

WYROK
z dnia 4 czerwca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Emilia Garbala

Protokolant: Łukasz Listkiewicz
Szymon Grzybowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 czerwca 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 maja 2021 r. przez wykonawcę **DROMOSTTOR POLSKA sp. z o.o. sp.k., Mojesz 31B, 59-600 Lwówek Śląski,**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa,**

przy udziale wykonawcy **Intop Warszawa sp. z o.o., ul. Łukasza Drewny 70, 02-968 Warszawa,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża odwołującego **DROMOSTTOR POLSKA sp. z o.o. sp.k., Mojesz 31B, 59-600 Lwówek Śląski, i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od odwołującego: **DROMOSTTOR POLSKA sp. z o.o. sp.k., Mojesz 31B, 59-600 Lwówek Śląski,** na rzecz zamawiającego: **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa,** kwotę **3 600 zł 00 gr** (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 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

Zamawiający – PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych dla zadania inwestycyjnego pn.: „Przebudowa mostu w km 1,968 linii kolejowej nr 22” realizowanego w ramach projektu pn.: Prace na linii kolejowej nr 22 i 25 na odcinku Gałkówki - Tomaszów Mazowiecki - Radom oraz na przyległych łącznicach”, numer referencyjny: 9090/IREZA1/22746/06028/20/P. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 08.12.2020 r., nr 2020/S 239-591842.

Pismem z dnia 04.05.2021 r. zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Intop Warszawa sp. z o.o. Na drugim miejscu w rankingu ofert uplasowała się oferta wykonawcy Primost Południe sp. z o.o., na trzecim – oferta wykonawcy Przedsiębiorstwo Napraw i Utrzymania Infrastruktury Kolejowej w Krakowie sp. z o.o., a na czwartym - oferta odwołującego, czyli wykonawcy DROMOSTTOR POLSKA sp. z o.o. sp.k., Mojesz 31B, 59-600 Lwówek Śląski (dalej: „odwołujący”).

W dniu 14.05.2021 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie, w którym odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej: „ustawą Pzp”:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykonania czynności, do której zamawiający był zobowiązany na podstawie ustawy, to jest zaniechanie odrzucenia oferty Intop Warszawa sp. z o.o., w której wykonawca wycenił odmienny od wymaganego w dokumentacji przetargowej przedmiot świadczenia i dokonanie wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej w sytuacji, gdy winna ona być odrzucona,
- 2) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez nierówne traktowanie wykonawców uczestniczących w postępowaniu polegające na zaakceptowaniu i wyborze jako najkorzystniejszej oferty, w której wycena dotyczy innego zakresu świadczenia, niż wymagany w siwz, co stanowi naruszenie zasad udzielania zamówień publicznych,
- 3) w przypadku nieuwzględnienia zarzutu wskazanego w pkt 1 - art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykonania czynności, do której zamawiający był zobowiązany na podstawie ustawy, to jest zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy – Intop Warszawa sp. z o.o., mimo że zawiera ona cenę rażąco niską i dokonanie wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej w sytuacji, gdy winna ona być odrzucona.

Analogiczne zarzuty odwołujący sformułował w stosunku do oferty wykonawcy Primost Południe sp. z o.o. oraz oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Napraw i Utrzymania Infrastruktury Kolejowej w Krakowie sp. z o.o.

W szczególności odwołujący podniósł, co następuje. „W przedmiotowym Postępowaniu Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę w wysokości 35 709 097,55 zł brutto. W wyniku przeprowadzonej w dniu 17.03.2021 r. aukcji elektronicznej, wykonawca INTOP zaoferował wykonanie zamówienia za kwotę 16 684 000,00 zł brutto, Wykonawca Primost za kwotę 17 489 000,00 zł brutto, natomiast wykonawca PNiUK za kwotę 17 495 378,41 zł brutto. (...)

Zgodnie z pkt. 12.3 IDW Zamawiający wymagał załączenia do oferty rozbitcia ceny ofertowej (dalej: RCO): (...) Zwrócić również należy uwagę, iż w powyżej przywołanym punkcie IDW Zamawiający nie dopuszczał wliczania kosztów wykonania jakiegokolwiek pozycji RCO w inną pozycję RCO. (...) Każdy z wyżej wskazanych wykonawców został wezwany przez Zamawiającego do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Wykonawcy zostali zobowiązani do złożenia wyjaśnień w zakresie wskazanych w treści korespondencji bezpośrednio do nich kierowanych o wyjaśnienie poszczególnych pozycji budzących wątpliwości Zamawiającego jak również do odniesienia się do całej złożonej oferty. (...)

Podkreślenia wymaga również fakt, iż przedmiotowe postępowanie zostało ogłoszone w formule „projektuj i buduj” z tym zastrzeżeniem, że Zamawiający udostępnił posiadany projekt budowlany z 2015 roku. W gruncie rzeczy Zamawiający oczekiwał wyceny zamówienia przy uwzględnieniu założeń/wymagań zawartych w tym projekcie jednak wyraźnie zaznaczając, iż projekt ten ma zostać zrewidowany, oraz uzupełniony o brakujące elementy oraz dostosowany do obowiązujących przepisów prawa. Formuła projektuj i buduj nakłada na wykonawców konieczność uwzględnienia dodatkowego ryzyka, jakie związane jest z realizacją przyszłych robót zgodnie z ogólnym sposobem opisu przedmiot zamówienia. (...)

I. Dotyczy zarzutów do oferty INTOP, Primost, PNiUK - wycena odmiennego i niekompletnego zakresu robót w kontekście wymagań SIWZ.

(...) Jednym z obligatoryjnych dokumentów którego wymagania należało uwzględnić jest projekt wykonawczy naprawy głównego mostu kratownicowego opracowany przez PBW Inżynieria w grudniu 2015 r. W treści tego opracowania została wskazana m.in. ilość stali konstrukcyjnej jaką należy użyć do realizacji zamówienia. Z uwagi jednak na znaczny upływ czasu od opracowania tego dokumentu Zamawiający w treści PFU oraz w pytaniach i odpowiedziach wyraźnie wskazał, iż dokumentacja ta powinna zostać zrewidowana oraz uzupełniona o wymagania wskazane w PFU.

W pkt 3.7.3 PFU zostało wskazane, iż grubość blach elementów konstrukcyjnych przęseł nie może być mniejsza niż w projekcie opracowanym w 2015 r. oraz że obiekt należy dostosować do skrajni GPL-1. Powyższe wskazuje na to, iż tonaż stali niezbędnej do wykonania zamówienia powinien być taki jak w przekazanym projekcie jak również oferenci winni uwzględnić konieczność użycia dodatkowej ilości stali w związku z koniecznością dostosowania obiektu do skrajni GPL-1, co wiąże się z koniecznością użycia większej ilości stali do budowy mostu. (...)

W roku 2017 (a więc dwa lata po tym jak powstał projekt konstrukcji mostu w torze nr 2), wprowadzono do stosowania nowe „Standardy techniczne dotyczące szczegółowych warunków technicznych dla modernizacji lub budowy linii kolejowych do prędkości $V_{max} < 200$ km/h (dla taboru konwencjonalnego) / 250 km/h (dla taboru z wychylnym pudłem) TOM II Skrajnia budowlana linii kolejowych. Wprowadziły one do stosowania skrajnię GPL-1 w zamian za obowiązującą wcześniej skrajnię 2-SM. Szerokość skrajni jest większa od dotychczasowej o 600mm (przy założeniu progu P2 zgodnie z ww. standardami) i wynosi 5000mm (dla wcześniejszej skrajni 4400mm), co powoduje konieczność dostosowania szerokości obiektu do tych parametrów, a tym samym wzrost wyężenia elementów pomostu (głównie poprzecznie) i zwiększa zużycie stali dla tych elementów.

Drugim czynnikiem, który powoduje wzrost wyężenia poszczególnych elementów mostu jest zmiana norm w zakresie projektowania mostu. Obiekt w torze nr 1 został zaprojektowany zgodnie z normą PN-85/S-10030 Obiekty mostowe - Obciążenia (zgodnie z ówczesnie obowiązującymi przepisami), natomiast zgodnie z obecnie obowiązującymi przepisami, kolejowe obiekty inżynierskie powinny zostać zaprojektowane na obciążenia zgodnie z normami Eurocode w tym przede wszystkim PN-EN 1991-2 Oddziaływania na konstrukcje – Część 2: Obciążenia ruchome mostów. Zgodnie z nowymi normami znacznie zwiększone zostały oddziaływania na konstrukcję obiektów mostowych, szczególnie tych o nawierzchni otwartej. Wynika to po pierwsze z faktu, że nowe normy nakazują stosowanie większego współczynnika dynamicznego w stosunku do normy PN-85/S-10030 (jest on dla przedmiotowego mostu wyższy od około 2% dla dźwigarów głównych i około 25% wyższy dla elementów pomostu). Dodatkowo kombinacja obliczeniowa oddziaływań w przypadku normy Eurocode daje dużo wyższe siły wewnętrzne w elementach pomostu (podłużnice i poprzecznice) niż wcześniej obowiązująca norma. Z tego względu należy się liczyć z większymi wyężeniami poszczególnych przekroi (ze szczególnym uwzględnieniem elementów pomostu), a co za tym idzie ze zwiększonym zużyciem stali.

Konieczność uwzględnienia powyższych zmian skutkuje tym, iż ciężar konstrukcji stalowej mostu w stosunku do ciężaru określonego na podstawie dokumentacji projektowej z 2015 wzrośnie o około 40 ton, co winno znaleźć odzwierciedlenie w treści złożonej oferty. Poszczególni oferenci nie uwzględnili powyższych wymagań Zamawiającego, a więc uznać

należy, iż złożyli ofertę niezgodną z opisem przedmiotu zamówienia.

Wykonawca INTOP w treści złożonych wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny wskazał, iż poz. 16 została skalkulowana w oparciu o treść oferty złożonej przez WKS Grybów. Jak wynika z treści tej oferty tonaż przyjęty przez tego podwykonawcę, a tym samym przez INTOP został określony na wartość 143 ton x 3 przęsła. (...)

Wykonawca Primost w treści wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny wskazał, iż do oferty przyjął ilość 360 ton konstrukcji stalowej wzorując się głównie na obiekcie sąsiednim zlokalizowanym w torze nr 1. Powyższe w świetle przywołanych wcześniej argumentów związanych ze zmianą przepisów prawa wskazuje, iż Wykonawca ten nie tylko nie uwzględnił w ofercie wymagań Zamawiającego w zakresie projektu 2 2015 r., ale również nie podjął się nawet dostosowania tego projektu do wymagań PFU, co skutkuje zwiększeniem ilości stali w obiekcie mostowym. (...)

Wykonawca PNiUK w składanych zestawieniach do wyjaśnień zapewne również przyjął ilość stali koniecznej do realizacji przedmiotu zamówienia na poziomie określonym w dokumentacji projektowej z 2015 r. tj. na poziomie 143 ton x 3 przęsła nie uwzględniając konieczności dostosowania obiektu do skrajni oraz zmian w przepisach prawa.

Dodatkowo powyższe skutkuje tym, iż w/w oferenci uwzględnili w swoich ofertach mniejszą powierzchnię zabezpieczenia antykorozyjnego konstrukcji stalowej, co również jest złożeniem oferty niezgodnie z wymaganiami SIWZ. Oczywiście Odwołujący ma świadomość, iż wynagrodzenie określone w niniejszym postępowaniu ma charakter ryczałtowy jednak powyższe nie wpływa w żaden sposób na konieczność uwzględnienia w ofercie wszystkich wymagań Zamawiającego, co w konsekwencji wpływa również na wysokość zaoferowanego wynagrodzenia, które w tej sytuacji skutkuje tym, iż wynagrodzenie za istotny element zamówienia jest rażąco niskie. (...)

Kolejnym elementem przedmiotu zamówienia, który nie został wyceniony zgodnie z wymaganiami SIWZ przez w/w oferentów jest zabezpieczenie antykorozyjne konstrukcji stalowej. (...) Wykonawcy ci nie uwzględnili w treści oferty zabezpieczenia powłoką natryskową cynkową, co jest istotną zmianą względem wymagań określonych w PFU.

Mając powyższe na uwadze uznać należy, iż oferenci INTOP, Primost, PNiUK wycenili przedmiot zamówienia niezgodnie z SIWZ co winno skutkować odrzuceniem złożonych przez nich ofert.

II. Dotyczy zarzutów do oferty INTOP, Primost, PNiUK - rażąco niska cena istotnych elementów oferty oraz brak złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny.

Wykonawcy INTOP, Primost i PNiUK składając wyjaśnienia w przedmiocie rażąco niskiej ceny nie dopełnili ciążących na nich obowiązków w kontekście wykazania, iż zaoferowana przez te podmioty cena nie jest ceną rażąco niską. Wyjaśnienia te są ogólnikowe i nie zawierają żadnych konkretnych okoliczności, metod wykonania,

zastosowanych rozwiązań, które pozwoliłyby na obniżenie tym wykonawcom ceny w sposób znaczny, w stosunku do kwoty jaką zamierzał przeznaczyć Zamawiający na realizację przedmiotu Zamówienia. (...)

Wykonawcy INTOP, Primost, PNiUK dokonując przedstawienia ofert podwykonawców nie pofatygowali się w żaden sposób i nie dokonali weryfikacji złożonych ofert podwykonawców. Oferty te zostały jedynie przedstawione na potwierdzenie, że dokonana przez wykonawców kalkulacja została dokonana poprawianie. Z powyższego w żaden sposób nie wynika jakie okoliczności wpłynęły na obniżenie ceny i dzięki jakim korzystnym dla danego oferenta okolicznościom był on w stanie zaoferować cenę za poszczególne pozycje RCO w wysokości znacznie odbiegającej od cen rynkowych. (...)

Mając powyższe na uwadze oferenci INTOP, Primost oraz PNiUK nie uczynili zadość obowiązkowi obalenia domniemania rażąco niskiej ceny złożonych przez nich ofert stąd też oferty tych Wykonawców winny zostać odrzucone”.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienie wyboru oferty Intop Warszawa sp. z o.o. jako najkorzystniejszej,
2. odrzucenia oferty Intop Warszawa sp. z o.o.,
3. odrzucenia oferty Primost Południe sp. z o.o.,
4. odrzucenie oferty Przedsiębiorstwo Napraw i Utrzymania Infrastruktury Kolejowej w Krakowie sp. z o.o.,
5. dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert,
6. dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Pismem z dnia 20.05.2021 r. wykonawca Intop Warszawa sp. z o.o., ul. Łukasza Drewny 70, 02-968 Warszawa (dalej: „przystępujący”), zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Izba stwierdziła, że przystąpienie zostało dokonane skutecznie.

Pismem z dnia 02.06.2021 r. zamawiający przekazał odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie. Ponadto w dniu 04.06.2021 r. przystępujący i odwołujący złożyli pisma procesowe.

W trakcie rozprawy strony i przystępujący podtrzymali swoje stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.

Przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych dla zadania inwestycyjnego pn.: „Przebudowa mostu w km 1,968 linii kolejowej nr 22”

realizowanego w ramach projektu pn.: „Prace na linii kolejowej nr 22 i 25 na odcinku Gałkówka - Tomaszów Mazowiecki - Radom oraz na przyległych łącznicach”.

W pkt 2.2. PFU zamawiający wskazał, że udostępni jako dokumenty wiążące wykonawcę:

- 1) Raport z przeglądu specjalnego mostu w km 1,968 linii nr 22 Tomaszów Mazowiecki – Radom;
- 2) Projekt wykonawczy naprawy głównej mostu kratownicowego w km 1,968 linii kolejowej nr 22 relacji Tomaszów Mazowiecki – Radom nad rzeką Pilicą w miejscowości Tomaszów Mazowiecki Tom II: Stan projektowany – konstrukcja stalowa opracowany przez PBW IŻYNIERIA J. G. w grudniu 2015 roku;
- 3) Sprawozdanie z badania wytrzymałości betonu podpór;
- 4) Warunki techniczne przebudowy elementów sieci i urządzeń elektroenergetycznych PKP Energetyka S.A. nr ERD2-5717-413-WT/20 z dnia 26.06.2020 r.;
- 5) Uchwała Nr 426/2020 Zarządu PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z dn. 29 czerwca 2020 r.;
- 6) Warunki techniczne przebudowy infrastruktury teletechnicznej PKP TELKOL Sp. z o.o. nr RU102-504-263/2019 z dnia 20.12.2019 r.

W pkt 3.7.3. PFU zamawiający m.in. wskazał:

1. wymiary elementów konstrukcyjnych przęseł w tym grubości blach nie mogą być mniejsze niż w udostępnionym projekcie wykonawczym opracowanym przez PBW Inżynieria w 2015 r. - dostosowanie obiektu do skrajni GPL-1; - Wykonawca zobowiązany jest we własnym zakresie przeprowadzić badania kontrolne związane z wykryciem wad związanych z procesem walcowania elementów konstrukcyjnych przęseł,
2. wykonanie zabezpieczenia antykorozyjnego powierzchni betonowych i stalowych obiektu: - powierzchnie stalowe przęseł w tym styki montażowe i blachy przeciwpożarowe oczyścić do stopnia czystości Sa 2 i ½; - ww. powierzchnie stalowe podlegają zabezpieczeniu powłoką natryskową cynkową o grubości 150 µm, powłoką doszczelniającą 30 µm poliuretanowo-epoksydową, międzywarstwą 160 µm poliuretanowo-epoksydową oraz powłoką nawierzchniową 80 µm. Kolorystyka RAL do uzgodnienia z zamawiającym.

Zgodnie z pkt 3.3.2. PFU: Rekomendowana przez Zamawiającego koncepcja konstrukcji przęseł i podpór powinna być zgodna z rozwiązaniami konstrukcyjnymi zawartymi w udostępnianej przez Zamawiającego dokumentacji projektowej, wymagającej weryfikacji, uzupełnienia oraz aktualizacji zgodnie z pkt 3.3.

Pismem z dnia 04.01.2021 r. zamawiający odpowiedział na pytanie nr 78, że: „projekt wykonawczy przebudowy mostu, stanowiący integralną część dokumentacji przetargowej, jest dokumentem wiążącym dla Wykonawcy z bezwzględnym uwzględnieniem zakresu robót opisanego w pkt 3.7.3 obiekty inżynierskie Programu Funkcjonalno-Użytkowego.

Wymagania zawarte w PFU uszczegóławiają bądź wskazują obszary, które wymagają uzupełnienia lub modyfikacji w stosunku do załączonego projektu”.

Zgodnie z pkt 15.1.c) siwz wykonawcy zobowiązani byli dołączyć do oferty wypełnione „Rozbicie Ceny Ofertowej”.

W pkt 12.3. siwz zamawiający wskazał: „Wykonawca musi dołączyć wypełnione Rozbicie ceny ofertowej będące Tomem IV IDW („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”.

Zgodnie z pkt 20.7. siwz, jedynym kryterium oceny ofert była cena. W pkt 20.8. siwz zamawiający przewidział zastosowanie aukcji elektronicznej.

Wartość szacunkowa zamówienia powiększona o podatek VAT wynosi 35.709.097,60 zł. Średnia arytmetyczna cen ofert przed aukcją wyniosła 38.076.034,60 zł brutto.

W wyniku przeprowadzonej aukcji, na pierwszych pięciu miejscach pod względem ceny uplasowały się oferty:

- 1) Intop Warszawa sp. z o.o. – 16.684.000,00 zł,
- 2) konsorcjum Domost sp. z o.o. i Raitil sp. z o.o.– 16.685.000,00 zł,
- 3) Primost Południe sp. z o.o. – 17.489.000,00 zł,
- 4) Przedsiębiorstwo Napraw i Utrzymania Infrastruktury Kolejowej w Krakowie sp. z o.o. – 17.495.378,41 zł,
- 5) Dromosttor Polska sp. z o.o. sp.k. – 18.007.994,61 zł.

Wszyscy ww. wykonawcy zostali wezwani do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, w szczególności w zakresie cen w pozycjach:

- poz. 16 RCO - Wytworzenie, transport i montaż nowych przęseł mostowych;
- poz. 22 RCO - Przebudowa urządzeń srk.

Dodatkowo w wezwaniu skierowanym do wykonawcy Przedsiębiorstwo Napraw i Utrzymania Infrastruktury Kolejowej w Krakowie sp. z o.o. zamawiający zażądał wyjaśnienia ceny w pozycji 3 RCO - przebudowa kabla elektroenergetycznego SN wraz z wykonaniem przejścia pod rzeką.

W wezwaniach zamawiający prosił, na potrzeby szczegółowej analizy Rozbicia Ceny Ofertowej, „o uszczegółowienie pozycji RCO, w postaci kalkulacji szczegółowej, w której zobrazowane będą wszelkie składniki kalkulacyjne budujące przedmiotowe wartości, w szczególności:

- nakłady R, M, S, ze wskazaniem podstaw ich ustalenia;
- zastosowane narzuty (np. koszty pośrednie (KP), koszty zakupu (Kz), zysk (Z) i inne) oraz podstawy ich naliczenia;
- stawki i ceny RMS z podstawami ich przyjęcia;
- ewentualne inne wg decyzji Wykonawcy.

Zamawiający zaleca wykorzystanie formuły kalkulacyjnej zawartej w § 4.1. Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 18 maja 2004 r. w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w Opisie Przedmiotu Zamówienia.

Zamawiający prosi o wyczerpującą i szczegółową informację na temat sposobu uwzględnienia elementów mających wpływ na wartość Państwa Oferty, co najmniej w kwestiach wskazanych, powyżej ale także innych, które uważacie Państwo za istotne, mając na uwadze m.in. zaangażowanie osobowe, rzeczowe, sprzętowe i finansowe i związane z tym niezbędne do poniesienia koszty a także zakładany poziom zysku.

Wyjaśnienia należy złożyć wraz z uzasadnieniem dotyczącym wskazania obiektywnych czynników, które pozwoliły Wykonawcy na skalkulowanie ceny na zaoferowanym poziomie oraz załącznikami w postaci dowodów odnośnie wysokości kosztów składających się na wycenę. Jako dowód należy rozumieć każdy dokument, opinię lub oświadczenie Wykonawcy. Niezłożenie dowodów może stanowić przyczynę uznania, iż wykonawca nie podołał obowiązkowi wykazania realności ceny”.

Wykonawcy złożyli wyjaśnienia wraz z dowodami.

Pismem z dnia 04.05.2021 r. zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Intop Warszawa sp. z o.o. Na drugim miejscu w rankingu ofert uplasowała się oferta wykonawcy Primost Południe sp. z o.o., na trzecim – oferta wykonawcy Przedsiębiorstwo Napraw i Utrzymania Infrastruktury Kolejowej w Krakowie sp. z o.o., a na czwartym - oferta odwołującego, czyli wykonawcy DROMOSTTOR POLSKA sp. z o.o. sp.k. (oferta konsorcjum Domost sp. z o.o. i Raitil sp. z o.o. została odrzucona).

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron i przystępującego złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.), tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowaną czynność zamawiającego.

Ponadto Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.).

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3.

W przedmiotowej sprawie odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie ww. przepisu poprzez zaniechanie odrzucenia ofert znajdujących się na trzech pierwszych miejscach w rankingu ofert z powodu nieuwzględnienia w nich właściwej ilości stali potrzebnej do wykonania zamówienia oraz z powodu braku wskazania w nich, że zabezpieczenie antykorozyjne będzie wykonane m.in. z powłoką natryskową cynkową.

Odnosząc się do kwestii ilości stali, jaką należało uwzględnić w ofercie, w pierwszej kolejności należy zauważyć, że tabela w pkt 3.7.3. PFU, na którą powołuje się odwołujący, odnosi się do wymiarów elementów konstrukcyjnych przęseł, w tym grubości blach, które zgodnie z tym punktem nie mogą być mniejsze niż w udostępnionym projekcie wykonawczym opracowanym w 2015 r. Również z pkt 3.3.2. PFU wynika, że jedynie koncepcja konstrukcji przęseł i podpór mostu powinna być zgodna z rozwiązaniami konstrukcyjnymi zawartymi w udostępnianej przez zamawiającego dokumentacji projektowej. Żaden z ww. punktów PFU nie narzuca natomiast, jaka ilość stali ma być użyta przez wykonawcę.

W tym miejscu należy zauważyć, że zamówienie ma być realizowane w formule „zaprojektuj i wybuduj”, co oznacza, że dopiero w sporządzonym przez wykonawcę projekcie zostaną ustalone rozwiązania techniczne przebudowy mostu, które jedynie w zakresie konstrukcji i grubości blach muszą być zgodne z rozwiązaniami wynikającymi z udostępnionego przez zamawiającego projektu z 2015 r. W pozostałym zakresie wykonawca może samodzielnie ustalić, jakie rozwiązania przyjmie, a w efekcie – jaka ilość stali będzie potrzebna do realizacji zamówienia w świetle tych rozwiązań.

W szczególności należy zauważyć, że zamawiający wskazał na przykładowe rozwiązania, które mogą skutkować zmniejszeniem ilości stali w stosunku do ilości wynikającej z projektu z 2015 r.:

- zastosowanie ażurowych elementów wieszaków,

- zastosowanie ażurowych elementów pasów górnych i dolnych,
- zastosowanie poprzecznic o zmiennej wysokości.

W świetle faktu, że zamówienie ma być realizowane w formule „zaprojektuj i wybuduj” oraz w świetle treści ww. punktów PFU, należy stwierdzić, że wykonawcy nie byli zobowiązani wskazać w ofercie żadnej konkretnej ilości stali, w tym także ilości wynikającej z projektu z 2015 r. powiększonej o 40 ton, jak wyliczył to odwołujący. Jak już wyżej wskazano, dopiero rozwiązania przyjęte przez wykonawcę w wykonanym przez niego projekcie przesądzą o potrzebnej do przebudowy mostu konkretnej ilości stali, co oznacza, że na etapie składania ofert nie można stwierdzić w tym zakresie niezgodności tych ofert z siwz.

Również sposób wykonania i ilość zużytej stali do wykonania bliźniaczego obiektu znajdującego się w tej samej lokalizacji nie może stanowić wyznacznika w tej kwestii, gdyż obiekt będący przedmiotem niniejszego postępowania będzie projektowany i przebudowywany odrębnie i wykonawcy nie są zobowiązani w tym zakresie do powielania rozwiązań zastosowanych w obiekcie znajdującym się obok.

Wobec powyższego Izba stwierdziła, że nie ma podstaw do odrzucenia oferty przystępującego Intop Warszawa sp. z o.o. i ofert pozostałych dwóch wykonawców wskazanych w odwołaniu, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Odnosząc się do kwestii zabezpieczenia antykorozyjnego, w pierwszej kolejności należy zauważyć, że wykonawcy Intop Warszawa sp. z o.o. i Primost Południe sp. z o.o., do których odnosi się ten zarzut w odwołaniu, nie wskazywali w swoich ofertach na konkretny system zabezpieczenia antykorozyjnego, w tym zastosowanie lub brak zastosowania powłoki natryskowej cynkowej. Odwołujący opiera swój zarzut na treści oferty podwykonawcy obu ww. wykonawców, tj. spółki WKS Grybów, który opisując system zabezpieczenia antykorozyjnego nie wymienił wprost powłoki natryskowej cynkowej.

Po pierwsze zatem, należy zauważyć, że art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp dotyczy niezgodności oferty wykonawcy z treścią siwz, zaś oferta podwykonawcy w obu przypadkach została złożona nie w celu potwierdzenia zgodności treści oferty wykonawcy z treścią siwz, tylko w celu wyjaśnienia / wykazania, że cena oferty nie jest rażąco niska. Po drugie, podwykonawca był wprawdzie zobowiązany do wyceny tego systemu antykorozyjnego, który został opisany w PFU, ale nie był zobowiązany do zredagowania swojej oferty w żaden określony sposób, dlatego też przedstawiając cenę za system antykorozyjny nie musiał opisywać go w sposób ściśle odzwierciedlający wszystkie postanowienia PFU. Po trzecie, ze złożonego na rozprawie dowodu z protokołu negocjacji między przystępującym a ww. podwykonawcą wynika, że uzgadniano z nim system zgodny z opisanym w PFU, nie zaś jakkolwiek dowolny, co oznacza, że właśnie ten system zabezpieczenia antykorozyjnego

podwykonawca musiał wycenić.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba stwierdziła, że nie ma podstaw do odrzucenia oferty przystępującego Intop Warszawa sp. z o.o. i oferty Primost Południe sp. z o.o., na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego ceny rażąco niskiej, należy zauważyć, że zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie:

- 1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2015 r. poz. 2008 oraz z 2016 r. poz. 1265);
- 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów;
- 3) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
- 4) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;
- 5) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Zgodnie z art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy, zaś zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Ponadto zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W przedmiotowej sprawie przede wszystkim nie można uznać, że podane w ofertach ilości stali i system zabezpieczenia antykorozyjnego dowodzą jednocześnie zaniżenia cen ofert przystępującego i pozostałych dwóch wykonawców wskazanych w odwołaniu. Jak wskazano już wyżej, nie ma podstaw do stwierdzenia, że ww. wykonawcy nieprawidłowo wyliczyli ilość potrzebnej stali i że nie uwzględnili powłoki natryskowej cynkowej w ramach zabezpieczenia antykorozyjnego, a co za tym idzie – że ich oferty są niezgodne z siwz.

W konsekwencji, wyżej wskazane okoliczności powołane w odwołaniu (ilość stali i system antykorozyjny) nie mogą stanowić podstawy do stwierdzenia, że ceny ofert przystępującego i pozostałych dwóch wykonawców są rażąco niskie.

Ponadto zauważyć należy, że zamawiający w wezwaniu do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny żądał przede wszystkim wyjaśnienia sposobu wyliczenia ceny w pozycjach 16 i 22 (oraz w poz. 3 w przypadku wykonawcy Przedsiębiorstwo Napraw i Utrzymania Infrastruktury Kolejowej w Krakowie sp. z o.o.). Zamawiający wskazał też, w jaki sposób należy przedstawić składniki kalkulacyjne w RCO. Dodatkowo zamawiający wskazał, aby wykonawcy podali informacje „co najmniej w kwestiach wskazanych powyżej, ale także innych”, które wykonawcy uznają za istotne. Oznacza to, że zamawiający oczekiwał przede wszystkim wyjaśnienia cen w wymienionych pozycjach i uszczegółowienia RCO, a jedynie dodatkowo oczekiwał wyjaśnień w zakresie innych kwestii, o ile wykonawca uzna je za istotne. Wykonawcy zobowiązani są zaś do udzielenia odpowiedzi w takim zakresie, w jakim zamawiający formułuje wezwanie / pytanie.

Przystępujący i pozostali dwaj wykonawcy wymienieni w odwołaniu, niewątpliwie udzielili wyjaśnień w zakresie pozycji RCO, o które byli pytani. Ponadto przystępujący Intop Warszawa sp. z o.o. oraz wykonawca Przedsiębiorstwo Napraw i Utrzymania Infrastruktury Kolejowej w Krakowie sp. z o.o. zawarli szczegółową kalkulację cen z RCO. Dodatkowo przystępujący Intop Warszawa sp. z o.o. przedłożył na rozprawie dowód z protokołu z negocjacji z podwykonawcą, świadczący o tym, że oferowane przez tego podwykonawcę ceny były analizowane przed rozpoczęciem aukcji elektronicznej i dokonywaniem postępień.

Przystępujący Intop Warszawa sp. z o.o. wymienił też uwzględnione w kalkulacji ceny koszty bezpośrednie i pośrednie, w tym m.in. „ryzyko obciążające wykonawcę wynikające ze wzrostu cen materiałów i usług, zwiększenia przedmiarów, itp.” Rzeczywiście przystępujący nie podał konkretnej kwoty uwzględnionej w ramach ww. ryzyka, ale też nie był o to pytany. Skoro zaś zamawiający skierował do wykonawców szczegółowe wezwania, to jak wskazano już wyżej, wykonawcy zobligowani byli do udzielenia odpowiedzi w takim zakresie, w jakim wezwania te były sformułowane. Tym samym brak wskazania w wyjaśnieniach konkretnej kwoty uwzględnionej jako ryzyko wzrostu cen, nie może obciążać wykonawcy i stanowić podstawy do odrzucenia jego oferty.

Odwołujący zarzucił ponadto, że wyjaśnienia przystępującego Intop Warszawa sp. z o.o. i Primost Południe sp. z o.o. są niewystarczające w pozycji 7, zaś w przypadku Przedsiębiorstwa Napraw i Utrzymania Infrastruktury Kolejowej w Krakowie sp. z o.o. – w pozycjach 1, 3, 7 i 14, przy czym odwołujący nie sformułował w odwołaniu konkretnych zarzutów w tym zakresie. Izba nie znalazła podstaw do nakazania zamawiającemu odrzucenia ofert ww. wykonawców z powodu wyjaśnień dotyczących tych pozycji.

Biorąc pod uwagę wszystkie powyższe ustalenia Izba uznała, że wyżej wskazane okoliczności nie mogą stanowić podstawy do odrzucenia ofert przystępującego Intop Warszawa sp. z o.o., wykonawcy Primost Południe sp. z o.o. oraz wykonawcy Przedsiębiorstwa Napraw i Utrzymania Infrastruktury Kolejowej w Krakowie sp. z o.o., z powodu niewykazania, że ceny ich ofert nie są rażąco niskie, tj. na podstawie art. 90 ust. 3 w zw. z art. art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Zarzut został więc uznany za niezasadny.

Jednocześnie należy zauważyć, że odwołujący słusznie podniósł, że wykonawca Primost Południe sp. z o.o. nie zamieścił w wyjaśnieniach kalkulacji sporządzonej zgodnie z oczekiwaniem zamawiającego wskazanym w wezwaniu, niemniej jednak wobec stwierdzenia przez Izbę, że oferta przystępującego Intop Warszawa sp. z o.o. (uznana za najkorzystniejszą) nie podlega odrzuceniu, ewentualne odrzucenie oferty wykonawcy Primost Południe sp. z o.o. w oparciu o art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, nie miałyby wpływu na wynik postępowania. Dlatego też w myśl art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.), odwołanie w zakresie tego zarzutu również podlegało oddaleniu.

Orzeczenie Izby zostało wydane w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia, w tym przede wszystkim PFU, wezwania zamawiającego oraz składane przez wykonawców wyjaśnienia i dokumenty oraz w oparciu o stanowiska stron i przystępującego przedstawione na rozprawie i w pismach procesowych. Ponadto Izba oparła swoje stanowisko na dowodach złożonych na rozprawie przez przystępującego w zakresie stwierdzenia, że przystępujący negocjował z podwykonawcą WKS Grybów sp. z o.o. m.in. zakres prac i ich ceny oraz stwierdzenia, że przyjęte rozwiązania techniczne pozwalają na optymalizację ilości stali potrzebnej do wykonania zamówienia. Jednocześnie Izba uznała dowody załączone do pisma odwołującego z dnia 04.06.2021 r. za nieprzydatne do rozstrzygnięcia sprawy, ponieważ: opinia prywatna „Analiza nośności i użyteczności” nie zawiera danych pozwalających na ocenę zasadności dokonanych w niej obliczeń, umowa nr 23/208/0013/15/2/0 z dnia 11.05.2015 r. wraz z załącznikami nr 1 i 3 oraz projekt wykonawczy dotyczą innego obiektu niż będący przedmiotem niniejszego zamówienia, natomiast oferta spółki WKS Grybów złożona dla przystępującego znajduje się już w dokumentacji postępowania.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba stwierdziła, że nie potwierdziły się zarzuty zawarte w odwołaniu. Wobec powyższego, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553 i art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) w zw. z art. 92 ust. 2 ustawy Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2020).

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) w zw. z art. 92 ust. 2 ustawy Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2020) oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. b) rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący