Sygn. akt: KIO 1843/22

WYROK

z dnia 10 sierpnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Matecka
Agata Mikołajczyk
Małgorzata Rakowska

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 sierpnia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 lipca 2022 r. przez odwołującego: wykonawcę Przedsiębiorstwo Robót Drogowo-Mostowych Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Piotrkowie Trybunalskim w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Łodzi z siedzibą w Łodzi

przy udziale:

A.....wykonawcy „GNOM" Spółka z ograniczoną

odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

B.....wykonawcy BUDiA - Standard Spółka z

ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Oleśnicy zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

C.....wykonawców wspólnie ubiegających się o

udzielenie zamówienia: G&P M. M., P. M. Spółka Jawna z siedzibą w Łodzi, D. S.i prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „D. S. SZADEK" z siedzibą w Łodzi, ROKOM Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz POL-Dróg Warszawa Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego 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 oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;

   2.2. zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez zamawiającego z tytułu 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, ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14

dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 1843/22

Uzasadnienie

Zamawiający Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Łodzi z siedzibą w Łodzi prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Całoroczne utrzymanie dróg krajowych zarządzanych przez Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych

i Autostrad Oddział w Łodzi, Rejon w Sieradzu - droga ekspresowa S14". Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu

28 marca 2022 r. pod nr 2022/S 061-161007.

I. W dniu 11 lipca 2022 r. wykonawca Przedsiębiorstwo Robót Drogowo-Mostowych Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Piotrkowie Trybunalskim (odwołujący) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec:

1) zaniechania uznania ofert złożonych przez wykonawców: (i) Budia - Standard Sp. z o.o. z siedzibą w Oleśnicy („wykonawca Budia"), (ii) konsorcjum wykonawców w składzie: G&P M. M., P.M. Sp. j. z siedzibą w Łodzi, D. S. SZADEK z siedzibą w Łodzi, ROKOM Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, POL-DRÓG Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie („Konsorcjum Rokom"), (iii) GNOM Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi („wykonawca Gnom") - (łącznie wszyscy ci wykonawcy - „Wykonawcy") - za niezgodne z warunkami zamówienia (Specyfikacją Warunków Zamówienia [„SWZ"]), mimo że nie obejmują one wszystkich elementów składających się na przedmiot zamówienia (w zakresie Zarządzania kontraktem) i, w konsekwencji, zaniechania odrzucenia ofert złożonych przez Wykonawców;

ewentualnie, tj. na wypadek, gdyby Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że niezasadne jest odrzucenie oferty w oparciu o powyższą podstawę;

2) zaniechania wezwania do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny wykonawcy Budia, Konsorcjum Rokom oraz wykonawcy Gnom, w dalszej kolejności - w przypadku niezłożenia wyjaśnień lub też braku wykazania, że cena zaoferowana nie jest rażąco

niska - odrzucenia tych ofert;
w każdym przypadku;

3) zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Gnom, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji;

4) nieuzasadnionego wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Budia, w sytuacji, w której oferta wykonawcy jest niezgodna z wymogami Specyfikacji Warunków Zamówienia;

ewentualnie, tj. na wypadek, gdyby Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że niezasadne jest odrzucenie oferty z uwagi na niezgodność z warunkami zamówienia;

5) nieuzasadnionego wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Budia, w sytuacji, w której oferta wykonawcy Budia, w tym jej istotne części składowe, jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości, co do możliwości jej wykonania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia

11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129, ze zm.), dalej jako „ustawa Pzp":

1) art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez wybór oferty złożonej przez wykonawcę Budia jako najkorzystniejszej w postępowaniu, pomimo że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, gdyż nie obejmuje ona wszystkich elementów składających się na przedmiot zamówienia, na co wskazuje wycena wykonawcy Budia w zakresie grupy prac nr 11- Zarządzania Kontraktem, która to wycena nie pokrywa minimalnych kosztów związanych z jej elementami składowymi;

2) art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji („Uznk") poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Gnom, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający na celowym, sztucznym zaniżeniu wartości pozycji cenowej ujętej w Grupie prac nr 10 b - Zimowe Utrzymanie Dróg Tabeli Elementów Rozliczeniowych dla odcinka 2 (od km 1+800,00 do km 16+343,29), co w świetle terminów realizacji usług na poszczególnych odcinkach świadczy o tym, że wykonawca Gnom złożył ofertę przewidująca ukrytą przedpłatę/zaliczkę za realizację usługi na odcinku 2;

3) art. 224 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Budia, Konsorcjum Rokom oraz wykonawcy Gnom do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny („RNC"), pomimo iż istotne części składowe ofert tych wykonawców wydają się być rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i niewystarczające do jego wykonania, co też winno skutkować wezwaniem do wyjaśnień, a następnie - o ile ww. wykonawcy nie złożyliby wyjaśnień w tym zakresie lub też okazałyby się one niewystarczające - odrzuceniem ofert tych wykonawców, czego jednak Zamawiający zaniechał, a co doprowadziło do wyboru oferty wykonawcy Budia jako najkorzystniejszej oraz zaniechania odrzucenia ofert Wykonawców; a w konsekwencji

4) art. 16 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

W związku z podniesionymi zarzutami odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

2) odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Gnom z uwagi na złożenie oferty

w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji;

3) odrzucenia ofert złożonych przez: (i) wykonawcę Budia, (ii) Konsorcjum Rokom, (iii) wykonawcę Gnom, z uwagi na złożenie ofert, których treść nie odpowiada przedmiotowi zamówienia (warunkom zamówienia);

ewentualnie tj. na wypadek, gdyby Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że niezasadne jest odrzucenie ofert w oparciu o powyższą podstawę;

4) wezwania wykonawcy Budia, Konsorcjum Rokom oraz wykonawcy Gnom do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, w tym istotnych części składowych ofert; w każdym przypadku:

5) dokonania ponownego badania i oceny ofert.

Uzasadniając podniesione zarzuty odwołujący wskazał między innymi co następuje:

W ocenie odwołującego uwagę zamawiającego winna zwrócić przede wszystkim wycena grupy

11 Formularza cenowego tj. - „Zarządzanie Kontraktem". Wartość oszacowanej przez Wykonawców pozycji istotnie bowiem odbiega od aktualnych na dzień składania ofert cen rynkowych. Zdaniem odwołującego nie jest możliwe wykonanie czynności składających się na zakres ujęty w Zarządzaniu kontraktem za cenę zaoferowaną przez tych Wykonawców (dla wykonawcy Gnom w zakresie Zarządzania Kontraktem w Prawie Opcji). W ocenie odwołującego powinno to więc wzbudzić daleko idące wątpliwości zamawiającego na dwóch płaszczyznach - 1) rażąco niskiej ceny tej pozycji; 2) zgodności wyceny z wymogami określonymi przez zamawiającego. Odwołujący stwierdził, że wskazana grupa prac (Zarządzanie kontraktem) stanowi niewątpliwie istotną część składową. Jest to bowiem jeden z kluczowych elementów skupiających na sobie de facto meritum przedmiotu zamówienia - a zatem bieżącego utrzymania dróg. Wartość ceny tego zakresu w stosunku do wartości całej ceny wynosi średnio w ofertach wykonawców 25,79-25,99 % wartości zamówienia podstawowego w zakresie Grup Prac 1-10 i 12 (a zgodnie z wytycznymi zamawiającego

wartość netto tej pozycji nie mogła przekroczyć 26% wartości ceny zamówienia z wyłączeniem kosztów dot. sprzętu - gr. 13). Odwołujący wycenił zakres usług polegających na Zarządzaniu Kontraktem w zakresie podstawowym na kwotę 7 390 000,10 zł netto, z kolei z zakresie Prawa Opcji zakres ten wyceniony został na kwotę 2 319 996,00 zł. Z kolei Wykonawcy wycenili ten zakres prac na następujące kwoty (zakres podstawowy/zakres z Prawa Opcji): 1) wykonawca Budia - 4 340 000,00/1 200 000,00 2) Konsorcjum Rokom - 5 425 000,00/1 170 000,00 3) wykonawca Gnom - 7 809 743,55/1 408 061,76. W odniesieniu do kosztów osobowych odwołujący wskazał, że zamawiający zobowiązał wykonawców do zatrudnienia na podstawie stosunku pracy osób wykonujących czynności w zakresie realizacji zamówienia tj. osób tworzących Zespół ds. Utrzymania Dróg oraz osób wykonujących czynności związane z usuwaniem skutków zdarzeń i patrolowaniem dróg - brygady interwencyjne i patrolowe (§ 11 ust. 2 pkt 20 Projektowanych Postanowień Umowy). Wyceniając koszty kontraktu, w tym koszty osobowe ujęte w grupie prac Zarządzanie kontraktem, wykonawcy zobligowani zostali zatem przez zamawiającego do ustalenia wartości wynagrodzeń personelu zgodnie z przepisami Kodeksu pracy. Odwołujący podkreślił, że przedstawioną kalkulację oparł tylko i wyłącznie na minimalnych kosztach (pomimo tego, że zatrudnienie pracowników w oparciu o umowy przewidujące takie wynagrodzenie jest bardzo mało prawdopodobne). Odwołujący wskazał, że przy takim założeniu minimalny miesięczny koszt wynagrodzenia pracowników w ramach Punktu Obsługi Kontraktem wynosi: 3 629,16 x 8 + 4,32 x 30,5 x 8 = 30 087,36 . A zatem minimalny koszt wynagrodzenia pracowników w ramach brygad patrolowych i interwencyjnych wynosi: 4 x 2 x 732 x 21,60 + 4,32 x 4 x 2 x 30,5 x 8 = 134 922,24 zł (szczegółowe objaśnienia obliczeń w treści odwołania). Uwzględniając powyższe, wykonawca z tytułu minimalnych kosztów wynagrodzenia wszystkich osób zajmujących się Zarządzaniem Kontraktem musi ponieś każdego miesiąca koszt w wysokości 165 009,60 zł. Oznacza to, że mnożąc tę wartość przez liczbę miesięcy dla zakresu podstawowego, łączna minimalna wartość wynagrodzeń wyniesie wykonawcę 5 775 336,00 zł. W dalszej kolejności odwołujący wskazał, że w przypadku, gdy Prawo Opcji zostanie zlecone w czasie trwania zamówienia podstawowego dla innego odcinka drogi lub innej sieci drogowej - to wówczas wykonawca (zgodnie z odp. na pytanie 16) musi ponieść koszty wyłącznie związane z funkcjonowaniem brygad (w tym m.in. z tytułu wynagrodzeń dla brygad patrolowych i interwencyjnych), tj. 134 922,24 zł,. Wartość tę należy przemnożyć przez liczbę miesięcy, czyli 6 miesięcy. Daje to łączną wartość wynagrodzeń za brygady w wysokości - 809 533,44 zł. Dla pełnego wyliczenia wartości tej części składowej pozycji Zarządzania kontraktem w Prawie Opcji, uwzględnić należy wynagrodzenie całego personelu (czyli POK i Brygad) w okresie po zakończeniu Prawa Opcji - a zatem w tym zakresie należy uwzględnić obie grupy personelu (personel POK i Brygad). Miesięczny minimalny koszt wynagrodzenia dla personelu POK oraz Brygad wynosi łącznie 165 009,60 zł. Mnożąc tę wartość x 6 miesięcy Prawa Opcji, wówczas minimalny koszt wynagrodzeń za tę część wyniesie 990 057,60 zł. Dodając oba okresy realizacji zlecenia z Prawa Opcji - tj. 6 miesięcy realizacji w okresie zamówienia podstawowego oraz 6 miesięcy z okresu po zakończeniu zadania podstawowego, należy, zdaniem odwołującego, dojść do jednoznacznej konkluzji, iż minimalny koszt wynagrodzenia wszystkich pracowników realizujących zadania, które związane są z Zarządzaniem Kontraktem wyniesie 1 799 591,04 zł. W treści uzasadnienia odwołujący przedstawił również wyliczenia odnośnie pozostałych kosztów, w rozbiciu na: a) koszty paliwa, które w przypadku zamówienia podstawowego zostały obliczone na 110 483,70 zł, a w przypadku prawa opcji na 66 895,73 zł; b) koszty pozostałe związane z transportem, które dla zamówienia podstawowego zostały obliczone na 362 729,91 zł (brak wyliczeń dla prawa opcji, podano kwotę 165 867,16 zł) oraz c) koszty stałe - pozostałe, które w przypadku zamówienia podstawowego zostały obliczone na 579 502,08 zł,

a w przypadku prawa opcji na 230 184,16 zł. W związku z tym odwołujący wskazał, że pozycja

Zarządzanie Kontraktem w zakresie zamówienia podstawowego winna zostać wyceniona na minimalnym poziomie 6 717 567,99 zł, z kolei ta sama pozycja dla Prawa Opcji winna zostać wyceniona na minimalnym poziomie 2 195 642,36 zł. Odwołujący zauważył również, że oferta wykonawcy Gnom zaniżona jest w poszczególnych pozycjach niemalże w każdej grupie prac wchodzących w zakres wykonania zamówienia. Wartości przedstawione przez wykonawcę Gnom są o kilka, jeśli nie w poszczególnych przypadkach, o kilkanaście razy tańsze od cen dla tych pozycji zaproponowanych przez pozostałych wykonawców. W odwołaniu odwołujący wymienił pozycje (z podziałem na grupy prac), które w jego ocenie zawierają rażąco niską cenę, są nierynkowe i winny były zostać zbadane przez Zamawiającego. Ponadto, zdaniem odwołującego, tak drastycznie zaniżone wartości cen jednostkowych (które łącznie w Prawie Opcji wpłynęły na cenę ostateczną, która była elementem kryterium oceny ofert) świadczą dodatkowo o manipulacji cenowej (tzw. inżynierii cenowej), która oceniana winna być przez pryzmat czynu nieuczciwej konkurencji. Konsekwencją działania Gnom (zaoferowania rażąco niskich cen jednostkowych) jest, w ocenie odwołującego, zmanipulowanie ceny oferty za Prawo Opcji, która stanowiła kryterium oceny ofert, a która to cena pozwoliła wykonawcy Gnom uzyskać większą ilość punktów.

Niezależnie od powyższego odwołujący stwierdził, że Wykonawcy nie ujęli w swoich ofertach wszystkich kosztów, które będą musieli ponieść wraz z realizacją zadania. W konsekwencji tego, oferty Wykonawców powinny były zostać odrzucone z uwagi na zaistnienie przesłanki,

o której mowa w art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp (niezgodność z warunkami zamówienia). Odwołujący zauważył, że przy wycenie pozycji Zarządzanie Kontraktem nie można pominąć, że treść ofert Wykonawców obarczona jest powtarzającym się błędem polegającym na wyliczeniu wynagrodzeń personelu odpowiadającego za wykonanie prac związanych z Zarządzaniem Kontraktem niezgodnie z obowiązującymi przepisami, w tym nieuwzględnieniu kosztów za pracę w nadgodzinach czy w porze nocnej. W ocenie odwołującego, taka okoliczność jednoznacznie świadczy o tym, że oferty Wykonawców są niezgodne z wymogami Zamawiającego, a więc winny zostać odrzucone.

Ponadto, odwołujący stwierdził, że wykonawca Gnom dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji, który polega na tzw. sztucznym zaliczkowaniu części zamówienia. Wykreowane przez wykonawcę Gnom zaliczkowanie dostrzec można w zakresie Grupy prac nr 10B - Zimowe Utrzymanie Dróg, których zakres prac podzielony został na dwa odcinki o różnych długościach. Odcinek 1, który jest krótszy, ale który obsługiwany będzie rok szybciej od Odcinka 2, został wyceniony o blisko 2,5 razy drożej od Odcinka 1, który jest dłuższy. Odwołujący zaznaczył, że uwzględnia fakt, iż Odcinek 2 będzie obsługiwany przez 2, a nie 3 sezony. W ocenie odwołującego tak drastyczna różnica w wycenie dwóch odcinków stanowi manipulację cenową, która polega na tym, że wykonawca Gnom w sposób niedozwolony wprowadził sztuczne zaliczkowanie wynagrodzenia usługi realizowanej na odcinku 2, w czasie Obsługi Odcinka 1.

II. Pismem wniesionym w dniu 4 sierpnia 2022 r. zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie. Zamawiający uznał zarzuty odwołania za niezasadne i wniósł o jego oddalenie.

III. Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosili:

1) wykonawca „GNOM" Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi,

2) wykonawca BUDiA - Standard Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Oleśnicy oraz 3) wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: G&P Team Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi (dawniej: G&P M. M., Paweł M.k Spółka Jawna z siedzibą w Łodzi), D. S.i prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „D. S. SZADEK" z siedzibą w Łodzi, ROKOM Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz POL-Dróg Warszawa Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie.

Wykonawcy przystępujący do postępowania wnieśli o oddalenie odwołania.

Wykonawca Budia stanowisko w sprawie przedstawił w piśmie wniesionym w dniu 4 sierpnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez wybór oferty złożonej przez wykonawcę Budia jako najkorzystniejszej w postępowaniu, pomimo że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, gdyż nie obejmuje ona wszystkich elementów składających się na przedmiot zamówienia, na co wskazuje wycena wykonawcy Budia w zakresie grupy prac nr 11 - Zarządzania Kontraktem, która to wycena nie pokrywa minimalnych kosztów związanych z jej elementami składowymi.

Powyższy zarzut został oparty na stwierdzeniu, że oferta wykonawcy Budia nie obejmuje wszystkich elementów składających się na przedmiot zamówienia, co należy wywieść z innej okoliczności podnoszonej przez odwołującego tj. że sporządzona przez tego wykonawcę wycena w zakresie grupy prac nr 11 - Zarządzanie Kontraktem nie pokrywa minimalnych kosztów związanych z jej elementami składowymi. Odnosząc się do tak sformułowanego zarzutu należy stwierdzić, że odwołujący nie wykazał w sposób jednoznaczny, które dokładnie elementy przedmiotu zamówienia nie zostały objęte ofertą wykonawcy Budia. Przypomnieć

należy, że odrzucenie oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp może mieć miejsce wyłącznie w przypadku jednoznacznego ustalenia sprzeczności określonej treści oferty wykonawcy z konkretnymi warunkami zamówienia. Stanowisko odwołującego w tym zakresie sprowadza się do tezy o zaniżonym charakterze ceny wykonawcy Budia za zakres przedmiotu zamówienia dotyczący Zarządzania Kontaktem. Jednakże odwołujący nie wykazał, że podnoszone przez niego zaniżenie ceny wykonawcy Budia za tę część prac spowodowane jest nieobjęciem ofertą konkretnych elementów przedmiotu zamówienia. Brak było zatem podstaw do uznania, że w odniesieniu do wykonawcy Budia zaistniała podstawa do odrzucenia oferty wskazana w art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Jakkolwiek ww. zarzut został podniesiony wyłącznie w odniesieniu do oferty wykonawcy Budia, to jego uzasadnienie odnosi się również do ofert wykonawcy Gnom oraz Konsorcjum Rokom. Również w zakresie ofert tych dwóch wykonawców aktualne pozostaje stanowisko Izby przedstawione względem oferty wykonawcy Budia.

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji („Uznk'") poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Gnom, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający na celowym, sztucznym zaniżeniu wartości pozycji cenowej ujętej w Grupie prac nr 10 b - Zimowe Utrzymanie Dróg Tabeli Elementów Rozliczeniowych dla odcinka 2 (od km 1+800,00 do km 16+343,29), co w świetle terminów realizacji usług na poszczególnych odcinkach świadczy o tym, że wykonawca Gnom złożył ofertę przewidująca ukrytą przedpłatę/zaliczkę za realizację usługi na odcinku 2.

Jak wynika z uzasadnienia odwołania odwołujący zarzucił wykonawcy Gnom czyn nieuczciwej konkurencji polegający na zaniżeniu, w ramach Grupy prac nr 10b, ceny za obsługę Odcinka nr 2 i przerzuceniu kosztów z tytułu realizacji tej części przedmiotu zamówienia do ceny za obsługę Odcinka nr 1, który będzie realizowany wcześniej, co zdaniem odwołującego należy uznać za ukrytą przedpłatę/zaliczkę za realizację usługi na Odcinku nr 2. Uzasadniając ww. zarzut odwołujący wskazał na nieproporcjonalność cen za obsługę Odcinka nr 1 oraz Odcinka nr 2.

W odniesieniu do tego należy wskazać, że oparcie ww. zarzutu na twierdzeniu o nieproporcjonalności cen za obsługę Odcinka nr 1 oraz Odcinka nr 2 jest daleko niewystarczające. Nieproporcjonalność dwóch cen nie może bowiem jednoznacznie świadczyć o tym, że jedna z nich została zaniżona. Taka nieproporcjonalność może wynikać chociażby z tego, że cena za Odcinek nr 1 została ustalona na bardzo wysokim poziomie. Jednakże zaoferowanie przez wykonawcę wysokiej ceny samo w sobie nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji. Odwołujący nie udowodnił, że cena zaoferowana przez wykonawcę Gnom za obsługę Odcinka nr 2 została zaniżona, a to na odwołującym spoczywał w tym zakresie ciężar dowodu, zgodnie z przepisem art. 534 ust. 1 ustawy Pzp. Ponadto przeciwna okoliczność wynika z faktu przywołanego przez zamawiającego, tj, że cena zaoferowana przez wykonawcę Gnom za obsługę Odcinka nr 2 odpowiada kwocie ustalonej za ten odcinek w kosztorysie inwestorskim (oferta wykonawcy Gnom/kosztorys inwestorski: 1) Gotowość do ZUD: 5 000,03/5 735,32; 2) Zapobieganie śliskości:11 003,03/10 772,15; 3) Usuwanie śliskości: 11 099,94/11 217,45; 4) Odśnieżanie wraz z usuwaniem śliskości: 11 200,00/12 479,78). Mając na uwadze powyższe, Izba uznała, że zasadność ww. zarzutu nie została przez odwołującego wykazana.

Zarzut naruszenia art. 224 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Budia, Konsorcjum Rokom oraz wykonawcy Gnom do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny („RNC"), pomimo iż istotne części składowe ofert tych wykonawców wydają się być rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i niewystarczające do jego wykonania, co też winno skutkować wezwaniem do wyjaśnień, a następnie - o ile ww. wykonawcy nie złożyliby wyjaśnień w tym zakresie lub też okazałyby się

one niewystarczające - odrzuceniem oferty tych wykonawców, czego jednak zamawiający zaniechał, a co doprowadziło do wyboru oferty Budia jako najkorzystniejszej oraz zaniechania odrzucenia ofert Wykonawców.

Na wstępie wymaga podkreślenia, że istota tego zarzutu nie sprowadza się do wykazania, że ceny poszczególnych ofert zostały skalkulowane na zbyt niskim poziomie, ale że w świetle obiektywnych okoliczności faktycznych sprawy odnoszących się z jednej strony do treści złożonych ofert, a z drugiej do treści dokumentacji postępowania, zamawiający winien powziąć wątpliwości w zakresie ceny oferty lub jej istotnych elementów składowych i w związku z tym obowiązany by wystosować wezwanie do przedstawienia wyjaśnień dotyczących ceny. Zgodnie z przepisem art. 224 ust. 1 ustawy Pzp 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. W niniejszej sprawie Izba uznała, że odwołujący nie wykazał zaistnienia przesłanek, które obligowałyby zamawiającego do wezwania wykonawców do przedstawienia wyliczeń ceny. Nie było pomiędzy stronami sporne, że koszty osobowe stanowią zasadniczy czynnik cenotwórczy w zakresie grupy robót nr 11. W tym zakresie odwołujący przedstawił w odwołaniu szczegółowe wyliczenia na potwierdzenie tego, że zaoferowane przez wykonawców ceny są na zbyt niskim poziomie i nie obejmują nawet kosztów wynagrodzeń, które zostały przez odwołującego ustalone w wysokości 5 775 336,00 zł. Izba za słuszne uznała stanowisko przedstawione w tym zakresie przez stronę przeciwną, tj. że odwołujący, uzasadniając ww. zarzut, oparł się na swojej indywidualnej kalkulacji, nie uwzględniając odmiennych sposobów zapewnienia składu osobowego grup patrolowych i interwencyjnych. W szczególności odwołujący nie uwzględnił okoliczności, że pracownicy grup patrolowych i interwencyjnych, będąc zobowiązanymi do pozostawania w dyspozycyjności, mogą być również zaangażowani w realizację innych zadań, a koszty ich pracy będą się rozkładać na różne pozycje kosztowe. Wykonawca Budia przedstawił w piśmie procesowym z dnia 4 sierpnia 2022 r. trzy przykładowe kalkulacje ceny dotyczące realizacji zamówienia podstawowego w zakresie zarządzania kontraktem. Kalkulacje te zostały przedstawione na potwierdzenie możliwości zrealizowania przedmiotu zamówienia zgodnie z ustanowionymi przez zamawiającego warunkami zamówienia przy koszcie wynagrodzeń z zakresu zarządzania kontraktem nieprzekraczającym wartości wyceny zaoferowanej przez tego wykonawcę. Przedstawione przez wykonawcę Budia kalkulacje nie zostały zakwestionowane przez odwołującego. W odniesieniu do podnoszonej przez odwołującego kwestii ponoszenia kosztów z tytułu korzystania przez wykonawcę z instytucji dyżuru, wymaga zauważenia, że w ramach każdej kalkulacji została podana dodatkowa kwota, która w ocenie wykonawcy Budia pozwoli pokryć dodatkowe koszty zarządzania kontraktem, w tym również ewentualne dodatkowe koszty z tytułu pełnienia pracy w godzinach dyżurów/nadgodzin. Również w zakresie pozostałych kosztów (koszty paliwa, koszty pozostałe związane z transportem oraz koszty stałe - pozostałe) odwołujący i wykonawca Budia przedstawili własne kalkulacje (oraz dowody) uwzględniające indywidualne okoliczności oraz własne doświadczenie (jak np. w przypadku kalkulacji odwołującego dotyczącej kosztów paliwa posłużenie się mnożnikiem 15). Ponadto wymaga zauważenia, że szczegółowe badanie kalkulacji ceny sporządzonych przez wykonawców dokonywane jest w przypadku wszczęcia postepowania wyjaśniającego. Nie ma konkretnego katalogu okoliczności, którymi winien się kierować zamawiający przy podjęciu decyzji co do wystosowania do wykonawców wezwań w sprawie wyjaśnień wyliczenia ceny na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający może brać pod uwagę także posiadaną z urzędu wiedzę w zakresie możliwości realizacji zamówienia przez poszczególnych wykonawców. Zamawiający wskazał w tym zakresie na takie okoliczności, jak wysokość kwot (za 1 km zarządzania kontraktem) oferowanych w tego typu kontraktach o porównywalnej formule utrzymania w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia oraz posiadanie przez wykonawcę Budia zaplecza technicznego w związku z realizacją usługi utrzymania dróg ekspresowych na pobliskim odcinku w Rejonie w Sieradzu. Ww. okoliczności dodatkowo potwierdzają, że zaniechanie przez zamawiającego wezwania wykonawców Budia oraz Konsorcjum Rokom do udzielenia wyjaśnień ceny zamówienia podstawowego w zakresie Zarządzania kontraktem nie stanowiło naruszenia przepisu art. 224 ust. 1 ustawy Pzp. Z kolei w odniesieniu do ceny zaoferowanej przez wykonawców za zarządzanie kontraktem w zakresie prawa opcji zamawiający miał na uwadze, że wszyscy trzej wykonawcy, tj. wykonawca Budia, wykonawca Gnom oraz Konsorcjum Rokom zaoferowali ceny na bardzo zbliżonym poziomie (1 200 000,00 zł, 1 408 061,76 zł, 1 170 000,00 zł), a jedyną ceną odbiegającą znacząco od pozostałych jest ta zaoferowana przez odwołującego (2 319 996,00 zł). W tych okolicznościach sprawy niepowzięcie przez zamawiającego wątpliwości w zakresie cen zaoferowanych przez ww. trzech wykonawców należy uznać za uzasadnione. Natomiast w odniesieniu do wskazywanej przez odwołującego rażąco niskiej ceny oferty wykonawcy Gnom w zakresie wymienionych pozycji w ramach grup prac nr 1, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 10c oraz 12 należy wskazać, że w świetle przedstawionego przez odwołującego porównania tych cen z oferty wykonawcy Gnom oraz kosztorysu inwestorskiego istotnie

niektóre z tych cen, co do których istnieje znacząca różnica w odniesieniu do kosztorysu inwestorskiego, powinny były wzbudzić wątpliwości zamawiającego. Wymaga zauważenia, że zamawiający, jak i wykonawca Gnom, nie przedstawili w odniesieniu do powyższego żadnego stanowiska. Zasadność postawionego w tym zakresie zarzutu nie mogła jednak mieć żadnego wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, albowiem zasadność dokonanej przez zamawiającego czynności wyboru oferty wykonawcy Budia jako oferty najkorzystniejszej nie została przez odwołującego skutecznie zakwestionowana (art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp). Zarzut dopuszczenia się przez wykonawcę Gnom czynu nieuczciwej konkurencji nie został w tym zakresie wprost postawiony w odwołaniu, a jedynie kwestia ta została przez odwołującego wzmiankowana w treści odwołania. W związku z tym należy jedynie zauważyć, że w przypadku postawienia tego rodzaju zarzutu konieczne byłoby wykazanie zaniżenia całkowitej ceny zamówienia z prawa opcji, co stanowiło jedno z kryterium oceny ofert (a nie poszczególnych składników tej ceny), co w tym przypadku ze strony odwołującego i tak nie miało miejsca.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba uznała, że odwołanie nie podlega uwzględnieniu i w związku z tym orzekła, jak w punkcie pierwszym sentencji, na podstawie art. 553 oraz art. 554 ust. 1 pkt 1 a contrario ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r.

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 na uwadze powyższe, Izba orzekła jak w sentencji.

Przewodniczący: