

Sygn. akt KIO:1389/23

1403/23

WYROK

z dnia 5 czerwca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Rafał Malinowski

Protokolantka: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie dnia 1 czerwca 2023 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej dnia 18 maja 2023 r. przez wykonawcę AG-Complex Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt: KIO 1389/23) oraz przez wykonawcę S. J. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą JOCKER S. J. z siedzibą w Wyszkwowie (sygn. akt: KIO 1403/23) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Miasto Stołeczne Warszawa – Zarząd Oczyszczania Miasta

przy udziale wykonawcy:

- S.J. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą JOCKER S. J. z siedzibą w Wyszkwowie, zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego prowadzonego pod sygnaturą akt KIO 1389/23 po stronie odwołującego
- POLSUPER Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego prowadzonego pod sygnaturą akt KIO 1403/23 po stronie zamawiającego

orzeka:

1) Uwzględnić oba odwołania i nakazuje zamawiającemu:

- a) w ramach części 8 i 11 postępowania unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, a w jej ramach wezwanie wykonawcy POLSUPER Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy PZP do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia istotnych części składowych ceny oferty w zakresie:
 - i) część 8, Rejon VIII, Dzielnica Śródmieście: cen jednostkowych za wywiezienie 1Mg zanieczyszczeń (CWZ) jednorazowe doraźne oczyszczenie 100m² powierzchni wskazanego terenu (CDL) oraz jednorazowe doraźne odśnieżenie wraz z posypaniem 100mb wskazanego terenu (CDZ);
 - ii) część 11, Rejon XI, Dzielnica Ursynów, Wilanów: cen jednostkowych za jednorazowe zebranie zanieczyszczeń ze 100mb ciągu komunikacyjnego (CZ), wywiezienie 1Mg zanieczyszczeń (CWZ) oraz zimowe ręczne oczyszczanie 100m² powierzchni (COZ).

2) Kosztami postępowania odwoławczego w obu sprawach obciąża zamawiającego i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 30 000 zł 00 gr (słownie: trzydzieści tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną łącznie przez odwołujących tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 7 200 zł 00 gr poniesioną łącznie przez odwołujących z tytułu kosztów wynagrodzenia pełnomocników.

3) Zasądza od zamawiającego Miasta Stołecznego Warszawy – Zarząd Oczyszczania Miasta na rzecz:

- a) odwołującego AG Complex Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt: KIO 1389/23) kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych, zero groszy);
- b) odwołującej S. J. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą JOCKER S. J. z siedzibą w Wyszkwowie (sygn. akt: KIO 1403/23) kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych, zero groszy).

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) 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:1389/23

1403/23

Uzasadnienie

Miasto Stołeczne Warszawa – Zarząd Oczyszczania Miasta, dalej jako: „Zamawiający”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w oparciu o przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710), dalej jako: „ustawa PZP”, którego przedmiotem jest „Ręczne oczyszczanie na terenie m. st. Warszawy” (numer postępowania: ZOM/KP/8/23) z podziałem na 11 części.

Wartość szacunkowa zamówienia przekracza progi unijne, o których mowa w przepisach wydanych na podstawie art. 3

ust. 3 ustawy PZP.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 7 kwietnia 2023 r. pod numerem 2023/S 070-205948.

I. W dniu 18 maja 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy AG – Complex Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, dalej jako: „Odwołujący I”, (sygn. akt: KIO 1389/23) wobec czynności Zamawiającego podjętych w ramach części 8 postępowania. Odwołujący I zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1)art. 224 ust. 1 ustawy PZP poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy POLSUPER Sp. z o.o. w cz. nr 8 do złożenia wyjaśnień, z uwagi na to, że zawiera rażąco niską cenę.
- 2)art. 239 ustawy PZP poprzez dokonanie wyboru oferty złożonej przez Wykonawcę POLSUPER Sp. z o.o., w sytuacji gdy oferta w/w Wykonawcy nie jest ofertą najkorzystniejszą.

W związku z postawionymi zarzutami Odwołujący I wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienia czynności badania i oceny ofert oraz wezwania wykonawcy POLSUPER Sp. z o.o. na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy PZP do złożenia wyjaśnień z uwagi na to, że oferta zawiera rażąco niską cenę.

Stanowisko Odwołującego I:

Odwołujący zwrócił uwagę, że wątpliwości jakie powinien był powziąć Zamawiający dotyczą cen jednostkowych za wywiezienie 1Mg zanieczyszczeń (CWZ), jednorazowe doraźne oczyszczenie 100 m² powierzchni wskazanego terenu (CDL) oraz jednorazowe doraźne odśnieżenie wraz z posypaniem 100mb wskazanego terenu (CDZ).

Odwołujący przedstawił m. in. porównanie cen oferowanych za ww. pozycje przez poszczególnych oferentów, z którego wynika, że cena wykonawcy POLSUPER Sp. z o.o. jest o 178,9% (CDZ), 246,2% (CDL) i 300,6% (CWZ) niższa niż średnia cena oferowana za wykonanie ww. pozycji przez pozostałych wykonawców (tabela nr 1).

Odwołujący zwrócił także uwagę, że wartość przychodu dla poszczególnych zakresów obejmujących ww. pozycje, w przypadku wykonawcy POLSUPER Sp. z o.o., znacznie różni się od przychodu pozostałych wykonawców (tabela nr 2).

Jak kontynuował Odwołujący I, analiza w/w cen powinna doprowadzić Zamawiającego do wniosku, iż występuje wątpliwość co do możliwości wykonania tych prac przez Wykonawcę w zaoferowanej cenie. W takiej sytuacji Zamawiający zobligowany jest do wszczęcia procedury wyjaśniającej, czego zaniechał.

Odwołujący dokonał porównania cen jednostkowych wymaganych do podania przez Zamawiającego w formularzu oferty i w wyniku tej analizy stwierdził, iż Wykonawca POLSUPER Sp. z o.o. przedstawiło rażąco niskie ceny, co w całej cenie zamówienia powoduje, iż w stosunku do kwoty przeznaczonej przez Zamawiającego na realizację zamówienia w części nr 8 wynoszącej 7.998.231,57 zł. Wykonawca ten zaoferował realizację zamówienia za kwotę 6.213.092,66 zł., a więc o 1.785.138,91 zł. niższą od kwoty przeznaczonej przez Zamawiającego i o 784.671,45 zł. niższą od kwoty Odwołującego. Dane te zostały zawarte w tabelach przedstawionych w treści odwołania.

Odwołujący powołał również szeroko poglądy orzecznictwa i doktryny odnoszące się do zagadnienia treści wyjaśnień ceny oraz podsumował, że w świetle przytoczonej argumentacji, odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

II. W dniu 18 maja 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy S. J. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą JOCKER S. J., dalej jako: „Odwołujący II”, (sygn. akt: KIO 1403/23) wobec czynności Zamawiającego podjętych w ramach części 11 postępowania. Odwołujący II zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1)art. 224 ust. 1 i 4 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 Pzp – poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Polsuper do udzielenia wyjaśnień ceny całkowitej oferty jak również istotnych elementów składowych ceny wskazanych w uzasadnieniu odwołania, pomimo, że wycena ofertowa wykonawcy Polsuper ma charakter rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi zasadnicze wątpliwości co do możliwości wykonania za nią przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego w dokumentach zamówienia i obowiązującymi przepisami,

W związku z postawionym zarzutem Odwołujący II wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i wezwania wykonawcy Polsuper do udzielenia wyjaśnień ceny oferty, w tym w zakresie istotnych elementów składowych ceny w zakresie pozycji wskazanych w uzasadnieniu odwołania.

Stanowisko Odwołującego II:

Odwołujący II zwrócił uwagę, że mamy do czynienia z realizacją usług rozliczanych w formule wynagrodzenia

obmiarowego na podstawie cen jednostkowych zawartych w ofercie wykonawcy. Tym samym poszczególne wyceny usług, jako stanowiące podstawę rozliczeń, muszą mieć samodzielnie charakter rynkowy i realny. Należy także uwzględnić fakt, że mamy do czynienia z kontraktem długoterminowym, w dodatku w bardzo niesprzyjającym otoczeniu makroekonomicznym – i niespotykanych rynkowo poziomie inflacji oraz wzroście cen podstawowych materiałów niezbędnych do wykonania zamówienia jak ceny paliw, energii, rosnących kosztów pracy.

Następnie Odwołujący II zwrócił uwagę na wartość szacunkową zamówienia dla części 11, która wynosi 3 083 183,90 zł brutto, jak też na wartość szacunkową poszczególnych elementów składowych wyceny, która wynosi dla pozycji:

CZ (jednorazowe zebranie zanieczyszczeń ze 100mb ciągu komunikacyjnego): 5,07 zł,

CWZ (wywiezienie 1Mg zanieczyszczeń): 467,23 zł,

COZ (zimowe ręczne oczyszczanie 100 m² powierzchni zgodnie z harmonogramem): 10,47 zł.

Następnie Odwołujący II zwrócił uwagę na ceny pozostałych ofert złożonych w postępowaniu, w porównaniu do kwoty przeznaczonej przez Zamawiającego na sfinansowanie zamówienia:

- oferta wykonawcy POLSUPER: 2.606.766,09 zł brutto;

- oferta wykonawcy JOCKER: 2.938.380,05 zł brutto;

- oferta wykonawcy Testa: 3.340.970,77 zł brutto.

Zestawienie porównawcze poniższych istotnych elementów ceny z oferty Polsuper w porównaniu z pozostałymi wycenami wykonawców w ramach tej Części zamówienia oraz wartością Zamawiającego wskazuje że mamy do czynienia z bardzo istotnym zaniżeniem wyceny.

CZ: Zamawiający: 5,07 zł netto, POLSUPER: 3,45 zł netto, JOCKER: 6 zł netto.

CWZ: Zamawiający: 467,23 zł netto, POLSUPER: 172,50 zł netto, JOCKER: 600 zł netto.

COZ: Zamawiający: 10,47 zł netto, POLSUPER: 8,94 zł netto, JOCKER: 10 zł netto.

Odwołujący II zwrócił również uwagę na poziom kosztów jakie przyjmował wykonawca POLSUPER w tożsamym postępowaniu prowadzonym w 2022 r. W aktualnym postępowaniu Wykonawca POLSUPER zastosował praktycznie tożsame lub zbliżone istotnie zaniżone wyceny także w innych Częściach aktualnego postępowania.

Odwołujący II przedstawił również szeroką argumentację dotyczącą poglądów doktryny i orzecznictwa w temacie interpretacji art. 224 ust. 1 ustawy PZP.

Podsumowując, zdaniem Odwołującego poziom zaniżenia wyceny istotnych elementów zamówienia obliguje w ocenie Odwołującego do uruchomienia procedury wezwania do wyjaśnień ceny ofertowej przed dokonaniem czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Stanowisko Przystępującego:

Pismem z dnia 30 maja 2023 r. stanowisko w sprawie zajął Przystępujący POLSUPER Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, wnosząc o oddalenie odwołania.

Jak wskazywał Przystępujący, w wyniku ponownej weryfikacji wykonawca ustalił, że kalkulacja ceny ofertowej, w tym ceny jednostkowe CZ, COZ, CDZ i CWZ ustalone zostały prawidłowo, z godziwym zyskiem.

Przystępujący zwrócił uwagę, że w postępowaniu nie zachodzą okoliczności, które obligowałyby Zamawiającego do uruchomienia procedury wyjaśniającej. Dlatego nie ma wątpliwości, że nie było obowiązku wystąpienia przez Zamawiającego do Przystępującego o wyjaśnienia, gdyż zaoferowana przez niego cena nie była niższa o co najmniej 30% od ceny ustalonej przez Zamawiającego (była od niej niższa o 15,46%), nie była też niższa o co najmniej 30% od średniej arytmetycznej wszystkich ofert (była od niej niższa o niespełna 6%).

Przystępujący wykonał analizę cen jednostkowych minimalnych i maksymalnych w ofertach złożonych w niniejszym Postępowaniu przez oferentów we wszystkich częściach postępowania. Żadna z pozycji obejmujących stawki najniższe nie dotyczy oferty Przystępującego. To oznacza, że firmy konkurujące w swych ofertach prezentowały stawki niższe od Przystępującego.

Z kolei z porównania ofert złożonych w ramach rejonu XI wynika, że część cen jednostkowych jest niższa w ofercie Przystępującego, a część cen jednostkowych jest niższa w ofercie Odwołującej się.

Przystępujący zwrócił uwagę, że każdy podmiot, kalkuluje poszczególne składniki stawek biorąc pod uwagę swoje własne uwarunkowania, wynikające ze sposobu i rozmiaru prowadzonej działalności.

Jak dalej wskazywał Przystępujący, w odwołaniu Odwołująca się kwestionuje tylko niektóre składniki jednostkowe – te, które były niższe w ofercie Przystępującego (CZ, CWZ, COZ, CDZ), pozostałe składniki były niższe w ofercie Odwołującej się (COL- cena jednostkowa za czyszczenie letnie (Polsuper 4,83 zł, Jocker 4,80 zł), CDL – cena doraźnego czyszczenia (Polsuper 11,50 zł, Jocker 7,50 zł); CWŚ – cena jednostkowa za wywóz śniegu (Polsuper 57,50 zł, Jocker 50,00 zł).

Odwołująca się powołuje się na niższe w ofercie Przystępującego ceny jednostkowe, które nie mają znaczącego wpływu na kwotę ceny ofertowej (np. CWZ – odpowiada zaledwie 1,72% ceny ofertowej Przystępującego, a CZ – odpowiada 1,73% ceny ofertowej, zaś COZ jest o ok. 11% niższa od ceny ustalonej przez Przystępującego, zatem różnica jest niewielka, zaś w przypadku stawki CDZ cena Przystępującego nie jest najniższa – wynosi 8,94 zł – niższą zaoferowała spółka STZ – 6,00 zł, prawie identyczną do oferty Przystępującego zaoferowała PU Olkowska 8,95).

Zdaniem Przystępującego bez żadnego związku z niniejszą sprawą są treści odwołań wnoszonych w innych przetargach. Dotyczą innych rejonów, innych stawek, innych ofert, innego okresu.

Przystępujący dodał, że każdy rejon ręcznego oczyszczania (ZOM ZRO/LRO) różni się wielkością powierzchni, ilością tzw. tras oczyszczania, powierzchnią oczyszczania, częstotliwością oczyszczania, dlatego każda firma indywidualnie kształtuje ceny jednostkowe, bazując na swoich indywidualnych możliwościach i doświadczeniu, indywidualnie kalkulując stawki i własną marżę, biorąc pod uwagę także aktualnie świadczone przez siebie usługi w okolicy, umożliwiające powiązanie ich przedmiotu. W każdym z 11 rejonów mamy różne usługi, które należy odmiennie kalkulować. Koszty każdego podmiotu są zależne od jego rozmiaru, posiadania sprzętu, ilości zamawianego towaru, które wpływają na cenę itd.

Tymczasem Odwołująca się jest mikroprzedsiębiorcą, mającą małe doświadczenie, jej skala działalności jest niewielka i nie posiada doświadczenia w ręcznym oczyszczaniu (nie realizowała dla ZOM ręcznego oczyszczania), takiego jakie posiada Przystępujący, nie posiada odpowiedniego zaplecza w postaci, zatrudnionych pracowników, odpowiedniego taboru sprzętowego.

Przystępujący to firma z kilkunastoletnim doświadczeniem w ręcznym oczyszczaniu m.st. Warszawy, zatrudniająca ok. 100 osób na umowy o pracę, posiadająca 2 bazy usytuowane na terenie m.st. Warszawy, posiadająca liczne zezwolenia związane z ochroną środowiska i gospodarowaniem odpadami. Jest członkiem Izby Branży Komunalnej, zrzeszającej ponad 100 członków, co umożliwi minimalizację kosztów usług obcych z szeroko rozumianą branżą komunalną. Posiada własny tabor sprzętowy.

Przystępujący przytoczył również szeroko poglądy orzecznictwa dotyczące zagadnienia badania ceny rażąco niskiej w ofertach wykonawców.

Powyższe okoliczności powinny zdaniem Przystępującego skutkować oddaleniem odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron i uczestników postępowania, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Sygn. akt: KIO 1389/23 oraz 1403/23.

Izba stwierdziła istnienie przesłanek materialnoprawnych do wniesienia odwołań, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy PZP. Ponadto Izba nie stwierdziła istnienia przesłanek do odrzucenia odwołań, o których mowa w art. 528 ustawy PZP.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Odwołującego wykonawcę S. J. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą JOCKER S. J. z siedzibą w Wyszкові (sygn. akt: KIO 1389/23) oraz wykonawcę POLSUPER Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego prowadzonego pod sygnaturą akt KIO 1403/23 po stronie zamawiającego.

Wszystkie wymogi formalne związane ze zgłoszonymi przystąpieniami zostały spełnione, a zatem należało uznać je za skuteczne.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, tj. w szczególności dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, której treść była kluczowa dla rozstrzygnięcia sprawy. Dodatkowo w ramach postępowania odwoławczego złożone zostały następujące dowody, dopuszczone przez Izbę w poczet materiału dowodowego, niestanowiące części dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia:

1) Dowody Odwołującego AG – Complex Sp. z o.o. (sygn. akt: KIO 1389/23):

a) Tabele – zestawienia własne Odwołującego stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa;

2) Dowody Odwołującego JOCKER S. J. (sygn. akt KIO 1403/23):

a) Kosztorys szczegółowy Zamawiającego dla części 11;

b) Zestawienie porównawcze ofert dla części 11;

c) Koszty realizacji zamówienia – opracowanie własne Odwołującego (tajemnica przedsiębiorstwa);

d) Zestawienie cen oferowanych przez wykonawcę POLSUPER w tożsamych postępowaniach prowadzonych przez zamawiającego w przeszłości;

e) Zrzuty ekranu na okoliczność obowiązujących obecnie cen odbioru odpadów o kodzie 20 03 03;

f) Kosztorys szczegółowy zamawiającego dla rejonów 8 i 11.

3) Dowody Zamawiającego (sygn. akt KIO 1389/23 oraz 1403/23):

a) Zestawienie uwzględniające stawki oferowane przez wykonawcę POLSUPER na okoliczność tego, że wartość zakwestionowanych prac wynosi 1.6% wartości oferty tego wykonawcy;

b) Zestawienie cen jednostkowych z innych części postępowania na okoliczność tego, że wykonawcy oferują ceny niższe niż wynikające z kosztorysu Zamawiającego, a mimo tego nie są wzywani do wyjaśnień ceny.

Na podstawie art. 534 ust. 2 ustawy PZP Izba postanowiła z urzędu włączyć w poczet materiału dowodowego obu spraw pismo wykonawcy POLSUPER Sp. z o.o. z dnia 26 maja 2023 r., dotyczące części 8 postępowania, w którym to piśmie wykonawca wskazuje, że po dokonaniu ponownej kalkulacji cen jednostkowych, w szczególności cen za CDL (doraźne czyszczenie latem), CDZ (doraźne odśnieżanie zimą) oraz CWZ (wywóz zanieczyszczeń) ustalił, że „*ceny jednostkowe CDL i CDZ, zostały zniżone, z uwagi na dynamiczną sytuację na rynku wykonanie usług przez Wykonawcę spowoduje stratę Wykonawcy, której nie pokryje zysk z kalkulacji pozostałych stawek, składających się na cenę zamówienia. Natomiast zaoferowana przez Wykonawcę cena CWZ została skalkulowana prawidłowo, z godziwym zyskiem. Tym samym zaproponowane ceny jednostkowe CDL i CDZ należy uznać za rażąco niskie powodujące wykonanie zamówienia ze stratą Wykonawcy.*”

Izba ustaliła następujący stan faktyczny sprawy:

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Ręczne oczyszczanie na terenie m. st. Warszawy” (numer postępowania: ZOM/KP/8/23) z podziałem na 11 części.

Część 8: Rejon VIII, Dzielnica Śródmieście.

Część 11: Rejon XI, Dzielnica Ursynów, Wilanów.

Przedmiotem zamówienia jest ręczne oczyszczanie na terenie m. st. Warszawy, obejmujące:

- a. zimowe oczyszczanie chodników i miejsc parkingowych,
- b. letnie oczyszczanie chodników i miejsc parkingowych,
- c. zimowe oczyszczanie przystanków,
- d. letnie oczyszczanie przystanków,
- e. zimowe oczyszczanie dróg dla rowerów,
- f. zbieranie zanieczyszczeń z głównych ciągów komunikacyjnych,
- g. doraźne oczyszczanie,
- h. interwencyjne oczyszczanie,
- i. doraźne odśnieżanie wraz z posypaniem wskazanych powierzchni,
- j. wywóz śniegu uprzątniętego z chodników i innych elementów drogi,

k. wywóz zanieczyszczeń.

Wykonawca zobowiązany jest zrealizować zamówienia na zasadach i warunkach opisanych we wzorze umowy stanowiącym załącznik nr 3 do SWZ.

Wykaz terenów objętych pracami oczyszczania określa załącznik nr 1 do wzoru umowy.

Szczegółowy opis przedmiotu oraz standardy jakościowe istotnych cech przedmiotu zamówienia stanowi załącznik nr 2 do wzoru umowy.

Formularz „Ceny jednostkowe” stanowi załącznik nr 1a do SWZ.

Zgodnie z § 5 ust. 4 wzoru umowy „Wykonawca za wykonane prace będzie otrzymywał wynagrodzenie według cen jednostkowych określonych w załączniku nr 3 do umowy, na zasadach określonych w załączniku nr 2 do umowy.”

Wykonawca POLSUPER Sp. z o.o. złożył oferty na część VIII oraz XI postępowania.

W formularzu ofertowym dla części VIII wskazał na następujące ceny jednostkowe:

CDL: 4,62 zł | CDZ: 8,42 zł | CWZ: 165,00 zł

W formularzu ofertowym dla części XI wskazał na następujące ceny jednostkowe:

CZ: 3,45 zł | CWZ: 172, 50 zł | COZ: 8,94 zł

Pismem z dnia 8 maja 2023 r. Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej, którą w części VIII i XI okazała się oferta wykonawcy POLSUPER Sp. z o.o.

Uzasadnienie prawne:

KIO 1389/23:

W pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę na treść art. 224 ust. 1 ustawy PZP, zgodnie z którym, 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.

Z powyższego wynika, że nie tylko cena całkowita oferty może podlegać badaniu pod kątem rażąco niskiej ceny, ale również jej istotne części składowe. Przepis art. 224 ust. 1 ustawy PZP determinuje kryterium badania ceny oferty lub jej istotnej części składowej pod kątem rażąco niskiego charakteru, którym jest przekonanie Zamawiającego co do tego, że dana cena wydaje się być rażąco niska lub budzi jego wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów.

W zakresie interpretacji pojęcia istotnej części składowej Izba w pełni podziela stanowisko wyrażone w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 stycznia 2019 r., w którym wskazano, że istotnymi są te elementy, których wartościowy udział w przedmiocie zamówienia jest znaczny lub od których – ze względu na ich merytoryczne znaczenie – zależy osiągnięcie zasadniczych celów, dla których zamówienie jest udzielane. Chodzi więc o elementy istotne pod względem wartościowym lub merytorycznym, mogące zaważyć na powodzeniu zamówienia jako całości (tak: wyrok z dnia 18 stycznia 2019 r., KIO 2678/18).

W rozpatrywanym stanie faktycznym, zdaniem Izby, kwestionowanym przez Odwołującego składnikom ceny, tj. CDL (cena jednostkowa za jednorazowe doraźne oczyszczenie 100m² powierzchni wskazanego terenu), CDZ (cena jednostkowa za jednorazowe doraźne odśnieżenie wraz z posypaniem 100mb wskazanego terenu) oraz CWZ (cena jednostkowa za wywiezienie 1Mg zanieczyszczeń), przymiot istotności należy przypisać głównie z uwagi na merytoryczne znaczenie dla realizacji przedmiotu zamówienia. Ze względu na przedmiot zamówienia, którym jest oczyszczanie miasta, każde z zadań polegających na określonego rodzaju działaniu, jest istotne dla osiągnięcia zaplanowanego efektu końcowego. Trudno bowiem uznać, że zamówienie tego rodzaju zostanie zrealizowane prawidłowo, w sytuacji gdy np. zebrane uprzednio zanieczyszczenia nie zostaną następnie wywiezione. Charakter wykonywanych czynności oraz ich duże znaczenie dla mieszkańców miasta nakazuje uznać, że każde z poszczególnych zadań może zaważyć na powodzeniu zamówienia jako całości, a tym samym ma przymiot istotnej części składowej ceny.

Należy również uwzględnić fakt, że wykonawca za wykonane prace będzie otrzymywał wynagrodzenie według cen jednostkowych określonych w załączniku nr 3 do umowy, na zasadach określonych w załączniku nr 2 do umowy (§ 5 ust. 4 wzoru umowy). Wynika z tego, że poszczególne ceny jednostkowe wskazane w formularzu będą miały bezpośredni wpływ na wysokość wynagrodzenia wykonawcy.

Uwzględniając powyższe, kwestionowane przez Odwołującego poszczególne ceny jednostkowe, według Izby, należy zakwalifikować jako istotne części składowe ceny zaoferowanej przez wykonawców, a zatem dopuścić wobec nich możliwość wyjaśnienia sposobu skalkulowania w ramach instytucji uregulowanej w art. 224 ust. 1 ustawy PZP.

Za nieuprawniony Izba uznała argument podnoszony przez Zamawiającego, że wartość kwestionowanych przez Odwołującego prac wynosi zaledwie 1.6% wartości oferty wykonawcy POLSUPER, a tym samym nie można uznać ich za istotne części składowe całej ceny. Wskazać bowiem należy, że tak niski udział kwestionowanych przez Odwołującego cen jednostkowych w cenie całkowitej może wynikać właśnie z celowego ich zaniżenia. Im bardziej dany wykonawca zaniży poszczególne ceny jednostkowe, tym mniejszy będzie ich udział w całkowitej cenie ofertowej. Nie świadczy to jednak o tym, że ceny te nie mają charakteru istotnych części składowych. Gdyby bowiem skalkulowane były w odpowiedni sposób, mogłyby się okazać, że ich udział w cenie ofertowej będzie znacznie wyższy.

Dalej wskazać należy, że 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. Istotne jest, że przepisy ustawy nie określają żadnych przesłanek uzasadniających konieczność wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w powyższym zakresie. Zamawiający może powziąć wątpliwości w oparciu o szereg czynników, w tym doświadczenie nabyte przy udzielaniu tego rodzaju zamówień, znajomość cen obowiązujących na rynku, ceny innych ofert złożonych w postępowaniu itp. (tak: wyrok z dnia 17 stycznia 2022 r., KIO 3710/21).

Zdaniem Izby, w niniejszym postępowaniu Zamawiający powinien był powziąć wątpliwości w zakresie poszczególnych cen jednostkowych z powodu co najmniej trzech okoliczności. Pierwszą z nich są znaczne różnice między kwestionowanymi cenami jednostkowymi wykonawcy POLSUPER, a cenami za te same pozycje zaoferowanymi przez pozostałych wykonawców. W szczególności stosowne wyliczenia zostały w treści odwołania przedstawione przez Odwołującego i Izba przyjmuje je za swoje uznając, że analiza oferowanych stawek jednostkowych powinna doprowadzić Zamawiającego do wniosku, iż występuje wątpliwość co do możliwości wykonania tych prac przez wykonawcę za zaoferowane stawki.

Kolejną okolicznością jest to, że poszczególne ceny jednostkowe zostały przez wykonawcę POLSUPER skalkulowane również poniżej poziomu przyjętego przez samego Zamawiającego w kosztorysie szczegółowym. Wskazać należy, że Zamawiający określił ceny jednostkowe dla kwestionowanych przez Odwołującego pozycji następująco:

CDL: 8,21 zł – z kolei wykonawca POLSUPER przyjął stawkę: 4,99 zł

CDZ: 9,75 zł – z kolei wykonawca POLSUPER przyjął stawkę: 9,09 zł

CWZ: 467,23 zł – z kolei wykonawca POLSUPER przyjął stawkę: 178,20 zł

Z wyjątkiem stawki za CDZ, różnice między szacunkiem Zamawiającego, a kalkulacją wykonawcy POLSUPER są znaczne i powinny wzbudzić wątpliwości Zamawiającego, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia za zaoferowane stawki.

Następnie należy zwrócić uwagę, iż sam wykonawca POLSUPER w informacji skierowanej do Zamawiającego przyznaje, że stawki za CDL i CDZ należy uznać za rażąco niskie i powodujące wykonanie zamówienia ze stratą wykonawcy. Zamawiający dysponując takim stanowiskiem nie może go pominąć i obstawać przy swojej opinii, że poszczególne stawki jednostkowe jednak nie są rażąco niskie. Zignorowanie przez Zamawiającego takiej informacji jest niedopuszczalne. Skład orzekający rozumie argument Zamawiającego, że takie działanie wykonawcy jest być może ukierunkowane na „bezkosztowe” wycofanie się z przetargu, jednak podkreślić należy, że zadaniem Zamawiającego nie jest podejmowanie za wszelką cenę czynności zmierzających do zatrzymania wadium, a prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zgodny z przepisami. Skoro zatem wobec poszczególnych cen jednostkowych wykonawcy POLSUPER ziściły się przesłanki, o których mowa w art. 224 ust. 1 ustawy PZP, tj. wystąpiły wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, obowiązkiem Zamawiającego było wszczęcie procedury

wyjaśniającej w oparciu o ww. przepis.

W niniejszej sprawie, skoro sam wykonawca POLSUPER przyznał, że poszczególne stawki jednostkowe są zaniżone, nie sposób oczekiwać, że następnie wobec wezwania Zamawiającego wykonawca ten zmieni podejście i wyjaśni zasadność poziomu kalkulacji kwestionowanych cen w sposób, który przekona Zamawiającego. Jak jednak zgodnie przyjmuje się w orzecznictwie i doktrynie, przed odrzuceniem oferty wykonawcy z powodu rażąco niskiej ceny jego oferty, koniecznym jest skierowanie wezwania do złożenia stosownych wyjaśnień. Tak też powinien uczynić Zamawiający przed ostatecznym odrzuceniem oferty wykonawcy POLSUPER.

Podsumowując, zdaniem Izby w niniejszej sprawie zaistniały wątpliwości, które powinny były skłonić Zamawiającego do wszczęcia procedury wyjaśniającej, o której mowa w art. 224 ust. 1 ustawy PZP. Z tego względu zarzuty odwołania zasługiwały na uwzględnienie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 557 w zw. z art. 575 ustawy PZP oraz w oparciu o § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 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).

KIO 1403/23:

W niniejszej sprawie, w zakresie ogólnych uwag dotyczących interpretacji treści art. 224 ust. 1 ustawy PZP oraz dopuszczenia możliwości wyjaśnienia sposobu skalkulowania poszczególnych cen jednostkowych kwestionowanych przez Odwołującego, Izba odsyła do części uzasadnienia w sprawie KIO 1389/23.

Odwołujący w treści odwołania kwestionował ceny za: CZ (jednorazowe zebranie zanieczyszczeń ze 100mb ciągu komunikacyjnego), CWZ (wywiezienie 1Mg zanieczyszczeń) oraz COZ (zimowe ręczne oczyszczenie 100 m² powierzchni).

Zdaniem Izby, w niniejszej sprawie wystąpiły okoliczności, na podstawie których Zamawiający powinien był powziąć wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, a tym samym jego obowiązkiem było uruchomić procedurę wyjaśnień poszczególnych części składowych ceny zgodnie z art. 224 ust. 1 ustawy PZP.

Pierwszą z nich są znaczne różnice między kwestionowanymi cenami jednostkowymi wykonawcy POLSUPER, a cenami za te same pozycje zaoferowanymi przez pozostałych wykonawców oraz cenami przyjętymi przez samego Zamawiającego w opracowanym przez siebie kosztorysie szczegółowym. Stosowne tabele i zestawienia zostały w treści odwołania przedstawione przez Odwołującego i Izba przyjmuje je za swoje uznając, że analiza oferowanych stawek jednostkowych powinna doprowadzić Zamawiającego do wniosku, iż występuje wątpliwość co do możliwości wykonania tych prac przez wykonawcę za zaoferowane stawki.

Kolejną okolicznością jest fakt, że w postępowaniu, które toczy się w 2023 r., ten sam wykonawca stosuje stawki na bardzo zbliżonym poziomie lub nawet znacznie niższe niż te oferowane przez niego odpowiednio w 2021 i 2022 roku. Z przedłożonych przez Odwołującego dowodów wynika, że wykonawca POLSUPER za:

CZ: w 2021 r. oferował stawkę 25 zł netto| w 2022 r. oferował stawkę 3 zł netto;

CWZ: oferował stawkę 500 zł netto| w 2022 r. oferował stawkę 605 zł netto;

COZ: oferował stawkę 37,50 zł netto| w 2022 r. oferował stawkę 9,50 zł netto.

Tymczasem w obecnie prowadzonym postępowaniu wykonawca ten przyjął stawki za CZ: 3,45 zł netto, za CWZ: 172,50 zł netto, za COZ: 8,94 zł netto.

Uwzględniając obecne uwarunkowania rynkowe, powszechny wzrost cen, kosztów pracy itd. nie powinno ująć uwadze Zamawiającego wyżej ukazana tendencja, która np. w przypadku cen za COZ powinna być dokładnie odwrotna. Ceny zamiast maleć, z reguły powinny rosnąć, a jeśli tak nie jest, to zasadność skalkulowania poszczególnych cen jednostkowych powinna wzbudzić wątpliwości Zamawiającego.

Przystępujący w piśmie procesowym podkreśla, że nie sposób porównywać cen jednostkowych i ich wartości,

stanowiących podstawę skalkulowania ceny ofertowej w przypadku części zamówienia, stanowiących różne rejony w postępowaniu. Tymczasem w tym samym piśmie procesowym przedstawia tabelaryczną analizę stawek ze wszystkich części postępowania dla poparcia swojej argumentacji, że żadna z pozycji obejmujących stawki najniższe nie dotyczy oferty Przystępującego. Podkreślić jednak należy, że Odwołujący w treści odwołania, a następnie dowodami przedłożonymi na rozprawie wykazywał różnice w stawkach oferowanych dla rejonu Ursynów, który obecnie obejmuje Ursynów i Wilanów. Odwołujący odnosił się do stawek z innych części postępowania jedynie pomocniczo.

Nie można również stracić z pola widzenia stanowiska wyrażonego przez wykonawcę POLSUPER w zakresie cen zaofertowanych dla rejonu VIII. Jak wskazał w ww. stanowisku wykonawca, ceny jednostkowe za CDL i CDZ, zostały zaniżone, a tym samym wykonanie zamówienia wiązałoby się ze stratą wykonawcy. Z dowodów przedłożonych przez Zamawiającego wynika, że kwestionowane w ramach rejonu VIII ceny jednostkowe stanowią 1.6% ceny ofertowej wykonawcy POLSUPER.

Tymczasem kwestionowane w ramach rejonu XI ceny jednostkowe wyłącznie za CZ oraz CWZ (z pominięciem COZ) stanowią 3,44% ceny całkowitej oferty Przystępującego. Skoro zatem zniżenie cen jednostkowych stanowiących zaledwie 1.6% ceny całkowitej oferty doprowadziło do sytuacji, w której wykonanie zamówienia wiązałoby się dla wykonawcy ze stratą, to tym bardziej potencjalne zniżenie cen jednostkowych mających dużo większy udział w cenie całkowitej oferty złożonej w ramach rejonu XI z taką stratą mogłoby się wiązać. Tym bardziej Zamawiający powinien uruchomić procedurę wyjaśnienia poszczególnych cen jednostkowych.

Nie można również zapominać o tym, że wykonawca POLSUPER w stanowisku dotyczącym rejonu VIII wskazał na marżę przyjętą na poziomie 2%. Z całą pewnością nie można stwierdzić, że w ramach rejonu XI przyjęty poziom marży jest tożsamy. Trzeba jednak przypuszczać, że nie będzie on znacznie odbiegał od poziomów przyjętych dla innych części postępowania. Z tego względu każde potencjalne zniżenie poszczególnych cen jednostkowych może prowadzić do straty wykonawcy realizującego takie zamówienie, zwłaszcza uwzględniając aktualną sytuację rynkową, gdzie często poziom wzrostu cen w krótkich odcinkach czasu przekraczał wspomniane 2%.

Zdaniem Izby zdecydowana większość argumentacji, którą podnosi Przystępujący w ramach pisma procesowego, powinna właśnie znaleźć się w treści wyjaśnień, do których wezwie go Zamawiający w trybie art. 224 ust. 1 ustawy PZP. Skoro Przystępujący jest pewny, że poszczególne ceny jednostkowe zostały przez niego skalkulowane na odpowiednim poziomie, to nie będzie miał problemu z ich wyjaśnieniem Zamawiającemu, co jednak nie zmienia faktu, że w sprawie zaistniały wątpliwości w zakresie kwestionowanych w treści odwołania poszczególnych cen jednostkowych.

Z powyższych względów odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 557 w zw. z art. 575 ustawy PZP oraz w oparciu o § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 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: