

Sygn. akt: 1001/17

Wyrok

z dnia 31 maja 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki
Protokolant: Adam Skowroński

po rozpatrzeniu rozprawie w dniu 30 maja 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 maja 2017 r. przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia **Grupa Fewaterm Sp. z o.o., Sp. k., Chojnik 88, 33-180 Gromnik** w postępowaniu prowadzonym przez **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A Centrum Realizacji Inwestycji, ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa**

przy udziale wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia **ZUE S.A, Kazimierza Czapińskiego 3, 30-048 Kraków** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego oraz

udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Swietelsky Rail Polska Sp. z o.o., Swietelsky Baugesellschaft m.b.H., ul. Wielicka 250, 30-663 Kraków** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Grupa Fewaterm Sp. z o.o., Sp. k., Chojnik 88, 33-180 Gromnik i zalicza .. w poczet ... kosztów postępowania**

odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Grupa Fewaterm Sp. z o.o., Sp. k., Chojnik 88, 33-180 Gromnik** tytułem wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący:.....

Sygn. akt: 1001/17

Uzasadnienie

Zamawiający: PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Centrum Realizacji Inwestycji, ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa prowadzi postępowanie o udzielenie Zamówienia pn.: Opracowanie dokumentacji projektowej i wykonawczej robót budowlanych na odcinku Kraków Płaszów - Podbory Skawińskie w ramach zadania pod nazwą „Prace na linii kolejowej nr 94 na odcinku Kraków Płaszów- Skawina - Oświęcim”.

Numer referencyjny: („Zamówienie”)- o nr IREZA3e-216-09/2016.

Ogłoszenie o zamówieniu: Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej nr2016/S 248-455229. Wartość Zamówienia przekracza wartość od której uzależniony jest obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej.

Odwołujący : GRUPA FEWATERM sp. z o.o. sp. k., Chojnik 88, 33-180 Gromnik Polska, wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego w postępowaniu oraz wyborze jako najkorzystniejszej oferty konsorcjum firm Swietelsky Rail Polska Sp. z o.o., ul. Wielicka 250, 30-663 Kraków oraz Swietelsky Baugesellschaft m.b.H. Edlbacherstr.10, A-4020 Linz.

I. Zaskarżonej czynności Zamawiającego zarzuca naruszenie przepisów ustawy pzp:

1.art. 89 ust. 1 pkt 4 przez nieuzasadnioną ocenę, że oferta odwołującego zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia i nieuzasadnione jej odrzucenie mimo powołania w uzasadnieniu odrzucenia jedynie argumentów mających wskazywać, na rażąco niską wycenę niektórych jedynie składników ceny.

2.art. 90 ust 1 przez przyjęcie, że koszt wykonania robót: RCO Obiekty Inżynieryjne oraz RCO Kładka na stacji Kraków Bonarka stanowi istotną część składową ceny w rozumieniu powołanego przepisu.

3.art. 90 ust. 3 w zw. z art. 7 przez dokonanie oceny i przyjęcie, że oferta złożona przez Odwołującego zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, w sytuacji gdy jest zbliżona do innych ofert złożonych w postępowaniu, a wyjaśnienia Odwołującego potwierdzają realność zaoferowanej wyceny w zakresie kwestionowanych części składowych ceny oraz przyjęcia, że kwestionowane części składowe stanowią „istotne części składowe ceny” w rozumieniu art. 90 ust 3 ustawy Pzp

4.art. 91 ust. 1 przez dokonanie wyboru oferty Konsorcjum jako oferty najkorzystniejszej, podczas gdy to oferta Odwołującego była ofertą, która powinna zostać najwyżej oceniona przez Zamawiającego i wybrana,

II. Wskazując na powyższe zarzuty wnosi o nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego z udziału w postępowaniu

o udzielenie Zamówienia,

2.Unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

3.Uznanie, że Odwołujący wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu o nakazanie powtórzenia czynności Zamawiającego polegającej na ocenie ofert,

III.Odwołujący otrzymał informację Zamawiającego z 12 maja 2017 roku o odrzuceniu oferty Odwołującego pocztą elektroniczną email 12 maja 2017 roku.

IV.Odwołujący spełnia przesłanki, o których mowa w art. 179 ust. 1 p.z.p., tj. posiada interes w uzyskaniu Zamówienia i w związku z tym może ponieść szkodę na skutek dokonania przez Zamawiającego zaskarżonych czynności z naruszeniem przepisów ustawy,

Oferta Odwołującego została odrzucona, chociaż w wyniku oceny zajęłaby pierwsze miejsce

- przed ofertą Konsorcjum firm Swietelsky Rail Polska Sp. z o.o., ul. Wielicka 250, 30-663 Kraków oraz Swietelsky Baugesellschaft m.b.H. Edlbacherstr.10, A-4020 Linz. Odwołujący zadeklarował kryteria oceny pozacenowe na identycznym poziomie jak konsorcjum. W związku z tym naruszenie przez Zamawiającego przepisów p.z.p. może przynieść Odwołującemu szkodę w postaci utraconych korzyści za niezrealizowane Zamówienie.

II.[Zarzut naruszenia art. 89 ust 1 pkt 4 Pzp]

Pismem z 16 marca 2017 r. zamawiający wezwał odwołującego do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia istotnych części składowych ceny złożonej w ofercie. Zgodnie z wezwaniem Zamawiającego wyjaśnienia winny dotyczyć w szczególności:

1.RCO Obiekty inżynieryjne, pozycja 5,5,2,5.4 oraz

2) RCO Kładka na stacji Kraków Bonarka: poz. 1.1, poz. 1.1.7, poz. 1.2, poz. 1.2.6,

Jak wynika wprost z wezwania zamawiającego ceny podane przez (...) "Wykonawcę w poszczególnych pozycjach są znacząco niższe niż średnie ceny ustalone przez zamawiającego w oparciu o ceny z SEKONCENBUD-u lub średnie ceny jednostkowe w pozostałych ofertach. "

W odpowiedzi na wezwanie, odwołujący w dniu 23 marca 2017 roku złożył szczegółowe wyjaśnienia, popierając

je ... stosowną dokumentacją z .. uwzględnieniem kosztorysu sporządzonego przez podwykonawcę, uwzględniającego wyżej opisane pozycje RCO. Dowód: Odpowiedź Odwołującego z dnia 23 marca 2017 roku

W ocenie Odwołującego, wykazał on, że cena oferowana na realizację zadania stanowiącego przedmiot zamówienia została skalkulowana w sposób uwzględniający wszystkie elementy i wymagania określone przez zamawiającego w dokumentacji przetargowej.

Zamawiający Odrzucając ofertę oparł się na przepisie art. 89 ust 1 pkt 4 ustawy Pzp. Powołując się przy tym jedynie na porównania składników cenowych o jakie zapytał (RCO obiekty inżynieryjne oraz RCO Kładka na stacji Bonarka Kraków) z podobnymi przedsięwzięciami realizowanymi przez Zamawiającego. Takie postępowanie zamawiającego narusza powołany wyżej przepis.

Należy w tym miejscu zwrócić uwagę, że odrzucenie oferty może nastąpić jedynie w wypadku ustalenia rażąco niskiej ceny nie zaś w wypadku ustalenia rażąco niskich składników ceny (nawet istotnych). Przepis art. 89 ust 1 pkt 4 nie pozwala na odrzucenie oferty ze względu na składniki ceny. Relacja powołanego przepisu z przepisem art. 90 ust 1 ustawy Pzp nie pozwala na wysnucie wniosków o możliwości odrzucenia oferty w wypadku wykazania rażąco niskich składników ceny jeżeli cena jako całość nie pozostaje rażąco niska. Przepis art. 90 ust 1 jest przepisem o charakterze proceduralnym opisującym kompetencje Zamawiającego do żądania wyjaśnień, nie stanowi natomiast samodzielnej podstawy do odrzucenia oferty. Pojęcie istotnych części składowych ceny wprowadzone zostało do przepisu art. 90 ust 1 nowelizacją z czerwca 2016 roku i relacja pomiędzy tym pojęciem a oceną ceny jako rażąco niskiej nie była przedmiotem szerokiego orzecznictwa. Odwołujący stoi na stanowisku, że nawet wykazanie (co Odwołujący w niniejszym postępowaniu kwestionuje) wykazanie rażąco niskich istotnych składników ceny nie może prowadzić do odrzucenia oferty jeżeli ceny jako całości nie można określić mianem rażąco niskiej. Podobne stanowisko wyraziła Maria Olszewska w artykule „Kwestia Wątpliwości” opublikowanym w M. Zam. Publ.2016/3/42-46 (dostępne także w serwisie LEX). Autorka wskazuje: „(.. .) przy badaniu wystąpienia rażąco niskiej ceny należy brać pod uwagę cenę zaproponowaną przez wykonawcę za cały przedmiot zamówienia, nie zaś jej poszczególne składniki, odnoszące się do pojedynczych elementów składających się na przedmiot zamówienia. Innymi słowy, nawet relatywnie niska cena za poszczególne elementy przedmiotu zamówienia nie może stać się przesłanką do odrzucenia oferty na podstawie ustawy p.z.p., jeśli jednocześnie całkowita cena ofertowa nie odbiega znacząco od wartości szacunkowej ustalonej przez zamawiającego oraz od cen rynkowych, mających swoje odzwierciedlenie w szczególności w cenach ofert innych wykonawców(..

Zamawiający nie przeprowadził analizy z której wynikałoby, że cena zaoferowana przez Odwołującego stanowi cenę

rażąco niską. Oferta odpowiada ok. 75 % kwoty przeznaczonej przez Zamawiającego na realizację zamówienia. Średnia arytmetyczna cen ofert złożonych

w zamówieniu to kwota 214.115.111 zł. Wartość ta różni się od ceny Odwołującego o ok. 5%. Powyższe dowodzi, że posługując się wskazówką interpretacyjną wynikającą z art. 90 ust 1a ustawy Pzp, cena zaoferowana przez Odwołującego nie jest ceną rażąco niską zaś jego oferta nie podlega odrzuceniu.

Na marginesie jedynie należy zauważyć, że w podobny do oferty Odwołującego sposób odrzucona została oferta nr 3 - Konsorcjum firm Infra Silesia SA i Transkol Sp z o.o. opiewająca na cenę 230.612.652 zł. Zamawiający uznał zatem, że kwota ok. 230 mln jest ceną rażąco niską zaś kwota niższa – ok. 215 mln taką ceną nie jest. Interpretacja przepisów, która doprowadzała Zamawiającego do takiego ustalenia przeczy podstawowym zasadom matematyki i narusza przepis art. 89 ust 4 ustawy Pzp.

Zamawiający prowadził szereg postępowań w ramach których dokonywał wyboru ofert zawierających ceny niższe niż 75% wartości przeznaczonej na realizację zamówienia Dowód: Zestawienie zamówień z ceną stanowiącą mniej niż 75% szacowanej wartości zamówienia

III.[Zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy Pzp]

Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie wysokości istotnych zdaniem Zamawiającego składników ceny. Dla ustalenia, że mamy do czynienia z istotnym składnikiem ceny należy dokonać interpretacji powołanego pojęcia w świetle przepisu art. 90 ust 1 ustawy Pzp. Jak się wydaje należy zgodzić się z tezą wyrażoną między innymi w Wyroku KIO 271/17 w którym Izba wskazała: W świetle art. 90 ust 1 pzp w zakresie istotnych części zamówienia ważne jest ustalenie, że te części mają znaczenie dla całości wyceny przedmiotu zamówienia lub że są to istotne części zamówienia, które stanowią przedmiot odrębnego wynagrodzenia. Dla powołanej relacji istotne jest zatem ustalenie jak istotny wpływ na całość ceny posiada część zamówienia. Istotność tego wpływu oceniać należy poprzez jego odniesienie do całości ceny i relewantność takiej relacji dla przyjęcia, że cena zaoferowana jest rażąco niska. Innymi słowy należy ocenić, czy istotność wpływu na cenę określonego jej składnika (lub sumy składników) jest tak duża, że mogłaby prowadzić do odrzucenia oferty. Zbadać zatem trzeba, zdaniem Odwołującego, czy możliwym jest wykonanie zamówienia nawet w wypadku gdyby określony oferent na ocenianych składników przyjął cenę 0 zł.

Dokonując opisanej analizy w stosunku do przedmiotowego zamówienia należy przyjąć, że nawet brak wyceny w opisanych zakresach prac nie powodowałby braku możliwości wykonania całości prac przy takim skalkulowaniu ceny, jakiego dokonał Odwołujący. Powyższe oznacza, że kwestionowane przez Zamawiającego składniki cenowe nie posiadają cech istotności pozwalającej na powołanie się na nie i wdrożenie procedury wyjaśnienie rażąco niskiej ceny, a co za tym idzie odrzucenia oferty Odwołującego.

IV.[Zarzut naruszenia art. 90 ust. 3 w zw. z art. 7 ustawy Pzp]

Poniższe uzasadnienie Odwołujący przytacza z uwagi na bezpieczeństwo procesowe bowiem Zamawiający nie zastosował przepisu art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Zamawiający nie tylko wybiórczo potraktował wyjaśnienia Odwołującego, ale przede wszystkim nie dostrzegł, że wszystkie złożone w postępowaniu oferty są do siebie bardzo zbliżone.

Wskazując że w trakcie weryfikacji, czy oferta zawiera cenę rażąco niską, należy brać pod uwagę cenę całej oferty, a nie ceny jednostkowe, czy też ceny za poszczególne części przedmiotu zamówienia. Tymczasem zamawiający w wezwaniu skierowanym do odwołującego poddał pod wątpliwość wyłącznie ceny jednostkowe. Odwołujący wskazuje, że zamawiający powinien brać pod uwagę ostateczną cenę oferty, a nie kalkulacje poszczególnych cen jednostkowych, szczególnie że ceny te - nawet jakby przyjąć, że są zaniżone, czemu całkowicie zaprzecza odwołujący, to nie mają żadnego wpływu na cenę ofertową w całości. Odwołujący wywodzi, że analizę ofert należy zawsze oprzeć na innych kryteriach. Należą do nich przykładowo: odbieganie całkowitej ceny oferty od cen obowiązujących na danym rynku w taki sposób, że nie ma możliwości realizacji zamówienia przy założeniu osiągnięcia zysku; zaoferowanie ceny, której realizacja nie pozwala na utrzymanie rentowności wykonawcy na tym zadaniu; niewiarygodność ceny z powodu oderwania jej od realiów rynkowych. Opierając się na własnych doświadczeniach i treści przedstawionego kosztorysu podwykonawcy, wykazał, że jego oferta nie jest rażąco niska, ale także pozwala wygenerować odpowiedni zysk, a co najważniejsze jest to cena zbliżona do innych wykonawców, co potwierdza, że ma ona bezsprzecznie charakter rynkowy. Zamawiający w żaden sposób w uzasadnieniu odrzucenia oferty odwołującego nie odniósł się do tego, że cena zaproponowana przez odwołującego niesie ryzyko niewykonania zamówienia. Zaoferowana przez odwołującego cena nie tylko nie rodzi ryzyka niewykonania przedmiotowego zamówienia, ale także przedstawia rzeczywistą relację wartości świadczenia pieniężnego do wartości świadczenia niepieniężnego odwołującego. Wykazanie, iż cena danej oferty jest ceną rynkową, powoduje, że nie ma dalszej potrzeby dowodzenia jakichkolwiek okoliczności wskazanych w art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, uzasadniających jej obniżenie w stosunku do kosztów wykonania zamówienia i cen rynkowych w tym zakresie. Dla przyjęcia powstania

domniemania w przedmiocie wystąpienia ceny rażąco niskiej, nie jest w tym przypadku wystarczające odwołanie się do jakichkolwiek sztucznie przyjmowanych wielkości, jak np. wyliczeń własnych Zamawiającego opierających się wyłącznie na porównaniu cen jednostkowych poszczególnych ofert, kwalifikujący je do przeprowadzenia procedur wyjaśniających. Zamawiający nie powinien również w świetle powyższego ograniczać wykonawcy co do zakresu składanych wyjaśnień, poprzez

wskazanie konkretnych elementów oferty, co do których oczekuje wyjaśnień, ponieważ nie posiada żadnej wiedzy, które z elementów oferty mają, w odniesieniu do danego wykonawcy, istotne znaczenie z punktu widzenia możliwości obniżenia ceny oferty w stosunku do cen normalnie występujących na rynku. Tym samym jedynie ewentualny brak złożenia wyjaśnień lub złożenie ogólnych wyjaśnień (bez kalkulacji lub dowodów), nie uzasadniających wysokości zaoferowanej ceny, nie rozwiewających wątpliwości zamawiającego co do rzetelności dokonanej przez wykonawcę kalkulacji, mógłby pociągać za sobą skutek w postaci odrzucenia oferty.

Zamawiający wyczerpująco opisał sposób wyliczenia składników ceny wskazując między innymi, że część robót przewidziany został do wykonania w siłach własnych i koszty tych robót zostały uwzględnione w innych branżach, bądź skalkulowane indywidualnie. W szczególności dotyczy to robót takich jak:

-wykopy (uwzględniono w branży torowej)

-zasyпки, (wykonanie stref przejściowych w branży torowej)

-odwodnienie obiektów (uwzględniono w branży odwodnieniowej) - wszelkie roboty przygotowawcze oraz tymczasowe i zabezpieczenia (ujęto w branżach torowych, odwodnieniowa, srk, sanitarna, elektroenergetycznej do 1 kV oraz w wycenie robót przygotowawczych)

Powyższe wyliczenie zgodne jest z technologią wykonywanych prac w ramach której np. przy wykonywaniu wykopów torowych tym samym sprzętem i jednocześnie wykonane zostaną wykopy dla kwestionowanego zakresu prac.

Niezależnie od wykonawstwa w siłach własnych Odwołujący przedstawił ofertę podwykonawcy wskazującą, że jest w stanie wykonać prace w założonej cenie. Do powołanych faktów Zamawiający nie odniósł się w żadnej mierze kwestionując jedynie sposób wyliczenia ceny wskazany przez Odwołującego.

Dowód: Oferta firmy Aror z dnia 22 marca 2017 roku

Bardzo istotnym jest przedstawiona przez Odwołującego chęć zastosowania technologii kompozytowej przy wykonywaniu kładki na stacji Bonarka Kraków. Zamawiający do powołanej propozycji ani jej kosztów w ogóle się nie ustosunkował. Proponowana technologia jest całkowicie nowatorska w skali kraju i przewiduje wykonanie kładki z kompozytów płyt warstwowych z elementów metalowych. Podwykonawca Odwołującego posiadazgłoszenie patentowe nowatorskich elementów rdzenia płyt metalowych pozwalające na wykonanie kładki nawet poniżej kosztów założonych przez Odwołującego: Dowód: 3. przesłuchanie świadka M. M. - wezwanie na adres mailowy pełnomocnika odwołującego

IV. [Zarzute naruszenia art. 91 ust. 1 p.z.p.]

Analizując treść informacji z otwarcia ofert należy stwierdzić, że cena zaoferowana przez Konsorcjum firm Swietelsky Rail Polska Sp. z o.o., ul. Wielicka 250, 30-663 Kraków oraz Swietelsky Baugesellschaft m.b.H. Edlbacherstr.10, A-4020 Linz wynosi 215.460.051,09 zł, natomiast cena zaoferowana przez Odwołującego wyniosła 204.862.854,46 zł.

Analiza pozostałych parametrów oferty Odwołującego podlegających ocenie, takich jak okres gwarancji oraz Zatrudnienie pracowników Wykonawcy i zatwierdzonych podwykonawców w oparciu o umowę o pracę przez cały okres realizacji przedmiotu zamówienia pozwala na przyjęcie założenia, że Odwołujący uzyskałby maksymalną ilość punktów- 40%.

Dokonując więc oceny ofert przy uwzględnieniu oferty Odwołującego punktacja uległaby zmianie zaś na pierwszym miejscu znalazłaby się oferta Odwołującego.

Dowód: Oferta Odwołującego- w aktach sprawy; Informacja z otwarcia ofert, Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty.

Powyższe okoliczności potwierdzają interes prawny Odwołującego, jednocześnie wskazując na działanie Zamawiającego naruszające art. 7 ust. 1 oraz ust. 3 w związku z art. 26 ust. 3 oraz ust. 4 pzp, poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Ponadto należy podkreślić, że cena oferowana przez Odwołującego jest niższa o 10.597.196,63 zł, od ceny oferty uznanej za najkorzystniejszą, zaś cena uznana za najniższą jest (!) wyższa niż średnia arytmetyczna cen złożonych w postępowaniu przetargowym.

Odrzucenie oferty Odwołującego przejawia się w naruszeniu zasady wyrażonej w art. 7 ust.

1 Pzp, zgodnie z którą Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Zdaniem Odwołującego, w ramach niniejszego postępowania, w związku z faktem, iż Przedsiębiorstwo Napraw i Utrzymania Infrastruktury

Kolejowej w Krakowie Sp. z o.o., zaproponowało wyższą cenę niż Odwołujący, z kolei Odwołujący spełnił wszelkie wymagania przewidziane w ustawie jak również w SIWZ, Zamawiający nie powinien był odrzucać oferty Odwołującego. Uzasadnione jest żądanie Odwołującego wyrażone we wstępie pisma, które doprowadzi do prawidłowego, rzetelnego i sprawiedliwego rozstrzygnięcia odnośnie ofert w przedmiotowym postępowaniu przetargowym.

Zarzucane Zamawiającemu naruszenia przepisów ustawy mają istotny wpływ na wynik postępowania, bowiem dotyczą one badania przez Zamawiającego spełnienia przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu o udzielenia zamówienia, co może doprowadzić do bezpodstawnego odrzucenia oferty Odwołującego z udziału w postępowaniu, podczas gdy w ocenie Odwołującego oferta nie podlegała odrzuceniu. Wobec powyższego zdaniem Odwołującego Zamawiający powinien dokonać ponownej oceny ofert,

w następstwie której wybierze najkorzystniejszą ofertę, co może prowadzić do wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Zamawiając wniósł o oddalenie odwołania. Stwierdził, że odwołujący nieprawidłowo interpretuje art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy pzp twierdząc, że przepis nie pozwala na odrzucenie oferty ze względu na rażąco niskie składniki ceny. Wskazuje na istotną zmianę definicji pojęcia rażąco niskiej ceny obecnie w stosunku do przepisów poprzednich w treści art. 90 ust. 1 ustawy pzp. Obecnie cenę rażąco niską lub koszt odnosić można zarówno do całości oferty, jak i istotnej części oferty, o ile tak zdefiniowana cena budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego. Natomiast w poprzednim stanie prawny pojęcie rażąco niskiej ceny ograniczało się do ceny całej oferty, nie zaś do jej jakiegokolwiek części (nawet istotnej), a także pomijało kwestię rażąco niskiego kosztu.

Zamawiający jest obecnie uprawniony i zobowiązany do odrzucenia oferty, w której stwierdził rażąco niską cenę w rozumieniu art. 90 ust. 1 ustawy, a więc także w przypadku, gdy zarzut ten odnosi się do istotnej części oferty.

Odnosnie zarzutu dotyczące kosztu wykonania robót w zakresie RCO – Obiekty Inżynieryjne oraz RCO: kładka na stacji Kraków Bonarka jako istotnej części składowej ceny wskazał, że przeanalizował to pojęcie do całości zadania inwestycyjnego i uznał, że zarówno cena za obiekty inżynieryjne poz. RCO 5.2 oraz 5.4 oraz za kładkę na stacji Kraków Bonarka stanowią istotną część składową ceny.

Ceny za te elementy są istotne dla całości oferty z następujących powodów:

-elementy stanowiące przedmiot zamówienia w postaci obiektów inżynieryjnych oraz kładki na stacji Kraków Bonarka zamawiający objął szczególną regulacją: zastrzegł dla siebie prawo do rezygnacji z ich wykonania co do tych elementów. Zatem przedmiot zamówienia obejmuje ww. elementy na etapie ofertowania, jednak w przyszłości może być ograniczony faktyczny zakres realizacji i w takim przypadku elementy te nie powstaną w tym znaczeniu, że nie będzie ich budować wybrany w postępowaniu wykonawca. Zatem ceny za ww. elementy stanowią istotną część składową ceny, bowiem jest dla zamawiającego istotne, by zarówno przedmiot zamówienia, który będzie realizowany, jak ten, który może nie być realizowany były wycenione z należytą starannością, i by w cenie każdego z nich odrębnie ujęte były wszystkie koszty ich wykonania,

-w odniesieniu do obiektów inżynieryjnych oraz kładki, analogicznie jak do całego zamówienia, dopuszczalne będzie podwykonawstwo. Ustalenie nierealnych rynkowo cen, które różnią się zasadniczo także między sobą spowoduje w przyszłości, że zamawiający nie będzie mógł zatwierdzić umowy podwykonawczej, która będzie prawdziwie rynkowa.

Zgodnie z zapisami wzoru umowy § 11 ust. 1 pkt 9 w umowie podwykonawczej winna się znaleźć klauzula o treści „Wartość wynagrodzenia należnego podwykonawcy i dalszym podwykonawcom nie może przewyższyć wartości wynagrodzenia, które zamawiający zobowiązany będzie zapłacić wykonawcy za przedmiot umowy o podwykonawstwo”. Do treści klauzuli nie wnoszono zastrzeżeń. Brak realnej możliwości zatrudnienia podwykonawcy, który zgodzi się na rażąco niższą niż rynkowa cenę za wykonanie ww. obiektów będzie utrudnione lub niemożliwe, co spowoduje faktyczny brak możliwości realizacji zadania inwestycyjnego w tej części,

-wycena zakwestionowanych przez zamawiającego pozycji RCO w sposób rażąco niski stanowi nienależyte przygotowanie ceny ofertowej, która nie powinna mieć miejsca. Odwołujący w wyjaśnieniach ceny wskazał, iż wycenił koszty wytworzenia wątpliwych pozycji (których wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny domagał się zamawiający) w innych pozycjach RCO. Taki stan rzeczy w przypadku skorzystania przez zamawiającego z możliwości wyłączenia części zakresu rzeczowego spowoduje, iż wykonawca bezpodstawnie wzbogaci się na realizacji, gdyż zamawiający będzie zmuszony do zapłaty pozostałych pozycji RCO, tych niepodlegających wyłączeniu, zgodnie z ich wartością z oferty,

-nowelizacja ustawy pzp w zakresie możliwości badania przez zamawiającego istotnych składników oferty była także spowodowana problemami księgowo-podatkowymi występującymi już po zrealizowaniu zadania inwestycyjnego. Zgodnie z zasadami rachunkowości inwestor wprowadza do ewidencji nowy środek trwały po cenie, jaką zapłacił za obiekt. Mając na uwadze niniejsze postępowanie oraz wycenę odwołującego, doszłoby do przyjmowania na stan

środków trwałych (kładka dla pieszych lub przejście podziemne) po cenie niepokrywającej nawet kosztów wytworzenia i konieczności dalszych zabiegów księgowych w postaci aktualizacji wartości środków trwałych urealnających wartość.

Zamawiający przypomina, że pod kątem ceny ocenianej jako rażąco niska można badać nie tylko całość ceny ofertowej lecz także istotne składowe.

Podtrzymuje argumenty podane jako przyczyny odrzucenia oferty odwołującego, to jest w szczególności:

1/ ceny dla pozycji RCO Obiekty Inżynierskie 5.2 i 5.4 oraz za poz. Kładki na stacji Kraków Bonarka są zaniżone w sposób zasadniczy do cen rynkowych obliczonych na podstawie wskaźników Secocenbud oraz wynikających z innych ofert,

2/ cena poz. 5.4. RCO jest znacząco niższa (585 000 zł) niż zaoferowana w tej samej ofercie za zbliżony obiekt (5.2.) 909 088,20 zł, przy czym obiekt referencyjny (5.2) ma być krótszy o ok. 16 m i nie obejmuje budowy wyjścia na peron i pochylni,

3/ oferowana cena za realizację poz. 1.2.6 – branża obiekty inżynierskie w Etapie II – Kładka pieszo – rowerowa na stacji Kraków Bonarka (90 000 zł) jest pięciokrotnie niższa od ceny za analogiczną pozycję 1.1.7 w Etapie I (450 000 zł),

4/ zamawiający nie dopuścił dowolnego przenoszenia kosztów między cenami na poszczególne elementy przedmiotu zamówienia, a odwołujący tak właśnie sporządził ofertę, co potwierdza w swym wyjaśnieniu z 22 marca 2017 r. (s. 2) i w odwołaniu (s. 9).

Przedstawione wyjaśnienia co do cen części składowych oferty nie wyjaśniły, zdaniem zamawiającego, podstawy ustalenia tak rażąco niskich cen. W wyjaśnieniu brak jest wyliczeń, a oferta podwykonawcy firmy AROR z 22.03.2017 r. jest niewiarygodna, jako sporządzona na potrzeby wyjaśnień, firma ta nie została w ofercie wskazana jako podwykonawca, jest podpisana niezgodnie z zasadą reprezentacji, a skoro odwołujący nie przewiduje powierzenia przedmiotowego zakresu realizacji podwykonawcy, to bez znaczenia są jego wyjaśnienia w postaci oferty AROR; zamawiający winien wykazać, że zawarte umowy, dostępne dla niego szczególne warunki realizacji itp. okoliczności umożliwią mu wykonanie tej części zadania na zasadzie angażowania sił własnych.

Co do zarzutu, że zamawiający nie ustosunkował się do wyjaśnienia opartego na chęci zastosowania technologii kompozytowej zamawiający podniósł, że odwołujący nie oferował tej technologii w swej ofercie, nie wykazał posiadania patentu na tę technologię, ani nie wskazał, że zamierza ten zakres zlecić podwykonawcy, zatem twierdzenia odwołującego na ten temat nie mają znaczenia dla badania istnienia rażąco niskiej ceny za wykonanie kładki na stacji Kraków Bonarka.

Odnosnie zarzutu podniesionego wobec oferty wybranej zamawiający stwierdził, że nie stwierdził, aby oferowano rażąco niską cenę w odniesieniu do ceny całej oferty, jak i poszczególnych elementów tej ceny.

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Wyraził pogląd, że w aktualnym stanie prawnym także istotne części składowe ceny lub kosztu mogą być badane pod kątem przesłanek rażąco niskiej ceny. Wskazał na piśmiennictwo i orzecznictwo w tym zakresie.

Zauważył, że zgodnie z PFU poszczególne ceny jednostkowe, powinny być oszacowane realistycznie, tj. stawki i ceny przy wszystkich pozycjach w Rozbiciu ceny ofertowej mają stanowić realistyczną ocenę kosztów podjęcia się wykonania robót opisanych w poszczególnych pozycjach. Niedoszacowanie jednej z pozycji RCO wpłynie także na nierealność ceny całkowitej.

Wskazał na dysproporcje w zakresie cen jednostkowych RCO przy pkt 4 Obiekty inżynierskie oraz pkt 4a – Kładka na stacji Kraków Bonarka:

-oferta przystępującego pkt 4 12.505.613,49 zł

-oferta odwołującego jw. 7.880.860,80 zł

-średnia ofert wykonawców 11.399.973,54 zł

-różnica procentowa między wyceną przystępującego a odwołującego ok. 37%

-różnica procentowa między wyceną odwołującego a średnią ofert 30,87%

Odnosnie pkt 4 zamawiający wskazał w szczególności dwie podpozycje, tj. pkt 5.2 budowa przejścia podziemnego w km 14,968 konstr. żelbet. Oraz 5.4. budowa nowego przejścia podziemnego pod torami w km 15,521 – konstrukcja żelbetowa zbrojona, np. w zakresie pkt 5.4.:

-oferta przystępującego 5.021.628,71 zł

-oferta odwołującego 585.000 zł

-średnia ofert wykonawców 4.144.511,99 zł

-różnica procentowa między wyceną przystępującego a odwołującego 88,35%

-różnica procentowa między wyceną odwołującego a średnią ofert 85,88%

Odnosnie pkt 4a – Kładka Kraków Bonarka wskazano na dwie inne podpozycje tj. 1.1.7 – etap I branża obiekty inżynieryjne oraz 1.2.6 etap II branża obiekty inżynieryjne

Dla poz. 1.2.6:

-oferta przystępującego 2.440.796,38 zł

-oferta odwołującego 90.000 zł

-średnia ofert wykonawców 1.410.839,89 zł

-różnica procentowa między wyceną przystępującego a odwołującego 96,31%

-różnica procentowa między wyceną odwołującego a średnią ofert 93,62%

Przystępujący stwierdził, że jest nierealistyczna wycena pozycji tańsza o 93% od średniej pozostałych ofert. Stwierdził również, że w technologii kompozytowej kładki cena byłaby nawet wyższa. Dla poz. 5.2 i 5.4 stwierdził, że same koszty materiału są wyższe od wyceny odwołującego.

Wskazane dysproporcje prowadzą do wniosku, że pozycje jednostkowe oferty odwołującego w elementach zaniżonych zostały znacznie zawyżone w porównaniu do ofert innych wykonawców np. poz. 2.11 układanie rozjazdów krzyżowych – oferta odwołującego 5 razy droższa od pozostałych, poz. 1.12 branża sanitarna demontaż rurociągów z uzbrojeniem – 5 krotnie droższa od pozostałych wykonawców, część ogólna poz. 4 – zatrudnienie jednostki certyfikującej – 5-krotnie droższa oferta odwołującego.

Przystępujący wskazał, że poza przesłanką rażąco niskiej ceny oferta podlega odrzuceniu także w przypadku zastosowania przez wykonawcę działań z zakresu szeroko rozumianej

inżynierii finansowej, polegającej na przerzucaniu kosztów cen jednostkowych pomiędzy sobą. Wskazał na poparcie orzecznictwo.

Stwierdził, że dokonana przez zamawiającego niniejszej sprawie weryfikacja części składowych ceny oferty odwołującego tj. w zakresie pkt 4 Obiekty inżynieryjne oraz pkt 4a Kładka na stacji Kraków Bonarka była prawidłowa i zgodna z obowiązującymi przepisami prawa, a oferta odwołującego została słusznie odrzucona. Podkreślił, że zakwestionowane pozycje zbiorczego zestawienia RCO stanowią istotne części składowe ceny globalnej. Omówił pojęcie istotnych części składowych ceny nie zdefiniowane w przepisach ustawy.

Wskazał, że z postanowień siwz wynika nadanie takiego znaczenia elementom opisanym w sprawie, w tym c o do wymogu realistycznej oceny kosztów robót wyszczególnionych w RCO. Obydwie pozycje stanowią odrębne kategorie cenotwórcze, a ich niedoszacowanie powoduje utratę waloru realności ceny. Zgodnie z siwz cena oferty stanowi sumę wartości wszystkich pozycji podanych w wypełnionym Rozbiciu ceny ofertowej. (pkt 13.4 i 5 siwz).

Stroniy .. uczestnik postępowania odwoławczego przedstawili stanowiska na rozprawie:

Odwołujący stwierdził, iż w obecnym stanie prawnym przy dopuszczalności dokonywania czynności wyjaśniających w odniesieniu do elementów składowych ceny nie nastąpiła zmiana przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy pzp. Co do przesłanki odrzucenia oferty z uwagi na jej cenę przypominał, że Zamawiający oparł się na ocenie oferty w tych elementach które są przewidziane do ewentualnego wyłączenia z zakresu robót. Wskazał na treść swoich wyjaśnień, tym m.in. wskazanie ujęcia określonych kosztów w określonych pozycjach i technologii wykonania kładki. Zauważył, że Zamawiający nie zakwestionował treści złożonych wyjaśnień. Złożyła od akt plik dokumentów na uzasadnienie realności cen niektórych elementów uzyskanych od potencjalnych wykonawców. Stwierdził, że również w ofercie wybranej i innej nieodrzuconej znajduje się szereg elementów o cenach zaniżonych w stosunku do średniej i oferty Odwołującego. Wskazał przykłady wiaduktów, przepustów będących elementami nie przewidzianymi do wyłączenia.

Odnosnie stanowiska Przystępującego dot. nierealności kosztów przejścia podziemnego stwierdził, iż ceną realną jest kwota 511.000,00 przy 600 m3 betonu konstrukcyjnego. Wskazał, że z PFU nie wynika niemożność zastosowania nowej technologii wykonania kładki, która jest rozwiązaniem nowoczesnym, spełniającym wszystkie wymagania i parametry. Zauważył, że PFU nie zawiera wymogu co do technologii wykonania kładki, także w ofercie nie deklarowano technologii żelbetowej. Podkreślił realność swojej kalkulacji we wszystkich pozycjach w oparciu o doświadczenia właśnie i współpracy z innymi podmiotami.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. Podtrzymał stanowisko zawarte w złożonej odpowiedzi.

Potwierdził, że sporne elementy stanowią istotną część oferty w rozumieniu art. 90 ustawy pzp, także z uwagi na fakt, iż przewidziane są do przekazania na własność innego podmiotu

– samorządu gminnego. Dla każdego elementu oczekiwał realnej wyceny. Odwołujący potwierdzał w wyjaśnieniach, iż część kosztów ujmował w innych pozycjach. Z oferty wynika, także, iż przewidział realizację kładki tradycyjną technologią. Złożył do akt dokumenty oznaczone 1A-2C zawierające wizualizację przejść podziemnych i kładki z

porównaniem cen tych elementów (Odwołującego i średnich cen postępowania). Podkreślił w tych częściach znacząco niską wartość deklarowaną przez Odwołującego. Wskazał także na treść wyjaśnień Odwołującego z 22.03.br. Stwierdził, że z treści oferty Odwołującego wynika tradycyjna technologia wykonania kładki. W związku ze złożoną przez odwołującego wizualizacją kładki zauważył, że PFU przewiduje jej zadaszenie.

Przystępujący po stronie Zamawiającego poparł stanowisko Zamawiającego.

Wskazał na przedstawione w załączonym piśmie argumentacje w tym dot. związku między art. 90 i 89 ust. 1 pkt 4. Wskazał na wymóg w specyfikacji dot. realnej wyceny kosztów w każdej pozycji. Przypomniał porównanie cen jednostkowych przedstawionych w piśmie. Wskazał na złożone przy piśmie dowody. Przedstawił przykłady innych rozbieżności kalkulacyjnych, między ofertą Odwołującego a pozostałymi. Zakwestionował wycenę Odwołującego wykonania kładki w nowej technologii niezależnie od stwierdzenia, iż informacja w tym zakresie została złożona po terminie.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym w szczególności treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty złożonej zamawiającemu przez odwołującego oraz postępowania wyjaśniającego w toku badania ofert, jak również stanowiska stron i uczestnika przedstawione na piśmie i ustnie do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje. Izba stwierdziła, że odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Zakres zarzutów, w sytuacji ich potwierdzenia się, wskazuje na pozbawienie odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji, narażając go tym samym na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody.

Skład orzekający uznaje, że w aktualnym stanie prawnym z uwagi na treść art. 90 ust. 1 ustawy pzp dopuszczalne jest odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy pzp w wyniku negatywnej oceny przez zamawiającego otrzymanych wyjaśnień dotyczących istotnych części składowych ceny oferty. Odmienny pogląd prezentowany przez odwołującego prowadziłby do wniosku, że pozbawione merytorycznego znaczenia byłyby wyjaśnienia co do istotnych części składowych oferty. Tym samym istotne części składowe ceny lub kosztu mogą być badane pod kątem przesłanek rażąco niskiej ceny.

W sprawie rozpatrywanej, zamawiający wprost wymagał w programie funkcjonalno- użytkowym (PFU), by poszczególne ceny jednostkowe, były oszacowane realistycznie, tj. stawki i ceny przy wszystkich pozycjach w Rozbięciu ceny ofertowej stanowiły realistyczną ocenę kosztów podjęcia się wykonania robót opisanych w poszczególnych pozycjach.

Decyzję o odrzuceniu oferty zamawiający podjął w następstwie oceny oferty odwołującego i złożonych na wezwanie wyjaśnień dotyczących wyliczenia istotnych części składowych ceny złożonej w ofercie.

W tym miejscu stwierdzić należy, że Izba uznaje argumentację zamawiającego, iż przedmiotowe elementy stanowią istotne części składowe oferty nie tylko ze względu na udział wartościowy, lecz ich charakter, w szczególności fakt, iż prawdopodobnie nie będą one wchodziły w zakres realizowanych prac, co mogło skłaniać zaniżenie ich kalkulacji na rzecz innych pozycji. Zgodnie z wezwaniem Zamawiającego dotyczyły w szczególności:

1. RCO Obiekty inżynierskie, pozycja 5,5,2,5.4 oraz
- 2) RCO Kładka na stacji Kraków Bonarka: poz. 1.1, poz. 1.1.7, poz. 1.2, poz. 1.2.6,

W odpowiedzi na wezwanie, odwołujący w dniu 23 marca 2017 roku złożył wyjaśnienia zastrzeżonej jako zawierające tajemnicę przedsiębiorstwa.

W ocenie Odwołującego, wykazał on, że cena oferowana na realizację zadania stanowiącego przedmiot zamówienia została skalkulowana w sposób uwzględniający wszystkie elementy i wymagania określone przez zamawiającego w dokumentacji przetargowej.

Zamawiający odrzucając ofertę na podstawie art. 89 ust 1 pkt 4 ustawy Pzp powołał się na porównania składników cenowych o jakie uprzednio zapytał (RCO obiekty inżynierskie oraz RCO Kładka na stacji Bonarka Kraków).

Dokumentacja postępowania, w tym wyjaśnienia Odwołującego potwierdzają, iż w ofercie wyceniono koszty niektórych pozycji (których wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny domagał się zamawiający) w innych pozycjach rozbięcia ceny - RCO. Taki stan rzeczy w przypadku skorzystania przez zamawiającego z możliwości wyłączenia części zakresu rzeczowego spowoduje, iż wykonawca uzyska nienależne przysporzenie za wykonanie prac

w sytuacji, gdy zamawiający wyłączy przedmiotowe prace z realizacji, z kolei za te prace w kolejnym etapie będzie zmuszony do zapłaty w cenach realnych.

Odnosnie zarzutu, że zamawiający nie uwzględnił wyjaśnień opartego na chęci zastosowania technologii kompozytowej należy zauważyć, odwołujący nie przedstawił tej technologii w swej ofercie, jakkolwiek przyznać należy, że taki obowiązek nie wynikał z postanowień siwz. Wskazanie takiej technologii rzeczywiście nastąpiło w wyjaśnieniach z 22 marca 2017. Jednakże opis w tym zakresie następuje po uzasadnieniu ceny z oferty na kwotę 1

202 625 zł z zawartym opisem prac w technologii tradycyjnej.

Skład postanowił w tym zakresie ujawnić fragment wyjaśnień: „Oferent, jako drugie rozwiązanie technologiczne planuje wdrożyć wykonanie przejścia rowerowo pieszego w technologii kompozytowej (zastosowano kleje elastyczne), jest to innowacyjna technologia/.../”. Opis, a następnie kalkulacja zawiera podsumowanie „Sumując przewidziany koszt budowy wynosi 700 500 zł”.

W ocenie składu orzekającego wykonawca tym samym przedstawił alternatywne, drugie rozwiązanie, które niezależnie od jego waloru użytkowego i opłacalności jest rozwiązaniem drugim, stanowiącym dodatkowy wariant przedstawiony po dacie składania ofert.

W ustalonym stanie faktycznym skład orzekający Izby uznaje, że dokonana przez zamawiającego w niniejszej sprawie weryfikacja części składowych ceny oferty odwołującego tj. w zakresie pkt 4 Obiekty inżynieryjne oraz pkt 4a Kładka na stacji Kraków Bonarka była prawidłowa i zgodna z obowiązującymi przepisami prawa, a oferta odwołującego została słusznie odrzucona.

W świetle powyższe skład orzekający uznał, że zamawiający w prowadzonym postępowaniu nie naruszył przepisów ustawy pzp wskazanych w zarzutach odwołania.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy pzp, orzeczono jak w sentencji. O kosztach skład orzekający Izby orzekł na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp oraz rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.).

Przewodniczący:.....