

WYROK
z dnia 27 lipca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Mateusz Zientak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 lipca 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 lipca 2017 r. przez wykonawcę **S. S.A. z W.** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z W.**,

przy udziale wykonawcy **Z. S.A. z K.**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

- 1. oddala odwołanie,**
- 2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę S. S.A. z W. i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **S. S.A. z W.** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawcy **S. S.A. z W.** na rzecz zamawiającego: **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z W.** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawie.**

.....

Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z W. (dalej „zamawiający”) na „Zaprojektowanie i wykonanie robót dla zadania pn. Prace na linii kolejowej nr 25 na odcinku S. K. – S.” (nr postępowania: (...)) wykonawca S. S.A. W.(dalej „odwołujący”) wniósł odwołanie wobec czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, zarzucając zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.) [dalej „ustawa Pzp”]:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 82 ust. 3, poprzez zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców: Z. S.A., (dalej „Z. S.A.”), T. P. S.A. (dalej „T. S.A.”, konsorcjum firm: N. S.A. C.Y P. B. S.A., B. Przystępujący sp. z o.o. (dalej „N. S.A.”), pomimo że treść złożonych przez nich ofert nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”) w zakresie prac do wykonania w części dotyczącej robót srk na stacji O. C., co skutkuje również złożeniem ofert zawierających rażąco niskie istotne części składowe ceny,
2. art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 w zw. z art. 90 ust. 1-3, poprzez zaniechanie przez zamawiającego wezwania wykonawców Z. S.A., , Trakcja S.A., N. S.A. do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny oraz zaniechania odrzucenia ofert złożonych przez ww. wykonawców jako zawierających rażąco niską cenę do całości w stosunku do przedmiotu zamówienia, a ponadto stanowiących czyn nieuczciwej konkurencji – zarzut ewentualny, postawiony na wypadek nieuwzględnienia zarzutu nr 1,
3. art. 7 ust. 1 i 3, poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,
4. art. 91 ust. 1, poprzez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący zażądał nakazania zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej z 5 lipca 2017 r.,
2. dokonania powtórnej oceny ofert,
3. wezwania do wyjaśnień Z. S.A., , T. S.A., N. S.A. w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny,
4. odrzucenia ofert wykonawców: Z. S.A., , T. S.A., N. S.A. jako ofert zawierających rażąco niską cenę,
5. wybór jako najkorzystniejszej oferty odwołującego.

Odwołujący podał, że w postępowaniu złożono 7 ofert:

1. Z. S.A., z ceną całkowitą 460 016 049,01 zł,
2. T.S.A. z ceną całkowitą 465 931 190,56 zł,
3. N. S.A. z ceną całkowitą 472 010 353,76 zł,
4. odwołujący z ceną całkowitą 502 438 293,55 zł,
5. konsorcjum: T. T. C. Sp. z o.o., „I. T.” sp. z o.o., P. B. I. i K. Sp. z o.o. z ceną całkowitą 536 146 668,38 zł,
6. T.S.A. z ceną całkowitą 526 983 929,84 zł,
7. konsorcjum: S. sp. z o.o., R.a.s. (poprzednio V. D. a.s.) z ceną całkowitą 518 889 290,54 zł, z których zamawiający odrzucił oferty z pozycji 5 (na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 7a ustawy Pzp) oraz z pozycji z 7 (na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp).

Odwołujący podał także, że on i wykonawcy: Z. S.A., , T. S.A., N. S.A. wskazali następujące ryczałtowe składowe ceny ofert w pozycji nr. 6.13 Rozbicia Cenowego Oferty (zwanego dalej RCO) – Budowa urządzeń SRK na st. O. C. (km 205, 300-207, 151):

- odwołujący – 11 704 856,93 zł netto,
- Z. S.A., – 520 828,87 zł netto,
- T. S.A. – 1 610 300,00 zł netto,
- N. S.A. – 1 625 650,00 zł netto.

W odniesieniu do zarzutu niezgodności ofert z SIWZ odwołujący wskazał, że zgodnie z pkt. 13.3 SIWZ zamawiający wymaga, aby cena ofertowa uwzględniała wszystkie wymagania oraz czynności i badania składające się na ich wykonanie, określone w Programie Funkcjonalno-Użytkowym, w tym roboty tymczasowe i prace towarzyszące konieczne dla wykonania tych robót.

Uzupełnił, że zamawiający, w odpowiedzi na pytania wykonawców o wyjaśnienie treści SIWZ z dnia 9 marca 2017 r. oraz zmianie nr 7 treści SIWZ, znacząco rozszerzył zakres prac do wykonania w części dotyczącej robót srk na stacji O. C., tj. o nowe urządzenia srk takie jak: stacyjne usrk, system licznika osi, dostawa napędów w ilości 16 szt.

Dodał, że zmiana ta wiąże się z nałożeniem na wykonawcę obowiązku budowy i wymiany urządzeń srk i stanowi istotną część składową ceny z uwagi na to, że dotyczy drogich urządzeń o wysokim stopniu skomplikowania, istotnych pod względem właściwego funkcjonowania przedmiotu zamówienia.

Odwołujący podniósł, że wykonawcy: Z. S.A., T. S.A., N. S.A. (dalej „wykonawcy”) złożyli oferty z pominięciem wskazanych prac.

Stwierdził, że ceny ofert wykonawców, co – wedle odwołującego – wynika z przedstawionego poniżej zestawienia cen, nie obejmują nowych urządzeń srk w ramach

przebudowy stacji O. C. takich jak:

- stacyjne usrk – cena w ofercie odwołującego z uwzględnieniem narzutów to 8 154 489 zł,
- system licznika osi – cena w ofercie odwołującego z uwzględnieniem narzutów to 1 177 975 zł,
- dostawa napędów – cena w ofercie odwołującego z uwzględnieniem narzutów to 747 365 zł,

których szacunkowa, łączna wartość rynkowa – podał odwołujący – kilkakrotnie przewyższa zaoferowane przez wykonawców ceny w pozycji nr 6.13 RCO.

Stanął na stanowisku, że niezgodność złożonych przez wykonawców ofert z SIWZ wynika z wskazanych cen z pozycji nr 6.13 RCO, które są kilkakrotnie niższe niż cena wskazana przez odwołującego.

Zdaniem odwołującego tak diametralna różnica w zakresie pozycji nr 6.13 RCO świadczy o tym, iż wykonawcy przeoczyli zmiany nr 7 SIWZ i nie zaoferowali wymaganych przez zamawiającego urządzeń.

Oświadczył, że jako podmiot o dużym doświadczeniu i wysokim profesjonalizmie w wykonywaniu prac na liniach kolejowych, uwzględnił cały zakres przewidzianych robót, uwzględniając realia postępowania i dokonał rzetelnej analizy kosztów. Uzpełnił, że uzyskał informacje od swoich kontrahentów dotyczące wyceny powyższych prac, z których wynika, że wynagrodzenie za roboty na stacji O. C., z uwzględnieniem zmian nr 7 treści SIWZ, kilkakrotnie przewyższają kwoty podane przez wykonawców.

Zdaniem odwołującego o złożeniu przez wykonawców ofert niezgodnych z SIWZ świadczy również fakt, iż wskazane przez nich ceny z pozycji nr 6.13 RCO odpowiadają cenie rynkowej prac przewidzianych przed 7 zmianą SIWZ, kiedy to prace miały mieć mniejszy zakres.

Odwołujący podsumował, że powyższe rozbieżności pomiędzy treścią ofert wykonawców a wymaganiami przewidzianymi w ostatecznej wersji SIWZ oznaczają, że wykonawcy zaoferowali wykonanie prac w mniejszym zakresie niż wymagają tego zapisy SIWZ.

W zakresie zarzutu rażąco niskiej ceny odwołujący wskazał, że z zamawiający przewidział wynagrodzenie ryczałtowe i wymagał, aby:

- pkt. 13.1 SIWZ podana w ofercie cena ofertowa brutto musi uwzględniać wszystkie wymagania SIWZ oraz obejmować wszystkie koszty bezpośrednio i pośrednio, jakie poniesie wykonawca z tytułu terminowego i prawidłowego wykonania całości przedmiotu zamówienia oraz podatek od towarów i usług (nie dotyczy wykonawców zagranicznych, którzy nie są płatnikami podatku VAT w P.),
- pkt. 13.3 SIWZ cena ofertowa musi uwzględniać wszystkie wymagania oraz czynności

i badania składające się na ich wykonanie, określone w Programie Funkcjonalno-Użytkowym, w tym roboty tymczasowe i prace towarzyszące konieczne dla wykonania tych robót,

- pkt. 13.4 SIWZ wykonawca musi dostarczyć wypełnione Rozbicie ceny ofertowej. 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. Pozycje niewypełnione będą uznane za włączone do innych pozycji wypełnionego Rozbicia ceny ofertowej.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z pkt. 20.7 SIWZ kryterium oceny ofert są:

- Całkowita cena brutto – waga: 60%,
- Doświadczenie Personelu – waga 10%,
- Dostępność linii kolejowej (czas zamknięć torowych) – waga 30%.

Ponownie podał, że zamawiający rozszerzył zakres prac do wykonania w części dotyczącej robót srk na stacji Ożarów Cementowania.

Podniósł, że wysokość zaoferowanych przez wykonawców: Z. S.A., T. S.A., N. S.A. składowych cen oferty wskazuje na konieczność zastosowania przez zamawiającego normy wynikającej z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, z uwagi na to, że część składowa ceny w pozycji nr 6.13 RCO jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego.

Wskazał, że ceny wykonawców są ponad 7 krotnie niższe od składowej ceny w pozycji nr 6.13 RCO wskazanej przez odwołującego. Stwierdził, że ceny ofertowe tych wykonawców w ww. części składowej ceny jest niewiarygodna, co wynika z szerokiego zakresu prac związanych z wymianą i budową nowych urządzeń srk, których wartość rynkowa jest kilkakrotnie wyższa od ceny zaoferowanej w tym zakresie przez wykonawców.

Stwierdził także, że ceny ofert wykonawców, co wynika z przedstawionego już zestawienia cen, nie została skalkulowana z uwzględnieniem urządzeń srk w ramach przebudowy stacji O. C..

Zaznaczył, iż ceny z pozycji nr 6.13 RCO stanowią istotną część składową ceny w rozumieniu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

W ocenie odwołującego istotnymi częściami składowymi ceny w rozumieniu art. 90 ust. 1 Pzp są m. in. cena jednostkowa lub ceny jednostkowe podane przez wykonawcę w złożonej ofercie, w przypadku, gdy opis sposobu obliczenia ceny oparto na cenach jednostkowych, a udział danej ceny jednostkowej lub określonych cen jednostkowych w kalkulacji ceny będzie znaczący (mogący mieć istotny wpływ na wielkość oferowanej

ceny). Nadto, jeżeli mamy do czynienia z wynagrodzeniem ryczałtowym, jako istotną część ceny należy uznać taką, która stanowi wycenę znaczącej części przedmiotu zamówienia zarówno pod względem ilościowym, jak też i jakościowym.

Podniósł, że w niniejszym postępowaniu wykonawcy mieli obowiązek wskazania szczegółowej kalkulacji cen oferty i na podstawie cen jednostkowych za poszczególne prace ustalić cenę całkowitą zamówienia.

Stwierdził, że cena za prace związane z budową i wymianą urządzeń srk stanowi istotną część składową ceny, które z uwagi na to, że dotyczy urządzeń o wysokim stopniu skomplikowania, istotnych pod względem właściwego funkcjonowania przedmiotu zamówienia oraz znacznej wartości, stanowią istotną część ostatecznego wynagrodzenia.

Uznał, że zamawiający – jako gospodarz podstępowania – powinien podczas badania i oceny ofert zauważyć okoliczność kilkukrotnej różnicy w składowej cenie oraz przedsięwziąć wątpliwości co do realności zaoferowanych cen oraz możliwości wykonania przedmiotu zamówienia, w szczególności zamawiający nie mógł potraktować powyższej nierzetelności jako przypadku określonego w trzecim zdaniu pkt. 13.4 SIWZ, który mówi jedynie, że pozycje niewypełnione będą uznane za włączone do innych pozycji wypełnionego RCO, ponieważ wykonawcy wypełnili pozycję nr 6.13 RCO i zaoferowali wykonanie wszystkich prac mieszczących się w tej pozycji za konkretną kwotę.

Zdaniem odwołującego skutkuje to tym, że zamawiający nie jest uprawniony przyjąć automatycznie, wyłącznie na podstawie kryterium arytmetycznego, czy zaoferowane ceny są cenami rażąco niskimi, ale powinien ocenić, czy zaoferowane przez wykonawców ceny są wiarygodne na podstawie złożonych wyjaśnień, gdyż rażąco niska część składowa ceny z pozycji nr 6.13 RCO daje podstawy do wszczęcia takiej procedury wyjaśniającej.

Odwołujący uznał, że wyceny wynagrodzenia wykonawców są nierzetelne, gdyż nie uwzględniają wszystkich prac wymaganych przez SIWZ, wobec czego istnieje duże ryzyko, że wykonawca nie będzie mógł wykonać zamówienia za zaoferowaną cenę.

Skoro zaś – wywodził odwołujący – celem wezwania do wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp jest ustalenie, czy wykonawca będzie mógł wykonać zamówienie za wskazaną w ofercie cenę i czy wybranie jego oferty nie zagraża realizacji umowy, to w okolicznościach niniejszej sprawy obowiązkiem zamawiającego było wezwanie wykonawców do złożenia wyjaśnień w oparciu o art. 90 ust. 1 ustawy Pzp w zakresie cen z pozycji nr 6.13 RCO.

Powołał się na wyrok Izby z dnia 19 marca 2012 r. o sygn. akt KIO 460/12, zgodnie z którym *„Rażąco zaniżenie poszczególnych pozycji kosztorysowych może spowodować, że cena zaoferowana za całość przedmiotu zamówienia będzie ceną rażąco niską. Pojęcie "rażąco" jest pojęciem ocennym i każdorazowo musi być odnoszone do realiów konkretnego postępowania i aktualnej sytuacji na danym rynku. Wykazanie istnienia ceny rażąco niskiej wymaga posiadania wiedzy specjalnej z zakresu rentowności inwestycji rodzajowo*

i zakresowo podobnych na danym rynku.”

Ponownie stwierdził, że jako podmiot o dużym doświadczeniu i wysokim profesjonalizmie w wykonywaniu prac na liniach kolejowych, uwzględnił cały zakres przewidzianych robót, uwzględniając realia niniejszego postępowania i dokonał wnikliwej analizy kosztów; uzyskał informacje od swoich kontrahentów dotyczące wyceny powyższych prac, z których wynika, że wynagrodzenie za roboty na stacji O. C. z uwzględnieniem zmian nr 7 treści SIWZ kilkakrotnie przewyższają kwoty podane przez wykonawców.

Podsumował, że kilkakrotnie niższa cena w tej pozycji jest nierealna i w sytuacji gdyby zamawiający zwrócił się do wykonawców do udzielenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny w zakresie pozycji nr 6.13 RCO, to ww. wykonawcy nie byłoby w stanie potwierdzić, że ich oferty są rzetelnie przygotowane, a cena prawidłowo oszacowana – koszt samych urządzeń srk na stacji O. C. to ponad 6 milionów złotych.

Zdaniem odwołującego niedoszacowanie wielkości ceny nie można skompensować cenami za inne elementy świadczenia, gdyż pozostałe pozycje cenowe wskazane w RCO przez wykonawców wyczerpują wartość ich prac i nie mogą skompensować różnicy rzędu 10 milionów złotych z jednej pozycji RCO a wykonawcy nie będą w stanie wykonać zamówienia bez strat i finansowania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne.

W odniesieniu do zarzutu czynu nieuczciwej konkurencji oraz naruszenia zasady równego traktowania odwołujący wskazał, że istnienie w systemie prawnym (w art. 89 ustawy Pzp) dwóch odrębnych przesłanek odrzucenia oferty (czyn nieuczciwej konkurencji w ust. 1 pkt. 3 oraz ceny rażąco niskiej w ust. 1 pkt 4) powoduje, iż zamawiający ma obowiązek rozpatrywać okoliczności dotyczące wiarygodności ceny oferty przez pryzmat obu przepisów i nie może abstrahować od przesłanki art. 89 ust. 1 pkt. 3) realizując wyłącznie obowiązki wynikające z przepisów o cenie rażąco niskiej.

Wskazał również, że art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp zobowiązuje Zamawiającego do odrzucenia oferty jeśli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. nr 153, poz. 1503 ze zm., dalej „znku”).

Stwierdził, że w kontekście wysokości oferowanej ceny czynem stanowiącym podstawę odrzucenia może być także zaniżenie ceny rozumiane jako sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów wytworzenia w celu eliminacji innych przedsiębiorców.

Podniósł, że ocena, czy doszło do czynu nieuczciwej konkurencji polega na porównaniu kosztów ponoszonych przez wykonawcę do ceny jego oferty – tylko cena wyższa lub równa kosztom wytworzenia (zakupu) nie będzie stanowić czynu nieuczciwej

konkurencji.

Uznał, że wykonawcy zaoferowali wykonanie prac z zakresu budowy urządzeń srk na stacji O. C. w cenie, która nie uwzględnia obligatoryjnych kosztów specjalistycznego sprzętu.

Stanął na stanowisku, że dzięki oszacowaniu ceny poniżej kosztów realizacji, wykonawcy uzyskali nieuczciwie przewagę w ramach cenowego kryterium oceny ofert o najwyższej wadze 60 %, czego odwołujący nie był w stanie zrekompenzować w ramach pozostałych kryteriów oceny ofert.

Podsumował, że zaakceptowanie powyższego proceduru przez zamawiającego w sposób sprzeczny z przepisami Pzp faworyzuje wykonawców, którzy ewidentnie nie uwzględnili w swoich szacunkach rozszerzonego przedmiotu zamówienia w zakresie pozycji nr 6.13 RCO, tym samym pozbawiając odwołującego szans na uzyskanie zamówienia, który rzetelnie zgodnie z pkt. 13.1 SIWZ w zaoferowanej cenie uwzględnił wszystkie wymagania SIWZ oraz objął wszystkie koszty bezpośrednie i pośrednie, jakie poniesie z tytułu terminowego i prawidłowego wykonania całości przedmiotu zamówienia oraz podatek od towarów i usług.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przekazanej Izbie przez zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem przy piśmie z dnia 21 lipca 2017 r., a także na rozprawie (Tom III i IV SIWZ), Odpowiedzi zamawiającego na odwołanie (pismo z dnia 26 lipca 2017 r.), Pisma procesowe przystępującego (pismo z dnia 26 lipca 2017 r.), złożonych na rozprawie przez odwołującego: Informacji cenowych E.-PKP sp. z o.o. z Ł. z dnia 15 lutego 2017 r. i z dnia 28 marca 2017 r., oferty K. Z. A. S.A. z K. z dnia 28 marca 2017 r. oraz przez przystępującego: ofert z 20 i 23 marca 2017 r., a także stanowisk stron i przystępującego zaprezentowanych w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, skierował odwołanie do rozpoznania na rozprawę.

Skład orzekający Izby ustalił także, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Nieprawidłowe dokonanie czynności badania i oceny ofert trzech wykonawców sklasyfikowanych przed ofertą odwołującego, tj. bezpodstawne zaniechanie odrzucenia tych ofert oznacza, że stwierdzenie naruszenia w tym zakresie

przepisów ustawy Pzp dawałoby odwołującemu szansę na uzyskania zamówienia i podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz wykonywania zamówienia.

Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Skład orzekający nie podzielił stanowiska przystępującego (zamawiający za własne przyjął stanowisko i argumentację przystępującego zaprezentowane w piśmie z dnia 26 lipca 2017 r.), iż w odwołaniu nie postawiono zarzutu zaniechania odrzucenia ofert wykonawców sklasyfikowanych przed ofertą odwołującego.

Wprawdzie odwołujący wprost podał jedynie, że wnosi odwołanie „*wobec czynności wyboru najkorzystniejszej oferty dokonanego dnia 5 lipca 2017 r.*”, jednak sprecyzowanie postawionych zarzutów nie pozostawia wątpliwości, że odwołujący kwestionuje także zaniechanie odrzucenia trzech ofert, sklasyfikowanych przed jego ofertą (naruszenie, „poprzez zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców: (...)

Żądania odwołującego potwierdzają, że postawiono zarzut ww. zaniechania, ponieważ odwołujący domaga się w szczególności odrzucenia ofert wykonawców, których oferty zamawiający sklasyfikował przed ofertą odwołującego.

Zarzut zaniechania odrzucenia ofert wykonawców: Z. S.A., T. S.A., konsorcjum N. S.A., pomimo że treść złożonych przez nich ofert nie odpowiada treści SIWZ w zakresie prac do wykonania w części dotyczącej robót srk na stacji Odwołujący C., co skutkuje również złożeniem ofert zawierających rażąco niskie istotne części składowe ceny, czym zamawiający naruszył przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 82 ust. 3 ustawy Pzp nie potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Zgodnie z SIWZ:

- „*Cena ofertowa musi uwzględniać wszystkie wymagania oraz czynności i badania składające się na ich wykonanie, określone w Programie Funkcjonalno-Użytkowym, w tym roboty tymczasowe i prace towarzyszące konieczne dla wykonania tych robót.*” (Tom I IDW pkt 13.3.).
- „*Wykonawca musi dostarczyć wypełnione Rozbicie ceny ofertowej. 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. Pozycje niewypełnione będą uznane za włączone do innych pozycji wypełnionego Rozbicia ceny ofertowej.*” (Tom I IDW

pkt 13.4.).

- „Stacja B. Roboty na stacji powinny mieć charakter przebudowy, ze szczególnym uwzględnieniem: (...)” – ujęto 8 pozycji w lit. a-h (Tom III PFU pkt 3.7.7. lit. A ppkt 7).
- „Stacja O. C. Roboty na stacji powinny mieć charakter remontowy, ze szczególnym uwzględnieniem: (...)” – ujęto 5 pozycji w lit. a-e (Tom III PFE pkt 3.7.7. lit. A ppkt 9).

Pismem z dnia 9 marca 2017 r. („Wyjaśnienie oraz zmiana treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia”) zamawiający w odniesieniu do stacji B. dokonał zmiany, polegającej na rezygnacji z niektórych robót (lit. a, b, h) oraz ujęciu nowych (lit. a, b, f po zmianach) zaś w odniesieniu do stacji O. C. zmiany, polegającej na wskazaniu, że „Roboty na stacji powinny mieć charakter przebudowy, ze szczególnym uwzględnieniem: (...)” – ujęto 7 pozycji w lit. a-g (inne roboty niż opisane przed zmianą).

Pismem z dnia 5 lipca 2017 r. zamawiający zawiadomił wykonawców, iż za najkorzystniejszą ofertę uznał ofertę przystępującego z ceną brutto 465 931 190,56 złotych oraz w szczególności o tym, że oferta odwołującego została sklasyfikowana na miejscu czwartym.

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Odwołujący twierdził, że wykonawcy, których oferty zostały sklasyfikowane przed ofertą odwołującego złożyli swoje oferty z pominięciem prac wskazanych przez zamawiającego modyfikacją SIWZ z dnia 9 marca 2017 r., tj. nie ujęli rozszerzonego przez zamawiającego zakresu prac takich jak: stacyjne usrk, system licznika osi, dostawa napędów w ilości 16 szt., które stanowią istotną część składową ceny z uwagi na to, że chodzi o urządzenia o wysokim stopniu skomplikowania, istotnych pod względem właściwego funkcjonowania przedmiotu zamówienia.

Potwierdzeniem tegoż, według odwołującego, były ceny tych wykonawców w pozycji 6 „SRK” podpozycja 6.13 „Budowa urządzeń SRK na st. O. C. (km 205, 300-207,151)”, których „szacunkowa wartość rynkowa kilkakrotnie przewyższa zaoferowane przez Wykonawców ceny w pozycji nr 6.13 RCO” (str. 5 odwołania, ostatni wiersz) oraz fakt, że „wskazane przez nich ceny z pozycji 6.13 RCO odpowiadają cenie rynkowej prac przewidzianych przed zmianą 7 SIWZ, kiedy to miały mieć mniejszy zakres.” (str. 6 odwołania, drugi akapit).

Odwołujący swoich twierdzeń ani nie wykazał, ani nie uprawdopodobnił.

Twierdzenie, iż wskazane przez wykonawców sklasyfikowanych na miejscach 1-3 ceny z pozycji 6.13 RCO odpowiadają cenie rynkowej prac przewidzianych przed zmianą 7 SIWZ, kiedy to miały mieć węższy zakres odwołujący pozostawił gołosłownym.

Dostrzeżenia przy tym wymaga, że pozycja 6.11. RCO dotycząca stacji Bodzechów nie była kwestionowana przez odwołującego pomimo, że także w odniesieniu do tej stacji (podobnie jak w odniesieniu do stacji O. C. z podpozycji 6.13) zamawiający dokonał modyfikacji co do zakresu robót – rozszerzył je (choć rzeczywiście jedynie w odniesieniu do stacji O. C. zmiany polegały na zastąpieniu „remontu” „przebudową”).

Natomiast twierdzenie, iż wskazane przez wykonawców sklasyfikowanych na miejscach 1-3 ceny z pozycji 6.13 RCO nie odpowiadają wartości rynkowej odwołujący oparł na założeniu, że to cena tej podpozycji zaoferowana przez odwołującego jest rynkowa – powołał się przy tym na wycenę swoich kontrahentów.

W ocenie składu orzekającego Izby porównanie ceny odwołującego (podpozycji 6.13. RCO) z cenami innych wykonawców nie jest wystarczające do stwierdzenia, że takie też ceny winny znajdować się w tej podpozycji w ofertach pozostałych wykonawców, ponieważ – co było bezsporne – nie jest wiadomym, jakie urządzenia srk, tj. przekaźnikowe, czy komputerowe ujęli ci wykonawcy (urządzenia przekaźnikowe są tańsze; złożone przez odwołującego na rozprawie oferty E.-PKP sp. z o.o. z Ł. dotyczą systemu komputerowego) oraz z tego względu, iż pozyskiwanie ofert (wycen) przez poszczególnych wykonawców jest sprawą indywidualną, zależną w szczególności od dotychczasowej współpracy z kontrahentem (wielkość rabatów, upustów) i warunkami umowy (np. termin realizacji, termin płatności, terminu gwarancji).

Nie sposób nadto nie dostrzec, że w przypadku wyceny pozycji 11 RCO „Elektroenergetyka do 1 kV” odwołujący podał 6 940 204,21 zł, podczas gdy w ofercie K. Z. A. S.A. z K., na którą się powoływał wykonanie prac branży elektroenergetyki do 1 kV wyceniono na 16 705 516,00 zł. Świadczy to bądź o ujęciu części robót z branży elektroenergetyki do 1 kV w innych pozycjach lub o możliwości pozyskania innych, znacznie korzystniejszych wycen.

Podkreślić należy, że odwołujący bezpodstawnie zakładał, że wszystkie roboty w odniesieniu do stacji O. C. winny być ujęte w podpozycji 6.13. RCO. Swoboda wykonawców w tym zakresie wynikała z pkt. 13.4 SIWZ.

Skład orzekający Izby podziela w pełni stanowisko wyrażona przez Izbę w wyroku zapadłym w sprawie o sygn. akt KIO 966/17, zgodnie z którym brzmienie tego punktu SIWZ należy rozumieć w następujący sposób: *„W pkt 13.4 SIWZ (tom I) Zamawiający wskazał, że wykonawcy mają prawo pominąć dokonanie wyceny danej pozycji w RCO. W takiej sytuacji niewycenione prace będą uznane za włączone do innych pozycji wypełnionego RCO. Zamawiający nadał RCO znaczenie pomocnicze przy wycenie oferty. Ponadto, skoro Zamawiający dopuścił możliwość braku wyceny całej pozycji RCO i przeniesienia stosownej wartości danych prac do innych pozycji RCO, to należy uznać, że tym bardziej można było*

przenieść część kosztów z danej pozycji do innych pozycji RCO.”

Nawet gdyby odwołujący wykazał (czemu nie sprostął), że w innych niż podpozycja 6.13. wykonawcy ujęli wszystkie roboty (nie przenieśli wartości żadnej do innych pozycji), to wykonawcom tym można by było co najwyżej przypisać brak konsekwencji w sposobie wyceny, co – ze względu na postanowienie 13.4. SIWZ – pozostaje bez znaczenia.

Skład orzekający Izby wskazuje także – a to wobec braku szczegółowych odniesień do zakresu przedmiotu zamówienia w pozostałej części oferty – że wszyscy wykonawcy oświadczyli (Formularz oferty pkt 3 i 4):

- *„Akceptujemy, w pełni i bez zastrzeżeń, postanowienia: SIWZ dla niniejszego zamówienia, wyjaśnień do tej SIWZ oraz uznajemy się za związanych określonymi w nim postanowieniami”*
- *„Gwarantujemy wykonanie całości niniejszego zamówienia zgodnie z treścią: SIWZ, wyjaśnień do SIWZ oraz jej modyfikacji”*

Uwzględniając powyższe, skład orzekający Izby uznał, że brak jest podstaw do przypisania zamawiającemu zaniechania odrzucenia ofert trzech wykonawców sklasyfikowanych na miejscach 1-3 przed ofertą odwołującego.

Zarzut zaniechania wezwania wykonawców Z. S.A., , T. S.A., N. S.A. do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny oraz zaniechania odrzucenia ofert złożonych przez ww. wykonawców jako zawierających rażąco niską cenę do całości w stosunku do przedmiotu zamówienia, a ponadto stanowiących czyn nieuczciwej konkurencji, czym zamawiający naruszył przepis art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 w zw. z art. 90 ust. 1-3 ustawy Pzp nie potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Poczynione w odniesieniu do zarzutu poprzedniego ustalenia pozostają aktualne.

Dodatkowo skład orzekający Izby ustalił, że w postanowieniach SIWZ (poza pkt 13.4.) zamawiający podał:

- *„Podana w ofercie cena ofertowa brutto musi uwzględniać wszystkie wymagania niniejszej SIWZ oraz obejmować wszystkie koszty bezpośrednie i pośrednie, jakie poniesie Wykonawca z tytułu terminowego i prawidłowego wykonania całości przedmiotu Zamówienia oraz podatek od towarów i usług (nie dotyczy Wykonawców zagranicznych, którzy nie są płatnikami podatku VAT w P.)” (pkt 13.1.),*
- *„Cena ofertowa musi uwzględniać wszystkie wymagania oraz czynności i badania składające się na ich wykonanie, określone w Programie Funkcjonalno-Użytkowym, w tym*

roboty tymczasowe i prace towarzyszące konieczne dla wykonania tych robót” (pkt 13.3.),

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby zauważa, że żądanie odwołującego nakazania zamawiającemu odrzucenia ofert trzech sklasyfikowanych przez jego ofertą ofert z tego powodu, iż zawierają rażąco niską cenę jest przedwczesne. Odrzucenie w takim przypadku jakiegokolwiek oferty zamawiający musi poprzedzić postępowaniem wyjaśniającym z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, którego w przedmiotowym postępowaniu nie podjęto (podjęcia tego postępowania domaga się zresztą odwołujący – pkt 3 żądań na str. 3 odwołania).

Poza sporem był fakt, że przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publiczne zostało ukształtowane jako zamówienie z wynagrodzeniem ryczałtowym w formule „zaprojektuj i wybuduj”.

Odwołujący twierdził, że wykonawcy, których oferty zostały sklasyfikowane przed ofertą odwołującego w swoich ofertach nie ujęli rozszerzonego przez zamawiającego zakresu prac, a te stanowią istotną część składową ceny z uwagi na to, że chodzi o urządzenia o wysokim stopniu skomplikowania, istotnych pod względem właściwego funkcjonowania przedmiotu zamówienia.

Art. 90 ust. 1 ustawy Pzp brzmi: *„Jeżeli zaofferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie: (...)”*

Skład orzekający Izby nie podzielił stanowiska odwołującego, iż podpozycja 6.13. RCO stanowi – o czym mowa w przepisie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp – istotną część składową ceny ofertowej, ponieważ – jak podnosił na rozprawie zamawiający – za taką istotną w rozumieniu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający wskazał całą pozycję 6 SRK (pkt 1.2. Tom IV „Rozbicie ceny ofertowej” SIWZ) oraz z tego względu, iż w postępowaniu, jak w przedmiotowym, z wynagrodzeniem ryczałtowym, istotność należy odnosić do całości / do całej ceny ofertowej (w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp mowa przecież o relacji do przedmiotu zamówienia).

Kwestie stopnia skomplikowania, czy właściwego funkcjonowania danej części dla

przedmiotu zamówienia nie mają znaczenia, choć aspekty te najpewniej znajdują odzwierciedlenie w wysokości wyceny.

Warto przypomnieć, za opinią Prezesa UZP: „*W zakresie istotnych części zamówienia ważne jest, aby te części miały znaczenie dla całości wyceny przedmiotu zamówienia (przy wynagrodzeniu ryczałtowym) albo jeśli są to istotne części zamówienia, które stanowią przedmiot odrębnego wynagrodzenia (np. przy wynagrodzeniu kosztorysowym).*”

Wartość podpozycji 6.13. RCO, czego odwołujący nie kwestionował, wynosi – jak podał zamawiający w Odpowiedzi na odwołanie (str. 5, drugi akapit) – „*od 0,45% (w ofercie Z. S.A.,) do 3,10% (w ofercie S. S.A.)*”.

Przed wszystkim jednak podnieść należy, że badanie podpozycji 6.13. RCO pod kątem zastosowania przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp jest bezcelowe z tego względu, gdyż wykonawcy w podpozycji tej mogli ująć różny zakres robót, a to z tego powodu, iż zamawiający pozostawił wykonawcom swobodę co do sposobu wyceny ceny ofertowej – jak już wskazano w odniesieniu do zarzutu poprzedniego wypełnienie podpozycji 6.13. RCO nie oznacza bowiem, iż wskazana wartość dotyczy całego zakresu objętego tą podpozycją.

Wskazany przez przystępującego na rozprawie sposób wyceny, tj. ujęcie budowy urządzeń przekątnikowych dla stacji O. C. w podpozycji 6.13. RCO, a jednocześnie ujęcie zasilania tych urządzeń i innych prac w pozycji 11 RCO „Elektroenergetyka do 1 kV” nie pozostaje w sprzeczności z postanowieniami SIWZ (pkt. 3.14. SIWZ Tom I)

Uwzględniając powyższe, skład orzekający Izby uznał, że brak jest podstaw do przypisania zamawiającemu zaniechania wezwania trzech wykonawców sklasyfikowanych na miejscach 1-3 przed ofertą odwołującego do złożenia wyjaśnień oraz ich odrzucenia.

Zarzut naruszenia zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, czym zamawiający naruszył przepis art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp nie potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Odwołujący nie wykazał, ani nawet nie uprawdopodobnił, że „*Wykonawcy zaoferowali wykonanie prac z zakresu budowy urządzeń SRK na stacji O. C. w cenie która nie uwzględnia obligatoryjnych kosztów specjalistycznego sprzętu*” (o czym mowa powyżej), wobec czego niezasadny jest wniosek, iż „*Dzięki oszacowaniu ceny poniżej kosztów*

realizacji, wykonawcy Ci uzyskali nieuczciwie przewagę w ramach cenowego kryterium oceny ofert o najwyższej wadze 60%.”

Uwzględniając powyższe, skład orzekający Izby uznał, że brak jest podstaw do przypisania zamawiającemu naruszenia zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Zarzut wadliwego wyboru oferty najkorzystniejszej, czym zamawiający naruszył przepis art. 91 ust. 1 ustawy Pzp nie potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Odwołujący postawił zarzut w konsekwencji zarzutów wcześniejszych.

Ponieważ jednak nie potwierdził się żaden z zarzutów wcześniejszych skład orzekający Izby uznał, że także ten zarzut się nie potwierdził, a zamawiający nie dokonał wadliwego wyboru oferty najkorzystniejszej.

Skład orzekający Izby na podstawie § 23 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 48 poz. 280 ze zm.) podjął decyzję, iż udostępnienie odwołującemu złożonych przez przystępującego na rozprawie dwóch ofert (z 20 i 28 marca 2017 r.) nie jest dopuszczalne, ponieważ oferty te zawierają informacje prawnie chronione, tj. informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Nie udostępnił zatem odwołującemu tych ofert.

Biorąc pod uwagę fakt, że nie potwierdził się żaden z zarzutów skład orzekający Izby orzekł jak w sentencji, oddalając odwołanie.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, § 3 pkt 1) lit. a) oraz pkt 2) lit. b) 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 (Dz. U. Nr 41 poz. 238 ze zm.).

Przewodniczący: