

Wyrok

z dnia 19 listopada 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

Mikołaj Kraska

po rozpatrzeniu na rozprawie w dniu 17 listopada 2020 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 listopada 2020 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Roverpol Sp. z o.o., Rover Infraestructuras S.A., ul. P. Gintrowskiego 30/221, 02-697 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Pomorska Kolej Metropolitalna S.A., ul. Budowlanych 77, 80-298 Gdańsk**

przy udziale:

- A. Wykonawcy **Pomorskie Przedsiębiorstwo Mechaniczno-Torowe Sp. z o.o., ul. Sandomierska 19, 80-051 Gdańsk** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego.
- B. Wykonawcy **TORHAMER Sp. z o.o. Sp.k., ul. Mściwoja 9/U5, 81-361 Gdynia** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie.
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Roverpol Sp. z o.o., Rover Infraestructuras S.A., ul. P. Gintrowskiego 30/221, 02-697 Warszawa** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie:

dwadzieścianyście złotych zero groszy) uiszczoną przez **Konsorcjum: Roverpol Sp. z o.o., Rover Infraestructuras S.A., ul. P. Gintrowskiego 30/221, 02-697 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania.

2.1 zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Roverpol Sp. z o.o., Rover Infraestructuras S.A., ul. P. Gintrowskiego 30/221, 02-697 Warszawa** na rzecz zamawiającego **Pomorska Kolej Metropolitalna S.A., ul. Budowlanych 77, 80-298 Gdańsk** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu poniesionych uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (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 Gdańsku**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający - Pomorska Kolej Metropolitalna S.A. w Gdańsku z prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: Pomorska Kolej Metropolitalna Etap I - rewitalizacja „Kolei Kokoszkowskiej” Faza IV - rozbudowa p. odg. Kiełpiniek jako fragmentu trasy objazdowej w ramach projektu „Prace na alternatywnym ciągu transportowym Bydgoszcz - Trójmiasto” (nr PKM/DO/SP/350/7/20. Dnia 1 lipca 2020 r. opublikowane zostało w DzUUE ogłoszenie o Postępowaniu, którego przedmiotem jest zaprojektowanie oraz budowa jednotorowej niezelektryfikowanej linii kolejowej nr 234 na odcinku Kiełpiniek - Gdańsk Kokoszki od miejsca włączenia w linię kolejową nr 248 do km 11,030 oraz rozbudowa posterunku odgałęźnego Kiełpiniek położonego na linii kolejowej nr 248 Gdańsk Wrzeszcz - Gdańsk Osowa (ogłoszenie nr 2020/S 125-307020).

Pismem z dnia 23 października 2020 r. Zamawiający poinformował o dokonaniu wyboru oferty złożonej przez TORHAMER jako najkorzystniejszej w Postępowaniu.

Odwołujący - wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia wykonawców: Roverpol Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Rover Infraestructuras S.A. z siedzibą w Walencji, Hiszpania wniósł odwołanie wobec następujących czynności podjętych przez Zamawiającego w Postępowaniu:

- (1) zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez TORHAMER Sp. z o.o. spółka komandytowa („TORHAMER”) jako niezgodnej z siwz;
- (2) zaniechania odrzucenia oferty TORHAMER jako zawierającej rażąco niską cenę;
- (3) zaniechania wykluczenia wykonawcy TORHAMER z uwagi nie niewykazanie spełnienia warunków udziału w Postępowaniu (zarzut wycofany);
- (4) zaniechania odtajnienia informacji zastrzeżonych w złożonej ofercie przez wykonawcę Pomorskie Przedsiębiorstwo Mechaniczno - Torowe sp. z o.o. („PPMT”);

I. Zamawiającemu zarzucił naruszenie:

- (1) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez jego niezastosowanie, pomimo tego że, jak wynika z treści wyjaśnień udzielonych przez TORHAMER, oferta tego wykonawcy jest niezgodna z siwz, gdyż nie uwzględnia wykonania robót związanych z zabezpieczeniem osuwiska oraz wykonania robót ziemnych niezbędnych do budowy konstrukcji nasypu i wykopu kolejowego;
- (2) art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp przez ich niezastosowanie, pomimo tego że, jak wynika z wyjaśnień TORHAMER, oferta tego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę (nie daje możliwości wykonania prac, o których mowa w pkt. 2.II RCO za zaoferowaną cenę), a wyjaśnienia nie mogą zostać uznane za rozwiewające wątpliwości Zamawiającego;

(4) art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy znku przez uznanie, że wykonawca PPMT wykazał, że utajnione informacje (zobowiązanie podmiotu trzeciego, JEDZ tego podmiotu, wykaz personelu, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa), a w konsekwencji prowadzenie Postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

Zarzut został uwzględniony przez zamawiającego w razie nieuwzględnienia przez Izbę wniosku o uznanie, że jest on podniesiony po terminie. Skład orzekający rozstrzygnął w tym zakresie w oparciu o dokumentację postępowania, że zarzut został zgłoszony z uchybieniem terminu liczonego od dnia udostępnienia wykonawcy niektórych dokumentów ofertowych z jednoczesną odmową ujawnienia pozostałych informacji zastrzeżonych jako zawierających tajemnicę przedsiębiorstwa. Ustalono, że 26 sierpnia 2020 r. zamawiający poinformował odwołującego o zakresie ujawnionej oferty obecnego przystępującego PPMT, a w zdaniu drugim pisma przewodniego wskazał, iż dokonał analizy złożonych uzasadnień informacji wskazanych jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę TORHAMER udziału w Postępowaniu jako

- niezgodnej z siwz, gdyż nie uwzględnia wykonania robót związanych z zabezpieczeniem osuwiska oraz wykonania robót ziemnych niezbędnych do budowy konstrukcji nasypu i wykopu kolejowego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp;

- zawierającej rażąco niską cenę (nie daje możliwości wykonania prac, o których mowa w pkt. 2.II RCO za zaoferowaną cenę), a złożone przez wykonawcę wyjaśnienia nie mogą zostać uznane za rozwiewające wątpliwości (art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp).

Odwołującemu przypisać należy interes we wniesieniu odwołania, jego uwzględnienie pozwoli mu bowiem zbliżyć się do udzielenia zamówienia. Na obecnym etapie na drugim miejscu w rankingu ofert plasuje się oferta wykonawcy PPMT, ale nie można odmówić interesu nawet w sytuacji, gdy nie zaskarża oferty drugiej, jeżeli w stosunku do oferty drugiej nie można było sformułować zarzutów dotyczących niespełnienia warunków przez oferenta, który ją złożył, wskutek zastosowania przez zamawiającego tzw. "procedury odwróconej".

W postępowaniu złożono cztery oferty (poza ofertą konsorcjum NDI sp. z o.o., NDI SOPOT S.A. wszystkie oferty zawierały ceny niższe niż kwota przeznaczona na sfinansowanie.

26 sierpnia 2020 r. Zamawiający wezwał TORHAMER do złożenia wyjaśnień; w wezwaniu wskazał, że TORHAMER, zgodnie ze złożonym „RCO” przewiduje wykonanie prac właściwych dla pozycji „Podtorze i podłoże wraz ze wzmocnieniami, roboty ziemne oraz odwodnienie” (poz. nr 2.II) za cenę netto 5 360 942,40 PLN. Zamawiający wskazał, że cena ta: „wydaje się rażąco niska w stosunku do zakresu przedmiotu zamówienia (jego istotnej

części składowej) i budzi wątpliwości Zamawiającego co do możliwości jego wykonania zgodnie z wymaganiami jakie zostały określone w dokumentacji projektowej".

Udzielone wyjaśnienia skłoniły Zamawiającego do kolejnego wezwania wykonawcy, tym razem w oparciu o art. 87 ust. 1 Pzp 4 września 2020 r., „Wezwanie dot. zgodności z SIWZ”). Zamawiający wskazał, że z „PFU” wynika, że wykonawcy zobligowani zostali do wykonania prac określonych w tabeli 1 oraz 2. Podsumowując, Zamawiający wskazał, że:

a) zakres robót wymagający dostosowania podtorza do docelowego standardu budowy zobowiązuje wykonawcę do wykonania nasypu i wykopu kolejowego;

b) wykonawca zobligowany będzie (zgodnie z PFU) do wykonania zabezpieczenia osuwiska.

W związku z powyższym Zamawiający zwrócił się do TORHAMER z pytaniami, w których wezwał do określenia w których pozycjach RCO wykonawca ten uwzględnił:

a) roboty związane z zabezpieczeniem osuwiska, skoro nie są one objęte ofertą ww. podwykonawcy,

b) roboty, o których mowa w niniejszym wezwaniu, tj. w szczególności w których pozycjach Wykonawca uwzględnił koszty materiału (wraz z jego dowozem) potrzebnego do budowy nasypu kolejowego, wykonania robót ziemnych niezbędnych do budowy konstrukcji nasypu (wbudowanie materiału wraz z zagęszczeniem, formowanie skarp nasypu itp.)

TORHAMER udzielił odpowiedzi 10 września 2020 r. (omówione w opisie).

Odwołujący wskazuje na niezgodność dotyczącą poz. 2.II RCO (Podtorze i podłoże wraz ze wzmocnieniami, roboty ziemne oraz odwodnienie).

Kompleksowo obowiązki wykonawców w zakresie prac, których wycena powinna zostać ujęta w poz. 2.II RCO Zamawiający przedstawił w treści Wezwania dot. zgodności z SIWZ.

W treści Zamawiający wskazuje także na obowiązek wykonania zabezpieczenia osuwiska.

Wymóg ten wynika nie tylko z przywołanego powyżej pkt. 3.7.2.2 PFU, ale i z odpowiedzi udzielonej przez Zamawiającego na pytanie nr 210 (pakiet odpowiedzi z 13 sierpnia 2020 r.), w której, na pytanie wykonawcy o konieczność wykonania zabezpieczenia osuwiska, Zamawiający stwierdza m. in.: Odpowiedź na pytanie nr 210:

„Zamawiający wyjaśnia, że zakres robót dotyczący obszaru osuwiska został opisany w PFU, w szczególności w punkcie 3.7.2.2. Zakres ten jednoznacznie wskazuje na konieczność przewidzenia w cenie ofertowej zabezpieczenia stateczności obszaru osuwiska (okresowo czynnego i obszaru zagrożenia osuwiskiem), o ile taka konieczność wystąpi, przy czym do zadań profesjonalnego Wykonawcy kontraktu realizowanego w trybie projektuj i buduj należy zaprojektowanie szczegółowych rozwiązań technicznych (w tym technologii wykonania wzmocnień podtorza i podłoża gruntowego linii kolejowej), zapewniających zarówno bezpieczną realizację robót budowlanych, jak i eksploatację linii kolejowej.

Podsumowując, zabezpieczenie stateczności obszaru osuwiska należy traktować jako integralną część przedmiotu zamówienia, a jakiegokolwiek prace związane z koniecznością zabezpieczenia osuwiska nie będą traktowane jako roboty dodatkowe.”

W kontekście zakresu prac wycenionych przez TORHAMER w poz. 2.II RCO, warto dodać, że w treści Wezwania dot. zgodności z SIWZ Zamawiający odwołuje się także do Koncepcji programowo – przestrzennej (wskazano Tabelę 2 Rozdział/rysunek Wyciągu z KPP 15. Uwarunkowania geotechniczne inwestycji ,Rys 401, 402 Przekroje poprzeczne linii kolejowej nr 234.

W pierwszej kolejności z uwagi na formułę zamówienia (zaprojektuj i wybuduj), Zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia za pomocą PFU. Konsekwencją jest nałożenie na wykonawcę obowiązków projektowych. Nie oznacza to jednak, że PFU, w zakresie, w jakim przewiduje określone i jednoznaczne wymagania, nie ma wiążącego charakteru. PFU stanowi bowiem dokument, który: ma zapewnić wykonawcom możliwość prawidłowej wyceny przedmiotu zamówienia (z tego względu PFU spełniać musi wymagania art. 29 ust. 1 Pzp), gwarantuje instytucji zamawiającej otrzymanie porównywalnych ofert.

Wykonawca, który zawrze umowę z Zamawiającym, będzie zobowiązany do opracowania dokumentacji projektowej. W toku opracowywania, biorąc pod uwagę odpowiedzialność za osiągnięcie efektu końcowego, wykonawca będzie uprawniony do wprowadzania, w porozumieniu z Zamawiającym, określonych szczegółowych rozwiązań.

Na okoliczność tę zwraca uwagę Zamawiający w R III.11 SIWZ: „Dane określone w dokumentacji przetargowej będą uważane za wartości docelowe, w których dopuszczalne są zmiany w ramach uzgodnień z Zamawiającym”. Oznacza to, że wykonawca będzie uprawniony do wprowadzania zmian w dokumentacji. Uprawnienie to jednak realizowane będzie w porozumieniu, w więc na etapie realizacji inwestycji (a nie opracowywania oferty, kiedy to współdziałanie z Zamawiającym na tym polu jest niemożliwe).

W pkt 2.2 PFU Zamawiający wskazał, że niektóre wymienione dokumenty mają charakter jedynie poglądowy. Pozostałe, wymienione w ppkt I, mają zatem charakter wiążący.

Emanacją oczekiwań Zamawiającego są wymagania sformułowane odnośnie ceny. Otóż pomimo ryczałtowego charakteru wynagrodzenia Zamawiający zobowiązał wykonawców do przedłożenia wraz z ofertą wypełnionego RCO. Dokument ten nie ma charakteru jedynie informacyjnego, co wynika wprost z postanowień SIWZ:

Zamawiający wymagał, aby: „Każda pozycja RCO powinna zostać wyceniona zgodnie z zakresem w niej opisanym. Nie dopuszcza się wliczania kosztów wykonania jakiegokolwiek pozycji RCO w inną pozycję RCO” (Rozdział XV ust, 5 SIWZ);

Sytuacja, w której już na etapie przygotowania ofert można wprowadzać zmiany względem rozwiązań z PFU prowadziłyby w istocie do przyzwolenia na składanie nieporównywalnych ofert, przewidujących arbitralnie nakreślony przez wykonawców zakres zamówienia.

W treści Wezwania dot. RNC Zamawiający wskazał na wątpliwości związane z wyceną poz. 2.II RCO. W odpowiedzi w wyjaśnieniach, w których, odnosząc się do wyceny tej pozycji, powołał się na ofertę podwykonawcy oraz załączył szczegółową wycenę pozycji (oba dokumenty zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa).

Analiza wyjaśnień skłoniła Zamawiającego do skierowania wezwania dot. zgodności z SIWZ. Zamawiający przytoczył postanowienia PFU kształtujące zakres wycenianego zamówienia. Wskazał, że zakres tych prac nie został ujęty ani w uszczegółowionym RCO, ani w treści oferty podwykonawcy. W końcowej części Zamawiający stwierdził: Wobec powyższego, na podstawie art 87 ust. 1 pzp Zamawiający wzywa Wykonawcę do złożenia uzupełniających wyjaśnień treści złożonej oferty, poprzez określenie w których pozycjach Rozbicia Ceny Ofertowej Wykonawca uwzględnił:

a) roboty związane z zabezpieczeniem osuwiska, skoro nie są one objęte ofertą ww. podwykonawcy,

b) roboty, o których mowa w niniejszym wezwaniu, tj. w szczególności w których pozycjach Wykonawca uwzględnił koszty:

materiału (wraz z jego dowozem) potrzebnego do budowy nasypu kolejowego, wykonania robót ziemnych niezbędnych do budowy konstrukcji nasypu (wbudowanie materiału wraz z zagęszczeniem, formowanie skarp nasypu itp.).

Udzielona odpowiedź nie pozostawia wątpliwości. Z wyjaśnień wykonawcy wynika, że prace, o które pyta Zamawiający (wykonanie nasypów, zabezpieczenia osuwiska) nie zostały uwzględnione z uwagi na przyjętą przez podwykonawcę technologię. Wniosek taki wynika wprost z treści udzielonych wyjaśnień.

Zdaniem wykonawcy TORHAMER, miał On prawo do nieuwzględniania w treści oferty określonego zakresu prac z PFU, z uwagi na realizację inwestycji w formule zaprojektuj i wybuduj. W konsekwencji, stwierdza, „uwzględnienie lub nie uwzględnienie danego rodzaju prac/ robót (w sytuacji, gdy to wykonawca miał ocenić, czy prace są niezbędne) nie powinno mieć żadnego negatywnego wpływu na ocenę kalkulacji ceny ofertowej’.

Stanowisko Torhamer jest błędne. Jak wskazano, wybrany wykonawca będzie uprawniony do wprowadzania rozwiązań optymalizacyjnych, na etapie realizacji inwestycji.

Prezentowana przez TORHAMER i zaakceptowana przez Zamawiającego koncepcja jest nieuzasadniona.

PFU, stanowiące OPZ, musi gwarantować jednoznaczność i wyczerpujący charakter opisu. Dopuszczenie do sytuacji, w której wykonawcy mogą traktować PFU jako dokument niewiążący, a przez to pomijać wycenę określonych prac, prowadzi do skutku, w którym oferty będą nieporównywalne. Jeśli wykonawcy wyceniają różne zakresy, to nie sposób uznać, że oferta, faktycznie wybrana jest ofertą najkorzystniejsza. To prowadzi do naruszenia reguły równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

Sytuacja, w której Zamawiający dopuszcza wprowadzanie rozwiązań optymalizujących już na etapie opracowywania ofert jest nie do zaakceptowania, skoro wybrany wykonawca ma faktycznie wykonać zamówienie zgodnie z oczekiwaniami. TORHAMER, jak wynika z wyjaśnień, nie uwzględnił prac w treści swojej oferty.

Dlatego wszelkie zmiany względem rozwiązań i zakresów przewidzianych w PFU będą dopuszczalne, ale dopiero na etapie następującym po zawarciu umowy.

Skutkiem powyższego powinno być odrzucenie oferty z uwagi na jej niezgodność z SIWZ.

Odwołujący podnosi, że konsekwencją wadliwej wyceny oferty jest również zasadność jej odrzucenia jako rażąco niskiej. Właśnie w ramach procedury badania ceny Zamawiający nabral wątpliwości odnośnie jej prawidłowości. Wadliwością o źródłowym, podstawowym charakterze jest nieuwzględnienie w ofercie TORHAMER prac, o których mowa powyżej. Skutkiem jednakże tej wadliwości jest rażąco niski charakter ceny oferty TORHAMER.

Wątpliwości Zamawiającego na skutek udzielonych wyjaśnień nie zostały rozwiązane. Tym samym zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp jest uzasadniony.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego zgłosił wykonawca PMMT sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku w części dotyczącej czynności zamawiającego podjętych w stosunku do wykonawcy Torhamer tj. zaniechania odrzucenia oferty jako niezgodnej z siwz i zawierającej rażąco niską cenę.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca Torhamer sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Gdynie wnosząc o oddalenie odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy tj. dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego obejmującą w szczególności treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia ze szczególnym uwzględnieniem postanowień Programu Funkcjonalno – Użytkowego oraz treść oferty wykonawcy uznanej przez zamawiającego za najkorzystniejszą, a także wyjaśnienia do PFU udzielone wykonawcom wskutek zadanych pytań, jak również stanowiska stron i uczestników przedstawione na piśmie oraz ustnie do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Izba stwierdziła, że odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy pzp przyjmując argumentację odwołującego zajmującego wg decyzji zamawiającego trzecie miejsce w rankingu oceny ofert, za właściwą także w sytuacji rozpatrywanej sprawy, tj. przy braku podnoszenia zarzutów do oferty na miejscu drugim.

Rozpoznając odwołanie w granicach podniesionych w nim zarzutów, z uwzględnieniem faktu cofnięcia zarzutów opisanego powyżej oraz uznania jednego zarzutu za wniesiony z przekroczeniem terminu, w ustalonym w postępowaniu stanie faktycznym, Izba uznała, że odwołanie obejmujące zarzuty podlegające rozpoznaniu, nie może być uwzględnione.

Rozstrzygnięcie i jego uzasadnienie odnosi się do podtrzymanego i podlegającego rozpatrzeniu podniesionego zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Torhamer jako niezgodnej z treścią siwz oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 przez zaniechanie odrzucenia oferty Torhamer jako zawierającej rażąco niską cenę.

Skład orzekający uznaje za niesporne ustalenie, że oferta Torhamer nie obejmuje zakresu prac dotyczących uwzględnienia elementu zabezpieczenia stateczności obszaru osuwiska. Należy zauważyć, że zakres prac opisany jest w PFU, a przedmiotowy w sporze pkt 3.7.2.2 zawiera m. in postanowienia, że „zakres prac obejmuje również – w przypadku wystąpienia – zabezpieczenie stateczności obszaru osuwiska (okresowo czynnego i obszaru zagrożenia osuwiskiem). Projektując wzmocnienia i zabezpieczenia wykonawca uwzględni konieczność wykonania pasa technologicznego potrzebnego w celu usunięcia kolizji projektowej z linią kablową 2x110 kv /.../ a także wpływ wykonania tejże linii na stateczność osuwiska. W trakcie realizacji przedmiotu zamówienia nie dopuszcza się pogorszenia stanu stateczności skarp w obszarze osuwiska.”

Poprawne jest stwierdzenie zamawiającego, że nie wymagał on podania w ofercie informacji lub wiążących oświadczeń co do sposobu wykonania jakiegokolwiek części zamówieni, w tym również dotyczącej sposobu wykonania zabezpieczenia. Co istotne, przedmiotem zamówienia celem jest wybudowanie linii kolejowej z uwzględnieniem ryzyka związanego z występowaniem w obszarze przebiegu linii, terenu zagrożonego osuwiskiem.

Kalkulacja ceny w RCO dla pozycji Podtorze i podłoże ze wzmocnieniami, roboty ziemne oraz odwodnienia podana jako wzór nie została zmieniona przez Torhamer w jego ofercie i zawiera wszystkie pozycje zgodnie z wymogami. Kwestia, czy uwzględniono koszty związane z ryzykiem wykonywania prac na obszarze potencjalnie zagrożonym osuwiskiem, została wyjaśniona przez wykonawcę w pismach z dnia 1 września 2020 r. oraz 10 września 2020 r. przez wskazanie, w jaki sposób zamierza wykonawca zapobiec uaktywnieniu osuwiska i w jaki sposób uwzględnił koszt tego rozwiązania w cenie oferty. Oparł się w tym zakresie na wiarygodnej ofercie podwykonawcy z opisem zastosowanej technologii, jak też wyceną.

Tym samym zarzut niezgodności treści oferty z treścią siwz, którą w sprawie jest opis przedmiotu zamówienia zawarty w PFU, nie został udowodniony.

Zarzut odwołania dotyczący zaniechania odrzucenia oferty względu na zaoferowanie rażąco niskiej ceny oparty jest i wyprowadzony z okoliczności faktycznych opisanych dla zarzutu

pierwszego, wskazanego i ocenionego powyżej. Mając na uwadze, że zarzut powyższy został oddalony jako nie udowodniony wobec braku oparcia na ustalonych faktach, zarzut zaniżonej wyceny spornego elementu jest niezasadny. Dla porządku jedynie można przypomnieć, że cena całkowita oferty nie nosi znamion rażąco niskiej, a przeprowadzone przez zamawiającego postępowanie wyjaśniające dotyczące jednej pozycji Rozbicia Ceny Ofertowej dotyczącej podtorza i podłoża wraz ze wzmocnieniami doprowadziło do złożenia przez wykonawcę wiarygodnych informacji pozwalających na uznanie, że również część składowa ceny nie jest rażąco niską.

W świetle powyższego stwierdzić należy, że czynności Zamawiającego były zgodne z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych i ich nie naruszyły.

Mając na względzie stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 stosownie do wyniku postępowania oraz w oparciu o przepisy 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.) ze wskazaniem iż stosownie do postanowień rozporządzenia maksymalną kwotą wynagrodzenia pełnomocnika możliwą do uwzględnienia w rozstrzygnięciu o kosztach postępowania jest kwota 3 600 zł.

.....