Sygn. akt: KIO 1458/22

WYROK

z dnia 24 czerwca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Matecka

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 czerwca 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 maja 2022 r. przez odwołującego: Eco Spring Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Legnicy w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Zarząd Dróg Miejskich w Legnicy

przy udziale wykonawcy Legnickie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Legnicy zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego i:

   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 735 zł 50 gr (słownie: siedemset trzydzieści pięć złotych pięćdziesiąt groszy) poniesioną przez zamawiającego tytułem dojazdu na posiedzenie i rozprawę;

   2.2. zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 4 335 zł 50 gr (słownie: cztery tysiące trzysta trzydzieści pięć złotych pięćdziesiąt groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na posiedzenie i rozprawę.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129, ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt: KIO 1458/21

Uzasadnienie

Zamawiający Zarząd Dróg Miejskich w Legnicy prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na oczyszczanie miasta Legnicy w okresie 12 miesięcy. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 30 marca 2022 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2022/S 063-166084.

I. W dniu 30 maja 2022 r. wykonawca Eco Spring Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Legnicy (odwołujący) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, w tym zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Legnickie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Legnicy (dalej także jako „wykonawca LPGK").

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia

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

1) art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, w szczególności wskutek wyboru wykonawcy, który zaoferował cenę podejrzanie niską i poprzez złożenie oferty dokonał czynu nieuczciwej konkurencji, przede wszystkim polegającego na wykluczeniu innych wykonawców z dostępu do rynku;

2) art. 17 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru wykonawcy niezgodnie z przepisami ustawy Pzp, w szczególności wskutek zaniechania uzyskania od wykonawcy rzetelnych i kompleksowych wyjaśnień w sprawie zaoferowanej ceny realizacji usługi, a tym samym oparcie decyzji w sprawie wyboru oferty na wyjaśnieniach, które nie pozwalają w obiektywny sposób ocenić zasadności i rynkowości zaoferowanych cen, a także wskutek nieuwzględnienia zapisów przepisów odrębnych zapewniających najlepszą jakość usług uzasadnioną charakterem zamówienia w ramach środków, które zamawiający może przeznaczyć na jego realizację oraz uzyskanie najlepszych efektów;

3) art. 223 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie uzyskania od wykonawcy LPGK rzetelnych i kompleksowych wyjaśnień w sprawie złożonej oferty (przedłożona przez LPGK na wezwanie zamawiającego kalkulacja zawiera błędy i nierzetelne dane oraz nie uwzględnia wszystkich czynników kosztotwórczych);

4) art. 226 ust.1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty, złożonej przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu;

5) art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp poprzez wybór oferty, która jest niezgodna z ustawą, a w szczególności zawiera cenę podejrzanie rażąco niską, a jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji;

6) art. 226 ust.1 pkt 7 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, w szczególności poprzez utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku,

7) art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty, która zawiera cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia;

8) art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy LPGK, który w wyniku zamierzonego działania wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu i spełnia warunki udziału w postępowaniu, co miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

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

1) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;

2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej;

3) odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę LPGK i wykluczenie tego wykonawcy

z postępowania.

Dodatkowe stanowisko w sprawie odwołujący przedstawił w piśmie wniesionym w dniu 20 czerwca 2022 r.

II. Pismem wniesionym w dniu 15 czerwca 2022 r. zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie. Zamawiający uznał zarzuty odwołania za niezasadne i wniósł o jego oddalenie.

III. Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca Legnickie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Legnicy.

W piśmie zawierającym zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego (pismo wniesione do akt sprawy w dniu 3 czerwca 2022 r.) wykonawca LPGK przedstawił stanowisko w sprawie. Wykonawca LPGK uznał zarzuty odwołania za niezasadne i wniósł o jego oddalenie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba uznała, że odwołanie nie podlega uwzględnieniu.

Zarzuty dotyczące złożonych przez wykonawcę LPGK wyjaśnień ceny.

Zgodnie z przepisem art. 224 ust. 1 ustawy Pzp jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich

istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. Zgodnie z przepisem art. 224 ust. 2 ustawy Pzp w przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie 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, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia; 2) wartości zamówienia powiększonej o należny 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. Zgodnie z przepisem art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, którego naruszenie odwołujący zarzucił zamawiającemu, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Z przepisów ustawy Pzp wynika zatem uprawnienie jak i obowiązek zamawiającego do wezwania wykonawcy do przedstawienia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny także w przypadku gdy jej 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. Jednakże podstawa odrzucenia oferty, o której mowa w art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, odnosi się do rażąco niskiej ceny lub kosztu oferty, a nie ich istotnych części składowych. Wymaga przy tym zauważenia, że odwołujący nie postawił zarzutu naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 224 ust. 6 ustawy Pzp. W przypadku zarzucanego wykonawcy rażącego zaniżenia niektórych części składowych ceny konieczne jest - na gruncie przepisu art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp - wykazanie, że dokonana w ten sposób kalkulacja ceny, o ile nie skutkuje rażącym zaniżeniem ceny całkowitej oferty, to nie gwarantuje należytej realizacji zamówienia. Okoliczność tę winien wykazać zamawiający odrzucając ofertę danego wykonawcy lub odwołujący podnoszący zarzut zaniechania odrzucenia oferty innego wykonawcy. W niniejszej sprawie odwołujący zarzucił, że ceny zawarte w pozycjach: 1.1. a), 1.1. b) 1.1 c), 1.1d) formularza ofertowego wykonawcy LPGK są rażąco niskie. Odwołujący wskazał jedynie, że wynagrodzenie należne wykonawcy obliczane będzie według cen jednostkowych lub ryczałtowych podanych w formularzu cenowym. Ponadto zauważył, że zamówienie dotyczy oczyszczania miasta, gdzie głównymi pracami jest

mechaniczne oczyszczanie ulic, opróżnianie koszy ulicznych, pozimowe doczyszczanie dróg oraz oczyszczanie parkingów. Pozostałe prace wykonywane są doraźnie lub mogą w ogóle nie wystąpić. Odnosząc się do powyższego należy zauważyć, że formularz cenowy zawiera 24 pozycje (elementy rozliczeniowe). Okoliczność, że dane części zamówienia podlegają odrębnemu rozliczeniu nie stanowi wystarczającej przesłanki umożliwiającej zastosowanie przepisu art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w sytuacji stwierdzenia rażącego zaniżenia niektórych cen jednostkowych (części składowych ceny). Istotne jest czy zaniżenie tych cen przekłada się na ryzyko należytej realizacji całości lub części zamówienia. A zatem konieczne jest wykazanie takich okoliczności jak w szczególności udział odpowiadających tym cenom części przedmiotu zamówienia w całym przedmiocie zamówienia. W tym zakresie istotne znaczenie ma to, które części przedmiotu zamówienia i w jakim zakresie będą podlegać obligatoryjnej realizacji, w przypadku których dokładna ich wielkość podlegająca wykonaniu nie jest możliwa do oszacowania, jak i które części przedmiotu zamówienia będą mieć charakter incydentalny. Powyższe powinno zostać wykazane poprzez odniesienie się do konkretnych postanowień specyfikacji warunku zamówienia. W niniejszej sprawie okoliczności te nie zostały przez odwołującego wykazane. Należy podkreślić, że Izba nie może zastępować odwołującego w zakresie należytego sformułowania i uzasadnienia zarzutów odwołania. Obowiązek ten spoczywa na odwołującym, a niesprostanie mu skutkuje oddaleniem zarzutu. Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że zarzut zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy LPGK, która zawiera cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia (art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp), nie podlega uwzględnieniu.

Dodatkowo należy wskazać, że w zakresie pozycji 1.3 formularza cenowego odwołujący ograniczył się do ogólnej uwagi w zakresie błędnie dokonanej kalkulacji nie przedstawiając w tym zakresie konkretnej argumentacji i wyliczeń. Odwołujący wskazał również na fakt zaniżenia kosztu wynagrodzenia pracownika w kwocie 19,00 zł/h. Odwołujący nie wskazał których pozycji formularza cenowego ta uwaga dotyczy. Odpowiadając na powyższe przystępujący wskazał, że podane w tym zakresie stawki są kwotami netto. Jednakże odwołujący nie przedstawił żadnych wyliczeń wskazujących poziom zaniżenia ceny w tym zakresie. Twierdzenie, że koszty ogólne u wykonawcy LPGK kształtują się na poziomie 120 % i dodatkowo koszty wydziałowe na podobnym poziomie, czyli razem koszty dodatkowe kształtują się na poziomie 240 %, nie zostały niczym wykazane. W zakresie ilości odpadów stanowisko odwołującego co do tej ilości w miesiącu maju 2022 r. było sprzeczne. W odwołaniu odwołujący wskazał ilość ok. 65 Mg, w piśmie procesowym dnia 17 czerwca 2022 r. - 86,96 Mg, a jeszcze inna ilość wynikała ze złożonych dowodów w postaci kart przekazania odpadów o kodzie 20 03 03 (102,06 Mg). W zakresie kosztów zagospodarowania odpadów Izba za zasadną uznała argumentację przystępującego odnośnie rozliczania ich w kosztach międzywydziałowych z uwagi na posiadanie własnej Instalacji Komunalnej do zagospodarowania odpadów. Dokonywanie oceny cen zawartych w cenniku przyjęcia odpadów do zagospodarowania wychodzi poza zakres kompetencji Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący podniósł również zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, w szczególności poprzez utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku. Należy wskazać, ze podniesienie zarzutu naruszenia art. art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp wymaga określenia konkretnego czynu nieuczciwej konkurencji poprzez odwołanie się do przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1233) i wykazania przesłanek składających się na dany czyn nieuczciwej konkurencji. W niniejszej sprawie nie zostało to przez odwołującego dokonane.

Przepis art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, którego naruszenie odwołujący również zarzucił zamawiającemu, nie dotyczy wyjaśnień zaoferowanej ceny. Odwołujący nie wskazał w jakim konkretnie zakresie zamawiający zaniechał wezwania wykonawcy LPGK do udzielenia wyjaśnień dotyczących treści oferty, przedmiotowych środków dowodowych lub innych dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w tym przepisie.

Ponadto odwołujący podniósł zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp poprzez wybór oferty, która jest niezgodna z ustawą, a w szczególności zawiera cenę podejrzanie rażąco niską, a jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Jak wynika ze sposobu sformułowania tego zarzutu dotyczy on innych (odrębnych) podstaw odrzucenia oferty, tj. określonych w art. 226 ust. 1 pkt 7 i 8 ustawy Pzp. W tym zakresie aktualna pozostaje argumentacja przedstawiona do zarzutów naruszenia tych przepisów.

<u>Zarzuty dotyczące niespełniania przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu.</u>

Odwołujący zarzucił, że w formularzu JEDZ wykonawca LPGK oświadczył, że posiada zamiatarkę elewatorową, która na dzień składania oświadczenia nie była jego własnością. Nie

wpisał także nr rejestracyjnego, ponieważ zamiatarka nie była jeszcze zarejestrowana, a zgodnie z prawem powinna być. Zdaniem odwołującego oznacza to, że wykonawca LPGK nie spełniał warunków udziału w postępowaniu i powinien być z niego wykluczony.

Na wstępie należy poczynić uwagę, że odwołujący nie wskazał do którego konkretnie warunku udziału w postępowaniu odnoszą się przedstawione w tym zakresie zarzuty. Niemniej jednak, jak wynika z dowodu złożonego przez wykonawcę LPGK (załącznik nr 5 do zgłoszenia przystąpienia - dokumentacja potwierdzająca zamówienie) w dniu 30 kwietnia 2022 r. zostało przez ten podmiot złożone zamówienie na zamiatarkę. Tego zamówienia (ZK 72/G/04/2022

z dnia 30 kwietnia 2022 r.) dotyczy faktura zaliczkowa z dnia 17 maja 2022 r. Zaliczka

w wysokości 10.000,00 zł została uiszczona w dniu 5 maja 2022 r.

Jak wskazano w komentarzu „Prawo zamówień publicznych. Komentarz" pod red. Huberta Nowaka i Mateusza Winiarza, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2021 r.: „W przypadku zdolności technicznej nie jest konieczne, aby wykonawca był właścicielem niezbędnego wyposażenia technicznego. Wymagane jest jedynie, aby wykonawca dysponował środkami technicznymi w czasie realizacji zamówienia. Wystarczy zatem, że wykonawca udowodni możliwość wynajęcia środków technicznych do realizacji zamówienia." Powyższy pogląd podziela skład orzekający Izby. Mając to na uwadze zarzuty dotyczące niespełniania przez wykonawcę LPGK warunku udziału w postępowaniu i wprowadzenia zamawiającego w błąd w tym zakresie (zarzut naruszenia art. 226 ust.1 pkt 2 ust. b) ustawy Pzp oraz zarzut naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp) Izba uznała za niezasadne. Wykonawca LPGK wykazał, że na dzień składania ofert znajdował się w sytuacji wskazującej na możliwość dysponowania wymaganym zasobem sprzętowym (zamiatarką elewatorową) w czasie realizacji zamówienia.

Mając na uwadze stanowisko przedstawione do ww. zarzutów, Izba za podlegające oddaleniu uznała również zarzuty naruszenia 16 pkt 1 ustawy Pzp oraz art. 17 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba orzekła, jak w punkcie pierwszym sentencji, na podstawie art. 553 oraz art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437). Izba nie uwzględniła wniosku wykonawcy LPGK o zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania. Jak wynika z przepisu § 8 ust. 2 pkt 2 i 3 ww. rozporządzenia zasądzenie kosztów postępowania na rzecz uczestnika postępowania może mieć miejsce wyłącznie w sytuacji, w której uczestnik ten wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania w całości lub w części, co w niniejszej sprawie nie miało miejsca.

Przewodniczący: