

WYROK
z dnia 10 marca 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Beata Pakulska-Banach**

Członkowie: **Anna Packo**

Aleksandra Patyk

Protokolant: **Mikołaj Kraska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 marca 2021 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 lutego 2021 roku przez wykonawcę **Pomorskie Przedsiębiorstwo Mechaniczno-Torowe Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku** w postępowaniu prowadzonym przez **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie**

przy udziale:

- A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Aldesa Construcciones Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Aldesa Construcciones S.A. z siedzibą w Madrycie (Hiszpania), COALVI S.A. z siedzibą w Saragossie (Hiszpania), China Civil Engineering Constructions Corporation z siedzibą w Pekinie (Chiny)**, zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego;
- B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Roverpol Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Rover Infraestructuras S.A. z siedzibą w Walencji (Hiszpania)**, zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego;
- C. wykonawcy **TORPOL S.A. z siedzibą w Poznaniu**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie.
2. kosztami postępowania obciąża odwołującego: **Pomorskie Przedsiębiorstwo Mechaniczno-Torowe Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku**, i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od odwołującego **Pomorskiego Przedsiębiorstwa Mechaniczno-Torowego Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku** na rzecz zamawiającego **PKP Polskich Linii Kolejowych S.A. z siedzibą w Warszawie** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: *„Realizacja robót budowlanych dla Etapu I Projektu „Prace na linii kolejowej nr 38 na odcinku Elk – Korsze” wraz z elektryfikacją”*.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 3 czerwca 2020 r. pod numerem 2020/S 106-257823.

Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia, 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), jako wszczętego i niezakończonego przed dniem 1 stycznia 2021r., stosuje się przepisy dotychczasowe, tj. przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) (zwanej dalej: „ustawą Pzp”).

Natomiast do postępowania odwoławczego, mając na uwadze fakt, iż odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 lutego 2021 roku, to zgodnie z art. 92 ust. 2 ww. ustawy Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych, znajdują zastosowanie przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 z późn. zm.) (zwanej dalej: „ustawą nPzp”).

W dniu 15 lutego 2021 roku wykonawca Pomorskie Przedsiębiorstwo Mechaniczno-Torowe Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku (zwany dalej: „odwołującym”) wniósł odwołanie wobec czynności odrzucenia jego oferty przez zamawiającego (czynność z dnia 5 lutego 2021 roku).

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ustawy Pzp poprzez dokonanie nieprawidłowej oceny wyjaśnień odwołującego udzielonych w dniach: 4 grudnia 2020 r., 23 grudnia 2020 r. oraz 7 stycznia 2021 r. w zakresie kalkulacji elementów składowych ceny ofertowej oraz przesunięć w przedmiarze robót, stanowiącym załącznik do oferty, poprzez generalne przyjęcie, iż odwołujący

rzekomo dokonał przesunięć w przedmiarze robót skutkujących niezgodnością oferty z SIWZ, bez przedstawienia w tym zakresie stosownego uzasadnienia, co świadczy o prowadzeniu postępowania przez zamawiającego niezgodnie z zasadą przejrzystości;

2. art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie uprzedniego wezwania odwołującego do wyjaśnienia jego oferty w zakresie kwestii szczegółowych, które następnie stały się podstawą do odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp;
3. art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 7 ustawy Pzp poprzez dokonanie nieprawidłowej oceny wyjaśnień odwołującego w zakresie rażąco niskiej ceny przedstawionej w ofercie odwołującego poprzez błędne uznanie, iż nie jest możliwa realizacja robót będących przedmiotem postępowania na zasadach rynkowych zgodnie z ceną wskazaną w ofercie, co skutkowało niezasadnym odrzuceniem oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

W oparciu o powyższe odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i:

1. nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego;
2. nakazanie zamawiającemu ponownej oceny oferty odwołującego, w tym dokonanie ponownej oceny w zakresie zgodności treści ofertą z treścią SIWZ, ewentualnie wezwanie odwołującego do wyjaśnienia treści oferty na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp;
3. nakazanie zamawiającemu dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej;
4. przeprowadzenie dowodu z przedmiaru robót, stanowiącego załącznik do oferty odwołującego, na okoliczność braku wprowadzenia do niego zmian przez wykonawcę, a w szczególności braku włączenia przedmiaru robót składających się na opcję nr 2 do którejkolwiek pozycji składających się na zakres podstawowy oraz na opcję nr 1, a także przeprowadzenie dowodu z dokumentów wskazanych w treści uzasadnienia odwołania na okoliczności w nim wskazane;
5. zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podnosił, co następuje.

Odwołujący wskazywał, że złożył kompletną i zgodną z wymogami SIWZ ofertę. W wyniku aukcji elektronicznej najkorzystniejszą ofertę złożył odwołujący. W dniu 24 listopada 2020 roku zamawiający zwrócił się do odwołującego w trybie art. 90 ust. 1 ustawy

Pzp o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny zaoferowanej, w tym do złożenia dowodów dotyczących sposobu i podstaw wyliczenia ceny. Odwołujący w dniu 4 grudnia 2020 roku złożył obszerne wyjaśnienia. Pismem z dnia 16 grudnia 2020 roku zamawiający zwrócił się o uszczegółowienie złożonych wyjaśnień m.in. w zakresie zaoferowanej ceny w branży sterowanie ruchem kolejowym, a także branży sieć trakcyjna. Odwołujący pismem z dnia 23 grudnia 2020 roku złożył kolejne wyjaśnienia wraz z dowodami. Pismem z dnia 4 stycznia 2021 roku zamawiający zwrócił się o uszczegółowienie wyjaśnień m.in. w zakresie kosztów dotyczących branży geotechnicznej. Odwołujący złożył szczegółowe wyjaśnienia pismem z dnia 7 stycznia 2021 roku. Pismem z dnia 5 lutego 2021 roku zamawiający poinformował odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że zamawiający odrzucając jego ofertę jako sporządzoną niezgodnie z postanowieniami SIWZ, uzasadniał to stwierdzając, iż odwołujący: *„wliczał koszty wykonania wybranych pozycji Przedmiaru Robót w inne pozycje przedmiarowe oraz koszty wykonania robót będących w zakresie Opcji 2 w koszty wykonania robót będących w Zakresie Podstawowym i Opcji 1 (...) oraz, że: „przeniósł wynagrodzenie potrzebne do realizacji Prawa Opcji nr 2 do innych pozycji Przedmiaru Robót w Zakresie podstawowym i Prawie Opcji nr 1, co w przypadku nieskorzystania przez Zamawiającego z Prawa Opcji nr 2 spowoduje otrzymanie przez PPM-T świadczenia nienależnego tj. zbyt wysokiego i bezpodstawnego.”*

Odwołujący podkreślał, że istotnym źródłem wątpliwości i niejasności związanych z jego ofertą jest tryb i sposób oceny ofert zaproponowany przez zamawiającego w SIWZ, w tym w szczególności przeliczanie postąpień wykonawców w trakcie trwania aukcji elektronicznej na punktową ocenę oferty danego wykonawcy. Odwołujący wyjaśnił, iż każdy z wykonawców mógł składać wiele postąpień w trakcie trwania aukcji, przy czym minimalna wartość pojedynczego postąpienia to 8.000.000,00 zł. Po zakończeniu aukcji elektronicznej zamawiający dokonywał wyliczenia cen jednostkowych netto oferty, wyliczając procentowy wskaźnik upustu cenowego wykonawcy po aukcji elektronicznej względem oferty pierwotnej (według określonego wzoru), a następnie, po ustaleniu jego wartości, wyliczał poszczególne ceny jednostkowe netto poprzez ich obniżenie z pierwotnie złożonej oferty o wartość upustu. Odwołujący podnosił, że zamawiający przewidział w SIWZ, iż zastosowanie tej metody wyliczenia cen jednostkowych może spowodować, że wartość oferty brutto złożonej podczas aukcji elektronicznej będzie odbiegała od wartości oferty wyliczonej z zastosowaniem przewidzianej procedury.

Odwołujący podkreślał, że nie miał możliwości ingerencji w przedmiar robót i ewentualne dokonywanie manipulacji pomiędzy poszczególnymi pozycjami kosztowymi,

tak aby było możliwe przesunięcie Zakresu Podstawowego do Prawa Opcji nr 1 i/lub Prawa Opcji nr 2. Odwołujący zaznaczył, że złożył kompletną ofertę, poprawną i zgodną z wymaganiami SIWZ. Kluczowym jej elementem był przedmiar robót. Jego oferta w pierwotnym brzmieniu nie została odrzucona przez zamawiającego, czy też przez niego zakwestionowana. Nie było wątpliwości co do przedmiaru robót. Odwołujący dodał, że określenie wskaźnika upustu cenowego przez zamawiającego po aukcji elektronicznej i pomniejszenie przez niego cen jednostkowych było niezależne od jakiegokolwiek działania ze strony odwołującego. W szczególności, po aukcji elektronicznej odwołujący nie modyfikował swojej oferty, w tym przedmiaru robót, ani też nie dokonywał przesunięć pomiędzy pozycjami kosztowymi w ramach złożonej oferty. Odwołujący podkreślił, że oferta przez niego pierwotnie złożona, która została zaakceptowana przez zamawiającego, nie była przedmiotem ingerencji z jego strony, z zastrzeżeniem udzielenia postąpień w ramach aukcji elektronicznej. Powyższe oznacza, że odwołujący nie mógł i nie wprowadził w trakcie postępowania jakichkolwiek zmian do przedmiaru robót załączonego do oferty, a tym bardziej takich, które mogłyby stanowić o braku zgodności oferty z SIWZ. Zdaniem odwołującego przebieg postępowania nie dawał takiej możliwości – wykonawcy nie składali zaktualizowanej wersji przedmiaru po aukcji.

Dalej, odwołujący podnosił, że skalkulował cenę zgodnie z postanowieniami IDW. Wyjaśnił, że zrozumiał dla niego i niekwestionowany jest umowny podział ceny i mechanizm proporcjonalnej redukcji. Natomiast zaznaczył, że intencją wyjaśnień składanych przez niego było wskazanie wewnętrznego procesu planowania i przygotowania się do realizacji projektu, a nie kwestionowanie modelu proporcjonalnej redukcji. Odwołujący wskazał, że model matematyczny określa poziomy cen po aukcji poszczególnych składowych ceny, wyjaśnienia odwołującego podkreślają zaś znaczenie profesjonalnego planowania w procesie zarządzania projektem w fazie przygotowania oferty. Odwołujący podał, że w wyjaśnieniach dotyczących ceny oferty przedstawił kalkulację własną dla potrzeb wewnętrznego budżetu realizacji, który gwarantuje reżim globalnego limitu kosztów. Stwierdził, iż umowny podział ceny, określony przez zamawiającego, nie może determinować definiowanej przez wykonawcę wewnętrznej struktury podziału pracy i budżetów, które stanowią efektywne narzędzie zarządzania kosztami. Rozwiązania systemowe przyjęte u odwołującego, a dotyczące zarządzania projektem, wskazują jak kształtują się koszty realizacji całego zadania oraz poszczególnych elementów składowych. Wskazał też na zaletę metody EV jaką jest możliwość bieżącego interpretowania zależności kosztów od upływu czasu trwania projektu.

Odwołujący podkreślił rynkowy charakter złożonej przez siebie oferty, stwierdzając, że kluczowym dla wyjaśnienia rynkowego charakteru jego oferty jest odniesienie

do jego działalności inżynierskiej oraz zdefiniowanie technologii robót torowych i trakcyjnych jako ogółu informacji na temat metod, środków, sposobu mechanizacji, automatyzacji i realizacji procesów roboczych w odpowiedniej kolejności. Przyjęte metody działań technicznych wynikają z kwalifikacji wykonawcy robót, typu wyposażenia (posiadanego przez odwołującego specjalistycznego zestawu szynowo - drogowego do montażu i regulacji sieci trakcyjnej), rodzaju potrzebnych zasobów oraz procesów roboczych i kolejności ich wykonania. Odwołujący wyjaśnił ponadto, iż projektując procesy technologiczne dotyczące wykonania działań z zakresu Opcji nr 2 założył, iż prace rozpoczną się w 6 miesiącu po podpisaniu umowy z wykorzystaniem fundamentów i pali fundamentowych konstrukcji wsporczych sieci trakcyjnej, które zostały zrealizowane w zakresie podstawowym. Oferta podwykonawcy stanowi maksymalny limit kosztowy przyjęty dla potrzeb wewnętrznego globalnego budżetu realizacji, który niezależnie od metody prezentacji części składowych oferty (z uwzględnieniem proporcjonalnej redukcji zgodnej z IDW lub wewnętrznego budżetu projektu sporządzonego zgodnie z metodą EVM) w obu przypadkach określa wartość całkowitej oferty na poziomie 510.266.311,14 zł netto.

W dalszej kolejności odwołujący wskazywał, że działając z ostrożności procesowej, na wypadek przyjęcia, iż przedmiotem oceny zamawiającego jest nie tylko sama cena/koszt na poziomie globalnym, ale także części składowe, składa dodatkowe wyjaśnienia. Odwołujący podnosił, że budowa sieci trakcyjnej rozpocznie się nie szybciej niż w 6 – 7 miesiącu realizacji zamówienia, tj. w okresie, gdy wartość wygospodarowanej marży wyniesie 9.926.437,34 zł, a na zakończenie Opcji nr 2 wyniesie 41.827.285,20 zł. Planowany wskaźnik sprawności kosztowej (efektywności wykorzystania kosztów) wynosi 1,09.

Odwołujący podkreślił, iż zamawiający nie precyzuje swojego zarzutu co do rzekomych przesunięć pozycji kosztowych w ramach przedmiaru robót, a jedynie opiera się w tym zakresie na interpretacji sformułowania użytego przez odwołującego w wyjaśnieniach oraz na błędnym założeniu, że brak jest możliwości realizacji robót w ramach finalnej ceny oferowanej bez zagrożenia dla należytego wykonania umowy. W żadnym jednak miejscu zamawiający nie wskazuje konkretnych pozycji kosztowych (lub chociaż kategorii czy grup pozycji) przedmiaru robót, które miałyby zostać przeniesione przez odwołującego do innej kategorii niezgodnie z SIWZ. Zdaniem odwołującego oznacza to, że zarzut zamawiającego prowadzący do tak daleko idącego skutku jak odrzucenie oferty, nie został sprecyzowany i udowodniony, a opiera się raczej na założeniach i przypuszczeniach zamawiającego. Takie działanie stanowi naruszenie art. 7 ustawy Pzp i wyrażonej w nim zasady przejrzystości postępowania. Odwołujący podał, że zarzut zamawiającego co do braku zgodności jego oferty z SIWZ w dużej mierze opiera się na stwierdzeniu, iż: „Wykonawca PPM-T samodzielnie przyznał w treści swych wyjaśnień, iż „skalkulował określone elementy w

swojej cenie, ale w inny sposób niż wskazany przez Zamawiającego”, co miało świadczyć o tym, że: „Wykonawca wliczał koszty wykonania wybranych pozycji Przedmiaru Robót w inne pozycje przedmiarowe oraz koszty wykonania robót będących w zakresie Opcji 2 w koszty wykonania robót będących w Zakresie Podstawowym i Opcji 1”. Powyższy zarzut, w ocenie odwołującego, jest bezpodstawny, a stanowisko odwołującego o odmiennym sposobie kalkulacji oferty w żaden sposób nie świadczy o jakichkolwiek przesunięciach pozycji kosztowych w ramach przedmiaru robót. Dodał też, iż sformułowanie odwołującego o odmiennym sposobie kalkulacji oferty nie było odpowiedzią na zarzut dotyczący zakazu przesuwania pozycji kosztowych w ramach przedmiaru robót, a dotyczyło możliwości realizacji przedmiotu zamówienia na zasadach rynkowych, z zyskiem, pomimo rozbieżności w poszczególnych pozycjach kosztorysowych po aukcji elektronicznej względem pierwotnej oferty. Wyjaśnienia odwołującego odpowiadały na wątpliwości zamawiającego co do różnic między wynagrodzeniem podwykonawcy w branży sieć trakcyjna (42.550.000 zł netto) a wartością oferty odwołującego (32.939.509,26 zł netto). Rozbieżności te wynikają z przyjętego przez zamawiającego modelu postępowania, polegającego na tym, że po aukcji elektronicznej miało miejsce proporcjonalne obniżenie wartości wszystkich pozycji kosztowych do ceny końcowej poprzez redukcję wartości stawek jednostkowych. W konsekwencji przyjętego modelu mogą zachodzić istotne odchylenia, tak dodatnie, jak i ujemne, w stosunku do rzeczywistych pozycji kalkulacyjnych oferty. Natomiast celem kalkulacji ofertowej odwołującego było ustalenie pełnego kosztu realizacji projektu oraz określenie podstawy decyzji o cenie końcowej z aukcji. Oczekiwany zysk z realizacji projektu określono globalnie, jako różnicę pomiędzy dwoma wartościami. Zastosowane w ofercie różne poziomy marż dla cen poszczególnych składników oferty efektywnie prezentują wynik dodatni, określony w kalkulacji mianem zysku projektu. Odwołujący podkreślił, iż część pozycji, czy wręcz całych wycenianych branż, występuje z dodatnią marżą, która zabezpiecza ewentualnie niższe poziomy rentowności na innych pozycjach, co oznacza, że nawet gdy w przypadku poszczególnych składników wyceny oferty (konkretne branże) koszty mogą przewyższać wynagrodzenie odwołującego, to i tak marża uzyskana w pozostałych składnikach oferty kompensuje tę stratę w danym składniku oferty. Odwołujący stwierdził, iż marżowość projektu ocenia z punktu widzenia całości kosztów i przychodów w ramach całego projektu, a nie jedynie z perspektywy poszczególnych branż. Z tego też powodu użył w wyjaśnieniach sformułowania o odmiennym sposobie kalkulacji oferty niż zamawiający, a co oznacza inną perspektywę oceny rentowności oferty.

Odwołujący zaznaczył, że zamawiający stawia zarzut dotyczący rażąco niskiej ceny nie wobec całej oferty odwołującego, ale jedynie wobec dwóch branż – części składowych oferty, których wartość w sposób sztuczny została zredukowana przez zastosowanie

jednolitego upustu po przeprowadzonej aukcji. Dlatego też wystąpiła sytuacja, że dla danej branży cena po upuście okazała się matematycznie niższa niż przedstawiona w ofercie podwykonawcy. Nie oznacza to jednak, że oferta jako całość została skalkulowana nieprawidłowo, a tym samym, że w ujęciu całkowitym można mówić o rażąco niskiej cenie.

Ponadto, odwołujący dodał, że odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp może mieć miejsce tylko i wyłącznie w sytuacji, gdy zamawiający ma pewność, że oferta danego wykonawcy jest niezgodna z SIWZ, przy czym postanowienia SIWZ powinny być jasne i klarowne. Jednocześnie treść oświadczenia woli składanego w ofercie należy rozpatrywać przez pryzmat zamiaru wykonawcy, wyrażającego się w złożeniu oferty i realizacji zamówienia na warunkach zgodnych z wymaganiami SIWZ.

Odwołujący zwrócił też uwagę, iż zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, dodatkową czynnością, którą zamawiający powinien wykonać przed ewentualnym podjęciem decyzji w zakresie odrzucenia oferty, jest wyjaśnienie treści tej oferty, na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp (powołał się przy tym na: wyrok z dnia 15 lutego 2013 r., sygn. akt: KIO 214/13 i wyrok z dnia 13 sierpnia 2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 992/09). Tym samym odrzucenie oferty bez uprzedniego wystosowania wezwania do jej wyjaśnienia w zakresie stanowiącym podstawę odrzucenia oferty, stanowi naruszenie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Odnosnie zarzutu rażąco niskiej ceny odwołujący w pierwszej kolejności przywołał rozumienie pojęcia „rażąco niskiej ceny/kosztu” wypracowane przez orzecznictwo i doktrynę.

Odwołujący podkreślił, że oferowana przez niego cena całkowita oferty jest ceną rynkową. Przedstawiając argumentację w tym zakresie odwołał się do średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert, od której cena jego oferty jest niższa o 8,92%. Stwierdził też, że jego oferta jedynie nieznacznie odbiegała od ofert dwóch innych wykonawców, co oznacza, że 1/3 wszystkich ofert kształtowała się na poziomie cenowym oferty odwołującego. Odwołujący podkreślił, iż stosowanie trybu określonego w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp nie powinno odbywać się automatycznie wobec ofert najkorzystniejszych cenowo. Celem tego przepisu jest bowiem eliminacja ofert lub kosztu uniemożliwiającego realizację przedmiotu zamówienia.

W dalszej kolejności odwołujący podniósł, iż w kolejnych wyjaśnieniach z dnia 4 i 23 grudnia 2020 r. oraz 7 stycznia 2021 r. wskazał na czynniki obniżające cenę jego oferty. W wyjaśnieniach z dnia 4 grudnia 2020 r. przedstawił szczegółową kalkulację oferty po aukcji z podziałem na poszczególne branże, założone koszty bezpośrednie, koszty

pośrednie, a także oczekiwany i realny zysk. Przedstawił wyliczenia ofert podwykonawców i poparł je stosownymi dowodami, jak i wyliczenia własne z podziałem na robociznę/podwykonawstwo, materiały, sprzęt. Kolejne wyjaśnienia stanowiły doprecyzowanie i uszczegółowienie elementów cenotwórczych, co do których zamawiający stawiał pytania.

Odwołujący zauważył, że zamawiający stawia zarzut rażąco niskiej ceny bazując jedynie na rzekomym niedoszacowaniu w branży sieć trakcyjna oraz sterowanie ruchem kolejowym. W tym kontekście wskazał na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, z którego wynika, iż niedoszacowanie jednego tylko z elementów ceny oferty nie może stanowić przesłanki odrzucenia oferty (wyrok KIO z dnia 3 grudnia 2019 r., sygn. akt: KIO 2338/19). Stwierdził także, iż kwestia wartości robót w ww. branżach została wyjaśniona pismem z dnia 23 grudnia 2020 r., gdzie odwołujący wskazał, iż zamawiający dokonał upustu w sposób uproszczony, natomiast odwołujący, optymalizując koszty własnej oferty, dokonał upustu w pozycjach marżowo najwyższych lub o wartość na jaką otrzymał upust od własnych podwykonawców, zaś pozostałe pozycje dotyczące innych branż, według zakładanej kalkulacji, powinny zostać na poziomie tożsamym lub zbliżonym do poziomu cen sprzed aukcji. Powyższe pokrywa się z wyjaśnieniami złożonymi przez odwołującego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Odwołujący od początku za najistotniejszy czynnik wpływający na ostateczną cenę na aukcji, uznawał redukcję założonej pierwotnie marży, zysku, przy jednoczesnym zachowaniu rentowności zamówienia.

Odwołujący zwrócił uwagę, że suma kosztów wytworzenia w przypadku jego oferty wynosi 468.439.025,94 zł, gdzie 75% kosztów wytworzenia ma pokrycie w ofertach od podwykonawców i dostawców materiałów, natomiast reszta stanowi potencjał własny wykonawcy. Budżet własny wykonawcy odwołującego się na poziomie 510.266.311,14 zł pozwoli na pokrycie kosztów wytworzenia i gwarantuje obsługę zobowiązań wobec podwykonawców i dostawców, gdyż poziom wartości całkowitej oferty stanowi 108,93% pełnych kosztów wytworzenia. Odwołujący dodał, iż wskazywał też w swoich wyjaśnieniach na wynegocjowanie bardzo korzystnych cen u podwykonawców robót i dostawców materiałów, na co przedstawił dowody w postaci tych ofert i kalkulacji.

Następnie odwołujący powołał się na subklauzulę 4.4.ust. 3 pkt e) projektu umowy, z której – w jego ocenie – wynika, że zamawiający dopuścił wystąpienie rozbieżności pomiędzy kosztem zatrudnienia podwykonawcy wskazanym w umowie z zamawiającym, a kosztem faktycznie ponoszonym z tego tytułu przez wykonawcę. Z tego względu, opieranie

decyzji o odrzuceniu oferty na stwierdzeniu wystąpienia sytuacji, w której oferta podwykonawcy przewyższa wartość za dany zakres przedstawiony w ofercie wykonawcy do zamawiającego, jest pozbawione podstaw wobec ww. postanowienia projektu umowy, które dopuszcza taką sytuację.

Inne czynniki i uwarunkowania mające wpływ na zaoferowaną przez odwołującego cenę, które były przez niego wskazywane w wyjaśnieniach to: posiadanie znaczącej ilości wysokowydajnego sprzętu własnego do robót torowych, a także wykorzystywanie układów technologicznych pracy do poszczególnych czynności w tym zamówieniu, co wpływa na maksymalizację wykorzystania potencjału ludzkiego. Odwołujący przy tym opisał cechy charakterystyczne używanych przez siebie urządzeń i podkreślił aspekt niezależności sprzętowej. Odwołujący wskazał, że dysponuje samowładowczymi wagonami towarowymi, flotą lokomotyw spalinowych, profilarką tłucznią, a także pojazdem kolejowym do montażu i regulacji sieci trakcyjnej.

Dalej odwołujący wskazał, że w ramach swojej organizacji posiada całodobową dyspozyturę działającą w ramach zespołu logistyki kolejowej, odpowiedzialną za koordynację dostaw – transportu materiałów, zapewnienie maszyn, wagonów, lokomotyw, podejmowanie działań związanych z doraźnym pozyskaniem brakujących sprzętów. Odwołujący posiada także dobrze wyposażone warsztaty naprawcze zlokalizowane na terenie sekcji w Gdańsku, jak i własne centrum obróbcze, czy też biuro konstrukcyjno – technologiczne.

Odwołujący wyjaśnił, iż w procesie planowania przebiegu projektu stosuje metodę wartości wypracowanej, która ma na celu mierzenie wyników progresu. Podkreślił, iż kalkulacja całkowitego budżetu projektu uwzględnia wszelkie konieczne do poniesienia koszty wytworzenia (468.439.025,94 zł), uwzględnia też narzut kosztów pośrednich (30.448.536,68 zł), jak i zapewnia monitorowanie założonego zysku (11.374.636,43 zł) podczas realizacji umowy. Sterowanie wynikiem finansowym projektu stanowi podstawę zarządzania projektami u odwołującego. Metody zarządzania projektem oparte na metodach EVM, stosowane przez odwołującego, pozwalają wygenerować oszczędności, zabezpieczyć ewentualne obszary ryzyka, co w konsekwencji umożliwi zaoferowanie lepszych warunków od konkurencji. Odwołujący wskazał również, iż stosuje zaawansowany technologicznie zintegrowany system IFS Applications, który umożliwia mu generowanie oszczędności we wszystkich fazach obsługi procesu realizacji projektu inwestycyjnego (ułatwia zarządzanie pełnym cyklem życia projektów). Odwołujący zwrócił również uwagę na swoje doświadczenie w zakresie robót budowlanych dotyczących infrastruktury kolejowej. Wskazał na wysoką i perspektywiczną zdolność kredytową.

W ocenie odwołującego, powyższe okoliczności wskazują na to, że cena przez niego oferowana nie jest rażąco niska, gdyż jest ceną rynkową, adekwatną do zakresu i kosztów prac, składających się na przedmiot zamówienia, a także pozwala na osiągnięcie zysku. Odwołujący dodał również, iż w niniejszej sprawie doszło trzykrotnie do żądania złożenia wyjaśnień dotyczących ceny oferty po aukcji elektronicznej, a każde kolejne wezwanie zamawiającego obejmowało coraz bardziej szczegółowy zakres żądanych informacji. Odwołujący zaprzeczył stanowisku zamawiającego, iż udzielił wyjaśnień, które nie zawierają merytorycznych informacji pozwalających zamawiającemu na weryfikację czy zaoferowana cena jest ceną rażąco niską. Udzielone przez niego wyjaśnienia, zdaniem odwołującego, odnosiły się swoim zakresem do żądań zamawiającego. Odwołujący uszczegóławiał swoje wyjaśnienia, odpowiednio do szczegółowości zapytań zamawiającego, odnosząc je do elementów, które budziły wątpliwości zamawiającego i jednocześnie przedstawiał obszernie dowody na poparcie wyjaśnień. Tym samym, w ocenie odwołującego, należy uznać, że w wyjaśnieniach szczegółowo przedstawił okoliczności, dzięki którym możliwa jest optymalizacja kosztów oferty i, które uzasadniają jej finalną, rynkową kalkulację.

Reasumując swoje stanowisko, odwołujący podał, że:

- złożył obszernie i szczegółowe wyjaśnienia w zakresie kalkulacji ceny swej oferty, czym skutecznie obalił domniemanie rażąco niskiej ceny;
- jego oferta, o wartości ostatecznie ukształtowanej po aukcji, jest ofertą realną, rynkową i odpowiadającą wymogom postępowania, a także uwzględnia szczególną sytuację rynkową odwołującego;
- zarzuty zamawiającego dotyczące rażąco niskiej ceny nie są skierowane wobec całej oferty odwołującego, lecz jedynie wobec dwóch branż – części składowych oferty, których wartość w sposób sztuczny została zredukowana poprzez zastosowanie jednolitego upustu po przeprowadzonej aukcji. Dlatego też w konsekwencji wystąpiła sytuacja, w której dla danej branży cena po upuście okazała się matematycznie niższa niż oferta podwykonawcy w danej branży;
- zamawiający nie wykazał na czym miałyby polegać niezgodności oferty odwołującego z postanowieniami SIWZ. Zamawiający zaniechał także wezwania odwołującego do wyjaśnienia elementów oferty, które mogłyby prowadzić do jej niezgodności z dokumentacją postępowania.

Wobec powyższego, w ocenie odwołującego, dokonana przez zamawiającego ocena złożonej przez niego oferty jest niepoprawna.

Zamawiający w dniu 17 lutego 2021 roku przekazał wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu kopię odwołania, wzywając wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego.

W dniu 18 lutego 2021 roku wykonawca TORPOL S.A. z siedzibą w Poznaniu, zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

W dniu 19 lutego 2021 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Aldesa Construcciones Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Aldesa Construcciones S.A. z siedzibą w Madrycie (Hiszpania), COALVI S.A. z siedzibą w Saragossie (Hiszpania), China Civil Engineering Constructions Corporation z siedzibą w Pekinie (Chiny), zgłosili swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Także w dniu 19 lutego 2021 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: Roverpol Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Rover Infraestructuras S.A. z siedzibą w Walencji (Hiszpania) (zwani dalej: „Konsorcjum Roverpol” lub „przystępującym II”), zgłosili swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia ww. wykonawców wobec spełnienia wymogów określonych w art. 525 ust. 1 i 2 nPzp i dopuściła ich do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego w charakterze uczestników tego postępowania.

Zamawiający w dniu 5 marca 2021 roku złożył odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o oddalenie odwołania w całości.

W dniu 8 marca 2021 roku, w toku posiedzenia niejawnego z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego, Konsorcjum Roverpol złożyło pisemne stanowisko w sprawie, wnosząc o oddalenie odwołania.

W trakcie rozprawy strony i uczestnik postępowania odwoławczego – Konsorcjum Roverpol podtrzymały swoje stanowiska.

Po przeprowadzeniu rozprawy w dniu 8 marca 2021 roku z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń i stanowisk stron, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 ustawy nPzp.

Izba uznała, iż odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z dokumentacji postępowania przekazanej przez zamawiającego, w szczególności z: ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwanej dalej: „SIWZ”), protokołu postępowania, informacji z otwarcia ofert, oferty odwołującego, wezwań do złożenia wyjaśnień kierowanych przez zamawiającego do odwołującego oraz odpowiedzi na te wezwania, zawiadomienia o odrzuceniu oferty odwołującego.

Izba wzięła pod uwagę stanowiska i oświadczenia stron i uczestników postępowania odwoławczego złożone w pismach procesowych oraz ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 8 marca 2021 roku. Dodatkowo, Izba wzięła pod uwagę opinię sporządzoną przez biegłego sądowego z zakresu budownictwa, a złożoną przez odwołującego w toku rozprawy do akt sprawy, jako stanowisko własne strony odwołującej się, zgodnie z wnioskiem odwołującego.

Izba ustaliła co następuje:

Zamawiający prowadzi postępowanie pn.: *„Realizacja robót budowlanych dla Etapu I projektu „Prace na linii kolejowej nr 38 na odcinku Elk – Korsze wraz z elektryfikacją” – nr postępowania 9090/IRZR1/11159/02970/20/P.*

Zgodnie z Tomem I SIWZ – *Instrukcja dla Wykonawców (IDW)* - przedmiot zamówienia obejmował Zakres podstawowy oraz Opcję nr 1 i Opcję nr 2.

Zgodnie z punktem 12.3. IDW wykonawcy byli zobowiązani dołączyć do oferty wypełniony Przedmiar Robót, przy czym wartość każdej pozycji Przedmiaru powinna obejmować pełen zakres prac i robót potrzebnych do zrealizowania w ramach danej pozycji.

W punkcie 12.4. IDW zamawiający zawarł zakaz włączania pozycji Przedmiaru Robót z Zakresu podstawowego do którejkolwiek z Opcji i odwrotnie wskazując, iż:

„Wykonawca nie może włączać pozycji Przedmiaru Robót składających się na Zakres podstawowy do pozycji składających się na Opcję nr 1 oraz Opcję nr 2, pozycji składających się na Opcję nr 1 do pozycji składających się na Zakres podstawowy oraz Opcję nr 2

oraz pozycji składających się na Opcję nr 2 do pozycji składających się za Zakres podstawowy oraz Opcję nr 1.”

Zamawiający przewidział w tym postępowaniu przeprowadzenie aukcji elektronicznej. Wartość jednego postąpienia zamawiający określił na kwotę 8 mln. zł.

W punkcie 20.8.15 IDW zamawiający wskazał, że:

„Po zakończeniu aukcji elektronicznej Zamawiający dokona wyliczenia cen jednostkowych netto oferty (jeżeli występują) w następujący sposób:

1) Wyliczony zostanie procentowy wskaźnik upustu cenowego od wartości oferty pierwotnej, uzyskany w wyniku aukcji, który zostanie zaokrąglony matematycznie do 10 miejsc po przecinku. Obliczenia zostaną wykonane według wzoru:

$$U = 100 - (W \text{ aukcji} \times 100) / W \text{ oferty} [\%]$$

2) Następnie wyliczone zostaną indywidualnie poszczególne ceny jednostkowe netto poprzez obniżenie cen jednostkowych netto z pierwotnie złożonej oferty (z wyłączeniem pozycji dotyczących Kwoty Warunkowej i kosztów komunikacji zastępczej) o wartość upustu wyliczoną przy zastosowaniu wartości wskaźnika upustu (U), przy czym ceny te zostaną zaokrąglone matematycznie do dwóch (2) miejsc po przecinku. Obliczenia zostaną wykonane według wzoru:

$$C \text{ aukcji} = C \text{ oferty} - (C \text{ oferty} \times U)$$

gdzie:

U – wartość wskaźnika upustu cenowego od wartości oferty pierwotnie złożonej (pomniejszonej o wartości brutto Kwoty Warunkowej i kosztów komunikacji zastępczej) uzyskanego w wyniku aukcji elektronicznej.

W oferty – wartość oferty pierwotnie złożonej brutto pomniejszona o wartości brutto Kwoty Warunkowej i kosztów komunikacji zastępczej z oferty złożonej przez Wykonawcę w terminie składania ofert. W aukcji – wartość oferty uzyskanej w toku aukcji elektronicznej brutto pomniejszona o wartości brutto Kwoty Warunkowej i kosztów komunikacji zastępczej z oferty złożonej przez Wykonawcę w terminie składania ofert.

C aukcji – cena jednostkowa netto przyjęta do umowy.

C oferty – cena jednostkowa netto oferty pierwotnie złożonej z zastrzeżeniem, że pozycje dotyczące Kwoty Warunkowej oraz kosztów komunikacji zastępczej wskazane przez Wykonawcę w ofercie pierwotnie złożonej nie podlegają obniżeniu.

3) Całkowita cena netto zostanie wyliczona jako suma iloczynów cen jednostkowych netto obliczonych w sposób określony w pkt 2) oraz ilości poszczególnych pozycji Przedmiaru Robót i powiększona o wartość netto Kwoty Warunkowej oraz kosztów komunikacji zastępczej wskazanych przez Wykonawcę w ofercie pierwotnie złożonej.”

Z kolei w punkcie 20.8.16 IDW zamawiający wskazał, iż: *„zastosowanie wskazanej metody wyliczania cen jednostkowych może spowodować, że wartość oferty brutto złożonej podczas aukcji elektronicznej będzie odbiegała od wartości oferty wyliczonej z zastosowaniem powyższej procedury. Wyliczone wyżej wymienioną metodą ceny jednostkowe będą uznawane za wiążącą ofertę Wykonawcy na podstawie której zostanie zawarta umowa o udzielenie zamówienia publicznego.”*

Kwota jaką zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia podstawowego to kwota 661.615.832,27 zł brutto. Do upływu terminu składania ofert do zamawiającego wpłynęło 11 ofert, w tym oferta odwołującego, opiewająca na kwotę 1.499.341.927,86 zł brutto (w tym: zakres podstawowy – 720.200,426,77 zł; Opcja nr 1 – 682.003.815,08 zł; Opcja nr 2 – 97.137.686,01 zł). Cena zaoferowana przez odwołującego w wyniku aukcji elektronicznej to kwota 789.982.504,83 zł brutto, przy czym przy zastosowaniu procentowego wskaźnika upustu cenowego, obliczonego według wzoru podanego przez zamawiającego, cena jednostkowa dla branży: SRK - to kwota 31.419.688,14 zł; Sieć trakcyjna – to kwota 37.230.395,80 zł.

Zamawiający w dniu 24 listopada 2020 r. wezwał odwołującego, działając na podstawie art. 90 ust. 1 i art. 90 ust. 1a ustawy Pzp, do udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny zaoferowanej w wyniku aukcji elektronicznej dla przedmiotowego zamówienia, w tym do złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny.

Pismem z dnia 4 grudnia 2020 roku odwołujący złożył wyjaśnienia w odpowiedzi na ww. wezwanie. W wyjaśnieniach tych odwołujący wskazał m.in., iż koszty bezpośrednie dla branży SRK wynoszą 40 130 738.00 zł, natomiast dla branży sieć trakcyjna 48 950 000.00 zł. Kwoty te miały swoje odzwierciedlenie w załączonych do wyjaśnień ofertach podwykonawców.

Zamawiający, kolejnym pismem z dnia 16 grudnia 2020 roku wezwał odwołującego do uzupełnienia i uszczegółowienia złożonych wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny zaoferowanej w wyniku aukcji elektronicznej dla przedmiotowego zamówienia, w tym do wyjaśnienia rozbieżności pomiędzy cenami jednostkowymi wynikającymi z oferty odwołującego, a cenami wskazanymi w ofertach podwykonawców za wykonanie robót w branży sterowanie ruchem kolejowym oraz w branży sieć trakcyjna.

Odwołujący pismem z dnia 23 grudnia 2020 roku przedłożył stosowne wyjaśnienia wskazując, iż: *„PPM-T przypuszcza, iż podana przez Zamawiającego niższa kwota wynika, z przyjętego z góry upustu, którym Zamawiający równomiernie i bez wyjątku obniżył każdą*

pozycję przedmiaru robót po aukcji w tych branżach. W przygotowanym arkuszu cenowym Zamawiający sam określił elementy, które należy wycenić, sam je pogrupował i zestawiał ze sobą w określony sposób. Następnie sam w pkt. 20.8.15 IDW oraz zaproszeniu do aukcji określił mechanizm obliczenia cen jednostkowych po aukcji. Następnie po aukcji Zamawiający w sposób uproszczony obniżył wszystkie pozycje automatycznie o wyliczony upust według przyjętego przez Zamawiającego wzoru. Zamawiający zastosował sposób obliczenia ceny po aukcji w celu ułatwienia przeliczenia cen jednostkowych (...). Innymi słowy, Wykonawcy podczas aukcji mogli obniżyć ceny zarówno dla zakresu podstawowego jak i cen dotyczących praw opcji zgodnie z własną kalkulacją. Zamawiający miał zatem świadomość i dopuścił możliwość obniżenia ceny zarówno dla zakresu podstawowego jak i cen dotyczących praw opcji zgodnie z własną kalkulacją Wykonawcy. Wykonawca optymalizując koszty własnej oferty (przygotowywanie oferty do aukcji), często dokonuje jej w pozycjach marżowo najwyższych, lub o wartość na jaką otrzymał upust od własnych podwykonawców. Pozostałe pozycje w „zamyśle” Wykonawcy pozostają na poziomie tożsamym bądź zbliżonym do poziomu cen sprzed aukcji. Wykonawca, odpowiednio skalkulował określone elementy w swojej cenie, ale w inny sposób niż wskazany przez Zamawiającego. Metodyka narzucona przez Zamawiającego, uniemożliwia wykonawcy przedstawienie cen po aukcji w sposób, w jaki rzeczywiście była ona kalkulowana i jaka byłaby wystarczająca do wykazania jej realności, co jest kluczowe w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny – realność wykonania zadania w cenie całkowitej zaoferowanej przez Wykonawcę. Wykonawca nie może ponosić negatywnych konsekwencji tylko dlatego, że Zamawiający narzucił Wykonawcy formę i sposób kalkulacji oraz wysokość upustu, który w znacznym stopniu odbiega od sposobu, w którym rzeczywiście oferta była kalkulowana. Sposób przyjęcia obliczenia ceny za każdą pozycję z góry narzuconym upustem przez Zamawiającego kreuje ceny znacznie odbiegające od rzeczywistości. Przyjęty przez Zamawiającego mechanizm upustu po aukcji ma jedynie ułatwić przeliczenie cen jednostkowych obniżonej przez Wykonawcę całkowitej wartości robót zaproponowanej na aukcji, a przedmiotem analizy Zamawiającego powinna być jedynie realność wykonania robót za cenę zaoferowaną przez Wykonawcę, co PPM-T udowodniło.”.

Zamawiający ponownie zwrócił się do odwołującego o udzielenie wyjaśnień 4 stycznia 2021 roku, na które to wezwanie odwołujący odpowiedział pismem z 7 stycznia 2021 roku stwierdzając, że: „odpowiednio skalkulował określone elementy w swojej cenie, ale w inny sposób niż wskazany przez Zamawiającego”. Odwołujący zwracał przy tym uwagę, że metodyka narzucona przez zamawiającego odnośnie formy i sposobu kalkulacji oraz wysokości upustu, uniemożliwiała wykonawcom przedstawienie cen po aukcji w sposób, w jaki były one rzeczywiście kalkulowane.

W dniu 5 lutego 2021 roku zamawiający poinformował odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 89 ust 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Izba zważyła co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu.

Jak Izba wskazała na wstępie uzasadnienia niniejszego wyroku, do przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy dotychczasowe, tj. przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (zwanej: „ustawą Pzp”).

Natomiast do postępowania odwoławczego znajdują zastosowanie przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (zwanej: „ustawą nPzp”).

W odniesieniu do poszczególnych zarzutów odwołania Izba wskazuje, co następuje.

I. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ustawy Pzp poprzez dokonanie nieprawidłowej oceny wyjaśnień odwołującego udzielonych w dniach: 4 grudnia 2020 r., 23 grudnia 2020 r. oraz 7 stycznia 2021 r. w zakresie kalkulacji elementów składowych ceny ofertowej oraz przesunięć w przedmiarze robót, stanowiącym załącznik do oferty, poprzez generalne przyjęcie, iż odwołujący rzekomo dokonał przesunięć w przedmiarze robót skutkujących niezgodnością oferty z SIWZ, bez przedstawienia w tym zakresie stosownego uzasadnienia, co świadczy o prowadzeniu postępowania przez zamawiającego niezgodnie z zasadą przejrzystości (zarzut oznaczony nr 1 w *petitum* odwołania).

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3, stanowiącym, iż zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty.

Z kolei przepis art. 7 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, iż zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba uznała, że zamawiający prawidłowo ocenił ofertę odwołującego, jak i wyjaśnienia złożone przez niego w toku postępowania o udzielenie zamówienia, uznając, że oferta ta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Izba podziela stanowisko zamawiającego, że oferta odwołującego jest sprzeczna z postanowieniami SIWZ (w szczególności z punktem 12.4. IDW), albowiem w wyniku przeprowadzonej aukcji elektronicznej i zastosowanej redukcji cen jednostkowych po aukcji, oferta tak została ukształtowana, iż koszty wykonania wybranych pozycji Przedmiaru Robót musiały zostać przesunięte w inne pozycje przedmiarowe, także koszty wykonania robót będących w zakresie Opcji nr 2, gdzie wykazana jest strata, faktycznie muszą być przesunięte w koszty wykonania robót z Zakresu podstawowego i Opcji nr 1 (dotyczy to branży sieć trakcyjna). Przesunięcia pomiędzy Zakresem podstawowym, a prawem Opcji, dotyczyły także branży SRK. Cena jednostkowa po aukcji elektronicznej dla ww. branż – wyliczona według wzoru określonego przez zamawiającego w punkcie 20.8.15 IDW - była znacząco niższa niż cena jaką faktycznie wykonawca kalkulował dla tych branż na podstawie przedłożonych do wyjaśnień umów podwykonawczych. Odwołujący sam przyznał podczas rozprawy, iż przedstawione przez niego umowy podwykonawcze są dedykowane dla tego konkretnego zamówienia i obejmują zakres robót wynikający z tego konkretnego zamówienia. Odwołujący wyjaśnił, że straty na pozycjach dotyczących branży SRK i sieci trakcyjnej może pokryć dzięki zwiększonej marżowości w innych pozycjach (przykładowo wskazywał na branżę geotechniczną).

Podkreślić należy, iż odwołujący sam w swoich wyjaśnieniach składanych zamawiającemu, wskazywał, że prawidłowo skalkulował określone elementy w swojej cenie, ale w inny sposób niż wskazany przez zamawiającego. Wyjaśnienia odwołującego co do przyjętego przez niego sposobu kalkulacji cen jednostkowych i odzwierciedlającego, w jego ocenie, stan rzeczywisty, stoją w opozycji do postanowień IDW, w tym punktu 20.8.16, zgodnie z którym to ceny jednostkowe wyliczone metodą określoną przez zamawiającego w punkcie 20.8.15, miały być uznawane za wiążącą ofertę wykonawcy, na podstawie której zostanie udzielone mu zamówienie.

Tymczasem, oferta odwołującego po aukcji elektronicznej i dokonanej redukcji cen jednostkowych, nie była zgodna z zasadami wynikającymi z SIWZ. Odwołujący znał zasadę proporcjonalnego obniżenia cen jednostkowych o wskaźnik upustu cenowego, wynikającą z treści SIWZ, którą to zasadę wykonawca zaakceptował przystępując do przetargu. Podkreślić też należy, że żaden z wykonawców, w tym odwołujący, nie zakwestionował postanowień SIWZ w tym zakresie. Słusznie podnosił zamawiający, iż każdy z wykonawców miał świadomość (a przynajmniej powinien mieć), że postąpienia, których dokonuje, będą skutkowały obliczeniem wysokości upustu cenowego, który następnie zostanie zastosowany do każdej z pozycji Przedmiaru Robót. Wykonawca. Przygotowując ofertę powinien zatem tak obliczyć swoje ceny w każdej z pozycji Przedmiaru Robót, aby odpowiadały one wymaganiom zamawiającego, w szczególności w zakresie przepisów dotyczących rażąco

niskiej ceny. Tymczasem postąpienia dokonane przez odwołującego spowodowały takie obniżenie wartości pozycji przedmiarowych dla branży sieć trakcyjna i SRK, iż pozycje te wykazywały w rzeczywistości stratę. Dodać należy, że Opcja nr 2 obejmuje w całości zakres branży sieć trakcyjna. Skoro dla tej pozycji wykazywana jest strata, gdyż cena jednostkowa wynikająca z oferty po aukcji elektronicznej z zastosowaniem procentowego wskaźnika upustu to kwota 37.230.395,80 zł, podczas gdy wartość umowy podwykonawczej i rzeczywisty koszt tej branży kalkulowany przez odwołującego to kwota 48.950.000 zł, to oczywistym jest, że strata w tym zakresie musi zostać pokryta z innych pozycji, co przyznał sam odwołujący. Będzie ona musiała być pokryta z pozycji wchodzących w Zakres podstawowy lub Opcji nr 1, bo tylko tam wykazywany jest zysk.

W konsekwencji należałoby uznać, że odwołujący, sprzecznie z postanowieniami IDW (w tym z punktem 12.4.), włącza pozycje Przedmiaru Robót, składające się na Opcję nr 2 do pozycji składających się na Zakres podstawowy oraz Opcję nr 1. Analogicznie jest w przypadku branży SRK, gdzie z tych samych przyczyn wykazywana jest strata i gdzie konieczne jest dokonanie przesunięć dla wyrównania straty. Powyższe oznacza, że część wartości z tej pozycji musi zostać pokryta z pozostałych pozycji Przedmiaru Robót, na których występuje zysk, czy większa marża.

Wobec powyższego stwierdzić należy, że zamawiający prawidłowo uznał, iż odwołujący dokonał obliczenia ceny oferty w sposób sprzeczny z treścią SIWZ, a w konsekwencji prawidłowo odrzucił jego ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Powyższe bowiem, zdaniem Izby, przesądza o niezgodności treści oferty odwołującego z treścią SIWZ. Jednocześnie Izba wskazuje, iż nie podziela argumentacji odwołującego, że zamawiający nie przedstawił stosownego uzasadnienia w tym zakresie w decyzji z dnia 5 lutego 2021 roku.

Dodać także należy, że nie jest to sytuacja spełniająca przesłanki z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, dlatego też nie można oferty poprawić w tym zakresie.

II. Zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie uprzedniego wezwania odwołującego do wyjaśnienia jego oferty w zakresie kwestii szczegółowych, które następnie stały się podstawą do odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp (zarzut oznaczony nr 2 w *petitum* odwołania).

Zgodnie z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne

jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

W ocenie Izby zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy Pzp jest bezzasadny.

Izba uznała, że w okolicznościach niniejszej sprawy nie zachodziły wątpliwości co do treści oferty odwołującego, które wskazywałyby na konieczność wystosowania wezwania w tym zakresie. Nie było żadnych niejasności czy dwuznaczności wymagających dalszego wyjaśnienia. Odwołujący w swoich wyjaśnieniach przyznał, w jaki sposób kalkulował cenę oferty, w szczególności w zakresie branż sieć trakcyjna i SRK. Zresztą wynika to bezpośrednio z zestawień tabelarycznych zaprezentowanych w wyjaśnieniach, a potwierdzone zostało załączonymi do wyjaśnień ofertami podwykonawców. Zatem na podstawie złożonej oferty i wyjaśnień odwołującego zamawiający posiadał wiedzę co do okoliczności, które stanowiły wystarczającą przesłankę do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp (opisanych powyżej w pkt I niniejszego uzasadnienia).

Dlatego też zarzut dotyczący zaniechania wezwania do wyjaśnień treści oferty jest bezzasadny.

III. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 7 ustawy Pzp poprzez dokonanie nieprawidłowej oceny wyjaśnień odwołującego w zakresie rażąco niskiej ceny przedstawionej w ofercie odwołującego poprzez błędne uznanie, iż nie jest możliwa realizacja robót będących przedmiotem postępowania na zasadach rynkowych zgodnie z ceną wskazaną w ofercie, co skutkowało niezasadnym odrzuceniem oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp (zarzut oznaczony nr 3 w *petitum* odwołania).

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Stosownie zaś do art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp: 2. Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. 3. 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.

Zarzut nie potwierdził się.

Izba podzieliła stanowisko zamawiającego, że odwołujący zaniechał dokonania wyjaśnień oraz przedstawienia dowodów na poparcie swojego stanowiska w zakresie ceny oferty, w tym jej istotnych części składowych, tj. za wykonanie robót w branży sieci trakcyjnej oraz w branży sterowania ruchem kolejowym. W odpowiedzi na konkretne wezwania i

pytania zamawiającego odwołujący nie udzielił rzeczowych i miarodajnych wyjaśnień, które pozwoliłyby na ich pozytywną ocenę, a tym samym nie pozwoliły na weryfikację że zaofferowana cena nie jest rażąco niska. Słusznie zamawiający wskazywał, iż wykonawca, pytany o konkretne kwestie, wdał się jedynie w polemikę z zastosowanym przez zamawiającego mechanizmem obliczenia cen jednostkowych, a wynikającym z zasad określonych w SIWZ. Jednocześnie odwołujący zaniechał przedstawienia kalkulacji, czy też dowodów świadczących o możliwości wykonania robót w sieci trakcyjnej i SRK – w kwocie podanej w ofercie po jej przeliczeniu po aukcji elektronicznej - bez uszczerbku dla należytego wykonania zamówienia.

Zamawiający w wezwaniu z 16 grudnia 2020 roku zwrócił się z konkretnym zapytaniem do odwołującego o wyjaśnienie rozbieżności pomiędzy ceną za wykonanie robót w branży sterowania ruchem kolejowym oraz w branży sieć trakcyjna po aukcji elektronicznej a cenami wynikającymi z odpowiednich ofert podwykonawczych, złożonych przez wykonawcę przy wyjaśnieniach z 4 grudnia 2020 roku.

W odpowiedzi na powyższe zapytania odwołujący nie przedstawił jakichkolwiek wyjaśnień rzeczowych i merytorycznych, a jedynie podjął – jak słusznie wskazał zamawiający – nieuprawnioną polemikę z przyjętym w IDW mechanizmem obliczenia cen jednostkowych po aukcji elektronicznej. Na pozycjach dotyczących ww. branż niewątpliwie występują straty w stosunku do cen jednostkowych wynikających z zastosowanego upustu. Tymczasem odwołujący nie przedstawił ani dowodów, ani kalkulacji potwierdzających, iż jest możliwa realizacja tych robót bez uszczerbku dla należytego wykonania zamówienia.

Nie jest słuszna teza odwołującego, że skoro zamawiający nie stawiał zarzutu wobec ceny całkowitej oferty po aukcji elektronicznej, to bezpodstawnym jest odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Przede wszystkim należy wskazać, że zamawiający powołał się na przepis art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, statuujący obowiązek zamawiającego odrzucenia ofert 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 ocenie Izby zamawiający prawidłowo uznał, że nie może w sposób pozytywny ocenić wyjaśnień złożonych przez odwołującego, wezwanego do ich udzielenia w oparciu o przepis art. 90 ust. 1 w zw. z art. 90 ust. 1a ustawy Pzp. Izba podziela stanowisko zamawiającego, że odwołujący nie udzielił w pełni merytorycznych i rzeczowych wyjaśnień na wezwanie zamawiającego. Odwołujący nie wyjaśnił kalkulacji istotnych elementów ceny oferty w zakresie branży sieć trakcyjna i branży SRK. Ceny oferowane dla tych branż

wykazują stratę, co jest tym bardziej istotne z uwagi na zakaz włączania poszczególnych pozycji z zakresu Opcji do Zakresu podstawowego zamówienia, czy przenoszenia pomiędzy Opcjami, jak i włączania pozycji z Zakresu podstawowego do Opcji. Odwołujący w tym zakresie podał jedynie, że odpowiednio skalkulował określone elementy w swojej cenie, ale w inny sposób niż wskazany przez zamawiającego. Wykonawca nie wskazał jednak w jaki konkretnie sposób skalkulował te elementy. Tym samym należałoby raczej uznać, że złożone wyjaśnienia potwierdzają, iż cena oferty (w spornym zakresie) została skalkulowana poniżej kosztów.

W konsekwencji Izba uznała, że czynność zamawiającego odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp była prawidłowa, gdyż na podstawie udzielonych przez odwołującego wyjaśnień zamawiający nie mógł dokonać pozytywnej oceny oferty odwołującego, o której mowa w art. 90 ust. 3 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy nPzp w zw. z § 2 ust. 2 pkt 2, § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. b) oraz § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Zgodnie z art. 557 ustawy nPzp w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Stosownie do art. 575 tejże ustawy strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.

Przepis § 2 ust. 2 pkt 2 ww. rozporządzenia określa wysokość wpisu w postępowaniu o udzielenie zamówienia na roboty budowlane o wartości równej progom unijnym lub przekraczającej te progi na kwotę 20 000 zł. Z kolei § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. b) powołanego rozporządzenia stanowi, że do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się wpis oraz uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego, wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika, jednak nieprzekraczające łącznie kwoty 3600 złotych. Stosownie zaś do § 8 ust. 2 pkt 1 ww. rozporządzenia: w przypadku oddalenia odwołania przez Izbę w całości, koszty ponosi odwołujący. Izba zasądza koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, od odwołującego na rzecz zamawiającego.

W oparciu powołane powyżej przepisy Izba zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20.000 zł uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz zasądziła od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 3.600 zł, stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Mając powyższe na uwadze Izba orzekła jak w sentencji.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....