Sygn. akt: KIO 951/23

WYROK

z dnia 18 kwietnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Matecka

Protokolant:

Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 kwietnia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 kwietnia 2023 r. przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe "Copernicus" Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Fromborku w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Gminę Młynary

przy udziale wykonawcy KOMA Olsztyn Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Olsztynie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Odrzuca odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 28 ustawy Prawo zamówień publicznych.

2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.

3. Kosztami postępowania obciąża odwołującego i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 4 759 zł 01 gr (słownie: cztery tysiące siedemset pięćdziesiąt dziewięć złotych jeden grosz) poniesioną przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na

posiedzenie i rozprawę;

3.2. zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 4 759 zł 01 gr (słownie: cztery tysiące siedemset pięćdziesiąt dziewięć złotych jeden grosz) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez zamawiającego.

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 2022 r. poz. 1710, 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 951/23

Uzasadnienie

Zamawiający Gmina Młynary prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Odbiór i transport odpadów komunalnych z nieruchomości zlokalizowanych na terenie miasta i gminy Młynary”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 7 marca 2023 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 2023/BZP 00124691/01.

I. W dniu 3 kwietnia 2023 r. wykonawca Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe "Copernicus" Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Fromborku wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od:

1. niezgodnego z przepisami ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710, ze zm.), dalej jako „ustawa Pzp”, zaniechania odrzuceniu oferty wykonawcy KOMA Olsztyn Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Olsztynie (dalej jako „wykonawca KOMA” lub przystępujący) na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w związku z art. 3 ust. 2 i art. 15 ust. 1 pkt 1, 3 i 5 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2022 r. poz. 1233), dalej jako „ustawa znk”;

2. czynności zamawiającego polegającej na wyborze oferty wykonawcy KOMA jako oferty najkorzystniejszej;

3. czynności zamawiającego naruszającej art. 28 ustawy Pzp polegającej na oszacowaniu wartości zamówienia bez należytej staranności.

Odwołujący nie sformułował wprost zarzutów odwołania. Wniósł o:

- rozpoznanie i uwzględnienie odwołania,

- unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy KOMA,

- powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz odrzucenie oferty wykonawcy KOMA na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp,

- zwiększenie środków przeznaczonych na sfinansowanie zamówienia do ceny najkorzystniejszej oferty na podstawie art. 255 pkt 3 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podniósł m.in.:

Odwołujący wskazał, że zamawiający na realizację zamówienia przez okres 12 miesięcy przeznaczył kwotę 630 000,00 zł wraz z podatkiem od towarów i usług VAT. Natomiast w postępowaniu wszczętym w 2021 r. na świadczenie usługi odbioru i transportu odpadów komunalnych z nieruchomości zlokalizowanych na terenie miasta i gminy Młynary przez 12 miesięcy przeznaczył kwotę 836 589,60 zł wraz z podatkiem od towarów i usług VAT. Zauważył, że wielkość tylko wskaźnika „wywóz śmieci" w okresie od dnia 1 stycznia 2022 r.

do dnia 1 stycznia 2023 r. publikowanego przez Główny Urząd Statystyczny wzrosła o 7,5 %. Niezależnie od tego nastąpił wzrost wskaźnika „olej napędowy" - 32,5 %, a także wzrost minimalnego wynagrodzenia za pracę (w 2023 r. za okres objęty przetargiem - średnio 18,8 % w stosunku do 2022 r.). Zdaniem odwołującego okoliczności te nie zostały uwzględnione przy szacowaniu wartości zamówienia. Zabezpieczenie przez zamawiającego środków na realizację zamówienia w kwocie 630 000,00 zł brutto przy jednoczesnym zmniejszeniu szacunkowej ilości odpadów określonych w dokumentach zamówienia oraz niezmienionym harmonogramie odbioru odpadów w Gminie Młynary w stosunku do roku ubiegłego spowodowało wzrost kosztów świadczenia usługi dla odwołującego, co miało bezpośrednie przełożenie na ostateczny kształt oferty odwołującego i uniemożliwiło złożenie oferty, która mieściłaby się w przewidzianych przez zamawiającego środkach. Zmniejszenie przez zamawiającego o ok. 7% prognozowanej ilości odpadów komunalnych przyjętej do oszacowania wartości przedmiotu zamówienia w obecnym postępowaniu w stosunku do poprzedniego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na wywóz odpadów komunalnych nie miało w ocenie odwołującego wpływu na zmniejszenie kosztu jednostkowego świadczonej usługi, bowiem zaangażowanie osobowe (ilość pracowników), wielkość obszaru do obsługi zamówienia, ilość kilometrów niezbędnych do wykonania zamówienia - nie uległy zmianie. Dlatego też przy uwzględnieniu wzrostu wszystkich składników kosztotwórczych na realizację zamówienia winny być przeznaczone środki w kwocie wyższej niż przewidział to zamawiający - tym bardziej, że na realizację analogicznego zamówienia w 2022 r. przewidział kwotę brutto 836.589,60 zł.

W ocenie odwołującego oferta wykonawcy KOMA stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisu art. 3 ust. 2 w związku z art. 15 ust. 1 pkt 1, 3 i 5 ustawy znk, „mający na celu utrudnianie dostępu do rynku, poprzez sprzedaż usługi poniżej kosztów w celu eliminacji w konkretnym przypadku osoby Odwołującego, bądź rzeczowo nieuzasadnione traktowanie innych klientów (zamawiających), a także działanie mające na celu stwarzanie warunków na Zamawiającym wyboru jej oferty (tj. KOMY Olsztyn Sp. z o.o.)". W ocenie odwołującego potwierdzeniem podjęcia przez wykonawcę KOMA działań mających na celu eliminację bądź ograniczenie z lokalnego rynku odwołującego jest fakt, że w celu uzyskania analogicznego zamówienia u zamawiającego w 2022 r. wykonawca KOMA złożył ofertę wykonania całości zamówienia na kwotę brutto 757.796,00 zł z ceną jednostkową 1Mg brutto 615,37 zł i netto - 565,81 zł. Składając odwołanie do Prezesa KIO od czynności wyboru oferty najkorzystniejszej wykonawca KOMA podniósł, że – w jego ocenie - koszty niezbędne na samo paliwo do pojazdów celem wykonania zamówienia powinny wynosić 313.772,61 zł, natomiast wynagrodzenia pracowników powinny wynosić 557.400,89 zł. Ponadto, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na odbiór odpadów komunalnych od

właścicieli nieruchomości zlokalizowanych na terenie miasta i gminy Frombork (ludnościowo i powierzchniowo zbliżonej do miasta i gminy Młynary) w okresie od 1 stycznia 2023 r. do 31 grudnia 2023 r. wykonawca KOMA w dniu 30 listopada 2022 r. złożył ofertę na kwotę brutto 599.270,40 zł, netto 554.880,00 zł, przy koszcie jednostkowym za 1 Ma - brutto 624,24 zł, netto 578,00 zł. Zauważył, że miasto i gmina Młynary posiada większą powierzchnię wymagającą obsłużenia w zakresie odbioru i transportu odpadów, a także większą liczbę gospodarstw domowych, na rzecz których mają być świadczone usługi, niż miasto i gmina Frombork.

II. Pismem wniesionym w dniu 17 kwietnia 2023 r. zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Uzasadniając swoje stanowisko zamawiający podniósł m.in.:

Zamawiający stwierdził, że odwołujący nie udowodnił, aby wykonawca KOMA składając ofertę działał z umyślnym zamiarem wyeliminowania z rynku odwołującego. Nie może mieć istotnego znaczenia fakt, że wykonawca KOMA złożył ofertę na realizację tożsamego zamówienia w 2022 r. na rzecz zamawiającego, zawierającą cenę 757.796,00 zł, a ponadto w odwołaniu złożonym do Prezesa KIO wskazywał na koszty wykonania zamówienia. Wyrokiem z dnia 13 kwietnia 2022 r. Krajowa Izba Odwoławcza w sprawie rozpoznawanej pod sygn. akt KIO 860/22 oddaliła odwołanie, w

uzasadnieniu wskazując, iż nie są zasadne zarzuty wykonawcy KOMA, że zaoferowana przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe "Copernicus" Spółka sp. z o.o. cena za realizację zamówienia jest rażąco niska. W postępowaniu o udzielenie tożsamego zamówienia publicznego na rzecz zamawiającego w 2022 r. odwołujący zaoferował cenę w wysokości 565.671,64 zł, za którą zamówienie ostatecznie zrealizował. Skoro cena ta nie została uznana za rażąco niską, co zostało potwierdzone w ww. wyroku KIO, to nieuprawnione jest twierdzenie odwołującego, że złożoną w obecnym postępowaniu przez wykonawcę KOMA ofertę z ceną w wysokości 615.117,24 zł można uznać za naruszającą uczciwą konkurencję zmierzającą do eliminacji odwołującego z rynku. Sam fakt, że oferta ta zawiera cenę o około 10% wyższą niż oferta złożona przez odwołującego w ubiegłym roku wskazuje, że jest to cena rynkowa, realna i pozwalająca na wykonanie zamówienia. Brak jest najmniejszych podstaw, aby ofertę z tą ceną uznać za złożoną w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy znk. W ocenie zamawiającego na zasadność stanowiska odwołującego nie może wpłynąć również druga wskazana przez niego okoliczność dotycząca złożenia przez wykonawcę KOMA w dniu 30 listopada 2022 r. oferty w postępowaniu o dzielenie zamówienia publicznego na odbiór odpadów komunalnych na terenie miasta i gminy Frombork, zawierającej cenę 599.270,40 zł. Oferta ta została złożona w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego

prowadzonego przez innego zamawiającego. Zauważył, że w postępowaniach tych wykonawca KOMA złożył oferty zbliżone cenowo.

Zdaniem zamawiającego na uwzględnienie nie zasługuje również zarzut naruszenia przez niego art. 28 ustawy Pzp. Zamawiający zauważył, że kwotę oszacowania zamówienia wskazał w planie zamówień publicznych oraz budżecie. Odwołujący wiedział zatem na jaką wartość zostało oszacowane zamówienie, a zatem podniesienie tego zarzutu dopiero po wyborze najkorzystniejszej oferty uznać należy za spóźnione. Niezależnie od tego stwierdził, że zarzuty odwołującego w tym zakresie są ogólnikowe i trudno podjąć z nimi jakąkolwiek rzeczową polemikę. Niespornym jest, że w 2022 r. usługę odbioru odpadów na rzecz zamawiającego realizował odwołujący, za cenę 565.671,46 zł za 12 miesięcy realizacji usługi. Wbrew twierdzeniu odwołującego wartość ta winna stanowić podstawę szacowania wartości zamówienia w kolejnym roku, a nie kwota przeznaczona na realizację zamówienia w 2022 roku.

III. Przystąpienie do postępowania odwoławczego zgłosił wykonawca KOMA Olsztyn Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Olsztynie. Przystępujący poparł stanowisko zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W odwołaniu zarzuty nie zostały wprost sformułowane, jednakże można je wywieść z treści całego odwołania.

Izba uznała, że odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 28 ustawy Pzp podlega odrzuceniu. Jak wynika z treści odwołania zarzut ten odwoływał się do kwoty, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia. Informacja o tej kwocie została przez zamawiającego podana w dniu 15 marca 2023 r. (pismo z dnia 15 marca 2023 r. zamieszczone na stronie internetowej postępowania). Zgodnie z art. 515 ust. 3 pkt 2 ustawy Pzp w przypadkach innych niż określone w ust. 1 i 2 odwołanie wnosi się w terminie: 5 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia, w przypadku zamówień, których wartość jest mniejsza niż progi unijne. Zgodnie z art. 528 pkt 3 ustawy Pzp Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie. Mając na uwadze powyższe przepisy, należy stwierdzić, że termin na podniesienie ww. zarzutu upłynął w dniu 20 marca 2023 r. Podniesienie tego zarzutu w odwołaniu wniesionym dniu 3 kwietnia 2023 r. należy uznać za spóźnione

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba orzekła, jak w punkcie pierwszym sentencji, na podstawie art. 528 pkt 3 w zw. z art. 515 ust. 3 pkt 2 ustawy Pzp.

Izba uznała, że w zakresie pozostałych zarzutów odwołanie podlega oddaleniu.

Naruszenie przez zamawiającego przepisu art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy KOMA jako oferty złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji nie zostało przez odwołującego udowodnione.

Zgodnie z art. 15 ust. 1 ustawy znk czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez: 1) sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców; 3) rzeczowo nieuzasadnione, zróżnicowane traktowanie niektórych klientów; 5) działanie mające na celu wymuszenie na klientach wyboru jako kontrahenta określonego przedsiębiorcy lub stwarzanie warunków umożliwiających podmiotom trzecim wymuszanie zakupu towaru lub usługi u określonego przedsiębiorcy.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że stwierdzenie wystąpienia czynu nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o znk wymaga ustalenia wystąpienia dwóch przesłanek: po pierwsze, że doszło do sprzedaży towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaży poniżej kosztów zakupu, a po drugie, że celem tych działań była eliminacja innych przedsiębiorców. W przypadku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oferowanie przez wykonawcę usług poniżej kosztów ich świadczenia wymaga przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego, o którym mowa w art. 224 ustawy Pzp. Stwierdzenie powyższego następuje na podstawie oceny wyjaśnień wykonawcy w zakresie wyliczenia ceny udzielonych w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego. W tym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego takie postępowanie wyjaśniające nie zostało przeprowadzone. W związku z tym, nie było możliwe stwierdzenie, że wykonawca KOMA zaoferował zamawiającemu świadczenie usług poniżej ich kosztów. W konsekwencji tego bezprzedmiotowe stało rozpatrywanie wystąpienia drugiej

z ww. przesłanek składających się na czyn nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o znk. Należy zauważyć, że argumentacja odwołującego, która została przedstawiona na poparcie tego zarzutu, mogłaby co najwyżej zostać wzięta pod uwagę na potrzeby ustalenia czy nie zachodzi fakultatywna podstawa wezwania wykonawcy do przedstawienia wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny, o której mowa w artykule 224 ust. 1 ustawy Pzp. Taki zarzut nie został jednak postawiony.

W odniesieniu do czynów nieuczciwej konkurencji, o których mowa w artykule 15 ust. 1 pkt 3 i 5 ustawy znk, w odwołaniu nie przedstawiono żadnego uzasadnienia. Również na rozprawie

odwołujący jako podstawę stwierdzenia zaistnienia ze strony wykonawcy KOMA czynu nieuczciwej konkurencji wskazał przepis art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy znk. Niemniej jednak, jeżeliby uznać, że uzasadnieniem dla tego zarzutu w zakresie czynu nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 15 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, miałaby być argumentacja dotycząca porównania cen zaoferowanych przez wykonawcę KOMA w postępowaniu prowadzonym przez gminę Młynary oraz w postępowaniu prowadzonym przez gminę Frombork, to argumentację tę należy uznać za niewiarygodną. W pierwszym akapicie na stronie 5 odwołania odwołujący wskazuje, że miasto i gmina Frombork jest ludnościowo i powierzchniowo zbliżona do gminy Młynary, podczas gdy w kolejnym akapicie podkreśla, że miasto i gmina Młynary posiada większą powierzchnię wymagającą obsłużenia w zakresie odbioru i transportu odpadów, a także większą liczbę gospodarstw domowych, na rzecz których mają być świadczone usługi. Ponadto, dla treści złożonej oferty istotne znaczenie ma zakres przedmiotowy danego zamówienia. Niezależnie od tego, należy zauważyć, że przepisy nie zabraniają wykonawcom składania w postepowaniach ofert różnych pod względem ceny, w tym w zakresie oczekiwanego zysku. Do zarzutu odnoszącego się do czynu nieuczciwej konkurencji z art. 15 ust. 1 pkt 5 ustawy znk skład orzekający Izby nie może się odnieść wobec braku przedstawienia jakiejkolwiek argumentacji ze strony odwołującego.

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

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 1 oraz 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), zasądzając na rzecz zamawiającego od odwołującego koszty postępowania poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika (3 600 zł) oraz tytułem dojazdu na posiedzenie i rozprawę (koszt transportu – 667 zł oraz koszt noclegu – 492 zł) na podstawie przedstawionych przez pełnomocnika zamawiającego rachunków. Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego co do braku zasadności poniesienia przez pełnomocnika zamawiającego kosztów noclegu z uwagi na to, że posiedzenie zostało wyznaczone na godzinę 13:00. Izba nie znajduje powodów do uznania, aby za nieuzasadnione uznać koszty noclegu pełnomocnika dojeżdżającego na rozprawę z do Warszawy z Elbląga, w szczególności mając na uwadze remont drogi na odcinku Płońsk – Warszawa.

Przewodniczący: ….……...