnięcia sprawy wobec pobocznej roli tychże oświadczeń oraz braku kwestionowania pozostałych podstaw przyjętych kalkulacji.

W drugim zaś fragmencie, BBF powołał się na Projekt Kozienice jako okoliczności wpływającej na obniżenie wyceny względem innych wykonawców o około 5% ceny ofertowej z uwagi na to, że realizacja zbliżonego kontraktu z pewnym wyprzedzeniem umożliwia BBF wcześniejsze rozpoznanie bieżących wymagań Zamawiającego, ryzyk, interesariuszy i skorzystanie z dorobku intelektualnego wypracowywanego w trakcie innej realizacji, a zatem sprawniejsze przystąpienie do realizacji kolejnej i tym samym większą efektywność pracy personelu. Nie można jednak przeoczyć, że BBF jako przyczyny oszczędności podawał również inne „zbliżone zamówienia” (strona 16 pkt 4 wyjaśnień BBF) oraz inne projekty infrastruktury kolejowej (strona 17 pkt 5 wyjaśnień BBF). W ocenie Izby zatem Projekt Kozienice nie stanowił głównej osi wyjaśnień BBF.

Przechodząc do części zarzutu odnoszącej się do zaangażowania personelu - koordynatorów, należy zauważyć, iż Odwoływający nie kwestionował stawek przyjętych do kalkulacji przez BBF, a jedynie sam procentowy miesięczny wymiar zaangażowania koordynatorów, który wahał się od 7,5% do 25%. W tym zakresie Izba podziela argumentację zaprezentowaną przez Zamawiającego oraz BBF. Za nieprzekonującą Izba uznała przedstawione przez Odwoływającego założenia w zakresie udziału koordynatorów w spotkaniach podsumowujących i Radzie Projektowej. Odwoływający oparł swoje wyliczenia wyłącznie o jedno stwierdzenie, że zgodnie z doświadczeniem z dotychczasowych projektów, spotkania te będą trwały co najmniej pół dnia. Odnosząc się do powyższego należy wskazać, jak zresztą słusznie zauważył sam Odwoływający, że Zamawiający nie określił w SWZ minimalnych poziomów zaangażowania koordynatorów. Również z treści pkt 7.1 OPZ nie wynika, iż takie spotkania mają określony przedział czasowy. Poza tym Odwoływający

przedstawił symulację zaangażowania koordynatorów na etapie opracowania koncepcji programowo-przestrzennej. Takie wyliczenie dedykowane pierwszym trzem miesiącom realizacji, a bazujące na uśrednionym szacunkowym zaangażowaniu miesięcznym dla całego okresu realizacji – 35 miesięcy, uznać należy za oderwane od całości zamówienia. Wyobraźną w ocenie Izby jest sytuacja, iż w danym odcinku czasowym podczas realizacji zamówienia, zaangażowanie koordynatorów będzie raz większe niż przyjęte w wyjaśnieniach BBF, a raz mniejsze. Specyfika zamówienia nie polega na powtarzalnych co miesiąc czynnościach, w związku z tym też różne będą poziomy zapotrzebowania, w zależności od etapu realizacji projektu. Natomiast dla celów kalkulacji cenowej zbędnym w ocenie Izby byłoby rozbić w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny zaangażowania personelu na poszczególne miesiące.

W stosunku do części zarzutu wskazującej na brak dowodów w zakresie kosztów personelu w wyjaśnieniach BBF, Odwołujący podnosił brak dowodów w zakresie konsorcjanta IDOM oraz przedłożenie umów o pracę zawartych z projektantami nie przez BBF sp. z o.o. a przez BBF Project sp. z o.o. Zauważyć należy, że samo nieprzedstawienie dowodu nie świadczy o tym, że cena jest rażąco niska, bowiem wówczas przedmiotem oceny pozostają wyjaśnienia samego wykonawcy. Niemniej jednak, jeżeli wykonawca powołuje się na szczególne okoliczności skutkujące znacznym obniżeniem ceny oferty i istnieje możliwość poparcia tej okoliczności dowodem, to wykonawca powinien załączyć dowód na tę okoliczność, aby uczynić wyjaśnienia pełnymi i przekonującymi dla Zamawiającego. W przedmiotowym stanie faktycznym BBF załączył do wyjaśnień wyciągi z kilkudziesięciu zanonimizowanych umów o pracę personelu planowanego do realizacji przedmiotowego zadania zawartych zarówno z BBF sp. z o.o., jak i z BBF Project sp. z o.o. Z tych umów nie wynikają stawki, które, również w ocenie Odwołującego, należałoby postrzegać jako rażąco niskie. Nie mamy tu zatem do czynienia z sytuacją, gdy wobec przyjęcia wyjątkowo niskich stawek, wykonawca nie załączył dowodu potwierdzającego przyjętą kalkulację. Co więcej, BBF przedłożył umowy pochodzące bezpośrednio od siebie oraz pośrednio (od spółki-córki). Również przedkładanie umów, pochodzących od współdziałającego w ramach konsorcjum podmiotu, w tych okolicznościach nie może zostać uznane za niezbędne. Nadmiernym w ocenie Izby byłoby stawianie w tym zakresie tak szczegółowych wymagań, z czym zdaje się pośrednio faktycznie zgadzać sam Odwołujący, bowiem do własnych wyjaśnień rażąco niskiej ceny celem wykazania kosztów pracy załączył jedynie cztery umowy o pracę.

Przechodząc do części zarzutu dotyczącej wyceny prac geodezyjnych, Izba wskazała, co następuje. Po pierwsze, Izba nie rozstrzygała w zakresie ewentualnych sporów co do niezbędności ujęcia w wycenie wykonania punktów stabilizacyjnych, orzekając wyłącznie w zakresie zarzutu. Niezależnie od tego, w ocenie Izby, Odwołujący nie wykazał, aby koszt wykonania punktów stabilizacyjnych stanowił istotną część składową pod względem kalkulacji ceny. Zauważyć należy, iż dla wykazania przez Odwołującego istotności części składowej nie jest wystarczające samo wskazanie na potrzebę jej realizacji, ale też to, że wybrana przez niego pozycja faktycznie ma takie znaczenie dla całości oferty, iż jej wykonanie za zaoferowaną cenę nie będzie możliwe. W odniesieniu do powyższego przede wszystkim wskazać należy, że rażąco niska kalkulacja pojedynczych pozycji kosztorysowych może uzasadniać odrzucenie oferty jedynie w sytuacji, gdy dotyczy elementów istotnych, wpływających na możliwość zrealizowania przedmiotu zamówienia jako całości. Należy mieć bowiem na względzie treść art. 224 ust. ustawy Pzp, zgodnie z którym zakres wezwania do złożenia wyjaśnień może obejmować także istotne części składowe ceny lub kosztu. Z tego też wynika, że skoro w przepisach ustawy Pzp wyrażono obowiązek wyjaśnień tylko do takich części składowych ceny, które są istotne, to nie ma wątpliwości, że nieistotne części składowe nie mogą prowadzić do odrzucenia oferty z powodu rażąco niskiej ceny. Omawiana pozycja, zgodnie z wyliczeniami Odwołującego, wynosiła 340 000,00 zł, co stanowiło jedynie około 1,2% ceny całkowitej. Nawet, gdyby przyjąć, iż BBF zaniechał ujęcia w którejkolwiek z pozycji kosztów wykonania punktów stabilizacyjnych, to założona w cenie oferty rezerwa (1 883 317,58 zł) pozwalałaby na pokrycie tego elementu, bez ryzyka dla możliwości zrealizowania przedmiotu zamówienia jako całości. Odnosząc się zaś do niewycenienia operatorów szacunkowych dla 850 działek, w ocenie Izby twierdzenia Odwołującego w tym przedmiocie były niewykazane w stopniu dostatecznym. Odwołujący nie uzasadnił przede wszystkim, że wszystkie działki, na których planowany jest przebieg linii kolejowej, będą stanowiły inne przypadki niż te, o których mowa w art. 9s ust. 3b i 3e, art. 9x ust. 4 oraz art. 9q ust. 1 pkt 6 i 8 ustawy o transporcie kolejowym.

W odniesieniu natomiast do kwestii wyceny prac geologicznych i geotechnicznych, w ocenie Izby Odwołujący błędnie zinterpretował treść wyjaśnień BBF, zakładając że BBF przyjął w swej kalkulacji złożony stopień skomplikowania warunków gruntowych, jedynie doliczając rezerwę w wysokości 15% na skomplikowane warunki gruntowe. Wniosek ten Odwołujący wywiódł wyłącznie na podstawie stwierdzenia w wyjaśnieniach BBF, że: „w związku z faktem, że niniejsza realizacja będzie przebiegała przez tereny o skomplikowanych warunkach gruntowych, Wykonawca do kalkulacji prac terenowych w zakresie geologii doliczył dodatkowo rezerwę w wysokości 15% kosztów, co skutkowało zwiększeniem ceny o 1 430 000 zł”. Bezsprzecznie, warunki geotechniczne na przebiegu projektowanej linii kolejowej są skomplikowane. Zarówno Odwołujący, jak i BBF w swoich wyjaśnieniach wyraźnie wskazywali na uwzględnienie w wycenie tego faktu. Według

składu orzekającego, za daleko idące należało uznać założenie, które stanowiło punkt wyjścia dla Odwołującego zarówno w zakresie części zarzutu nr 1, jak też dla wywodów poczynionych dla zarzutu nr 2, że samo dodanie rezerwy do wyceny świadczy już o tym, że podstawowa kalkulacja zewnętrznych prac geologicznych i geotechnicznych nie uwzględniała wyceny w warunkach skomplikowanych. Słusznie w swoim piśmie procesowym BBF zauważył, że szacuje liczbę badań w sposób odmienny niż Odwołujący, chociaż bazuje na tych samych założeniach co do faktu, że należy wykonać dokumentację z założeniem przyjęcia skomplikowanych warunków gruntowych.

W ocenie składu orzekającego przyjęcie skomplikowanych warunków gruntowych nie oznacza jednocześnie, że na wskazywanych przez Odwołującego odcinkach planowanej inwestycji (wyszczególnionych w tabelach z pkt 50. i 54. odwołania) należało przyjąć wyłącznie podłoże skaliste, zobowiązujące do przyjęcia odwiertów rodzaju rdzeniowego. Takie założenie prezentowane przez Odwołującego nie wynika zasadniczo z dokumentacji zamówienia. Zamawiający nie określił, jakie ilości należało przyjąć dla określonych rodzajów wierceń. Treść wstępnego studium planistyczno-prognostycznego (WSP), do którego zapisów odnosili się w trakcie postępowania odwoławczego strony oraz uczestnik, nie wskazuje wprost, iż na tych odcinkach mamy do czynienia tylko z podłożem skalnym. W ocenie Izby nie pozwala to więc na wyprowadzenie jednoznacznych wniosków co do założeń, na których opierały się wyliczenia Odwołującego w zakresie ilości odwiertów rdzeniowych. Odwołujący nie wykazał w sposób przekonujący, iż jego obliczenia ilości mb odwiertów rdzeniowych pokrywają się ze stanem rzeczywistym. Odwołujący nie zakwestionował również w sposób rzeczowy kalkulacji przedstawionych przez Zamawiającego na okoliczność przeszacowania ilości odwiertów rdzeniowych przez Odwołującego. Sam BBF również nie przeczył, iż częściowo odcinek planowanej linii kolejowej przebiegać będzie przez podłoże skaliste, jednakże przyjął niższe wartości odwiertów rdzeniowych. Podsumowując powyższe, brak było w ocenie Izby wystarczającego uzasadnienia, które nakazywałoby uznać własne wyliczenia wykonawcy – Odwołującego za bardziej oddające stan faktyczny aniżeli to przedstawione przez innego wykonawcę – BBF oraz samego Zamawiającego.

Są to jednak ogólne uwagi Izby, bo choć całkowita suma odwiertów rdzeniowych jest niewątpliwie okolicznością sporną pomiędzy Odwołującym a BBF, tym niemniej nie można patrzeć na sprawę w oderwaniu od kwot, jakie na ten cel przewidywali wykonawcy. I tak, w ujęciu kwotowym BBF przedstawił kalkulację na kwotę 8 580 000 zł (z uwzględnieniem rezerwy w kwocie 1 430 000 zł), natomiast Odwołujący na kwotę 8 000 000 zł. Jak zatem widać, wykonawcy przyjęli podobny koszt wykonania zadania w tym zakresie. Jednocześnie wycena wykonawcy Infra, do której odnosił się też Odwołujący, jako przykładu oferty niezgodnej z warunkami zamówienia poprzez przyjęcie do wyceny warunków gruntowych złożonych, a nie skomplikowanych, opiewała na kwotę 4 300 000 zł. Jak zatem widać, kalkulacja cenowa BBF była nawet wyższa aniżeli Odwołującego, a zarazem niemal dwukrotnie wyższa od przyjętej dla warunków mniej skomplikowanych. To w ocenie Izby wyraźnie wskazuje, iż BBF przyjął rynkową stawkę dla tej pozycji. Z powyższych powodów należy uznać, że kalkulacja BBF w zakresie prac geologicznych i geotechnicznych nie była rażąco niska.

Izba stwierdziła też, że w zakresie zarzutu nr 1 uwagi Odwołującego w kwestii szczególnych uwarunkowań i okoliczności, które wpływają na wycenę zamówienia przez BBF (strony 16-20 wyjaśnień BBF) były lakoniczne i pozbawione rzeczowych argumentów pozwalających na wywiedzenie przeciwnych wniosków co do możliwych oszczędności, o których wspominał BBF.

Jak zostało wyżej zasygnalizowane, zdaniem Odwołującego kalkulacja prac geologicznych i geotechnicznych dokonana była dla warunków złożonych (a przyjęta rezerwa na warunki skomplikowane w wysokości 15% tego nie zmienia), co implikowało też zarzut nr 2 w postaci zaniechania przez Zamawiającego odrzucenia oferty BBF, pomimo iż oferta ta jest niezgodna z warunkami zamówienia w zakresie przyjętej metodyki badań geotechnicznych. Mając zatem na uwadze ustalenia poczynione przez Izbę w stosunku do prac geodezyjnych i geotechnicznych w zakresie zarzutu nr 1, w szczególności wskazujące, że kalkulacje BBF uwzględniały odwierty na terenach skomplikowanych, również zarzut nr 2 należy uznać za niezasadny.

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

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1) w zw. z § 5 pkt 1) rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodniczący:.....

.....
.....