Sygn. akt: KIO 1899/21

WYROK
z dnia 27 lipca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Emilia Garbala
Anna Chudzik
Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 lipca 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 czerwca 2021 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **SAFEROAD GRAWIL sp. z o.o., ul. Komunalna 7, 87-800 Włocławek**oraz **Saferoad Kabex sp. z o.o., ul. Betoniarzy 32, 80-298 Gdańsk,**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie działającego przez Oddział Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostradw Gdańsku, ul. Subisława 5, 80-354 Gdańsk,**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **„AJW WARDEX'sp. z o.o., Słupno, ul. Żeromskiego 112, 05-250 Radzymin** oraz **Autostrada Mazowiecka sp. z o.o., ul. Flisaków 5/8, 03-043 Warszawa,** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1.**oddala odwołanie,**

2.kosztami postępowania obciąża odwołującego: konsorcjum SAFEROAD GRAWIL sp. z o.o., ul. Komunalna 7, 87-800 Włocławek oraz Saferoad Kabex sp. z o.o., ul. Betoniarzy 32, 80-298 Gdańsk, i:

2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania,

2.2.zasądza od odwołującego: konsorcjum SAFEROAD GRAWIL sp. z o.o., ul. Komunalna 7, 87-800 Włocławek oraz Saferoad Kabex sp. z o.o., ul. Betoniarzy 32, 80-298 Gdańsk, na rzecz zamawiającego: Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie działającego przez Oddział Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad w Gdańsku, ul. Subisława 5, 80-354 Gdańsk, kwotę 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:……
…….
……...

Sygn. akt KIO 1899/21
UZASADNIENIE

Zamawiający – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie działający przez Oddział Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad w Gdańsku, ul. Subisława 5, 80-354 Gdańsk,prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Całoroczne utrzymanie dróg krajowych zarządzanych przez Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Gdańsku z podziałem na 4 części", numer referencyjny: O.GD.Z-1.2413.01.2021. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 12.02.2021 r., nr 2021/S 030-073608. Niniejsze postępowanie odwoławcze dotyczy części nr 1 przedmiotu zamówienia.

Pismem z dnia 18.06.2021 r. zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: „AJW WARDEX" sp. z o.o. oraz Autostrada Mazowiecka sp. z o.o.

W dniu 28.06.2021 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołaniewykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: SAFEROAD GRAWIL sp. z o.oul. Komunalna 7, 87-800 Włocławek oraz Saferoad Kabex sp. z o.o., ul. Betoniarzy 32, 80-298 Gdańsk (dalej: „odwołujący"), w którym odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1)art. 224 ust. 1 w zw. z art. 16 i art. 239 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.), zwanej dalej: „ustawą Pzp", poprzez zaniechanie wezwania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia „AJW Wardex" sp. z o.o. i Autostrada Mazowiecka sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny, pomimo iż istotne części składowe ceny wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i/lub budzą istotne wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w SWZ lub wynikającymi z odrębnych przepisów, co w niniejszym stanie faktycznym stanowi wybór oferty najkorzystniejszej z naruszeniem przepisów ustawy Pzp,

2)art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2020 r. poz. 1913), zwanej dalej: „uznk", poprzez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum „AJW Wardex" sp. z o.o. i Autostrada Mazowiecka sp. z o.o., pomimo iż oferta ta została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu uznk.

W szczególności odwołujący wskazał, co następuje.

„2. Cena oferty Wykonawcy Wardex wynosi 64.186.601,42 zł – co stanowi 71,13% szacunkowej wartości zamówienia brutto. Tymczasem Zamawiający nie wezwał Konsorcjum Wardex o wyjaśnienia w zakresie ceny. Należy zatem przyjąć, że Zamawiający nie dokonał rzeczywistej analizy cen ofert, zwłaszcza cen za poszczególne elementy przedmiotu zamówienia, a ograniczył się jedynie do ustalenia progu zgodnie z art. 224 ust. 2 Ustawy PZP i porównania ofert do tego progu. 70 % szacunkowej wartości zamówienia wynosi 63.159.948,43 zł. A zatem Konsorcjum Wardex zaoferowało cenę zaledwie o 1 mln zł wyższą. Zdaniem odwołującego tak niewielka różnica do ustawowego progu, gdy powstaje obowiązek wezwania do wyjaśnień, wynosząca trochę ponad 1% - powinna skutkować zastosowaniem przez Zamawiającego normy art. 224 ust. 1 Ustawy PZP. (…)

4. W tabeli poniżej wskazano te elementy składowe ceny oferty Konsorcjum Wardex, które są zarówno rażąco niskie, jak i budzą istotne wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w SWZ:

Grupa Główna	Opis pozycji	Jednostka		AJW Wardex sp. z o.o. Słupno	
				Cena jedn.	Cena za element
GRUPA PRAC NR 1 - Nawierzchnia	Remont nawierzchni asfaltem lanym przy głębokości wyboju do 4 cm		400,000	80,00	32 000,00
GRUPA PRAC NR 1 - Nawierzchnia	Remont nawierzchni asfaltem lanym - za każdy dalszy 1 cm różnicy		800,000	20,00	16 000,00
GRUPA PRAC NR 1 - Nawierzchnia	Remont cząstkowy nawierzchni bitumicznej z użyciem recyklera o głębokości do 5 cm		600,000	80,00	48 000,00
GRUPA PRAC NR 1 - Nawierzchnia	Wykonanie warstwy bitumicznej z betonu asfaltowego o grubości 4 cm		1140,000	38,00	43 320,00
GRUPA PRAC NR 2 Pobocza i pasy rozdziału	Remont nawierzchni (poboczy) z mieszanki niezwiązanej o grubości warstwy do 10 cm		7200,000	20,00	144.000,00
GRUPA PRAC NR 2 - Pobocza i pasy rozdziału	Remont nawierzchni (poboczy) z mieszanki niezwiązanej - za każdy dalszy 1 cm różnicy		7200,000	2,00	14 400,00
GRUPA PRAC NR 3 Korpus drogi	Mechaniczne wykonanie wykopu / nasypu w gruncie z odwozem urobku		572,000	38,00	21 736,00
GRUPA PRAC NR 4 - Odwodnienie	Odmulenie rowów na średnia głębokość 20 cm wraz z odwiezieniem urobku na składowisko	mb	4000,000	6,50	26 000,00
GRUPA PRAC NR 4 - Odwodnienie	Odmulanie rowów drogowych umocnionych elementami betonowymi, średnia głębokość odmulenia 25 cm	mb	800,000	13,00	10 400,00
GRUPA PRAC NR 4 - Odwodnienie	Wymiana / wykonanie umocnienia skarp prefabrykatami betonowymi		480,000	80,00	38 400,00
GRUPA PRAC NR 4 - Odwodnienie	Wymiana / wykonanie ścieku terenowego i skarpowego	mb	460,000	90,00	41 400,00
GRUPA PRAC NR 5 - Chodniki, ścieżki rowerowe	Przełożenie nawierzchni chodnika wraz z uzupełnieniem podbudowy do 8 cm		800,000	45,00	36 000,00
GRUPA PRAC NR 6 - Oznakowanie	Wymiana / zamontowanie słupków oznakowania pionowego o średnicy do 60 mm	szt	200,000	115,00	23 000,00
GRUPA PRAC NR 6 - Oznakowanie	Wymiana / zamontowanie słupków i podpór oznakowania pionowego o średnicy do 60 mm	szt	200,000	115,00	23 000,00

GRUPA PRAC NR 6 - Oznakowanie	Wymiana / zamontowanie słupków i podpór oznakowania pionowego o średnicy powyżej 61 mm	szt	200,000	135,00	27 000,00
GRUPA PRAC NR 6 - Oznakowanie	Wymiana / zamontowanie słupków przeszkodowych (typu U-5a) ze znakiem C-9 (komplet: pylon, słupek i tarcza)	szt	304,000	330,00	100.320,00
GRUPA PRAC NR 6 - Oznakowanie	Wymiana / zamontowanie konstrukcji wsporczych stalowych pod tablice	Mg	4,000	7 500,00	30 000,00
GRUPA PRAC NR 6 - Oznakowanie	Wymiana / zamontowanie konstrukcji wsporczych aluminiowych pod tablice	Mg	4,000	14 000,00	56 000,00
GRUPA PRAC NR 8 Estetyka	Malowanie balustrad, wygrodzeń, poręczy rurowych, poręczy łańcuchowych, poręczy schodów skarpowych	mb	29.280,000	14,00	409.920,00
GRUPA PRAC NR 8 Estetyka	Odmłodzenie drzew polegające na wycięciu suchych, uszkodzonych i złamanych konarów i gałęzi wraz z podkrzesaniem (podcięciem) i kształtowaniem koron drzew z wywozem i uporządkowaniem terenu	szt	6276,000	80,00	502.080,00

5. W załączniku do odwołania - Załącznik nr 4 „Porównanie cen za wybrane elementy przedmiotu zamówienia" przedstawiono porównanie cen za w/w elementy do cen ze wszystkich ofert oraz do średniej ceny obliczonej na podstawie wszystkich złożonych ofert (ze względu na objętość tabela zawarta w Załączniku nr 4). Porównanie to wskazuje, że we wszystkich w/w elementach cena oferty Konsorcjum Wardex zawiera ceny rażąco odbiegające od cen pozostałych wykonawców, co wskazuje wprost — że nie jest to cena rynkowa. Ceny z oferty Konsorcjum Wardex stanowią odpowiednio od 50 % do 80% średniej ceny ofert.

Warto wskazać, że w 12 przypadkach cena oferty Konsorcjum Wardex jest niższa nawet od cen z oferty Zaberd, która to oferta została odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy PZP. Takie rozbieżności powinny skutkować tym, że Zamawiający powinien dokonać rzeczowej i realnej oceny oferty. Nie jest bowiem możliwe, aby takie rozbieżności nie spowodowały po stronie Zamawiającego wątpliwości co do tego, czy możliwe jest wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami, czy cena daje rękojmię należytego wykonania zamówienia.

6. (…) Mając na uwadze zasady postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający, chcąc dochować zasady równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości i proporcjonalności — powinien wystąpić do Konsorcjum Wardex o wyjaśnienie tak dużych rozbieżności w cenach za poszczególne elementy, w szczególności zaś — powinien wezwać Konsorcjum Wardex do wykazania, że cena za wszystkie w/w elementy przedmiotu zamówienia zawiera wszystkie koszty, że np. nie doszło do przesunięcia części kosztów do innych pozycji lub w ogóle do pominięcia niektórych kosztów. (…)

8. Kolejnym elementem, który budzi poważne wątpliwości jest cena oferty za Grupę Prac 10b —Zimowe utrzymanie dróg. (…)

9. Zamawiający wymagał wyceny tej usługi dla wskazanych w SWZ odcinków dróg. Odcinki te mają różną długość — od 0,372 km do 44,28 km. Zakres usług jest taki sam w każdym przypadku. Zatem racjonalnie można by było przyjąć, że cena za poszczególne odcinki stanowić będzie iloczyn wyceny danej usługi dla 1 km oraz długości danego odcinka. Tak też wycenili tę usługę wszyscy pozostali wykonawcy — Odwołujący przedkłada w załączeniu (załącznik nr 5) tabele zawierające analizę w tym zakresie, z których wynika, że wszyscy wykonawcy zaoferowali tę samą cenę za 1 km danej usługi. Jedynie Konsorcjum Wardex wycenił tę usługę inaczej, jak w poniższej tabeli: (…)

Jak wynika z powyższego — ta sama usługa jest wyceniana przez Konsorcjum Wardex zupełnie inaczej w zależności od tego, którego odcinka dotyczy. I tak np. 1 km świadczenia usługi „Odśnieżanie wraz z usuwaniem śliskości" został wyceniony od 64,60 zł aż do 2.150,54 zł. Oznacza to, że ta sama usługa według Konsorcjum Wardex czasami jest aż 33 razy droższa, w zależności od odcinka. Tego typu rozbieżności zachodzą w stosunku do każdego z typów usługi. Podkreślić należy — na co wskazywano już powyżej — że dana cena jednostkowa musi zawierać wszystkie koszty (…)

10. Powyższe także uzasadnia żądanie odwołania — konieczne jest wyjaśnienie, w jaki sposób Konsorcjum Wardex ujęło wszystkie koszty danej pozycji w przypadku pozycji wycenionych najniżej. Należy wskazać, że cena za wykonanie 1 km takiej usługi składa się przede wszystkim z kosztów zmiennych, koniecznych do poniesienia wyłącznie dla wykonania danej usługi — tj. czasu pracy ludzi, paliwa do sprzętu, soli czy piasku. (…)

13. (…) Konsorcjum Wardex w Grupie prac nr 10b — Zimowe utrzymanie dróg zaoferowało stawki bardzo zróżnicowane, przy czym stawki nie dość, że zostały określone w oderwaniu od rzeczywistych kosztów, to wręcz wskazują, że zostały zawyżone stawki za usługi niskokosztowe (Gotowość do ZUL) a zaniżone stawki za usługi, które generują rzeczywiste koszty:

Lp	Nr		Odcinek charakterystyczny	Długość odcinka w km	stand ard ZUD				
						Gotowość do ZUD	Zapobieganie śliskości	Usuwanie śliskości	Odśnieżanie wraz i usuwaniem śliskości

		Nr drogi				Cena jedn. netto [odcinek/dobę]	cena jedn. netto [odcinek/dobę]	cena jedn. netto [odcinek/dobę]	jedn. netto [odcinek/dobę]
a.	b	c	d	e	f	g	h	i	j
1	1.1	22	205+748 + 232+352	26,604	II	3 OOO,OO	2 200,00 zł	2 300,00 zł	3 OOO,OO zł
	1.2	22c	0+000 + 2+602	2,602	II	2 OOO,OO zł	700,00	600,00	800,00
	1.3	22	234+854 242+129	7,275	II	1 500,00	800,00 zł	900,00	1 200,00
	1.4	22d	0+000 12+767	12,767	II	1 600,00	2 100,00	2 700,00	3 OOO,OO
	1.5	22	253+886 + 259+670	5,784	II	1 OOO,OO	800,00	800,00	1 OOO,OO zł
	1.6	25	21+955 + 62+200	40,245	II	2 400,00 zł	2 400,00	2 OOO,OO	2 600,00
	1.7	25	62+200 + 63+860	1,66	II	700,00	500,00	550,00	800,00
	1.8	25b	0+000 0+372	0,372	II	500,00	700,00	750,00	800,00
	1.9	25	63+860 -: 74+850	10,99	III	1 500,00 zł	1 150,00	1 150,00	1 500,00 zł
	2.1	22	259+670 + 303+950	28	II	3 400,00	4 OOO,OO	4 400,00 zł	5 600,00
	2.2	22	303+950 323+714	19,764	II	2 200,00	2 700,00	2 200,00	3 600,00

Należy w tym miejscu wskazać, czym charakteryzują się poszczególne usługi, otóż powyższe usługi można podzielić na 2 grupy:

a)Brak świadczenia usługi, wykonawca zapewnia tylko gotowość, jedyny koszt, jaki się ponosi, to koszt pełnienia dyżurów - Gotowość do ZUD (kolumna g),

b)Świadczenie rzeczywistej usługi — konieczna jest praca ludzi, użycie sprzętu, zużycie materiałów służących do utrzymania dróg, tj. soli, piasku - Zapobieganie śliskości, Usuwanie śliskości, Odśnieżanie wraz z usuwaniem śliskości (kolumna h, i, j).

Konsorcjum Wardex — w celu maksymalizowania wynagrodzenia — zróżnicował stawki w taki sposób, że stawka za usługę o najniższych kosztach realizacji (gotowość do ZUD, kolumna g) prawie dla wszystkich pozycji jest najwyższa lub też równa stawce za usługi, które mają bardzo wysokie koszty realizacji. Tym samym należy uznać, że Konsorcjum Wardex albo zaniżył ceny za usługi rzeczywiście świadczone (w odróżnieniu od usługi gotowości do ZUD) i przerzucił ceny za te usługi do innych usług, albo też — w sposób niedozwolony, stanowiący niedozwoloną praktykę kupiecką — zawyżył ceny za usługę Gotowości do ZUL), wiedząc, że wynagrodzenie to jest płatne nawet w przypadku, gdy nie zachodzi konieczność zimowego utrzymania dróg (panują wysokie — jak na zimę temperatury, nie pada śnieg, nie ma gołoledzi). (…)

16. Odwołujący wskazuje, że sposób szacowania poszczególnych elementów ceny przez Konsorcjum Wardex ma na celu doprowadzenie do sytuacji, w której Konsorcjum Wardex otrzyma bardzo wysokie wynagrodzenie nawet w przypadku braku rzeczywistego świadczenia usługi, a jedynie — pełnienia dyżurów, pozostawania w gotowości.

17. Przyzwolenie przez Zamawiającego na dokonywanie manipulacji poszczególnymi składowymi ceny i zaniechanie odrzucenia ofert, które bezpodstawnie zawyżają ceny za gotowość, prowadzi do sytuacji, w której zamówienie publiczne uzyskać ma Konsorcjum Wardex, które nie oferuje Zamawiającemu najkorzystniejszych ekonomicznie warunków realizacji umowy, ani nie oferuje najlepszego stosunku ceny do jakości."

W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1)unieważnienia czynności oceny ofert,

2)unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

3)wezwania konsorcjum „AJW Wardex" sp. z o.o. i Autostrada Mazowiecka sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp,

4)przeprowadzenia badania i oceny ofert konsorcjum „AJW Wardex" sp. z o.o. i Autostrada Mazowiecka sp. z o.o. zgodnie z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp,

5)odrzucenia oferty konsorcjum „AJW Wardex" sp. z o.o. i Autostrada Mazowiecka sp. z o.o.,

6)ponownej oceny ofert.

Pismem z dnia 30.06.2021 r. konsorcjum: „AJW WARDEX" sp. z o.o., Słupno, ul. Żeromskiego 112, 05-250

Radzymin oraz Autostrada Mazowiecka sp. z o.o., ul. Flisaków 5/8, 03-043 Warszawa (dalej: „przystępujący"), zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Izba stwierdziła, że przystąpienie zostało dokonane skutecznie.

Pismem z dnia 20.07.2021 r. zamawiający przekazał odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie. Pismem z dnia 22.07.2021 r. przystępujący przedstawił swoje stanowisko w sprawie. Pismem z dnia 22.07.2021 r. odwołujący odniósł się do argumentacji zamawiającego i przystępującego.

W trakcie rozprawy strony i przystępujący podtrzymali swoje stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.

Przedmiotem zamówienia jest całoroczne utrzymanie dróg krajowych zarządzanych przez Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Gdańsku z podziałem na cztery części. Niniejsze postępowanie odwoławcze dotyczy części nr 1 przedmiotu zamówienia, tj. Rejonu w Człuchowie. Drogi administrowane przez Rejonw Człuchowie objęte przedmiotem zamówienia to drogi krajowe nr: 22, 22c, 22d, 25, 25b.

W pkt 17.1. – 17.3. swz zamawiający wskazał, że:

17.1. Cena oferty zostanie wyliczona przez Wykonawcę w oparciu o Formularz „Tabela elementów rozliczeniowych" (TER) sporządzony na Formularzu załączonym w Tomie IV SWZ.

17.2. Wykonawca obliczając Cenę oferty musi uwzględnić w TER wszystkie podane i opisane tam pozycje. Wykonawca nie może samodzielnie wprowadzać zmian do TER.

17.3. Wartości netto wyliczone w Tabelach elementów rozliczeniowych poszczególnych grup Wykonawca przeniesie do Zbiorczego Zestawienia Kosztów i w tym formularzu wyliczy wartość netto danej grupy, podatek VAT oraz wartość brutto danej grupy. Wartość brutto wyliczoną w Zbiorczym Zestawieniu Kosztów Wykonawca przeniesie do Formularza „Oferta".

Pod tabelami Elementów Rozliczeniowych dla każdej grupy prac (łącznie 12 grup) zamawiający wpisał: Cena z jednostkę obejmuje wszystkie składniki kosztów (m.in. KP, KZ, Zysk, itp.), a także inne czynności opisane w SST (a szczególności oznakowanie robót). Ponadto pod tabelą Elementów Rozliczeniowych dla grupy 10b (Zimowe utrzyman dróg) zamawiający wpisał: Cena zawiera koszt utrzymania drogi na całej szerokości jezdni wraz z jej wszystkim elementami i węzłami drogowymi oraz chodnikami i ścieżkami rowerowymi.

Wartość szacunkowa części nr 1 przedmiotu zamówienia wynosi 73.356.502,24 zł netto, czyli 90.228.497,76 zł brutto. Średnia arytmetyczna ofert wynosi 72.099.091,53 zł brutto. Przystępujący złożył ofertę z ceną 64.186.601,42 zł brutto. Oznacza to, że cena oferty przystępującego stanowi 71,14% wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o VAT oraz 89,03% średniej arytmetycznej złożonych ofert.

Pismem z dnia 18.06.2021 r. zamawiający poinformował w części nr 1 postępowania o wyborze jako najkorzystniejszej oferty przystępującego.

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

W pierwszej kolejności Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2021 r. poz. 1129), tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowaną czynność zamawiającego.

Ponadto Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2021 r. poz. 1129).

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego zaniechania wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny jego oferty w zakresie wskazanych w odwołaniu pozycji, należy zauważyć, że zgodnie z art. 224 ust. 1 i 2 ustawy Pzp:

1. Jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

2. W przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od:

1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia,

2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że co do zasady zamawiający jest zobowiązany do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w przedmiocie ceny jego oferty, jeżeli całkowita cena tej oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o VAT lub od średniej arytmetycznej cen złożonych ofert. Obowiązek wezwania wynikający z art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp dotyczy zatem całkowitej ceny oferty i jej obniżenia w stosunku do ww. wskaźników o co najmniej 30%. Nie oznacza to jednak, że w pozostałych przypadkach zamawiający nie jest zobowiązany do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny jego oferty. Zgodnie bowiem z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający wzywa też do złożenia wyjaśnień dotyczących całkowitej ceny oferty oraz istotnych jej części składowych. W tym wypadku jednak przesłanką wezwania jest to, że cena lub jej istotne części składowe wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia. Tym samym, w świetle art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, obniżenie ceny lub jej istotnych części składowych o co najmniej 30% od wskaźników przewidzianych w art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, nie jest obligatoryjną przesłanką kierowania do wykonawcy wezwania do złożenia wyjaśnień. Niemniej jednak może być podstawą takiego wezwania, jeżeli w konkretnym stanie faktycznym właśnie taka różnica (30%) powoduje, że cena lub jej istotne części składowe wydają się zamawiającemu rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia. Również inne okoliczności faktyczne (poza różnicą 30%) mogą w świetle art. 224 ust. 1 ustawy Pzp stanowić podstawę powzięcia przez zamawiającego wątpliwości co do realności ceny oferty danego wykonawcy. Reasumując:

- art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp dotyczy całkowitej ceny oferty i zgodnie z tym przepisem, co najmniej 30-to procentowa różnica między ceną całkowitą a wskazanymi w tym przepisie wskaźnikami, co do zasady obliguje zamawiającego do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień,
- art. 224 ust. 1 ustawy Pzp dotyczy nie tylko ceny całkowitej oferty, ale także jej istotnych części składowych i zgodnie z tym przepisem, co najmniej 30-to procentowa różnica między ceną całkowitą oferty lub jej istotnymi częściami

składowymi a wskaźnikami wymienionymi w art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp nie obliguje automatycznie zamawiającego do wezwania do złożenia wyjaśnień, ale w zależności od konkretnego stanu faktycznego sprawy może (obok innych okoliczności faktycznych) stanowić podstawę takiego wezwania, jeżeli cena lub jej istotne części składowe wydają się zamawiającemu rażąco niskie lub budzą jego wątpliwości co do możliwości prawidłowego wykonania zamówienia.

W przedmiotowej sprawie odwołujący zakwestionował konkretne pozycje cenowe w ofercie przystępującego, co oznacza, że zastosowanie znajduje w tej sytuacji art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, nie zaś art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp. Tym samym należy ocenić, czy zakwestionowane ceny stanowią istotne części składowe ceny oferty przystępującego, a także – czy fakt, że są one niższe o co najmniej 30% od wartości szacunkowej powiększonej o VAT lub od średniej arytmetycznej ofert, stanowi w okolicznościach niniejszej sprawy podstawę do obowiązkowego wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 224 ust. 1 ustawy Pzp w zakresie 20 pozycji zawartych w ofercie przystępującego i wymienionych m.in. w załączniku nr 4 do odwołania, w pierwszej kolejności należy zauważyć, że łączna wartość tych pozycji wynosi 1.642.976 zł, co stanowi jedynie 3,15% wartości ceny całkowitej oferty netto. Tym samym wartość tych pozycji nie pozwala na uznanie, że zawarte w nich ceny stanowią istotne części składowe ceny oferty przystępującego. Sam ten fakt przesądza o tym, że nie ma podstaw do wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie ww. pozycji.

Niezależnie od powyższego, należy zauważyć, że cena całkowita oferty przystępującego stanowi 71,14% wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o VAT oraz 89,03% średniej arytmetycznej złożonych ofert. Ponadto średnia arytmetyczna wszystkich ofert (72.099.091,53 zł) stanowi ok. 80% wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o VAT (90.228.497,76 zł), co świadczy o tym, że zamawiający przeszacował wartość zamówienia, a zatem porównywanie cen jednostkowych oferty przystępującego do wartości jednostkowych stanowiących podstawę obliczenia wartości szacunkowej w kosztorysie inwestorskim nie może być w tym wypadku w pełni miarodajne.

Z kolei dokonane przez odwołującego w załączniku nr 4 do odwołania porównanie odnoszące się do cen innych ofert złożonych w postępowaniu, pokazuje, że nie w każdym przypadku zakwestionowana cena z oferty przystępującego stanowi mniej niż 70% średniej arytmetycznej ofert – dotyczy to pozycji (wg numeru SST): 05.03.05a (77,07%), 06.03.02a (80,74%), 02,00.00a (74,87%), 06.01.01e (79,75%), 08.05.01c (77,30%).

Ponadto w niniejszej sprawie zwraca uwagę fakt, że różnice między cenami w zakwestionowanych pozycjach w ofercie przystępującego, a cenami w pozostałych ofertach złożonych w postępowaniu, nie są rażące. Ceny przystępującego stanowią od 39,94% do 80,74% średniej arytmetycznej ofert, przy czym średnio wynoszą ponad 60%. Należy przy tym zauważyć, że odwołujący zakwestionował w załączniku nr 4 do odwołania jedynie 20 pozycji spośród 264 pozycji objętych ofertą, co również podważa tezę o tym, że cena oferty przystępującego jest nierealna.

Z załącznika nr 4 do odwołania wynika także, że część zakwestionowanych cen w ofercie przystępującego jest równa lub nawet wyższa od cen w niektórych innych złożonych ofertach (pomijając już nawet odrzuconą ofertę wykonawcy Zaberd S.A.). Dotyczy to np. pozycji (wg numeru SST): 05.03.07c, 06.03.02a, 02.00.00a, 07.02.01, 10.10.01o, 09.01.02a. W większości ww. pozycji ceny przystępującego są równe lub wyższe od cen wykonawcy konsorcjum Polbud Partners sp. z o.o. i Romil sp. z o.o. (najdroższa ze złożonych ofert), ale także od cen wykonawcy „POL-DRÓG Drawsko Pomorskie" S.A. (druga w kolejności najdroższa oferta), czy od cen wykonawcy Kwidzyńskie Przedsiębiorstwo Robót Drogowo–Budowlanych „STRZELBUD" sp. z o.o. oraz cen wykonawcy konsorcjum BADER-DROG spo.o. sp. k. i „B." Firma Produkcyjno-Handlowo-Usługowa T. B.

W tym miejscu należy wskazać, że wykonawcy mogą w różny sposób kalkulować ceny swoich ofert, o ile nie naruszają w tym zakresie postanowień zawartych w swz. Tym samym różnorodna metodologia ustalania cen jednostkowych, a w efekcie całkowitej ceny oferty, nie jest nietypową sytuacją rynkową, również w obszarze zamówień publicznych. Jak pokazuje także porównanie zawarte w załączniku nr 4 do odwołania, mimo stosunkowo niskich cen w niektórych pozycjach, wykonawca może ostatecznie złożyć najdroższą lub jedną z najdroższych ofert w postępowaniu. Istotne bowiem jest to, aby jego sposób kalkulacji ceny zapewniał należyte wykonanie zamówienia, a nie to, by był analogiczny do sposobu wyceny innych wykonawców lub zamawiającego (z zastrzeżeniem konieczności uwzględniania postanowień swz). Należy przy tym zauważyć, że odwołujący nie wykazywał w odwołaniu, że ceny w zakwestionowanych pozycjach nie pokrywają określonych kosztów, które muszą być poniesione do wykonania usługi opisanej w danej pozycji. Sama zaś różnica 30% między ceną przystępującego w danej pozycji a wartością tej pozycji w innych ofertach, przy uwzględnieniu m.in. dopuszczalności różnych metod wyceny, nie świadczy automatycznie o tym, że wycena przystępującego nie jest realna i że nie obejmuje wszystkich składników kosztów.

Podsumowując zatem ustalenia dotyczące zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 224 ust. 1 ustawy Pzp w zakresie dotyczącym 20 pozycji oferty przystępującego wymienionych m.in. w załączniku nr 4 do odwołania, raz jeszcze należy podkreślić, że w świetle ww. przepisu, dla oceny, czy zachodzi obowiązek wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień co do części składowych jego ceny, konieczne jest dokonanie oceny konkretnego stanu faktycznego sprawy. W niniejszym postępowaniu, sam fakt, że ceny w niektórych pozycjach przystępującego są niższe niż 70% średniej arytmetycznej ofert (choć – jak wskazano wyżej – nie dotyczy to wszystkich zakwestionowanych w odwołaniu pozycji), nie przesądza o konieczności wzywania przystępującego do złożenia wyjaśnień. Dodatkowo bowiem w postępowaniu zachodzą takie okoliczności jak to, że ww. 20 pozycji wymienionych w załączniku nr 4 do odwołania nie stanowi istotnych składowych ceny oferty, różnice między wartością tych pozycji a wartością analogicznych pozycji w innych ofertach nie są rażące, a w niektórych pozycjach w ofercie przystępującego wartości te są nawet wyższe lub równe wartościom analogicznych pozycji w innych ofertach i nie podniesiono, że ceny w ww. pozycjach nie są wystarczające do pokrycia określonych kosztów. W świetle ww. okoliczności faktycznych, już nawet abstrahując od faktu, że zakwestionowane pozycje nie stanowią istotnych części składowych ceny oferty, sama 30-to procentowa różnica w niektórych spośród ww. pozycji w stosunku do średniej arytmetycznej ofert, nie może przesądzać o obowiązku zamawiającego wzywania przystępującego do złożenia wyjaśnień.

Odnosząc się z kolei do zarzutu naruszenia art. 224 ust. 1 ustawy Pzp w zakresie dotyczącym 11 pozycji wymienionych w grupie prac 10b w ofercie przystępującego (zimowe utrzymanie dróg), należy zauważyć, że odwołujący podnosił, iż wycena przystępującego w przeliczeniu na 1 km drogi jest niekonsekwentna, gdyż na różnych odcinkach jest różna. Wykonanie usługi na 1 km drogi ma bowiem w ofercie przystępującego inną wartość w zależności od odcinka. Odwołujący dołączył też do odwołania załącznik nr 5, z którego wynika, że wszyscy wykonawcy poza przystępującym, przeliczali wartości pozycji w grupie 10b na 1 km drogi.

W związku z powyższym należy zauważyć, że w tabeli elementów rozliczeniowych dotyczącej grupy prac 10b, w kolumnach g - j, zamawiający wymagał wpisania cen jednostkowych netto za odcinek na dobę („cena jedn. netto [odcinek/dobę]"). Fakt, że w praktyce pozostali wykonawcy uczestniczący w postępowaniu obliczali wartość usług na tych odcinkach najpierw w przeliczeniu na 1 km, a następnie w ofercie podawali wartość usługi za odcinek na dobę, nie wpływa na to, że w swz zamawiający wymagał podawania cen jednostkowych jedynie za odcinek na dobę. Jak wskazano już wyżej, wykonawcy mogą stosować różne metodologie kalkulacji ceny, jednakże mają obowiązek uwzględniać przy tym

postanowienia swz. W tym wypadku w swz, a konkretnie w tabeli elementów rozliczeniowych w grupie 10b, wyraźnie wymagano przeliczenia wartości usługi za odcinek na dobę. Przystępujący nie miał zatem obowiązku dokonywać przeliczenia najpierw w odniesieniu do 1 km, co pozwalałoby na ustalenie stałej ceny za 1 kilometr. Przystępujący od razu dokonał kalkulacji cen w grupie 10b za odcinek na dobę, co doprowadziło do braku stałych cen w przeliczeniu na 1 km i zwróciło uwagę odwołującego. Ale w świetle wymagań zawartych w kolumnach g-j w tabeli elementów rozliczeniowych, sposób kalkulacji przez przystępującego cen w grupie 10b nie może być uznany za niewłaściwy, a co za tym idzie – nie powinien stanowić podstawy do powzięcia wątpliwości, czy cena lub jej istotne części składowe wydają się rażąco niskie, jak też nie powinien budzić wątpliwości co do możliwości prawidłowego wykonania zamówienia. W konsekwencji, skoro przystępujący nie miał obowiązku przeliczania cen w grupie 10b na 1 km, to fakt, że tego nie zrobił i w efekcie w jego ofercie ceny za 1 km są różne, nie obliguje zamawiającego do wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie cen jednostkowych w grupie prac 10b.

Reasumując, w świetle ww. ustaleń faktycznych, Izba nie znalazła podstaw do stwierdzenia, że zamawiający miał obowiązek wezwać przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie 20 pozycji wymienionych w załączniku nr 4 do odwołania i w zakresie 11 pozycji z grupy prac 10b. Tym samym zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 224 ust. 1 ustawy Pzp nie potwierdził się i odwołanie w tym zakresie zostało oddalone.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty przystępującego z powodu sposobu ustalenia cen jednostkowych w grupie prac 10b (zimowe utrzymanie dróg), należy zauważyć, że zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie natomiast z art. 3 ust. 1 uznk, czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

Co do zasady należy podzielić stanowisko odwołującego, że tzw. inżynieria cenowa polegająca na niezgodnym z swz przerzucaniu kosztów z jednych pozycji do innych, jest niedopuszczalna i może stanowić czyn nieuczciwej konkurencji. Należy jednak zauważyć, że niezbędną przesłanką uznania danego działania za czyn nieuczciwej konkurencji, w świetle art. 3 ust. 1 uznk jest to, by działanie to zagrażało lub naruszało interes innego przedsiębiorcy lub klienta, czyli w tym wypadku zamawiającego lub innych wykonawców. Tymczasem w przedmiotowej sprawie nawet jeśli zamawiający zapłaci przystępującemu za dni pozostawania w gotowości w okresie zimowym tyle samo lub więcej niż za zapobieganie śliskości lub usuwanie śliskości lub odśnieżanie wraz z usuwaniem śliskości, to i tak w ostatecznym rozliczeniu zapłaci mu mniej niż w przypadku wybrania jako najkorzystniejszej innej oferty spośród złożonych w niniejszym postępowaniu. Powyższe potwierdzają opracowane przez przystępującego schematy wynagrodzenia za 1 dzień w okresie zimowym, w których uwzględniono ceny jednostkowe przystępującego i odwołującego oraz różne działania podejmowane przez wykonawcę na różnych odcinkach drogi w zależności od pogody. Z opracowania tego wynika, że niezależnie od przyjętego schematu (w tym ilości dni pozostawania w gotowości), zamawiający zapłaci przystępującemu od 24% do 6% mniej, niż musiałby zapłacić odwołującemu. Przy czym nie ma podstaw do stwierdzenia, że przyjęte przez przystępującego ceny jednostkowe nie pokryją koniecznych kosztów. W szczególności, jak wskazano już wyżej, podstawą do ewentualnych wątpliwości co do poprawności kalkulacji, nie jest podanie w tym zakresie cen jednostkowych zgodnie z swz, czyli w przeliczeniu za odcinek za dobę.

Tym samym, przyjęty przez przystępującego sposób kalkulacji cen w grupie 10b, nie zagraża i nie narusza interesu zamawiającego. Wynik rozliczenia wynagrodzenia między przystępującym a zamawiającym nie zagraża także i nie narusza interesu innego wykonawcy. A ponadto fakt, że m.in. sposób skalkulowania ceny oferty (cena o wadze 60% była jednym spośród trzech kryteriów oceny ofert) doprowadził do wyboru jako najkorzystniejszej oferty przystępującego, nie świadczy - w świetle ustalonych okoliczności faktycznych - o dopuszczeniu się przez przystępującego czynu nieuczciwej konkurencji wobec innych wykonawców. W konsekwencji Izba nie znalazła podstaw do stwierdzenia naruszenia przez zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 uznk.

Wobec powyższego, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553 i art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2021 r. poz. 1129).

Orzeczenie Izby zostało wydane w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia oraz w oparciu o stanowiska stron przedstawione na rozprawie i w pismach procesowych. Izba oparła się przede wszystkich na opracowaniach dołączonych przez odwołującego do odwołania (załącznik nr 4 i 5) oraz na opracowaniu przystępującego złożonym na rozprawie w postaci pięciu schematów dziennego wynagrodzenia w grupie prac 10b. Izba uznała dowody złożone na rozprawie przez odwołującego w postaci wydruku ze strony internetowej GDDKiA oraz w postaci mapy dróg m.in. w rejonie Człuchów, a także dowody złożone na rozprawie przez przystępującego w postaci formularzy dotyczących rejonu w Człuchowie obowiązujących w postępowaniu prowadzonym 4 lata temu, za nieprzydatne do rozstrzygnięcia sprawy. Ww. dowody nie dotyczą (poza mapą) przedmiotowego zamówienia i ich treść (wszystkich) nie wpływa na te wyżej wskazane okoliczności faktyczne i prawne, które przesądzają o sposobie rozstrzygnięcia sprawy przez Izbę.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2021 r. poz. 1129) oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. b) rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Mając powyższe na uwadze, Izba orzekła, jak w sentencji.

Przewodniczący .....

.....

.....