

Sygn. akt: KIO 184/20

WYROK
z dnia 14 lutego 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska-Romek

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 lutego 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 stycznia 2020 r. przez **Poleko Budownictwo Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku** w postępowaniu prowadzonym przez **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie**,

przy udziale:

- A. wykonawcy **TORHAMER Sp. z o.o. Sp.k z siedzibą w Gdyni** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,
- B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **J. G. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą J. G. PBW INŻYNIERIA oraz Probudowa.com Sp. z o. o., z siedzibą we Wrocławiu** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. **uwzględnić odwołanie** w zakresie zarzutów dotyczących wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: J. G. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą J. G. PBW INŻYNIERIA oraz Probudowa.com Sp. z o. o. i nakazuje dokonanie badania i oceny wyjaśnień z dnia 10 lutego 2020r. złożonych przez tego wykonawcę.
2. **umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu z pkt VIII odwołania dotyczącego wyboru oferty po upływie terminu związania oraz ważności wadium**,
3. **w pozostałym zakresie zarzuty odwołania oddala.**

4. kosztami postępowania obciąża **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie**, i:
- 4.1. 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: J. G. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą J. G. PBW INŻYNIERIA oraz Probudowa.com Sp. z o. o., z siedzibą we Wrocławiu tytułem wpisu od odwołania.
- 4.2. zasądza od **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: J. G. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą J. G. PBW INŻYNIERIA oraz Probudowa.com Sp. z o. o., z siedzibą we Wrocławiu **kwotę 24 516 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia cztery tysiące pięćset szesnaście złotych zero groszy) uiszczoną tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika i kosztów dojazdu, zgodnie ze złożonymi do akt sprawy fakturami.

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) 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

Zamawiający - PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych na terenie IŻ Bydgoszcz - etap II w ramach zadania inwestycyjnego pn. Prace na linii kolejowej C-E 65 na odcinku Zduńska wola Karsznice- Bydgoszcz- Tczew. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod poz. 2019/ S 145- 358301.

W dniu 29.01.2020r. Odwołujący - Poleko Budownictwo sp. z o.o. - wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od czynności Zamawiającego w postaci wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: J. G., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą J. G. PBW INŻYNIERIA oraz Probudowa.com Sp. z o. o. (dalej PBW). Odwołujący wskazał na następujące naruszenia:

- I. art. 91 ust. 1, 91b ust. 1 PZP w zw. z art. 90 ust, 1-3 PZP i art. 89 ust. 1 pkt 4 PZP poprzez dokonanie wyboru oferty wykonawcy PBW pomimo, że oferta ta podlegała odrzuceniu, jako że wykonawca ten nie uczynił zadość wezwaniu Zamawiającego do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny oferty, gdyż złożone wyjaśnienia są ogólnikowe, nie odpowiadają na wezwanie Zamawiającego oraz nie zawierają dowodów pozwalających na uznanie, że cena oferty nie jest ceną rażąco niską;
- II. art. 91 ust. 1, 91b ust. 1 PZP w zw. z art. 90 ust, 1-3 PZP i art. 89 ust. 1 pkt 4 PZP poprzez dokonanie wyboru oferty wykonawcy PBW pomimo, że oferta ta podlegała odrzuceniu, gdyż ze złożonych przez PBW wyjaśnień wynika, że cena oferty tego wykonawcy jest ceną rażąco niską;
- III. art. 91 ust. 1, 91b ust. 1 PZP w zw. z art. 90 ust, 1-3 PZP i art. 89 ust. 1 pkt 4 PZP poprzez dokonanie jako najkorzystniejszej wyboru oferty wykonawcy PBW pomimo, że oferta ta podlegała odrzuceniu, gdyż wykonawca PBW pomimo dokonania zmiany podmiotu udostępniającego zasoby z firmy Probudowa A. D. na firmę Trakcja PRKiL S.A., nie złożył wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny oferty i nie załączył oferty podwykonawczej tego podmiotu, pomimo, że uprzednio złożone wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny opierały się w istotnej części na ofercie podwykonawczej poprzedniego podmiotu udostępniającego zasoby, zatem po zmianie tego podmiotu na inny (tj. Trakcja PRKiL S.A.) i zaniechaniu przez wykonawcę PBW wykazania nie istnienia przesłanek odrzucenia oferty z powodu rażąco niskiej ceny, Zamawiający winien uznać, że wykonawca PBW nie złożył wyjaśnień i dowodów i odrzucić ofertę PBW;

- IV. art. 91 ust. 1, 91b ust. 1 PZP w zw. z art. 90 ust. 1-3 PZP i art. 89 ust. 1 pkt 4 PZP poprzez dokonanie jako najkorzystniejszej wyboru oferty wykonawcy PBW pomimo, że wykonawca ten nie wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, przy uwzględnieniu okoliczności, że Zamawiający nie był uprawniony do dokonywania drugiego lub trzeciego wezwania tego wykonawcy do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, zatem te wyjaśnienia wykonawcy PBW należy pominąć;
- V. art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP poprzez dokonanie jako najkorzystniejszej wyboru oferty wykonawcy PBW pomimo, że oferta ta podlegała odrzuceniu z uwagi na niezgodność jej treści ze Specyfikacją istotnych Warunków Zamówienia, albowiem wykonawca nie objął ofertą wszystkich wymaganych przez Zamawiającego elementów;
- VI. art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP w zw. z art. 91b ust. 1 PZP poprzez dokonanie jako najkorzystniejszej wyboru oferty wykonawcy PBW, pomimo, że oferta ta podlegała odrzuceniu z uwagi na niezgodność jej treści ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, albowiem wykonawca zastrzegł jako sposób realizacji zamówienia osobiste wykonanie zamówienia, mimo, że powołał się na zasoby podmiotów trzecich jako podwykonawców;
- VII. art. 22 ust. 1 pkt 2 PZP, art. 22a ust. 1 i 2 PZP w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 PZP poprzez dokonanie jako najkorzystniejszej wyboru oferty wykonawcy PBW mimo, że wykonawca ten podlegał wykluczeniu z postępowania, a oferta odrzuceniu, wobec niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu względnie niewykazania, że zasoby podmiotów trzecich na które powołuje się w celu wykazania warunków zostaną mu realnie udostępnione w sytuacji, gdy zgodnie z treścią złożonej oferty, nie dopuścił podwykonawstwa
- a w razie uznania w/w zarzutów za niezasadne,
- VIII. art. 93 ust. 1 pkt 7 PZP w zw. z art. 7 ust. 1 PZP poprzez dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty już po upływie terminu związania ofertą oraz ważności wadium, zatem Zamawiający winien unieważnić postępowanie o udzielenie przedmiotowego zamówienia postępowania, gdyż nie może dokonać wyboru najkorzystniejszej oferty w sytuacji, w której wykonawca PBW nie jest już związany ofertą, która pozostaje zabezpieczona wadium;

Wskazując na powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności oceny ofert i wyboru jako najkorzystniejszej oferty konsorcjum PBW Inżyniera J. G. (Lider Konsorcjum) oraz Probudowa.com Sp. z o.o. (Partner Konsorcjum),

2. powtórzenia czynności oceny oferty, odrzucenia oferty wykonawcy PBW oraz wykluczenia tego wykonawcy z udziału w postępowaniu oraz nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności oceny ofert z udziałem oferty Odwołującego;

alternatywnie wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia postępowania.

Odwołujący wniósł o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów zastępstwa procesowego przed Izbą oraz dojazdu na rozprawę wg rachunków.

W ocenie Odwołującego wyjaśnienia złożone przez wykonawcę PBW z dnia 20.09.2019r. w zakresie rażąco niskiej ceny nie są kompletne, zupełne i nie stanowią odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego oraz nie potwierdzają, że cena oferty nie jest rażąco niska. Zamawiający wezwał ponownie tego wykonawcę w dniu 11.10.2019r. do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, co zdaniem Odwołującego narusza zasadę jednokrotnego wzywania do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, powodując naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp i naruszenie zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Po raz trzeci Zamawiający wezwał wykonawcę PBW do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny po przeprowadzeniu w dniu 8.11.2019r. aukcji elektronicznej (wykonawca przedstawił wyjaśnienia pismem z dnia 21.11.2019r.). Odwołujący wskazał, że w toku prowadzenia aukcji PBW zeszło z ceny do kwoty 9 709 165,50zł. Biorąc pod uwagę fakt, że w pierwszych wyjaśnieniach przy poziomie oferty 12 mln PBW deklarowało zysk na poziomie 8%, to obniżając następnie znacząco wartość swojej oferty zaproponowało ostatecznie ofertę poniżej ekonomicznej opłacalności, nie wyjaśniając logicznie i racjonalnie przyczyn tak znaczącej obniżki (np. zmiany technologii, uzyskanie tańszej oferty materiałowej itp.). Wykonawca w piśmie z dnia 21 listopada 2019 przedstawił jedynie ogólniki, powołując się na poprzednio złożone wyjaśnienia i twierdząc, że obecnie dokonał dokładniejszej analizy zakresu robót, co pozwoliło mu na rezygnację z 15% rezerwy oraz zmniejszenie 8% zysku.

Odwołujący wskazał, że jego oferta o zbliżonej wartości cenowej opracowana została w oparciu o innowacyjną technologię robót nie wymagającą dokonywania rozbiórki torowiska, co daje ponad 3 min oszczędności w stosunku do technologii tradycyjnej, w której roboty wykonuje wykonawca PBW. Podniósł, że wyjaśnienia wykonawcy PBW nie czynią zadość obowiązkowi zawartemu wprost w wezwaniu Zamawiającego do wskazania kosztów utrzymania biura, stawek miesięcznych personelu, innych pozostałych kosztów, w tym finansowych, ubezpieczeniowych, komunikacji i amortyzacji czy kosztów pośrednich, kosztów bezpośrednich materiału, kosztów bezpośrednich pracy maszyn i sprzętu budowlanego, jak również złożenia dowodów, których zupełnie brak. Dowód w postaci oferty podwykonawczej podmiotu pierwotnie udostępniającego zasoby jest nieprzydatny, gdyż

wykonawca PBW zmienił ten podmiot na Trakcję PRKiL S.A., nie załączając oferty tego podmiotu.

Odwołujący wskazał, że wykonawca PBW w wyjaśnieniu kalkulacji ceny przyjął wszystkie czynniki za wyjątkiem:

1. instalacji SSP (PFU pkt. 3.6.4 tabela 1). Zakres ten ponadto jest doprecyzowany w pytaniach i odpowiedziach (odpowieź 21);
2. skrzyżowania w poziomie szyn (bo zamawiający w tym zakresie opisuje konieczność wykonania takich instalacji). Wartość prac zabudowa systemu SSP i TVu jest bardzo droga i wynosi nie mniej jak 948 000 PLN netto tj. 1.166.040 PLN brutto (według najtańszej złożonej nam oferty firm specjalizujących się w tych instalacjach); Bezspornie zakres ten został pominięty przy wycenie przez Wykonawcę (same materiały to rząd ok 500-600 tysięcy PLN); zakresu tego nie ujęto również w pozycji urządzenia SRK o czym poniżej.
3. montażu oświetlenia, montaż systemu telewizji użytkowej z rejestracją, zabudowa systemu co jest też wymogiem pkt. 3.6.4 tabela 1 PFU. Stan ten podkreśla również odpowiedź na pytanie nr 13 w którym zamawiający jasno określa iż „zamawiający wymaga nowego oświetlenia przejazdu typu LED” dodatkowo odpowiedź na pytanie nr 19 określa „zamawiający wymaga zabudowy nowych słupów kompozytowych, mających dopuszczenie stosowania w PKP PLK” - dotyczy to oświetlenia przejazdu.
4. zakresu dotyczącego odwodnienia – oczyszczenia, umocnienia, wybudowania rowów – dział 3.6.2.2 PFU
5. urządzeń SRK - wykonawca założył jedynie demontaż urządzeń oraz ponowny montaż starych urządzeń za cenę łączną 40.000 zł PLN brutto. Zakres ten jest niewystarczający gdyż PFU określa jasno w pkt 3.6.5 iż należy dodatkowo „zabudować na przejeździe kolejowo-drogowym w km 418,577 urządzenia samoczynnej sygnalizacji przejazdowej dla kat. B z ich uruchomieniem i przekazaniem do eksploatacji przed przystąpieniem do robót torowych i podtorzowych, demontaż urządzeń istniejących”. Wykonawca z tego zakresu przyjął tylko demontaż urządzeń istniejących.
6. podbicia stabilizacyjnego na całej długości łuku, zgodnie z odpowiedzią na pyt. nr 6, w wyjaśnieniu PBW nie istnieje taka pozycja w ramach zakresu „skrzyżowania w poziomie szyn”, w pozostałych zakresach robót wykonawca każdorazowo wyodrębnił ten zakres natomiast w tej pozycji jest on pominięty.
7. usunięcia drzew i krzewów, drogi dojazdowe itp. – PFU pkt 3.6 oraz 3.6.7.3 oraz kolizja sieci zewnętrznych – pkt 3.6.8 PFU.

Odwołujący wskazał także, że wątpliwości w zakresie złożonych wyjaśnień wzbudza także przedłożona oferta podwykonawcy. Jest to o tyle niewiarygodne, że np. na pozycję pod nazwą odtworzenie nawierzchni na wykazanie, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny (RNC), PBW przedłożyło ofertę Probudowa A. D. (podmiot powiązany na kwotę 150.000 PLN netto (184.500 PLN brutto) ze wskazaniem, że jest to częściowe odtworzenie (nie wskazano jakiej części tych prac oferta dotyczy). Sugeruje to, że pozostała część robót odtworzeniowych będzie wykonywana w siłach własnych. Z sumowania tej pozycji w RCO wynika jednak, że oferta PBW na odtworzenie nawierzchni na całość robót została wyceniona na kwotę 143.00 netto (170.000 brutto), a więc wycena robót jest niższa od oferty Podwykonawcy (PBW nie doszacowało tej pozycji). Zachodzi oczywiste pytanie, gdzie znajduje się wycena pozostałej części odtworzenia, której nie będzie realizował podwykonawca? W ofercie podwykonawcy nawet nie określono jakiej nawierzchni dotyczy wycena czy kolejowej czy drogowej i w jakiej części odtworzenie obejmuje oferta cenowa.

Wskazując na zarzut zaniechania odrzucenia oferty jako niezgodnej z treścią SIWZ Odwołujący podniósł, że wykonawca zaniechał wyceny istotnych elementów projektowania i robót wymaganych przez Zamawiającego, co świadczy o tym, że nie objął treścią oferty całego zakresu przedmiotu zamówienia.

Stosownie do treści formularzy JEDZ obu członków konsorcjum PBW, wykonawca nie zamierza skorzystać z usług podwykonawców w przedmiotowym postępowaniu. Oświadczenie o osobistym sposobie wykonania zamówienia stanowi treść oferty, nie zostało skorygowane przez PBW jak i Zamawiającego. Skoro wykonawca PBW oświadczył, że wykona zamówienie osobiście, to nie może powoływać się na zasoby podmiotów trzecich dla wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, gdyż powoływanie się na te zasoby mogłoby mieć miejsce wyłącznie, gdyby podmioty te były podwykonawcami. Tymczasem jednoznaczne twierdzenie o wykonaniu przedmiotu zamówienia przy pomocy zasobów własnych wyklucza podwykonawców; zatem wykonawca PBW zobowiązany był wykazać spełnianie warunków udziału w postępowaniu przy pomocy doświadczenia własnego. Taka okoliczność bezspornie nie ma miejsca. Okoliczność ta wypełnia przesłankę odrzucenia oferty niezależnie od zarzutu niewykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu. Wykonawca PBW wykazując spełnienie warunków przez zasoby podmiotów trzecich, w istocie nie wykazał spełniania warunków. Powoływanie się na zasoby podmiotów trzecich nie mogących uczestniczyć w realizacji zamówienia jest nieskuteczne, względnie nie następuje realne udostępnienie zasobu (bo nastąpić nie może-wykonawca PBW wykonuje bowiem, zgodnie z treścią swojej oferty, zamówienie zasobami własnymi).

W zakresie zarzutu dokonania wyboru oferty po upływie terminu związania ofertą oraz ważności wadium, Odwołujący podniósł, że z przedłożonych mu dokumentów wynika, że termin związania ofertą oraz termin ważności wadium upłynął 2 stycznia 2020r., Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej w dniu 24 stycznia 2020r., a zatem po terminie ważności wadium i związania ofertą, co winno skutkować unieważnieniem postępowania.

Zamawiający, pismem z dnia 10.02.2020r., w odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania i orzeczenie o kosztach postępowania. Oświadczył, że uwzględni odwołanie w części – to jest w zakresie zarzutów związanych z wyborem oferty PBW i wnioskiem o unieważnienie czynności oceny ofert i wyboru oferty oraz powtórzenia czynności oceny ofert. Poinformował, że w dniu 4.02.2020r. dokonał unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej dokonanej dnia 24.01.2020r., co prowadzi o powtórzenia czynności oceny ofert. Wskazał, że w wyniku złożonego odwołania stwierdził konieczność ponownego zbadania oferty, złożonej przez wykonawcę PBW, którą uznał za najkorzystniejszą. Zdaniem Zamawiającego wyjaśnienia wymaga kwestia czy cena zaoferowana przez PBW zawiera rażąco niską cenę oraz czy wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Zamawiający uznał zarzut III odwołania związany z niewłaściwą oceną wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny w zakresie:

1. zakresu zamówienia, który miał być pierwotnie realizowany przez podmiot trzeci, to jest firmę Probudowa A. D., która została zastąpiona przez firmę Trakcja PRKiL S.A. Nie zgodził się jednocześnie z poglądem, że wraz ze zmianą podmiotu trzeciego PBW było zobligowane do równoczesnego złożenia wyjaśnień z zakresu rażąco niskiej ceny, Zmiana podmiotu nastąpiła na wezwanie w trybie art. 26 ust.3 Pzp, dokumenty do których wykonawca był wezwany miały wykazać jedynie brak podstaw wykluczenia i potwierdzać spełnienie warunków udziału w postępowaniu.
2. ceny dla zakresu prac dla przejazdu w km 418,577 związanego z:
 - zabudową systemu SSP i TVu wraz z osprzętem,
 - zasileniem i montażem oświetlenia (zabudowa słupów kompozytowych i oświetlenia typu LED),
 - podbiciem stabilizacyjnym toru z zachowaniem istniejących parametrów (nie tylko na przejeździe ale na całej długości łuku.
3. ceny odwodnienia szlaku Terespol Pomorski – Laskowice Pomorskie (km od 417.900 do 418.110), zgodnie ze wskazanym szczegółowo w 3.6.2.2 PFU.

Zamawiający wskazał, że wobec uznania zarzutu rażąco niskiej bezprzedmiotowy jest także zarzut dotyczący niezgodności treści oferty PBW z SIWZ.

W pozostałym zakresie Zamawiający wniósł o oddalenie zarzutów.

Na podstawie dokumentacji akt sprawy oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestnika postępowania zaprezentowane w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 Pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp.

W toku posiedzenia przed Izbą ustalono, że Zamawiający w dniu 4 lutego 2020r. dokonał czynności unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej dokonanej dnia 24 stycznia 2020r., która była przedmiotem zaskarżenia we wniesionym odwołaniu. Zamawiający dokonał także dalszych czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego polegających na wezwaniu konsorcjum PBW Inżynieria do udzielenia dalszych wyjaśnień ceny oferty oraz spełniania warunków udziału w postępowaniu. Ustalono także, że w dniu 10 lutego 2020r. wykonawca złożył, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, wyjaśnienia, które do dnia rozprawy przed Izbą nie zostały zbadane i ocenione przez Zamawiającego.

Izba oceniła, że czynność Zamawiającego z dnia 4 lutego 2020r. polegająca na unieważnieniu wyboru oferty najkorzystniejszej i wezwaniu wykonawcy PBW do dalszych wyjaśnień rażąco niskiej ceny nie stanowi uwzględnienia tego zarzutu odwołania w rozumieniu art. 186 ust. 2 Pzp. Z uwzględnieniem odwołania w rozumieniu tego przepisu wiąże się bowiem konieczność wykonania czynności zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. W złożonym dnia 29.01.2020r. odwołaniu Odwołujący domagał się unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenia czynności oceny oferty i odrzucenia oferty wykonawcy PBW oraz wykluczenia tego wykonawcy z udziału w postępowaniu, względnie unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający, uznając zasadność zarzutu dotyczącego niewłaściwej oceny wyjaśnień rażąco niskiej ceny w ofercie PBW nie odrzucił oferty tego wykonawcy, ale zdecydował o wezwaniu wykonawcy do udzielenia kolejnych wyjaśnień, co powoduje, że nie można uznać iż spełniły się przesłanki z art. 186 ust. 2 Pzp.

Granice rozpoznania odwołania wyznaczają zarzuty zawarte w tym odwołaniu, a wydając orzeczenie Izba bierze za podstawę stan sprawy ustalony w toku postępowania odwoławczego (art. art. 192 ust. 7 Pzp oraz 191 ust. 2 Pzp). W tym stanie rzeczy, należy stwierdzić, że złożone w dniu 10 lutego 2020r. wyjaśnienia, jako czynność nowa w postępowaniu, do której doszło już po wniesieniu odwołania, nie jest objęta przedmiotem odwołania i może być przedmiotem merytorycznej oceny przez Izbę w tym postępowaniu odwoławczym.

Odnosząc się merytorycznie do zarzutów zawartych w odwołaniu z dnia 29 stycznia 2020r. Izba uznała, że zasługują one na częściowe uwzględnienie.

Zamawiający poinformował, że na realizację zamówienia przeznaczy kwotę 22 828 537, 75zł brutto. Złożenie ofert zostało wyznaczone na 4 września 2019r, zaś aukcja elektroniczna odbyła się dnia 8.11.2019r.

Izba ustaliła, że w postępowaniu złożono 4 oferty, w tym:

1. oferta Odwołującego z ceną 22 587 173,68zł (cena po aukcji 9 800 000zł),
2. oferta PBW z ceną 12 109 165,50zł. (cena po aukcji 9 709 165,50zł),
3. oferta Torhamer z ceną 18 782 100zł, (cena po aukcji 14 069 954zł)
4. oferta Dromosttor s.c. z ceną 14 596 362,21zł, (cena po aukcji 14 496 362,21zł)

W dniu 13.09.2019r., po złożeniu ofert, Zamawiający zwrócił się do wykonawców, w tym PBW w trybie art. 90 ust. 1a Pzp o wyjaśnienie w zakresie rażąco niskiej ceny, wzywając do wykazania adekwatności czynników cenotwórczych takich jak: kosztów personelu – stawki miesięczne, kosztów związanych z utrzymaniem biura (..), kosztów finansowych oraz wyceny: sporządzenia dokumentacji projektowej, wzmocnienia nasypu, robót branży SRK, wykonania przepustu, przebudowy przejazdu, robót branży energetycznej

W odpowiedzi, w dniu 20.09.2019r, wykonawca PBW przedstawił wyjaśnienia załączając do pisma szczegółową kalkulację, odnoszącą się do kluczowych dla przedmiotowego zadania czynników cenotwórczych - w formie Rozbicia Ceny Ofertowej. Przekazał także ofertę na realizację zamówienia od podwykonawcy oraz informację odnośnie przyjętej do wyceny koncepcji w zakresie geotechnicznym.

Zamawiający ponownie, w dniu 11.10.2019r. wezwał wykonawcę PBW do udzielenia wyjaśnień i uszczegółowienie wyliczenia ceny oferty w zakresie przedstawionej koncepcji wzmocnienia nasypu oraz wyjaśnienie na czym polega częściowe odtworzenie nawierzchni oraz częściowe wykonanie wzmocnienia nasypu kolejowego. W dniu 17.10.2019r., w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, wykonawca PBW oświadczył, że w swojej ofercie uwzględnił ryzyko oraz rezerwę 15% na wykonanie robót dodatkowych. W oparciu o PFU przyjął własną koncepcję wzmocnienia nasypu, która odpowiada celowi stawianemu

przez Zamawiającego. W piśmie wyjaśnił technologię przyjętej koncepcji wzmocnienia nasypu oraz załączył rozwinięte pozycje kosztorysowe ze wskazaniem ilości i jednostek. Wyjaśnił także, że firma Probudowa A. D. będzie uczestniczyła w zadaniu i wykona częściowe odtworzenie nawierzchni - ułożenie podkładu i montaż szyn oraz częściowe wykonanie wzmocnienia nasypu - wykonanie murów oporowych/oczepów pali, które są elementem wzmocnienia.

W dniu 15.11.2019r., po przeprowadzeniu aukcji elektronicznej, Zamawiający zwrócił się do PBW w trybie art. 90 ust. 1a Pzp o udzielenie wyjaśnień, wskazując, że z uwagi na obniżenie w toku aukcji ceny o 1 951 219,51 netto występuje obawa co do możliwości realizacji zamówienia zgodnie z wymaganiami SIWZ oraz przepisami prawa. Zamawiający wezwał do wykazania adekwatności czynników cenotwórczych takich jak: kosztów personelu - stawki miesięczne, kosztów związanych z utrzymaniem biura (..), kosztów finansowych oraz wyceny: sporządzenia dokumentacji projektowej, wzmocnienia nasypu, robót branży SRK, wykonania przepustu, przebudowy przejazdu, robót branży energetycznej.

W odpowiedzi z dnia 21.11.2019r. wykonawca PBW wskazał, że przed przystąpieniem do aukcji dokonał weryfikacji przyjętych założeń w zakresie rezerwy ilości robót i dokonał szczegółowych obliczeń, które wskazały, że rezerwa 15% może zostać w całości rozwiązana, a wygenerowane oszczędności mogą zostać przeznaczone na ewentualne obniżenie ceny w trakcie aukcji elektronicznej. Dodatkowo wykonawca dokonał weryfikacji przyjętych do ceny ofert podwykonawców przez przeprowadzenie z nimi negocjacji, które pozwoliły na wygenerowanie dodatkowych oszczędności na poziomie 8% wartości złożonej oferty. Załączył rozbić ceny ofertowej. Wskazał, że wyjaśnienia należy oceniać łącznie z wcześniejszymi wyjaśnieniami z dnia 20.09.2019r. i 17.10.2019r.

W zakresie zarzutu dotyczącego kilkukrotnego wezwania wykonawcy PBW do udzielenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny, stwierdzić należy, że Zamawiający nie naruszył art. 90 ust. 1a Pzp. Wyjaśnienia rażąco niskiej ceny z dnia 20.09.2019 r. oraz 17.10.2019r. odnosiły się do ceny ofert sprzed aukcji elektronicznej, a wyjaśnienie drugie z dnia 17.10.2019r. było jedynie uszczegółowieniem, doprecyzowaniem pierwotnie złożonych wyjaśnień. Pierwsze wezwanie miało charakter ogólny, a kolejne z dnia 11.10.2019r. dotyczyło innych niż w pierwotnym wezwaniu, wątpliwości, jakie powstały na skutek weryfikacji przez Zamawiającego ceny oferty. Wezwanie z dnia 21.11.2019r. należy ocenić jako wezwanie odrębne, bo odnoszące się do ceny oferty po aukcji elektronicznej. Do wystosowania tego wezwania Zamawiający był zobligowany w związku ze znacznym obniżeniem ceny oferty w toku aukcji elektronicznej.

Zdaniem Izby, w treści złożonych przez wykonawcę PBW wyjaśnień z dnia 21.11.2020r. oraz załączonego do nich rozbiecia ceny oferty (RCO) brak jest jednoznacznego wskazania istotnych kosztów związanych z zabudową systemu SSP i TVu wraz z osprzętem, zasilania i montażu oświetlenia, podbicia stabilizacyjnego toru nie tylko na przejeździe ale całej długości łuku, odwodnienia, kosztów związanych z zabudową SRK (zgodnie z wymaganiami PFU), usunięcia drzew i krzewów ora dotyczących dróg dojazdowych. Zauważyć jednak należy, że w formularzu RCO wyżej wymienione elementy nie były wprost ujęte. RCO ma charakter zagregowany, stąd nie zawiera szczegółowego rozbiecia ceny na poszczególne elementy cenotwórcze, dlatego też nie sposób jednoznacznie stwierdzić czy koszty te zostały ujęte w cenie oferty. Zgodzić się należy z Odwołującym, że są to elementy istotne cenowo i Zamawiający winien powziąć uzasadnione wątpliwości co do tego czy zostały one ujęte w cenie oferty na poziomie gwarantującym należyte wykonanie prac. Z tych względów, w ocenie Izby, istniała podstawa do ponownego wezwania wykonawcy w trybie art. 90 ust. 1a Pzp i dalszego wyjaśnienia elementów, wskazanych przez Odwołującego.

Z uwagi na to, że Zamawiający dokonał już unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz wezwania do złożenia dalszych wyjaśnień w zakresie kwestionowanym przez Odwołującego, Izba odstąpiła od nakazywania dokonania tych czynności i uwzględniając zarzuty odwołania nakazała jedynie ocenę i badanie wyjaśnień złożonych przez PBW dnia 10 lutego 2020r. W konsekwencji, w oparciu o złożone przez konsorcjum PBW dokumenty nie można także uznać jednoznacznie stwierdzić, że oferta jest niezgodna z treścią SIWZ, bowiem wykonawca nie objął jej zakresem wszystkich wymaganych elementów zamówienia. Kwestia ujęcia w ofercie elementów wskazywanych w odwołaniu przez Odwołującego winna być przedmiotem dodatkowej weryfikacji w toku oceny złożonych wyjaśnień z dnia 10 lutego 2020r. W toku tej oceny Zamawiający winien zbadać także dopuszczalność zmiany technologii, która była wskazywana przez Przystępującego w toku rozprawy przez Izba, jako element wpływający na obniżenie ceny oferty. Z uwagi na to, że informacja o zmianie technologii była zawarta w wyjaśnieniach z dnia 10 lutego 2020r., złożonych już po wniesieniu odwołania, Izba w tym postępowaniu odwoławczym, mając na uwadze granice rozpoznania odwołania, nie może odnieść się merytorycznie do argumentacji podniesionej przez strony w zakresie dopuszczalności zmiany technologii wykonania zamówienia jako czynnika wpływającego na obniżenie ceny oferty.

Wątpliwości z punktu widzenia rzetelności kalkulacji ceny oferty oraz zakresu powierzonego podwykonawcy budzi także zmiana podmiotu podwykonawcy, do której doszło już po złożeniu wyjaśnień z dnia 21.11.2019r. Kwestia ta winna być przedmiotem dalszych wyjaśnień z wykonawcą PBW. Niezasadnym jest natomiast stanowisko Odwołującego, że

skoro wykonawca PBW oświadczył, że wykona zamówienie osobiście, to nie może powoływać się za zasoby podmiotów trzecich dla wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. Zarówno w pkt 11 formularza ofertowego jak i w sekcji C JEDZ wykonawca potwierdził, że wykazując spełnienie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 Pzp będzie polegać na zasobach podmiotów zarówno co do warunków dotyczących sytuacji ekonomicznej lub finansowej jak i zdolności technicznej lub zawodowej. Z kolei w Sekcja D JEDZ dotyczy wyłącznie informacji o podwykonawcach, na których zdolnościach wykonawca nie polega. Z treści zobowiązań podmiotów udostępniających swój potencjał PBW w celu wykazania warunków udziału w postępowaniu wynika, że podmioty te zamierzają brać udział w realizacji przedmiotowego zamówienia w charakterze podwykonawców, co jest zgodne z oświadczeniami zawartymi w ofercie.

Z uwagi na wycofanie zarzutu nr VIII dotyczącego wyboru oferty najkorzystniejszej po upływie terminu związania ofertą oraz ważności wadium, Izba umorzyła postępowania odwoławcze w tym zakresie.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 1, § 3 i § 5 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2018, poz. 972).

Przewodniczący: