

WYROK

Warszawa, dnia 26 lutego 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Katarzyna Paprocka

Protokolant: Piotr Ceglowski

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 stycznia 2025 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, KOBYLARNIA S.A. w Kobylni oraz MIRBUD S.A. Skierniewicach

w postępowaniu prowadzonym przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Centrum Realizacji Inwestycji Wydział Zamówień Inwestycyjnych na Roboty Budowlane III w Warszawie

przy udziale uczestnika zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego, wykonawcy PORR S.A. w Warszawie

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża Odwołujących i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołujących tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Odwołujących 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.

Przewodnicząca:.....

Sygn. akt: KIO 358/25

Uzasadnienie

Zamawiający, PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Centrum Realizacji Inwestycji Wydział Zamówień Inwestycyjnych na Roboty Budowlane III w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie robót dla zadania pn.: „Rewitalizacja linii kolejowej nr 356 na odcinku Wągrowiec – Gołańcz – granica województwa” współfinansowanego w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego dla Województwa Wielkopolskiego 2021-2027. Nr referencyjny: PZ.292.590.2024. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 7 czerwca 2024 r., nr 2024/S 110-339133. Wartość zamówienia przekracza progi unijne.

W dniu 31 stycznia 2025 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wniesione przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, KOBYLARNIA S.A. w Kobylni oraz MIRBUD S.A. w Skierniewicach (dalej jako: „Konsorcjum Kobyłarnia”) wobec następujących czynności podjętych przez Zamawiającego:

- 1) odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2024 r., poz. 1320 ze zm., dalej „PZP”) pomimo tego, iż oferta złożona przez Konsorcjum Kobyłarnia jest zgodna z przepisami PZP;
 - 2) odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP, pomimo tego, iż oferta złożona przez Konsorcjum Kobyłarnia jest zgodna z warunkami zamówienia; ewentualnie, zaniechania wezwania Odwołującego do złożenia dalszych wyjaśnień w przedmiocie treści oferty;
 - 3) odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 PZP, pomimo tego, iż Odwołujący w sposób należyty wyjaśnił kwestie związane z wyceną oferty, a tym samym obalił domniemanie rażąco niskiej ceny; ewentualnie, zaniechania wezwania Odwołującego do złożenia dalszych wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny;
 - 4) wyboru jako najkorzystniejszej w postępowaniu oferty złożonej przez PORR S.A. (dalej jako: „PORR”), w sytuacji, gdy za najkorzystniejszą powinna zostać uznana oferta złożona przez Odwołującego;
- Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1.art. 226 ust. 1 pkt 3) PZP w zw. z art. 118 ust. 2 i 4 PZP poprzez bezzasadne odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na jej niezgodność z przepisami PZP, tj. art. 118 ust. 2 i 4 PZP, z uwagi na okoliczność, iż oferta złożona przez Infra Silesia S.A. rzekomo nie obejmuje pełnego zakresu robót SRK, do realizacji których zdolności tego podmiotu są wymagane (naruszenie art. 118 ust. 2 PZP) oraz w sytuacji, gdy stosunek łączący Odwołującego z podmiotami udostępniającymi zasoby: Leonhard Weiss Maszyny Torowe Sp. z o.o., Transkol Sp. z o.o. oraz Vossloh Cogifer Polska Sp. z o.o. nie gwarantuje rzeczywistego dostępu Wykonawcy do tych zasobów (naruszenie art. 118 ust. 4 PZP) – w sytuacji, gdy żadna z ww. okoliczności nie miała miejsca w postępowaniu, a w szczególności nie można jej wywieść z treści wyjaśnień udzielonych przez Konsorcjum Kobylarnia w dniu 30 września 2024 roku oraz w dniu 23 października 2024 roku;
- 2.art. 226 ust. 1 pkt 5) PZP poprzez bezzasadne odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na rzekomą niezgodność z warunkami zamówienia polegającą na wycenie kosztów kruszywa niezgodnie z dokumentami zamówienia, gdy tymczasem Konsorcjum Kobylarnia wyceniło przedmiotowy zakres zgodnie z dokumentami zamówienia i zamierza wykonać przedmiot zamówienia zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego określonymi w treści dokumentów zamówienia;
- 3.art. 226 ust. 1 pkt 8) PZP w zw. z art. 224 ust. 6 PZP poprzez bezzasadne odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na brak należytego wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, a w konsekwencji nieskuteczne obalenie domniemania rażąco niskiej ceny przez tego wykonawcę – w sytuacji, gdy wyjaśnienia złożone przez Odwołującego w dniu 30 września 2024 roku oraz w dniu 23 października 2024 roku zostały przygotowane w sposób należyty oraz staranny, odpowiadający oczekiwaniom Zamawiającego wyrażonym w treści wezwań, tj. w sposób, który pozwala na obalenie rzeczonego domniemania;
- 4.art. 239 ust. 1 PZP poprzez wybór jako najkorzystniejszej w postępowaniu oferty złożonej przez PORR w sytuacji, gdy za najkorzystniejszą powinna zostać uznana oferta złożona przez Odwołującego, a dokonany wybór stanowi konsekwencję nieuzasadnionego odrzucenia oferty Konsorcjum Kobylarnia;
ewentualnie:
- 5.art. 224 ust. 1 i 2 PZP poprzez zaniechanie dalszego zastosowania względem oferty złożonej przez Odwołującego procedury związanej z wyjaśnieniem rażąco niskiej ceny, pomimo istnienia po stronie Zamawiającego uzasadnionych wątpliwości co do sposobu wyceny oferty przez Odwołującego, co znalazło swoje potwierdzenie w treści wezwania z dnia 11 października 2024 roku, które to, w kluczowym zakresie, zostało zakwestionowane przez Krajową Izbę Odwoławczą w ramach sprawy prowadzonej pod sygn. KIO 3859/24;
- 6.art. 223 ust. 1 PZP poprzez zaniechanie zastosowania względem oferty złożonej przez Odwołującego procedury wyjaśnień treści oferty, pomimo istnienia po stronie Zamawiającego uzasadnionych wątpliwości co do jej zawartości;
a w konsekwencji:
- 7.art. 16 PZP poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1)unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
- 2)unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
- 3)dokonania ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego;
ewentualnie:
- 4)wezwanie Odwołującego do złożenia wyjaśnień, na podstawie art. 224 ust. 1 i 2 PZP, w zakresie rażąco niskiej ceny;
- 5)wezwanie Odwołującego do złożenia wyjaśnień, na podstawie art. 223 ust. 1 PZP, w zakresie treści oferty.

Ponadto, wniósł 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.

Na wstępie uzasadnienia odwołania, Odwołujący wskazał, że jego zdaniem Zamawiający – z uwagi na to, że Konsorcjum Kobylarnia jest dla niego podmiotem „nowym” – jest w niniejszej sprawie stronnicy i skrajnie subiektywny, rozpatruje każdą wątpliwość na niekorzyść Konsorcjum Kobylarnia, a w niektórych przypadkach wręcz te wątpliwości kreuje. Z tych względów podkreślił, że w świetle zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym zasady równego traktowania wykonawców oraz zasady proporcjonalności, „wielkość” danego podmiotu lub jego wcześniejsze zaangażowanie we współpracę z danym zamawiającym nie może stanowić podstawy do dyskryminacji albo preferencyjnego traktowania. Powołał się na wydany wcześniej w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wyrok Krajowej Izby Odwoławczej o sygn. KIO 3859/24 z dnia 12 listopada 2024 r. uwzględniający odwołanie

Konsorcjum Kobylarnia na treść wezwania Zamawiającego z dnia 11 października 2024 r. w zakresie, w jakim odnosiło się ono do obowiązku rozbicia ceny ofertowej z uwzględnieniem R/M/S i uznając je za nieproporcjonalne żądanie. W związku z tym, dla Odwołującego oczywistym jest, że Zamawiający badając ofertę Konsorcjum Kobylarnia nie mógł brać pod uwagę wyjaśnień złożonych przez tego wykonawcę w odpowiedzi na zakwestionowane przez Izbę wezwanie z 11 października 2024 r., zaś wg Odwołującego w istocie tym się m.in. kierował. Jak bowiem wskazał Odwołujący: „(...) uzasadniając odrzucenie oferty złożonej przez Konsorcjum Kobylarnia Zamawiający kilkakrotnie stwierdza, że Odwołujący dokonał „rekalkulacji” ceny ofertowej – pomija jednak fakt, że przedstawienie owej rekalkulacji jest pokłosiem Wezwania II, którego jest jednym autorem. Innymi słowy Zamawiający stwierdza niezetelność wyjaśnień RNC na skutek uwzględnienia przez Odwołującego literalnej treści tego Wezwania II, które de facto nakazywało mu sporządzenie rekalkulacji ceny ofertowej (co stwierdziła wprost Izba w omawianym wyroku). Jest to działanie nieuzasadnione, nie może ono stanowić podstawy do odrzucenia oferty Konsorcjum Kobylarnia.” W zakresie zarzutu pierwszego dotyczącego uznania przez Zamawiającego, że oferta Odwołującego jest niezgodna z przepisami PZP, Konsorcjum Kobylarnia wskazało, że jego zdaniem powołanie się w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 8.6.1 lit. d) i e) IDW na zasoby w postaci doświadczenia Infra Silesia S.A. spełniało wszystkie wymagania określone w art. 118 ust. 3 i ust. 4 PZP. Podkreślił, że w tym zakresie Zamawiający bezzasadnie pominął treść wyjaśnień Odwołującego z dnia 23 października, bowiem wynika z nich „stan, który nie pozwala na odrzucenie oferty”, mianowicie, że udział Hitachi w realizacji zamówienia dotyczy wyłącznie dostawy sprzętu (urządzeń wewnętrznych SRK), co nie mieści się w granicach ww. warunku udziału w postępowaniu dotyczącego „robót budowlanych”, skoro jest „dostawą”. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający interpretuje warunek udziału w postępowaniu w sposób rozszerzający – co jest niedopuszczalne. W efekcie, jak wynika z oświadczeń Konsorcjum Kobylarnia składanych począwszy od dnia 30 września 2024 roku wynika, że jedynym podmiotem odpowiedzialnym za wykonanie zadania jest wyłącznie Infra Silesia S.A., co potwierdza również – dodatkowe – oświadczenie tego podmiotu złożone w ramach wyjaśnień z dnia 23 października. Ponadto, w ocenie Odwołującego, również sama treść zobowiązania złożonego przez Infra Silesia S.A. jednoznacznie potwierdza, że podmiot udostępniający zasoby wykona roboty budowlane, do realizacji których wymagane są udostępniane zdolności, zgodnie z art. 118 ust. 2 PZP, zaś w żadnym wypadku nie podważa tego zamiar skorzystania z materiałów określonego producenta, tj. Hitachi. Dalej, Odwołujący wyjaśnił, że Konsorcjum Kobylarnia było w stanie uzyskać bardzo korzystne ceny od Hitachi za dostawę urządzeń, które są niezbędne do wykonania robót budowlanych objętych ww. warunkiem. W efekcie, zdaniem Odwołującego, Zamawiający nie wykazał, aby doszło do jakiegokolwiek niedozwolonego podziału branży SRK pomiędzy dwoma podmiotami, a tym samym nie wykazał naruszenia przepisów PZP przez Odwołującego, który skutkowałby obowiązkiem odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3 PZP. Ponadto, odnosząc się do twierdzenia Zamawiającego, że treść oferty jest również niezgodna z art. 118 ust. 4 PZP ponieważ Infra Silesia S.A. nie może korzystać ze sprzętu udostępnionego Odwołującemu przez inne podmioty trzecie, Odwołujący wyjaśnił, że „posiada odpowiedni węzeł obligacyjny z nw. podmiotami: Leonhard Weiss Maszyny Torowe Sp. z o.o., Transkol Sp. z o.o. oraz Vossloh Cogifer Polska Sp. z o.o., który umożliwia mu korzystanie z udostępnionego przez nich sprzętu, w tym udostępnienie go innym uczestnikom procesu budowlanego (takim jak Infra Silesia S.A.). Innymi słowy sprzęt jest udostępniany przez te podmioty Odwołującemu, który może go (podobnie jak właściciel) udostępnić innym podmiotom. Uprawnienie to nie jest w żaden sposób ograniczone. (...) Skoro Infra Silesia S.A. ma prawo korzystać z urządzeń innych podmiotów (np. dalszych podwykonawców), to równie dobrze może korzystać z zasobów znajdujących się w bezpośredniej dyspozycji Odwołującego. (...) Żaden z przepisów Pzp, w szczególności zaś art. 118 ust. 4 Pzp, nie zabrania takiego ukształtowania relacji na budowie pomiędzy uczestnikami procesu budowlanego.”

W zakresie zarzutu drugiego, dotyczącego bezpodstawnego odrzucenia oferty Konsorcjum Kobylarnia na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP, Odwołujący wyjaśnił, iż nieprawdą jest, że Odwołujący powinien przyjąć do wyceny wyłącznie nowe kruszywo, tj. tłuczeń, w tych pozycjach Przedmiaru Robót gdzie zostało to wskazane wprost przez Zamawiającego i nie miał prawa zakładać, że będzie mieć możliwość oczyszczenia i ponownego zabudowania 20% tłuczni. Powołał się w tym zakresie na Rozbicie Ceny Ofertowej (dalej jako: „RCO”) składające się na treść OPZ, gdzie wskazano na pozycję „Wybranie tłuczni po zrywce torów mechanicznie, metodą tradycyjną i oceną przydatności tłuczni do ponownego wbudowania z odwiezieniem do miejsca składowania.” Z powyższego wynika dla Odwołującego, że Zamawiający wręcz nakazał wykonawcom taki sposób realizacji zamówienia, który umożliwia wykorzystanie kruszywa (tłuczni) w procesie

budowlanym. Ponadto wskazał, że skoro zgodnie z warunkami określonymi w SWZ wykonawca jest zobowiązany do posiadania co najmniej 1 szt. stacjonarnej oczyszczarki tłuczni, to mając na względzie powyższy wyciąg z RCO należy stwierdzić, że intencją Zamawiającego jest, by wykonawca na bieżąco korzystał z materiałów staroużytecznych przy realizacji inwestycji. Tym samym, Odwołujący był uprawniony do w kalkulowania tego materiału w cenę oferty. Zwrócił również uwagę na odpowiedzi Zamawiającego na pytania nr 122, 236 i 940, z których zdaniem Konsorcjum Kobylarnia wynika możliwość wbudowania tłuczni po oczyszczeniu, a bynajmniej Zamawiający tego nie zakazał, czego zdaniem Konsorcjum Kobylarnia wymaga dyspozycja art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający w Projektach Wykonawczych wprost przewidział możliwość wykonania zadania z wykorzystaniem oczyszczonego kruszywa – powołał się na Projekt Wykonawczy nr 3.1.1.1. (Tabela nr 4), nr 3.1.3.1 (Tabela nr 2). Ponadto, Odwołujący wyjaśnił, iż z jego doświadczenia z realizacji analogicznych lub zbliżonych robót budowlanych wynika, że zakładana przez wykonawcę ilość tłuczni (przy uwzględnieniu różnorodnych procesów związanych z jego oczyszczeniem) może zostać bezproblemowo osiągnięta – zaś Zamawiający nie wykazał w uzasadnieniu odrzucenia oferty, że jest inaczej.

W zakresie zarzutu trzeciego dotyczącego rażąco niskiej ceny, Odwołujący wskazał, iż cena zaoferowana przez Konsorcjum Kobylarnia, nie jest ceną rażąco niską, lecz pozwala na należyte wykonania zamówienia zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego wyrażonymi w treści dokumentów zamówienia. Zwrócił uwagę, że w cenie oferty uwzględnił koszty dostawy podkładu – powołał się na omyłkowo niedołączoną do pierwszych wyjaśnień Odwołujących ofertę podwykonawcy. Uznał, że złożenie tej oferty w ramach kolejnych wyjaśnień nie może być traktowane jako tzw. rekalkulacja, skoro ceny zaoferowane przez Odwołującego za wykonanie tego zakresu zamówienia pozostają niezmiennie. W odniesieniu do kalkulacji ceny rozjazdów, Odwołujący uznali, że w świetle Wyroku Izby Konsorcjum Kobylarnia nie było zobowiązane do podania tych kosztów w sposób, którego oczekiwał Zamawiający, toteż skoro pierwotne wezwanie Zamawiającego zostało w tym zakresie zakwestionowane przez Izbę – to powinien on raz jeszcze zwrócić się do Odwołujących z prośbą o wyjaśnienie i przedłożenie wycen odpowiadających treści IDW. Wobec tego, Zamawiający podjął decyzję o odrzuceniu oferty na podstawie niepełnych informacji. W odniesieniu do kalkulacji kruszywa, Odwołujący wskazali, że ich zdaniem, zgodnie z dokumentacją zamówienia, składająca się na OPZ oraz wyjaśnieniami treści IDW – był uprawniony do skalkulowania w cenie oferty wykorzystania materiału staroużytecznego uzyskanego w trakcie realizacji robót. Podnieśli, że obowiązkiem Zamawiającego było wykazanie, w sposób jednoznaczny, pewny i nie budzący wątpliwości, że sposób rozumienia OPZ przez Konsorcjum Kobylarnia (a w ślad za tym sporządzona przezeń wycena) jest niezgodna z jednoznacznymi warunkami zamówienia. W odniesieniu do kalkulacji kosztów pracy i najmu sprzętu, Odwołujący wskazał, że sposób kalkulacji jest zgodny z przepisami PZP oraz postanowieniami IDW. Podniósł, że skoro Zamawiający nie ma dostępu do umów łączących Odwołującego z kontrahentami, to nie może mieć pewności co do braku możliwości udostępnienia sprzętu Infra Silesia S.A. Podniósł także, że Zamawiający, w sposób nieuprawniony dokonał przeliczenia kursu euro wskazanego w ofercie wg daty na dzień złożenia oferty, gdyż strony (Odwołujący oraz podwykonawca) w ramach swobody umów mogły określić inną datę kursu euro albo samodzielnie określić obowiązujący przelicznik (w ramach uzgodnień biznesowych). Podkreślił, że w żadnym miejscu SWZ nie wskazano, jaki kurs euro winien zostać przyjęty przez wykonawców do wyceny zamówienia. W odniesieniu do przyjęcia przez Zamawiającego wartości materiałów na poziomie 70% całości zamówienia, a wartości kosztów robocizny i sprzętu na poziomie 30% wskazał, że ten stosunek procentowy, wg jego wyjaśnień jest wielkością ogólną i dotyczy całego zakresu wymiany nawierzchni kolejowej - od robót rozbiórkowych do zabudowy gotowej nawierzchni – i jest zmienny w odniesieniu do poszczególnych elementów składowych. W konsekwencji, jego zdaniem, oznacza to, że twierdzenia Zamawiającego i idąca w ślad za nimi własna kalkulacja opierają się na błędnych założeniach, a tym samym nie mogą stanowić podstawy do odrzucenia oferty. Wskazał ponadto, że: „Jeżeli Zamawiający chciał uzyskać informacje na temat sposobu kalkulacji ceny oferty to winien był zwrócić się do Odwołującego z wnioskiem o wyjaśnienia RNC, tym razem sporządzonego zgodnie z wytycznymi Izby. Z treści uzasadnienia odrzucenia oferty wynika jednoznacznie, że Zamawiający nie miał pewności co do sposobu ukształtowania danej ceny ofertowej / jednostkowej - zamiast podejmować przez ponad dwa miesiące próbę jej odtworzenia, winien po prostu zwrócić się do Konsorcjum Kobylarnia z prośbą o dodatkowe dane, czego jak sam przyznał nie uczynił.” Podniósł również, że Zamawiający bezzasadnie oparł swoje twierdzenia, w drodze analogii, na wyjaśnieniach Odwołujących sporządzonych dla M.p.o. Roszkowo, skoro w świetle Wyroku Izby Odwołujący nie byli zobowiązani do przedłożenia rzeczowej wyceny (rozbicia cenowego), a tym bardziej nie byli zobowiązani do jego przedstawienia dla wszystkich odcinków, które mają zostać wykonane w ramach postępowania. Ponadto, z uwagi na różnorodność, długość oraz inne

uwarunkowania co do odcinków zasadnym było podzielenie całego zamówienia na odcinki, które następnie podlegały indywidualnej wycenie. Tym samym, wg Odwołujących: „Również z tego powodu fakt przyjęcia przez Zamawiającego „analogii” wynikających z wyceny jednego odcinka względem pozostałych jest poważnym nadużyciem. Z uwagi na brak otrzymania rozbicia cenowego uwzględniającego R/M/S Zamawiający nie jest w stanie ocenić jakie konkretnie koszty przyjął Odwołujący na potrzeby wyceny danej „jednostki”, nie mówiąc już o wycenie całego odcinka lub odcinków.” Podkreślili – w odniesieniu do sposobu wyceny tłucznia – że w drugich wyjaśnieniach poinformowali Zamawiającego, że przewidują udział własny w zakresie nieingerującym w zakres prac, które zobowiązał się wykonać podmiot trzeci (Infra Silesia S.A.), któremu powierzone zostaną prace i roboty zgodne z treścią warunku udziału w postępowaniu, posiadają własny park maszyn oraz urządzeń niezbędnych do wykonania przedmiotu zamówienia, co pozwala na obniżenie ceny za wykonanie przedmiotu zamówienia w tym zakresie oraz w zakresie wszystkich prac i robót, które mają zostać wykonane na kontrakcie - okoliczność ta ma wpływ na sposób wyceny tego zakresu prac, co jest pomijane przez Zamawiającego. Co więcej, wskazali, że z ich wyjaśnień z 23 października jasno wynika, że: „(...) z całej ilości dostępnego starego tłucznia, jaka jest do pozyskania, tylko 20-30% będzie poddana oczyszczeniu. Zamawiający błędnie zinterpretował ten zapis, odnosząc go do ilości globalnej.” Po raz kolejny podkreślili, że na skutek wydania wyroku Izby, Zamawiający winien skierować kolejne wezwanie do wyjaśnienia RNC, które będąc zgodne z IDW pozwalałoby mu na ocenę wyceny (i założeń) przyjętych przez Odwołujących – w konsekwencji, jak wskazali – Zamawiający, na skutek własnych działań, nie posiada informacji na temat sposobu wyliczeń poz. 23, 24, 25 i 26. Wskazali również, że wbrew twierdzeniom Zamawiającego, koszty maszyn – zgodnie z treścią odpowiedzi na pytanie nr 968 – zostały ujęte w pozycji „Wymagania ogólne CZĘŚĆ R - KOSZTY OGÓLNE”, co dotyczy również maszyn nieujętych w zestawieniu szczegółowym takich jak zgrzewarka i dynamiczny stabilizator toru (DGS). Odnosząc się do wywodów dot. pozycji 36 wskazali, że „nie jest prawdą, aby część zamówienia objętą warunkiem udziału w Postępowaniu wykonywał Mirbud S.A. Z żadnej treści udzielonych wyjaśnień nie wynika, aby rozbudowę rozjazdów miał wykonać właśnie ten podmiot.” Kilukrotnie podkreślił, że Zamawiający nie był uprawniony do samodzielnego przekalkulowania ceny ofertowej, poprzez przyjęcie domniemań co do sposobu wyceny zamówienia przyjętych przez Odwołującego, lecz powinien doprecyzować wątpliwości w ramach procedury wyjaśniającej. Wskazał, że dokonana przez Zamawiającego rekalkulacja kosztów dotyczących rozjazdów nie jest zgodna z przyjętym przez Odwołujących zamierzeniem co do skorzystania z wariantowej oferty Cogifer, w ramach której zdecydowali się na realizację w oparciu o opcję tańszą – 40.000 zł w przypadku rozjazdów R500, w tym wypadku koszt transportu i rozładunku (w tym zabezpieczenie sprzętu w postaci dźwigu oraz kosztów lokomotywy) będzie ponosił Mirbud S.A., natomiast sam montaż zostanie dokonany przez Infra Silesia S.A. Ponadto, wbrew twierdzeniom Zamawiającego, Konsorcjum Kobyłarnia odpowiedziało precyzyjnie, gdzie zostały ujęte koszty ogólne i pośrednie, w tym koszty gwarancji. W uzasadnieniu odwołania wyjaśnił również aktualny status Konsorcjum Kobyłarnia na rynku zamówień kolejowych, wskazując, że jest ono jednym z najbardziej znaczących uczestników rynku zamówień publicznych w Polsce.

Na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą, Odwołujący, w ślad za wnioskiem o zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego, złożyli fakturę na kwotę brutto 3.600,00 zł tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

W odpowiedzi z dnia 19 lutego 2025 r. na odwołanie, Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości. Odnosząc się do zarzutu pierwszego dotyczącego naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 3 PZP w zw. z art. 118 ust. 2 i 4 PZP wskazał, że naruszenie art. 118 ust. 2 i 4 PZP w wyniku złożenia oferty Odwołujących jest jednoznaczne, po pierwsze dlatego, że uwzględniając specyfikę prac związanych z urządzeniami SRK, nie jest możliwe by, zakres prac, które zrealizowane mają zostać przez firmę Hitachi stanowił jedynie dostawy niewchodzące w zakres prac ujęty w warunkach udziału w postępowaniu, bowiem Infra Silesia nie ma prawa ingerencji w urządzenia wewnętrzne, które stanowią trzon całego systemu SRK, a których HITACHI jest producentem, przez co odpowiada za dostawę, montaż, zabudowę, uruchomienie i przeszkolenie personelu Zamawiającego. „W ramach niniejszego zamówienia konieczne będzie wprowadzenie zmian do oprogramowania komputerowych systemów SRK (stacyjnych oraz blokad liniowych), a zatem konieczne jest świadczenie usług polegających na przygotowaniu i implementacji oprogramowania, a nie jedynie dostawie urządzeń.” Ponadto, z uwagi na brzmienie warunku z pkt 8.6.1. IDW, w ramach którego wymagane było wykazanie się doświadczeniem w budowie lub przebudowie m.in. urządzeń SRK, podmiot Infra Silesia S.A., na doświadczenie której powołali się Odwołujący, zobowiązany jest do wykonania kompletu robót związanych branżą SRK, w skład których

wchodzą prace związane między innymi z montażem, wbudowaniem i zaprogramowaniem urządzeń wewnętrznych SRK. Podkreślił również, że wartość prac związanych z urządzeniami wewnętrznymi jest zdecydowanie wyższa niż dla urządzeń zewnętrznych i stanowi ponad 60% wartość branży SRK, a zatem stanowi kluczowy zakres prac branży SRK. wykonanie kluczowego. Zamawiający powołał się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej i przedstawił przykładowe projekty/zamówienia, które potwierdzają powszechną współpracę podmiotów z branży SRK. W zakresie dotyczącym sprzeczności treści oferty z art. 118 ust. 4 Pzp, Zamawiający wskazał, że Odwołujący wprost się przyznali, że pewnych okoliczności i dowodów nie ujawnili Zamawiającemu, choć mogli i powinni to uczynić w procedurze z art. 224 Pzp. W zakresie odnoszącym się do zarzutu 2 dotyczącego niezgodności treści oferty ze względu na niewłaściwe kruszywo, Zamawiający wyjaśnił, iż analiza przedstawionego przez Odwołujących zarzutu prowadzi do wniosku o nieznajomości przez nich treści SWZ, w tym dokumentacji stanowiącej załączniki do SWZ, w zakresie dokonania wyceny oraz sporządzenia kalkulacji ceny oferty zgodnie z warunkami tam wskazanymi. „Ewentualnie Odwołujący – pomimo znajomości treści SWZ – w sposób celowy i świadomy dokonał wyceny oferty w sposób niezgodny z warunkami zamawiającego w celu zaniżenia kosztów dla tej pozycji i w tym zakresie podjął nieuzasadnioną (i niezgodną z przepisami Pzp) próbę uzyskania przewagi konkurencyjnej nad pozostałymi uczestnikami postępowania.” Wyjaśnił dalej, iż wykonawcy zobowiązani byli do wyceny materiału wyszczególnionego wprost i jednoznacznie w przedmiarach udostępnionych wykonawcom – w zdecydowanej większości, tj. 90% należało wycenić tłuczeń nowy, a jedynie w miejscach, w których zamawiający wprost wskazał możliwe było dokonanie wyceny tłucznia oczyszczonego z uzupełnieniem tłuczniem nowym (10% długości torów), były to jednak pozycje o znaczeniu marginalnym. Wskazał, że też Odwołującego odnośnie możliwości zabudowania 20% tłuczniem oczyszczonym nie znajduje oparcia w dokumentacji postępowania. Wskazał również na dokumentację postępowania zawierającą obowiązek dokonania wyceny z zastosowaniem nowego tłucznia, tj.: Projekty Wykonawcze dla nw. odcinków: - 3.3.1.1. Rewitalizacja układu torowego na odcinku Gołańcz – granica województwa; - 3.2.4.1. Przebudowa układu torowego na stacji Gołańcz; - 3.2.3.1. Rewitalizacja układu torowego na odcinku Grylewo – Gołańcz; - 3.2.2.1. Przebudowa układu torowego na m.p.o. Grylewo; - 3.1.1.1. Przebudowa układu torowego na m.p.o. Roszkowo; - 3.2.1.1. Rewitalizacja układu torowego na odcinku Wągrowiec – Grylewo; - 3.1.3.1. Rewitalizacja układu torowego na stacji Wągrowiec. „Zamawiający zwraca uwagę, że dokładnie również wskazał w Przedmiarze Robót Układ Torowy, gdzie ma zostać zabudowany tłuczeń nowy (wynika to z opisów pozycji). Wykonawca powinien był przyjąć do wyceny tłuczeń nowy, wszędzie tam gdzie zostało to wskazane w SWZ. W ocenie Zamawiającego Wykonawca wycenił koszty w zakresie kruszywa niezgodnie z SWZ. Gdyby Zamawiający dopuścił taki sposób wyceny, wówczas oferty byłyby nieporównywalne – każdy wykonawca mógłby przyjąć inną ilość tłucznia.” Ponadto, wyjaśnił, iż pozycja RCO, na którą powołali się Odwołujący twierdząc, że Zamawiający wręcz nakazał wykonawcom taki sposób realizacji zamówienia, który umożliwia wykorzystanie kruszywa staroużytecznego, nie upoważnia do nieograniczonego użycia tego kruszywa, przeciwnie – pozycja ta dotyczy wyłącznie oceny przydatności tłucznia do ponownego wbudowania w tych pozycjach, które zostały wskazane w dokumentacji. Dodał, że warunek posiadania oczyszczarki był uzasadniony, skoro na niektórych odcinkach robót dopuszczony jest do zabudowy tłuczeń oczyszczony. Za niezasadne uznał odwołanie się przez Konsorcjum Kobyłarnia do odpowiedzi na pytania nr 122, 236 i 940. Zdaniem Zamawiającego, dokonał on jednoznacznego opisu przedmiotu zamówienia za pomocą dokumentacji projektowej, więc wykonawcy zobowiązani są do złożenia oferty zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, zaś Odwołujący nie zakwestionowali opisu przedmiotu zamówienia i nie formułowali w tym zakresie pytań. Reasumując, Zamawiający podkreślił, że w dokumentacji projektowej określił elementy, gdzie jest dopuszczone oczyszczenie tłucznia, a także określił elementy gdzie jednoznacznie wskazano tłuczeń nowy, przy czym brak jest postanowień dokumentacji, w których Zamawiający nie określiłby materiały jakiego wykonawca ma przyjąć do wyceny. Zdaniem Zamawiającego, Odwołujący natomiast złożył ofertę, w której w sposób dowolny określał materiał, a więc bez zastosowania wymagań Zamawiającego. W zakresie zarzutu trzeciego dotyczącego rażąco niskiej ceny, Zamawiający zwrócił uwagę, że odwołujący wykonawcy złożyli najniższą cenę w branży Układ Torowy ze wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty w przedmiotowym postępowaniu, a polega w tym zakresie w 100 % na potencjale podmiotów udostępniających zasoby, nie dysponując ani własnym doświadczeniem ani sprzętem, toteż Zamawiający może mieć wątpliwości co do sposobu wyceny oferty. Podkreślił, że wyjaśnienia Odwołujących z dnia 23 października 2024 r. dowodzą, że część kluczowych załączników była błędna oraz, że w rzeczywistości treść pierwszych wyjaśnień odnosiła

się i nawiązywała do błędnych załączników. Jego zdaniem: „Wykonawca tylko w zakresie Przedmiaru Układu torowe „pomylił się” w cenie wszystkich kluczowych materiałów tj. szyn, podkładów i rozjazdów. W rzeczywistości omyłka ta nie polegała jedynie na „niezałączeniu prawidłowej oferty” lecz na błędnych kalkulacjach, które wychwycił Zamawiający.” Zdaniem Zamawiającego, Odwołujący by „ratować” nieprawidłowo skalkulowaną cenę oferty oraz błędne wyjaśnienia własne ratują się zabiegiem o omyłkowym niezłożeniu oferty, lecz jest to modyfikacja wyjaśnień. Wskazał, że sformułowany przez Odwołujących argument o braku podstaw prawnych do odrzucenia oferty na podstawie pierwszych wyjaśnień nie znajduje uzasadnienia, gdyż Zamawiający stwierdził nieprawidłowości w tych wyjaśnieniach i w związku z tym wezwał wykonawcę do złożenia szczegółowych wyjaśnień – w efekcie część kolejnych wyjaśnień została przez Zamawiającego przyjęta, a część potwierdziła jego wątpliwości. Ponadto, wskazał, że wbrew twierdzeniom Odwołującego, Zamawiający nie odrzucił oferty ze względu na brak złożenia kalkulacji metodą RMS – Zamawiający respektuje wydany w tym zakresie wyrok Izby. Podkreślił, że Odwołujący niezasadnie wywodzą z tego orzeczenia, że albo całe drugie wyjaśnienia nie powinny być brane pod uwagę albo Odwołujący nie jest zobowiązany do wykazywania jakichkolwiek kosztów. W ocenie Zamawiającego, z przedmiotowego wyroku Izby wydanego w sprawie o sygn. KIO 3859/24 wynika, że: „(...) Zamawiający ma prawo oczekiwać od Wykonawcy wyjaśnienia każdej pozycji jednostkowej, po drugie Wykonawca ma obowiązek ustosunkować się (wyjaśnić) każdą pozycję, po trzecie Wykonawca ma obowiązek wskazać i udowodnić koszty każdej podanej ceny jednostkowej, po czwartej Wykonawca ma obowiązek wyjaśnić cenę za całe zadanie (wyjaśnienia muszą prowadzić do obalenia domniemania rażąco niskiej ceny). (...) powyższy wyrok KIO nie „unieważnił” złożonych przez odwołującego drugich wyjaśnień, które wykonawca przekazał zamawiającemu przed jego wydaniem. (...) na obecnym etapie postępowania odwoławczego podmiot ten nie może uchylić się od skutków prawnych przedstawionych Zamawiającemu wyjaśnień.” Zamawiający podkreślił, że ze względu na kosztorysowy charakter wynagrodzenia wypełnione pozycje Przedmiaru Robót winny zawierać wszelkie koszty (bezpośrednie i pośrednie) wykonania danej pozycji jednostkowej, bowiem Przedmiar Robót ma kluczową funkcję w zakresie wyliczenia i ustalenia wysokości należnego wynagrodzenia wykonawcy. Zwrócił również uwagę, że Odwołujący poza ogólnym i lakonicznym zaprzeczeniem oraz polemiką z wezwaniami Zamawiającego nie weszli w ogóle w spór merytoryczny dotyczący ceny złożonej oferty dla konkretnego elementu robót, tj. nie sformułowali podstawy faktycznej zarzutu w zakresie merytorycznym, a mianowicie prowadzącym do wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny – tzn. wskazującym na konkretne koszty i wyliczenia ceny, które są prawidłowe, rzetelne, a w szczególności kwestionujące stanowisko Zamawiającego. W odniesieniu do kosztów transportu rozjazdów, gdzie Zamawiający oczekiwał bardziej szczegółowych wyjaśnień, wskazał, że odwołujący wykonawcy nie udzielili praktycznie żadnych wyjaśnień. W zakresie kalkulacji kruszywa wskazał, że przyjęty przez Odwołujących nieprawidłowy materiał (niezgodny z dokumentacją projektową) doprowadził jednocześnie do nieprawidłowo wyliczonej ceny oferty, a więc znacznie zaniżonej w stosunku do pozostałych ofert. Ponadto, zdaniem Zamawiającego, to Odwołujący dopuścił się manipulacją przy kursie euro by wykazać inną cenę materiału. Na szczególną uwagę zdaniem Zamawiającego, zasługuje fakt, że Odwołujący w treści odwołania nie podjęli nawet próby wskazania błędnego przyjęcia przez Zamawiającego określonych kosztów (rodzaj), a także ich ilości i znaczenia dla realizacji tych pozycji. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wskazał na konkretne wyliczenia. Zdaniem Zamawiającego, Odwołujący utożsamiają wydany w sprawie wyrok Izby z brakiem złożenia jakichkolwiek wyjaśnień, a więc traktują wyrok jako indywidualne zwolnienie tego podmiotu z konieczności wyjaśnienia kalkulacji ceny swojej oferty. W odniesieniu do twierdzeń dotyczących konieczności dokonywania indywidualnej oceny każdego z odcinków, Zamawiający wskazał, że: to „Wykonawca wyceniał roboty identycznie niezależnie od odcinka. W uzasadnieniu odrzucenia do każdej przytoczonej pozycji Zamawiający wykazał na podstawie wyliczeń przekroczenia kosztów względem cen ujętych w przedmiarach. Tym samym to podane przez Odwołującego ceny jednostkowe najlepiej odzwierciedlają ową „tożsamość” robót niezależnie od odcinka.” Zamawiający podkreślił, że Odwołujący wprost wskazał, że Zamawiający nie ma dostatecznych danych na zbadanie ceny oferty, a tym samym że wykonawca nie udzielił mu żadnych wyjaśnień. Odnosząc się do argumentacji dotyczącej ujęcia w kalkulacji kosztów maszyny – stabilizatora DGS, Zamawiający wyjaśnił, że wszystkie pozostałe główne maszyny zostały wykazane w kosztach dla tej pozycji, a w zakresie stabilizatora DGS – w sytuacji gdy Zamawiający wykazał brak tych kosztów – okazało się dopiero w odwołaniu, że koszt tej maszyny został rzekomo ujęty gdzie indziej, co jednak Odwołujący zobowiązani byli przedstawić już po wezwaniu do pierwszych wyjaśnień, obecnie wskazanie na tą okoliczność jest spóźnione. Zamawiający podtrzymał w

pełni swoje stanowisko odnośnie poz. 36 zawarte w uzasadnieniu odrzucenia oferty. W zakresie argumentacji dotyczącej przyjętej ilości tłucznia Zamawiający wskazał na manipulację, skoro jego zdaniem z wyjaśnień Konsorcjum Kobyłarnia jednoznacznie wynika, że przyjęło ono do wyceny zakup nowego tłucznia w ilości 80% całkowitej ilości wskazanej w przedmiarze robót dla pozycji związanych z: wykonaniem subwarstwy tłucznia i balastowania toru wraz z uzupełnieniem tłucznia, zaś pozostałe 20% zamiast tłucznia nowego zamierza wykorzystać staroużyteczny tłuczeń. „W chwili obecnej Odwołujący odwraca sytuację o 180 stopni jakoby te 20-30% to stanowiło część tłucznia starego. Istota problemu sprowadza się nie do stopnia zanieczyszczenia tłucznia starego ani ilości planowanego oczyszczenia tłucznia, lecz do wykorzystania tłucznia nowego - Odwołujący zaplanował wykorzystać tłuczeń stary w ilości 20% nowego.” Podniósł również, że Zamawiający szczegółowo uzasadnił swoje stanowisko dotyczące pozycji "pozostałe materiały" w uzasadnieniu odrzucenia. Podkreślił, że przecież Odwołujący w zestawieniu dla MPO Roszkowo wskazał koszt transportu i zabudowy rozjazdu R500 (technologia blokowa transport i zabudowa) w wysokości wyższej niż wskazuje w odwołaniu. Tym samym, w ocenie Zamawiającego, obecnie Konsorcjum Kobyłarnia usiłuje zmieniać treść złożonych wyjaśnień wskazując tylko na koszty transportu tylko i wyłącznie w celu zmieszczenia się w kwocie wskazanej w poz. "materiał pozostały". W odniesieniu do wyjaśnienia kosztów pośrednich, podniósł, że Konsorcjum Kobyłarnia w wyjaśnieniach w żaden sposób nie starał się uwiarygodnić tych kosztów.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpienie zgłosił wykonawca PORR S.A. w Warszawie. W piśmie procesowym z dnia 18 lutego 2025 r. wniósł o oddalenie odwołania w całości jako bezzasadnego, popierając podstawy i przyczyny odrzucenia oferty Odwołujących wskazane w informacji Zamawiającego z dnia 21 stycznia 2025 r. Oparł się na argumentacji zbieżnej z argumentacją odpowiedzi na odwołanie, dodając ponadto, że w zakresie sprzeczności oferty z art. 118 ust. 4 PZP, Odwołujący z uwagi na to, że koszty udostępnienia sprzętu będzie pokrywała Infra Silesia, będzie uzależniony od wypłacalności oraz terminowości tego podmiotu, a zatem dostęp do zasobów będzie ograniczony i zależny od tego podmiotu, tym samym Odwołujący tylko pozornie będzie dysponował tym sprzętem. Powołując się na zamieszczone w piśmie zdjęcia linii kolejowej, wskazał, iż przedstawiony na nich stan techniczny linii, w tym tłucznia i okres jego wykorzystania (w niektórych przypadkach – od lat 70-tych XX wieku), jednoznacznie wskazują, że materiał ten nie będzie mógł być wykorzystany do ponownego wbudowania. Zwrócił uwagę na wymagania dokumenty wewnętrznego Zamawiającego pt. „Warunki techniczne wykonania i odbioru podsypki tłuczniowej naturalnej i recyklingu stosowanej w nawierzchni kolejowej Id-110”, z którego zdaniem Przystępującego, jednoznacznie wynika niewielki stopień możliwego ponownego wykorzystania materiału staroużytecznego na podsypkę tłuczniową. Wskazał, że według projektów wykonawczych oraz regulacji zamawiającego do odzyskania możliwe jest maksymalnie 1,8% całości tłucznia niezbędnego na subwarstwę, przy założeniu Odwołujących – że do odzyskania możliwe jest 20-30% materiału staroużytecznego, ponadto jego wykorzystanie wymaga oceny, czy taki tłuczeń spełnia wymagania określone w ww. Instrukcji. Przystępujący w całości poparł również argumentację Zamawiającego odnoszącą się do podstawy odrzucenia oferty Odwołujących, o której mowa w art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 PZP, w tym co do wad i nieścisłości przedstawionych w poszczególnych elementach wyceny oferty. W odniesieniu do kosztów transportu podkładów wskazał, iż jego zdaniem Odwołujący – składając nową ofertę producenta podkładów i wyjaśniając, że transport będzie odbywał się własnymi środkami – całkowicie przekształcili strukturę kosztorysową ww. prac, zmieniając wartości poszczególnych materiałów oraz zasady transportu, tak aby była ona zgodna z ogólnie przyjętą wartością tego rodzaju robót. Analogicznie wskazał odnośnie kalkulacji ceny rozjazdów i cen jednostkowych w Przedmiarze Robót – Układy Torowe. Odnosząc się do argumentacji Odwołujących dotyczącej skutków wyroku Izby o sygn. akt KIO 3859/24) podniósł, że: „Odwołujący nie dostrzega jednak różnicy, pomiędzy odmówieniem dopuszczalności żądania rozbicia ceny według metody RMS od weryfikowania realności wyceny według tej metody. To że Izba uznała za niezasadne żądanie takiego rozbicia ceny, nie oznacza zatem, że Zamawiający nie mógł weryfikować założeń cenowych Odwołującego w podziale na robociznę, materiały oraz sprzęt. (...) Izba zakwestionowała (...) wyłącznie metodę wyjaśnienia kalkulacji ceny, a nie potrzebę uszczegółowienia wyjaśnień i odpowiedzenia na wszelkie wątpliwości Zamawiającego.” Przystępujący w całości podzielił również wnioski płynące z analizy finansowej zweryfikowanych pozycji z Przedmiaru Robót – Układy Torowe. Zdaniem PORR S.A., wbrew twierdzeniom Odwołujących, Zamawiający otrzymując wyjaśnienia z 23 października nie miał podstaw dla dalszego wzywania do wyjaśnień ze względu na to, że w drugim wezwaniu Zamawiający dokładnie wskazał na wątpliwości, zaś Odwołujący nie podołał ciężarowi dowodowemu, przedstawiając

sprzeczne ze sobą i niewystarczające dla oceny realności jego oferty, informacje oraz dokumenty. Podkreślił, że wynagrodzenie za realizację zamówienia ma charakter obmiarowy, co oznacza, że wykonawca będzie rozliczał się z Zamawiającym na podstawie faktycznie wykonanej ilości prac, które będą podlegać obmiarowi i następnie wycenie, zgodnie z cenami jednostkowymi zawartymi w RCO. „Niedoszacowanie kosztów prac przez Odwołującego powoduje zatem, że w przypadku wykonania prac w ilości większej niż wynika z przedmiaru robót wzrastać będą również koszty dla Odwołującego (przy czym kosztów tych nie pokryje Zamawiający, ponieważ Odwołujący niedoszacował ich w cenach jednostkowych), a wraz z tym ryzyko niewykonania zamówienia.”

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że odwołanie nie zawiera braków formalnych i terminowo został uiszczony wpis od odwołania w wymaganej wysokości. Odwołanie nie podlega również odrzuceniu na podstawie art. 528 PZP.

Izba uznała także, że Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, bowiem posiada interes w uzyskaniu zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów PZP. Odwołujący wskazał, że gdyby Zamawiający przeprowadził czynności w postępowaniu zgodnie z treścią PZP oferta Odwołującego zostałaby sklasyfikowana na pierwszym miejscu w rankingu ofert, a tym samym uzyskałby on zamówienie. Izba ustaliła, że w postępowaniu wpłynęło 13 ofert, w tym: oferta Odwołującego z ceną brutto 227.437.662,93 zł, oferta Przystępującego PORR z ceną brutto 243.392.400,00 zł, oferta ZUE S.A. w Krakowie z ceną brutto: 248.356.482,77 zł oraz oferta Przedsiębiorstwo Napraw i Utrzymania Infrastruktury Kolejowej w Krakowie sp. z o.o. w Krakowie z ceną brutto 261.638.886,11 zł. Kryterium oceny ofert stanowiła cena całkowita brutto – 100%. Zgodnie z informacją o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 21 stycznia 2025 r., za najkorzystniejszą została uznana oferta Przystępującego PORR – z punktacją 100 pkt, kolejno oferta Przedsiębiorstwo Napraw i Utrzymania Infrastruktury Kolejowej w Krakowie sp. z o.o. uzyskała 93,03 pkt. Oferta Odwołującego oraz oferta ZUE S.A. zostały odrzucone. W efekcie, zgodzić należy się w Odwołującym, że w wyniku działań i zaniechań Zamawiającego, może on ponieść szkodę polegającą na utracie korzyści wynikających z realizacji zamówienia. Tym samym, spełnione są przesłanki materialnoprawne skorzystania ze środka ochrony prawnej, jakim jest odwołanie, wynikające z art. 505 PZP.

Do niniejszego postępowania odwoławczego – po stronie Zamawiającego – skutecznie przystąpił wykonawca PORR S.A. w Warszawie.

Wynikającym z pkt 2 Instrukcji dla Wykonawców (dalej jako: „IDW”) zawartej w Tomie I Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej jako: „SWZ”) przedmiotem zamówienia jest wykonanie robót dla zadania pn.: „Rewitalizacja linii kolejowej nr 356 na odcinku Wągrowiec – Gołańcz – granica województwa”. Całość przedmiotu zamówienia obejmuje wykonanie następujących elementów: 1) Realizacji robót w zakresach: nawierzchnia i podtorze, Zaopiecznia sterowania ruchem kolejowym (dalej jako: „SRK”), urządzenia i systemy telekomunikacyjne, urządzenia i układy elektroenergetyki do 1 kV, obiekty inżynieryjne, perony i obiekty kubaturowe, przejścia i przejazdy, 2) Realizacji robót polegających na budowie obiektów służących ochronie środowiska, 3) Dokumentacji powykonawczej. Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia przedstawiony został w Specyfikacjach Technicznych Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych (STWIORB) oraz Części opisowej i rysunkowej Dokumentacji Projektowej, stanowiących Tom III SWZ oraz w Przedmiarze Robót stanowiącym odrębny Tom IV SWZ.

Zgodnie z pkt 3 IDW, okres realizacji zamówienia to 18 miesięcy, od daty zawarcia umowy, zgodnie z § 4 Warunków Umowy, znajdujących się w Tomie II SWZ, w tym: a) zakończenie wszystkich Robót (z zastrzeżeniem punktu b), stwierdzone dokonaniem przez Zamawiającego ostatniego Odbioru Końcowego, w tym przekazanie Zamawiającemu kompletnej dokumentacji powykonawczej oraz dostarczenie Zamawiającemu kompletu dokumentów związanych z procesem certyfikacji 14 miesięcy od daty zawarcia umowy; b) dostarczenie Zamawiającemu zezwoleń na dopuszczenie do eksploatacji podsystemów strukturalnych, zgodnie z ustawą o transporcie kolejowym – nie dłużej niż w ciągu 4 (czterech) miesięcy od daty dokonania przez Zamawiającego Ostatniego Odbioru Końcowego.

O udzielenie Zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące, w szczególności zdolności technicznej lub zawodowej (pkt 8.2.4 IDW). W świetle pkt 8.6.1 lit. d) SWZ, Zamawiający ustala następujące szczegółowe warunki udziału w postępowaniu, tj.: w zakresie warunku określonego w punkcie 8.2.4 IDW wymagane jest wykazanie przez wykonawcę, że w okresie ostatnich 8 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie wykonał: Budowę lub Przebudowę co najmniej 1 systemu stacyjnego, urządzeń SRK (sterowania ruchem kolejowym), na stacji liczącej co najmniej 10 zwrotnic.

Jak zastrzegł Zamawiający w pkt 8.3. IDW, wykonawca w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części może polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej podmiotów udostępniających zasoby, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków prawnych. Wykonawca, który polega na

zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby, musi udowodnić Zamawiającemu, że realizując Zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów, przedstawiając zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji Zamówienia lub inny Podmiotowy Środek Dowodowy potwierdzający powyższe okoliczności. Zamawiający będzie ocenił, czy udostępniane wykonawcy przez podmioty udostępniające zasoby zdolności techniczne lub zawodowe lub ich sytuacja finansowa lub ekonomiczna pozwalają na wykazanie przez wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz badań, czy nie zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia określone w punkcie 8.7 IDW. Jeżeli Wykonawca, wykazuje spełnienie warunków, o których mowa w punkcie 8.2.3-8.2.4 i 8.6 IDW i powołuje się na zasoby podmiotów udostępniających zasoby w celu wykazania braku wobec niego podstaw do wykluczenia oraz spełnienia, w zakresie w jakim powołuje się na ich zasoby, warunków udziału w postępowaniu – zamieszcza informację o tych podmiotach w Formularzu Ofertowym. Zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby lub inny Podmiotowy Środek Dowodowy potwierdzają, że stosunek łączący wykonawcę z podmiotami udostępniającymi zasoby gwarantuje rzeczywisty dostęp do tych zasobów oraz określa w szczególności: zakres dostępnych wykonawcy zasobów podmiotu udostępniającego zasoby; sposób i okres udostępnienia wykonawcy i wykorzystania przez niego zasobów podmiotu udostępniającego te zasoby przy wykonywaniu zamówienia; czy i w jakim zakresie podmiot udostępniający zasoby, na zdolnościach którego wykonawca polega w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, zrealizuje roboty budowlane lub usługi, których wskazane zdolności dotyczą. W odniesieniu do warunków dotyczących kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane (pkt 8.3.5 IDW). Wykonawca nie może, po upływie terminu składania ofert, powoływać się na zdolności lub sytuację podmiotów udostępniających zasoby, jeżeli na etapie składania ofert nie polegał on w danym zakresie na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby (pkt 8.3.6. IDW). Jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe, sytuacja ekonomiczna lub finansowa podmiotu udostępniającego zasoby nie potwierdzają spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, Zamawiający żąda, aby wykonawca w terminie określonym przez Zamawiającego zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami albo wykazał, że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu (pkt 8.5. IDW).

Zamawiający wymagał również wykazania dostępności – w celu realizacji zamówienia – w szczególności do co najmniej 1 szt. oczyszczarki tłuczni o wydajności co najmniej 600 m³/h wraz z wagonami taśmociągowymi (pkt 8.6.2 IDW).

W celu wstępnego potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu wykonawca ograniczy się do ogólnego oświadczenia dotyczącego wszystkich kryteriów kwalifikacji poprzez wypełnienie sekcji α w części IV i nie wypełnia żadnej z pozostałych sekcji w części IV Jednolitego Dokumentu (pkt 9.1. IDW). Wykonawca, w przypadku polegania na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby, przedstawia także Jednolity Dokument podmiotu udostępniającego zasoby, potwierdzający spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie, w jakim wykonawca powołuje się na jego zasoby, którego wzór stanowi Załącznik Nr 1 C do IDW, dotyczący każdego z tych podmiotów. Oświadczenie należy złożyć wraz z zobowiązaniem podmiotu udostępniającego zasoby, którego wzór stanowi Załącznik nr 1A do IDW lub innym Podmiotowym Środkiem Dowodowym potwierdzającym oddanie do dyspozycji Wykonawcy niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji Zamówienia (pkt 9.2. IDW).

W pkt 12.1 IDW Zamawiający wskazał, że podana w ofercie cena ofertowa brutto musi uwzględniać wszystkie wymagania SWZ oraz obejmować wszystkie koszty bezpośrednie i pośrednie, jakie poniesie wykonawca z tytułu terminowego i prawidłowego wykonania całości przedmiotu zamówienia oraz podatek od towarów i usług (nie dotyczy wykonawców zagranicznych, którzy nie są płatnikami podatku VAT w Polsce). Ponadto, wg pkt 12.4 IDW, wykonawca musi dołączyć do oferty wypełniony Przedmiar Robót. Wykonawca musi wycenić i wypełnić wszystkie pozycje Przedmiaru Robót. Przyjmuje się, że wartość każdej pozycji w wypełnionym Przedmiarze Robót obejmuje pełen zakres prac i robót potrzebnych do zrealizowania w ramach tej pozycji, łącznie ze wszystkimi kosztami, które są niezbędne do poniesienia dla wykonania opisanych prac i robót oraz ich zabezpieczenia i utrzymania w trakcie realizacji wraz ze wszystkimi tymczasowymi robotami i instalacjami koniecznymi do wykonania w ramach pozycji, a także koszty spowodowane przez zastosowanie się podczas wykonywania robót do wszystkich obowiązujących w Dacie Odniesienia przepisów i praw krajowych, lokalnych lub europejskich.

Jak stanowi pkt 19 IDW, wykonawcy zaleca się odwiedzenie i sprawdzenie miejsca Robót oraz jego otoczenia, w celu oceny, na własną odpowiedzialność, kosztu i ryzyka, jako czynników koniecznych do przygotowania oferty i zawarcia umowy w Postępowaniu. Wizyta ma charakter fakultatywny.

Stosownie do treści art. 139 ust. 1 PZP, Zamawiający oświadcza, iż w pierwszej kolejności dokona oceny ofert a następnie zbada czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu (pkt 20.1 IDW).

Tom III SWZ obejmuje Opis przedmiotu zamówienia (dalej jako: „OPZ”), w tym Specyfikacje Techniczne Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych (STWiORB) i dokumentację projektową (część opisową i rysunkową). Wg ogólnego opisu przedmiotu zamówienia jest nim wykonanie rewitalizacji linii kolejowej nr 356 Poznań Wschód – Bydgoszcz Główna na odcinku zaczynającym się przed stacją Wągrowiec a kończącym się na granicy województw wielkopolskiego i kujawsko pomorskiego, tj. na odcinku od km 50,104 do km 78,392, przy czym w zakresie od km 50,104 do km 50,772 i od km 51,984 do km 52,406 zakłada się tylko prace utrzymaniowe (wymiana szyn wraz ze zgrzewaniem styków szyn) wraz z wymianą szyn na przejazdach kolejowo-drogowych, a główne prace torowe planuje się w zakresie od km 52,406 do km 78,392. Na tym fragmencie linii kolejowej znajduje się 5 punktów eksploatacyjnych : Kobylec, Grylewo, Laskownica, Golańcz i Panigródz. Dodatkowo zakres robót budowlanych obejmuje kluczowy element dla zwiększenia przepustowości linii kolejowej nr 356, warunkujący możliwość uruchomienia dodatkowych pociągów z Poznania w kierunku Wągrowca – Golańczy oraz Kcyni i Bydgoszczy, t.j. odtworzenie mijanki Roszkowo Wągrowieckie na szlaku Sława Wlkp. – Wągrowiec. Ponadto, zakres robót budowlanych obejmuje także budowę nowego przystanku osobowego o nazwie Wągrowiec Południowy. Zakres robót budowlanych w branżach sterowania ruchem kolejowym i telekomunikacji obejmuje także włączenie funkcjonalne do LCS Wągrowiec obiektów we wskazanych wyżej lokalizacjach. Zamówienie obejmuje wykonanie robót budowlanych w zakresie branż: torowej (układ torowy wraz z rozjazdami oraz odwodnieniem i wzmocnieniem podtorza), obiektów inżynierskich, przejazdów kolejowo – drogowych, obiektów obsługi podróży i małej architektury, obiektów kolejowych, urządzeń sterowania ruchem kolejowym, elektroenergetyki do 1 kV, telekomunikacji, ochrony środowiska, sanitarnej, konstrukcyjno-budowlanej, rozbiórki i likwidacji infrastruktury, wycinki drzew i krzewów oraz nasadzeń drzew i krzewów. Ponadto zamówienie obejmuje wykonanie projektów wykonawczych dla branży SRK oraz telekomunikacyjnej. Ponadto zakres robót budowlanych obejmuje także budowę nowego przystanku osobowego o nazwie Wągrowiec Południowy.

Co do p.o. Roszkowo – Zamawiający w pkt 2.2.2.1.1. OPZ wskazał, że nawierzchnię kolejową toru nr 1 linii na długości przedmiotowego odcinka tworzą szyny UIC60 z przytwierdzeniem SB na podkładach strunobetonowych PS-83 (tor bezstykowy, modernizacja w 2011) ułożonych na podsypce tłuczniowej o grubości warstwy 0,35 m. Stan techniczny nawierzchni ocenia się jako dobry.

W zakresie nawierzchni torowej, zgodnie z pkt 3.5.1.1 OPZ Zamawiający wskazał, że przyjmuje się następujące standardy konstrukcyjne nawierzchni: 1) Tory szlakowe i główne zasadnicze: podsypka nowa z tłucznia klasy I, gatunek 1 o grubości warstwy 0,35m, 2) Tory główne dodatkowe i boczne: Podsypka nowa z tłucznia klasy I, gatunek 1 o grubości warstwy 0,30 m.

W Projekcie budowlanym, przykładowo dla m.p.o. Roszkowo „2.1.1.1 Przebudowa układu torowego na m.p.o Roszkowo. Układy torowe” wskazano, że nowy tłuczeń kamienny o frakcji 31,5-50 mm, winien spełniać warunki normy PN-EN13450:2004 „Kruszywa na podsypkę kolejową” wraz z normami związanymi. Dodatkowo podsypka winna spełniać wymagania WTWiO podsypki tłuczniowej naturalnej i recyklingu stosowanej w nawierzchni kolejowej nr ILK3b-5100/10/07. Zasady wykorzystania starej podsypki muszą być również zgodne ze wspomnianymi WTWiO. Analogiczny zapis znajduje się w Projektach wykonawczych

Zestawienie projektowanych robót nawierzchniowych przedstawiają tabele zawarte w ww. Projekcie budowlanym. Przykładowo w Tabeli nr 4 wskazano:

Z kolei, w Tabeli 5 wskazano:

Analogiczne tabele zostały zawarte w Projektach wykonawczych.

Zgodnie z pkt 4.4. Rozjazdy Projektu budowlanego, dla wszystkich nowych rozjazdów przyjmuje się podsypkę tłuczniową, tłuczeń nowy, klasy I, gatunek 1, grubość warstwy: – 0,35 m w torach głównych zasadniczych/ połączeniach torów głównych, – 0,30 m w torach głównych dodatkowych i bocznych. Analogiczny zapis znajduje się w Projektach wykonawczych.

W Tomie IV SWZ zawarto Przedmiary robót. W szczególności w Przedmiarze dla Układów torowych (5.2.0.1) w pozycji Roboty rozbiórkowe wskazano:

W odpowiedzi na pytanie nr 122 o treści: „Prosimy o podanie stopnia zanieczyszczenia tłucznia na odcinkach, gdzie należy do ponownej zabudowy wykorzystać częściowo oczyszczony tłuczeń, a częściowo nowy, np. m.p.o. Roszkowo”, Zamawiający wskazał: „Szacunkowe zanieczyszczenie dla odcinka Sława Wlkp. – Wągrowiec ok. 20-30 %, dla odcinka Wągrowiec – Golańcz – granica województwa ok. 70-80 %. Zamawiający zwraca uwagę, że w ramach wizji terenowej Oferent może ocenić i zweryfikować szacunkowe wartości podane przez Zamawiającego.”

W odpowiedzi na pytanie nr 236: „Czy Zamawiający potwierdza konieczność zakupu nowego tłucznia i brak możliwości użycia tłucznia po oczyszczeniu?” Zamawiający wskazał, że: „Wbudowanie tłucznia zgodnie z projektami

wykonawczymi branży układy torowe, OPZ oraz obowiązującymi u Zamawiającego aktualnymi przepisami, warunkami technicznymi, wytycznymi.”

Z kolei, Zamawiający udzielił następującej odpowiedzi: „Tłuczeń na sub-warstwę i uzupełnienia należy wykonać zgodnie z zapisami dokumentacji projektowej oraz wewnętrznymi regulacjami Zamawiającego.” w związku z pytaniem nr 940 o treści: „Czy oczyszczony tłuczeń pochodzący z demontażu można wbudować w nowo zabudowywaną nawierzchnię jako subwarstwę tłucznią na całej długości prac torowych, czy tylko na odcinkach wskazanych w poszczególnych OPZ (np. st. Wągrowiec, m.p.p. Roszkowo, tam, gdzie taka informacja widnieje w tabeli).”

W związku z pytaniem nr 968 o treści: „W związku ze zmianą do SWZ „Pytania i odpowiedzi cz.V i zmiana SWZ nr 5” wprowadzoną w dniu 2024.07.12, a polegającą na dodaniu do Tom IV rachunku „Przedmiar robót Część R” prosimy o określenie jaki zakres czynności należy uwzględnić w wycenie pozycji R4 „Koszt utrzymania personelu biura budowy.” PR Część R. Prosimy o uzupełnienie zapisów SWZ tak by oferty i wyceny ofertowe przygotowane przez różnych wykonawców/offerentów mogły być uznane za wzajemnie porównywalne i miarodajne w stosunku do oczekiwań Zamawiającego.”, Zamawiający wskazał: „Zamawiający wyjaśnia, że koszty utrzymania zaplecza Wykonawcy opisane zostały w §9 ust. 14 Umowy i obejmują koszt zatrudnienia, w tym koszty wynagrodzeń personelu oraz mieszkań służbowych Personelu Wykonawcy, podróży służbowych, delegacji.”

Konsorcjum Kobylarnia oświadczyło w ofercie, że wykazując spełnianie warunków udziału w postępowaniu będzie polegać na zasobach m.in. następujących podmiotów: 1) Infra Silesia S.A. – w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej; 2) Leonhard Weiss Maszyny Torowe sp. z o.o. – w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej; 3) Przedsiębiorstwo Budownictwa Specjalistycznego „TRANSKOL” sp. z o.o. – w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej oraz 4) Vossloh Cogifer Polska sp. z o.o. - w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej. Ponadto, oświadczyło, że zamówienie zrealizuje z udziałem podwykonawców polegając na zasobach ww. podmiotów, na zasadach określonych w art. 112 ust. 2 PZP i powierzy wykonanie następujących części zamówienia, w szczególności: 1) Infra Silesia S.A. – roboty branży torowej, SRK; 2) Leonhard Weiss Maszyny Torowe sp. z o.o. – sprzęt kolejowy; 3) „TRANSKOL” sp. z o.o. – sprzęt kolejowy; 4) Vossloh Cogifer Polska sp. z o.o. – wagony do przewozu rozjazdów w blokach.

Do oferty, Konsorcjum Kobylarnia dołączyło zobowiązania ww. podmiotów, i tak:

- 1)Vossloh Cogifer Polska sp. z o.o. zobowiązał się do oddania na potrzeby zamówienia zasobów dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie wskazanym w SWZ pkt 8.6.2 ppkt k, tj. co najmniej 1 zestaw, w każdym min. 3 szt. wagonów do transportu rozjazdów w blokach, w sposób bezpośredni poprzez samodzielnie używanie ww. sprzętu przy realizacji przedmiotowego zamówienia, na podstawie umowy o najem sprzętu, przez cały okres realizacji inwestycji,
- 2)Leonhard Weiss Maszyny Torowe sp. z o.o. zobowiązał się do oddania na potrzeby zamówienia zasobów dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej, tj. co najmniej 1 szt. - koparka o pojemności łyżki co najmniej 1,5 m³, ▪ co najmniej 1 szt. - koparka dwudrogowa z osprzętem: chwytak, łyżka do skrawania skrętna, łyżka podsiębierna o min. pojemności 0,8 m³, ▪ co najmniej 1 szt. – automatyczna podbijarka toru, ▪ co najmniej 1 szt. - podbijarka uniwersalna torowo-rozjazdowa do podrozjazdnic betonowych, ▪ co najmniej 1 szt. - stabilizator dynamiczny toru ▪ co najmniej 1 szt. - profilarka tłucznia, ▪ co najmniej 1 szt. - koparka dwudrogowa z osprzętem do profilacji ▪ co najmniej 1 szt. - zgrzewarka do szyn z komputerowym rejestratorem procesu zgrzewania, poprzez wynajem sprzętu na podstawie umowy najmu na okres realizacji zamówienia, aż do jego całkowitego wykonania;
- 3)Przedsiębiorstwo Budownictwa Specjalistycznego „TRANSKOL” sp. z o.o. zobowiązał się do oddania na potrzeby zamówienia zasobów dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej poprzez udostępnienie: co najmniej 1 szt. – stacjonarna oczyszczarka tłucznia; co najmniej 1 zestaw, w każdym min. 10 szt. wagonów samowyladowczych do przewozu kruszywa wraz z lokomotywą, poprzez wynajem sprzętu na podstawie umowy najmu na okres realizacji zamówienia, aż do jego całkowitego wykonania;
- 4)Infra Silesia S.A. zobowiązał się do oddania na potrzeby wykonania zamówienia zasobów dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie wykonania w okresie ostatnich 8 lat przed upływem terminu składania ofert, w szczególności w zakresie - Budowy lub Przebudowy co najmniej 1 (jednego) systemu stacyjnego, urządzeń SRK (sterowania ruchem kolejowym), na stacji liczącej co najmniej 8 zwrotnic. Udostępnienie tych zasobów będzie polegało na udziale w realizacji zamówienia, w zakresie w jakim zasób został udostępniony, na zasadzie podwykonawstwa co do realizacji robót w zakresie branży torowej, peronowej i SRK – w całym okresie realizacji zadania, aż do jego całkowitego wykonania,

Dnia 12 września 2024 r., Zamawiający – działając w oparciu o art. 224 ust. 1 w zw. z art. 224 ust. 2 pkt 1 PZP, zażądał od Odwołujących udzielenia szczegółowych i merytorycznych wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ

na wysokość ceny zaproponowanej dla przedmiotowego zamówienia, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny za realizację zamówienia. Przytoczył treść art. 224 ust. 3 PZP obejmującego przykładowy zakres wyjaśnień. Wskazał, że wyjaśnienia powinny dotyczyć istnienia konkretnych uwarunkowań i obiektywnych czynników, jakie towarzyszyć będą realizacji zamówienia, które wpłynęły na wysokość oferowanej ceny wraz ze wskazaniem opisu tych czynników oraz skali tego wpływu (zarówno merytorycznego jak i finansowego). Termin złożenia wyjaśnień został prolongowany przez Zamawiającego na wniosek Konsorcjum Kobyłarnia.

Dnia 30 września 2024 r. Odwołujący złożyli stosunkowo obszerne i szczegółowe wyjaśnienia, w części objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. Na wstępie potwierdzili, że kalkulacja ceny ofertowej została przygotowana w pełni prawidłowo, rzetelnie, zgodnie z wymaganiami Zamawiającego wyrażonymi treścią SWZ oraz zawiera cenę rynkową, gwarantującą wykonanie zamówienia i zapewniającą wykonawcy zysk. Uwzględnili wszystkie elementy cenotwórcze niezbędne do dokonania prawidłowej wyceny, przy czym zaznaczyli, że wykonawca dopiero rozpoczyna swoją działalność na rynku realizacji robót budowlanych dotyczących inwestycji kolejowych, stąd dokonując kalkulacji ceny oferty własnej posiłkował się również doświadczeniem podmiotów, z udostępnienia zasobów których korzysta, uwzględniając w tym zakresie przedłożone przez te podmioty ofert podwykonawcze. Zastrzegł, że dokonując kalkulacji swojej oferty opierał się na ilościach wynikających z Przedmiarów Robót. Zwrócił uwagę, że ceny ofertowe zawarte w ofertach wykonawców PORR S.A. oraz ZUE S.A, które to firmy posiadają bogate doświadczenie na rynku robót budowlanych obejmujących realizację inwestycji kolejowych, których to ceny różniły się od ceny ofertowej wykonawcy odpowiednio jedynie o: 6,55% oraz 9,16%. Zaznaczył również, iż kwota jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia jest niższa od wszystkich ofert złożonych w tym postępowaniu, co miało by stanowić argument mający wpływ na ocenę wyjaśnień rażąco niskiej ceny przedłożonych przez Odwołujących. Wskazał na wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo korzystne warunki dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych. Wykazał zgodność kalkulacji oferty ze stosownymi przepisami, w tym dotyczącymi kosztów pracy. W zakresie wyjaśnień szczegółowych, Konsorcjum wskazało na aspekty i kalkulacje mające potwierdzić wycenę w zakresie robót dotyczących układów torowych, obiektów kolejowych, przejazdów kolejowo-drogowych, obiektów inżynieryjnych, branży inżynieryjnej, SRK, branży elektroenergetyki, konstrukcji budowlanych, sieci sanitarnych, a także kosztów ogólnych i pośrednich. W odniesieniu do wyceny robót w zakresie branży torowej, Odwołujący wskazali, że ich wycena została dokonana z uwzględnieniem oferty podwykonawcy Infra Silesia oraz przedłożyli tą ofertę (pkt III.2 wyjaśnień). W zakresie wyjaśnień dotyczących kalkulacji prac SRK wskazali, że wycena robót dla tego zakresu została dokonana również z uwzględnieniem oferty ww. podwykonawcy, uwzględniającej koszt robocizny oraz sprzętu, jak również koszt zakupu i montażu dla urządzeń zewnętrznych, zaś w odniesieniu do urządzeń wewnętrznych wykonawca zdecydował się na skorzystanie z oferty podmiotu HITACHI, gdyż ceny przez niego wynegocjowane są korzystniejsze. Przedłożył ofertę Infra Silesia. Wskazał również, że oferta uwzględnia koszty pośrednie, obejmujące koszty okresu gwarancji, ryzyka finansowe, zysk i inne. Załączył oferty podwykonawców na sprzęt.

Dnia 11 października 2024 r. Zamawiający skierował do Konsorcjum Kobyłarnia kolejne wezwanie. Po pierwsze dotyczyło ono wezwania do wyjaśnień, na podstawie art. 223 ust. 1 PZP w zakresie treści oferty, a konkretnie wyjaśnienia, w jakim charakterze występuje w przedmiotowym postępowaniu podmiot HITACHI oraz na jakiej podstawie wykonawca ograniczył zakres prac w zakresie robót SRK wykonywanych przez podmiot udostępniający wykonawcy zasoby Infra Silesia S.A. jedynie do zewnętrznych urządzeń SRK oraz kto zatem w całości będzie wykonywał roboty w branży SRK. Ponadto, wezwanie zostało skierowane również na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1 PZP, wobec czego Zamawiający zwrócił się o uzupełnienie i uszczegółowienie złożonych wyjaśnień, w szczególności w zakresie wyceny robót ujętych w Przedmiarze Robót Układu Torowego, w związku z czym wezwał do uszczegółowienia wyjaśnień poprzez przedstawienie cen jednostkowych dla każdej w tym Przedmiarze w rozbiciu na założone do wyceny ilości materiałów przewidzianych do zabudowy wraz z ich cenami, kosztów robocizny i pracy sprzętu planowanego do wykorzystania poszczególnych robót (RMS) oraz szczegółowe odniesienie się do wskazanych uwag, w świetle których, Zamawiający dokonał przeliczenia wskazanych w wyjaśnieniach cen i ustalił, że sumaryczna wartość samych kluczowych materiałów przekracza cenę wskazaną w ofercie, zaś należy jeszcze do tego doliczyć pozostałe koszty konieczne do poniesienia a zwłaszcza koszty ułożenia toru (robocizna i sprzęt), koszty logistyki materiałów po budowie, koszty podbicia toru itd, których to Zamawiający nie jest w stanie odczytać z oferty podwykonawczej. Poprosił również o wyjaśnienie, gdzie wykonawca ujął koszty najmu i pracy sprzętu koniecznego do wykonania robót torowych, udostępnianego przez ww. podmioty na zasobach, których wykonawca polega w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Podobnie w przypadku kosztów kruszywa, stwierdził, że wyliczona wartość zakupu i dostawy tego materiału w oparciu o ilości wskazane w Przedmiarze robót przekracza wskazaną w wyjaśnieniach kwotę. Poprosił o przedstawienie przyjętego w kalkulacji kosztu transportu rozjazdów w blokach i wskazanie, gdzie te koszty zostały ujęte. Wskazał, że w przypadku elementu rozliczeniowego „pozostałe materiały” wykonawca nie przedstawił w sposób jednoznaczny jakie koszty zostały ujęte w tej pozycji i poprosił o uszczegółowienie. W zakresie SRK, zwrócił się o wyjaśnienie, w jaki sposób zamierza

zrealizować roboty SRK za cenę podaną w ofercie oraz o podanie ceny za wykonanie całości robót w zakresie branży SRK (w tym zarówno zewnętrznych, jak i wewnętrznych urządzeń SRK) przez podmiot udostępniający wykonawcy zasoby Infra Silesia.

Stwierdził, że rezerwa na koszty pośrednie jest niższa niż kwota wskazana przez Odwołujących, więc zwrócił się o wyjaśnienie, w jaki sposób wykonawca skalkulował koszty pośrednie, jak również wyjaśnienie tej rozbieżności i wskazanie kwotowe: kosztów gwarancji, kosztów ryzyka kontraktowego i zysku. Zamawiający zwrócił również uwagę, że: „(...) Wykonawca złożył najniższą cenę w branży Układ Torowy ze wszystkich Wykonawców, którzy złożyli oferty w przedmiotowym postępowaniu, a polega w tym zakresie w 100 % na podwykonawcach, nie dysponując ani własnym doświadczeniem ani sprzętem. Zamawiający przy ocenie oferty Wykonawcy pod kątem RNC musi brać pod uwagę fakt, że Układ Torowy stanowi istotną, bo stanowiącą prawie 50% wartości robót część przedmiotowego zamówienia.” i zapytał, m.in. w jaki sposób wykonawca zabezpieczył się na wypadek braku realizacji kontraktu przez któregośkolwiek z podwykonawców i jaką rezerwę w kosztach przewidział, jeżeli doszłoby do konieczności wymiany podmiotu realizującego roboty. Zaznaczył też, że Konsorcjum Kobylarnia nie wykazało, w jakiej pozycji oraz jaką wartość oferty stanowi koszt Personelu Wykonawcy.

Odwołujący wnieśli do Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec wezwania do złożenia nadmiernie szczegółowych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, nieuzasadnionych z punktu widzenia weryfikacji ceny oferty odwołującego i nie zmierzających do wykazania braku rażąco niskiej ceny oferty odwołującego, jednocześnie wymagających nadmiernego, nieuzasadnionego w świetle treści dokumentacji postępowania, nakładu pracy, tj. do przedstawienia rozbicia cen jednostkowych. Wyrokiem z dnia 12 listopada 2024 r. Krajowa Izba Odwoławcza, w sprawie o sygn. akt KIO 3859/24 uwzględniła odwołanie i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wezwania odwołującego pismem z dnia 11 października 2024 r. w części dotyczącej zobowiązania odwołującego do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny w zakresie, w jakim zamawiający wymaga od odwołującego przedstawienia rozbicia cen jednostkowych dla każdej pozycji wskazanej w Przedmiarze Robót i rozbicie cen wskazanych dla tych pozycji na założone do wyceny: ilości materiałów przewidzianych do zabudowy wraz z ich cenami, koszty robocizny i pracy sprzętu planowanego do wykorzystania (pkt II ppkt 2, 3 wezwania). W uzasadnieniu wyroku Izba wskazała, że żądanie Zamawiającego nie było uzasadnione ponieważ wykonawca może w każdy sposób wyjaśnić kalkulację ceny oferty, w tym cen jednostkowych, byleby to wyjaśnienie było zrozumiałe dla zamawiającego.

Niezależnie od zaskarżenia wezwania Zamawiającego ww. odwołaniem, Konsorcjum Kobylarnia złożyło jednocześnie odpowiedź z dnia 23 października na ww. wezwanie z dnia 11 października. W zakresie dotyczącym złożenia wyjaśnień treści oferty w oparciu o art. 223 ust. 1 PZP, Konsorcjum Kobylarnia oświadczyło, że prace w branży SRK wykonane zostaną przez Infra Silesia, tj. tak, jak wynika z treści Formularza Ofertowego oraz zobowiązania Infra Silesia do oddania zasobów do dyspozycji wykonawcy na potrzeby realizacji zamówienia. „Nie zmienia tego okoliczność, iż to Wykonawca (a nie Infra Silesia) negocjował z HITACHI warunki dostawy urządzeń wewnętrznych. A zatem, to właśnie z tego powodu oferta podwykonawcza Infra Silesia nie obejmuje urządzeń wewnętrznych. (...) HITACHI w realizacji niniejszej zadania będzie się sprowadzał właśnie do dostawcy urządzeń (realizującego prace na rzecz Infra Silesia), na warunkach wynegocjowanych przez Wykonawcę.” Na potwierdzenie powyższego przedłożył oświadczenie Infra Silesia. W zakresie dotyczącym wyjaśnień ceny oferty w oparciu o art. 224 ust. 2 pkt 1 PZP, Konsorcjum Kobylarnia wskazało, iż w części dotyczącej układu torowego i odwodnienia torów, pomimo uznania, że oczekiwanie rozbicia każdej pozycji na RMS Odwołujący uznali za nadmierne i nieuzasadnione, chcąc wyjść naprzeciw oczekiwaniu Zamawiającego, przedkładają zestawienie prezentujące rozbicie cenowe dla M.p.o. Roszkowo. „Wykonawca wskazuje, że rozbicie to pozwala prześledzić zarówno koszty robocizny i pracy sprzętu, jak i koszt materiałów, a więc jest zgodne z oczekiwaniami Zamawiającego. (...) Wykonawca podkreśla jednocześnie, że przygotowanie analogicznego rozbicia dla wszystkich pozycji Przedmiaru Układ torowy w narzuconym przez Zamawiającego terminie było obiektywnie niemożliwe. Niemniej jednak załączony dokument pozwala na zapoznanie się ze sposobem kalkulacji/ metodologią opracowanej przez Wykonawcę oferty.” W zakresie odnoszącym się do wskazania przez Zamawiającego, że po przeliczeniu cen jednostkowych budowy nawierzchni torowej okazało się, że wartość kluczowych materiałów przekracza cenę ofertową, Konsorcjum Kobylarnia wyjaśniło, iż przyczyną tego jest „omyłkowe niezłączenie przez Wykonawcę do Wyjaśnień 1 prawidłowej (branej pod uwagę przy sporządzeniu oferty), uwzględniającej przeprowadzone negocjacje, oferty podmiotu, od którego Wykonawca zamierza nabyć materiały niezbędne do tego rodzaju prac, w szczególności podkłady i podrojazdnice (Wykonawca załącza ofertę, stanowiącą podstawę do sporządzenia oferty Wykonawcy) oraz prawidłowej (branej pod uwagę przy sporządzeniu oferty) oferty w zakresie szyn.” Podobnie, Odwołujący wyjaśnili co do kosztów podkładów i podrojazdnic, a także kosztów nawierzchni. Odnosząc się do wątpliwości, gdzie zostały ujęte koszty najmu i pracy sprzętu udostępnionego przez podmioty udostępniające zasoby, tj. Leonhard Weiss Maszyny Torowe sp. z o.o., Transkol sp. z o.o., Vossloh Cogifer Polska sp. z o.o., Konsorcjum Kobylarnia wskazało, że koszty te ujęte są w ofercie podwykonawczej Infra Silesia. W zakresie dotyczącym kosztów kruszywa, Odwołujący wyjaśnili, iż:

„Zamawiający dopuścił do użycia kruszywo pozyskane z recyklingu. Różnica, na którą zwrócił uwagę Zamawiający wynika właśnie z tego powodu (brak uwzględnienia przez Zamawiającego tej okoliczności). Wykonawca planuje oczyścić część tłucznia i ponownie go zabudować. Szacowana ilość to ok. 20-30%.” Zwrócił uwagę na wyjaśnienia Zamawiającego do pytania nr 122. Wskazali również, że koszt transportu rozjazdów został ujęty w pozycji „materiał pozostały” i ujęty w poszczególnych pozycjach Przedmiaru „Montaż rozjazdów”. Odwołujący poinformowali ponadto, że wśród „pozostałych materiałów” ujęte zostały materiały pozostałe, nieujęte w zestawieniu oraz koszty transportu, załadunków, rozładunków i przeładunków. Odnieśli się również do wątpliwości dotyczących kosztów pośrednich, w tym kosztów gwarancji, wskazując, że zostały one ujęte w Przedmiarze robót CZĘŚĆ R - KOSZTY OGÓLNE O KTÓRYCH MOWA W § 9 UST. 14 UMOWY w pozycji R1 oraz do rezerwy na ryzyka. Do wyjaśnień dołączono kalkulacje i oferty dostawców.

Dnia 21 stycznia 2025 r. Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej PORR S.A. oraz o odrzuceniu oferty Odwołujących. Wskazał na podstawy – art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 PZP, art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP oraz art. 226 ust. 1 pkt 3 PZP. Zdaniem Zamawiającego, Odwołujący przedłożyli wyjaśnienia cenowe, które w żaden sposób nie uzasadniały, że zaoferowana cena nie jest ceną rażąco niską. Wyjaśnił, że w związku z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 listopada 2024 r., nie brał pod uwagę skierowanego do Odwołujących wezwania z dnia 11 października 2024 r. w części objętej sentencją ww. wyroku. Odnosząc się do ww. wskazanych podstaw odrzucenia oferty Konsorcjum Kobylarnia, podał po pierwsze iż, roboty w zakresie branży SRK – zarówno zabudowa urządzeń zewnętrznych jak i wewnętrznych stanowią integralną całość, zaś wartość zabudowy urządzeń wewnętrznych jest istotnie wyższa niż zabudowa urządzeń zewnętrznych. Wskazał, że Odwołujący w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu dotyczących branży SRK powołali się na podmiot trzeci Infra Silesia S.A., pomimo to, w wyjaśnieniach z dnia 30 września 2024 r. w sposób jednoznaczny wskazali, że w rzeczywistości roboty w branży SRK wykonywać będą dwa odrębne podmioty, w tym również HITACHI. Wobec tego, Zamawiający stwierdził, że udostępnienie potencjału przez podmiot Infra Silesia S.A. nastąpiło z naruszeniem art. 118 ust 2 PZP, gdyż udział tego podmiotu w realizacji robót w zakresie SRK w rzeczywistości ograniczy się jedynie do zabudowy zewnętrznych urządzeń SRK. Wobec tego uznał, że oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 118 ust. 2 PZP. Ponadto, wskazał, iż złożenie na etapie drugich wyjaśnień nowych ofert podwykonawców oraz przedstawienie nowych kalkulacji, budzi wątpliwości Zamawiającego, gdyż w rzeczywistości jego zdaniem są to modyfikacje wyjaśnień i rekalkulacje oferty. Wyjaśnił, iż w jego ocenie, mimo, że Konsorcjum Kobylarnia sprowadziło wątpliwości Zamawiającego jedynie do drobnej omyłki, to w rzeczywistości zmieniło założenia i podstawy dla kalkulacji kosztów, tak aby zmieścić się w pierwotnie przedstawionych kosztach, co świadczy o tym, iż te pierwotne były wadliwe, błędne, nierzetelne i jako takie nie powinny zostać uznane. Ponadto, wskazał, że w odniesieniu do kosztów transportu rozjazdów Konsorcjum Kobylarnia w wyjaśnieniach jedynie ogólnikowo poinformowało, że został ujęty w pozycji „materiał pozostały” i poszczególnych pozycjach Przedmiaru „montaż rozjazdów” oraz nie podało, zgodnie z żądaniem Zamawiającego, wartości tych kosztów, co uniemożliwia Zamawiającemu jakąkolwiek weryfikację. W odniesieniu do kalkulacji kosztów kruszywa Zamawiający wskazał, iż w odpowiedzi na pytanie nr 122 podał jedynie stopień zanieczyszczenia tłucznia. „Absolutnie nie potwierdził tą odpowiedzią dopuszczalności wykorzystania tłucznia z recyklingu. Zamawiający jednoznacznie nie wskazał, iż na ww. odcinkach linii kolejowej tłuczeń będzie zdatny po oczyszczeniu do ponownej zabudowy. Taką możliwość potwierdzą dopiero kompleksowe badania laboratoryjne. Zamawiający zwraca uwagę, że dokładnie wskazał w Przedmiarze Robót, gdzie ma zostać zabudowany tłuczeń nowy (wynika to z opisów pozycji). Powyższe wynika również z PROJEKTU WYKONAWCZEGO. (...) Wykonawca powinien był przyjąć do wyceny tłuczeń nowy, wszędzie tam gdzie zostało to wskazane w SWZ. W ocenie Zamawiającego Wykonawca wycenił koszty w zakresie kruszywa niezgodnie z SWZ. (...) jeżeli na etapie realizacji umowy w wyniku przeprowadzonych badań tłuczeń staro-użyteczny nie zostanie dopuszczony do ponownej zabudowy, to wówczas Wykonawca nie będzie w stanie pokryć kosztów zakupu brakującej ilości tłucznia. Niezależnie od tego czy Wykonawca założył sobie określoną kwotę na ryzyka, to nie może to stanowić usprawiedliwienia dla zaniżenia ceny tłucznia już na etapie oferty. W tym przypadku, zgodnie z treścią SWZ, należało wycenić 100% nowego tłucznia.” W odniesieniu do wyjaśnień dotyczących kalkulacji kosztów pracy i najmu sprzętu, Zamawiający uznał, że skoro koszty sprzętu udostępnionego Wykonawcy przez podmioty trzecie będzie ponosił inny podmiot trzeci, tj. Infra Silesia, co jego zdaniem potwierdza, że dostęp Odwołujących do tych zasobów jest ograniczony i zależny od podmiotu Infra Silesia S.A. i wskazuje, że Odwołujących będą tym zasobem tylko pozornie dysponowali. Uznał wobec tego, że oferta jest sprzeczna z art. 118 ust. 4 i jako taka podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3 PZP. W odniesieniu do wyjaśnień dotyczących kalkulacji w zakresie układów torowych, Zamawiający dodatkowo wskazał, że mimo wprowadzenia nowych niższych cen, kalkulacje Wykonawcy nadal wskazują na niedoszacowanie kosztów wykonania robót, powołując się na własne przeliczenia cen podanych w ofercie w walucie EUR w oparciu o kurs euro z dnia terminu złożenia oferty. Powołał się również w tym zakresie na wyjaśnienia Konsorcjum Kobylarnia, z których wynika, że dla branży kolejowej koszty rozkładają się (w przybliżeniu) w taki sposób, iż średnia wartość materiałów

wynosi ok. 70% całości zamówienia, a pozostałe 30% obejmują m.in. koszty robocizny oraz sprzętu. Ponadto, Zamawiający odniósł się do przedstawionego przez Odwołujących rozbieżności cenowej dla M.p.o. Roszkowo, wskazując, że w świetle wyjaśnień Odwołujących, Zamawiający jest uprawniony przez analogię rozpatrywać również pozostałe pozycje Przedmiaru Robót – Układy torowe, jako że są to pozycje tożsame zakresowo i wycenione dokładnie tak samo, niezależnie czy dotyczą Roszkowa czy innego odcinka linii kolejowej. Wskazał na zaniżone pozycje ww. kalkulacji, co jego zdaniem powoduje, że wycena całej branży torowej jest rażąco niska. Wskazał, że w zestawieniu kosztów pracy sprzętu nie wykazano stabilizatora dynamicznego toru DGS, który zgodnie z SWZ jest wymagany do realizacji robót, co oznacza, że przedstawiona cena nie obejmuje użycia tego sprzętu. Wskazał ponadto, że w kalkulacji kosztów pracy sprzętu dla poszczególnych maszyn przyjęto odcinek o długości 0,541 m, a zgodnie z SWZ odcinek budowy nowego toru wynosi ok. 1 km nie licząc rozjazdów i wstawek międzyrozjazdowych. Dostrzegł sprzeczność w wyjaśnieniach dotyczących poz. 36 Przedmiaru, w ramach którego Odwołujący mieli wykorzystywać sprzęt udostępniony przez podmiot trzeci Vossloh Cogifer a jako podmiot odpowiedzialny wskazali Mirbud S.A. Ponadto, Zamawiający po analizie oferty Infra Silesia S.A. i ww. zestawienia kosztów dla pozycji 36 stwierdził, że oferta ta nie obejmuje kosztów transportu rozjazdów w technologii blokowej i kosztów zabudowy rozjazdów. Podkreślił, że wyjaśnienia nie są spójne w tym zakresie. Uznał, że wartości wskazane w Przedmiarze Robót Układ torowy dla pozycji dotyczących montażu torów są zaniżone, przy uwzględnieniu kosztów robocizny i sprzętu określonych w załączonym do wyjaśnień z dnia 23 października 2024 r. Przedmiarze Robót M.P.O Roszkowo, nawet przy uwzględnieniu nowych (podmienionych) cen materiałów. Uznał, że odpowiedź Odwołujących co do „pozostałych materiałów” jest zbyt lakoniczna i ogólnikowa. Podsumowując, wskazał, iż w jego ocenie, w zakresie branży torowej (Przedmiar Robót Układ torowy) wartość niedoszacowania oferty wynosi ponad 6 000 000 zł. W odniesieniu do tej części wyjaśnień, która dotyczyła kosztów pośrednich, Zamawiający wskazał, iż Odwołujący nie przedstawili kosztów gwarancji. Uznał, na podstawie własnych obliczeń, że koszty pośrednie zostały wyliczone przez Odwołujących błędnie. „(...) mając na uwadze liczne uwagi do wyjaśnień wykazane przez Zamawiającego w niniejszym piśmie, wszelkie kalkulacje kosztów pośrednich (koszty okresu gwarancji, zysk, ryzyka, inne) nie mają sensu gdyż są obciążone błędem, ponieważ koszty bezpośrednie nie zostały należycie określone.” Wobec tego, uznał, że oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 PZP. Zwrócił również uwagę, że nie może ponownie wezwać Odwołujący do wyjaśnień, gdyż bardzo dokładnie sprecyzował wątpliwości w wezwaniu z dnia 11 października 2024 r. i kolejne wezwanie musiałoby dotyczyć dokładnie tego samego, a udzielone już wyjaśnienia jego zdaniem potwierdziły jednoznacznie, że oferta zawiera rażąco niską cenę. Zamawiający odrzucił również ofertę Odwołujących na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP uznając, że Odwołujący wycenili koszty w zakresie kruszywa niezgodnie z SWZ, gdyż powinni przyjąć do wyceny tłuczeń nowy, w tych pozycjach Przedmiaru Robót, gdzie to zostało wskazane przez Zamawiającego.

Pismem z dnia 13 lutego 2025 r., w odpowiedzi na pismo Zamawiającego, HITACHI Rail GTS Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oświadczyła, że spółka dopuszcza swój udział w realizacji przedmiotowego zamówienia publicznego w każdym możliwym charakterze w tym jako podmiotu niebędącego w pełni odpowiedzialnym za wszystkie elementy prac objętych branżą SRK. Poinformowała, że „na dzień dzisiejszy wariant współpracy ograniczony do dostaw urządzeń nie jest ze Spółką ustalony i oferta Hitachi w tym zakresie nie została przekazana konsorcjum KOBYLARNIA S.A. (Lider) MIRBUD S.A. (Partner) ani spółce Infra Silesia S.A., ponieważ nie zostało w tym zakresie skierowane zapytanie ofertowe.” Wskazała również, że: „charakter współpracy polegający jedynie na dostawie urządzeń SRK i ETCS nie jest możliwy, gdyż znacząca część prac SRK w niniejszym projekcie inwestycyjnym polega na świadczeniu usług związanych ze zmianą oprogramowania komputerowych systemów SRK (stacyjnych oraz blokad liniowych) oraz systemu ETCS L1 LS, będących na przedmiotowej linii w eksploatacji, a co za tym idzie, konieczne jest świadczenie usług polegających na przygotowaniu i implementacji oprogramowania (a nie jedynie dostawie urządzeń).”

Izba zaliczyła w poczet akt postępowania:

- 1) dokumentację przekazaną przez Zamawiającego w postaci elektronicznej, która wpłynęła do akt sprawy w dniu 12 lutego 2025 r., w szczególności:
 - Ogłoszenie o zamówieniu,
 - SWZ wraz z załącznikami i wyjaśnieniami,
 - Oferty wykonawców,
 - Informacja z otwarcia ofert z 9 września 2024 r.,
 - Wezwanie z dnia 12 września 2024 r. do Konsorcjum Kobyłarnia do udzielenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny wraz z odpowiedzią z dnia 30 września 2024 r. i załącznikami oraz uzasadnieniem zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa,
 - Wezwanie z dnia 11 października 2024 r. do Konsorcjum Kobyłarnia do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty wraz z odpowiedzią z dnia 23 października 2024 r. i załącznikami;
 - Informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 21 stycznia 2025 r.,

–Protokół postępowania.

2)dowody powołane przez Odwołującego w odwołaniu oraz złożone na rozprawie, na fakty powołane przez stronę:

- wyrok wraz z uzasadnieniem – Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 listopada 2024 r., w sprawie o sygn. KIO 3859/24,
- Specyfikację Warunków Zamówienia dla przetargu nieograniczonego na opracowanie dokumentacji projektowej i wykonanie robót budowlanych na odcinku Tunel-Kraków w ramach projektu inwestycyjnego pn. „Poprawa infrastruktury linii kolejowej nr 8 Warszawa – Zachodnia – Kraków Główny na odcinku Tunel-Kraków” w części PFU (wycinek),
- Tabele w zakresie Przedmiarów robót – opracowanie własne;

3)dowody złożone przez Zamawiającego na rozprawie, na fakty powołane przez stronę:

- pismo Zamawiającego do HITACHI z 10 lutego 2025 r. wraz z odpowiedzią z 13 lutego 2025 r.,
- zobowiązania podmiotów udostępniających na rzecz MIRBUD S.A. zasoby – Infra Silesia oraz AŽD Praha s.r.o. w postępowaniu na zaprojektowanie i wykonanie robót dla projektu pn. „Stworzenie ciągu komunikacyjnego Łomża-Białystok poprzez rewitalizację wraz z elektryfikacją linii kolejowej nr 49 Łomża-Śniadowo oraz elektryfikacja i odbudowa infrastruktury obsługi pasażerskiej na linii kolejowej nr 36 na odcinku Śniadowo-Łapy”,
- zestawienie kalkulacji dot. rozjazdów – opracowanie własne,
- zestawienie dot. kosztów tłucznia w ofercie Odwołujących – opracowanie własne,
- tabela dot. pozycji pozostałe materiały – opracowanie własne,
- zestawienie pozycji przedmiarowych dot. szyny ze stali R260;

4)dowody załączone przez Przystępującego do pisma procesowego oraz złożone na rozprawie, na fakty powołane przez uczestnika:

- Warunki techniczne wykonania i odbioru podsypki tłuczniowej naturalnej i recyklingu stosowanej w nawierzchni kolejowej (Instrukcja Id-110),
- Obliczenia dotyczące zakresu ponownego wykorzystania tłucznia,
- Zestawienie pozycji z Przedmiaru Robót – Układy Torowe z porównaniem wyceny Odwołującego i Przystępującego,
- 6 zdjęć układów torowych.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie. Jakkolwiek, Izba w pewnym zakresie podzieliła wątpliwości Odwołującego, co do prawidłowości działań podejmowanych przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, to jednak nie wystarczyło to do uznania, że stwierdzone naruszenia przepisów PZP miały wpływ lub mogły mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia (art. 554 ust. 1 pkt 1 PZP). W efekcie, nie wystarczyło to do uwzględnienia odwołania i nakazania Zamawiającemu unieważnienia dokonanych czynności.

Tym samym, należało uznać, że Zamawiający prawidłowo odrzucił ofertę wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, KOBYLARNIA S.A. w Kobyłarni oraz MIRBUD S.A. w Skierniewicach i dokonał wyboru ofer najkorzystniejszej wykonawcy PORR S.A. Izba stwierdziła bowiem istnienie podstaw do odrzucenia oferty Konsorcjum Kobyłarnia w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 PZP, z powodu uznania, że wykonawca ten nie złożył wyjaśnień uzasadniających podaną w ofercie cenę lub koszt, toteż oferta jest traktowana jak oferta z rażąco niską ceną. Brak było zaś podstaw do odrzucenia oferty Konsorcjum Kobyłarnia w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP, jako niezgodnej z warunkami zamówienia oraz w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 3 PZP, tj. z powodu uznania, że oferta jest niezgodna z art. 118 ust. 2 i ust. 4 PZP.

- Zarzut 1 – dot. naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 3) PZP w zw. z art. 118 ust. 2 i 4 PZP poprzez bezzasadne odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na jej niezgodność z przepisami PZP (tj. art. 118 ust. 2 i 4 PZP) z uwagi na okoliczność, iż oferta złożona przez Infra Silesia S.A. rzekomo nie obejmuje pełnego zakresu robót SRK, do realizacji których zdolności tego podmiotu są wymagane (naruszenie art. 118 ust. 2 PZP) oraz w sytuacji, gdy stosunek łączący Odwołującego z podmiotami udostępniającymi zasoby: Leonhard Weiss Maszyny Torowe Sp. z o.o., Transkol Sp. z o.o. oraz Vossloh Cogifer Polska Sp. z o.o. nie gwarantuje rzeczywistego dostępu Wykonawcy do tych zasobów (naruszenie art. 118 ust. 4 PZP) – w sytuacji, gdy żadna z ww. okoliczności nie miała miejsca w postępowaniu, a w szczególności nie można jej wywieść z treści wyjaśnień udzielonych przez Konsorcjum Kobyłarnia w dniu 30 września 2024 roku oraz w dniu 23 października 2024 roku;

Zarzut zasadny.

Izba stwierdziła, że Zamawiający nie był uprawniony do odrzucenia oferty Odwołujących w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 3 PZP, z uwagi na uznanie jej za sprzeczną z przepisami PZP, wobec zaoferowania wykonania robót SRK przy udziale podmiotu udostępniającego zasoby Infra Silesia S.A., w zakresie wykazania spełniania warunku dotyczącego tego rodzaju robót – w niepełnym zakresie (art. 118 ust. 2 PZP) oraz wobec niewykazania rzeczywistego dostępu do zasobów

udostępnionych przez podmioty Leonhard Weiss Maszyny Torowe Sp. z o.o., Transkol Sp. z o.o. oraz Vossloh Cogifer Polska Sp. z o.o. na potwierdzenie wykazania warunku dostępności narzędzi i urządzeń technicznych w celu realizacji zamówienia (art. 118 ust. 4 PZP).

Po pierwsze, Zamawiający odrzucił ofertę Odwołujących na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 118 ust. 2 PZP, jako niezgodną z ww. art. 118 ust. 2 PZP, uznając, że Odwołujący zaoferowali wykonanie robót SRK przy udziale podmiotu udostępniającego zasoby Infra Silesia S.A., podczas gdy zdaniem Zamawiającego, podmiot ten nie wykona tych robót w pełnym zakresie. Zgodnie zaś z art. 118 ust. 2 PZP, w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.

Spór dotyczył zatem udziału podmiotu Infra Silesia S.A. w realizacji zamówienia, jako udostępniającego potencjał w zakresie m.in. realizacji robót SRK. Zamawiający uznał, iż w rzeczywistości udział tego podmiotu nie obejmuje pełnego zakresu robót SRK i ograniczy się do zabudowy zewnętrznych urządzeń SRK, bowiem to HITACHI będzie realizować zasadniczą część robót, polegającą na dostawie i montażu urządzeń wewnętrznych. Skoro tak, to według Zamawiającego, udostępnienie potencjału przez podmiot Infra Silesia S.A. nastąpiło z naruszeniem art. 118 ust. 2 PZP, gdyż udział tego podmiotu w realizacji robót w zakresie SRK w rzeczywistości ograniczy się jedynie do zabudowy zewnętrznych urządzeń SRK, wbrew wymaganiu, by podmiot udostępniający wykonał roboty budowlane, do realizacji których wymagane są jego zdolności, na których polega wykonawca.

W ocenie Izby, Zamawiający nie miał jednak żadnych podstaw by wyciągnąć taki wniosek. Izba stwierdziła, że w świetle postanowień SWZ, Zamawiający nie żądał bowiem wykazania udziału w realizacji zamówienia przez podmiot udostępniający zasoby w zakresie kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, w inny sposób, jak tylko poprzez dołączenie do oferty zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby do oddania wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji danego zamówienia, zgodnie ze wzorem zawartym w Załączniku nr 1A do IDW lub innego Podmiotowego Środka Dowodowego potwierdzającego, że wykonawca realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami (pkt 15.1 lit. c) IDW). Żądał ponadto, dołączenia jednolitych dokumentów dla każdego z podmiotu udostępniającego zasoby (lit. f) oraz oświadczeń dotyczących przesłanek wykluczenia (lit. l).

Konsorcjum Kobylarnia załączyło stosowne dokumenty do oferty, co nie było kwestionowane przez Zamawiającego. Dopiero na etapie badania rażąco niskiej ceny, Zamawiający powziął wątpliwość odnośnie zapewnienia udziału podmiotu udostępniającego zasoby Infra Silesia w całym zakresie robót SRK. Wówczas wezwał Konsorcjum Kobylarnia do wyjaśnienia treści oferty w trybie art. 223 ust. 1 PZP, poprzez wskazanie, w jakim charakterze występuje w przedmiotowym postępowaniu podmiot HITACHI oraz na jakiej podstawie wykonawca ograniczył zakres prac w zakresie robót SRK wykonywanych przez podmiot udostępniający wykonawcy zasoby Infra Silesia S.A. jedynie do zewnętrznych urządzeń SRK oraz kto zatem w całości będzie wykonywał roboty w branży SRK? W odpowiedzi uzyskał zapewnienie wykonawcy oraz oświadczenie udostępniającego zasoby Infra Silesia, że cały zakres robót SRK, zgodnie z zobowiązaniem załączonym do oferty – wykona Infra Silesia.

Wobec powyższego, w oparciu o dokumenty, których złożenia wymagał oraz tak udzielone wyjaśnienia w odpowiedzi na konkretne pytanie – Zamawiający nie mógł dojść do innego wniosku, jak tylko takiego, że oferta Konsorcjum Kobylarnia jest zgodna z art. 118 ust. 2 PZP. W szczególności, do wyciągnięcia odmiennych wniosków nie upoważniały Zamawiającego żadne dokumenty złożone przez Odwołujących, a tym bardziej przedstawiony przez Zamawiającego w toku postępowania odwoławczego dowód w postaci pisma HITACHI z 13 lutego 2025 r., w którym podmiot ten oświadczył, że Konsorcjum Kobylarnia nie kierowała do niego zapytań ofertowych, nie składała Konsorcjum Kobylarni oferty, zaś z przyczyn technicznych nie uznaje za możliwą współpracę ograniczającą się do dostawy urządzeń SRK i ETCS – wszak Zamawiający nie dysponował takim pismem na dzień podejmowania decyzji o odrzuceniu oferty, tj. na dzień 21 stycznia 2025 r. Nie dysponował wówczas żadnym dowodem na powyższe.

Nie jest zatem jasne, na jakiej podstawie Zamawiający uznał za dowód sprzeczności oferty z art. 118 ust. 2 PZP, wyjaśnienia Odwołujących dotyczące kalkulacji cenowej w zakresie dotyczącym robót SRK i przeciwstawił te wyjaśnienia formalnym, zgodnym z wymaganiami SWZ dokumentom w postaci zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby. W istocie, Zamawiający zupełnie bezpodstawnie wykluczył wiarygodność składanych przez podmiot trzeci Infra Silesia oświadczeń w zakresie zobowiązania się do realizacji robót SRK w pełnym zakresie, w tym wiarygodność zobowiązania tego podmiotu załączonego do oferty zgodnie z SWZ.

W ocenie Izby, Zamawiający nie był uprawniony do tak daleko idącej interpretacji wyjaśnień Odwołujących z dnia 30 września, by przeciwstawić te wnioski dokumentom złożonym na potrzeby wykazania warunków udziału w postępowaniu w związku z poleganiem na zasobach innych podmiotów, w tym zobowiązaniu złożonemu przez Infra Silesia. Skoro, wobec nabrania wątpliwości wezwał Konsorcjum Kobylarnia do wyjaśnień w trybie art. 223 ust. 1 PZP, uzyskując

wyjaśnienia stanowcze i jednoznaczne, potwierdzające wymagany udział Infra Silesia w całym zakresie prac SRK, to nie mógł następnie uznać, zupełnie dowolnie – że oferta jest sprzeczna z art. 118 ust. 2 PZP, gdyż podmiot, na którego zdolnościach polega Konsorcjum Kobylarnia, tj. Infra Silesia nie wykona robót budowlanych, do realizacji których te zdolności są wymagane. Wnioski Zamawiającego, a w ich konsekwencji – odrzucenie oferty Odwołujących na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3 PZP w zw. z art. 118 ust. 2 PZP, czynią działanie Zamawiającego niezgodnym z zasadną przejrzystości postępowania (art. 16 pkt 2 PZP).

Na marginesie wskazać należy, że zobowiązanie Infra Silesia S.A. dotyczyło wykazania spełniania przez wykonawcę warunku udziałów w postępowaniu, w szczególności wskazanego w pkt 8.6.1 lit. d) IDW w zw. z pkt 8.2.4 IDW, tj. warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie dotyczącym wykazania, że w okresie ostatnich 8 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie wykonawca wykonał Budowę lub Przebudowę co najmniej 1 systemu stacyjnego, urządzeń SRK, na stacji liczącej co najmniej 10 zwrotnic. Wykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu przy pomocy powołania się na zasoby innych podmiotów (art. 118 ust. 1 PZP) należy odróżnić od etapu realizacji zamówienia przy udziale tych podmiotów, którego wymaga art. 118 ust. 2 PZP w zakresie zamówień polegających na robotach budowlanych lub usługach, w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy. Zamawiający nie miał wątpliwości co do wykazania spełnienia tego warunku, toteż wbrew twierdzeniom Odwołujących, nie miał podstaw do wezwania Konsorcjum Kobylarnia w trybie art. 122 PZP do zastąpienia Infra Silesia innym podmiotem lub podmiotami albo wykazania, że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu. Zresztą słusznie podniósł Zamawiający, iż art. 122 PZP nie był przedmiotem zarzutu odwołania, toteż Izba nie była uprawniona do jego rozpoznania (art. 555 PZP).

W odniesieniu do drugiej części zarzutu, dotyczącej naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 118 ust. 4 PZP poprzez uznanie przez Zamawiającego, że stosunek łączący Odwołujących z podmiotami udostępniającymi zasoby: Leonhard Weiss Maszyny Torowe Sp. z o.o., Transkol Sp. z o.o. oraz Vossloh Cogifer Polska Sp. z o.o. nie gwarantuje rzeczywistego dostępu wykonawcy do tych zasobów, Izba również podzieliła ten zarzut, uznając, że Zamawiający nie miał podstaw do takiego stwierdzenia a limine.

Fakt, że zgodnie z wyjaśnieniami Odwołujących złożonymi na etapie badania rażąco niskiej ceny, koszty sprzętu udostępnionego wykonawcy przez ww. podmioty będzie ponosił podmiot trzeci nie oznacza jeszcze, że stosunek łączący wykonawcę z podmiotami udostępniającymi zasoby nie gwarantuje rzeczywistego dostępu wykonawcy do tych zasobów. Zamawiający sam wskazał, iż Konsorcjum Kobylarnia powołało się w tym zakresie na stosunek najmu, w ramach którego, zgodnie z art. 659 § 1 Kodeksu cywilnego, wynajmujący zobowiązuje się oddać najemcy rzecz do używania przez czas oznaczony lub nieoznaczony, a najemca zobowiązuje się płacić wynajmującemu umówiony czynsz.

Nie ma wątpliwości, iż w realiach niniejszej sprawy, stosunek najmu zawarty na czas realizacji zamówienia, a dotyczący oddania sprzętu do używania gwarantuje wykonawcy rzeczywisty dostęp do niego. W tym zakresie, Zamawiający był zresztą uprawniony wyłącznie do badania treści zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby lub innego Podmiotowego Środka Dowodowego, o których mowa w pkt 15.1 lit. c) IDW dołączanego do oferty wykonawcy. Zamawiający w treści SWZ nie zastrzegł, że celem wykazania, że wykonawca będzie miał zagwarantowany rzeczywisty dostęp do zasobów, wykonawca powinien złożyć inny dokument, w tym umowę pomiędzy podmiotem udostępniającym a wykonawcą. Nadto, Zamawiający pomija, iż istnieją różnego rodzaju konstrukcje stosunków obligacyjnych, w ramach których czynsz najmu może płacić inny podmiot niż najemca. W szczególności, zgodnie z art. 392 Kodeksu cywilnego, jeżeli osoba trzecia zobowiązała się przez umowę z dłużnikiem zwolnić go od obowiązku świadczenia, jest ona odpowiedzialna względem dłużnika za to, że wierzyciel nie będzie od niego żądał spełnienia świadczenia.

W tym kontekście, fakt, że koszty najmu zostały uwzględnione w ofercie podwykonawcy Infra Silesia nie oznacza, że Konsorcjum Kobylarnia nie będzie miało zagwarantowanego rzeczywistego dostępu do sprzętu udostępnionego przez Leonhard Weiss Maszyny Torowe Sp. z o.o., Transkol Sp. z o.o. oraz Vossloh Cogifer Polska Sp. z o.o., skoro z zobowiązania tych podmiotów wynika, że udostępnią Konsorcjum Kobylarnia sprzęt w oparciu o stosunek najmu na cały okres realizacji zamówienia, a tym samym – zobowiązują się do oddania Odwołującym tego sprzętu do używania, zaś zobowiązanie to nie zostało w żaden sposób ograniczone, a bynajmniej nie wynika to z materiału dowodowego sprawy.

–Zarzut 2 – dot. naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5) PZP poprzez bezzasadne odrzucenie oferty Odwołującego, z uwagi na rzekomą niezgodność z warunkami zamówienia polegającą na wycenie kosztów kruszywa niezgodnie z dokumentami zamówienia, gdy tymczasem Konsorcjum Kobylarnia wyceniło przedmiotowy zakres zgodnie z dokumentami zamówienia i zamierza wykonać przedmiot zamówienia zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego określonymi w treści dokumentów zamówienia oraz Zarzut 6 ewentualny – dot. naruszenia art. 223 ust. 1 PZP poprzez zaniechanie zastosowania względem oferty złożonej przez Odwołującego procedury wyjaśnień treści oferty, pomimo istnienia po stronie Zamawiającego uzasadnionych wątpliwości co do jej zawartości;

Zarzuty 2 zasadny, zaś Zarzut 6 niezasadny.

Zarzut 2 potwierdził się, bowiem Zamawiający nie wykazał, by treść oferty Konsorcjum Kobyłarnia była niezgodna z warunkami zamówienia w zakresie dotyczącym wykorzystania tłucznia oczyszczonego. Izba stwierdziła, że sam fakt, że Konsorcjum Kobyłarnia oświadczyło na potrzeby wyjaśnień rażąco niskiej ceny, że zamierza wykorzystać tłuczeń oczyszczony w pewnym zakresie prac nie oznacza sprzeczności z warunkami zamówienia, w świetle faktu, że Zamawiający – jak sam przyznał – możliwość taką dopuścił.

Zamawiający w dokumentach zamówienia nie określił, w jakim stopniu na gruncie całego zamówienia dopuszcza wykorzystanie kruszywa staroużytecznego. Niemniej, przykładowo w Projekcie budowlanym dla m.p.o. Roszkowo w zakresie robót nawierzchniowych – Tabela 4, Tor nr 1 – wyraźnie wskazano w kolumnie pt. „Tłuczeń”: „oczyszczony wraz z uzupełnieniem nowym, gr. W-wy 0,35 mm”, analogicznie w Projektach wykonawczych. W treści Projektu budowlanego Zamawiający zaznaczył, że podsypka powinna spełniać wymagania WTWiO dla podsypki tłuczniowej naturalnej i recyklingu, zaś zasady wykorzystania starej podsypki muszą być również zgodne ze wspomnianymi WTWiO.

Wynika stąd, że Zamawiający wskazał zarówno w Projekcie budowlanym, jak i Projekcie wykonawczym na odcinki, na których jest konieczne wykorzystanie tłucznia nowego oraz odcinki, w których możliwe jest wykorzystanie tłucznia oczyszczonego wraz z uzupełnieniem nowym. Wykonawca zaś w żadnym dokumencie nie oświadczył, że tam gdzie jest konieczne wykorzystanie tłucznia nowego zamierza wykorzystać tłuczeń staroużyteczny. Zamawiający również, w treści informacji o odrzuceniu oferty z dnia 21 stycznia nie wskazał wprost na konkretną treść oferty, która stałaby w sprzeczności ze sprecyzowanymi postanowieniami SWZ. Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Krajowa Izba Odwoławcza wielokrotnie powtarzała w swoich orzeczeniach, że odrzucenie oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP jest dopuszczalne wyłącznie w razie stwierdzenia jednoznacznej sprzeczności treści oferty z konkretnym postanowieniem SWZ. W niniejszej sprawie nie sposób stwierdzić, że Zamawiający w informacji z dnia 21 stycznia 2025 r. o odrzuceniu oferty Konsorcjum Kobyłarnia wskazał na sprzeczność określonej treści oferty z konkretnymi postanowieniami SWZ. W istocie, uzasadnienie w tym zakresie sprowadza się do jednego akapitu ww. pisma, w którym Zamawiający wskazał, że wykonawca nie miał prawa zakładać, że będzie miał możliwość oczyszczenia i ponownego zabudowania 20% tłucznia, gdyż powinien przyjąć do wyceny tłuczeń nowy, w tych pozycjach Przedmiaru Robót, gdzie zostało to wskazane przez Zamawiającego. Nie wynika stąd, jaką ilość możliwego do oczyszczenia i ponownego zabudowania tłucznia przyjął Zamawiający, skoro uznał, że nie jest to 20% oraz brak jest wskazania, w których pozycjach Przedmiaru Robót wykonawcy odwołujący się przyjęli tłuczeń oczyszczony, zamiast nowego. Tym samym, rację ma Odwołujący podnosząc, że Zamawiający nie jest w stanie wykazać, z którym wymaganiem określonym w dokumentach zamówienia oferta Odwołującego jest niezgodna. Prawdą jest również, że Zamawiający nie zakazał wprost korzystania z materiału staroużytecznego.

Jeżeli zaś Zamawiający uznał, że Konsorcjum Kobyłarnia niewłaściwie wyceniło koszt kruszywa – to na gruncie niniejszej sprawy kwestia ta sprowadza się do badania oferty w zakresie rażąco niskiej ceny (art. 224 PZP).

Odnosząc się do zarzutu ewentualnego dotyczącego naruszenia art. 223 ust. 1 PZP poprzez zaniechanie zastosowania względem oferty złożonej przez Odwołujących procedury wyjaśnień treści oferty, pomimo istnienia po stronie Zamawiającego uzasadnionych wątpliwości co do jej zawartości – Izba uznała ten zarzut za bezzasadny, skoro wątpliwości Zamawiającego w zakresie treści oferty były bezpodstawne, toteż nie było konieczności ponownego wezwania Odwołujących do wyjaśnień w tym zakresie.

–Zarzut 3 – dot. naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8) PZP w zw. z art. 224 ust. 6 PZP poprzez bezzasadne odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na brak należytego wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, a w konsekwencji nieskuteczne obalenie domniemania rażąco niskiej ceny przez tego wykonawcę – w sytuacji, gdy wyjaśnienia złożone przez Odwołującego w dniu 30 września 2024 roku oraz w dniu 23 października 2024 roku zostały przygotowane w sposób należyty oraz staranny, odpowiadający oczekiwaniom Zamawiającego wyrażonym w treści wezwań, tj. w sposób, który pozwala na obalenie rzeczzonego domniemania oraz Zarzut 5 ewentualny – dot. naruszenia art. 224 ust. 1 i 2 PZP poprzez zaniechanie dalszego zastosowania względem oferty złożonej przez Odwołującego procedury związanej z wyjaśnieniem rażąco niskiej ceny, pomimo istnienia po stronie Zamawiającego uzasadnionych wątpliwości co do sposobu wyceny oferty przez Odwołującego, co znalazło swoje potwierdzenie w treści wezwania z dnia 11 października 2024 roku, które to, w kluczowym zakresie, zostało zakwestionowane przez Krajową Izbę Odwoławczą w ramach sprawy prowadzonej pod sygn. KIO 3859/24;

Zarzuty bezzasadne.

Izba stwierdziła, że Zamawiający prawidłowo odrzucił ofertę Odwołujących na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 PZP, uznając, że złożone przez tych wykonawców wyjaśnienia nie uzasadniają podanej w ofercie ceny, a zatem oferta zawiera rażąco niską cenę.

W ocenie Izby, Odwołujący już na wstępie poczynili błędne założenia, interpretując wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z

dnia 12 listopada 2024 r. wydany w sprawie o sygn. KIO 3859/24, jako podstawę do skierowania do Odwołujących ponownego wezwania do uszczegółowienia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny złożonych dnia 30 września 2024 r. Z sentencji wyroku nie wynika jednak, by Izba nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wezwania Odwołujących pismem z dnia 11 października 2024 r. w części dotyczącej zobowiązania Odwołujących do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny w zakresie dotyczącym pkt II ppkt 2 i 3 wezwania jako takich, lecz wyłącznie w zakresie, w jakim – w pkt II ppkt 2 i 3 wezwania – Zamawiający wymagał przedstawienia rozbicia cen jednostkowych dla każdej pozycji wskazanej w Przedmiarze Robót i rozbicia cen wskazanych dla tych pozycji na założone do wyceny: ilości materiałów przewidzianych do zabudowy wraz z ich cenami, koszty robocizny i pracy sprzętu planowanego do wykorzystania, czyli tzw. RMS (robocizna/materiał/sprzęt). Izba uznała bowiem, że wykonawca może w każdy sposób wyjaśnić kalkulację ceny oferty, w tym cen jednostkowych, byleby to wyjaśnienie było zrozumiałe dla zamawiającego – nie tylko w sposób nakazany przez Zamawiającego w wezwaniu z 11 października 2024 r.

Tym samym, wezwanie z dnia 11 października 2024 r. w zakresie dotyczącym uszczegółowienia wskazanych tam kwestii nie zostało unieważnione i pozostało aktualne. Ryzyko zastosowania się do wezwania w terminie wskazanym przez Zamawiającego lub niezastosowania się i oczekiwanie na wyrok Izby w tym zakresie – obciążało Odwołujących. Odwołujący wskazali, że zakwestionowali treść tego wezwania odwołaniem do Krajowej Izby Odwoławczej i jednocześnie pismem z dnia 23 października 2024 r. udzielili Zamawiającemu wyjaśnień w pozostałym zakresie, przedkładając „autorskie rozbicie ceny ofertowej dla wybranego, konkretnego odcinka.” Co również istotne, Odwołujący nie zaskarżyli wezwania z dnia 11 października 2024 r. jako takiego (lecz wyłącznie w zakresie żądania rozbicia ceny ofertowej na R/M/S), a tym samym przyznali, że Zamawiający może mieć wątpliwości co do złożonych przez nich pierwszych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny.

W konsekwencji, słusznie wskazał Zamawiający w informacji o odrzuceniu oferty Odwołujących z dnia 21 stycznia 2025 r., że w związku z wydanym wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej dokonując oceny wyjaśnień Odwołujących nie brał pod uwagę skierowanego do nich wezwania z dnia 11 października 2024 r. w części objętej sentencją ww. wyroku. W pozostałym zakresie, wyjaśnienia Odwołujących podlegały ocenie w zakresie wynikającym z art. 224 ust. 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 PZP.

W efekcie, przyjęty przez Odwołujących w wyjaśnieniach z dnia 23 października sposób udzielenia odpowiedzi na wątpliwości Zamawiającego, poprzez przedłożenie rozbicia cenowego dla M.p.o. Roszkowo, co miało pozwolić Zamawiającemu na zapoznanie się ze sposobem kalkulacji/metodologią opracowanej oferty – okazał się niewłaściwy i niewystarczający z punktu widzenia wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu. Wybór sposobu złożenia wyjaśnień – zgodnie z wyrokiem Izby – należał wyłącznie do Odwołujących. Zamawiający wobec tego był uprawniony do przyjęcia, że Odwołujący w taki sam sposób dokonali wyceny pozostałych odcinków linii kolejowej i może rozpatrzyć je przez analogię.

Przypomnieć należy bowiem, iż zgodnie z art. 224 ust. 5 PZP, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. Jakkolwiek, Odwołujący nie byli zobowiązani do złożenia wyjaśnień poprzez rozbicie ceny ofertowej z uwzględnieniem kosztów R/M/S, to jednak wyłącznie Odwołujących obciążało ryzyko sformułowania wyjaśnień w taki sposób, by uzasadnić podaną w ofercie cenę i koszty – w zakresie, w jakim Zamawiający wyraził swoje wątpliwości w wezwaniu z dnia 11 października 2024 r.

Izba uznała również za prawidłowe stanowisko Zamawiającego, w ramach którego – w przypadku wyjaśnień kosztów materiałów niezbędnych do budowy nawierzchni torowej, w tym kosztów podkładów i podrojazdnic, Odwołujący wskutek przedłożenia niedołączonych do pierwszych wyjaśnień ofert, potwierdzili, że pierwsze wyjaśnienia były niewiarygodne i w zasadzie niewłaściwe, a nie tylko niepełne. Podkreślić należy, iż jakkolwiek przepisy nie ograniczają zamawiającego w możliwości powtórnego wezwania do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, w oparciu o art. 224 ust. 1 PZP, to jednak wezwanie takie nie może prowadzić do naprawiania błędów kalkulacji oferty, w tym poprawiania wyjaśnień złożonych na pierwsze wezwanie. Uznaje się, że ponowne wezwanie może służyć jedynie uszczegółowieniu kwestii wskazanych w pierwszych wyjaśnieniach, ewentualnie wyjaśnieniu wątpliwości, które pojawiły się w związku z prawidłowo udzielonymi na wezwanie zamawiającego wyjaśnieniami.

Dopuszczenie naprawiania błędów kalkulacji w ramach kolejnych wezwań do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, oznaczałoby naruszenie podstawowych zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym zasady równego traktowania wykonawców, zasady przejrzystości oraz zasady proporcjonalności. W efekcie, wykonawca otrzymałby szansę na dostosowanie kalkulacji do zaoferowanej ceny, w sytuacji gdy w rzeczywistości pierwsze wyjaśnienia nie uzasadniały podanej w ofercie ceny lub kosztu. Tymczasem, przepis art. 224 ust. 6 PZP wprost stanowi, że odrzuceniu podlega oferta, jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

W przedmiotowej sprawie, złożone pierwsze wyjaśnienia Odwołujących nie potwierdziły kosztów budowy nawierzchni torowej, w tym kosztów materiałów, zaś drugie wyjaśnienia nie stanowiły uszczegółowienia tych wyjaśnień i

przedstawienia dowodów i wyliczeń potwierdzających poprawność tych kosztów, lecz zmianę pierwszych wyjaśnień, w tym zmianę założeń i podstaw kalkulacji tych kosztów. W efekcie, ponowne wezwanie do Odwołujących nie doprowadziło do osiągnięcia zakładanego celu. Rację ma ponadto Zamawiający, iż takiego działania wykonawcy nie sposób pojmować w kategorii omyłki. Po stronie wykonawcy wezwanego do wyjaśnień leży dochowanie należytej staranności w zakresie ich udzielenia. Wyjaśnienia stanowią bowiem szansę dla wykonawcy, której prawidłowe wykorzystanie może uchylić wątpliwości zamawiającego co do prawidłowości złożonej oferty.

Ponadto, wbrew treści wezwania, Odwołujący nie podali wartości kosztów transportu rozjazdów. Wskazali jedynie, że koszt transportu rozjazdów został ujęty w pozycji materiał pozostały i ujęty w poszczególnych pozycjach Przedmiaru „Montaż rozjazdów”, co nie pozwoliło Zamawiającemu na weryfikację tych kosztów. Nie sposób zgodzić się z Odwołującymi, iż ww. wyrokiem Izba nakazała unieważnić wezwanie w tej części.

W odniesieniu do argumentacji odwołania dotyczącej kalkulacji kosztów kruszywa, zgodzić należy się z Odwołującymi, iż bez wątpienia Zamawiający dopuścił w warunkach zamówienia wykorzystanie materiału obejmującego tłuczeń oczyszczony, niemniej z dokumentów zamówienia nie wynika, w jakim maksymalnie udziale, w stosunku do całej ilości kruszywa. Rację ma przy tym Zamawiający, wskazując w informacji z dnia 21 stycznia 2025 r. o odrzuceniu oferty Odwołujących, że wykonawca powinien był przyjąć do wyceny tłuczeń nowy, wszędzie tam gdzie zostało to wskazane w SWZ. Bez względu na szacunkowy dopuszczony przez Zamawiającego udział tłucznia oczyszczonego w kalkulacji kruszywa (który nie wynika wprost z SWZ, zaś sposób jego obliczenia był między stronami sporny) wskazać należy, iż w ocenie Izby wyjaśnienia Odwołujących z dnia 23 października nie odpowiadały na wątpliwości Zamawiającego, w których wskazał, że wartość dostawy kruszywa wg stawek z oferty firmy BAZALT TRADE oraz ilości wskazanych w Przedmiarze robót wynosi 17 038 389,32 zł netto i przekracza wskazaną w pierwszych wyjaśnieniach kwotę 16 061 442,00 zł netto. W odpowiedzi Odwołujący wskazali jedynie, że Zamawiający dopuścił do użycia kruszywo pozyskane z recyklingu i różnica w kalkulacji wynika właśnie z tego powodu oraz, że wykonawca planuje oczyścić i ponownie go zabudować. „Szacowana ilość to ok. 20-30%.” W ocenie Izby, z tak sformułowanych wyjaśnień nie wynika jasna odpowiedź na wątpliwość Zamawiającego. Odwołujący w odwołaniu podnieśli, że Zamawiający błędnie zinterpretował ww. zapis, odnosząc go do ilości globalnej i z tego względu przedstawione wyliczenia są nieprawidłowe, lecz nie udowodnił tego, bowiem nie przedstawił własnych obliczeń. Tym samym, nie tylko nie przekonał Zamawiającego na etapie wyjaśnień, ale również obecnie nie przekonał Izby do swoich racji na etapie postępowania odwoławczego.

Odnosząc się do zarzutów odwołania dotyczących przekroczenia cen jednostkowych w Przedmiarze robót – Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego, iż Odwołujący w sposób niedopuszczalny w kolejnych wyjaśnieniach próbował naprawić swój błąd w postaci niedołączenia do pierwszych wyjaśnień prawidłowej oferty i wykonaniu nieprawidłowych kalkulacji. W tym zakresie, zastosowanie znajdują spostrzeżenia Izby odnoszące się do wyjaśnień Odwołujących w zakresie kosztów materiałów niezbędnych do budowy nawierzchni torowej.

Nie sposób również zgodzić się z Odwołującym, jakoby Zamawiający w sposób nieuprawniony dokonał przeliczenia kursu euro wskazanego w ofercie wg daty na dzień złożenia oferty, gdyż strony (Odwołujący i podwykonawca) w ramach swobody umów mogły określić inną datę kursu euro albo samodzielnie określić obowiązujący przelicznik – w tym kontekście należy wskazać, iż to w interesie Odwołujących pozostawało, by w ramach składanych wyjaśnień wskazali na stosowny kurs EUR, po jakim dokonali oni przeliczenia oferty podwykonawcy – skoro to po stronie Odwołujących leżał ciężar należytego wyjaśnienia kosztów składających się na ofertę. W braku wskazania na takie założenia, Zamawiający był uprawniony – weryfikując wyjaśnienia – przyjąć w sposób rozsądny dany kurs na potrzeby ustalenia kwot kosztów przyjętych do kalkulacji przez wykonawcę. W innym wypadku nie byłoby możliwe zweryfikowanie wyjaśnień wykonawcy w tym zakresie. Zgodzić się zatem należy z Odwołującymi, że w ramach swobody umów mogli przyjąć określony kurs lub ustalić inny przelicznik – lecz jeżeli tak się stało to należało na to wskazać Zamawiającemu, składając wyjaśnienia, na potrzeby których konieczne było ustalenie takiego kursu.

Zamawiający był również uprawniony – wbrew temu co twierdzą Odwołujący – do przyjęcia, że stosunek 70% całości zamówienia do 30% dotyczy odpowiednio średniej wartości materiałów w stosunku do kosztów robocizny i sprzętu, skoro sami Odwołujący wskazali na taką zasadę w swoich wyjaśnieniach z dnia 23 października 2024 r.

W odniesieniu do uwag Zamawiającego do poz. 29 Przedmiaru Robót Układu Torowe dla pozostałych odcinków inwestycji, Odwołujący podnieśli, że Zamawiający nie był uprawniony do oparcia się na wyjaśnieniach sporządzonych dla M.p.o. Roszkowo, skoro w świetle wyroku Izby Odwołujący nie byli zobowiązani do przedłożenia rozbicia cenowego, a tym bardziej nie byli zobowiązani do jego przedstawienia dla wszystkich odcinków, które mają zostać wykonane w ramach postępowania, niemniej pomijają przy tym literalną treść uzasadnienia ww. wyroku, w którym Izba wskazała, iż wykonawca może wyjaśnić kalkulację ceny ofertowej w każdy sposób, byleby to wyjaśnienie było zrozumiałe dla zamawiającego. Nie oznacza to, że wyjaśnienia Odwołujących złożone dnia 30 września 2024 r. nie mogą być po wyroku Izby brane pod uwagę przez Zamawiającego. Odwołujący nie zaskarżyli wezwania do wyjaśnień w całości, zaś Izba nie

nakazała unieważnienia całej czynności wezwania do wyjaśnień, lecz wyłącznie w zakresie w jakim Zamawiający żądał od Odwoływających konkretnego sposobu złożenia wyjaśnień, tj. rozbicia cenowego. Izba nie nakazała również Zamawiającemu ponownego wezwania Odwoływających do wyjaśnień. Tym samym, jak wynika z wyroku – Zamawiający nie mógł wyciągać dla Odwoływających negatywnych konsekwencji z faktu nieprzedstawienia rozbicia cenowego, zaś Odwoływający mieli dowolność w sposobie wyjaśnienia kwestii, o które prosił Zamawiający w piśmie z dnia 11 października 2024 r. Skoro zaś złożyli wyjaśnienia i wskazali, że przedłożone wraz z nimi rozbicie cenowe dla M.p.o. Roszkowo pozwala prześledzić zarówno koszty robocizny i pracy sprzętu, jak i koszt materiałów dla całej oferty – to powinni liczyć się z konsekwencjami takiego sposobu zobrazowania Zamawiającemu kalkulacji ceny ofertowej. Teraz Odwoływający podnoszą, że przecież nie każdy z odcinków jest identyczny i żadna analogia nie może mieć miejsca, niemniej powinni byli to uwzględnić na etapie składania wyjaśnień. Rację mają przy tym Odwoływający twierdząc, że: „Z uwagi na brak otrzymania rozbicia cenowego uwzględniającego R/M/S Zamawiający nie jest w stanie ocenić jakie konkretnie koszty przyjął Odwoływający na potrzeby wyceny danej „jednostki”, nie mówiąc już o wycenie całego odcinka lub odcinków.” – co tylko potwierdza, że złożone wyjaśnienia były niewystarczające dla uzasadnienia kalkulacji ceny ofertowej i nie pozwalały Zamawiającemu na ocenę realności kosztów realizacji zamówienia.

Podobnie rzecz się ma w odniesieniu do argumentacji odwołania dotyczącej pozycji 23, 24, 25 i 26, jak też dotyczącej uwag Zamawiającego do tożsamyh pozycji w pozostałym zakresie całego przedmiaru (pkt 2 lit. h).

W odpowiedzi na zarzuty Zamawiającego wskazane w pkt 4 informacji z dnia 21 stycznia 2025 r. (str. 30), Odwoływający wskazali, że koszty głównego sprzętu do robót torowych, jak zgrzewarka i dynamiczny stabilizator toru (DGS) zostały ujęte w pozycji „Koszt utrzymania zaplecza Wykonawcy”, co wynika z wyjaśnień z 23 października, lecz nie odnieśli się do zarzutu, iż część kosztów została zaniżona z powodu zaniżenia długości odcinka robót o blisko połowę.

Ponadto, do zarzutu z pkt 6 informacji z 21 stycznia 2025 r. (str. 31), o tym, że „Wykonawca w zestawieniu kosztów dla poz. 36 przedstawił m.in. pozycję „materiały pozostałe – montaż, transport i zabudowa rozjazdu blokowo R500” – wartość 70 000 zł/kpl., a jako podmiot odpowiedzialny za roboty przy tej pozycji wskazał członka konsorcjum Mirbud S.A.” pomimo, iż powinien wskazać na VOSSLOH COGIFER – Odwoływający nie odnieśli się w żaden inny sposób, jak tylko poprzez zaprzeczenie, by taka informacja wynikała z wyjaśnień wykonawcy, podczas gdy Izba stwierdziła, że faktycznie w Przedmiarze robót z rozbiciem cenowym dla M.p.o. Roszkowo w poz. 36 dla prac „materiały pozostałe – montaż, transport i zabudowa rozjazdu blokowo R500” – wskazany jest podmiot odpowiedzialny „mirbud”. Taki sposób sformułowania uzasadnienia zarzutów w odwołaniu uniemożliwia Izbie odniesienie się do ich merytorycznej zasadności. Izba przyznała również rację Zamawiającemu, iż odpowiedź Odwoływających z dnia 23 października 2024 r. na wezwanie w zakresie uszczegółowienia wyjaśnień odnoszących się do pozycji o nazwie „Pozostałe materiały” była zbyt ogólnikowa i lakoniczna, by umożliwić Zamawiającemu weryfikację kalkulacji tej pozycji. Nadto, z odpowiedzi tej nie wynika to, co próbuje narzucić treść odwołania – nie wskazano w niej bowiem, by chodziło wyłącznie o koszty materiałów, transportu, załadunków, rozładunków i przeładunków, których nie wykonają samodzielnie Odwoływający. Nie można zgodzić się również z Odwoływającymi, iż jeśli w tym zakresie treść odpowiedzi nie satysfakcjonowała Zamawiającego, to powinien doprecyzować wątpliwości w ramach procedury wyjaśniającej. Skoro bowiem Zamawiający w piśmie z dnia 11 października prosił o uszczegółowienie wyjaśnień odnoszących się do pozycji „Pozostałe materiały”, zaś otrzymał jednozdaniową i to niepełną (jak potwierdza treść odwołania) odpowiedź to oznacza, że to Odwoływający nie dołożyli należytej staranności, by rozwiać wątpliwości Zamawiającego.

Podkreślić należy, że wyjaśnienia składane w ramach badania rażąco niskiej ceny nie mogą być tak ogólne, by uniemożliwiały zamawiającemu weryfikację prawidłowości kalkulacji ceny i jej realności. Zamawiający nie miał zatem podstaw do uznania ich za wystarczające i wiarygodne, skoro nie miał możliwości ich weryfikacji. Wyjaśnienia wykonawcy składane w trybie art. 224 ust. 1 lub ust. 2 PZP mają umożliwić zamawiającemu zbadanie zaoferowanej przez wykonawcę ceny w kontekście możliwości uznania ją za rażąco niską. Skoro, wg art. 224 ust. 5 PZP, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy, to w procesie badania ceny ofertowej, wykonawca ma obowiązek dostarczyć zamawiającemu wszelkich materiałów i danych, które wykażą, że oferta została skalkulowana prawidłowo, z uwzględnieniem wymagań wynikających z dokumentów zamówienia oraz powszechnie obowiązujących przepisów prawa. W innym wypadku zamawiający zmuszony jest czynić własne założenia. Badając ww. kwestię zamawiający winien opierać się na materiałach i danych, które otrzymał od wykonawcy, powinny więc być one wystarczające dla uznania, że cena ofertowa została skalkulowana poprawnie z uwzględnieniem wszelkich czynników kosztotwórczych i w sposób pozwalający na wykonanie zamówienia zgodnie ze wszystkimi wymaganiami.

Odnosnie do dokonanej przez Zamawiającego „rekalkulacji kosztów dotyczących rozjazdów” – Konsorcjum Kobylarnia wskazało, że jest ona błędna, gdyż oferta firmy COGIFER była wariantowa i zakładała w opcji 1 koszt transportu

rozjazdów R500 w kwocie 40.000,00 zł, zaś w opcji 2 – 70.000,00 zł, czego nie uwzględnił Zamawiający – podczas gdy, Odwołujący zdają się zapominać, iż sami wskazali w załączonym do wyjaśnień z 23 października rozbiściu cenowym dla M.p.o. Roszkowo na koszt 70.000,00 zł a nie 40.000,00 zł. W odwołaniu wyjaśniono, że „W zakresie tego elementu wyceny Odwołujący zdecydował się na realizację zamówienia w oparciu o Opcję 1. W tym wypadku koszt transportu i rozładunku (w tym zabezpieczenie sprzętu w postaci dźwigu oraz kosztów lokomotywy) będzie ponosił Mirbud S.A., natomiast sam montaż zostanie dokonany przez Infra Silesia S.A. – taki model działania jest zgodny z IDW oraz SWZ.” – lecz zabrakło tego rodzaju wyjaśnienia w treści odpowiedzi z dnia 23 października.

Podobnie, odnośnie wyjaśnienia kwestii kosztów ogólnych i kosztów pośrednich – których w piśmie z 23 października w wymiarze rzeczowym również zabrakło.

Podkreślenia również wymaga, iż przedmiotowy zarzut odwołania koncentruje się wokół próby wykazania, że odrzucenie oferty było przedwczesne, skoro Zamawiający powinien – po wyroku Izby w sprawie KIO 3859/24 – ponownie wezwać Odwołujących do wyjaśnień, a nie wokół wykazania, że podstawa odrzucenia ich oferty była nieprawidłowa, gdyż oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, zaś Odwołujący złożyli prawidłowe i spójne wyjaśnienia. Słusznie dostrzegł to Zamawiający podnosząc, iż brak jest w zasadzie w tej części odwołania merytorycznej argumentacji kwestionującej ocenę Zamawiającego.

To wszystko zadecydowało o uznaniu, że decyzja Zamawiającego o odrzuceniu oferty Konsorcjum Kobylarnia na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 PZP była prawidłowa.

–Zarzut 4 – dot. naruszenia art. 239 ust. 1 PZP poprzez wybór jako najkorzystniejszej w Postępowaniu oferty złożonej przez PORR w sytuacji, gdy za najkorzystniejszą powinna zostać uznana oferta złożona przez Odwołującego, a dokonany wybór stanowi konsekwencję nieuzasadnionego odrzucenia oferty Konsorcjum Kobylarnia;

Zarzut bezzasadny.

Skoro, Izba potwierdziła, że Zamawiający miał podstawy, by odrzucić ofertę Konsorcjum Kobylarnia, to miał również podstawy by następnie uznać za najkorzystniejszą ofertę wykonawcy PORR S.A. Jak wynika z akt sprawy, w postępowaniu wpłynęło 13 ofert, w tym: oferta Odwołującego z ceną brutto 227.437.662,93 zł, oferta Przystępującego PORR S.A. z ceną brutto 243.392.400,00 zł, oferta ZUE S.A. w Krakowie z ceną brutto: 248.356.482,77 zł oraz oferta Przedsiębiorstwo Napraw i Utrzymania Infrastruktury Kolejowej w Krakowie sp. z o.o. w Krakowie z ceną brutto 261.638.886,11 zł. Kryterium oceny ofert stanowiła cena całkowita brutto – 100%. Zgodnie z informacją o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 21 stycznia 2025 r., za najkorzystniejszą została uznana oferta Przystępującego PORR S.A. – z punktacją 100 pkt, kolejno oferta Przedsiębiorstwo Napraw i Utrzymania Infrastruktury Kolejowej w Krakowie sp. z o.o. uzyskała 93,03 pkt. Oferta Odwołującego oraz oferta ZUE S.A. zostały odrzucone. Wynika stąd, iż najkorzystniejszą spośród ofert niepodlegających odrzuceniu była oferta PORR S.A. Zgodnie z art. 239 ust. 1 PZP, będącym przedmiotem zarzutu, zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia. Nie ulega zaś wątpliwości, iż w niniejszej sprawie oferta PORR S.A. została wybrana na podstawie ustalonego w IDW kryterium oceny ofert – ceny, skoro wykonawca ten zaoferował najniższą cenę spośród wykonawców, których oferty nie podlegały odrzuceniu, a bynajmniej Odwołujący nie wykazali w odwołaniu, że jest inaczej.

–Zarzut 7 – dot. naruszenia art. 16 PZP poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości;

Zarzut zasadny.

Skoro, Izba stwierdziła, że Zamawiający dopuścił się pewnych naruszeń w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, to tym samym w tym zakresie nie można stwierdzić, by postępowanie było prowadzone w sposób zapewniający zachowanie zasad, o których mowa w art. 16 PZP. Nieprawidłowe odrzucenie oferty wykonawcy, na podstawie bezzasadnie stwierdzonych przyczyn zdecydowanie narusza zasady zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie jest prowadzone z zachowaniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (art. 16 pkt 1 PZP), gdy wobec jednego z wykonawców stwierdzone są w ofercie nieprawidłowości, które nie miały miejsca lub brak jest podstaw, by takie stwierdzić. Ponadto, nieadekwatnym i niewspółmiernym oraz nieprowadzącym do osiągnięcia celu postępowania, jakim jest udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy, jest odrzucenie oferty wykonawcy, która wg kryterium oceny ofert była najkorzystniejsza, co do której nie zaistniały podstawy do jej odrzucenia (art. 16 pkt 3 PZP). Działanie zamawiającego, który odrzuca ofertę wykonawcy na podstawie niejasnych przesłanek lub bez podstawy znajdującej oparcie w stanie faktycznym, a tym samym bez podstaw prawnych jest działaniem nieprzejrzystym (art. 16 pkt 2 PZP). Niemniej jednak, nie można pomijać, że z uwagi na stwierdzenie przez Izbę podstaw do odrzucenia oferty Odwołujących w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 PZP, stwierdzone naruszenia nie mogły prowadzić do uwzględnienia odwołania, skoro nie miały one wpływu i nie mogły mieć istotnego wpływu na wynik postępowania o udzielenie niniejszego zamówienia.

Biorąc powyższe pod uwagę, na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553 i art. 554 ust. 1 pkt 1 PZP, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie 557 PZP oraz w oparciu o przepisy 1 i pkt 2 lit. b) w zw. z 8 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobieraniu wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437 ze zm.). Zamawiający nie złożył wniosku o zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania, toteż nie było podstaw do obciążenia takimi kosztami Odwołujących.

Przewodnicząca: