

WYROK

z dnia 9 listopada 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Poprawa

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 listopada 2021 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 października 2021 roku przez wykonawcę **Strabag spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie **Trakcja System Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu** oraz **Track Tec Constuction Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 3070/21 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Strabag spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie** i :
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Strabag spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2 zasądza od wykonawcy **Strabag spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie** na rzecz zamawiającego **PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie** kwotę 3 600 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych i 00/100 groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Centrum Realizacji Inwestycji z siedzibą w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych dla zadania inwestycyjnego pn. "Kompleksowa wymiana sieci trakcyjnej na linii kolejowej nr 22 Etap III" realizowanego w ramach projektu pn. "Prace na linii kolejowej nr 22 i 25 na odcinku Gałkówek Tomaszów Maz. Radom oraz na przyległych łącznicach" (nr postępowania: 9090/IRZR3/08211/02379/21/P).

Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 z późn. zm.) Zwanej dalej „Pzp” lub „ustawą”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2021/S 090-234151 z dnia 10 maja 2021 r.

W dniu 18 października 2021 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało wniesione odwołanie przez wykonawcę Strabag Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie (zwanego dalej Odwołującym) od niezgodnych z przepisami Pzp zaniechań i czynności Zamawiającego podjętych w przebiegu postępowania a polegających na zaniechaniu odrzucenia oferty Konsorcjum spółek Trakcja System Sp. z o.o. (Lider) i Track Tec Construction Sp. z o.o. (Partner), zwanych dalej w skrócie „Konsorcjum”, oraz wyborze oferty tego Wykonawcy jako najkorzystniejszej z naruszeniem przepisów Pzp, co doprowadziło do dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy, który podlega wykluczeniu z postępowania, a jego oferta winna zostać odrzucona.

Zaskarżonym czynnościom Zamawiającego Odwołujący zarzucił naruszenie:

1. art. 224 ust. 5 i ust. 6 Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp poprzez błędną ocenę wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Konsorcjum i w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty tego Wykonawcy,
 2. art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 224 ust. 6 oraz art. 224 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum, pomimo że oferta tego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę,
- a w konsekwencji naruszeń wskazanych w pkt 1 i 2 naruszenie:

3. art. 16 pkt 1 i 2 oraz art. 17 ust. 2 Pzp poprzez ich niezastosowanie i prowadzenie postępowania w sposób sprzeczny z zasadą uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, przejrzystości i w konsekwencji wybór oferty Konsorcjum niezgodnie z przywołanymi wyżej przepisami Pzp.

W oparciu o przedstawione wyżej zarzuty Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu:

- 1 unieważnienie czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum,
- 2 nakazanie odrzucenia oferty Konsorcjum Trakcja System Sp. z o.o. (Lider) i Track Tec Construction Sp. z o.o. (Partner), a w konsekwencji:
- 3 dokonanie ponownej oceny ofert i dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego,
- 4 dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z treści dokumentów Postępowania, dowodów załączonych do odwołania oraz ewentualnych dowodów złożonych na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Odwołujący wskazał, że posiada interes prawny w rozumieniu art. 505 ust. 1 Pzp we wniesieniu odwołania. Oferta Odwołującego została sklasyfikowana na drugim miejscu w rankingu ofert. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisów ustawy, interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, albowiem został on pozbawiony możliwości realizacji przedmiotowego zamówienia.

W przypadku zamówień publicznych za szkodę uznaje się zasadniczo pozbawienie korzyści wynikających z uzyskania zamówienia — (por.: wyrok KIO z 08.08.2017r., sygn. KIO 1583/17). Przy prawidłowych czynnościach Zamawiającego, Odwołujący może pozyskać przedmiotowe zamówienie do realizacji. Uwzględnienie niniejszego odwołania i odrzucenie oferty Konsorcjum, spowodowałyby, że jako najkorzystniejsza zostałaby wybrana oferta Odwołującego. Wskutek naruszenia wskazanych przepisów Pzp przez Zamawiającego, Odwołujący pozbawiony został możliwości wykonania zamówienia, pomimo że złożona przez niego oferta nie podlega odrzuceniu i jest najkorzystniejsza w przedmiotowym postępowaniu.

W dniu 6 października 2021 r. Zamawiający dokonał wyboru - jako najkorzystniejszej - oferty złożonej przez Konsorcjum spółek Trakcja System Sp. z o.o. (Lider) i Track Tec Construction Sp. z o.o. (Partner), zwanych dalej w skrócie Konsorcjum.

Wybór oferty Konsorcjum poprzedziło postępowanie wyjaśniające w zakresie rażąco niskiej ceny. Pismem z dnia 27 lipca 2021 r. Zamawiający wezwał Konsorcjum do udzielenia

szczegółowych wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny zaproponowanej dla przedmiotowego zamówienia, w tym do złożenia dowodów, zgodnie z art. 224 ust. 1 oraz art. 224 ust. 2 pkt 1 Pzp. Zamawiający wskazał, że oczekuje podania istnienia konkretnych uwarunkowań i obiektywnych czynników, towarzyszących realizacji zamówienia

i mających wpływ na wysokość oferowanej ceny wraz z przedstawieniem ich opisu oraz skali tego wpływu (merytorycznego i finansowego).

Złożone przez Konsorcjum wyjaśnienia ograniczają się do ogólnikowych zdań, które nie zawierają jakichkolwiek szczegółowych wyjaśnień co do zaoferowanej ceny, a tym samym nie obalają domniemania rażąco niskiej ceny.

Ad. 1 zarzutów odwołania

W realiach niniejszej sprawy Konsorcjum nie udowodniło, że Jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Opierając się na udostępnionej przez Zamawiającego korespondencji stanowiącej odpowiedź na wezwanie Zamawiającego, należy zarzucić Konsorcjum złożenie oferty zawierającej rażąco niską cenę. Konsorcjum nie sprostało wymogom określonym w art. 224 ust. 5 PZP. Wykonawca ten w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego nie wykazał, że jest możliwe zrealizowanie przez niego zadania w zaoferowanej cenie.

Z treści art. 224 ust. 5 i 6 PZP oraz ugruntowanego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej w zakresie rażąco niskiej ceny wynika, że w przypadku wystosowania przez zamawiającego do wykonawcy wezwania o złożenie wyjaśnień w przedmiocie ceny lub kosztu oferty to na wykonawcy spoczywa obowiązek złożenia zamawiającemu kompletnych i konkretnych wyjaśnień, wraz z dowodami. Jak wskazał Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 9 kwietnia 2010 r., sygn. akt IV Ca 1299/09, "Wyjaśnienia powinny być jak najbardziej szczegółowe i zawierać wszystkie aspekty mające wpływ na cenę, tak aby nie pozostawiały wątpliwości co do prawidłowego jej wyliczenia, a jednocześnie nie mogą opierać się tylko na samych oświadczeniach wykonawcy".

Nieprzedstawienie kompletnych i wystarczająco konkretnych wyjaśnień skutkuje ziszczeniem się przesłanki odrzucenia oferty wskazanej w art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 PZP. Jak wynika z przepisu art. 224 ust. 6 PZP zaistnienie przesłanki do odrzucenia oferty ma miejsce wówczas, gdy Wykonawca nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

Wyjaśnienia złożone przez Konsorcjum są ogólnikowe, lakoniczne i nie wykazują faktycznych, możliwych do uzyskania oszczędności zaoferowanej ceny. Konsorcjum ograniczyło się do stwierdzenia, że złożona oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny; w ofercie uwzględniono koszty pracy i pozostałe koszty wynagrodzenia, a także oferty podwykonawcze i ceny materiałów uzyskane od dostawców. Konsorcjum wbrew treści wezwania Zamawiającego nie wskazało konkretnych uwarunkowań i obiektywnych czynników, towarzyszących realizacji zamówienia i mających wpływ na wysokość oferowanej ceny wraz z przedstawieniem ich opisu oraz skali tego wpływu zarówno merytorycznego jak i finansowego.

Odwołujący wskazuje, że wyjaśnienia Konsorcjum, udzielone w trybie art. 224 ust. 1 PZP, nie mogą mieć charakteru ogólnego, nie mogą ograniczać się do zapewnienia, że wykonawca będzie w stanie zrealizować zamówienie za podaną w ofercie cenę. Takie wyjaśnienia są niewystarczające dla wykazania przed Zamawiającym realności ceny i możliwości zrealizowania zadania.

Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 20.11.2020r., *sygn. akt: KIO 2788/20*: „Wyjaśnienia wykonawcy, udzielone w trybie art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. *Prawo zamówień publicznych*, nie mogą mieć charakteru ogólnego, nie mogą ograniczać się do zapewnienia, że wykonawca będzie w stanie zrealizować zamówienie za podaną w ofercie cenę. Wykonawca, wezwany do udzielenia wyjaśnień, jest zobowiązany szczegółowo wskazać konkretne, dające się zweryfikować czynniki umożliwiające mu skalkulowanie ceny lub kosztu na niskim poziomie. Tym bardziej, że na mocy art. 90 ust. 3 ustawy zamawiający jest zobowiązany odrzucić ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień, lub jeżeli dokonana ocena złożonych przez wykonawcę wyjaśnień oraz dostarczonych dowodów potwierdzi, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.”

Odwołujący podnosi, że Konsorcjum nie przedstawiło — wbrew swojemu obowiązkowi dowodów na wykazanie, że uzyskało oszczędności umożliwiające mu uzyskać tak niską cenę.

Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza „Przesłanka braku wyjaśnień zostaje spełniona także w przypadku udzielenia przez wykonawcę niewystarczających wyjaśnień, w szczególności niekompletnych i zbyt ogólnych, nie pozwalających na dokonanie oceny oferty pod kątem tego czy nie zawiera rażąco niskiej ceny” — wyrok KIO z 13.11.2021r. KIO 2197/19.

Z wyjaśnień Konsorcjum wynika, że jako jedyne dowody w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu zostały do nich załączone oferty podwykonawcze i dostawców materiałów oraz kosztorys ofertowy. Zgodnie z art. 224 ust. 5 PZP obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu, spoczywa na wykonawcy. W postępowaniu wyjaśniającym prowadzonym przez zamawiającego ciężar dowodu spoczywa na wykonawcy i to on powinien obalić powyższe domniemanie stosownymi wyjaśnieniami.

Konsorcjum nie udzieliło szczegółowych wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny zaproponowanej dla przedmiotowego zamówienia oraz nie złożyło dowodów w zakresie wyliczenia ceny za realizację zamówienia, a tym samym wbrew dyspozycji art. 224 ust. 5 PZP nie wykazało, że złożona przez Konsorcjum oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu.

Podane, ogólnikowo i lakonicznie okoliczności bez wykazania ich dowodami nie stanowią potwierdzenia dla realności zaoferowanej ceny ani możliwości zrealizowania zadania. Niewystarczające dla obalenia domniemanie rażąco niskiej ceny są również same deklaracje i zapewnienia wybranego Wykonawcy, że wycenił on swoją ofertę profesjonalnie.

Ad. 2 zarzutów odwołania

Konsorcjum zaoferowało realizację zamówienia za kwotę 29 537 994,77 zł netto, tj. 36 331 733,57 zł brutto. Zaproponowana cena odbiega od pozostałych cen zaoferowanych w postępowaniu.

Oferta złożona przez Konsorcjum jest niższa o 2.428.463,56 zł netto od oferty Odwołującego; niższa o 2.900.712,03 zł netto od oferty Wykonawcy, którego oferta uzyskała w kryterium oceny ofert 3 miejsce (tj. Konsorcjum spółek ART In Energy Sp. z o.o. i INTOP Warszawa Sp. z o.o.) i niższa o 3.184.804,64 zł netto od oferty Wykonawcy, którego oferta uzyskała w kryterium oceny ofert 4 miejsce (tj. PKP ENERGETYKA S.A.). Są to różnice, które budzą wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymogami SWZ.

Ponadto wskazać należy, iż lakoniczna treść złożonego przez Konsorcjum wyjaśnienia rażąco niskiej ceny bez wskazania na konkretne uwarunkowania i obiektywne czynniki mające wpływ na zaoferowaną cenę, potwierdzają domniemanie, że cena oferty tego wykonawcy jest ceną rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza „ (...) *punktem odniesienia dla określenia rażąco niskiej ceny są przede wszystkim: wartość przedmiotu zamówienia, ceny zaproponowane w innych ofertach, złożonych w postępowaniu oraz wiedza, doświadczenie życiowe i rozeznanie warunków rynkowych jakimi dysponują członkowie komisji przetargowej zamawiającego.*” vide: wyrok KIO z 12.10.2020r.

Zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej — „Ceną rażąco niską jest cena nierealistyczna, za którą nie jest możliwe wykonanie zamówienia w należyty sposób i która wskazuje na zamiar realizacji zamówienia poniżej kosztów własnych wykonawcy, niepozwalająca na wygenerowanie przez niego zysku. W orzecznictwie wskazywano, iż o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne” (wyrok z dnia 17.01.2019r., sygn. akt: KIO 2685/19)

„O zjawisku rażąco niskiej ceny będziemy mówili, kiedy cena w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego wartości, a różnica ta nie będzie uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi wykonawcy bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, to zamówienie wykonać” - Wyrok KIO z 05.06.2018r. KIO 1012/18.

Odwołujący wskazuje, że oferta złożona przez Konsorcjum zawiera nie tylko rażąco niską cenę całkowitą, ale w szczególności rażąco niską cenę w odniesieniu do istotnych części składowych ceny, które stanowią pozycje kosztorysowe dotyczące kotwien bezpieczeństwa i słupów strunobetonowych wirowanych.

Ustawodawca wprawdzie nie wyjaśnia pojęcia istotnej części składowej ceny lub kosztu, jednak zgodnie z ugruntowanymi poglądami doktryny i orzecznictwa „Pojęcie istotności części składowej ceny lub kosztu należy interpretować m.in. przez odniesienie się do istotności części przedmiotu zamówienia, przynależnej danej części składowej ceny lub kosztu. Przykładowo jeżeli określone prace w ramach realizacji zamówienia mają dla zamawiającego istotne znaczenie, to powinien on mieć prawo zbadania, czy za prace te wykonawca oferuje cenę, która nie została przez niego rażąco zaniżona. Istotnymi częściami składowymi ceny lub kosztu będą te części składowe, które ze względu na ich wartość, a także wielkość lub rozmiar, a tym samym znaczący udział w całości zamówienia, mają wpływ na wykonanie zamówienia. (vide: Gawrońska-Baran Andrzeja i in., Prawo zamówień publicznych. Komentarz, WKP 2021).

Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 22 grudnia 2017r. (sygn. KIO 2588/17): „(...) ceny składowe czy ceny jednostkowe mogą być badane w zakresie rażąco niskiej ceny, w sytuacji kiedy mogą zaważyć na należywym wykonaniu przyszłej umowy. Regulacje dot. rażąco niskiej ceny mają na celu zabezpieczenie zamawiającego (w tym interesu publicznego), przed koniecznością zawierania umowy z wykonawcą oferującym cenę na tyle niską, iż wątpliwym wydaje się, że wykonawca ten wykona umowę, ewentualnie, iż wykona ją należycie. A zatem, przesłanką stosowania regulacji dot. rażąco niskiej ceny powinno być zagrożenie należytego wykonania umowy”.

Odwołujący poniżej przedstawia zestawienie cen zaoferowanych na kotwienia bezciężarowe i słupy strunobetonowe wirowane przez Strabag sp. z o.o., zwycięskie Konsorcjum spółek Trakcja System Sp. z o.o. i Track Tec Construction Sp. z o.o. oraz Konsorcjum spółek ART In Energy Sp. z o.o. i INTOP Warszawa Sp. z o.o., którego oferta uzyskała w kryterium oceny ofert 3 miejsce.

Nazwa firmy	Wartość słupów strunobetonowych wirowanych (ETG) w PLN netto	Wartość kotwień bezciężarowych w PLN netto	Wartość materiału całościowo w PLN netto
Konsorcjum (Trakcja System Sp. z o.o. oraz Track Tec Construction Sp. z o.o.)	1 355 150,00	2 048 632,108	17 141 953,39
STRABAG	1 700 090,00	2 700 090,00	19 200 631,58
Konsorcjum Art In Energy sp. z o.o. oraz Intop Warszawa sp. z o.o.	1 483 310,00	2 568 643,00	20 486 303,27

Z powyższego zestawienia wyraźnie wynika, że cena przyjęta przez Konsorcjum dla pozycji: kotwienia bezciężarowe oraz słupy strunobetonowe wirowane, jest rażąco niska w stosunku do cen podanych przez innych Wykonawców, przy czym Konsorcjum nie przedłożyło jakichkolwiek dowodów potwierdzających, że jest w stanie uzyskać przedmiotowe materiały w zaoferowanej wyjątkowo niskiej cenie.

W wyjaśnieniach Konsorcjum nie przedstawiło jakichkolwiek dowodów potwierdzających przyjętą cenę w odniesieniu do ceny oferty, w szczególności w odniesieniu do następujących pozycji: kotwienia bezciężarowe i słupy strunobetonowe wirowane, w szczególności Konsorcjum nie przedstawiło ofert dostawców tychże materiałów.

Odwołujący podnosi, że kotwienia bezciężarowe i słupy strunobetonowe wirowane są istotnymi częściami składowymi ceny. Zamawiający jednoznacznie określił w PFU rodzaj materiałów, które wykonawca ma zastosować do budowy sieci, wskazując właśnie na słupy strunobetonowe wirowane (str. 28 pkt 3.7.9.4 ppkt 1 PFU) oraz na kotwienia bezciężarowe (str. 29 pkt 3.7.9.5 ppkt 6 PFU).

Odwołujący wskazuje, że procentowy udział wszystkich koniecznych do wykonania przedmiotu zamówienia materiałów w ofercie Konsorcjum szacuje się na poziomie 58 % wartości oferty netto, w tym 7,91 % to udział samego materiału dotyczącego słupów

strunobetonowych wirowanych oraz 11,95% kotwień bezciężarowych. Wskazuje to na znaczący wpływ powyższych materiałów na wartość oferty. Obrazuje to tabelaryczne zestawienie procentowych udziałów materiału w złożonych ofertach Odwołującego oraz Konsorcjum na potwierdzenie, iż słupy strunobetonowe wirowane oraz kotwienia bezciężarowe stanowią istotną część zamówienia.

Nanwa firmy	Wartość zł (netto)	Procentowy udział materiału w ofercie %	Procentowy udział słupów ETG w ofercie %	Procentowy udział słupów ETG w materiale %	Procentowy udział kotwień bezciężarowych w ofercie %	Procentowy udział kotwień bezciężarowych w materiale %
STRABAG oferta	31 966 458,33					
Wartość materiału całościowo	19 200 631,58	60,06%				
Wartość słupów strunobetonowych wirowanych (ETG)	1 700 090,00		5,32%	8,85%		
Wartość kotwień bezciężarowych	2 700 090,10					
Konsorcjum oferta	29 537 994,77					
Wartość materiału całościowo	17 141 953,39	58,03%				
Wartość słupów strunobetonowych wirowanych ETG	1 355 150,00		4,59%	7,91%		
Wartość kotwień bezciężarowych	2 048 632,08				6,94%	11,95%
Różnica STR - Konsorcjum oferta:	2 428 463,56					
Różnica STR - Konsorcjum materiał	2 058 678,19	2,03%				
Różnica STR Konsorcjum słupy ETG:	344 940,00		0,73%	0,95%		
Różnica STR Konsorcjum kotwienia:	651 457,92				1,51%	2,11%

Jednocześnie należy mieć na uwadze, że „Zamawiający w pkt. 12.5. IDW wskazał, iż Wykonawca musi dołączyć do oferty 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 i jest różna od zera. 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.”

Odwołujący wskazuje, że w przypadku Konsorcjum nie istnieją żadne szczególne okoliczności, które byłyby właściwe wyłącznie dla niego, a które pozwoliłyby zaoferować mu tak niską cenę w porównaniu z innymi wykonawcami.

W dniu 20 października 2021 r. do postępowania odwoławczego zgłosili przystąpienie po stronie Zamawiającego wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie: Trakcja

System sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu oraz Track Tec Construction sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (dalej jako Przystępujący) wnosząc o oddalenie odwołania.

W dniu 4 listopada 2021 r. Odwołujący złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości jako bezzasadnego. Wskazał, że Na etapie oceny ofert, Zamawiający wezwał wykonawców:

- a) Odwołującego, który zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę całkowitą netto: 31 966 458,33 brutto: 39 318 743,75 zł;
- b) Konsorcjum w składzie: ART In Energy Sp. z o.o. (Lider) ul. 11 Listopada 65 95-040 Koluszki INTOP Warszawa Sp. z o.o. (Partner) ul. Łukasza Drewny 70 02-968 Warszawa, które zaoferowało wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę całkowitą netto: 32 438 706,80 brutto: 39 899 609,36 zł;
- c) Konsorcjum w składzie: TRAKCJA SYSTEM Sp. z o.o. (Lider) Al. Lipowa 3 53-124 Wrocław TRACK TEC CONSTRUCTION Sp. z o.o. (Partner) ul. Wyścigowa 3 53-011 Wrocław (dalej: „Konsorcjum Trakcja”) które zaoferowało wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę całkowitą netto:: 29 537 994,78, brutto: 36 331 733,58 zł.,

do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny, powołując się przy tym na art. 224 ust. 1 ustawy PZP i 224 ust. 2 pkt 1 ustawy PZP tj. okoliczność, że ceny całkowite ofert były niższe o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu.

Po przeanalizowaniu złożonych przez ww. wykonawców wyjaśnień, Zamawiający uznał, że wykazali oni, iż ich oferty nie zawierają rażąco niskiej ceny, w związku z czym, w dniu

6 października 2021 r., Zamawiający dokonał wyboru – jako najkorzystniejszej – oferty jednego z tych wykonawców – Konsorcjum Trakcja, który zaoferował najniższą cenę za realizację przedmiotu zamówienia, i jest to cena stanowiąca ok 7% mniejszą wartość niż cena Odwołującego.

Wskazał również, powołując się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, że *w zakresie zarzutów odnoszących się do rażąco niskiej ceny oferty, należy rozróżnić potrzebę uwiarygodnienia podnoszonego zarzutu od ciężaru dowodowego wykazania, że zaoferowana w ofercie cena nie jest rażąco niska. Nie jest wystarczające wskazanie ogólnikowe w odwołaniu tylko zarzutu rażąco niskiej ceny oferty, ale niezbędne jest wykazanie poprzez opis stanu faktycznego i dokonane wyliczenia, że podniesiony zarzut jest uprawdopodobniony (wyrok z dnia 6 kwietnia 2021 r. sygn. akt. KIO 714/21), a odwołujący tak rozumianej konieczności wykazania zarzutu nie podał. Wprawdzie stwierdza, że oferta Konsorcjum Trakcja zawiera rażąco niską cenę, ale czyni to niejako jedynie na podstawie*

faktu, że jest to cena niższa niż cena zaoferowana przez Odwołującego, a na poparcie tych tez służyć mają jedynie sporządzone wybiórczo wyliczenia (odpowiednio tabela przedstawiająca wartości słupów, kotwieni i materiału całościowo - str. 7 odwołania oraz tabela porównawcza pozycji w ofertach Odwołującego i Konsorcjum Trakcja – str. 8 odwołania).

Należy zatem wskazać, że wyliczenia te przygotowane są pod z góry określoną tezę. W przypadku drugiej z tabel mającej świadczyć o zaniżeniu istotnej części składowej (słupy strunobetonowe oraz kotwienia bezciągarowe) różnice w poszczególnych pozycjach w porównywanych ofertach (3 ostatnie wiersze) według wyliczeń Odwołującego – zdaniem Zamawiającego - są minimalne (od 0,73 do maksymalnie 2.11 punktu procentowego). Wnioskiem z powyższych porównań powinno być stwierdzenie, że planowana przez Konsorcjum Trakcja technologia robót jest mniej materiałochłonna, chociaż różnice nie są wielkie. Należy mieć na uwadze, że prace będą realizowane w systemie Zaprojektuj-Wybuduj.

Analiza złożonych przez Konsorcjum Trakcja wyjaśnień w konfrontacji z wyjaśnieniami Odwołującego wskazuje m.in. że zaproponowany niższy poziom cen wynika z pozyskania niższych cenowo ofert podwykonawców i dostawców materiałów.

Różnica pomiędzy cenami jednostkowymi daje wartości nie większe niż ok 5 %. Jest to różnica nieznacząca. Na wartość słupów ogółem ma wpływ również ich ilość. Ilości te (a przez to wartości) mogą być różne, w zależności od projektu sieci trakcyjnej, co jest przecież w gestii samych wykonawców i stanowi przedmiot zamówienia (Odwołujący skalkulował ogółem 791 słupów, a pozostali badani wykonawcy odpowiednio 723 i 667 słupów).

Także w zakresie urządzeń TUN, w ofercie firmy STRABAG brak cen jednostkowych. Porównanie ofert Konsorcjum Trakcja oraz firmy AiE wykazuje niewielką różnicę w granicach 7%. Wpływ na mniejszą cenę oferty TRAKCJI może mieć to, że oferta na ten asortyment jest pomniejszona w zakresie śrub rzymskich oraz izolatorów ciągnowych, które to urządzenia wycenione zostały w RCO Konsorcjum Trakcja odrębnie. Nie ma przy tym żadnej niezgodności z dokumentami postępowania czy wymaganiami Zamawiającego.

Także wbrew twierdzeniom Odwołującego wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum Trakcja nie można uznać za ogólnikowe, czy pozbawione konkretnych uwarunkowań pozwalających na obronę rynkowości zaproponowanej ceny oferty. Wyjaśnienia są bowiem szczegółowe i drobiazgowo, zawierają dokładną kalkulację ceny ofertowej oraz szereg dowodów (oświadczeń potencjalnych dostawców) potwierdzających, że zaoferowane ceny jednostkowe znajdują oparcie w realiach rynkowych, a w konsekwencji również cena globalna została skalkulowana prawidłowo.

W dniu 5 listopada 2021 r. Przystępujący złożył pismo procesowe, w którym wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Przystępujący zauważył, że w Postępowaniu złożonych zostało 11 ofert. Większość spośród złożonych ofert (w tym oferta Przystępującego) opiewała na porównywalne kwoty. Powodem wszczęcia procedury wyjaśniającej cenę, była wynosząca ponad 30%, różnica pomiędzy ceną ofertową Przystępującego a szacunkową wartością zamówienia, którą Zamawiający oszacował na wysokim poziomie. Oferta Odwołującego również była niższa od szacunkowej wartości zamówienia o ponad 30% (i była badana pod kątem rażąco niskiej ceny). Przystępujący nie kwestionuje prawa Zamawiającego do badania ceny ofertowej przez pryzmat jej relacji z szacunkową wartością zamówienia, ale to właśnie stosunek do innych ofert oddaje realny obraz prawidłowości wyceny (szczególnie w przypadku tak dużej konkurencyjności jaka miała miejsce w Postępowaniu). Przystępujący wskazał, że oferta Odwołującego jest tylko o 8% wyższa od oferty Przystępującego, a na bardzo zbliżonym poziomie (różnica ok. 10%) wyceniło swoje oferty jeszcze trzech inni wykonawcy). Ponadto w zakresie wyceny kosztów wymiany sieci trakcyjnej dla szlaków wchodzących w zakres niniejszego zamówienia (co stanowi zdecydowaną większość zakresu zamówienia), jedynie w przypadku jednego ze szlaków Przystępujący zaoferował rozwiązanie najtańsze. W pozostałym zakresie wycena Przystępującego była wyższa niż innych wykonawców.

Przystępujący podkreślił również powiązanie udzielonych wyjaśnień z treścią kierowanego do wykonawcy wezwania, na które również zwraca uwagę Krajowa Izba Odwoławcza w wyrokach o sygn. akt KIO 1/20 oraz o sygn. akt 63/19. Zakres informacji, które przedstawić powinien wykonawca w odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny stanowi konsekwencję treści wezwania. Analiza Wezwania pozwala na ustalenie, że Zamawiający skierował do Przystępującego żądanie o treści standardowej (często formułowanej przez instytucje zamawiające w przypadku, gdy wyceny ofertowe nie budzą ich wątpliwości, lecz zobligowani są do przeprowadzenia procedury wyjaśniającej). Świadczy o tym: (i) brak przywołania konkretnych pozycji Rozbicia Ceny Ofertowej („RCO”), które budzą wątpliwości Zamawiającego, (ii) brak przywołania konkretnych zakresów przedmiotowych (choćby w odniesieniu do kluczowych materiałów, których wartość została zagregowana w RCO) w kontekście ich wyceny przez Przystępującego. Obowiązkiem Przystępującego, zgodnie z treścią Wezwania, było zatem „udzielenia szczegółowych wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny zaproponowanej dla przedmiotowego zamówienia, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny za realizację zamówienia” (str. 1 Wezwania). Przystępujący miał wskazać uwarunkowania, które pozwoliły zaoferować wycenę na określonym poziomie, przy czym Zamawiający jednoznacznie podkreślił, że obowiązkiem Przystępującego jest złożyć

dowody potwierdzające powyższe. Podkreślił, że Przystępujący wywiązał się spoczywającego na nim obowiązku.

Odwołujący dysponował większością materiału dowodowego (w tym szczegółowym kosztorysem Przystępującego) składanego wraz z Wyjaśnieniami przez Przystępującego, to nie sposób zaakceptować sytuacji, w której, formułując zarzut dotyczący rażąco niskiej ceny, nie stawia On skonkretyzowanych (odnoszących się do konkretnych elementów wyceny) zarzutów. Dowodzi to, że Odwołujący nie był w stanie sformułować precyzyjnych zarzutów, które w jakimkolwiek stopniu potwierdzałyby tezy odwołania. Odwołujący buduje swoją opinię o niewykazaniu realności ceny ofertowej przez Przystępującego w oparciu o dwa elementy wyceny (słupy strunobetonowe oraz kotwienia bezciężarowe) — są to jednak te elementy, które objęte są ofertami, których Zamawiający nie odtajnił. Na uwagę w tym miejscu zasługuje, że to oczywiście Odwołującego obciąża ciężar wykazania, że postawione zarzuty

są uzasadnione. W przypadku, w którym Odwołujący stawia je w oparciu o część Wyjaśnień, jednocześnie nie kwestionując prawidłowości zastrzeżenia załączników do nich jako tajemnicy przedsiębiorstwa, to tym samym stwierdzić należy, że Odwołujący uznał, że jest w stanie wykazać zasadność zarzutów, opierając się na posiadanych dokumentach.

Przystępujący nie zgadza się z Odwołującym, że relacje z podwykonawcami dostawcami materiałów, skutkujące pozyskaniem korzystnych ofert, nie stanowią „uwarunkowań i obiektywnych czynników” mających wpływ na cenę ofertową, których brak zarzuca Odwołujący. Na uwagę zasługuje, że art. 224 ust. 3 Pzp, który wymienia okoliczności, jakich mogą dotyczyć wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny, stanowiący katalog otwarty. To zatem do wykonawcy należy dobór argumentów (okoliczności), które użyte zostaną przez wykonawcę w składanych wyjaśnieniach. Są one zawsze pochodną specyfiki danego zamówienia, sytuacji wykonawcy oraz innych okoliczności właściwych dla danego postępowania. Z niezrozumiałych dla Przystępującego względów, Odwołujący stara się narzucić Przystępującemu argumentację w zakresie okoliczności, które powinny znaleźć się w Wyjaśnieniach. Jest to o tyle nieuzasadnione, że równałoby się z przyzwoleniem na ingerencję w sposób budowania ceny ofertowej (wskazywane okoliczności są bowiem pochodną tego sposobu). Przystępujący zwraca uwagę na wymienione w art. 224 ust. 3 Pzp chociażby wyjątkowo korzystne warunki dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych lub wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy. A zatem, oferty podwykonawcze czy materiałowe (a także, będący ich pochodną, kosztorys ofertowy) stanowią okoliczności i uwarunkowania mogące potwierdzać prawidłowość wyceny i to w oparciu o te dokumenty Odwołujący powinien wykazać, że cena zaoferowana przez Przystępującego jest rażąco niska (czego jednak Odwołujący nie uczynił).

Dalej, Przystępujący wskazał, że do Wyjaśnień załączone zostały: szczegółowy kosztorys, trzy oferty podwykonawców, sześć ofert dostawców materiałów, które to dowody w prosty i niebudzący wątpliwości sposób pozwoliły Zamawiającemu prześledzić przebieg kalkulacji ceny oszacowanej przez Przystępującego i uznać, że jej realność nie budzi wątpliwości.

Nie sposób zatem zgodzić się z Odwołującym, że Przystępujący uchybił jakimkolwiek obowiązkom w zakresie wykazywania, że cena nie jest rażąco niska. Skoro bowiem Przystępujący pozyskał atrakcyjne oferty od podwykonawców oraz dostawców materiałów, a sposób ich uwzględnienia został szczegółowo zaprezentowany w kosztorysie szczegółowym, to zarzut, rzekomo, lakonicznych i niewystarczających wyjaśnień uznać należy za nieuzasadniony. Trudno również wymagać od wykonawcy przypisywania sobie innych okoliczności/ uwarunkowań, które miałyby rzutować na określony poziom cenowy oferty, skoro to właśnie relacje z podwykonawcami i dostawcami sprzętu pozwoliły na uzyskanie zaoferowanej ceny ofertowej.

Odwołujący wskazuje również na wartość słupów strunobetonowych oraz kotwień bezciężarowych. Zdaniem Odwołującego różnice w wycenach pomiędzy Przystępującym a Odwołującym i jeszcze jednym wykonawcą dowodzić mają rażąco niskiej ceny ofertowej. Również z takim argumentem Przystępujący nie może się zgodzić. Po pierwsze, różnice cenowe w dostępie do materiałów są czymś zupełnie oczywistym i stanowią konsekwencję specyficznych okoliczności właściwych dla danego wykonawcy (jak chociażby relacje z dostawcami materiałów). Po drugie, różnice w cenach materiałów u poszczególnych wykonawców dowodzić mogą co najwyżej odmienności w sytuacji tych podmiotów. To, że dany wykonawca nie jest w stanie pozyskać oferty materiałowej o określonej wartości nie świadczy zatem o rażąco niskim poziomie ceny ofertowej innego podmiotu, lecz o tym, że ten konkretny wykonawca nie ma aktualnie dostępu do materiałów wycenionych na poziomie właściwym dla innego wykonawcy. Ostatecznie dowodzi tego fakt dysponowania przez Przystępującego ofertami dostawców opiekującymi na kwoty odpowiadające ofertowej wycenie słupów strunobetonowych oraz kotwień bezciężarowych. Po trzecie, przywołując sumaryczne zestawienia wartości słupów i kotwień (str. 7 odwołania), Odwołujący zdaje się pomijać, że przedmiot zamówienia obejmuje zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych, zatem liczba planowanych (na etapie opracowywania oferty słupów i kotwień) do wykorzystania w ramach zamówienia może się istotnie różnić w zależności od oferty.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

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

Izba uznała, iż Odwołujący wykazał, iż posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, że Odwołujący przekazał w ustawowym terminie kopię odwołania Zamawiającemu, co zostało potwierdzone na posiedzeniu z udziałem stron i uczestnika postępowania.

Izba uznała za skuteczne zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego i dopuściła wykonawcę do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze Uczestnika postępowania.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

W przedmiotowym postępowaniu zostało złożonych 11 ofert.

Przystępujący złożył ofertę z najniższą ceną, która wynosiła 36. 331.733,58 zł. brutto.

Wartość przedmiotowego zamówienia została ustalona na kwotę 46. 587.668,88 zł.

Zamawiający, na etapie oceny ofert wystąpił z wezwaniem na podstawie art. 224 ust. 1 oraz 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych do udzielenia szczegółowych wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny zaproponowanej w ofertach dla przedmiotowego zamówienia, w tym do złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny za realizację zamówienia do następujących wykonawców:

- a) Odwołującego, który zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę całkowitą netto: 31 966 458,33 brutto: 39 318 743,75 zł;
- b) Konsorcjum w składzie: ART In Energy Sp. z o.o. (Lider) ul. 11 Listopada 65 95-040 Koluszki INTOP Warszawa Sp. z o.o. (Partner) ul. Łukasza Drewny 70 02-968 Warszawa, które zaoferowało wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę całkowitą netto: 32 438 706,80 brutto: 39 899 609,36 zł;
- c) Przystępującego, który zaoferowało wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę całkowitą netto: 29 537 994,78, brutto: 36 331 733,58 zł.

W odpowiedzi na ww. wezwanie z dnia 27 lipca 2021 r. Przystępujący pismem z dnia 3 sierpnia 2021 r. udzielił wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny. Załącznikami do udzielonych wyjaśnień były: kosztorys ofertowy- informacja objęta tajemnicą przedsiębiorstwa Wykonawcy oraz 3 oferty podwykonawców i 6 ofert dostawców materiałów

przeznaczonych do realizacji zamówienia. W treści pisma zawierającego wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, Przystępujący zastrzegł, iż informacje w nim zawarte oraz załącznikach do pisma stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust 4 ustawy z dn. 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. Dz.U. 2020 poz 1913 z późn. zm.), co do której Wykonawca zgodnie z art. 18 ust 3 ustawy z dnia z dnia 11 września 2019 r Prawo zamówień publicznych zastrzega, że nie mogą być one udostępniane.

Pismem z dnia 28 września 2021 r. Zamawiający poinformował Przystępującego, iż z dniem 28 września 2021 r. odtajnia część wyjaśnień (pismo nr TrakcjaSystem/LK22/ŁŻ/2021/08/126 z dnia 03 sierpnia 2021 r. wraz z załącznikami, za wyjątkiem ofert podwykonawców: Mabo Sp. z o.o. oraz STRUNOBET – MIGACZ sp. z o.o.) dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny zaproponowanej, tj. pliki:

1. „LK 22 etap 3 - wyjaśnienia rażąco niska cena”;
2. „22RadziceRadomOfertowy – kosztorys”;
3. „2021_05_31 RRG - lk22 Etap III Trakcja System”;
4. „kol energo oferta”;
5. „Oferta Centrum Paili dla TRAKCIA SYSTEM - LINIA 22 Radom - Radzice 9-07-2021”;
6. „Oferta KOLMINEX 01.07. Trakcja System_000033 (1)”;
7. „Oferta nr 307_6_2021 DROGTECH”;
8. „TIM_WOI_026_DD_2021_01_Trakcja_System”;
9. „ZK 2306_2021 FUK (1)”

które w opinii Zamawiającego nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa – w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2020 r. poz. 1913 ze zm.) (u.z.n.k), przedstawiając uzasadnienie decyzji.

Pismem z dnia 6 października 2021 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej, za którą została uznana oferta złożona przez Przystępującego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie poniższych przepisów Prawa zamówień publicznych, zgodnie z którymi:

Art. 224 ust. 5 - Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

Art. 224 ust. 6 - Odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

226 ust. 1 pkt 8 - Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Art. 224 ust. 1 - Jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

Art. 16 pkt 1 i 2 - Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

- 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
- 2) przejrzysty.

Art. 17 ust. 2 - Zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Izba zważyła co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzoną w sprawie dokumentację, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Izba wskazuje, że rozpoznając zarzuty podniesione w odwołaniu ocenia czynności podjęte przez Zamawiającego, odpowiadając na pytanie czy Zamawiający poprzez wykonanie konkretnych czynności w postępowaniu, lub poprzez zaniechanie czynności do których wykonania był zobowiązany na podstawie ustawy, naruszył przepisy prawa zamówień publicznych.

W analizowanym stanie faktycznym w ocenie Izby, Zamawiający nie naruszył przepisów prawa zamówień publicznych w zakresie wskazanym w odwołaniu.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 224 ust. 5 i ust. 6 Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp poprzez błędną ocenę wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Konsorcjum i w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty tego Wykonawcy, w ocenie Izby zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

W zakresie możliwości uznania ceny oferty za rażąco niską wskazać należy za ugruntowaną linię orzeczniczą KIO i sądów, że za rażąco niską cenę należy uznać taką cenę która jest niewiarygodna dla wykonania przedmiotu zamówienia i jest całkowicie oderwana od realiów rynkowych. Jednakże ocena tej okoliczności zawsze powinna być dokonana z uwzględnieniem przedmiotu zamówienia, jego specyfiki i towarzyszących mu realiów rynkowych, w oparciu o dostępne Zamawiającemu informacje, które uzyskał w wyniku przedstawienia przez wezwanego wykonawcę wyjaśnień. Wykonawca winien podać Zamawiającemu wszystkie informacje dotyczące kalkulacji zaoferowanej ceny, w tym informacje dotyczące sposobu kalkulacji, uwarunkowań w jakich dokonywał kalkulacji, szczególnych przesłanek warunkujących przyjęty sposób kalkulacji oraz innych istotnych elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, jak np. korzystne upusty, sprzyjające w oparciu o konkretne informacje warunki finansowe, uzyskane specjalne oferty, a dowodzące możliwości zaoferowania ceny obniżonej w stosunku do wartości zamówienia. Wyjaśnienia wykonawcy stanowiące informacje w zakresie ceny powinny umożliwić Zamawiającemu podjęcie decyzji, co do przyjęcia bądź odrzucenia oferty. Podkreślenia wymaga, że Zamawiający informacje dotyczące indywidualnych elementów kalkulacji danej ceny jak również okoliczności, które wpływają na daną kalkulację uzyskuje od danego wykonawcy w wyniku wezwania do złożenia wyjaśnień w określonym przez Zamawiającego terminie. Tym samym wykonawca składający wyjaśnienia Zamawiającemu, winien wskazać wszystkie okoliczności, które stanowiły podstawę dokonanej wyceny. Wyjaśnienia winny być jasne, konkretne i spójne. Winny być adekwatne do przedmiotu zamówienia, uwzględniać jego założenia oraz specyfikę właściwą np. dla danej branży. Ponadto winny wskazywać okoliczności i podstawę obniżenia przez wykonawcę ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia. Nie ulega wątpliwości, iż to na wykonawcy ciąży obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Izba podziela stanowisko zawarte w wyroku o sygnaturze akt KIO 17/18, zgodnie z którym nadal aktualność swą zachowuje stanowisko wypracowane w dotychczasowym orzecznictwie Izby i sądów powszechnych, wskazujące że Izba może ocenić i stwierdzić jedynie czy wyjaśnienia w przedmiocie elementów zaoferowanej ceny były wystarczające, a ich ocena dokonana przez Zamawiającego prawidłowa. Konsekwencją utrzymywanej wykładni przepisów jest słuszne stanowisko w sprawie, odnoszące się do konieczności odrzucenia oferty, w przypadku gdy złożone wyjaśnienia cenowe były zbyt niekonkretne, lakoniczne i generalnie nie wykazywały możliwości zaoferowania przez danego wykonawcę ceny tak niskiej. Mając na uwadze iż obowiązek wykazania że cena nie jest rażąco niska spoczywa na wykonawcy, nadal zachowuje swoją aktualność wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 30 lipca 2014 r. (sygn. akt XXIII Ga 1293/14), w którym podkreślono znaczenie staranności wykonawcy w składaniu wyjaśnień, w zakresie ceny lub kosztu, a

także wskazano na konieczność uznania, że cena ofertowa jest ceną rażąco niską, w przypadku braku przedstawienia przez wykonawcę takich wyjaśnień, które wykażą że oferowana przezeń cena rażąco niską nie jest. Podane tezy odnoszące się do wymaganej zawartości i jakości wyjaśnień składanych Zamawiającemu zostały sformułowane przez orzecznictwo jeszcze na gruncie uprzednio obowiązujących przepisów. Natomiast w obecnie obowiązującym stanie prawnym ustawodawca właściwie przesądził ich słusność, wprost wskazując w przepisie ustawy, że to wykonawca powinien wykazać Zamawiającemu, że cena jego oferty lub cena istotnej części składowej oferty nie jest rażąco niska, i musi wykazać to na etapie postępowania o udzielenie zamówienia. Tym samym jak najbardziej aktualna i wymagająca podkreślenia, jest wyrażana w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i sądów powszechnych teza o wymaganej staranności wykonawcy w składaniu wyjaśnień, w zakresie wyjaśnienia ceny lub kosztu lub ich istotnych części składowych a tym samym ryzyku jakie ponosi wykonawca w przypadku uznania, że wyjaśnienia są niewystarczające do wykazania legalnego charakteru jego ceny. Izba wskazuje, że nie istnieje jeden optymalny i właściwy kształt czy sposób dowodzenia okoliczności związanych z kalkulacją ceny dokonanej przez wykonawcę i sposobu prezentowania okoliczności umożliwiających mu jej zaoferowanie.

Sposób wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny zależy od indywidualnych okoliczności sprawy, zwłaszcza w związku z rodzajem podawanych informacji, będzie można ocenić i przyjąć konieczny sposób i stopień uwiarygodnienia podawanych danych. Niewątpliwie 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.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt analizowanej sprawy, nie sposób zgodzić się z Odwołującym, iż wyjaśnienia rażąco niskiej ceny złożone przez Przystępującego są zbyt ogólne i niedokładne, a także że należy je ocenić w taki sposób, jakby Przystępujący wyjaśnień nie złożył.

Odwołujący stawia zarzut opierając się wyłącznie na samej treści pisma Przystępującego dotyczącego wyjaśnień ceny, całkowicie pomijając treści okoliczności przedstawione w załącznikach do pisma. Tymczasem mechanizm udzielonych wyjaśnień polega na złożeniu ogólnego pisma, stanowiącego wprowadzenie do konkretnej, bardzo precyzyjnej treści wyjaśnień ceny, przedstawionej przez Przystępującego wręcz z matematyczną dokładnością w kosztorysie ofertowym, oraz ofertach dostawców i podwykonawców, potwierdzających realność przyjętych założeń i obliczeń. Wyliczenia zawarte w kosztorysie oraz złożone dowody w postaci ofert dostawców i podwykonawców stanowią całość z pismem, które Przystępujący złożył w odpowiedzi na wezwanie do

wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, zatem ocena wyjaśnień zawartych w samym piśmie nie może odbyć się z pominięciem załączonego kosztorysu ofertowego i dowodów, bowiem Przystępujący wyjaśnienia ceny zawarł w każdym, ze złożonych dokumentów, i ich analiza musi być dokonana łącznie, w oparciu o treść zawartą w każdym z nich. Samo pismo z 3 sierpnia 2021 r., w ocenie Izby stanowić może jedynie tło dla konkretnych i wymiernych danych podawanych w ramach wyjaśnień oraz dopełnienie informacji zawartych w kosztorysie

i złożonych dowodach. W żaden sposób nie można go traktować jako samodzielnej podstawy do oceny złożonych wyjaśnień ceny lub ich zasadniczej treści, jak to czyni Odwołujący, opierając się wyłącznie wybiórczo na wybranych przez siebie fragmentach wyjaśnień złożonych przez Przystępującego.

Podkreślenia wymaga również, że Odwołujący stawiając zarzut naruszenia art. 224 ust. 5 i ust. 6 Pzp w związku z art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp poprzez błędną ocenę wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Przystępującego, nie wykazał dlaczego w jego ocenie, złożone wyjaśnienia były niewystarczające dla wykazania, że cena zaoferowana przez Przystępującego nie jest ceną rażąco niską. Odwołujący nie zakwestionował żadnego z elementów kosztorysu ofertowego ani złożonych dowodów, nie zakwestionował sposobu wyliczenia ceny, założeń przyjętych do kalkulacji ceny, formy, w jakiej Przystępujący przedstawił wyliczenie ceny, nie wykazał dlaczego cena Przystępującego jest ceną nierealną, co potwierdza brak zasadności stawianego zarzutu.

Należy również podkreślić, że w wezwaniu do wyjaśnienia ceny, Zamawiający nie żądał wyjaśnienia konkretnych pozycji Rozbicia Ceny Ofertowej załączonych do oferty ani odniesienia się do jakiegokolwiek skonkretyzowanego elementu ceny. Wezwanie było ogólne i odnosiło się do całości zaoferowanej ceny. Nie można zatem w oparciu o tak sformułowane wezwanie, stawiać ogólnego zarzutu, że złożone wyjaśnienia rażąco niskiej ceny są niewystarczające do wykazania że cena nie jest rażąco niska. Zwłaszcza, że w treści wyjaśnień Przystępującego zawartych w kosztorysie ofertowym wynika jednoznacznie, w jaki sposób oraz w oparciu o jakie elementy cenotwórcze (potwierdzone dowodami w postaci ofert dostawców i podwykonawców) Przystępujący dokonał kalkulacji ceny. Przystępujący wskazał rzeczywiste uwarunkowania finansowe w jakich dokonał kalkulacji (potwierdzone dowodami), stawkę roboczogodziny dla pracowników, ustaloną na poziomie 61 zł, koszty pośrednie, koszty finansowe, marżę ustaloną na poziomie 15% (mające odniesienie również do zakresu realizowanego samodzielnie), wartość zaangażowanego sprzętu do wykonania zamówienia, co czyni przedstawioną szczegółową kalkulację ceny rzetelną i realną.

Wyjaśnienia są jasne, konkretne i spójne, a także adekwatne do przedmiotu zamówienia, uwzględniające założenia oraz specyfikę właściwą dla przedmiotu zamówienia,

który

-

co istotne, ma być realizowany w formule „zaprojektuj i wybuduj”.

Przedstawione wyjaśnienie wraz z dowodami umożliwiły ocenę zaoferowanej ceny jako realną, rzeczywistą, opartą na realiach rynkowych, dowodząc możliwości zaoferowania ceny obniżonej w stosunku do wartości zamówienia.

Ponadto, w części opisowej wyjaśnień rażąco niskiej ceny (na której wyłącznie budowany jest zarzut odwołania) Przystępujący wskazał – co wykazał w załącznikach do pisma, że wykona przedmiot zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentacji przetargowej, w tym specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz wymogami wynikającymi z powszechnie obowiązujących przepisów, regulacji, norm, w tym sztuki budowlanej. W ofercie uwzględnił koszty pracy i pozostałe koszty wynagrodzenia, których wartość przyjęta do ustalenia ceny była wyższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę. Oferta uwzględnia również oferty podwykonawcze i ceny materiałów uzyskane od dostawców.

Ponadto, załączony do wyjaśnień kosztorys ofertowy stanowi zindywidualizowane na potrzeby niniejszego postępowania opracowanie. Wieloletnia współpraca Wykonawcy z dostawcami

i podwykonawcami pozwoliła na uzyskanie ofert na podstawie których skalkulowano wynagrodzenie Wykonawcy. Poziom cen uzyskiwanych od dostawców i podwykonawców został uzyskany w wyniku połączenia w sposób przemyślany indywidualnie, kilku elementów, np. terminu płatności faktur, okresów i ilości zamówień, planów dostaw, warunków reklamacji, a co najważniejsze dotychczasowej wzorowej historii współpracy, w konsekwencji poziom cen stanowi szczególne know-how Wykonawcy.

W ocenie Izby, Przystępujący udzielając wyjaśnień rażąco niskiej ceny, sprostał oczekiwaniom Zamawiającego zawartym w wezwaniu, co do podania istnienia konkretnych uwarunkowań

i obiektywnych czynników, towarzyszących realizacji zamówienia i mających wpływ na wysokość oferowanej ceny wraz z przedstawieniem ich opisu oraz skali tego wpływu (merytorycznego i finansowego).

W ocenie Izby, udzielone przez Przystępującego wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, potwierdzają w jaki sposób powyższe okoliczności mają ekonomiczne przełożenie na cenę końcową. Informacje podane w wyjaśnieniach są konkretne, jednoznaczne, dokładne, oraz umożliwiają weryfikację zaoferowanej ceny. Wyjaśnienia te, nie dają możliwości uznania zaoferowanej ceny za cenę nierealną, nierynkową, niepozwalającą na wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami zawartymi w dokumentacji przetargowej. Tym samym, zaoferowana cena, nie może być uznana za cenę rażąco niską.

Wobec powyższego zarzut należy uznać za niezasadny.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 224 ust. 6 oraz art. 224 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum, pomimo że oferta tego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę, rozwiniętego w uzasadnieniu odwołania, że cena Przystępującego jest rażąco niska w szczególności w odniesieniu do istotnych części składowych ceny, które stanowią pozycje kosztorysowe dotyczące kotwień bezciężarowych

i słupów strunobetonowych wirowanych, zarzut należy uznać za niezasadny.

Odwołujący zarzuca Przystępującemu, iż dla powyższego asortymentu zaoferował ceny rażąco niskie, opierając się wyłącznie na tym, iż ich wartość w kosztorysie ofertowym jest niższa, niż wartość zaoferowana przez Odwołującego oraz wykonawcę, którego oferta uzyskała 3 miejsce w kryterium oceny ofert. Odwołujący zarzuca również, iż Przystępujący nie przedstawił żadnych ofert, potwierdzających realność zaoferowanych cen.

Izba wskazuje, iż stanowisko Odwołującego w zakresie braku ofert potwierdzających ceny dla kotwień bezciężarowych słupów strunobetonowych wirowanych nie znajduje potwierdzenia w zgromadzonym materiale dowodowym. Oferty dostawców dla ww. asortymentu zostały objęte przez Przystępującego tajemnicą przedsiębiorstwa, jednakże Izba wskazuje, że wartości podane w kosztorysie ofertowym, jak i ceny jednostkowe, znajdują oparcie w treści tych ofert. Ponadto, podkreślenia wymaga, iż odniesienie

się wyłącznie do całościowej wartości słupów strunobetonowych (bez odniesienia do cen jednostkowych i ich ilości) nie jest zasadne, z uwagi na to, że każdy wykonawca zaoferował inną ilość słupów. Okoliczność taka jest wynikiem formuły w jakiej prowadzone jest postępowanie, tj. „zaprojektuj i wybuduj”, a ilość uwzględnionych w wycenie słupów strunobetonowych wirowanych jest efektem założeń przyjętych w indywidualnie opracowanym projekcie przez każdego z wykonawców. Ilości te nie zostały wykonawcom narzucone przez Zamawiającego, zatem wartość podana przez wykonawców w ramach tej pozycji, nie jest elementem porównywalnym, i nie może stanowić wyznacznika rażąco niskiej ceny

w odniesieniu do istotnych części składowych ceny.

W konsekwencji powyższego, za niepotwierdzony i niezasadny Izba uznała również zarzut naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 oraz art. 17 ust. 2 Pzp poprzez ich niezastosowanie i prowadzenie postępowania w sposób sprzeczny z zasadą uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, przejrzystości oraz wybór oferty Przystępującego niezgodnie z przywołanymi wyżej przepisami Prawa zamówień publicznych.

Izba, podziela argumentację zawartą w przywołanych przez Odwołującego wyrokach Krajowej Izby Odwoławczej, które odnoszą się do sytuacji odmiennych niż rozpatrywana, tj. sytuacji, w których wykonawcy nie przedstawili wyjaśnień ceny, potwierdzających, że nie ma ona charakteru rażąco niskiej. Tymczasem wyjaśnienia ceny złożone przez Przystępującego są szczegółowe, zawierają precyzyjną kalkulację ceny wraz z dowodami, potwierdzającymi możliwość zaoferowania cen na wskazanym poziomie, w oparciu o realne wartości rynkowe, zatem tezy zawarte w przywołanych wyrokach nie korespondują z okolicznościami rozpoznawanej sprawy.

W związku z powyższym należało orzec jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 557 oraz art. 574 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 oraz § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 31 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący: