

Sygn. akt: KIO 1390/22

## WYROK

z dnia 7 czerwca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Członkowie: Magdalena Rams

Robert Skrzyszewski

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 czerwca 2022 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 maja 2022 r. przez wykonawcę Partner Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa w

Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - Miasto Stołeczne Warszawa w Warszawie

przy udziale wykonawcy Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania w mieście stołecznym Warszawie Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu - Miastu Stołecznemu Warszawa w Warszawie - unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty, wezwanie wykonawcy

Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania w mieście stołecznym Warszawie Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych, i dokonanie ponownej oceny ofert,

2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego - Miasto Stołeczne Warszawa w

Warszawie i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie:

piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Partner Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od zamawiającego - Miasta Stołecznego Warszawa w Warszawie - na rzecz wykonawcy Partner Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa w Warszawie - kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

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 2021 r. poz. 1129 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 1390/22

#### Uzasadnienie

Zamawiający - Miasto Stołeczne Warszawa w Warszawie - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Odbiór odpadów komunalnych z terenu nieruchomości, na których nie zamieszkują mieszkańcy, a powstają odpady komunalne, położonych w m.st. Warszawie, od dnia 1 lipca 2022 r. - Zadanie nr 2, 4, 7 i 9 (dzielnice Białołęka, Targówek, Ochota, Ursus, Włochy, Śródmieście, Bemowo i Wola) oraz od dnia 1 października 2022 r. - Zadanie nr 3 (dzielnica Mokotów).

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 roku, poz. 1129 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 23 maja 2022 roku wykonawca Partner Sp. z o.o. Sp. k. w Warszawie (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie wobec niezgodnych z przepisami ustawy P.z.p. czynności i zaniechań zamawiającego polegających na:

- wyborze oferty Miejskiego Przedsiębiorstwa Oczyszczania w m. st. Warszawie sp. z o.o. (dalej: „MPO” lub „przystępujący”) jako najkorzystniejszej, mimo że MPO złożyło ofertę, której istotne części składowe ceny wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz winny wzbudzić wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia oraz wynikającymi z odrębnych przepisów, zatem zamawiający powinien wezwać MPO do złożenia wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1 ustawy P.z.p.

Czynnościom i zaniechaniom zamawiającego odwołujący zarzucił naruszenie art. 224 ust. 1 w zw. z art. 187 i z art. 16 ustawy P.z.p., poprzez zaniechanie przeprowadzenia przez zamawiającego pogłębionego, merytorycznego badania i oceny ofert, w tym zwłaszcza poprzez zaniechanie wezwania MPO do złożenia wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1 ustawy P.z.p., mimo że zaoferowana cena oraz jej istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz winny wzbudzić wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia oraz wynikającymi z odrębnych przepisów.

Mając na względzie powyższe zarzuty, odwołujący wniósł o:

- (1) uwzględnienie odwołania w całości;
- (2) nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na wyborze oferty MPO jako najkorzystniejszej;
- (3) nakazanie zamawiającemu wezwanie do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny oferty MPO;
- (4) zwrot kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów doradztwa prawnego według norm przepisanych, na podstawie faktury VAT złożonej przez odwołującego na rozprawie.

Odwołujący podniósł, że prowadzi działalność gospodarczą w zakresie gospodarki odpadami, w tym odbioru odpadów komunalnych - jest jedynym, poza MPO, oferentem w tym postępowaniu. Zaskarżone czynności zamawiającego naruszają interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia, ponieważ w sposób bezprawny doprowadziły do wyboru oferty MPO jako najkorzystniejszej, mimo że okoliczności sprawy wskazują na rażąco niską cenę tej oferty (albo przynajmniej konieczność jej weryfikacji w trybie przewidzianym w art. 224 ustawy P.z.p.). Odwołujący wskazał, że ze względu na zawarte w ofercie MPO stawki za odbiór 1 Mg odpadów komunalnych, wskazać należy, że istnieje wysokie prawdopodobieństwo, że oferta tego wykonawcy zostanie uznana za ofertę zawierającą rażąco niską cenę. W konsekwencji to oferta odwołującego zostanie uznana za ofertę najkorzystniejszą w tym postępowaniu. Dokonanie wyboru oferty MPO wprost godzi w interes odwołującego polegający na możliwości uzyskania zamówienia oraz powoduje możliwość poniesienia przez odwołującego szkody w postaci utraty zysku, jaki odwołujący zamierzał uzyskać w związku z wykonaniem umowy.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 6 czerwca 2022 roku wniósł o oddalenie odwołania.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania w mieście stołecznym Warszawie Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie. Przystępujący poparł stanowisko zamawiającego i wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest odbiór odpadów komunalnych z terenu nieruchomości, na których nie zamieszkują mieszkańcy, a powstają odpady komunalne, położonych w m.st. Warszawie, od dnia 1 lipca 2022 r. - Zadanie nr 2, 4, 7 i 9 (dzielnice Białołęka, Targówek, Ochota, Ursus, Włochy, Śródmieście, Bemowo i Wola) oraz od dnia 1 października 2022 r. - Zadanie nr 3 (dzielnica Mokotów).

Wartość zamówienia wynosi 32 140 930,91 zł netto, w tym: 17 652 405,87 zł netto dla zamówienia podstawowego oraz 14 488 525,04 zł netto dla maksymalnej wartości zamówień w ramach prawa opcji (pkt 6.4. specyfikacji warunków zamówienia (s.w.z.) - opis przedmiotu zamówienia).

Natomiast zgodnie z informacją ze strony internetowej, zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia 34 712 205,39 zł brutto.

Zamówienie będzie realizowane przez maksymalnie 46 miesięcy od podpisania umowy, w tym 28 miesięcy realizacji zamówienia podstawowego oraz 18 miesięcy realizacji zamówienia w ramach prawa opcji, z zastrzeżeniem terminów określonych w pkt. 8 s.w.z.

Zgodnie z § 2 ust. 1 Wzoru Umowy - wykonawca w ramach realizacji zamówienia wykona następujące usługi:

- dostarczy do MGO pojemniki, zgodnie z Częścią III OPZ,

- utrzyma należyty stan sanitarny, porządkowy i techniczny pojemników, zgodnie z

Częścią IV OPZ,

- odbierze odpady komunalne z MGO, zgodnie z Częścią V OPZ,

- będzie obsługiwać zgłoszenia i reklamacje związane z realizacją przedmiotu Umowy oraz ww. zamówień na usługi, na zasadach określonych w Części VII OPZ,

- prześle dane i dokumenty potwierdzające wykonanie usług, zgodnie z Częścią VIII

OPZ,

- odbierze pojemniki z MGO, zgodnie z Częścią X OPZ

Zamawiający, w przypadku konieczności zapewnienia ciągłości świadczenia usługi odbioru odpadów komunalnych z terenu nieruchomości położonych w m.st. Warszawie, ma możliwość skorzystania z prawa opcji wydłużając okres realizacji przedmiotu umowy, o którym mowa w ust. 2 pkt 2, o miesiąc bądź miesiące kalendarzowe, przy czym w wyniku skorzystania przez zamawiającego z prawa opcji okres ten zostanie wydłużony łącznie nie więcej niż o 18 miesięcy. Skorzystanie z prawa opcji przez zamawiającego oznacza realizację przedmiotu umowy przez wykonawcę na dotychczasowych warunkach przewidzianych w umowie, bez konieczności ich negocjacji przez strony. O skorzystaniu z prawa opcji, w tym o wymiarze wydłużenia okresu realizacji przedmiotu umowy, zamawiający powiadomi wykonawcę w formie pisemnej najpóźniej na 1 miesiąc przed upływem okresu realizacji przedmiotu umowy, o którym mowa w ust. 2 pkt 2. Okres realizacji przedmiotu umowy, o którym mowa w ust. 2 pkt 2 może być - w wyniku skorzystania przez zamawiającego z prawa opcji - wydłużany wielokrotnie, pod warunkiem zachowania terminów powiadomienia wykonawcy przez zamawiającego określonych w zdaniu poprzedzającym. W przypadku skorzystania przez zamawiającego z prawa opcji umowa obowiązuje do upływu trzech miesięcy kalendarzowych od dnia zakończenia okresu realizacji przedmiotu umowy ustalonego wskutek skorzystania przez zamawiającego z prawa opcji.

MPO zaoferowało za odbiór 1 Mg odpadów komunalnych 408,11 zł brutto.  
Odwołujący zaoferował stawkę 750,00 zł brutto za odbiór 1 Mg odpadów komunalnych

Dowody: oferty wykonawców MPO i odwołującego

Aktualnie przystępujący realizuje usługi w zakresie zadań 4, 7 i 9 za następujące stawki brutto:

Zadanie 4: przedział 0-10 km: 540 zł, przedział 10-20 km: 249 zł, przedział 20-40 km:  
562 zł

Zadanie 7: przedział 0-10 km: 540 zł, przedział 10-20 km: 416 zł, przedział 20-40 km:  
576 zł

Zadanie 9: przedział 0-10 km: 548 zł, przedział 10-20 km: 569 zł, przedział 20-40 km:  
596 zł

Usługa realizowana jest na podstawie umów zawartych w ramach postępowań UMIA/GO/B/III/1/8/9/2022-2023 zawartych w dniu 25 marca 2022 roku.

W usługach realizowanych na podstawie umów zawartych w dniu 27 marca 2019 roku przystępujący zaoferował stawki:

Zadanie 4: przedział 0-10 km: 450 zł, przedział 10-20 km: 241,22 zł, przedział 20-40 km: 442 zł

Zadanie 7: przedział 0-10 km: 480 zł, przedział 10-20 km: 414,35 zł, przedział 20-40

km: 418,75 zł

Zadanie 9: przedział 0-10 km: 548 zł, przedział 10-20 km: 569 zł, przedział 20-40 km: 589 zł

Dowód: dokument „Stawki za odbiór odpadów w Warszawie”

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 wskazuje, że 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 wyjaśnień, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. Stosownie do ust. 5, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

Użyte w art. 224 ust. 1 ustawy Pzp sformułowanie „budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia” wskazuje na wrażenie zamawiającego charakteryzujące się dużym stopniem subiektywności. Przepisy ustawy P.z.p. w tym zakresie nie wskazują żadnych przesłanek uzasadniających konieczność wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień. Zamawiający może powziąć wątpliwości w oparciu o szereg czynników, w tym doświadczenie nabyte przy udzielaniu tego rodzaju usług, znajomość cen obowiązujących na rynku, ceny innych ofert złożonych w postępowaniu itp.

O ile dyspozycja przepisu odnosi się do subiektywnego wrażenia zamawiającego, podkreślić należy, że nie jest to okoliczność, z której zamawiający może korzystać swobodnie, lecz musi wziąć pod uwagę aktualne realia rynkowe. Zamawiający rozstrzygając, czy ma do czynienia z rażąco niską ceną, powinien mieć na uwadze w szczególności „rzeczywistą relację wartości świadczenia pieniężnego do wartości świadczenia niepieniężnego”. Inny sposób dokonania badania zaoferowanej w danym postępowaniu w przez wykonawcę ceny może prowadzić do krzywdzącego innych wykonawców działania zamawiającego.

W wyroku z dnia 31 maja 2016 r., sygn. akt KIO 820/16, wydanym jeszcze na kanwie art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 roku, poz. 1843 ze zm.), ale zachowującym swą aktualność również pod rządami nowej ustawy P.z.p., Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że zwroty „wydaje się” czy „budzi wątpliwości zamawiającego” są pojęciami nieostryimi i należy uznać, że celowo zostały wprowadzone przez ustawodawcę, by dać zamawiającym szerokie możliwości działania, a z których winni korzystać w uzasadnionych sytuacjach, dla zapewnienia uczciwej konkurencji w postępowaniu oraz w celu wyboru wykonawcy, który za zaoferowaną cenę rzeczywiście może wykonać zamówienie w sposób zgodny z oczekiwaniami i wymogami zamawiającego.

Jednocześnie należy wskazać, że przepis art. 90 ust. 1 wskazanej ustawy (a tym samym art. 224 ust. 1 ustawy P.z.p.) nie może być odczytywany jedynie jako uprawnienie zamawiającego, nie podlegające kontroli. Przeciwnie, norma prawna zawarta w tym przepisie przewiduje obowiązek przeprowadzenia procedury wyjaśniającej, a tym samym zaniechanie tego obowiązku - gdy okoliczności sprawy wskazują o istnieniu uzasadnionych podstaw do zastosowania art. 90 ust. 1 - może być podnoszone w ramach środków ochrony prawnej. Należy przy tym dodać, że przepis ten stanowi, że „zamawiający zwraca się” o udzielenie wyjaśnień i złożenie dowodów, a nie, że „zamawiający może zwrócić się”.

Krajowa Izba Odwoławcza uznała również, że obowiązek przeprowadzenia procedury wyjaśniającej - gdy zachodzą do tego ustawowe przesłanki - wpisuje się w podstawową zasadę z art. 7 ust. 1 ustawy z 2004 roku, w postaci zapewnienia uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt rozpoznawanego przypadku stwierdzić należy, że w niniejszej sprawie zaszyły przesłanki, które winny wzbudzić wątpliwości zamawiającego co do realności ceny zaofერowanej przez przystępującego, co winno skutkować wezwaniem go do złożenia wyjaśnień zaofერowanej ceny lub kosztu.

Izba przeprowadziła dowód z przedłożonego przez odwołującego dokumentu „Stawki za odbiór odpadów w Warszawie” (dokument złożony przez zamawiającego na rozprawie w

dniu 14 kwietnia 2022 roku w sprawie sygn. akt KIO 561/22, KIO 563/22, KIO 573/22, KIO 574/22, KIO 575/22, KIO 577/22, KIO 579/22, KIO 581/22, KIO 587/22, KIO 589/22) i

skonstataowała, że stawki zaofерowane przez przystępującego w przedmiotowym postępowaniu zdecydowanie odbiegają in minus od stawek wynikających z przedłożonego dokumentu.

Izba nie uwzględniła argumentacji zamawiającego, iż w rozpoznawanym przypadku nie można brać pod uwagę cen historycznych, ponieważ zamawiający dotychczas nie organizował odrębnie odbiorów odpadów z zamieszkanymi i niezamieszkanymi. W ocenie Izby, skoro zamawiający w poprzednich latach nie dokonywał takiego rozróżnienia, realizacja tego rodzaju usług nie różniła się pomiędzy sobą w sposób zasadniczy.

Izba wskazuje, że okolicznością notoryjną (niewymagającą dowodu) jest fakt znaczącego wzrostu cen towarów i usług na przestrzeni ostatnich kilku lat, w tym - w szczególności - znaczącego wzrostu cen paliw w okresie od 24 lutego 2022 roku (wybuch konfliktu zbrojnego na Ukrainie). Dodatkowo Izba przeanalizowała złożone przez odwołującego dowody w postaci wydruku ze strony bankier.pl (na okoliczność wykazania wzrostu minimalnego wynagrodzenia za pracę), zestawienia archiwalnych cen paliw (na okoliczność trendu wzrostowego cen paliw) oraz wykres „Płace vs inflacja” i „Wynagrodzenie na tle trendu sprzed pandemii (na okoliczność rosnącej presji inflacyjnej na wynagrodzenie za pracę) i skonstataowała, że w okresie ostatnich 4 lat minimalne wynagrodzenie za pracę wzrosło o ok. 700 zł, co stanowi różnicę na poziomie około 30%. Wzrost cen paliw wynosi natomiast ponad 40% w porównaniu tylko ze styczniem br. Wzrosty te nie mogą pozostać bez wpływu na cenę usług, w których koszty te odgrywają zasadnicze znaczenie. Tymczasem stawka zaofерowana przez przystępującego jest niższa od stawek zaofерowanych przez odwołującego w latach ubiegłych, co przeczy trendowi wzrostu cen. Okoliczność ta, w ocenie Izby, wymaga wyjaśnienia.

Izba nie podziela stanowiska zamawiającego, iż to cena przystępującego jest zawyżona. Przystępujący zaofерował stawki wyższe niż w latach ubiegłych (które w latach poprzednich wynosiły około 445 zł i 508 zł - dowód: dokument „Stawki za odbiór odpadów w

Warszawie), niemniej jednak wzrost tych stawek jest adekwatny do wzrostu cen i wynagrodzeń zaobserwowanego na przestrzeni ostatnich kilku lat.

Izba przeprowadziła dowody z dokumentów złożonych przez odwołującego: pismo procesowe zamawiającego z dnia 6 maja 2022 roku, kalkulacja odwołującego - wycenienie ceny MPO za odbiór odpadów, wyciąg z s.w.z. na bezgotówkowy zakup oleju napędowego ON oraz wodnego roztworu mocznika Adblue, informacja z otwarcia ofert w postępowaniu na zakup i dostawę pojemników dwukołowych i czterokołowych, informacje o wyborze najkorzystniejszych ofert dla zadania 1 i 2 w postępowaniu na zakup transponderów RFID przez MPO, faktury MPO za lata 2019-2022, zestawienie strumienia odpadów z umów zawartych przez zamawiającego na odbiór odpadów komunalnych z 2019 roku, wyciągi z ofert MPO na odbiór odpadów komunalnych z terenu nieruchomości położonych w m. st. Warszawie od 1 stycznia na zadania 1-9, mapy odległości między poszczególnymi MGO. W ocenie Izby okoliczności wskazane w przedłożonych dokumentach potwierdzają, iż w rozpoznawanej sprawie istnieją uzasadnione wątpliwości co do faktu, czy cena zaofерowana przez przystępującego jest ceną realną i umożliwi realizację zadania z zachowaniem konkurencyjności. Z dokumentów tych wynikają w szczególności zasadnicze różnice w warunkach, na jakich były realizowane analogiczne usługi w latach poprzednich w porównaniu z aktualną sytuacją rynkową. W ocenie Izby wątpliwości te wymagają złożenia wyjaśnień co do ceny (kosztu) zaofерowanej przez przystępującego. Zobowiązanie zamawiającego do wezwania przystępującego do złożenia tego rodzaju wyjaśnień jest zatem w pełni uzasadnione.

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. 1 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).

Przewodniczący: .....