

Sygn. akt: KIO 1124/11

**WYROK**

**z dnia 14 czerwca 2011 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki**

**Protokolant: Paweł Nowosielski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 czerwca 2011 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 maja 2011 r. przez wykonawcę **TSS GRADE POLSKA sp. z o.o. we Wrocławiu** w postępowaniu prowadzonym przez **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w Warszawie**

przy udziale wykonawcy **Przedsiębiorstwo Napraw Infrastruktury sp. z o.o. w Warszawie**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

**1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert w tym odrzucenie oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Napraw Infrastruktury sp. z o.o. w Warszawie**

**2. kosztami postępowania obciąża PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w Warszawie i:**

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20.000 zł 00 gr** (słownie: dwudziestu tysięcy złotych) uiszczoną przez **TSS GRADE POLSKA sp. z o.o. we Wrocławiu** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w Warszawie** na rzecz **TSS GRADE POLSKA sp. z o.o. we Wrocławiu** kwotę **24.319 zł 55 gr** (słownie: dwudziestu czterech tysięcy trzystu dziewiętnastu złotych pięćdziesięciu pięciu groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 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**

Zamawiający - PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w Warszawie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), którego przedmiotem jest „modernizacja linii kolejowej nr 274 Wrocław - Zgorzelec na odcinku Wrocław - Jelenia Góra - modernizacja nawierzchni kolejowej wraz z robotami towarzyszącymi, tor nr 1 szlak Żarów – Jaworzyna Śląska”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2011/S 51-083328 w dniu 15 marca 2011 r.

W dniu 19 maja 2011 r. zamawiający przesłał za pośrednictwem faksu wykonawcy TSS GRADE POLSKA sp. z o.o. we Wrocławiu zwanemu dalej „odwołującym” zawiadomienie o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Napraw Infrastruktury sp. z o.o. w Warszawie, zwanego dalej „przystępującym”.

Wobec:

- a) czynności zamawiającego polegającej na wyborze oferty przystępującego jako oferty najkorzystniejszej;
- b) zaniechania czynności odrzucenia oferty przystępującego  
odwołujący wniósł w dniu 30 maja 2011 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Skarżonym czynnościom i zaniechaniom zamawiającego odwołujący zarzucił naruszenie:

- a) art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy z dnia z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”,
- b) art. 90 ust. 2 i ust. 3 ustawy Pzp,
- c) art. 90 ust. 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący argumentował, że w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do złożenia wyjaśnień co do elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Przystępujący przedstawił wyjaśnienia, które w ocenie odwołującego się nie mogą zostać uznane jako wyczerpujące wyjaśnienie dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, a tym samym nie mogą dowodzić, iż oferta złożona przez Przedsiębiorstwo Napraw Infrastruktury Spółkę z o.o. w Warszawie nie zawiera rażąco niskiej ceny. Wywodził, że wyjaśnienia te są lakoniczne, a ponadto niespójne i nie można z

nich wywieść okoliczności, które mają wpływ na ostateczną cenę wskazaną w ofercie i jej kalkulację. Zasadne są także wątpliwości, czy przystępujący kalkulując i składając wybraną przez zamawiającego ofertę - brał pod uwagę udzielone przez zamawiającego w toku postępowania odpowiedzi na pytania wykonawców złożone w trybie art. 38 ustawy Pzp. Powoływał się na treść odpowiedzi nr 4 i 7 udzielonych przez Zamawiającego pismem z dnia 04.04.2011 r. i przedstawiając wyliczenia wywodził, że odpowiedzi te nie zostały uwzględnione przez przystępującego przy kalkulacji ceny.

Odwołujący podnosił, że jeśli dostawa materiałów na rzecz przystępującego następować będzie po cenach loco budowa, to jaki wpływ na kalkulację mają wyjaśnienia przystępującego odnoszące się do posiadanych maszyn, składów, powodujących obniżenie kosztów dostaw. Wywodził, że wyjaśnienia przystępującego, iż ceny jednostkowe robót zostały zweryfikowane pod kątem czynników cenotwórczych tj. R.M.S. oraz wielkości wskaźników wzrostu cen są niewiarygodne. Na poparcie swej tezy przedstawił szczegółową kalkulację dotyczącą pozycji 2.1.T.1, 2.1.W.4, 2.1.T.2, 2.1.T.3. W oparciu o przytoczone kalkulacje wywodził, że:

- a) w pozycji 2.1.T.1 na wykonanie budowy toru wraz z warstwą tłucznia przystępujący przeznaczył około 64 tys. zł. co jest kwotą jednoznacznie sugerującą zaniżenie wartości robót,
- b) w pozycji 2.1.W.4 na same materiały należy przeznaczyć kwotę 705 397 zł, podczas gdy w rachunku ilościowym przystępującego w tej pozycji widnieje kwota 400 000 zł, zbyt mała aby pokryć tylko materiały,
- c) w pozycji 2.1.T.2 na robociznę, sprzęt (dźwig, podbijarka, lokomotywa, wagony, koparka) i nie uwzględnione wcześniej prace jak chociażby wykonanie 14 spawów termitowych w kwocie 550 zł za szt. czyli 7700 zł. (cena rynkowa spawu S60 wynosi 600zł) przystępujący zamierza przeznaczyć kwotę 10 702 zł, co wskazuje, iż zakłada on wykonanie robót poniżej kosztów,
- d) w pozycji 2.1.T.3 na robociznę, sprzęt (dźwig, podbijarka, lokomotywa, wagony, koparka) i nie uwzględnione wcześniej prace jak wykonanie 14 spawów termitowych w kwocie 550 zł za szt. czyli 7700 zł. (cena rynkowa spawu S60 wynosi 600zł) przystępujący zamierza przeznaczyć kwotę 11 072 zł co wskazuje, iż zakłada on wykonanie robót poniżej kosztów.

W odwołaniu podnoszono nadto, że Dolnośląskie Przedsiębiorstwo Napraw Infrastruktury Komunikacyjnej „DOLKOM” Sp. z o.o. we Wrocławiu, tj. firma o zbliżonych do przystępującego możliwościach realizacyjnych tzn. posiadająca taki sam sprzęt i wykwalifikowaną kadrę a mająca atuty w odniesieniu do przystępującego jakimi jest

posiadanie własnej bazy logistycznej w odległości 17 km od lokalizacji robót zajęła 3 miejsce z ceną zbliżoną do ceny zaoferowanej przez odwołującego się.

Odwołujący wywodził ponadto, iż zgodnie z pkt 13.1. SIWZ podana w ofercie cena ofertowa (wartość brutto) miała uwzględniać wszystkie wymagania SIWZ oraz obejmować wszelkie koszty bezpośrednie i pośrednie, jakie poniesie wykonawca z tytułu terminowego i prawidłowego wykonania całości przedmiotu zamówienia oraz podatek od towarów i usług

Przywoływał także treść § 3 ust. 2 i ust. 3 wzoru umowy i podnosił, że przy tak określonych w SIWZ zasadach kalkulacji ceny nie sposób przyjąć, iż lakoniczne i ogólne wyjaśnienia złożone przez przystępującego, nie odnoszące się do poszczególnych pozycji kosztów, nie pozwalają na uznanie, iż oferta tego wykonawcy nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Odwołujący podnosił, że największe rozbieżności ceny zaoferowanej przez przystępującego w porównaniu do cen oferowanych przez pozostałych wykonawców mają miejsce w odniesieniu do następujących pozycji:

- a) poz. 2.1. T.1, gdzie: przystępujący wskazuje wartość globalną: 6.778.730,51 zł podczas gdy odwołujący - 7.662.000,00 zł, zaś wykonawca TRANSKOL Sp. z o.o. w Kielcach - 8.341.804,00 zł,
- b) poz. 2.1. W. 4, gdzie: przystępujący wskazał wartość globalną: 400.000 zł podczas gdy odwołujący kwotę 1.612.000,00 zł., Przedsiębiorstwo Budownictwa Specjalistycznego „TRANSKOL” Sp. z o.o. w Kielcach cenę 3787766,80 PLN, Dolnośląskie Przedsiębiorstwo Napraw Infrastruktury Komunikacyjnej „DOLKOM” Sp. z o.o. we Wrocławiu - cenę 3.457.055,75 PLN,

Pozostałe pozycje rozbitcia ceny ofertowej - w szczególności w odniesieniu do działu elektroenergetyka i działu urządzenia SRK nie zawierają już tak dużych rozbieżności. Ceny w odniesieniu do ww. pozycji przystępujący przyjął w oparciu o oferty podwykonawców, którzy złożyli oferty również odwołującemu, na potwierdzenie czego składał oferty podwykonawców. Podnosił zatem, iż na wskazanie przez przystępującego rażąco niskiej ceny w odniesieniu do przedmiotu zamówienia - miało wpływ rażąco zaniżenie cen w odniesieniu do ww. pozycji rozbitcia cenowego oferty.

Odwołujący wywodził również, że nie jest możliwe należyte wykonanie przedmiotu zamówienia z jakimkolwiek zyskiem za cenę wskazaną przez przystępującego, bez narażenia się przez wykonawcę na poniesienie strat. Zwracał uwagę, że w postępowaniu prowadzonym przez PKP Polskie Linie Kolejowe SA. w Warszawie - pod nazwą: „Modernizacja linii kolejowej nr 274 Wrocław -Zgorzelec na odcinku Wrocław - Jelenia Góra - modernizacja nawierzchni kolejowej wraz z robotami towarzyszącymi, tor nr 1 i 2 szlak Świebodzice -Wałbrzych Szczawienko" - nr sprawy: IROZA-216-09/2011 – przystępujący zaoferował cenę 2.205.000,00 PLN, co daje średnią kwotę 371 462 zł/km, podczas, gdy w

postępowaniu, w którym wnoszone jest odwołanie średnia cena zaoferowana przez przystępującego za wykonanie robót podtorzowych wynosi 79 239 zł/km. Warunki realizacji kontraktów są zbliżone, gdyż miejsca robót objętych wskazanym wyżej zamówieniem i zamówieniem, w którym wnoszone jest niniejsze odwołanie - położone są w niewielkiej odległości od siebie, czyli np. transport materiałów jest porównywalny.

Odwołujący wywodził, że przystępujący w swych wyjaśnieniach, nie wskazał okoliczności przywoływanych przykładowo w przepisie art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, ani innych obiektywnych i konkretnych przesłanek, które pozwalałyby przyjąć, iż nie mamy do czynienia z rażąco niską ceną. Podnosił, że nie jest wystarczającym złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, ale wyjaśnień odpowiednio umotywowanych i przekonujących, iż zaproponowana cena nie jest ceną rażąco niską. Odwołujący podnosił, iż wyjaśnienia, zawierające niekonkretne i ogólnikowe stwierdzenia można uznać za niezłożone, gdyż to na wykonawcy spoczywa obowiązek złożenia wyczerpujących wyjaśnień, które pozwoliłyby zamawiającemu na ocenę, czy przedmiotowa cena nie jest ceną rażąco niską. W konsekwencji, oferta wykonawcy który nie złożył wyjaśnień, bądź złożył wyjaśnienia niewystarczające, powinna podlegać odrzuceniu, lecz nie w związku z konstatacją że cena jest rażąco niska, ale na podstawie domniemania, wynikającego ze złożenia niedostatecznych wyjaśnień.

Ponadto, o tym, iż przystępujący kalkuluje cenę rażąco ją zaniżając pośrednio świadczy również odrzucenie oferty złożonej przez tego wykonawcę w postępowaniu przetargowym prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych na linii Kraków - Medyka -granica Państwa na odcinku Tarnów - Dębica w km 80,200 - 111,500 w ramach Projektu „Modernizacja linii kolejowej E30/C-E30, odcinek Kraków - Rzeszów, etap III”.

W oparciu o powyższą argumentację odwołujący wniósł o:

- a) nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty przystępującego,
- b) nakazanie zamawiającemu odrzucenia oferty przystępującego,
- c) nakazanie zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert i wyboru oferty,
- d) nakazanie zamawiającemu dokonania wyboru oferty odwołującego się jako oferty najkorzystniejszej,
- e) orzeczenie o kosztach postępowania odwoławczego.

**Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia SIWZ, ofertę przystępującego, wezwanie zamawiającego do złożenia wyjaśnień co do elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, pismo przystępującego**

**zawierające wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, odwołanie wraz z załącznikami, zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska stron i złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, ustalono i zważono, co następuje:**

W pierwszej kolejności ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Ustalono również, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu danego zamówienia, uprawniający go do złożenia odwołania, a także może ponieść szkodę, w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Ewentualne niezasadne zaniechanie dokonania czynności odrzucenia oferty przystępującego, który złożył ofertę wybraną przez zamawiającego jako najkorzystniejszą, w sytuacji, gdy oferta odwołującego została sklasyfikowana na drugim miejscu i nie została odrzucona, uniemożliwia odwołującemu uzyskanie zamówienia publicznego, a tracąc tę możliwość, może ponieść szkodę.

Wobec powyższego stwierdzono, iż wyczerpana została materialnoprawna przesłanka wniesienia odwołania określona w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Ustalono, że wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia zaofერowali następujące ceny:

- 1) konsorcjum Przedsiębiorstwo Budownictwa Specjalistycznego „TRANSKOL” sp. z o.o. w Kielcach - 27 323 133,65 zł,
- 2) konsorcjum firm: Strabag Sp. z o.o. w Pruszkowie i STRABAG Rail GmbH, Lauda-Konigshofen, Niemcy -23 629 869,95 zł,
- 3) Przedsiębiorstwo Napraw i Utrzymania Infrastruktury Kolejowej w Krakowie - 33 019 694,90 zł,
- 4) odwołujący - 22 130 160,00 zł,
- 5) przystępujący - 19 499 235,19 zł,
- 6) Dolnośląskie Przedsiębiorstwo Napraw Infrastruktury Komunikacyjnej „DOLKOM” sp. z we Wrocławiu - 22 760 356,67 zł.

Ustalono również, że zamawiający po analizie złożonych ofert wezwał przystępującego do złożenia umotywowanych i wyczerpujących wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (pismo zamawiającego do przystępującego z dnia 28 kwietnia 2011r.).

Przystępujący w złożonych wyjaśnieniach z dnia 10 maja 2011r., podał następujące okoliczności mające wpływ na wysokość ceny:

- a) zdobyte doświadczenie pozwala na takie kalkulowanie ceny ofertowej, aby przy wykorzystaniu posiadanego potencjału realizować zamówienia w taki sposób, który spełni wymagania inwestora oraz przynosiłyby zysk dla Wykonawcy,
- b) dokonał analizy materiałów przetargowych, a w szczególności Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia oraz Programu Funkcjonalno-Użytkowego, dokonał wizji lokalnej w terenie porównując zakresy robót do wykonania wg Programu Funkcjonalno – Użytkowego z przewidywanymi warunkami realizacji zamówienia,
- c) posiadanie własnych maszyn wysokowydajnych, środków transportowych (składy zrywkowo - układowe), maszyn budowlanych oraz kompletnego sprzętu mechanicznego niezbędnego do realizacji zadania. Wykorzystanie własnego sprzętu oraz maszyn pozwala PNI Sp. z o.o. na racjonalne ich wykorzystanie, ogranicza przestoje, a poprzez właściwą organizację pracy pozwala na znaczne zmniejszenie kosztów pracy poszczególnych maszyn. Posiadanie własnych składów oraz środków trakcyjnych pozwala na znaczne obniżenie kosztów dostaw podkładów strunobetonowych w relacji producent -teren budowy,
- d) ceny materiałów ujęte w złożonej ofercie - załącznik nr 1A do formularza ofertowego - oparty zostały o ceny dostawców (loco budowa),
- e) ceny jednostkowe robót zostały zweryfikowane pod kątem czynników cenotwórczych tj. R.M.S. oraz wielkości wskaźników wzrostu cen.

Skład orzekający Izby w niniejszej sprawie podziela prezentowany w orzecznictwie pogląd, że brak jest definicji legalnej ceny rażąco niskiej. Pojęcie rażąco niskiej ceny jest subiektywne i nie można ustalić ustawowo określonego procentowego poziomu, na podstawie którego można uznać automatycznie, kiedy mamy do czynienia z rażąco niską ceną. W orzecznictwie przyjmuje się natomiast, że za ofertę z rażąco niską ceną należy uznać ofertę, której cena jest nierealna w relacji do cen rynkowych podobnych zamówień, co oznacza, że odbiega ona od cen przyjętych, wskazując na fakt wykonania zamówienia poniżej kosztów wytworzenia. Podzielono stanowisko wyrażone w wyroku SO w Katowicach z dnia 30 stycznia 2007 r. sygn. akt XIX Ga 3/07, iż o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne, oraz że rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych. *Przykładem może być oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia albo oferowanie usług za symboliczną kwotę*". Stanowisko takie podzielane było również w orzecznictwie Izby „*Za ofertę z rażąco niską ceną należy uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w*

*porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień, tj. cenę wskazującą na fakt wykonania zamówienia poniżej kosztów wytworzenia przedmiotu zamówienia i jego wartości. Nie oznacza to jednak, że każda oferta z ceną niższą od wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o podatek VAT zawiera rażąco niską cenę.” (por. wyrok KIO z 10 czerwca 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 684/09).*

Izba podziela pogląd, że oceny przesłanek zaofiarowania rażąco niskiej ceny należy dokonywać w konkretnym przypadku, uwzględniając specyfikę danego przedmiotu zamówienia. Tym samym Izba podziela wyrażane wcześniej w orzecznictwie KIO stanowisko, iż *Dla uznania, że cena jest rażąco niska, nie jest wystarczające matematyczne określenie, że cena odbiega o określoną wartość (np. 20 %, 30 %, czy 60 %) od ceny innego wykonawcy, składającego ofertę w postępowaniu. Dla uznania, że cena jest rażąco niską konieczne jest wykazanie, że przy określonym przedmiocie zamówienia nie jest możliwe wykonanie zamówienia za oferowaną cenę, bez ryzyka ponoszenia strat przez wykonawcę.”.* (Wyrok z dnia 13.01.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 1492/08).

Brak uregulowania ustawowych definicji rażąco niskiej ceny, brak analogicznej definicji w dyrektywach jednoznacznie wskazuje na indywidualność tego zagadnienia. Każdy przypadek, ze względu na przedmiot zamówienia, sposób jego realizacji oraz wartość zamówienia należy rozpatrywać indywidualnie (tak też: postanowienie Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 17.01.2006 r., sygn. akt II Ca 2194/05).

Jednocześnie, zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający, w celu ustalenia czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia zwraca się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Ustawa określa również sposób dokonywania oceny wyjaśnień wskazując, że oceniając je zamawiający powinien brać pod uwagę czynniki o charakterze obiektywnym, wymieniając przykładowo takie czynniki jak: oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy, oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów (art. 90 ust. 2 ustawy Pzp). Norma prawna wynikająca z art. 90 ust. 2 Pzp skierowana jest do zamawiającego. Wykonawcy nie muszą w swoich wyjaśnieniach wymieniać wprost czynników, o których mowa w przywołanym przepisie. Wykonawcy wolno opisać dowolne przyczyny uzasadniające rzetelną kalkulację ceny ofertowej, jednak pod warunkiem, że mają one charakter obiektywny, dający się zweryfikować.

Zgodnie zaś z przepisem art. 90 ust. 3 ustawy Pzp zamawiający ma obowiązek odrzucić ofertę wykonawcy, który nie złożył żądanych wyjaśnień. Taką samą decyzję zobowiązany jest podjąć zamawiający, jeżeli w wyniku przeprowadzonej oceny złożonych



przez wykonawcę wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami stwierdzi, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia (art. 90 ust. 3 ustawy Pzp).

Przedstawione przez wezwanego wykonawcę wyjaśnienia podlegają – w myśl art. 90 ust. 2 ustawy Pzp - ocenie zamawiającego, stanowią przedmiot analizy zmierzającej do ustalenia, czy cena została skalkulowana poprawnie, czy też nosi ona znamiona rażąco niskiej. Z tego względu *dla zakwalifikowania oferty do dalszego postępowania nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień, które będą odpowiednio umotywowane, przekonujące, że zaproponowana oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej* (tak też: wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 5 stycznia 2007r., sygn. akt V Ca 2214/06). Ponadto podzielono wyrażane w orzecznictwie stanowisko, iż wyjaśnienia, zawierające niekonkretne i ogólnikowe stwierdzenia, należy uznać za niezłożone (tak: wyrok KIO z dnia 26 listopada 2010r. sygn. akt: KIO/2498/10).

Przenosząc powyższe rozważania na grunt analizowanego stanu faktycznego, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że opisanych wyżej warunków nie spełniają wyjaśnienia, które złożone zostały przez przystępującego w niniejszym postępowaniu. Analizując złożone przez przystępującego wyjaśnienia stwierdzono, iż są one lakoniczne, ogólne, uniemożliwiające ustalenie jakie okoliczności wykonawca brał pod uwagę szacując i jak wpłynęły one na cenę. W efekcie nie można ustalić w oparciu o te wyjaśnienia, czy cenę oferty skalkulowano w sposób rynkowy i zgodny z zasadami uczciwej konkurencji, co należało ocenić jako niezłożenie żądanych przez zamawiającego wyjaśnień.

Izba wzięła pod uwagę, że posiadanie przez przystępującego niezbędnego doświadczenia w realizacji analogicznych kontraktów, posiadanie doświadczonej kadry, na które powoływał się w wyjaśnieniach, nie oznacza jeszcze, że prawidłowo skalkulowano cenę oferty. Na czynniki takie jak stopień zorganizowania i zasoby niezbędne do wykonania zamówienia może powołać się każdy ubiegający się o zamówienie wykonawca. Podzielono w tym zakresie stanowisko SO we Wrocławiu, który stwierdził, że *dysponowanie kadrą wykwalifikowanych pracowników etatowych oraz doświadczenie związane z bieżącym wykonywaniem kontraktów podobnych, nie stanowią w ocenie Sądu Okręgowego obiektywnych czynników, które z logicznego punktu widzenia mogły mieć istotny wpływ na obniżenie wysokości ceny oferty. Racjonalnie rzecz biorąc wymienione czynniki powinny uwzględnione w ofercie każdego wykonawcy przystępującego do tego rodzaju przetargu. Trudno bowiem wyobrazić sobie, aby tak duże i kosztowne przedsięwzięcie jakim jest przedmiotowe zamówienie, w dzisiejszych warunkach było realizowane bez dysponowania odpowiednim zapleczem techniczno-organizacyjnym i logistycznym* (Wyrok SO we Wrocławiu z dnia 08.11.2007 r., sygn. akt: X Ga 294/06).

Również sama okoliczność przeprowadzenia analizy materiałów przetargowych i ich zweryfikowania poprzez dokonanie wizji lokalnej bez wskazania stopnia wpływu tej czynności na zaoferowaną cenę nie oznaczała jeszcze, że cenę oferty skalkulowano prawidłowo. Przystępujący nie wskazał, w jakim stopniu dokonana wizja lokalna przełożyła się przykładowo na przyjęcie mniejszego zakresu robót niż założono w SIWZ, czy na zastosowanie mniej kosztownych technologii. Brak wskazania ww. okoliczności nie pozwalał na zbadanie ewentualnego wpływu tego czynnika na zaoferowaną cenę. Ponadto na okoliczność przeprowadzenia wizji lokalnej powoływał się także odwołujący, co do którego nie było kwestionowane, iż w ostatnim czasie wykonał roboty budowlane na torze sąsiadującym z terenem robót, więc mógł on w nawet precyzyjniejszy sposób porównać zakres robót do wykonania wg Programu Funkcjonalno – Użytkowego z warunkami realizacji zamówienia, a jednak nie był w stanie zaoferować tak konkurencyjnej jak przystępujący ceny.

Ponadto niektóre zasygnalizowane przez przystępującego w wyjaśnieniach okoliczności były niespójne. Z jednej strony wykonawca ten powoływał się na obniżenie kosztów dostaw materiałów wynikające z posiadania własnej bazy, zaś z drugiej strony podnosił, że ceny materiałów podane w rozbiściu cenowym są cenami loco budowa, czyli cenami materiałów bezpośrednio dostarczonych na teren robót. Nie wskazano również stopnia wpływu ww. okoliczności na zaoferowaną cenę. W ocenie Izby o niewielkim oddziaływaniu omawianych czynników na cenę mogła świadczyć okoliczność, iż wykonawca Dolnośląskie Przedsiębiorstwo Napraw Infrastruktury Komunikacyjnej „DOLKOM” sp. z o.o. we Wrocławiu, tj. firma mająca przewagę w odniesieniu do przystępującego w postaci posiadania własnej bazy logistycznej w odległości 17 km od lokalizacji robót bazy, (podczas gdy bazy przystępującego położone są pod Katowicami) nie była w stanie zaoferować tak konkurencyjnej ceny.

W świetle powyższego podzielono stanowisko odwołującego przedstawione w odwołaniu dotyczące niezłożenia przez przystępującego wymaganych wyjaśnień. Za takim wnioskiem przemawiały lakoniczne, ogólne formuły wyjaśnienia, odwołujące się do nieskonkretyzowanych okoliczności a także fakt, że nie sposób na podstawie tak dokonanych wyjaśnień wywieść, w jaki sposób zasygnalizowane przez przystępującego w wyjaśnieniach okoliczności przekładają się na cenę zaoferowaną w postępowaniu. Powyższe świadczy o niezłożeniu przez przystępującego wymaganych przez zamawiającego wyjaśnień i obliguje zamawiającego do odrzucenia oferty na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Odwołujący w odwołaniu podnosił ponadto, przedstawiając szczegółową kalkulację kilku pozycji rozbiścia ceny, że ceny jednostkowe robót zaoferowane przez przystępującego

nie zostały zweryfikowane pod kątem czynników cenotwórczych tj. R.M.S. oraz wielkości wskaźników wzrostu cen, że są nierealistyczne i świadczą o zamiarze realizacji robót poniżej kosztów.

Zamawiający generalnie nie kwestionował wyliczeń odwołującego przedstawionych w odwołaniu dla pozycji 2.1.T.1, 2.1.W.4, 2.1.T.2 2.1.T.3 rozbitcia cenowego. Zarzucał tym wyliczeniom, iż nie została w nich ujęta okoliczność, iż zamawiający w rachunku ilościowym narzucił wykonawcom konieczność istnienia rezerwy cenowej na poziomie około 1 961 800,00 zł. Z powyższego wywodził, że nawet jeśli przystępujący nie założył zysku to pozostaje jeszcze kwota w/w rezerwy, która może być przeznaczona na zysk. Podnosił, że wykonawca ma możliwość pokrycia ewentualnego błędu w szacowaniu ceny z kwoty owej rezerwy.

Izba stwierdziła jednakże, że wynagrodzenie należne wykonawcy, a opisane w §3 wzoru umowy nosiło cechy wynagrodzenia kosztorysowego z ograniczeniem maksymalnej wysokości do ceny ofertowej. Świadczyło o tym postanowienie § 3 ust. 9 wzoru umowy, zgodnie z którym wykonawca otrzyma wynagrodzenie na rzeczywiście wykonane ilości robót, z ograniczeniem do maksymalnej wartości wynagrodzenia określonej w § 3 ust. 1.

Biorąc pod uwagę ww. postanowienia, w ocenie Izby, kwota rezerwowa, którą należało ująć w rozbitciu cenowym nie będzie mogła być przeznaczona na zysk wykonawcy, gdyż w świetle § 3 ust. 9 wzoru umowy będzie mogła być uruchomiona dopiero w razie rzeczywistego wykonania większej niż zakładano ilości robót. Zamawiający nie wskazał postanowienia SIWZ z którego wynikałoby, iż kwota rezerwy będzie należała się wykonawcy niezależnie od zakresu wykonanych przez niego robót.

W tej sytuacji, istotne znaczenie należało przypisać właściwemu oszacowaniu cen jednostkowych pozycji wymienionych w rozbitciu cenowym. W przypadku niedoszacowania cen jednostkowych pozycji w rozbitciu cenowym, niedobory te nie będą mogły być pokryte z kwoty rezerwy. Ponadto, w sytuacji gdy ilości robót w danych pozycjach są jedynie szacunkowe to nie można z góry założyć, że ewentualne niedoszacowanie niektórych pozycji zostanie pokryte przez zysk z innych pozycji. Może się bowiem okazać, że pozycje rentowne wystąpią w mniejszej ilości niż szacowano. Jak się wydaje założenie takie przyświecało również zamawiającemu, skoro w postanowieniach § 3 ust. 3 wzoru umowy starał się zapobiec on niedoszacowaniu poszczególnych pozycji rozbitcia cenowego, przypisując duże znaczenie właściwej kalkulacji cen w poszczególnych pozycjach tego rozbitcia.

Stosownie bowiem do treści § 3 ust. 3 wzoru umowy, wartość globalna każdej pozycji w wypełnionym rozbitciu ceny ofertowej obejmować miała pełen zakres robót opisanych w danej pozycji, łącznie ze wszystkimi kosztami, które są niezbędne do poniesienia dla wykonania opisanych prac wraz ze wszystkimi tymczasowymi robotami i instalacjami, które

są konieczne do wykonania w ramach tej pozycji. Wartość globalna, a więc w efekcie wartość danej pozycji i cena umowna, obejmować miała wszystkie koszty, w szczególności opracowanie dokumentacji projektowej, robociznę, pracę sprzętu, materiał, koszty zakupu, transport zewnętrzny, koszty jednorazowe, dodatki za utrudnienie, obsługę geodezyjną geotechniczną, geologiczną opracowanie dokumentacji powykonawczej, wykonanie geodezyjnej inwentaryzacji powykonawczej, koszty ogólne budowy i zarządu, ryzyko, opłaty celne, podatki, zysk, koszty doprowadzenia i dostawy mediów na teren budowy, koszty zawarcia umów przyłączeniowych w tym dla zwiększenia mocy przyłączeniowej, odszkodowania za szkody powstałe w trakcie realizacji robót, dopuszczenie do pracy w tym: wyłączenia sieci trakcyjnej, zamknięcia torowe, wytyczenie urządzeń podziemnych przez spółki PKP SA. a także wykonanie przekopów kontrolnych lub inne koszty związane z realizacją tego zadania (np. nadzór pracowników służb kolejowych).

Wyliczeniom odwołującego w pozycji 2.1.W.4 zamawiający zarzucił, że niezasadnie przyjął on do wyliczeń konieczność wymiany podtorza na odcinku 5048 m podczas gdy zgodnie z odpowiedzią nr 4 z dnia 4 kwietnia 2011 r., na tym odcinku należało przewidzieć wzmocnienie, które nie musi polegać na wymianie. Nie podzielono ww. stanowiska, albowiem skoro przystępujący w swych wyjaśnieniach nie wskazał, że po przeprowadzeniu wizji lokalnej przewidział w tej pozycji wymianę podtorza na mniejszej długości niż 5048 m, to oceniając wyjaśnienia zamawiający powinien założyć, że przystępujący kalkulował wymianę podtorza na całym odcinku. Biorąc pod uwagę, iż w poza ww. okolicznością zamawiający nie kwestionował wyliczeń odwołującego dla tej pozycji, Izba stwierdziła, że cena zaoferowana przez przystępującego (400.000 zł) nie obejmowała nawet kosztów materiałów (705.397 zł). Ponadto na fakt zaoferowania ceny rażąco niskiej w tej pozycji wskazywało to, że w postępowaniu prowadzonym przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w Warszawie - pod nazwą: „Modernizacja linii kolejowej nr 274 Wrocław - Zgorzelec na odcinku Wrocław - Jelenia Góra - modernizacja nawierzchni kolejowej wraz z robotami towarzyszącymi, tor nr 1 i 2 szlak Świebodzice -Wałbrzych Szczawienko" – przystępujący za wykonanie robót podtorzowych (obejmujących prace na odcinku - łącznie w dwóch etapach realizacji zamówienia - 5,936 km) zaoferował cenę 2.205.000,00 zł, co daje średnią kwotę 371 462 zł/km (załącznik nr 15, 16, 17 do odwołania), podczas, gdy średnia cena zaoferowana przez przystępującego w analizowanej sprawie za wykonanie robót podtorzowych wynosi 79 239 zł/km (400.000 zł / 5,048 km).

W odniesieniu do pozostałych kwestionowanych przez odwołującego pozycji rozbitcia ceny tj. 2.1.T.1, 2.1.T.2, 2.1.T.3 zamawiający zarzucał wyliczeniom odwołującego, że przyjął on zysk w wysokości 20% od R S. W pozostałym zakresie wyliczenia te nie były

kwestionowane. Odwołujący w swej kalkulacji od kwoty przewidzianej przez przystępującego w rozbiu cenowym odliczał kwotę potrzebną na materiały konieczne do wykonania robót w danej pozycji rozbiu cenowego, następnie korygował ją o zysk, koszty pośrednie i podnosił, że pozostała, minimalna kwota jest rażąco niska, biorąc pod uwagę robociznę, sprzęt i nie uwzględnione wcześniej, a konieczne do wykonania w danej pozycji, prace. Odwołujący podnosił, że brał pod uwagę składniki cenotwórcze przedstawione w ofercie przystępującego i że wbrew wyjaśnieniom przystępującego, nie znajdują one żadnego odzwierciedlenia w cenach jednostkowych w tych pozycjach. Na rozprawie wywodził, że nawet gdyby przedstawione wyliczenia skorygować o kwotę zysku, to i tak, po odjęciu cen materiałów, w ww. pozycjach na robociznę, sprzęt i nie uwzględnione wcześniej prace pozostanie kwota wskazująca na zaoferowanie rażąco niskiej ceny, która nie gwarantuje osiągnięcia żadnego zysku. Zamawiający nie zaprzeczył temu twierdzeniu.

Izba wzięła pod uwagę łączną wartość robót torowych i robót podtorowych, jako robót ściśle ze sobą związanych, stanowiących łącznie ok. 65 % wartości całego kontraktu. Wzięto nadto pod uwagę, że pozostałe pozycje rozbiu ceny ofertowej - w szczególności w odniesieniu do działu elektroenergetyka i działu urządzenia SRK zostały przyjęte przez przystępującego prawdopodobnie w oparciu o oferty podwykonawców, którzy złożyli oferty również odwołującemu, na co wskazywało zestawienie cen w rozbiu cenowym przystępującego i zestawienie cen zaoferowanych przez podwykonawców odwołującemu (załączniki nr 13 i 14 do odwołania), które okazały się identyczne.

Izba ustaliła, że wartość robót torowych i podtorowych w ofercie przystępującego wynosiła ok. 10.340.410 zł, w ofercie odwołującego – ok. 12 518 200, w ofercie wykonawcy Transkol – ok. 16.529.471 zł, w ofercie Dolkom – ok. 13 095 800 zł, co może wskazywać na zaoferowanie przez przystępującego wykonania robót poniżej kosztów i bez zakładanego zysku, tym bardziej że wyliczenia odwołującego, oparte na składnikach cenotwórczych przyjętych w ofercie przystępującego prowadziły do wyniku, który czynił niemożliwym pokrycie kosztów robocizny, sprzętu i nie uwzględnionych wcześniej, a koniecznych do wykonania w danej pozycji, prac. Powyższe oznaczało, że wyjaśnienia przystępującego również w omawianym zakresie okazały się nieprzekonujące.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględni odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co ze wskazanych wyżej względów miało miejsce w niniejszej sprawie.

Biorąc powyższe pod uwagę, na podstawie art. 192 ust. 1 i art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. Nr 41 poz. 238).

Izba uwzględniła jako uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w wysokości 3600,00 zł i koszty dojazdu na rozprawę w wysokości 719,55 zł na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy, stosownie do brzmienia § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. a i b przywoływanego rozporządzenia.

**Przewodniczący:** .....