

WYROK

z dnia 18 września 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Protokolant: Piotr Ceglowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 września 2020 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 sierpnia 2020 r. przez wykonawcę

REMONDIS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego

miasto stołeczne Warszawa - Zarząd Oczyszczania Miasta z siedzibą w Warszawie

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje miastu stołecznemu Warszawa - Zarządowi

Oczyszczania Miasta unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej dla części IV zamówienia oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert dla części IV zamówienia, w tym wezwanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia D. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą D. M. i M. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Kształtowania Terenów Zielonych M. W. oraz wykonawcy MS-EKO Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością do udzielenia wyjaśnień w trybie art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych,

2. kosztami postępowania obciąża miasto stołeczne Warszawa - Zarząd Oczyszczania

Miasta i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej przez REMONDIS Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od miasta stołecznego Warszawy - Zarządu Oczyszczania Miasta na rzecz REMONDIS Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 1897/20

Zamawiający: miasto stołeczne Warszawa - Zarząd Oczyszczania Miasta prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „opróżnianie koszy na terenie m.st. Warszawy” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 z późn. zm.), w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 11 maja 2020 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2020/S 091-217476. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

I Stanowisko Odwołującego

Odwołujący - REMONDIS Sp. z o.o. wniósł odwołanie w zakresie części IV zamówienia zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 90 ust. 1a pkt 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wezwania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia D. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą D. M. i M. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Kształtowania Terenów Zielonych M. W. (zwanych dalej „Konsorcjum M.”) oraz wykonawcy MS-EKO Sp. z o.o. (zwanego dalej „spółką MS-EKO”) do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny, w sytuacji, gdy ceny tych ofert są niższe odpowiednio o ponad 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, a rozbieżności te nie wynikają z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia,
2. art. 90 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum M. i spółki MS-EKO do złożenia wyjaśnień w sytuacji, gdy ceny zaoferowane przez tych wykonawców wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości co do możliwości wykonania za nie przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem zarzutów postawionych w odwołaniu,
3. wezwania wykonawców Konsorcjum M. i MS-EKO do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny,
4. dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w przypadku, gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia.

Średnia arytmetyczna cen ofert, które zostały wskazane w raporcie z aukcji dla części IV wynosi 4.269.671,62 zł. Najniższa z zaoferowanych cen, to cena Konsorcjum M. wynosząca 1.927.050,50 zł. Druga w kolejności jest cena zaoferowana przez spółkę MS-EKO wynosząca 1.938.050,49 zł. Porównanie tych cen ze średnią arytmetyczną cen

wszystkich ofert wskazanych w raporcie z aukcji w zakresie części IV prowadzi do wniosku, że są one niższe odpowiednio o 54,87 % i 54,61% od średniej arytmetycznej cen wszystkich ofert.

Gdyby przyjąć, że również w przypadku aukcji przy porównywaniu ceny ofertowej ze średnią arytmetyczną cen wszystkich złożonych ofert jako ceny referencyjne powinny być brane pod uwagę również ceny ofert, które zostały przez Zamawiającego odrzucone na podstawie art. 89 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz ceny ofert podlegających odrzuceniu, do obliczenia średniej arytmetycznej cen, o której mowa w art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych należy wziąć pod uwagę również cenę oferty wykonawcy odrzuconego. Wobec tego, uwzględniając cenę oferty odrzuconej, różnica pomiędzy średnią arytmetyczną cen wszystkich ofert a ceną oferty Konsorcjum M. i spółki MS-EKO wynosiłaby odpowiednio 55,55% i 55,30%.

Nie ma przeszkód, by badanie cen ofert złożonych przez wykonawców odbywało się również w stosunku do cen zaoferowanych w wyniku aukcji.

W przedmiotowym stanie faktycznym zaktualizowała się przesłanka obligująca Zamawiającego do skierowania do Konsorcjum M. i spółki MS-EKO wezwania do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny. Zwłaszcza, że na gruncie niniejszej sprawy nie wystąpiły żadne okoliczności, które mogłyby uzasadniać twierdzenie, iż rozbieżności pomiędzy zaoferowanym przez tych wykonawców cenami a średnią arytmetyczną cen wszystkich złożonych ofert wynikają z „okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia”.

Nie ulega wątpliwości, że zaniechanie przez Zamawiającego skierowania do wykonawców Konsorcjum M. i spółki MS-EKO wezwania do złożenia wyjaśnień, w tym przedstawienia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny stanowi naruszenie przepisu art. 90 ust. 1a pkt 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, jeżeli zaoferowana cena lub

koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu

zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie określonym w tym przepisie.

W ocenie Odwołującego ceny zaoferowane przez wykonawców Konsorcjum M. i spółkę MS-EKO za realizację przedmiotu zamówienia są rażąco niskie, tj. nierealistyczne, nierynkowe, a co za tym idzie, nie jest możliwe wykonanie przedmiotu zamówienia w tych cenach.

Zgodnie z § 4 ust. 4 załącznika nr 4 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia - wzór umowy „Ceny jednostkowe będą obowiązywały przez cały okres realizacji umowy i obejmują całość wynagrodzenia na rzecz Wykonawcy z tytułu wykonania niniejszej umowy w tym wszelkie wydatki i nakłady. w tym w szczególności koszty transportu, materiałów, zapewnienia wkładów do koszy itp.” Ceny zaoferowane przez Konsorcjum M. i spółkę MS-EKO nie wystarczą na pokrycie pełnych kosztów związanych z realizacją zamówienia, na które składają się m.in. koszty:

- zatrudniania pracowników i świadczenia przez nich pracy na podstawie umowy o pracę w rozumieniu Kodeksu pracy - w tym koszty wynagrodzenia (przy czym należy mieć na uwadze prognozowany wzrost minimalnego wynagrodzenia za pracę w 2021 r.), koszty świadczeń ZUS, dodatku za pracę w nocy; należy mieć również na uwadze, że do należytego wykonania przedmiotu zamówienia niezbędne jest zatrudnienie nie tylko pracowników fizycznych, ale również kierowców, operatorów HDS, pracownika kontroli, których wynagrodzenie ze względu na kwalifikacje jest wyższe niż minimalna krajowa,
- zapewnienia pracownikom odzieży roboczej, ciepłych posiłków i wody,
- zapewnienia odpowiedniej ilości pojazdów spełniających określone wymagania (w tym 2 samochody ciężarowe spełniające minimum wymogi normy Euro 5 o ładowności max. 3,51 wyposażone w zabezpieczenie skrzyni przed wywiewaniem śmieci, 1 samochód wyposażony w HDS do załadunku i przewozu koszy, samochód dla pracownika kontrolnego) wraz z kosztami ich eksploatacji, amortyzacji, ubezpieczenia, warsztatu i paliwa,
- zapewnienia wkładów do koszy o parametrach określonych w załączniku nr 2 do wzoru umowy - „Standardy jakościowe wykonywanych prac oraz warunki techniczne realizacji umowy”, w tym 14 wkładów metalowych do koszy żeliwno-stalowych o pojemności 70 litrów oraz koszty związane z oznakowaniem wkładów w sposób umożliwiający odróżnienie wkładu wykonawcy

od wkładu Zamawiającego,

- rozstawienia i zebrania wkładów,
- zakupu worków,
- zakupu środków czystości do mycia koszy oraz zgodnie z punktem 1.3 załącznika nr 2 do wzoru umowy środków biodegradowalnych, nieszkodliwych dla środowiska do usuwania osadów komunikacyjnych, osadów pokonsumpcyjnych oraz innych zabrudzeń,
- związane z wymaganą myjką ciśnieniową - koszty amortyzacji i paliwa do myjki,
- zakupu wody do mycia koszy,
- wywozu oraz unieszkodliwienia odpadów (Zamawiający wskazał w wyjaśnieniach

specyfikacji z 4 czerwca 2020 r., że w 2019 r. odebrano 817,86 Mg odpadów, z doświadczenia Odwołującego wynika jednak, że realna ilość opadów jest o blisko 100 Mg

wyższa),

- zapewnienia pozostałej infrastruktury niezbędnej do należytego wykonania zamówienia, w tym m.in. bazy magazynowo-transportowej.

W postępowaniu oferty złożyło również 14 innych wykonawców, a ceny ich ofert znacząco przewyższają ceny zaoferowane przez Konsorcjum M. i spółkę MS-EKO, uzasadnione wątpliwości budzi rynkowy charakter cen kwestionowanych ofert oraz możliwość wykonania za nie przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Z tego powodu Zamawiający zobligowany był do skierowania do ww. wykonawców wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Zamawiający powinien być zwrócić się do wykonawców o przedstawienie szczegółowej wyceny wszystkich prac, tak, aby móc wnikliwie sprawdzić, czy na pewno w poszczególnych pozycjach cenowych został uwzględniony pełen zakres kosztów, które będą niezbędne do poniesienia w toku realizacji zamówienia.

Jak podkreślono w wyroku KIO 1946/18 „skoro określenie ceny oferty jako mogącej nosić znamiona rażąco niskiej dokonywane jest w szeroko pojętych realiach danej sprawy, to również weryfikacja, czy zamawiający był zobligowany do przeprowadzenia procedury wyjaśniającej sposób kalkulacji ceny oferty, wskazanej w art. 90 ust 1 p.z.p., w tym badanie czy zaistniała przesłanka obligująca zamawiającego do rozpoczęcia wyjaśnienia ceny oferty (...) jest dokonywana w okolicznościach faktycznych danego, konkretnego zamówienia, przy uwzględnieniu realiów danego rynku. I pomimo, że w art. 90 ust. 1 p.z.p. ustawodawca zawarł normę określającą fakultatywne wezwanie do złożenia wyjaśnień, w przeciwieństwie do art. 90 ust. 1a p.z.p., to w przypadku zajścia okoliczności, o których mowa w hipotezie przepisu (...) przeradza się to w obowiązek zamawiającego, którego zaniechanie może spowodować negatywne dla niego skutki”.

Zamawiający zatem zobowiązany był wszcząć obligatoryjne postępowanie wyjaśniające w trybie określonym w art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych, a poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum M. i spółki MS-EKO do udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny naruszył art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień

publicznych.

II Stanowisko Zamawiającego

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wniósł o jego oddalenie.

Zamawiający stwierdził, że taka konfiguracja cen ofert wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia, co prowadzi do możliwości odstąpienia od żądania wyjaśnień poziomu ceny. Zauważył, że ceny ofert siedmiu wykonawców w części IV są niższe o 30% od średniej arytmetycznej ofert. Uzasadnienie odstąpienia od wezwania zawarł w protokole z posiedzenia komisji przetargowej z 2 lipca 2020 r. Z zawartego tam wyliczenia wynika, który z wykonawców złożył oferty niższe o 30% w stosunku do średniej i dlaczego nie należy się opierać jedynie na arytmetyce. Podkreślił, że ceny części ofert są oderwane od realiów rynkowych i sięgają nawet 13 mln zł. Część wykonawców nie wzięła udziału w aukcji albo dokonała jedynie postąpień pozornych, np. z 8 mln do 7 mln, gdy wiedzą, że za tę kwotę nie ma możliwości uzyskania zamówienia. Analiza dokonana przez Zamawiającego potwierdza, że różnica pomiędzy cenami ofert jest drastyczna, zaś w części IV wartość ofert najkorzystniejszych plasuje się na poziomie cen rynkowych z lat poprzednich. To uprawniliło Zamawiającego do odstąpienia od badania zgodnie z art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Gdyby przyjąć średnią arytmetyczną, to również oferta Odwołującego

powinna być poddana badaniu. Zamawiający musiałby badać oferty jeszcze przed aukcją. Jeśli nie uwzględnić czterech najwyższych cen ofert, to 70% średniej arytmetycznej to kwota 1.838.671 zł. Pięciu wykonawców nie składało postępowań, co sztucznie zaburza średnią ofert.

Przebieg aukcji obrazuje, czy wszyscy wykonawcy byli prawdziwie zainteresowani uzyskaniem zamówienia.

Art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych przed nowelizacją z 2016 r. miał inne brzmienie, natomiast końcowa część przepisu, dająca zamawiającemu element oceny, została wprowadzona z tego powodu, że samo stosowanie arytmetyki prowadziło do sytuacji absurdalnych. Zauważył, że wykonawca Byś, który w części IV złożył ofertę z wysoką ceną, w innych częściach po aukcji zszedł z tej ceny o 50 do 70 %. Również Lekaro w innych częściach znacznie obniżył cenę.

Przedstawione przez Odwołującego kalkulacje to twierdzenia Odwołującego oparte na nieznanych założeniach co do organizacji pracy, stawek i zmiennych i są nieprzydatne dla rozstrzygnięcia, gdyż nie wiadomo, co Odwołujący zamierzał nimi wykazać, tj. czy nie zachodzi oczywista okoliczność pozwalająca na odstąpienie od wyjaśnień, czy też, że są wątpliwości co do poziomu ceny. Zamawiający porównał wyjaśnienia Odwołującego złożone w analogicznym postępowaniu dwa lata wcześniej i po uwzględnieniu waloryzacji stwierdził, że porównując cenę z tamtego postępowania oraz obecnego, kwestionowane ceny są cenami rynkowymi, ponieważ dwa lata temu Odwołujący twierdził, że cena 1,03 zł za opróżnienie kosza jest prawidłowa, natomiast obecnie uznaje, że cena 1,54 zł za opróżnienie jest zbyt niska.

Zamawiający przedstawił własną kalkulację wykonania zamówienia dla części IV na kwotę 1.546.939,04 złotych brutto, w której przyjął 920 ton odpadów i 900 zł za ich zagospodarowanie za tonę, która jest ceną instalacji Odwołującego. Wskazał, że worki używane są tylko w sytuacjach awaryjnych, gdy wkład do kosza zostanie ukradziony lub zdewastowany, do czasu jego wymiany i jest to koszt kilkudziesięciu złotych w skali roku. Zamawiający nie zawarł też wymogu posiadania osobnej osoby kontrolera, a pojazd HDS jest używany sporadycznie. Umowa o pracę obowiązuje zaś tylko do opróżniania koszy (kierowcy i ładowacze). Wskazane 1.546.939,04 zł to o 400.000 zł mniej niż cena oferty wybranej, w której to kwocie mieszczą się pozostałe koszty, których mógł nie ująć oraz zysk wykonawcy.

Zamawiający wyjaśnił, że wartość szacunkową zamówienia podstawowego obliczył w oparciu o aktualne ceny świadczenia tej usługi, a wyniki przetargu potwierdzają, że mniej więcej jest to cena odpowiadająca wartości świadczonej usługi. Natomiast jako kwotę na sfinansowanie zamówienia podał jedynie 1,4 mln zł, która to kwota jest znacznie niższa od wartości szacunkowej, gdyż nie posiadał większej kwoty w budżecie.

Podkreślił, iż Odwołujący nie ustosunkował się do argumentacji Zamawiającego, dlaczego nie był on zobowiązany do wyjaśnień. Zamawiający uznał ceny dwóch kwestionowanych ofert za rynkowe, natomiast dopiero podejrzenie rażąco niskiej ceny powoduje wszczęcie procedury badania oferty. To, że Odwołujący nie może zejść poniżej pewnego poziomu kosztów, nie oznacza, że inny wykonawca nie może. Suez i Remondis to dwie duże firmy, a różnica z kwestionowanymi ofertami to 200.000 zł. Jeśli odejmiemy się 8% kosztów pośrednich i 13% zysku wskazanych przez Odwołującego, to daje to większą różnicę niż wskazane 200.000 zł.

Obecnie oferowana cena przez wybranego wykonawcę jest o 50% wyższa od ceny oferowanej przez Odwołującego 2 lata temu. Odwołujący opróżnia kosze za stawkę 1,78 zł brutto, a obecnie zaoferował 1,74 zł brutto i to przy wskazaniu, że koszty rosną.

Zdaniem Zamawiającego nie ma takiej różnicy co do specyfiki dzielnic, jak wskazuje Odwołujący, a Zamawiający dostosowuje liczbę opróżnień do specyfiki centrum i dzielnic typowo mieszkalnych.

Odwołujący nie wskazał skali zaangażowania pracownika do realizacji tej właśnie umowy. Ze specyfiki świadczenia usług wynika, że pracownicy mogą jednocześnie realizować kilka różnych umów. Zamawiający uważa też, że nie ma potrzeby angażowania siedmiu ekip przy wymogu dwóch pojazdów w dzień i trzech w nocy. Również kontroler jest według niego sztucznym kosztem. Zamawiający nie wymagał przedstawiania mu dokumentacji dotyczącej odpadów poza miesięcznym zestawieniem. Poza tym i bez zamówienia Zamawiającego wykonawca musi mieć samochody z GPS. Do swojej kalkulacji Zamawiający przyjął koszty utylizacji instalacji Remondisu, które są najwyższe, zatem przy innej, tańszej instalacji, wykonawcy ponosiliby niższe koszty niż w jego kalkulacji.

III Ustalenia Izby

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a Odwołujący

ma interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba ustaliła także, iż stan faktyczny postępowania w zakresie postawionych zarzutów nie jest sporny między Stronami.

Po zapoznaniu się z przedmiotem sporu oraz argumentacją Stron, w oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania przetargowego przedstawionej przez Zamawiającego oraz stanowisk Stron przedstawionych podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Czynnościom Zamawiającego Odwołujący zarzucił naruszenie art. 90 ust. 1a pkt 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum M. oraz spółki MS-EKO do udzielenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny, w sytuacji, gdy ceny tych ofert są niższe o ponad 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, a rozbieżności te nie wynikają z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia oraz art. 90 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum M. i spółki MS-EKO do złożenia wyjaśnień w sytuacji, gdy ceny zaoferowane przez tych wykonawców wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości co do możliwości wykonania za nie przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Art. 7 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych wskazuje, że zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Dyspozycja art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie

w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez

zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie:

- 1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2018 r.;
- 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów;
- 3) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
- 4) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;
- 5) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Zgodnie z art. 90 ust. 1a ustawy Prawo zamówień publicznych w przypadku, gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od:

- 1) wartości zamówienia powiększonej o należyty podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, 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 należyty 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.

Zamawiający prowadzi postępowanie na opróżnianie koszy miejskich (opróżnianie koszy, interwencyjne opróżnianie koszy, przestawianie koszy, mycie koszy) z podziałem na sześć części, według dzielnic miasta. Część IV obejmuje: Bemowo, Bielany, Wolę i Żoliborz. Jedynym kryterium oceny ofert była cena.

Wartość szacunkowa zamówienia podstawowego dla części IV została określona na kwotę 2.095.847,65 złotych netto, natomiast podana przed otwarciem ofert kwota, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia dla części IV to 1.418.421,00 złotych brutto, przy czym, jak wyjaśnił Zamawiający, wartość ta nie wynikała z realnych obliczeń, lecz posiadanego budżetu; następnie została zwiększona.

W części IV zostało złożonych 15 ofert z kwotami w złotych brutto: 6.715.117,62; 4.773.604,32;

3.344.085,00; 4.794.860,45; 6.766.281,00; 12.813.383,52; 13.322.367,00; 4.517.695,08;

9.223.002,90; 8.191.627,20; 5.255.614,80 (oferta odrzucona); 3.311.050,50; 6.310.312,56; 6.587.271,00; 7.366.689,72.

Po aukcji elektronicznej ceny te kształtowały się następująco (w złotych brutto, według ceny rosnąco): 1.927.050,50 (Konsorcjum M.); 1.938.050,49 (spółka MS-EKO); 2.175.713,73 (Odwolujący); 2.290.000,00; 2.700.000,00; 2.800.000,00; 2.993.271,00; 2.998.568,00;

3.100.000,00; 3.344.085,00; 4.773.604,32; 7.366.689,72; 8.046.002,90; 13.322.367,00. Przy czym nie wszyscy wykonawcy wzięli udział w aukcji elektronicznej.

Wartość zamówienia podstawowego powiększona o podatek od towarów i usług w wysokości 8% to 2.263.515,46 zł, co po odjęciu 30% daje 1.584.460,82 zł.

Średnia cen wszystkich ofert po przeprowadzeniu aukcji to 4.269.671,62 zł, po odjęciu 30% to wartość 2.988.770,13 zł.

Średnia cen ofert wykonawców, którzy składali postąpienia w aukcji elektronicznej to

3.096.865,66 zł, po odjęciu 30% to wartość 2.167.805,96 zł.

Przy założeniu, że ceny trzech najdroższych ofert znacząco odbiegają od kosztów wykonania usługi, średnia pozostałych cen to 2.821.849,37 zł (70% to 1.975.294,56 zł). Przy odjęciu czterech najdroższych ofert, to 2.626.673,87 zł, z czego 70% (minus 30%) to 1.838.671,71 zł. Średnia zaś cen wykonawców, którzy składali postąpienia, bez oferty najdroższej o wartości

8.046.002,90 zł, to 2.546.962,52 zł, z czego 70% to 1.782.873,76 zł.

Przepis art. 90 ust. 1a ustawy Prawo zamówień publicznych został wprowadzony jako uzupełnienie przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, dla celów ustawowego wskazania, czy też „podpowiedzi” zamawiającemu (i wykonawcom), kiedy zamawiający powinien obligatoryjnie uznać, że zaoferowane ceny „wydają mu się rażąco niskie” i powinny „budzić jego wątpliwości”.

Konstrukcja przepisu art. 90 ust. 1a ustawy Prawo zamówień publicznych wskazuje na możliwość zwrócenia się przez zamawiającego o wyjaśnienia w przypadku zaistnienia okoliczności opisanych w punkcie 2. tego przepisu oraz obowiązek zwrócenia się o udzielenie wyjaśnień w przypadku opisanym w punkcie 1., choć od obowiązku tego może odstąpić, gdy rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych.

Przy tym art. 90 ust. 1a wskazuje, że cena oferty ma być niższa o co najmniej 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert.

Zamawiający uznał, że pomimo iż średnia arytmetyczna cen wszystkich ofert złożonych dla części IV po przeprowadzeniu aukcji elektronicznej jest wysoka (4.269.671,62 zł), to wynika to z tego, że niektóre z tych cen są rażąco wysokie i nie odzwierciedlają realnej wartości usługi, przez co ewidentnie i sztucznie zawyżają ww. średnią. Nie jest to stwierdzenie pozbawione

słuszności, gdyż rzeczywiście ceny kilku ofert są znacznie za wysokie.

Jednak, jak wskazuje powyższe wyliczenie, aby kwestionowane oferty Konsorcjum M. i spółki MS-EKO nie mieściły się w dyspozycji art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, należałoby pominąć w obliczeniach aż cztery oferty. W ocenie Izby jest to nieco nadmierne naginanie dyspozycji przepisu.

Przy czym aż do wartości oferty dziewiątej w kolejności włącznie (3.100.000,00 zł), wartości ofert postępują z na tyle niewielkimi różnicami, że oferty te można uznać za miarodajne (oferta 10. nie brała udziału w aukcji). Zatem nawet jeśli różnica procentowa pomiędzy średnią pierwszych dziewięciu ofert a ofertami kwestionowanymi nie przekracza 30%, o których mowa w przepisie, to jednak różnica kwotowa pomiędzy poszczególnymi ofertami wskazuje, że nie jest to rozbieżność wynikająca z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia. Każde bowiem kilkadziesiąt tysięcy różnicy (czy nawet kilkaset tysięcy różnicy) może wskazywać już na przekroczenie poziomu, poniżej którego wykonanie zamówienia zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia będzie nierentowne.

Należy też zwrócić uwagę na poziom cen jednostkowych ofert wybranych w poszczególnych częściach. Zamawiający wskazał podczas rozprawy, że różnice w wykonaniu zadań pomiędzy

poszczególnymi dzielnicami nie są tak istotne cenowo - z czego Izba wnioskuję, że ceny jednostkowe ofert wybranych mogą posłużyć do porównania.

Dla najbardziej istotnej cenowo pozycji, tj. za jednorazowe opróżnianie kosza kształtują się one następująco: część I - 1,78 zł brutto, część II - 1,84 zł brutto, część III - 2,14 zł brutto, część IV - 1,54 zł brutto, część V - 1,87 zł brutto, część VI - 2,17 zł brutto.

Jak wynika z powyższego zestawienia, cena jednostkowa w części IV jest najniższa spośród cen wszystkich wybranych wykonawców, i to dość znacznie, zatem i w tym przypadku nie potwierdza się „oczywistość” poziomu ceny kwestionowanych wykonawców Konsorcjum M. i spółki MS-EKO.

Tym samym, w ocenie Izby, należałoby się tym cenom przyjrzeć w ramach wyjaśnień w trybie art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Potwierdzenie spełnienia się przesłanek obligatoryjnego wezwania wykonawcy, o którym mowa w art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, jest wystarczające do stwierdzenia, że Zamawiający powinien wezwać Konsorcjum M. i spółkę MS-EKO do wyjaśnień (być może również innych wykonawców, jednak zarzutami odwołania objęto jedynie tych dwóch).

Co do zarzutu dotyczącego art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych Izba uznała, że Odwołujący uprawdopodobnił, że zaoferowane przez tych wykonawców ceny mogą być rażąco niskie i powinny budzić wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania zamówienia zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia. Izba nie badała tu szczegółowo przedstawianych przez Strony kalkulacji, ponieważ na tym etapie, w jej ocenie, wystarczające jest uprawdopodobnienie zaistnienia wskazywanych okoliczności.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji uwzględniając odwołanie i nakazując Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej dla części IV zamówienia oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert dla części IV zamówienia, w tym wezwanie Konsorcjum M. oraz spółki MS-EKO do udzielenia wyjaśnień w trybie art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba zwraca przy tym uwagę, że wysoce niewskazane jest, by Zamawiający - prosząc wykonawców o wyjaśnienia - ograniczył się jedynie do zacytowania zakresu wymienionego w przepisie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, co wykonawców nieobeznanych szczegółowo z procedurą wyjaśnień często wprowadza w błąd co do koniecznego zakresu wyjaśnień, tj. w szczególności konieczności odniesienia się analitycznego do zaoferowanej ceny, czyli przedstawienia jej kalkulacji/kosztów wykonania. Tym bardziej, że Zamawiający posiada już wzory elementów kosztów, które powinny zostać w wyjaśnieniach ujęte.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy

Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 972), uwzględniając uiszczony przez Odwołującego wpis w wysokości 15.000 złotych oraz 3.600 złotych tytułem wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego.

Przewodniczący: