

WYROK
z dnia 1 czerwca 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Marta Słoma

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 maja 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 maja 2018 r. przez **Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: S.Ł.** prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „S.Ł. ECO-BAZA Przedsiębiorstwo Wielobranżowe, ul. Lotników Alianckich 13 (68-100 Żagań), **R.T.** prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „MOST-TOR R.T.”, Moskorzew 81, (29-130 Mikołów), **Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych Budex Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Ochotnicy Górnej os. Sikory 40A (34-453 Ochotnica Górna) w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego – PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna** z siedzibą w Warszawie przy ul. Targowej 74 (03-405 Warszawa) **Centrum Realizacji Inwestycji Region Śląski**, ul. Joannitów 13 (50-252 Wrocław)

przy udziale

Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie **TORKOL Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Tychach, ul. Cielmicka 37 (43-109 Tychy), **MAR-BUD Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Budownictwo Spółka komandytowa** z siedzibą w Warszawie, ul. Pawła Włodkowica 2c (03-262 Warszawa), **N.-Mosty Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Dąbrowie Górniczej, ul. Budowlanych 6/1a (41-303 Dąbrowa Górnicza), zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

- 1 Oddala odwołanie.**
- 2** Kosztami postępowania obciąża Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: S.Ł.(„S.Ł.ECO-BAZA Przedsiębiorstwo Wielobranżowe, Żagań), R.T.(„MOST-TOR R.T.” w Mikołowie), Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych Budex Sp. z o.o. z siedzibą w Ochotnicy Górnej i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20.000 zł 00 gr.** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: S.Ł. („S.Ł.ECO-BAZA Przedsiębiorstwo Wielobranżowe, Żagań), R.T.(„MOST-TOR R.T.”, Mikołów), Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych Budex Sp. z o.o. z siedzibą w Ochotnicy Górnej;

2.2 zasądza od Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: S.Ł.(„S.Ł.ECO-BAZA Przedsiębiorstwo Wielobranżowe, Żagań), R.T.(„MOST-TOR R.T.”, Mikołów), Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych Budex Sp. z o.o. z siedzibą w Ochotnicy Górnej na rzecz Zamawiającego PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie, Centrum Realizacji Inwestycji Region Śląski, ul. Joannitów 13 (50-252 Wrocław) kwotę 579,39 zł (słownie: pięćset siedemdziesiąt dziewięć złotych trzydzieści dziewięć groszy) stanowiącej koszty strony poniesione w związku z kosztami dojazdu na posiedzenie Izby pełnomocników strony.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579, ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawie.**

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Zamawiającego – PKP PLK S.A. z siedzibą w Warszawie, Centrum Realizacji Inwestycji Region Śląski na realizację inwestycji pn. *Wykonanie przebudowy infrastruktury kolejowej na stacjach Dąbrowa Górnicza Wschodnia i Dąbrowa Górnicza Strzemieszyce oraz na szlaku Dąbrowa Górnicza Wschodnia – Dąbrowa Górnicza Strzemieszyce w ramach projektu inwestycyjnego pn. „Prace na liniach kolejowych nr 62, 660 na odcinku Tunel – Bukowo – Sosnowiec Płd.”* (nr sprawy: 9090/IREZA4DZ/03195/00831/18/P), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 20 lutego 2018 r., 2018/S 035-077076, wobec czynności badania, oceny i wyboru oferty złożonej przez konsorcjum w składzie: TORKOL Sp. z o.o. z siedzibą w Tychach, MAR-BUD Sp. z o.o. Budownictwo Sp. k. z siedzibą w Warszawie, N.-Mosty Sp. z o.o. z siedzibą w Dąbrowie Górniczej (dalej jako Konsorcjum Torkol), wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie: S.Ł.(„S.Ł.ECO-BAZA Przedsiębiorstwo Wielobranżowe), R.T. („MOST-TOR R.T.”), Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych Budex Sp. z o.o. (dalej jako Konsorcjum Eco-Baza lub Odwołujący) wnieśli w dniu 7 maja 2018 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 933/18).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

1. art. 24 ust. 1 pkt 12 Ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Torkol pomimo, iż osoba wskazana do pełnienia funkcji kierownika robót torowych wskazana w ofercie nie posiada wymaganego 3 letniego doświadczenia określonego w pkt 8.6.2 Instrukcji Dla Wykonawców (IDW) na stanowisku kierownika robót/kierownika budowy w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane na robotach związanych z budową, przebudową lub remontem nawierzchni kolejowej;
2. art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Torkol pomimo, iż wykonawca ten składając oświadczenie odnośnie doświadczenia osoby wskazanej do pełnienia funkcji kierownika robót torowych, w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, a przynajmniej lekkomyślności lub niedbalstwa, wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu;
3. art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie zwrócenia się do Konsorcjum Torkol o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny, pomimo zaniżenia jej istotnych części składowych, co czyni cenę oferty rażąco niską, a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Torkol;

4. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Torkol pomimo przewidzenia w ofercie niezgodnej z pkt 4.1.2 PFU (str. 80, Tom III siwz) liczby godzin autobusowej komunikacji zastępczej, co znalazło odzwierciedlenie w wycenie określonej w poz. 3.4 RCO autobusowej komunikacji zastępczej na kwotę 250.000 zł, podczas gdy w pkt 4.1.2 PFU Zamawiający wskazał wprost, że koszty autobusowej komunikacji zastępczej wynoszą 450.000 zł;
5. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania, nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty Konsorcjum Torkol, wykluczenia Konsorcjum Torkol z postępowania, odrzucenia oferty Konsorcjum Torkol, dokonania wyboru oferty Odwołującego.

Zamawiający przekazał Odwołującemu informację o wyniku postępowania i wyborze oferty najkorzystniejszej drogą mailową w dniu 25 kwietnia 2018 r. Na drugiej pozycji sklasyfikowana została oferta Odwołującego.

Uzasadnienie faktyczne i prawne

1. Brak spełnienia warunku udziału w postępowaniu i wprowadzenie Zamawiającego w błąd.

Odwołujący przywołał zapisy pkt 8.6.2 IDW, w których Zamawiający wymagał dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, tworzącymi przyszłą kadrę zarządzającą realizacją zamówienia. Wobec kierownika robót sterowania ruchem kolejowym Zamawiający postawił wymóg posiadania uprawnień budowlanych bez ograniczeń do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie do kierowania robotami, których zakres obejmuje urządzenia srk oraz co najmniej 3 lata doświadczenia na stanowisku kierownika robót/kierownika budowy na robotach związanych z budową, przebudową lub remontem nawierzchni kolejowej.

W wykazie osób złożonym w dniu 4.04.2018 r. w trybie art. 26 ust. 1 Pzp formalnie deklarowane doświadczenie wskazanej osoby wynosi 37 miesięcy, tj. od listopada 2014 r. do listopada 2017 r. (inwestycje prowadzone były równolegle). W wykazie nie zostały wskazane daty dzienne objęcia i zakończenia pełnienia faktycznie funkcji kierownika budowy, co z uwagi na bliski wymaganemu okres (36 miesięcy) sugeruje celowy sposób wypełnienia formularza w sposób, który wprowadzał w błąd odnośnie rzeczywistego okresu pełnienia funkcji kierownika robót. Określony okres pełnienia funkcji kierownika robót przy zamówieniu „Naprawa bieżąca nawierzchni na linii nr 139 (...)” od marca 2016 r. do września 2016 r.

budzi zastrzeżenia Odwołującego. Ogólnodostępne informacje wskazują, że data otwarcia ofert została określona na 1.03.2016 r. i nie pokrywa się z datą podpisania umowy, nie mówiąc o dacie faktycznego przystąpienia do realizacji prac. Ponadto, roboty montażowe dotyczące tej inwestycji były przewidziane do wykonania w terminie nie dłuższym niż do dnia 15 lipca 2016 r., nie zaś do września, jak zadeklarowało to Konsorcjum Torkol. Podobne zastrzeżenia dotyczą inwestycji prowadzonej na Sekcjach Drogowych Zamość Bortatycze i Sędziszów, przy której prace rozpoczęły się we wrześniu 2016 r., a nie jak wskazało Konsorcjum Torkol – sierpniu 2016 r. Również prace na przejściach granicznych Terespol – Brześć oraz poszczególne etapy prac realizowanych na rzecz EDF.

W ocenie Odwołującego powyższe wypełnia przesłanki do wykluczenia z postępowania opisane w art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Ustawy. Konsorcjum Torkol oświadczyło, że wskazana osoba z kadry zarządzającej spełnia jednoznaczny warunek udziału w postępowaniu, co było informacją nieprawdziwą, a działaniu Wykonawcy nie można w tej sytuacji przypisać należytej staranności na etapie przygotowania oferty. Działanie nosi znamiona nie tylko lekkomyślności, czy niedbalstwa, ale i kwalifikowanej formy wprowadzenia zamawiającego w błąd (art. 24 ust. 1 pkt 16). Trudno bowiem przypuszczać, że mając świadomość „balansowania” na granicy spełnienia warunku udziału w postępowaniu, Wykonawca nie miał wiedzy, iż przedstawia informacje nieprawdziwe. Bez znaczenia dla zastosowania sankcji wykluczenia z postępowania pozostaje ustalenie, czy bez tych informacji warunek udziału w postępowaniu zostałyby spełnione. Sam fakt podania istotnych informacji, które nie znajdują odzwierciedlenia w stanie faktycznym stanowi przesłankę do wykluczenia wykonawcy. Wystarczającym jest już stworzenie mylnego wyobrażenia w świadomości zamawiającego – niezależnie od tego, jaki jest skutek tego wyobrażenia (nawet czy ono w ogóle nastąpiło).

2. Zarzut rażąco niskiej ceny w ofercie Konsorcjum Torkol.

Wybór oferty Konsorcjum Torkol miał być dokonany z naruszeniem art. 90 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, gdyż Zamawiający zaniechał wezwania do wyjaśnień w zakresie elementów ceny. Okoliczność braku zmaterializowania się przesłanek wszczęcia obowiązkowej procedury wyjaśnienia poziomu ceny nie zwalniała Zamawiającego z jej przeprowadzenia, o ile cena lub jej istotne części składowe budzą obiektywne wątpliwości. Rażąco niskie ceny jednostkowe uzasadniają odrzucenie oferty nawet jeśli cena końcowa nie odbiega od średniej arytmetycznej ofert lub szacunkowej wartości zamówienia. W ocenie Odwołującego, szereg cen jednostkowych, mających istotny charakter i determinujących możliwość poprawnej realizacji zamówienia, jest rażąco niska. Dotyczy to trzech głównych pozycji RCO (Rozbicie Ceny Ofertowej): dokumentacji projektowej (837.900,00 zł), obiektów inżynierskich (poz. 2.4- 5.987.058,82 zł), robót pozostałych (poz. 3 – 292.000,00 zł).

Zastrzeżenia dotyczą również szeregu pozycji szczegółowych (poz. 2.1.5, 2.1.11, 2.1.12, 2.2.4, 2.2.7, 2.3.1.3, 2.3.2.4). Odwołujący dokonał wyliczeń prezentując różnice cen jednostkowych do średniej ceny wielkością procentową (tabela) dla tych pozycji RCO, które Konsorcjum Torkol wyceniło co najmniej o 30% mniej niż średnia arytmetyczna wycen pozostałych wykonawców. Pozycje te mają uzasadniać stwierdzenie, że ewentualne problemy wykonawcy ze sfinansowaniem ich rzutować będą na możliwość prawidłowej realizacji zamówienia.

Według oceny Odwołującego, nawet przy najbardziej korzystnych cenach na rynku, najlepszych umowach z dostawcami oraz doskonałym rozpoznaniu lokalnego rynku budowlanego Konsorcjum Torkol, nie jest w stanie wykonać przedmiotu zamówienia przy zaoferowanym poziomie cen. Nie daje zatem gwarancji należytego i rzetelnego wykonania zamówienia.

3. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał na zapis pkt 4.1.2 PFU, w którym Zamawiający wskazał, że koszty autobusowej komunikacji zastępczej powinny być uwzględnione w RCO (poz. 3.4) w wysokości 450.000 zł netto, co wynika ze wskazanego terminu zamknięcia w torze nr 1 linii nr 62 (11.03.2019 – 11.05.2019), w okresie którego wykonawca ponosić będzie koszty komunikacji zastępczej autobusowej. Zamawiający oszacował koszt tej komunikacji dla tego odcinka w roku 2019 (za 6 par pociągów) na kwotę 450.000 zł. netto (we wskazanym terminie). Zamawiający wskazał dokładne daty wstrzymania ruchu, które uwarunkowane są zamknięciami na sąsiednich odcinkach linii kolejowej 62, przez co nie da się skrócić wstrzymania ruchu celem zmniejszenia kosztów komunikacji zastępczej na odcinku realizowanym kontraktem, gdyż bez względu na ewentualne skrócenie czasu pracy i tak wstrzymanie ruchu będzie trwało na pozostałych odcinkach.

Zgodnie z odpowiedzią Zamawiającego na pytanie nr 36, autobusowa komunikacja zastępcza będzie rozliczana na podstawie faktur wystawionych przez przewoźników dla Zamawiającego i następnie refakturowana na wykonawcę. Kwota zastępczej komunikacji autobusowej została zatem wprost wskazana i oszacowana przez Zamawiającego, a tym samym wykonawca nie będzie miał wpływu na ewentualne obniżenie kosztów. Wszyscy wykonawcy, z pominięciem Konsorcjum Torkol, wycenili koszty na kwotę 450.000 zł. Konsorcjum Torkol wyceniło koszt na kwotę 250.000 zł, co czyni ofertę niezgodną z siwz.

Wskazane zapisy PFU nakładały obowiązek zagwarantowania komunikacji zastępczej przez 62 dni (od 11.03.2019 r. do 11.05.2019 r.). Konsorcjum Torkol przy wskazanym koszcie zagwarantowało funkcjonowanie komunikacji zastępczej jedynie przez 34 dni. Nie zapewni to

realizacji zamówienia zgodnie z oczekiwaniem Zamawiającego, a oferta powinna być odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy Pzp.

Do postępowania odwoławczego w terminie przystąpiło Konsorcjum Torkol po stronie Zamawiającego. Izba na posiedzeniu dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym Konsorcjum Torkol w charakterze uczestnika postępowania przystępującego po stronie Zamawiającego.

Zamawiający na posiedzeniu poprzedzającym rozprawę złożył odpowiedź na odwołanie, w której nie zgodził się z zarzutami i wniósł o oddalenie odwołania.

Stanowisko Izby

Do rozpoznania odwołania zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (tekst jednolity Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.), w brzmieniu po nowelizacji dokonanej ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U.2016.1020), zwanej dalej „Ustawą”.

Nie zachodziły podstawy do odrzucenia odwołania.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba w pierwszej kolejności zobowiązana była do weryfikacji spełnienia przesłanek z art. 179 ust. 1 Ustawy, tj. istnienia po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez niego szkody w wyniku kwestionowanej czynności w postępowaniu. Czynności Zamawiającego doprowadziły do wyboru oferty innego Wykonawcy, z którym Zamawiający zamierza zawrzeć umowę w sprawie zamówienia publicznego. Okoliczności sprawy wskazywały zatem, iż Odwołujący wykazał spełnienie przesłanek z art. 179 Ustawy uprawniających do stwierdzenia, że czynności i zaniechania jakich dopuścić się miał Zamawiający przy ocenie oferty konkurencyjnej mogły naruszać jego interes w uzyskaniu zamówienia oraz prowadziły (mogłyby prowadzić) do poniesienia przez niego szkody.

Na podstawie dokumentacji postępowania, w tym treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz), oferty Konsorcjum Torkol, złożonych w postępowaniu wyjaśnień oraz stanowisk stron i uczestnika postępowania, prezentowanych na rozprawie, Izba dokonała ustaleń faktycznych stanowiących podstawę do wydania rozstrzygnięcia w przedmiocie podniesionych zarzutów.

Zamawiający prowadzi postępowanie z zastosowaniem procedury otwartej dla zamówienia sektorowego o wartości powyżej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Ustawy.

Przedmiot zamówienia stanowi zaprojektowanie i wykonanie robót w ramach zadania: „Wykonanie przebudowy infrastruktury kolejowej na stacjach Dąbrowa Górnicza Wschodnia i Dąbrowa Górnicza Strzemieszyce oraz na szlaku Dąbrowa Górnicza Wschodnia – Dąbrowa Górnicza Strzemieszyce w ramach projektu inwestycyjnego pn. Prace na liniach kolejowych nr 62, 660 na odcinku Tunel –Bukowo – Sosnowiec Płd”. Zamówienie realizowane będzie etapami. Wyceny prac Wykonawcy dokonać mieli w ofercie w cenie stanowiącej wynagrodzenie ryczałtowe. Zamawiający nie dopuścił składania ofert częściowych. Zgodnie z pkt 13.4 IDW wykonawca miał dostarczyć wypełniony dokument „Rozbicie Ceny Ofertowej” (RCO) – wszystkie pozycje. Pozycje niewypełnione Zamawiającego uzna za włączone do innych pozycji wypełnionego RCO. Sumaryczna wartość pozycji RCO dotyczących wykonania dokumentacji projektowej pkt 1.1 do pkt 1.12 nie może przekroczyć 7% wartości robót netto za wykonanie całości zamówienia (bez kosztów komunikacji zastępczej) – pkt 13.5 IDW.

Zamawiający opisał w Programie Funkcjonalno-Użytkowym (PFU) warunki na jakich możliwe będzie wykonanie prac, w tym zasady na jakich możliwe jest dokonanie zamknięć torowych. Zamawiający poinformował, że udzieli zamknięć torowych całodobowych zgodnie z wcześniej opracowanymi i zatwierdzonymi Regulaminami tymczasowymi prowadzenia ruchu w czasie wykonywania robót. Ze względu na uwarunkowania eksploatacyjne Zamawiający zaplanował w pierwszej kolejności całodobowe zamknięcie torów w stacji Dąbrowa Górnicza Strzemieszyce: nr 2 (od ukresu rozjazdu nr 41 do ukresu rozjazdu nr 70) i nr 4 (od ukresu rozjazdu nr 45 do ukresu rozjazdu nr 74) w terminie od 06.08.2018 r. do 31.10.2018 r. Następne terminy niezbędnych zamknięć torów Wykonawca zaplanuje w harmonogramie zamknięć torowych i przedłoży Zamawiającemu do zatwierdzenia. Należy również zaplanować zamknięcie torów (linia nr 133) na czas robót przebudowy i rozbiórki wiaduktu w km 67,709.

W uwadze (pkt 4.1.3 PFU, str. 80) Zamawiający wskazał, iż w związku z zamknięciem w torze nr 1 linii nr 62 na odcinku Dąbrowa Górnicza Wschodnia – Dąbrowa Górnicza Strzemieszyce – Sosnowiec Kazimierz – Sosnowiec Dańdówka, w okresie 11.03.2019 – 11.05.2019 r. zostanie przez przewoźnika uruchomiona zastępcza komunikacja autobusowa. Wykonawca powinien uwzględnić koszty związane z zastępczą komunikacją autobusową. Koszty komunikacji należy wpisać w poz. nr 3.4 RCO. Zamawiający oszacował jej koszty na tym odcinku, w roku 2019, w terminie jak wyżej (za 6 par pociągów) na kwotę 450.000,00 zł netto.

W Instrukcji Dla Wykonawców (IDW) Zamawiający określił wymagania dotyczące dysponowania osobami mającymi tworzyć przyszłą kadrę zarządzającą realizacją zamówienia. W pkt. 8.6.2 IDW wobec kierownika robót torowych wskazał wymóg posiadania uprawnień budowlanych bez ograniczeń do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie do kierowania robotami, których zakres obejmuje linie, węzły i stacje kolejowe oraz co najmniej trzech lat doświadczenia na stanowisku kierownika robót/kierownika budowy w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane na robotach związanych z budową, przebudową lub remontem nawierzchni kolejowej. Na potwierdzenie spełnienia wymagań, zgodnie z pkt 9.1 IDW wykonawcy składali ogólne oświadczenie dotyczące wszystkich kryteriów kwalifikacji poprzez wypełnienie sekcji a w części IV JEDZ (nie było obowiązku wypełnienia pozostałych sekcji w części IV). Zamawiający przed udzieleniem zamówienia, zgodnie z pkt 9.5 IDW, na podstawie art. 26 ust. 1 Ustawy wezwał Konsorcjum Torkol, którego ofertę najwyżej ocenił, do złożenia aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w Jednolitym Dokumencie (pismo z 04.04.2018 r.).

Zgodnie pkt. 9.7 IDW na potwierdzenie spełnienia spornego warunku Konsorcjum Torkol złożyło w dniu 16.04.2018 r. dokumenty, w tym wykaz osób, którymi dysponuje wykonawca i które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia (dysponowanie bezpośrednio). W poz. 2 wykazu wskazał jedną osobę na stanowisko kierownika robót torowych, której doświadczenie opisane zostało inwestycjami dotyczącymi linii kolejowych, przy których pełniła obowiązki na stanowisku kierownika budowy/kierownika robót, obejmujące okres od listopada 2014 r. do listopada 2017 r.

Już po wniesieniu odwołania Zamawiający wystąpił do Wykonawcy o wyjaśnienie dat dziennych, które nie zostały w wykazie wskazane, a co stanowi okoliczność podnoszoną w odwołaniu (wezwanie z 16.05.2018 r.). W odpowiedzi z 22.05.2018 r. Konsorcjum Torkol doprecyzowało daty rozpoczęcia i zakończenia dla inwestycji, do których odnosił się Odwołujący w zarzutach. Wykonawca wskazał daty zawarcia umów oraz daty wynikające z protokołów przekazania placu budowy oraz protokołów zakończenia, które dołączył do wyjaśnień.

Zamawiający oszacował wartość zamówienia na kwotę 42.630.000,00 zł netto (37.349.741,40 euro (wniosek o wszczęcie postępowania), co odpowiada kwocie brutto 52.434.900,00 zł.

W postępowaniu złożonych zostało dziesięć oferty, w których zaoferowano za wykonanie przedmiotu zamówienia ceny brutto: 57.737.388,57 zł (PBS Transkol Sp. z o.o.), 51.348.564,00 zł. (Intop Warszawa Sp. z o.o.), 60.988.068,77 zł. (Przedsiębiorstwo Napraw i

Utrzymania Infrastruktury Kolejowej w Krakowie Sp. z o.o.), 60.191.281,41 zł. (Konsorcjum Rail), 54.785.816,65 zł. (Konsorcjum EI-In), 54.074.732,31 zł. (Konsorcjum ETF), 52.981.706,30 (CTL), 48.412.809,68 zł. (Konsorcjum Torkol), 58.092.900,00 zł. (Konsorcjum TOR), 50.640.453,91 zł. (Konsorcjum ECO-BAZA). Średnia z ofert wyniosła 54.981.605,39 zł.

Załącznikiem do oferty jest dokument Rozbicie Ceny Ofertowej prezentujący wycenę poszczególnych pozycji: opracowanie projektów wykonawczych i dokumentacji powykonawczych (poz. 1.1 – 1.13), roboty budowlano montażowe (poz. 2.1 – roboty torowe i podtorze (2.1.1 – 2.1.12), poz. 2.2 - roboty branży energetycznej (2.2.1 – 2.2.11), poz. 2.3 – roboty branży automatyki i telekomunikacji (poz. 2.3.1 – 2.3.1.9), poz. 2.3.2 – stacja DG Wschodnia (2.3.2.1 – 2.3.2.6), poz. 2.4 – obiekty inżynieryjne (2.4.1 – 2.4.6), poz. 2.5 – budowlę kolejowe (2.5.1 – 2.5.5)), roboty pozostałe (poz. 3.1 – 3.4).

W oparciu o poczynione ustalenia Izba uznała, iż odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Izba miała na uwadze zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, którym są dokumenty stanowiące element dokumentacji postępowania, tj. siwz i oświadczenia Wykonawcy złożone w JEDZ oraz w wykazie dotyczącym osób, którymi Konsorcjum Torkol dysponuje, a które miały potwierdzać spełnienie warunku udziału w postępowaniu.

Odwołujący postawił Zamawiającemu zarzut zaniechania wykluczenia z postępowania Konsorcjum Torkol na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Ustawy, ponieważ oświadczenie dotyczące pracownika mającego pełnić funkcje kierownika robót torowych w zakresie jego doświadczenia miało wprowadzać w błąd, którego konsekwencją było uznanie przez Zamawiającego, iż osoba ta posiada co najmniej trzy letnie doświadczenie na stanowisku kierownika robót/kierownika budowy w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane na robotach związanych z budową, przebudową lub remontem nawierzchni kolejowej. Podstawę zarzutu Odwołujący wywiódł ze sposobu opisu doświadczenia dotyczącego 12 inwestycji, których okresy realizacji określone zostały przez wskazanie miesiąca i roku rozpoczęcia i zakończenia (bez dat dziennych). Odwołujący dokonał analizy terminów inwestycji, która ma wskazywać, iż faktyczny okres w jakim osoba pełniła funkcje miał być krótszy niż 36 miesięcy (3 lata).

Odwołujący do momentu zamknięcia rozprawy nie przedstawił dowodów, które stałyby w opozycji do informacji ujętych w wykazie osób i wskazywałyby, że doświadczenie kierownika robót torowych nie obejmuje minimalnego okresu trzech lat. Izba uwzględniła wyjaśnienia Przystępującego, które złożył Zamawiającemu już po wniesieniu odwołania, jako materiał

pomocniczy, jednak nie rozstrzygający dla postawionego zarzutu. Decydującym pozostawało bowiem ustalenie, czy informacje ujęte w wykazie były nieprawdziwe i czy mogły wprowadzić Zamawiającego w błąd.

Odnosząc się do tak postawionego zarzutu Izba uznała, iż Odwołujący nie wykazał zasadności stanowiska prezentowanego w odwołaniu o rzekomym wprowadzeniu Zamawiającego w błąd poprzez podanie nieprecyzyjnej informacji dotyczącej doświadczenia osoby wskazanej do pełnienia funkcji kierownika robót torowych. Przywołana w odwołaniu argumentacja prawna (w tym szeroko omówione orzecznictwo Izby) nie miała faktycznie odniesienia do okoliczności sprawy, które sprowadzić można do oceny, czy terminy inwestycji wskazane bez dat dziennych mogły wywoływać mylne wyobrażenie u Zamawiającego, co do rzeczywistego doświadczenia osoby mającej pełnić obowiązki kierownika robót torowych. Istotnym pozostawało zatem wykazanie przez Odwołującego, iż datyienne, gdyby zostały wskazane w wykazie osób, prowadziłyby do uznania, iż osoba nie spełnia warunku posiadania trzy letniego doświadczenia na stanowisku kierownika robót/kierownika budowy w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane na robotach związanych z budową, przebudową lub remontem nawierzchni kolejowej.

W sprawie nie budziło zasadniczo sporu ustalenie, że pracownik Torkol pełnił na wskazanych inwestycjach obowiązki kierownika budowy/kierownika robót, których rodzaj odpowiadał wymaganiom stawianym w siwz, jak również to, że posiada uprawnienia budowlane odpowiednie do postawionego warunku udziału w postępowaniu. Jedynie w odniesieniu do inwestycji dotyczącej LCS Skierniewice Odwołujący kwestionował, że Torkol mógł wykonywać roboty jako podwykonawca (nie był zgłoszony), a tym samym, że jego pracownik mógł być kierownikiem robót. Ponadto, co to stanowiło trzon argumentacji Odwołującego, datyienne rozpoczęcia i zakończenia pełnienia funkcji kierownika robót/kierownika budowy miały wskazywać na okres doświadczenia krótszy, niż wynikający z opisu ujętego w wykazie. Odwołujący uznawał, iż o momencie rozpoczęcia/zakończenia wykonywania obowiązków stanowić miały terminy przekazania placu budowy/zakończenia prac, które zostały doprecyzowane w wyjaśnieniach Torkol złożonych po wniesieniu odwołania.

Oddalając odwołanie Izba zasadniczo uznała, iż Odwołujący nie wykazał słuszności wniosków o wprowadzeniu Zamawiającego w błąd, sprowadzając całość wywodów, do stwierdzenia, iż brak dat dziennych w wykazie osób oznaczał próbę ukrycia informacji, które wskazywałyby na krótsze doświadczenie zbliżające się do granicy wymaganych trzech lat. Odwołujący jednocześnie nie prowadził wyводу w kierunku wykazania, iż faktyczne doświadczenie osoby zgłoszonej nie obejmuje okresu trzech lat. Na rozprawie Odwołujący

poszerzył argumentację o analizę wyjaśnień Konsorcjum Torkol z 22.05.2018 r., co również nie pozwalało na przyznanie racji zarzutom podniesionym w odwołaniu.

Ponieważ na Odwołującym spoczywa ciężar wykazania słuszności zarzut, brak właściwej inicjatywy w tym zakresie oznaczał, iż odwołanie nie mogło odnieść skutku. Odwołujący skupił swoją argumentację na wykazaniu konkretnych dat dziennych bez szerszego spojrzenia na przebieg inwestycji, które w części realizowane były równolegle. Tym samym bez znaczenia pozostawało w większości przypadków ustalenie daty dziennej rozpoczęcia/zakończenia wykonywania prac, skoro w ramach innych inwestycji realizowanych jednocześnie pracownik nadal zdobywał wymagane doświadczenie. W toku rozprawy ustalono, iż najstarsza ze wskazanych inwestycji rozpoczęła się 29.10.2014 r. (Elektrownia EDF), a najnowsza (dotycząca prac na przejściu granicznym Terespol-Brześć) zakończyła się 30.11.2017 r. (wg dat protokołów przekazania placu budowy i protokołów końcowych). W okresie wyznaczonym tymi inwestycjami, przekraczającym 3 lata miały wystąpić przerwy w pełnieniu obowiązków, tj. wynosząca dwa miesiące w okresach styczeń i luty 2016 roku, a następnie pierwsza połowa września 2015 roku i druga połowa grudnia 2015 roku.

Analiza wykazu wskazuje jednak na zgola odmienne wnioski. Uwzględniając nawet daty dzienne dla inwestycji dotyczącej LCS Skierniewice, obowiązki kierownika robót obejmowały okres od lipca 2015 r. do maja 2016 r., a zatem również wskazany przez Odwołującego okres rzekomej przerwy w miesiącach styczeń i luty 2016 r. Odwołujący wprawdzie podważał możliwość uwzględnienia doświadczenia dotyczącego tej inwestycji, co jednak nie zostało w żaden sposób wykazane, np. poprzez złożenie dokumentu uzyskanego od inwestora, w którym ten zaprzeczyłby jakoby wskazana z imienia i nazwiska osoba pełniła obowiązki kierownika robót. Ponadto przedłożone przez Przystępującego dokumenty – protokoły przekazania terenu i placu budowy oraz odbioru końcowego robót wskazywały na udział w nich kierownika robót wskazanego z ramienia przedstawiciela Torkol Sp. z o.o. Ponieważ Odwołujący nie przedstawił dowodu przeciwnego, Izba nie miała podstaw do przyjęcia wniosków Odwołującego jako uzasadnionych. Dotyczy to również rzekomej przerwy w pierwszej połowie września 2015 r. i drugiej połowy grudnia 2015 r.

Na marginesie Izba odniosła się również do dalszej argumentacji związanej z uzupełnioną informacją o datach dziennych, które nie zmieniały złożonego w wykazie osób oświadczenia Konsorcjum Torkol. Należało przyznać rację Zamawiającemu, iż terminy opisane protokołami przekazania placu budowy oraz protokołami końcowymi nie były rozstrzygające dla ustalenia okresu pełnienia obowiązków kierownika budowy/kierownika robót. Zakres obowiązków mógł bowiem obejmować czynności przygotowawcze, jakie poprzedzają rozpoczęcie robót. Przyjęcie nawet dat dziennych przekazania placu budowy nie czyniło oświadczenia

Wykonawcy nieprawdziwym, czy też mogącym wywołać mylne wrażenie co do przygotowania zawodowego kierownika robót torowych. Z racji głównego inwestora robót torowych w kraju Zamawiający ma pełen dostęp do informacji o przebiegu inwestycji, co pozwala przyjąć, iż ma wiedzę szerszą, niż wykonawcy uczestniczący w postępowaniu. Nie wyłącza to z automatu możliwości dowodzenia przesłanek do wykluczenia z postępowania, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Ustawy, jednak czyni trudniejszym do wykazania, iż działania wykonawcy prowadzić mogły do wprowadzenia zamawiającego w błąd. Ciężar ten nadal spoczywał na Odwołującym.

W niniejszej sprawie przesądzającym o wyniku rozstrzygnięcia było stwierdzenie, że informacje ujęte w wykazie osób nie były informacjami nieprawdziwymi w takim znaczeniu, że osoba mająca pełnić funkcję kierownika robót torowych nie posiadała co najmniej 3 letniego doświadczenia referującego do wymagań stawianych w siwz. Odwołujący nie podolał ciężarowi dowodowemu sprowadzając całość wywodów do zakwestionowania precyzyjności danych o inwestycjach. Co istotne, Odwołujący nie przedstawił dowodów, które uzasadniałyby stwierdzenie, że daty dzienne zmieniałyby ocenę doświadczenia zawodowego. Ich brak w wykazie złożonym w postępowaniu nie czynił oświadczenia o posiadaniu doświadczenia zawodowego nieprawdziwym, czy też mającym na celu wprowadzenie Zamawiającego w błąd. Analiza Odwołującego zasadniczo miała na celu wykazać, iż brak precyzji oznacza działanie wprowadzające Zamawiającego w błąd, co było daleko idącym wnioskiem. Jak wskazano powyżej Odwołujący powinien był wykazać, iż faktyczne doświadczenie kierownika robót torowych nie obejmowało co najmniej trzech lat, a do takiego wniosku nie skłaniały analizy prezentowane na rozprawie.

W konsekwencji braku wykazania okoliczności mogących wpływać na odmienną ocenę oświadczeń Konsorcjum Torkol o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu Izba oddaliła również zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 Ustawy.

Dalsze zarzuty dotyczące oceny oferty Konsorcjum Torkol dotyczyły dwóch aspektów badania oferty, tj. weryfikacji ceny pod kątem podejrzenia zaoferowania rażąco niskiej ceny oraz jej zgodności z treścią siwz.

Odnosząc się do pierwszej z podstawy zarzutu, tj. naruszenia art. 90 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, Odwołujący zakwestionował brak wezwania Konsorcjum Torkol o wyjaśnienie elementów ceny – jej istotnych części składowych w trybie art. 90 ust. 1 Ustawy. W ocenie Odwołującego, szereg cen jednostkowych, mających istotny charakter i determinujących możliwość poprawnej realizacji zamówienia, jest rażąco niskich. Dotyczy to trzech głównych pozycji RCO (Rozbicie Ceny Ofertowej): dokumentacji projektowej

(837.900,00 zł), obiektów inżynieryjnych (poz. 2.4- 5.987.058,82 zł), robót pozostałych (poz. 3 – 292.000,00 zł). Zastrzeżenia dotyczą również szeregu pozycji szczegółowych (poz. 2.1.5, 2.1.11, 2.1.12, 2.2.4, 2.2.7, 2.3.1.3, 2.3.2.4). Zasadniczo całość argumentacji sprowadzona została do wyliczenia różnic cen jednostkowych do średniej ceny tych pozycji RCO, które Konsorcjum Torkol wyceniło co najmniej o 30% niżej, niż średnia arytmetyczna wycen pozostałych wykonawców.

Według oceny Odwołującego, nawet przy najbardziej korzystnych cenach na rynku, najlepszych umowach z dostawcami oraz doskonałym rozpoznaniu lokalnego rynku budowlanego Konsorcjum Torkol, nie jest w stanie wykonać przedmiotu zamówienia przy zaferowanym poziomie cen. Nie daje zatem gwarancji należytego i rzetelnego wykonania zamówienia.

Odnosząc się do tych wniosków Izba uznała, iż samo wyliczenie różnic procentowych nie mogło być uznane za skuteczne wykazanie zasadności powzięcia przez Zamawiającego podejrzania co do wysokości ceny ofertowej. Ponieważ Odwołujący nie pokusił się nawet o analizę wyliczeń Izba nie miała do czego się odnieść i uznała zarzut za niezasadny. Odwołujący próbował przerzucić ciężar dowodu na stronę przeciwną wskazując, iż to Zamawiający zobowiązany był odnieść się do realiów rynkowych i w tym kontekście ocenić wycenę grup prac wskazanych w odwołaniu. Brak dowodów po swojej stronie tłumaczył tym, iż dla wszczęcia postępowania wyjaśniającego w trybie art. 90 Ustawy nie było konieczne ich przedstawienie. Wystarczającym jest powzięcie przez Zamawiającego wątpliwości co w kontekście zagrożenia prawidłowej realizacji zamówienia było konieczne.

Odnosząc się do tych argumentów należy wskazać, iż Odwołujący nie był zwolniony z obowiązku wykazania zasadności tezy, iż wycena poszczególnych elementów zagrażała prawidłowej realizacji zamówienia. Odwołujący poza gołosłownym stwierdzeniem nie przedstawił nawet poglądowych danych co do kalkulacji kosztów, czy też ceny materiałów. W sprawie istotnym pozostawały zapisy siwz – pkt 13.4 IDW, w którym Zamawiający wskazał na sposób, w jaki będzie oceniał pozycje RCO. Pozycje niewypełnione miały być uznane za włączone do innych pozycji wypełnionego RCO. Powyższe w ocenie Izby przesądzało, iż decydującą z punktu widzenia badania oferty pod kątem rażąco niskiej ceny była wycena całości prac. Elementy na jakie wskazał Odwołujący, w konstrukcji zamówienia „zaprojektuj i wybuduj”, traciły walor porównawczy dla ofert z uwagi na możliwość przyjęcia różnych koncepcji realizacji robót. Stąd Zamawiający w siwz zastrzegł, iż sumaryczna wartość pozycji RCO dotyczących wykonania dokumentacji projektowej pkt 1.1 do pkt 1.12 nie może przekroczyć 7% wartości robót netto za wykonanie całości zamówienia (bez kosztów komunikacji zastępczej) – pkt 13.5 IDW. Wskaźników takich nie ustalił w odniesieniu do pozostałych elementów wyceny.

Oczekiwanie, aby to Zamawiający dokonał badania poszczególnych pozycji stało faktycznie w opozycji do spójnych zapisów siwz, w których Zamawiający przesądził o decydującym znaczeniu ceny za całość prac, mającej stanowić wynagrodzenie ryczałtowe. Natomiast wysokości ceny Konsorcjum Torkol za całość prac nie budziła również u Odwołującego podejrzania, gdyż poziom zaoferowanych cen był zbliżony.

Odnosząc się natomiast do zarzutu niezgodności oferty Konsorcjum Torkol z siwz, jego podstawa związana była z zapisami PFU, w których Zamawiający opisał warunki, na jakich możliwe będzie wykonanie prac, w tym zasady na jakich możliwe jest dokonanie zamknięć torowych. Istotne znaczenie miała w tym zakresie treść uwagi, w której Zamawiający wskazał na oszacowany koszt zastępczej komunikacji autobusowej w roku 2019 (450.000 zł netto). Wykonawcy mieli uwzględnić koszty komunikacji w poz. 3.4 RCO. Odwołujący wywiódł z tego, iż w cenie oferty należało przyjąć wartość oszacowaną przez Zamawiającego. Ponieważ Konsorcjum Torkol wskazało kwotę 250.000 zł, ocenie Odwołującego oznacza to, iż Wykonawca nie uwzględnił pełnego okres pomiędzy 11.03.2019- 11.05.2019, w którym powinien zabezpieczyć koszty komunikacji zastępczej autobusowej.

Odnosząc się do tak opisanego zarzutu Izba uznała, iż ze wskazanych zapisów PFU nie wynika, aby wykonawcy byli zobowiązani do uwzględnienia kosztu oszacowanego przez Zamawiającego. Przede wszystkim wskazany dla linii nr 62 okres, w jakim możliwe będzie zamknięcie torów (11.03.2019-11.05.2019), nie wykluczał przyjęcia przez wykonawcę krótszego czasu mieszczącego się w tym terminie, potrzebnego do wykonania prac. Oznacza to, że wykonawca mógł założyć krótszy czas mieszczący się w tym przedziale. Tak też uczyniło Konsorcjum Torkol, które uwzględniło ramy czasowe wyznaczone w siwz i kierując się doświadczeniem przyjęło, że okres 30 dni będzie wystarczający na wykonanie prac z branży torowej związany z wymianą 3 rozjazdów oraz pracami na obiekcie mostowym. Ponadto, kwestie związane z zamknięciami torowymi wymagać będą zatwierdzenia przez Zamawiającego i stanowić będą element uzgodnień na etapie poprzedzającym rozpoczęcie prac. Na moment złożenia oferty wykonawcy nie byli zobowiązani przedstawiać szczegółowych założeń, a koszty komunikacji zastępczej będą możliwe do ustalenia dopiero po podpisaniu umów z przewoźnikiem.

Powyższe prowadzi do wniosku, iż przyjęcie kosztów zastępczej komunikacji autobusowej na niższym poziomie nie czyniło oferty niezgodnej z siwz. Zamawiający w żadnym miejscu PFU nie rozstrzygnął w sposób jednoznaczny, iż na potrzeby kalkulacji ceny ofertowej wykonawcy powinni przyjąć kwotę oszacowaną, czy też oszacować koszty dla konkretnej ilości dni.

W świetle powyższego odwołanie na podstawie art. 192 ust. 2 Ustawy podlegało oddaleniu.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 4 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). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis wniesiony przez Odwołującego w kwocie 20.000,00 zł. oraz uzasadnione koszty Zamawiającego wykazane rachunkiem złożonym przed zamknięciem rozprawy obejmującym koszty dojazdu pełnomocników.

Przewodniczący: