

WYROK
z dnia 26 lipca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Magdalena Grabarczyk

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 lipca 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 czerwca 2021 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Svetelski Rail Polska Sp. z o.o. w Krakowie, Svetelsky A.G. w Linz (Austria) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w Warszawie

przy udziale wykonawcy N. – Mosty Sp. z o.o. w Dąbrowie Górniczej zgłaszającego swoje przystąpienie do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Svetelski Rail Polska Sp. z o.o. w Krakowie, Svetelsky A.G. w Linz (Austria) i:
 - 2.1. 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 udzielenie zamówienia: Svetelski Rail Polska Sp. z o.o. w Krakowie, Svetelsky A.G. w Linz (Austria) tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Svetelski Rail Polska Sp. z o.o. w Krakowie, Svetelsky A.G. w Linz (Austria) na rzecz PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w Warszawie kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) w związku z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2019 poz. 2020) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodnicząca:

Uzasadnienie

Zamawiający – PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w Warszawie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest zaprojektowanie i realizacja robót budowlanych w ramach zadania inwestycyjnego pn.: „Budowa obiektów inżynierskich wraz z likwidacją przejazdów kolejowo - drogowych w poziomie szyn na odcinku Jaworzno Szczakowa - Kraków na linii kolejowej nr 133 Dąbrowa Górnicza Ząbkowice - Kraków Główny” dla budowy układów drogowych wraz z nowymi wiaduktami drogowymi w km 34,797; 43,152; 48,890; 53,042 oraz budowy nowych przejść podziemnych pod torami w km 50,918; 61,838 linii kolejowej nr 133 Dąbrowa Górnicza Ząbkowice-Kraków Główny. Zamawiający podzielił przedmiot zamówienia na trzy części. Część nr 3 obejmuje budowę układu drogowego wraz z nowym wiaduktem drogowym w km 48,890 oraz likwidację przejazdu kolejowo - drogowego w poziomie szyn w km 48,841 wraz z prawem opcji obejmującej budowę układu drogowego z nowym wiaduktem drogowym w km 53,042 wraz z likwidacją przejazdu kolejowo - drogowego w poziomie szyn w km 52,709. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 31 grudnia 2020 r. pod numerem 2020/S 255-642967. Wartość zamówienia jest większa niż progi unijne.

Zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty w części 3, w związku z czym 10 czerwca 2021 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Svetelski Rail Polska Sp. z o.o. w Krakowie, Svetelsky A.G. w Linz (Austria) wnieśli odwołanie. Zachowany został termin ustawowy i obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu, że dokonał wyboru oferty złożonej przez wykonawcę N. Mosty sp. z o.o. w Dąbrowie Górniczej, dalej również jako „N. Mosty”, pomimo że oferta ta podlegała odrzuceniu jako zawierająca rażąco niską cenę istotnej części składowej w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi uzasadnione wątpliwości co do możliwości realizacji zgodnie z wymaganiami zamawiającego. Podniósł, że stanowi to o prowadzeniu postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców i jest naruszeniem art. 91 ust. 1 i 2 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 i w zw. z art. 90 ust. Pzp oraz art. 7 ust. 1 i 3 Pzp. Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty

najkorzystniejszej, odrzucenie oferty wykonawcy N. Mosty oraz dokonanie ponownej oceny i badania ofert i wyboru oferty odwołującego.

W uzasadnieniu odwołujący wywodził, że N. Mosty w rażąco sposób zaniżył cenę za wykonanie prac objętych prawem opcji. Zarzucił, że cena oferty w zakresie robót budowlanych (tzw. głównych) przy realizacji drogi głównej (przejazd dwupoziomowy) w RCO tabela nr 4 nie pokrywa kosztów realizacji danej pozycji. W szczególności dotyczy to robót nawierzchniowych, których cena przez N. Mosty została wyliczona na kwotę 643.888 zł netto (poz. 4.12. RCO). Odwołujący podniósł, że zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp oferta zawierająca rażąco niską cenę winna być odrzucona, czego zamawiający zaniechał.

Wywiódł, że zamawiający wykluczył kontrolę uzasadnienia wysokości ceny oferty N. Mosty przez innych oferentów i przez KIO (o ile kwestia ta byłaby przedmiotem odwołania), bowiem wyraził zgodę na objęcie całości wyjaśnienia tajemnicą przedsiębiorstwa, przyjmując na siebie wyłączną odpowiedzialność za czynność badania ceny oferty pod kątem rażąco niskiej ceny. Zdaniem odwołującego, czynność ta narusza podstawową zasadę zamówień publicznych, to jest zasadę jawności postępowania, wyrażoną w art. 8 ust.1 Pzp.

Uzasadniając zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp odwołujący wskazał, że zamawiający nie przeprowadził odpowiednio szczegółowego i wnikliwego badania kwestii rażąco niskiej ceny, co było wymagane choćby ze względu na znaczącą różnicę pomiędzy wartością zamówienia (dla opcji) – 32.027.206,27 zł brutto, a ceną zaoferowaną przez tego wykonawcę – 19.950.000 zł brutto), wynoszącą ponad dwanaście milionów złotych.

Wykonawca N. Mosty zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zachowując termin ustawy oraz obowiązek przekazania stronom kopii przystąpienia. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i rozpoznała je na rozprawie, w czasie której strony i uczestnik podtrzymali dotychczasowe stanowiska.

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający oszacował wartość zamówienia, w ten sposób, że na zamówienie podstawowe przeznaczył kwotę 30.229.634,18 zł, na opcję 26.038.379,08 zł, łącznie 56.268.013,26 zł. Przed otwarciem ofert zamawiający podał, że na sfinansowanie zamówienia podstawowego w części 3 zamierza przeznaczyć kwotę 37.182.450,04 zł.

N. Mosty złożył ofertę z łączną ceną 76.166.129,56 zł, w tym cena opcji wyniosła 16.810.955,11 zł. Zamawiający przeprowadził aukcję, w wyniku której wybrał ofertę N. Mosty. Cena tej oferty wyniosła 49.440.000 zł, w tym za zamówienie podstawowe – 29.490.000 zł, za opcję - 19.950.000 zł. Całkowita cena ofertowa N. Mosty stanowi 71%

wartości szacunkowej zamówienia + VAT, zaś cena ofertowa za opcję wynosi 62% jej szacunkowej wartości + VAT.

W związku z powyższym zamawiający pismem z 9 kwietnia 2021 r. działając w trybie art. 90 ust. 1 Pzp zwrócił się do N. Mosty o wyjaśnienie ceny oferty w zakresie opcji. Zamawiający żądał szczegółowych wyjaśnień oraz złożenia dowodów. N. Mosty złożył wyjaśnienia, które zastrzegł jako tajemnicę swego przedsiębiorstwa.

Po ich ocenie zamawiający wybrał ofertę N. Mosty jako najkorzystniejszą.

W tym stanie rzeczy odwołujący wniósł odwołanie.

Prezentowane ustalenia zostały dokonane na podstawie wniosku o wszczęcie postępowania, informacji z otwarcia ofert, oferty N. Mosty oraz informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty znajdujących się w dokumentacji postępowania przekazanej przez zamawiającego w wersji elektronicznej.

Izba zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 poz. 2020 ze zm.) do postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe. Natomiast stosownie do art. 92 ust. 2 powołanej ustawy do postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.). W związku z tym Izba rozpoznała odwołanie stosując w zakresie procedury odwoławczej przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) dalej jako: „nPzp”, natomiast do oceny zarzutów odwołania przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.).

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 505 ust. 1 nPzp. Jest wykonawcą, który złożył ofertę i ma interes w uzyskaniu danego zamówienia. Zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów powodują, że odwołujący, może ponieść szkodę w postaci utraty możliwości uznania jego oferty za najkorzystniejszą. Przesłanki wymagane ustawą zostały spełnione.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Art. 555 nPzp stanowi, że Izba nie może rozpoznać zarzutów, które nie zostały podniesione w odwołaniu. W związku z tym Izba nie rozpoznała zarzutu niezgodności treści oferty N. Mosty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Odwołujący podniósł ten

zarzut na rozprawie w reakcji na wystąpienie N. Mosty. Granicą czasową podniesienia zarzutów wobec danej czynności zamawiającego jest upływ terminu na wniesienie odwołania wobec tej czynności, w związku z tym rozprawa nie może być etapem formułowania nowych zarzutów.

Rozpoznaniu nie podlega również zarzut naruszenia art. 8 ust. 1 Pzp. Izba nie zgodziła się z poglądem, że zarzut ten nie został w ogóle podniesiony w odwołaniu. Odwołujący podniósł zarzut naruszenia art. 8 ust. 1 Pzp w uzasadnieniu odwołania, jednak sformułował go w sposób blankietowy. Odwołujący wskazał jedynie, że zamawiający „utajnił nie informacje przekazane przez N. Mosty, ale cały dokument/dokumenty je zawierający, czego zabrania natomiast art. 11 ust. 3 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji”. Prawidłowym przepisem ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji jest art. 11 ust. 2, który stanowi, że przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności. Nie można wykluczyć sytuacji, że treść całego dokumentu może stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Obowiązkiem wykonawcy podnoszącego zarzut naruszenia przepisów Pzp jest jego udowodnienie. Odwołujący w żaden sposób nie odniósł się do ustawowych przesłanek zastrzeżenia informacji. Nie ma też racji twierdząc, że objęcie informacji zastrzeżeniem uniemożliwia ocenę zgodności tego zastrzeżenia z wymaganiami prawa. Przeciwnie, z praktyki orzeczniczej wynika, że zarzuty takie są podnoszone przez wykonawców oraz podlegają ocenie w postępowaniu odwoławczym. Izba może dokonać tej oceny, jednak wyłącznie w sytuacji, gdy wykonawca podnoszący zarzut odniesie się do przesłanek dokonania zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa wskazanych w art. art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i poda argumenty wskazujące, że w odniesieniu do danych informacji przesłanki te nie zaszły. Zarzut o charakterze tak ogólnym, jak sformułował go odwołujący, nie może zostać skutecznie rozpoznany.

Zamawiający nie naruszył art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. Pzp i art. 7 ust. 1 i 3 Pzp.

Art. 90 ust. 1 *in initio* Pzp stanowi, że 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;
- 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.

Zgodnie z art. 90 ust. 1a Pzp w przypadku, gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający jest zobowiązany do wystąpienia o udzielenie wyjaśnień. Natomiast zgodnie z art. 90 ust. 3 Pzp zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W postępowaniu odwoławczym stosownie do art. 180 ust. 1 Pzp Izba ocenia czynność zamawiającego. W okolicznościach sporu czynnością tą jest wybór oferty N. Mosty po ocenie wyjaśnień, zatem w celu zbadania zarzutów odwołania należy odnieść się do udzielonych wyjaśnień. Przedmiotem sporu jest tu bowiem, nie cena oferty sensu stricto, lecz ocena wyjaśnień złożonych przez wykonawcę. Postępowanie odwoławcze ma na celu ustalenie, czy zamawiający z treści wyjaśnień wyciągnął prawidłowe i zgodne z ustawą wnioski. Wprawdzie ciężar dowodu, że oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, o czym stanowią art. 90 ust. 2 Pzp oraz art. 190 ust. 1a pkt 1 Pzp, jednak odwołujący się wykonawca nie może pozostawać bierny w postępowaniu dowodowym.

Odwołujący udzielił wyjaśnień, które odnosiły się do wezwania zamawiającego. Należy zatem rozważyć, czy wyjaśnienia te potwierdzają rażące zaniżenie ceny oferty tego wykonawcy. Na to pytanie należy odpowiedzieć przecząco.

Ponieważ pisma relewantne dla oceny zarzutu zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa przystępującego stanowisko Izby z konieczności może mieć jedynie charakter ogólny.

Izba oceniła wyjaśnienia udzielone przez N. Mosty na wezwanie zamawiającego oraz zgodne z nimi wyjaśnienia zawarte w piśmie procesowym złożonym na rozprawie i zważyła, że:

Po pierwsze, po stronie przystępującego zaistniały przesłanki wskazane w art. 90 ust. 1 pkt 1) Pzp. Wybrana przez odwołującego metoda wykonania zamówienia dotyczy wybranych rozwiązań technicznych wynikających z oceny miejsca wykonania zamówienia. Zamawiający nie narzucił wykonawcom w SIWZ przebiegu trasy, co więcej przedmiot umowy obejmuje wykonanie projektu. Skutkowało to oszczędnościami wynikającymi z metody wykonania zamówienia. N. Mosty skorzystał ponadto z dostępnych mu wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia. Jako wykonawca wybrany do wykonania części nr 2 ponosi mniejsze koszty związane z organizacją wykonania zamówienia, personelem oraz materiałami niezbędnymi do wykonania przedmiotu zamówienia.

Po drugie, udzielone wyjaśnienia są adekwatne do wezwania. Zawierają treści żądane przez zamawiającego, kosztorys oraz dowody potwierdzające możliwość zastosowania tych cen. W ocenie Izby są to wyjaśnienia odpowiednio umotywowane, przekonujące, że zaproponowana oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny (por. uzasadnienia wyroków Sądu Okręgowego w Warszawie wydane: 5 stycznia 2007 r. sygn. akt V Ca 2214/06, 13 lutego 2014 r. sygn. akt V Ca 3765/13 oraz 17 lutego 2014 r. sygn. akt V Ca 3547/13). Postępowanie wyjaśniające przeprowadzone przez zamawiającego dało mu zatem racjonalne podstawy do stwierdzenia, że wybór oferty N. Mosty będzie prawidłowy i za cenę tej oferty możliwe jest wykonanie zamówienia (por. wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 8 czerwca 2006 r. sygn. akt V Ca 459/06).

Po trzecie, odwołujący za wyjątkiem powołania ceny swojej oferty i cen SEKOCENBUDU nie wskazał żadnych innych dowodów na poparcie swoich twierdzeń. W świetle treści wyjaśnień przystępującego oraz załączonych do nich dowodów, stanowisko takie nie może być skuteczne.

Skoro oferta N. Mosty nie podlega odrzuceniu zamawiający dokonał jej wyboru zgodnie z przepisami ustawy i nie dopuścił się naruszenia art. 91 ust.1 Pzp.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 553 ust. 1 i art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji. O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 557 i art. 574 Pzp uwzględniając wynikającą z art. 575 Pzp zasadę ponoszenia kosztów stosownie do odpowiedzialności za wynik postępowania. W rozpoznawanej sprawie stroną odpowiedzialną w całości za wynik postępowania był odwołujący. Uwzględniono koszt wynagrodzenia

pełnomocnika zamawiającego w kwocie 3.600 zł stosownie do § 8 ust. 2 pkt 1 oraz § 5 pkt 2 lit. b) rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Nie uwzględniono wynagrodzenia pełnomocnika przystępującego. Przepisy nPzp i przywołanego rozporządzenia pozwalają na zasądzenie kosztów na rzecz wykonawcy, który zgłosił przystąpienie do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego jedynie w sytuacji, gdy zamawiający uwzględni zarzuty odwołania, a przystępujący wniesienie sprzeciw. Sytuacja taka nie zaistniała w okolicznościach sprawy, gdzie spór przed Izłą toczył się między stronami.

Przewodnicząca: