

Sygn. akt: KIO 3295/21

WYROK
z dnia 26 listopada 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Matecka

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 listopada 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 listopada 2021 r. przez odwołującego: wykonawcę FBService Wrocław Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bielaniach Wrocławskich w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Gminę Brzeg Dolny

przy udziale wykonawcy Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania Alba Spółka Akcyjna z siedzibą we Wrocławiu 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.

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:

Uzasadnienie

Zamawiający Gmina Brzeg Dolny prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu Gminy Brzeg Dolny” (ZP.271.2.2021). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 16 czerwca 2021 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2021/S 115-302430.

I. W dniu 8 listopada 2021 r. wykonawca FBSerwis Wrocław Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bielanach Wrocławskich wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania Alba S.A. (dalej także jako „wykonawca Alba”) oraz wobec zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Alba.

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”:

- art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Alba, pomimo iż zawiera ona rażąco niską cenę w zakresie istotnych jej składników, w związku z rażącym zaniżeniem ceny jednostkowej za odbiór i zagospodarowanie pochodzących z PSZOK pozostałych odpadów komunalnych,
- art. 226 ust. 1 pkt ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503, ze zm.; dalej: „ustawa ZNK”) poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Alba, pomimo iż została ona złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji polegającego na manipulacji cenami jednostkowymi, tj. w szczególności polegającego na znacznym zaniżeniu ceny za odbiór i zagospodarowanie pochodzących z PSZOK pozostałych odpadów komunalnych, a tym samym przez zaferowanie ww. ceny jednostkowej na poziomie znacznie niższym, aniżeli koszty realizacji odbioru i zagospodarowania przedmiotowych odpadów, przy jednoczesnym przesunięciu części kosztów tychże prac do innych pozycji formularza cenowego, tj. cen za odbiór i zagospodarowanie pozostałych kategorii odpadów komunalnych;
z ostrożności, na wypadek nieuwzględnienia zarzutów podniesionych powyżej:
- art. 224 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Alba do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny jednostkowej za odbiór z PSZOK tzw. pozostałych odpadów, pomimo iż cena ta co najmniej wydaje się być zaniżona (w stopniu rażącym).

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

- unieważnienia decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej,
- odrzucenia oferty wykonawcy ALBA.

Na rozprawie odwołujący oświadczył, że podstawowym zarzutem jest zarzut zaniechania wezwania wykonawcy Alba do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny jednostkowej z uwagi na to, że dopiero po przedstawieniu przez wykonawcę wyjaśnień możliwe jest stwierdzenie, że oferta podlega odrzuceniu jako zawierająca rażąco niską cenę lub której złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji.

II. Pismem wniesionym w dniu 22 listopada 2021 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 Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania Alba Spółka Akcyjna z siedzibą we Wrocławiu. Przystępujący 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.

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. W związku z ww. przepisem konieczne było rozstrzygnięcie czy w ramach tego postępowania o udzielenie zamówienia cena jednostkowa za odbiór i zagospodarowanie *pozostałych odpadów* może być uznana za istotną część składową ceny. W ocenie składu orzekającego Izby na to pytanie należy udzielić odpowiedzi negatywnej. Niewątpliwie należy zgodzić się ze stanowiskiem, że dla kwalifikacji danej ceny jednostkowej jako istotnej części składowej ceny procentowy udział tego składnika w całym zamówieniu nie ma przesądzającego znaczenia. Kryterium, którym należy się kierować dokonując tej kwalifikacji, jest w szczególności znaczenie danego elementu przedmiotu zamówienia (i w konsekwencji skalkulowanej dla niego ceny) dla realizacji całego zamówienia. Z tego powodu za istotną część składową ceny uznaje się m.in. ceny jednostkowe stanowiące podstawę odrębnego ustalania wynagrodzenia za odpowiadającą im część zamówienia. W tym postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający przewidział, że

wynagrodzenie wypłacane wykonawcy będzie obliczane jako iloczyn zaoferowanych przez wykonawcę cen jednostkowych za 1 Mg odebranych i zagospodarowanych odpadów danej frakcji. Zgodnie z zasadami ustalonymi przez zamawiającego w treści Specyfikacji Warunków Zamówienia („SWZ”) wykonawca składając ofertę zobowiązany był do dokonania kalkulacji oferty posługując się formularzem cenowym (załącznik nr 3 do SWZ). W treści formularza zostały przez zamawiającego wskazane tonaże odpadów każdej frakcji w okresie obowiązywania umowy, tj. 39 miesięcy, z podziałem na nieruchomości zamieszkałe, niezamieszkałe oraz Punkt Selektywnej Zbiórki Odpadów („PSZOK”). Odbiór *pozostałych odpadów* przewidziany został tylko z PSZOK w prognozowanej ilości 12 Mg. Pozostałe odpady stanowią zatem niespełna 0,06 % ogólnej masy odpadów (20997 Mg). W związku z tym Izba uznała, że pomimo tego, że cena jednostkowa za odbiór i zagospodarowanie *pozostałych odpadów* stanowi podstawę do odrębnego ustalania wynagrodzenia za odpowiadającą jej część zamówienia, z uwagi na tak znikomy udział tej części zamówienia w ramach całego przedmiotu zamówienia nie może być uznana za istotną część składową ceny. Wskazane powyżej ilości odpadów wprawdzie stanowią jedynie prognozy zamawiającego, jednakże były one podstawą do ustalania ceny przez wykonawców i nie zostały przez odwołującego zakwestionowane. Wobec tego Izba uznała, że zamawiający nie naruszył przepisu art. 224 ust. 1 ustawy Pzp nie wzywając wykonawcy Alba do udzielenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny. Podniesiony w tym zakresie zarzut Izba uznała za niezasadny.

Za niezasadne Izba uznała również zarzuty naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp oraz art. 226 ust. 1 pkt (*powinno być 7*) ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Podnoszenie na tym etapie zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp było niezasadne, gdyż zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej zastosowanie tej przesłanki odrzucenia oferty może mieć miejsce dopiero po przeprowadzeniu postępowania wyjaśniającego zgodnie z przepisem art. 224 ustawy Pzp. Powyższe z reguły dotyczy również podstawy odrzucenia oferty wskazanej w art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w sytuacji, gdy zarzucany czyn nieuczciwej konkurencji dotyczy sposobu wyliczenia ceny przez wykonawcę. Jak wskazuje się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej ustawa Pzp nie zawiera definicji legalnej czynu nieuczciwej konkurencji i odsyła w tym zakresie do przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Art. 3 tej ustawy określa katalog czynów nieuczciwej konkurencji. Przepis ten posługuje się klauzulą generalną, która wyznacza kategorię czynów nieuczciwej konkurencji poprzez odwołanie się nie tylko do sprzeczności czynu z prawem, ale także z dobrymi obyczajami, oraz stawia wymóg, aby czyn zagrażał albo naruszał interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Ustawodawca dostrzegając niemożność wyczerpującego wskazania działań, które będą sprzeczne z uczciwą konkurencją, jedynie przykładowo wskazał w art. 3 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji czyny

stanowiące delikty nieuczciwej konkurencji, nie wykluczając tym samym tzw. niestypizowanych czynów nieuczciwej konkurencji. W wyroku z dnia 9 czerwca 2009 r. sygn. akt II CSK 44/09 Sąd Najwyższy wskazał, iż art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji może stanowić także samodzielną podstawę uznania określonego zachowania za czyn nieuczciwej konkurencji (tak np. w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 stycznia 2016 r. sygn. akt KIO 2786/15). W myśl art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 17 listopada 2016 r. KIO 2091/16: „Dobre obyczaje, na które się powołuje w cytowanym przepisie [art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji], wskazują na działanie, które może prowadzić do zniekształcenia określonych interesów i zachowań gospodarczych w przeciętnych warunkach praktyki rynkowej, które jednocześnie prowadzi do pogorszenia sytuacji innego przedsiębiorcy na tym konkurencyjnym rynku, poprzez naruszenie w tym zakresie jego interesu.” W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej przyjmuje się, iż za czyn nieuczciwej konkurencji można między innymi uznać manipulację przez wykonawcę cenami jednostkowymi, będącymi odrębnymi kryteriami oceny ofert, w sytuacji gdy zaoferowane ceny jednostkowe są nierynkowe, nierealne i nakierowane wyłącznie na uzyskanie lepszej punktacji (tak np. w wyroku Izby z dnia 28 marca 2017 r. sygn. akt KIO 473/17). Tego rodzaju czynu nieuczciwej konkurencji (tzw. manipulacji cenowej) nie można wykluczyć również w sytuacji zaoferowania nierynkowych cen jednostkowych, niestanowiących odrębnych kryteriów oceny ofert. Uznanie, że doszło do ww. czynu nieuczciwej konkurencji ma miejsce w przypadku stwierdzenia, że niektóre ceny zostały sztucznie zawyżone, a inne sztucznie zaniżone, a działanie takie było nakierowane na uzyskanie przewagi konkurencyjnej. Uwzględnienie podniesionego w tym zakresie zarzutu wymaga wykazania przez odwołującego, że działanie innego wykonawcy było nakierowane na uzyskanie przewagi konkurencyjnej, która by nie wystąpiła w przypadku zaoferowania realnych cen jednostkowych. Nie jest wystarczające stwierdzenie samego faktu zawyżenia niektórych cen jednostkowych i zniżenia innych, gdyż tego rodzaju sytuacja może mieć inne przyczyny, jak np. nieumiejętne sporządzenie kalkulacji ceny. Mając na uwadze powyższe należy stwierdzić, że w niniejszej sprawie okoliczność zniżenia ceny jednostkowej za odpady pozostałe i zawyżenia innych cen jednostkowych mogłaby zostać ustalona dopiero po przeprowadzeniu postępowania wyjaśniającego na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp. Sam odwołujący wskazał w uzasadnieniu odwołania: *„Dopiero złożone wyjaśnienia pozwolą rzeczowo ocenić, czy doszło do zniżenia istotnej części składowej ceny jednostkowej, czy też Wykonawca ALBA dokonał tzw. inżynierii cenowej (przesunięcia kosztów pomiędzy cenami jednostkowymi).”* (str. 5); *„Negatywny wynik takiej procedury powodować będzie konieczność odrzucenia oferty ALBA (odpowiednio, w zależności od treści złożonych wyjaśnień, na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8*

ustawy PZP bądź art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP), co uzasadnia sformułowanie zarzutu również w zakresie naruszenia ww. dwóch przepisów.” (str. 8). Jak wskazano powyżej Izba nie stwierdziła w niniejszej sprawie podstaw do wezwania wykonawcy Alba do złożenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny zgodnie z przepisem art. 224 ust. 1 ustawy Pzp. Niezależnie od powyższego należy wskazać, że nie zostało przez odwołującego wykazane, aby ewentualne zniżenie przez tego wykonawcę jednej ceny jednostkowej i zawyżenie innych cen jednostkowych stanowiło działanie mające na celu uzyskanie przewagi konkurencyjnej, a zatem że należy wykluczyć inne powody, jak np. nieumiejętne sporządzenie kalkulacji. Mając na uwadze powyższe Izba nie stwierdziła podstaw do uwzględnienia ww. zarzutu.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba orzekła, jak w punkcie pierwszym 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. 2 zdanie pierwsze 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: