

WYROK
z dnia 25 sierpnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Rams

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie z udziałem stron w dniu 25 sierpnia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 sierpnia 2022 r. przez wykonawcę **Intertoll Construction Sp. z o.o., z siedzibą w Gdańsku,**

w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad, Warszawa,**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: A. R. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo-Handlowe A. R., Serviam sp. z o.o., z siedzibą w Poddębicach oraz Grupa Producentów Owoców i Warzyw Warpol Sp. z o.o., z siedzibą w Dobrej,** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Intertoll Construction Sp. z o.o., z siedzibą w Gdańsku i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę tytułem wpisu od odwołania;

2.2 zasądza od wykonawcy Intertoll Construction Sp. z o.o., z siedzibą w Gdańsku na rzecz zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 z późn. 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:

UZASADNIENIE

W dniu 11 sierpnia 2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Intertoll Construction Sp. z o.o., z siedzibą w Gdańsku (dalej „Odwołujący”) zarzucając zamawiającemu Skarbowi Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad – Oddział Bydgoszcz (dalej „Zamawiający”) naruszenie:

- 1) art. 224 ust. 2 pkt. 1) ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (dalej - „PZP”) - poprzez jego niezastosowanie w stosunku do oferty wybranej jako najkorzystniejsza przejawiające się zaniechaniem zwrócenia się do wykonawcy składającego tę ofertę o udzielenie wyjaśnień co do rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia pomimo ustawowego obowiązku zwrócenia się o udzielenie takich wyjaśnień;
- 2) art. 224 ust. 1 PZP - poprzez jego niezastosowanie w stosunku do oferty wybranej jako najkorzystniejsza przejawiające się zaniechaniem zwrócenia się do wykonawcy składającego tę ofertę o udzielenie wyjaśnień co do rażąco niskiej ceny w zakresie istotnych części składowych złożonej przez niego oferty pomimo istnienia oczywistych i racjonalnych przesłanek uzasadniających obiektywne wątpliwości do co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w jego dokumentach;
- 3) art. 226 ust. 1 pkt. 7) PZP - poprzez jego niezastosowanie w stosunku do oferty wybranej jako najkorzystniejsza przejawiające się zaniechaniem odrzucenia tej oferty pomimo faktu, iż została ona złożona na warunkach czynu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący wniósł o: unieważnienie czynności Zamawiającego z dnia 2 sierpnia 2022 r. polegającej na wyborze najkorzystniejszej oferty w Postępowaniu, nakazanie Zamawiającemu ponownego przeprowadzenia oceny ofert i odrzucenie oferty wykonawcy, którego oferta została dnia 2 sierpnia 2022 r. wybrana jako najkorzystniejsza, jako złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji; względnie, w razie nieuwzględnienia zarzutów odwołania w tym zakresie: nakazanie Zamawiającemu zwrócenia się do wykonawcy, którego oferta została dnia 2 sierpnia 2022 r. wybrana jako najkorzystniejsza, o udzielenie wyjaśnień co do rażąco niskiej ceny i jej istotnych części składowych oraz jej odrzucenia w razie uznania, iż zawiera ona cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia,

zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego stosownie do spisu kosztów złożonych do akt sprawy.

W uzasadnieniu przedstawionych zarzutów Odwołujący wskazał, że jest jednym z wykonawców, którzy złożyli swoje oferty w ramach organizowanego przez Zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Całoroczne utrzymanie autostrady AI odc. węzeł Toruń Południe (z węzłem) - węzeł Kutno Północ (bez węzła) od km 151 +900 do km 244+300 zarządzanej przez GDDKiA Oddział w Bydgoszczy Rejon we Włocławku”, oznaczonego znakiem O/BY.D-3.2413.12.9.2021.32 (dalej - „Zamówienie”). Dnia 2 sierpnia 2022 r. Zamawiający na swojej stronie internetowej poinformował o wyborze, jako oferty najkorzystniejszej, oferty złożonej przez konsorcjum w składzie Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Ustugowo-Handlowe A. R., Serviam sp. z o.o. oraz Grupa Producentów Owoców i Warzyw Warpol sp. z o.o. (dalej - „Konsorcjum”), która uzyskała największą liczbę punktów obliczoną zgodnie z pkt. 21.2 Tomu I SWZ.

Zaniechanie weryfikacji oferty Konsorcjum na warunkach art. 224 ust. 2 pkt 1) PZP

Odwołujący wskazał, że stosownie do art. 224 ust. 2 pkt. 1) PZP w przypadku, gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10 PZP, Zamawiający zobowiązany jest do zwrócenia się do wykonawcy składającego tę ofertę o udzielenie wyjaśnień co do ceny lub jej istotnych części składowych rażąco niskich w stosunku do przedmiotu zamówienia, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia tej ceny i jej istotnych części składowych. W prowadzonym Postępowaniu złożono 11 ofert, z których żadna nie podlegała odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 lub 10 PZP.

Średnia arytmetyczna tych ofert wynosi 125 147 507,53 PLN.

Cena zaoferowana przez Konsorcjum wynosi 87 431 470,47 PLN.

Różnica pomiędzy ceną zaoferowaną przez Konsorcjum a średnią arytmetyczną wszystkich ofert wynosi 37 716 037,06 PLN, co stanowi 30,14% tej średniej.

Tym samym, bezsprzecznie cena zaoferowana przez Konsorcjum jest niższa „o co najmniej 30%” od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10 PZP, co obligowało Zamawiającego do zwrócenia się do Konsorcjum o udzielenie wyjaśnień co do tej ceny.

Zamawiający zaniechał jednak wykonania swojego ustawowego obowiązku i wybrał ofertę Konsorcjum jako najkorzystniejszą, czym naruszył przepisy prawa, doprowadzając do wyboru oferty na warunkach domniemania istnienia rażąco niskiej ceny, o czym szerzej w pkt. III.D poniżej. Dowód: akta postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Zaniechanie weryfikacji oferty Konsorcjum na warunkach art. 224 ust. 1 PZP

Odwołujący wskazał, że cena oferowana w Postępowaniu przez poszczególnych wykonawców stanowi sumę 15 pozycji, które obrazują koszt realizacji poszczególnych kategorii prac lub usług objętych Zamówieniem. Ponieważ koszty realizacji tych prac lub usług mają bezpośredni i znaczący wpływ na całkowitą cenę oferty należy uznać poszczególne z tych wartości za „istotne części składowe” zaoferowanej ceny w rozumieniu art. 224 ust. 1 PZP.

Na kanwie powyższego, niezależnie od zarzutu podniesionego w pkt III.A powyżej, Odwołujący zwrócił uwagę, iż poszczególne istotne elementy składowe oferty Konsorcjum, zobrazowane w cenach realizacji poszczególnych grup prac lub usług, w sposób obiektywny wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia, a skala zniżenia cen w poszczególnych grupach musi budzić uzasadnione wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu Zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentacji Postępowania. Odwołujący wskazał, że choć w PZP brak jest jednoznacznych wytycznych w tym zakresie, to w ocenie Odwołującego dla zobrazowana istotnych rozbieżności kalkulacji przyjętej przez Konsorcjum w relacji do cen zaoferowanych przez innych uczestników zasadnym wydaje się odwołanie do formuły średniej arytmetycznej. Biorąc zatem pod uwagę średnie arytmetyczne cen zaoferowanych przez wszystkich 11 wykonawców w odniesieniu do poszczególnych grup prac nie sposób nie zauważyć, że w aż 9 z 15 wyznaczonych przez Zamawiającego grupach oferta Konsorcjum jest znacząco niższa od tej średniej.

Różnice te są dość pokaźne:

w grupie nr 1 cena zaoferowana przez Konsorcjum stanowi 48% średniej cen zaoferowanych w tej grupie przez wszystkich wykonawców;

w grupie nr 2 cena zaoferowana przez Konsorcjum stanowi 67% średniej cen zaoferowanych w tej grupie przez wszystkich wykonawców;

w grupie nr 3 cena zaoferowana przez Konsorcjum stanowi 39% średniej cen zaoferowanych w tej grupie przez wszystkich wykonawców;

w grupie nr 4 cena zaofferowana przez Konsorcjum stanowi 62% średniej cen zaofferowanych w tej grupie przez wszystkich wykonawców;

w grupie nr 5 cena zaofferowana przez Konsorcjum stanowi 63% średniej cen zaofferowanych w tej grupie przez wszystkich wykonawców;

w grupie nr 7 cena zaofferowana przez Konsorcjum stanowi 52% średniej cen zaofferowanych w tej grupie przez wszystkich wykonawców;

w grupie nr 9 cena zaofferowana przez Konsorcjum stanowi 57% średniej cen zaofferowanych w tej grupie przez wszystkich wykonawców;

w grupie nr 10a cena zaofferowana przez Konsorcjum stanowi 57% średniej cen zaofferowanych w tej grupie przez wszystkich wykonawców;

w grupie nr 10c cena zaofferowana przez Konsorcjum stanowi zaledwie 16% średniej cen zaofferowanych w tej grupie przez wszystkich wykonawców; tj. uśredniona cena zaofferowana przez Konsorcjum w tych grupach wynosiła 51% średniej cen zaofferowanych w tych grupach przez wszystkich wykonawców.

Dowód: kalkulacja nr 1 Odwołującego

Odwołujący wskazał, że nawet jeżeli wyłączyć z powyższej kalkulacji najdroższą z ofert, złożoną przez konsorcjum w składzie Strabag sp. z o.o. i Thtringer Strassenwartung und Instandhaltungsgesellschaft mbH & Co. KG. (która jest o ok. 84% wyższa od oferty Konsorcjum), wówczas i tak powyższe wartości będą się przedstawiać analogicznie:

w grupie nr 1 - 49%

w grupie nr 2 - 69%

w grupie nr 3 - 40%;

w grupie nr 4 - 63%;

w grupie nr 5 - 65%;

w grupie nr 7 - 52%;

w grupie nr 9 - 59%;

w grupie nr 10a - 56%;

w grupie nr 10c - 16%;

dając uśrednioną cenę w tych grupach wynoszącą 52% średniej cen zaofferowanych przez wszystkich wykonawców, z wyłączeniem najdroższej oferty.

Dowód: kalkulacja nr 2 Odwołującego

Zdaniem Odwołującego, nie sposób zatem nie stawiać pytań o to, jak Konsorcjum było w stanie skonstruować tak niską ofertę w poszczególnych kategoriach prac, zachowując

jednocześnie zdolność do wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymogami Postępowania.

Znamienne jest przy tym, iż wpływ w Postępowaniu aż 11 ofert, z których żadnej nie sposób uznać za rażąco wygórowaną, pozwalana na uznanie, iż średnia arytmetyczna tych cen (w tym ich poszczególnych części składowych) obrazują dość dobrze rynkowe realia kosztów realizacji Zamówienia. Realia, od których oferta Konsorcjum odbiega w dół o ponad 30%. Odwołujący wskazał przy tym, że zgodnie z orzecznictwem Izby punktem odniesienia dla kwalifikacji ceny jako rażąco niskiej nie jest wyłącznie ustalona przez zamawiającego szacunkowa wartość zamówienia, ale są nimi również ceny rynkowe przedmiotu zamówienia czy też ceny zaoferowane przez innych wykonawców (por. wyrok z dnia 10.05.2016 r., KIO 616/16). Jak wskazano wyżej, średnią cen zaoferowanych w postępowaniu można uznać przy tym za rynkowy szacunek kosztów realizacji Zamówienia.

W ocenie Odwołującego, okoliczności powyższe powinny być wzbudzić uzasadnione wątpliwości po stronie Zamawiającego i stosownie do art. 224 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający powinien był zwrócić się do Konsorcjum o udzielenie wyjaśnień w tej kwestii i przedstawienie dowodów w zakresie wyliczenia ww. cen, stanowiących wszak istotne części składowe całościowej ceny ofertowej. Odwołujący powołał się na wyrok z dnia 16.10.2020 r., KIO 2064/20.

Zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum na warunkach art. 226 ust. 1 pkt 7) PZP

Odwołujący wskazał, że w jednej grupie prac - nr 12 (czystość na obiektach inżynierskich) - cena zaoferowana przez Konsorcjum jest najwyższa z wszystkich 11 ofert złożonych w Postępowaniu. Kwota ta przebija aż o 87% średnią cen zaoferowanych przez wszystkich wykonawców w tej grupie prac, w tym jest o prawie 70% wyższa od ceny zaoferowanej w tej grupie przed najdroższego wykonawcę. Odwołujący wskazał na specyfikę Zamówienia, które w największym uproszczeniu polega na udzielaniu zwycięskiemu wykonawcy zleceń na realizacji poszczególnych prac wycenianych w grupach prac opisanych w jego ofercie, jednakże bez żadnej gwarancji udzielenia takiego zlecenia na jakąkolwiek część prac stanowiących przedmiot Zamówienia. Innymi słowy - wykonawcy wyceniają poszczególne kategorie prac ponosząc przy tym ryzyko, że nie zostaną one im zlecone i zaoferowana przez nich cena nie zostanie im zapłacona.

W ocenie Odwołującego powyższy mechanizm rodzi ryzyko zaburzenia treści ofert poprzez samodzielne skalowanie przez wykonawców, które elementy prac są bardziej prawdopodobne do zlecenia przez Zamawiającego, a tym samym w zakresie których

osiągnięcie zysku z realizacji Zamówienia jest potencjalnie bardziej realne. Zawarcie w ofercie Konsorcjum rażąco niskiej ceny w aż 9 z 15 grup prac przy jednoczesnym zawarciu w niej rażąco wygórowanej ceny w 1 z takich grup świadczyć może o chęci celowego zaniżenia cen we wskazanych wyżej grupach, nakierowanego na osiągnięcie zysku w grupie wytypowanej przez Konsorcjum jako najbardziej prawdopodobnie przeznaczonej do realizacji. W ocenie Odwołującego takie działanie jest jednak niezgodne z zasadami uczciwej konkurencji, gdyż utrudnia pozostałym oferentom dostęp do uzyskania Zamówienia, prowadzi bowiem w istocie do oferowania przez Konsorcjum usług poniżej kosztów ich świadczenia, a tym samym do sztucznego zaniżenia wartości zamówienia i stworzenia oferty, która nie odpowiada realiom rynkowym. Zachowanie tego rodzaju, jako sprzeczne z prawem i dobrymi obyczajami oraz naruszające interes innych przedsiębiorców, wypełnia znamiona czynu nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, zaś konkretnie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji opisany w art. 15 ust. 1 pkt. 1) ustawy.

W ocenie Odwołującego, w powyższych warunkach oferta Konsorcjum powinna była podlegać odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp.

Izba ustaliła co następuje:

Izba ustaliła, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Całoroczne utrzymanie autostrady A1 odc. węzeł Toruń Południe (z węzłem) - węzeł Kutno Północ (bez węzła) od km 151 +900 do km 244+300 zarządzanej przez GDDKiA Oddział w Bydgoszczy Rejon we Włocławku”, oznaczonego znakiem O/BY.D-3.2413.12.9.2021.32 (dalej „Postępowanie”).

Izba ustaliła, że w Postępowaniu oferty złożyło 11 wykonawców:

Nr oferty	Nazwa i siedziba Wykonawcy	Cena (PLN brutto)
1	Konsorcjum w składzie: 1. STRABAG Sp. z o.o., ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków - Lider 2. Thüringer Straßenwartungs - und Instandhaltungsgesellschaft mbH & Co. KG., Wandersleber Strasse 15, 99192 Nesse-Apfelstädt - Partner	160 598 085,90
2	FBSerwis SA, ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa	119 078 181,44
3	Przedsiębiorstwo Robót Drogowo-Mostowych Sp. z o.o., ul. Południowa 17/19, 97-300 Piotrków Trybunalski	140 521 867,36

4	Saferoad Grawil Sp. z o.o., ul. Komunalna 7, 87-800 Włocławek	119 458 350,60
5	Konsorcjum w składzie: 1. Rokom Sp. z o.o., ul. Karnicka 22, 03-162 Warszawa - Lider 2. POL DRÓG Warszawa Sp. z o.o., ul. Wólczyńska 133, 03-162 Warszawa - Partner	139 371 511,03
6	ZABERD Sp. z o.o., ul. Bystrzycka 24, 54-215 Wrocław	142 348 556,39
7	Intertoll Construction Sp. z o.o., ul. Kartuska 314, 80-125 Gdańsk	102 853 380,32
8	„GNOM” Sp. z o.o., ul. Techniczna 20, 92-518 Łódź	121 670 205,73
9	Konsorcjum w składzie: 1. BADER-DROG Sp. z o.o. Sp.k., Łubowo 25a, 62-260 Łubowo - Lider 2. „BADERA” Firma Produkcyjno-Handlowo-Usługowa Tadeusz Badera, Dalachów 354, 46-325 Rudniki - Partner 3. BUDIa-Standard Sp. z o.o., ul. Lwowska 31 lok. 101, 56-400 Oleśnica - Partner	124 120 578,01
10	Konsorcjum w składzie: 1. Abramss Sp. z o.o., ul. Świętokrzyska 30/63, 00-116 Warszawa - Lider 2. Z.U. Sp. z o.o., ul. Mazowiecka 16, 06-200 Maków Mazowiecki - Partner	119 170 395,58
11	Konsorcjum w składzie: 1. Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo-Handlowe A. R., Lipianki 87A, 09505 Nowy Duninów - Lider 2. SERVIAM Spółka z o.o., ul. Sienkiewicza 31, 99-200 Poddębice - Partner 3. Grupa Producentów Owoców i Warzyw WARPOL Sp. z o.o., ul. Parkowa 8, 88-210 Dobrze - Partner	87 431 470,47

Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę 95 357 894,51 PLN brutto.

Izba ustaliła, że w ramach postępowania Zamawiający dokonał szczegółowej analizy cen poszczególnych ofert, która przedstawia się następująco:

Nr oferty	Nazwa i siedziba Wykonawcy	Cena (PLN brutto)
1	Konsorcjum w składzie: 1. Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo-Handlowe A. R., Lipianki 87A, 09-505 Nowy Duninów - Lider 2. SERVIAM Spółka z o.o., ul. Sienkiewicza 31, 99-200 Poddębice Partner 3. Grupa Producentów Owoców i Warzyw WARPOL Sp. z o.o., ul. Parkowa 8, 88-210 Dobrze - Partner dalej „Konsorcjum A. R.”	87 431 470,47
	Różnica cen (do średniej arytmetycznej z 10 ofert - bez Konsorcjum Strabag	71,90%

	Różnica cen (do średniej arytmetycznej z 11 ofert):	69,86%
	Różnica cen (do wyceny Zamawiającego):	91,69%
2	Intertoll Construction Sp. z o.o., ul. Kartuska 314, 80-125 Gdańsk	102 853 380,32
	Różnica cen (do średniej arytmetycznej z 10 ofert- bez Konsorcjum Strabag	84,58%
	Różnica cen (do średniej arytmetycznej z 11 ofert):	82,19%
	Różnica cen (do wyceny Zamawiającego):	107,86%
3	FBSerwis SA, ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa	119 078 181,44
	Różnica cen (do średniej arytmetycznej z 10 ofert - bez Konsorcjum Strabag	97,92%
	Różnica cen (do średniej arytmetycznej z 11 ofert):	95,15%
	Różnica cen (do wyceny Zamawiającego):	124,88%

4	Konsorcjum w składzie: 1. Abramss Sp. z o.o., ul. Świętokrzyska 30/63, 00-116 Warszawa Lider 2. Z.U. Sp. z o.o., ul. Mazowiecka 16, 06-200 Maków Mazowiecki - Partner	119 170 395,58
	Różnica cen (do średniej arytmetycznej z 10 ofert- bez Konsorcjum Straba	98,00%
	Różnica cen (do średniej arytmetycznej z 11 ofert):	95,22%
	Różnica cen (do wyceny Zamawiającego):	124,97%
5	Saferoad Grawil Sp. z o.o., ul. Komunalna 7, 87-800 Włocławek	119 458 350,60
	Różnica cen (do średniej arytmetycznej z 10 ofert- bez Konsorcjum Straba	98,24%
	Różnica cen (do średniej arytmetycznej z 11 ofert):	95,45%
	Różnica cen (do wyceny Zamawiającego):	125,27%
6	„GNOM” sp. z o.o., ul. Techniczna 20, 92-518 Łódź	121 670 205,73
	Różnica cen (do średniej arytmetycznej z 10 ofert- bez Konsorcjum Straba	100,06%
	Różnica cen (do średniej arytmetycznej z 11 ofert):	97,22%
	Różnica cen (do wyceny Zamawiającego):	127,59%
7	Konsorcjum w składzie: 1. BADER-DROG sp. z o.o. sp.k., Łubowo 25a, 62-260 Łubowo Lider 2. „BADERA” Firma Produkcyjno-Handlowo-Uslugowa Tadeusz Badera, Dalachów 354, 46-325 Rudniki - Partner 3. BUDiA-Standard Sp. z o.o., ul. Lwowska 31 lok. 101, 56-400 Oleśnica - Partner	124 120 578,01
	Różnica cen (do średniej arytmetycznej z 10 ofert- bez Konsorcjum Straba	102,07%
	Różnica cen (do średniej arytmetycznej z 11 ofert):	99,18%

	Różnica cen (do wyceny Zamawiającego):	130,16%
8	Konsorcjum w składzie:	
	1. Rokom Sp. z o.o., ul. Karnicka 22, 03-162 Warszawa - Lider	139 371 511,03
	2. POL DRÓG Warszawa sp. z o.o., ul. Wólczyńska 133, 03-162 Warszawa - Partner	
	Różnica cen (do średniej arytmetycznej z 10 ofert- bez Konsorcjum Strabag)	114,61%
	Różnica cen (do średniej arytmetycznej z 11 ofert):	111,37%
	Różnica cen (do wyceny Zamawiającego):	146,16%
9	Przedsiębiorstwo Robót Drogowo-Mostowych Sp. z o.o., ul. Południowa 17/19, 97-300 Piotrków Trybunalski	140 521 867,36
	Różnica cen (do średniej arytmetycznej) z 10 ofert- bez Konsorcjum Strabag	115,56%
	Różnica cen (do średniej arytmetycznej z 11 ofert):	112,28%
	Różnica cen (do wyceny Zamawiającego):	147,36%
10	ZABERD sp. z o.o., ul. Bystrzycka 24, 54-215 Wrocław	142 348 556,39
	Różnica cen (do średniej arytmetycznej z 10 ofert- bez Konsorcjum Strabag)	117,06%
	Różnica cen (do średniej arytmetycznej z 11 ofert):	113,74%
	Różnica cen (do wyceny Zamawiającego):	149,28%
11	Konsorcjum Strabag	160 598 085,90
	Różnica cen (do średniej arytmetycznej) z 10 ofert- bez Konsorcjum Strabag):	132,07 %
	Różnica cen (do średniej arytmetycznej z 11 ofert):	128,33%
	Różnica cen (do wyceny Zamawiającego):	168,42 %
	Średnia arytmetyczna z 10 ofert (bez Konsorcjum Strabag):	121 602 449,69
	Średnia arytmetyczna z 11 ofert:	125 147 507,53
	Kwota przeznaczona przez Zamawiającego na sfinansowanie zamówienia:	95 357 894,51

Różnica kwoty do średniej arytmetycznej z 10 ofert (bez Konsorcjum Strabag):	127,52%
Różnica kwoty do średniej arytmetycznej z 11 ofert:	131,24%

Izba ustaliła, że Komisja Przetargowa po dokonaniu analiz ofert w Postępowaniu, uznała ofertę Konsorcjum Strabag jako znacznie zawyżoną w stosunku do wyceny Zamawiającego oraz jako sztucznie zawyżającą średnią arytmetyczną cen wszystkich złożonych ofert. Komisja uznała, że wpływ ceny oferty Konsorcjum Strabag na relacje (rozbieżności) pomiędzy poszczególnymi ofertami w kontekście ich średniej arytmetycznej powoduje, że cena zaoferowana przez Konsorcjum A. R. nie wymaga wyjaśnień.

Izba ustaliła, że wykonawca - konsorcjum w składzie Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Ustugowo - Handlowe A. R., Serviam sp. z o.o. oraz Grupa Producentów Owoców i Warzyw Warpol sp. z o.o. (dalej „Przystępujący”) za realizację zamówienia zaoferował cenę 87 431 470,47 zł (brutto). Różna cena do średniej arytmetycznej z 10 ofert, nieuwzględniając oferty Konsorcjum Strabag wynosiła 71,90%, różnica do średniej arytmetycznej wszystkich 11 ofert wynosiła 69,86%, zaś różnica do wyceny Zamawiającego wynosiła 91,69%.

Izba ustaliła, że w dniu 2 sierpnia 2022 r. Zamawiający na swojej stronie internetowej poinformował o wyborze, jako oferty najkorzystniejszej, oferty złożonej przez Przystępującego.

Izba zważyła co następuje:

W ocenie Izby zarzuty podniesione przez Odwołującego okazały się niezasadne, co skutkowało oddaleniem odwołania.

Wskazać należy na wstępie, że zgodnie z art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, w przypadku gdy cena całkowita oferty 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, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia. Ustawodawca nałożył na Zamawiającego obowiązek wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny za realizację zamówienia w

sytuacja, gdy jest ona co najmniej o 30% niższa od średniej arytmetycznej cen ofert złożonych w postępowaniu, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych. Ustawodawca nie dookreślił sposobu definiowania „okoliczności oczywistych” do których referuje omawiana regulacja. Zadaniem Izby, skoro przepis art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp adresowany jest do zamawiającego, bowiem dotyczy on obowiązku zamawiającego dotyczącego wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, to odniesienie do „okoliczności oczywistych” należy odnieść do wiedzy zamawiającego i znanych mu okoliczności, które uzasadniają odstąpienie do wymogu wezwania. Takie okoliczności oczywiste mogą wynikać z doświadczenia zamawiającego z poprzednich postępowań, ogólnie dostępnych informacji dotyczących rynku czy też sytuacji ekonomicznej, specyficznych uwarunkowań danego wykonawcy, znanych zamawiającemu i możliwych do potwierdzenia w sposób obiektywny w przypadku sporu związanego z odstąpieniem od wezwania. Niezależnie do źródła czy rodzaju okoliczności jakie uzasadniały odstąpienie od skierowania wezwania do wykonawcy, zamawiający zawsze winien w sposób precyzyjny wskazać takie okoliczności i uzasadnić ich oczywisty charakter. Zdaniem Izby, nie ma podstaw, aby wyłącznie z art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp zawęzać wyłącznie do okoliczności oczywistych i powszechnie znanych każdemu wykonawcy działającemu na rynku. To zamawiający dokonuje badania i oceny oferty wykonawcy w zakresie prawidłowości wyceny kosztów za realizację zamówienia. Tym samym to okoliczności znane i oczywiste dla zamawiającego mogą uzasadniać odstąpienie do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp.

W analizowanym stanie faktyczny, zarzut Odwołującego został oparty na jednym stwierdzeniu. Skoro cena oferty Przystępującego wynosiła 30,14% średniej arytmetycznej ofert złożonych w postępowaniu, Zamawiający był zobligowany do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy. Zamawiający zaniechał wezwania, co uzasadnia, w ocenie Odwołującego, stwierdzenie naruszenia w/w regulacji. Odwołujący jednakże w swojej argumentacji pominął istotną część w/w regulacji, która zwalnia Zamawiającego z obowiązku zwrócenia się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień w przypadku, gdy rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia. Zdaniem Izby, takie okoliczności zostały wykazane przez Zamawiającego. Okolicznością bezsporną w sprawie jest to, że zostało złożone 11 ofert. Bezsporne jest również to, że wykonawca Konsorcjum Strabag dokonało wyceny kosztów realizacji zamówienia w sposób znacząco zawyżony i odbiegający od szacunków Zamawiającego, co tym samym w sposób istotny wpłynęło na średnią arytmetyczną cen wszystkich ofert złożonych w postępowaniu. Kwota przeznaczona przez Zamawiającego na sfinansowanie zamówienia to 95.357.894,51 zł, natomiast oferta Konsorcjum Strabag wynosi aż 160.598.085,90 zł. Co istotne, Zamawiający opierając się na swoim doświadczeniu z innych

postępowań, ustalił, że Konsorcjum Strabag (w identycznym składzie jak w niniejszym postępowaniu) w podobnych postępowaniach, prowadzonych przez GDDKiA na terenie całego kraju, składało oferty znacznie zawyżające średnie arytmetyczne oraz istotnie przewyższające kwoty przeznaczone przez zamawiających na sfinansowanie zamówień. Zamawiający przykładowo wskazał na postępowania prowadzone w Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad, gdzie relacja ceny oferty Konsorcjum Strabag do średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert oraz ustalonej przez zamawiającego wartości zamówienia przedstawia się następująco:

- 1) „Całoroczne kompleksowe (letnie i zimowe) utrzymanie drogi ekspresowej S5 na odcinku od węzła Leszno Zachód do granicy województwa” ogłoszone przez Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Poznaniu (nr postępowania O.PO.D-3.2413.102.2021), gdzie złożono 7 ofert. Kwota przeznaczona przez Zamawiającego – 54 154 157,28 zł; oferta Konsorcjum Strabag – 104 934 444,98 zł. Przy uwzględnieniu oferty Konsorcjum Strabag średnia arytmetyczna ze wszystkich ofert była o ok. 9% wyższa od kwoty przeznaczonej przez Zamawiającego. Natomiast odrzucając ofertę Konsorcjum Strabag i wyliczając średnią arytmetyczną z 6 ofert, jest ona niższa o 5% od kwoty przeznaczonej przez Zamawiającego;
- 2) „Całoroczne kompleksowe (letnie i zimowe) utrzymanie drogi ekspresowej S5 na odcinku od węzła Mosina do węzła Leszno Zachód” ogłoszone przez Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Poznaniu (nr postępowania O.PO.D-3.2413.101.2021), gdzie złożono 8 ofert. Kwota przeznaczona przez Zamawiającego – 57 764 121,18 zł. Oferta Konsorcjum Strabag – 104 337 979,18 zł. Przy uwzględnieniu oferty Konsorcjum Strabag średnia arytmetyczna ze wszystkich ofert była o ok. 77,5% wyższa od kwoty przeznaczonej przez Zamawiającego. Natomiast odrzucając ofertę Konsorcjum Strabag i wyliczając średnią arytmetyczną z 7 ofert, jest ona niższa o 9,5% od kwoty przeznaczonej przez Zamawiającego.
- 3) „Całoroczne (bieżące i zimowe) utrzymanie dróg krajowych zarządzanych przez GDDKiA Oddział w Warszawie, w podziale na 3 części. Część nr 3 - Rejon w Przasnyszu” ogłoszone przez Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie (nr postępowania GDDKiA.O.WA.D-3.2413.59.2021), gdzie złożono 4 oferty. Kwota przeznaczona przez Zamawiającego – 65 361 901,25 zł. Oferta Konsorcjum Strabag – 127 576 769,28 zł. Przy uwzględnieniu oferty Konsorcjum Strabag średnia arytmetyczna ze wszystkich ofert była o ok. 25% wyższa od kwoty przeznaczonej przez Zamawiającego. Natomiast odrzucając ofertę

Konsorcjum Strabag i wyliczając średnią arytmetyczną z 3 pozostałych ofert, była ona wyższa o zaledwie 1,4% od kwoty przeznaczonej przez Zamawiającego.

Okoliczności te Zamawiający potwierdził stosowanymi dowodami złożonymi do akt sprawy.

Mając na uwadze powyższe, zdaniem Izby, przywołane przez Zamawiającego przesłanki uzasadniające odstąpienie do wezwania z art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp zostały w sposób prawidłowy wykazane. Dla Zamawiającego było okolicznością oczywistą, ustaloną na podstawie dowodów zagrodzonych z innych postępowań, że Konsorcjum Strabag dokonuje znaczącego przeszacowania kosztów realizacji zamówień, odbiegającego w sposób istotnych od szacunków Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad, zawiązując tym samym średnią arytmetyczną cen oferty w poszczególnych postępowaniach. Przy czym Izba zauważa, że w przedmiotowym postępowaniu, Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, że wartość szacunkowo zamówienia ustalona przez Zamawiającego jest nieprawidłowa. Tym samym, Izba uznała, że Zamawiający prawidłowo zastosował przepis art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp. Zamawiający wskazał na okoliczności, którym można przypisać przymiot oczywistości, oceniany z punktu widzenia wiedzy i doświadczenia zamawiającego dokonującego oceny oferty złożonych w tym postępowaniu, jak również w innych postępowaniach. Izba podkreśla również, że sam Odwołujący dostrzegł nadzwyczajne zawyżenie ceny oferty Konsorcjum Strabag. W zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 224 ust.1 ustawy Pzp Odwołujący dokonuje kalkulacji z wyłączeniem oferty Konsorcjum Strabag.

Mając na uwadze powyższe, Izba uznała zarzut za niezasadny.

Zarzut naruszenia art. 224 ust. 1 ustawy Pzp

W ocenie Izby, zarzut nie potwierdził się. Należy wskazać, że zgodnie z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli istotna część składowa ceny lub kosztu wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzi 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 istotnych części składowych ceny lub kosztu. Ustawodawca nie zdefiniował pojęcia „istotna część składowa ceny”. Niewątpliwie formułując zarzut naruszenia w/w regulacji należy wykazać w pierwszej kolejności, że kwestionowany element wyceny przedmiotu zamówienia stanowi istotną część składową ceny. Ta istotność może być wykazana bądź to poprzez odniesienie się do

procentowego udziału w kosztach realizacji zamówienia bądź do znaczenia danego elementu w procesie realizacji zamówienia. Sam zamawiający ma możliwość określenia w SWZ taki istotnych elementów bądź to poprzez przypisanie takim elementom istotnego znaczenia w sposobie rozliczenia z wykonawcą czy też kryteriach oceny ofert. Innymi słowy, wykazanie, że zamawiający był zobowiązany do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie wyceny istotnej części składowej ceny wymaga sprecyzowania charakteru kwestionowanych usług, dostaw czy robót z punktu widzenia ich istotności w procesie realizacji potrzeb zamawiającego w danym postępowaniu.

Tymczasem w analizowanym stanie faktyczny, formułując zarzut zaniechania wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień dotyczących wyceny istotnych części składowych ceny, Odwołującego powołał się wyłącznie na różnice cenowe w ofertach poszczególnych wykonawców w zakresie wyceny wybranych elementów zamówienia. Uzasadnienie zarzutu Odwołującego sprowadza się do przedstawienia różnic procentowych w wycenie dokonanej przez Przystępującego względem pozostałych ofert złożonych w postępowaniu. Izba zwraca uwagę, że różnice procentowe w wycenie dokonanej przez poszczególnych wykonawców są powszechnym zjawiskiem na rynku zamówień publicznych. Wynikają one z indywidualnych uwarunkowań, przyjętej metodologii wyceny przedmiotu zamówienia czy szacowania ryzyk związanych z realizacją zamówienia i ich konsekwencji finansowych. Zdaniem jednak Izby, ta różnica w wycenie nie uzasadnia sama w sobie uznania, iż kwestionowane elementy stanowią istotną część składową ceny. Tą istotność Odwołujący winien wykazać poprzez odniesie się do charakteru prac realizowanych w poszczególnych grupach, ich procentowym udziale w ogólnych kosztach realizacji zamówienia, sposobie rozliczenia z zamawiającym czy też ich istotności w procesie realizacji zamówienia. Takiej argumentacji Odwołujący nie zawarł w treści odwołania. Co więcej, Izba wskazuje, że przepis art. 224 ust. 1 ustawy Pzp wymaga również wykazania, że wycena istotnych części składowych ceny budzi wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Tymczasem Odwołujący nie przywołał w treści uzasadnienia zarzutu żadnych wyliczeń Przystępującego zawartych w kosztorysie, nie wykazał w żaden sposób wątpliwości co do wyceny poszczególnych prac w obrębie kwestionowanych grup. Zdaniem Izby, oparcie się wyłącznie na zbiorczym zestawieniu różnic cenowych w wybiórczych grupach prac pomiędzy ofertą Przystępującego a pozostałymi ofertami złożonymi w postępowaniu, jest niewystarczającym na wykazanie rzekomych wątpliwości co do prawidłowości wyceny dokonanej przez Przystępującego. Izba stoi na stanowisku, że punktem wyjścia do stwierdzenia takich wątpliwości winny być dane liczbowe w zakresie kosztów zawarte w kosztorysie. Takich analiz Odwołujący nie przedstawił. Odwołujący przedstawił wyłącznie kalkulacje własne dla

wybranych 9 grup prac, tymczasem zamówienie składa się z 15 grup. Taka wybiórcza analiza i brak odniesienia od kosztorysu Przystępującego, uzasadniała zdaniem Izby uznanie, że nie doszło do naruszenia art. 224 ust. 1 ustawy Pzp.

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp

Zdaniem Izby zarzut nie potwierdził się. Odwołujący nie wykazał, że oferta Przystępującego została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji. Istota zarzutu Odwołującego sprowadzała się do twierdzenie, że Przystępujący znacząco zawyżył wartość prac w grupie nr 12, a zaniżył wartość prac w grupie nr 9 – 15.

Izba wskazuje, że zarzut czynu nieuczciwej konkurencji wymaga wykazania określonych przesłanek przez wykonawcę. Ustawodawca w art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji wskazuje, że czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Zdaniem Izby Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, iż w przedmiotowym postępowaniu Przystępujący oferuje usługi poniżej kosztów ich świadczenia w celu eliminacji innych przedsiębiorców z rynku. Zarzut sformułowany przez Odwołującego opiera się wyłącznie na hipotetycznych założeniach wykonawcy, które nie znalazły potwierdzenia w żadnych dowodach. Izba podkreśla, że z treści uzasadnienia zarzutu, nie wynika na jakiej podstawie Odwołujący twierdzi, że grupa prac nr 12 będzie tą najbardziej prawdopodobną do realizacji, skoro zgodnie z SWZ, to Zamawiający będzie zlecał poszczególne prace na bieżąco według swoich potrzeb. Wykonawca nie ma żadnego wpływu na częstotliwość występowania tego rodzaju potrzeb u Zamawiającego. Co więcej, jak wskazał Zamawiający, nawet sam Zamawiający nie jest w stanie dokładnie przewidzieć, która grupa prac będzie tą najczęściej realizowaną, gdyż konieczność wykonywania poszczególnych czynności uzależniona jest od częstotliwości występowania konkretnych zdarzeń. Przykładowo, jeżeli w danym sezonie opady deszczu będą bardzo obfite oczywistym jest, że wówczas roślinność będzie szybciej rosła, a tym samym częściej będzie trzeba realizować prace dotyczące koszenia traw z grupy nr 8 „Estetyka”.

Zdaniem Izby, Odwołujący zdaje się upatrywać w sposobie wyceny kosztów realizacji zamówienia przez Przystępującego tzw. „inżynierii cenowej”, polegającej na niezasadnej zbyt wysokiej wycenie określonej grupy prac, przy jednoczesnym zaniżeniu kosztów innych

grup prac. Jednakże, w uzasadnieniu swojego stanowiska, Odwołującego nie wykazał zawyżenia kosztów prac w grupie 12. Odwołujący nie analizuje w żaden sposób poziomu wyceny takich prac dokonanej przez Przystępującego w kosztorysie, a tym bardziej nie wykazuje ich niezasadnego zawyżenia. Odwołujący nie odniósł się również do szczegółowych wyliczeń Przystępującego zawartych w kosztorysie w zakresie prac w grupie 9 – 15, nie wykazał w żaden sposób ich wykonawca oferuje usługi poniżej kosztów ich wykonania. Ponadto Izba wskazuje, że sam Zamawiający w swoim kosztorysie inwestorskim dla prac z grupy 12 zakładał kwotę jeszcze wyższą niż kwota przewidziana przez Przystępującego. Tym samym, w ocenie Izby, zarzut uznać należy za niezasadny.

Mając na uwadze powyższe, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 557 oraz art. 574 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 oraz § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 31 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący: