Sygn. akt: KIO 2048/23

POSTANOWIENIE
z dnia 27 lipca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący:Agata Mikołajczyk
Członkowie: Katarzyna Odrzywolska
Marzena Ordysińska

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 27 lipca 2023 r.
w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczejw dniu 14 lipca 2023 r. przez odwołującego: **Remondis Sp. z o.o. z/s w Warszawie** (ul. Zawodzie 18, 02981 Warszawa) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Zarząd Oczyszczania Miasta z/s w Warszawie** (al. Jerozolimskie 11/19, 00508 Warszawa),
przy udziale wykonawcy: **PARTNER D. A. Sp. z o.oz/s w Warszawie** (ul. Jana Pawła II 80/158 00-175 Warszawa) zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

postanawia:

1. umarza postępowanie odwoławcze;
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego: **Remondis Sp. z o.o. z/s w Warszawie** (ul. Zawodzie 18, 02981 Warszawa) kwoty **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), stanowiącej kwotę wpisu uiszczonego od odwołania.

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 niniejsze postanowienie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie.**

……
……
……

Sygn. akt: KIO 2048/23

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione w dniu 14 lipca 2023 r. przez odwołującego: Remondis Sp. z o.o. z/s w Warszawie (Odwołujący) w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Zarząd Oczyszczania Miasta z/s w Warszawie na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022r. poz. 1710 ze zm.), [ustawa Pzp lub Pzp lub Ustawa PZP],w przedmiocie zamówienia publicznego na: „Opróżnianie koszy na terenie m. st. Warszawy". Numer referencyjny: ZOM/KP/9/23" -część IV i V. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dz. Urz. UEw dniu 26 maja 2023 r. Nr 2023/S 101-313174. Odwołujący podał, że: (...) Zamawiający naruszył następujące przepisy:
1. art. 224 ust. 1 PZP w zw. z art. 16 Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy MS-EKO sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „MS-EKO") oraz wykonawcy D. A.prowadzący działalność gospodarcza pod firmą Partner D. A. (dalej: „Partner") do złożenia wyjaśnień w sytuacji, gdy zaoferowane przez tych wykonawców następujące ceny jednostkowe za:
1.MS EKO w zakresie części IV zamówienia - opróżnianie koszy (co), przestawianie koszy (Cp) i mycie koszy (Cm) oraz w zakresie V zamówienia - przestawianie koszy (Cp) i mycie koszy (Cm);
2.Partner w zakresie części IV zamówienia - opróżnianie koszy (Co), przestawianie koszy (Cp) i mycie koszy (Cm) oraz w zakresie V zamówienia - przestawianie koszy (Cp) i mycie koszy (Cm);
oraz ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego w SWZ.
Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu w zakresie części IV i V zamówienia:
1.unieważnienia czynności wyboru oferty MS-EKO jako najkorzystniejszej;
2.powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem zarzutów podniesionych w odwołaniu;
3.wezwania MS•EKO i Partner do złożenia wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1 Pzp;
4.dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej.
Wykonawca podał: „*Odwołujący ma interes we wniesieniu niniejszego odwołania, gdyż jest wykonawcą biorącym udział w postępowaniu. Jak wynika z przekazanego przez Zamawiającego zawiadomienia o wyniku, oferta złożona przez Odwołującego nie podlega odrzuceniu i uplasowała się na trzecim miejscu rankingu ofert. W przypadku prawidłowego działania Zamawiającego, oferty złożone przez MS•EKO (oferta najkorzystniejsza) i Partner (wykonawca sklasyfikowany na drugiej pozycji rankingu) zostałaby odrzucone, a zatem Odwołujący miałby realną szansę na uzyskanie zamówienia. W związku z powyższym, nie może budzić wątpliwości fakt, Że w wyniku niezgodnych z przepisami ustawy działań Zamawiającego Odwołujący może ponieść szkodę polegającą na nieuzyskaniu zamówienia publicznego, a tym samym posiada interes we wniesieniu niniejszego odwołania*".

Do postępowania odwoławczego przystąpienie po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca PARTNER D. A. Sp. z o.o. z/s w Warszawie wnosząc o oddalenie odwołania. W szczególności podał: (...) *Stosownie do treści art. 525 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp wskazuję, że Przystępujący ma interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego, albowiem:*
1.Zgodnie z rankingiem ofert w postępowaniu w zakresie Części nr IV oraz V oferta Przystępującego znajduje się na drugiej pozycji przed ofertą Odwołującego,
2.Przystępujący wniósł w zakresie Części nr IV i V postępowania wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej wykonawcy MS-EKO sp. z o.o. ul. Modlińska 129 lok. U7, 03-186 Warszawa własne odwołanie do Izby wnosząc o wezwanie MS-EKO do udzielenia wyjaśnień ceny (sygn. akt KIO 2053/23 wyznaczony termin posiedzenia 27.07.2023r. godz. 10.00),
3.W przypadku uwzględnienia przez Izbę odwołania własnego Przystępującego przy jednoczesnym oddaleniu odwołania Remondis sp. z o. o. powyższe wpłynie na wzruszenie wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu w częściach objętych odwołaniem a wykonawca MS-EKO zostanie wezwany do udzielenia wyjaśnień ceny dzięki czemu Przystępujący uzyska możliwość uzyskania zamówienia.

Ponadto w przypadku oferty Przystępującego, w przeciwieństwie do oferty MS-EKO doszło do wyceny usług na poziomie realnym i rynkowym a poziom wyceny usług jakich zaniżenie zarzuca Odwołujący Przystępującemu były już stosowane u Zamawiającego w tożsamych postępowaniach przykładowo w roku ubiegłym, nie budząc wątpliwości odnośnie ich realnego poziomu i możliwości wykonania. Przystępujący wskazuje ponadto, że kwestionowane odwołaniem czynności Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu w stosunku do oferty Przystępującego zostały dokonane bez naruszenia przepisów ustawy Pzp. Wskazuję, że zgodnie z treścią art. 525 ust. 2 ustawy Pzp kopia przystąpienia została przesłana w dniu 20.07.2023 r. Zamawiającemu oraz Odwołującemu na dowód czego składam potwierdzenie przesłania zgłoszenia przystąpienia.

Odnosząc się syntetycznie do zarzutów i żądań podniesionych w treści odwołania:

W pierwszej kolejności wskazać należy, że w postępowaniu nie wystąpiły w odniesieniu do oferty Przystępującego żadne przesłanki ustawowe ani też wskaźniki arytmetyczne obligujące Zamawiającego do zastosowania procedury wyjaśniającej cenę oferty - powyższe jest okolicznością bezsporną.

Celem regulacji art. 224 ustawy Pzp jest uniknięcie udzielenia zamówienia wykonawcy, który w złożonej ofercie zaoferuje cenę za którą nie będzie w stanie wykonać zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego. Orzecznictwo KIO wskazuje, żecena rażąco niska to cena nierealistyczna, niewiarygodna i nierzeczywista w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Zaoferowane w postępowaniu ceny Przystępującego są realistyczne i porównywalne z cenami rynkowymi podobnych zamówień. Obowiązek badania, czy cena lub koszt nie zostały zaniżone, powstaje zawsze, gdy zamawiający nabierze wobec ich wysokości faktycznie uzasadnionych wątpliwości. W analizowanym przypadku takie wątpliwości po stronie Zamawiającego nie wystąpiły. Sam fakt wystąpienia w wycenie ofertowej różnic cenowych jest zjawiskiem naturalnym i powszechnym zwłaszcza na wysokokonkurencyjnym rynku usług odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych. Argumentacja odwołania w istocie sprowadza się do czysto matematycznej próby porównywania cen i wywodzenia z różnic tezy o rzekomo rażąco zaniżonej wycenie wybranych stawek jednostkowych oferty Przystępującego. Wskazał na orzecznictwo KIO: 1230/22, 1141/23 , KIO 1118/21.

Zamawiający musiał zatem dokonać przed wyborem oferty najkorzystniejszej Przystępującego stosownego badania ceny ofertowej wykonawcy i nie znalazł żadnych podstaw do tego, aby skorzystać względem niego z instytucji opisanej w art. 224 ust. 1 Pzp polegającej na wezwaniu do złożenia wyjaśnień zaoferowanej ceny. Odwołujący wydaje się nie dostrzegać, że Przystępującemu mogą być dostępne inne warunki realizacji usług niż te, które posiada Odwołujący. Tego rodzaju warunki są uzależnione od indywidualnej sytuacji każdego przedsiębiorcy funkcjonującego w określonej branży.

Konkludując, Przystępujący stoi na stanowisku, że w przypadku ceny jego oferty nie zaistniały okoliczności obligujące Zamawiającego do wystąpienia do wykonawcy na podstawie art. 224 ust. 1 Pzp do żądania wyjaśnień względem ceny ofertowej w aspekcie podejrzenia występowania RNC. Powołana argumentacja przesądza o tym, że zgłoszony zarzut należy uznać za nieuzasadniony co powinno skutkować jego oddaleniem. W zakresie ciężaru dowodu w odniesieniu do zarzutu zaniechania wezwania do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, Przystępujący wskazuje za orzecznictwem Izby: KIO 1141/23 - Warto także zaznaczyć, że wykazanie, iż zamawiający powinien rozpocząć procedurę wyjaśniającą kalkulację ceny obciąża wykonawcę, który żąda jej przeprowadzenia. Problematyka ciężaru dowodu jest szczególnie istotna z punktu widzenia stron, bowiem wywołuje bezpośredni wpływ na wynik sporu. Co istotne, nie mamy tu do czynienia z odwróconym ciężarem dowodu, który wynika z art. 537 p.z.p. i dotyczy sytuacji, kiedy już wezwano wykonawcę do złożenia wyjaśnień, co nakłada na niego obowiązek wykazania, że jego oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej (art. 224 ust. 5 p.z.p.). W zakresie wszczęcia postępowania wyjaśniającego cenę - czyli wywiązania się z obowiązku udowodnienia, że zaoferowana cena lub jej istotna część składowa wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia lub powinna budzić wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami SWZ lub wynikającymi z odrębnych przepisów - zastosowanie znajduje art. 534 ust. 1 p.z.p., który stanowi, że strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Norma ta nakłada na odwołującego obowiązek dostarczenia Izbie wiarygodnych i przekonujących środków dowodowych, które poprą jego stanowisko procesowe, a z drugiej strony wskazuje, że odwołujący poniesie negatywne konsekwencje w przypadku braku wywiązania się z nałożonego na niego ciężaru dowodowego - w postaci oddalenia niewykazanych zarzutów odwołania.

Przystępujący podkreśla przy tym, że całkowicie odmienna jest sytuacja wykonawcy MS-EKO który zaoferował w szczególności usługi przestawiania koszy oraz ich mycia w stawkach całkowicie symbolicznych i takich samych - po 5 zł. Wykonawca MS-EKO jako jedyny w postępowaniu dokonał wyceny kwestionowanych świadczeń na poziomie, który można uznać z jednej strony za całkowicie symboliczny w stosunku do realnej wartości rynkowej tych usług ale co istotne na takim samym symbolicznym poziomie każda z usług po 5 zł - niezależnie od rodzaju tych świadczeń i ich zróżnicowania rzeczowego oraz kosztów jakie należy ponieść w celu ich realizacji, co potwierdza całkowite oderwanie tej wyceny od realiów ekonomicznych. Przystępujący wskazuje ponadto, że cena oferty Odwołującego jest całkowicie poza kwotą jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia

Kwota ta wynosi odpowiednio:
dla Cz. IV: 2.776.429,95
dla Cz. V: 2.489.174,14
a oferta Odwołującego: dla Cz. IV: 3.435.715,01 zł
dla Cz. V: 3.020.255,42 zł

w przypadku Przystępującego cena ofertowa mieści się w kwocie jaką przewidział Zamawiający w odniesieniu do każdej z części objętych zarzutami odwołania. W tej sytuacji odwołanie jest całkowicie pozorne a Odwołujący nie posiada realnej możliwości uzyskania zamówienia w Postępowaniu".

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie w piśmie z dnia 25/07/23 podał, że: *(...) uwzględnia odwołanie w części dotyczącej Wykonawcy MS-EKO Sp. z o.o. w zakresie cen jednostkowych za przestawianie koszy (Cp) oraz mycie koszy (Cm)".*

Dalej podał: *(...)*

Zamawiający:

– Unieważni czynność wyboru oferty najkorzystniejszej dla części IV i V zamówienia (MS-EKO Sp. z o.o.).

–Powtórzy czynności badania i oceny ofert, a w jej ramach wezwie wykonawcę MS-EKO Sp. z o.o.do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia: − cen jednostkowych za przestawianie koszy (Cp) oraz mycie koszy (Cm).

Zdaniem Zamawiającego ceny za opróżnianie koszy (Co) w wysokości 1,90 zł oraz 1,85 zł są cenami realnymi, nieodbiegającymi od cen zaoferowanych przez innych Wykonawców".

Także podał, że:

–Nie uwzględnia odwołania w odniesieniu do oferty Partner D. A. Sp. z o.o.
Zdaniem Zamawiającego zaoferowane ceny są cenami realnymi, pozwalającymi należycie wykonać zamówienie a różnice w cenach Remondis Sp. z o.o. i Partner D. A. Sp. z o.o. są naturalną konsekwencją konkurencji w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego".

Odwołujący w piśmie z dnia 26/07/23 podał w szczególności: (...) *w związku z otrzymaną oz Zamawiającego odpowiedzią na odwołanie, w której Zamawiający uwzględnił odwołanie w części dotyczącej Wykonawcy MS-EKO Sp. z o.o. w zakresie cen jednostkowych za przestawianie koszy (Cp) oraz mycie koszy (Cm), Odwołujący wycofuje pozostałe (nieuwzględnione przez Zamawiającego) zarzuty odwołania i zgodnie z art. 522 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych wnosi o umorzenie postępowania odwoławczego.*

Zamawiający i Uczestnik postępowania zostali poinformowani o częściowym wycofaniu zarzutów odwołania.

Stosownie do § 9 ust. 1 pkt 2 lit. b) 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 wnoszę jednocześnie o dokonanie zwrotu Odwołującemu kwoty uiszczonej tytułem wpisu w pełnej wysokości".

Izba zważyła, co następuje:

Działając na podstawie art. 568 pkt 3 w zw. z art. 522 ust. 3 ustawy Pzp postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze w niniejszej sprawie na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestnika postępowania odwoławczego.

Zgodnie z art. 568 pkt 3 Pzp: „*Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku: (...) o którym mowa w art. 522".*

W myśl art. 522 ust. 3 Pzp: „*3. W przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu i wycofania pozostałych zarzutów przez odwołującego, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca albo wykonawca, który przystąpił po stronie zamawiającego nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia części zarzutów. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów.*"

Tak jak wskazano Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie w piśmie z dnia 25/07/23 uwzględnił odwołanie w części. Do przedmiotowego postępowania odwoławczego, w tym po stronie zamawiającego (do której to sytuacji odnosi się wskazany przepis) przystąpienie zostało zgłoszone. Odwołujący w piśmie z dnia 26/07/23 co do pozostałych – nieuwzględnionych zarzutów – odwołanie cofnął. Z kolei Przystępujący po stronie zamawiającego - nieobecny na posiedzeniu - do otwarcia posiedzenia w dniu 27 lipca br godz.10. 30 ani w jego trakcie nie wniósł sprzeciwu.

Tym samym wskazane ustalenia stanowiły podstawę do umorzenia przez Izbę postępowania odwoławczego na podstawie powołanych przepisów ustawy Pzp.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego, Krajowa Izba Odwoławcza wzięła pod uwagę okoliczność, że uwzględnienie odwołania miało miejsce przed otwarciem posiedzenia i rozprawy, zatem koszty te znoszą się wzajemnie stosownie do § 9 ust. 1 pkt 2 lit. a) 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). W takim przypadku Izba orzeka również o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych kwoty uiszczonej tytułem wpisu w pełnej wysokości.

Mając powyższe na uwadze postanowiono jak w sentencji.

……
……
……