

Sygn. akt: KIO 2145/23

**WYROK**  
**z dnia 10 sierpnia 2023 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:**   **Luiza Łamejko**  
**Rafał Malinowski**  
**Jolanta Markowska**

Protokolant:           Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 sierpnia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 lipca 2023 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Pomorskie Przedsiębiorstwo Mechaniczno – Torowe Sp. z o.o., ul. Sandomierska 19, 80-051 Gdańsk i TRAKCJA S.A., Aleje Jerozolimskie 100, lok. II P, 00-807 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez

**PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa**

przy udziale wykonawcy **Torpol S.A., ul Św. Michała 43, 61-119 Poznań** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Pomorskie Przedsiębiorstwo Mechaniczno – Torowe Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku i TRAKCJA S.A. z siedzibą w Warszawie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Pomorskie Przedsiębiorstwo Mechaniczno – Torowe Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku i TRAKCJA S.A. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania.



Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze 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**

PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Realizacja robót budowlanych dla Etapu I Projektu „Prace na linii kolejowej nr 38 na odcinku Giżycko – Korsze wraz z elektryfikacją”. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.), zwanej dalej: „ustawy Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 4 maja 2023 r. pod numerem 2023/S 087-237785.

W dniu 21 lipca 2023 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Pomorskie Przedsiębiorstwo Mechaniczno – Torowe Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku i TRAKCJA S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący”) wnieśli do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności Zamawiającego z dnia 11 lipca 2023 r. polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp oraz art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

1. naruszenie art. art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez niezasadne przyjęcie, iż oferta Odwołującego jest niezgodna z warunkami zamówienia obowiązującymi w postępowaniu w obszarze dotyczącym zastrzeżonego sposobu spełnienia świadczenia,
2. naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp poprzez niezasadne przyjęcie, iż oferta Odwołującego z powodu jej niedostatecznego wyjaśnienia, zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a także poprzez niezasadne przyjęcie, iż złożone przez Odwołującego wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie Odwołującego ceny za realizację przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania w całości,
2. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego i dokonanie ponownej oceny tej oferty, a w konsekwencji dokonanie jej wyboru jako najkorzystniejszej w postępowaniu,
3. przeprowadzenie dowodu z:

- a. dokumentacji postępowania,
  - b. dokumentów wskazanych w treści uzasadnienia odwołania na okoliczności w nim wskazane,
4. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego.

Odwołujący podał, że w toku postępowania udzielił Zamawiającemu kilkakrotnych i bardzo obszernych wyjaśnień swojej oferty (pisma z dnia 6 marca 2023 r., z dnia 27 marca 2023 r., z dnia 12 kwietnia 2023 r., z dnia 19 maja 2023 r. oraz z dnia 30 czerwca 2023 r.), zarówno w aspektach technicznych, jaki również w odniesieniu do wartości ceny ofertowej. Odwołujący wskazał, że na wszystkie zadane przez Zamawiającego pytania udzielono wyczerpujących odpowiedzi, kierując się ugruntowaną wiedzą techniczną, a także warunkami finansowymi realizacji prac wynikającymi z własnych kalkulacji oraz ofert podwykonawców i dostawców.

Odnośnie technologii realizacji prac Odwołujący podniósł jak następuje.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z ST.02.07 Roboty rozbiórkowe: 3. SPRZĘT oraz odpowiedzią na pytanie nr 626 do SWZ, uwzględniając specyfikę wykonania robót budowlanych w związku z potrzebą wykonania w wielu miejscach wzmocnień gruntu, Zamawiający wskazał, że „Prace należy zrealizować zgodnie z zapisami STWiORB [.in.: pociąg zrywkowo-układkowy z zespołem suwnic torowych, dźwig układkowy wraz z wagonami oraz oczyszczarkę tłuczni wraz z transporterami samowładowczymi (wagony taśmociągowe) – przypis własny] lub z zastosowaniem technologii (sprzętu) równoważnej, zapewniającej adekwatną jakość robót budowlanych”. W ocenie Odwołującego, oznacza to, że Zamawiający jednoznacznie dopuszcza stosowanie technologii równoważnej do opisanej w SWZ w toku realizacji zadania.

Odwołujący zauważył, że potwierdzał w trakcie postępowania, iż spełnia warunek udziału w postępowaniu poprzez dostępność pociągu zrywkowo - układkowego z zespołem suwnic torowych. Jednocześnie, Odwołujący wyjaśniał, że nie ujął w swej kalkulacji sprzętu, o którym mowa w punkcie 8.6.2 lit. m) IDW, ponieważ przyjął inną technologię wykonania omawianych robót.

W związku ze stanowiskiem Zamawiającego, oraz mając na uwadze fakt, że istniejące wzmocnienia gruntu eliminują możliwość stosowania maszyn do potokowej wymiany nawierzchni, co Zamawiający potwierdza w ST.02. 08 ST.02. 08 Budowa torów - nawierzchnia torów: 3. SPRZĘT, poprzez stwierdzenie „na szlakach – za wyjątkiem miejsc

niedostępnych dla kombajnu torowego – bezprzęsłowo przy użyciu kombajnu torowego”,  
Odwołujący przyjął następującą technologię wykonania omawianych prac:

Rozbiórka toru z wybraniem tłucznia:

- Demontaż przytwierdzeń.
- Przeciągnięcie szyn (30 metrowych) koparkami na place magazynowe znajdujące się wzdłuż linii kolejowej.
- Demontaż rozjazdów koparkami, załadunek stali na samochody ciężarowe oraz odwiezienie na place magazynowe.
- Cięcie szyn (koparka ze szczękami tnącymi) na krótsze odcinki na placach magazynowych.
- Zebranie oraz segregacja złomu (przytwierdzenia, szyny, rozjazdy).
- Załadunek szyn, rozjazdów i złomu na samochody ciężarowe, przewiezienie oraz rozliczenie z ISE.
- Wybranie podkładów koparkami, załadunek na miejscu na samochody ciężarowe 4 osiowe oraz rozładunek na placach magazynowych.
- Wybranie tłucznia.
- Po zmontowaniu toru przewiezienie (koparka dwudrogowa + wagon platforma) szyn staroużytecznych (30 metrowych) – rozładunek na terenie ISE oraz rozliczenie szyn.

Subwarstwa na podtorzu:

- Wysypywanie pierwszej warstwy tłucznia na podtorzu samochodami 4 osiowymi (klapa na łańcuszku w celu dozowania ilości tłucznia).
- Rozciągane tłucznia na podtorzu spychaczem z systemem.
- Zagęszczanie tłucznia walcem stalowym.
- Wysypywanie drugiej warstwy tłucznia na podtorzu samochodami 4 osiowymi (klapa na łańcuszku w celu dozowania ilości tłucznia).
- Rozciągane tłucznia spychaczem z systemem na docelową miąższość.
- Zagęszczanie tłucznia walcem stalowym.

Odwołujący zaznaczył, że technologia zaproponowana w ofercie Odwołującego zakłada tradycyjny sposób demontażu istniejącej nawierzchni (przy użyciu lekkiego sprzętu torowego i maszyn budowlanych), co nie ma wpływu na jakość prac, a ich tempo uzależnione jest jedynie od ilości maszyn budowlanych (koparek), które Odwołujący posiada

jako maszyny własne, a w przypadku konieczności zwiększenia ich potencjału – nie ma problemu

z wynajęciem takich maszyn od dowolnych firm budowlanych obecnych na rynku.

Zdaniem Odwołującego, w związku z koniecznością wykonania wzmocnień podtorza w bardzo wielu lokalizacjach, prowadzenie prac nawierzchniowych (oczywiście po zakończeniu robót w podtorzu) przy pomocy maszyny do potokowej wymiany nawierzchni jest sposobem najmniej efektywnym, a w przypadku skorzystania z takich maszyn dostępnych na rynku polskim – wręcz niemożliwe, bez uprzedniej budowy choćby prowizorycznej nawierzchni torowej. Maszyny do potokowej wymiany nawierzchni niewymagające poruszania się po „starym torze” nie występują w naszym kraju i musiałyby zostać wypożyczone np. z firmy niemieckiej bądź austriackiej. Ponadto, potokowa wymiana (a właściwie układka) nowej nawierzchni w lokalizacji, która wymaga licznych wzmocnień podtorza wymagałaby podjęcia takiej pracy dopiero po zakończeniu wszystkich prac podtorzowych na określonym odcinku (szlaku, stacji). Jak podał Odwołujący, taka niefunkcjonalność nie wystąpiłaby, gdyby prace związane ze wzmocnieniami podtorza były prowadzone również w sposób potokowy, czyli np. maszyną typu AHM. Odwołujący zaznaczył jednak, że w tym przypadku, zróżnicowany sposób wzmocnień podtorza wyklucza stosowanie maszyny potokowej, gdyż w różnych lokalizacjach przewidziane są odmienne sposoby dokonania wzmocnień. Co za tym idzie, stosowanie w tym konkretnym przypadku potokowego sposobu układki byłoby poważnym błędem techniczno-technologiczno-organizacyjnym. Ponadto, jak zauważył Odwołujący, zespoły suwnic PTH-350 są sprzętem będącym własnością PPM-T, który jest całkowicie zamortyzowany (pomimo występującej w rzeczywistości pełnej funkcjonalności i sprawności tych maszyn), a zatem koszt ich wykorzystania jest najniższy z możliwych i zgodny z opracowaną kalkulacją.

Odwołujący stwierdził, że w wielu przypadkach – takich jak krótkie odcinki torów, tory i łączniki torowe na stacjach – zespoły koparek (zwłaszcza dwudrogowych) sprawdzają się na każdej budowie, praktycznie we wszystkich krajach Europy Zachodniej. Przykłady (również z innych zarządów kolei) pokazują, że efektywność takich maszyn jest bardzo duża, ich koszt użycia stosunkowo niewielki, a jakość realizowanych przez nie prac nie odbiega od wymaganych standardów jakościowych. Z tego względu wykluczanie takiej technologii nie powinno mieć miejsca, a zastąpienie pracy koparek maszynami specjalistycznymi do potokowej wymiany byłoby w takich przypadkach poważnym błędem technologicznym, zaś w wielu wypadkach technologią w ogóle niemożliwą do zastosowania.

Odwołujący wskazał, że w treści Decyzji Zamawiający wskazał, że w ramach przedmiotu zamówienia wykonanie robót nawierzchniowych musi być prowadzone zgodnie

z dokumentacją projektową i reżimami technologicznymi obowiązującymi w PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., w tym zgodnie z Id – 114 „Warunki techniczne wykonania i odbioru robót nawierzchniowo – podtorzowych”. Odwołujący zauważył, że zgodnie z § 14 ust. 3 pkt 3 i 4 ww. Warunków:

„3) Podstawową metodą wymiany i układania torów bezстыkowych na odcinkach o długości przekraczającej 600 m na szlakach i łącznicach powinna być technologia bezpręśłowa wzdłużna, w której maszyną wiodącą jest kombajn torowy z zastrzeżeniem pkt. 4.

4) Dopuszcza się stosowanie innych technologii niż wymienione w pkt 3 w przypadku braku dostępności do kombajnów torowych (...)”.

Zdaniem Odwołującego, przyjęta w jego ofercie technologia wykonania robót jest jak najbardziej nowoczesna i zgodna z założeniami Zamawiającego, czyli może przynieść oczekiwane efekty zarówno co do jakości ich wykonania, jak i minimalizowania kosztów i czasu trwania prac.

Odwołujący stwierdził, że proponowana i skalkulowana przez Odwołującego technologia układki nawierzchni przewiduje zastosowanie na odcinkach szlakowych zespołów suwnic PTH-350. Odwołujący wyjaśnił, że maszyny te układają podkłady w sposób zbliżony do potokowego (a nie pojedynczo – jak w przypadku układki wykonywanej koparkami), gdyż na przygotowaną warstwę podsypki rozkładane zostają „paczki” podkładów. Suwnice te potrzebują jako toru roboczego samych szyn, zatem eliminują potrzebę montażu prowizorycznego toru oraz umożliwiają prowadzenie prac nawierzchniowych nawet pomiędzy lokalizacjami, w których trwają jeszcze prace podtorzowe. To eliminuje wszystkie niedogodności, które w takim przypadku wynikają ze stosowania maszyny typu PUN.

W ocenie Odwołującego, przyjęte przez Odwołującego założenia do opracowania oferty są rzetelne, bazujące na znanych i stosowanych (nie tylko na polskiej kolei) typoszeregach maszyn pracujących według technologii gwarantujących zapewnienie oczekiwanej jakości i postępu prac przy minimalizacji kosztów, a w rezultacie wartości zamówienia. Technologie zaproponowane w ofercie Odwołującego były wielokrotnie stosowane praktycznie w toku realizacji robót, nie są zatem sposobami teoretycznymi, opracowanymi wyłącznie na potrzeby przedmiotowego zamówienia, lecz sprawdzonymi wielokrotnie podczas wieloletniej działalności Odwołującego na rynku usług kolejowych. Odwołujący stoi na stanowisku, że wartość złożonej oferty jest więc adekwatna do zaproponowanych technologii i przewidzianych do użycia maszyn, sprzętu i materiałów i w żadnym wypadku nie może zostać uznana jako rażąco niska i odbiegająca od tzw. stawek rynkowych.

Odwołujący wskazał ponadto, że kwestia omawianych maszyn była przedmiotem pytań wykonawców do SWZ. Wykonawca, który zwrócił się z pytaniem nr 899 zasygnalizował, że użycie maszyn wymienionych w 8.6.2 lit. m) IDW jest ekonomicznie nieuzasadnione. Wykonawca, który zwrócił się z pytaniem nr 731 wniósł natomiast o usunięcie warunku w zakresie dostępności maszyny z uwagi na konieczność wykonania wzmocnienia podtorza. Pozostali wykonawcy również nie widzieli potrzeby wykorzystania sprzętu wskazanego w pkt 8.6.2 lit. m) IDW. Odwołujący zauważył że wszelkie wątpliwości w tym zakresie powinny być zatem odczytywane na korzyść wykonawców, zgłaszających Zamawiającemu uzasadnione zastrzeżenia do stawianych przez niego wymagań.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający, poprzez wprowadzenie omawianych wymagań, mógł naruszyć zasadę proporcjonalności. Odwołujący zauważył, że skoro już na etapie zadawania pytań pojawiła się po stronie wykonawców wątpliwość w zakresie słuszności wykorzystania w trakcie robót wymaganych maszyn, to Zamawiający powinien był rozważyć, czy faktycznie założona przez niego technologia jest prawidłowa i czy nie powoduje nieuzasadnionych obciążeń po stronie wykonawców.

Ponadto, jak stwierdził Odwołujący, na Zamawiającym ciąży obowiązek opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Za błędne Odwołujący uznał stanowisko Zamawiającego, że oświadczenie wykonawcy, iż nie ujął w kalkulacji ceny kosztów pracy wysokowydajnego sprzętu do realizacji robót torowych, w zestawieniu z informacją, że zmieniona technologia wykonania ww. robót pozwoliła na zaoszczędzenie znacznych kosztów w tym zakresie, świadczy o zaniżeniu wyceny tego obszaru zamówienia. Odwołujący stwierdził, że nie może dziwić fakt, że Odwołujący skalkulował swoją cenę w sposób jak najbardziej dla niego korzystny – każdy z wykonawców tak tworzy swoją ofertę, by zagwarantować Zamawiającemu jak najwyższą jakość, ale jednocześnie osiągnąć jak najwyższy zysk.

Odwołujący nie zgodził się również ze stanowiskiem Zamawiającego co do znaczenia użytego przez niego sformułowania „dopuszcza się”. Odwołujący podał, że zgodnie z definicją zamieszczoną w Słowniku Języka Polskiego PWN, wyraz „dopuszcza się” oznacza „przystać na coś, nie przeszkodzić czemuś” lub „uznać coś za możliwe”. Odwołujący stwierdził, że wbrew interpretacji Zamawiającego wyrażonej w Decyzji, użycie słowa „dopuszcza się” stanowiło wyraz akceptacji i potwierdzenia możliwości stosowania innych technologii niż opisane przez Zamawiającego. Zamawiający nie użył partykuły ograniczającej

„dopuszcza się jedynie”, w związku z czym, używając wyrazów „dopuszcza się” nie wykluczył innych technologii wykonania zamówienia. Zdaniem Odwołującego, Odwołujący zasadnie zakładał, że może zaoferować Zamawiającemu inną technologię realizacji prac i będzie to zgodne (dopuszczone) z wymaganiami SWZ. Odwołujący dodatkowo wskazał, że „wyraźne zalecenie” co do technologii prac, na której powołuje się obecnie Zamawiający, nie jest równoznaczne z „jednoznacznym wymaganiem”, a wszystkie wątpliwości dotyczącej treści SWZ należy interpretować na korzyść wykonawcy.

Odwołujący podkreślił, że w swych wyjaśnieniach z 19 maja 2023 r. Odwołujący wyraźnie oświadczył, iż: „Jeżeli natomiast Zamawiający będzie oczekiwał realizacji prac z wykorzystaniem przedmiotowego pociągu, Wykonawca wykorzysta go”, co powinno eliminować wątpliwości Zamawiającego w tym zakresie.

Odwołujący zauważył, że wskazywał w toku postępowania, iż przy doborze technologii wykonania uwzględnił zalecenia Zamawiającego co do wykonywania robót z ST.02. 08 Budowa torów, tj.: „W zakresie realizacji procesu budowlanego istotne jest ograniczenie do minimum jego uciążliwości dla otoczenia oraz aktualnie prowadzonego ruchu pociągów co można uzyskać poprzez wykorzystywanie wysokowydajnych maszyn torowych i kolejowych środków transportu materiałów sypkich takich jak tłuczeń i kruszywa na warstwy ochronne podtorza. Dopuszcza się następujące technologie budowy lub wymiany całych elementów nawierzchni w ramach modernizacji drogi szynowej. • na szlakach – za wyjątkiem miejsc niedostępnych dla kombajnu torowego – bezpręślowo przy użyciu kombajnu torowego. • na stacjach i odcinkach szlakowych niedostępnych dla kombajnu torowego – bezpręślowo lub pręślowo przy użyciu zespołów dźwignic kroczących, suwnic torowych, dźwigów kolejowych lub innych urządzeń dźwigowych (samochodowych, dwudrogowych)”.

Ponadto, w obszarach wskazanych przez Zamawiającego, tj. na szlakach – w miejscach niedostępnych dla kombajnu torowego oraz na stacjach i odcinkach szlakowych niedostępnych dla kombajnu torowego, Odwołujący założył wymianę nawierzchni torowej głównie koparkami dwudrogowymi z odpowiednim osprzętem, które spełniają wymogi SWZ i PFU z uwagi na uzasadnione możliwości techniczne (potwierdzone przez Zamawiającego w toku postępowania) i na znaczne ograniczenie kosztów w tym zakresie. Ponownie należy wskazać, że w tych obszarach, krótkie odcinki, z którymi mamy do czynienia na linii kolejowej 38 ze względu na wzmocnienia gruntu eliminują możliwość stosowania maszyn do potokowej wymiany nawierzchni. Planowana przez Odwołującego technologia mogłaby

pozwoić na utrzymanie właściwej wydajności, jakości robót oraz harmonogramu prac przy maksymalnym ograniczeniu kosztów.

Dodatkowo, jak wskazał Odwołujący, Odwołujący potwierdzał, że spełnia również pozostałe wymagania w zakresie pracy maszynami wysokowydajnymi, gdyż wykonanie robót torowych zaplanował, zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, suwnicami PTH 350 przy układaniu toru na szlakach. Ma to uzasadnienie w wycenie prac, gdyż sprzęt ten jest własnością PPMT, który jest całkowicie zamortyzowany, koszt jego pracy jest niewielki (2 operatorów, paliwo, serwis). W szczególności, jak zaznaczył Odwołujący, przyjęta technologia spełnia następujący wymóg Zamawiającego: „w zakresie realizacji procesu budowlanego istotne jest ograniczenie do minimum jego uciążliwości dla otoczenia oraz aktualnie prowadzonego ruchu pociągów” [patrz ST.02. 08 Budowa torów].

Odwołujący podał, że wydajność suwnicy PTH jako maszyny wysokowydajnej przy częstym rozłożeniu podkładów na subwarstwie (max co 1,5 kilometra – zależne od ilości przejazdów na linii kolejowej oraz miejsc z możliwością dotarcia z terenów przyległych na podtorze z ułożoną subwarstwą na linii kolejowej) może wynieść 1,2 – 1,5 kilometra dziennie, przy optymalnych warunkach nawet do 2 kilometrów dziennie. Powyższe założenie technologii wykonania robót w całości spełnia wymagania Zamawiającego, przy uwzględnieniu, że krótkie odcinki, z którymi mamy do czynienia na linii kolejowej 38 ze względu na wzmocnienia gruntu eliminują możliwość stosowania maszyn do potokowej wymiany nawierzchni.

Biorąc pod uwagę powyższe informacje, Odwołujący podkreślił, że założona przez niego technologia wykonania robót jest w pełni zgodna z oczekiwaniami Zamawiającego wyrażonymi w SWZ oraz spełnia wymagania dobrej praktyki budowlanej. Nie istnieją zatem rzeczywiste podstawy do uznania oferty Odwołującego w tym zakresie za niezgodną z SWZ w związku z wyborem danej technologii wykonania robót.

Odwołujący stwierdził, że pomijając kwestię doboru technologii wykonania robót, Odwołujący posiada wymagany przez Zamawiającego sprzęt, a tym samym spełnia warunek określony przez Zamawiającego. Odwołujący zadeklarował, że pomimo udzielonych wyjaśnień, Zamawiający będzie oczekiwał realizacji prac z wykorzystaniem omawianego, specjalistycznego pociągu, Odwołujący będzie w stanie nim dysponować i go wykorzystać w toku wykonywania umowy.

Odnosząc się do kwestii związanych z wyjaśnieniami ceny ofertowej, Odwołujący w pierwszej kolejności wskazał, że przyjęty przez Zamawiającego w toku postępowania sposób prowadzenia wyjaśnień samej oferty oraz ceny ofertowej jest niespotykany na polskim rynku zamówień publicznych. W ocenie Odwołującego, oczekiwany przez

Zamawiającego stopień szczegółowości wymaganych wyjaśnień ceny ofertowej jest nadmierny, a przede wszystkim nie znajduje uzasadnienia w dokumentacji postępowania czy obowiązujących przepisach. Odwołujący podkreślił, że podawanie wszystkich oczekiwanych przez Zamawiającego informacji nie było wymagane treścią dokumentacji przetargowej, a oczekiwania Zamawiającego w tym zakresie pojawiły się dopiero na etapie procedury wyjaśnienia ceny ofertowej Odwołującego, tzn. już po uzyskaniu przez niego ofert jego podwykonawców.

Odwołujący stwierdził, że gdyby znał wcześniej omawiane wymagania Zamawiającego, odpowiednio wcześniej zwróciłby się do swych podwykonawców o podanie wszystkich danych w rozbiciu oczekiwanym dopiero na etapie oceny ofert przez Zamawiającego. Odwołujący uznał, że skoro taki wymóg dotychczas nie obowiązywał, Odwołujący nie może ponosić z tego tytułu negatywnych konsekwencji – jego działanie nie jest bowiem niezgodne z postanowieniami dokumentacji przetargowej, która była dla niego wiążąca. Odwołujący podał, że nie był w stanie uzyskać na etapie oceny jego oferty ofert podwykonawców z rozbiciem każdej pozycji kosztorysu na elementy wymagane przez Zamawiającego dopiero w toku postępowania. Odwołujący stwierdził, że sposób kalkulacji ceny ofertowej każdego z podwykonawców stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa każdego z tych podmiotów, który wprost przekłada się na możliwość zaangażowania danego podwykonawcy przy realizacji inwestycji.

Odwołujący podkreślił, iż zgodnie z punktem 12.4. IDW, wykonawca musi dołączyć do oferty wypełniony Przedmiar Robót. Wykonawca musi wycenić i wypełnić wszystkie pozycje Przedmiaru Robót. Odwołujący stwierdził, że pierwotnie przygotowane przez Zamawiającego wzory Przedmiarów Robót nie zawierają wymagań co do przedstawienia danych w takim układzie jakiego oczekiwał Zamawiający, tj. z podaniem cen dla czterech zakresów: kosztów i ilości niezbędnych materiałów i urządzeń, kosztów i ilości założonej robocizny, kosztów pracy sprzętu, narzutów kosztorysowych. Wymóg przedstawienia danych kosztotwórczych w tym układzie nie wynika także z udzielanych przez Zamawiającego wyjaśnień SWZ czy modyfikacji SWZ wprowadzonych w toku postępowania.

W konsekwencji, jak argumentował Odwołujący, także oferty podwykonawców, których Odwołujący planował zaangażować do realizacji zamówienia, nie zostały przygotowane przez te podmioty w sposób obecnie oczekiwany przez Zamawiającego. Oferty te stanowią bowiem dokładne odzwierciedlenie odpowiednich Przedmiarów Robót i nie zostały przygotowane z uwzględnieniem cen dla ww. czterech zakresów, tj. kosztów i ilości niezbędnych materiałów i urządzeń, kosztów i ilości założonej robocizny, kosztów pracy sprzętu, narzutów

kosztorysowych, gdyż nie było to wymagane treścią dokumentacji postępowania. W związku z powyższym, udzielając swych wyjaśnień Odwołujący nie dysponował możliwościami podania Zamawiającemu wszystkich wymaganych informacji, gdyż nie był zobowiązany do ich uzyskania od swoich podwykonawców na etapie konstruowania przez nich swych ofert. Niezależnie od tego Odwołujący uzyskał zapewnienie, iż złożone mu przez podwykonawców oferty obejmują wszelkie koszty niezbędne do realizacji zakresu prac powierzonego danemu podwykonawcy, co uznawał za wystarczające.

Ponadto, Odwołujący podniósł, że w treści Decyzji Zamawiający wskazał, iż w dniu 13 lutego 2023 r. odbyła się aukcja elektroniczna, w wyniku której najniższą ofertę złożył Odwołujący. Podkreślono przy tym, że jego oferta po aukcji elektronicznej została obniżona o ok. 45 % w stosunku do oferty pierwotnie złożonej w postępowaniu. W ocenie Odwołującego, nie ma to jednak znaczenia, gdyż wszyscy wykonawcy przyjęli w ramach postępowania określony narzut aukcyjny. Dla porównania, pierwotna oferta wykonawcy TORPOL została obniżona podczas aukcji o ponad 40%. Zdaniem Odwołującego, z kwestii tej nie można wyciągać jakichkolwiek wniosków lub negatywnych konsekwencji dla wykonawców.

W zakresie różnicy pomiędzy ceną zaoferowaną przez Odwołującego w aukcji elektronicznej a wartością zamówienia powiększoną o VAT Odwołujący zauważył, że w protokole postępowania wskazano, że Zamawiający oszacował wartość zamówienia na kwotę 1 303 229 378,59 zł (1 498 713 785,38 zł z uwzględnieniem zamówień z art. 214 ust. 1 pkt 7 oraz art. 388 pkt 2 lit. c ustawy Pzp). Odwołujący podał, że zgodnie z art. 28 ustawy Pzp podstawą ustalenia wartości zamówienia jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy bez podatku od towarów i usług, ustalone z należytą starannością. Podana w protokole kwota jest zatem kwotą netto. Gdyby dodać do niej VAT w wysokości 23% ta kwota wyniosłaby 1 602 972 135,67 zł brutto. Odwołujący wskazał, że mimo ustalenia wartości zamówienia na takim poziomie, Zamawiający zdecydował się przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia tylko 1 083 352 881,93 zł brutto - Zamawiający znacznie obniżył tę kwotę względem oszacowanej wartości zamówienia. Odwołujący stwierdził, że podobnie jak Odwołujący, Zamawiający również jest profesjonalistą, musiał więc uważać, że zamówienie jest możliwe do wykonania za tę właśnie, niższą kwotę. Co więcej, Zamawiający obniżył kwotę, którą przeznaczył na sfinansowanie zamówienia o więcej niż 30% względem wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o należny VAT. Kwota przeznaczona na sfinansowanie zamówienia stanowi niecałe 68% wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o należny VAT. Oznacza to, że sam Zamawiający uważał, że zamówienie da się wykonać za kwotę o wiele niższą od ustalonej wcześniej wartości zamówienia. Odwołujący przyjął, że kwota przeznaczona na sfinansowanie zamówienia nie musi być

zbieżna

z szacunkową wartością zamówienia i może być nawet od niej niższa, jednak Odwołujący uznał, że w kontekście stawianych zarzutów, powyższe okoliczności mogą być istotne. Odwołujący stwierdził, że kwota, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia powinna odpowiadać rzeczywistej kwocie na realizację inwestycji, celem wykonania danego zamówienia publicznego. Odwołujący zaznaczył, że kwota, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (1 083 352 881,93 zł brutto) jest jedynie o niespełna 10 % wyższa od ceny ofertowej zaproponowanej przez Odwołującego, tj. 976 850 999,99 zł brutto. W ocenie Odwołującego, nie można uznać, że cena ta jest rażąco niska.

Odnośnie zawartego w Decyzji twierdzenia Zamawiającego, że nie uzyskał odpowiedzi, w jaki sposób Odwołujący zamierza pokryć brakującą różnicę, tj. w jakich pozycjach Przedmiarów Robót została ujęta brakująca kwota na zakup nowego materiału w zakresie humusowania Odwołujący wskazał, że Odwołujący w toku wyjaśnień przedstawił dwie oferty podwykonawcze - oferta firmy Domost Sp. z o.o. obejmuje kompleksowy zakres robót rozbiórkowych i ziemnych dotyczących układu torowego, a oferta firmy R. obejmuje swoim zakresem częściowe roboty ziemne.

Odwołujący zwrócił uwagę, że oferta firmy Domost swoim zakresem robót obejmuje również pozycję „Humusowanie skarp o grubości warstwy minimum 10 cm (z zakupem materiału) z obsianiem mieszkanką traw”. Jak zaznaczył Odwołujący, oferta ta jest kompletna, czyli obejmuje zakup nowego materiału, w całości i cenowo wpisuje się w ofertę złożoną przez Odwołującego po aukcji elektronicznej w tej pozycji, jak również we wszystkich innych pozycjach kosztorysu w robotach rozbiórkowych i robotach ziemnych. Oferta firmy Domost została załączona do wyjaśnień z dnia 12 kwietnia 2023 r., a oferta firmy R. została załączona do wyjaśnień z dnia marca 2023 r. i 12 kwietnia 2023 r.

Odwołujący nie zgodził się ze stanowiskiem Zamawiającego, że Odwołujący nie udzielił wyjaśnień w odpowiedzi na prośbę Zamawiającego o przedstawienie szczegółowych wyliczeń dotyczących kosztów zawartych w Przedmiarach Robót dla Wymagań ogólnych dla realizacji inwestycji.

Odwołujący podał, że po aukcji przedmiar robót dotyczący powyższego zakresu w ofercie Odwołującego wyniósł 7 932 152,13 zł netto, przy czym ten sam zakres wykonawca TORPOL wycenił na jedyne 4 012 644,37 zł netto. Pomimo tego, jak wskazał Odwołujący, Zamawiający nie zwrócił się do tego wykonawcy o szczegółowe przedstawienie wszystkich składowych tego właśnie przedmiaru, czego dokonał wobec Odwołującego. Odwołujący podkreślił również, że sposób wezwania Odwołującego do wyjaśnień w tym

zakresie był tak lakoniczny, że Odwołujący inaczej niż obecnie Zamawiający, odczytał jego punkt ciężkości. Było ono za mało precyzyjne, a ponadto Zamawiający pogrubiał jak się wówczas wydawało najistotniejszy element, tj. układ torowy wraz z systemem odwodnienia.

W zakresie różnicy w wycenie kosztów pracy wagonów przy robotach budowlanych na placu budowy i robotach związanych z transportem materiałów (kruszywa i szyny) Odwołujący wskazał, że wynika ona z różnego charakteru pracy przy tych czynnościach. Koszty pracy wagonów przy transporcie materiałów są niższe ze względu na większą ilość maszyno-godzin, stały charakter pracy i ciągłość robót transportowych oraz wykorzystanie w jednym czasie dużej ilości jednostek transportowych. Różnica w cenie poszczególnych typów wagonów zależy również od charakteru posiadania (czy jest na własność, czy jest przedmiotem najmu/dzierżawy). W wyjaśnieniach wyceny branży torowej z dnia 6 marca 2023 r. przy realizacji robót na placu budowy Odwołujący skalkulował pracę wagonów na poziomie:

- Wagon platforma 2-osiowy 10,26 zł/mg
- Wagon platforma 4-osiowy 12,72 zł/mg
- Wagon samowyładowczy typ F d-s 7,71 zł/mg
- Wagon samowyładowczy typu "Dumpcar" 10,85 zł/mg

W wyjaśnieniach z dnia 19 maja 2023 r. związanych z kosztami transportu kruszyw i szyn Odwołujący skalkulował koszt wagonów na poziomie:

- Wagony 411Vb/418V/418Vh do przewozu kruszyw 1,67 zł/mg
- Platform RS do przewozu szyn– 4,63 zł/mg

Odwołujący potwierdził prawidłowość kalkulacji, na dowód czego załączył dodatkowe, szczegółowe wyliczenia.

Odnośnie poziomu kosztu dostępu do infrastruktury kolejowej Odwołujący podniósł, że kwota założona przez Odwołującego jest niższa tylko o 23% od kwoty wyliczonej przez Zamawiającego. Ponadto, jak zauważył Odwołujący, koszt dostępu do infrastruktury jest zależny od wielu zmiennych, w tym m.in. długości wykorzystywanych wagonów czy odcinków, po których wagony będą jeździły, a także masy brutto wagonu. Odwołujący stwierdził, że oferta Odwołującego została zoptymalizowana w oparciu o przyjęte szczegółowe założenia wynikające z indywidualnej sytuacji Odwołującego.

W przekonaniu Odwołującego, Odwołujący odpowiedział wprost na pytanie Zamawiającego dotyczące kalkulacji ceny transportu, która mieści się w kosztach ogólnych kontraktu, stanowiąc ich niewielką część. W ocenie Odwołującego, badaniu Zamawiającego powinno podlegać, czy dany koszt ma pokrycie w składowych oferty, a to, zdaniem

Odwołującego, Odwołujący wykazał. Odwołujący wskazał, że koszty ogólne w branży torowej w jego ofercie wynoszą 13.043.952,82 zł, co oznacza, że koszt dostępu do infrastruktury kolejowej w kwocie 3.863.000,00 zł stanowi niecałe 30% tej kwoty.

Za niemiarodajne Odwołujący uznał symulacje Zamawiającego dotyczące wzrostu ceny kruszyw. Odwołujący zauważył, że wynegocjował ofertę dostawy tłuczni z ceną, która jest dla niego korzystna. Jak wskazał Odwołujący, nikt nie ma obecnie wiedzy, czy cena za tłuźceń wzrośnie w toku realizacji kontraktu i do jakiego poziomu. Jeżeli tak się stanie, Odwołujący będzie mógł renegocjować ze swoim dostawcą warunki dostaw. Zamawiający nie może natomiast przyjmować tak znacznej podwyżki ceny, jak założył w Decyzji i na tej podstawie zarzucać Odwołującemu braku zabezpieczenia wzrostu cen materiału, szczególnie, że w SWZ żadnych wymogów w tej kwestii Zamawiający nie zamieścił. Zdaniem Odwołującego, badaniu Zamawiającego powinno podlegać jedynie czy dany koszt ma pokrycie w składowych elementach złożonej w postępowaniu oferty, a to, w opinii Odwołującego, Odwołujący wykazał. Odwołujący stwierdził, że przyjął odpowiednią kwotę na zabezpieczenie ryzyk związanych z ww. materiałami w wysokości, którą uznał za słuszną, realistyczną i adekwatną do obecnej sytuacji gospodarczej.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca Torpol S.A.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie w całości.

**Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego wskazanego w treści uzasadnienia, jak też po zapoznaniu się z oświadczeniami i stanowiskami stron i uczestnika postępowania złożonymi pisemnie oraz ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje.**

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp. Zakres zarzutów, w sytuacji ich potwierdzenia się, wskazuje na pozbawienie Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji, narażając tym samym Odwołującego na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody.

W dniu 11 lipca 2023 r. Zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Torpol S.A. W tym samym dniu Zamawiający odrzucił ofertę złożoną przez Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp oraz art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy

Pzp w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp. Uzasadniając ww. czynność Zamawiający powołał następujące okoliczności:

*„Uzasadnienie faktyczne:*

*1. Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na Realizację robót budowlanych dla projektu "Prace na linii kolejowej nr 38 na odcinku Giżycko - Korsze wraz z elektryfikacją" („Postępowanie”).*

*2. W dniu 13 lutego 2023 r. odbyła się aukcja elektroniczna w wyniku, której najniższą ofertę złożyli Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia tj. Konsorcjum Pomorskie Przedsiębiorstwo Mechaniczno – Torowe Sp. z o. o. oraz TRAKCJA S.A. (dalej jako:*

*„PPM-T”, „Konsorcjum”). Oferta PPM-T po aukcji elektronicznej została obniżona o ok. 45 % w stosunku do oferty pierwotnie złożonej w Postępowaniu.*

*3. Zamawiający wypełniając obowiązek wynikający z art. 224 ust. 2 pkt 1 Ustawy oraz działając na podstawie art. 224 ust. 1 Ustawy, zwrócił się o udzielenie szczegółowych wyjaśnień*

*w zakresie wyliczenia ceny zaoferowanej w wyniku aukcji elektronicznej, w tym do złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny (pismo nr IRZR2.292.1.2022.IRE-02627-I.JCH.86 z dnia 16.02.2023 r.). Cena całkowita oferty zaoferowanej przez Wykonawcę w aukcji elektronicznej była niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek VAT, ustalonej przed wszczęciem postępowania. Zamawiający wyznaczył termin do dnia 01.03.2023 r. na złożenie szczegółowych wyjaśnień wraz z dowodami w zakresie wyliczenia ceny.*

*4. W wezwaniu Zamawiający zobowiązał Wykonawcę do umieszczenia w wyjaśnieniach, co najmniej:*

*d) informacji, o których mowa w art. 224 ust 3 pkt 4 Ustawy;*

*e) informacji, o których mowa w art. 224 ust 3 pkt 6 Ustawy;*

*f) informacji dotyczących założonych do wyceny kosztów i ilości niezbędnych materiałów i urządzeń, kosztów i ilości założonej robocizny, kosztów pracy sprzętu oraz narzutów kosztorysowych w odniesieniu do poszczególnych pozycji z Przedmiarów Robot wskazanych przez Zamawiającego.*

*Złożone wyjaśnienia oraz dowody miały wykazać w sposób nie budzący wątpliwości, że zaoferowana w wyniku aukcji elektronicznej cena umożliwi wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego oraz uwzględnia wszystkie elementy związane z należyтым wykonaniem zamówienia. Ponadto, Wykonawca*

miał wskazać istnienie konkretnych uwarunkowań i obiektywnych czynników jakie towarzyszyć będą realizacji niniejszego zamówienia i mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny wraz z przedstawieniem ich opisu oraz skali tego wpływu (merytorycznego i finansowego) na jej wysokość. Ponadto, Zamawiający pouczył Wykonawcę, że wyjaśnienia muszą być szczegółowe i merytoryczne, a Wykonawca zobowiązany jest dostarczyć materiał dowodowy konieczny do oceny czynników powodujących możliwość obniżenia ceny oraz stopień, w jaki dzięki ich wpływowi zaoferowano cenę po aukcji elektronicznej.

5. Konsorcjum po uzyskaniu zgody Zamawiającego na przedłużenie terminu do złożenia ww. wyjaśnień, złożyło w dniu 06.03.2023 r. wyjaśnienia wraz z dowodami. Zamawiający po analizie wyjaśnień Wykonawcy i złożonego materiału dowodowego powziął uzasadnione wątpliwości, co do treści wyjaśnień i w konsekwencji skierował do Wykonawcy wnioski o uzupełnienie i uszczegółowienie wyjaśnień złożonych w dniu 06.03.2023 r., wskazując przy tym precyzyjnie jakie elementy kalkulacji winny być dodatkowo wyjaśnione i poparte dowodami (pismo nr IRZR2.292.1.2022.IRE-02627-I.JCH.95 z dnia 27.03.2023 r.).

6. Konsorcjum po uzyskaniu zgody Zamawiającego na przedłużenie terminu do złożenia wyjaśnień, złożyło w dniu 12.04.2023 r. wyjaśnienia wraz z dowodami. Zamawiający powziął kolejne wątpliwości co do wyjaśnień Wykonawcy i z tego powodu w dniu 26.04.2023. wystosował kolejne wezwanie do uszczegółowienia złożonych wyjaśnień, w tym do złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny, zakreślając przy tym do jakich zagadnień i elementów cenotwórczych Konsorcjum ma się odnieść (pismo nr IRZR2.292.1.2022.IRE-02627-I.JCH.116 z dnia 27.04.2023 r.). PPM-T po uzyskaniu zgody Zamawiającego na przedłużenie terminu do złożenia wyjaśnień, przekazało dalsze wyjaśnienia w dniu 19.05.2023 r.

7. W pierwszej kolejności wskazać należy, że w świetle art. 224 ust. 5 Ustawy to na Wykonawcy spoczywa obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, a co za tym idzie możliwe jest wykonanie zamówienia za zaoferowaną cenę. Złożone wyjaśnienia wraz z dowodami powinny być rzetelne i niepozostawiające żadnych wątpliwości, że cena oferty jest prawidłowa. Krajowa Izba Odwoławcza wielokrotnie wypowiedziała się w przedmiocie rażąco niskiej ceny, wskazując, że „gdy zaistnieją przesłanki do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 224 ust. 1 lub 2 ustawy Pzp, ustawowym obowiązkiem wykonawcy jest wykazanie, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. W takiej sytuacji to na wykonawcy spoczywa ciężar dowodu, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Na powyższe wskazuje wprost art. 224 ust. 5 ustawy Pzp. (tak m.in. w Wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 lutego 2022 r., sygn. akt 145/22). W wyroku KIO z dnia 20.04.2017 r. sygn. akt KIO 681/17 Izba stwierdziła, że „(...) Obowiązkiem

wykonawcy, wezwanego do złożenia wyjaśnień jest przedstawienie przekonujących wyjaśnień i dowodów na potwierdzenie tego, że cena oferty została skalkulowana w sposób rzetelny i gwarantuje realizację całego zakresu objętego zamówieniem. Wyjaśnienia elementów mających wpływ na wysokość ceny muszą być konkretne, wyczerpujące i nie mogą pozostawiać jakichkolwiek wątpliwości co do rzetelności kalkulacji ceny oferty (...).

8. Zamawiający dokonując oceny złożonych wyjaśnień ma obowiązek zweryfikowania czy są one realne, rzetelne i poparte wiarygodnymi dowodami, tj. czy Wykonawca w sposób skuteczny obalił ciężące na nim domniemanie zaoferowania rażąco niskiej ceny. Jak wynika z art. 224 ust. 6 Ustawy nie tylko nieudzielenie wyjaśnień w wyznaczonym terminie skutkować będzie koniecznością odrzucenia oferty, podstawą do odrzucenia oferty w oparciu o tę przesłankę będzie również sytuacja, gdy złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie potwierdzają ceny zaoferowanej przez Wykonawcę.

9. Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 2 czerwca 2022 r., sygn. akt XXIII Zs 55/22 wyraził pogląd, że „Wyjaśnienia wykonawcy co do zasady muszą być konkretne, wyczerpujące, odpowiednio umotywowane, rzeczywiście uzasadniające podaną w ofercie cenę, wykazujące, że możliwe i realne jest wykonanie zamówienia za zaproponowaną cenę.(...). Efektem składanych wyjaśnień ma być stworzenie podstaw do uznania przez zamawiającego, że podejrzenie dotyczące rażąco niskiej ceny oferty nie było uzasadnione.” W wyroku z dnia 02.10.2019 r. Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, zaś że „Zamawiający może wielokrotnie zwracać się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, aż z wyjaśnień wykonawcy zamawiający uzyska pewność, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny albo przeciwnie, zamawiający uzyska pewność, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia i w związku z tym zamawiający ma obowiązek odrzucić taką ofertę (...).

10. Przenosząc powyższe rozważania na grunt niniejszej sprawy należy wskazać, że Zamawiający w pkt 3 Wezwania z dnia 26.04.2023 r. poprosił Wykonawcę o doszczegółowienie złożonych wyjaśnień poprzez wskazanie kosztów pracy sprzętu wymaganego przez Zamawiającego do realizacji zamówienia, o którym mowa w punkcie 8.6.2 lit. m) Instrukcji dla Wykonawców („IDW”) tj. co najmniej 1 szt. - pociąg do wymiany toru - tj. zespół złożony z kombajnu torowego wraz z wagonami do transportu starych i nowych elementów rusztu torowego lub układarka nawierzchni kolejowej poruszająca się po warstwie podsypki, z przednią częścią maszyny posadowioną na podwoziu gąsienicowym lub pociąg zrywkowo - układkowy z zespołem suwnic torowych.

11. W odpowiedzi na powyższe wezwanie Zamawiającego w tym zakresie, Wykonawca przedstawił wyjaśnienia, w których oświadczył że „Wykonawca potwierdza, iż spełniania

warunek udziału w postępowaniu poprzez dostępność pociągu zrywkowo-układkowego z zespołem suwnic torowych. Jednocześnie Wykonawca wyjaśnia, że nie ujął w kalkulacji sprzętu, o którym mowa w punkcie 8.6.2 lit. m) IDW, ponieważ przyjął inną technologię wykonania robót. Zdaniem Wykonawcy wykorzystanie pociągu nie będzie efektywne z uwagi na konieczność wykonania prac polegających na wzmocnieniu nasypu. Prace będą prowadzone na linii jednotorowej, natomiast pociąg zrywkowo-układkowy musi się poruszać po torze. Z tego powodu pociąg musiałby dojechać na teren budowy dwukrotnie, za pierwszym razem żeby zerwać tory, następnie by je ułożyć. [...] Pomijając jednak dobór technologii wykonania, Wykonawca posiada wymagany przez Zamawiającego sprzęt, a tym samym spełnia warunek określony przez Zamawiającego. Jeżeli natomiast Zamawiający będzie oczekiwał realizacji prac z wykorzystaniem przedmiotowego pociągu, Wykonawca wykorzysta go.”.

12. Oświadczenie Wykonawcy wprost dowodzi, że przyjęta i skalkulowana technologia wykonania robót jest inna niż wymagana przez Zamawiającego w Specyfikacji Warunków Zamówienia („SWZ”). Co więcej, Wykonawca wskazał, że: „(...) założył wymianę nawierzchni torowej głównie koparkami dwudrogowymi typu ATLAS z odpowiednim osprzętem, które spełniają wymogi SWZ, co pozwala na znaczne ograniczenie kosztów w tym zakresie”.

13. Zamawiający w postanowieniach pkt 12.1 IDW dotyczących sposobu obliczenia ceny wyraźnie wskazał, że „podana w ofercie cena ofertowa brutto musi uwzględniać wszystkie wymagania niniejszej SWZ 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 (...)”. Zgodnie zaś z wymaganiami Zamawiającego zawartymi w Specyfikacji Technicznej Warunków i Odbioru Robót Budowlanych 02.08 „Budowa torów - nawierzchnia torów” („STWiORB”) w pkt 5 STWiORB Zamawiający wskazał, że zastrzeżona została konkretna technologia wykonania robót na szlakach i stacjach i użycie do tych robót określonego sprzętu:

„Dopuszcza się następujące technologie budowy lub wymiany całych elementów nawierzchni w ramach modernizacji drogi szynowej.

- na szlakach - za wyjątkiem miejsc niedostępnych dla kombajnu torowego - bezpręstowo przy użyciu kombajnu torowego.
- na stacjach i odcinkach szlakowych niedostępnych dla kombajnu torowego - bezpręstowo lub pręstowo przy użyciu zespołów dźwignic kroczących, suwnic torowych, dźwigów kolejowych lub innych urządzeń dźwigowych (samochodowych, dwudrogowych).

*Ponadto, wykonanie robót nawierzchniowych musi być prowadzone zgodnie dokumentacją projektową i reżimami technologicznymi obowiązującymi w PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., w tym zgodnie z Id – 114 „Warunki techniczne wykonania i odbioru robót nawierzchniowo – podtorzowych”. Należy przytoczyć w tym miejscu, że zgodnie z § 14 ust. 3 pkt 3 i 4 ww. Warunków:*

*3) Podstawową metodą wymiany i układania torów bezстыkowych na odcinkach o długości przekraczającej 600 m na szlakach i łącznicach powinna być technologia bezpręstowa wzdłużna, w której maszyną wiodącą jest kombajn torowy z zastrzeżeniem pkt. 4*

*4) Dopuszcza się stosowanie innych technologii niż wymienione w pkt 3 w przypadku braku dostępności do kombajnów torowych (...).*

*14. Użyte w wymaganiach Zamawiającego w punkcie 5 STWiORB sformułowanie „dopuszcza się” nie ma charakteru możliwości wyboru technologii robót przez Wykonawców, ale jest zastrzeżeniem określonej technologii przez Zamawiającego wyrażonej expressis verbis*

*w wymaganiach Zamawiającego dotyczącym sposobu realizacji zamówienia. Naturalną konsekwencją wymagań STWiORB dotyczących wykonania robót torowych był warunek udziału w Postępowaniu sformułowany przez Zamawiającego w punkcie 8.6.2 lit. m) IDW tj. dysponowanie przez Wykonawcę w celu realizacji zamówienia kluczowym wysokowydajnym sprzętem do realizacji robót torowych.*

*15. Co istotne w niniejszym stanie faktycznym, to fakt rozumienia przez Wykonawców wymagań Zamawiającego w stosunku do sposobu spełnienia świadczenia. Fakt ten został ujawniony w toku formułowania przez Wykonawców wniosków o wyjaśnienie treści SWZ w Postępowaniu. Otóż, we wnioskach o wyjaśnienie treści SWZ nr 731 oraz nr 899 dotyczących ww. warunku udziału w postępowaniu, Wykonawcy wnioskowali o usunięcie wymagania wyrażonego w pkt 8.6.2 lit. m) IDW tj. dysponowania w celu realizacji zamówienia wysokowydajnym sprzętem do realizacji robót torowych. Szczególny jest przypadek wniosku nr 899, który wprost wskazywał, że Wykonawcy w sposób jednoznaczny „wiążali” brzmienie warunku udziału w Postępowaniu z wymaganiami STWiORB dotyczącymi wykorzystania wysokowydajnego sprzętu do realizacji robót torowych. Kluczowa i rozstrzygająca w tym stanie faktycznym jest okoliczność, że Zamawiający w obu odpowiedziach nie zdecydował się na rezygnację z dysponowania i wykorzystania do realizacji robót torowych sprzętu wysokowydajnego, pomimo sygnalizowanych wątpliwości ze strony Wykonawców. Zamawiający w sposób świadomy i nie budzący żadnych wątpliwości podtrzymał wymóg wykonania robót torowych przy użyciu sprzętu wysokowydajnego.*

16. W rezultacie wymagania Zamawiającego dotyczące technologii wykonania robót torowych w sposób klarowny artykułowały obowiązek wykonania tych robót sprzętem wysokowydajnym określonym w STWiORB i ten obowiązek potwierdzony był warunkiem udziału

w Postępowaniu z pkt 8.6.2 lit. m) IDW.

17. Zamawiający konstruując wymagania dotyczące wykonania robót torowych jako kluczowych z punktu widzenia zakresu niniejszego zamówienia, miał pełną świadomość reżimu wynikającego z regulacji Ustawy. Przepisy Ustawy bezwzględnie nakładają na Zamawiającego obowiązek takiego ukształtowania warunków udziału w postępowaniu, które pozostają w stosunku proporcjonalności do przedmiotu zamówienia, w tym w szczególności do zastrzeżonej technologii wykonania robót budowlanych. Odstąpienie zatem, przez Zamawiającego na etapie oceny ofert od wymagań określonych w dokumentach zamówienia, byłoby jawnym naruszeniem kardynalnych zasad funkcjonujących w systemie zamówień publicznych tj. do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców oraz adekwatności

i porównywalności ofert złożonych w niniejszym Postępowaniu. Zamawiający ustalił wymagania, co do technologii wykonania robót torowych i warunki udziału w Postępowaniu w sposób gwarantujący oczekiwaną i należyłą realizację robót będących przedmiotem zamówienia, bez możliwości zastosowania przez Wykonawców innej technologii wykonania robót torowych.

18. Mając na uwadze powyższe, wyjaśnienia przedłożone przez PPM-T w zakresie wyceny sprzętu wymienionego w pkt 8.6.2 lit. m) IDW w kontekście wymagań Zamawiającego określonych w STWiORB, wskazują w sposób oczywisty i wprost przyznany przez Konsorcjum na niezgodność oferty z warunkami zamówienia w obszarze dotyczącym zastrzeżonego sposobu spełnienia świadczenia. Stwierdzona w toku procedury badania rażąco niskiej ceny niezgodność w zakresie sposobu spełnienia świadczenia z wymaganiami Zamawiającego, wyczerpuje przesłankę do odrzucenia oferty Wykonawcy z art. 226 ust. 1 pkt 5 Ustawy. Wykonawca skalkulował swoją cenę wbrew wymaganiom Zamawiającego doprowadzając do niezgodności własnej oferty z treścią SWZ. Oferta Wykonawcy jest niezgodna z warunkami zamówienia. „Sformułowanie ustawowe „Zamawiający odrzuca ofertę” nie pozostawia pola do uznaniowości. Nie ma tam uprawnienia „może” lecz obowiązek „odrzuca” (Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie sygn. akt XXIII Ga 1641/17).

19. „Wskazać należy, że niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia zachodzi co do zasady wtedy, gdy zawartość merytoryczna złożonej w danym postępowaniu oferty nie odpowiada ukształtowanym przez Zamawiającego i zawartym dokumentach zamówienia warunkom. Poprzez warunki zamówienia, zgodnie z art. 7 pkt 29 ustawy Pzp należy

*rozumieć warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające*

*w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego” (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 09.06.2022 r. sygn. akt KIO 1392/22).*

*20. Ponadto, oświadczenie Wykonawcy, że nie ujął w kalkulacji ceny kosztów pracy wysokowydajnego sprzętu do realizacji robót torowych, w zestawianiu z informacją, że zmieniona technologia wykonania ww. robót pozwoliła na zaoszczędzenie znacznych kosztów w tym zakresie, świadczy o zaniżeniu wyceny tego obszaru zamówienia.*

*21. W dniu 30.06.2023 r. Zamawiający otrzymał dodatkowe wyjaśnienia Konsorcjum nawiązujące do odpowiedzi z dnia 19.05.2023 r. Wymaga wskazania, że ww. pismo zostało złożone po terminie wyznaczonym przez Zamawiającego na złożenie wyjaśnień tj. po dniu 19.05.2023 r. Nadto, w wyjaśnieniach z dnia 30.06.2023 r. Wykonawca podejmuje polemikę z własnym oświadczeniem zawartym w wyjaśnieniach z dnia 19.05.2023 r. Powyższe świadczy o tym, że wyjaśnienia złożone po terminie stanowią nieudolną próbę ratowania tudzież „uzdrowienia” własnej oferty, w sytuacji, gdy została złożona niezgodnie z wymaganiami Zamawiającego. Wymaga dodatkowo zaznaczenia, że złożone po terminie wyjaśnienia są irrelewantne zarówno wobec innych stwierdzonych niezgodności jak i wobec oceny rażąco niskiej ceny oferty Wykonawcy po aukcji elektronicznej.”*

*22. Niezależnie od powyższego, Zamawiający w ramach wniosku o wyjaśnienie z dnia 26.04.2023 r. skierował do Wykonawcy pytanie w jaki sposób pokryje różnicę w wycenie pozycji „Humusowanie skarp o grubości warstwy minimum 10 cm (z zakupem materiału) z obsianiem mieszanką traw”. Zgodnie z kalkulacją przedstawioną przez Konsorcjum dla tej pozycji przyjęto cenę jednostkową 10,00 zł za m<sup>2</sup>. Taką wartość Wykonawca oparł na ofercie podmiotu R., w której zawarta była poniższa wycena :*

*Humusowanie skarp o grubości warstwy minimum 10 cm (z zakupem materiału) z obsianiem mieszanką traw – z przesianiem humusu– 5,50 zł za m<sup>2</sup>*

*Humusowanie skarp o grubości warstwy minimum 10 cm (z zakupem materiału) z obsianiem mieszanką traw – z zakupem materiału– 14,50 zł za m<sup>2</sup>*

*Wykonawca bazując na ofercie R. założył, że 50% powierzchni humusowania wykona z przesianego humusu w cenie 5,50 zł/ m<sup>2</sup>, a drugie 50% wykona z nowego materiału w cenie 14,50 zł/m<sup>2</sup>. Ostatecznie Wykonawca przyjął średnią cenę na poziomie 10 zł / m<sup>2</sup> dla całości powierzchni.*

Zważywszy, że w tej pozycji należało wycenić nowy materiał (zakup całości materiału), to Wykonawca został wezwany do złożenia wyjaśnień, w jaki sposób zamierza pokryć brakującą różnicę 4,50 zł na m<sup>2</sup> w cenie jednostkowej dla wszystkich ilości w pozycjach dotyczących ww. robót.

23. Wykonawca w odpowiedzi na powyższe oświadczył, że obie pozycje z oferty podmiotu R. uwzględniają zakup nowego materiału, wobec czego różnica ceny - w rozumieniu Zamawiającego – nie występuje. Jednocześnie Wykonawca poinformował, że „posiada w powyższym zakresie również ofertę innego podwykonawcy, która została załączona do wyjaśnień z dnia 12 kwietnia 2023 roku. Oferta mieści się w poszczególnych pozycjach kosztorysowych na roboty ziemne. Oferta podwykonawcy Domost Sp. z o.o. w pozycji kosztorysowej 3.5. wynosi 11,00 zł za m<sup>2</sup> netto i jest niższa od ceny w kosztorysie Wykonawcy po aukcji, która wynosi 12,76 zł za m<sup>2</sup> netto.”

Mając na uwadze powyższe, Zamawiający stwierdził, że stanowisko Wykonawcy jest niezrozumiałe, ponieważ oświadczenie o braku różnicy w cenie jest sprzeczne z treścią wyjaśnień Wykonawcy złożonych dniu 12.04.2023 r, gdzie jednoznacznie wskazano powyższy sposób kalkulacji tych robót na podstawie oferty firmy R., a ponadto, zgodnie z przyjętą przez Wykonawcę kalkulacją, w cenie oferty ujęto zakup nowego materiału jedynie na poziomie około 50 % wymaganej ilości (...)

24. Zamawiający nie uzyskał odpowiedzi, w jaki sposób Wykonawca zamierza pokryć brakującą różnicę, tj. w jakich pozycjach Przedmiarów Robót została ujęta brakująca kwota na zakup nowego materiału. Wykonawca natomiast dokonał zmiany treści własnych wyjaśnień złożonych w dniu 12.04.2023 r., poprzez powołanie się na ofertę podwykonawczą podmiotu Domost Sp. z o.o.

25. Kolejny aspekt wyjaśnień Wykonawcy, to okoliczność, że Zamawiający w ramach wniosku o wyjaśnienie z dnia 26.04.2023 r. skierował do Wykonawcy prośbę o przedstawienie szczegółowych wyliczeń dotyczących kosztów zawartych w Przedmiarach Robót dla Wymagań ogólnych dla realizacji inwestycji. W odpowiedzi z dnia 19.05.2023 r. Wykonawca nie udzielił wyjaśnień w tym zakresie.

26. Przedstawione wyjaśnienia i materiały dowodowe złożone na okoliczność uzasadnienia kalkulacji cen transportu kruszyw, pomimo wezwań do uszczegółowienia wyjaśnień w tym zakresie, w dalszym ciągu budziły uzasadnione wątpliwości Zamawiającego. W rezultacie dopiero w odpowiedzi na konkretne pytania Zamawiającego, Wykonawca w wyjaśnieniach z dnia 19.05.2023 r. ujawnił szereg szczegółowych danych, które przyjął w kalkulacjach cen transportu. Dodatkowo, zauważalny jest brak konsekwencji w twierdzeniach Wykonawcy. Tytułem przykładu należy wskazać na koszty pracy wagonów, które według wyjaśnień

Wykonawcy z dnia 19.05.2023 r. przyjęto na poziomie 40 zł /doba/ szt. tj. 1,67 zł/m-g/szt., a pierwotnie w zestawieniach dotyczących kosztów robót torowych, ceny te kształtowały się na poziomie 7,71 – 10,85 zł /m-g (w zależności od typu wagonu). Dalej, z jednej strony Wykonawca twierdzi, że do transportu będzie wykorzystywał własne lokomotywy, a z drugiej, że planuje również wynajem długoterminowy trzech dodatkowych lokomotyw, które mają być włączane do pracy w razie potrzeby na okres pięciu miesięcy. Łączny koszt wynajmu dodatkowych lokomotyw Gama 111ed to według wyjaśnień Wykonawcy 2 350 000,00 zł. Analiza przeprowadzona przez Zamawiającego wykazała, że koszty wynajmu dodatkowych lokomotyw nie zostały uwzględnione w cenie transportu tony kruszywa wynoszącej 12,00 zł. Koszty te winny być uwzględnione w cenie oferty Wykonawcy, jednakże z wyjaśnień nie sposób jest się tego dowiedzieć w jakich pozycjach kosztowych zostały one uwzględnione.

27. Zastrzeżenia Zamawiającego wzbudził również przyjęty do wyceny poziom kosztu dostępu do infrastruktury kolejowej, który jest istotnym elementem cenotwórczym w przypadku transportów kolejowych. Wykonawca na podstawie „(...) wycen otrzymanych przez Wykonawcę na potrzeby innych inwestycji od PKP PLK S.A. (...)” przyjął kwotę 3 863 000,00 zł. Zamawiający w celu weryfikacji ww. kwoty dokonał samodzielnego oszacowania tych kosztów przy wykorzystaniu ogólnodostępnego Serwisu KALKULACJA, który znajduje się na stronie internetowej Zamawiającego. Narzędzie to umożliwia obliczanie opłat za przejazd pociągów po liniach kolejowych zarządzanych przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Przy założeniu wskazanych przez Wykonawcę 280 kursów na potrzeby transportu kruszyw na budowę, obliczony przez Zamawiającego koszt dostępu do infrastruktury kolejowej wynosi ponad 5 000 000,00 zł, a więc istotnie przekracza koszty przyjęte przez Wykonawcę. Analogicznie sytuacja dotyczy kosztu transportu szyn, który co prawda jest znacznie niższy i ma mniejsze przełożenie na całkowite koszty robót torowych niż koszt transportu kruszyw, to nie mniej jednak zdaniem Zamawiającego koszt dostępu do infrastruktury kolejowej, w tym przypadku jest niedoszacowany o około 50 % w porównaniu z wyliczeniami dokonanymi z wykorzystaniem Serwisu KALKULACJA.

28. Mając na uwadze powyższe, dopiero z wyjaśnień z dnia 19.05.2023 r. Zamawiający powziął wiedzę, o wysokości kosztów dostępu do infrastruktury kolejowej oraz uzyskał informację, że koszty te zostały zdefiniowane, jako koszty administracyjne i zostały ujęte w „kosztach ogólnych kontraktu”. Fakt ujęcia części kosztów transportu w „kosztach ogólnych” rodzi kolejne wątpliwości, gdyż Zamawiający nie posiada - na podstawie ciągu składanych wyjaśnień - żadnej wiedzy jakie są ostateczne składowe pozycje „kosztów ogólnych” i jakie faktycznie koszty związane z realizacją kontraktu zostały zakwalifikowane jako koszty ogólne. Tym samym Zamawiający nie jest w stanie ocenić, czy rezerwa ujęta w

„kosztach ogólnych kontraktu” faktycznie wystarcza na pokrycie kosztów dostępu do infrastruktury kolejowej czy też nie. Wykonawca nie wyjaśnił jakie składniki ceny zamówienia zostały przyporządkowane do „kosztów ogólnych kontraktu”, w rezultacie Zamawiający został pozbawiony możliwości weryfikacji czy brakująca różnica w wycenie zakresu układu torowego i systemu odwodnienia może być pokryta z „kosztów ogólnych”, a rolą Zamawiającego nie jest „domyślanie się” jakie pozostałe koszty (oprócz powyższych) zostały umieszczone w tej pozycji. Zamawiający może jedynie wnioskować, że „koszty ogólne kontraktu” zostały wyodrębnione przez Wykonawcę z różnicy pomiędzy cenami wskazanymi w ofercie, a kosztami bezpośrednimi.

29. Sumując, wyłączona jest możliwość weryfikacji ceny przez Zamawiającego, ponieważ przyjęta przez Wykonawcę metoda wyjaśnień skutkuje potencjalną możliwością kwalifikacji każdej brakującej kwoty jako „koszty ogólne kontraktu”, nota bene tak jak okazało się to w przypadku kosztów transportu kruszywa oraz kosztów transportu szyn.

30. Dodatkową kwestią, stwierdzoną przez Zamawiającego jest zauważalnie niska cena na zakup kluczowych kruszyw z punktu widzenia realizacji kontraktu. Otóż, Zamawiający w dniu 27.03.2023 r. wezwał Wykonawcę do udzielenia wyjaśnień m.in. w jaki sposób Wykonawca planuje pokryć różnicę ceny kruszyw w sytuacji wzrostu ich cen. Wykonawca w odpowiedzi z dnia 12.04.2023 stwierdził, że „(...) w razie wzrostu cen kruszyw, jak i innych materiałów uruchomi mechanizmy zagwarantowane w umowach zawieranych z dostawcami, a także mechanizmy wynikające z przepisów ogólnie przyjętych, natomiast na chwilę obecną nie jest w stanie precyzyjnie określić czy i w jakim zakresie pojawi się konieczność skorzystania z postanowień chroniących Wykonawcę.” Pytanie skierowane do Wykonawcy było o tyle istotne, że cena kruszyw, przy zakładanej ilości, odgrywa kluczową rolę w wycenie robót torowych, zaś niewielki wzrost ceny jednostkowej za tonę będzie generował znaczny wzrost całkowitej ceny oferty. Zamawiający na potrzeby analizy wyjaśnień dokonał prostej symulacji dla przypadku niewielkiego wzrostu ceny tłucznia. Przy założonej przez Wykonawcę cenie tłucznia na poziomie 25 zł/t i ilości 230 000 ton, całkowity koszt materiału wynosi 5 750 000 zł. W przypadku wzrostu ceny jednostkowej do poziomu 35 zł/t (co zdaniem Zamawiającego nadal jest ceną bardzo niską), koszt całkowity tłucznia będzie wynosił 8 050 000 zł, a więc o 2 300 000 zł więcej. W wyjaśnieniach z dnia 19.05.2023 Wykonawca wskazał, że na potrzeby zabezpieczenia ryzyk kontraktowych przyjął kwotę na poziomie 2 800 000 zł, a zatem ewentualny wzrost ceny tylko samego tłucznia w rzeczywistości pochłania powyższą kwotę w całości.

31. Uwzględniając powyższe, profesjonalny Wykonawca, mając świadomość przyjęcia cen kruszyw na zauważalnie niskim poziomie, pomimo otrzymania tak preferencyjnej oferty,

winien uwzględnić w cenie odpowiednią rezerwę, szczególnie zważywszy na treść zastrzeżenia zawartego w pkt 3 oferty Dostawcy, albowiem oferta nie gwarantuje stałości ceny w całym okresie realizacji Kontraktu. Nadto, Wykonawca składając wyjaśnienia nie powinien ograniczać się jedynie do lakonicznych stwierdzeń, a winien przedstawić konkretne środki zaradcze na wypadek wystąpienia takich sytuacji, gdyż mają one istotne przełożenie na cenę oferty i rękojmię należytego wykonania umowy.

32. Podsumowując, Wykonawca nie wyjaśnił w sposób jednoznaczny i nie budzący wątpliwości, że zaoferowana cena za wykonanie robót dotyczących układu torowego wraz z systemem odwodnienia nie zawiera rażąco niskiej ceny. Nie sposób, zatem przypisać Wykonawcy należyte wywiązania się z obowiązku jednoznacznego wyjaśnienia stwierdzonych przez Zamawiającego nieścisłości w zakresie wyceny przedmiotu zamówienia. Powyższe potwierdza, że ten zakres świadczenia Wykonawcy został również skalkulowany w sposób nienależyty i w rezultacie złożone wyjaśnienia nie potwierdziły, że cena oferty jest prawidłowa i realna.

33. Zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej „ (...) Ustawodawca zakłada, że wykonawcy biorący udział w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego są profesjonalistami, stąd składane przez nich wyjaśnienia muszą cechować się podwyższonym miernikiem staranności. Niespełnienie tego warunku powoduje, że ponoszą oni negatywne skutki niewykazania zasadności swoich twierdzeń co do tego, że zaoferowana cena lub koszt nie są rażąco niskie. Badając ofertę pod kątem wystąpienia rażąco niskiej ceny lub kosztu, zamawiający weryfikuje zaoferowaną cenę lub koszt w kontekście wyjaśnień wykonawcy. /.../ Jeżeli wykonawca nie złoży wyjaśnień - przy czym za niezłożenie wyjaśnień w rozumieniu art. 224 ust. 6 Pzp należy uznać również złożenie wyjaśnień lakonicznych - lub złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie doprowadziły do obalenia tego domniemania, oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 Pzp.” (opere citato s. 709) (...)” (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 09.06.2022 r. sygn. akt KIO 1392/22).

34. Mając na uwadze powyższe, wymaga ponownego zaznaczenia, że obowiązek obalenia domniemania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa wyłącznie na Wykonawcy. Zaoferowana przez Wykonawcę cena po aukcji elektronicznej nosi znamiona rażąco niskiej z powodu jej niedostatecznego wyjaśnienia. Wskazane w niniejszej decyzji o odrzuceniu poszczególne zakresy, które zostały niewłaściwie skalkulowane a przez to zaniżone, zaoferowanie spełnienia świadczenia w sposób niezgodny w wymaganiami Zamawiającego polegającego na braku skalkulowania w cenie oferty wysokowydajnego sprzętu do realizacji robót towarowych, nieuprawniona polemika, co do zasadności wezwań kierowanych przez Zamawiającego nie zniósł domniemania rażąco niskiej ceny po aukcji elektronicznej i z tego

*powodu oferta Wykonawcy podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 Ustawy w zw. z art. 224 ust. 6 Ustawy. Dyspozycja powyższych regulacji nie ma charakteru uznaniowego, pozostawiającego Zamawiającemu wyboru w sytuacji zaistnienia okoliczności niewyjaśnienia ceny, o czym świadczy ugruntowane orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej. Wykonawca nie udźwignął ciężaru wykazania, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny i tym samym nie sposób przyjąć, że przedstawione wyjaśnienia potwierdziły prawidłowość i realność ceny zaoferowanej w trakcie aukcji elektronicznej.*

*35. Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 Ustawy Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.*

*36. Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8 Ustawy Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, zaś art. 224 ust. 6 Ustawy stanowi, że Zamawiający odrzuca ofertę Wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli złożone wyjaśnienia nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.”.*

Izba stwierdziła, że zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp przez uznanie, że oferta Odwołującego jest niezgodna z warunkami zamówienia w obszarze dotyczącym zastrzeżonego sposobu świadczenia nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Izby, nie ulega wątpliwości, że wymogiem Zamawiającego była realizacja zamówienia, co do zasady, przy użyciu sprzętu wysokowydajnego. W tym celu Zamawiający postawił warunek udziału w postępowaniu dotyczący dostępności wykonawcy do:

„co najmniej 1 szt. - pociąg do wymiany toru - tj. zespół złożony z kombajnu torowego wraz z wagonami do transportu starych i nowych elementów rusztu torowego lub układarka nawierzchni kolejowej poruszająca się po warstwie podsypki, z przednią częścią maszyny posadowioną na podwoziu gąsienicowym lub pociąg zrywkowo - układkowy z zespołem suwnic torowych” (pkt 8.6.2. lit. m IDW).

Celem stawiania warunków udziału w postępowaniu nie jest przecież zweryfikowanie potencjalnych możliwości danego wykonawcy, ale zweryfikowanie potencjału, jaki będzie potrzebny przy realizacji danego przedmiotu zamówienia. Z tego też względu ustawodawca sformułował nakaz, aby stawiane warunki były proporcjonalne do przedmiotu zamówienia oraz aby umożliwiały ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia (art. 112 ust. 1 ustawy Pzp).

Izba stwierdziła, że Zamawiający dopuścił użycie technologii równoważnej wyłącznie w zakresie robót rozbiórkowych (STWiORB, ST.02. 07 Roboty rozbiórkowe: 3. Sprzęt, odpowiedź na pytanie nr 626). W zakresie budowy torów technologia równoważna nie

została dopuszczona – Zamawiający wyraźnie zalecił, aby wykonawca dokonał wymiany torów przy użyciu kombajnu torowego, za wyjątkiem miejsc niedostępnych dla tego rodzaju sprzętu (STWiORB, ST.02 08 Budowa torów).

Za istotną Izba uznała okoliczność, iż żaden z wykonawców nie zakwestionował ww. wymagań co do sposobu realizacji zamówienia. Wykonawcy kierowali do Zamawiającego pytania dotyczące możliwości rezygnacji z warunku określonego w pkt 8.6.2. lit. m IDW czy jego modyfikacji (pytania nr 731, 899), jednak wobec stanowczej odmowy, nie kwestionowali treści przedmiotowego warunku w drodze odwołań na treść specyfikacji, nie formułowali również zarzutów, że określony przez Zamawiającego sposób realizacji zamówienia jest z jakichkolwiek względów niemożliwy do wykonania. Potwierdzeniem prawidłowości stanowiska Zamawiającego w przedmiotowej kwestii jest również okoliczność, że pozostali wykonawcy zastosowali się do wymagań Zamawiającego.

Izba ustaliła, że odpowiadając na prośbę Zamawiającego z dnia 26 kwietnia 2023 r. o doszczegółowienie wyjaśnień poprzez wskazanie kosztów pracy sprzętu wymaganego przez Zamawiającego do realizacji zamówienia, o którym mowa w pkt 8.6.2. lit. m IDW Odwołujący w piśmie z dnia 19 maja 2023 r. złożył oświadczenie: „Jednocześnie Wykonawca wyjaśnia, że nie ujął w kalkulacji sprzętu, o którym mowa w punkcie 8.6.2 lit. m) IDW, ponieważ przyjął inną technologię robót. Zdaniem Wykonawcy wykorzystanie pociągu nie będzie efektywne z uwagi na konieczność wykonania prac polegających na wzmocnieniu nasypu. Prace będą prowadzone na linii jednotorowej, natomiast pociąg zrywkowo-układkowy musi się poruszać po torze. Z tego powodu pociąg musiałby dojechać na teren budowy dwukrotnie, za pierwszym razem żeby zerwać tory, a następnie by je ułożyć. Wykonawca założył wymianę nawierzchni torowej głównie koparkami dwudrogowymi typu ATLAS z odpowiednim osprzętem, które spełniają wymogi SWZ, co pozwala na znaczne ograniczenie kosztów w tym zakresie. Krótkie odcinki, z którymi mamy do czynienia na linii 38 ze względu na wzmocnienia gruntu czynią nieefektywnymi ekonomicznie możliwość stosowania maszyn do potokowej wymiany nawierzchni. Planowana przez Wykonawcę technologia pozwoli na utrzymanie właściwej wydajności, jakości robót oraz harmonogramu prac przy maksymalnym ograniczeniu kosztów (...) Jeżeli natomiast Zamawiający będzie oczekiwał realizacji prac z wykorzystaniem przedmiotowego pociągu, Wykonawca wykorzysta go.”.

Przytoczona powyżej deklaracja Odwołującego jest jednoznaczna i nie pozostawia pola do interpretacji – Odwołujący nie ujął w kalkulacji sprzętu, o którym mowa w punkcie 8.6.2 lit. m) IDW, ponieważ przyjął inną technologię robót. To z kolei, zgodnie z oświadczeniem wykonawcy, pozwoliło na maksymalne ograniczenie kosztów. Zauważenia wymaga, że składając wyjaśnienia Odwołujący nie powoływał się na brak możliwości

wykonania zamówienia przy użyciu sprzętu zastrzeżonego w specyfikacji. Przeciwnie, przyjętą technologię uznał za bardziej efektywną ekonomicznie, zastrzegając, że w sytuacji, gdy Zamawiający jednak będzie oczekiwał realizacji zamówienia z wykorzystaniem sprzętu, o którym mowa w pkt 8.6.2. lit. m IDW, Odwołujący wykorzysta ten sprzęt. Z powyższego należy wywieść, że realizacja zamówienia przy użyciu sprzętu wysokowydajnego jest możliwa, jednak, w ocenie Odwołującego, mniej efektywna ekonomicznie. Odwołujący nie podjął jednak próby dowiedzenia, że ewentualne wykorzystanie sprzętu z pkt 8.6.2. lit. m IDW mieści się w założonej kalkulacji. Wobec złożonego oświadczenia o maksymalnym ograniczeniu kosztów na skutek przyjętej technologii, logicznym wydaje się, że użycie sprzętu wysokowydajnego przekracza budżet założony przez Odwołującego na koszty pracy sprzętu.

Za nieprzydatny dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy Izba uznała złożony przez Odwołującego dowód w postaci opinii technicznej dr. inż. Zbigniewa Kędry pt. „Ocena technologii budowy toru kolejowego na szlaku przy realizacji robót budowlanych na linii kolejowej nr 38 na odcinku Elk – Korsze wraz z elektryfikacją”. Opinia ta, podobnie jak odwołanie, oparta została na twierdzeniu, że Odwołujący zaplanował wykonanie robót torowych suwnicami PTH 350 przy układaniu toru na szlakach. Tymczasem twierdzenie o zaplanowanym użyciu suwnic pojawiło się dopiero w piśmie Odwołującego z dnia 30 czerwca 2023 r. (po terminie na złożenie wyjaśnień) i nie jest spójne z pierwotnymi wyjaśnieniami, które jednoznacznie stanowiły, że Odwołujący nie skalkulował sprzętu ujętego w SWZ. Dodatkowo, Odwołujący nie przedstawił wraz ze zmodyfikowanym stanowiskiem kalkulacji kosztów użycia ww. suwnic.

Izba nie kwestionuje, że wykonanie przedmiotu zamówienia w technologii założonej przez Odwołującego jest możliwe, jednak w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający narzucił sposób realizacji zamówienia oraz określił krąg wykonawców zdolnych do jego wykonania poprzez określenie warunków udziału w postępowaniu, co nie zostało zakwestionowane przez wykonawców na odpowiednim etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Nie znalazł potwierdzenia również zarzut dotyczący naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp.

Na wstępie rozważań w tym przedmiocie Izba zauważa, że Zamawiający badał realność zaoferowanych cen w sposób szczegółowy. Izba nie znalazła jednak podstaw do kwestionowania tych czynności. Trudno bowiem stawiać Zamawiającemu zarzut z tego tytułu, że rzetelnie analizował prawidłowość kalkulacji, skoro jest to jeden z czynników warunkujących należytą realizację zamówienia.

W zakresie przedmiotowego zarzutu aktualne pozostają ustalenia i rozważania poczynione powyżej. Treść wyjaśnień złożonych przez Odwołującego w sposób jednoznaczny wskazuje na skalkulowanie wykonania zamówienia w odmiennej technologii niż przewidziana w specyfikacji. Założenie wykonania przedmiotu zamówienia w innej technologii pozwoliło Odwołującemu, zgodnie z jego oświadczeniem, na maksymalne ograniczenie kosztów. Jednocześnie, Odwołujący, na którym spoczywa ciężar wykazania realności zaoferowanej ceny (art. 224 ust. 5 ustawy Pzp), nie wykazał, że zastosowanie technologii zgodnej ze specyfikacją, opartej na użyciu sprzętu wysokowydajnego, mieści się w cenie zaoferowanej przez Odwołującego. Z kolei treść wyjaśnień Odwołującego uzasadniających zaoferowaną cenę oparta na twierdzeniu, że oszczędności płyną właśnie z użycia innej technologii, nakazuje przyjąć, że wykonanie zamówienia przy użyciu sprzętu, o którym mowa w pkt 8.6.2. lit. m IDW, nie jest możliwe za cenę zaoferowaną przez Odwołującego.

Izba przychyliła się do stanowiska Zamawiającego w zakresie wyjaśnienia przez Odwołującego kalkulacji ceny w pozycji „Humusowanie skarp o grubości warstwy minimum 10 cm (z zakupem materiału) z obsianiem mieszanką traw”. W przedmiotowym zakresie Odwołujący oparł się na ofercie formy R. K. R. (wyjaśnienia z dnia 12 kwietnia 2023 r.). Treść oferty podwykonawcy firmy R. wskazuje, że Odwołujący w oparciu o ww. ofertę założył, że 50% powierzchni humusowania wykona z przesianego humusu w cenie 5,50 zł/m<sup>2</sup>, zaś kolejne 50% wykona z nowego materiału w cenie 14,50 zł/m<sup>2</sup>. Tymczasem, Zamawiający wymagał, aby wycena obejmowała zakup nowego materiału. Odwołujący w złożonych wyjaśnieniach nie wykazał, że zamierza zakupić nowy materiał w ilości wymaganej przez Zamawiającego, jak również, że cena przewidziana za realizację przedmiotowej pozycji pokrywa pełne koszty zakupu materiału.

W treści wyjaśnień Odwołującego z dnia 19 maja 2023 r. potwierdzenie znalazło stanowisko Zamawiającego, że Odwołujący nie udzielił wyjaśnień na pytanie Zamawiającego o przedstawienie szczegółowych wyliczeń dotyczących kosztów zawartych w Przedmiarach Robót dla Wymagań ogólnych dla realizacji inwestycji. Prośba Zamawiającego skierowana w wezwaniu z 26 kwietnia 2023 r. jest jasna i nie powinna budzić wątpliwości.

Izba zgodziła się z Zamawiającym również w kwestii wyjaśnień dotyczących kalkulacji cen transportu kruszyw. Wyjaśnienia złożone przez Odwołującego w tym zakresie są niespójne i niejednoznaczne zarówno w kwestii kosztu pracy wagonów, jak też w kwestii kosztów wynajmu dodatkowych lokomotyw. Przypomnieć należy, że to Odwołujący powinien zadbać o to, aby składane wyjaśnienia były spójne, czytelne oraz rozwiewały wątpliwości zamawiającego.

Odnośnie rozbieżności pomiędzy Odwołującym a Zamawiającym w wycenie poziomu kosztu dostępu do infrastruktury kolejowej Izba stwierdziła, że po stronie Odwołującego spoczywał obowiązek wykazania, że Odwołujący przyjął prawidłowe założenia do kalkulacji tego zakresu zamówienia. Nie ma przy tym znaczenia, jak duża jest różnica pomiędzy wyceną dokonaną przez Zamawiającego a kalkulacją Odwołującego i że różnica ta wynosi „tylko” 23%. Zamawiający nie powinien też poszukiwać rezerw na pokrycie brakującej kwoty w innych pozycjach kalkulacji Odwołującego. Odwołujący zobowiązany był wykazać Zamawiającemu, w jaki sposób skalkulował przedmiotowe koszty oraz wykazać, że przeznaczona na ten cel kwota jest wystarczająca.

Za prawidłową Izba uznała ocenę oferty Odwołującego w zakresie ceny zakupu kruszyw. Odwołujący złożył ofertę dostawcy Kompanii Górniczej Sp. z o.o., która wskazuje na możliwość zakupu tłucznia za cenę 25 zł/t. Izba stwierdziła jednak, że biorąc pod uwagę obecną sytuację gospodarczą, poziom cen tłucznia kalkulowany przez Odwołujące we wcześniejszych postępowaniach, a także okoliczność, że konkurencyjne oferty obejmują dostawę tłucznia za 40 zł/t, twierdzenia Zamawiającego o możliwym wzroście ceny tłucznia nie są bezzasadne. Izba miała również na względzie okoliczność, że oferta Kompanii Górniczej Sp. z o.o. skierowana do Odwołującego nie jest wiążąca, zastrzeżono w niej możliwość zmiany ceny. Za decydujące w przedmiotowej sprawie nie zostały uznane oferty złożone przez Torpol S.A. pozyskane od Kompanii Górniczej Sp. z o.o. oraz Jaxan Sp. z o.o., jako że stanowią one jedynie dowód na to, jakie ceny może pozyskać ten wykonawca. Niemniej jednak, umacniają one prawdopodobieństwo wzrostu cen zakupu kruszyw.

Podsumowując, Izba stwierdziła, że Odwołujący nie wykazał, że przyjął prawidłowe założenia do kalkulacji ceny, a tym samym, że zaoferowana przez niego cena jest realna. Złożone przez Odwołującego wyjaśnienia wraz z dowodami nie pozwalają na obalenie domniemania, jakie powstało wraz z wezwaniem do wyjaśnień, że zaoferowana przez Odwołującego cena jest rażąco niska. Po raz kolejny przypomnieć należy, że na Odwołującym spoczywał obowiązek wykazania prawidłowości kalkulacji. Złożone wyjaśnienia powinny być konkretne, spójne, logiczne i szczegółowe, oraz powinny odpowiadać na pytania Zamawiającego. Wykonawca, jako profesjonalista, powinien dołożyć wszelkich starań, aby rozwiać wątpliwości Zamawiającego w tym zakresie, bowiem złożenie wyjaśnień nie uzasadniających zaoferowanej ceny skutkuje odrzuceniem oferty.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437, dalej jako „rozporządzenie”).

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego, z kolei w myśl art. 575 ustawy Pzp strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.

Jak stanowi § 8 ust. 2 rozporządzenia, w przypadku oddalenia odwołania przez Izbę w całości, koszty ponosi odwołujący.

W świetle powyższych regulacji, Izba obciążyła kosztami postępowania Odwołującego.

**Przewodniczący:** .....

.....

.....