

WYROK
z dnia 20 czerwca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **19 czerwca 2017 r.** w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 02 czerwca 2017 r. przez wykonawcę: **Zakład Sieci i Zasilania sp. z o.o., ul. Tyska 8-10, 82-014 Wrocław** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Gdański Zarząd Dróg i Zieleni, ul. Partyzantów 36, 80-245 Gdańsk** działający w imieniu Gminy Miasta Gdańsk, przy udziale wykonawcy: **Przedsiębiorstwo Usługowo Handlowe "RAJBUD" Sp. z o.o., ul. Szymbarskich Zakładników 22, 83-315 Szymbark** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie;
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę: **Zakład Sieci i Zasilania sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **Zakład Sieci i Zasilania sp. z o.o. z Wrocławia**;
 - 2.2. zasądza od wykonawcy: **Zakład Sieci i Zasilania sp. z o.o., z siedzibą we Wrocławiu** na rzecz wykonawcy: **Przedsiębiorstwo Usługowo Handlowe "RAJBUD" Sp. z o.o. z siedzibą w Szymbarku** kwotę 3.870 zł 00 gr [słownie: trzy tysiące osiemset siedemdziesiąt złotych zero gr] tytułem wynagrodzenia pełnomocnika i kosztów dojazdu pełnomocników na posiedzenie i rozprawę. (,)*

3. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy: **Zakład Sieci i Zasilania sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu** kwoty **5.000 zł 00 gr** (słownie: pięć tysięcy złotych zero groszy) tytułem nadpłaconego wpisu*.

*zmiany wprowadzone postanowieniem z dnia 20.06.2017 r., którym: w pkt 2.2. zastąpiono znak interpunkcyjny (.) przecinkiem (,) oraz dodano pkt 3.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Gdańsku**.

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione przez wykonawcę - Zakład Sieci i Zasilania sp. z o.o. z Wrocławia [Odwołujący], w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, w trybie przetargu nieograniczonego którego przedmiotem jest „Utrzymanie infrastruktury torów tramwajowych oraz urządzeń i instalacji elektroenergetyki trakcyjnej tramwajowej na terenie miasta Gdańska” od niezgodnego – zdaniem Odwołującego - z przepisami ustawy prawo zamówień publicznych wyboru jako najkorzystniejszej oferty Przedsiębiorstwa Usługowo Handlowego RAJBUD sp. z o.o., z Szymbarka oraz od zaniechania odrzucenia tej oferty.

Odwołujący podał, że ma interes we wniesieniu odwołania, w rozumieniu art. 179 ust.1 ustawy Pzp i może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów powołanych w odwołaniu, bowiem może stracić realne korzyści finansowe płynące z kontraktu, który jako drugi najlepszy oferent odniósłby skutek zawarcia kontraktu z zamawiającym, który naruszając przepisy, nie odrzucił oferty spółki Rajbud i uznał niezasadnie tę ofertę za najkorzystniejszą.

Odwołujący wskazał na naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp z uwagi na zaniechanie odrzucenia oferty Przedsiębiorstwa Usługowo Handlowego RAJBUD sp. z o.o. [RAJBUD] pomimo, że oferta zawiera rażąco niską cenę i rażąco niskie koszty i w efekcie wybór najkorzystniejszej oferty, która podlega odrzuceniu;
2. art. 89 ust. 2 ustawy Pzp z uwagi na to, że ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia; wyjaśnienia nie wskazują ani jednego czynnika, który uzasadniałby cenę zaoferowaną i przewagę konkurencyjną spółki i w efekcie wybór najkorzystniejszej oferty, która powinna być odrzucona.

Wykonawca wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu: (1) unieważnienie czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Usługowo Handlowe RAJBUD sp. z o.o.;

3

-
- (2) odrzucenie oferty wykonawcy RAJBUD;
 - (3) wybór jako najkorzystniejszej oferty odwołującego się wykonawcy.

Wnoszący odwołanie w uzasadnieniu zarzutów w szczególności podał, że wybrana jako najkorzystniejsza oferta, zawiera rażąco niską cenę i koszty, a złożone przez oferenta wyjaśnienia - nie wyjaśniając niczego i powinny byłyby być ocenione jako wskazujące, że oferta ta zawiera rażąco niską cenę i koszty. Zdaniem Odwołującego, dotyczy to: (1) niemal wszystkich pozycji kalkulacyjnych - odwołujący wskaże tylko niektóre, jednakże na zamawiającym w takim wypadku ciąży dowód wykazania ich rzetelności i tego, iż cena i koszty nie są rażąco niskie oraz (2) wszystkich elementów wyjaśnień spółki Rajbud, a mianowicie:

1. Kalkulacja w załączniku nr 5g do oferty spółki Rajbud:

Wynagrodzenie za regulację przewodu jezdnego w sieci płaskiej obliczone w załączniku nr 5g do oferty jest rażąco niskie, gdyż - po pierwsze - czas przeglądu sieci płaskiej zależy od długości regulowanego odcinka sieci, a Rajbud przyjął, że czas przeglądu odcinka sieci nie zależy od jej długości, co wpływa na obliczenie kosztu. Określił w takiej samej wysokości wynagrodzenie za przegląd odcinków o różnych długościach: 1017m, 281m, 1035m, 1460m, 696m, 673m, 537m, 1780m, 1110m, 1060m, 1000m. W wyjaśnieniach z 8 maja 2017 r. podał, że wynagrodzenie uzależnia od czasu poświęconego na przegląd: wskazał, iż wynagrodzenie skalkulował przyjmując, że 3 osoby przeprowadzą przegląd każdego z odcinków przez 3 godziny, co dawało mu koszt przeglądu w wysokości 480 zł. Zdaniem Odwołującego, to wyjaśnienie potwierdza, że wskazane przez Rajbud wynagrodzenie jest rażąco niskie. Jak wynika bowiem z załącznika 5g do oferty Rajbud czterokrotna regulacja odcinków o długościach: 1017m, 281m, 1035m, 1460m, 696m, 673m, 537m, 1780m, 1110m, 1060m, 1000m zajmuje 3 osobom zawsze 12 godzin, co nie jest możliwe. Wykonawca ten nie wyjaśnił: (1) dlaczego regulacja odcinka o długości 281m zajmuje tyle samo czasu 3 osobom co regulacja odcinków o długości 1017m, 1035m, 1460m, 1780m, 1110m, 1060m i 1000m. Nie wyjaśnił także: (2) dlaczego regulacja odcinków o długości 1017m, 1035m, 1460m, 1780m, 1110m, 1060m i 1000m zajmuje tyle samo czasu 3 osobom co regulacja odcinków o długości 696m, 673m i 537m. Zdaniem Odwołującego, kalkulacja ta musi być wadliwa, gdyż nie da się zasadnie wywieść, iż koszty pracy 3 osób regulujących odcinki o różnych długościach (najkrótszy odcinek ok. 6 razy mieści się w) są zawsze takie same. Ponadto, czas dojazdu do każdego z tych odcinków jest także różny, nie jest zatem możliwe, aby Rajbud spożytkowywał na regulowanie różnych odcinków tak sam czas, i tym samym nie jest możliwe, by koszty regulowania takich odcinków były zawsze takie same. Porównanie oszacowania kosztów i czasu pracy przyjętego przez Rajbud z kosztami i czasem pracy określonym np. w KNR 5-24 0606-01 prowadzi do wniosku, iż zaniechanie przez Rajbud odwołania się w wyjaśnieniach od czasu pracy przy regulacji odcinków o

rożnych długościach ukrywa to, że Rajbud zaniżył wynagrodzenia za te czynności, albowiem: „Wedle KNR 5-24 0606-01 regulacja odcinka 400 metrów sieci płaskiej odbywa się w ciągu 23,66 roboczogodziny, czyli - dla 3 pracujących osób - w ciągu nieco mniej niż godzin 8- (dokładnie: 7.88 godziny). Czas pracy zmienia się więc z długością odcinka. Dowód: KNR 5-24 0606-01 bez pracy sprzętu i narzutów (bez kosztów pośrednich): (tabela z programu kosztorysowego Norma). Wskazał, że „Stosując przeliczenie przyjęte w KNR 5-24 0606-01 uzyskujemy, iż 3 osoby regulować będą odcinek o długości: • 1017 m - przez ok. 20 godzin; • 281 m - przez ok. 5.5godziny; • 1035 m - przez ok. 20 godzin; • 1460 m - przez ok.

537 m - 28. Godzin; • 696 m - przez ok.

13 godzin; • 673 m - przez ok. 13 godzin; •

przez ok. 10 godzin; • 1780 m - przez ok. 35 godzin; • 1110 m - przez ok. 21 godzin; oraz • 1060 m - przez ok. 20 godzin.

W efekcie zamiast skalkulowanych 14 regulacji po 3 godziny - łącznie 42 godziny dostajemy ponad 190 godzin. Nawet, gdyby przyjąć, że wskutek niebywalej sprawności technicznej i wprawy pracowników Rajbud uda się skrócić czas pracy o 50 % tj. do ok. 95 godzin, to i tak czas pracy skalkulowano w ofercie Rajbud na ponad dwukrotnie niższy”. Powoduje to jego zdaniem, rażące zaniżenie ceny skalkulowanej przez Rajbud w części dotyczącej wynagrodzenia pracowników: zatem rzetelne obliczenie wynagrodzeń pracowników regulujących sieć powinno uwzględniać, że 3 osoby wynagradzane po 17 zł za godzinę będą prace te prowadzić przez łącznie 190 godzin, w pracownicy Rajbud przez niezwyklej [rzekomo) sprawności, o połowę szybciej. Stwierdził, że z wyjaśnień złożonych przez Rajbud nie wynika w żaden sposób, dlaczego Rajbud kalkuluje czas potrzebny na regulację odcinka sieci niezależnie od długości tego odcinka, ani dlaczego czas ten jest tak niezwykle krótki. Zarzuca zatem wykonawca, iż skalkulowany koszt wynagrodzenia pracowników za regulację sieci płaskiej jest rażąco zaniżony, a wyjaśnienie złożone przez Rajbud nie wyjaśniają ani dlaczego czas ten tyle miałby wynosić, ani dlaczego dla różnych odcinków miałby wynosić tyle samo. Zdaniem Odwołującego nie jest prawdziwe zapewnienie złożone przez Rajbud w wyjaśnieniach, iż zupełnie niezwyklej sprawność i ogromne doświadczenie personelu Rajbud powoduje, iż może on skrócić czas pracy: nie może tak być, gdy Rajbud - jak wprost wynika z przedstawionego przez tę firmę opisu wykonywanych przez nią zadań - jest firmą torową - nie zajmującą się pracami dotyczącymi sieci płaskiej lub – generalnie - sieci trakcyjnej. Stąd nie ma żadnego dowodu na to, aby pracownicy Rajbud mieli okazję osiągnąć wysoką sprawność w pracach elektrycznych potrzebnych przy wykonaniu zamówienia tego rodzaju - i nic nie świadczy o tym, aby wykazywali się taką wyjątkową sprawnością, która miałaby uzasadniać skrócenie o 75 % czasu ich pracy - co stoi u podstaw zaniżenia ceny przez Rajbud. Podał dalej, że w wyjaśnieniach Rajbud wskazał, iż wynagrodzenie za 1 godzinę pracy samochodu wieżowego przyjmuje w wysokości 47,25 zł. Dla porównania, jako dowód w tej sprawie Odwołujący wskazał na ceny środków transportu przyjęte w Sekocenbud 1

kwartał 2017 r.: „Koszt samochodu wieżowego wraz z kierowcą wynosi na rynku ok. 300 zł netto za godzinę - pomiędzy 250 a 350 zł netto za godzinę”. Dowód: faktura nr 1/11/2015, informacja z 11.12.2012 r. Podkreślił, że cena za skorzystanie z specjalistycznego wozu wieżowego przystosowanego do jazdy po szynach nie może wynosić 47,25 zł netto. Jego zdaniem „Zaniżenie wynagrodzenia za korzystanie z takiego samochodu bierze się zatem z dwóch źródeł: cena podana przez Rajbud jest zaniżona, i czas pracy tych samochodów jest zaniżony. O ile zatem Rajbud łącznie skalkulował, iż samochody - co wynika załącznika nr 5g do oferty Rajbudu - pracować będą 168 godzin. Nawet przyjmując taki czas jako realny (wyżej wskazano, że jest to problematyczne) to koszt samochodów wieżowych wahać się będzie od 42 000 do 58 800 , nie zaś- jak przyjął Rajbud 7,938 zł netto”. Dalej podał, że: „Na stronie 6 wyjaśnień w punkcie 4 Rajbud wskazał, iż dla kalkulacji przyjmuje cenę samochodu - 22,30 zł. netto za godzinę. Najniższe ceny środków transportu Sekocenbud 1 kwartał 2017 dla takiego samochodu to 42 zł netto za godzinę”. Wskazał ponadto, że: „Zaniżenie wynagrodzenia za regulację Sieci płaskiej wpływa także z tego, iż regulacja ta wymaga wymiany zużytych lub uszkodzonych elementów, czego Rajbud nie skalkulował zupełnie”.

2. Załącznik 5k: zaniżony koszt materiałów

Załącznik 5k do oferty Rajbud wskazuje rażąco zaniżone ceny materiałów. Szczególnie

wyraźnie widać to w pozycjach:

Poz. 1. - wymiana styków wyłącznika prądu stałego BWS - cena wedle Rajbud 42 zł. za komplet. Tymczasem cena takiego kompletu styków to 202,86 złotych netto plus 223,50 zł. netto- razem 426,36 zł netto. Dowód: *FV nr 423/2014/FZ*.

Poz. 3. - montaż łącznika szynowego międzytorowego lub między torowego [wiercenie, tulejki wciskane, rury osłonowe, liny stalowe - 4 szt.) - cena tej czynności, w tym 4 nitów, wskazana przez Rajbud wynosi 60 zł. netto. Tymczasem cena, za którą producent nitów sprzedaje te nity dla 4 nitów wynosi 108 zł. Dowód: *faktura VAT nr 254/2015 z 29 lipca 2015r*. Oznacza to, iż cena sama cena materiałów potrzebnych, aby prawidłowo wykonać te usługi przekracza wartość cenę całej usługi, obejmującej przecież nadto także czynności Rajbud.

Poz. 22. - dyżury związane z zapewnienie, gotowości eksploatacyjnej sieci trakcyjnej - cena tej czynności wskazana przez Rajbud wynosi 36,96 zł netto za godzinę. Tymczasem do dyżuru takiego potrzebny jest samochód wieżowy i chociaż jeden pracownik (choć poprawnie potrzebnych jest dwóch minimum]. Wedle cen przyjętych przez Rajbud w załączniku nr 5g godzina pracy pracownika to 17 zł netto, zaś godzina korzystania ze sprzętu - samochodu wieżowego to 47,25 zł netto - łącznie 64,25 zł za godzinę netto. Gdy pracować ma 2 monterów - cena taka wynosiłaby 81,25 zł netto za godzinę. Rajbud zaniża ceny nie tylko wobec ceny rynkowej, ale także wobec własnych kalkulacji.

6

Poz. 34. - wymiana cewki elektromagnesu zwrotnicy produkowanej przez Bombardier - cena tej czynności wskazana przez Rajbud wynosi 150 zł netto. Tymczasem sam koszt owej cewki wg oferty złożonej listem elektronicznej przez Bombardier wynosi 3050 zł netto.

Poz. 35. - wymiana nadajnika lub odbiornika obwodów SOT systemu Bombardier - cena tej czynności wskazana przez Rajbud wynosi 150 zł. netto. Tymczasem sam koszt nadajnika i odbiornika systemu SOT produkowane przez Bombardier wynosi 4500 zł netto. Dowód: *oferta Bombardier M-of/288/16 poz nr 6*.

Poz. 36. - wymiana sterownika B&R zwrotnicy Bombardier- cena tej czynności wskazana przez Rajbud wynosi 300 zł. Tymczasem sam koszt sterownika wg oferty email Bombardier 13.620 zł netto (bez kart i oprogramowania). Dowód: *list elektroniczny z 30 maja 2017 r. nadesłany przez Bombardier*. Dodał, że Bombardier niezwykle niechętnie - jeśli w ogóle - sprzedaje same sterowniki: w istocie sprzedaje szafy systemu bezpieczeństwa za 164.100 zł.

Dowód: *oferta M-of/288/16*.

Poz. 37. - wymiana stycznika SNF - cena tej czynności wskazana przez Rajbud wynosi 150 zł netto. Tymczasem sama cena takiego stycznika to 704,02 zł netto. Dowód: *Faktura zakupu FV135/ŚN/06/2016*.

Poz.38. - wymiana przetwornicy - zasilanie smarowanie, sterowanie ogrzewania, zwrotnica - cena tej czynności wskazana przez Rajbud wynosi 129,00 zł. Cena takiej przetwornicy to 2.510,00 zł lub 3.260,00 zł netto. Podkreślił, że wytwórcą takich przetwornic jest odwołujący - Zakład Sieci i Zasilania sp. z o.o., który jest jednym z dwóch producentów takich przetwornic w kraju. Podkreślił, że Zamawiający znał te ceny, gdyż od odwołującego kupował te przetwornice. Dowód: *zamówienia ZKM Gdańsk z 10.08.2017r. nr 250/TR/ZLEC/R/006/2015*.

3. Załącznik 5e do oferty Rajbud

A. w pozycjach: 1.1. i 1.2., 2.1. i 2.2:

Wynagrodzenie za czynności składające się na przegląd comiesięczny w przeliczeniu na pojedyncze urządzenie jest takie samo, jak wynagrodzenie za czynności składające się na przegląd półroczny w przeliczeniu na poszczególne urządzenie. Rzecz w tym, że przegląd comiesięczny i przegląd półroczny co prawda obejmują te same czynności, lecz przegląd półroczny prócz tych czynności obejmuje jeszcze czynności dodatkowe, których przegląd comiesięczny nie wymaga. Innymi słowy czynności przeglądu comiesięcznego zawierają się w czynnościach przeglądu półrocznego, który zawiera także inne czynności - a oba przeglądy zostały wycenione tak samo. Fakt, że na czynności przeglądu półrocznego składają się czynności przeglądu comiesięcznego oraz inne, dodatkowe czynności wynika wprost z załącznika nr 7/1 do SIWZ. Wynika stąd, że Rajbud nie wycenił i nie skalkulował

7

części prac, których koszty będzie musiał ponieść. Zaniżył w ten sposób rażąco cenę i koszty.

B. w pozycjach 13.1. i 13.2., 17- 1.i 17.2, 18.1. i 18.2, 19.1. i 19.2 – podobnie

Przeglądy roczne mają taką samą cenę w przeliczeniu na poszczególne urządzenie jak czynności przeglądu półrocznego, podczas gdy czynności przeglądu rocznego obejmują wszystkie czynności przeglądu półrocznego, a ponadto także inne, dodatkowe prace. Wynika stąd, że Rajbud nie wycenił i nie skalkulował części prac, których koszty będzie musiał ponieść. Zaniżył w ten sposób rażąco cenę i koszty.

C. W pozycji 9.1.:

Rajbud podaje cenę za przegląd roczny rozdzielnic SN [w obudowie metalowej] wskazując, iż cena takiego przeglądu to 150 zł. netto. Ponieważ jest to niemal wyłącznie cena robocizny należy uznać, iż Rajbud- kalkulujący robociznę po 17 zł. Netto za 1 godzinę przewidział na te prace 8,82 godziny. Przeprowadzenie takiego przeglądu w tym czasie nie jest możliwe. Zwykle zajmuje to ok. 29-30 godzin. To 2 i pół raza więcej, niż przyjmuje Rajbud.

D. w pozycji 15.1.:

Rajbud podaje cenę za przegląd półroczny transformatora prostownikowego wskazując, iż cena takiego przeglądu to 37,50 zł. netto. Ponieważ jest to niemal wyłącznie cena robocizny należy uznać, iż Rajbud- kalkulujący robociznę po 17 zł. netto za 1 godzinę- przewidział na te prace 2,20 godziny. Przeprowadzenie takiego przeglądu w tym czasie nie jest możliwe. Zwykle zajmuje to ok. 9 godzin. To 4 razy więcej, niż przyjmuje Rajbud.

E. w pozycji 15.2.:

Rajbud podaje cenę za przegląd roczny transformatora prostownikowego wskazując, iż cena takiego przeglądu to 75,00 zł. netto. Ponieważ jest to niemal wyłącznie cena robocizny należy uznać, iż Rajbud - kalkulujący robociznę po 17 zł. netto za 1 godzinę- przewidział na te prace 4,4 godziny. Przeprowadzenie takiego przeglądu w tym czasie nie jest możliwe. Zwykle zajmuje to ok. 14 godzin. To niemal 4 razy więcej, niż przyjmuje Rajbud.

F. w pozycjach 16.1. i 16.2. - podobnie

G. w pozycji 18.1.:

Rajbud podaje cenę za przegląd półroczny rozdzielnic prądu stałego wskazując, iż cena takiego przeglądu to 47,25 zł. netto. Ponieważ jest to niemal wyłącznie cena robocizny należy uznać, iż Rajbud- kalkulujący robociznę po 17 zł. netto za 1 godzinę- przewidział na te prace 2,8 godziny. Przeprowadzenie takiego przeglądu w tym czasie nie jest możliwe. Zwykle zajmuje to ok. 24 godzin. To niemal 9 razy więcej, niż przyjmuje Rajbud.

H. w pozycji 18.2.:

Rajbud podaje cenę za przegląd roczny rozdzielnic prądu stałego wskazując, iż cena takiego przeglądu to 47,25 zł. netto. Ponieważ jest to niemal wyłącznie cena robocizny należy uznać, iż Rajbud kalkulujący robociznę po 17 zł. netto za 1 godzinę- przewidział na te

8

prace 2,8 godziny. Przeprowadzenie takiego przeglądu w tym czasie nie jest możliwe.

Zwykle zajmuje to ok. 36 godzin. To niemal 7 razy więcej, niż przyjmuje Rajbud.

I. Także, co do pozycji 19.1. i 19.2. wykonawca przedstawił podobną argumentację.

W konkluzji Odwołujący stwierdził, że: wyjaśnienia złożone przez RAJBUD wskazują, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia; wykonawca ten nie wykazał przesłanek, które pozwalały mu obniżyć koszty; podane przesłanki nie mogły mieć wpływu na koszty i cenę.

Zwrócił uwagę, że Rajbud w wyjaśnieniach twierdził, że jego atutem jest doświadczenie i zgromadzone materiały oraz niezwykła sprawność jego doświadczonego personelu. Wskazał jednak, że prace przez niego wykonywane są pracami torowymi: zarzuca odwołujący się wykonawca, że oznacza to, że Rajbud zajmował się torami i torowiskiem, nie zaś siecią trakcyjną i jej konserwacją. Powołane przez Rajbud jako atuty maszyny i materiały są maszynami i materiałami - co wprost wynika z wyjaśnień - torowymi, nie mającymi żadnych związków z siecią trakcyjną. Jako wyjaśnienie niskiej ceny wskazał Rajbud to, że wykona część prac własnymi siłami. Ponieważ tak czynią wszyscy, nie wyjaśnia to, dlaczego dawać miałyby to spółce Rajbud przewagę konkurencyjną. Wyjaśnieniem rażąco niskiej ceny miało być też to, że kierownicy Rajbud mają uprawnienia, co jednak jest koniecznością i nie wyjaśnia, dlaczego dawać miałyby to spółce Rajbud przewagę konkurencyjną. Powołuje się również Rajbud na to, iż ma wysoce kwalifikowane

kadry, lecz natury owych kwalifikacji nie podaje: nie wyjaśnia to, dlaczego dawać miałyby to spółce Rajbud przewagę konkurencyjną. Zwrócił również uwagę, że: „Rajbud uzasadnia niską cenę tym, że jego pracownicy mają doświadczenia w pracach podobnych. Trudno jednak przyjąć, że prace "podobne" cokolwiek może mieć autor tego zwrotu na myśli - dają sprawność, która pozwala zaniżać czas pracy 9-krotnie wobec tego, co uznają za czas minimalny spółki specjalistyczne, wykonujące już od dziesięcioleci nie prace podobne, lecz dokładnie te, które są przedmiotem zamówienia. Tak zestawienie robót przedstawione przez Rajbud, jak i przedmiot działalności ujawniony w odpisie z KRS wskazują, iż Rajbud nie jest spółką specjalizującą się w pracach elektrycznych i sieciowych. Oznacza to, iż zapewnienia o nieporównywalnie większej prędkości prac pracowników tej spółki [zapewne w porównaniu z zakładami wyspecjalizowanymi] nie mogą być ocenione jako wiarygodne. Tego rodzaju argument w zestawieniu z wątpliwą specjalizacją Rajbud winien skłaniać do wniosku, iż w taki sposób - nie mając innego argumentu - ukrywa Rajbud w rzeczach niesprawdzalnych rażąco zaniżenie ceny. Wyjaśnienia, w których Rajbud informuje, iż podnosi swe zyski i obniża koszty nie wyjaśniają nadal, co powoduje, że jego cena nie jest rażąco niska. Podobnie jak zapewnienia; iż nie jest ona wynikiem błędu ludzkiego: to przecież oznacza jedynie, że trzeba ją uznać za świadomie rażąco zaniżoną. Przekonuje również Rajbud, że

9

przyczyną, dla której jego cena nie jest rażąco niska jest to, że brał on udział w wielu budowach i remontach torowiska w Gdańsku. Udział w wielu lub niewielu robotach nie powoduje, iż wykonawca nie może dać ceny rażąco zaniżonej. Rażąco zaniżoną cenę może zaoferować tak ten, kto brał udział w niewielu budowach, jak i ten, kto brał udział w wielu budowach. Wyjaśnienia Rajbudu niczego nie wyjaśniają. Uzasadnienie ceny Rajbudu tym, że trakcja w Gdańsku jest nowa i nie będzie powodowała kosztów dowodzi braku doświadczenia w prowadzeniu prac objętych zamówieniem publicznym: prace te polegają na konserwacji, przeglądach, a to pochłania tyle samo czasu i wysiłku w wypadku nowych, jak i starych urządzeń. Trzeba bowiem wykonać te same czynności sprawdzające. Nie wyjaśnia to ani niskiej ceny, ani przewagi konkurencyjnej. W jakiś sposób w opinii Rajbud "zrealizowanie z sukcesem" przebudowy torów tramwajowych i dwóch dróg ma uzasadnić to, że Rajbud w tym przetargu nie zaoferował rażąco niskiej ceny". Dalej podał, że: „Zamawiający miał wszelkie podstawy do tego, aby wiedzieć, że Rajbud nie podał mu żadnej przesłanki, którą Zamawiający mógłby ocenić jako prawdziwą i uzasadniającą owe niezwykle niskie ceny. Zamawiający dostał do ręki dowód, iż sam oferent nie potrafi wskazać w przekonujący sposób żadnej okoliczności, z której można by wywnioskować przyczynę tego, iż jego cena i jego koszty nie są sztucznie i w sprzeczności z zasadami konkurencji zaniżone i nie sięgają granic dumpingu. Zamawiający powinien zatem ocenić te wyjaśnienia w taki sposób i ofertę Rajbud odrzucić na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4] ustawy o zamówieniach publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Usługowo Handlowe RAJBUD sp. z o.o. pomimo tego, iż oferta zawiera rażąco niską cenę i rażąco niskie koszty naruszenie art. 89 ust. 2 ustawy o zamówieniach publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Usługowo Handlowe RAJBUD sp. z o.o. pomimo tego, iż ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia”.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca: Przedsiębiorstwa Usługowo Handlowego RAJBUD sp. z o.o., z Szymbarka {Przystępujący RAJBUD} wnosząc o oddalenie odwołania.

Zamawiający w piśmie z dnia 14.06.2017 r. złożonym na rozprawie w dniu 19 czerwca br oświadczył, że uwzględnia odwołanie w zakresie unieważnienia oferty Rajbud,

10

gdyż jest złożona z rażąco niską ceną. Wnioskuje także w przypadku nie zgłoszenia sprzeciwu o umorzenie postępowania odwoławczego.

Zgłaszający przystąpienie po jego stronie wykonawca RAJBUD wniósł na posiedzeniu do protokołu sprzeciw na podstawie art. 186 ust.5 ustawy Pzp w zw. z jego ust.

4 i tym samym odwołanie zostało skierowane do rozpoznania na rozprawie.

Rozpoznając odwołanie Izba ustaliła, co następuje:

Ogłoszenie o zamówieniu na „Utrzymanie *infrastruktury torów tramwajowych oraz urządzeń i instalacji elektroenergetyki trakcyjnej tramwajowej na terenie miasta Gdańska*” zostało opublikowane w Dz. Urz. UE w dniu 22/03/2017, a zatem do tego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, także do postępowania odwoławczego mają zastosowanie przepisy ustawy – Prawo zamówień publicznych po ich zmianie wprowadzonej ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2016 r. poz.1020). Przedmiot zamówienia zgodnie z jego oznaczeniem w tytule oraz stosownie do sekcji II przedmiot zamówienia dotyczy usługi oznaczonej kodem CPV: 34941300.

Ten przedmiot zamówienia [„Utrzymanie *infrastruktury torów tramwajowych oraz urządzeń i instalacji elektroenergetyki trakcyjnej tramwajowej na terenie miasta Gdańska*”, jak wskazano w Ogłoszeniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia, obejmuje dwie części, z których pierwsza dotyczy: „1. *Utrzymanie infrastruktury torów tramwajowych (tory, rozjazdy i skrzyżowania torowe, odwodnienie torowiska, instalacje odwodnienia zwrotnic, instalacje odwodnienia powierzchniowego), urządzenia torowe (napędy zwrotnic, przyrządy wyrównawcze, smarownice szyn) jako całokształt prac związanych z konserwacją i naprawami bieżącymi w celu zapewnienia pełnej sprawności technicznej oraz zabezpieczeniem gotowości eksploatacyjnej*”, a druga: „2. *Utrzymanie urządzeń i instalacji elektroenergetyki trakcyjnej tramwajowej (Centrum Sterowania, stacje prostownikowe, linie kablowe SN i trakcyjne, sieć trakcyjna, systemy napędu i sterowania zwrotnic tramwajowych, układy zasilania ogrzewania zwrotnic tramwajowych, urządzenia i instalacje sygnalizacji tramwajowo-drogowych wzbudzanych przez tramwaj, układy zasilania smarownic szyn)*

11

stanowią prace związane z nadzorem i zdalnym sterowaniem stacjami prostownikowymi z Centrum Sterowania, obsługą techniczną, przeglądami i naprawami bieżącymi w celu zapewnienia sprawności technicznej oraz gotowości eksploatacyjnej urządzeń i instalacji”. Zamawiający nie dopuścił składania ofert częściowych, wymagał oferty na cały zakres.

Zgodnie z punktem 2. 4 Protokołu postępowania wartość zamówienia została określona na kwotę netto: 32 344 587,66 zł, co stanowi równowartość 7.747.392,20 euro. Z kolei na otwarciu ofert – zgodnie z pkt 11.2 podano kwotę brutto, jaką zamierza zamawiający przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w wysokości: 26.522.561,88 zł.

W punkcie XI SIWZ Zamawiający w akapicie 2 i 3 podał, że:
„Cena ofertowa powinna obejmować wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia opisanego w SIWZ, Formularzu oferty - zał. nr 1 SIWZ, uwzględniać Opis sposobu obliczenia ceny realizacji przedmiotu zamówienia - zał. nr 5, 5a - k SIWZ, Wzorzec umowy — zał. nr 2 SIWZ oraz uwzględniać podatek VAT.
Podstawę ceny ofertowej stanowi wypełniony przez Wykonawcę Formularz ofertowy „Oferta Wykonawcy”- zał. nr 1 SIWZ.
Wynagrodzenie Wykonawcy za realizację przedmiotu zamówienia będzie wynagrodzeniem ryczałtowo - ilościowym. Rozliczenie nastąpi na podstawie faktycznej ilości wykonanych usług. Jednostkami rozliczeniowymi będą ofertowe ceny jednostkowe netto”.

W Formularzu ofertowym według załącznika 1 do siwz wykonawca zobowiązany był podać – zgodnie z jego pkt 3 – odrębnie ceny za poszczególne części oraz cenę łączną w wartościach netto, a w przypadku ceny łącznej także jej wartość brutto (uwzględniając stawkę podatku VAT). Z kolei wskazany załącznik nr 5 oznaczony, jako: „Opis sposobu obliczenia ceny realizacji przedmiotu zamówienia”, określa zakresy prac dla poszczególnych części i tak: dla części pierwszej wymagane było podanie cen - wypełnienie załącznika: 5a, 5b, 5c, 5d oraz 5i (pkt1) i 5j. Z kolei do części drugiej odnoszą się formularze określone w załącznikach: 5e, 5f, 5g, 5h, 5 i (pkt 2 i pkt 3) oraz 5k.

W postępowaniu złożono trzy oferty, w tym: (1) Odwołujący z ceną łączną brutto: 21.187.373,17 zł w tym: za część 1: 10.522.513,36 zł netto i część 2: 6.702.993,28 zł oraz

(2) Przystępujący RAJBUD z ceną łączną brutto: 17.480.999 zł w tym: za część 1: 7.227.188,04 zł netto i część 2: 6.985.006,98 zł. Dodatkowo Izba wskazuje, że trzeci z oferentów Konsorcjum: WPRD GRAVEL i Gdańskie Autobusy i Tramwaje przedstawił – wg

12

punktu 12.1 Protokołu - ofertę z ceną łączną brutto 24.970.112,31 zł, która to okoliczność była niesporna w tej sprawie.

Zamawiający w piśmie z dnia 28/04/2017 r. zwrócił się do Przystępującego RAJBUD o złożenie na podstawie art. 90 ust.1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny (...) *w szczególności w zakresie: 1. oszczędności metody wykonania zamówienia, 2. wybranych rozwiązań technicznych, 3. wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu Wykonawcy, 4. kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę, 5. innych aspektów pozwalających na wykonanie zamówienia w zaoferowanej cenie*". W tym wezwaniu Zamawiający podał, że: (...) *w trakcie badania (...) oferty stwierdzono, iż cena (...) oferty jest niższa o więcej niż 30 % od wartości zamówienia*" oraz, że *"Zamawiający nie posiada (...) wiedzy dotyczącej okoliczności pozwalających wykonać zamówienie w wykazanej cenie"*.

W odpowiedzi na wezwanie wykonawca RAJBUD w piśmie z dnia 8.05. 2017 r. oświadczył, że:

oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia jest realna, ekwiwalentna do przedmiotu zamówienia;

w oferowanej cenie zostały ujęte wszelkie rzeczywiste koszty związane z realizacją przedmiotowego zamówienia;

zaoferowana cena gwarantuje wykonanie zamówienia z należytą starannością, z dokumentacją przetargową (m.in. SIWZ, umową, powszechnie obowiązującymi przepisami prawa oraz pozostałymi wymogami zamawiającego i w sposób rzetelny; wykonawca nie oferuje wykonania zamówienia poniżej kosztów wytwarzania".

Powołując się na orzecznictwo podał, że:

ceną rażąco niską jest cena, która wskazuje, iż oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez Wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne.

Rażąco niska cena jest to niewiarygodna oderwana całkowicie od realiów

niską cenę, która nie rażąco pokrywa wydatków uznaje się rynkowych. Za cenę wykonawcy związanych z wykonaniem zamówienia, cenę nierealną w relacji do cen rynkowych podobnych zamówień. W przedmiotowej sprawie nie jest spełniona żadna z powyższych okoliczności.

cena znacząco odbiegająca od szacunkowej wartości zamówienia, czy nawet cen innych wykonawców nie musi być ceną rażąco niską;

cena wskazana w ofercie odbiega o 34 % od kwoty, którą Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia, ale tylko o 18 % od średniej arytmetycznej cen wynikających ze

13

złożonych w postępowaniu ofert, co wskazuje na niewielkie rozbieżności, a w szczególności nieznaczny odchył ceny od średniej ofert;

wykonawca jest uczestnikiem niezwykle konkurencyjnego rynku, a zastosowana procedura przetargowa zakłada, że ceny różnych wykonawców będą się od siebie różniły, celem umożliwienia wyboru oferty najkorzystniejszej;

jeżeli nastąpiło nieprawidłowe ustalenie szacunkowej wartości zamówienia, to odnoszenie się do tej kwoty w celu ustalenia, czy złożona oferta zawiera rażąco niską cenę decyduje o wadliwości podjętego postępowania wyjaśniającego (wyrok KIO 858/15);

w świetle orzecznictwa KIO nie istnieje obowiązek przedstawienia szczegółowej kalkulacji wszystkich pozycji cenowych oferty (KIO 1909/13).

Wykonawca podał także, że:

porównanie złożonych przez wszystkich wykonawców uproszczonych kosztorysów ofertowych nakazuje stwierdzenie, że w pozycjach razem 1-6 (Cena utrzymania

infrastruktury torów tramwajowych) oferta Wykonawcy jest najniższa, ale różnica pomiędzy

ofertą Wykonawcy a oferta konsorcjum "WPRD GRAVEL" Sp. z o.o. oraz Gdańskie Autobusy i Tramwaje Sp. z o.o. stanowi jedynie 18%;

ceny jednostkowe podane przez wykonawcę oraz konsorcjum, o którym mowa powyżej, w opisach sposobu obliczenia ceny przedmiotu zamówienia nie odbiegają znacząco od siebie. w pozycjach razem 7-16 (Cena utrzymania urządzeń i. instalacji elektroenergetyki trakcyjnej tramwajowej) cena zaproponowana przez Wykonawcę jest ceną pośrednią pomiędzy wyceną konkurencji.

Dalej podał, że nieznaczne wahania cen pomiędzy ofertami nie wskazują na istnienie czynu nieuczciwej konkurencji czy też na rażąco niską cenę, ale na zdrową konkurencję na wolnym rynku, która prowadzi do zaoferowania Zamawiającemu różnych cen, w tym niższych lub wyższych od cen zaproponowanych w konkurencyjnych ofertach. Zdaniem wykonawcy na wysokość zaoferowanej ceny przełożyła się również silna konkurencja, która wymusiła obniżenie ceny, a także wieloletnie doświadczenie Wykonawcy, który systematycznie biorąc udział w przetargach uzyskuje informacje na temat realiów cenowych rynku. Podał także, że mając na uwadze otrzymane wezwanie, wskazuje na elementy cenotwórcze, które zaważyły na kalkulacji cenowej w ofercie. W punkcie I tych wyjaśnień oznaczonym jako: „Oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, koszty pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę” podał, co następuje:

14

„Atutem Wykonawcy jest bardzo duże doświadczenie w branży kolejowej i tramwajowej, które zdobywamy nieprzerwanie od 1994 roku. W tym czasie udało się pozyskać szereg dostawców, z którymi współpraca układa się od wielu lat do dziś i skutkuje uzyskaniem korzystnych względem innych podmiotów na rynku cen oraz terminów dostawy materiałów. Posiadamy również własne zapasy materiałowe, w których skład wchodzi m.in. szyny 49E1 oraz R160, mocowania typu K, SB oraz SKL, elementy rozjazdowe, płyty peronowe oraz wiele innych niezbędnych do realizacji powierzonego zadania. Przez wszystkie lata Wykonawca wywiązywał się ze wszystkich zawieranych umów (m.in. wybudowanie obiektów i utrzymanie obiektów) bez zastrzeżeń Zamawiającego. Prace wykonywane przez naszą firmę prowadzone są w bardzo szerokim zakresie. Tym samym, Wykonawca może zaoferować Zamawiającemu zrealizowanie całości robót po bardzo konkurencyjnej cenie. Wykonawca dysponuje sprzętem (urządzeniami i maszynami) przy pomocy których wykonywał będzie przedmiot zamówienia. Należy tu podkreślić, że posiadamy własną podbijkarkę torową typu Plasser & Theurer 08-275 ZW Shx przewożoną na zestawie niskopodwoziowym, którą w 2016 roku wykonywaliśmy podbijanie torów tramwajowych wzdłuż al. Zwycięstwa w Gdańsku. Wykonawca jest podmiotem zawodowo zajmującym się budownictwem specjalistycznym oraz ogólnym w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej, a przedmiot zamówienia w zakresie prac ogólnobudowlanych wykonywał będzie w znacznej części własnymi siłami, co wpłynie bezpośrednio na koszt robót. Wykonawca zamierza wykonać zamówienie przy pomocy wysoce wykwalifikowanej kadry, a nadzór nad nią będą sprawować kierownicy z uprawnieniami. Wskazał, że przedmiot zamówienia realizował będzie przy pomocy pracowników posiadających wieloletnie doświadczenie w realizacji podobnych robót. Posiadamy m.in. własne grupy spawalnicze pracujące w zespołach 3 osobowych oraz grupy rozjazdowe zajmujące się montażem i utrzymaniem rozjazdów tramwajowych i kolejowych pracujące w zespołach 4-5 osobowych. Wykonawca dysponuje zasobem ludzkim - wysoko wykwalifikowanych pracowników, którzy posiadają doświadczenie w realizacji tego typu zamówień, w związku z czym tempo ich prac jest nieporównywalnie większe niż prędkość pracowników dorywczych bądź powoływanych do prowadzenia konkretnego zlecenia. Profesjonalizm zatrudnionych pracowników powoduje, iż Wykonawca jest w stanie wykonać przedmiot zamówienia przy pomocy mniejszej liczby pracowników zatrudnionych w pełnym wymiarze czasu pracy. Oświadczył, że zaproponowane przez niego wynagrodzenie pracowników przy pomocy roboczogodzin zgodne jest z wymogami narzuconymi przez Zamawiającego i ustawę (...) Prawo zamówień publicznych oraz zgodne z rozporządzeniem (...) w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę w 2017 r.” oraz, że przy wyliczeniach przyjął wynagrodzenie pracowników biorących udział w realizacji zamówienia wyższe niż minimalne wynagrodzenie za pracę wynikające z w/w przepisów i wynoszące obecnie 2 000,00 złotych. To potwierdza,

że zastosowanie przez wykonawcę wskazanych wartości dla wyliczania ceny, nie spowoduje, iż wykonawca będzie wykonywał zadanie poniżej poniesionych kosztów". Podał także, że: „Wykonawca *skalkulował zysk i dokonał poprawnych wyliczeń*” i podkreślił, że:

1. (...) działa na konkurencyjnym rynku, w związku z tym racjonalizacja jego działalności jest związana z minimalizacją kosztów i maksymalizacją zysków.
2. (...) zaoferowana cena jest wynikiem rzetelnej wyceny oraz świadomego działania, nie jest wynikiem błędu ludzkiego, zawiera wszelkie koszty związane z realizacją całości zamówienia oraz mieści się w granicach prawa, tj. nie jest skierowana przeciwko jakimkolwiek innym podmiotom i nie jest ceną dumpingową.

Wykonawca wskazał ponadto, że na: (...) *zaproponowaną przez niego cenę duży wpływ ma dobra znajomość stanu i lokalizacji sieci trakcyjnej, nawierzchni tramwajowych oraz rozjazdów tramwajowych w Gdańsku, gdyż przez szereg lat Wykonawca brał udział w przebudowie i remontach wielu torowisk w na terenie miasta Gdańska (referencje w załączeniu)*”. Wskazał m.in. takie budowy jak: „1. budowa linii tramwajowej Siedlce - Pomorska Kolej Metropolitalna od pętli Siedlce do przystanku PKM, w ramach Gdańskiego Projektu Komunikacji Miejskiej - etap MB; 2. przebudowa torowisk w ul. Pomorskiej na odcinku od ul. Chłopskiej do Pętli Jelitkowo - w ramach GPKM etap III A; 3. przebudowa nawierzchni tramwajowych w Gdańsku Brzeźnie i Gdańsku Nowym Porcie oraz wiele innych robót związanych z modernizacją torowisk dla miasta Gdańska”. Wskazał również, że (...) *dokonując wyceny prac związanych z utrzymaniem i konserwacją trakcji miał również na uwadze, iż w dużej części sieć trakcyjna na terenie miasta Gdańska została wymieniona na nową, w związku z czym, w opinii Wykonawcy, nie będzie generowała tak dużych kosztów jak trakcja uszkodzona ze względu na upływ czasu. Wiedza powyższa pozwoliła na zredukowanie ceny oferty oraz poszczególnych zaproponowanych przez Wykonawcę cen*”. Wskazał również na zrealizowane (...) z sukcesem inwestycje tramwajowe w Elblągu oraz Bydgoszczy (referencje w załączeniu): 1. Przebudowa torów tramwajowych o długości ponad 4 km w ramach zadania pn.: „Przebudowa ulic oraz drogowych obiektów inżynierskich stanowiących ciąg drogi wojewódzkiej nr 503 w obszarze miasta Elbląga”; 2. Przebudowa drogi powiatowej - ul. Gen. Grota Roweckiego w Elblągu wraz z jej układem komunikacyjnym”; 3. Przebudowa ul. Gdańskiej w Bydgoszczy wraz z torowiskiem tramwajowym na odcinku od Al. Mickiewicza do ul. Chodkiewicza”. Dalej podał, że (...) *dokonując wyceny oferty sporządził ją na podstawie własnych obliczeń, których metodologię na przykładach prezentuje poniżej:*

- 1) konserwacja rozjazdów pojedynczych jednotor. w torowisku niezabudowanym (częstotliwość 1x w miesiącu) /180 zł/ - czas trwania: 2 godziny, ilość pracowników niezbędna do jego wykonania: 2 osoby, sprzęt: drobny; cena roboczogodziny: 17,00zł/h;

cena pracy sprzętu: 35 zł/2h; koszty pośrednie oraz zysk: 77 zł łącznie 68 zł+35 zł+77 zł = 180 zł;

- 2) konserwacja rozjazdów pojedynczych jednotor. w torowisku niezabudowanym z odwodnieniem zwrotnicy (częstotliwość 1x w miesiącu) /300zł/ - czas trwania: 2 godziny, ilość pracowników niezbędna do jego wykonania: 3 osoby, sprzęt: drobny, myjka, samochód; cena roboczogodziny: 17,00 zł/h; cena pracy sprzętu: 65 zł/2h; koszty pośrednie oraz zysk -133 zł łącznie: 102 zł+65 zł+133 zł = 300zł;
- 3) regulacja przewodu jezdnego w sieci płaskiej /480,00 zł/ - czas trwania regulacji: 3 godzin; ilość pracowników niezbędna do jej wykonania: 3; sprzęt: wóz wieżowy cena 47,25 zł/h, cena roboczogodziny: 17 zł/h; koszty pośrednie oraz zysk: 185,25 zł łącznie 153 zł + 141,75 zł + 185,25 zł = 480 zł;
- 4) przegląd zwrotnicy produkcji bombardier /83,70 zł/- czas trwania przeglądu: 1 godzin; ilość pracowników niezbędna do jej wykonania: 2; sprzęt: samochód; cena roboczogodziny: 17 zł/h; cena pracy sprzętu: 22,30 zł.; koszty pośrednie oraz zysk: 27,4 zł; łącznie: 34 zł+22,30 zł + 27,40 zł = 83,70 zł.

W dalszej części wyjaśnień podał, że Wykonawca: (1) nie korzysta z żadnej formy pomocy publicznej; oraz działa na konkurencyjnym rynku, w związku z tym racjonalizacja jego działalności jest związana z minimalizacją kosztów i maksymalizacją zysków. W związku z

tym zredukował koszty pośrednie oraz zyski, jednakże w dłuższej perspektywie, działalność wykonawcy, jako podmiotu gospodarczego nastawiona jest na wygenerowanie przychodu oraz, że (...) celem do osiągnięcia dochodu nie jest generowanie nadzwyczaj dużych kosztów i podrażanie własnej oferty, ale generowanie niewielkich kosztów i partycypacja dzięki temu w większej ilości zleceń i zamówień”.

Te wyjaśnienia zostały zastrzeżone przez wykonawcę RAJBUD, jako tajemnica przedsiębiorstwa, który podał, że wyjaśnienia dotyczące kalkulacji ceny oferty, stanowią prawnie chronioną tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zamawiający zastrzeżenie uchylił i udostępnił wyjaśnienia konkurującemu wnoszącemu odwołanie wykonawcy, której to decyzji - w trybie przewidzianym ustawą Pzp - nie sprzeciwił się wykonawca RAJBUD.

Odwołujący - Zakład Sieci i Zasilania sp. z o.o. z Wrocławia – zarzuty podniósł do ceny podanej w części 2 oferty wykonawcy RAJPUD, która dotyczy (...) *utrzymania urządzeń i instalacji elektroenergetyki trakcyjnej tramwajowej*” stwierdzając, że dokonanie wyboru oferty tego wykonawcy z naruszeniem art. 89 ust.1 pkt 4 ustawy Pzp oraz art. 89 ust.2 tej ustawy.

17

Odwołanie podlega oddaleniu.

Rozpoznając odwołanie Izba miała na uwadze aspekt podmiotowy i przedmiotowy sprawy.

W tej sprawie, jak wcześniej wskazano, Zamawiający uwzględnił odwołanie w całości, a zgłaszający przystąpienie po jego stronie wykonawca RAJPUD [Przystępujący] zgłosił sprzeciw i tym samym wstąpił w prawa i obowiązki zamawiającego (zmiana podmiotowa) skutkiem czego rozstrzygnięcie zarzutów odwołania, co do meritum będzie oddziaływało na sytuację Przystępującego, jako oferenta, ale również na rozstrzygnięcie, co do kosztów postępowania odwoławczego - zgodnie z regułą stosownie do jego wyniku. W przypadku uwzględnienia odwołania koszty postępowania odwoławczego obciążą (art. 186 ust.3 lit. b) wnoszącego sprzeciw, a w przypadku jego oddalenia – wnoszącego odwołanie wykonawcę.

Rozpoznając odwołanie, co do jego meritum, Izba przede wszystkim była związana zarzutami, które zostały w nim podniesione z uwagi na wynikającą z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp dyrektywę, w myśl której Izba może orzekać tylko co do zawartych w odwołaniu zarzutów. Także w stanie faktycznym sprawy Izba miała na uwadze dyrektywę z art. 190 ust.1 jak również z ust.1a tej ustawy. W myśl ust.1 tego przepisu: „1.Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy.” Z kolei w myśl jego ust.1a: „1a. Ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na: 1) wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego; 2) zamawiającym, jeżeli wykonawca, który złożył ofertę, nie jest uczestnikiem postępowania”.

Niewątpliwie w postępowaniu odwoławczym przez KIO w zakresie wykazania prawidłowości obliczenia ceny ciężar dowodzenia - stosownie do art. 190 ust. 1a pkt 1 Pzp - dotyczy wykonawcy, którego oferty dotyczy zarzut rażąco niskiej ceny. Niemniej jednak, taki rozkład ciężaru dowodu nie zwalnia odwołującego z aktywności w postępowaniu odwoławczym. Postępowanie odwoławcze jest postępowaniem kontrydiktoryjnym (spornym), a z jego istoty wynika, że spór toczą strony postępowania i to one mają obowiązek wskazywania dowodów na poparcie twierdzeń, z których wywodzą określone skutki prawne. To oznacza, że wykonawca kwestionujący ofertę konkurencyjnego wykonawcy, w tym przypadku co do ceny, nie może poprzestać – jak wskazuje się w

18

orzecznictwie KIO - na gołosłownym zanegowaniu prawidłowości ceny tej oferty, bez choćby uprawdopodobnienia własnych twierdzeń czy poparcia ich szczegółowymi danymi, w tym

obliczeniami.

W niniejszej sprawie Izba nie zgodziła się z Odwołującym, że wskazywane przez niego w odwołaniu oraz popierane na rozprawie okoliczności dowodzą, że oferowana przez wykonawcę cena jest ceną rażąco niską.

Przed wszystkim cena w części drugiej zamówienia, której dotyczy spór oferowana przez Przystępującego RAJBUD jest o blisko 300 tys. zł wyższa, aniżeli cena oferowana dla części przez Odwołującego. Nie jest natomiast kwestionowana w odwołaniu cena łączna podana w ofercie przez wykonawcę RAJBUD, która z kolei jest o ca. 3,6 mln zł niższa od ceny łącznej w ofercie odwołującego [odpowiednio: Przystępujący RAJBUD z ceną łączną brutto: 17.480.999 zł, w tym za część 1: 7.227.188,04 zł netto, a za część 2: 6.985.006,98 zł ; Odwołujący - 21.187.373,17 zł, w tym, za część 1: 10.522.513,36 zł netto, a za część 2: 6.702.993,28 zł].

Izba stwierdza także, że wyjaśnienia składane przez Przystępującego były odpowiedzią na wezwanie skierowane do wykonawcy. Treść tego wezwania wskazuje na formalną przyczynę tego wezwania, albowiem Zamawiający w piśmie z dnia 28/04/2017 r. wzywając wykonawcę do złożenia wyjaśnień podał, że: (...) *w trakcie badania (...) oferty stwierdzono, iż cena (...) oferty jest niższa o więcej niż 30 % od wartości zamówienia* oraz, że *„Zamawiający nie posiada (...) wiedzy dotyczącej okoliczności pozwalających wykonać zamówienie w wykazanej cenie”*. Także w tym wezwaniu skupił się tylko na jednym z pięciu punktów, o których stanowi art. 90 ust.1. Przepis ten obejmuje okoliczności oznaczone jako „w szczególności” i stanowi:

„1. Jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie:

- 1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, 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 2015 r. poz. 2008 oraz z 2016 r. poz. 1265);*
- 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.*

19

3) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;

4) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;

5) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Ponadto w myśl jego ust.1a:

„1a. W przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od:

1) wartości zamówienia powiększonej o należyty podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia;

2) wartości zamówienia powiększonej o należyty podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1”.

Zamawiający w toku rozprawy przyznał, że dla szacowania wartości zamówienia punktem odniesienia było wynagrodzenie dotychczasowego – jedyne na rynku w Gdańsku - wykonawcy tego rodzaju usług oraz, że przy ustalaniu wartości zamówienia nie miał doświadczenia, co do kalkulacji czasu wymaganego do wykonania prac. Stąd też – jak podał na rozprawie - pojawiło się „pytanie o rażąco niską cenę, które było skierowane tylko do wykonawcy Rajbud”.

Izba zwraca też uwagę, na co wskazywał w wyjaśnieniach także Przystępujący, że cena ogólna oferty tego wykonawcy była niższa tylko o 18 % od średniej arytmetycznej cen

wynikających ze złożonych w tym postępowaniu ofert, co w przypadku przewidzianego - w art. 90 ust.1a) ustawy Pzp - kryterium „średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert – nie skutkuje przekroczeniem wskaźnika 30 % do którego nawiązuje ustawa Pzp w jej art. 90 ust.1a). Także wskaźnik 34 % wynikający z porównania ceny oferty Przystępującego do kwoty, którą Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia nie stanowi kluczowego dowodu znacząco niskiej ceny tej oferty.

W toku rozprawy Przystępujący rozszerzył argumentację podaną w wyjaśnieniach. Przedstawił [zastrzeżone, jako tajemnica przedsiębiorstwa] faktury oraz oferty sprzedaży na potwierdzenie cen, za które możliwy będzie zakup materiałów oraz ofertę [także z klauzulą zastrzeżenia], jak podnosił kluczowego jego kontrahenta, z którego udziałem ma realizować [zgodnie z warunkami w tym przetargu] „Kompleksową usługę utrzymania tramwajowej sieci trakcyjnej, pełnego utrzymania infrastruktury, planowanych przeglądów oraz pogotowia, wraz z pełnieniem nadzoru nad dyspozycją sieciową oraz bieżącymi naprawami”. Uczestnictwo Podwykonawcy zostało zaznaczone w Jednolitym Europejskim Dokumencie Zamówienia

20

[JEDZ] w jego części II sekcja C i D. Ta okoliczność nie była kwestionowana w odwołaniu, ani na rozprawie. Przedstawił także umowę dzierżawy specjalistycznego sprzętu. Także przedstawił indywidualne obliczenia dla uwiarygodnienia ceny przy kalkulacji wynagrodzenia za samochód – transporter na kwotę 22,30 zł netto za godzinę.

Izba zgodziła się z Przystępującym RAIBUD, że Odwołujący – z uwagi na argumentację odwołania - twierdzenia rażąco niskiej ceny oparł przede wszystkim na danych z KNR (katalog nakładów rzeczowych) i SEKOCENBUD-u (wydawnictwo systemu SEKOCENBUD). Z kolei wykonawca RAIBUD, jako przedsiębiorca, który działa na wolnym konkurencyjnym rynku, jak podał w wyjaśnieniach i w toku rozprawy - kalkulacje opierał na uzyskanych od kontrahentów cenach, które jego staraniem udało się pozyskać dla ceny oferty składanej w tym przetargu. Wykazał ponadto, że uzyskane przez Przystępującego ceny gwarantują zysk, a zatem Przystępujący na tych cenach mógł oprzeć jego kalkulację własną, i tym samym brak jest podstaw do kwestionowania ich rzetelności.

Izba zwraca uwagę, że wskaźniki cenowe z KNR i SEKOCENBUD-u nie są powszechnie obowiązujące, a stanowią tylko dostępne - zgodnie z zapewnieniem wydawcy aktualne - źródło informacji o cenach na różnych poziomach agregacji, począwszy m.in. od cen materiałów budowlanych i cen jednostkowych robót. Wykorzystanie bazy cenowej systemu SEKOCENBUD do sporządzania kalkulacji cenowej, w tym kosztorysów ofertowych przez wykonawców nie jest obowiązkowe, chyba że takie wymaganie z przyczyn obiektywnych zostanie sformułowane w dokumentacji postępowania lub zalecone w tych przypadkach, gdy przemawia za tym jakiś obiektywny powód. Generalnie bowiem zawarcie w SIWZ nakazu wykorzystania wskazanych źródeł cen w kosztorysach ofertowych, czy indywidualnych innych kalkulacjach byłoby niezgodne z zasadą swobody kontraktowej, ukształtowanej normą art. 353 (1) Kodeksu cywilnego (K.c.), w myśl której: „Strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego”. Izba dodatkowo zwraca uwagę, że Zamawiający w tym postępowaniu nie wymagał dla obliczania cen jednostkowych stosowania wskaźników z wydawnictw SEKOCENBUD. Oznacza to, że wykonawca zamówienia, w tym przypadku usługi, zgodnie z zasadą swobody kontraktowej, oblicza wartość objętą zamówieniem, na podstawie cen czynników produkcji lub cen jednostkowych określonych na podstawie danych rynkowych, w tym danych pochodzących z indywidualnego doświadczenia wykonawcy. Izba na marginesie zauważa, że nawet przepisy rozporządzenia ministra infrastruktury z dnia 18 maja 2004 r. w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych

21

określonych w programie funkcjonalno-użytkowym, odnoszące się do robót budowlanych i zasad sporządzania kosztorysu inwestorskiego nie nakładają bezpośrednio obowiązku stosowania wydawnictw systemu SEKOCENBUD. M.in. w § 8 ust.5 wskazuje się, że: „Wskaźnik cenowy danego składnika kosztów określa się na podstawie danych rynkowych

lub w przypadku braku takich danych - na podstawie powszechnie stosowanych katalogów i cenników”. Z kolei w § 5 ust.2 odnośnie kalkulacji szczegółowych – nawet w przypadku sporządzania kosztorysu inwestorskiego – wskazano, że przy ustalaniu stawek i cen czynników produkcji należy stosować w pierwszej kolejności analizę własną, a w drugiej - dane rynkowe lub powszechnie stosowane, aktualne publikacje.

Izba zwraca ponadto uwagę, że Przystępujący na rozprawie wskazywał również na możliwą do zastosowania mniej kosztowną technologię przy wykonywaniu prac oraz możliwe do zastosowania materiały po korzystnych cenach. Z kolei Odwołujący – powołując się na wymagania OPZ [opis przedmiotu zamówienia – zał. 1 do siwz] kwestionował rozwiązanie, jako niemożliwe do zastosowania na obiektach PKP, podobnie jak i przewidywane do zastosowania materiały, inne jego zdaniem niż wymagane specyfikacją. Jednakże te okoliczności nie zostały objęte odwołaniem, a zatem ich ocena prowadziłaby do nieuprawnionego rozstrzygnięcia, co do podstaw zaniechania odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp, odnoszącego się do zgodności oferty ze specyfikacją. Oczywiście zamawiający na każdym etapie postępowania, aż do zawarcie umowy – udzielenia zamówienia - w przypadku gdy poweźmie uzasadnione wątpliwości, przykładowo co do treści oferty, w tym co do jej zgodności ze specyfikacją, żądać od wykonawcy informacji, których dotyczą wątpliwości, stępując procedury przewidziane ustawą Pzp.

Powyższe ustalenia zatem nie potwierdziły podnoszonego w odwołaniu zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp oraz naruszenia jej art. 89 ust. 2 opartych na twierdzeniu, że oferta wykonawcy RAJBUD zawiera rażąco niską cenę i rażąco niskie koszty i w efekcie wybór najkorzystniejszej oferty dotyczy podlegającej na tej podstawie odrzuceniu oferty.

Mając powyższe na względzie orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, z uwzględnieniem § 5 ust.3 pkt 2 rozporządzenia w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania.

22

Izba stwierdziła ponadto, że wykonawca tytułem wpisu uiścił kwotę 20.000 zł, tak jak dla robót budowlanych, w miejsce wymaganej dla usług - przepisami (§ 6) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r. Nr 41, poz. 238 ze zm.) - kwoty wpisu w wysokości 15.000 zł. Z tego też względu nakazała także zwrot nadpłaconej wielkości wpisu od odwołania w kwocie 5.000 zł.

23