

Sygn. akt: KIO 966/17

WYROK
z dnia 5 czerwca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Protokolant: Sylwia Muniak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 maja 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 maja 2017 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **T. S.A., P. I. Sp. z o.o., ul. (...)** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. (...)**

przy udziale wykonawcy **Z. S.A., ul. (...)** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

- 1. oddala odwołanie,**
- 2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: T. S.A., P. I. Sp. z o.o., ul.(...), i:**
 - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **T. S.A., P. I. Sp. z o.o., ul. (...)** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2) zasądza kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) od wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **T. S.A., P. I. Sp. z o.o., ul. (...)** na rzecz zamawiającego: **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. (...)** stanowiącą koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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 Warszawie**.

.....

Uzasadnienie

Zamawiający: PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w W. prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego w przedmiocie: „Opracowanie dokumentacji projektowej oraz realizację robót budowlanych w formule „Projektuj i Buduj” w ramach projektu „Prace na linii kolejowej nr ... na odcinku C. – Z.”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane pod numerem ... w dniu 17 listopada 2016 r.

W dniu 5 maja 2017 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców, w tym Odwołującego, o wyborze jako najkorzystniejszej – oferty złożonej przez wykonawcę Z. S.A.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie: T. S.A., P. I. sp. z o.o. zwani dalej „K. T.”, wnieśli odwołanie zarzucając naruszenie przez Zamawiającego następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.), zwanej dalej „Pzp”:

1. art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp w zw. z art. 8 ust 1 i ust. 3 Pzp w zw. z art 96 ust 3 Pzp, poprzez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującemu zastrzeżonych przez wykonawcę Z. S.A. wyjaśnień złożonych w wyniku wezwania w trybie art. 90 ust. 1 Pzp pomimo, że informacje zawarte w wyjaśnieniach i dokumentach nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, co w konsekwencji doprowadziło do przeprowadzenia postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz wyboru oferty najkorzystniejszej niezgodnie z przepisami Pzp;
2. art. 7 ust 1 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt. 4 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Z. S.A. która zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, co w konsekwencji doprowadziło do przeprowadzenia postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
3. art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 90 ust 3 Pzp, poprzez brak prawidłowej analizy i oceny czynników mających wpływ na wysokość ceny oferty, co wpłynęło na zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Z.S.A. zawierającej rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, co w konsekwencji doprowadziło do przeprowadzenia postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;

4. art. 7 ust 1 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp, poprzez brak prawidłowej analizy oferty wykonawcy Z. S.A. w zakresie jej zgodności z treścią SIWZ (w szczególności RCO punkt 5.13.4 budowa ekranów akustycznych ilość/4462m w związku z wyjaśnieniami i modyfikacją treści SIWZ - część V, odpowiedź na pytanie 124 oraz punktem 5.11.1 PFU), tj. wobec braku zaoferowania przez wykonawcę Z. S.A. na stronie 109 oferty wykonania ekranów akustycznych w ilości wskazanej przez Zamawiającego, co w konsekwencji doprowadziło do przeprowadzenia postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. powtórzenia czynności badania i oceny ofert, a w tym zakresie:
 - 1) odrzucenie oferty wykonawcy Z. S.A. jako zawierającej rażąco niską cenę,
 - 2) odrzucenie oferty wykonawcy Z. S.A. jako nieodpowiadającej treści SIWZ,ewentualnie - ujawnienia zastrzeżonych przez wykonawcę Z. S.A. wyjaśnień i dokumentów złożonych w wyniku wezwania Zamawiającego w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, a w konsekwencji, dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Nadto, Odwołujący wniósł o:

1. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentacji postępowania, oferty wykonawcy Z.S.A., oferty Odwołującego, złożonych wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów złożonych na rozprawie oraz dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego na okoliczności wskazane w uzasadnieniu odwołania;
2. zasądzenie kosztów postępowania wywołanego wniesieniem niniejszego odwołania od Zamawiającego na rzecz Odwołującego.

Odwołujący wyjaśnił, że jego oferta uzyskała 94,16 punktów, co plasuje go na drugim miejscu w rankingu ofert. Wobec naruszenia przez Zamawiającego wskazanych w odwołaniu przepisów Pzp, przez co interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku. W przypadku uwzględnienia odwołania oraz powtórzenia czynności oferta Odwołującego zostanie wybrana jako najkorzystniejsza.

Z uwagi na znaczną różnicę cenową pomiędzy swoją ofertą, a ofertą wykonawcy Z. – powyżej 70 879 212,86 zł brutto, w dniu 9 maja 2017 r. Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego o udostępnienie protokołu postępowania w zakresie ewentualnych wezwań skierowanych do wykonawcy, którego ofertę uznano za najkorzystniejszą i jego odpowiedzi na nie. Zamawiający udostępnił skany protokołu postępowania, wezwań i wyjaśnień dotyczących oferty Z. w dniu 11 maja 2017 r.

W dniu 25 marca 2017 r. wykonawca Z. w został wezwany w trybie art. 91 ust. 1 Pzp do złożenia szczegółowych wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na

wysokość ceny istotnej części składowej zamówienia, w tym do złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny dla istotnej części składowej zamówienia, tj. poz. 5.13.4 RCO - budowa ekranów akustycznych. Wykonawca Z. złożył wyjaśnienia w dniu 31 marca 2017 r., których całą treść zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa (strony od 1 do 12 wyjaśnień).

W dniu 6 kwietnia 2017 r. Zamawiający, mając na uwadze treść złożonych w dniu 31 marca 2017 r. wyjaśnień, powołując się na art. 87 ust. 1 Pzp wezwał wykonawcę Z. do dalszych wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty, w tym w zakresie istotnej części składowej zamówienia, tj. poz. 5.13.4 RCO - budowa ekranów akustycznych:

„Czy jeżeli na etapie projektowania okaże się, iż Wykonawca nie będzie miał możliwości wykonania innych, tj. alternatywnych, metod ograniczenia hałasu np. poprzez zastosowanie mat antywibracyjnych podłuczniowych lub zastosowania sprężystych podpór podkładowych, to czy zaoferowana cena ryczałtowa uwzględnia wykonanie ekranów akustycznych w jakości i w standardzie opisanym w dokumentami przetargowej, czy Wykonawca wykona prawidłowo przedmiot zamówienia zgodnie z dokumentacją przetargową w zaoferowanej cenie?”

Zamawiający powyższym wezwaniem zażądał doprecyzowania treści złożonych wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny istotnej części składowej zamówienia, tj. ekranów akustycznych. W dniu 6 kwietnia 2017 r. wykonawca ZUE udzielił odpowiedzi, której treść ponownie zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zarzut 1.

Odwołujący wskazał na zasadę jawności obowiązującą w zamówieniach publicznych (art. 8 ust. 1 Pzp i art. 96 ust. 3 Pzp), która wywodzi się z konstytucyjnej zasady jawności działań podmiotów publicznych (art. 61 Konstytucji RP) i stanowi uzupełnienie postanowień ustawy z 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej. Zachowanie zasady jawności gwarantuje przejrzystość prowadzonego postępowania, a ustawowa gwarancja powszechnego dostępu do treści złożonych w postępowaniu ofert i ich wyjaśnień pozwala na urzeczywistnienie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Dostęp do informacji związanych z postępowaniem może być ograniczony tylko do przypadków określonych w ustawie (art. 8 ust. 3 Pzp).

Z protokołu postępowania wynika, że Zamawiający nawet nie podjął próby zbadania skuteczności dokonanego przez wykonawcę Z. zastrzeżenia. Ponadto, na wykonawcy Z. ciążył obowiązek udowodnienia, że zastrzeżenia przez niego dokonane są skuteczne.

Zamawiający bezkrytycznie przyjął, że cała treść pisma wykonawcy Z. z dnia 31 marca 2017 r. i 6 kwietnia 2017 r. może być objęta zastrzeżeniem jako tajemnica przedsiębiorstwa, a przecież część pisma musi zawierać uzasadnienie zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa i chociażby w tym zakresie powinna podlegać ujawnieniu.

Zdaniem Odwołującego, ponieważ za tajemnicę przedsiębiorstwa uznaje się jedynie informacje o charakterze technicznym, technologicznym i organizacyjnym (art. 11 ust. 4 uznk), to treść uzasadnienia zastrzeżenia informacji, jako część wyjaśnień - nie może być skutecznie objęta klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa. Podobnie w pozostałej treści wyjaśnień, które nie stanowią informacji o charakterze technicznym, technologicznym i organizacyjnym. Na tym etapie trudno jest podjąć polemikę ze skutecznością zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, czy z pozostałymi istotnymi informacjami z punktu widzenia zaoferowanej ceny, gdyż Zamawiający uznał za skuteczne zastrzeżenie całości treści pism wykonawcy Z. z dnia 31 marca i 6 kwietnia 2017 r.

Odwołujący przywołał orzecznictwo Izby, nie zgadzając się z tym, że Zamawiający dokonał badania zasadności i skuteczności zastrzeżenia treści ww. pism jako tajemnicy przedsiębiorstwa oraz brakiem ujawnienia treści ww. pism, gdyż nie mogą być one w całości (lub w części) skutecznie zaopatrzone w klauzulę tajemnicy przedsiębiorstwa. Podniósł, że wyjaśnienia rażąco niskiej ceny są częścią dokumentacji postępowania, która, zgodnie z linią orzeczniczą Izby, co do zasady podlega ujawnieniu. Ponadto, wykonawca Z. powinien udowodnić, że obowiązek zachowania unikalnych warunków współpracy, czy wyjątkowych marż został nałożony w jego firmie także na poddostawców, podwykonawców itd. Odwołujący wskazał, że wykazanie, o którym mowa w art. 8 ust. 3 Pzp, nie może polegać na przytoczeniu ogólnych zdań na temat rzekomo wyjątkowej strategii kosztowej czy cenowej, bez zaprezentowania informacji, na czym ona polega oraz konkretyzacji podjętych działań i ich opisu, co nie mogło znaleźć się na 12 stronach utajnionego pisma.

Zarzuty 2 i 3.

Obowiązek wyjaśnienia rażąco niskiej ceny występuje w stosunku do ofert, co do których zachodzi podejrzenie, że zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotna część składowa, 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 (art. 91 ust. 1 Pzp). Nowelizacja Pzp umożliwiła zamawiającym badanie istotnych części składowych ceny, tj. również w zakresie poszczególnych elementów składowych ceny, które w jego ocenie budzą wątpliwości.

Zamawiający powziął w tej sprawie wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z określonymi przez niego wymogami oraz obowiązującymi przepisami (konieczność sporządzenia oceny oddziaływania inwestycji na środowisko, której efektem jest decyzja o środowiskowych uwarunkowaniach, z której wynika konieczność zabudowy ekranów akustycznych w ilości ok. 4462 m). Wątpliwość ta dotyczyła punktu 5.13.4 RCO, w którym wykonawcy mieli przedstawić cenę za 4462 m ekranów akustycznych.

Wykonawca Z. w pozycji 5.13.4 RCO zaferował wykonanie 4462 m ekranów akustycznych jedynie za 20 000,00 zł, co daje 4,49 zł za metr.

Odwołujący wskazał, że w zakresie badania rażąco niskiej ceny istotnym elementem odniesienia są ceny rynkowe podobnych zamówień (por. wyr. SO w W. z 08.06.2006 rok, V Ca 459/06). W pierwszej kolejności należy zatem zbadać średnie stawki wynikające z Biuletynu Cen Obiektów Budowlanych tzw. S.. Odwołujący przywołał zeszyt 70/2016 na IV kwartał 2016 r. (najbardziej aktualny), w którym stawka za 1m ekranu to 1 666 zł, za 1 m² ekranu 555 zł, co oznacza, że wykonanie 4462 metrów ekranu akustycznego powinno realnie kosztować 7 433 692,00 zł, a nie jak wycenił wykonawca Z. - 20 000,00 zł, co stanowi 0.26% tej wartości. Przy tak rażąco niskiej cenie za wykonanie 4462m ekranu akustycznego trudno mówić o możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego i przepisami prawa.

Odwołujący przedstawił ponadto pozycje 5.13.4 RCO z innych ofert, które wskazują w jego ocenie, że średnia cena w ofertach za budowę 4462m ekranów akustycznych - wynosi 3 779 712,50 zł, co daje 847,09 zł za metr ekranu.

Niezależnie zatem od złożonych przez Z. wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny - nie można wykonać 4462m ekranów za cenę 20 000,00 zł, tj. 4,49 zł za metr.

Zamawiający dokonując badania oferty Z. powinien powziąć również wątpliwość w zakresie cen zaferowanych w ramach istotnej części zamówienia tj. robót torowych z odwodnieniem - punkt 5.1 RCO (w tym punkty: 5.1.1 Roboty rozbiórkowe, 5.1.2 Roboty podtorzowe, 5.1.3 Roboty nawierzchniowe, 5.1.4 Roboty odwodnieniowe i 5.1.5 Likwidacja zbędnych elementów infrastruktury). Zamawiający niezasadnie przeoczył jednak te ceny.

W tym zakresie Odwołujący podniósł, że zaproponowane ceny rażąco odbiegają od pozostałych cen rynkowych, przywołując m.in. ceny z S. oraz ceny ofert pozostałych wykonawców łącznie w pozycji 5.1: oferta Z. -143 093 963,75 zł, oferta Odwołującego -186 181 904,27 zł, oferta T. P. S.A. -153 249 000,00 zł, oferta B. S.A., F. A. S.A. - 194 992 168,58 zł.

W szczególności rażąco zaniżone zostały pozycje 5.1.2 Roboty podtorzowe, 5.1.3 Roboty nawierzchniowe i 5.1.4 Roboty odwodnieniowe. Odwołujący podkreślił, że ROBOTY TOROWE Z ODWODNIENIEM stanowią większość prac objętych zamówieniem i stanowią większą (istotną) część treści oferty. Wobec tego zaproponowane w ofercie przez Z. wykonanie np. robót nawierzchniowych w cenie: niższej o 23 679 691,47 zł od ceny Odwołującego i o 20 163 039,27 zł od średniej ceny zaproponowanej w ramach niniejszego zamówienia (138 298 495,85 zł), jest ceną rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia i nie daje możliwości jego wykonania zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego oraz zgodnie z przepisami technicznymi, standardami i normami określonymi dla tego typu robót.

Odwołujący powołał się na treść punktu 5.2 i 5.3 PFU, która określa jak wykonawca ma wykonać roboty związane z nawierzchnią kolejową i podtorzem (odwodnieniem), które determinują cenę części składowej oferty. Dla przykładu przedstawił wyliczenie kosztów materiałów związanych z podstawowym zakresem robót przewidzianym w PFU dla wykonania zakresu robót torowych opisanych w pozycji RCO 5.1.2 Roboty podtorzowe oraz 5.1.3 Roboty nawierzchniowe, które dla wykonania minimalnego zakresu prac opisanego punktem 5.1.2 Roboty podtorzowe wynosi 11 444 907,20 zł, przy wartości pozycji w ofercie Z. 11 447 218,30 zł, która obejmuje również wykonanie innych czynności niezbędnych dla prawidłowego wykonania robót takich jak: wykonanie wykopów, dostarczenie i zagęszczenie materiału (niesortu na warstwę ochronną), koszty związane z dostawą, koszty robocizny, koszty ogólne zarządu itd. (Gdzie zatem mowa o zysku czy ewentualnym backupie na ryzyka budowy, kolizje itp.?). Łączny koszt materiałów dla wykonania minimalnego zakresu prac opisanego w pkt 5.1.3 Roboty nawierzchniowe wynosi 101 140 362,50 zł, przy wartości pozycji w ofercie Z. – 118 135 456,58 zł, obejmującej również wykonanie innych czynności niezbędnych dla prawidłowego wykonania robót, w tym kosztów robocizny, kosztów składowania materiałów, kosztów sprzętu związanego z montażem torów i rozjazdów, sprzętu koniecznego do wykonania szlifowania torów i rozjazdów (który jest wypożyczany przez wszystkich wykonawców).

W tym stanie rzeczy, zaproponowana przez Z. cena istotnych części składowych jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i nie daje możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego w PFU oraz wynikającymi z odrębnych przepisów.

W zakresie rażącego zaniżenia ceny zaoferowanej przez Z. Odwołujący, powołując się na art. 190 ust. 3 i 4 Pzp wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego, który określi, czy zaoferowana cena w zakresie istotnych części składowych, w szczególności pozycji RCO: 5.13.4 i 5.1 (w tym 5.1.2,5.1.3,5.1.4) jest rażąco niska, a tym samym, czy istnieje możliwość wykonania przedmiotu zamówienia, zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów.

Wykonawca Z. nie może dokonać wyceny pozycji RCO w sposób dowolny, a tym bardziej w sposób rażąco niski, uniemożliwiający wykonanie poszczególnych części składowych przedmiotu zamówienia za określoną cenę. Pozycje RCO należy wyceniać w sposób racjonalny i profesjonalny. Każda pozycja RCO powinna zostać wyceniona zgodnie z zakresem w niej opisanym (a nie dowolnie). Niedozwolone jest również wliczanie kosztów wykonania jakiegokolwiek pozycji RCO w inne pozycje.

Zarzut 4.

Odwołujący podniósł brak prawidłowej analizy oferty Z. w zakresie jej zgodności z treścią SIWZ, w szczególności w zakresie RCO punkt 5.13.4 budowa ekranów

akustycznych ilość/4462m oraz wyjaśnień i modyfikacji treści SIWZ - część V, odpowiedź na pytanie 124, a tym samym braku zgodności z punktem 5.11.1 PFU.

Zamawiający w punkcie 5.11.1 PFU określił zakres prac związanych z budową ekranów akustycznych, przenosząc ciężar opisu przedmiotu zamówienia na decyzję o środowiskowych uwarunkowaniach: „Urządzenia ochrony przed hałasem powinny zostać zaprojektowane i wybudowane zgodnie z warunkami określonymi w decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach, chyba że postanowienie uzgadniające warunki realizacji przedsięwzięcia na etapie ponownej oceny oddziaływania na środowisko określi warunki odmienne, o ile ponowna ocena zostanie przeprowadzona.”

Wobec braku załączenia w dokumentacji postępowania decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach, w dniu 10 lutego 2017 r. Zamawiający opublikował wyjaśnienia oraz modyfikacje treści SIWZ - część V – w odpowiedzi na pytanie 124. Zamawiający udzielając odpowiedzi i dokonując modyfikacji SIWZ załączył streszczenie Raportu oddziaływania na środowisko z którego wynikała konieczność zabudowy ekranów akustycznych w ilości ok 4462 m. Zamawiający zmodyfikował RCO przez dodanie pozycji 5.13.4 - budowa ekranów akustycznych. Tym samym, Zamawiający wymagał, aby oferta wykonawców zawierała wycenę i wykonanie 4462m ekranów akustycznych.

Zdaniem Odwołującego, oferta Z. w punkcie 5.13.4 RCO nie zawiera wykonania ekranów akustycznych:

1. w cenie 4,49 zł/m wybudować można jedynie kartonową ściankę, a nie ekran akustyczny na słupach stalowych z panelami dźwiękochłonnymi jednostronnie perforowanymi,
2. z treści pisma Zamawiającego do Z. z dnia 6 kwietnia 2017 r. wynika, że w ofercie w pozycji 5.13.4 RCO przyjął on wykonanie alternatywnych metod ograniczenia hałasu takie jak: maty antywibracyjne podtłuczniowe lub sprężyste podpory podkładowe, jednak nigdzie w treści dokumentacji postępowania nie ma żądania zaoferowania alternatywnych metod ograniczenia hałasu, przeciwnie Zamawiający dookreślił ilość ekranów, które należało wliczyć w cenę ofertową.

Wobec tego oferta Z., jako niezgodna z treścią SIWZ, nie może być porównywana z innymi ofertami prawidłowo złożonymi w postępowaniu. Wybór oferty Z. oznacza pogwałcenie zasady równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 Pzp) oraz zasady, że treść oferty musi odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (art. 82 ust. 3 Pzp). Zdaniem Odwołującego, oferta Z. nie obejmuje swoim zakresem całości prac składających się na przedmiot zamówienia lub oferowany sposób, wobec braku zaoferowania wykonania 4462m ekranów akustycznych, co powoduje, że oferta jest niezgodna z SIWZ.

Wykonawca Z. S.A. zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Zamawiający pismem z dnia 29 maja 2017 r. złożył odpowiedź na odwołanie. Zamawiający uwzględnił zarzut oznaczony jako nr 1 w odwołaniu – dotyczący naruszenia przepisów art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 i ust. 3 Pzp w zw. z art. 96 ust. 3 Pzp, a w pozostałym zakresie wniósł o oddalenie odwołania. W zakresie zarzutów nieuwzględnionych Zamawiający wyjaśnił, co następuje.

Argumentacja w zakresie dotyczącym ekranów akustycznych została przedstawiona przez Zamawiającego w załączniku nr 1 do tego pisma i została zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa z uwagi na nieodtajnienie wyjaśnień Z. złożonych na wezwanie w zakresie rażąco niskiej ceny oraz w trybie art. 87 ust. 1 Pzp. W odniesieniu do zarzutu dotyczącego robót podtorzowych, robót nawierzchniowych i robót odwodnieniowych podniósł, że w toku postępowania wezwał wykonawcę Z. do wyjaśnień w trybie art. 91 ust. 1 Pzp wyłącznie w zakresie jednej pozycji cenowej, tj. poz. 5.13.4 RCO dot. Budowy ekranów akustycznych i tylko w tym zakresie wykonawca udzielił odpowiedzi. Pozostałe pozycje nie budziły wątpliwości Zamawiającego, ceny nie zostały określone na poziomie poniżej 30% szacunkowej wartości tych pozycji czy też średniej arytmetycznej cen pozostałych ofert. Ewentualne odrzucenie oferty z powodu rażąco niskiej ceny musi być poprzedzone wezwaniem wykonawcy do złożenia wyjaśnień (art. 90 ust. 1 Pzp). W odwołaniu nie zawarto zarzutu zaniechania wezwania do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 91 ust. 1 Pzp w zakresie pozycji cenowych zawartych w pkt 5.1 RCO, wobec czego Izba nie może orzekać co do tego zarzutu. Niezależnie od powyższego Zamawiający wskazał, że nie miał podstaw do kwestionowania tych pozycji cenowych. Średnia arytmetyczna wszystkich złożonych ofert w poz. Roboty torowe wynosi ok. 169 379 259 zł co po odjęciu 30% daje kwotę 18 565 481 zł natomiast Z. wyceniło te roboty na poziomie 143 093 963,75 zł, a więc nie zbliżyło się do progu, który nakazywałby podjęcie procedury wyjaśniającej. Ponadto, podstawą odrzucenia oferty może być cena oferty w odniesieniu do całości przedmiotu zamówienia, a zatem Zamawiający musi ustalić, czy dany element cenowy stanowi istotną część składową ceny całkowitej, a następnie może stwierdzić czy nawet w przypadku zaniżenia tej wartości możliwe jest wykonanie całego przedmiotu zamówienia za zaoferowaną cenę. Cały zakres prac torowych (poz.5.1 RCO) w ofercie Z. został wyceniony na poziomie 85% średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert, co nie upoważnia do przyjęcia tezy, że zaoferowana cena może być rażąco niska. Dodatkowo Zamawiający wyjaśnił, że zamówienie będzie realizowane w formule „Projektuj i buduj”, co oznacza, że wykonawcy posiadają dość dużą swobodę w konstruowaniu swojej ceny ofertowej, co znajduje odzwierciedlenie w poszczególnych pozycjach cenowych robót torowych w poszczególnych

ofertach. Kalkulacje cenowe poszczególnych wykonawców w zakresie poszczególnych pozycji znacznie się różnią, co potwierdza, że jest to wynik indywidualnego podejścia wykonawców do przedmiotu zamówienia. Nie można też wykluczyć, że część wykonawców ujęła pewne roboty podtorzowe, nawierzchniowe i odwodnieniowe w innych pozycjach dotyczących danego obiektu inżynieryjnego. W ocenie Zamawiającego, wyliczenia przedstawione przez Odwołującego są bezprzedmiotowe i nie mają żadnego znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy, gdyż podane wartości materiałów nie zostały w żaden sposób uzasadnione ani wyjaśnione, biorąc przy tym pod uwagę, że każdy z wykonawców posiada własne źródła zaopatrzenia i ceny od dostawców.

Bezpodstawny jest także zarzut niezgodności treści oferty Z. z treścią specyfikacji z powodu braku zaoferowania wykonania ekranów akustycznych i rażąco niskiej ceny w zakresie tej pozycji. Oba zarzuty są sprzeczne ze sobą, ponieważ skoro nie zaoferowano wykonania ekranów akustycznych, to nie może być mowy o rażąco niskiej cenie tego elementu oferty. Zarzuty te wzajemnie się wykluczają. Zamawiający dodatkowo zauważył, że Odwołujący zaoferował wykonanie ekranów za kwotę 4 066 060 zł podczas gdy sam podał w odwołaniu kwotę 7 433 692 zł jako realny koszt wykonania ekranów. Cenę niższą zawiera nawet najdroższa w tej pozycji oferta Trakcji. Przyjmując nawet tę wartość wykonania ekranów akustycznych (ok. 7,5 mln. zł), to trudno uznać, że wartość tej pozycji ma istotny wpływ na cenę całkowitą, gdyż stanowiłaby ona jedynie 1,6% wartości całej ceny za wykonanie przedmiotu zamówienia. Brak jest zatem podstaw, aby nawet w wyniku zaniżenia wartości tej pozycji cenowej doszło do zaoferowania rażąco niskiej ceny za wykonanie przedmiotu zamówienia.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone na rozprawie przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołanie zostało rozpoznane w oparciu o przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych w brzmieniu nadanym ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U.2016.1020), która weszła w życie w dniu 28 lipca 2016 r.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał posiadanie legitymacji uprawniającej do wniesienia odwołania, stosownie do art. 179 ust. 1 Pzp.

Wykonawca Z. S.A. skutecznie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, stosownie do wymogów art. 185 ust. 2 i 3 Pzp.

W przedmiotowym postępowaniu zostały złożone cztery oferty. Cena zaoferowana przez wykonawcę Z. nie jest niższa o 30% od wartości szacunkowej zamówienia ani od średniej arytmetycznej cen ofert złożonych w postępowaniu. Cena ta stanowi 87,79% średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert i 75,56% wartości zamówienia oszacowanej przez Zamawiającego.

Postępowanie zostało ukształtowane, jako zamówienie z wynagrodzeniem ryczałtowym (klauzula 14.1 wzoru umowy) w konwencji „projektuj i buduj”.

Zakres prac do wykonania w tym postępowaniu został określony w Programie Funkcjonalno-Użytkowym (PFU), który wskazuje przeznaczenie robót budowlanych oraz stawiane im wymagania techniczne, ekonomiczne, architektoniczne, materiałowe i funkcjonalne. Tym samym, każdy wykonawca przygotowując się do wyceny powinien uwzględnić własne doświadczenie, wiedzę i umiejętności.

W pkt 13.4 SIWZ (tom I) Zamawiający wskazał, że wykonawcy mają prawo pominąć dokonanie wyceny danej pozycji w RCO. W takiej sytuacji niewycenione prace będą uznane za włączone do innych pozycji wypełnionego RCO. Zamawiający nadał RCO znaczenie pomocnicze przy wycenie oferty. Ponadto, skoro Zamawiający dopuścił możliwość braku wyceny całej pozycji RCO i przeniesienia stosownej wartości danych prac do innych pozycji RCO, to należy uznać, że tym bardziej można było przenieść część kosztów z danej pozycji do innych pozycji RCO.

Zgodnie z pkt 5.11.1 PFU, „Urządzenia ochrony przed hałasem powinny zostać zaprojektowane i wybudowane zgodnie z warunkami określonymi w decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach, chyba że postanowienie uzgadniające warunki realizacji przedsięwzięcia na etapie ponownej oceny oddziaływania na środowisko określi warunki odmiennie i ile ponowna ocena zostanie przeprowadzona.” Powyższe oznacza, że wykonawca winien wykonać urządzenia ochrony przed hałasem, zgodnie z decyzją środowiskową, ale tylko wtedy, gdy na etapie ponownej oceny oddziaływania na środowisko okaże się, że jest to konieczne.

W odpowiedzi na pytanie nr 124 do treści SIWZ Zamawiający wyjaśnił, że nie posiada jeszcze decyzji środowiskowej, ale - Raport o oddziaływaniu na środowisko przedsięwzięcia „Prace na linii kolejowej nr ... na odcinku C. – Z.”, który stanowi podstawę do prac nad ww. decyzją, z którego wynika, że konieczne jest wykonanie 4462 m ekranów akustycznych. Odpowiedź Zamawiającego na pytanie nr 124 nie zmienia postanowienia zawartego w pkt 5.11.1 PFU. Wynika z niej, że obecne dokumenty przekazane wykonawcom wskazują na konieczność wykonania ekranów, jednak może się to zmienić na etapie

realizacji zadania w wyniku ustaleń dokonanych w ramach ponownej oceny oddziaływania inwestycji na środowisko. Powyższe oznacza, że wykonawcy powinni uwzględnić w ofercie możliwość przyjęcia również innych rozwiązań w zakresie ochrony przed hałasem, niż tylko wykonanie ekranów akustycznych. W dniu 10 lutego 2017 r. Zamawiający opublikował wyjaśnienia oraz modyfikacje treści SIWZ - część V, w odpowiedzi na pytanie 124 wyjaśnił: „Zamawiający nie posiada decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach. Dla zadania zostanie wydane Postanowienie nakładające obowiązek przeprowadzenia oceny oddziaływania na środowisko w dniu 9 września 2016 r. znak WOOS.42O-U.2016.AS2.16 Zamawiający jako załącznik udostępnia streszczenie Raportu o oddziaływaniu na środowisko przedsięwzięcia. Po uzyskaniu decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach zostanie ono przekazane Wykonawcy. W ramach sporządzonego Raportu środowiskowego wyniknęła konieczność zabudowy ekranów akustycznych w ilości ok 4462m. Przybliżona lokalizacja została zamieszczona w załączonym wyciągu z Raportu Środowiskowego. Szczegółowa lokalizacja zostanie określona w Decyzji środowiskowej. Oferenci dokonają wyceny zgodnie z załączoną lokalizacją z uwzględnieniem drobnych zmian wynikających z Decyzji oraz dokumentacji projektowej. Wyceny należy dokonać w Pozycji 5.13.4. RCO. Zamawiający dokonał zmiany RCO poprzez dodanie pozycji 5.13.4.”

Wykonawca Z. wycenił pozycję 5.13.4 RCO na kwotę 20 000,00 zł. W pozycjach 5.1.1 – 5.1.5 RCO ceny przedstawione przez Z. kształtują się na poziomie, który nie odbiega od cen w innych ofertach. W pozycji 5.1.2 cena jest zdecydowanie wyższa od ceny wykonawcy T. P. S.A., w poz. 5.1.3 cena jest zbliżona do ceny wykonawcy T. P.S.A., a w poz. 5.1.4 najniższa jest cena wskazana przez Budimex, w poz. 5.1.5 ZUE przedstawiło cenę najwyższą ze wszystkich wykonawców.

Wykonawca ZUE w dniu 25 marca 2017 r. został wezwany przez Zamawiającego w trybie art. 90 ust. 1 Pzp do złożenia szczegółowych wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny istotnej części składowej zamówienia, która została zaoferowana, w tym do złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny dla istotnej części składowej zamówienia, tj. poz. 5.13.4 RCO - budowa ekranów akustycznych. Wykonawca Z. S.A. złożył wyjaśnienia w dniu 31 marca 2017 r., przy czym zastrzegł treść tego pisma jako tajemnicę przedsiębiorstwa (str. od 1 do 12).

W dniu 6 kwietnia 2017 r. Zamawiający na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp wezwał wykonawcę Z. do dalszych wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty w zakresie poz. 5.13.4 RCO - budowa ekranów akustycznych, żądając wyjaśnienia, czy zaoferowana cena ryczałtowa w tej pozycji uwzględnia w przypadku, gdy na etapie projektowania okaże się, że nie będzie możliwości wykonania innych, tj. alternatywnych metod ograniczenia hałasu np. poprzez zastosowanie mat antywibracyjnych podłuczniowych lub sprężystych podpór podkładowych.

Wykonawca Z. S.A. w dniu 6 kwietnia 2017 r. udzielił wyjaśnień na powyższe wezwanie, przy czym treść tego pisma zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zarzut 1.

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp w zw. z art. 8 ust 1 i ust. 3 Pzp w zw. z art 96 ust 3 Pzp, poprzez zaniechanie odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu zastrzeżonych przez wykonawcę Z. wyjaśnień złożonych w wyniku wezwania w trybie art. 90 ust. 1 Pzp został uwzględniony przez Zamawiającego w ramach odpowiedzi na odwołanie. Na rozprawie Zamawiający podtrzymał swoje stanowisko.

Odnosząc się do tego zarzutu Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego uznając, że zastrzeżone przez wykonawcę Z. informacje zawarte w wyjaśnieniach z dnia 31 marca 2017 r. i 6 kwietnia 2017 r. nie spełniają przesłanek do uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust 4 uznk.

W świetle art. 8 ust. 1 i art. 96 ust. 3 Pzp, dostęp do informacji związanych z postępowaniem może być ograniczony tylko do przypadków określonych w ustawie - zgodnie natomiast z art. 8 ust. 3 Pzp. nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Obowiązek udowodnienia, że zastrzeżenie informacji zostało dokonane skutecznie ciąży na wykonawcy. Zamawiający jest zobowiązany natomiast do rzetelnego zbadania skuteczności dokonanego przez wykonawcę w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Zgodnie z definicją pojęcia tajemnicy przedsiębiorstwa zawartą w ustawie z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153 poz. 1503 ze zm., dalej: „uznk”) w art. 11 ust. 4 uznk, przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania poufności. Zatem, aby określone informacje mogły zostać uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa i mogły skorzystać z przysługującej im ochrony, muszą spełniać łącznie następujące przesłanki:

a) nie mogą być ujawnione do wiadomości publicznej, (za tajemnicę przedsiębiorstwa nie mogą być uznane publicznie dostępne informacje, w tym np.: dane z KRS, CEIDG, zawarte w rocznych sprawozdaniach finansowych, informacje opublikowane na stronach internetowych, w ogólnodostępnych raportach, prasie branżowej lub na ulotkach

informacyjnych, dane ujawnione w czasie publicznych prezentacji, informacje, co do których ustawodawca zobligował przedsiębiorcę do ich podania do wiadomości publicznej).

b) muszą stanowić informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą (np. plany techniczne, listy klientów, metody kontroli jakości towarów i usług, sposób organizacji pracy), tj. wykorzystanie tych informacji pozwoli innemu przedsiębiorcy zaoszczędzić wydatki lub zwiększyć zyski. Jeśli zatem dane informacje nie będą mieć co najmniej minimalnej wartości ekonomicznej nie mogą być uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa,

c) przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności, tj. takie działania, które mają zapewnić ochronę tych informacji przed dostępem osób nieuprawnionych, działania te mogą mieć charakter techniczny (np.: dozór fizyczny, kontrola dostępu do pomieszczeń, monitoring, właściwy obieg dokumentacji lub technologie zapewniające bezpieczeństwo sieci informatycznych przedsiębiorstwa) lub prawny (np.: poinformowanie pracowników o potrzebie ochrony informacji, wewnętrzne procedury, klauzule w umowach o pracę, oddzielne umowy o poufność, zakazy konkurencji, oświadczenia o poufności dokumentów wysyłanych drogą elektroniczną lub tradycyjną). Niepodjęcie przez przedsiębiorcę ww. działań oznacza, że godzi się on, aby dostęp do informacji miał nieograniczony krąg osób.

Izba uznała, że Zamawiający w sposób niezasadny przyjął, że treść pism wykonawcy Z. z dnia 31 marca 2017 r. i 6 kwietnia 2017 r. może być objęta zastrzeżeniem zawartych w nich informacji - jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

W ocenie Izby, powyższe pisma nie zawierają informacji o charakterze technicznym, technologicznym i organizacyjnym na poziomie na tyle szczegółowym, że mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca wskazał co prawda na pewne rozwiązania techniczne, ale są to rozwiązania podane jedynie jako przykładowe, określone w sposób ogólny, hasłowy. Ponadto, wykonawca Z. nie wykazał, że te informacje mają jakąkolwiek wartość gospodarczą (ekonomiczną), a zatem w przypadku ich ujawnienia przyniosą korzyść gospodarczą dla innych przedsiębiorców.

Wobec powyższego należało uznać, że badanie przez Zamawiającego skuteczności zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa przez wykonawcę Z. nie było dokonane prawidłowo, z uwzględnieniem wszystkich przesłanek wynikających z przepisów ustawy Pzp jak i ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a w efekcie Zamawiający niezasadnie uznał, że zarówno samo uzasadnienie zastrzeżenia, jak i informacje zastrzeżone w wyjaśnieniach z dnia 31 marca 2017 r. i 6 kwietnia 2017 r. stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 uznk. W tym zakresie Izba stwierdziła naruszenie przepisów art. 8 ust. 1 i 3, art. 96 ust. 3 oraz art. 7 ust. 1 Pzp.

Zarzuty 2 i 3.

Nie potwierdziły się zarzuty naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust 1 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt. 4 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy ZUE ze względu na to, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, oraz w zw. z art. 90 ust 3 Pzp, poprzez brak prawidłowej analizy i oceny przez Zamawiającego czynników mających wpływ na wysokość ceny oferty ZUE, co w konsekwencji doprowadziło do przeprowadzenia postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Obowiązek wyjaśnienia rażąco niskiej ceny występuje w stosunku do ofert, co do których zachodzą wątpliwości, że zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotna część składowa, mogą być rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz budzą wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Zgodnie z brzmieniem art. 90 ust. 1 Pzp, zamawiający ma możliwość badania istotnych części składowych ceny oferty oraz obowiązek żądania wyjaśnień zarówno w zakresie całości zaoferowanej ceny, jak i poszczególnych jej elementów składowych. Przepis art. 89 ust 1 pkt 4 Pzp, należy jednak co do zasady odnosić do ceny za cały przedmiot zamówienia, a zatem w przypadku zaniżenia kosztu składowego oferty konieczne jest wykazanie, że ma ono istotny wpływ na cenę oferty i uniemożliwia wykonanie danego przedmiotu zamówienia, zgodnie z określonymi w danym postępowaniu wymaganiami.

Wykonanie przedmiotu zamówienia w zakresie pozycji 5.13.4 RCO, zgodnie z określonymi przez Zamawiającego w SIWZ warunkami oraz obowiązującymi przepisami, musi być poprzedzone sporządzeniem oceny oddziaływania inwestycji na środowisko, której efektem będzie decyzja o środowiskowych uwarunkowaniach. Decyzja powyższa nie została jeszcze wydana, zatem ustalenia wynikające ze streszczenia Raportu o oddziaływaniu na środowisko przedsięwzięcia Prace na linii kolejowej nr ... na odcinku C. – Z., które zostało przekazane wykonawcom nie są jeszcze ostateczne. Raport zakłada wykonanie dodatkowych pomiarów oddziaływania inwestycji na środowisko, co znalazło wyraz w treści postanowienia w punkcie 5.11.1 PFU, zgodnie z którym „Urządzenia ochrony przed hałasem powinny zostać zaprojektowane i wybudowane zgodnie z warunkami określonymi w decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach, chyba że postanowienie uzgadniające warunki realizacji przedsięwzięcia na etapie ponownej oceny oddziaływania na środowisko określi warunki odmienne o ile ponowna ocena zostanie przeprowadzona.”

Biorąc pod uwagę powyższe okoliczności oraz treść złożonych przez wykonawcę Z. wyjaśnień nie można uznać, że zaproponowana przez wykonawcę Z. cena części składowej ceny oferty w zakresie pozycji 5.13.4 RCO jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i nie daje możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie

z wymaganiami określonymi przez zamawiającego w PFU oraz wynikającymi z odrębnych przepisów. Wbrew twierdzeniu Odwołującego wykonawca Z. nie dokonał wyceny tej pozycji w sposób dowolny, lecz z uwzględnieniem warunków określonych przez Zamawiającego w SIWZ, w szczególności z uwzględnieniem możliwości optymalizacji proponowanych rozwiązań oraz indywidualnej wyceny poszczególnych pozycji RCO z możliwością rozbicia lub w całości przeniesienia kosztów wykonania poszczególnych pozycji RCO do innych pozycji RCO. Dopuszczalność ujęcia kosztów danej pozycji w innych pozycjach potwierdza także stanowisko Odwołującego przedstawione w wyjaśnieniach z dnia 31 marca 2017 r. złożonych na wezwanie Zamawiającego w odniesieniu do kosztów wykupu gruntów, gdzie Odwołujący jednoznacznie podał, że koszty te wycenił także w innych pozycjach, co było dopuszczalne zgodnie z pkt 13.4 PFU.

Wskazywane przez Odwołującego w odwołaniu średnie stawki wynikające z Biuletynu Cen Obiektów Budowlanych tzw. S. ustalone w oparciu o zeszyt 70/2016 na IV kwartał 2016 r., w którym stawka za 1 m ekranu wynosi 1 666 zł, za 1 m² ekranu 555 zł stanowią jedynie dane poglądowe i nie mogą mieć bezpośredniego zastosowania do oceny prawidłowości kalkulacji oferty danego wykonawcy w danych warunkach realizacji zamówienia. Dlatego twierdzenie, że według tych stawek wykonanie 4462 metrów ekranu akustycznego w tym postępowaniu powinno kosztować 7 433 692,00 zł Izba uznała za bezzasadne. Jak wskazał sam Odwołujący średnia cena ofert za budowę 4462 metrów ekranów akustycznych złożonych w tym postępowaniu jest znacznie niższa i wynosi 3 779 712,50 zł.

Złożona przez Odwołującego na rozprawie oferta firmy J. jest jedynie ofertą przykładową, a przedstawiona kalkulacja kosztów bezpośrednich wykonania prac określonych w poz. 5.13.4 RCO opiera się, zgodnie z oświadczeniem Odwołującego, na kosztach firmy T., wobec czego dowody te nie mają bezpośredniego przełożenia na kalkulację oferty wykonawcy Z. Odwołujący nie przedstawił zatem dowodów, które w świetle wyjaśnień złożonych przez wykonawcę Z. choćby uprawdopodobniły, że w pozycji 5.13.4 RCO koszt został zaniżony w sposób skutkujący brakiem możliwości wykonania przedmiotu zamówienia w sposób zgodny z warunkami SIWZ. Izba nie uwzględniła przy tym wniosku dowodowego Odwołującego, złożonego na podstawie art. 190 ust. 3 i 4 Pzp, o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego, który określi, czy zaoferowana cena w zakresie istotnych części składowych, w szczególności pozycji RCO: 5.13.4 i 5.1 (w tym 5.1.2, 5.1.3, 5.1.4) jest rażąco niska, a tym samym, czy istnieje możliwość wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Izba uznała, że wniosek powyższy dotyczy oceny prawnej, a nie ustalenia okoliczności wymagających wiadomości specjalnych, które we wniosku nie zostały w jakimkolwiek stopniu sprecyzowane.

Ponadto, Izba nie podzieliła stanowiska Zamawiającego, że koszt wykonania ekranów akustycznych nie jest istotnym kosztem w cenie oferty, gdyż biorąc pod uwagę treść wezwania z dnia 25 marca 2017 r. sam Zamawiający żądając wyjaśnień od wykonawcy w tym zakresie na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp, uznał, że pozycja ta stanowi koszt istotny w cenie oferty.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego zaniżenia w ofercie Z. ceny robót torowych z odwodnieniem - punkt 5.1 RCO (a w tym punkty: 5.1.1 Roboty rozbiórkowe, 5.1.2 Roboty podtorzowe, 5.1.3 Roboty nawierzchniowe, 5.1.4 Roboty odwodnieniowe i 5.1.5 Likwidacja zbędnych elementów infrastruktury), Izba uznała, że zarzut ten został podniesiony przedwcześnie. W przypadku powzięcia przez Zamawiającego wątpliwości co do prawidłowości wyceny tych robót, wykonawca musiałby zostać uprzednio wezwany do złożenia stosownych wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp. Odwołujący nie podnosił w odwołaniu zarzutu zaniechania wezwania wykonawcy ZUE do wyjaśnienia kosztów pozycji 5.1 RCO, a zatem na tym etapie, tj. przed umożliwieniem wykonawcy złożenia ewentualnych wyjaśnień w trybie art. 90 ust.1 Pzp Izba nie miała podstaw do rozpoznania zarzutu dotyczącego rażącego zaniżenia kosztu ww. pozycji.

Zarzut 4.

Nie potwierdził się w danym stanie faktycznym zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 7 ust 1 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy ZUE ze względu na niezgodność treści oferty z treścią SIWZ w zakresie punktu 5.13.4 RCO budowa ekranów akustycznych ilość/4462m w związku z wyjaśnieniami i modyfikacją treści SIWZ - część V, odpowiedź na pytanie 124 oraz punktem 5.11.1 PFU, tj. wobec braku zaoferowania przez wykonawcę Z. wykonania ekranów akustycznych w ilości wskazanej w opisie ww. pozycji.

W ocenie Izby nie budzi wątpliwości fakt, że wykonawca Z. zaoferował wykonanie ekranów akustycznych. Potwierdza to zarówno treść dokumentu RCO, jak i wyjaśnienia złożone przez wykonawcę w dniu 6 kwietnia 2017 r. w trybie art. 87 ust. 1 Pzp. Jak słusznie zauważył Zamawiający, z treści „raportu środowiskowego”, którego streszczenie załączono do odpowiedzi na pytanie 124 do SIWZ wynika, że wykonawca musi najpierw wykonać odpowiednie badania i dopiero na ich podstawie wybrać prawidłowe rozwiązanie w zakresie minimalizacji działań akustycznych. W świetle zatem regulacji zawartych w SIWZ (w tym w pkt 5.11.1 PFU) ekrany akustyczne zostały wskazane jako rozwiązanie ostateczne, co potwierdza treść pkt 614 i 623 streszczenia Raportu o oddziaływaniu na środowisko przedsięwzięcia „Prace na linii kolej nr ... na odcinku C.- Z.”. Z pkt 5.11.1 PFU wynika, że nawet jeśli jakieś prace wynikają z decyzji środowiskowej, czyli także

z raportu, to i tak na etapie ponownej oceny oddziaływania na środowisko może się okazać, że konieczne będzie wykonanie innych prac, co dawało wykonawcom możliwość wykonania tego elementu przedmiotu zamówienia według własnych zaproponowanych rozwiązań.

Reasumując powyższe, Izba stwierdziła, że oferta wykonawcy Z. obejmuje swoim zakresem całość prac składających się na przedmiot zamówienia lub oferowany sposób, w tym wycenę poz. 5.13.4 RCO, tj. zaofiarowania wykonania 4462 m ekranów akustycznych, a tym samym uwzględnia postanowienia SIWZ.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, w tym brak podstaw do odrzucenia oferty w związku z podniesionymi w odwołaniu zarzutami, Izba uznała, w kontekście art. 192 ust. 2 Pzp, że stwierdzone w odniesieniu do zarzutu 1 niniejszego odwołania naruszenie art. 8 ust. 1 i 3, art. 96 ust. 3 oraz art. 7 ust. 1 Pzp nie miało i nie może mieć istotnego wpływu na wynik postępowania, a wobec tego nie może stanowić podstawy do uwzględnienia odwołania. Izba orzekła zatem, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.).

.....