

WYROK
z dnia 21 września 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Chudzik

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 września 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 września 2023 r. przez wykonawcę **Strabag Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie**,

w postępowaniu prowadzonym przez **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie**,

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **INFRAKOL Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Jaworze**, **LWZ Sp. z o.o. z siedzibą w Żórawinie** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie;

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Strabag Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Warszawie**.

Przewodniczący:.....

Uzasadnienie

Zamawiający – PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia pn. *Zaprojektowanie i wykonanie robót w ramach projektu pn.: „Rewitalizacja odcinka Legnica – Złotoryja – Jerzmanice-Zdrój w celu włączenia Złotoryi oraz powiatu złotoryjskiego do sieci regionalnego wojewódzkiego transportu kolejowego” finansowanego z Programu Uzupelniania Lokalnej i Regionalnej Infrastruktury Kolejowej – Kolej + do 2029 roku*. Wartość zamówienia jest większa niż progi unijne. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2023/S 068-203193.

W dniu 4 września 2023 r. wykonawca Strabag Sp. z o.o. wniósł odwołanie wobec zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum: INFRAKOL Sp. z o.o. Sp. k., LWZ Sp. z o.o. oraz wyboru oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejszej. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

1) art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum INFRAKOL, mimo że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia,

ewentualnie w razie nieuwzględnienia zarzutu wskazanego w pkt 1:

2) art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 5 i ust. 6 ustawy Pzp, przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum

INFRAKOL, mimo że Konsorcjum nie wykazało w złożonych wyjaśnieniach, że istotna część składowa oferty, tj. pozycja RCO 2.1.T.3 Wzmocnienie podtorza nie zawiera rażąco niskiej ceny,

3)art. 224 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum INFRAKOL do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów dotyczących wyliczenia istotnej części składowej ceny, tj. pozycji RCO nr 2.1.K.1 Kolizje z sieciami zewnętrznymi,

ewentualnie w razie nieuwzględnienia zarzutu wskazanego w pkt 3:

4)art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 oraz art. 224 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum INFRAKOL, mimo że oferta tego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę w zakresie jej istotnej części składowej, tj. pozycji RCO nr 2.1.K.1.Kolizje z sieciami zewnętrznymi,

5)art. 239 ust. 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 oraz art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum INFRAKOL,

6)art. 16 pkt 1, 2 i 3 i art. 17 ust. 2 ustawy Pzp, poprzez ich niezastosowanie.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, odrzucenia oferty Konsorcjum INFRAKOL oraz powtórzenia oceny ofert i dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego, ewentualnie wezwania Konsorcjum INFRAKOL do złożenia wyjaśnień w celu wyjaśnienia, czy istotna część oferty w zakresie poz. RCO nr 2.1.K.1 Kolizje z sieciami zewnętrznymi nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Zarzut nr 1

Odwołujący wskazał, że pismem z 12 lipca 2023 r. Zamawiający wezwał Konsorcjum INFRAKOL do wyjaśnień istotnych części składowych ceny m. in. w zakresie. pozycji RCO 2.1.T.3 Wzmocnienie podtorza. Z udzielonych odpowiedzi wynika, że złożona przez Konsorcjum oferta jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Odwołujący przedstawił wymagania SWZ dotyczące sposobu obliczenia ceny, wskazując, że cena ofertowa musi uwzględniać wszystkie wymagania oraz czynności i badania składające się na ich wykonanie, określone w Programie Funkcjonalno-Użytkowym, w tym roboty tymczasowe i prace towarzyszące konieczne dla wykonania tych robót. Ponadto wykonawcy mieli obowiązek dołączyć do oferty wypełnione Rozbicie Ceny Ofertowej („RCO”). Wykonawca zobowiązany został wycenić wszystkie pozycje Rozbicia Ceny Ofertowej, gdzie zarówno ceny jednostkowe, jak i cena za daną pozycję jest podana z matematycznym zaokrągleniem do dwóch miejsc po przecinku i jest różna od zera. Zamawiający wymagał też, aby każda pozycja RCO została wyceniona zgodnie z zakresem w niej opisanym. Zamawiający nie dopuścił wliczania kosztów wykonania jakiegokolwiek pozycji RCO w inną pozycję RCO.

Odwołujący powołał się na punkt 3.7.2 PFU, zgodnie z którym:*Zakres robót w podtorzu zgodnie z zalecaniami zawartymi w opracowaniu Raport z badań geotechnicznych dotyczącego wstępnej oceny warunków gruntowo – wodnych linii kolejowej nr 284 na szlaku Legnica – Złotoryja – Jerzmanice Zdrój od km 1+000 do km 23+400 – tor nr 1* Ponadto wskazał, że Zamawiający w punkcie 3.7.2 PFU wskazał, że roboty w podtorzu należy przeprowadzić w zakresie umożliwiającym spełnienie wymagań określonych w regulacji wewnętrznej Id-3 „Warunki techniczne utrzymania podtorza kolejowego”.

Odwołujący wskazał, że zgodnie ze złożonymi przez Konsorcjum wyjaśnieniami pozycja RCO 2.1.T.3 Wzmocnienie podtorza skalkulowana została na podstawie kalkulacji własnej Partnera Konsorcjum oraz raportu geologicznego GEOFUTURE Geolog B.W. (zał. 1-3 wyjaśnień). Zdaniem Odwołującego, dokonując kalkulacji kosztu wzmocnienia podtorza na podstawie własnych badań, Konsorcjum sporządziło ofertę niezgodnie z warunkami określonymi w PFU. Odwołujący podniósł, że podstawą kalkulacji oferty i ustalenia zakresu robót w podtorzu stanowić miał Załącznik nr 8 Raport z badań geotechnicznych. Dokument ten nie tylko określił treść zobowiązania stanowiącego przedmiot zamówienia, ale miał zagwarantować porównywalność ofert złożonych w postępowaniu. Postanowienia dokumentów zamówienia postępowania określające warunki zamówienia nie dopuszczają dowolności w zakresie oferowania przez wykonawców innego przedmiotu niż określił to Zamawiający.

Odwołujący podniósł, że nawet gdyby przyjąć możliwość kalkulacji wzmocnień podtorza w oparciu o własne opracowania geotechniczne, czego nie dopuszczają dokumenty zamówienia, to raport własny Konsorcjum INFRAKOL jest błędny. W raporcie tym zostało wskazane: *Wykonawca przed złożeniem oferty dokonał badań nośności w wybranych lokalizacjach*. Wskazuje na to również szerszy niż w dokumentacji SWZ kilometraż analizowanego odcinka. Dokumentacja SWZ Załącznik nr 8 do PFU obejmuje odcinek toru nr 1 od km 1+000 do km 23+400, a Raport geologiczny Konsorcjum dotyczy odcinka toru (bez wskazania jego numeracji) od km 0+000 do km 24+400. Obejmuje więc teren niebadany przez Zamawiającego, spoza zakresu określonego w załączniku nr 8 do PFU. W raporcie Konsorcjum nie

podano liczby ani rodzaju badań nośności podtorza, ani ich wyników, na podstawie których dokonano oceny potrzeby wzmocnienia podtorza. Nie ma więc możliwości potwierdzenia poprawności ich wykonania w zakresie ilości, rozmieszczenia oraz rodzaju wykonanych badań.

Odwołujący wskazał, że zapisy Warunków technicznych utrzymania podtorza kolejowego Id-3; § 46 „Rozpoznanie stanu podłoża podkładów” pkt 1 wymagają aby:

- ilość badań podłoża wynosiła minimum $24\ 787 / 300 = 83$ szt. (Tablica 7 „Minimalne liczby badań podłoża podkładów” – Długość rozpatrywanego odcinka linii (stacji) w metrach podzielona przez 300)
- na szlakach badania wykonane były na przemian po obu stronach torowiska, natomiast na stacjach punkty rozmieszcza się w szachownicę lub grupuje w wybranych przekrojach poprzecznych
- liczbę badań zwiększa się w przypadku odkształceń podtorza, skomplikowanych warunków gruntowo-wodnych lub występowania warstw gruntów bardzo ściśliwych albo mało-nośnych
- liczbę badań można zmniejszyć po stwierdzeniu jednorodności podłoża w badaniach wstępnych albo innymi metodami (np. na podstawie materiałów archiwalnych, sondowań, badań georadarem)

Zdaniem Odwołującego Konsorcjum INFRAKOL nie określiło ilości i rozmieszczenia wykonanych badań, tymczasem § 46 pkt 2 Id 3 stanowi, iż wyniki badań geotechnicznych powinny odnosić się do: określonego toru, określonych przekrojów poprzecznych (zasadniczo wszystkie badania należy wykonać w pełnych hektometrach w odległości co najmniej 5 m od fundamentów, słupów i innych przeszkód w torze), strefy obciążeń eksploatacyjnych od podkładów. Konsorcjum nie określiło lokalizacji wykonanych badań.

Ponadto Odwołujący podniósł, że zgodnie z § 46 pkt 3 zakres badań powinien obejmować co najmniej określenie:

- grubości warstwy podsypki po podkładach, rodzaju jej materiału i zanieczyszczenia,
- charakterystyki gruntów poszczególnych warstw podtorza o głębokości 2,0 – 2,5 m
- mierzonej od główki szyny, w tym: rodzaju gruntów (nazwa, symbol), grubości warstw gruntów, stanów gruntów (stopni lub stanów plastyczności gruntów spoistych oraz stopni lub stanów zagęszczenia gruntów niespoistych),
- uziarnienia gruntu bezpośrednio pod przyzmą projektowanej podsypki (pełna krzywa uziarnienia gruntu lub też charakterystyczne średnice ziarend85, d60, d30, d15 oraz zawartości cząstek mniejszych,
- poziomów wód względem główki szyny.

Konsorcjum nie przedstawiło wszystkich tych parametrów.

Odwołujący wskazał, że § 46 pkt 4 stanowi, iż cechy wytrzymałościowe podtorza (nośność) i gruntów określa się:

- metodami wzorcowymi (bezpośrednimi), tzn. poprzez pomiary modułów odkształcenie torowiska oraz wytrzymałości gruntów na ścinanie,
- metodami wskaźnikowymi (pośrednimi), tzn. poprzez szacowanie wytrzymałości na ścinanie i modułów odkształceń gruntów na podstawie pomiarów CBR, a następnie określenie ekwiwalentnego modułu torowiska przy użyciu nomogramu DORNII.

Odwołujący podniósł, że Konsorcjum INFRAKOL nigdzie nie określiło rodzaju przeprowadzonych badań.

Ponadto Odwołujący podkreślił, że linia 284 jest linią czynną dla ruchu kolejowego. Na etapie sporządzenia oferty dostęp do niej jest utrudniony i ograniczony przepisami i regulaminami PKP PLK SA. W ocenie Odwołującego jest mało prawdopodobne, że ww. badania zostały wykonane lub że zostały wykonane zgodnie z regulacjami Zamawiającego. A zatem kalkulacja własna Konsorcjum INFRAKOL dokonana na podstawie raportu geologicznego, którego założenia nie mogą zostać zweryfikowane zgodnie z wymogami regulacji Id-3 „Warunki techniczne utrzymania podtorza kolejowego”, musi zostać uznana za niezgodną z warunkami zamówienia.

Odwołujący podniósł, że udzielona przez Zamawiającego odpowiedź na pytanie nr 166 jednoznacznie potwierdza, że Załącznik nr 8 do PFU wskazuje odcinki słabe, dla których należy zaprojektować i wykonać wzmocnienia, podając propozycje dotyczące technologii, a zatem ilość/długość odcinków wymagających wzmocnienia przyjęta do kalkulacji powinna być zgodna z ilością wynikającą z Raportu. Tymczasem Raport geologiczny Konsorcjum INFRAKOL stanowiący podstawę wyceny oferty wyraźnie wskazuje lokalizacje, w których niezgodnie z załącznikiem nr 8 do PFU zrezygnowano ze wzmocnień. Odwołujący przedstawił zestawienie lokalizacji, w których zrezygnowano ze wzmocnień:

Lp.	km	długość odcinka [km]	Proponowane wzmocnienie podtorza wg SWZ (Załącznik nr 8 do PFU Tabela nr 4 - charakterystyka podtorza z wyszczególnieniem miejsc wątpliwych i słabonośnych)	Proponowane wzmocnienie podtorza Infrakol
1	4,200	0,200	Od km 4+100 do km 4+700 km Rekomenduje się wyprofilowanie i dogęszczenie istniejącej warstwy ochronnej oraz zabudowę nowego pokrycia ochronnego z niesortu 0/31,5 mm na całej szerokości torowiska o grubości wynikającej z rozwiązań projektowych.	brak
2	4,400	0,200		brak
3	4,600	0,200		brak
4	6,000	0,200	Od km 5+500 do km 7+500 km Rekomenduje się wyprofilowanie i dogęszczenie istniejącej warstwy ochronnej oraz zabudowę nowego pokrycia ochronnego z niesortu 0/31,5 mm na całej szerokości torowiska o grubości wynikającej z rozwiązań projektowych.	brak
5	6,200	0,200		brak
6	6,400	0,200		brak
7	6,600	0,200		brak
8	6,800	0,200		brak
9	7,000	0,200		brak
10	7,200	0,200		brak
11	7,400	0,200	brak	
12	8,000	0,200	Od km 7+900 do km 8+500 km Rekomenduje się wyprofilowanie i dogęszczenie istniejącej warstwy ochronnej oraz zabudowę nowego pokrycia ochronnego z niesortu 0/31,5 mm na geosiatce trójosiowej na całej szerokości torowiska o grubości wynikającej z rozwiązań projektowych.	brak
13	8,200	0,200		brak
14	8,400	0,200		brak
15	9,400	0,200	Od km 9+300 do km 11+100 Rekomenduje się zabudowanie warstwy ochronnej oraz wyprofilowanie i dogęszczenie istniejącej warstwy ochronnej.	brak
16	9,600	0,200		brak
17	9,800	0,200		brak
18	10,000	0,200		brak
19	10,400	0,200		brak
20	10,600	0,200		brak
21	10,800	0,200		brak
22	11,000	0,200		brak
23	11,200			brak
24	11,600	0,200	Od km 11+100 do km 12+100 Rekomenduje się wykorzystanie istniejącej warstwy ochronnej do doziarnienia niżej ległych gruntów i wykonanie stabilizacji chemicznej na całej szerokości torowiska do głębokości nie mniejszej niż 0,4m głębokości oraz zabudowę nowego pokrycia ochronnego z niesortu 0/31,5 mm na geosiatce trójosiowej.	brak
25	11,800			brak
26	12,400	0,200	Od km 12+300 do km 14+700 Rekomenduje się zabudowanie warstwy ochronnej oraz wyprofilowanie i dogęszczenie istniejącej warstwy ochronnej.	brak
27	12,600	0,200		brak
28	12,800			brak
29	13,200	0,200		brak

30	13,400	0,200		brak
31	13,600	0,200		brak
32	13,800	0,200		brak
33	14,000	0,200		brak
34	14,200	0,200		brak
35	14,400	0,200		brak
36	14,600			brak
37	16,800	0,200	Od km 16+300 do km 17+100 Rekomenduje się wykonanie stabilizacji chemicznej (nie mniej niż 4% spoiwa) na całej szerokości torowiska do głębokości nie mniejszej niż 0,5m głębokości oraz zabudowę nowego pokrycia ochronnego z niesortu 0/31,5 mm na geowókninie na całej szerokości torowiska o grubości wynikającej z rozwiązań projektowych.	brak
38	17,000	0,200		brak
39	17,200	0,200	Od km 17+100 do km 17+900 Rekomenduje się zabudowanie warstwy ochronnej oraz wyprofilowanie i dogęszczenie istniejącej warstwy ochronnej.	brak
40	17,400	0,200		brak
41	17,600	0,200		brak
42	17,800	0,200		brak
43	18,000	0,200	Od km 17+900 do km 18+500 Rekomenduje się wykorzystanie istniejącej warstwy ochronnej do doziarnienia niżej leżących gruntów i wykonanie stabilizacji chemicznej (nie mniej niż 4% spoiwa) na całej szerokości torowiska do głębokości nie mniejszej niż 0,4m głębokości oraz zabudowę nowego pokrycia ochronnego z niesortu 0/31,5 mm na geowókninie	brak
44	18,200	0,200		brak
45	18,400	0,200		brak
46	18,600			brak
47	19,600	0,200		brak
48	19,800	0,200		brak
49	20,000	0,200	Od km 19+500 do km 20+700 Rekomenduje się zabudowanie warstwy ochronnej oraz wyprofilowanie i dogęszczenie istniejącej warstwy ochronnej na geosiatce trójosiowej.	brak
50	20,200			brak
		8,000		

Zarzut nr 2

Odwołujący podniósł, że z porównania dokumentacji SWZ oraz treści złożonych przez Konsorcjum INFRAKOL wynika, że w ofercie Konsorcjum nie wyceniło, a tym samym nie ujęło w swojej ofercie wzmocnień podtorza na wskazanych odcinkach odcinka o łącznej długości około 8,00 km torów. Raport geologiczny, na podstawie którego Konsorcjum dokonało kalkulacji pozycji RCO 2.1.T.3 Wzmocnienie podtorza, nie mógł stanowić podstawy kalkulacji oferty. Obowiązującym dla wykonawców był Załącznik nr 8, a raport własny Konsorcjum zawiera szereg wskazanych wyżej błędów.

Z ostrożności Odwołujący podniósł, że oferta Konsorcjum INFRAKOL w zakresie jej istotnego elementu, tj. robót ujętych w pozycji RCO 2.1.T.3 zawiera rażąco niską cenę, tj. 2 820 000,00 zł netto, co stanowi zaledwie 30,75% średniej ceny dla tego zakresu robót (średnia cen wynosi 9 171 655,05 zł netto). Tym samym ofertę Konsorcjum należy uznać za naruszającą zasady konkurencji.

Zdaniem Odwołującego Konsorcjum nie udzieliło szczegółowych wyjaśnień dotyczących wyceny pozycji RCO 2.1.T.3 Wzmocnienie podtorza, nie złożyło dowodów w zakresie wyliczenia ceny za realizację zamówienia, ponadto dokonało wyceny niezgodnie z postanowieniami PFU i odpowiedzią Zamawiającego na pytanie nr 166, z czym nie wykazało, że złożona oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu.

Zarzut nr 3 i 4

Odwołujący podniósł, że oferta Konsorcjum INFRAKOL zawiera rażąco niską cenę również w zakresie jej istotnej części składowej, tj. kolizji z sieciami zewnętrznymi. W tym zakresie Zamawiający w sposób nieuprawniony zaniechał czynności wezwania Konsorcjum do złożenia wyjaśnień.

Odwołujący wskazał, że Konsorcjum INFRAKOL wyceniło pozycję RCO nr 2.1.K.1 Kolizje z sieciami zewnętrznymi w sposób rażąco niski, odbiegający od ceny zaoferowanej przez pozostałych wykonawców. Średnia cen złożonych ofert wynosi 4 924 800,50 zł netto. Cena zaoferowana przez Konsorcjum to 1 050 000,00 zł netto, co stanowi zaledwie 21,32% średniej ceny dla tego zakresu robót.

Odwołujący powołał się na przepis art. 224 ust. 1 i 2 ustawy Pzp i podniósł, że zaistniały obligatoryjne przesłanki wszczęcia procedury wyjaśniającej. Wskazał, że zgodnie z odpowiedzią Zamawiającego na pytanie nr 35 wykonawcy zobowiązani byli do skalkulowania w pozycji RCO 2.1.K.1 koszty przebudowy LPN (pytanie 35). Przedstawiona przez Konsorcjum cena dla powyższej części składowej jest rażąco niska. W pozycji tej należało uwzględnić koszty robocizny, materiału oraz sprzętu na przebudowę/ usunięcie kolizji LPN (PFU pkt 3 oraz odpowiedzi Zamawiającego na pytania 232, 231). W związku z koniecznością przebudowy sieci trakcyjnej i wymiany konstrukcji wsporczych na nowe (3.7.9.1 Opis prac dotyczących sieci trakcyjnej) nie będzie możliwe wykorzystanie materiału starożytecznego w zakresie LPN. Nowoprojektowane konstrukcje zgodnie z PFU (pkt 3.7.9.4. Konstrukcje wsporcze) to konstrukcje strunobetonowe typu ETG lub dwuteownikowe. Istniejące podwieszenia LPN typu poprzecznik przelotowy osiowo będą mogły zostać zastosowane z uwagi na to, że na nowo projektowanej sieci trakcyjnej należy wykonać uszynienie grupowe (PFU 3.7.9.6.Ochrona przed porażeniem prądem elektrycznym). Podwieszenia uszynienia grupowego będą kolidować z istniejącymi podwieszeniami LPN. Dodatkowo przewodów AFL nie można przewiesić ze starych konstrukcji na nowe ze względu na inny rozstaw konstrukcji wsporczych, gdyż zgodnie z PFU pkt 3.7.9.2. wymagania dla urządzeń sieci trakcyjnej zmieniony zostaje typ sieci, co z kolei wymusza zmianę rozstawu konstrukcji wsporczych. W związku z tym zgodnie z technologią wykonania robót przewidzianą w PFU (3.7.9.6) konieczne będzie stosowanie nowych elementów, między innymi: poprzecznik przelotowy boczny, izolatory liniowe oraz przewody AFL. Zdaniem Odwołującego Konsorcjum INFRAKOL w przedmiotowej pozycji RCO uwzględniło jedynie starożyteczne materiały. Kalkulację dokonana przez Konsorcjum jest więc nieprawidłowa i oscyluje poniżej kosztu zakupu materiału. Odwołujący przedstawił własne zestawienie kosztów materiału niezbędnego do wykonania tego zakresu, powołując się na ofertę InvoIt Sp. z o.o. Sp.k oraz cennik Fabryki Urządzeń Kolejowych Sp. z o.o. z 05.04.2023 r. Wskazał, że same koszty materiałów to 1 420 911,66 zł, zatem dokonana przez Konsorcjum INFRAKOL wycena tego zakresu robót na kwotę 1 050 000 zł jest nierynkowa.

Ponadto Odwołujący wskazał, że zgodnie z odpowiedzią Zamawiającego na pytanie nr 37 wykonawca zobowiązany jest uwzględnić wszystkie koszty dodatkowe związane z przebudową LPN. Zgodnie z odpowiedziami na pytania nr 231 i 232 wykonawca zobowiązany był uwzględnić również koszty robocizny, materiału i sprzętu na podstawie SEKOCENBUD II kwartał 2023.

Zdaniem Odwołującego koszty przebudowy LPN są istotnymi częściami składowymi ceny, która winna zostać ujęta w pozycji RCO.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego skutecznie przystąpiło Konsorcjum INFRAKOL Sp. z o.o. Sp.k., LWZ Sp. z o.o. Izba stwierdziła, że ww. Konsorcjum zgłosiło przystąpienie do postępowania w ustawowym terminie, wykazując interes w rozstrzygnięciu odwołania na Zamawiającego. Nie zasługiwał na uwzględnienie wniosek Odwołującego o uznanie przystąpienia za nieskuteczne, z uwagi na nieprawidłowe umocowanie osoby, która podpisała przystąpienie. Odwołujący podniósł, że radca prawny A.S. została umocowana wyłącznie do reprezentowania

INFRAKOL Sp. z o.o. Sp. k., a nie Konsorcjum. Wniosek Odwołującego nie ma oparcia w przedstawionych z przystąpieniem dokumentach. Do przystąpienia załączono pełnomocnictwo udzielone przez LWZ Sp. z o.o. dla INFRAKOL Sp. z o.o. Sp.k. do reprezentowania Konsorcjum oraz pełnomocnictwo udzielone radcy prawnemu A.S. przez INFRAKOL Sp. z o.o. Sp. k. W treści drugiego z tych pełnomocnictw jednoznacznie wskazano, że zostało ono udzielone w imieniu Konsorcjum INFRAKOL-LWZ i obejmuje umocowanie do reprezentowania INFRAKOL jako lidera Konsorcjum INFRAKOL-LWZ, nie zaś spółki INFRAKOL samodzielnie. Nie ma zatem podstaw do twierdzenia, że radca prawny A.S. została umocowana do reprezentowania wyłącznie spółki INFRAKOL, a nie Konsorcjum, którego ta spółka jest liderem.

Zarzuty nr 1 i 2

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

W punkcie 2.2.2.3 PFU (Podtorze) Zamawiający wskazał, że udostępniła:

- Raport z badań geotechnicznych dotyczący wstępnej oceny warunków gruntowo – wodnych linii kolejowej nr 284 na szlaku Legnica – Złotoryja – Jerzmanice Zdrój od km 1+000 do km 23+400 – tor nr 1 (Załącznik nr 8 do niniejszego PFU).
- Sprawozdanie z badania składu ziarnowego tłuczniwa kamiennego (Załącznik nr 9 do niniejszego PFU).

Punkt 3.7.2 PFU stanowi:

Zakres robót w podtorzu zgodnie zaleceniami zawartymi w opracowaniu: Raport z badań geotechnicznych dotyczący wstępnej oceny warunków gruntowo – wodnych linii kolejowej nr 284 na szlaku Legnica – Złotoryja – Jerzmanice Zdrój od km 1+000 do km 23+400 – tor nr 1. Technologię wzmocnienia podtorza należy zaprojektować na podstawie ww. Raportu (Załącznik nr 8 do PFU).

Zamawiający udzielił następujących wyjaśnień do treści SWZ:

Pytanie nr 166:

Zgodnie z PFU pkt 3.7.2 należy wykonać „Zakres robót w podtorzu zgodnie zaleceniami zawartymi w opracowaniu: Raport z badań geotechnicznych dotyczący wstępnej oceny warunków gruntowo-wodnych linii kolejowej nr 284 na szlaku Legnica-Złotoryja-Jerzmanice Zdrój od km 1+000 do km 23+400 — tor nr 1 Technologię wzmocnienia podtorza należy zaprojektować na podstawie ww. Raportu (Załącznik nr B do PFU). Zgodnie z PFU pkt 3.2.2 w tabelarycznym zestawieniu zawarte zostały rekomendacje dotyczące wzmocnienia i precyzyjne wskazano „proponowane wzmocnienie podtorza”.

W związku z tym Wykonawca zwraca się z prośbą o potwierdzenie, czy założenia z Raportu z badań geotechnicznych dotyczących wstępnej oceny warunków gruntowo wodnych linii kolejowej nr 284 na szlaku Legnica-Złotoryja-Jerzmanice Zdrój od km 1+000 do km 23+400 tor nr 1 są w pełni wiążące (konieczne do zastosowania), czy też zakres wzmocnień może odbiegać od rozwiązań przyjętych w ww. „Raporcie”?

Odpowiedź:

W „Raporcie z badań geotechnicznych...” wskazano odcinki słabe, dla których należy zaprojektować i wykonać wzmocnienia podając jedynie propozycje dotyczące technologii.

Projekt będzie wykonywany w formule „Projektuj i buduj”, Wykonawca w oparciu o udostępnione badanie przez Zamawiającego oraz uzupełnione zgodnie z rozdziałem 3.2.2. zaprojektuje i wykona wzmocnienie podtorza zgodnie z wytycznymi instrukcjami Zamawiającego, zapewniając parametry linii zgodne z PFU.

Pismem z 12 lipca 2023 r. Zamawiający wezwał Przystępującego, na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, do udzielenia wyjaśnień istotnej części składowej ceny – w zakresie niżej wymienionych pozycji RCO, tj.:

- 1) 2.1.T.3 Wzmocnienie podtorza,
- 2) 2.1.W.1 Wykonanie rowów otwartych umocnionych korytkami płytkimi oraz skarp rowu ażurami sposobem mechanicznym z załadunkiem urobku i odwiezieniem na odkład oraz z zagospodarowaniem na odkładzie - w tym zagęszczanie i plantowanie,
- 3) 2.1.W.2 Wykonanie drenażu i drenokolektorów PEHD w otulinie z geowłókniny z wyłożeniem wykopu geowłókniną i z zasypką filtracyjną wraz ze studzienkami bet. d1000 -drenokolektor od d200-300 (h=2.0m),
- 4) 2.1.M.1 Remont przepustu,
- 5) 2.1.A.3 Budowa nowych przekąźnikowych urządzeń srk na posterunkach w przeliczeniu na zwrotnicę do (20 zwrotnic) — Złotoryja,

w tym złożenie dowodów w zakresie kalkulacji elementów oferty mających wpływ na wysokość wycenienia ceny ww. pozycji (np. wybrane rozwiązania techniczne, wysokość wynagrodzenia itp.), w celu ustalenia, czy cena ww. pozycji nie uniemożliwia wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego.

Zamawiający wskazał w wezwaniu, że: *wyjaśnienie winno w sposób szczegółowy wskazać wyceniony zakres ww. pozycji w celu wykazania czy zaoferowana cena rzeczywiście uwzględni wszystkie elementy niezbędne do należytego wykonania zamówienia, określone przez Zamawiającego w dokumentach zamówienia realizacji przedmiotowego zakresu.*

Ponadto Zamawiający żąda, aby złożone przez Wykonawcę wyjaśnienia (w oparciu o art. 224 ust.3) dotyczyły co najmniej zakresu określonego w art. 224 ust. 3 pkt 4 i 6, tj.:

- zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2020 poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;

- zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie.

Wyjaśnienie winno wykazać, czy zaoferowana cena rzeczywiście uwzględni wszystkie elementy związane z należytyym wykonaniem zamówienia. Ponadto wyjaśnienie powinno wskazać, czy istnieją konkretne uwarunkowania i obiektywne czynniki, jakie towarzyszyć będą realizacji zamówienia, które wpłynęły na wysokość oferowanej ceny wraz ze wskazaniem opisu tych czynników i skali ich wpływu (zarówno merytorycznego jak i finansowego) na wysokość zaoferowanej ceny. (...)

Przystępujący złożył wyjaśnienia, w których wskazał m.in., że na potwierdzenie, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska przedkłada szczegółową Kalkulację Ceny Ofertowej dla pozycji RCO 2. 1. T.31 21.W.1, 2.1.W.2, 2. IM. 1, 2.1.A.3 oraz w zakresie wzmocnienia podtorza – wycenę wykonaną przez Partnera Konsorcjum LWZ Sp. z o.o. i raport geologiczny.

W raporcie geologicznym wskazano m.in.:

W materiałach przetargowych Zamawiający udostępnił „Raport z badań geotechnicznych” (Załącznik nr 8 do PFU) do którego odwołują się zapisy PFU. W szczególności w rozdziałach 2.2.2.3. Aktualne uwarunkowania wykonania przedmiotu zamówienia – Opis stanu istniejącego - Podtorze, oraz 3.2.2. Zakres robót - Badania - Badania geotechniczne. Ww. rozdziały w sposób jednoznaczny wskazują, że prezentowane przez Zamawiającego opisy dotyczące wzmocnień podtorza są jedynie rekomendacją. (...)

Należy zaznaczyć, że formuła zadania to Projektuj i Buduj zatem to Wykonawca jest odpowiedzialny za przygotowanie projektu wzmocnień podtorza po uszczegółowieniu badań czego jednoznacznie wymaga Zamawiający. Dopiero uzupełnione wyniki badań geologicznych mają być podstawą do wytypowania odcinków do wzmocnień i zaprojektowaniu właściwej technologii wzmocnienia: „Technologię wzmocnienia podtorza należy zaprojektować na podstawie ww. Raportu (Załącznik nr 8 do PFU).” Jedyne zdefiniowane przez Zamawiającego wymagania w zakresie wzmocnień podtorza to zapis o treści: „Roboty w podtorzu należy przeprowadzić w zakresie umożliwiającym spełnienie wymagań określonych w regulacji wewnętrznej Id-3”, Projektowanie wzmocnień podtorza zgodnie z ww. instrukcją bazuje na nośności podtorza, która w przedmiotowym raporcie (Załącznik nr 8 do PFU) nie została przedstawiona,

Wykonawca przed złożeniem oferty dokonał badań nośności w wybranych lokalizacjach co pozwoliło na precyzyjne założenia do oferty w zakresie podtorza.

Na zdecydowanej większości podtorze posiada warstwę ochronną (o grubościach średnio 0,2-0,4m) zbudowaną z przydatnych gruntów tj. Pospółek. W tych lokalizacjach nie zaobserwowano też anomalii związanych z ponadnormatywną grubością podsypki tłuczniowej co mogło by świadczyć o potencjalnych problemach z podtorzem – degradacją podtorza i osiadaniem nawierzchni.

Na odcinkach na których nie występuje warstwa ochronna lub jej grubość jest poniżej 0,2 m, na potrzeby oferty założono wykonanie nowych pokryć ochronnych z kruszywa łamanego (niesortu) 0/31,5mm o maksymalnej grubości 0,2 m układanego na geosiatce. Wykonanie nowego pokrycia ochronnego na geosiatce pozwala na ograniczenie jego grubości. Powyższe wynika z dobrych parametrów geotechnicznych gruntów zalegających w podłożu. W większości są to grunty spoiste w stanie twardoplastycznym, położone powyżej wód gruntowych. Warto zaznaczyć, że w tych gruntach nie zaobserwowano sączeń wód które mogły by pogorszyć ich stan.

Na odcinkach na których istniejąca warstwa ochronna wymaga naprawy, cechuje się niewystarczającą nośnością lub

grubością założono wykonanie wzmocnienia poprzez doziarnienie warstwy ochronnej wraz z wykonaniem stabilizacji mechanicznej. Doziarnienie zostanie wykonane z kruszywa 0/31,5 mm lub gruntów niespoistych (o uziarnieniu od piasków średnich do pospółek). Technologia ta zakłada ponowne zagęszczenie warstwy ochronnej. Procentowy udział doziarnienia będzie zmienny od 10 do maksymalnie 40% w zależności od grubości istniejącej warstwy ochronnej oraz gruntów występujących poniżej.

W tabeli poniżej przedstawiono założenia dotyczące wzmocnienia podtorza.

Lp.	km	warstwa ochronna	podłoże (pod warstwą tłucznia lub warstwą pospółki)	tłuczeń	Wzmocnienie podtorza
1		Po (0,3m)	Nasyp: pospółka (szg)		Doziarnienie 10 - 20%
2	0,200	Po (o,3m)	Nasyp: pospółka (szg)		Doziarnienie 10 - 20%
3	0,400	Po (o,3m)	Nasyp: pospółka (szg)		Doziarnienie 10 - 20%
4	0,600	Po (o,3m)	Nasyp: pospółka (szg)		Doziarnienie 10 - 20%
5	0,800	Po (o,3m)	Nasyp: pospółka (szg)		Doziarnienie 10 - 20%
6	1,000	brak	Nasyp: pospółka (szg)		Niesort + geosiatka
7	1,200	brak	Nasyp: pospółka zagliniona (szg)		Niesort + geosiatka
8	1,400	Po (o,3m)	Nasyp: pospółka zagliniona (szg)		Niesort + geosiatka
9	1,600	Po (o,3m)	Nasyp: pył (p ^l)	0,5	Doziarnienie 30 - 40%
10	1,800	Po (o,2m)	piasek średni (szg)		Doziarnienie 30 - 40%
11	2,000	Po (o,2m)	glina pylasta próchnicza (PI)	0,4	Niesort + geosiatka
12	2,200	Po (o,2m)	Nasyp: glina pylasta (PI)		Niesort + geosiatka
13	2,400	brak	pył (PI)		Niesort + geosiatka
14	2,600	Po (0,1m)	Nasyp: glina pylasta (PI)	0,4	Niesort + geosiatka
15	2,800	Po (o,1m)	Nasyp: pył (PI)		Niesort + geosiatka
16	3,000	Po (0,1m)	Nasyp: pył (PI)	0,6	Niesort + geosiatka
17	3,200	brak	Nasyp: pył (PI)		Niesort + geosiatka
18	3,400	Po (0,2m)	pył próchniczny (PI)		Niesort + geosiatka
19	3,600	brak	Nasyp: piasek średni (szg)		Niesort + geosiatka
20	3,800	Po (o,2m)	pył (tpl)		Niesort + geosiatka
21	4,000	brak	Nasyp: glina pylasta (PI)		Niesort + geosiatka
22	4,200	Po (o,2m)	Nasyp: piasek średni (szg)		
23	4,400	Po (o,2m)	pył piaszczysty (tpl)		
24	4,600	Po (0,2m)	piasek średni (szg)		
25	4,800	brak	Nasyp: pył (PI)		Niesort + geosiatka
26	5,000	brak	piasek średni (szg)		Niesort + geosiatka
27	5,200	Po (0,7m)	pył próchniczny (tpl)		Doziarnienie 30- 40%
28	5,400	Po (0,3m)	Nasyp: pył (PI)	0,7	Doziarnienie 30
29	5,600	Po (0,2m)	pył (tpl)		Doziarnienie 30- 40%
30	5,800	Po (0,2m)	pył (tpl)		Doziarnienie 30-40%
31	6,000	Po (o,2m)	pył (tpl)		
32	6,200	Po (o,2m)	pył (tpl)		
33	6,400	Po (o,2m)	pył piaszczysty (tpl)		
34	6,600	Po (o,2m)	pył piaszczysty (tpl)		
35	6,800	Po (0,2m)	pył piaszczysty (tpl)		
36	7,000	Po (o,3m)	pył piaszczysty (tpl)		
37	7,200	Po (0,2m)	pył piaszczysty (tpl)		
38	7,400	Po (0,2m)	pył (tpl)		
39	7,600	brak	pył (tpl)		Niesort + geosiatka
40	7,800	brak	pył (tpl)	0,3	Niesort + geosiatka
41	8,000	Po (o,2m)	pył (tpl)		
42	8,200	Po (0,2m)	pył (PI)		
43	8,400	Po (osm)	pył (tpl)	0,4	

3. Wnioski i zalecenia

–W odniesieniu do materiałów archiwalnych przedstawionych przez Zamawiającego oraz wyników badań własnych przeprowadzonych przed złożeniem oferty należy założyć wzmocnienie podtorza kruszywem łamanym 0/31,5 mm (niesortem) i geosiatką na długości 9000 m oraz doziarnienie na długości 3800 m

–Na odcinkach na których nie stwierdza się konieczności wykonywania wzmocnień na etapie wykonywania robót należy zweryfikować nośność podtorza (istniejącej warstwy ochronnej). W przypadku braku spełnienia warunku nośności należy istniejącą warstwę ochronną doprowadzić do wymaganych parametrów poprzez doziarnienie (do 10%) i ponowne zagęszczenie.

Zarzuty są niezasadne.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: pkt 5 – jest niezgodna z warunkami zamówienia, pkt 8 – zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W ocenie Izby Zamawiający nie naruszył powyższych przepisów ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego.

Po pierwsze wskazać należy, że podstawa do odrzucenia oferty jako niezgodnej z warunkami zamówienia zachodzi w sytuacji, kiedy zaoferowane świadczenie jest pod względem merytorycznym niezgodne z konkretnymi wymaganiami określonymi przez zamawiającego, co w rozpoznawanej sprawie nie miało miejsca.

Odwołujący podnosił, że niezgodność oferty Przystępującego z SWZ polega na tym, że wzmocnienie podtorza zostało skalkulowane na podstawie własnego raportu geotechnicznego, podczas gdy Zamawiający wymagał, aby technologia wzmocnienia podtorza została zaprojektowana na podstawie raportu z badań geotechnicznych stanowiącego załącznik nr 8 do PFU.

Odnosząc się do powyższych twierdzeń wskazać należy, że żadne postanowienie dokumentów zamówienia nie zabraniało wykonawcom skorzystania przy kalkulowaniu oferty z badań czy opracowań własnych. Ponadto Zamawiający jednoznacznie potwierdził w wyjaśnieniach do SWZ (odpowiedź na pytanie nr 166), że raport stanowiący załącznik nr 8 do PFU określa odcinki słabe, dla których należy zaprojektować i wykonać wzmocnienia, natomiast technologia tych wzmocnień jest jedynie przykładowa. Powyższe oznacza, że wykonawcy mieli możliwość poczynienia własnych założeń co do technologii wzmocnień, co zresztą należy uznać za zrozumiałe, biorąc pod uwagę, że zamówienie będzie realizowane w formule „zaprojektuj i wybuduj”. W tej sytuacji załącznik nr 8 do PFU należy uznać za dokument opisujący aktualne dane terenu robót, będące punktem wyjścia do projektowania, nie zaś za określający niepodlegające weryfikacji wymagania. To bowiem projektant zobowiązany będzie do takiego doboru rozwiązań, które pozwolą osiągnąć wymagane przez Zamawiającego parametry.

Za niezasadne należy uznać stanowisko Odwołującego, który twierdził, że nawet gdyby przyjąć możliwość kalkulacji wzmocnień podtorza w oparciu o własne opracowania geotechniczne, to wskazany przez Przystępującego raport własny jest błędny, gdyż nie spełnia podstawowych wymogów określonych dokumentach zamówienia. Odwołujący sformułował w tym zakresie szereg zastrzeżeń, wskazując na niezgodność raportu Przystępującego w szczególności z Instrukcją Id-3 – warunki techniczne utrzymania podtorza kolejowego. Odnosząc się do tych zarzutów wskazać należy, że raportu geotechnicznego Przystępującego nie można uznać za niezgodny z regulacjami określonymi w dokumentach zamówienia już tylko z tego powodu, że Zamawiający nie nałożył na wykonawców obowiązku jego przygotowania dla celów sporządzenia i wyceny oferty, a tym samym nie określił żadnych wytycznych w tym zakresie. Wymagania, których według Odwołującego raport nie spełnia, dotyczą sposobu wykonania badań, do których będzie zobowiązany wykonawca na etapie realizacji zamówienia.

Ponadto Odwołujący podnosił, że raport geologiczny Przystępującego, stanowiący podstawę wyceny oferty, wyraźnie wskazuje lokalizacje, w których niezgodnie z załącznikiem nr 8 do PFU zrezygnowano ze wzmocnień, podczas gdy Zamawiający wymagał, aby w tych miejscach je przewidzieć i skalkulować. Powyższa teza Odwołującego nie ma żadnego oparcia w treści wyjaśnień i załączonego do nich raportu geotechnicznego. Wbrew twierdzeniom Odwołującego, w dokumentach tych nie wskazano, że Przystępujący nie wykona wzmocnienia podtorza w wymaganym zakresie, nie wynika to ani wprost, ani pośrednio z ich treści. Przeciwnie, biorąc pod uwagę wnioski zawarte w raporcie oraz to, że liczba m³ wzmocnienia koresponduje z kosztorysem złożonym przez Konsorcjum w ramach wyjaśnień dotyczących kalkulacji ceny i przyjętą ilością materiału do wyceny, nie ma wątpliwości, że Przystępujący założył wykonanie wzmocnienia w zakresie wymaganym przez Zamawiającego, tj. na całej długości linii kolejowej objętej zamówieniem. W przedstawionym przez Przystępującego raporcie znajduje się wyraźne stwierdzenie, że należy założyć wzmocnienie podtorza kruszywem łamanym 0/31,5 mm (niesortem) i geosiatką na długości 9000 m oraz doziarnienie na długości 3800 m, a na odcinkach na których nie stwierdza się konieczności wykonywania wzmocnień na etapie wykonywania robót należy zweryfikować nośność podtorza (istniejącej warstwy ochronnej) i w przypadku braku spełnienia warunku nośności należy istniejącą warstwę ochronną doprowadzić do wymaganych parametrów poprzez doziarnienie (do 10%) i ponowne zagęszczenie. Ponadto całkowita ilość kruszywa niezbędna do doziarnienia wszystkich odcinków (15,4 km) wynosi 1.791 m³, Przystępujący natomiast założył w kosztorysie 2.352m³ kruszywa. Wobec powyższego nie ma żadnych podstaw do wniosku, który poczynił Odwołujący, jakoby niewypełnienie niektórych pozycji tabeli oznaczało założenie, że dla tych odcinków nie zostanie wykonane wzmocnienie, a tym samym że oferta jest niezgodna z warunkami zamówienia lub że nie wyceniono całego wymaganego zakresu świadczeń, co miałyby świadczyć o rażąco niskiej części składowej ceny.

Izba stwierdziła również, że nieuprawniona jest teza Odwołującego, jakoby na etapie postępowania odwoławczego doszło do uzupełnienia wyjaśnień dotyczących zaoferowanej przez Przystępującego ceny oraz do ich rozszerzającej wykładni przez Zamawiającego. Wszystkie informacje niezbędne do oceny zakresu i sposobu kalkulacji ceny za wzmocnienie podtorza wynikają z wyjaśnień Przystępującego i załączonych do nich dokumentów, natomiast to Odwołujący próbował interpretować te wyjaśnienia, jak również postanowienia dokumentów zamówienia, w sposób nieuprawniony i niemający oparcia w ich treści.

Odnosząc się do dowodów złożonych przez Odwołującego po pierwsze wskazać należy, że przedstawioną opinię techniczną należy uznać jedynie za argumentację strony. Jest to opinia sporządzona przez pełnomocnika Odwołującego i stanowi wyłącznie jego stanowisko procesowe, obrazujące jego tezy co do sposobu wykonania zamówienia. Podobnie przedstawione obliczenia własne Odwołującego stanowią wyraz jego założeń, których nie ma podstaw traktować jako jedynych właściwych i wiążących dla wszystkich wykonawców.

Zarzuty nr 3 i 4

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zgodnie z punktem 3.7.10.5 PFU wykonawca zobowiązany jest do przebudowy LPN zgodnie z obowiązującymi przepisami w tym zgodnie z zasadami opisanymi w pkt. 3.7.12.2.

Punkt 3.7.12.2. PFU stanowi m.in., że w zakresie usuwania kolizji i zbliżeń z infrastrukturą PKP Energetyka S.A. wynikających z zastosowania przez Wykonawcę technologii robót, niezbędnej dla potrzeb realizacji inwestycji, Wykonawca zobowiązany będzie do usunięcia kolizji zgodnie z warunkami technicznymi usunięcia kolizji, umową o usunięcie kolizji zawartą pomiędzy PKP PLK S.A. i PKP Energetyka S.A. oraz dokumentacją projektową uzgodnioną z PKP Energetyka S.A.

Zgodnie z odpowiedzią Zamawiającego na pytanie nr 35: *Prace związane z LPN należy ująć w pozycji RCO nr 2.1 .K.1 Kolizje z sieciami zewnętrznymi. Konieczność przebudowy LPN wskazano w PFU, punkt. 3.7.10.5. Zamawiający dokonał korekty RCO zmieniając numer pozycji Kolizje z sieciami zewnętrznymi z 2.1.T.13 na 2.1.K.1.*

W odpowiedzi na pytanie nr 171 Zamawiający wskazał, że *LPN ma zostać przeniesiona na wspólne konstrukcje wsporcze nowej sieci trakcyjnej*

Wykonawcy zaoferowali następujące ceny za ww. element przedmiotu zamówienia:

Lp.	Nazwa Oferenta	2.1.K.1 Kolizje z sieciami zewnętrznymi – cena netto
1	Konsorcjum: INFRAKOL Sp. z o.o. Sp. K., LWZ Sp. z o.o.	1 050 000,00
2	Strabag Sp. z o.o.	5 051 344,43
3	Konsorcjum: PORR, Trakcja System Sp. z o.o.	593 055,93
4	Track Tec Construction Sp. z o.o.	4 043 478,00
5	Konsorcjum: SBM Sp. z o.o. Sp.k. TRAKCJA S.A. SBM Sp. z o.o.	5 872 428,80
6	TORPOL S.A.	3 773 020,00
7	Konsorcjum: Zakład Robót Komunikacyjnych - DOM w Poznaniu Sp. z o.o. Intop Warszawa Sp. z o.o. Alusta S.A.	4 533 117,00
8	Dolnośląskie Przedsiębiorstwo Napraw Infrastruktury Komunikacyjnej DOLKOM Sp. z o.o.	5 250 000,00
9	ZJE S.A.	5 697 383,00
10	Konsorcjum: TORHAMMER Sp. z o.o. Sp.k., Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe RAJBUD Sp. z o.o.	13 384 177,86
	CENA ŚREDNIA złożonych ofert	4 924 800,50

Zarzuty są niezasadne.

Zgodnie z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia

ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

W świetle powyższego przepisu dla powstania obowiązku wezwania do wyjaśnień nie jest wystarczające, że jakikolwiek element oferty budzi wątpliwości co do realności wyceny, przepis ten wprost stanowi, że dotyczy to tylko elementów istotnych.

Ustawa nie określa, według jakich kryteriów należy oceniać kwestię istotności elementu składowego ceny. W ocenie Izby należy przyjąć, że istotne są te elementy, których wartościowy udział w przedmiocie zamówienia jest znaczny lub od których – ze względu na ich merytoryczne znaczenie – zależy osiągnięcie zasadniczych celów, dla których zamówienie jest udzielane. Chodzi więc o elementy istotne pod względem wartościowym lub merytorycznym, mogące zaważyć na powodzeniu zamówienia jako całości.

Podkreślenia wymaga, że w postępowaniu odwoławczym ciężar dowodu, że zaistniały określone w art. 224 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki wezwania do wyjaśnień, obciążał – na zasadach ogólnych – Odwołującego. Odwołujący był więc zobowiązany wykazać, że elementy składowe ceny, które kwestionuje, mają charakter istotny oraz że obiektywnie powinny wzbudzić wątpliwości co do ich realności.

W ocenie Izby Odwołujący nie podjął nawet próby wykazania, że zarzut dotyczy istotnego elementu ceny, całkowicie pomijając w odwołaniu kwestię istotności części składowej, której dotyczy zarzut, tak pod względem jej wartościowego udziału w przedmiocie zamówienia, jak i merytorycznego znaczenia dla zamówienia jako całości. Odwołujący ograniczył się do niepopartego żadnym wywodem stwierdzenia, że koszty przebudowy LPN są istotnymi częściami składowymi ceny. Już tylko z tego powodu zarzut należało uznać za niezasadny.

Zauważenia wymaga, że udział tej części składowej w cenie oferty Przystępującego wynosi 0,6%, jest zatem znikomym. Odnosząc się do stanowiska Odwołującego, który podnosił podczas rozprawy, że nie tylko wartość danego elementu przesądza o tym, że jest to element istotny, gdyż istotny jest również aspekt merytoryczny, raz jeszcze podkreślić należy, że ciężar dowodu w tym zakresie spoczywał na Odwołującym, nie jest więc tak, że to Zamawiający powinien wykazać brak istotnego znaczenia merytorycznego tego elementu.

Powyższe jest wystarczające do stwierdzenia, że Odwołujący nie wykazał zasadności zarzutu. Z kolei złożone przez Odwołującego dowody w postaci kosztorysu własnego oraz cennika nie tylko nie potwierdzają istotności kwestionowanej części składowej ceny, ale też nie uzasadniają wątpliwości co do realności wyceny, obrazują one bowiem jedynie założenia Odwołującego co do sposobu kalkulacji ceny.

W tej sytuacji na marginesie jedynie wskazać należy, że Zamawiający, w odpowiedzi na pytanie nr 171 doprecyzował, że *LPN ma zostać przeniesiona na wspólne konstrukcje wsporcze nowej sieci trakcyjnej*. Oznacza to, że w zakresie zamówienia przewidziano przeniesienie LPN. Złożone przez Przystępującego na okoliczność prawidłowej wyceny tego przeniesienia dowody w postaci oferty podwykonawczej oraz oferty handlowej na dostawę poprzeczników, są o tyle zbędne, że ich ocena musiałaby być dokonana przez Zamawiającego, gdyby zaistniały podstawy wezwania do wyjaśnień w tym zakresie. Skoro Odwołujący takich podstaw nie wykazał, zarzut należało uznać za niezasadny, Izba natomiast nie dokonuje w takiej sytuacji oceny realności wyceny.

Odnosząc się do sformułowanego w odwołaniu zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego, mimo że oferta zawiera rażąco niską cenę w zakresie pozycji RCO nr 2.1.K.1. Kolizje z sieciami zewnętrznymi, wskazać należy, że Odwołujący nie przedstawił w tym zakresie uzasadnienia. Niezależnie od tego zarzut należy uznać za oczywiście bezzasadny, nie jest bowiem możliwe odrzucenie oferty z uwagi na rażąco niską cenę bez przeprowadzenia procedury wyjaśniającej. Skoro w rozpoznawanej sprawie Odwołujący nie wykazał istnienia podstaw do skierowania wezwania do wyjaśnień, to nie może skutecznie domagać się odrzucenia oferty Przystępującego.

Wobec niestwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, odwołanie podlegało oddaleniu.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz § 5 pkt 1 i § 8 ust. 2 z 2020 r. poz. 2437), stosownie do wyniku postępowania obciążając kosztami Odwołującego.

Przewodniczący:.....

