Sygn. akt: KIO 1139/21

WYROK

z dnia 11 maja 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Ewa Sikorska

Protokolant:Konrad Wyrzykowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 maja 2021 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 kwietnia 2021 r. przez wykonawcę **W. W.** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Kobierzyce w Kobierzycach**

przy udziale wykonawcy **B. O.,** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **zamawiającego**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 224 ust. 1 oraz art. 239 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 roku, poz. 2019 roku ze zm.) i nakazuje zamawiającemu – **Gminie Kobierzyce w Kobierzycach**– unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, wezwanie wykonawcy **B. O.** do złożenia wyjaśnień, w tym przedstawienia dowodów w zakresie wyliczenia ceny w podkryteriach cenowych: koszenie mechaniczne terenów zielonych, cmentarzy za 1 m^2 oraz utrzymanie czystości na terenie cmentarzy w tym: oczyszczanie alejek, placów, oraz trawników z opadłych liści, gałęzi i innych odpadów, zamiatanie mechaniczne lub ręczne alejek, odchwaszczanie alejek i wywóz odpadów z tych czynności do Regionalnej Instalacji Przetwarzania Odpadów Komunalnych w zakresie mechanicznobiologicznego przetwarzania odpadów wymienionej w obowiązującym WPGO lub na wyrobisko w Tyńcu nad Ślęza za 1 m^2, i dokonanie ponownej oceny ofert,
2. w pozostałym zakresie zarzuty oddala,
3. kosztami postępowania obciąża **Gminę Kobierzyce w Kobierzycach** oraz **W. W.** i:
   3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę **W. W.** tytułem wpisu od odwołania,
   3.2. zasądza od **Gminy Kobierzyce w Kobierzycach** na rzecz wykonawcy **W. W.** kwotę **3 750 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące siedemset pięćdziesiąt złotych zero groszy), stanowiącą połowę kosztów postępowania odwoławczego poniesionych z tytułu wpisu od odwołania,
   3.3. znosi wzajemnie pomiędzy stronami pozostałe koszty postępowania odwoławczego.

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

……..

Sygn. akt: KIO 1139/21

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Kobierzyce w Kobierzycach – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest świadczenie usługi związanej z utrzymaniem terenów użyteczności publicznej na terenie Gminy Kobierzyce.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 roku, poz. 2019 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 14 kwietnia 2021 roku wykonawca W. W. (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie wobec następujących zaniechanych czynności w postepowaniu o udzielenie zamówienia, do których dokonania zamawiający był zobowiązany na podstawie przepisów ustawy P.z.p., tj.

-zaniechania wezwania wykonawcy B. O. (dalej: ORFIX lub „przystępujący") do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy P.z.p.,

-zaniechania wezwania wykonawcy ORFIX do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy P.z.p.,

-zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy ORFIX na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy P.z.p.,

-w konsekwencji zaniechania badania i oceny oferty odwołującego.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy P.z.p.:

1.art. 226 ust. 1 pkt 7, poprzez bezpodstawne zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy ORFIX, która została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;

2.art. 224 ust. 1, poprzez bezpodstawne zaniechanie wezwania wykonawcy ORFIX do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny;

3.art. 224 ust. 2 pkt , poprzez bezpodstawne zaniechanie wezwania wykonawcy ORFIX do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny;

4.art. 239 ust. 1, poprzez bezpodstawne dokonanie wybory oferty wykonawcy ORFIX jako najkorzystniejszej na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o:

1.nakazanie:

-unieważnienia przez zamawiającego czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,

-odrzucenia oferty wykonawcy ORFIX w przypadku potwierdzenia zarzutu nr1,

-wezwania wykonawcy ORFIX do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny,

-dokonania ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty złożonej przez odwołującego oraz przeprowadzenia wszystkich czynności niezbędnych do wyboru najkorzystniejszej oferty.

2.obciążenie zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego (według spisu kosztów przedstawionego na rozprawie);

3.przeprowadzenie dowodu z dokumentów przywołanych w treści uzasadnienia odwołania.

Odwołujący oświadczył, iż posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia. Odwołujący jest zainteresowany udzieleniem mu przedmiotowego zamówienia. W tym celu Odwołujący złożył ofertę, której treść odpowiada treści specyfikacji warunków zamówienia (dalej „s.w.z.") i ubiega się o udzielenie zamówienia.

Ponadto odwołujący wskazał, że w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy P.z.p. poniósł szkodę. Gdyby zamawiający postąpił zgodnie z przepisami ustawy, to nie dokonałby wskazanych powyżej czynności niezgodnych z przepisami ustawy oraz nie zaniechałby dokonania czynności, do których dokonania był zobowiązany na podstawie przepisów ustawy. W konsekwencji, zgodnie z określonymi w s.w.z., kryteriami oceny ofert, oferta odwołującego zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 4 maja 2021 roku wniósł o:

1)oddalenie odwołania w całości,

2)dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów wskazanych szczegółowo w treści odpowiedzi na odwołanie,

3)obciążenie odwołującego kosztami postępowania odwoławczego.

Izba ustaliła, co następuje:

Szacunkowa wartość zamówienia brutto w przedmiotowym postępowaniu wyniosła 400 000,00 zł brutto.

Zgodnie z s.w.z., jednym z kryteriów oceny ofert była cena ofertowa o wadze 60%. Jak określił w dokumentacji zamawiający, oferta o najniższej cenie brutto uzyska w tym kryterium największą ilość punktów. Wykonawcom przyznana zostanie odpowiednio ilość punktów wyliczona wg wzoru:

C An+Bn+Cn

gdzie:

C ilość punktów n-tej ocenianej oferty brutto

An ilość punktów za koszenie mechaniczne terenów zielonych, cmentarzy - za 1 m^2 przyznana n-tej ofercie

Bn ilość punktów za koszenie ręczne terenów zielonych, cmentarzy za 1 m^2 przyznana n-tej ofercie

Cn ilość punktów za utrzymanie czystości na terenie cmentarzy w tym: oczyszczanie alejek, placów, oraz trawników z opadłych liści, gałęzi i innych odpadów, zamiatanie mechaniczne lub ręczne alejek, odchwaszczanie alejek i wywóz odpadów z tych czynności do Regionalnej Instalacji Przetwarzania Odpadów Komunalnych w zakresie mechaniczno-biologicznego przetwarzania odpadów wymienionej w obowiązującym WPGO lub na wyrobisko w Tyńcu nad Ślęza - za 1 m^2

Ocena oferty została dokonana w oparciu o liczbę punktów jaką otrzyma oferta, przy następującej wadze dla danej czynności:

30% - koszenie mechaniczne terenów zielonych, cmentarzy za 1 m^2

35% - koszenie ręczne terenów zielonych, cmentarzy za 1 m^2

35% - utrzymanie czystości na terenie cmentarzy w tym: oczyszczanie alejek, placów, oraz trawników z opadłych liści, gałęzi i innych odpadów, zamiatanie mechaniczne lub ręczne alejek, odchwaszczanie alejek i wywóz odpadów z tych czynności do Regionalnej Instalacji Przetwarzania Odpadów Komunalnych w zakresie mechanicznobiologicznego przetwarzania odpadów wymienionej w obowiązującym WPGO lub na wyrobisko w Tyńcu nad Ślęza za l m2

Obliczanie punktacji odbywać się będzie wg wzorów .

An = R1 (Amin : Ac) x 60

Bn = R2 (Bmin : Bc) x 60

Cn = R3 (Cmin : Cc) x 60

gdzie:

An ilość punktów za koszenie mechaniczne terenów zielonych, cmentarzy - za 1 m^2 przyznana n-tej ofercie

R1 waga wyrażona liczbowo dla koszenia mechanicznego terenów zielonych, cmentarzy - za 1 m^2, tj. 0,30

Amin najniższa cena ofertowa za koszenie mechaniczne terenów zielonych, cmentarzy - za 1 m^2

Ac cena ofertowa danej oferty za koszenie mechaniczne terenów zielonych, cmentarzy - za 1 m^2 (wartość musi być dodatnia i różna od „0")

Bn ilość punktów za koszenie ręczne terenów zielonych, cmentarzy za 1 m^2 przyznana n-tej ofercie

R2 waga wyrażona liczbowo dla koszenia ręcznego terenów zielonych, cmentarzy za 1 rn^2, tj. 0,35

Bmin najniższa cena ofertowa za koszenie ręczne terenów zielonych, cmentarzy za 1 m^2

Bc cena ofertowa danej oferty za koszenie ręczne terenów zielonych, cmentarzy za 1 m^2 (wartość musi być dodatnia i różna od „0")

Cn ilość punktów za utrzymanie czystości na terenie cmentarzy w tym: oczyszczanie alejek, placów, oraz trawników z opadłych liści, gałęzi i innych odpadów, zamiatanie mechaniczne lub ręczne alejek, odchwaszczanie alejek i wywóz odpadów z tych czynności do Regionalnej Instalacji Przetwarzania Odpadów Komunalnych w zakresie mechaniczno-biologicznego przetwarzania odpadów wymienionej w obowiązującym WPGO lub na wyrobisko w Tyńcu nad Ślęza - za 1 m^2

R3 waga wyrażona liczbowo dla utrzymania czystości na terenie cmentarzy w tym: oczyszczanie alejek, placów, oraz trawników z opadłych liści, gałęzi i innych odpadów, zamiatanie mechaniczne lub ręczne alejek, odchwaszczanie alejek i wywóz odpadów z tych czynności do Regionalnej Instalacji Przetwarzania Odpadów Komunalnych w zakresie mechaniczno-biologicznego przetwarzania odpadów wymienionej w obowiązującym WPGO lub na wyrobisko w Tyńcu nad Ślęza - za 1 m^2, tj. 0,35

Cmin najniższa cena ofertowa utrzymanie czystości na terenie cmentarzy w tym: oczyszczanie alejek, placów, oraz trawników z opadłych liści, gałęzi i innych odpadów, zamiatanie mechaniczne lub ręczne alejek, odchwaszczanie alejek i wywóz odpadów z tych czynności do Regionalnej Instalacji Przetwarzania Odpadów Komunalnych w zakresie mechaniczno-biologicznego przetwarzania odpadów wymienionej w obowiązującym WPGO lub na wyrobisko w Tyńcu nad Ślęzą - za 1 m^2

Cc cena ofertowa danej oferty za utrzymanie czystości na terenie cmentarzy w tym: oczyszczanie alejek, placów, oraz trawników z opadłych liści, gałęzi i innych odpadów, zamiatanie mechaniczne lub ręczne alejek, odchwaszczanie alejek i wywóz odpadów z tych czynności do Regionalnej Instalacji Przetwarzania Odpadów Komunalnych w zakresie mechaniczno-biologicznego przetwarzania odpadów wymienionej w obowiązującym WPGO lub na wyrobisko w Tyńcu nad Ślęzą za 1 rn^2 (wartość musi być dodatnia i różna od „0").

Zgodnie z § 5 ust. 4 wzoru umowy, stanowiącego załącznik nr 4 do s.w.z., *W ramach ww. stawek Wykonawca uwzględnił wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia m.in. pracę ludzi, pracę przy obsłudze sprzętu, wywóz oraz koszty związane z przyjęciem odpadów i nieczystości do Regionalnych Instalacji Przetwarzania Odpadów Komunalnych w zakresie mechaniczno-biologicznego przetwarzania odpadów wymienionej w obowiązującym WPGO lub na wyrobisko w Tyńcu nad Ślęzą.*

Przystępujący złożył następującą ofertę cenową:

1)cena brutto za koszenie mechaniczne terenów zielonych, cmentarzy za 1 m^2 - 0,02 zł

2)cena brutto za koszenie ręczne terenów zielonych, cmentarzy za 1 m^2 - 0,27 zł

3) cena brutto za utrzymanie czystości na terenie cmentarzy w tym: oczyszczanie alejek, placów, oraz trawników z opadłych liści, gałęzi i innych odpadów, zamiatanie mechaniczne lub ręczne alejek, odchwaszczanie alejek i wywóz odpadów z tych czynności do Regionalnej Instalacji Przetwarzania Odpadów Komunalnych w zakresie mechanicznobiologicznego przetwarzania odpadów wymienionej w obowiązującym WPGO lub na wyrobisko w Tyńcu nad Ślęza za 1 m^2 - 0,02 zł

Oferta odwołującego:

1)cena brutto za koszenie mechaniczne terenów zielonych, cmentarzy za 1 m^2 - 0,06 zł

2)cena brutto za koszenie ręczne terenów zielonych, cmentarzy za 1 m^2 - 0,15 zł

3) cena brutto za utrzymanie czystości na terenie cmentarzy w tym: oczyszczanie alejek, placów, oraz trawników z opadłych liści, gałęzi i innych odpadów, zamiatanie mechaniczne lub ręczne alejek, odchwaszczanie alejek i wywóz odpadów z tych czynności do Regionalnej Instalacji Przetwarzania Odpadów Komunalnych w zakresie mechanicznobiologicznego przetwarzania odpadów wymienionej w obowiązującym WPGO lub nawyrobisko w Tyńcu nad Ślęza za 1 m^2 - 0,06 zł

Oferta wykonawcy Zakład Usługowy KOM-BŁYSK S. K.:

1)cena brutto za koszenie mechaniczne terenów zielonych, cmentarzy za 1 m^2 - 0,08 zł

2)cena brutto za koszenie ręczne terenów zielonych, cmentarzy za 1 m^2 - 0,16 zł

3)cena brutto za utrzymanie czystości na terenie cmentarzy w tym: oczyszczanie alejek, placów, oraz trawników z opadłych liści, gałęzi i innych odpadów, zamiatanie mechaniczne lub ręczne alejek, odchwaszczanie alejek i wywóz odpadów z tych czynności do Regionalnej Instalacji Przetwarzania Odpadów Komunalnych w zakresie

mechanicznobiologicznego przetwarzania odpadów wymienionej w obowiązującym WPGO lub na wyrobisko w Tyńcu nad Ślęza za 1 m^2 - 0,11 zł.

Ilość punktów, jaka została przyznana poszczególnym oferentom w kryterium dot. ceny z uwzględnieniem wag wnikających z s.w.z:

Odwołujący - 34,00

Przystępujący - 50,67

KOM-Błysk- 28,01.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest zasadne.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy P.z.p. Okoliczność ta nie była pomiędzy stronami sporna.

Izba uznała za uzasadniony zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 224 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez bezpodstawne zaniechanie wezwania wykonawcy ORFIX do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny.

Zgodnie z art. 224 ust. 1 ustawy P.z.p., 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.

Wskazany wyżej przepis adresowany jest do zamawiającego, który – w przypadku, gdy zajdą przesłanki zawarte w przepisie – obowiązany jest wezwać wykonawcę do złożenia stosownych wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu.

W ocenie Izby, zaoferowane przez przystępującego stawki w kryterium ceny wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia. Izba zwraca uwagę, że sam zamawiający, zgodnie z § 5 ust. 4 projektu umowy wymagał, by wykonawcy, w ramach zaoferowanych stawek, uwzględnili wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia m.in. pracę ludzi, pracę przy obsłudze sprzętu, wywóz oraz koszty związane z przyjęciem odpadów i nieczystości do Regionalnych Instalacji Przetwarzania Odpadów Komunalnych. Konieczność uwzględnienia wszystkich elementów cenotwórczych, a także porównanie stawek przystępującego ze stawkami innych wykonawców, stanowią podstawy do wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień i przedstawienia dowodów w tym zakresie.

W ocenie Izby zamawiający, dokonując wyboru najkorzystniejszej oferty bez wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień i przedstawienia dowodów w zakresie stawek w poszczególnych podkryteriach cenowych, naruszył art. 239 ust. 1 ustawy P.z.p.

Izba uznała za nieuzasadniony zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy P.z.p., poprzez bezpodstawne zaniechanie wezwania wykonawcy ORFIX do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny.

Zgodnie z wskazanym przepisem, w przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia.

W ocenie Izby, w przedmiotowym postępowaniu, w odniesieniu do oferty przystępującego, nie zaszły przesłanki, o których mowa we wskazanym artykule. Użyte przez ustawodawcę sformułowanie „cena całkowita oferty" oznacza, że dyspozycja przepisu dotyczy sytuacji, gdy zaniżona jest globalna cena oferty, nie zaś jej części składowe. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wskazał, że dyspozycja przepisu zmaterializowałaby się w przypadku gdyby cena oferty wynosiła mniej niż 280 000,00 zł (w sytuacji porównania z wartością szacunkową zamówienia) bądź mniej niż 251 188,93 zł (w sytuacji porównania ze średnią arytmetyczną wszystkich złożonych ofert). Odwołujący nie zakwestionował informacji podanych przez zamawiającego w tym zakresie. Oferta przystępującego zawierała cenę całkowitą 380 556,00 zł, zatem jej różnica była wyższa niż określony w przepisie trzydziestoprocentowy pułap obligujący zamawiającego do wzywania wykonawcy do złożenia wyjaśnień.

Izba nie uwzględniła zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7, poprzez bezpodstawne zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy ORFIX, która została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawyz dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, uznając podniesiony zarzut za przedwczesny. Ocena, czy przystępujący złożył ofertę stanowiącą czyn nieuczciwej konkurencji, będzie możliwa dopiero po złożeniu przez przystępującego wyjaśnień dotyczących pierwszego i trzeciego podkryterium cenowego oceny ofert.

Z uwagi na powyższe orzeczono jak na wstępie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych stosownie do wyniku postępowania oraz na podstawie § 7 ust. 2 i 3 pkt 1 i 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący:……