

WYROK

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Aneta Młacka

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 stycznia 2024 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 grudnia 2023 r. przez Odwołującego – Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „Fart” sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych „Fart-Bis” sp. z o.o. (ul. Ściegiennego 268A, 25-116 Kielce) w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Gminę Starachowice (ul. Radomska 45, 27-200 Starachowice) przy udziale uczestnika po stronie Zamawiającego Remondis sp. z o.o. (ul. Zawodzie 18, 02-981 Warszawa)

orzeka:

- 1) oddala odwołanie,
 - 2) kosztami postępowania obciąża Odwołującego - Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „Fart” sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych „Fart-Bis” sp. z o.o. (ul. Ściegiennego 268A, 25-116 Kielce) i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego:
 - kwotę 15000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego - Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „Fart” sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych „Fart-Bis” sp. z o.o. (ul. Ściegiennego 268A, 25-116 Kielce) tytułem wpisu od odwołania,
 - kwotę 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego: Gmina Starachowice (ul. Radomska 45, 27-200 Starachowice),
 - 2.2. zasądza od Odwołującego - Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „Fart” sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych „Fart-Bis” sp. z o.o. (ul. Ściegiennego 268A, 25-116 Kielce) na rzecz Zamawiającego: Gmina Starachowice (ul. Radomska 45, 27-200 Starachowice) kwotę 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego.
- Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:

Sygn. akt: KIO 3935/23

UZASADNIENIE

Zamawiający Gmina Starachowice prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest: „Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu Gminy Starachowice od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy”.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano 8 sierpnia 2023 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2023/S 151-481840.

Odwołujący - Wykonawcy wspólnie ubiegających się o zamówienie: Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „Fart” sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Fart-Bis sp. z o.o. wnieśli odwołanie, w którym zarzucili Zamawiającemu naruszenie:

- art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Remondis sp. z o.o., w sytuacji kiedy oferta złożona przez tego Wykonawcę zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,
- art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych i art. 224 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz z art. 16 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Remondis sp. z o.o., pomimo że nie wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny i złożone wyjaśnienia nie uzasadniają zaniżenia ceny ofertowej w stosunku do ceny oferty złożonej w tożsamym postępowaniu na odbiór i zagospodarowanie odpadów w Starachowicach dla Zamawiającego w porównaniu z rokiem 2021 i mają charakter pozorny; jednocześnie przyjęte przez Wykonawcę założenia potwierdzają rażąco niski charakter ceny oferty tego wykonawcy, co stanowi naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,

- art. 239 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez dokonanie wyboru oferty złożonej przez Wykonawcę Remondis sp. z o.o. jako najkorzystniejszej, podczas gdy oferta powinna zostać odrzucona, a w jej miejsce za najkorzystniejszą powinna zostać wybrana oferta złożona przez Odwołującego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości, nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na wyborze oferty Wykonawcy Remondis sp. z o.o. jako najkorzystniejszej, odrzucenia oferty Wykonawcy Remondis sp. z o.o.

Zamawiający zgodnie z art. 224 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w celu ustalenia, czy oferta Wykonawcy Remondis sp. z o.o. zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwrócił się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów w zakresie wyliczenia ceny ofertowej. Zamawiający wskazał, że podana cena ofertowa budzi wątpliwości Zamawiającego co do jej realności i możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymogami określonymi przez Zamawiającego, gdyż jest niższa w stosunku do poprzedniego zamówienia, które obecnie realizuje Wykonawca Remondis sp. z o.o.

Zamawiający wskazał w wezwaniu do wyjaśnień powód swoich wątpliwości wymagający wyjaśnienia przez Wykonawcę Remondis sp. z o.o. Jednocześnie Zamawiający wniósł o (...) przedstawienie kalkulacji, zawierającej wszystkie istotne koszty realizacji zamówienia oraz wyjaśnień ze wskazaniem jakie czynniki miały wpływ na obliczenie ceny ofertowej, z uwzględnieniem w szczególności:

1. 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 lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;
2. zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
3. indywidualnych uwarunkowań Wykonawcy, które wpływają na obniżenie kosztów realizacji zamówienia;
4. wszelkich kosztów niezbędnych do zrealizowania pełnego zakresu zamówienia, w tym waloryzacji cen związanych z utylizacją odpadów/zagospodarowaniem odpadów.

Wykonawca Remondis sp. z o.o. w wyjaśnieniach wskazał następujące okoliczności, które pozwoliły mu przyjąć niższą cenę niż w postępowaniu z 2021 r.:

- Remondis sp. z o.o. posiada pojemniki przeznaczone do selektywnego zbierania odpadów w punktach gromadzenia odpadów w zabudowie wielolokalowej, które są już roztawione w punktach gromadzenia odpadów na terenie Gminy Starachowice (str. 7. załącznika nr 1 do wyjaśnień, str. 2. i 3. wyjaśnień RNC),
- Remondis sp. z o.o. nie musi ponosić wysokich nakładów inwestycyjnych w celu przygotowania i uruchomienia PSZOK na terenie Gminy Starachowice (pozyskanie nieruchomości, na której będzie prowadzony PSZOK, kontenery, monitoring, koszty decyzji administracyjnych w związku z uzyskaniem zezwolenia na zbieranie odpadów) - Wykonawca dysponuje już odpowiednio przygotowanym i wyposażonym PSZOK (str. 8. i 9. załącznika nr 1 do wyjaśnień),
- usunięcie z projektu umowy kar za nieosiągnięcie poziomów recyklingu (str. 3. i 4. wyjaśnień RNC),
- analiza cen świadczenia podobnych usług na rynku (str. 4. wyjaśnień RNC).

Zdaniem Odwołującego, pomimo jednoznacznej treści wezwania, która odnosi się do wątpliwości w zakresie niższej niż w poprzednim zamówieniu ceny realizacji usług, Wykonawca Remondis sp. z o.o. nie wyjaśnił w swoich wyjaśnieniach wątpliwości Zamawiającego lub wskazywane okoliczności mają charakter pozorny. Z tego powodu w opinii Odwołującego złożone wyjaśnienia nie skutkują obaleniem domniemania, o którym mowa w art. 224 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący w treści odwołania wskazał na okoliczność wzrostu cen paliw, wzrostu kosztów wynagrodzenia pracowników, dokonał zestawienia cen świadczenia podobnych usług na rynku (wskazując na politykę cenową Wykonawcy Remondis sp. z o.o. w innych postępowaniach na odbiór i zagospodarowanie odpadów), krótszy czas realizacji umowy, brak kar umownych za osiągnięcie poziomu recyklingu (jako okoliczność wspólna wszystkim wykonawcom), wzrost kosztów zagospodarowania odpadów komunalnych w ZUO Janik, wzrost inflacji, a w konsekwencji ogólnych kosztów realizacji usług, wzrost opłaty marszałkowskiej, oraz przedstawione przez Wykonawcę Remondis sp. z o.o. w treści wyjaśnień wnioski waloryzacyjne, które w ocenie Odwołującego stanowią przyznanie, że nastąpił dla tego Wykonawcy wzrost kosztów.

Odwołujący wskazał również na fakt, że okoliczność braku kosztów organizacji PSZOK i zakupu pojemników pozostaje bez wpływu na obniżenie ceny w porównaniu do postępowania w 2021 roku.

Zdaniem Odwołującego, w kontekście powołanych wyżej okoliczności, nie ma możliwości by przy zastosowaniu rynkowych warunków realizacji zamówienia, Wykonawca Remondis sp. z o.o. mógł zaoferować niższą cenę niż w

obecnie realizowanym kontrakcie. Jak wskazał, jedyną istotną zmienną powodującą obniżenie kosztów realizacji usług w porównaniu do poprzedniego przetargu jest wyłączenie kar umownych za nieosiągnięcie poziomów recyklingu, które Wykonawca Remondis sp. z o.o. wyliczył na kwotę 57,88 zł/Mg odpadów. Wyłączenie kar umownych, w opinii Odwołującego, nie ma jednak aż tak istotnego przełożenia na cenę 1 Mg odbioru i zagospodarowania odpadów na tym kontrakcie, aby mogło to skutkować obniżeniem ceny w stosunku do oferty z 2021 r., biorąc pod uwagę rosnące koszty świadczenia usług. Jest to okoliczność właściwa wszystkim wykonawcom składającym oferty w tym postępowaniu i nie świadczy o przewadze konkurencyjnej względem innych wykonawców.

Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Bezzasadny jest zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych. Odwołujący nie wykazał, że oferta Wykonawcy Remondis sp. z o.o. zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Bezzasadny jest również zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych i art. 224 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz art. 16 pkt. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający w celu ustalenia, czy oferta Wykonawcy Remondis sp. z o.o. zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwrócił się do Wykonawcy o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów w zakresie wyliczenia ceny ofertowej.

Wykonawca Remondis sp. z o.o. złożył wyjaśnienia wraz z dowodami. Zamawiający ocenił, że oferta Wykonawcy Remondis sp. z o.o. nie zawiera rażąco niskiej ceny i dokonał wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej.

Wykonawca Remondis sp. z o.o. dokonał częściowego utajnienia informacji podanych w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny (oraz załączonych dowodów) w zakresie tych elementów wyjaśnień, które stanowią dla spółki wartość gospodarczą i zawierają informacje techniczne, technologiczne i organizacyjne przedsiębiorstwa. Jak wyjaśnił Zamawiający, Odwołujący otrzymał jedynie wersję jawną wyjaśnień i nie wnosił do Zamawiającego o udostępnienie również ich w części utajnionej. Odwołujący nie zapoznał się zatem z całością wyjaśnień i dowodów przedstawionych przez Wykonawcę Remondis sp. z o.o. W konsekwencji, jak wskazał Zamawiający, Odwołujący oparł zarzuty wyłącznie na części informacji.

Przed wszystkim należy wskazać, że Odwołujący w treści odwołania nie odniósł się do poszczególnych danych przedstawionych przez Wykonawcę Remondis sp. z o.o. w kalkulacji i dowodach. Dokonanie oceny zaoferowanej ceny powinno następować w odniesieniu do ceny w tym konkretnym postępowaniu, na podstawie udzielonych przez Wykonawcę wyjaśnień. Tymczasem Odwołujący nie zapoznał się z całością wyjaśnień Wykonawcy Remondis sp. z o.o. i nie wykazał, aby złożone wyjaśnienia potwierdzały, że cena zaoferowana jest rażąco niska.

Niezależnie od powyższego, Odwołujący nie kwestionował jawnych w przeważającej większości założeń, kosztów przyjętych przez Wykonawcę Remondis sp. z o.o., a swoje odwołanie oparł na porównaniu ceny zaoferowanej przez Wykonawcę Remondis sp. z o.o. w tym postępowaniu oraz w postępowaniu prowadzonym w 2021 roku. Izba podziela stanowisko Wykonawcy Remondis sp. z o.o., zgodnie z którym, aby móc w taki sposób formułować zarzuty, to w pierwszej kolejności Odwołujący powinien wykazać strukturę kosztów i ich wysokość, a także wysokość marży Wykonawcy w postępowaniu z 2021 roku, czego Odwołujący nie wykazał.

Wbrew twierdzeniom Odwołującego, Wykonawca Remondis sp. z o.o. w treści wyjaśnień odniósł się do różnicy w cenie zaoferowanej przez niego za realizację zamówienia w ramach obecnego postępowania i postępowania z 2021 r. Wskazał na okoliczności, które w jego ocenie były istotne dla oceny możliwości zaoferowania w obecnie prowadzonym postępowaniu ceny niższej niż cena zaoferowana w postępowaniu prowadzonym w 2021 r. W pkt. IV ust. 3 (str. 4) wyjaśnień Wykonawca Remondis sp. z o.o. wskazał, że różnica w warunkach świadczenia usługi we wskazanym zakresie przełożyła się na kalkulację ceny i pozwoliła na jej obniżenie w stosunku do ceny oferowanej w poprzednim postępowaniu.

Bezsporne jest, że Zamawiający w treści wezwania wyjaśnił, że jego wątpliwości wynikają z tego, iż cena zaoferowana przez Wykonawcę Remondis sp. z o.o. w niniejszym postępowaniu jest niższa niż cena zaoferowana w postępowaniu prowadzonym w 2021 roku. Niemniej jednak Zamawiający nie wymagał w treści wezwania od Wykonawcy Remondis sp. z o.o. wyjaśniania szczegółowych pozycji kosztowych z 2021 roku, porównania poszczególnych pozycji kosztowych w ramach cen oferowanych w 2021 roku i w obecnym postępowaniu. Stąd brak szczegółowych porównań (jakich być może życzyłby sobie Odwołujący) obecnie zaoferowanej ceny do ceny z postępowania prowadzonego w 2021 roku nie może zostać uznany za brak złożenia wyjaśnień, czy za podstawę do uznania, że zaoferowana przez Wykonawcę Remondis sp. z o.o. cena jest rażąco niska. Jak wskazano powyżej, Wykonawca Remondis sp. z o.o. złożył szczegółowe wyjaśnienia co do ceny zaoferowanej w niniejszym postępowaniu wraz z dowodami.

Odwołujący nie wykazał nieprawidłowości złożonych wyjaśnień. Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów i

wyliczeń, które wskazywałby, że cena zaoferowana przez Wykonawcę Remondis sp. z o.o. w tym postępowaniu jest nierealna i nie pozwala na pokrycie chociażby kosztów pracy związanych z realizacją przedmiotu zamówienia.

Odwołujący nie podważył żadnych przyjętych przez Wykonawcę Remondis sp. z o.o. założeń. Nie kwestionował przyjętych do kalkulacji podstaw, takich jak np. ilość etatów, ilość przyjętych kilometrów, czy prawidłowości przyjętej wysokości kosztów paliwa. Nie przedstawił żadnej kalkulacji, która dowodziłaby, że nie jest możliwe pokrycie kosztów zagospodarowania odpadów w ZUO Janik wynikających z cennika tego podmiotu. Zatem Odwołujący nie dowiódł, aby złożone przez Wykonawcę Remondis sp. z o.o. wyjaśnienia nie uzasadniały zaoferowanej ceny.

Instytucja wyjaśnień ceny oferty ma na celu wyjaśnienie, czy za cenę zaoferowaną w konkretnym postępowaniu możliwe jest wykonanie zamówienia w sposób należyty i bez poniesienia straty.

Cena rażąco niska jest to cena, za którą nie sposób wykonać zamówienia. Pojęcie „rażąca” oznacza, że jej nierealny charakter jest oczywisty, powszechnie widoczny. Odwołujący nie wykazał, aby cena zaoferowana przez Wykonawcę Remondis sp. z o.o. miała taki właśnie charakter.

Porównywanie cen z poprzedniego postępowania może stanowić element poznawczy, mieć walor informacyjny, ale nie jest bezpośrednim dowodem na okoliczność, że Wykonawca oferuje w konkretnym postępowaniu cenę, która jest rażąco niska, w szczególności, gdy Wykonawca składa konkretne wyjaśnienia i dowody co do zaoferowanej ceny. Oferowane ceny mogą zmieniać się na przestrzeni lat, zmienia się sposób świadczenia usług, a także jak słusznie zauważył Wykonawca Remondis sp. z o.o. - w zależności od panujących warunków ekonomicznych i ilości realizowanych kontraktów, wykonawcy mogą zmienić swoje podejście co do wysokości marży. Ponadto obydwa postępowania różnią się między sobą – długością trwania umowy, a także brakiem kar umownych w niniejszym postępowaniu. Nawet jeśli ta ostatnia okoliczność jest wspólna dla wszystkich wykonawców, to jak wskazał w piśmie procesowym Wykonawca Remondis sp. z o.o. nie zmienia faktu, że jest to istotna różnica, która może wpływać na ocenę ryzyka związanego z realizacją zamówienia, co może przekładać się na zaoferowaną cenę.

Złożone przez Odwołującego zestawienia w postaci cen oferowanych przez Wykonawcę Remondis sp. z o.o. w różnych gminach mogą jedynie stanowić dowód tego, że Wykonawca Remondis sp. z o.o. oferuje ceny bardzo zróżnicowane. Niezależnie od powyższego, nie jest oczywistym porównanie gmin z okolic Warszawy (takich jak Konstancin – Jeziorna, czy Józefów) z gminami w innym województwie – tu: świętokrzyskim, jak również porównanie gminy Starachowice z innymi gminami w województwie świętokrzyskim, które różnią się od gminy Starachowice wielkością, gęstością zaludnienia, rodzajem zabudowy mieszkalnej. Oferowanie różnych cen zatem wynika ze szczególnych uwarunkowań danej gminy.

Odwołujący zasugerował, że Wykonawca Remondis sp. z o.o. prowadzi „agresywną politykę cenową”. Należy zauważyć, że „agresywna polityka cenowa” oznacza w tym przypadku zapewne zwyczajne konkutowanie ceną, co w przypadku gospodarki wolnorynkowej jest działaniem całkowicie normalnym i pożądanym.

Istotne znaczenie ma także okoliczność, że w niniejszej sprawie nie występowały obligatoryjne przestanki wezwania określone w art. 224 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Cena zaoferowana przez Wykonawcę Remondis sp. z o.o. nie odbiegała o ponad 30% od wartości zamówienia, ani od średniej arytmetycznej złożonych ofert. Okoliczność ta potwierdza, że nie można uznać, że cena zaoferowana przez Wykonawcę Remondis sp. z o.o. odbiega od realiów rynkowych.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 oraz art. 574 ustawy z 11.09.2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.) oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1, § 5 pkt 2b) oraz § 8 ust. 2 pkt 1), zaliczając w poczet kosztów postępowania uiszczony przez Odwołującego wpis od odwołania oraz koszty z tytułu zastępstwa procesowego pełnomocnika Zamawiającego.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

Przewodnicząca:

.....