

Sygn. akt: KIO 3800/23
KIO 3809/23

WYROK

Warszawa, dnia 5 stycznia 2024 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz
Katarzyna Poprawa

Maksym Smorczewski

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 stycznia 2024 roku odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej
A.w dniu 18 grudnia 2023 roku przez wykonawców wspólnie ubiegających się

o udzielenie zamówienia *Pomorskie Przedsiębiorstwo Mechaniczno – Torowe spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku oraz Zakład Automatyki i Telekomunikacji spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdyni* (sygn. akt KIO 3800/23),

B.w dniu 18 grudnia 2023 roku przez wykonawcę *Zakład Robót Komunikacyjnych – DOM w Poznaniu spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu* (sygn. akt KIO 3809/23)

w postępowaniu prowadzonym przez PKP Polskie Linie Kolejowe spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie, prowadzący postępowanie: *Zakład Linii Kolejowych w Bydgoszczy*

przy udziale uczestnika po stronie Zamawiającego w postępowaniu o sygn. akt KIO 3800/23:

A.wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia *COLAS RAIL Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku oraz COLAS RAIL S.A.S. z siedzibą we Francji*,

B.wykonawcy *Zakład Robót Komunikacyjnych – DOM w Poznaniu spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu*

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego w postępowaniu o sygn. akt KIO 3809/23 - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia *COLAS RAIL Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku oraz COLAS RAIL S.A.S. z siedzibą we Francji*,

orzeka:

1.

oddala odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 3800/23,

oddala odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 3809/23,

2.kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się

o udzielenie zamówienia *Pomorskie Przedsiębiorstwo Mechaniczno – Torowe spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku oraz Zakład Automatyki i Telekomunikacji spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdyni* i wykonawcę *Zakład Robót Komunikacyjnych – DOM w Poznaniu spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu*:

2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000,00 zł (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie *Pomorskie Przedsiębiorstwo Mechaniczno – Torowe spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku oraz Zakład Automatyki i Telekomunikacji spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdyni* tytułem wpisu od odwołania,

2.2.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000,00 zł (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę *Zakład Robót Komunikacyjnych – DOM w Poznaniu spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu* w tytule wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Sygn. akt: KIO 3800/23
KIO 3809/23

UZASADNIENIE

Zamawiający prowadzi postępowanie pod nazwą: *Zaprojektowanie i wykonanie robót dla zadania pn. „Przeniesienie sterowania st. Papowo Toruńskie, Turzno, Wąbrzeźno do st. Kowalewo Pomorskie” w ramach Krajowego Planu Odbudowy w obszarze działania pn.: „Digitalizacja infrastruktury kolejowej poprzez zabudowę nowoczesnych urządzeń i systemów - etap IV”*

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2023/S 142-453459 w dniu 26 lipca 2023 roku.

Sygn. akt KIO 3800/23

18 grudnia 2023 roku wykonawcy wspólnie ubiegających się o zamówienie *Pomorskie Przedsiębiorstwo Mechaniczno – Torowe spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku oraz Zakład Automatyki i Telekomunikacji spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdyni* w oparciu o art. 505 w zw. z art. 513 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 poz. 1605 ze zm.dalej: „Pzp” lub „ustawa”), wniósł odwołanie wobec:

1.czynności Zamawiającego polegającej na dokonaniu wyboru oferty wykonawcy *COLAS RAIL Polska Sp. z o.o.* jako najkorzystniejszej w Postępowaniu, o czym Zamawiający poinformował pismem z dnia 7 grudnia 2023 roku, pomimo, że oferta ta jest niezgodna z warunkami zamówienia w Postępowaniu, ewentualnie zawiera rażąco niską cenę, a zatem podlega odrzuceniu,

2.zaniechania przez Zamawiającego odrzucenia oferty wykonawcy *Zakład Robót Komunikacyjnych - DOM w Poznaniu*

Sp. z o.o. jako niezgodnej z warunkami zamówienia w Postępowaniu, ewentualnie zawierającej rażąco niską cenę.

Czynnościom Zamawiającego Odwołujący zarzucił naruszenie:

1.naruszenie art. 226 ust 1 pkt. 5 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy COLAS RAIL Polska Sp. z o.o. pomimo, iż oferta ta jest niezgodna z warunkami zamówienia w Postępowaniu,
ewentualnie

1.naruszenie art. 226 ust 1 pkt. 6 ustawy w związku z art. 239 ust. 1 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy COLAS RAIL Polska Sp. z o.o. pomimo, iż zawiera ona rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia i dokonanie wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej w Postępowaniu,

2.naruszenie art. 18 ust. 1 ustawy w zw. z art. 11 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. 1993 Nr 47 poz. 211 z późn. zm.) („u.z.n.k.”), poprzez zaniechanie odtajnienia w całości dokumentacji złożonej przez wykonawcę COLAS RAIL Polska sp. z o.o. wraz z wyjaśnieniami z dnia 17 listopada 2023 roku w zakresie ceny oferty, pomimo niewykazania przez ww. wykonawcę, iż ww. dokumentacja zawiera informacje stanowiące tajemnicę jego przedsiębiorstwa,

3.naruszenie art. 226 ust 1 pkt. 5 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Zakład Robót Komunikacyjnych - DOM w Poznaniu Sp. z o.o. pomimo, iż oferta ta jest niezgodna z warunkami zamówienia w Postępowaniu,
ewentualnie

4.naruszenie art. 226 ust 1 pkt. 6 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Zakład Robót Komunikacyjnych - DOM w Poznaniu Sp. z o.o. pomimo, iż zawiera ona rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wniósł o:

1.uwzględnienie niniejszego odwołania w całości,

2.nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu,

3.nakazanie Zamawiającemu odtajnienia w całości informacji zastrzeżonych przez COLAS RAIL Polska Sp. z o.o. jako tajemnica jego przedsiębiorstwa,

4.nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert, a w ramach tej czynności odrzucenia ofert wykonawców COLAS RAIL Polska Sp. z o.o. oraz Zakład Robót Komunikacyjnych - DOM w Poznaniu Sp. z o.o. jako niezgodnych z warunkami zamówienia w Postępowaniu lub ewentualnie zawierających rażąco niską cenę i dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w Postępowaniu,

5.przeprowadzenie dowodu z: dokumentacji Postępowania, dokumentów wskazanych w treści uzasadnienia niniejszego odwołania na okoliczności w nim wskazane,

6.zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego.

Odwołujący podał, że posiada interes we wniesieniu odwołania w myśl art. 505 ust. 1 ustawy, jest bowiem podmiotem w pełni zdolnym i realnie zainteresowanym wykonaniem przedmiotu zamówienia w Postępowaniu. Na skutek wspomnianych powyżej naruszeń przepisów ustawy dokonanych przez Zamawiającego, Postępowanie jest prowadzone wadliwie od strony formalnej, co naraża Odwołującego na poniesienie szkody majątkowej z tego tytułu. Interes Odwołującego w uwzględnieniu Odwołania w całości materializuje się

w tym, iż w przypadku nakazania Zamawiającemu wykonania czynności zgodnych

z żądaniem Odwołującego, Odwołujący uzyska szansę na podpisanie umowy i realizację zamówienia publicznego w ramach Postępowania. W interesie Odwołującego leży więc, aby Odwołanie zostało uwzględnione, a dokonana przez Zamawiającego czynność wyboru oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu została unieważniona jako niezgodna z przepisami ustawy. Odwołujący posiada zatem niewątpliwy interes we wniesieniu niniejszego odwołania.

Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty

Stan faktyczny

W dniu 22 września 2023 roku Zamawiający poinformował, że w Postępowaniu złożono siedem ofert.

Dowód: Informacja z otwarcia ofert z 22 września 2023 roku (w aktach Postępowania)

Zamawiający w ramach procedury weryfikacji ofert, w dniu 26 października 2023 roku wezwał wykonawcę COLAS RAIL Polska Sp. z o.o. na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy do udzielenia szczegółowych wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny zaoferowanej w wyniku aukcji elektronicznej, w tym do złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny.

Dowód: Wezwanie Zamawiającego z 26 października 2023 roku (w aktach Postępowania)

Wykonawca udzielił odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego w dniu 17 listopada 2023 roku wskazując jednocześnie, że zastrzega jako tajemnicę swego przedsiębiorstwa treść wyjaśnień oraz, że zastrzega, iż informacje zawarte w treści wskazanych załączników

do tych wyjaśnień nie mogą być udostępniane przez Zamawiającego.

Dowód: Wyjaśnienia Wykonawcy z 17 listopada 2023 roku wraz z załącznikami i uzasadnieniem (w aktach Postępowania)

W ocenie Odwołującego udzielając wspomnianych powyżej wyjaśnień wykonawca COLAS RAIL Polska Sp. z o.o. nie wykazał dostatecznie, iż zaoferowana przez niego cena ofertowa nie nosi znamion ceny rażąco niskiej i nie obalił domniemania w tym zakresie wywołanego wezwaniem Zamawiającego. Ponadto w ocenie Odwołującego, wykonawca ten nie wykazał, iż zastrzeżone przez niego informacje rzeczywiście stanowią tajemnicę jego przedsiębiorstwa.

Odwołujący podał, że pomimo powyższego Zamawiający, w dniu 7 grudnia 2023 roku zdecydował się wybrać ofertę ww. wykonawcy jako najkorzystniejszą w Postępowaniu, co zdaniem Odwołującego stanowi naruszenie przepisów p.z.p. Stąd wniesienie niniejszego odwołania przez Odwołującego stało się konieczne.

Dowód: informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu (w aktach Postępowania)

STANOWISKO DOTYCZĄCE OFERTY WYKONAWCY COLAS RAIL Polska Sp. z o.o.

Odwołujący podał, że zgodnie z Rozdziałem XVII pkt. 1 IDW, podana w ofercie cena ofertowa brutto musi uwzględniać wszystkie wymagania niniejszej 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. Natomiast zgodnie z pkt. 2 tego postanowienia IDW, poszczególne ceny jednostkowe każdej pozycji Oferty powinny uwzględniać wszelkie koszty pośrednie i bezpośrednie związane

z realizacją danej pozycji i nie mogą być przenoszone do innych pozycji.

W ocenie Odwołującego oferta COLAS RAIL Polska Sp. z o.o. jest niezgodna

z zacytowanym powyżej postanowieniem SWZ. Ponadto oferta ta zawiera cenę, która nosi cechy ceny rażąco niskiej. W szczególności należy w tym zakresie wskazać na zaniżoną wycenę prac w zakresie branży sterowania ruchem

kolejowym (SRK).

Odwołujący podał, że w ofercie COLAS RAIL Polska Sp. z o.o. wycena branży SRK jest skrajnie niedoszacowana, co widać przede wszystkim w pozycjach 2.2 – 2.5. Wykonawca w każdej z tych pozycji wpisał bowiem kwotę 4 025 000,00 zł. Taka wycena nie jest jednak możliwa, gdyż zakresy robót w poszczególnych pozycjach znacznie się od siebie różnią. Różnice te wynikają z różnej liczby urządzeń, które należy zastosować w ramach realizacji danego zadania – liczby sygnalizatorów, napędów i liczników osi. Wymagane ilości urządzeń oraz ich koszty w każdy z zadań obrazuje tabela:

W tym miejscu w odwołaniu tabela

Odwołujący podał, że wskazane powyżej nieprawidłowości obrazuje także tabela obrazująca drastyczne różnice w wycenie omawianej branży w ofercie COLAS RAIL Polska Sp. z o.o.

i pozostałych wykonawców biorących udział w Postępowaniu

W tym miejscu w odwołaniu tabela

Podana przez COLAS RAIL Polska Sp. z o.o. wartość 4 025 000,00 zł dla czterech zakresów prac w branży SRK jest ponadto całkowicie oderwana od realnych kosztów wykonania tych prac wynikających z dostępnych Odwołującemu ofert podwykonawczych. W załączeniu przedkładamy ofertę firmy Kombud, która jest wiodącym na polskim rynku podmiotem realizującym prace w branży SRK. Z oferty tej wynika, iż realne koszty wykonania omawianych prac są w każdej z ww. pozycji blisko lub ponad dwukrotnie wyższe niż podane przez COLAS RAIL Polska Sp. z o.o.

Dowód: oferta Kombud na prace w branży SRK wraz z kosztorysem prac w branży SRK przygotowanym przez Odwołującego (tajemnica przedsiębiorstwa Odwołującego)

Podobnie sumaryczna wycena prac w branży SRK przyjęta przez COLAS RAIL Polska Sp. z o.o. jest o blisko 7 mln złotych zaniżona w stosunku do wyceny tych samych prac przyjętej przez Odwołującego. Odwołujący przedstawił zestawienie średnich wartości ofert złożonych w Postępowaniu dla czterech rozpatrywanych pozycji kosztorysowych w branży SRK. Zestawienie to świadczy o poważnym zaniżeniu przez COLAS RAIL Polska Sp. z o.o. kosztów realizacji omawianych prac w stosunku do wartości przyjętych w tym zakresie przez pozostałych wykonawców:

W tym miejscu w odwołaniu tabela

Odwołujący podał, że powyższe argumenty wskazują, iż w ofercie COLAS RAIL Polska

Sp. z o.o. doszło do pominięcia wyceny pełnego zakresu sprzętu i prac wymaganych

do wykonania przedmiotu zamówienia w części dotyczącej branży SRK lub do przesunięcia kosztów tych prac do innych pozycji kosztorysowych. Jest to działanie niezgodne

z warunkami zamówienia w Postępowaniu, a zatem powinno prowadzić do odrzucenia oferty tego wykonawcy.

Odwołujący podkreślił, że Zamawiający w analogicznym stanie faktycznym w ramach postępowania o udzielenie zamówienia sektorowego pn. Zabudowa zdalnego sterowania na nastawni w Siedlcach (sterowanie stacjami Platerów, Niemojki oraz Sokółów Podlaski), (nr 0114/I/221G/M/07760/02027/23/P) odrzucił ofertę wykonawcy PORR SA i DP System Sp. z o.o., którego oferta była niezgodna z analogicznym do omawianego wymaganiem SWZ. Żądanie Odwołania w tym zakresie jest zatem w pełni zgodne z praktyką Zamawiającego w podobnych sytuacjach w innych postępowaniach.

Dowód: decyzja o odrzuceniu oferty z 25 września 2023 roku

Dodatkowo, podał Odwołujący, że w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego wykonawca COLAS RAIL Polska Sp. z o.o. udzielił bardzo ogólnych i nieprecyzyjnych wyjaśnień

w zakresie wyceny kosztów realizacji branży SRK. W ocenie Odwołującego powyżej opisany sposób udzielenia wyjaśnień w zakresie ceny ofertowej, nie spełnia wymagań wynikających z przepisów ustawy i nie obala domniemania rażąco niskiej ceny. Zgodnie z orzecznictwem Izby, wystosowanie przez zamawiającego wezwania do wyjaśnień ceny oferty wykonawcy skutkuje powstaniem domniemania istnienia w tej ofercie rażąco niskiej ceny, którego obalenie obciąża wykonawcę, co wynika z art. 224 ust. 5 ustawy, zgodnie z którym obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa

na wykonawcy. W związku z tym, wyjaśnienia składane na takie wezwanie powinny uwzględniać oczekiwania

zamawiającego w nim wskazane. Powinny być konkretne, wyczerpujące i w pełni uzasadniać podaną w ofercie cenę, nadto wykazywać, że jest możliwe wykonanie przedmiotu zamówienia za zaoferowaną cenę bez ponoszenia straty na tym zamówieniu. Ze złożonych wyjaśnień powinno w szczególności wynikać, jakie koszty wykonawca uwzględnił w kalkulacji ceny oferty oraz jakie okoliczności, właściwe dla danego wykonawcy, umożliwiły obniżenie ceny jego oferty, jakie oszczędności mógł dzięki nim osiągnąć (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 maja 2023 r., KIO 1102/23).

Odwołujący przytoczył fragmenty orzeczeń: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 kwietnia 2023 r., KIO 901/23, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 stycznia 2023 r., KIO 33/23. COLAS RAIL Polska Sp. z o.o. w toku

Postępowania nie wyjaśnił w sposób wystarczający i kompletny, a przede wszystkim nie przedstawił wystarczających dowodów potwierdzających możliwość wykonania prac we wskazanej powyżej branży za zaoferowane kwoty. Kwoty te odbiegają bowiem istotnie od rynkowych ofert podwykonawców, co oznacza, że wykonawca ostatecznie zaoferował

Zamawiającemu wykonanie tych prac poniżej

ich realnych kosztów. Prawidłowa ocena wyjaśnień udzielonych przez COLAS RAIL Polska Sp. z o.o. powinna zatem

prowadzić do przyjęcia, że domniemanie rażąco niskiej ceny

w ofercie tego wykonawcy nie zostało obalone. Wyjaśnienia nie spełniają bowiem wymogów wynikających z przepisów p.z.p. Sytuacja ta powinna zatem prowadzić do odrzucenia oferty, ze względu na fakt, iż oferta ta jest rażąco niska w

stosunku do przedmiotu zamówienia

w Postępowaniu.

UWAGI DOTYCZĄCE ZASTRZEŻENIA TAJEMNICY PRZEDSIĘBIORSTWA COLAS RAIL POLSKA SP. Z O.O.

Odwołujący podał, że zgodnie z art. 18 ust. 3 ustawy wykonawca ma prawo zastrzec w swej ofercie informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 u.z.n.k, zgodnie z którym przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Odwołujący podał, że jedną z najważniejszych kwestii związanych z zastrzeganiem tajemnicy przedsiębiorstwa jest wykazanie wartości gospodarczej zastrzeganych informacji. W uzasadnieniu tajemnicy przedsiębiorstwa należy wykazać wszystkie przesłanki określone w art. 11 ust. 2 u.z.n.k., w tym wartość gospodarczą zastrzeganych informacji. Odnosząc się do definicji pojęcia wartości gospodarczej tajemnicy przedsiębiorstwa posilkować się należy orzecznictwem, w którym wskazano m.in. że uznać należy, że taką informacją będzie taka, która w jakiś sposób wpływa

na wartość danego przedsiębiorstwa na rynku. Może być to informacja pomagająca generować zyski lub zaoszczędzić pieniądze. Tajemnica przedsiębiorstwa nie jest wartością będącą celem samym w sobie, lecz ma chronić przedsiębiorcę przed negatywnymi skutkami, jakie mogłoby dla prowadzonej przez niego działalności wywołać udzielenie określonych informacji (wyrok KIO 448/23). Wartość gospodarcza może wyrażać się w sposób pozytywny, poprzez wycenę określonego dobra jako wartości niematerialnej i prawnej (przykładowo znaku towarowego, prawa autorskiego, czy pewnego unikalnego rozwiązania organizacyjnego, mającego trwale zastosowanie i kreującego pewną wartość), posiadającą określoną wartość, dającą się ująć w określonych jednostkach pieniężnych (wycenić), która zarazem powinna zostać wyceniona jako przynależne uprawnionemu wartości (co do przedsiębiorstwa może znaleźć uchwytne wymiar w dokumentach księgowych oraz sprawozdaniu finansowych jako wartość niematerialna i prawna). Przejawem tej wartości może być w konkretnej sytuacji także potencjalna szkoda, jaką wykonawca może ponieść w razie, gdyby informacja została upowszechniona szerszemu gronu podmiotów (wyrok KIO 715/21).

W świetle powyższego Odwołujący wskazał, że należy uznać, że wartość gospodarcza może mieć dwójaki charakter: (i) może zwiększać wartość przedsiębiorstwa, lub (ii) może umożliwiać przedsiębiorcy dokonanie pewnych oszczędności. Potwierdzeniem tego stanowiska jest wyrok NSA (II GSK 2806/14), w którym stwierdzono, że chodzi o taką informację (o co najmniej minimalnej lub potencjalnej wartości), której wykorzystanie przez innego przedsiębiorcę zaoszczędzi mu wydatków lub zwiększy zyski. Przejawem wartości gospodarczej jest też jednak możliwość poniesienia szkody przez wykonawcę. W zakresie tego pojęcia powinna mieścić się więc również potencjalna możliwość uniknięcia zapłaty kar umownych. Kolejną wskazówką jest to, że wartość gospodarcza musi mieć wymiar obiektywny. O tym, czy informacja ma wartość gospodarczą, decyduje więc nie sam wykonawca, ale obiektywne przesłanki. Nie wystarczy, że wykonawca złoży oświadczenie, że informacja ma wartość gospodarczą. Oczywiście trzeba jeszcze doprecyzować, na czym ta obiektywność ma polegać – Odwołujący posłużył się przykładami z orzecznictwa: wyrok KIO 783/23, wyrok KIO 3210/21. Odwołujący podał, że jak podkreśla Izba, na gruncie przepisów ustawy dla skuteczności zachowania tajemnicy przedsiębiorstwa konieczne jest "wykazanie" wartości gospodarczej. Dlatego samo subiektywne przekonanie wykonawcy,

że dana informacja posiada walor tajemnicy przedsiębiorstwa to za mało, aby uznać, że wykonawca wykazał wartość gospodarczą. Gdyby zaakceptować taką argumentację,

to każdorazowo wystarczyłoby samo oświadczenie wykonawcy w tym zakresie, co jednak nie jest zgodne z brzmieniem art. 18 ust. 3 p.z.p., nakazującym "wykazanie" przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa (wyrok z dnia 7 czerwca 2023 roku, KIO 1463/23).

Obiektywność wartości gospodarczej informacji przejawiać się będzie przede wszystkim tym, że to nie wykonawca swoim oświadczeniem spowodował, że informacja ma wartość gospodarczą. Wartość ta wynika z samej istoty informacji i jej znaczenia dla wykonawcy.

W dorobku Izby wielokrotnie wskazywano, że wykonawcy nadużywają prawa do zastrzegania tajemnicy przedsiębiorstwa. Przyjęcie za prawidłowe niektórych ze stanowisk mogłoby doprowadzić do wypaczenia zasady jawności postępowań przetargowych i w gruncie rzeczy każde postępowanie stałoby się niejawne. Wykazanie wartości gospodarczej, w tym wartości ekonomicznej i podnoszonej przez stronę możliwości wykorzystania przez konkurencję, musi mieć walor obiektywny, a zatem samo przekonanie przedsiębiorcy o wartości utajnianych przez niego informacji należy uznać za niewystarczające (wyrok z dnia 15 maja 2023 roku, KIO 1195/23).

Mając na względzie powyższe okoliczności Odwołujący podał, że w jego ocenie wykonawca COLAS RAIL Polska Sp. z o.o. nie wykazał jaka jest wartość gospodarcza zastrzeżonych przez nie informacji - przez opisanie tej wartości i wskazanie określonej kwoty. Tymczasem, jak wskazano powyżej prawidłowa identyfikacja i określenie wartości gospodarczej jest warunkiem skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wykonawcy ubiegającego się o zamówienie publiczne. Ponadto, co bardzo istotne wykonawca COLAS RAIL Polska Sp. z o.o. nie dołączył dokumentu, w którym dokonał zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnicę jego przedsiębiorstwa jakichkolwiek dowodów potwierdzających, że w toku standardowego funkcjonowania swego przedsiębiorstwa chroni te informacji w sposób zorganizowany. Oznacza to, że Zamawiający nie ma podstaw do utrzymywania zastrzeżonych przez ww. wykonawcę informacji w tajemnicy i powinien je w całości oddać.

STANOWISKO DOTYCZĄCE OFERTY WYKONAWCY ZAKŁAD ROBÓT KOMUNIKACYJNYCH - DOM W POZNANIU SP. Z O.O.

W ocenie Odwołującego oferta wykonawcy Zakład Robót Komunikacyjnych - DOM

w Poznaniu Sp. z o.o. również jest niezgodna z zacytowanym powyżej postanowieniem Rozdziału XVII pkt. 1 i 2 SWZ. Ponadto oferta ta zawiera cenę, która nosi cechy ceny rażąco niskiej. W szczególności należy w tym zakresie wskazać na zaniżoną wycenę prac

w zakresie robót budowlanych – branża torowa (punkt 6.18 oferty). We wskazanym powyżej punkcie wyceny Zakład Robót Komunikacyjnych - DOM w Poznaniu Sp. z o.o. wskazał koszt w kwocie 26 850,00 złotych. Zdaniem Odwołującego koszt ten uwzględnia jedynie samą czynność wymiany rozjazdów, ale nie uwzględnia kosztu zamontowania dwóch, nowych rozjazdów kolejowych. W poniższej tabeli prezentujemy wszystkie koszty, które powinny się składać na omawianą pozycję. Są one około 50 razy wyższe niż podane przez wykonawcę Zakład Robót Komunikacyjnych - DOM w Poznaniu Sp. z o.o. Podkreślić także należy, iż także inni wykonawcy biorący udział w Postępowaniu również wycenili omawiane prace na znacznie wyższe kwoty, tj. KOMBUD – 1 759 709,04 zł, INTOP – 789 132,10 zł, PORR –

1 940 783,68 zł, SBM – 2 020 038,00 zł, COLAS RAIL – 1 763 200,00 zł.

W tym miejscu w odwołaniu tabela

Tym samym koszt zamontowania dwóch, nowych rozjazdów kolejowych i innych prac

i urządzeń nie został w ogóle uwzględniony w ofercie tego wykonawcy albo został ujęty,

ale w innej pozycji oferty. W obu tych przypadkach byłoby to działanie niezgodne z SWZ obowiązującą w Postępowaniu.

Omawiany sposób przygotowania oferty przez wykonawcę Zakład Robót Komunikacyjnych - DOM w Poznaniu Sp. z o.o.

powoduje brak możliwości porównania tej oferty z ofertami złożonymi w Postępowaniu przez innych wykonawców.

Powstaje bowiem istotna wątpliwość co do zakresu świadczenia realnie zaoferowanego przez ten podmiot, tj. tego czy wykonawca ten zaoferował wymianę rozjazdów wraz

z samymi rozjazdami czy też jedynie czynności wymiany, bez uwzględniania w swej wycenie kosztów tych rozjazdów.

Niezależnie od powyższego należy wskazać, że w związku z zaprezentowanymi powyżej nieprawidłowościami, w sprawie doszło także do naruszenia art. 226 ust 1 pkt. 6 p.z.p., przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Zakład Robót Komunikacyjnych - DOM

w Poznaniu Sp. z o.o. pomimo, iż zawiera ona rażąco niską cenę lub koszt w stosunku

do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący zastrzeg w całości treść załączonego do niniejszego Odwołania dokumentu „Oferta Kombud na prace w branży SRK wraz z kosztorysem prac w branży SRK przygotowanym przez Odwołującego”, jako stanowiącą tajemnicę przedsiębiorstwa Odwołującego. Oferta ta zawiera bowiem informacje handlowe dotyczące warunków współpracy Odwołującego z jego kluczowym podwykonawcą, które nie są ujawniane do publicznej wiadomości. Obowiązek zachowania ww. oferty podwykonawcy w poufności wynika także z postanowień umowy konsorcjum zawartej przez spółki będące Odwołującym. Zgodnie z par. 9 ust 7 tej umowy konsorcjum, Strony zobowiązują się do zachowania poufności wszelkich informacji dotyczących drugiej Strony oraz związanych z niniejszą umową lub realizacją Kontraktu, w szczególności nieujawnionych do wiadomości publicznej informacji technicznych, technologicznych, organizacyjnych lub finansowych dotyczących Stron lub innych informacji posiadających wartość gospodarczą, co do których Strona podjęła działania w celu zachowania ich poufności, zgodnie z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U.2022.1233) przez okres 5 lat od daty zakończenia realizacji niniejszej Umowy lub rozwiązania Umowy z innych przyczyn, z wyjątkiem informacji powszechnie znanych. *Dowód: umowa konsorcjum (w aktach Postępowania)*

W związku z powyższym zastrzeżenie poufności informacji zawartych w omawianej ofercie podwykonawczej stało się konieczne.

Sygn. akt KIO 3809/23

18 grudnia 2023 roku wykonawca **Zakład Robót Komunikacyjnych – DOM w Poznaniu** spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu działając na podstawie art. 513 pkt 1 i pkt 2 oraz 505 ust. 1 w zw. z art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm. dalej: „ustawa” lub „PZP”), wniósł odwołanie wobec następujących czynności i zaniechań Zamawiającego:

- zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum Colas Rail Polska sp. z o.o. – Lider oraz Colas Rail S.A.S. – Partner (dalej „COLAS RAIL”) mimo, iż wykonawca ten wezwany do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny, złożył wyjaśnienia, które były lakoniczne, niespójne, a przedstawione dowody nie potwierdzają okoliczności wykazujących możliwość zrealizowania robót branży automatyka za wskazaną cenę, w rozbiu ceny kwotę co w efekcie należało uznać za równoznaczne z brakiem złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny,
- zaniechania odrzucenia oferty COLAS RAIL mimo, iż zawiera ona cenę, której istotne części składowe są rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i uzasadniają brak możliwości zrealizowania zamówienia zgodnie z wymaganiami SWZ,
- zaniechania odrzucenia oferty COLAS RAIL mimo, iż jest niezgodna z warunkami zamówienia, a to poprzez dokonanie przeniesienia kosztów wykonania jednych pozycji do innych pozycji RCO,
- zaniechania odrzucenia oferty COLAS RAIL mimo, iż stanowi ona czyn nieuczciwej konkurencji;

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1)art. 224 ust. 6 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę COLAS RAIL pomimo braku wykazania przez tego wykonawcę, iż jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, a złożone przez COLAS RAIL na wezwanie Zamawiającego wyjaśnienia nie zawierały wiarygodnych dowodów, a przedstawione zestawienia stanowią jedynie wyliczenia matematyczne dostosowane do wartości określonych pozycji RCO bez wykazania co oraz jakie okoliczności z podaniem konkretnych wartości pozwoliły na zaoferowanie ceny za realizację branży automatyka w rażąco niskiej cenie co w istocie winno zostać potraktowane jako brak złożenia przez COLAS RAIL wyjaśnień rażąco niskiej ceny istotnych części składowych oferty, a w konsekwencji winno skutkować odrzuceniem oferty COLAS RAIL jako zawierającej rażąco niską cenę;
- 2)art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez COLAS RAIL pomimo, iż zawiera ona rażąco niską cenę w zakresie istotnych części składowych mających wpływ na cenę całej oferty COLAS RAIL i możliwość zrealizowania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego;
- 3)art. 226 ust. 1 pkt. 5 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez COLAS RAIL pomimo, iż oferta ta jest niezgodna z rozdział XVII pkt. 2 SWZ, gdyż wykonawca ten dokonał przeniesienia kosztów realizacji robót pomiędzy poszczególnymi pozycjami RCO;
- 4)art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy w zw. art. 16 pkt 1 w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.; dalej: „ustawa ZNK”) przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy ROVER, pomimo iż została ona złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji polegającego na manipulacji cenami jednostkowymi, tj. w szczególności polegającego na znacznym zaniżeniu ceny za niektóre spośród asortymentów robót koniecznych do wykonania.

Odwołujący wniósł o:

- 1) merytoryczne rozpatrzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą (**KIO**) niniejszego odwołania i jego uwzględnienie w całości;
- 2) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentacji Postępowania, a także dowodów opisanych szczegółowo w treści niniejszego odwołania oraz dowodów, które zostaną powołane i przedłożone na rozprawie;
- 3) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności z dnia 7.12.2023 r. dotyczącej wyboru jako najkorzystniejszej oferty COLAS RAIL i odrzucenia oferty COLAS RAIL jako oferty zawierającej rażąco niską cenę, stanowiącą czyn nieuczciwej konkurencji oraz złożonej niezgodnie z wymaganiami określonymi w SWZ;
- 4) nakazanie Zamawiającemu przeprowadzenia ponownego procesu badania i oceny ofert złożonych w Postępowaniu;
- 5) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa prawnego, według norm przepisanych i zgodnie z fakturą przedstawioną przez Odwołującego na rozprawie.

Odwołujący podał, że jest uprawniony do wniesienia niniejszego odwołania, ponieważ spełnione zostały przesłanki określone w art. 505 ust. 1 ustawy. Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia publicznego objętego Postępowaniem, a w wyniku naruszenia przez Zamawiającego wyżej wskazanych przepisów PZP, interes Odwołującego jako zainteresowanego uzyskaniem przedmiotowego zamówienia doznał uszczerbku. Oferta Odwołującego została sklasyfikowana na drugim miejscu w rankingu ofert niepodlegających odrzuceniu. Zamawiający nieprawidłowo ocenił wyjaśnienia złożone przez COLAS RAIL oraz zaniechał odrzucenia oferty tego wykonawcy z uwagi na rażąco niską cenę istotnych elementów zamówienia oraz z uwagi na fakt, iż złożona przez

COLAS RAIL oferta stanowi czyn nieuczciwej konkurencji jak również została złożona niezgodnie z wymaganiami określonymi w SWZ. W wyniku natomiast podjętej czynności przez Zamawiającego, Odwołujący utracił możliwość uzyskania zamówienia objętego Postępowaniem. Tym samym w przypadku uwzględnienia odwołania i nakazania Zamawiającemu ponownej oceny ofert, Odwołujący będzie mieć szansę na uzyskanie zamówienia objętego Postępowaniem.

W związku z powyższym Odwołujący w wyniku wyżej opisanych czynności i zaniechań Zamawiającego w Postępowaniu poniesie szkodę, co oznacza, że posiada on interes w wniesieniu odwołania.

Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty

Stan faktyczny:

Pismem z dnia 7.12.2023 r. Zamawiający po przeprowadzeniu badania i oceny złożonych w Postępowaniu ofert dokonał wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez COLAS RAIL.

Dowód: wybór oferty COLAS RAIL z dnia 7.12.2023 r. (dowód w aktach Postępowania)

W prowadzonym Postępowaniu złożonych zostało 7 ofert. W trakcie badania i oceny ofert, Zamawiający wezwał COLAS RAIL za pismem z dnia 26.10.2023 r. do złożenia wyjaśnień

w trybie art. 224 ust. 1 ustawy PZP do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów dotyczących wyliczenia istotnych części składowych ceny obejmujących pozycje nr 2.2; 2.3; 2.4. i 2.5 RCO.

Dowód: Wezwanie z dnia 26.10.2023 r. skierowane do COLAS RAIL (dowód w aktach Postępowania)

COLAS RAIL za pismem z dnia 3.11.2023 r. złożył ogólnikowe wyjaśnienia co do ceny za istotne części składowe zaoferowanej ceny obejmujące pozycje nr 2.2; 2.3; 2.4. i 2.5 RCO.

Dowód: Wyjaśnienia RNC z dnia 3.11.2023 r. (dowód w aktach Postępowania)

Odwołujący podał, iż po przeanalizowaniu treści złożonych przez COLAS RAIL wyjaśnień

w przedmiocie rażąco niskiej ceny uznać należy, że zaoferowana przez COLAS RAIL cena za istotne części składowe oferty jest ceną rażąco niską, gdyż Wykonawca ten nie podał

w swoich wyjaśnieniach w odparciu zarzutu, iż wskazane istotne elementy oferty

nie zawierają ceny rażąco niskiej, a złożone wyjaśnienia są lakoniczne oraz nie zawierają żadnych konkretnych informacji wskazujących, że zaoferowana cena gwarantuje należyłą realizację całego zamówienia. Powyższe okoliczności winny skutkować dokonaniem odrzucenia oferty COLAS RAIL przez Zamawiającego.

Rażąco niska cena istotnych części ceny oraz brak obalenia przez COLAS RAIL domniemania, iż zaoferowana przez tego wykonawcę cena za istotną część zamówienia nie jest ceną rażąco niską

Odwołujący wyjaśnił, że globalna cena oferty COLAS RAIL nie odbiegała o 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przez Zamawiającego przed wszczęciem postępowania ani nie jest niższa o co najmniej 30%

od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych w postępowaniu ofert. Jednakże złożona przez COLAS RAIL oferta zawiera istotne części składowe ceny, które zostały skalkulowane rażąco nisko, a wyjaśnienia złożone przez COLAS RAIL nie zadośćuczyniły wątpliwościom jakie powziął Zamawiający do tych elementów oferty.

Możliwość badania składników ceny pod kątem przesłanek rażąco niskiej ceny, a nie tylko tzw. ceny globalnej, została przez ustawodawcę wyraźnie wyeksponowana w treści art. 224 ust. 1 PZP („jeżeli zaoferowana cena lub koszt, **lub ich istotne części składowe**”).

Wykładni art. 224 ust. 1 ustawy należy dokonywać w świetle obecnie obowiązującego prawa unijnego. Zgodnie z art. 69 dyrektywy 2014/24/UE: „Instytucje zamawiające wymagają od wykonawców wyjaśnień dotyczących ceny lub kosztów zaproponowanych w ofercie, jeżeli oferta wydaje się rażąco niska w stosunku do odnośnych robót budowlanych, dostaw lub usług”. Przepis ten należy rozumieć w ten sposób, że chodzi o każdy element zobowiązania składający się na ofertę, tj. również owe istotne elementy ceny jednostkowej. Takie stanowisko odnośnie do wykładni tego postanowienia dyrektywy reprezentuje jednolicie doktryna europejska: „Dyrektywa nie definiuje terminu „rażąco niskiej oferty”. Należy jednak przyjąć, że odwołanie się do pojęcia „oferty” oznacza konieczność badania wszelkich aspektów zobowiązania wykonawcy wynikających z zaoferowanego świadczenia. **Badanie takie może dotyczyć każdego istotnego elementu oferty lub kryterium udzielenia zamówienia** (A. Sanchez Graells, Public Procurement and the EU Competition Rules,

s. 400; por. wyr. SPI z 21.5.2008 r. w sprawie T-495/04, Belfass SPRL v. Rada Unii Europejskiej, Zb.Orz. 2008, s. II-00781, pkt 92, 99 oraz W. Hartung, Dyrektywa 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych. Komentarz)” oraz polska:

„Artykuł 69 zawiera regulacje obejmujące obowiązki wykonawców i zamawiających w zakresie udzielania wyjaśnień na temat złożonych ofert. Zgodnie z literalnym brzmieniem urzędowego tłumaczenia dyrektywy, wyjaśnienia mają charakter szeroki i dotyczą nie tylko samej ceny przedstawionej w ofercie, ale również innych warunków i elementów oferty. (...) Wyjaśnienia mogą dotyczyć również okoliczności związanych bezpośrednio z elementami oferowanego przedmiotu zamówienia. Przykładowo, wykonawca może zostać zobowiązany do wyjaśnienia zagadnień dotyczących warunków dostawy produktów lub usług niezbędnych do realizacji obiektu budowlanego” (dr Jakub Pawelec, Dyrektywa 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych. Komentarz).

Możliwość i obowiązek badania rażąco niskich cen częściowych jest oczywista także

dla samego Zamawiającego, na co wskazuje treść wezwania z dnia 26.10.2023 r. skierowanego do COLAS RAIL w przedmiocie złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny istotnych części składowych oferty. Mimo, iż ustawodawca nie zdefiniował pojęcia „istotności” w treści PZP, to wskazówki interpretacyjne znaleźć można w uzasadnieniu projektu nowelizacji: (...)”w ślad za dyrektywą klasyczną 2014/24/UE projekt ustawy nakłada na zamawiających obowiązek uzyskania od wykonawców wyjaśnień ofert, w których proponowana cena lub koszt będzie wydawać się zamawiającemu rażąco niskie

w stosunku do odnośnych robót, dostaw lub usług”. Zgodnie zatem z nowelizacją PZP, wyjaśnieniom w zakresie rażąco niskiej ceny podlegać mają także ceny jednostkowe, tj. właśnie odnoszące się np. do konkretnych („odnośnych”) robót w ramach danego zamówienia budowlanego, a nie jedynie cena całkowita oferta. Nadto ustawodawca jednoznacznie stwierdził, iż (...) zamawiający będzie mógł żądać także **innych, w jego ocenie istotnych** (...) informacji w zakresie składowych elementów oferty”. Powyższe oznacza, że przedmiotem analiz Zamawiającego w kontekście rażąco niskiej ceny mają być także jej istotne części składowe. Dodatkowych wskazówek w zakresie interpretacji pojęcia „istotności” części zamówienia dostarcza także opinia Urzędu Zamówień Publicznych („UZP”), zgodnie z którą: „W zakresie istotnych części zamówienia ważne jest, aby te części miały znaczenie dla całości wyceny przedmiotu zamówienia (przy wynagrodzeniu ryczałtowym) (...)”. Nadto, w przedmiotowej opinii w kontekście rażąco niskiej ceny doprecyzowano także konsekwencje badania cen jednostkowych: „Zamawiający może wezwać wykonawcę również w każdej innej

sytuacji, w której wysokość ceny lub kosztu oferty, a nawet jedynie ich istotne części składowe budzą jego wątpliwości, mimo iż cena całkowita lub koszt nie jest niższa niż szczególnie ustawowy limit". UZP dokonuje zatem wprost dystynkcji badania w zakresie rażąco niskiej ceny z jednej strony cen jednostkowych a z drugiej ceny globalnej oferty. Istota tego rozróżnienia polega na jednoznacznym przesądzeniu możliwości weryfikowania części składowych ceny lub kosztu, nawet

w sytuacji, gdy cena globalna nie budzi w tym wypadku wątpliwości. Niedoszacowania w tym zakresie mogą powodować, że cała oferta może utracić walor realności.

Odwolujący podał, że powyższe ma tym większe znaczenie w kontekście postanowień SWZ, a konkretnie rozdział XVII pkt. 2, gdzie Zamawiający w sposób wyraźny zakazał przenoszenia kosztów pośrednich i bezpośrednich danej pozycji do innych pozycji:

2. Poszczególne ceny jednostkowe każdej pozycji Oferty powinny uwzględniać wszelkie koszty pośrednie i bezpośrednie związane z realizacją danej pozycji i nie mogą być przenoszone do innych pozycji.

Odwolujący zamieścił zestawienie cen jednostkowych oferentów biorących udział w Postępowaniu dla branży automatyka jak również wartość szacunkową jaką Zamawiający określił w kosztorysie inwestorskim za realizację robót w tej branży oraz średnią arytmetyczną cen za poszczególne elementy robót w ramach branży automatyka:

W tym miejscu w odwołaniu tabela

Zestawienie przedstawione w odwołaniu, w ocenie Odwołującego, w sposób jednoznaczny budzi wątpliwości co do rzetelności poczynionej przez COLAS RAIL wyceny za wykonanie robót w ramach branży automatyka. W pierwszej kolejności zwrócić należy uwagę,

iż z powyższego zestawienia wynika, że cena COLAS RAIL za wykonanie robót w branży automatyka jest o około 30 mln netto niższa, niż kwota z kosztorysu inwestorskiego Zamawiającego oraz o około 15 mln niższa od średniej arytmetycznej wszystkich ofert złożonych w Postępowaniu za ten zakres robót. Tym samym w pełni uzasadnionym było skierowanie przez Zamawiającego wezwania do złożenia przez COLAS RAIL wyjaśnień

w przedmiocie rażąco niskiej ceny za istotne składowe oferty cenowej. (pismo z dnia 26.10.2023 r.). Odwołujący powołał stanowisko Izba w wyroku z dnia 13 lipca 2021 r.,

w sprawie sygn. akt KIO 1679/21 r.

Odwolujący wskazał, że COLAS RAIL z całą pewnością miał dostęp do wszystkich ofert w Postępowaniu oraz dokonał porównania złożonych cen za poszczególne asortymenty robót przez podmioty biorące udział w Postępowaniu. Już choćby na tej podstawie winien mieć na uwadze, iż złożone przez niego wyjaśnienia muszą wykazać Zamawiającemu, jakie to czynniki zadecydowały o zaoferowaniu tak niskiej ceny za istotny element całego zadania jakim jest branża automatyki. Odwołujący pragnie zwrócić uwagę, iż ten zakres robót (branża automatyki) stanowi między 40% a 50% wartości całego zadania. Tym samym nie ulega wątpliwości, iż wartość zaoferowanej za ten element zadania ceny stanowi istotny element całego zamówienia i ma istotny wpływ na wartość zaoferowanej ceny.

COLAS RAIL w treści złożonych wyjaśnień odnosi się do międzynarodowego doświadczenia, ugruntowanej pozycji na rynku branży kolejowej (czego Odwołujący nie kwestionuje), niemniej jednak w żaden sposób nie wskazał jak miarodajnie te okoliczności mogły wpłynąć na możliwość zaoferowania cen na tak rażąco niskim poziomie. COLAS RAIL poza ogólnymi zapewnieniami, nie przedłożył żadnych wyliczeń z których wiarygodnie można byłoby odczytać co zaważyło na tym, że wykonawca ten jest w stanie zrealizować roboty wchodzące w zakres poz. 2.2, 2.3, 2.4, oraz 2.5 RCO za tak niewiarygodnie – rażąco niską cenę

i to w dodatku każda z tych pozycji mimo różnych zakresów za tę samą wartość. Powyższe świadczy tylko i wyłącznie o przypadkowości podanych cen które nie mają nic wspólnego

z fachowym i profesjonalnym dokonaniem wyceny zakresów robót koniecznych do wykonania. W ocenie Odwołującego, COLAS RAIL nie uczynił zadość obowiązkowi rzetelnego i konkretnego złożenia

wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny pozycji nr 2.2; 2.3; 2.4. i 2.5 RCO. Wyjaśnienia zawarte w treści pisma z dnia 3.11.2023 r. są ogólnikowe i nie sposób z nich nawet wyinterpretować jakie obiektywne czynniki pozwoliły na zaoferowanie przez COLAS RAIL tak rażąco niskiej ceny za wykonanie robót w branży automatyki oraz o jaką wartość dzięki tym czynnikom COLAS RAIL był w stanie zyskać przewagę nad konkurencją. Przedłożone przez COLAS RAIL wyjaśnienia sprowadzają się de facto do zapewnienia, iż zaoferowana cena nie jest rażąco niska lub do zaprzeczenia,

że cena ta jest rażąco niska. Odwołujący zacytował fragmenty orzeczeń: wyrok Izby z dnia 20 listopada 2020 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2788/20, wyrok Izby z dnia 26 października 2020 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2193/20.

Powołując wyrok Izby z dnia 2 października 2020 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2177/20 Odwołujący podał, za wyrokiem, że: ciężar dowodu wykazania, że oferta Wykonawcy nie zawiera ceny rażąco niskiej spoczywa na Wykonawcy. Wykonawca w celu zachowania należytej staranności zobowiązany jest do przedstawienia wyczerpujących wyjaśnień wraz

z dowodami koniecznymi do wykazania poprawności swoich wyliczeń. Wykonawca jest zobowiązany do udzielenia merytorycznych wyjaśnień nawet w sytuacji, gdy wezwanie jest ogólnikowe. Powyższa kwestia nie budzi wątpliwości interpretacyjnych Izby, która wypracowała ugruntowane stanowisko w tym zakresie: Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy, który złożył ofertę z ceną budzącą wątpliwości. W art. 90 ust. 2 p.z.p. mowa jest o "wykazaniu", czyli udowodnieniu, że cena nie jest rażąco niska. Tym samym wyjaśnienia wykonawcy nie mogą stanowić jedynie formalnej odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, zawierającej ogólne informacje

o działalności wykonawcy lub deklaracje co do realizacji zamówienia za zaoferowaną cenę, niepoparte stosownymi dowodami. Wyjaśnienia wykonawcy muszą być na tyle konkretne

i szczegółowe, aby na ich podstawie zamawiający był w stanie dowiedzieć się, jakie okoliczności właściwe wzywanemu do wyjaśnień wykonawcy, spowodowały obniżenie ceny jego oferty, w jaki sposób okoliczności te spowodowały obniżenie ceny i jakich oszczędności wykonawca mógł dzięki nim dokonać. Przede wszystkim wykonawca zobowiązany jest udzielić wyjaśnień w odpowiedzi na konkretne pytania zamawiającego. Jednak nawet jeśli zamawiający nie postawi konkretnych pytań, w zależności od przedmiotu zamówienia, wykonawca powinien wykazać przykładowo: ceny poszczególnych materiałów, ceny ofertowe dostawców, przyjętą technologię i organizację robót, koszty wynagrodzeń, koszty podwykonawców, koszty stałe (paliwa, energia), koszty zarządzania, koszty zabezpieczenia należytego wykonania umowy, koszty ubezpieczenia, rezerwy, zysk. Obowiązkiem wykonawcy jest zatem przedstawienie tych składników i wykazanie indywidualnych czynników wpływających na to, że wykonawca mógł zaoferować niższą cenę. W przypadku wskazywania kosztów poszczególnych elementów zamówienia, wykonawca musi także wykazać, jakie założenia legły u podstaw przyjęcia, że koszty te będą określonej wysokości, czyli: z czego wynika taka a nie inna

wysokość tych kosztów. Dodatkowo, ustawodawca wymaga, aby wskazane w wyjaśnieniach informacje, były poparte dowodami, którymi mogą być przykładowo oferty uzyskane od dostawców, w tym zawierające uzgodnione upusty, umowy wstępne z podwykonawcami, czy zawarte w samych wyjaśnieniach obliczenia wskazujące na prawidłowość kalkulacji cenowej i zysk. Odwołujący powołał i zacytował również wyrok Izby z dnia 20 stycznia 2021 r. w sprawie o sygn. akt KIO 3448/20 oraz wyrok Izby z dnia 27 października 2020 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2501/20.

Odwołujący podał, że w wyjaśnieniach z dnia 3.11.2023 r., COLAS RAIL wskazał, iż decydujące znaczenie na ceny zawarte w pozycjach nr 2.2; 2.3; 2.4. i 2.5 RCO miały wpływ koszty materiałów i usług dla kluczowych elementów branży automatyki, potwierdzone wyceną przedsiębiorców gotowych realizować prace w ramach w/w pozycji:

Na ceny zawarte w pozycjach nr: 2.2, 2.3, 2.4. i 2.5. RCO złożonej przez Wykonawcę oferty decydujący wpływ miały koszty materiałów i usług dla kluczowych elementów branży automatyki, potwierdzone wyceną przedsiębiorców gotowych realizować prace w ramach ww. pozycji RCO dla przedmiotowej inwestycji - w załączeniu do niniejszych wyjaśnień Wykonawca przekazuje otrzymane informacje cenowe (Załączniki nr 1 i 2). Wykonawca wskazuje również, iż standardem jest przed zawarciem umów z podwykonawcami prowadzenie dodatkowych negocjacji w czasie których są udzielane opusty cenowe na poziomie od 5% do 15% ceny ofertowej.

Dalej COLAS RAIL wskazał, iż jest podmiotem o ugruntowanej pozycji na rynku ściśle wyspecjalizowanym w budowie infrastruktury kolejowej:

Wykonawca jest podmiotem o ugruntowanej pozycji na rynku i ściśle wyspecjalizowanym

w budowie infrastruktury kolejowej. Dzięki doświadczeniu zdobytemu podczas realizacji wielu projektów kolejowych, podobnych do przedmiotowego postępowania, oraz posiadania odpowiedniego zaplecza finansowego, technicznego i zarządczego, ma możliwość złożenia Zamawiającemu realnej, rynkowej ceny w tym dla pozycji nr: 2.2, 2.3, 2.4. i 2.5. RCO, odpowiadającej rzeczywistej sytuacji ekonomicznej w branży, przy zachowaniu powszechnie obowiązujących przepisów, regulacji i norm, a także wymagań określonych przez Zamawiającego w ramach postępowania przetargowego, w tym

Odwołujący wskazał, że COLAS RAIL całkowicie pominął, że to na nim ciąży obowiązek wykazania, że zaoferowana cena nie jest ceną rażąco niską i owszem może to uczynić pośrednio przy powołaniu się na oferty podwykonawców, natomiast jego obowiązkiem jest wykazanie, że również cena zaoferowana przez podwykonawcę nie jest ceną rażąco niską. Przyjmując stanowisko COLAS RAIL należałoby uznać, że gdyby jakkolwiek wykonawca zaoferował cenę na poziomie 10% szacunkowej wartości zamówienia i wykazałby, że będzie realizował samodzielnie 5% zakresu zamówienia i w tym zakresie wykazałby realność ceny, natomiast 95% zakresu powierzył podwykonawcom i przedstawił oferty podwykonawcze

na absurdalnie, nierealnie niskim poziomie Zamawiający byłby zobowiązany do uznania,

że Wykonawca obalił domniemanie rażąco niskiej ceny, gdyż na 95% zakresu ma oferty podwykonawcze. Jest oczywiste, że taka teza nie znajduje oparcia w przepisach ustawy, które wymagają od wykonawcy obalenia domniemanie rażąco niskiej ceny, a więc wykazania, że za zaoferowaną cenę można wykonać zamówienie lub jego istotną część. Tym samym, w ocenie Odwołującego, nie wystarczające jest przedłożenie ofert podwykonawców zawierających jakieś wartości, których prezentacja w złożonych wyjaśnieniach daje odpowiednią sumę, ale wykazanie, że oferta ta odpowiada swoim zakresem danej pozycji kosztorysu oraz co wpłynęło na jej wartość. Oczywiście samodzielne twierdzenia wyjaśniającego, iż z uwagi na długoletnią współpracę z danym podmiotem może liczyć na znaczne upusty jest całkowicie pozbawione sensu bez przedłożenia stosownych dowodów w tym zakresie. Co najmniej zastanawiającym przy tego typu wyjaśnieniach są powody dla jakich podwykonawca byłby w stanie oferować realizację danego zakresu poniżej kosztów jego wykonania li tylko z powodu, że np. współpracował przy realizacji wcześniejszych robót, zwłaszcza gdy mamy do czynienia z różnicami na poszczególnych pozycjach w stosunku do ofert konkurencji sięgających kilkuset tysięcy, a nawet kilku milionów złotych. Odwołujący powołał w tym miejscu i zacytował fragment wyroku Izby z dnia 16 listopada 2020 r. w sprawie pod sygn. KIO 2519/20.

COLAS RAIL do treści wyjaśnień z dnia 03.11.2023 r. załączył kosztorys szczegółowy (Załącznik nr 3) oraz „wyciąg z kosztorysu inwestorskiego” (Załącznik nr 4). Odwołujący pragnie zwrócić uwagę, iż należy w sposób krytyczny należeć również odnieść się

do przedstawianych szczegółowych kalkulacji cenowych, które zawierają jedynie rozbić ceny globalnej z podziałem na: koszty pośrednie, zysk, robociznę, koszty sprzętu, koszty materiałów. Wyjaśnienia i załączone dowody w żaden sposób nie wyjaśniają natomiast skąd wzięły się te ceny. Przyjmując nawet, że ceny te wynikają z przemnożenia przyjętych cen jednostkowych przez ilość przyjętych cen materiałów, roboczogodzin niezbędnych

do wykonania, kosztów jednostkowych sprzętu itp. to w wyjaśnieniach brak jest jakiegokolwiek odpowiedzi, w jaki sposób COLAS RAIL uzyskał poszczególne ceny jednostkowe oraz ilości robót koniecznych do wykonania i czy są one realne i osiągalne dla tego wykonawcy. Podsumowując Odwołujący podał, iż COLAS RAIL wyjaśnienia rażąco niskiej ceny sprowadził w gruncie rzeczy do jednego zdania, które w ocenie tego wykonawcy powinno usatysfakcjonować Zamawiającego oraz uczynić zadość wymaganiom stawianym przez ustawę, a mianowicie: „Obiektywnymi czynnikami, które pozwoliły na skalkulowanie ceny na zaoferowanym poziomie jest wysoki profesjonalizm Wykonawcy oraz doświadczenie, które zdobył na międzynarodowych projektach inwestycyjnych”. Tym samym należy w ślad za przywołanym orzeczeniem KIO iż: W razie przedstawienia wyjaśnień nie spójnych, lakonicznych, zbyt ogólnych i nie załączenia dowodów brak jest podstaw do ponownego wezwania i sytuacja taka powinna skutkować odrzuceniem oferty przez Zamawiającego, który zobowiązany jest do rzetelnej analizy składanych przez Wykonawców wyjaśnień. (wyrok KIO z dnia 17 listopada 2020 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2679/20).

Czyn nieuczciwej konkurencji w postaci przenoszenia kosztów wykonania danej pozycji do innej pozycji, złożenie oferty niezgodnie z wymaganiami SWZ

Odwołujący powołując się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej podał, że ustawa nie zawiera definicji legalnej czynu nieuczciwej konkurencji i odsyła w tym zakresie do przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Art. 3 tej ustawy określa katalog czynów nieuczciwej konkurencji. Przepis ten posługuje się klauzulą generalną, która wyznacza kategorię czynów nieuczciwej konkurencji przez odwołanie się nie tylko do sprzeczności czynu z prawem, ale także z dobrymi obyczajami, oraz stawia wymóg, aby czyn zagrażał albo naruszał interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Ustawodawca dostrzegając niemożność wyczerpującego wskazania działań, które będą sprzeczne z uczciwą konkurencją, jedynie przykładowo wskazał w art. 3 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji czyny stanowiące delikty nieuczciwej konkurencji, nie wykluczając tym samym tzw. niestypizowanych czynów nieuczciwej konkurencji. W wyroku z dnia 09 czerwca 2009 r. sygn. akt II CSK 44/09 Sąd Najwyższy wskazał, iż art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji może stanowić także samodzielną podstawę uznania określonego zachowania za czyn nieuczciwej konkurencji (tak np. w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej

z dnia 11 stycznia 2016 r. sygn. akt KIO 2786/15). W myśl art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 17 listopada 2016 r. KIO 2091/16: "Dobre obyczaje, na które się powołuje w cytowanym przepisie (art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji), wskazują na działanie, które może prowadzić do zniekształcenia określonych interesów i zachowań gospodarczych w przeciętnych warunkach praktyki rynkowej, które jednocześnie prowadzi do pogorszenia sytuacji innego przedsiębiorcy na tym konkurencyjnym rynku, poprzez naruszenie w tym zakresie jego interesu." Odwołujący podał, że w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej przyjmuje się, iż za czyn nieuczciwej konkurencji można między innymi uznać manipulację przez wykonawcę cenami jednostkowymi, będącymi odrębnymi kryteriami oceny ofert, w sytuacji gdy zaoferowane ceny jednostkowe są nierynkowe, nierealne i nakierowane wyłącznie na uzyskanie lepszej punktacji (tak np. w wyrokach Izby: z dnia 28 marca 2017 r. sygn. akt KIO 473/17; z dnia 18 stycznia 2013 r. sygn. akt KIO 7/13; z dnia 14 czerwca 2013 r. sygn. akt KIO 1240/13, KIO 1246/13, KIO 1248/18; z dnia 26 września 2012 r. sygn. akt KIO 1934/18; z dnia 5 kwietnia 2011 r. sygn. akt KIO 640/11). Podobne stanowisko zostało wyrażone przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (Kontrola UZP nr UZP/DKD/KND/14/13).

Odwołujący wskazał, że powyżej przytoczone stanowiska orzecznictwa są o tyle istotne w kontekście niniejszego Postępowania, gdyż Zamawiający w rozdział XVII pkt. 2 SWZ zastrzegł: *Poszczególne ceny jednostkowe każdej pozycji Oferty powinny uwzględniać wszelkie koszty pośrednie i bezpośrednie związane z realizacją danej pozycji i nie mogą być przenoszone do innych pozycji.*

Odwołujący wskazał, pomimo że przedmiotowe zamówienie przewidziane jest do realizacji w formule projektuj buduj to koszty wykonania danych pozycji RCO nie mogą być przenoszone do innych pozycji RCO. Odwołujący wskazuje, iż COLAS RAIL niewątpliwie dokonał manipulacji kosztami wykonania pozycji nr 2.2; 2.3; 2.4. i 2.5 RCO. Twierdzenia COLAS RAIL na temat wnikliwej analizy oraz rzetelnego opracowania wyceny na wykonanie robót w branży automatyka, nie mogą podlegać na prawdzie. Wykonawca ten za wykonanie robót w ramach pozycji nr 2.2; 2.3; 2.4. i 2.5 RCO przypisał tę samą wartość tj. kwotę 4 025 000,00 PLN netto:

W tym miejscu w odwołaniu tabela

Odwołujący podał, że każdy z oferentów zróżnicował wartość ceny dla poszczególnych pozycji RCO dotyczących branży automatyka. Również ceny w kosztorysie inwestorskim zostały przyjęte w sposób różny – uzależniony od zakresu robót koniecznego do wykonania w ramach każdej z przywołanych pozycji RCO dla branży automatyka. Uzasadnieniem powyższego jest fakt, iż każda z tych pozycji zawiera inny zakres robót koniecznych do wykonania, a w konsekwencji niemożliwym jest przyjęcie tych samych wartości cenowych jak uczynił to COLAS RAIL dla różnych zakresów robót wymienionych dla pozycji nr 2.2, 2.3, 2.4, 2.5 RCO.

W tym miejscu w odwołaniu tabela

Powoduje to w ocenie Odwołującego konieczność przyjęcia, iż COLAS RAIL dokonał nierzetelnej wyceny tych zakresów robót lub dokonał przeniesienia kosztów wykonania tych robót do innych pozycji RCO co zostało wyraźnie zakazane w rozdziale XVII pkt. 2 SWZ. Tym samym przedstawienie jakichkolwiek kosztorysów szczegółowych należy przyjąć za przygotowane intencjonalnie tj. w sposób powodujący dopasowanie wartości wskazanej w RCO do rozbicia ceny na poszczególne elementy składowe. Oczywiście jest, że sześciu spośród siedmiu profesjonalnych oferentów w branży kolejowej nie mogło popełnić tak istotnego błędu w kalkulowaniu ceny ofertowej by dokonać rozróżnienia w wartościach robót za poszczególne pozycje RCO w branży automatyka.

COLAS RAIL w wyjaśnieniach z dnia 17.11.2023 r. stanowiących odpowiedź na wezwanie Zamawiającego z dnia 14.11.2023 r. podał w sposób nieprawidłowy oraz niezgodny

z wymaganiami SWZ i PFU gdzie w kosztorysie ujęta została wymiana urządzeń zewnętrznych (napędy zwrotnicowe, sygnalizatory) w tym sieci kablowe na posterunkach Papowo Toruńskie, Turzyno, Kowalewo Pomorskie i Wąbrzeźno. COLAS RAIL w złożonych wyjaśnieniach wskazał, iż urządzenia zewnętrzne w tym napędy zwrotnicowe, liczniki osi, sieci kablowe dla poszczególnych posterunków zostały ujęte w następujących pozycjach RCO:

- Papowo Toruńskie w pozycji 2.2 RCO (pozycje kosztorysu 9 d.1.2 do 16 d.1.2),
- Turzyno w pozycji 2.3 RCO (pozycje kosztorysu 10 d.1.2 do 19 d.1.2),
- Kowalewo Pomorskie w pozycji 2.3 RCO (pozycje kosztorysu 6 d.1.2 do 13 d.1.2),
- Wąbrzeźno w pozycji 2.4 RCO (pozycje kosztorysu 9 d.1.2 do 16 d.1.2).

W ocenie Odwołującego wycena urządzeń zewnętrznych w tym napędów zwrotnicowych, liczników osi, sieci kablowych dla posterunku:

- Kowalewo Pomorskie powinna zostać ujęta w pozycji 2.4 RCO, a nie w poz. 2.3 RCO
- Wąbrzeźno powinna zostać ujęta w pozycji 2.5 RCO, a nie w pozycji 2.4 RCO

COLAS RAIL w tych samych wyjaśnieniach błędnie dokonał uwzględnienia kosztów wykonania sygnalizatorów świetlnych w poz. 2.1 RCO:

Wymianę sygnalizatorów świetlnych na przedmiotowych posterunkach, Wykonawca ujął

w pozycji 2.1 RCO - Zabudowa infrastruktury dla blokady liniowej i izolacji szlakowej zgodnie z obowiązującymi przepisami na odcinku Toruń Wschodni – Wąbrzeźno.

W ocenie Odwołującego wycena tych elementów powinna zostać uwzględniona odpowiednio w pozycjach 2.2., 2.3, 2.4, 2.5 RCO.

Tym samym w ocenie Odwołującego COLAS RAIL dokonał nieuprawnionego wbrew treści rozdziału XVII pkt. 2 SWZ przeniesienia kosztów wykonania robót w ramach danej pozycji do innej pozycji. Powyższe i tak nie stanowi o istocie manipulacji cenami wykonania robót branży automatyka, gdyż COLAS RAIL jak zostało to wskazane powyżej dokonał nieuzasadnionego zaniżenia kosztów realizacji robót w ramach branży automatyka oraz transferu kosztów tych pozycji do innych pozycji kosztorysu ofertowego w szczególności do pozycji RCO obejmujących wykonanie robót torowych. Powyższe potwierdza, iż oferta złożona przez COLAS RAIL została złożona niezgodnie z wymaganiami SWZ, zawiera rażąco niską cenę za istotne elementy zamówienia, a w konsekwencji stanowi czyn nieuczciwej konkurencji co powinno powodować jej odrzucenie.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i uczestników postępowania odwoławczego na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W odniesieniu do obu spraw odwoławczych:

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 nowej ustawy skutkujących odrzuceniem każdego z odwołań. Odwołania zostały złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 18 grudnia 2023 roku od czynności z dnia

7 grudnia 2023 roku, a kopie zostały przekazane w ustawowym terminie Zamawiającemu, co zostało potwierdzone oraz wynika z akt sprawy odwoławczej.

Izba ustaliła, że w odniesieniu do każdego z odwołań zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 505 ust 1 nowej ustawy – *Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy* - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Izba nadmieniam w tym miejscu w odniesieniu do argumentacji z odwołania sygn. akt KIO 3800/23, że wykonawca wykazuje się interesem w uzyskaniu zamówienia, a nie „interesem we wniesieniu odwołania”, niemniej przedstawione uzasadnienie pozwala na weryfikację wykazanych przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy.

Sygn. akt KIO 3800/23

Na podstawie art. 552 ust. 1 ustawy Izba wydając wyrok bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego.

Skład orzekający Izby rozpoznając sprawę uwzględnił akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z par. 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 dokumentacja 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 stanowisko Zamawiającego wyrażone w piśmie z dnia 2 stycznia 2024 roku „Odpowiedź na odwołanie” – Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Izba uwzględniła stanowisko prezentowane przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia COLAS RAIL Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku oraz COLAS RAIL S.A.S. siedzibą we Francji, (dalej: „COLAS”) w piśmie z dnia 2 stycznia 2024 roku „Pismo procesowe Przystępującego po stronie Zamawiającego”.

Izba, w trakcie rozprawy wydała postanowienie o dopuszczeniu dowodów złożonych w trakcie rozprawy przez COLAS:

- dowód nr 4 – opracowanie własne – zbiorcze zestawienie wszystkich ofert oraz wszystkich pozycji (taki dokument został załączony również do ww. pisma procesowego),
- dowód nr 5 - Informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 25 września 2023 roku w postępowaniu *Zabudowa zdalnego sterowania na nastawni w Siedlcach (sterowanie stacjami Platerów, Nimojki oraz Sokółów Podlaski*.

Izba, w trakcie rozprawy wydała postanowienie o dopuszczeniu dowodu załączonego

i zawioskowanego w odwołaniu, tj. Oferta Kombud na prace z branży SRK wraz z kosztorysem prac w branży SRK przygotowanym przez Odwołującego TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA.

Izba, w trakcie rozprawy wydała postanowienie o dopuszczeniu dowodów złożonych

w trakcie rozprawy przez Odwołującego:

- dowód nr 1 - oferta firmy Wossloh Cogifer Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z dnia 4 września 2023 roku z siedzibą w Bydgoszczy oraz oferta firmy Kolejowe Zakłady Nawierzchniowe „Biezańów” spółka z

- ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie,
- dowód nr 2 – Schemat istniejącego i proponowanego układu torowego na stacji Kowalewo Pomorskie,
- dowód nr 3 – opracowanie własne – zestawienie tabelaryczne zawierające wartości oferty COLAS w pozycjach 2.2.-2.5 w porównaniu do średniej arytmetycznej wszystkich ofert, a także w szczególności do oferty ZRK-DOM oraz PPM-T.

W zakresie podnoszonych przez Odwołującego naruszeń Izba uznała:

Na wstępie Izba wskazuje, zgodnie z art. 559 ust. 2 ustawy podstawy prawne oraz przytacza przepisy prawa:

- art. 18 ust. 1 ustawy - Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne.
- art. 18 ust. 3 ustawy - Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2022 r.), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w .
- art. 226 ust. 1 ustawy - Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...)

5) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia,

(...)

8) zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia;

- art. 239 ustawy

ust. 1. Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

Ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji tj. z dnia 13 maja 2022 r. :

- art. 11 ust. 2 - Przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

W zakresie zarzutu nr 1 – naruszenie art. 226 ust 1 pkt. 5 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy COLAS RAIL Polska Sp. z o.o. pomimo, iż oferta ta jest niezgodna z warunkami zamówienia w Postępowaniu – Izba zarzut uznała za niezasadny.

Izba ustaliła, że w Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: SWZ) w rozdziale XVII *sposób obliczenia ceny* podał:

1. *Podana w ofercie cena ofertowa brutto musi uwzględniać wszystkie wymagania niniejszej 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.*

2. *Poszczególne ceny jednostkowe każdej pozycji Oferty powinny uwzględniać wszelkie koszty pośrednie i bezpośrednie związane z realizacją danej pozycji i nie mogą być przenoszone do innych pozycji.*

Na wstępie Izba wskazuje, że zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Definicja warunku zamówienia została zawarta w art. 7 pkt 29 ustawy, który stanowi, że przez warunki zamówienia należy rozumieć warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Izba podkreśla, mając na uwadze podnoszone przez Odwołującego naruszenie prawa, że regulacja rozdziału XVII SWZ (sposób obliczenia ceny) związana jest ze sposobem obliczenia ceny oferty jaki w ramach przedmiotowego postępowania przewidział Zamawiający. Regulacja ta stanowi swoistą instrukcję, zgodnie z którą musi postępować wykonawca wyliczając cenę oferty. Warunki zamówienia do których referuje art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy zostały zdefiniowane w art. 7 pkt 29 ustawy. Zdefiniowane warunków zamówienia przez ustawodawcę podkreśla ich jednolite znaczenie i odniesienie

do merytorycznych aspektów świadczenia, które składane jest przez wykonawcę Zamawiającemu.

Izba, mając na uwadze regulację prawną, podziela stanowisko COLAS o tym, że niezgodność z warunkami zamówienia musi mieć charakter oczywisty i wynika z dokumentacji postępowania. Treścią oferty jest świadczenie wykonawcy, Odwołujący nie kwestionuje braku zaoferowania zamówienia zgodnie z wymaganiami przedmiotowymi, co oznacza, że nie kwestionuje zgodności treści oferty z warunkami zamówienia, które odnoszą się do „merytorycznego aspektu zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia” (Komentarz. Prawo zamówień publicznych. Wydanie II red. H. Nowak, M. Winiarz, 2023r. str.729).

W ocenie Izby nie jest wystarczające wskazanie jedynie na treść rozdziału XVII SWZ, niezbędne było wykazanie przez Odwołującego, że w pozycjach 2.2 – 2.5, do jakich referuje w swoim odwołaniu, że nie zostały ujęte wszystkie koszty jakie powinny w ocenie Odwołującego być objęte tymi pozycjami, a co miałyby uzasadniać niezgodność oferty z warunkami zamówienia w znaczeniu jakie zakreśla ustawodawca. Odwołujący odnosi się globalnie do tych czterech ww. pozycji. W zasadzie argumentacja Odwołującego budowana jest w oparciu o to, że takie same kwoty dla tych pozycji skutkują przeniesieniem kosztów, czego w żaden sposób nie wykazuje oraz nie wiąże z oświadczeniem w warstwie merytorycznego świadczenia. Jednocześnie Izba dostrzega, że Odwołujący nie uzasadniając w żaden sposób kosztów jakie miałyby zostać ujęte w danej pozycji (każdej z osobna) nie odnosi się do tego, do jakiej pozycji koszty mogły zostać przeniesione i w zasadzie, z której

z tych czterech pozycji, czy z każdej czy z jakiejś konkretnej. Samo stwierdzenie Odwołującego, że ceny są takie same dla tych czterech pozycji nie uzasadnia przeniesienia kosztów z którejkolwiek pozycji, a w konsekwencji nie uzasadnia niezgodności oświadczenia z wymaganiami Zamawiającego. Izba podkreśla również, że Odwołujący odnosi się globalnie do tych czterech pozycji wskazując na ilości – różną liczbę urządzeń, które należy zastosować w ramach danej pozycji (liczba sygnalizatorów, napędów i liczników osi) przy czym w żaden sposób nie uzasadnia, że zgodnie z dokumentacją postępowania określone koszty miały zostać ujęte w określonej pozycji 2.2-2.5 RCO, aby świadczyć o tym,

że nie ma zgodności oświadczenia woli wykonawcy COLAS co do oferowanego przedmiotu z wymaganiami SWZ.

Wymaga także zaznaczenia, że mając na uwadze ustalenia stanu faktycznego jakie przedstawił w treści odwołania Odwołujący - w konsekwencji na jakich opierał swoje stanowisko - wynika, że pominiął Odwołujący w zupełności pismo z dnia 3 listopada 2023 roku (tym samym treści w nim zawarte), a które stanowiło odpowiedź na wezwanie Zamawiającego z dnia 26 października 2023 roku. W ocenie Izby potwierdza to jednocześnie brak odniesienia się do stanowiska COLAS

z pisma z dnia 3 listopada 2023 roku, oraz pominięcie go w budowaniu argumentacji faktycznej. Z dokumentów załączonych

do wyjaśnień COLAS z dnia 3 listopada 2023 roku oraz wyjaśnień – które Odwołujący pomija nie odnosząc się w ogóle do tego wyjaśnienia wynika w sposób jednoznaczny, że zostały ujęte w poszczególnych pozycjach wszystkie wymagane przez Zamawiającego elementy.

W zakresie zarzutu nr 2 – naruszenia art. 226 ust 1 pkt. 6 ustawy w związku z art. 239 ust. 1 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy COLAS RAIL Polska Sp. z o.o. pomimo, iż zawiera ona rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia i dokonanie wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej w Postępowaniu – **Izba zarzut uznała za niezasadny.**

Izba ustaliła, że:

- COLAS został wezwany przez Zamawiającego pismem z dnia 26 października 2023 roku do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, w zakresie wyliczenia istotnych części składowych zaoferowanej ceny (pismo w aktach sprawy odwoławczej),

- w odpowiedzi na powyższe wezwanie wykonawca COLAS złożył wyjaśnienia w dniu

3 listopada 2023 roku (pismo w aktach sprawy odwoławczej) do wyjaśnień zostały załączone dokumenty (załączniki od 1 do 4 – tajemnica przedsiębiorstwa),

- Zamawiający wezwał ponownie COLAS pismem z dnia 14 listopada 2023 roku do złożenia wyjaśnień (pismo w aktach sprawy odwoławczej),

- COLAS pismem z dnia 17 listopada 2023 roku przedstawił wyjaśnienia (pismo w aktach sprawy odwoławczej) do wyjaśnień zostały załączone dokumenty (załączniki – tajemnica przedsiębiorstwa).

Izba na wstępie podaje, że wykonawca w treści zarzutu odwołania powołał niewłaściwą podstawę prawną z ustawy Prawo zamówień publicznych tj. art. 226 ust. 1 pkt 6 ustawy. Prawidłowa podstawa prawna to art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy

- Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Izba, wyjaśnia i podkreśla na wstępie, że w postępowaniu odwoławczym Izba dokonuje oceny czynności podjętej przez Zamawiającego w prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, które to czynności dokonane zostały na podstawie i w oparciu o dokumenty złożone w postępowaniu.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone przez Zamawiającego

jest postępowaniem kreowanym w oparciu o regulacje prawne obowiązujące Zamawiającego. Oznacza to, że ocenie w zakresie zarzutów odwołania podlegają

te czynności Zamawiającego podjęte w określonym stanie faktycznym, który wynika

z akt sprawy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego stanowiących akta postępowania odwoławczego.

Wymaga zaznaczenia, podobnie jak przy rozpoznaniu zarzutu 1, mając na uwadze ustalenia stanu faktycznego jakie przedstawił w treści odwołania Odwołujący - w konsekwencji na jakich opierał swoje stanowisko - wynika, że pominał Odwołujący w zupełności pismo z dnia 3 listopada 2023 roku zawierające wyjaśnienia ceny oferty w zakresie objętym wezwaniem Zamawiającego z dnia 26 października 2023 roku. W ocenie Izby potwierdza to jednocześnie brak odniesienia się do stanowiska COLAS z pisma z dnia 3 listopada 2023 roku, oraz pominięcie go w budowaniu argumentacji faktycznej. Z dokumentów załączonych

do wyjaśnień COLAS z dnia 3 listopada 2023 roku oraz wyjaśnień – które Odwołujący pomija nie odnosząc się w ogóle do tego wyjaśnienia wynika, w sposób jednoznaczny, że zostały ujęte przez COLAS w poszczególnych pozycjach wszystkie wymagane przez Zamawiającego elementy.

Przechodząc dalej w rozważaniach należy na wstępie wskazać, że regulacje prawne z art. 90 oraz 89 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych

tj. ustawy obowiązującej do dnia 31 grudnia 2020 roku zbieżne są z regulacjami art. 224 oraz 226 ust. 1 pkt 8 ustawy z 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych, co oznacza, że cały dorobek orzecniczy oraz stanowiska doktryny wypracowane w oparciu o wcześniej obowiązujące regulacje pozostaje aktualny w obowiązującym stanie prawnym. Pozwala

to zatem na szerokie czerpanie wiedzy oraz korzystanie z utartych wykładni, wyjaśnień jak równie przyjętych w doktrynie i orzecnictwie stanowisk.

Cena rażąco niska to cena oferty, za którą nie da się wykonać zamówienia – tak

w sposób najbardziej prosty i zrozumiały można wytłumaczyć czym jest cena oferty rażąco niska. Cena rażąco niska to cena, która jest nierealistyczna, nieadekwatna

do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakłada wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową, a więc nie występuje na danym rynku, na którym ceny wyznaczane są m.in. przez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających. Cena rażąco niska to taka, za którą nie może wykonawca wykonać zamówienia w sposób zgodny z przedmiotem, rzetelny i prawidłowy.

Izba podkreśla, że to po stronie Zamawiającego w procedurze udzielenia zamówienia publicznego ustawodawca wprowadził obowiązek dokonania oceny prawidłowości kalkulacji ceny oferty i oceny tego, czy cena zaoferowana w postępowaniu za realizację danego zamówienia nie jest ceną rażąco niską. Ukształtowana, tak w obecnie obowiązującej ustawie jak i w ustawie z 2004 roku procedura wyjaśnienia ceny oferty polega na wezwaniu wykonawcy do złożenia wyjaśnień, które Zamawiający poddaje ocenie. Na ich podstawie ocenia czy zaoferowana przez wykonawcę cena ofertowa nie jest rażąco niska. To po stronie wykonawcy pozostaje obowiązek wykazania, że cena oferty nie jest rażąco niska (art. 224 ust. 5 ustawy).

Izba wskazuje, że w ramach postępowania odwoławczego oceniana jest prawidłowość czynności Zamawiającego, tj. dokonanej oceny złożonych w postępowaniu wyjaśnień elementów zaoferowanej ceny oferty. Zamawiający dokonuje czynności oceny zaoferowanej w postępowaniu przez wykonawcę ceny w oparciu o dostępne mu informacje, które uzyskuje w wyniku przedstawienia przez wezwanego wykonawcę wyjaśnień – temu służy procedura wyjaśnienia opisana w art. 224 ustawy. Wykonawca obowiązany jest podać Zamawiającemu wszystkie informacje dotyczące kalkulacji zaoferowanej ceny, w tym informacje dotyczące sposobu kalkulacji ceny oferty, uwarunkowania w jakich dokonywał tej kalkulacji, szczególne przesłanki warunkujące przyjęty sposób kalkulacji i inne istotne elementy mające wpływ na wysokość zaoferowanej ceny taki jak korzystne upusty, sprzyjające w oparciu o konkretne informacje warunki finansowego, uzyskane specjalne oferty, a dowodzące możliwości zaoferowania cen obniżonej a zawartej w złożonej ofercie. Wyjaśnienia wykonawcy – informacje jakie przedstawił wykonawca - powinny umożliwić Zamawiającemu podjęcie decyzji, co do przyjęcia bądź odrzucenia oferty. Podkreślenia wymaga, że Zamawiający informacje dotyczące

indywidualnych elementów kalkulacji danej ceny jak również okoliczności, które wpływają na daną kalkulację uzyskuje od konkretnego wykonawcy, w konkretnym postępowaniu, w wyniku wezwania do złożenia wyjaśnień w określonym przez Zamawiającego terminie. Tym samym wykonawca składający wyjaśnienia Zamawiającemu, już w ramach swoich wyjaśnień winien wskazać na te okoliczności, które stanowiły podstawę dokonanej wyceny, bowiem to na wykonawcy ciąży obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Nadal aktualność swą zachowuje stanowisko wypracowane w dotychczasowym orzecznictwie Izby i sądów powszechnych wskazujące, że Izba może ocenić i stwierdzić jedynie czy wyjaśnienia w przedmiocie elementów zaoferowanej ceny były wystarczające, a ich ocena dokonana przez Zamawiającego prawidłowa. Zachowuje swoją aktualność wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 30 lipca 2014 r. (sygn. akt XXIII Ga 1293/14), w którym podkreślono znaczenie staranności wykonawcy w składaniu wyjaśnień, o których mowa w art. 90 ustawy z 2004 roku (obecnie art. 224 ustawy), a także wskazano na konieczność uznania, że cena ofertowa jest ceną rażąco niską, w przypadku braku przedstawienia przez wykonawcę takich wyjaśnień, które wykażą, że oferowana przezeń cena rażąco niska nie jest. W obecnie obowiązującym stanie prawnym ustawodawca właściwie przesądził ich słuszność, wprost wskazując w przepisie art. 224 ust. 5 ustawy, że to wykonawca powinien wykazać Zamawiającemu, że cena jego oferty lub koszt nie zawiera rażąco niskiej ceny. To wykonawca musi wykazać to na etapie postępowania o udzielenie zamówienia, czyli w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego. Tym samym jak najbardziej aktualna i wymagająca podkreślenia, jest wyrażana w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i sądów powszechnych teza o wymaganej staranności wykonawcy w składaniu wyjaśnień, a tym samym ryzyku jakie ponosi wykonawca w przypadku uznania, że wyjaśnienia są niewystarczające do wykazania legalnego charakteru jego ceny.

Izba wskazuje, że nie istnieje jeden optymalny i powinny kształt czy sposób dowodzenia okoliczności związanych z kalkulacją ceny dokonanej przez wykonawcę i sposobu prezentowania okoliczności umożliwiających mu jej zaoferowanie. Sposób wykazania,

że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny zależy od indywidualnych okoliczności sprawy, zwłaszcza w związku z rodzajem podawanych informacji, będzie można ocenić i przyjąć konieczny sposób i stopień uwiarygodnienia podawanych danych. Niewątpliwie można natomiast sformułować jeden generalny postulat, który przy ocenie wyjaśnień wykonawców powinien być bezwzględnie egzekwowany - wyjaśnienia powinny być konkretne, jasne, spójne i adekwatne do danego przedmiotu zamówienia.

Izba podkreśla, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego stanowi sformalizowaną procedurę, która dzięki regulacjom ustawowym stanowi gwarancję realizacji zasad prawa zamówień publicznych takich jak równe traktowanie wykonawców

w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz zachowanie konkurencyjności między wykonawcami. Każde odstępstwo od formalizmu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzi do naruszenia procedury o zamówienie publiczne, a w konsekwencji naruszenie zasad prawa zamówień publicznych w stosunku do wykonawców, którzy składają w postępowaniu oferty. Wezwanie przez Zamawiającego do złożenia wyjaśnień w ramach procedury z art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy rodzi skutki w zakresie obowiązków wykonawcy,

do którego to wezwanie jest skierowane oraz rodzi obowiązki Zamawiającego, które są efektem skierowanego wezwania.

Wymaga podkreślenia, że wykonawca zobowiązany jest zgodnie z art. 224 ust. 5 ustawy

do wykazania Zamawiającemu, że cena nie jest rażąco niska. Podkreślenia wymaga to, że obowiązek jaki statuuje ustawa nałożony jest na wykonawcę, po drugie wykonawca obowiązany jest do wykazania – co oznacza, że nie będzie wystarczające złożenie zapewnienia przez wykonawcę lecz niezbędne jest wykazanie takiego stanu rzeczy. Więcej zgodnie z art. 224 ust. 6 ustawy wykonawca w celu wykazania, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska, składa dowody, które mają uwiarygodnić realność zaoferowanej ceny oferty. Powstały obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, a w konsekwencji zakres złożonych wyjaśnień może być kwestionowany w postępowaniu odwoławczym. Zakres złożonych wyjaśnień, ich precyzyjność i szczegółowość, czy też lakoniczność

i ogólnikowość stanowią podstawę kształtowania zarzutu odwołania. Podkreślić należy, że to wykonawca jest dysponentem wiedzy na temat podstaw kształtowania i doboru elementów stanowiących podstawy wyliczenia ceny jego oferty co oznacza jednocześnie, że tylko taki wykonawca ma jednoznaczną i pełną świadomość tego co w cenie oferty zostało uwzględnione, jakie elementy stanowią szczególnie sprzyjające warunki kalkulacji ceny oferty oraz jaki ma to wpływ na całość oferty cenowej lub na poszczególne jej elementy. Podkreślenia wymaga, że elementy szczególnie korzystne, wpływające na wysokość ceny oferty znane są wyłącznie samemu wykonawcy, a ich źródło powinno znaleźć odzwierciedlenie w dowodach składanych Zamawiającemu. Izba wskazuje, że zgodnie z ustawą Zamawiający nie ma podstawy żądania określonego katalogu dowodów, niemniej nie oznacza to braku konieczności przedstawienia dowodów, tym bardziej w zakresie tych elementów ceny, które są szczególnie korzystne dla wykonawcy i pozwalają na skalkulowanie ceny oferty na tak niskim jak w rozpoznawanym przypadku poziomie. Izba podkreśla, że Zamawiający nie ma obowiązków określania katalogu dowodów, wręcz

w ocenie Izby nie jest do tego uprawniony aby określać katalog dowodów jakie ma złożyć wykonawca, bowiem zakreszenie danego katalogu dowodów stanowiłoby ograniczenie

w możliwościach prezentacji stanowiska wykonawcy.

Izba podała ocenie dokumenty przedstawione przez COLAS przy wyjaśnieniach

z dnia 3 listopada 2023 roku oraz przy wyjaśnieniach z dnia 17 listopada 2023 roku. Podkreślić należy, co zostało już przedstawione wyczerpująco powyżej, że Odwołujący pominął w ustaleniach faktycznych pismo z dnia 3 listopada 2023 roku. Pominęto tym samym w argumentacji odwołania całe stanowisko prezentowane przez COLAS w piśmie z dnia 3 listopada br. oraz dowody załączone do tego pisma. Odwołujący w żaden sposób nie kwestionuje argumentacji jaka została przedstawiona przez COLAS w zakresie istotnych i części składowych dotyczących pozycji RCO – poz. nr 2.2; 2.3; 2.4. i 2.5..

Samo stwierdzenie w treści odwołania, nawet bez odniesienia do konkretnego pisma,

że wyjaśnienia są ogólne i nieprecyzyjne nie jest wystarczającą argumentacją aby uznać, że cena oferty COLAS jest zaniżona.

W wyjaśnieniach z dnia 3 listopada 2023 roku wykonawca COLAS przedstawił stanowisko odnośnie kalkulacji ceny oferty w zakresie istotnych części składowych jakie zostały objęte wezwaniem z dnia 26 października 2023 roku. COLAS wskazał, że pozycje RCO – poz. nr 2.2; 2.3; 2.4. i 2.5 uwzględniają wszelkie koszty pośrednie i bezpośrednie związane

z realizacją danej pozycji i nie nastąpiło ich przeniesienie do innych pozycji, podał, że ceny uwzględniają koszty zgodne z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, wszelkie koszty i należności publiczne wymagane zgodnie z przepisami w zakresie prawa pracy i zabezpieczenia społecznego. Wykonawca COLAS wyjaśnił, że ceny w poszczególnych ww. pozycjach zostały wyliczone ściśle według dokumentacji przetargowej, w szczególności PFU. Wykonawca oświadczył, że przyjęte do wyceny materiały oraz urządzenia spełniają parametry opisane w dokumentacji przetargowej, w szczególności PFU, posiadają stosowne aprobaty techniczne, certyfikaty i dopuszczenia; przyjęty sposób wykonania robót objętych przedmiotem zamówienia jest zgodny z technologiami opisanymi w PFU; ceny uwzględniają pełny zakres technologii oraz wszelkie materiały i sprzęt potrzebny do zrealizowania zakresu robót wynikającego z dokumentacji przetargowej, w szczególności PFU, obowiązujących norm i przepisów. COLAS podał również, że planuje częściowo wykorzystać również park maszynowy, który posiada po zrealizowanych już zadaniach, w tym dla Zamawiającego. Wykorzystanie posiadanego parku maszynowego prowadzi do wyłączenia kosztu zakupu lub najmu specjalnie dla potrzeb realizacji zadania.

Żadnych z tych informacji Odwołujący nie zakwestionował. Nie odniósł się do żadnego z tych argumentów wykonawcy COLAS w jakikolwiek sposób kwestionując zasadność podnoszonych argumentów w składanym wyjaśnieniu.

COLAS podał również, że na cenę oferty miały wpływ koszty materiałów i usług dla kluczowych elementów branży automatyki, potwierdzone wyceną przedsiębiorców gotowych realizować prace w ramach ww. pozycji RCO dla przedmiotowej inwestycji, składając Zamawiającemu informacje cenowe jakie otrzymał (Załączniki nr 1 i 2 – tajemnica przedsiębiorstwa). Również wykonawca COLAS wyjaśnił, że w sposób rzetelny i zgodny ze stawkami rynkowymi, obliczył i przedstawił cenę ofertową w przedmiotowym postępowaniu, w tym dla pozycji nr: 2.2, 2.3, 2.4. i 2.5. RCO. Wykonawca w swoich obliczeniach uwzględnił obowiązujące stawki rynkowe za poszczególne materiały, sprzęt i roboty, jak również przewidział marżę. Na potwierdzenie tego przedstawił kosztorysy szczegółowe dla pozycji nr 2.2, 2.3, 2.4. i 2.5. RCO (Załącznik nr 3 – tajemnica przedsiębiorstwa). Przedstawił także, wykonaną przez osobę trzecią posiadającą *uprawnienia Projektanta branży sterowania ruchem kolejowym bez ograniczeń* szacunkową wycenę wykonania robót dla branży automatyki zgodnie z dokumentacją postępowania przetargowego, w szczególności PFU - odpowiednik uproszczonego kosztorysu inwestorskiego (Załącznik nr 4 „Wyciąg z kosztorysu inwestorskiego” dla robót branży automatyki – tajemnica przedsiębiorstwa).

Wymaga podkreślenia, że zgodnie ze złożonymi wyjaśnieniami oraz dowodami jakie zostały przedstawione przez Odwołującego wynika w sposób jednoznaczny, że cena oferty została oparta na ofertach handlowych podwykonawców, uwidoczniła w kosztorysach szczegółowych przygotowanych przez COLAS i załączonych do wyjaśnień, oraz zweryfikowana w wyciągu kosztorysu inwestorskiego. Izba podkreśla ponownie, że Odwołujący w żaden sposób nie kwestionował tych dokumentów. Wyjaśnienia z dnia 3 listopada w sposób przejrzysty odnoszą się do elementów jakie wpłynęły na dokonaną wycenę, przy czym te treści Odwołujący w zupełności pominął.

Wymaga również odnotowania, że Odwołujący nie odnosi się do treści wyjaśnień z dnia 17 listopada 2023 roku, a które powołał w stanie faktycznym odwołania. Wykonawca COLAS między innymi wyjaśnił, że wymianę urządzeń zewnętrznych w tym sieci kablowej na posterunkach Papowo Toruńskie, Turzno, Kowalewo Pomorskie i Wąbrzeźno ujęto w Cenie oferty Wykonawcy. Zgodnie z załącznikiem nr 3 do wyjaśnień z dnia 03.11.2023 r. – *kosztorysy szczegółowe oferty Wykonawcy dla pozycji 2.2, 2.3, 2.4 i 2.5 RCO*. Wykonawca ujął zabudowę urządzeń zewnętrznych w tym napędy zwrotnicowe, liczniki osi, sieci kablowe na posterunku:

- Papowo Toruńskie w pozycji 2.2 RCO (pozycje kosztorysu 9 d.1.2 do 16 d.1.2),
- Turzno w pozycji 2.3 RCO (pozycje kosztorysu 10 d.1.2 do 19 d.1.2),
- Kowalewo Pomorskie w pozycji 2.3 RCO (pozycje kosztorysu 6 d.1.2 do 13 d.1.2),
- Wąbrzeźno w pozycji 2.4 RCO (pozycje kosztorysu 9 d.1.2 do 16 d.1.2).

Wymianę sygnalizatorów świetlnych na przedmiotowych posterunkach, Wykonawca ujął w pozycji 2.1 RCO - Zabudowa infrastruktury dla blokady liniowej i izolacji szlakowej zgodnie z obowiązującymi przepisami na odcinku Toruń Wschodni – Wąbrzeźno.

Niemniej w żaden sposób wykonawca nie odnosił się do tego stanowiska. Nie wskazywał niezasadności twierdzeń COLAS.

W odniesieniu do przedstawionej przez Odwołującego oferty załączonej do odwołania – oferta Kombud na prace w branży SRK (tajemnica przedsiębiorstwa) Izba w pierwszej kolejności wyjaśnia i podkreśla, że COLAS złożył oświadczenie na rozprawie, że w dniu

21 grudnia 2023 roku otrzymał od Zamawiającego ofertę Kombud stanowiącą załącznik do odwołania. Izba zaznacza również w tym miejscu, że COLAS szeroko odnosi się do oferty Kombud w piśmie procesowym.

Izba wskazuje, że odnoszenie się do oferty Kombud przez Odwołującego nie przesądza o braku możliwości skalkulowania ceny oferty COLAS w pozycjach 2.2 – 2.5 na określonym przez COLAS poziomie. Odwołujący pomija argumentację COLAS. Z treści pisma procesowego COLAS, które nie zostało w żaden sposób zakwestionowane przez Odwołującego, wynika jednoznacznie, że cena oferty Odwołującego w części odnoszącej się do robót objętych ofertą podwykonawcy jest niższa niż to, co podane zostało przez podwykonawcę w jego ofercie cenowej dla Odwołującego. W ocenie Izby dowodzi to tego,

że nie cena oferty podwykonawcy kształtuje cenę oferowaną w postępowaniu czy też poziomy cen rynkowych jakie powinny być odwołaniem oceny, co wydaje się chciał wykazać Odwołujący. Sam Odwołujący nie bazował na cenie podwykonawcy co oznacza, że nie sposób podzielić argumentację Odwołującego odnoszącą się do odnoszenia ceny COLAS w przyznaniu cen z oferty złożonej Odwołującemu przez Kombud.

Izba wskazuje, że fakt, że wycena dokonana przez COLAS jest niższa niż oferta Odwołującego w zakresie określonych pozycji, części składowych oferty, również

nie dowodzi w żaden sposób tego, że oferta Odwołującego jest nieprawidłowo skalkulowana. Takie samo stanowisko odnosi się do porównywania cen uśrednionych złożonych ofert. Takie okoliczności dowodzą tylko tego, że ceny w postępowaniu o zamówienie są różne, ale właśnie to jest domena konkurencyjności. Samo stwierdzenie, że określone kwoty dla określonych pozycji RCO, które zostały skalkulowane na takim samym poziomie muszą być oderwane od realnych kosztów wykonania tych prac nie uzasadnia w żaden sposób, że zaferowane ceny dla tych pozycji są rażąco niskie. Wymaga przypomnienia, że to po stronie Odwołującego kształtuje się ciężar dowiedzenia okoliczności, z których wywodzi korzystne dla siebie skutki (art. 534 ustawy). Postępowanie przed Izbą jest postępowaniem kontryktoryjnym, czyli spornym, a z istoty tego

postępowania wynika, że spór toczą strony postępowania i one mają obowiązek argumentowania i wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne. Nie zastępuje wymaganej argumentacji faktycznej również powoływanie i cytowanie wyroków Izby. Faktycznie właściwe i zasadne jest wskazanie na orzeczenia Izby ale koniecznym jest odniesienie się przez Odwołującego do wskazania jakie to informacje w wyjaśnieniach COLAS były nieprecyzyjne, ogólne i dlaczego w ocenie Odwołującego ww. pozycjach RCO niemożliwe było skalkulowanie cen, tak jak to zrobił COLAS.

W ocenie Izby, mając na uwadze treść wyjaśnień złożonych przez COLAS oraz załączników do tych wyjaśnień Zamawiający prawidłowo dokonał oceny wyjaśnień COLAS dotyczących cen zaoferowanych dla pozycji nr 2.2, 2.3, 2.4. i 2.5. RCO.

W zakresie dowód przedstawionych przez COLAS tj. dowód nr 5 Izba uznała, że bez znaczenia dla rozpoznania przedmiotowego odwołania są stanowiska Zamawiającego (inny oddział) wyrażone w ramach innych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. Czynności podjęte w innym postępowaniu w żaden sposób ani nie uzasadniają czynności podejmowanych w kolejnym postępowaniu o zamówienia, jak również dotyczą zupełnie innego zakresu przedmiotowego. Izba dokonując oceny czynności Zamawiającego w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego tj. objętym odwołaniem nie dokonuje porównania czynności zamawiającego z innych postępowań. Przedstawione zestawienie

w dowodzie nr 4 przez COLAS stanowi jedynie prezentację danych objętych ofertami. Okoliczność, że inne oferty, oferta Odwołującego w określonych pozycjach mających różny zakres przedmiotowy została wyceniona w taki sam sposób nie stanowi dowodu na nic innego jak tylko potwierdzenie, że taka wycena w określonych pozycjach jest. Nie dowodzi to w żaden sposób poprawności wyceny oferty COLAS, co powoduje, że dowód ten jest bezprzedmiotowy.

W zakresie zarzutu nr 3 – naruszenie art. 18 ust. 1 ustawy w zw. z art. 11 ustawy

z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez zaniechanie odtajnienia w całości dokumentacji złożonej przez wykonawcę COLAS RAIL Polska

sp. z o.o. wraz z wyjaśnieniami z dnia 17 listopada 2023 roku w zakresie ceny oferty, pomimo niewykazania przez ww. wykonawcę, iż ww. dokumentacja zawiera informacje stanowiące tajemnicę jego przedsiębiorstwa – **Izba zarzut uznała za niezasadny.**

Zgodnie z art. 18 ust. 1 ustawy zasadą prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest jawność postępowania. Ustawodawca dopuścił jednakże prawo wykonawcy do nie ujawniania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5. Wzrost informacji jakie są zastrzegane z uwagi na ich charakter ma lub może mieć dla danego podmiotu wartość, której czasami nawet nie sposób określić. Niemniej jeżeli wykonawca decyduje się na objęcie danych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa powinien poczynić wszystko czego wymagają regulacje prawne, aby ta ochrona była skuteczna. Wykazanie (art. 18 ust. 3 ustawy), że dane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa stanowi obowiązek wykonawcy, to na nim spoczywa odpowiedzialność, która materializuje się w prowadzeniu argumentacji oraz składaniu dokumentów potwierdzających okoliczności jakie legły

u podstaw zastrzeżenia. Zgodnie z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności. Tym samym zostaje określony krąg informacji jakie skutecznie wykonawca może objąć zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa.

Na wstępie Izba wskazuje, że zarzut odwołania oparty jest o pismo z dnia

17 listopada 2023 roku, które zostało złożone w odpowiedzi na wezwanie z dnia 14 listopada 2023 roku (a nie 26 października 2023 roku). Tym samym w całości pominięte zostało przez Odwołującego pismo z dnia 3 listopada 2023 roku złożone w odpowiedzi na wezwanie z dnia 26 października 2023 roku, a do którego również zostały załączone załączniki objęte tajemnicą przedsiębiorstwa (zał. 1-4) oraz załączniki w postaci dokumentów uzasadniających zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa. Jednocześnie zatem wynika z ustaleń, że Odwołujący nie kwestionował objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa informacji przedstawionych w załącznikach do pisma z dnia 3 listopada 2023 roku, a złożonych

na poparcie argumentacji odnoszącej się do wyliczenia cen pozycji 2.2 – 2.5 RCO.

Izba wskazuje, że pismo COLAS z dnia 17 listopada 2023 roku jest dokumentem jawnym, tajemnicą przedsiębiorstwa zostały objęte załączniki do tego pisma (trzy załączniki).

Odwołujący w swoim stanowisku, poza szeroką prezentacją orzecznictwa i stanowisk doktryny, wskazał, że w COLAS nie wykazał jaka jest wartość gospodarcza zastrzeżonych przez niego informacji przez opisanie tej wartości i wskazanie odpowiedniej kwoty.

Izba w tym zakresie stwierdza, że żaden z obowiązujących przepisów nie wymaga

od wykonawcy wskazania konkretnych kwot uzasadniających wartość gospodarczą chronionych informacji. Nie sposób utożsamiać wykazania wartości gospodarczych

z podaniem kwot, choć istnieją okoliczności w jakich te wartości są możliwe do podania. Izba podkreśla, że tajemnicę przedsiębiorstwa zastrzega się w zasadzie „na przyszłość”, aby chronić dane informacje, co w efekcie powoduje, że w wielu przypadkach wyliczenie wartości może być możliwe dopiero na późniejszym etapie. Jednocześnie po stronie Odwołującego brak jest jakiegokolwiek argumentacji odnoszącej się do treści pisma z dnia 17 listopada 2023 roku, w których wyjaśnia wykonawca, jakie okoliczności stanowią o wartościach gospodarczych zastrzeżonych informacji.

W zakresie dowodów potwierdzających to, że COLAS chroni informacje jednoznacznie

w punkcie 6 pisma wykonawca przedstawił wyjaśnienia w tym zakresie:

Wykonawca zabezpieczył posiadane zasoby oraz stosowane procedury, poprzez pozyskanie od ww. osób zajmujących się przygotowaniem ofert: (i) Oświadczeń o zobowiązaniu do zachowania poufności danych, tajemnicy przedsiębiorstwa oraz tajemnicy służbowej oraz (ii) Oświadczeń dotyczących ochrony danych osobowych. Ponadto Wykonawca regularnie przeprowadza obowiązkowe szkolenia pracowników z zakresu ochrony informacji poufnych i obowiązku zachowania poufności informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Umowy o pracę ww. pracowników działu przygotowania ofert stanowią o obowiązku zachowania poufności (...)

Izba stoi na stanowisku, że nie ma regulacji prawnej nakazującej złożenie określonych dokumentów potwierdzających ww. informacje. Fakt złożenia oświadczenia w tym zakresie przez wykonawcę COLAS potwierdza stosowanie określonych procedur. Jednocześnie w posiadaniu Zamawiającego były dokumenty załączone do pisma z dnia 3 listopada 2023 roku, które Odwołujący pominął. W ocenie Izby nie sposób sprowadzać obowiązku wykazania jedynie do składania określonych dokumentów jakie w danym postępowaniu wskazuje podmiot kwestionujący skuteczność zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Złożone przez COLAS oświadczenia co do podejmowanych czynności w zakresie ochrony informacji w ocenie Izby są wystarczające.

W zakresie zarzutu 5 – naruszenia art. 226 ust 1 pkt. 5 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Zakład Robót Komunikacyjnych - DOM w Poznaniu spółka z ograniczoną odpowiedzialnością pomimo, iż oferta ta jest niezgodna z warunkami zamówienia w Postępowaniu – **Izba zarzut uznała za niezasadny**

Izba ustaliła, że w Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: SWZ) w rozdziale XVII – *sposób obliczenia ceny* podał:

1. *Podana w ofercie cena ofertowa brutto musi uwzględniać wszystkie wymagania niniejszej 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.*

2. *Poszczególne ceny jednostkowe każdej pozycji Oferty powinny uwzględniać wszelkie koszty pośrednie i bezpośrednie związane z realizacją danej pozycji i nie mogą być przenoszone do innych pozycji.*

Na wstępie Izba wskazuje, podobnie jak przy rozpoznaniu zarzutu nr 1, że zgodnie

z art. 226 ust. 1 ustawy Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna

z warunkami zamówienia. Definicja warunku zamówienia została zawarta w art. 7 pkt 29 ustawy, który stanowi, że przez warunki zamówienia należy rozumieć warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Izba podkreśla, mając na uwadze podnoszone przez Odwołującego naruszenie prawa,

że regulacja rozdziału XVII SWZ (sposób obliczenia ceny) związana jest ze sposobem obliczenia ceny oferty jaki w ramach przedmiotowego postępowania przewidział Zamawiający. Regulacja ta stanowi swoistą instrukcję, zgodnie z którą musi postępować wykonawca wyliczając cenę oferty. Warunki zamówienia do których referuje art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy zostały zdefiniowane w art. 7 pkt 29 ustawy. Zdefiniowane warunków zamówienia przez ustawodawcę podkreśla ich jednolite znaczenie i odniesienie

do merytorycznych aspektów oświadczenia, które składane jest przez wykonawcę Zamawiającemu. Izba, mając na uwadze regulacje prawne podkreśla, że niezgodność

z warunkami zamówienia musi mieć charakter oczywisty i wynikać z dokumentacji postępowania. Treścią oferty jest świadczenie wykonawcy, Odwołujący nie kwestionuje braku zaoferowania zamówienia zgodnie z wymaganiami przedmiotowymi, co oznacza,

że nie kwestionuje zgodności treści oferty z warunkami zamówienia, które odnoszą się

do „merytorycznego aspektu zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia” (Komentarz. Prawo zamówień publicznych. Wydanie II red. H. Nowak, M. Winiarz, 2023r. str.729).

W zakresie przedmiotowego zarzutu odwołania stanowisko Odwołującego sprowadza się

do stwierdzenia, że „*koszt zamontowania dwóch, nowych rozjazdów kolejowych i innych prac i urządzeń nie został w ogóle uwzględniony w ofercie tego wykonawcy albo został ujęty, ale w innej pozycji oferty*”. W ocenie Izby Odwołujący, uwzględniając odniesienie się Odwołującego do treści rozdziału XVII oraz mając na uwadze, że niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia odnosi się do warstwy merytorycznej oferowanego świadczenia – nie wykazał w przedstawionej argumentacji, że wykonawca Zakład Robót Komunikacyjnych - DOM w Poznaniu spółka z ograniczoną odpowiedzialnością nie uwzględnił zamontowania dwóch nowych rozjazdów kolejowych. Potwierdza to sama argumentacja Odwołującego, który stwierdza, że to koszt tych rozjazdów i innych prac nie został uwzględniony lub nie został w ujęty w innych pozycjach. Odwołujący nie twierdzi, że nie te rozjazdy nie zostały zaoferowane przez Zakład Robót Komunikacyjnych - DOM w Poznaniu spółka z ograniczoną odpowiedzialnością.

W zakresie zarzutu nr 6 – naruszenia art. 226 ust 1 pkt. 6 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Zakład Robót Komunikacyjnych - DOM w Poznaniu spółka

z ograniczoną odpowiedzialnością pomimo, iż zawiera ona rażąco niską cenę lub koszt

w stosunku do przedmiotu zamówienia – **Izba zarzut uznała za niezasadny**

Izba na wstępie podaje, że wykonawca w treści zarzutu odwołania powołał niewłaściwą podstawę prawną z ustawy Prawo zamówień publicznych tj. art. 226 ust. 1 pkt 6 ustawy. Prawidłowa podstawa prawna to art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy - Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W ramach przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawca nie był wzywany do złożenia wyjaśnień w trybie art. 224 ustawy. Zarówno w obecnie obowiązującym stanie prawnym jak również na podstawie ustawy Prawo zamówień publicznych z 2004 roku odrzucenie oferty wykonawcy z postępowania, na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy, może nastąpić dopiero po wezwaniu wykonawcy do złożenia wyjaśnień w procedurze art. 224 ustawy. Ugruntowane jest to w orzecznictwie Izby, sądów jak również TSUE. W orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej podnoszono, że procedura wyjaśniania jest niezbędna w świetle europejskiego prawodawstwa z zakresu zamówień publicznych, gdyż zabezpiecza przed arbitralnością oceny zamawiającego co do rażąco niskiej wysokości ceny (por. wyr. z dnia 22 czerwca 1989 r. 103/88, wyr. z dnia 27 listopada 2001 r. C-285/99, wyr. z dnia 15 maja 2008 r. C-147/06, z dnia 29 marca 2012 r. C-599/10). Tym samym Odwołujący mógł podnosić skutecznie zarzut zaniechania wezwania wykonawcy Zakład Robót Komunikacyjnych - DOM w Poznaniu spółka z ograniczoną odpowiedzialnością do złożenia wyjaśnień, Zarzut zaniechania odrzucenia oferty Izba uznaje za niezasadny.

Izba, w odniesieniu do zarzutów podnoszonych co do oferty Zakład Robót Komunikacyjnych - DOM w Poznaniu spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, mając na uwadze powyższe rozstrzygnięcia uznała dowody złożone w postępowaniu przez Odwołującego – tj. dowód nr 1 i 2 za bezprzedmiotowe. Dokumenty te dotyczą okoliczności jakie nie zostały wykazane przez Odwołującego podniesionymi zarzutami odwołania.

Sygn. akt KIO 3800/23

Na podstawie art. 552 ust. 1 ustawy z 2019 Izba wydając wyrok bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego.

Skład orzekający Izby rozpoznając sprawę uwzględnił akta sprawy odwoławczej,

które zgodnie z par. 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 dokumentacja 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 stanowisko Zamawiającego wyrażone w piśmie z dnia 2 stycznia 2024 roku „Odpowiedź na odwołanie” – Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Izba uwzględniła stanowisko prezentowane przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia COLAS RAIL Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku oraz COLAS RAIL S.A.S. z siedzibą we Francji, (dalej: „COLAS”) w piśmie z dnia 2 stycznia 2024 roku „Pismo procesowe Przystępującego po stronie Zamawiającego”.

Na wstępie Izba wskazuje, zgodnie z art. 559 ust. 2 ustawy podstawy prawne oraz przytacza przepisy prawa:

- art. 226 ust. 1 ustawy - Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...)

5) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, (...)

7) została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;

8) zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia;

- art. 224 ust. 6 ustawy - Odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

Ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji tj. z dnia 13 maja 2022 r. :

- art. 3 ust. 1 - Czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

W zakresie zarzutu nr 1 – naruszenia art. 224 ust. 6 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę COLAS RAIL pomimo braku wykazania przez tego wykonawcę, iż jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, a złożone przez COLAS RAIL na wezwanie Zamawiającego wyjaśnienia nie zawierały wiarygodnych dowodów, a przedstawione zestawienia stanowią jedynie wyliczenia matematyczne dostosowane do wartości określonych pozycji RCO bez wykazania co oraz jakie okoliczności z podaniem konkretnych wartości pozwoliły na zaoferowanie ceny za realizację branży automatyka w rażąco niskiej cenie co w istocie winno zostać potraktowane jako brak złożenia przez COLAS RAIL wyjaśnień rażąco niskiej ceny istotnych części składowych oferty, a w konsekwencji winno skutkować odrzuceniem oferty COLAS RAIL jako zawierającej rażąco niską cenę – **Izba zarzut uznała za niezasadny**

W zakresie zarzutu nr 2 – naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez COLAS RAIL pomimo, iż zawiera ona rażąco niską cenę w zakresie istotnych części składowych mających wpływ na cenę całej oferty COLAS RAIL i możliwość zrealizowania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego – **Izba zarzut uznała za niezasadny**

Izba ustaliła, że:

- COLAS został wezwany przez Zamawiającego pismem z dnia 26 października 2023 roku do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, w zakresie wyliczenia istotnych części składowych zaoferowanej ceny (pismo w aktach sprawy odwoławczej),

- w odpowiedzi na powyższe wezwanie wykonawca COLAS złożył wyjaśnienia w dniu 3 listopada 2023 roku (pismo w aktach sprawy odwoławczej) do wyjaśnień zostały załączone dokumenty (załączniki od 1 do 4 – tajemnica przedsiębiorstwa),

- Zamawiający wezwał ponownie COLAS pismem z dnia 14 listopada 2023 roku do złożenia wyjaśnień (pismo w aktach sprawy odwoławczej),

- COLAS pismem z dnia 17 listopada 2023 roku przedstawił wyjaśnienia (pismo w aktach sprawy odwoławczej) do wyjaśnień zostały załączone dokumenty (załączniki – tajemnica przedsiębiorstwa),

Izba zaznacza w tym miejscu, że argumentacja Odwołującego zawarta w odwołaniu, a dotycząca ww. zarzutów przedstawiona została łącznie, dlatego też Izba łącznie do tych zarzutów przedstawia argumentację uznania zarzutów za niezasadne.

Izba, wyjaśnia i podkreśla na wstępie, że w postępowaniu odwoławczym Izba dokonuje oceny czynności podjętej przez Zamawiającego w prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, które to czynności dokonane zostały na podstawie i w oparciu o dokumenty złożone w postępowaniu.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone przez Zamawiającego

jest postępowaniem kreowanym w oparciu o regulacje prawne obowiązujące Zamawiającego. Oznacza to, że ocenie w zakresie zarzutów odwołania podlegają

te czynności Zamawiającego podjęte w określonym stanie faktycznym, który wynika

z akt sprawy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego stanowiących akta postępowania odwoławczego.

Przechodząc dalej w rozważaniach należy na wstępie wskazać, że regulacje prawne z art. 90 oraz 89 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych

tj. ustawy obowiązującej do dnia 31 grudnia 2020 roku zbieżne są z regulacjami art. 224 oraz 226 ust. 1 pkt 8 ustawy z 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych, co oznacza,

że cały dorobek orzeczniczy oraz stanowiska doktryny wypracowane w oparciu o wcześniej obowiązujące regulacje pozostaje aktualny w obowiązującym stanie prawnym. Pozwala

to zatem na szerokie czerpanie wiedzy oraz korzystanie z utartych wykładni, wyjaśnień jak równie przyjętych w doktrynie i orzecznictwie stanowisk.

W odniesieniu do pojęcia „cena rażąco niska” należy wskazać, że to cena oferty, za którą nie da się wykonać zamówienia – tak w sposób najbardziej prosty i zrozumiały można wytłumaczyć czym jest cena oferty rażąco niska. Cena rażąco niska to cena, która jest nierealistyczna, nieadekwatna do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakłada wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową, a więc nie występuje na danym rynku, na którym ceny wyznaczane są m.in. przez ogólną sytuację

gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających. Cena rażąco niska to taka, za którą nie może wykonawca wykonać zamówienia w sposób zgodny z przedmiotem, rzetelny i prawidłowy. Tak samo należy rozumieć rażąco niską cenę w odniesieniu do istotnych części składowych, a mających wpływ na cenę całej oferty złożonej w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Izba podkreśla, że to po stronie Zamawiającego w procedurze udzielenia zamówienia publicznego ustawodawca wprowadził obowiązek dokonania oceny prawidłowości kalkulacji ceny oferty i oceny tego, czy cena zaoferowana w postępowaniu za realizację danego zamówienia nie jest ceną rażąco niską. W odniesieniu do istotnych części składowych ceny ofertowej w taki sam kształtuje się obowiązek Zamawiającego oceny czy zaoferowane kwoty nie są rażąco niskie. Ukształtowana, tak w obecnie obowiązującej ustawie jak i w ustawie

z 2004 roku procedura wyjaśnienia ceny oferty lub istotnej części składowej polega na wezwaniu wykonawcy do złożenia wyjaśnień, które Zamawiający poddaje ocenie. Na ich podstawie ocenia czy zaoferowana przez wykonawcę cena ofertowa nie jest rażąco niska. To po stronie wykonawcy pozostaje obowiązek wykazania, że cena oferty nie jest rażąco niska (art. 224 ust. 5 ustawy).

Izba wskazuje, że w ramach postępowania odwoławczego oceniana jest prawidłowość czynności Zamawiającego, tj. dokonanej oceny złożonych w postępowaniu wyjaśnień elementów zaoferowanej ceny oferty. Zamawiający dokonuje czynności oceny zaoferowanej w postępowaniu przez wykonawcę ceny oferty lub istotnej części składowej w oparciu o dostępne mu informacje, które uzyskuje w wyniku przedstawienia przez wezwanego wykonawcę wyjaśnień – temu służy procedura wyjaśnienia opisana w art. 224 ustawy. Wyjaśnienia wykonawcy – informacje jakie przedstawił wykonawca - powinny umożliwić Zamawiającemu podjęcie decyzji, co do przyjęcia bądź odrzucenia oferty. Podkreślenia wymaga, że Zamawiający informacje dotyczące indywidualnych elementów kalkulacji danej ceny jak również okoliczności, które wpływają na daną kalkulację uzyskuje od konkretnego wykonawcy, w konkretnym postępowaniu, w wyniku wezwania do złożenia wyjaśnień

w określonym przez Zamawiającego terminie. Tym samym wykonawca składający wyjaśnienia Zamawiającemu, już w ramach swoich wyjaśnień winien wskazać

na te okoliczności, które stanowiły podstawę dokonanej wyceny.

Nadal aktualność swą zachowuje stanowisko wypracowane w dotychczasowym orzecznictwie Izby i sądów powszechnych wskazujące, że Izba może ocenić i stwierdzić jedynie czy wyjaśnienia w przedmiocie elementów zaoferowanej ceny były wystarczające,

a ich ocena dokonana przez Zamawiającego prawidłowa. Zachowuje swoją aktualność wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 30 lipca 2014 r. (sygn. akt XXIII Ga 1293/14), w którym podkreślono znaczenie staranności wykonawcy w składaniu wyjaśnień, o których mowa w art. 90 ustawy z 2004 (obecnie art. 224 ustawy), a także wskazano na konieczność uznania, że cena ofertowa jest ceną rażąco niską, w przypadku braku przedstawienia przez wykonawcę takich wyjaśnień, które wykażą, że oferowana przezeń cena rażąco niska

nie jest. W obecnie obowiązującym stanie prawnym ustawodawca właściwie przesądził ich słuszość, wprost wskazując w przepisie art. 224 ust. 5 ustawy, że to wykonawca powinien wykazać Zamawiającemu, że cena jego oferty lub koszt nie zawiera rażąco niskiej ceny.

To wykonawca musi wykazać to na etapie postępowania o udzielenie zamówienia,

czyli w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego. Tym samym jak najbardziej aktualna

i wymagająca podkreślenia, jest wyrażana w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej

i sądów powszechnych teza o wymaganej staranności wykonawcy w składaniu wyjaśnień,

a tym samym ryzyku jakie ponosi wykonawca w przypadku uznania, że wyjaśnienia są niewystarczające do wykazania legalnego charakteru jego ceny.

Izba wskazuje, że nie istnieje jeden optymalny i powinny kształt czy sposób dowodzenia okoliczności związanych z kalkulacją ceny, istotnych części składowych, dokonanej przez wykonawcę i sposobu prezentowania okoliczności umożliwiających mu jej zaoferowanie. Sposób wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny zależy od indywidualnych okoliczności sprawy, zwłaszcza w związku z rodzajem podawanych informacji, będzie można ocenić i przyjąć konieczny sposób i stopień uwiarygodnienia podawanych danych. Niewątpliwie można natomiast sformułować jeden generalny postulat, który przy ocenie wyjaśnień wykonawców powinien być bezwzględnie egzekwowany - wyjaśnienia powinny być konkretne, jasne, spójne i adekwatne do danego przedmiotu zamówienia.

Izba podkreśla, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego stanowi sformalizowaną procedurę, która dzięki regulacjom ustawowym stanowi gwarancję realizacji zasad prawa zamówień publicznych takich jak równe traktowanie wykonawców

w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz zachowanie konkurencyjności między wykonawcami. Każde odstępstwo od formalizmu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzi do naruszenia procedury o zamówienie publiczne, a w konsekwencji naruszenie zasad prawa zamówień publicznych w stosunku do wykonawców, którzy składają w postępowaniu oferty. Wezwanie przez Zamawiającego do złożenia wyjaśnień w ramach procedury z art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy rodzi skutki w zakresie obowiązków wykonawcy,

do którego to wezwanie jest skierowane oraz rodzi obowiązki Zamawiającego, które

są efektem skierowanego wezwania. Podkreślenia wymaga to, że obowiązek jaki statuuje ustawa nałożony jest na wykonawcę, po drugie wykonawca obowiązany jest do wykazania – co oznacza, że nie będzie wystarczające złożenie zapewnienia przez wykonawcę lecz niezbędne jest wykazanie takiego stanu rzeczy. Więcej zgodnie z art. 224 ust. 6 ustawy wykonawca w celu wykazania, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska, składa dowody, które mają uwiarygodnić realność zaoferowanej ceny oferty. Powstały obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, że ceny istotnych części składowych nie są rażąco niskie, stanowi o tym, że w konsekwencji zakres złożonych wyjaśnień może być kwestionowany w postępowaniu odwoławczym. Zakres złożonych wyjaśnień, ich precyzyjność i szczegółowość, czy też lakoniczność i ogólnikowość stanowią podstawę kształtowania zarzutu odwołania.

Podkreślić należy, że to wykonawca jest dysponentem wiedzy na temat podstaw kształtowania i doboru elementów stanowiących podstawy wyliczenia ceny jego oferty co oznacza jednocześnie, że tylko taki wykonawca ma jednoznaczną i pełną świadomość tego co w cenie oferty zostało uwzględnione, jakie elementy stanowią szczególnie sprzyjające warunki kalkulacji ceny oferty oraz jaki ma to wpływ na całość oferty cenowej lub na poszczególne jej elementy. Podkreślenia wymaga, że elementy szczególnie korzystne, wpływające na wysokość ceny oferty znane są wyłącznie samemu wykonawcy, a ich źródło powinno znaleźć odzwierciedlenie w dowodach składanych Zamawiającemu. Izba wskazuje, że zgodnie z ustawą Zamawiający nie ma podstawy żądania określonego katalogu dowodów, niemniej nie

oznacza to braku konieczności przedstawienia dowodów, tym bardziej w zakresie tych elementów ceny, które są szczególnie korzystne dla wykonawcy i pozwalają na skalkulowanie ceny oferty na tak niskim jak w rozpoznawanym przypadku poziomie. Izba podkreśla, że Zamawiający nie ma obowiązku określania katalogu dowodów, wręcz w ocenie Izby nie jest do tego uprawniony aby określać katalog dowodów jakie ma złożyć wykonawca, bowiem zakreślenie danego katalogu dowodów stanowiłoby ograniczenie w możliwości prezentacji stanowiska wykonawcy.

W odniesieniu do treści odwołania Izba wskazuje za stanowiskiem COLAS,

że co do pozycji 2.2 – 2.5 RCO jakie kwestionuje Odwołujący w zakresie zaoferowanej ceny, wartość tych pozycji stanowi ok. 3% wartości globalnej ceny oferty COLAS. Jest to okoliczność, której nie kwestionował Odwołujący w trakcie rozprawy. Wskazanie przez Odwołującego na cały zakres branży automatyki oraz procentowe odniesienie i to

w przedziale, w stosunku do całości zadania, nie zmienia w żaden sposób faktu, że

w zakresie kwestionowanych pozycji RCO mowa jest o około 3% wartości globalnej oferty COLAS. Izba wskazuje również, że wartości ofert w pozycjach 2.2 – 2.5 RCO poszczególnych wykonawców biorących udział w postępowaniu kształtują się od 3,8 mln zł do 14,11 mln zł, przy szacunkowej wartości na poziomie 17 mln zł.

W zakresie rozpoznania (zarzutu 1) odwołania w ocenie Izby, po zapoznaniu się z treścią wyjaśnień wykonawcy złożonych w postępowaniu za pismem z dnia 3 listopada 2023 roku oraz załączników przedstawionych przez COLAS, Izba stwierdziła, że prawidłowo Zamawiający ocenił, że wyjaśnienia w postępowaniu zostały złożone. Stwierdzenie przez Izbę, że *wyjaśnienia zostały złożone* – w kontekście zarzutu odwołania – oznacza, że przedstawiona w wyjaśnieniach argumentacja oraz załączone dowody do tych wyjaśnień pozwoliły Izbie na uznanie, że złożone wyjaśnienia nie są lakoniczne, nie są ogólnikowe oraz zawierają informacje pozwalające na ich weryfikację. Zarzut odwołania sprowadza się do stwierdzenia Odwołującego, że tak przedstawione wyjaśnienie „winno zostać potraktowane jako brak złożenia przez COLAS RAIL wyjaśnień rażąco niskiej ceny istotnych części składowych oferty”, bowiem brak jest wykazania „co oraz jakie okoliczności z podaniem konkretnych wartości pozwoliły na zaoferowanie ceny za realizację branży automatyka”. Szczegółowo wykonawca COLAS przedstawił argumentację w piśmie z dnia 3 listopada 2023 roku, jak również w załączeniu przedstawił oferty podwykonawców, które również posiadają rozbiście cenowe, jednoznaczne określenie zakresu przedmiotowego.

Izba poddała ocenie, w kontekście czynności Zamawiającego, dokumenty przedstawione przez COLAS przy wyjaśnieniach z dnia 3 listopada 2023 roku. W wyjaśnieniach z dnia

3 listopada 2023 roku wykonawca COLAS przedstawił stanowisko odnośnie kalkulacji ceny oferty w zakresie istotnych części składowych jakie zostały objęte wezwaniem z dnia 26 października 2023 roku. COLAS wskazał, że pozycje RCO – poz. nr 2.2; 2.3; 2.4. i 2.5 uwzględniają wszelkie koszty pośrednie i bezpośrednie związane z realizacją danej pozycji

i nie nastąpiło ich przeniesienie do innych pozycji, podał, że ceny uwzględniają koszty zgodne z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, wszelkie koszty i należności publiczne wymagane zgodnie z przepisami w zakresie prawa pracy i zabezpieczenia społecznego. Wykonawca COLAS wyjaśnił, że ceny w poszczególnych ww. pozycjach zostały wyliczone ściśle według dokumentacji przetargowej, w szczególności PFU. Wykonawca oświadczył,

że przyjęte do wyceny materiały oraz urządzenia spełniają parametry opisane

w dokumentacji przetargowej, w szczególności PFU, posiadają stosowne aprobaty techniczne, certyfikaty i dopuszczenia; przyjęty sposób wykonania robót objętych przedmiotem zamówienia jest zgodny z technologiami opisanymi w PFU; ceny uwzględniają pełny zakres technologii oraz wszelkie materiały i sprzęt potrzebny do zrealizowania zakresu robót wynikającego z dokumentacji przetargowej, w szczególności PFU, obowiązujących norm i przepisów. COLAS podał również, że planuje częściowo wykorzystać również park maszynowy, który posiada po zrealizowanych już zadaniach, w tym dla Zamawiającego. Wykorzystanie posiadanego parku maszynowego prowadzi do wyłączenia kosztu zakupu lub najmu specjalnie dla potrzeb realizacji zadania. COLAS podał również, że na cenę oferty miały wpływ koszty materiałów i usług dla kluczowych elementów branży automatyki, potwierdzone wyceną przedsiębiorców gotowych realizować prace w ramach ww. pozycji RCO dla przedmiotowej inwestycji, składając Zamawiającemu informacje cenowe jakie otrzymał (Załączniki nr 1 i 2 – tajemnica przedsiębiorstwa). Również wykonawca COLAS wyjaśnił, że w sposób rzetelny i zgodny ze stawkami rynkowymi, obliczył i przedstawił cenę ofertową w przedmiotowym postępowaniu, w tym dla pozycji nr: 2.2, 2.3, 2.4. i 2.5. RCO. Wykonawca w swoich obliczeniach uwzględnił obowiązujące stawki rynkowe za poszczególne materiały, sprzęt i roboty, jak również przewidział marżę. Na potwierdzenie tego przedstawił kosztorysy szczegółowe dla pozycji nr 2.2, 2.3, 2.4. i 2.5. RCO (Załącznik nr 3 – tajemnica przedsiębiorstwa). Przedstawił także, wykonaną przez osobę trzecią posiadającą *uprawnienia Projektanta branży sterowania ruchem kolejowym bez ograniczeń* szacunkową wycenę wykonania robót dla branży automatyki zgodnie z dokumentacją postępowania przetargowego, w szczególności PFU - odpowiednik uproszczonego kosztorysu inwestorskiego (Załącznik nr 4 „Wyciąg z kosztorysu inwestorskiego” dla robót branży automatyki – tajemnica przedsiębiorstwa).

W ocenie Izby, że zgodnie ze złożonymi wyjaśnieniami oraz dowodami jakie zostały przedstawione przez Odwołującego wynika w sposób jednoznaczny, że cena oferty została oparta na ofertach handlowych podwykonawców, uwidoczniła w kosztorysach szczegółowych przygotowanych przez COLAS i załączonych do wyjaśnień, oraz zweryfikowana w wyciągu kosztorysu inwestorskiego.

W odniesieniu do podniesionych zarzutów Izba stwierdza, że w złożonych wyjaśnieniach wykonawca przedstawił kalkulację wszystkich elementów jakie będą realizowane w zakresie pozycji 2.2 -2.5 RCO. Odwołujący nie wskazał natomiast jakich informacji w zakresie swoich wyjaśnień nie przedstawił COLAS, nie podał informacji odnoszących się do brakujących elementów wyjaśnień jakie uzasadniałyby czy to brak tych wyjaśnień, czy też rażąco niską cenę w odniesieniu do istotnych części składowych. W odniesieniu do wskazania przez Odwołującego „co oraz jakie okoliczności z podaniem konkretnych wartości pozwoliły na zaoferowanie ceny za realizację branży automatyka” Izba wyjaśnia, że COLAS przedstawił dowody, które potwierdzały możliwość zaoferowania takich cen w ramach wskazanych pozycji. W ocenie Izby załączone do wyjaśnień dokumenty wyjaśniają, wbrew twierdzeniu Odwołującego, skąd wzięły się ceny pozycji w 2.2 -2.5 RCO. COLAS Przedstawił oferty podwykonawców jak również przedstawił kalkulację zawartą w kosztorysie przygotowanym

w programie Norma w oparciu o bazy cenowe SEKOCENBUDU, potwierdzające, że przy wycenie bazował na stawkach i wycenach, które są wykorzystywane powszechnie w branży budowlanej. Niezasadnym są tym samym twierdzenia Odwołującego o braku przedstawienia wyliczeń, bowiem takie zostały złożone. Natomiast w odniesieniu do wskazanego przez Odwołującego braku wskazania wiarygodnych wyliczeń Izba stwierdza, że w żaden sposób Odwołujący nie wykazał, że przedstawione wyliczenia są niewiarygodne. Odwołujący nie uzasadnił też w żaden sposób twierdzenia o

przypadkowości cen jakie zostały zaoferowane przez COLAS w pozycjach 2.2 -2.5 RCO.

Co do ofert podwykonawców Izba zaznacza, że dokumenty te stanowią potwierdzenie zaoferowanej ceny (składników ceny globalnej). Są to dowody jakie może przedstawić zgodnie z art. 224 wykonawca składający wyjaśnienia. W dowodach tych zawarte zostały informacje pozwalające na weryfikację co wpłynęło na ceny zaoferowane przez COLAS. Podkreślenia wymaga, że Zamawiający weryfikuje wyjaśnienia danego wykonawcy złożone w postępowaniu, a nie podmiotów zewnętrznych. Nie ma żadnej procedury uprawniającej Zamawiającego do kontroli samych ofert podwykonawców, a w tym cen oferowanych przez te podmioty, składanych jako dowody na potwierdzenie oferowanej przez wykonawcę kwoty.

Odwołujący, posługując się jedynie stwierdzeniem „stosownych dowodów”, nie wyjaśnia jakie dowody jeszcze miałby złożyć COLAS dla potwierdzenia realności cen przedstawionych

w ofertach podwykonawców poza ofertami tych podwykonawców. Jednocześnie Odwołujący nie przedstawia również żądanych dowodów uzasadniających podnoszoną argumentację,

a które miałyby potwierdzać nierealność oferowanych cen. Izba podkreśla, że to po stronie wykonawcy podnoszącego określone zarzuty ukształtowany jest obowiązek wykazania zasadności stanowiska, z którego wywodzi Odwołujący określone skutki, istotne i korzystne dla niego.

W ocenie Izby argumentacja Odwołującego w żaden sposób nie uzasadnia, że zaoferowane ceny wskazanych pozycji 2.2.-2.5 RCO są rażąco niskie. Przedstawione oferty cenowe podwykonawców jako dowody zaoferowanych cen, kalkulacje oparte na SEKOCENBUDZIE w sytuacji braku przedstawienia jakiegokolwiek kalkulacji czy dowodów potwierdzających nierealność cen ofert podwykonawców powodują, że same twierdzenia Odwołującego zawarte w odwołaniu nie dają się prawidłowo zweryfikować. Odwołujący wskazał, odnosząc się do szczegółowych kalkulacji, że z wyjaśnień brak jest jakiegokolwiek odpowiedzi w jaki sposób COLAS uzyskał poszczególne ceny jednostkowe oraz ilość robót koniecznych do wykonania i czy są one realne i osiągalne dla wykonawcy. W piśmie z dnia 3 listopada 2023 roku oraz następnie w piśmie procesowym COLAS jednoznacznie podał w oparciu o jakie bazy cenowe sporządził kosztorys. Natomiast wymaga wskazania, że Odwołujący

nie kwestionował w żaden sposób zakresu przedmiotowego oraz pomija wskazane w piśmie z dnia 3 listopada 2023 roku (pkt 3 pisma) wyjaśnienie, w którym COLAS wskazuje, że ceny zawarte w ofercie COLAS dla pozycji nr: 2.2, 2.3, 2.4. i 2.5. RCO zostały przygotowane ściśle według dokumentacji przetargowej, w szczególności PFU. Dodatkowo COLAS oświadczył, że przyjęte do wyceny materiały oraz urządzenia spełniają parametry opisane

w dokumentacji przetargowej, w szczególności PFU, posiadają stosowne aprobaty techniczne, certyfikaty i dopuszczenia; przyjęty sposób wykonania robót objętych przedmiotem zamówienia jest zgodny z technologiami opisanymi w PFU; ceny uwzględniają pełny zakres technologii oraz wszelkie materiały i sprzęt potrzebny do zrealizowania zakresu robót wynikającego z dokumentacji przetargowej, w szczególności PFU, obowiązujących norm i przepisów. COLAS wyjaśnił, że sporządził kosztorys w programie Norma w oparciu

o bazy cenowe SEKOCENBUD (informacja o cenach czynników produkcji RMS (Promocja)) dla 3 kw. 2023 - poziom cen średni dla S i M, a Rg średni dla woj. kujawsko - pomorskiego – roboty inżynierskie). To pozwala jednoznacznie stwierdzić, że wycena jakiej dokonał COLAS oparta była na stawkach i wycenach aktualnych na dzień składania ofert.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że nie doszło do naruszenia wskazanych

w zarzucie nr 1 i nr 2 przepisów prawa, a wyjaśnienia, w odniesieniu do cen zaoferowanych dla pozycji nr: 2.2, 2.3, 2.4. i 2.5. RCO, jakie zostały złożone przez COLAS zostały w sposób prawidłowy ocenione przez Zamawiającego.

W zakresie zarzutu nr 3 - naruszenia art. 226 ust. 1 pkt. 5 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez COLAS RAIL pomimo, iż oferta ta jest niegodna z rozdział XVII pkt. 2 SWZ, gdyż wykonawca ten dokonał przeniesienia kosztów realizacji robót pomiędzy poszczególnymi pozycjami RCO – **Izba zarzut uznała za niezasadny**

W zakresie zarzutu nr 4 – art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy w zw. art. 16 pkt 1 w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U.

z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.; dalej: "ustawa ZNK") przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy ROVER, pomimo iż została ona złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji polegającego na manipulacji cenami jednostkowymi, tj. w szczególności polegającego na znacznym zaniżeniu ceny za niektóre spośród asortymentów robót koniecznych do wykonania – **Izba zarzut uznała za niezasadny**

Izba zaznacza w tym miejscu, że argumentacja Odwołującego zawarta w odwołaniu, a dotycząca ww. zarzutów przedstawiona została łącznie, dlatego też Izba łącznie do tych zarzutów przedstawia argumentację uznania zarzutów za niezasadne.

Izba ustaliła, że w Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: SWZ) w rozdziale XVII *sposób obliczenia ceny* podał:

1. *Podana w ofercie cena ofertowa brutto musi uwzględniać wszystkie wymagania niniejszej 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.*

2. *Poszczególne ceny jednostkowe każdej pozycji Oferty powinny uwzględniać wszelkie koszty pośrednie i bezpośrednie związane z realizacją danej pozycji i nie mogą być przenoszone do innych pozycji.*

W zakresie zarzutu 3 na wstępie Izba wskazuje, że zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Definicja warunku zamówienia została zawarta w art. 7 pkt 29 ustawy, który stanowi,

że przez warunki zamówienia należy rozumieć warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W odwołaniu Odwołujący twierdzi, że COLAS „dokonał manipulacji kosztami wykonania pozycji 2.2, 2.3, 2.4, 2.5 ROC.

Izba podkreśla, mając na uwadze podnoszone przez Odwołującego naruszenie prawa,

że regulacja rozdziału XVII SWZ (sposób obliczenia ceny) związana jest ze sposobem obliczenia ceny oferty jako w ramach przedmiotowego postępowania przewidywał Zamawiający. Regulacja ta stanowi swoistą instrukcję, zgodnie z którą musi postępować wykonawca wyliczając cenę oferty. Warunki zamówienia do których referuje art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy zostały zdefiniowane w art. 7 pkt 29 ustawy. Zdefiniowane warunków zamówienia przez ustawodawcę podkreśla ich jednolite znaczenie i odniesienie

do merytorycznych aspektów oświadczenia, które składane jest przez wykonawcę Zamawiającemu. Izba, mając na uwadze regulację prawną, podkreśla że niezgodność

z warunkami zamówienia musi mieć charakter oczywisty i wynika z dokumentacji postępowania. Treścią oferty jest

świadczenie wykonawcy, Odwołujący nie kwestionuje braku zaoferowania zamówienia zgodnie z wymaganiami przedmiotowymi, co oznacza, że nie kwestionuje zgodności treści oferty z warunkami zamówienia, które odnoszą się do „merytorycznego aspektu zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia” (Komentarz. Prawo zamówień publicznych. Wydanie II red. H. Nowak, M. Winiarz, 2023r. str.729). Cała argumentacja Odwołującego skupia się na dokonaniu wyceny pozycji 2.2. – 2.5 RCO

na identycznym poziomie oraz to, że każda z tych pozycji ma inny zakres robót koniecznych do wykonania co uniemożliwi przyjęcie tych samych wartości cenowych. To ma świadczyć o dokonaniu nierzetelnej wyceny lub przeniesienia kosztów wykonania tych robót do innych pozycji RCO.

W ocenie Izby Odwołujący, uwzględniając odniesienie się Odwołującego do treści rozdziału XVII oraz mając na uwadze, że niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia odnosi się do warstwy merytorycznej oferowanego świadczenia – Odwołujący nie wykazał,

że wykonawca COLAS nie uwzględniła w ramach świadczenia w pozycjach 2.2. – 2.5 RCO wymiany urządzeń zewnętrznych (napędy zwrotnicowe, sygnalizatory) w tym sieci kablowe na posterunkach Popowo Toruńskie, Turzyno, Kowalewo Pomorskie i Wąbrzeźno. Sam Odwołujący uszczegółowiając swoje stanowisko podaje, że *wycena urządzeń zewnętrznych w tym napędów zwrotnicowych, liczników osi, sieci kablowych dla posterunku Kowalewo Pomorskie powinna zostać ujęta w pozycji 2.4 a nie w pozycji 2.3 RCO; Wąbrzeźno powinna zostać ujęta w [pozycji 2.5 RCO, a nie w pozycji 2.4 RCO.*” To potwierdza jednoznacznie w ocenie Izby, że sam Odwołujący zdawał sobie sprawę z ujęcia materialnie przedmiotu zamówienia. Odwołujący nie twierdzi, że nie te rozjazdy nie zostały zaoferowane przez COLAS, ale że zostały ujęte w innej pozycji.

Izba stwierdza jednocześnie, że w wyjaśnieniach z dnia 17 listopada 2023 roku podał wykonawca COLAS *Zgodnie załącznikiem nr 3 do wyjaśnień z dnia 03.11.2023 r. – kosztorysy szczegółowe oferty Wykonawcy dla pozycji 2.2, 2.3, 2.4 i 2.5 RCO, Wykonawca ujął zabudowę urządzeń zewnętrznych w tym napędy zwrotnicowe, liczniki osi, sieci kablowe na posterunku:*

- *Papowo Toruńskie w pozycji 2.2 RCO (pozycje kosztorysu 9 d.1.2 do 16 d.1.2),*
- *Turzno w pozycji 2.3 RCO (pozycje kosztorysu 10 d.1.2 do 19 d.1.2),*
- *Kowalewo Pomorskie w pozycji 2.3 RCO (pozycje kosztorysu 6 d.1.2 do 13 d.1.2),*
- *Wąbrzeźno w pozycji 2.4 RCO (pozycje kosztorysu 9 d.1.2 do 16 d.1.2).*

Wymianę sygnalizatorów świetlnych na przedmiotowych posterunkach, Wykonawca ujął w pozycji 2.1 RCO - Zabudowa infrastruktury dla blokady liniowej i izolacji szlakowej zgodnie z obowiązującymi przepisami na odcinku Toruń Wschodni – Wąbrzeźno.

W ocenie Izby należy mieć na uwadze to, że wyjaśnienia wykonawcy z dnia 17 listopada 2023 roku odwoływały się do kosztorysów szczegółowych jakie zostały załączone

do wyjaśnień z dnia 3 listopada 2023 roku, gdzie napędy zwrotnicowe, liczniki osi, sieci kablowe na stacji Kowalewo Pomorskie ujęto w pozycjach kosztorysu 6 d.1.2 do 13 d.1.2 – który uszczegóławia pozycję 2.4 RCO. Natomiast na stacji Wąbrzeźno ujęto w pozycjach kosztorysu 9 d.1.2 do 16 d.1.2 – który uszczegóławia pozycję 2.5 RCO. Jak wskazał

w piśmie procesowym COLAS „intencje mogły zostać odczytane z informacji zawartych w nawiasach oraz dowodów dołączonych do wyjaśnień (w których dokonano właściwych odwołań)”. W ocenie Izby okoliczności te zostały wyjaśnione, a zgodnie ze złożonymi przez COLAS wyjaśnieniami prezentowane stanowisko przez Odwołującego uznać należało

za niezasadne.

Odnosnie twierdzeń Odwołującego dotyczących błędnego uwzględnienia kosztów *wykonania sygnalizatorów świetlnych w poz. 2.1 RCO*, które w ocenie Odwołującego powinna zostać uwzględniona odpowiednio w pozycjach 2.2., 2.3, 2.4, 2.5 RCO – Izba stwierdza,

że po pierwsze w całości ma tu odniesienie argumentacja prawna przedstawiona na wstępie rozpoznania tego zarzutu. Nadal Odwołujący odnosi się do kosztów wykonania sygnalizatorów świetlnych, które, jak wskazuje, zostały przez COLAS uwzględnione

w pozycji 2.1. takie stanowisko Odwołującego jednoznacznie potwierdza, że merytorycznie treść oferty zgodna jest z wymaganiami Zamawiającego.

Co do wyjaśnienia podstawy ujęcia kosztów sygnalizatorów świetlnych w pozycji 2.1 RCO Izba uznała stanowisko COLAS za zasadne.

Wymaga odnotowania, zgodnie ze wskazaniem COLAS, że w odpowiedzi na pytanie nr 33

z dnia 8 września 2023 r. w brzmieniu *”Czy semafor okręgu „TrW2” na stacji Toruń Wschodni mające współpracować z nową blokadą komputerową do Papowa Toruńskiego są semaforami świetlnymi?”* Zamawiający udzielił odpowiedzi pozytywnej.

COLAS wskazał, z odwołaniem do PFU dla pozycji 2.1 oraz ww. odpowiedzi na pytanie nr 33, że w semaforów świetlnych muszą współpracować z blokadą liniową. COLAS wyjaśnił również, że zgodnie z dokumentacją przetargową nie wskazano pozycji, w której należy ująć wymianę sygnalizatorów świetlnych (m. in. semaforów świetlnych). COLAS mając świadomość, że należy je wymienić ujął je tam, gdzie Zamawiający wskazał współpracę semaforów

z blokadą komputerową. COLAS wskazał również na art. 48 ust 5 Wytycznych technicznych PKP PLK S.A. budowy urządzeń sterowania ruchem kolejowym le-4 (WTB-E10) blokada liniowa (2.1. kosztorysu) stanowi urządzenie, które dla prawidłowej eksploatacji wymaga połączenia z semaforem.

Powyższe potwierdza, że w każdym z wyżej wymienionych przypadków merytorycznie zakres przedmiotu zamówienia odpowiada wymaganiom Zamawiającego, co oznacza,

że nie ma mowy o niezgodności merytorycznej świadczenia, a w konsekwencji

o niezgodności oferty z warunkami zamówienia.

W zakresie zarzutu 4 odnoszącego się do zaniechania odrzucenia oferty mimo,

że *„została ona złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji polegającego*

na manipulacji cenami jednostkowymi, tj. w szczególności polegającego na znacznym zaniżeniu ceny za niektóre spośród asortymentów robót koniecznych do wykonania”

Odwołujący poza twierdzeniem, że COLAS dokonał manipulacji kosztami wykonania pozycji 2.2 – 2.5 RCO i wskazania cen dla tych pozycji nie przedstawia żadnej argumentacji uzasadniającej to, że do manipulacji cenami doszło. Samo odniesienie się do cen zawartych w innych ofertach nie stanowi wystarczającego argumentu uzasadniającego fakt, że dany wykonawca dokonuje manipulacji cenowej w złożonej ofercie. Co więcej, Odwołujący nie wyjaśnił na czym miałyby polegać zagrożenie interesu Odwołującego w przypadku manipulacji polegającej na

ujmowaniu cen w różnych pozycjach, w przypadku, gdy w tym postępowaniu cena oferty jest ceną ryczałtową a jedynym kryterium oceny ofert jest „kryterium ceny”.

Izba podkreśla, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie jest dowolnym, nieskodyfikowanym, luźnym postępowaniem, stanowi ono szczególną formę prowadzącą do zawarcia umowy w sprawie realizacji danego zamówienia, kreowane jest przez obowiązujące przepisy prawa dla tej dyscypliny i zobowiązuje tymi przepisami wszystkich uczestników tego systemu – obowiązujące regulacje prawne są bardzo szczegółowe i nakładają na podmioty starające się o udzielenie zamówienia publicznego sztywną regulację postępowania, w zamian natomiast pozwalającą zawrzeć kontrakt

z podmiotem publicznym, czyli podmiotem istniejącym i gwarantującym wypłatę środków finansowych. Izba zaznacza, że choć samo postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie powinno być formalizmem samym w sobie, a jego głównym zadaniem

jest doprowadzenie do zawarcia umowy – to odstąpienie od formalizmu nie może być utożsamiane z modyfikacją reguł postępowania określonych ustawą.

Koszty:

Izba oddaliła odwołanie sygn. akt KIO 3800/23 i KIO 3809/23.

Zgodnie z art. 557 ustawy z 2019 r., w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.

Izba nie uwzględniła wniosku kosztowego Zamawiającego, bowiem do zamknięcia rozprawy nie złożył do akt sprawy rachunku/faktury, spisu kosztów, które staniałyby podstawę zasądzenia kosztów (§ 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557 ustawy

z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 oraz § 8 ust. 2, § 11 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), stosownie do wyniku postępowania.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji wyroku.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....