

Sygn. akt: KIO 2519/20

**WYROK**

**z dnia 16 listopada 2020 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Magdalena Rams**

**Protokolant: Mikołaj Kraska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **13 listopada 2020 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **5 października 2020 r.** przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **konsorcjum: Dolnośląskie Przedsiębiorstwo Napraw Infrastruktury Komunikacyjnej DOLKOM Sp. z o.o., z siedzibą we Wrocławiu oraz P. C. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą DROMOSTTOR P. C. oraz I. C. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą DROMSTTOR I. C.,**

w postępowaniu prowadzonym przez **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., z siedzibą w Warszawie,**

przy udziale wykonawcy **INTOP Warszawa Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

- 1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., z siedzibą w Warszawie: (i) dokonanie unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej; (ii) odrzucenie oferty wykonawcy INTOP Warszawa Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia konsorcjum: Infrakol sp. z o.o. Sp.k, Track Tec Construction sp. z o.o. oraz Euro – Darmal sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt**

**4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp; (iii) dokonanie ponownego badania i oceny ofert.**

**2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., z siedzibą w Warszawie 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 **konsorcjum: Dolnośląskie Przedsiębiorstwo Napraw Infrastruktury Komunikacyjnej DOLKOM Sp. z o.o., z siedzibą we Wrocławiu oraz P. C. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą DROMOSTTOR P. C. oraz I. C. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą DROMOSTTOR I. C.** tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od **zamawiającego PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., z siedzibą w Warszawie** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **konsorcjum: Dolnośląskie Przedsiębiorstwo Napraw Infrastruktury Komunikacyjnej DOLKOM Sp. z o.o., z siedzibą we Wrocławiu oraz P. C. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą DROMOSTTOR P. C. oraz I. C. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą DROMOSTTOR I. C.** kwotę **23 600 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2019 r., poz. 1843 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**.

**Przewodniczący:**

.....

## UZASADNIENIE

W dniu 5 października 2020 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy konsorcjum: Dolnośląskie Przedsiębiorstwo Napraw Infrastruktury Komunikacyjnej DOLKOM Sp. z o.o., z siedzibą we Wrocławiu oraz P. C. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą DROMOSTTOR P. C. oraz I. C. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą DROMSTTOR I. C. (dalej „**Odwołujący**”) zarzucając zamawiającemu **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., z siedzibą w Warszawie** (dalej „**Zamawiający**”) naruszenie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „Zaprojektowanie i wykonanie robót dla przebudowy trzech obiektów inżynierskich: most w km 0,346; wiadukt w km 0,654; most w km 1,824 Unii kolejowej nr 286 Kłodzko Główny - Wałbrzych Główny w ramach projektu pn.: „Poprawa stanu technicznego obiektów inżynierskich - etap II” (dalej: „**Postępowanie**”):

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp przez ich niezastosowanie oraz błędną wykładnię i w konsekwencji zaniechanie czynności odrzucenia oferty Konsorcjum INFRAKOL pomimo tego, że oferta tego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a wykonawca ten nie udzielił wyjaśnień zgodnie z treścią skierowanego przez Zamawiającego wezwania w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, co dało podstawę do przyjęcia oceny, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz, że za zaoferowaną cenę nie jest możliwe wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów;
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp przez ich niezastosowanie oraz błędną wykładnię i w konsekwencji zaniechanie czynności odrzucenia oferty INTOP pomimo tego, że oferta tego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a wykonawca ten nie udzielił wyjaśnień zgodnie z treścią skierowanego przez Zamawiającego wezwania w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, co dało podstawę do przyjęcia oceny, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz, że za zaoferowaną cenę nie jest możliwe wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów;

- 3) art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy INTOP, którego oferta nie spełnia warunków postępowania;
- 4) art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przez Zamawiającego wykluczenia z postępowania INTOP, pomimo tego, że wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, polegającego na przemilczeniu faktycznego zakresu doświadczenia oraz wskazaniu, iż zadanie spełnia warunki stawiane przez Zamawiającego w SIWZ pomimo, iż faktycznie jest inaczej, wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, tj. podstawie wykluczenia z Postępowania, przewidzianej przez Zamawiającego w SIWZ w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu;
- 5) art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przez Zamawiającego wykluczenia z postępowania INTOP, pomimo tego, że wykonawca ten w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa, polegającego na przemilczeniu faktycznego doświadczenia wskazanego w wykazie robót do wykonania zamówienia wprowadził w błąd Zamawiającego, co do faktycznego doświadczenia w ramach warunku określonego w pkt. 8.6.1. IDW;
- 6) 96 ust. 3 i art. 8 ust. 1 i 3 ustawy Pzp przez ich błędne zastosowanie oraz błędną wykładnię i w konsekwencji zaniechanie uznania zastrzeżenia dokonanego przez INTOP w zakresie wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny i załączonych do nich ofert podwykonawców, jako tajemnicy przedsiębiorstwa, jako zastrzeżenia bezskutecznego i udostępnienia Odwołującemu tej części dokumentacji Postępowania, pomimo tego, że INTOP nie wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej "Znk").

Odwołujący wniósł o odrzucenia oferty Konsorcjum INFRAKOL jako zawierającej rażąco niską cenę, unieważnienie czynności wyboru oferty złożonej przez INTOP, jako oferty najkorzystniejszej, wykluczenia INTOP z postępowania z uwagi na fakt, iż jego oferta nie spełnia warunków wskazanych w IDW, a ponadto wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji że nie podlega wykluczeniu lub w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego przy wyborze oferty oraz z uwagi na fakt, iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę, wykluczenia Konsorcjum INFRAKOL z Postępowania z uwagi na fakt, iż oferta tego Wykonawcy zawiera rażąco niską cenę, uznania czynności

zastrzeżenia dokonane przez INTOP w zakresie wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny i załączonych do nich dokumentów, jako tajemnicy przedsiębiorstwa, jako zastrzeżenia bezskutecznego - niespełniającego wymogów określonych art. 11 ust. 4 Znk oraz odtajnienia tej części dokumentacji Postępowania i udostępnienia jej Odwołującemu, dokonanie powtórnej czynności badania i oceny ofert z udziałem oferty odwołującego.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający prowadzi Postępowanie jako część postępowania którego wartość jest wyższa niż kwota określona w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. W ramach Postępowania oferty złożyli między innymi następujący wykonawcy:

1. INTOP
2. Konsorcjum INFRAKOL
3. Odwołujący

W dniu 23.09.2020 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o wyborze oferty INTOP jako najkorzystniejszej. W przedmiotowym Postępowaniu Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę w wysokości 76 629 453,87 zł brutto. W wyniku przeprowadzonej w dniu 15.04.2020 r. aukcji elektronicznej, wykonawca INTOP zaoferował wykonanie zamówienia za kwotę 42 800 000,00 zł brutto natomiast Konsorcjum INFRAKOL za kwotę 42 806 000,00 zł brutto. Ceny ofert tych wykonawców stanowią około 56% kwoty jaka zamierzał przeznaczyć Zamawiający na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia. W ocenie Odwołującego ceny ofert złożonych przez tych wykonawców są rażąco niskie i z tego powodu oferty tych wykonawców powinny zostać odrzucone. Zwrócić również należy uwagę, iż oferta Odwołującego sklasyfikowana na trzecim miejscu w kryterium cena jest o ok. 10 800 000,00 zł brutto wyższa od wskazanych powyżej ofert. Odwołujący wskazał, że złożone przez tych wykonawców wyjaśnienia winny rozwiązać wszelkie wątpliwości co do możliwości wykonania zamówienia za zaoferowane wynagrodzenie, a po za tym wyjaśnienia te winny być zgodne z treścią wystosowanego do tych wykonawców wezwania przez Zamawiającego tj. odpowiadać na wszystkie postawione w nich pytania.

Zdaniem Odwołującego jedynie rzetelne badanie takich wyjaśnień, a nie poprzestanie na akcentacji ogólnikowych argumentów jest gwarantem zachowania uczciwej konkurencji w postępowaniu przetargowym. Jak podkreśla Prezes UZP w przypadku art. 90 ust. 3 ustawy PZP nie chodzi o złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, a tylko takich, które w sposób nie budzący wątpliwości pozwalają na ustalenie, czy oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt. (UZP/DKUE/KU/78/16). Odwołujący powołał się na orzecznictwo: „Można natomiast

sformułować jeden generalny postulat, który przy ocenie wyjaśnień wykonawców powinien być bezwzględnie egzekwowany - wyjaśnienia powinny być konkretne, jasne, spójne i adekwatne do danego przedmiotu zamówienia. Stosowana powszechnie w dokumentach tego typu beletrystyka polegająca na mnożeniu ogólników o wielkim doświadczeniu wykonawcy, jego znakomitej organizacji produkcji, optymalizacji kosztów, wdrożeniu niezwykle nowoczesnych i energooszczędnych technologii, posiadaniu wykwalifikowanej acz taniej kadry, korzystnym położeniu bazy czy siedziby etc. przeważnie nic nie wnosi do sprawy i nie niesie informacji o żadnych możliwych do uchwycenia wartościach ekonomicznych. Jako taka może być traktowana jedynie jako dopełnienie i tło dla bardziej konkretnych i wymiernych danych podawanych w ramach wyjaśnień, a nie ich podstawa czy zasadnicza treść. Informacje podawane w wyjaśnieniach powinny być więc na tyle konkretne, aby możliwe było ich przynajmniej przybliżone przełożenie na uchwytnie i wymierne wartości ekonomiczne, a także możliwa ich weryfikacja oraz ocena wiarygodności." (KIO 1826/16 oraz KIO 2710/15).

Odwołujący zwrócił uwagę, iż przedmiot zamówienia dotyczy wykonania typowych robót. Konsorcjum INFRAKOL oraz wykonawca INTOP powołują się w udzielonych odpowiedziach na wezwanie do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny - korespondencji zawierającej zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa - iż owe wyjaśnienia zawierają niezwykle rozwiązania techniczne i technologiczne, dzięki którym mogli zaproponować wyjątkowo niską cenę, za którą będą w stanie zrealizować przedmiotowe zamówienie, co w ich ocenie warunkuje konieczność zastrzeżenia owych wyjaśnień. Odwołujący wskazuje iż istotnym z punktu widzenia rażąco niskiej cen w niniejszej sprawie jest kwestia czy wykonawcy dokonali wyceny przedmiotu zamówienia zgodnie z zakresem opisanym w wymaganiach Zmawiającego. Odwołujący jako doświadczony wykonawca powziął istotne wątpliwości, czy zaoferowane przez tych wykonawców ceny obejmują kompletny zakres prac koniecznych do wykonania w ramach przedmiotowego zamówienia. Może się zdarzyć, że zaoferowane przez tych wykonawców ceny jednostkowe wskazane w RCO są cenami rynkowymi, jednak zakres prac jaki został przyjęty przez tych wykonawców do wykonania nie odpowiada zakresowi prac koniecznych do wykonania, a wynikających z PFU. Podkreślenia wymaga również fakt, iż przedmiotowe postępowanie zostało ogłoszone w formule „projektuj i buduj”. Formuła ta nakłada na wykonawców konieczność uwzględnienia dodatkowego ryzyka, jakie związane jest z realizacją przyszłych robót zgodnie z ogólnym sposobem opisanym przedmiot zamówienia. W tezie wyroku Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie pod sygn. akt KIO 2225/18 czytamy: „Formuła "zaprojektuj i wybuduj" obliguje zainteresowanych wykonawców do odpowiedniego kalkulowania określonych kosztów w oparciu o wiedzę i doświadczenie profesjonalisty. Przyjmuje się założenie, że wykonawcy potrafią "z góry" przewidzieć, jakie

koszty będą związane z realizacją poszczególnych elementów ogólnie opisanego przedmiotu zamówienia, z odpowiednią kalkulacją ryzyk włącznie. Konsekwencją dla zamawiającego są wyższe ceny składanych ofert, ale również zminimalizowanie ryzyka wystąpienia utrudnień przy realizacji przedmiotu zamówienia związanych z ujawnieniem ewentualnych błędów projektowych. Biorąc pod uwagę, że zamawiający zdecydował się na udzielenie zamówienia na realizację zadania w formule "zaprojektuj i wybuduj", to uprawniony jest do przerzucenia na wykonawcę kwestii uzgodnień i porozumień z innymi niż zamawiający zarządcami dróg. Jest to o tyle uzasadnione, że z natury formuły "zaprojektuj i wybuduj" wynika pewien stopień ogólności opisu przedmiotu zamówienia".

Dotyczy zarzutu nr 1 - naruszenie art. 89 ust. 1 pkt. 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp przez ich niezastosowanie oraz błędną wykładnię i w konsekwencji zaniechanie czynności odrzucenia oferty Konsorcjum INFRAKOL pomimo tego, że oferta tego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a wykonawca ten nie udzielił wyjaśnień zgodnie z treścią skierowanego przez Zamawiającego wezwania w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, co dało podstawę do przyjęcia oceny, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz, że za zaoferowaną cenę nie jest możliwe wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Odwołujący wskazał, że pismem z dnia 21.04.2020 r. nr IREZ5g-216-01/2020 Zamawiający wezwał Konsorcjum INFRAKOL do złożenia na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny. Zgodnie z treścią skierowanego wezwania Zamawiający oczekiwał: Wykonawca winien wykazać czy zaoferowana cena rzeczywiście uwzględnia wszystkie elementy związane z należywym wykonaniem zamówienia. Wyjaśnienie powinno zawierać konkretne dane liczbowe i wskazywać poczynione założenia, które miały wpływ na wyliczenie cen jednostkowych przedstawionych w Rozbiciu Ceny Ofertowej tj. kalkulację wraz z jej uzasadnieniem oraz z dowodami na jej poparcie. Zamawiający oczekuje, iż Wykonawca w ramach ww. wyjaśnienia przedstawi szczegółową kalkulację wszystkich czynników cenotwórczych i założeń jakie miały wpływ na oszacowanie w odniesieniu do każdej pozycji wyszczególnionej w przedłożonym przez Wykonawcę Rozbiciu Ceny Ofertowej, w szczególności tych odnoszących się do kosztów na etapie realizacji robót budowlanych, a także zysk i wkalkulowane ryzyko inwestycyjne. Ponadto wyjaśnienie winno wskazywać czy istnieją konkretne uwarunkowania i obiektywne czynniki jakie towarzyszyć będą realizacji zamówienia, które wpłynęły na wysokość oferowanej ceny wraz ze wskazaniem opisu tych czynników i skali ich wpływu na wysokość zaoferowanej ceny. Przedłożone wyjaśnienia nie mogą prowadzić do zmiany treści oferty.

Odwołujący wskazał, iż z treści przedłożonych przez Konsorcjum INFRAKOL dokumentów i wyjaśnień wynika, iż Wykonawca ten nie udzielił we wskazanym przez Zamawiającego terminie wyjaśnień. Wyjaśnienia Konsorcjum INFRAKOL są nie kompletne, a tym samym nie można przyjąć, że Wykonawca ten udzielił odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny. W szczególności złożone wyjaśnienia nie zawierają:

- a) wykazania czy zaoferowana cena rzeczywiście uwzględnia wszystkie elementy związane z należyтым wykonaniem zamówienia;
- b) poczynionych założeń, które miały wpływ na wyliczenie cen jednostkowych przedstawionych w RCO;
- c) kalkulacji szczegółowej wszystkich czynników cenotwórczych i założeń jakie miały wpływ na oszacowanie w odniesieniu do każdej pozycji RCO;
- d) wskazania czy istnieją konkretne uwarunkowania i obiektywne czynniki jakie towarzyszyć będą realizacji zamówienia wraz z opisem tych czynników oraz ich wpływu na wysokość oferowanej ceny.

W ocenie Odwołującego w sprawie mamy do czynienia nie tylko z ceną rażąco niską w odniesieniu do ceny wskazywanej jako wynagrodzenie za wykonanie całości przedmiotu zamówienia (ceny ofertowej), ale i w odniesieniu do poszczególnych cen podanych w RCO. Dla porządku należy wskazać, że z rażąco niską ceną mamy do czynienia, gdy jest ona niewiarygodna, nierealistyczna, odbiegająca wysokością od wartości zamówienia oszacowanej przez zamawiającego z należytą starannością oraz cen pozostałych ofert złożonych w danym postępowaniu lub cen rynkowych. Jest to zatem cena, która nie pokrywa kosztów należytego wykonania przedmiotu zamówienia. Takie rozumienie rażąco niskiej ceny w odniesieniu do art. 89 ust. pkt. 4 ustawy Pzp obowiązywało zarówno przed, jak i po 28 lipca 2017 r. Dozwolone zgodnie z orzecznictwem KIO jest badanie cen jednostkowych pod kątem ich rażąco niskiego charakteru w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Podkreślić należy, że oferowane przez wykonawcę ceny muszą obejmować wszelkie koszty jakie wykonawca obowiązany jest ponieść z tytułu realizacji przedmiotu zamówienia. Niedopuszczalne jest powoływanie się na możliwość pokrywania niedoborów w cenie ryczałtowej za jedną usługę nadwyżkami w obrębie ceny za drugą usługę. Powyższe jest o tyle istotne, że Zamawiający w pkt. 12.4 IDW wskazał, iż nie dopuszcza się wliczania kosztów wykonania jakiegokolwiek pozycji RCO w inną pozycję RCO.

Odwołujący wskazał, że nie twierdzi, że ceny w ramach wynagrodzenia muszą być każdorazowo identyczne lub nadmiernie zbliżone. Nie może być jednak mowy, aby różniły się one na tyle drastycznie, że Odwołujący jest w stanie bez wątpliwości stwierdzić, że są one nie tylko nierynkowe, ale także, nie jest możliwe, aby w ramach takiej ceny wykonać

jakkolwiek zamówienie. Ponadto w tym przypadku nie zachodzą na rynku aż takie różnice cenowe pomiędzy oferowanymi pracami podwykonawców. W ocenie Odwołującego istotną kwestią w przedmiotowej sprawie jest fakt, iż Konsorcjum INFRAKOL nie przedstawiło szczegółowego rozbięcia RCO dla wszystkich pozycji. Wskazanie tylko na niektóre pozycje RCO i przedstawienie jakichkolwiek ofert nie wykazujących zakresu robót koniecznych do wykonania nie może być traktowane jako wyjaśnienie, iż zaoferowana cena nie jest ceną rażąco niską.

ROZBIECIE CENY OFERTOWEJ DLA PRZETARGU NIEOGRANICZONEGO NA ZAPROJEKTOWANIE I WYKONANIE ROBÓT DLA PRZEBUDOWY TRZECH OBIEKTÓW INŻYNIERYJNYCH: MOST W KM 0,346; WIADUKT W KM 0,654; MOST W KM 1,824 UNII KOLEJOWEJ NR 286 KŁODZKO GŁÓWNE - WAŁBRZYCH GŁÓWNY W RAMACH PROJEKTU PN.: „POPRAWA STANU TECHNICZNEGO OBIEKTÓW INŻYNIERYJNYCH - ETAP II”					INFRAKOL Sp. z o.o. Sp. k. (Lider Konsorcjum)
Lp.		Opis	Ilość	Jednostka rozliczeniowa	Wartość netto [zł]
	<b>1</b>	<b>Koszty ogólne</b>			955 381,65 zł
1.1.		Koszty m.in. robót tymczasowych i technologicznych, badań archeologicznych - wyprzedzających, badań archeologicznych przed robotami ziemnymi oraz nadzoru, archeologicznego podczas robót ziemnych, koszty obsługi geodezyjnej i geoleologicznej, koszty unieszkodliwienia materiałów z rozbiórki, koszty wykonania analiz porealizacyjnych, koszty usunięcia kolizji, koszty środowiskowe, koszty certyfikacji, itp.	1	Kwota ryczałtowa	955 381,65 zł

<b>2. Most w km 0,346 linii kolejowej nr 286</b>					15 293 749,39 zł
	<b>2.1</b>	<b>Dokumentacja projektowa</b>			642 016,47 zł
2.1.1		Dokumentacja budowlana wraz z pozyskaniem wszelkich niezbędnych decyzji i pozwoleń	1	Kpi.	397 438,76 zł
2.1.2		Dokumentacja wykonawcza	1	Kpi.	214 005,49 zł
2.1.3		Dokumentacja powykonawcza	1	Kpi.	30 572,21 zł
	<b>2.2</b>	<b>Roboty przygotowawcze</b>			107 002,74 zł
2.2.1		Przygotowanie placu budowy (usuwanie drzew i krzewów, rozbiórka)	1	Kwota ryczałtowa	107 002,74 zł
	<b>2.3</b>	<b>Roboty budowlano - montażowe</b>			14 544 730,18 zł
2.3.1		Roboty ziemne	1	Kpi.	145 218,01 zł
2.3.2		Roboty torowe wraz z podtorzem, rozjazdy	1	Kpi.	726 090,05 zł
2.3.3		Roboty branży SRK (oznakowanie, sygnalizacja, sterowanie)	1	Kpi.	305 722,13 zł

2.3.4		Roboty branży elektroenergetyka trakcyjna	1	Kpi.	3 133 651,80 zł
2.3.5		Roboty branży drogowej	1	Kpi.	122 288,85 zł
2.3.6		Roboty branży obiekty inżynieryjne	1	Kpi.	9 477 385,93 zł
2.3.7		Roboty branży teletechnicznej	1	Kpi.	183 433,28 zł
2.3.8		Roboty branży elektroenergetyka nietrakcyjna	1	Kpi.	191 076,33 zł
2.3.9		Roboty branży elektroenergetycznej	1	Kpi.	259 863,81 zł
<b>3. Wiadukt w km 0,654 linii kolejowej nr 286</b>					4 601 118,01 zł
	<b>3.1</b>	<b>Dokumentacja projektowa</b>			557 942,88 zł
3.1.1		Dokumentacja budowlana wraz z pozyskaniem wszelkich niezbędnych decyzji i pozwoleń	1	Kpi.	343 937,39 zł
3.1.2		Dokumentacja wykonawcza	1	Kpi.	183 433,28 zł
3.1.3		Dokumentacja powykonawcza	1	Kpi.	30 572,21 zł
	<b>3.2</b>	<b>Roboty przygotowawcze</b>			122 288,85 zł
3.2.1		Przygotowanie placu budowy (usuwanie drzew i krzewów, rozbiórka)	1	Kwota ryczałtowa	122 288,85 zł
	<b>3.3</b>	<b>Roboty budowlano - montażowe</b>			3 920 886,28 zł
3.3.1		Roboty ziemne	1	Kpi.	137 574,96 zł
3.3.2		Roboty torowe wraz z podtorzem, rozjazdy	1	Kpi.	191 076,33 zł

Odwołujący wskazał, że w powyższym rozbiu RCO ceny ofertowej Konsorcjum INFRAKOL zostały wskazane elementy, które w żaden sposób nie zostały wyjaśnione przez Konsorcjum INFRAKOL tj. wbrew treści wezwania Zamawiającego z dnia 21.04.2020 r. Wykonawca ten nie przedstawił szczegółowej kalkulacji dla tych elementów robót w rozbiu na czynniki cenotwórcze, których wartość stanowi około 3 500 000,00 PLN netto. Zresztą dla żadnej z pozycji RCO Konsorcjum INFRAKOL nie przedstawiło szczegółowego rozbiu pozycji na czynniki cenotwórcze. Ponadto Konsorcjum INFRAKOL w zakresie zaznaczonych powyżej pozycji nie przedstawił żadnych dowodów na potwierdzenie, iż zaoferowana za te elementy robót cena nie jest rażąco niska. Nie da się ukryć, iż wartość tych pozycji w świetle całego przedmiotu zamówienia jest istotna, a nie zawiera w tym zakresie jakichkolwiek wyjaśnień. Za takowe nie można uznać bowiem ogólnych stwierdzeń typu:

Zaproponowanie atrakcyjnej ceny za wykonanie zamówienia było możliwe między innymi ze względu na ugruntowaną pozycję na rynku i doświadczenie w wykonywaniu tego typu robót firm tworzących Konsorcjum, oraz potencjał w tym:

- dysponowanie stabilną i dobrze zorganizowaną kadrą, o wszechstronnych kwalifikacjach, co gwarantuje optymalnie niskie koszty pośrednie i zakładowe oraz sprawną i terminową realizację robót budowlano - montażowych,
- posiadanie własnego sprzętu i urządzeń do realizacji przedmiotu zamówienia, co skutkuje niższymi kosztami oraz brakiem konieczności ponoszenia dodatkowych kosztów związanych z wynajmem sprzętu. Wykonawca podkreśla, że okoliczność dysponowania własnym, rozbudowanym i zadbanym technicznie parkiem maszynowym i sprzętowym pozwala na oszacowanie ceny na niższym poziomie. Konsorcjum posiada do własnej dyspozycji większość maszyn niezbędnych do realizacji przedmiotowego zamówienia, w szczególności te, które generują największe koszty

W ocenie Odwołującego Konsorcjum INFRAKOL nie przedstawiło żadnych dowodów, ani też kalkulacji jak powyższe miało wpływ na zaproponowaną cenę. Co więcej tego typu slogany nie są niczym nadzwyczajnym w branży budowlanej. Każdy z wykonawców dysponuje kadrą sprzętem i doświadczeniem w realizacji tego typu robót skoro zdecydował się wziąć udział w postępowaniu przetargowym na ich wykonanie. Powyższe wskazania nie zawierają jakichkolwiek obiektywnych okoliczności dających podstawę do przyjęcia, iż zaproponowana cena nie jest ceną rażąco niską.

Odwołujący wskazał, że przedłożone przez Konsorcjum INFRAKOL oferty podwykonawców są ogólne, a tym samym nie można przyjąć, że Konsorcjum INFRAKOL wykazało czego oczekiwał Zamawiający, że zaoferowana cena zawiera wszystkie elementy konieczne do wykonania przedmiotowego zamówienia, a w szczególności nie stanowią podstawy do przyjęcia, że założenia, które legły u podstaw ich wyceny są poprawne.

Zdaniem Odwołującego z uwagi na to że złożone przez INFRAKOL wyjaśnienia są nie kompletne należy przyjąć, iż wykonawca ten w określonym przez Zamawiającego terminie nie przedłożył wyjaśnień na potwierdzenie, iż złożona przez niego oferta nie jest rażąco niska.

Dotyczy zarzutu nr 2 - art. 89 ust. 1 pkt. 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp przez ich niezastosowanie oraz błędną wykładnię i w konsekwencji zaniechanie czynności odrzucenia oferty INTOP pomimo tego, że oferta tego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę w

stosunku do przedmiotu zamówienia, a wykonawca ten nie udzielił wyjaśnień zgodnie z treścią skierowanego przez Zamawiającego wezwania w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, co dało podstawę do przyjęcia oceny, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz, że za zaoferowaną cenę nie jest możliwe wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów

Odwołujący wskazał, że pismem z dnia 21.04.2020 r. Zamawiający wezwał INTOP do złożenia na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny. Zgodnie z treścią skierowanego wezwania Zamawiający oczekiwał: Wykonawca winien wykazać czy zaoferowana cena rzeczywiście uwzględnia wszystkie elementy związane z należyтым wykonaniem zamówienia. Wyjaśnienie powinno zawierać konkretne dane liczbowe i wskazywać poczynione założenia, które miały wpływ na wyliczenie cen jednostkowych przedstawionych w Rozbiciu Ceny Ofertowej tj. kalkulację wraz z jej uzasadnieniem oraz z dowodami na jej poparcie Zamawiający oczekuje, iż Wykonawca w ramach ww. wyjaśnienia przedstawi szczegółową kalkulację wszystkich czynników cenotwórczych i założeń jakie miały wpływ na oszacowanie w odniesieniu do każdej pozycji wyszczególnionej w przedłożonym przez Wykonawcę Rozbiciu Ceny Ofertowej, w szczególności tych odnoszących się do kosztów na etapie realizacji robót budowlanych, a także zysk i wkalkulowane ryzyko inwestycyjne. Ponadto wyjaśnienie winno wskazywać czy istnieją konkretne uwarunkowania i obiektywne czynniki jakie towarzyszyć będą realizacji zamówienia, które wpłynęły na wysokość oferowanej ceny wraz ze wskazaniem opisu tych czynników i skali ich wpływu na wysokość zaoferowanej ceny. Przedłożone wyjaśnienia mogą prowadzić do zmiany treści oferty.

Odwołujący wskazał, że wyjaśnienia winny zawierać w szczególności:

- a) wykazanie czy zaoferowana cena rzeczywiście uwzględnia wszystkie elementy związane z należyтым wykonaniem zamówienia;
- b) poczynione założenia, które miały wpływ na wyliczenie cen jednostkowych przedstawionych w RCO;
- c) kalkulację szczegółową wszystkich czynników cenotwórczych i założeń jakie miały wpływ na oszacowanie w odniesieniu do każdej pozycji RCO;
- d) wskazanie czy istnieją konkretne uwarunkowania i obiektywne czynniki jakie towarzyszyć będą realizacji zamówienia wraz z opisem tych czynników oraz ich wpływu na wysokość oferowanej ceny.

Zdaniem Odwołującego jak wynika z analizy treści oferty cenowej wykonawcy INTOP Warszawa w tym w szczególności istotnych elementów tej oferty jakim są „roboty branży obiekty inżynieryjne” wartość wynagrodzenia jakie wykonawca ten zaoferował dla każdego z obiektów objętych przedmiotem zamówienia jest co najmniej o 50% niższa niż wartość wynagrodzenia zaoferowana przez pozostałych wykonawców biorących udział w przedmiotowym postępowaniu. Nie ulega wątpliwości, iż roboty budowlane w zakresie obiektów inżynierskich stanowią, istotną część przedmiotu zamówienia, gdyż stanowią około 50% całego zakresu rzeczowego.

Dotyczy zarzutu nr 3 - naruszenie art. 24 ust. 1 pkt. 12 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy INTOP, którego oferta nie spełnia warunków postępowania.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z pkt. 8.6.1. IDW Zamawiający wymagał od wykonawców biorących udział w przedmiotowym postępowaniu spełnienia następującego warunku:

„8.6.1. W zakresie warunku określonego w punkcie 8.2.3 IDW wymagane jest wykazanie przez Wykonawcę, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie wykonał:

a) Budowa lub Przebudowa co najmniej 2 (dwóch) obiektów typu: most lub wiadukt lub estakada, w tym co najmniej 1 (jeden) most kolejowy lub wiadukt kolejowy (o rozpiętości najdłuższego przęsła nie mniejszej niż 20 m);

Na potwierdzenie spełnienia wskazanego powyżej warunku INTOP przedłożył wykaz robót budowlanych według wzoru stanowiącego Załącznik nr 8 do IDW. W ocenie Odwołującego, żadna z robót budowlanych wskazanych w wykazie nie spełnia warunku udziału w postępowaniu o którym mowa w pkt. 8.6.1 IDW.

Odwołujący wskazał, iż zgodnie z przywołanym powyżej punktem IDW, Zamawiający oczekiwał wykazania przez wykonawców, iż w okresie ostatnich 5 lat przed terminem składania ofert wykonali budowę lub przebudowę co najmniej 2 (dwóch) obiektów typu: most lub wiadukt lub estakada, w tym co najmniej 1 (jeden) most kolejowy lub wiadukt kolejowy (o rozpiętości najdłuższego przęsła nie mniejszej niż 20 m).

Odnosząc się bezpośrednio do poszczególnych robót budowlanych wskazanych przez INTOP Odwołujący wskazał, co następuje:

Zadanie nr 1 wykazu robót.

INTOP wskazuje przedmiotowe zadanie na potwierdzenie, iż posiada doświadczenie przy przebudowie obiektu mostowego. Jak wynika jednak z dokumentu pod nazwą: Koncepcja przebudowy mostu w ramach zadania pn. „Przebudowa mostu na rz. Wiśle w m. Puławy w ciągu drogi wojewódzkiej nr 874 Zarzecze - Puławy (dawna droga gminna nr 112801L), a w szczególności z treści pkt. 3.1. tego opracowania pomimo, iż nazwa zadania ma w treści słowo „przebudowa” to faktycznie w ramach tego zadania zostały wykonane prace remontowe mające na celu jedynie odtworzenie pierwotnego stanu technicznego istniejącego obiektu. Dowód: Koncepcja przebudowy mostu w ramach zadania pn. „Przebudowa mostu na rz. Wiśle w m. Puławy w ciągu drogi wojewódzkiej nr 874 Zarzecze - Puławy (dawna droga gminna nr 112801L).

Zadanie nr 2 wykazu robót.

Odwołujący wskazał, że wykonawca INTOP wskazał przedmiotowe zadanie na potwierdzenie, iż posiada doświadczenie, iż wykonał budowę obiektu mostowego w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert. Na potwierdzenie powyższego przedkłada ogólne referencje wystawione przez PKP ENERGETYKA tj. podmiot na rzecz którego wykonywał przedmiotowe roboty budowlane. Z treści przedłożonych referencji wynika, iż przedmiotowe roboty budowlane zdaniem INTOP obejmujące m.in. most kolejowy MK-5 w km 58,390 wykonywał w okresie od 09.02.2011 do 18.10.2016 r. Powyższe jednak w żaden sposób nie potwierdza, iż wskazany obiekt został wykonany w okresie ostatnich 5 lat przed terminem składania ofert. Z informacji posiadanych przez Odwołującego wynika, iż obiekt ten został wykonany i dopuszczony do eksploatacji więcej niż 5 lat przed terminem składania ofert, który przypadał na dzień 05.03.2020 r. W tych też okolicznościach brak jest możliwości przyjęcia, iż przedmiotowe zadanie może zostać uznane za spełniające warunek udziału w przedmiotowym postępowaniu.

Zadanie nr 3 wykazu robót.

Odwołujący wskazał, że INTOP wskazał przedmiotowe zadanie na potwierdzenie, iż posiada doświadczenie przy przebudowie obiektu mostowego. Jak wynika jednak z PFU dla zadania „Wykonanie robót na moście Gdańskim w Warszawie” w pkt. 3.6.3 PFU zakres prac dotyczących obiektu inżynierskiego miał dotyczyć jedynie odtworzenia stanu istniejącego. W tych okolicznościach brak jest podstaw do przyjęcia, iż przywołane w pkt 3 wykazu robót zadanie spełnia warunek postawiony przez Zamawiającego a obejmujący m.in. wykazanie się robotami budowlanymi obejmującymi przebudowę mostu. Zakres pracy w ramach tego zadania obejmował w gruncie rzeczy prace remontowe a nie stanowił przebudowy, gdyż ich

celem było jedynie odtworzenie pierwotnego stanu technicznego obiektu. Dowód: wyciąg z PFU dotyczącego „Wykonania robót na moście Gdańskim w Warszawie” str. 30

Odwołujący wskazał, iż zgodnie z art. 3 pkt 7a ustawy z dnia 07.07.1994 r. prawo budowlane przez przebudowę - należy przez to rozumieć wykonywanie robót budowlanych, w wyniku których następuje zmiana parametrów użytkowych lub technicznych istniejącego obiektu budowlanego, z wyjątkiem charakterystycznych parametrów jak: kubatura, powierzchnia zabudowy, wysokość, długość, szerokość bądź liczba kondygnacji; w przypadku dróg są dopuszczalne zmiany charakterystycznych parametrów w zakresie niewymagającym zmiany granic pasa drogowego. Zarówno robota budowlana wskazana w poz. 1 i 3 wykazu robót przedstawionego przez INTOP nie obejmowała swym zakresem zmiany parametrów użytkowych lub technicznych tych obiektów. Tym samym dyskredytuje to w całości wskazane roboty budowlane jako spełniające wymagania IDW. Zgodnie z pkt. 1.3 IDW/SIWZ wszędzie tam gdzie w SIWZ użyto „Przebudowa” - należy przez to rozumieć przebudowę w rozumieniu ustawy Prawo budowlane. W tym miejscu wskazać należy na wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Bydgoszczy z dnia 16.10.2018 r. w sprawie pod sygn. akt. II SA. Bd 323/18 w tezie którego czytamy: „ W wyniku remontu nie może powstać obiekt budowlany o innych parametrach technicznych lub użytkowych, niż obiekt pierwotny. Jeżeli zatem w wyniku wykonywanych robót budowlanych nastąpi zmiana parametrów użytkowych lub technicznych istniejącego obiektu budowlanego, z wyjątkiem parametrów charakterystycznych dla kształtu całego obiektu budowlanego, będziemy mieli do czynienia z przebudową. Jeżeli zaś wykonywanie w istniejącym obiekcie budowlanym robót budowlanych polegać będzie jedynie na odtworzeniu stanu pierwotnego, nie będąc bieżącą konserwacją, będzie to remont”. Powyższe w sposób nie budzący wątpliwości wskazuje, iż wskazane przez INTOP roboty budowlane w poz. 1 i 3 wykazu robót są remontem, a nie przebudową czy też budową i jako takie nie mogą spełnić warunku postawionego przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu.

W ocenie Odwołującego kolejnym powodem dla którego wskazane przez INTOP roboty budowlane w poz. 1 i 3 wykazu robót nie mogą zostać uznane (nawet jeśli by przyjąć, że stanowią one przebudowę czy też budowę) za spełniające warunek postawiony przez Zamawiającego w pkt. 8.6.1 IDW jest fakt, iż INTOP realizował te zadania w ramach konsorcjum z innymi wykonawcami. Odwołujący nie podziela argumentacji przedstawionej przez INTOP w treści pisma z dnia 08.06.2020 r. jakoby wykonał w ramach tych zadań istotne elementy robót oraz prowadził ich koordynację jako Lider tych konsorcjów. Powyższe w świetle jednolitego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej dyskredytuje zdobyte w ten sposób doświadczenia jako to, którym każdy z członków takiego konsorcjum może się

powoływać. W szczególności z treści przedłożonych przez INTOP wyjaśnień nie wynika, iż istotny element tych zadań został wykonany przez INTOP. Wskazać należy, iż sam INTOP przeczy tym twierdzeniom w złożonych wyjaśnieniach wskazując choćby na fakt iż ramach zadania nr 3 wykazu robót Partner konsorcjum dostarczył i zamontował konstrukcję stalową obiektu. Nie da się ukryć, iż w ramach tego zadania, był to istotny element całego przedsięwzięcia, który nie został wykonany przez INTOP. Dodatkowo o posiadaniu doświadczenia przy wykonaniu przebudowy czy budowy obiektu można mówić jedynie w sytuacji, gdy cały zakres prac w ramach takiej budowy czy też przebudowy lub przynajmniej jego istotny element zostanie wykonany przez podmiot, który na takowe doświadczenie się powołuje. Jak wynika z treści wyjaśnień INTOP w przedmiotowej sprawie w szczególności w odniesieniu do roboty budowlanej nr 3 nie mamy do czynienia z sytuacją, w której INTOP wykonał istotne elementy robót.

Zdaniem Odwołującego biorąc pod uwagę powyższe uznać należy, iż żadna z robót przywołanych przez INTOP w wykazie robót stanowiącym załącznik nr 8 nie potwierdza spełnienia przez tego wykonawcę warunku o którym mowa w pkt. 8.6.1 IDW. Co więcej Wykonawca ten pismem z dnia 03.06.2020 r. został wezwany na podstawie art. 26 ust. 3 do złożenia wyjaśnień w tym zakresie co skutkuje, iż w przypadku uwzględnienia odwołania w tym zakresie spowoduje, iż INTOP stracił możliwości wskazania innego doświadczenia na potwierdzenie spełnienia warunku stawianego w IDW.

Dotyczy zarzutu nr 3 - naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przez Zamawiającego wykluczenia z postępowania INTOP, pomimo tego, że wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, polegającego na przemilczeniu faktycznego zakresu doświadczenia oraz wskazaniu, iż zadanie spełnia warunki stawiane przez Zamawiającego w SIWZ pomimo, iż faktycznie jest inaczej, wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, tj. podstawie wykluczenia z Postępowania, przewidzianej przez Zamawiającego w SIWZ w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz zarzutu nr 4 - naruszenie art. 24 ust. 1 pkt. 17 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przez Zamawiającego wykluczenia z postępowania INTOP, pomimo tego, że wykonawca ten w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa, polegającego na przemilczeniu faktycznego doświadczenia wskazanego w wykazie robót do wykonania zamówienia wprowadził w błąd Zamawiającego, co do faktycznego doświadczenia w ramach warunku określonego w pkt. 8.6.1. IDW

W ocenie Odwołującego w zakresie spełnienia warunku o którym mowa w pkt 8.6.1 IDW INTOP przedstawił informacje nieprawdziwe. Nie sposób nie przyjąć, iż działanie to ma charakter co najmniej rażącego niedbalstwa lub jest wynikiem lekkomyślności. W zakresie robót budowlanych wskazanych w pkt. 1 i 3 nie sposób przyjąć, iż doświadczony jak wielokrotnie to podkreśla w treści wyjaśnień do złożonej oferty wykonawca INTOP nie miał wiedzy i świadomości, iż zrealizowane roboty są remontem a nie przebudową czy też budową. W szczególności nie może tego tłumaczyć fakt nazwy danego zadania, która w swej treści zawiera słowo „przebudowa”. Sam INTOP w treści złożonych wyjaśnień z dnia 08.06.2020 r. wskazuje że zakres robót dotyczących poz. 1 wykazu robót obejmował remont czy też naprawę poszczególnych elementów obiektu mostowego. Już to winno zwrócić uwagę INTOP, iż zadanie to nie stanowi przebudowy. Mimo tego w treści wykazu robót jak również w oświadczeniu o braku podstaw do wykluczenia oświadcza i potwierdza, że spełnia stawiany przez Zamawiającego warunek udziału w postępowaniu. Art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp stanowi, iż z postępowania wyklucza się wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów. Przepis ten dotyczy m.in. sytuacji, w której wykonawca przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, oświadcza nieprawdę, czyli udziela informacji wbrew faktom, przy czym czyni to na skutek co najmniej rażącego niedbalstwa. Art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp nie różnicuje sytuacji przedstawienia informacji wprowadzających w błąd, które zamawiający mógł sam zweryfikować w innych źródłach niż dokumenty i oświadczenia składane przez wykonawcę, od sytuacji przedstawienia informacji, których zamawiający nie może sam sprawdzić. Art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp nie warunkuje wykluczenia wykonawcy przedstawiającego informacje prowadzące w błąd, które mogły mieć istotny wpływ na decyzje zamawiającego, przeprowadzeniem jakiegokolwiek dodatkowego testu - np. możliwością ustalenia czy znajomością rzeczywistego stanu faktycznego. Zezwolenie na składanie informacji wprost sprzecznych ze stanem faktycznym z uwagi na okoliczność, że zamawiający zna prawdziwy stan rzeczy, prowadziłyby do naruszenia zasady przejrzystości postępowania i zasady równego traktowania wykonawców, wyrażonych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp (KIO 1301/20)

W ocenie Odwołującego mając na uwadze powyższe, należy uznać iż na skutek świadomego lub co najmniej lekkomyślnego działania ze strony INTOP, Zamawiający został wprowadzony w błąd co do spełnienia przez INTOP warunku udziału w postępowaniu co skutkowało nieuprawnionym wyborem jego oferty jako najkorzystniejszej.

Dotyczy zarzutu nr 5 — naruszenie art. 96 ust. 3 i art. 8 ust. 1 i 3 ustawy Pzp przez ich błędne zastosowanie oraz błędną wykładnię i w konsekwencji zaniechanie uznania zastrzeżenia dokonanego przez INTOP w zakresie wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny i załączonych do nich ofert podwykonawców, jako tajemnicy przedsiębiorstwa, jako zastrzeżenia bezskutecznego i udostępnienia Odwołującemu tej części dokumentacji Postępowania, pomimo tego, że INTOP nie wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę.

Odwołujący wskazał, że INTOP przytoczył przepisy art. 8 ust. 3 ustawy Pzp i art. 11 ust. 4 Znk i stwierdził, że przesłanki uznania określonej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa muszą zostać spełnione łącznie. W ocenie Odwołującego INTOP nie wykazało tej okoliczności, przy czym pod pojęciem wykazania należy, zdaniem Odwołującego, rozumieć coś więcej, niż tylko oświadczenie o spełnianiu przez zastrzegane informacje przesłanek z 11 ust. 4 Znk.

Odwołujący podkreślił, że INTOP nie wykazało jakie rzekomo przedsięwzięło środki w celu zachowania zastrzeżonych informacji w poufności. Nie przedstawiło dowodów na okoliczność przedsięwzięcia takich czynności (np. kopii umów z pracownikami zawierających klauzule poufności, zobowiązanie się pracowników do nieujawniania wskazanych informacji, regulamin obiegu dokumentów zawierających tajemnice przedsiębiorstwa itp.). Nie wspomniało nawet czy zobowiązało podwykonawców, których oferty zostały przedstawione, do ich nieujawniania.

Uzasadnienie zastrzeżenia jest nader ogólne i lakoniczne, nie zawiera konkretnego odniesienia się do załączonych wyjaśnień, ani nie wyjaśnia dlaczego ich ujawnienie mogłoby wyrządzić INTOP rzekomą szkodę. Wyjaśnienia te, poza przytoczeniem orzecznictwa KIO i poglądów doktryny, nie zawierają istotnych elementów właściwych tylko dla tego wykonawcy jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa - pozostała treść to przytoczenie przepisów ustaw i orzecznictwa. Wyjaśnienia takie mogłyby posłużyć jakimkolwiek wykonawcy, w jakimkolwiek postępowaniu i nie mają waloru wykazania przez INTOP, że załączone do pisma wyjaśnienia rzeczywiście stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odwołujący wskazał, że skuteczność zastrzeżenia informacji uzależniona jest nie tylko od dokonania zastrzeżenia w odpowiednim terminie, ale również od wykazania, że w odniesieniu do zastrzeganych informacji spełnione zostały przesłanki wynikające z przepisu art. 11 ust. 4 Znk. W tym zakresie wspomniane pojęcie obejmuje również, w stosownych okolicznościach, obowiązek przedstawienia dowodów na okoliczności wynikające ze wspomnianego przepisu Znk. INTOP wskazało: „Dodatkowo, Wykonawca, w stosunku do

informacji i dokumentów zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa podjął niezbędne działania w ce/u zachowania ich poufności. Dostęp do przywołanych ww. informacji ma ograniczony krąg osób należących do pracowników Wykonawcy, którzy zobowiązani są do zachowania tajemnicy służbowej", tym niemniej twierdzenie takie pozostaje gołosłowne. Nie istniały bowiem obiektywne przeszkody uniemożliwiające przedstawienie na tą okoliczność dowodów, czego - w odniesieniu do omawianej przesłanki uznania informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa - wymaga, w opinii Odwołującego, użyte w art. 8 ust. 3 Pzp pojęcie wykazania.

***Izba ustaliła co następuje:***

Izba rozpoznając sprawę uwzględniła akta sprawy odwoławczej, w rozumieniu § 8 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2018 roku w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz.U. z 2018 r. poz. 1092).

Izba postanowiła dopuścić w poczet materiału dowodowego następujące dokumenty: poglądową tabelę porównawczą trzech pierwszych ofert złożonych w postępowaniu na okoliczność wykazania rażąco niskiej ceny zaoferowanej przez Przystępującego Intop oraz wykonawcę Infracol, zgłoszenie z dnia 18 stycznia 2020 r. dotyczące robót budowlanych w ramach zadania zatytułowanego „Przebudowa mostu na rz. Wiśle w m. Puławy w ciągu drogi wojewódzkiej nr 874 Zarzecze — Puławy (dalej „**Inwestycja Puławy**”)), zaświadczenie Lubelskiego Urzędu Wojewódzkiego w Lublinie z dnia 15 lutego 2018 r. dotyczącego braku sprzeciwu dotyczącego zgłoszenia remontu mostu na rzece Wiśle w Puławach w ciągu DW 874 – na okoliczność wykazania, iż zadanie wskazane w pozycji nr 1 wykazu Przystępującego Intop nie spełnia wymagań Zamawiającego wskazanych w SIWZ; pismo PKP PLK S.A. z dnia 12.08.2020 r., decyzję Mazowieckiego Inspektoratu Nadzoru Budowlanego nr 1477/2016 z dnia 24.08.2016 r., decyzję Głównego Inspektora Nadzoru Budowlanego nr DON.7200.123.2018.WEJ z dnia 28.06.2018 r.- na okoliczność wykazania, iż zdanie wskazane w pozycji nr 3 wykazu Przystępującego Intop nie spełnia wymagań Zamawiającego wskazanych w SIWZ., protokół nr 11/M/1.2 z dnia 12/10/206 r, protokół nr 12/M/1.2 z dnia 13.10.2016 r., protokół nr 13/M/1.2 z dnia 13.10.2016 r., protokół nr 14/M/1.2 z dnia 13.10.2016 r., protokół nr 15/M/1.2 z dnia 13.10.2016 r. protokół nr 24/M/1.2 z dnia 15.10.2016 r., protokół nr 25/M/1/2 z dnia 15.12.2016, protokół nr 26/M/1.2 z dnia 15.10.2016 r. protokół nr 27/M/1.2 z dnia 15.10.2016 r., protokół nr 28/M/1.2 z dnia 15.10.2016 r., protokół nr 29/M/1.2 z dnia 15.10.2016 r., protokół nr 30/M/1.2 z dnia 15.10.2016 r., protokół nr 31/M/1.2 z dnia 15.10.2016 r., protokół nr 32/M/1.2 z dnia 15.10.2016 r., protokół nr 33/M/1.2 z dnia 15.10.2016 r., świadectwo przejęcia z dnia

27.12.2016 r. – na okoliczność wykazania terminu realizacji inwestycji wskazanej w pkt 2 wykazu Przystępującego Intop; pismo Zarządu Dróg Wojewódzkich w Lublinie z dnia 28.10.2020 r. dotyczące Inwestycji Puławy, fragmenty SIWZ dotyczące Inwestycji Puławy, fragmenty ekspertyzy stanu technicznego mostu im. Ignacego Mościckiego przez Wisłę w Puławach, maj 2016 r., opinię techniczną rzeczoznawcy budowlanego w zakresie obiektów mostowych dotyczącą Inwestycji Puławy i Gdańsk z dnia 18.10.2020 r., opinię techniczną nt. prac budowlanych wykonanych w ramach Inwestycji Puławy, listopad 2020 r., wniosek o zatwierdzenie z dnia 23.11.2018 r. dokumentacja warsztatowa – Konstrukcja stalowa pomostów roboczych dotycząca Inwestycji Puławy, korespondencję dotyczącą prac wykonywanych w ramach Inwestycji Puławy, poświadczenie nr 1/19/2/W wykonanie i zbadanie detali dotyczącą Inwestycji Puławy z dnia 5.08.2019 r. wraz z protokołami, rysunki techniczne wykonania robót budowlanych oraz opracowanie dokumentacji projektowej dla zabudowy koryta balastowego w torze nr 1 wraz z nawierzchnią kolejową na tłuczniu oraz robotami towarzyszącymi związanymi z poprawą bezpieczeństwa na Kolejowym Moście Gdańskim w Warszawie, w ramach projektu Poprawa bezpieczeństwa i likwidacja zagrożeń eksploatacyjnych na sieci kolejowej – prace na Moście Gdańskim w Warszawie („**Inwestycja Gdańsk**”), fragmenty SIWZ dotyczące Inwestycji Gdańsk, poglądowe zdjęcia dotyczące robót na Moście Gdańskim oraz wykonania koryta balastowego, wyniki kontroli uprzedniej dotyczącej postępowania pn. Zaprojektowanie i wykonanie robót dla przebudowy mosty w Przemyślu, w km 243,845 linii kolejowej nr 91 Kraków Główny – Medyka, Koncepcja przebudowy mostu w ramach zadania pn. „Przebudowa mostu na rz. Wisłę w m. Puławy w ciągu drogi wojewódzkiej nr 874 Zarzecze - Puławy (dawna droga gminna nr 112801L), wyciąg z PFU dotyczącego „Wykonania robót na moście Gdańskim w Warszawie – dokumenty na okoliczność wykazania, że Inwestycja Puławy oraz Inwestycja Gdańsk obejmowała swoim zakresem przebudowę mostu i spełnia wymagania wskazane w pkt 8.6.1 SIWZ.

Izba ustaliła, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Zaprojektowanie i wykonanie robót dla przebudowy trzech obiektów inżynierskich: most w km 0,346; wiadukt w km 0,654; most w km 1,824 Unii kolejowej nr 286 Kłodzko Główny - Wałbrzych Główny w ramach projektu pn.: „Poprawa stanu technicznego obiektów inżynierskich - etap II”.

Izba ustaliła, że w pkt 1.3 SIWZ Zamawiający zdefiniował następujące pojęcia:

„**Budowa**”- budowa w rozumieniu Ustawy Prawo budowlane,

„**Przebudowa**”- przebudowa w rozumieniu Ustawy Prawo budowlane,

„**Remont**”- remont w rozumieniu Ustawy Prawo budowlane,

W pkt 8.6 SIWZ, Zamawiający wskazał, że ustala następujące szczegółowe warunki udziału w Postępowaniu:

8.6.1. W zakresie warunku określonego w punkcie 8.2.3 IDW wymagane jest wykazanie przez Wykonawcę, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie wykonał:

a) Budowa lub Przebudowa co najmniej 2 (dwóch) obiektów typu: most lub wiadukt lub estakada - w tym co najmniej 1 (jeden) most kolejowy lub wiadukt kolejowy (o rozpiętości najdłuższego przęsła nie mniejszej niż 20 m)

Ocena spełniania w/w warunku nastąpi na podstawie przedstawionych przez wykonawcę dokumentów i oświadczeń, o których mowa w punkcie 9 IDW.

W pkt 9.6 SIWZ, Dokumenty i oświadczenia wymagane od Wykonawcy na potwierdzenie spełniania warunków udziału w Postępowaniu. Zamawiający wskazał:

9.6.1 wykaz robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie wraz z podaniem ich przedmiotu, terminów wykonania i podmiotów, na rzecz których roboty zostały wykonane (wzór wykazu stanowi Załącznik Nr 8 do IDW).

W Rozdziale 12, Zamawiający wskazał:

12.4. Wykonawca musi dołączyć wypełnione Rozbicie ceny ofertowej („RCO”). Wykonawca musi wycenić wszystkie pozycje. Rozbicia ceny ofertowej, gdzie zarówno ceny jednostkowe jak i cena za daną pozycję jest podana z matematycznym zaokrągleniem do dwóch miejsc po przecinku. W przypadku wstawienia przez Wykonawcę w jakiegokolwiek pozycji Rozbicia Ceny Ofertowej (RCO) cyfry „0” lub w ogóle jej niewypełnienie, pozycje takie będą uznane za włączone do innych pozycji wypełnionego Rozbicia Ceny Ofertowej. W przypadku, gdy w wypełnionym przez Wykonawcę RCO wystąpią inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty, Zamawiający poprawi je w sposób opisany niżej, w szczególności:

a) w przypadku braku pozycji – Zamawiający poprawi RCO poprzez dopisanie treści brakującej pozycji, jednostki miary, liczby jednostek oraz wpisanie dla tej pozycji ceny jednostkowej oraz wartości w wysokości 0 (zero) i uzna tę pozycję za włączoną do innych pozycji wypełnionego RCO,

- b) w przypadku błędnie wpisanej „Nazwy elementu rozliczeniowego” – Zamawiający poprawi RCO poprzez wpisanie poprawnej nazwy elementu rozliczeniowego pozostawiając niezmienną dla tej pozycji zaoferowaną w RCO cenę jednostkową i wartość;
- c) w przypadku błędnie wpisanej „Jednostki miary” – Zamawiający poprawi RCO poprzez wpisanie poprawnej jednostki miary pozostawiając niezmienną dla tej pozycji zaoferowaną w RCO cenę jednostkową i wartość;
- d) w przypadku błędnie wpisanej „Liczby jednostek” - Zamawiający poprawi RCO poprzez wpisanie poprawnej liczby jednostek i dokona obliczenia wartości tej pozycji poprzez przemnożenie poprawnej liczby jednostek przez cenę jednostkową podaną w RCO;
- e) w przypadku braku w RCO „Ceny jednostkowej” – Zamawiający dokona obliczenia ceny jednostkowej jako ilorazu, w którym za dzielną przyjmie się wskazaną w RCO wartość, a za dzielnik liczbę jednostek. Jeżeli otrzymana cena jednostkowa będzie posiadała więcej niż dwa miejsca po przecinku, Zamawiający zaokrągli ją zgodnie z zasadami matematyki i ponownie dokona obliczenia wartości jako iloczynu liczby jednostek i ceny jednostkowej (po zaokrągleniu);
- f) w przypadku braku w RCO „Ceny jednostkowej” i „Wartości” - Zamawiający poprawi RCO poprzez wpisanie dla tej pozycji ceny jednostkowej oraz wartości w wysokości 0 (zero) i uzna tę pozycję za włączoną do innych pozycji wypełnionego RCO;

12.5. Sumaryczna wartość pozycji RCO dotyczących wykonania dokumentacji projektowej (wskazać odpowiednie pkt z RCO np. pkt 90. Projektowanie, 91. Usługi towarzyszące do projektowania) nie może przekroczyć 7% wartości oferty netto za wykonanie całości Zamówienia (bez kwoty warunkowej).

12.6. Ceną oferty jest suma: wartości wszystkich pozycji podanych w wypełnionym Rozbiciu ceny ofertowej, powiększona o podatek VAT.

W Rozdziale 15 SIWZ, Zamawiający określił dokumenty jakie wykonawca zobowiązany był złożyć wraz z ofertą:

15.1 Do Formularza Ofertowego przekazywanego za pośrednictwem Platformy Zakupowej, należy załączyć następujące dokumenty: (a) „Załącznik do Formularza Ofertowego” – sporządzony zgodnie ze wzorem zawartym w Załączniku nr 1 do IDW; (b) „ZAŁĄCZNIK DO OFERTY” sporządzony zgodnie z wzorem zawartym w Załączniku nr 2 do IDW; (c) Zobowiązanie podmiotu trzeciego do oddania do dyspozycji Wykonawcy niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania Zamówienia - sporządzone w przypadku, gdy Wykonawca polega na zasobach innego podmiotu zgodnie ze wzorem zawartym w

Załączniku nr 3 do IDW; (d) wypełnione „Rozbicie Ceny Ofertowej”; € Pełnomocnictwo/a jeżeli jest/są wymagane postanowieniami niniejszej IDW.

W pkt 20.6.7 Zamawiający wskazał, że zamierza dokonać wyboru najkorzystniejszej oferty z zastosowaniem aukcji elektronicznej. Aukcja zostanie przeprowadzona na Platformie Zakupowej Zamawiającego dostępnej pod adresem: <https://platformazakupowa.plk-sa.pl>.

Izba ustaliła, że w Postępowaniu złożono 7 ofert.

I. Oferta nr 1 złożona przez:

Konsorcjum: "SBW" Sp. z o.o. Sp.k. (Lider Konsorcjum) i REINCON sp. z o.o. (Partner Konsorcjum) - oferowana cena:

71 004 133,91 PLN (netto)

87 335 084,71 PLN (brutto)

II. Oferta nr 2 złożona przez:

Konsorcjum: INFRAKOL Sp. z o.o. Sp. k. (Lider Konsorcjum); Track Tec Construction Sp. z o.o. (Partner Konsorcjum); EURO-DARMAL Sp. z o.o. (Partner Konsorcjum) - oferowana cena:

45 533 669,91 PLN (netto)

56 006 413,99 PLN (brutto)

III. Oferta nr 3 złożona przez:

Konsorcjum: ALUSTA S.A. (Lider Konsorcjum); Wytwórnia Konstrukcji Stalowych VIAMONTEX SP. Z O.O. (Partner Konsorcjum) - oferowana cena:

62 701 237,75 PLN (netto)

77 122 522,43 PLN (brutto)

IV. Oferta nr 4 złożona przez:

Konsorcjum: DOLNOŚLĄSKIE PRZEDSIĘBIORSTWO NAPRAW INFRASTRUKTURY KOMUNIKACYJNEJ DOLKOM SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ (Lider Konsorcjum), Dromosttor s.c. P. C. I. C. (Partner Konsorcjum) - oferowana cena:

53 218 669,91 PLN (netto)

65 458 963,99 PLN (brutto)

V. Oferta nr 5 złożona przez:

N.-Mosty Sp. z o.o. - oferowana cena:

96 680 579,40 PLN (netto)  
118 917 112,66 PLN (brutto)

VI. Oferta nr 6 złożona przez:

Konsorcjum: Zakład Robót Komunikacyjnych - DOM w Poznaniu Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum); E-R-G Polska sp. z o.o. sp. komandytowa (Partner Konsorcjum) - oferowana cena:

96 073 669,91 PLN (netto)  
118 170 613,99 PLN (brutto)

VII. Oferta nr 7 złożona przez:

INTOP Warszawa Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum) - oferowana cena:

58 934 730,91 PLN (netto)  
72 489 719,02 PLN (brutto)

Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (kwota podana podczas otwarcia ofert) kwotę: 76 629 453,87 PLN brutto (62 300 369,00 PLN netto).

Izba ustaliła, że w dniu 7 kwietnia 2020 r. Zamawiający wystosował zaproszenie do udziału w aukcji elektronicznej do sześciu wykonawców. Aukcja elektroniczna odbyła się w dniu 15 kwietnia 2020 r. Pismem z dnia 16 kwietnia 2020 r. Zamawiający działając na podstawie art. 91c ust. 5 w zw. z art. 80 ust. 2 ustawy Pzp poinformował, że po przeprowadzonej aukcji elektronicznej, wykonawca Intop uzyskał najwyższą ilość punktów.

Izba ustaliła, że cena zaoferowana przez wykonawcę Intop oraz Infrakol podczas akcji wyniosła, odpowiednio: 42 800 000.00 PLN brutto (34 796 747.97 PLN netto), po przeliczeniu Rozbicia Ceny Ofertowej : 42 799 999,99 PLN brutto (tj. 34 796 747.96 PLN netto) oraz 42 806 000,00 PLN brutto (34 801 626,02 PLN netto), po przeliczeniu Rozbicia ceny Ofertowej: 42 805 999,94 PLN brutto (tj. 34 801 625.97 PLN netto).

Izba ustaliła, że pismem z dnia 21 kwietnia 2020 r. Zamawiający wezwał Przystępującego Intop do złożenia wyjaśnień, wskazując, że w związku z przeprowadzoną aukcją elektroniczną i złożoną ofertą cenową w wysokości 42 800 000.00 PLN brutto (34 796 747.97 PLN netto) po przeliczeniu Rozbicia Ceny Ofertowej : 42 799 999,99 PLN brutto (tj. 34 796 747.96 PLN netto) wzywa wykonawcę, na podstawie art. 90 ustawy Pzp do udzielenia umotywowanych wyjaśnień wraz ze złożeniem dowodów, dotyczących wyliczenia ceny oferty (w tym elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny), w szczególności w

zakresie wskazanym odpowiednio w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp w celu wykazania, iż oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Wykonawca winien wykazać czy zaoferowana cena rzeczywiście uwzględnia wszystkie elementy związane z należyтым wykonaniem zamówienia. Wyjaśnienie powinno zawierać konkretne dane liczbowe i wskazywać poczynione założenia, które miały wpływ na wyliczenie cen jednostkowych przedstawionych w Rozbiciu Ceny Ofertowej tj. kalkulację wraz z jej uzasadnieniem oraz z dowodami na jej poparcie. Zamawiający wskazał, że oczekuje, iż wykonawca w ramach ww. wyjaśnienia przedstawi szczegółową kalkulację wszystkich czynników cenotwórczych i założeń jakie miały wpływ na oszacowanie w odniesieniu do każdej pozycji wyszczególnionej w przedłożonym przez wykonawcę Rozbiciu Ceny Ofertowej, w szczególności tych odnoszących się do kosztów na etapie realizacji robót budowlanych, a także zysk i wkalkulowane ryzyko inwestycyjne. Ponadto wyjaśnienie winno wskazywać czy istnieją konkretne uwarunkowania i obiektywne czynniki jakie towarzyszyć będą realizacji zamówienia, które wpłynęły na wysokość oferowanej ceny wraz ze wskazaniem opisu tych czynników i skali ich wpływu na wysokość zaoferowanej ceny. Zamawiający wskazał, że oceniając wyjaśnienia Zamawiający weźmie pod uwagę tylko obiektywne czynniki bezpośrednio wskazujące na zdolność wykonania zamówienia. Zamawiający zwraca uwagę, iż na Wykonawcy spoczywa obowiązek przedstawienia i udowodnienia Zamawiającemu poprawności oszacowania oferty, którą przedłożył w niniejszym postępowaniu. Co oznacza również, że wykonawca samodzielnie decyduje o zakresie wyjaśnień, jak również ma swobodę w prezentowaniu dowodów. Zamawiający zaznaczył, iż zgodnie z pkt. 12.4 IDW nie dopuszcza się wliczania kosztów wykonania jakiegokolwiek pozycji RCO w inną pozycję RCO.

Podobne wezwanie zostało skierowane w dniu 21 kwietnia 2020 r. do wykonawcy Infracol. Zamawiający wskazał w treści wezwania m.in., że w związku z przeprowadzoną aukcją elektroniczną i złożoną ofertą cenową w wysokości 42 806 000,00 PLN brutto (34 801 626,02 PLN netto) (po przeliczeniu Rozbicia ceny Ofertowej : 42 805 999,94 PLN brutto (tj. 34 801 625,97 PLN netto), w związku z wątpliwościami Zamawiającego wzywa on wykonawcę, na podstawie art. 90 ustawy Pzp do udzielenia umotywowanych wyjaśnień wraz ze złożeniem dowodów, dotyczących wyliczenia ceny oferty (w tym elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny), w szczególności w zakresie wskazanym odpowiednio w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp w celu wykazania przez wykonawcę, iż oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Pismem z dnia 21 kwietnia 2020 r. Zamawiający wezwał wykonawcę Intop do złożenia aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w Jednolitym Dokumencie Wykonawcy oraz okoliczności, o których mowa w

Jednolitym Dokumencie dotyczącym każdego z podmiotów trzecich, na którego zasoby powołuje się Wykonawca w zakresie pkt 9.7.1 — 9.7.7 IDW. W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, wykonawca Intop złożył m.in. Załącznik nr 8 – Wykaz robót budowlanych. W wykazie wykonawca powołał się na doświadczenie zdobyte w związku z realizacją trzech inwestycji: Inwestycja Gdańsk oraz Inwestycja Puławy (obie inwestycje realizowane przez konsorcjum w skład którego wchodził wykonawca Intop) oraz inwestycja pn. Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych na linii kolejowej Kraków – Medyka-granica państwa na odcinku Bochnia – Biadoliny w km 39+000 – 61+300” w ramach Projektu „Modernizacja linii kolejowej E30/C30, odcinek Kraków – Rzeszów, etap III”.

Izba ustaliła, że pismem z dnia 29 kwietnia wykonawca Intop złożył wyjaśnienia dotyczące zaproponowanej ceny za realizację zamówienia. Treść została zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa. Podobnie wykonawca Infrakol zastrzegł złożone wyjaśnienia jako informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa (wykonawca Infrakol pozostawił jako jawne wybrane informacje dotyczące swojego doświadczenia doświadczenia).

Izba ustaliła, że pismem z 29 maja 2020 r., Zamawiający wystosował do wykonawcy Intop pismo dotyczące wyceny przedmiotu zamówienia, w którym wskazał, że w związku z wątpliwościami dotyczącymi wyliczenia ceny dla pozycji RCO nr 3.3.5. prosi o bardziej szczegółowe wyjaśnienia. Wątpliwości Zamawiającego budził fakt, iż koszty (po aukcji) dla Robót branży obiekty inżynieryjne wynoszą 926 862,42 zł netto, co jest niezgodne z treścią oferty podwykonawcy. Zamawiający wskazał, że zgodnie z pkt. 12.4 IDW, Zamawiający nie dopuszcza wliczania kosztów wykonania jakiegokolwiek pozycji RCO w inną pozycję RCO. Izba ustaliła, że pismem z dnia 29 maja 2020 r. wykonawca Intop złożył wyjaśnienia, których treść została objęta tajemnicą przedsiębiorstwa.

Izba ustaliła, że pismem z dnia 3 czerwca 2020 r. Zamawiający wezwał wykonawcę Intop w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień o zakresie prac jakie wykonał wykonawca Intop w ramach konsorcjum realizującego Inwestycje Puławy i Inwestycję Gdańsk. Wykonawca złożył wyjaśnienia w piśmie z dnia 8 czerwca 2020 r. Wykonawca wyjaśnił zakres prowadzonych przez niego prac w ramach konsorcjum. Złożył również umowy konsorcjum zawarte w ramach obu inwestycji.

Pismem z dnia 23 września 2020 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wynikach postępowania. Za najkorzystniejszą została uznana oferta Przystępującego Intop.

***Izba zważyła co następuje:***

Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody, polegającej na nieuzyskaniu zamówienia. W przypadku zasadności podniesionych w odwołaniu zarzutów mogłoby dojść do wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

*Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp*

W ocenie Izby zarzut potwierdził się. Wskazać należy, że zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp 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. Ocena co stanowi istotną część składową przedmiotu zamówienia musi odbywać się zarówno z uwzględnieniem znaczenia części składowej dla realizacji zamówienia, jak również wartości cenowej takiej części składowej w kosztach realizacji zamówienia. Dalej wskazać należy, że zgodnie z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Oznacza to, iż ustawodawca przewidział dwie przesłanki obligujące Zamawiającego do odrzucenia oferty wykonawcy: (i) brak złożenia wyjaśnień; (ii) ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Nie ulega wątpliwości, że pierwsza z wymienionych wyżej przesłanek nie ma zastosowania bowiem zarówno wykonawca Intop jak i wykonawca Infrakol złożyli stosowane wyjaśnienia. Zdaniem Izby złożone przez wykonawców wyjaśnienia nie potwierdzały jednakże realności istotnych części składowych zaoferowanej ceny za realizację zamówienia, a tym samym nie potwierdzi realności ceny za realizację zamówienia. Podkreślić należy, że ustawodawca nakłada na wykonawcę w art. 90 ust. 1 w zw. z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp obowiązek złożenia wyjaśnień, w tym dowodów potwierdzających realność zaoferowanej ceny lub jej istotnych części składowych. Wyjaśnienia wykonawcy składane w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp nie mogą ograniczyć się do ogólnych stwierdzeń o doświadczeniu, organizacji pracy czy wykwalifikowanych pracownikach. Czynniki te winny zawsze znaleźć odniesienie do opisu przedmiotu zamówienia zawartego w SIWZ i

przedstawienia konkretniej, a zarazem wiarygodniej i rzetelnej analizy, potwierdzonej odpowiednimi dowodami, iż wykonawca ma możliwość wykorzystania posiadanej wiedzy, doświadczenia, karty w warunkach konkretnego postępowania przetargowego. Tylko bowiem w takiej sytuacji zamawiający będzie miał możliwość rzeczywistego zweryfikowania realności zaproponowanej ceny. Wyeliminowanie z postępowania ofert zawierających rażąco niskie ceny jest istotne z uwagi na znaczną szkodliwość takich ofert, które mogą opierać się na nieracjonalnych pod względem technicznym, ekonomicznym lub prawnym założeniach lub praktykach, co może w konsekwencji skutkować uchybienia na etapie realizacji zamówień. Oczywistym jest bowiem, że rażąco niska cena uderza w uczciwych, działających zgodnie z przyjętymi praktykami rynkowymi wykonawców, którzy rzetelnie wycenili swoją ofertę. Oferta zawierająca rażąco niską cenę naraża równocześnie zamawiającego na ryzyko wykonania zamówienia na niższym niż wymagany poziom jakości, ponieważ wykonawca na etapie realizacji umowy, szukając oszczędności, próbuje działać niezgodnie z wytycznymi SIWZ. To zaś może również skutkować opóźnieniami w realizacji inwestycji, a niejednokrotnie koniecznością odstąpienia od umowy. Z powyższymi okolicznościami zamawiający borykają się na co dzień. Dlatego też tak istotne, w ocenie Izby jest, aby wyjaśnienia składane przez wykonawców oraz dowody nie ograniczały się do generalnych stwierdzeń, niemających żadnego przełożenia na realia konkretnego postępowania przetargowego. To wykonawca obarczony jest ciężarem wykazania, iż oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny (art. 90 ust. 2 ustawy Pzp). Zamawiający zaś ze złożonych wyjaśnień winien mieć możliwość dokonania rzetelnej analizy realności założeń przyjętych przez wykonawcę przy szacowaniu ceny za realizację zamówienia. Wykonawca winien w treści złożonych wyjaśnień udowodnić zamawiającemu, że w realiach tego konkretnego postępowania przetargowego, mając na uwadze istniejące i wykazane indywidualne uwarunkowania wykonawcy możliwe jest obniżenie kosztów realizacji zamówienia. Bez takiej analizy, wyjaśnienia wykonawcy pozostają wyłącznie nic nieznaczącymi ogólnikowymi zapewnieniami o chęci realizacji zamówienia na najwyższym poziomie. Nie taki zaś był cel ustawodawcy wskazany w art. 90 ust. 1, 1a i 2 stawy Pzp.

Odnosząc się do wyjaśnień wykonawcy Infracol, Izba wskazuje, że wyjaśnienia te mają charakter ogólny, nie precyzują poczynionych przez wykonawcę założeń związanych z wyceną przedmiotu zamówienia. Wyjaśnienia nie zawierają kalkulacji wszystkich czynników cenotwórczych i założeń jakie miały wpływ na oszacowanie w odniesieniu do każdej pozycji wyszczególnionej w przedłożonym przez wykonawcę Rozbiciu Ceny Ofertowej, w tym sposobu kalkulacji zysku i ryzyk inwestycyjnych. Ponadto w treści złożonych wyjaśnień brak jest sprecyzowania konkretnych uwarunkowań wykonawcy, które wpłynęły na wysokość zaoferowanej ceny wraz przeliczeniem wpływu takich czynników na ostateczną cenę

zaoferowaną przez wykonawcę. Po pierwsze, Izba wskazuje odnosząc się do argumentu wykonawcy o ryczałtowym charakterze wynagrodzenia, że taki charakter wynagrodzenia za realizację zamówienia nie zwalnia Zamawiającego z obowiązku badania ceny danej oferty w sytuacjach wskazanych przez ustawodawcę w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Przywołana regulacja nie stanowi bowiem, iż w przypadku wynagrodzenia ryczałtowego Zamawiający zwolniony jest z obowiązku badania rażąco niskiej ceny. Nie można zgodzić się z wykonawcą, że badanie ceny za realizację zamówienia w przypadku jej ryczałtowego charakteru nie może obejmować cen jednostkowych. Wykonawca nie wyjaśnił co - przy takim podejściu - Zamawiający miałby badać i w jaki sposób. Cena ryczałtowa wynika z ryczałtowej wyceny poszczególnych elementów ujętych w RCO i elementy te podlegają analizie w zakresie ich ewentualnego rażącego zaniżenia. Aby to zaś było możliwe do wykonania, należy ustalić co wykonawca wyceniał i jakie elementy koszty - twórcze zostały uwzględnione przy wycenie poszczególnych elementów zawartych w RCO. Ryczałtowy charakter wynagrodzenia odnosi się do etapu realizacji umowy i sposobu rozliczenia pomiędzy Zamawiającym, a wykonawcą. Na etapie weryfikowania wyceny zaproponowanej przez wykonawcę, zadaniem Zamawiającego jest upewnienie się, że ryczałt obejmuje swoim zakresem wymagany przez Zamawiającego zakres prac, wymaga analizy czy wykonawca prawidłowo ocenił i zinterpretował taki zakres prac, czy uwzględnił wymagania przepisów prawa co do minimalnego wynagrodzenia za pracę, czy posiada wiedzę i doświadczenie, relacje handlowe na które się powołuje i czy rzeczywiście okoliczności te umożliwiają mu obniżenie kosztów realizacji zamówienia. Gdyby pozbawić Zamawiającego takich uprawnień wyłącznie na podstawie stwierdzenia, że mamy do czynienia z ryczałtem, przepis art. 90 ust. 1 ustawy Pzp byłby iluzoryczny, zaś Zamawiający pozbawiony byłby narzędzi służących minimalizowaniu ryzyka nieterminowych realizacji inwestycji z powodu niewłaściwej kalkulacji kosztów realizacji zamówień przez wykonawców. Po drugie, wskazać należy, że w treści złożonych wyjaśnień wykonawca Infrakol w sposób ogólny powołuje się na swoje doświadczenie, zasoby sprzętowe. Wykonawca załączył do wyjaśnień tzw. Kosztorys szczegółowy oraz oferty podwykonawców (dokumenty objęte tajemnicą przedsiębiorstwa). Zdaniem Izby złożone dokumenty w żaden sposób nie pozwalają na zweryfikowanie realności zaproponowanej wyceny przedmiotu zamówienia. Kosztorys szczegółowy złożony przez wykonawcę ogranicza się do przytoczenia kwot ryczałtowych wskazanych w ofertach podwykonawców. Takie wyjaśnienia są zdaniem Izby niewystarczające. Zdaniem Izby nie można przyjąć prawidłowości wyceny określonych elementów składających się na zamówienie wyłącznie na tej podstawie, że wykonawca złożył ofertę podwykonawcy na wykonanie takiej części zamówienia. Badaniu, w ramach weryfikacji wyceny dokonanej przez wykonawcę, polegają również oferty handlowe złożone przez wykonawcę w ramach wyjaśnień. Oferty stanowią dowód na wykazanie realności

zapropowanej wyceny i jako dowód podlegają ocenie w zakresie wiarygodności zaproponowanych warunków handlowych. Gdyby przyjąć odmienne założenie, to obowiązek weryfikacji realności wyceny kosztów realizacji zamówienia można byłoby z łatwością pominąć poprzez powołanie się na oferty handlowe dostawców czy podwykonawców i ograniczając się do stwierdzenia, że skoro mam ofertę handlową to wykazałem realność ceny. Takie podejście uznać należy za nieprawidłowe. To niedopuszczalny sposób, który prowadziłby po pierwsze do uniknięcia szczegółowych wyjaśnień zaproponowanej ceny za realizację zamówienia, po drugie zaś powodowałby nierówne traktowanie wykonawców w podobnych okolicznościach. Wykonawca, który samodzielnie realizuje zamówienia byłby bowiem zobowiązany do szczegółowej analizy kosztowo-twórczej realizacji przedmiotu zamówienia, zaś wykonawca, który zamierza realizować zamówienia z udziałem podwykonawcy lub powołuje się na oferty handlowe podmiotów trzecich takich szczegółowych wyjaśnień nie musiałby składać, argumentując, iż posiadają ryczałtową ofertę kosztów realizacji od podwykonawcy. Zdaniem Izby ceny nierynkowe oferowane przez producentów, dostawców czy podwykonawców podlegają również weryfikacji ze strony Zamawiającego w sytuacji, gdy istnieją wątpliwości co do rzetelności zaproponowanych warunków handlowych, zwłaszcza w zakresie wymogów dotyczących kosztów pracy czy innych obiektywnie weryfikowalnych uwarunkowań. Gdyby przyjąć odmienne stanowisko, to proces badania rażąco niskiej ceny byłby iluzoryczny i nie prowadziłby do rzeczywistej weryfikacji kosztów realizacji zamówienia. Zdaniem Izby, jeśli w okolicznościach konkretnej sprawy jest podejrzenie zaniżenia cen materiałów czy robocizny u dostawcy, podwykonawcy, to Zamawiający powinien zweryfikować, czy w łańcuchu dostawców/podwykonawców poniżej wykonawcy zachowane są odpowiednie poziomy kosztów gwarantujące należyłą realizację zamówienia. Tego zaś Zamawiający nie uczynił w analizowanym stanie faktycznym, zaś wykonawca Infrakol w treści złożonych wyjaśnień nie przedstawił żadnych szczegółowych wyjaśnień ofert podwykonawców, przyjętych przez nich założeń czy metodologii obliczenia kosztów realizacji poszczególnych elementów zamówienia. Nie można zgodzić się z Zamawiającym, że przyjęta formuła realizacji zamówienia tj. „zaprojektuj i wybuduj” niejako uniemożliwiła precyzyjne wycenienie kosztów realizacji zamówienia. Przyjęta formuła rzeczywiście pozostawia margines decyzyjny w rękach wykonawcy co do sposobu realizacji zamówienia, jednakże nie może to oznaczać, że wykonawca nie wie co wycenia. Szczególnie w sytuacji, z którą mamy do czynienia w analizowanym stanie faktycznym, gdzie wykonawca zasadniczą część kosztów realizacji zamówienia opierają o wyceny podwykonawców, istotne znaczenie ma skoordynowanie i przeanalizowanie przez wykonawcę poszczególnych ofert podwykonawców w świetle przyjętej koncepcji realizacji zamówienia, z uwzględnieniem informacji zawartych w PFU. Takich elementów analizy Izba nie odnalazła w wyjaśnieniach wykonawcy. Treść wyjaśnień ogranicza się do ogólnych

stwierzeń i załączonych ofert podwykonawców, z których nie wynikają żadne szczegółowe informacje co do przyjętej wyceny i ryczałtu. Po trzecie, zdaniem Izby analiza treści RCO jak i złożonego kosztorysu ofertowego wskazuje, że istotne elementy oferty wykonawcy Infracol, w tym w szczególności robót dotyczących branży drogowej i torowej dla wszystkich lokalizacji w sposób znaczący odbiegają od cen pozostałych oferentów i są od kilku do kilkunastu razy tańsze. Zdaniem Izby w treści złożonych wyjaśnień (w tym ofert podwykonawców) brak rozbicia ceny na koszty materiałów, sprzętu i robociznę. Brak jest informacji jakie kolizje wykonawca (podwykonawca) przewidział do przebudowy w związku z planowanym do wykonania zakresem prac branży drogowej oraz jaką przyjął w swojej ofercie wartość dla przebudowy poszczególnych kolizji dla każdej z lokalizacji. Podobnie w zakresie robót w branży torowej, brak jest rozbicia ceny na istotne elementy takie jak materiał, sprzęt i robocizną. Wykonawca nie wyjaśnił jaki rodzaj rozjazdów oraz ich ilość uwzględnił w swojej ofercie wraz ze wskazaniem cen w rozbiciu na materia, sprzęt i robociznę. Należy podkreślić, że łączna cena oferty wykonawcy Infracol za wykonanie robót w branży torowej i drogowej wynosiła 1 768 594,27 zł., podczas gdy oferta Odwołującego za realizację powyższych robót wyniosła 10 463 876,52, zaś oferta Przystępującego wyniosła 11 300 343,31 zł. Zdaniem Izby są to znaczące i zasadnicze różnice cenowe wymagały od wykonawcy przedstawienia pogłębionej analizy źródła tak wysokich oszczędności, zwłaszcza w świetle podkreślanego przez Zamawiającego w treści wezwania jak i wynikającego ze SIWZ zastrzeżenia, że zgodnie z pkt 12.4 IDW nie dopuszcza się wliczania kosztów wykonania jakiegokolwiek pozycji RCO w inną pozycję RCO.

W zakresie wyceny oferty przez wykonawcę Intop, to stanowiska Izby opisane w stosunku do wykonawcy Infracol ma odpowiednie zastosowanie. Dodatkowo Izba wskazuje, że z analizy treści oferty cenowej wykonawcy Intop, wynika, że wartość wynagrodzenia jakie wykonawca Intop zaoferował za wykonanie „robót branży obiekty inżynieryjne” dla każdego z obiektów objętych przedmiotem zamówienia jest co najmniej o 50% niższa niż wartość wynagrodzenia zaoferowana przez pozostałych wykonawców biorących udział w przedmiotowym postępowaniu. Wykonawca Intop wycenił te prace na kwotę 8 081 255,91 zł, podczas, gdy ten sam zakres przedmiotu zamówienia został wyceniony przez wykonawcę Infracol na kwotę 19 257 214,53, zaś przez Odwołującego na kwotę 19 884, 873,56 zł. Dwaj pozostali wykonawcy zaproponowali kwoty jeszcze wyższe, odpowiednio 21 490 709,84 wykonawca konsorcjum Alusta oraz 24 068 462 wykonawca N. - Mosty. Nie ulega wątpliwości, iż roboty budowlane w zakresie obiektów inżynierskich stanowią istotną część przedmiotu zamówienia, ponieważ stanowią około 50% całego zakresu rzeczowego. W tej sytuacji tak znaczne zaniżenie wartości tych robót powinno być w sposób rzetelny wyjaśnione przez wykonawcę Intop. Zdaniem Izby, wyjaśnienia wykonawcy nie zawierają wymaganych

informacji. Wykonawca nie odniósł się w żaden sposób do wymagań zawartych w PFU i przyjętej metodologii realizacji zamówienia, która pozwoliła mu na znaczące obniżenie kosztów robót branży inżynierskiej. W treści wyjaśnień próżno szukać informacji na jaką kwotę wykonawca ten wycenił wartość tych prac w rozbiciu na materiał, robociznę i sprzęt. Takich informacji nie zawierają również oferty podwykonawców złożone wraz z wyjaśnieniami. Jak Izba wskazała powyżej, nie można przyjąć prawidłowości wyceny określonych elementów składających się na zamówienia wyłącznie na tej podstawie, że wykonawca złożył ofertę podwykonawcy na wykonanie takiej części zamówienia. Badaniu, w ramach weryfikacji wyceny dokonanej przez wykonawcę, polegają również oferty handlowe złożone przez wykonawcę w ramach wyjaśnień. Oferty stanowią dowód na wykazanie realności zaproponowanej wyceny i jako dowód podlegają ocenie w zakresie wiarygodności zaproponowanych warunków handlowych. Gdyby przyjąć odmienne założenie, to obowiązek weryfikacji realności wyceny kosztów realizacji zamówienia można by było z łatwością ominąć poprzez powołanie się na oferty handlowe dostawców czy podwykonawców i ograniczając się do stwierdzenia, że skoro mam ofertę handlową to wykazałem realność ceny. Takie podejście uznać należy za nieprawidłowe. To niedopuszczalny sposób, który prowadziłby po pierwsze do uniknięcia szczegółowych wyjaśnień zaproponowanej ceny za realizację zamówienia, po drugie zaś powodowałby nierówne traktowanie wykonawców w tych samych okolicznościach. Wykonawca, który samodzielnie realizuje zamówienia byłby bowiem zobowiązany do szczegółowej analizy kosztowo-twórczej realizacji przedmiotu zamówienia, zaś wykonawca, który zamierza realizować zamówienia z udziałem podwykonawcy lub powołuje się na oferty handlowe podmiotów trzecich takich szczegółowych wyjaśnień nie musiałby składać. Zdaniem Izby ceny nierynkowe oferowane przez producentów, dostawców czy podwykonawców podlegają również weryfikacji ze strony Zamawiającego w sytuacji, gdy istnieją wątpliwości co do rzetelności zaproponowanych warunków handlowych, zwłaszcza w zakresie wymogów dotyczących kosztów pracy czy innych obiektywnie weryfikowalnych uwarunkowań. Gdyby przyjąć odmienne stanowisko, to proces badania rażąco niskiej ceny byłby iluzoryczny i nie prowadziłby do rzeczywistej weryfikacji ceny za realizację zamówienia. Zdaniem Izby, jeśli w okolicznościach konkretnej sprawy jest podejrzenie zaniżenia cen materiałów czy robocizny u dostawcy, podwykonawcy, to Zamawiający powinien zweryfikować, czy w łańcuchu dostawców/podwykonawców poniżej wykonawcy zachowane są odpowiednie poziomy kosztów gwarantujące należyłą realizację zamówienia. Tego zaś Zamawiający nie uczynił w analizowanym stanie faktycznym, zaś wykonawca Intop w treści złożonych wyjaśnień nie przedstawił żadnych szczegółowych wyjaśnień ofert podwykonawców, przyjętych przez nich założeń czy metodologii obliczenia kosztów realizacji poszczególnych elementów zamówienia. Treść

wyjaśnień ogranicza się do ogólnych stwierdzeń i załączonych ofert podwykonawców, z których nie wynikają żadne szczegółowe informacje co do przyjętej wyceny i ryczałtu.

W ocenie Izby, przyjęte ceny w zakresie ww. pozycji w ofertach wykonawcy Infrakol oraz Intop odbiegają zasadniczo od cen ofert złożonych przez innych wykonawców w postępowaniu i średniej wycenie kosztów realizacji tych części zamówienia zaproponowanej przez wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu. Średnia kosztów realizacji tych pozycji obliczona na podstawie ofert złożonych w postępowaniu stanowi wyznacznik cen rynkowych. Rażąco odstępstwa od wyceny w ofertach wykonawców winny jasno i klarownie wynikać z wyjaśnień składanych przez wykonawców. Takich informacji Izba jednak nie odnalazła w treści wyjaśnień. Podwykonawcy nie wyjaśnili specjalnych uwarunkowań, które spowodowały tak rażąco obniżenie cen, a tym bardziej, iż przy tak zaproponowanych cenach zachowane są wymagania dotyczące kosztów pracy związanych z realizacją zamówienia czy koszty materiałów. Obowiązkiem zarówno wykonawcy Infrakol jak i Intop było rzetelne wyjaśnienia i ustalenia zakresu prac wycenionych przez podwykonawców i sposobu wyliczenia kosztów, nadzwyczajnych okoliczności, które pozwalają im na tak drastyczne obniżenie kosztów oraz wyjaśnienie tych okoliczności w treści złożonych wyjaśnień. Tego żaden z powyższych wykonawców, zdaniem Izby, nie uczynił.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że zachodziła podstawa do odrzucenia oferty wykonawcy Intop oraz Infrakol na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Zdaniem Izby wykonawcy nie wykazali w złożonych wyjaśnieniach, iż istotne elementy przedmiotu zamówienia zostały wycenione w sposób rynkowy. Oferty podwykonawców podlegają również weryfikacji w zakresie ich rynkowego charakteru, w celu eliminacji cen dumpingowych i nierealnych. Ani wykonawca Intop ani wykonawca Infrakol jak również Zamawiający nie wykazali Izbie, że taka weryfikacja miała miejsce i że zaproponowane ceny są realne i możliwe do zaoferowania, przy spełnieniu wymagań związanych z kosztami pracy i kosztami materiałów, z uwzględnieniem wymagań zawartych w PFU.

#### Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp

Wskazać należy na wstępie, że zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia. Nie budzi w piśmiennictwie sporu, iż określenie przez zamawiającego warunków udziału w danym postępowaniu przetargowym ma na celu cenę zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia, tak aby zminimalizować

ryzyko nienależytego wykonania zamówienia. Określając warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający zawsze zobowiązany jest przestrzegać zasad wynikających z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp tj. warunki udziału w postępowaniu muszą być związane z przedmiotem zamówienia i proporcjonalne do przedmiotu zamówienia. Podkreślić przy tym należy, że warunki udziału w postępowaniu podlegają w pierwszej kolejności literalnej wykładni. Stanowi to gwarancję obiektywizmu zamawiającego w procesie weryfikacji zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia, jak również stanowi narzędzie realizujące zasadę równego traktowania wykonawców. Na etapie badania i oceny ofert zamawiający nie może interpretować wymagań specyfikacji w sposób bardziej lub mniej rygorystyczny niż to wynika z literalnego brzmienia warunku, albowiem prowadziłoby to do nieuprawnionej zmiany albo co najmniej istotnej modyfikacji warunku, co powodowałoby w konsekwencji naruszenie zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji, a w szczególności art. 7 ust. 1 Pzp.

Zdaniem Izby zadania wskazane przez wykonawcę Intop w pozycji 1 i 3 wykazu robót (Załącznik nr 8) nie spełnią postawionego przez Zamawiającego warunku w pkt 8.6.1 IDW. W ocenie Izby obie roboty wykonane przez wykonawcę Intop uznać należy za remont, o którym mowa w art. 3 pkt 8 w zw. z art. 29 ust. 3 ustawy prawo budowlane. Izba dała wiarę dokumentów złożonym przez Odwołującego tj. zgłoszeniu robót datowane na dzień 18.01.2018 r. (data wniesienia 29.01.2018 r.) złożonemu na podstawie art. 30 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo budowlane do Lubelskiego Urzędu Wojewódzkiego w Lublinie. Jak wynika z treści dokumentu, przedmiotem zgłoszenia był remont mostu na rzece Wisła w m. Puławy w ciągu drogi wojewódzkiej nr 874 Zarzecze - Puławy (dawna droga gminna nr 112801L). W treści przywołanego dokumentu zostało wskazane, iż zakres robót obejmuje:

- remont konstrukcji stalowej mostu
- remont podpór
- remont chodników
- remont elementów odwodnienia
- przebudowę urządzeń obcych
- remont urządzeń bezpieczeństwa ruchu,

Pismem z dnia 15.02.2018 r. Lubelski Urząd Wojewódzki w Lublinie wydał zaświadczenie, iż na podstawie art. 30 ust. 5aa ustawy Prawo budowlane nie wnosi sprzeciwu dotyczącego zgłoszenia remontu mostu na rzece Wiśle w Puławach w ciągu DW 874.

Zdaniem Izby z powyższych dokumentów urzędowych wynika, że zadanie wskazane przez INTOP w poz. 1 wykazu robót nie stanowi przebudowy w rozumieniu przepisów ustawy

Prawo budowlane, a remont obiektu mostowego. Zadanie nr 1 nie potwierdza, iż wykonawca Intop posiada doświadczenie przy przebudowie obiektu mostowego. Zadanie to było realizowane w oparciu o zgłoszenie. Już choćby z tej przyczyny brak jest podstaw do przyjęcia, iż zadanie to obejmowało przebudowę mostu.

Podobnie, zdaniem Izby zadanie wskazane przez wykonawcę Intop w pozycji 3 wykazu również nie spełnia warunku określonego przez Zamawiającego w pkt 8.6.1 IDW. W ocenie Izby zadania nr 3 nie polegało na przebudowie mostu. Zgodnie z pismem PKP PLK S.A. z dnia 12.11.2020 r. realizacja zadania pn. Wykonanie robót budowlanych oraz opracowanie dokumentacji projektowej wraz z wykonaniem robót dla zabudowy koryta balastowego w torze nr 1 wraz z nawierzchnią kolejową z tłucznią oraz robotami towarzyszącymi, związanymi z poprawą bezpieczeństwa na kolejowym Moście Gdańskim w Warszawie w ramach projektu pn. „Poprawa bezpieczeństwa i likwidacja zagrożeń eksploatacyjnych na sieci kolejowej - Prace na Moście Gdańskim w Warszawie” odbyło się na podstawie decyzji Mazowieckiego Wojewódzkiego Inspektoratu Nadzoru Budowlanego (dalej „WINB”) nr 1477/2016 z dnia 24.08.2016 r. Zgodnie z treścią w/w decyzji WINB zakres robót przy obiekcie mostowym obejmował: wymianę, w terminie 12 miesięcy tj. do 31.07.2017 r., konstrukcji przęseł, na których usytuowano tor nr 1, na nowe (odtworzenie stanu pierwotnego), tj. wykonanie nowych konstrukcji kratownic oraz blachownic skrajnych przęseł, łącznie z wykonaniem wszystkich robót związanych z infrastrukturą techniczną, pozwalającą na funkcjonowanie tego obiektu zgodnie z przeznaczeniem, także wymianę łożysk, wraz ze wszystkimi robotami towarzyszącymi związanymi z oparciem nowej konstrukcji na istniejących podporach. Należy wskazać, że od w/w decyzji WINB zostało złożone odwołanie do GINB w Warszawie, który to organ w dniu 28.06.2018 r, wydał decyzję nr DON.7200.123.2018.WEJ. Jak wynika z treści uzasadnienia w/w decyzji GINB, PKP PLK S.A. wnioskowało o:

- 1) „Zmianę technologii robót oznaczonej w pkt 1 Decyzji Mazowieckiego Wojewódzkiego Inspektora Nadzoru Budowlanego z dnia 24 sierpnia 2016 r, nr 1477/2016, poprzez nakazanie wymiany konstrukcji przęseł, na których usytuowano tor nr 1, na nowe tj. wykonanie nowych kratownic oraz blachownic skrajnych przęseł z torem na podkładach i podsypce tłuczniowej w korycie balastowym, łącznie z wykonaniem wszystkich robót związanych z infrastrukturą techniczną, pozwalającą na funkcjonowanie tego obiektu zgodnie z przeznaczeniem, także wymianę łożysk, przy czym należy wykonać wszystkie roboty towarzyszące związane z oparciem nowej konstrukcji na Istniejących podporach.
- 2) Wyrażenie zgody w decyzji na zabezpieczenie podpór mostu drogowego (Mostu Gdańskiego) - w uzgodnieniu z Zarządem Dróg Miejskich w Warszawie”.

GINB odmówił zmiany decyzji zgodnie z powyższym wnioskiem stwierdzając w treści uzasadnienia w pkt 1 sentencji, że decyzją Nr 1477/2016 z 24 sierpnia 2016 r. Mazowiecki Wojewódzki inspektor Nadzoru Budowlanego nakazał „wymianę (...) konstrukcji przęseł, na których usytuowano tor nr 1, na nowe (odtworzenie stanu pierwotnego tj. wykonanie nowych konstrukcji kratownic oraz blachownic skrajnych przęseł, łącznie z wykonaniem wszystkich robót związanych z infrastrukturą techniczną pozwalającą na funkcjonowanie tego obiektu zgodnie z przeznaczeniem, także wymianę łożysk, przy czym należy wykonać wszystkie roboty towarzyszące związane z oparciem nowej konstrukcji na istniejących podporach”. Należy zwrócić uwagę, że nakaz zawarty w punkcie pierwszym sentencji dotyczy wymiany konstrukcji przęseł, na których usytuowano tor nr 1, na nowe przęsła faktycznie dotyczy odtworzenie stanu pierwotnego konstrukcji nośnych skrajnych przęseł mostu w takim zakresie, aby most mógł funkcjonować zgodnie z przeznaczeniem, tzn. mógł bezpiecznie przenosić obciążenia własne i obciążenia związane z transportem kolejowym. W treści tego punktu organ wojewódzki nie wskazał w jakiej technologii odtworzenie (wymiana) przęseł ma być zrealizowana. Istotnym natomiast jest, żeby wymiana przęseł nie spowodowała zakłócenia ciągłości architektonicznej pozostałych elementów mostu. Należy wskazać, że sama definicja remontu (art. 3 pkt 8 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz. I-I. z 2018r. poz. 1202) dopuszcza stosowanie wyrobów budowlanych (w tym przypadku przęsła wykonanego na potrzeby remontu mostu Gdańskiego w Warszawie) innych niż użyto w stanie pierwotnym.

Biorąc powyższe pod uwagę stwierdzam, że treść pkt 1 sentencji decyzji Nr 1477/2016 z 24 sierpnia 2016r. nie wyklucza wykonania obowiązku w sposób proponowany przez Zarządę linii kolejowej we wniosku.

Zdaniem Izby z przywołanych powyżej fragmentów decyzji WINB i GINB w sposób jednoznaczny wynika, iż zadania nr 3, na które powołuje się wykonawca Intop w wykazie robót stanowiło remont, a nie przebudowę obiektu mostowego. Zgodnie z art. 3 pkt 8 ustawy Prawo budowlane przez remont należy rozumieć wykonywanie w istniejącym obiekcie budowlanym robót budowlanych polegających na odtworzeniu stanu pierwotnego, a niestanowiących bieżącej konserwacji, przy czym dopuszcza się stosowanie wyrobów budowlanych innych niż użyto w stanie pierwotnym. Potwierdzeniem tego wniosku jest to, iż organy nadzoru budowlanego, które stwierdziły nieprawidłowości stanu technicznego konstrukcji Mostu Gdańskiego wskazały, iż należy dokonać odtworzenia stanu pierwotnego, co pozwoli na funkcjonowanie tego obiektu zgodnie z jego przeznaczeniem.

Zdaniem Izby zarówno w zakresie zadania nr 1 i zadania nr 3 wykonawca Intop nie złożył odpowiednich pozwoleń na budowę, które pozwoliłyby na uznanie, iż inwestycje te spełniają

wskazany w pkt 8.6.1 IDW. Zdaniem Izby z przepisów ustawy prawo budowlane tj. z art. 28 ust. 1 wynika, że roboty budowlane można rozpocząć jedynie na podstawie decyzji o pozwoleniu na budowę. Ustawodawca zdefiniował pojęcia robót budowlanych wskazując, iż należy przez to rozumieć budowę, a także prace polegające na przebudowie, montażu, remoncie lub rozbiórce obiektu budowlanego. Przez budowę należy rozumieć wykonywanie obiektu budowlanego w określonym miejscu, a także odbudowę, rozbudowę, nadbudowę obiektu budowlanego; zaś przez przebudowę należy przez to rozumieć wykonywanie robót budowlanych, w wyniku których następuje zmiana parametrów użytkowych lub technicznych istniejącego obiektu budowlanego, z wyjątkiem charakterystycznych parametrów, jak: kubatura, powierzchnia zabudowy, wysokość, długość, szerokość bądź liczba kondygnacji; w przypadku dróg są dopuszczalne zmiany charakterystycznych parametrów w zakresie niewymagającym zmiany granic pasa drogowego. Uznać więc należy, co do zasady wykonanie robót budowlanych odbywa się na podstawie decyzji o pozwoleniu na budowę, chyba, że zachodzą wyjątki określone przez ustawodawcę w art. 29, 30, 31 ustawy. Budowa i przebudowa do której odwołuje się Zamawiający w SIWZ, to kategorie odrębne od remontu i wykonywanie prac polegających na budowie lub przebudowie wymaga uzyskania pozwolenia na budowę, odmiennie od remontu. W ocenie Izby, gdyby w ramach realizacji zadania nr 1 oraz 3 były wykonywane roboty budowlane polegające na przebudowie mostów, to inwestor musiałby uzyskać odpowiednie decyzje o pozwoleniu na budowę. Z dokumentów złożonych do akt sprawy wynika, że wykonywane roboty budowlane zostały zakwalifikowane jako remont. Oznacza to zdaniem Izby, że zadania te nie spełniają warunku udziału określonego przez Zamawiającego. Gdyby bowiem Zamawiający dopuścił możliwość powoływania się doświadczenie zdobyte w ramach realizacji inwestycji obejmującej swoich zakresem remont obiektów typu most, wiadukt, estakada, to takie zapisy winny znaleźć odzwierciedlenie w SIWZ poprzez wskazanie „budowa, przebudowa lub remont”. Próba dopasowania treści SIWZ do doświadczenia posiadanego przez wykonawcę Intop na etapie badania i oceny oferty wykonawcy jest, zdaniem Izby, nieuprawniona w świetle zapisów SIWZ, które ustalił sam Zamawiający.

Zdaniem Izby dowody złożony przez Zamawiającego oraz Przystępującego Intop nie mają znaczenia dla sprawy. Podstawą rozstrzygnięcia Izby są urzędowe decyzje odpowiednich organów. Ich treść nie może być skutecznie zakwestionowana przez opinie prywatne złożone przez Przystępującego Intop czy też przez nazwę postępowania. Nie może być tak, że wykonawca z jednej strony wykonuje roboty budowlane zakwalifikowane przez odpowiednie organy jako remont, co skutkuje brakiem konieczności uzyskania decyzji o pozwoleniu na budowę, z drugiej zaś strony na potrzeby spełnienia warunku udziału w postępowaniu twierdzi, że jednak wykonał przebudowę w rozumieniu przepisów prawa

budowlanego. To oznaczałoby bowiem, iż mamy do czynienia z samowolą budowlaną, którą niejako Izba usankcjonowałaby przechylając się do stanowiska Przystępującego Intop.

Izba uznała, że zadania wskazane przez wykonawcę Intop w pozycji nr 1 i 3 wykazu robót nie spełniają wymagań postawionych przez Zamawiającego w SIWZ. Zbędę tym samym uznać należy rozstrzygnięcie przez Izbę o zakresie prac wykonanych przez wykonawcę Intop w ramach konsorcjum realizującego zadania nr 1 i 3 na potrzeby wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 8.6.1 IDW, skoro przedmiot zamówienia zrealizowany w ramach tych zadań nie spełnia warunku określonego przez Zamawiającego.

Odnoszą się do argumentów Przystępującego oraz Zamawiającego o tym, iż zadanie w pozycji nr 2 wykazu Przystępującego Intop samodzielnie spełnia warunek udziału w postępowaniu określony w pkt 8.6.1. IDW, to zdaniem Izby kwestia ta winna być wyjaśniona z wykonawcą w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp w celu doprecyzowania, które elementy inwestycji wskazanej w pozycji nr 2 zostały wykonane przez Intop i spełniają warunek z pkt 8.6.1 IDW. Jednakże, z uwagi na uznanie przez Izbę, że ofertą Przystępującego Intop podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp takie wezwanie do złożenia wyjaśnień lub ewentualne uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust.3 ustawy Pzp uznać należy za bezprzedmiotowe, gdyż oferta wykonawcy podlega odrzuceniu z innej podstawy prawnej.

W odniesieniu do zarzut dotyczącego zadania nr 2, Odwołujący złożył na rozprawie oświadczenia o jego cofnięciu, co skutkuje brakiem podstaw do jego merytorycznego rozpoznania przez Izbę.

Zdaniem Izby nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp. Zgodnie z przywołaną regulacją, Zamawiający wyklucza z postępowania wykonawcę: (i) który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej „kryteriami selekcji”, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów (pkt 16) oraz (ii) wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Celem powyższych przepisów jest ochrona zamawiającego przed nieuczciwym jak również nieprofesjonalnym działaniem wykonawców, którzy decydując się na udział w

postępowaniu winni dołożyć należytej staranności w weryfikacji składanych dokumentów, szczególnie tych, które otrzymał od osób trzecich.

Zdaniem Izby, wykonawca Intop dokonał błędnej interpretacji SIWZ oraz zakresu prac wykonanych podczas ich realizacji. Wykonawca subiektywnie oceniał charakter wykonanych prac, przypisując im błędną kwalifikację w świetle ustawy Prawo budowlane. Izba przychyliła się do stanowiska Przystępującego, iż to inwestor decyduje o kwalifikacji inwestycji i wymaganym zakresie pozwoleń, zaś wykonawca wykonuje wskazany w umowę zakres robót. Błędna ocena takiego charakteru robót nie kwalifikuje się jako podstawa do zastosowania art. 24 ust. 1 pkt 16 czy 17. Przystępujący wykonał prace wskazane w wykazie robót, w tym zakresie nie podał informacji nieprawdziwych. Błędne zakwalifikowanie zakresu wykonanych prac jako przebudowa zdaniem Izby nie wyczerpuje przesłanek wykluczenia wskazanych w przepisie art. 24 ust. 1 pkt 16 czy 17 ustawy Pzp.

Ponadto, Izba uznała za spóźniony zarzut naruszenia art. 96 ust. 3 i art. 8 ust. 1 i 3 ustawy Pzp. Jak wynika z dokumentacji postępowania, Odwołujący w dniu 8 maja 2020 r. zwrócił się do Zamawiającego z wnioskiem o udostępnienie dokumentów, w tym korespondencji w zakresie wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny. Zamawiający pismem z dnia 15 maja 2020 r. udostępniła Odwołującemu część dokumentów, wskazując jednocześnie, że pozostałe dokumenty stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Następnie pismem z dnia 2 lipca 2020 r. Odwołujący ponownie zwrócił się do Zamawiającego o udostępnienie ww. dokumentów, wskazując w treści pisma, że wykonawca ponownie wzywa do udzielenia odpowiedzi na pismo DHL – 501-1/028/132/2020 z dnia 18 maja 2020 r. – wniosek o ujawnienie informacji zgłoszonych jako tajemnica przez Infracol sp. z o.o. oraz Intop Warszawa sp. z o.o. Zamawiający w odpowiedzi wskazał, że podtrzymuje swoje stanowisko w zakresie braku udostępnienia żadnych dokumentów z uwagi na objęcie ich tajemnicą przedsiębiorstwa (pismo z dnia 7 lipca 2020 r.). Zdaniem Izby, mając na uwadze powyższe działanie Odwołującego i Zamawiającego, wykonawca mógł i powinien skorzystać ze środków ochrony prawnej na wcześniejszym etapie postępowania tj. od dnia 15 maja bądź 7 lipca 2020 r. bowiem w tym dniu powziął informacje o czynnościach Zamawiającego dotyczących braku ujawnienia żądanych dokumentów z powodu uznania ich za informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa i daty te stanowiły początek biegu 10 – dniowego terminu na zaskarżenie decyzji Zamawiającego. Na obecnym etapie postępowania, zarzut uznać należy za spóźniony.

Mając na uwadze powyższe, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018, poz. 972 z zm.).

**Przewodniczący:** .....