

WYROK

Warszawa, dnia 7 kwietnia 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: Małgorzata Rakowska
Katarzyna Poprawa
Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 kwietnia 2025 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 marca 2025 r. przez wykonawcę **PRIMOST POŁUDNIE Sp. z o. o. z siedzibą w Będzinie, ul. Odkrywkowa 91, 42-504 Będzin** w postępowaniu prowadzonym przez **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa** przy udziale uczestnika po stronie odwołującego – wykonawcy **Pomorskie Przedsiębiorstwo Mechaniczno – Torowe Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku, ul. Sandomierska 19, 80-051 Gdańsk** przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy **PORR S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Hołubcowa 123, 02-854 Warszawa**

orzeka:

1. Oddala odwołanie
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę **PRIMOST POŁUDNIE Sp. z o. o. z siedzibą w Będzinie, ul. Odkrywkowa 91, 42-504 Będzin** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **PRIMOST POŁUDNIE Sp. z o. o. z siedzibą w Będzinie, ul. Odkrywkowa 91, 42-504 Będzin** tytułem wpisu od odwołania.

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

Przewodnicząca:

.....

Uzasadnienie

PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w Warszawie, zwane dalej „zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: z dnia 14 lipca 2023 r., Dz. U. z 2023 r., poz. 1605), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Wykonanie robót dla zadania pn.: „Budowa drugiego toru kolejowego wraz z drugą przeprawą mostową na rzece Warcie na odcinku linii kolejowej nr 354 od posterunku odgałęźnego Oborniki Wielkopolskie Most do stacji Oborniki Wielkopolskie” realizowanego w ramach Krajowego Planu Odbudowy i Zwiększenia Odporności”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 3 grudnia 2024 roku pod numerem nr 735782-2024, nr wydania Dz.U. S: 235/2024.

Informacja o wyborze oferty wykonawcy PORR S.A. z siedzibą w Warszawie, zwanego dalej „wykonawca PORR”, jako najkorzystniejszej została przekazana wykonawcom w dniu 28 lutego 2025 r.

W dniu 10 marca 2025 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca PRIMOST POŁUDNIE Sp. z o. o. z siedzibą w Będzinie, zwany dalej „odwołującym”, wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego naruszających ustawę Pzp, tj.:

- 1) zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy PORR z postępowania mimo, że zawiera błąd w obliczeniu ceny, który nie jest możliwy do poprawienia samodzielnie przez zamawiającego, względnie zaofiarowania rażąco niskiej ceny oferty oraz ewentualnie stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji,
- 2) zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy PORR z postępowania mimo, że oferta ta jest niezgodna z warunkami zamówienia – nie spełnia wszelkich wymagań określonych w treści dokumentacji zamówienia,
- 3) czynność wyboru oferty wykonawcy PORR jako najkorzystniejszej podczas, gdy oferta ta podlega odrzuceniu oraz poprzez zaniechanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej,

zarzucając zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy PORR, mimo że zawiera błąd w obliczeniu ceny, który nie jest możliwy do poprawienia samodzielnie przez zamawiającego w zakresie ceny zaofiarowanej w kosztorysie dot. pozycji: Wykonanie subwarstwy tłucznia 31,5/50/1/1 pod tory gr. 12cm - tłuczeń nowy, stabilizowany mechanicznie, z zakupem i dowozem materiału na miejsce wbudowania (cena jednostkowa 36,28 zł), ewentualnie
- 2) art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp z uwagi na to, że oferta w odniesieniu do ww. pozycji zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji),
- 3) art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy PORR, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia,
- 4) art. 239 ust. 1 i 2 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp poprzez wybór oferty PORR, która nie jest ofertą najkorzystniejszą spośród ofert niepodlegających odrzuceniu,

a w konsekwencji:

- 5) art. 16 pkt 1 w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp przez nie zachowanie zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów załączonych do odwołania, wnioskowanych w odwołaniu lub przedstawionych na rozprawie, na okoliczności wskazane w uzasadnieniu pisemnym bądź ustnym.

Odwolujący wniósł także o rozpatrzenie i uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności zamawiającego wyboru oferty najkorzystniejszej, nakazanie odrzucenia oferty wykonawcy PORR z postępowania oraz dokonanie w konsekwencji ponownej czynności badania i oceny ofert.

Odwolujący wniósł również 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.

Odwolujący podał w odwołaniu uzasadnienie do podniesionych zarzutów, w tym przywołując postanowienia SWZ, treść złożonych ofert oraz orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej.

Zamawiający w dniu 11 marca 2025r. przekazał wykonawcom poprzez Platformę Zakupową zamawiającego kopię odwołania wraz z wezwaniem do przystąpienia do postępowania odwoławczego.

W dniu 14 marca 2025 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca PORR S.A. z siedzibą w Warszawie, zwany dalej „wykonawcą PORR”, zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

W dniu 14 marca 2025 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca Pomorskie Przedsiębiorstwo Mechaniczno - Torowe Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku, zwany dalej „wykonawcą Pomorskie Przedsiębiorstwo Mechaniczno – Torowe”, zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego.

W dniu 31 marca 2025 r. wykonawca PORR złożył pisemne stanowisko w sprawie.

Zamawiający w dniu 31 marca 2025 r. złożył „Odpowiedź na odwołanie”, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości.

W dniu 1 kwietnia 2025 r. odwołujący złożył „Wniosek dowodowy odwołującego” o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów ze wskazanych we wniosku dokumentów.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treść ogłoszenia o zamówieniu oraz treść SWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz przystępujących złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Izba również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia wykonawcy PORR S.A. z siedzibą w Warszawie, zwanego dalej „wykonawcą PORR” lub „przystępującym PORR”, do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia wykonawcy Pomorskie Przedsiębiorstwo Mechaniczno - Torowe Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku, zwanego dalej „wykonawcą Pomorskie Przedsiębiorstwo Mechaniczno – Torowe” lub „przystępującym Pomorskie Przedsiębiorstwo Mechaniczno – Torowe”, do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie odwołującego.

Izba rozpoznając sprawę uwzględniła akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z § 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r. poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Izbę lub Prezesa Izby w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła także stanowiska złożone ustnie przez strony i przystępujących do protokołu posiedzenia i rozprawy.

Izba dopuściła zawnioskowane i złożone przez odwołującego w załączeniu do odwołania dowody, tj.:

- 1.Pismo odwołującego z 24.02.2025 r.
- 2.Załącznik 6_TABELA inżyniera cenowa.
- 3.SEKOCENBUD 4 KW 2024 kolej podbudowy.

Izba dopuściła zawnioskowane i złożone przez zamawiającego w załączeniu do odpowiedzi na odwołanie, tj.:

- 1.IDW dla przetargu nieograniczonego na Zaprojektowanie i wykonanie robót na linii kolejowej nr 273 od km 116,000 do km 285,000 realizowanego w ramach projektu Prace na wybranych odcinkach ciągu linii kolejowej C-E 59 w ramach Krajowego Planu Odbudowy i Zwiększenia Odporności (KPO).
- 2.IDW dla przetargu nieograniczonego na Zaprojektowanie i wykonanie robót dla zadania pn. Prace na linii kolejowej nr 273 na odcinku granica IZ w km 285,000 do Szczecin Podjuchy w km 346,358 oraz prace na linii kolejowej nr 401 na odcinku Szczecin Dąbie SDB w km -0,636 do Lubiewo w km 88,100 realizowanego w ramach projektu Prace na wybranych odcinkach ciągu linii kolejowej C-E 59 w ramach Krajowego Planu Odbudowy i Zwiększenia Odporności (KPO).

Izba dopuściła zawnioskowane i złożone przez odwołującego w złożonym „Wniosku dowodowym odwołującego” dowody, tj.:

- 1.Opinia dotycząca weryfikacji wyceny nowego tłucznia dla potrzeb postępowania przetargowego nr 9090/IREZA5/18939/05358/24/P z dnia 3.12.2024r. oraz specyfikacji tłucznia jako kluczowego materiału w konstrukcji drogi kolejowej autorstwa eksperta ds. infrastruktury kolejowej dra inż. F.J. (Uprawnienia budowlane w spec. inżynierijnej kolejowej w zakresie kolejowych obiektów budowlanych bez ograniczeń: do kierowania – MAP/0276/WBK1/18 do projektowania – MAP/0394/PBK1/21) oraz eksperta ds. kosztorysowania dra inż. D.W. (Rzeczoznawca kosztorysowy Stowarzyszenia Kosztorysantów Budowlanych (SKB), nr upr. 493/2021).
- 2.Opinia w zakresie ustalenie rynkowej wartości pozycji kosztorysowej oferty PORR S.A. oraz ocena, czy przedstawiona przez Oferenta wartość 36,28 zł za m3 zawiera rażąco niską cenę, a także określenie wielkości niedoszacowania Oferenta w tej pozycji oraz ocenę, czy zaofferowana cena jednostkowa umożliwia zrealizowanie zamówienia w zaproponowanych warunkach cenowych dla rozpatrywanej pozycji autorstwa mgr inż. Ł.Z. (m.in. wpisany na listę biegłych sądowych ds. budownictwa) oraz inż. M.G..
- 3.Oferta na dostawę materiału oraz na wykonanie robót budowlanych dot. sub-warstwy tłucznia.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie, uznając że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny (tożsamy dla wszystkich zarzutów):

Zamawiający w TOM I - SWZ, IDW, Rozdział 12 „ SPOSÓB OBLICZENIA CENY” podał:

„12.4. 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. Podane ceny muszą być zaokrąglone do dwóch miejsc po przecinku.

12.5. W przypadku, gdy w wypełnionych przez Wykonawcę Przedmiarach Robót wystąpią inne omyłki polegające na niezgodności oferty z Dokumentami Zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty Zamawiający dokona poprawek, w szczególności:

- a) w przypadku braku pozycji – Zamawiający poprawi Przedmiar Robót poprzez dopisanie treści brakującej pozycji, jednostki miary, liczby jednostek oraz wpisanie dla tej pozycji ceny jednostkowej wg następujących zasad:
 - w przypadku, gdy Zamawiający będzie w stanie dokonać poprawy w oparciu o inną pozycję Przedmiaru Robót składającą się na ofertę – w wysokości wynikającej z tej pozycji Przedmiaru Robót;
 - w innym przypadku – w wysokości 0 (zero) i uzna tę pozycję za włączoną do innych pozycji wypełnionego Przedmiaru Robót. W takim przypadku Zamawiający wystąpi do Wykonawcy o udzielenie wyjaśnień w zakresie wskazania kwoty oraz pozycji do której brakująca pozycja została włączona,
- b) w przypadku błędnie wpisanej „Nazwy elementu rozliczeniowego” – Zamawiający poprawi Przedmiar Robót poprzez wpisanie poprawnej nazwy elementu rozliczeniowego pozostawiając niezmienioną dla tej pozycji zaoferowaną w Przedmiarze Robót cenę jednostkową i wartość,
- c) w przypadku błędnie wpisanej „Jednostki miary” - Zamawiający poprawi Przedmiar Robót poprzez wpisanie poprawnej jednostki miary pozostawiając niezmienioną dla tej pozycji zaoferowaną w Przedmiarze Robót cenę jednostkową i wartość,
- d) w przypadku błędnie wpisanej „Liczby Jednostek” - Zamawiający poprawi Przedmiar Robót poprzez wpisanie poprawnej liczby jednostek i dokona obliczenia wartości tej pozycji poprzez przemnożenie poprawnej liczby jednostek przez cenę jednostkową podaną w Przedmiarze Robót,
- e) w przypadku braku w Przedmiarze Robót „Ceny jednostkowej” - Zamawiający dokona obliczenia ceny jednostkowej jako ilorazu w którym za dzielną przyjmie się wskazaną w Przedmiarze Robót wartość, a za dzielnik liczbę jednostek. Jeżeli otrzymana cena jednostkowa będzie posiadała więcej niż dwa miejsca po przecinku Zamawiający zaokrągli ją zgodnie z zasadami reguł matematycznych i ponownie dokona obliczenia wartości jako iloczynu liczby jednostek i ceny jednostkowej (po zaokrągleniu),
- f) w przypadku braku w Przedmiarze Robót „Ceny jednostkowej” i „Wartości” - Zamawiający poprawi Przedmiar Robót poprzez wpisanie dla tej pozycji ceny jednostkowej wg następujących zasad:
 - w przypadku, gdy Zamawiający będzie w stanie dokonać poprawy w oparciu o inną pozycję Przedmiaru Robót składającą się na ofertę – w wysokości wynikającej z tej pozycji Przedmiaru Robót;
 - w innym przypadku – w wysokości 0 (zero) i uzna tę pozycję za włączoną do innych pozycji wypełnionego Przedmiaru Robót. W takim przypadku Zamawiający wystąpi do Wykonawcy o udzielenie wyjaśnień w zakresie wskazania kwoty oraz pozycji, do której pozycja z brakującą „Ceną jednostkową” i „Wartością” została włączona.

Ceną oferty jest suma wartości wszystkich pozycji podanych w wypełnionym Przedmiarze Robót, powiększona o podatek VAT.”.

Wykonawca PORR złożył ofertę, w której za realizację przedmiotu zamówienia wskazał cenę łączną w kwocie 122 858 559,00 zł brutto.

Odwolujący, pismem z dnia 24 lutego 2025 r., kierowanym do zamawiającego wskazał „na błędy w obliczeniu ceny oferty wykonawcy PORR S.A. w zakresie m.in. jak niżej:

– Wykonanie sub-warstwy tłucznia 31,5/50/I/1 pod tory gr. 12cm - tłuczeń nowy, stabilizowany mechanicznie, z zakupem i dowozem materiału na miejsce wbudowania

– wykonawca PORR S.A. wskazał jako cenę jednostkową kwotę 36,28 zł.”.

W dniu 28 lutego 2025 r. zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty wykonawcy PORR jako najkorzystniejszej.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy PORR, mimo że zawiera błąd w obliczeniu ceny, który nie jest możliwy do poprawienia samodzielnie przez zamawiającego w zakresie ceny zaoferowanej w kosztorysie dot. pozycji: Wykonanie subwarstwy tłucznia 31,5/50/I/1 pod tory gr. 12cm - tłuczeń nowy, stabilizowany mechanicznie, z zakupem i dowozem materiału na miejsce wbudowania (cena jednostkowa 36,28 zł) (zarzut 1 odwołania) nie potwierdził się.

Art. 226 ust. 1, pkt 10 ustawy Pzp stanowi, że „zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu”.

W ustawie Pzp brak jest definicji legalnej pojęcia błędu w obliczeniu ceny. Błędem w obliczeniu ceny, w rozumieniu powyższego przepisu jest błąd co do prawidłowego ustalenia stanu faktycznego, a nie nieprawidłowe wykonanie czynności arytmetycznych składających się na obliczenie ceny. Błędy w obliczeniu ceny charakteryzują się tym, że nie można ich w żaden sposób poprawić. O takim błędzie – jak wynika z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej - można mówić wtedy, gdy wykonawca składając ofertę dopuścił się uchybień w wyliczeniu elementów kształtujących cenę lub nie uwzględnił wszystkich tych elementów, które wynikają z przepisów prawa lub wskazane zostały w dokumentacji postępowania.

W niniejszym stanie faktycznym wykonawca PORR za Wykonanie sub-warstwy tłucznia 31,5/50/I/1 pod tory gr. 12cm - tłuczeń nowy, stabilizowany mechanicznie, z zakupem i dowozem materiału na miejsce wbudowania” podał cenę jednostkową w kwocie 36,28 zł, która to kwota – w ocenie odwołującego - nie uwzględnia „wszystkich elementów składających się na wykonanie danej pozycji”. Odwołujący nie wskazał przy tym, opisując szczegółowo jakie elementy znajdują się w zakresie tej pozycji (pkt 8 uzasadnienia odwołania), jakim sprzętem dla realizacji tego zakresu wykonawca powinien dysponować czy też z wykonaniem jakich czynności wiąże się wykonanie sub- warstwy tłucznia (pkt 9 i 14 uzasadnienia odwołania), jakich elementów ceny jednostkowej w kwestionowanej pozycji wykonawca PORR nie uwzględnił. Odwołujący podkreślał jedynie, iż wykonanie subwarstwy, która stanowi istotny element wykonania torowiska,

pełni kilka istotnych funkcji, której nieprawidłowe wykonanie powodować będzie problemy dla bezpieczeństwa ruchu kolejowego, trwałości infrastruktury, jak również może prowadzić do poważnych problemów technicznych i eksploatacyjnych. Nie podał jednak nigdzie jednoznacznie jakich to elementów cen- lub kosztotwórczych składających się na tę pozycję przedmiaru wykonawca PORR nie uwzględnił, podkreślając jedynie, że wykonawca PORR nie ujął „w cenie oferty pełnego zakresu robót wraz ze wszystkimi kosztami.”.

Punkt 12.4 SWZ, na który wskazywały zarówno strony, jak i uczestnik postępowania, nakładał na wykonawców obowiązek wyceny i wypełnienia wszystkich pozycji Przedmiaru Robót, nie stawiając żadnych dodatkowych wymogów i nie narzucając wykonawcom sposobu wyceny całej oferty czy też poszczególnych pozycji przedmiaru robót. Co więcej w punkcie tym wskazano, że „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 (...).” Zwrot ten – jak podkreślił zamawiający i przystępujący - oznacza, że „wycena danej pozycji kosztorysu, niezależnie od jej wysokości, obejmuje wszystkie niezbędne koszty, a tym samym wykonawca nie będzie domagał się od zamawiającego dodatkowego wynagrodzenia za wykonanie prac opisanych w danej pozycji.”. Każdy wykonawca miał więc pełną dowolność w wycenie poszczególnych cen jednostkowych, ponosząc w tym zakresie pełną odpowiedzialność oraz ryzyko finansowe wykonania prac z danej pozycji bez możliwości dochodzenia dodatkowego wynagrodzenia. Potwierdzeniem tego stanowiska – jak dalej wskazano – jest punkt 12.5 lit. a) i f) SWZ, w którym podano, że nawet jeśli w kosztorysie brakuje danej pozycji kosztorysu, wykonawca pominął wycenę danej pozycji kosztorysu albo wycenił ją na 0 zł, nie przemawia to za odrzuceniem oferty, a tym bardziej błędem w obliczeniu ceny – w takim przypadku zamawiający przyjmie, że zakres prac ujęto w wycenie innej pozycji Przedmiaru Robót. Dla zamawiającego istotnym było bowiem to aby cena całkowita pokrywała koszty realizacji tego zamówienia. Wskazane postanowienia SWZ miały natomiast zabezpieczać zamawiającego przed ewentualnymi przyszłymi roszczeniami wykonawcy związanymi z nieuwzględnieniem określonego kosztu w danej pozycji kosztorysu. Zamawiający – jak wyjaśnił - w przypadku zamówień realizowanych w formule buduj dopuszcza możliwość włączenia jednej pozycji przedmiaru robót do innej lub innych pozycji przedmiaru. Jest to zgodne i prawidłowe z bazowym IDW zamawiającego dla zamówień realizowanych w formule buduj. Natomiast odmiennie sytuacja kształtuje się w przypadku zamówień realizowanych w formule projektu i buduj, w odniesieniu do których zamawiający wyraźnie określa, że „niedopuszczalne jest wliczanie kosztów wykonania jakiegokolwiek pozycji RCO w inną pozycję RCO, pod rygorem odrzucenia oferty”. Na dowód czego zamawiający złożył IDW dla dwóch postępowań prowadzonych przez niego w których zasady, na które wskazał były zawarte. Skoro więc przedmiotowe postępowanie prowadzone jest w formule buduj to wycena danej pozycji kosztorysu w kwocie 36,28 zł oznacza, w świetle postanowień SWZ dla tego postępowania, że cena tej pozycji niezależnie od jej wysokości, obejmuje wszystkie niezbędne koszty konieczne dla realizacji tego zamówienia.

W świetle powyższego zarzut błędu w obliczeniu ceny nie potwierdził się.

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp z uwagi na to, że oferta w odniesieniu do ww. pozycji zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji) (zarzut 2 odwołania – ewentualny) nie potwierdził się.

Art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp stanowi, że „*zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia*”.

Cena rażąco niska jest to taka cena, która nie pokrywa kosztu wykonania przedmiotu zamówienia, w tym przypadku roboty budowlanej.

Co do zasady rażąco niska cena odnosi się co do całości wynagrodzenia, niemniej jednak w pewnych przypadkach przepisy ustawy Pzp mogą się odnosić w zakresie rażąco niskiej ceny również w odniesieniu do istotnej części składowej ceny a więc istotnych elementów zamówienia.

W celu ustalenia, czy zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe są rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia, zamawiający może zatem badać ceny jednostkowe, które mogą mieć również cechy samodzielnych cen za wykonanie poszczególnych świadczeń składających się na złożone zamówienie.

Niemniej jednak odrzucenie oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp a więc z powodu rażąco niskiej ceny zawsze musi być poprzedzone jej badaniem. W żadnym przypadku zamawiający nie może odrzucić oferty na tej podstawie bez przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego dotyczącego ceny.

Wartość pozycji 14 i 19 przedmiaru robót „Wykonanie subwarstwy tłuczni” a więc pozycji kwestionowanych przez odwołującego – jak wskazał zamawiający - wynosi 0,06% wartości oferty wykonawcy PORR, natomiast zsumowane pozycji 13 i 14 Przedmiaru Robót oraz pozycji 18 i 19 Przedmiaru Robót stanowi zaledwie 0,59% wartości oferty tego wykonawcy. Trudno więc uznać, że ta część ceny oferty wykonawcy PORR stanowi „istotną część składową” ceny lub kosztu. Odwołujący tego przy tym nie wykazał. Pozycje te stanowią bowiem wyłącznie wycenę prac z użyciem jednego z materiałów, tj. tłuczni kolejowego, jaki zostanie wykorzystany w trakcie realizacji tego zamówienia. Materiał ten jest jedną z wielu składowych budowanej linii kolejowej. Nie można zatem uznać, iż jest to istotna część składowa ceny oferty tego wykonawcy. Tak więc odwołujący nie wykazał, że pozycje te istotne z punktu widzenia ceny lub kosztu.

Istotnie cena jednostkowa pozycji 14 i 19 została skalkulowana na kwotę 36,28 zł/m³. Nie oznacza to jednak, że została źle skalkulowana. Pozycje te – jak wskazał przystępujący PORR – dotyczą jedynie części wyceny tłuczni niezbędnego do wykonania zamówienia. Dlatego też oceny oferty wykonawcy PORR w tym zakresie nie można dokonywać wyłącznie poprzez wycenę pozycji Przedmiaru Robót odnoszących się do tłuczni nowego, skoro materiał ten będzie wykorzystywany wraz z tłucznem z odzysku (oczyszczonym), a prace dotyczące wykonania subwarstwy z tłuczni nowego i oczyszczzonego będą wykonywane i rozliczane w tym samym czasie. Badanie realności wyceny wyceny jednej pozycji kosztorysowej dotyczącej tłuczni, przy całkowitym pominięciu pozostałych pozycji, jest więc nieuprawnione zwłaszcza, że prace z wykorzystaniem obu rodzajów tłuczni będą wykonywane łącznie. Co więcej cena tłuczni zadeklarowana w Przedmiarze Robót wykonawcy PORR nie jest najniższa spośród podanych przez wykonawców ubiegających się o udzielenie tego zamówienia, gdyż znajduje się dopiero na czwartej pozycji tego rankingu.

Cena przywołana przez odwołującego pochodząca z SEKOCENBUD-u za 4 kwartał 2024 r. „K-0 POBUDOWY” obejmuje „Ułożenie dolnej warstwy z tłuczni kamiennego o grub. warstwy 15 cm, po zagęszczeniu, z transportem tłuczni kolej z odl. 5 km”, którego cena waha się od 316,92 zł do 434,94 zł za m³. Cena ta obejmuje więc nie tylko zakup materiału, ale również robociznę, sprzęt i materiały. Tymczasem odwołujący, kwestionując cenę jednostkową w ofercie wykonawcy PORR odnoszącą się właśnie do tłuczni podnosił, że w zasadzie nie wiadomo, którego elementu wykonawca nie ujął. Także przedstawione przez odwołującego opinie prywatne, a więc stanowiące stanowisko odwołującego w sprawie, także odnoszą się do pełnego zakresu i podają, że nie jest możliwe zrealizowanie robót, prac i

usług przewidzianych tą pozycją w przyjętej przez wykonawcę PORR, poddając w wątpliwość wycenę wykonawcy PORR i nie uwzględniając przy tym treści SWZ przygotowanej dla tego konkretnego postępowania.

W konsekwencji powyższego zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp nie potwierdził się.

Z kolei art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp stanowi, że „*zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji*”.

Ustawa Pzp nie zawiera definicji czynu nieuczciwej konkurencji i odsyła w tym zakresie do ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Czyn nieuczciwej konkurencji został więc zdefiniowany w art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W art. 3 ust. 2 tego przepisu jedynie przykładowo wymienione zostały działania kwalifikowane jako czyn nieuczciwej konkurencji. Natomiast w art. 5 - 17 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji zostały doprecyzowane uszczegółowione zachowania przedsiębiorców, które wyczerpują znamiona czynu nieuczciwej konkurencji. Skoro więc ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji zawiera otwarty katalog czynów nieuczciwej konkurencji to odwołujący się wykonawca, formułując zarzuty oparte na podstawie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji jest zobligowany do wskazania takiego czynu, jego skonkretyzowaniu oraz opisanu na czym ten czyn w konkretnym stanie faktycznym polega, jak również wykazaniu, że przesłanki konkretnego czynu z ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji zostały spełnione. „(...) dla uznania, że doszło do popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji Skarżący musi wykazać owe przesłanki w sposób odnoszący się bezpośrednio do realiów przedmiotowej sprawy, nie zaś w sposób abstrakcyjny czy hipotetyczny”. (Sąd Okręgowy w Warszawie – Sąd Zamówień Publicznych w sprawie o sygn. akt XXIII Zs 84/24). Tymczasem odwołujący podniósł, że wykonawca PORR mógł dokonać sztucznego zaniżenia pozycji jednostkowych (...), „w ocenie odwołującego czyn nieuczciwej konkurencji, jakiej mógł dopuścić się wykonawca PORR S.A. (...)”, jak również wskazuje na „potencjalną manipulację cenową w ofercie PORR S.A. (...)”, podkreślając swe wątpliwości i, akcentując, że czynu tego wykonawca PORR mógł się dopuścić. To z kolei miało niejako obligować zamawiającego do zbadania zaoferowanych przez wykonawcę PORR cen jednostkowych. Co istotne wątpliwości takie miał odwołujący a nie zamawiający. Odwołujący nie wykazał przy tym spełnienia żadnej z przesłanek wskazanych w przepisach ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, odnosząc się do nich jedynie hipotetycznie. Odwołujący podnosząc, że kwestionowane pozycje, które stanowią jedynie 0,59% wartości oferty wykonawcy PORR, zostały sztucznie zaniżone, co w konsekwencji miało utrudniać innym wykonawcom dostęp do rynku, okoliczności tych w ogóle nie wykazał. Wartość kwestionowanych pozycji nie tylko, że stanowi nieistotny element zamówienia, ale i nie ma żadnego wpływu na łączną cenę oferty wykonawcy PORR. Okoliczności tej nie potwierdza także złożony przez odwołującego dowód „TABELA inżyniera cenowa”. Wynika z niego jedynie, że cena tej pozycji przedmiaru różnie była kalkulowana w ofertach innych wykonawców. U jednych wykonawców to ta pozycja jest najniższa, u innych zaś inna z kalkulowanych pozycji przedmiaru.

Tym samym Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się.

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy PORR, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia (zarzut 3 odwołania) nie potwierdził się.

Art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp stanowi, że „*zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli (...) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia*”. Oznacza to, że niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia polega na niezgodności zobowiązania wykonawcy wyrażonego w jego ofercie ze świadczeniem, którego zaoferowania wymaga zamawiający i, które opisał w dokumentach zamówienia.

Niemniej jednak odwołujący w treści odwołania nie przedstawił żadnej argumentacji, która odnosilaby się do podniesionego zarzutu i świadczyłaby o niezgodności treści oferty wykonawcy PORR z warunkami zamówienia. Samo powołanie przepisu ustawy Pzp, który miałby naruszyć zamawiający, nie tworzy zarzutu. Zarzut stanowi bowiem wskazanie czynności bądź zaniechania przez zamawiającego czynności, do których jest zobowiązany na podstawie ustawy oraz okoliczności faktyczne wskazujące na naruszenie przepisów prawa. A tego brak jest w treści odwołania.

Dlatego też Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się.

W konsekwencji powyższego nie potwierdził się **także zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 i 2 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp poprzez wybór oferty PORR, która nie jest ofertą najkorzystniejszą spośród ofert niepodlegających odrzuceniu (zarzut 4 odwołania)**, gdyż stanowi on konsekwencję wcześniejszych zarzutów, które są niezasadne.

Nie potwierdził się także **zarzut naruszenia art. 16 pkt 1 w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp przez nie zachowanie zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości (zarzut 5 odwołania)** będący konsekwencją wcześniej podniesionych zarzutów - zarzutów 1 - 4 odwołania.

Izba nie stwierdziła naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp wskazanych przez odwołującego w treści wniesionego odwołania.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy Prawo zamówień publicznych (tj.: z dnia 14 lipca 2023 r., Dz. U. z 2023 r., poz. 1605) oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1) rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r., poz. 2437).

Przewodnicząca:

.....

.....

.....

.....