

WYROK
z dnia 20 listopada 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Daniel Konicz
Członkowie: Monika Kawa-Ogorzałek
Ernest Klauziński

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 listopada 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 listopada 2019 r. przez Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Torpol S.A. z siedzibą w Poznaniu, Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie, przy udziale Przystępującego po stronie Zamawiającego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – China Civil Engineering Construction Corporation z siedzibą w Pekinie, China Railway 19th Bureau Group Co., Ltd z siedzibą w Pekinie,

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze co do zarzutu ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp oraz zarzutu naruszenia art. 90 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp wobec cofnięcia odwołania w tym zakresie.
2. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie.
3. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20.000,00 zł (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 3.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3.600,00 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych 00/100) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r., poz. 1843 j.t.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawa-Praga w Warszawie.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2018 r., poz. 1986 j.t. ze zm.), zwanej dalej „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Wykonanie robót budowlanych na odcinku Czyżew – Białystok od km 107,260 do km 178,500 w ramach projektu *Prace na linii E75 na odcinku Czyżew – Białystok*” zwane dalej: „Postępowaniem”.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 3 kwietnia 2019 r., pod nr 2019/S 066-155626.

23 października br. Zamawiający zaprosił do udziału w aukcji elektronicznej m.in. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – China Civil Engineering Construction Corporation z siedzibą w Pekinie, China Railway 19th Bureau Group CO. Ltd. z siedzibą w Pekinie (dalej „Konsorcjum”).

4 listopada br. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (dalej „Izba” lub „KIO”) wpłynęło odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Torpol S.A. z siedzibą w Poznaniu, Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej „Odwołujący”) wobec niezgodnej z przepisami Pzp czynności Zamawiającego podjętej w Postępowaniu oraz zaniechania czynności, do której Zamawiający był zobowiązany na podstawie Pzp, tj. zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum oraz zaproszenia Konsorcjum do udziału w aukcji elektronicznej i przeprowadzeniu aukcji z tym wykonawcą.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez:

1.1. zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum jako niezgodnej ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia („SIWZ”), bowiem nie uwzględni narzuconego przez Zamawiającego obowiązku w postaci dokonania wyceny każdej pozycji Rozbicia Ceny Ofertowej („RCO”) zgodnie z zakresem w niej opisanym, w zakresie pozycji RCO obejmującym budowę stacji Racibory oraz budowę stacji Baciuty;

1.2. zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum, pomimo że oferta tego wykonawcy (przy założeniu dokonania uprzednio stosownych korekt w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp opisanych w uzasadnieniu odwołania) jest niezgodna z treścią SIWZ w zakresie odnoszącym się do wymagania zdefiniowanego w pkt 13.7 IDW;

ewentualnie

2. art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp przez zaniechanie poprawienia w ofercie Konsorcjum innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z SIWZ, polegającej na wycenie zakresu prac związanych z budową urządzeń systemów CSDIP i SMW wraz z infrastrukturą techniczną w Części A Wyceny – RCO, co skutkować winno obniżeniem wartości pozycji 11 Podsumowania Przedmiarów Robót (11. Telekomunikacja) oraz obniżeniem pozycji Wartość Robót Ogółem, a w konsekwencji art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum, pomimo że oferta tego wykonawcy jest niezgodna z treścią SIWZ w zakresie odnoszącym się do wymagania zdefiniowanego w pkt 13.7 IDW;
3. art. 91b ust. 1 Pzp przez zaproszenie Konsorcjum do aukcji, pomimo że oferta tego wykonawcy podlega odrzuceniu;
4. art. 90 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp przez zaniechanie przeprowadzanie procedury wyjaśniającej w zakresie rażąco niskiej ceny w odniesieniu do RCO dot. stacji Racibory (w zakresie pozycji 09.03.4 „Budowa stacji Racibory”) oraz dot. stacji Baciuty (w zakresie pozycji 15.03.4 „Budowa stacji Baciuty”);
5. art. 7 ust. 1 Pzp przez przeprowadzenie Postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienie aukcji oraz, w konsekwencji, zmianę klasyfikacji ofert wykonawców przez nieuwzględnienie w niej oferty Konsorcjum jako podlegającej odrzuceniu i przeprowadzenie aukcji ponownie bez udziału Konsorcjum lub (jeżeli KIO stanie na stanowisku o braku możliwości powtórzenia aukcji) unieważnienie Postępowania;
2. alternatywnie, na wypadek nieuwzględnienia przez Izbę zarzutu odrzucenia oferty Konsorcjum po unieważnieniu aukcji, przeprowadzenie względem oferty Konsorcjum procedury wyjaśniającej mającej na celu ustalenie czy jej istotne części składowe nie są rażąco niskie.

Odwołujący podał, że jest legitymowany do skorzystania ze środka ochrony prawnej w myśl przepisu art. 179 ust. 1 Pzp.

Uzasadniając zarzuty odwołania Odwołujący wyjaśnił, że zgodnie z Rozdziałem 13 (Opis sposobu obliczenia ceny) Instrukcji dla Wykonawców („IDW”) do obowiązków wykonawcy składającego ofertę należało m.in.:

- a) złożenie wraz z ofertą wypełnionej Wyceny z Przedmiarami Robót oraz RCO;
- b) dokonanie wyceny oraz wypełnienie wszystkich pozycji Przedmiaru Robót, przy czym wartość każdej pozycji obejmować miała pełen zakres prac i robót potrzebnych do zrealizowania w ramach tej pozycji (łącznie ze wszystkimi kosztami niezbędnymi w celu wykonania tych prac i robót, ich zabezpieczenia i utrzymania, a także kosztami nieprzewidzianymi spowodowanymi zastosowaniem się do obowiązujących przepisów i praw);
- c) uwzględnienie w cenie oferty wszystkich wymagań oraz czynności i badań składających się na ich wykonanie, określonych w Programie Funkcjonalno-Użytkowym („PFU”), w tym robót tymczasowych i prac towarzyszących;
- d) dokonanie wyceny wszystkich pozycji RCO, przy czym każda pozycja RCO powinna być wyceniona zgodnie z zakresem w niej opisanym, a niedopuszczalne jest wliczanie kosztów jakiegokolwiek pozycji RCO w inną pozycję RCO.

Przywołany powyżej sposób kalkulowania oraz przedstawienia ceny ofertowej jest konsekwencją formuły wynagrodzenia, jaką przyjął Zamawiający dla zamówienia stanowiącego przedmiot Postępowania, zgodnie z którą wypełnione dokumenty kosztorysowe mają bezpośrednie przełożenie na wynagrodzenie należne wykonawcy. Potwierdzeniem tego jest również treść Rozdziału 15 pkt 15.1 lit. c) IDW, stanowiący, że wypełniona Wycena (w tym Przedmiary Robót oraz RCO) stanowią element oferty.

Konsorcjum w RCO pn. „Nawierzchnia kolejowa przejście pod torami w km 140+789” w zakresie pozycji „Budowa stacji Racibory z dwoma torami głównymi dodatkowymi o dł. użytecznej 750 m” wyceniło pozycję 09.03.4 budowa stacji Racibory na 3.000 zł. Podobna sytuacja miała miejsce w RCO pn. „Nawierzchnia kolejowa wiadukt kolejowy w km 163+251” w zakresie pozycji „Budowa stacji Baciuty z dwoma torami głównymi dodatkowymi o dł. użytecznej 750 m”, pozycja 15.03.4 budowa stacji Baciuty.

Jak wynika z treści Rozdziału 13 (Opis sposobu obliczenia ceny) IDW, Zamawiający określił jednoznacznie sposób wypełniania RCO wskazując, że wycena każdej pozycji (a więc niezależnie np. od sposobu wynagradzania do niej przypisanego) musi odpowiadać jej zakresowi. Za niedopuszczalne Zamawiający uznał również przenoszenie kosztów pomiędzy pozycjami RCO.

Analiza zakresu prac w ofercie Konsorcjum, które miało wycenić wypełniając przywołane wcześniej dwa fragmenty RCO, pozwala na jednoznaczne stwierdzenie, że Konsorcjum nie zastosowało się do wymagań Zamawiającego i nie wyceniło zakresu prac właściwego dla:

- a) stacji Racibory – w zakresie pozycji 09.03.4 „Budowa stacji Racibory”;
- b) stacji Baciuty – w zakresie pozycji 15.03.4 „Budowa stacji Baciuty”.

Odwołujący wywodzi ten wniosek z wyceny tych pozycji, z której wynika, że każdą ze stacji Konsorcjum zamierza wykonać za wynagrodzenie o wysokości 3.000 zł. Jak wynika z wymogów PFU „3.7.3 Nawierzchnia kolejowa (PFU 02.08.2019) W wyniku zaleceń Centralnego Portu Komunikacyjnego (CPK) oraz przeprowadzonej analizy ruchowej, konieczne jest w ramach optymalizacji dokumentacji projektowej odcinka Czyżew – Białystok, przywrócenie p.odg. Racibory jako stacji oraz budowa stacji w Baciutach. Podyktowane jest to podniesieniem prędkości przejazdowej do 200 km/h w związku z likwidacją wszystkich przejazdów w poziomie szyn. Stacje w Raciborach oraz Baciutach mają posiadać dwa tory główne dodatkowe o długości użytecznej min. 750 m”. Oznacza to, że Konsorcjum będzie musiało wykonać 2 x min. 750 m torów głównych za wynagrodzeniem ryczałtowym 3.000,00 zł. Nie podlega dyskusji, że za taką cenę nie da się wykonać 1500 m torów głównych. Konsorcjum nie wyceniło zatem pełnego zakresu prac i robót potrzebnych do zrealizowania w ramach pozycji RCO 09.03.4 „Budowa stacji Racibory” i pozycji RCO 15.03.4 „Budowa stacji Baciuty”, tak jak wymagał tego Zamawiający w Rozdziale 13 (Opis sposobu obliczenia ceny IDW.

W branży torowej w zakresie budowy stacji Racibory i Baciuty (Pozycja 15.03.4 Budowa stacji Baciuty i Pozycja 09.03.4 Budowa stacji Racibory) należało uwzględnić wykonanie m.in.:

- a) robót ziemnych;
- b) warstwy ochronnej;
- c) nawierzchni torowej (min. 2 x 750 m toru) wraz z rozjazdami; wymóg Zamawiającego odnosi się do długości użytecznej toru, co znaczy, że długość rzeczywista toru będzie większa i wynikać będzie ze szczegółowych rozwiązań projektowych;
- d) odwodnienia toru;
- e) innych robót, w tym: wymiana podsypki tłuczniowej, łączenie szyn w tor bezстыkowy, regulacji toru, szlifowanie szyn.

Analizując średnie stawki wynagrodzenia określone w SEKOCENBUD na III kw. 2019 r. pozycja K.05.20.02 „Ułożenie torów z szyn S 60” wyłącznie nawierzchnia torowa

w ilości 2 x 0,75 km x 1.003.676,02 winna wynosić 1.505.514,03 zł, czyli 500 razy więcej aniżeli zostało to skalkulowane przez Konsorcjum. Bezsporne jest zatem, że koszty przewidziane przez Konsorcjum nie pokrywają nawet promila prac niezbędnych do wykonania w pozycji RCO 09.03.4 „Budowa stacji Racibory” i pozycji RCO 15.03.4 „Budowa stacji Baciuty”.

Określony przez Zamawiającego zakaz przenoszenia wyceny danej pozycji do innych pozycji RCO wskazuje, że jedynie słusznym wnioskiem w zaistniałej sytuacji jest ten o nieuwzględnieniu w ofercie Konsorcjum, w pozycjach dotyczących budowy obu wskazanych stacji, wszystkich kosztów składających się na zakres prac podlegający wycenie. To z kolei prowadzi do wniosku, że oferta powinna zostać odrzucona w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, zgodnie z którym odrzuca się ofertę, gdy jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Dowodem na poparcie omawianego zarzutu jest również porównanie wartości wynagrodzenia w zakresie budowy stacji Racibory i stacji Baciuty zaoferowanych przez pozostałych wykonawców z wartościami przyjętymi przez Konsorcjum. Mianowicie jak widać z treści złożonych w Postępowaniu ofert, Odwołujący zaoferował budowę stacji Racibory (pozycja 09.03.4 RCO) za 31.988.578,02 zł, a konsorcjum INTERCOR za 33.921.854,48 zł. W przypadku stacji Baciuty (pozycja 15.03.4 RCO) Odwołujący złożył ofertę w wysokości 39.472.545,00 zł, a konsorcjum INTERCOR w wysokości 59.856.961,28 zł.

Powyższe porównanie ofert dowodzi, że Konsorcjum oferuje wykonanie stacji Racibory za cenę nieprzekraczającą 0,01% ceny oferowanej za ten sam zakres prac przez pozostałych wykonawców. W przypadku stacji Baciuty dysproporcja jest jeszcze większa – oferta Konsorcjum przewiduje wycenę na poziomie ok. 0.006% średniej wyceny pozostałych wykonawców. Zatem już w oparciu o porównanie wyceny poszczególnych wykonawców uznać należy, że Konsorcjum nie uwzględniło w swojej wycenie całego zakresu prac.

Odwołujący podkreślił, że w świetle przyjętych w Rozdziale 13 IDW wymagań, zgodnie z którymi niedopuszczalne jest wliczanie kosztów jakiegokolwiek pozycji RCO w inną pozycję RCO, Konsorcjum nie może bronić się twierdzeniem, że koszty wykonania stacji Racibory i Baciuty wyceniło w innych pozycjach. Co więcej, RCO jest dokumentem który będzie służył późniejszym rozliczeniom za wykonane prace, a zaproponowana przez Konsorcjum wartość wynagrodzenia zaburza wzajemne rozliczenia pomiędzy Stronami w przypadku rozwiązania umowy czy dokonywania częściowych płatności. Jak powszechnie wiadomo, wycena oferty (RCO), jest merytoryczną treścią oferty określającą istotne elementy zamówienia publicznego, w związku z czym podlega dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Odwołujący dodał, że istotą złożenia wraz z ofertą dokumentu RCO jest wskazanie wysokości wynagrodzenia za poszczególne pozycje tak aby umożliwić rozliczenie robót w myśl

subklauzli 14.6 TOM II SIWZ – Warunki Umowy. Mając wiedzę o takim rodzaju rozliczenia robót, Konsorcjum musiało być świadome, że jego obowiązkiem jest załączenie do oferty RCO określającej ceny jednostkowe dla nakładów i prac składających się na całość danej pozycji, czyli całość Robót dla pozycji RCO 09.03.4 budowa stacji Racibory oraz RCO 15.03.4 budowa stacji Baciuty. Tym samym dokonana przez Konsorcjum wycena robót budowlanych na stacji Racibory oraz Baciuty w wysokości odpowiednio po 3 000,00 zł/stacja, jest równoznaczna z nieokreśleniem w ofercie całego wymaganego zakresu prac. Skoro w RCO Konsorcjum zastosowało metodę kalkulacji niedopuszczoną postanowieniami IDW, a Zamawiający z innych dokumentów oferty nie może powziąć informacji czy sytuacja ta jest wynikiem błędu wykonawcy, czy też świadomym działaniem, sam nie ma możliwości dokonania poprawy i zakwalifikowania treści oferty jako innej, nieistotnej omyłki niewpływającej na treść oferty.

W analizowanym przypadku mamy zatem do czynienia z pominięciem przez Konsorcjum wymogu Rozdziału 13 IDW, z zgodnie z którym wycena pozycji powinna uwzględniać cały właściwy jej zakres, co skutkuje koniecznością odrzucenia oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

W ocenie Odwołującego oferta Konsorcjum powinna zostać odrzucona jako oferta nie spełniająca wymagań SIWZ również w zakresie punktu 13.7 IDW – Opis sposobu obliczania ceny. Modyfikacja SIWZ wprowadzona pismem Zamawiającego z dnia 12.04.2019 r. nakazuje oferentom przygotowania oferty zgodnie z przekazanymi przedmiarami robót oraz zgodnie z punktem 13.7 „Wykonawca w Podsumowaniu Przedmiaru Robót samodzielnie wypełnia pozycje 14.2 Koszty nadzoru autorskiego. Koszty nadzoru autorskiego w zakresie części A nie mogą przekroczyć 0,1% wartości robót określonej w pozycji WARTOŚĆ ROBÓT OGÓŁEM poz. 1÷13 kolumna RAZEM”.

Wartość robót ogółem poz. 1÷13 w ofercie złożonej przez Konsorcjum wynosiło 2.601.217.207,34 zł (Podsumowanie Przedmiarów Robót). Koszty nadzoru autorskiego – w zakresie części A (max. 0,1% wartości robót w pozycji WARTOŚĆ ROBÓT OGÓŁEM poz. 1÷13 kolumna RAZEM) wynosiła 2.601.217,21 zł.

Zamawiający, pismem z dnia 08.10.2019 r., poinformował Odwołującego o poprawieniu innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty. W związku z udzieloną odpowiedzią na pytanie nr 1630 (pismo nr IRZR1c-216-E75-29/19 z dnia 12.08.2019) zakres prac związany z budową urządzeń systemów CSDIP i SMW wraz z infrastrukturą techniczną wykonawcy zobowiązani byli wycenić w Części B Wyceny – RCO. Wykonawca w swojej ofercie wycenił powyższy zakres również w Części A Wyceny – Przedmiarach robót. Zamawiający poprawił więc wszystkie pozycje dotyczące tego zakresu w Części A na wartość 0,00, co skutkowało obniżeniem wartości oferty pozycji 11

Podsumowania Przedmiarów Robót (11. Telekomunikacja) oraz obniżeniem pozycji Wartość Robót Ogółem poz. 1÷13 Odwołującego.

Co za tym idzie, wobec tak wyrażonego stanowiska Zamawiającego, który przez dokonaną korektę w ofercie Odwołującego dał wyraz temu, w którym miejscu oferty winny być skalkulowane koszty związane z budową urządzeń systemów CSDIP i SMW wraz z infrastrukturą techniczną, Zamawiający analogicznych korekt winien dokonać we wszystkich ofertach złożonych w Postępowaniu (w tym w ofercie Konsorcjum). Odwołujący podkreślił, że Zamawiający do dnia wniesienia odwołania nie udostępnił Odwołującemu korespondencji jaka toczyła się pomiędzy Zamawiającym a Konsorcjum po dacie złożenia oferty, stąd Odwołujący nie jest w stanie jednoznacznie rozstrzygnąć jakie czynności Zamawiający podjął względem kwestionowanej oferty.

Niezależnie od tego Odwołujący podkreślił, że oferta Konsorcjum powinna zostać poprawiona w analogiczny sposób jak oferta Odwołującego. Jeśli takie korekty nie zostały dokonane, to Zamawiający w konsekwencji obowiązany byłby do ich przeprowadzenia, a co za tym idzie:

- a) wartość pozycji 11 Podsumowania Przedmiarów Robót (Telekomunikacja) winna być zmieniona z kwoty 86.391.518,24 zł na kwotę 78.060.618,24 zł – wartość po odjęciu kosztów związanych z budową urządzeń systemów CSDIP i SMW wraz z infrastrukturą techniczną, które Konsorcjum, podobnie jak Odwołujący, błędnie ujęło w Części A Wyceny – RCO);
- b) wartość robót ogółem poz. 1÷13 w ofercie złożonej przez Konsorcjum winna być zmieniona z kwoty 2.601.217.207,34 zł na kwotę 2.592.886.307,34 zł (Podsumowanie Przedmiarów Robót), jako konsekwencja obniżenia wartości pozycji 11;
- c) koszty nadzoru autorskiego – w zakresie części A (max. 0,1% wartości robót w pozycji WARTOŚĆ ROBÓT OGÓŁEM poz. 1÷13 kolumna RAZEM) pozostają niezmiennie na poziomie 2.601.217,21 zł.

Przy założeniu dokonania tak określonego poprawienia innej omyłki w ofercie Konsorcjum, oferta tego wykonawcy nie spełniałaby wymogu postawionego w punkcie 13.7 IDW, ponieważ koszty nadzoru autorskiego przekroczyłyby poziom 0,1% Wartości Robót Ogółem poz. 1÷13. Po dokonaniu ww. korekty oferty wartość kosztu nadzoru autorskiego nie powinna przekraczać kwoty 2.592.886,31 zł (0,1% zaktualizowanej wartości robót ogółem), podczas gdy wynosiłaby ona 2.601.217,21 zł. W takim przypadku oferta Konsorcjum nie spełnia wymogu opisanego w punkcie 13.7 IDW „Wykonawca w Podsumowaniu Przedmiaru Robót samodzielnie wypełnia pozycje 14.2 Koszty nadzoru autorskiego. Koszty

nadzoru autorskiego w zakresie części A nie mogą przekroczyć 0,1% wartości robót określonej w pozycji WARTOŚĆ ROBÓT OGÓŁEM poz. 1÷13 kolumna RAZEM”, a w konsekwencji winna zostać przez Zamawiającego odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jako niezgodna z treścią SIWZ.

Następnie Odwołujący wskazał, że zgodnie z dyspozycją art. 91b ust. 1 Pzp zamawiający zaprasza drogą elektroniczną do udziału w aukcji elektronicznej jednocześnie wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu. Oznacza to, że etap zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej poprzedza etap badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu, w tym także w zakresie zaistnienia przesłanek odrzucenia oferty. Do udziału w aukcji zamawiający nie zaprasza wykonawców, których oferty uznane zostaną za podlegające odrzuceniu. Z subsumpcji zaistniałego stanu faktycznego do ww. przepisu wynika, że skoro Zamawiający zdecydował się zaprosić Konsorcjum do udziału w aukcji elektronicznej, to uznać musiał, że wobec oferty tego wykonawcy nie zmaterializowały się przesłanki odrzucenia oferty. W ocenie Odwołującego, działania Zamawiającego były wadliwe, a jak zostało dowiedzione powyżej, oferta Konsorcjum powinna zostać odrzucona. Taki splot czynności (zaniechań Zamawiającego) stanowi o naruszeniu art. 91b ust. 1 Pzp.

Odwołujący podniósł również, że zaoferowana cena w pozycji 09.03.4 RCO budowa stacji Racibory oraz pozycji 15.03.4 RCO budowa stacji Baciuty jest rażąco niska. Skalkulowanie wynagrodzenia na poziomie rażąco niskim lub pominięcie w wycenie istotnych składników świadczenia może stanowić podstawę do odrzucenia takiej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 lub z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. W okolicznościach sprawy Zamawiający bezwzględnie był zobowiązany do weryfikacji wspomnianych pozycji RCO.

Oczywiście, sam fakt nieziszczenia się okoliczności literalnie określonych w art. 90 ust. 1 Pzp obligujących Zamawiającego do wszczęcia procedury wyjaśniającej, nie niweczy prawa Zamawiającego do nieograniczonej swobody w zakresie decydowania o zwrócenie się do wykonawcy z wnioskiem o wyjaśnienia co do rażąco niskiej ceny. Przesłanki określone art. 90 ust. 1 Pzp nie mają charakteru automatycznego i bezwzględnego. Obowiązkiem Zamawiającego jest bowiem ocena czy obiektywne kryteria nie przemawiają za wszczęciem procedury wyjaśniającej. W każdym bowiem przypadku zamawiający indywidualnie powinien dokonać oceny, czy określona okoliczność, w stanie faktycznym konkretnego postępowania, skutkuje powstaniem podejrzenia rażąco niskiej ceny. Zdaniem Odwołującego nawet przy ryczałcie badaniu może podlegać cena lub jej istotne części składowe wskazane przez zamawiającego w wezwaniu do złożenia wyjaśnień. Zamawiający ma podstawy do kwestionowania zasadności ceny oferty przy wynagrodzeniu ryczałtowym, gdyż pomimo tego, że stanowi wynagrodzenie za całość prac niezbędnych do realizacji przedmiotu zamówienia, niezależnie od ich rzeczywistych rozmiarów i kosztów {patrz art. 632 § 1 Kodeksu cywilnego)

nie jest dla zamawiającego zabezpieczeniem przed zaoferowaniem mu rażąco niskiej ceny. Taka sytuacja ma miejsce w rozpatrywanym przypadku, gdzie Konsorcjum kalkulując cenę oferty w pozycji 09.03.4 RCO budowa stacji Racibory oraz pozycji 15.03.4 RCO budowa stacji Baciuty nie uwzględnił całości prac dla wykonania tego elementu zamówienia. Wydaje się rzeczą oczywistą, że Zamawiający powinien oczekiwać od Konsorcjum, które jest przecież profesjonalnym uczestnikiem obrotu gospodarczego, by dysponowało założeniami i kalkulacjami oferowanej ceny jeszcze przed przystąpieniem do ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego, więc takie kalkulacje przedstawi na wezwanie w trybie art. 90 ust. 1 Pzp.

Odwołujący – wskazując na możliwość badania cen jednostkowych pod kątem rażąco niskiej ceny – stwierdził, że bez znaczenia jest, że koszty budowy obu omawianych stacji stanowią stosunkowo niewielką część całkowitej wyceny. Stanowi to bowiem konsekwencję wyjątkowo złożonego charakteru zamówienia jakim jest cała linia kolejowa wraz z stacjami, obiektami inżynieryjnymi oraz układem sterowania. W istocie jednak prace wchodzące w zakres niezbędny do wykonania części zamówienia wynikającego z kwestionowanych pozycji mają istotny charakter. Ich przedmiotem jest bowiem budowa dwóch odrębnych stacji kolejowych. Stacje te mogą być przedmiotem oddzielnego zamówienia, które jak widać po ofertach pozostałych wykonawców nie byłyby zamówieniem bagatelnym. Przeciwnie, dla zlecenia robót budowlanych na przedmiotowych stacjach zastosowanie miałyby przepisy Pzp powyżej progów unijnych. Stacje te stanowią przedmiotową niezależność (podzielność) w kontekście całości zamówienia, więc również podlegają ocenie pod kontem rażąco niskiej ceny”.

Uwzględniając powyższe uznać należy, że Zamawiający zobligowany był do przeprowadzenia procedury wyjaśniającej, o której mowa w art. 90 ust. 1 Pzp. W jej wyniku okazałoby się, że wykonanie analizowanego zakresu prac za zaoferowaną przez Konsorcjum cenę jest niemożliwe, co skutkowało powinno odrzuceniem oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie w powołaniu na niżej wskazaną argumentację.

Zamawiający na wstępie wyjaśnił, że szczegółowo sformułował postanowienia SIWZ dotyczące sposobu ukształtowania wyceny (w tym jej podziału na część A – Wyceny z Przedmiarami Robót i część B – RCO, *vide* TOM IV SIWZ) oraz ograniczeń w sposobie ujęcia wyliczeń przez Wykonawców w składanych ofertach.

W ramach prowadzonego przetargu zostały złożone 3 oferty wykonawców, którzy przedstawili dokonane kalkulacje ceny ofertowej ujmując je jednak w zróżnicowany sposób.

Na etapie badania ofert Zamawiający, pismem z dnia 25.09.2019 r., zwrócił się do Konsorcjum z wezwaniem do przedstawienia wyjaśnień i dowodów w aspekcie możliwego zniżenia ceny.

W odpowiedzi na wezwanie Konsorcjum przedstawiło obszernie wyjaśnienia w kwestii sposobu ukształtowania ceny ofertowej. Wykonawca wskazał, że ukształtował przedstawioną w ofercie cenę w sposób prawidłowy, zgodny z postanowieniami SIWZ i w żaden sposób nie dążący do jej rażącego zniżenia. Zamawiający uznał wspomniane wyjaśnienia za wiarygodne i w konsekwencji zaprosił Konsorcjum, pismem z 23.10.19 r., do udziału w aukcji elektronicznej. W wyniku jej przeprowadzenia Odwołujący uplasował się na trzecim miejscu, a Konsorcjum – na drugim.

W nawiązaniu do przedstawionych powyżej okoliczności stanu faktycznego Zamawiający podał w wątpliwość istnienie po stronie Odwołującego interesu we wniesieniu odwołania, ponieważ kwestionuje on ofertę, która – z uwagi na wynik aukcji – nie pretenduje do miana oferty najkorzystniejszej.

Odnosząc się merytorycznie do zarzutów odwołania Zamawiający stwierdził, że w przedmiotowym stanie faktycznym Konsorcjum przedstawiło w ramach wyceny pozycji RCO ceny jednostkowe co zostało przewidziane w ramach postanowień z pkt 13 IDW w zakresie Części B Wyceny. Przyznał, że w Postępowaniu obowiązywał wskazany przez Odwołującego zakaz wliczania kosztów wykonania jakiegokolwiek pozycji RCO w inną pozycję RCO, co wynikało z pkt 13.8 IDW. Niemniej jednak w SIWZ nie zostały narzucone inne ograniczenia w zakresie możliwości wliczania kosztów. Brak ustanowienia przez Zamawiającego uzasadnionych ograniczeń w tym zakresie dozwala na większy stopień dokonywania zróżnicowanych kalkulacji przez wykonawców oraz stosowania przez nich działań zmierzających do wliczania kosztów, jednak nie w ramach innej pozycji RCO, a w ramach drugiej z części Wyceny, tj. np. w ramach „Wyceny wraz z Przedmiarami Robót” Część A. Tym samym, w opinii Zamawiającego możliwe było przedstawienie przez Konsorcjum kosztów budowy stacji Baciuty i Racibory w części A Wyceny i nie stanowi to o niezgodności treści oferty z SIWZ. Tak też postąpiło Konsorcjum, o czym świadczy argumentacja zaprezentowana w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny, którymi objęte były m.in. koszty budowy spornych stacji. W ich treści Konsorcjum wskazało, że wspomniane koszty budowy stacji, wynikające z części B Wyceny – RCO stanowią koszty robót ponad te,

które wycenione zostały w części A wyceny (odcinek D cz1 układy torowe dla stacji Racibory i G cz1 układy torowe dla stacji Baciuty).

Do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, przystąpienie zgłosiło Konsorcjum wnosząc o oddalenie odwołania. Izba, wobec spełnienia przez zgłoszone przystąpienie przesłanek z art. 185 ust. 2 Pzp, postanowiła o dopuszczeniu Konsorcjum (dalej również „Przystępujący”) do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

W piśmie procesowym z 19 listopada 2019 r. Konsorcjum przedstawiło następującą argumentację.

Odwołujący niezgodności oferty Konsorcjum z SIWZ upatruje w, jego zdaniem, błędnej wycenie pozycji 09.03.4 RCO „Budowa stacji Racibory” oraz pozycji 15.03.4 RCO „Budowa stacji Baciuty” (część B zamówienia). Przystępujący wycenił ww. pozycje na 3.000,00 zł każda, co – w ocenie Odwołującego – świadczy o tym, że Przystępujący nie wycenił ich zgodnie z zakresem opisanym w tych pozycjach, do czego zobowiązywał go pkt 13.8 IDW. Stanowił on, że każda pozycja RCO powinna zostać wyceniona zgodnie z zakresem w niej opisanym oraz że nie dopuszcza się wliczania kosztów wykonania jakiegokolwiek pozycji RCO w inną pozycję RCO.

Odpierając zarzut Konsorcjum zwróciło uwagę, że w związku z ryczałtowym charakterem wynagrodzenia w części B wyceny cena wskazana przez Odwołującego w danej pozycji RCO nie wpływa w żaden sposób na zobowiązanie wykonawcy do wykonania całego zakresu zamówienia w ramach tej pozycji za wskazane wynagrodzenie. Co więcej, nawet zaniechanie wycenienia danej pozycji nie może być utożsamiane z nieobjęciem treścią oświadczenia woli wykonawcy wykonania całego przedmiotu zamówienia. Pominięcie takiej pozycji będzie świadczyło jedynie o tym, że wykonawca zobowiązany jest wykonać zamówienie zgodnie z jego zakresem opisanym w specyfikacji, przy czym nie będzie się za to należało odrębne wynagrodzenie.

Odnosząc się zaś do przypuszczeń Odwołującego, że Przystępujący zakres kosztów wykonania stacji Racibory i Baciuty wliczył do innych pozycji RCO (przez co naruszył zakaz z pkt 13.8 IDW), należy wskazać, że konkretne wyliczenia tych robót stanowią przedmiot wyjaśnień rażąco niskiej ceny z dnia 10 października 2019 r. (w szczególności str. 4-5 oraz dowody nr 2 i 10). W wyjaśnieniach tych Przystępujący wyraźnie udowodnił, że wyliczył wszystkie pozycje RCO i kosztorysu zgodnie z zakresem robót, do których się odnoszą oraz że w swoich wyliczeniach nie dokonał wliczenia kosztów wykonania jakiegokolwiek pozycji RCO w inną pozycję RCO. Co więcej, zgodnie z wymaganiami pkt. 13.8. IDW wycenił on każdą pozycję RCO na kwotę różną od zera.

Wyjaśnienia rażąco niskiej ceny złożone przez Przystępującego stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa Przystępującego, co nie było kwestionowane ani przez Zamawiającego ani przez Odwołującego. Ponadto, same wyjaśnienia również nie budziły żadnych dodatkowych wątpliwości Zamawiającego, co przejawiało się w dopuszczeniu Przystępującego do aukcji elektronicznej i braku kolejnych wezwań do wyjaśnień w tym zakresie.

Następnie należy podkreślić, że ze względu na charakter inwestycji wszelkie wyliczenia pozycji w ramach RCO były obciążone dużym ryzykiem błędu z uwagi na brak ich wiążącego charakteru. Zgodnie z odpowiedziami Zamawiającego:

„Ilości robót podane w RCO mają charakter szacunkowy. Dotyczy to RCO dla wszystkich branż. Z uwagi na brak szczegółowych rozwiązań projektowych dla budowy skrzyżowań dwupoziomowych nie ma możliwości określenia szczegółowych ilości robót. Szczegółowe ilości robót będą możliwe do określenia na podstawie dokumentacji technicznej, którą będzie sporządzał Wykonawca Robót.

Kontrakt, w przypadku robót dla części B niniejszego zadania, przewiduje rozliczenie ryczałtowe” (odpowiedź na pytanie nr 831 z zestawu pytań i odpowiedzi nr 23 z dnia 11 lipca 2019 r.).

„Zamawiający nie posiada koncepcji budowy stacji Baciuty i Racibory. Wykonanie dokumentacji projektowej w zakresie wymienionych stacji Baciuty i Racibory jest po stronie Wykonawcy Robót. W dokumentacji projektowej Wykonawca będzie mógł przedstawić konkretne rozwiązania, które przed rozpoczęciem robót budowlanych będą wymagały akceptacji Zamawiającego” (odpowiedź na pytanie nr 745 z zestawu pytań i odpowiedzi nr 24 z dnia 18 lipca 2019 r.).

„W dokumentacji PFU zostały przedstawione sugerowane lokalizacje i rodzaj projektowanych skrzyżowań dwupoziomowych (część B). Rozwiązania te zostały przyjęte na podstawie dotychczasowych uzgodnień i porozumień zawartych z Zarządcami Dróg oraz władzami samorządowymi. Zamawiający nie wyklucza, że w trakcie prowadzonych przez Wykonawcę prac projektowych, obecne rozwiązania ulegną zmianie. Należy podkreślić, że Wykonawca ma obowiązek dokonania powtórnych uzgodnień dla przyjętych przez siebie rozwiązań, w trakcie których niezbędne będzie wprowadzenie zmian. Zmiany przyjętych rozwiązań nie będą skutkować zmianą wartości obiektu w RCO” (odpowiedź na pytanie nr 800 z zestawu pytań i odpowiedzi nr 24 z dnia 18 lipca 2019 r.).

Konsorcjum podkreśliło, że wątpliwości budził również sam zakres robót niezbędny do wyliczenia w ramach poszczególnych pozycji w RCO, w tym m.in. czy należy uwzględnić w wycenie budowę torów głównych dodatkowych na stacji Baciuty i stacji Racibory, których

brak uwzględnienia w wycenie pozycji 09.03.4 oraz 15.03.4 zarzuca Przystępującemu Odwołujący.

Pytanie:

„W PFU str. 146 Zamawiający zapisał „W wyniku zaleceń Centralnego Portu Komunikacyjnego (CPK) oraz przeprowadzonej analizy ruchowej, konieczne jest w ramach optymalizacji dokumentacji projektowej odcinka Czyżew – Białystok przywrócenie p.odg. Racibory jako stacji oraz budowa stacji w Baciutach. Podyktowane jest to podniesieniem prędkości przejazdowej do 200 km/h w związku z likwidacją wszystkich przejazdów w poziomie szyn. Stacje w Raciborach oraz Baciutach mają posiadać dwa tory główne dodatkowe o długości użytecznej min. 750 m. Proszę o wyjaśnienie zakresu zadania. Czy w ramach tego zadania należy zaprojektować i wybudować tory główne dodatkowe na stacji Baciuty i stacji Racibory? Czy będzie to przedmiotem innego zadania?

Odpowiedź na pytanie:

„Zamawiający potwierdza że w ramach przedmiotowego zadania jest budowa stacji Baciuty i stacji Racibory.

Wykonanie dokumentacji projektowej oraz wykonanie robót budowlanych w zakresie stacji Baciuty i Racibory jest po stronie Wykonawcy Robót. W dokumentacji projektowej Wykonawca przedstawi konkretne rozwiązania, które przed rozpoczęciem robót budowlanych będą wymagały akceptacji Zamawiającego oraz uzyskania niezbędnych uzgodnień i decyzji”. (pytanie nr 740 i odpowiedź na pytanie nr 740 z zestawu pytań i odpowiedzi nr 27 z dnia 8 sierpnia 2019 r.)

Powyższe wskazuje, że głównie od koncepcji wykonawców zależała ostateczna wycena poszczególnych pozycji w RCO oraz zakresu robót w nich uwzględnionych, gdyż podane przez Zamawiającego dane miały charakter niewiążący i przykładowy. W związku zaś z zastosowaniem wynagrodzenia ryczałtowego, ryzyko ewentualnego błędu w tych wycenach obciążało w całości wykonawcę. Co istotne, Zamawiający nie udzielił na te pytania wiążącej i jednoznacznej odpowiedzi, a więc zgodnie z zasadą obowiązującą w prawie zamówień publicznych – wszelkie wątpliwości co do zakresu wyceny danej pozycji powinny być wyjaśniane na korzyść wykonawcy (tj. Przystępującego).

Ponadto, niejasny był podział robót pomiędzy część A i część B zamówienia. Te same pozycje pojawiały się zarówno w jednej jak i w drugiej części. O niedoprecyzowaniu tych kwestii świadczą chociażby pojawiające się często pytania wykonawców i nieskonkretyzowane odpowiedzi Zamawiającego w tym zakresie, np.:

Pytanie:

„Zwracamy się z prośbą o wyjaśnienie, w której z Części (A czy B) zadania znajduje się branża SRK? PFU branży SRK znajduje się w części B, natomiast projekty budowlane SRK w części A. Jednocześnie przedmiary robót zostały udostępnione w części A. Prosimy o wyjaśnienie pojawiających się rozbieżności”.

Odpowiedź na pytanie:

„Branża srk znajduje się zarówno w części A i części B”. (pytanie nr 109 i odpowiedź na pytanie nr 109 z zestawu pytań i odpowiedzi nr 10 z dnia 13 maja 2019 r.).

Pytanie:

„Zwracamy się z prośbą o informacje w jaki sposób Oferent powinien wycenić zakres robót srk:

- w sposób ryczałtowy na podstawie PFU czy
- w oparciu o ceny jednostkowe na podstawie projektów oraz przedmiarów robót?

Jeśli podstawę wyceny ma stanowić PFU, zwracamy się z prośbą o udostępnienie RCO odpowiadającego zakresowi opisanemu w PFU”.

Odpowiedź na pytanie:

„Zarówno Projekt Budowlany (PB), jak i Program Funkcjonalno-Użytkowy (PFU) jest obowiązujący przy sporządzeniu wyceny dla branży SRK” (pytanie nr 110 i odpowiedź na pytanie nr 110 z zestawu pytań i odpowiedzi nr 10 z dnia 13 maja 2019 r.).

Pytanie:

„Dotyczy TOM III_PFU_Skrzyżowania_dwupoziom._w7_28.03.2019. Prosimy o przedstawienie inwentaryzacji infrastruktury telekomunikacyjnej jaka będzie kolidować z budowanymi skrzyżowaniami dwupoziomowymi i budowanymi drogami. Na podstawie istniejących zapisów PFU Wykonawca nie jest w stanie określić jakie roboty należy wykonać w ramach zadania dotyczącego budowy skrzyżowań dwupoziomowych”.

Odpowiedź na pytanie:

„Rozwiązania projektowe przedstawione w PFU dla budowy skrzyżowań dwupoziomowych i dróg dojazdowych do tych skrzyżowań mają charakter poglądowy. Zamawiający nie wyklucza zmian tych rozwiązań na etapie wykonywania szczegółowej dokumentacji projektowej. Wykonanie dokumentacji projektowej spoczywa na Wykonawcy Robót. Dopiero na podstawie tej dokumentacji będzie możliwe określenie szczegółowego zakresu robót” (pytanie nr 843 i odpowiedź na pytanie nr 843 z zestawu pytań i odpowiedzi nr 27 z dnia 8 sierpnia 2019 r.).

Zastosowanie tak niejasnych zasad wyceny przez Zamawiającego sprawiło, że to na wykonawcach spoczął obowiązek nie tylko samodzielnego przyjęcia zakresu robót niezbędnych do wycenienia w ramach poszczególnych pozycji RCO, ale przede wszystkim przygotowania koncepcji wyceny całego kontraktu oraz podziału robót pomiędzy część A i B. Co więcej, SIWZ nie zawierał żadnych wskazówek co do podziału wyceny pomiędzy część A i B, ani zakazu rozdzielania kosztów prac pomiędzy te dwie części (wręcz było to niezbędne i pożądane przez Zamawiającego, bowiem roboty te zachodziły na siebie). Dlatego też analiza wyceny poszczególnych pozycji w części B bez uwzględnienia innych pozycji wycenionych w ramach całego kontraktu (a więc przede wszystkim również części A, która z racji charakteru zamówienia ma być częścią „wiodącą”) jest bezzasadna. Sam Zamawiający zaś wskazywał na konieczność takiego sposobu uwzględnienia wyceny części A i części B informując w odpowiedziach na zadane pytania, że zamienne roboty z części A należy wykonać tak aby nie kolidowały z budową zakresu z części B oraz nie powodowały robót straconych. Dokonywanie zatem wyliczenia ceny robót w ramach części B w oderwaniu od robót już uwzględnionych w części A doprowadziłoby do podwójnego wliczenia do ceny oferty kwoty dotyczącej wykonania dokładnie tych samych robót bądź sztucznego „pompowania” oferowanej ceny poprzez nieuwzględnianie efektu skali całego zamówienia.

Dla przykładu Przystępujący wskazał, że pozbawione sensu byłoby wyliczanie po raz kolejny w części B takich robót jak przygotowanie placu budowy, dokonanie odwodnień itd. Nieuzasadnione ekonomicznie ani technologicznie byłoby też wyliczenie wszystkich robót odrębnie dla części A i części B w przypadku gdy roboty te będą identyczne, przeprowadzane w tej samej lokalizacji, a ponadto ich realizacja nie będzie rozdzielona, tylko będzie przebiegała harmonijnie w obrębie całego zadania od Czyżewa do Białegostoku. W konsekwencji powyższego doszło do znacznych różnic w wycenach poszczególnych pozycji RCO przez wykonawców (nie tylko w pozycji budowy stacji Baciuty i Racibory, którą podnosi Odwołujący).

Dla przykładu, w pozycji 18 RCO – Układ drogowy DD02, w pozycji 18.01.2 – „Rozbiórki elementów dróg i ulic” każdy z trzech wykonawców składających ofertę w Postępowaniu skrajnie inaczej wycenił ten zakres prac na poziomie:

- 227.662,04 zł (Konsorcjum);
- 54.619,69 zł (Odwołujący);
- 6,60 zł (Intercor).

Powyższe niezbicie dowodzi, że podział wyceny zakresu robót zależał w dużej mierze od koncepcji wykonawców i poszczególne pozycje RCO bez analizy pozostałych części wyceny nie mogą decydować o niezgodności oferty Przystępującego z treścią SIWZ i o niezaoferowaniu przez Konsorcjum całości robót wskazanych w SIWZ za podaną cenę.

Przystępujący wszelkie wątpliwości Zamawiającego w tym zakresie rozwiął w wyjaśnieniach dotyczących rażąco niskiej ceny i tym samym wykazał, że jego oferta pozostaje w pełni zgodna z treścią SIWZ i wymaganiami Zamawiającego.

Nawet jeżeliby uznać, czemu Przystępujący stanowczo zaprzecza, że dokonana przez niego wycena pozycji 09.03.4 oraz 15.03.4 RCO nie odpowiada zakresowi robót tam wskazanych, to i tak kwestia ta nie ma istotnego znaczenia dla całej ceny ofertowej. Pozycje te stanowią odpowiednio 0,008% i 0,01% ceny ofertowej Odwołującego oraz odpowiednio 0,0079% i 0,01% ceny ofertowej Intercon. Odrzucenie oferty Konsorcjum z powodu błędnego przyjęcia zakresu robót do wyliczenia dla tej pozycji (przy zaznaczeniu, że zakres ten nie był w zasadzie wyznaczony i pokrywał się z robotami już wycenionymi w części A) byłoby przejawem zbyt daleko posuniętego formalizmu postępowania, co pozostawałoby sprzeczne z zasadami zamówień publicznych.

Odnosząc się do kwestii poprawienia omyłki dotyczącej kosztów nadzoru inwestorskiego Przystępujący wskazał, że do tej pory pozycja ta stanowiła maksymalną wartość wskazaną przez Zamawiającego, tj. max. 0,1% Wartości Robót Ogółem, zaś oczywistym jest, że w przypadku obniżenia Wartości Robót Ogółem w wyniku poprawki omyłki, maksymalna wartość, którą mógł wskazać w tym miejscu ulegnie zmianie, a zatem poprzednio wskazana wartość (pomimo że na dzień złożenia oferty była zgodna z SIWZ) będzie przewyższała obecnie nową maksymalną wartość możliwą do wpisania. Wbrew temu co sądzi Odwołujący, pozycja ta powinna zatem zostać obniżona do obecnie obowiązującej maksymalnej wartości (tj. 0,1% Wartości Robót Ogółem wyliczonej zgodnie z nową wyceną pozycji, którym Zamawiający przypisał wartość 0,00). Poprawka taka była możliwa do dokonania i nie budziła żadnych wątpliwości Zamawiającego (sam bowiem w piśmie informującym o poprawkach w treści oferty odpowiednio zmodyfikował tę wartość we wskazanym sposobie). Co więcej Zamawiający nie potrzebował w tym zakresie dodatkowych wyjaśnień, bowiem sposób poprawienia tej omyłki był oczywisty.

Odwołujący, pismem procesowym z 18 listopada 2019 r., przedstawił dodatkową argumentację uzasadniającą uwzględnienie odwołania.

W punkcie 13 IDW – część B, ppkt 13.10 oraz 13.11 Zamawiający w sposób wyraźny i zrozumiały określił wymagania co do sposobu wyceny pozycji RCO. W skrócie, nie można przenosić – wliczać pozycji w inne pozycje RCO.

Zgodnie z pkt 3.7.3 PFU stacje Racibory i Baciuty mają posiadać dwa tory główne dodatkowe o długości użytecznej min. 750 m. Odwołujący podał, że na podstawie własnego przedmiaru robót określił zakres prac jakie muszą wchodzić w pozycje RCO dot. stacji Racibory i Baciuty. Dowodem na zakres prac jaki należy wycenić oraz na to, że Przystępujący tego nie zrobił zgodnie z IDW są również informacje zawarte w SEKOCENBUD oraz Biztyp,

z których wynika jaka średnia wartość odpowiadałaby prawidłowo wycenionym pracom torowym na stacji Racibory oraz Baciuty.

W kwestii poprawienia spornej omyłki w ofercie Konsorcjum Odwołujący podał, że Zamawiający nie może sam, tj. bez udziału wykonawcy, dokonać poprawy ujawnionego błędu. Innymi słowy, aby oferta Przystępującego spełniała warunek dotyczący proporcji, to Zamawiający musiałby albo obniżyć wartości robót ogółem poz. 1÷13 z kwoty 2.601.217.207,34 zł na 2.592.886.307,34 zł, czego nie może zrobić. Po zmianach jakie w treści oferty Konsorcjum winien zrobić Zamawiający, analogicznych do tych jakie zrobił w ofercie Odwołującego w dniu 8.10.2019 r., oferta Konsorcjum nie będzie zgodna z punktem 13.7 DW. Pierwotnie oferta wykonawcy nie spełniałaby postawionego w punkcie 13.7 IDW warunku, bo koszty nadzoru autorskiego przekroczyłyby 0,1% Wartości Robót Ogółem poz 1÷13. Natomiast po zmianach wartość ta nie powinna przekraczać 2.592.886.307,34 zł, podczas gdy w ofercie nadal jest 2.601.217,21 zł.

Ten sam Zamawiający odrzucił ofertę z identyczną niezgodnością w postępowaniu pn. „Rewitalizacja linii kolejowej nr 210 na odcinku Szczecinek – Runowo Pomorskie Etap II”.

Uzasadniając zarzut naruszenia art. 91b ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp Odwołujący wskazał, że etap zaproszenia wykonawców do udziału w aukcji elektronicznej poprzedzony jest etapem badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu, w tym także pod kątem zaistnienia przesłanek odrzucenia oferty. To właśnie przez zaproszenie Konsorcjum do udziału w aukcji elektronicznej, Zamawiający naruszył podstawowe zasady rządzące postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego wynikające z art. 7 ust. 1 Pzp. Stan, w którym w aukcji elektronicznej bierze udział wykonawca, którego oferta powinna zostać odrzucona, jest bowiem nie do pogodzenia z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Na posiedzeniu Odwołujący wycofał sformułowany w odwołaniu zarzut ewentualny oraz zarzut dotyczący rażąco niskiej ceny w ofercie Konsorcjum.

Na rozprawie Strony i uczestnik postępowania odwoławczego podtrzymali dotychczasowe stanowiska w sprawie.

Odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z treści:

1. Przedmiaru robót dotyczącego budowy stacji Baciuty i Racibory, sporządzonego przez Odwołującego na podstawie PFU oraz wizji lokalnej, ze wskazaniem zakresu niezbędnych do wykonania robót, cen jednostkowych z oferty Konsorcjum dla części A oraz wyliczeniem oszacowanych na tych podstawach kosztów realizacji spornych robót, jakie powinien wskazać Przystępujący w złożonej ofercie oraz fragmentów

- RCO dla stacji Baciuty i Racibory z porównaniem cen za ich budowę, wynikających ze złożonych w Postępowaniu ofert – dowody O1;
2. Planu sytuacyjnego stacji Baciuty – dowód O2;
 3. Planu sytuacyjnego stacji Racibory – dowód O3;
 4. Wyciągu z katalogu cen robót kolejowych i tramwajowych Bistyp za III kwartał 2019 r. – dowód O4;
 5. Wyciągu z Biuletyn/u cen robót drogowych, mostowych i torowych BCD Sekocenbud – zeszyt 48/2019 za III kwartał 2019 r. – dowód O5;
 6. Pisma Zamawiającego z 4 kwietnia 2019 r. zawierającego informację o odrzuceniu oferty wykonawcy Zakład Robót Komunikacyjnych – DOM w Poznaniu sp. z o.o. złożonej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Zaprojektowanie i wykonanie robót w ramach zadania pn.: *Rewitalizacja linii kolejowej nr 210 na odcinku Szczecinek-Runowo Pomorskie – Etap II*” – dowód O6;
 7. Fragmentu RCO Konsorcjum dotyczącego rozbudowy i przebudowy stacji Łapy – dowód O7;
 8. Porównania zakresów robót na stacjach Baciuty, Racibory i Łapy i kosztów ich wykonania (w przeliczeniu na 1 km pojedynczego toru wraz z rozjazdami), wynikającymi z ofert złożonych w Postępowaniu – dowód O8.

Zamawiający wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z treści:

1. Wydruku z przebiegu aukcji elektronicznej przeprowadzonej w Postępowaniu – dowód Z1;
2. Zestawienia kosztów nadzoru autorskiego do wartości robót ogółem w ofertach złożonych w Postępowaniu – dowód Z2;
3. Skorygowanego przez Zamawiającego Podsumowania Przedmiaru Robót przygotowanego przez Przystępującego – dowód Z3.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy omówiony w dalszej części uzasadnienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron postępowania odwoławczego i Przystępującego zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie i piśmie procesowym Przystępującego, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.

Skład orzekający stwierdził, że Odwołujący jest legitymowany, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 Pzp, do wniesienia odwołania. Zdaniem Izby, skoro z treści przepisu art. 91a ust. 1 Pzp wynika, że warunkiem zakwalifikowania oferty do aukcji elektronicznej jest okoliczność, że nie podlega ona odrzuceniu, to udział w aukcji

elektronicznej wykonawcy, którego oferta dotknięta jest taką sankcją uzasadnia skorzystanie ze środka ochrony prawnej przez innego uczestnika aukcji i stanowi potwierdzenie istnienia po jego stronie przesłanek z art. 179 ust. 1 Pzp. Biorąc powyższe pod uwagę dowód Z1, stanowiący potwierdzenie aktywnego uczestnictwa Odwołującego w aukcji nie przeczy możliwości wniesienia przezeń odwołania z uwagi na opisaną powyżej wadliwość aukcji.

W pkt 1 sentencji wyroku Izba, działając na podstawie art. 189 ust. 8 Pzp stosowanego odpowiednio, umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów wycofanych przez Odwołującego na posiedzeniu.

Rozpatrując pozostałe zarzuty odwołania Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z treści SIWZ, oferty Konsorcjum, wezwania Przystępującego do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny z 25 września 2019 r. wraz z odpowiedzią datowaną na dzień 10 października 2019 r. oraz zawiadomienia o poprawieniu omyłek w treści oferty Przystępującego z 11 października 2019 r.

Na ich podstawie skład orzekający stwierdził, że nie ma potrzeby ponownego przytaczania okoliczności faktycznych istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy, jako że przedstawione zostały one w pisemnych stanowiskach Stron i uczestnika postępowania odwoławczego, przy uwzględnieniu niżej wskazanych ustaleń.

Podtrzymane przez Odwołującego zarzuty odwołania wymagały przesądzenia kwestii zgodności oferty Konsorcjum z SIWZ w dwóch płaszczyznach: po pierwsze – w aspekcie zaniechania objęcia zakresem oferowanego świadczenia kosztów wszystkich robót stanowiących przedmiot zamówienia (budowa stacji Baciuty i Racibory), przy uwzględnieniu wynikającego z SIWZ zakazu przenoszenia kosztów realizacji zamówienia pomiędzy poszczególnymi pozycjami RCO, po drugie – w kontekście poprawienia w ofercie Przystępującego innej omyłki polegającej na niezgodności oferty Konsorcjum z SIWZ, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty, a polegającej na obniżeniu kosztów nadzoru autorskiego w odniesieniu do części A do wynikającego z SIWZ maksymalnego poziomu 0,1% wartości robót ogółem.

Analizując zidentyfikowane powyżej zagadnienia skład orzekający nie podzielił stanowiska Odwołującego, ergo odwołanie podlegało oddaleniu.

W kwestii pierwszej z zarzucanych ofercie Przystępującego niezgodności z SIWZ Izba stwierdziła, że nie było sporu co do istnienia wynikającego z pkt 13.8 akapit drugi IDW zakazu wliczania kosztów wykonania jakiegokolwiek pozycji RCO w inną pozycję RCO. Różnica stanowisk pomiędzy Odwołującym a Zamawiającym i Przystępującym dotyczyła w istocie zakresu tego zakazu. W ocenie składu orzekającego Odwołujący bezpodstawnie rozciągnął go na przenoszenie kosztów realizacji określonych elementów zamówienia pomiędzy poszczególnymi częściami wyceny. Odwołujący pominął w przedstawionej

w odwołaniu argumentacji, że zgodnie z pkt 13.3 IDW na cenę oferty (tzw. Wycenę w nomenklaturze Zamawiającego) składały się dwie części – Część A – Przedmiary robót i Część B – RCO, dla których Zamawiający, w dalszych postanowieniach pkt 13 IDW, ustanowił odrębne reguły ich sporządzania. Próżno szukać w tym punkcie IDW zakazu przenoszenia kosztów realizacji inwestycji pomiędzy wspomnianymi częściami Wyceny. Ustalenie to miało niebagatelne znaczenie zarówno w kontekście powielania się takich samych pozycji w obu częściach wyceny i udzielanych w związku z tym odpowiedzi na wnioski wykonawców o wyjaśnienie treści SIWZ (zob. pkt 2.17 pisma procesowego Konsorcjum), jak i w płaszczyźnie zakresu rzeczowego spornych pozycji RCO (09.03.4 – budowa stacji Racibory) i 15.03.4 – budowa stacji Baciuty), które – wbrew przytoczonym powyżej opisom – umieszczone zostały we fragmentach RCO dotyczących wykonania niewielkich wycinków robót w ramach każdej budowy (poz. 09.03.4 umieszczona została w części RCO poświęconej budowie przejścia pod torami w km 140+789, natomiast pozycja 15.03.4 – w części dotyczącej budowy wiaduktu kolejowego w km 163+251). Stąd katagoryczne twierdzenie Odwołującego, jakoby koszty budowy obydwu stacji miały zostać ujęte wyłącznie w opisanych powyżej pozycjach RCO Izba uznała za nieuzasadnione. Zapatrywania tego nie zmienia przywołania przez Odwołującego odpowiedź na pytanie nr 742 do SIWZ, w której Zamawiający wskazał, że budowę stacji Baciuty i Racibory należy ująć w ww. pozycjach RCO. Przywołane stanowisko Zamawiającego, zważywszy na podniesione wcześniej argumenty i wątpliwości dotyczące sposobu kalkulacji ceny oferty, stanowiło w istocie jeden z dopuszczalnych sposobów poprawnego sporządzenia kalkulacji ceny oferty, a tym samym – właściwego określenia zakresu wynikającego z niej świadczenia.

W nawiązaniu do powyższego Izba stwierdziła, że koszty budowy stacji Baciuty i Racibory (a tym samym zakres rzeczowy tych robót) były przedmiotem badania Zamawiającego w procedurze wyjaśnień rażąco niskiej ceny (zob. wezwanie Konsorcjum z 25 września 2019 r., akapit pierwszy na str. 2). W odpowiedzi na to wezwanie Przystępujący przedstawił wyjaśnienia wraz z dowodami, obejmując informacje w nich zawarte tajemnicą przedsiębiorstwa. W konsekwencji, przy uwzględnieniu niejawnego charakteru tych informacji, skład orzekający jedynie ogólnie wyjaśnia, że sposób wyceny, charakter kosztów wskazanych w kwestionowanych przez Odwołującego pozycjach RCO oraz rzeczywiste koszty realizacji robót polegających na budowie wspomnianych stacji, w tym ich zakres rzeczowy, wyjaśnione zostały na str. 4 i 5 pisma Konsorcjum z 10 października 2019 r. i poparte dowodami nr 10 i 11. Złożone przez Przystępującego wyjaśnienia nie pozwalają na wniosek, że sporne koszty ujęte zostały wyłącznie w pozycjach 09.03.4 i 15.03.4 części B Wyceny – RCO, a tym samym że wycenione w ten sposób świadczenie nie pokrywa się zakresem ze świadczeniem oczekiwanym przez Zamawiającego, w konsekwencji czego zarzut odwołania oparty na tej podstawie faktycznej okazał się chybiony.

Odnosząc się do przedstawionych przez Odwołującego dowodów skład orzekający stwierdził, że częściowo potwierdzać miały okoliczności, które nie były objęte podtrzymanymi zarzutami odwołania. Dotyczy to w szczególności dowodów O1, O4, O5, O7 i O8, które wprost odnosiły się do kwestii ceny za realizację spornych robót, a nie przewidzenia ich wykonania, co do której to okoliczności Odwołujący, w braku dostępu do wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Konsorcjum, nie miał wiedzy.

W pozostałym zakresie (dowody O2 i O3) materiał dowodowy przedstawiony przez Odwołującego nie dotyczył okoliczności spornych w tym postępowaniu odwoławczym. Żaden z jego uczestników (w szczególności Zamawiający i Przystępujący) nie kwestionował zakresu robót w ramach budowy stacji Baciuty i Racibory oraz nie definiował go w odmienny sposób.

W kwestii drugiej z podniesionych w odwołaniu niezgodności treści oferty Konsorcjum z SIWZ Izba, po dokonaniu analizy stanowiska Odwołującego, doszła do przekonania, że kwestionował on omyłkowy charakter niezgodności w obrębie poz. 14.2 Podsumowania Przedmiarów Robót sporządzonego przez Przystępującego (koszty nadzoru inwestorskiego). Należy mieć jednak na względzie, że Odwołujący nie przeczył jednocześnie możliwości poprawienia popełnionych przez Konsorcjum omyłek w innych częściach tego podsumowania (poz. 2, 3 i 11 – zob. dowód Z3), co w istocie stanowiło przyczynę podjęcia przez Zamawiającego zakwestionowanej odwołaniem czynności (tj. poprawienia również poz. 14.2 podsumowania). Odwołujący wskazywał przy tym, że skoro koszty z poz. 14.2 mogły wynosić maksymalnie 0,1% wartości robót ogółem), to ich wysokość zależała wyłącznie od decyzji wykonawcy. Wydaje się zatem, że Odwołujący, kwestionując omyłkowy charakter omawianej niezgodności, przypisywał Przystępującemu jej świadome wywołanie. Odwołujący pominął jednak, że – jak już wspomniano – owa niezgodność ujawniła się dopiero po poprawieniu omyłek w innych pozycjach podsumowania, stanowiąc niejako efekt tej czynności. Zatem także i niezgodność treści oferty z SIWZ w obrębie poz. 14.2 podsumowania miała omyłkowy charakter, była bowiem niezamierzoną niedokładnością (Konsorcjum trafnie wskazywało, że pierwotna treść oferty odpowiadała SIWZ także w odniesieniu do poz. 14.2 podsumowania, co dodatkowo wspiera przedstawioną przez Izbę argumentację). Ergo skoro kwestionowana przez Odwołującego przesłanka uznania tej niezgodności treści oferty Przystępującego z SIWZ została spełniona, to Zamawiający uprawniony był do jej poprawienia zgodnie z wyliczoną proporcją (zob. dowód Z2), a zatem zarzut oparty na tej podstawie faktycznej nie zasługiwał na uwzględnienie. Bez znaczenia był przy tym dowód O6, ponieważ dotyczył innego postępowania, a nadto na podstawie jego treści nie sposób stwierdzić, czy zaistniałe w tamtym postępowaniu okoliczności stanu faktycznego były identyczne jak w tej sprawie.

Mając na uwadze powyższe orzeczono, jak w pkt 2 sentencji wyroku.

O kosztach postępowania (pkt 3 sentencji wyroku) rozstrzygnięto stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 1 i pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. z 2018 r., poz. 972 j.t.).

Przewodniczący:

Członkowie:

.....