

Sygn. akt: KIO 13/19

POSTANOWIENIE
z dnia 15 stycznia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Członkowie: Aneta Mlącka

Izabela Niedziałek-Bujak

po rozpoznaniu w Warszawie na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 15 stycznia 2019 r. odwołania wniesionego w dniu 7 stycznia 2019 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przez odwołującego: **Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania w m.st. Warszawie Sp. z o.o.**, (ul. Obozowa 43, 01-161 Warszawa) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Miasto Stołeczne Warszawa**, (Pl. Bankowy 3/5, 00-950 Warszawa),

postanawia:

1. Umarza postępowanie odwoławcze;
2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego - **Miejskiego Przedsiębiorstwa Oczyszczania w m.st. Warszawie Sp. z o.o.**, (ul. Obozowa 43, 01-161 Warszawa) - kwoty 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącej kwotę uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

.....

.....

.....

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.), [ustawa Pzp lub Pzp] przez zamawiającego: Miasto Stołeczne Warszawa (Zamawiający), którego przedmiotem jest: „Odbiór odpadów komunalnych z terenu nieruchomości położonych w m.st. Warszawie, od 1.01.2019 r.” numer referencyjny: ZP/GP/271/IV-172/18, podzielone na 9 Części (zadań). Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dz. Urz. UE w dniu 6/09/2018 nr: 2018/S 173 – 392688. Wnoszący odwołanie wykonawca - Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania w m.st. Warszawie Sp. z o.o. (Odwołujący) zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy Pzp, w zakresie:

- 1) wezwania Odwołującego w trybie art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp w zakresie Części (Zadania) 1, 2, 3, 4, 5,7, 8, 9 do udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, w tym złożenia dowodów;
- 2) wyznaczenia zbyt krótkiego, nierealnego terminu na przedstawienie ww. wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, w tym złożenia dowodów w zakresie Części (Zadania) 1,2, 3, 4, 5, 7,8, 9.

Zaskarżonym czynnościom zarzucił naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp z uwagi na wezwanie Odwołującego pismem z dnia 28 grudnia 2018 r., podtrzymanym 3 stycznia 2019 r., do udzielenia wyjaśnień, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, w tym złożenia dowodów, w zakresie Części (Zadania) 1,2, 3,4, 5,7,8, 9, podczas gdy:
 - a) okoliczności sprawy potwierdzają, że wezwanie Zamawiającego z dnia 28 grudnia 2018 r. jest nieuzasadnione w świetle art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp in fine, ponieważ w sprawie zachodzą oczywiste okoliczności uzasadniające zaistniałe rozbieżności cenowe (opisane w dalszej części niniejszego odwołania), w szczególności polegające na:
 - ponad dwukrotnym przekroczeniu przez ceny zaoferowane przez MPO wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o podatek od towarów i usług VAT, określonej przez Zamawiającego,
 - drastycznym, nieadekwatnym do wartości rynkowej usług, zawyżeniu cen przez pozostałych Wykonawców przed aukcją, co czyni średnią arytmetyczną cen złożonych ofert

całkowicie nieadekwatnym miernikiem dla weryfikacji rzetelności cen oferowanych przez Odwołującego w postępowaniu;

- ceny MPO nie odbiegają znacząco od cen stosowanych przez Zamawiającego za pierwsze miesiące 2019 r. oraz cen występujących w innych gminach, a więc cen rynkowych;
- braku celowości badania cen przed aukcją, które mają charakter orientacyjny, zawyżony, nie są cenami ostatecznymi, po których będą świadczone usługi, a takich cen powinna dotyczyć weryfikacja w kontekście ceny rażąco niskiej;

b) w konsekwencji nie zachodzą żadne okoliczności uzasadniające jakąkolwiek wątpliwość, że ceny zaoferowane przez Odwołującego mogą mieć charakter rażąco niski, a Zamawiający przyjął całkowicie nieadekwatny miernik porównawczy dla oceny rzetelności oferowanych przez Odwołującego cen oraz wezwanie do wyjaśnień skierował na zasadzie automatycznego stosowania przesłanki z art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp;

2) art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp z uwagi na prowadzenie postępowania w sposób naruszający równe traktowanie Wykonawców, uczciwą konkurencję oraz zasadę proporcjonalności, polegające na skierowaniu wezwania do Odwołującego pismem z dnia 28 grudnia 2018 r. do udzielenia wyjaśnień, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, w tym złożenia dowodów, podtrzymanego pismem przekazanym 3 stycznia 2019 r. w zakresie Części (Zadania) 1, 2, 3,4,5,7, 8,9, podczas gdy:

a) okoliczności sprawy potwierdzają, że wezwanie Zamawiającego z dnia 28 grudnia 2018 r. jest nieuzasadnione w świetle art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp in fine, ponieważ w sprawie zachodzą oczywiste okoliczności uzasadniające zaistniałe rozbieżności cenowe (opisane w dalszej części niniejszego odwołania), w szczególności polegające na:

- ponad dwukrotnym przekroczeniu przez ceny zaoferowane przez MPO wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o podatek od towarów i usług VAT, określonej przez Zamawiającego,
- drastycznym, nieadekwatnym do wartości rynkowej usług zawyżeniu cen przez pozostałych Wykonawców przed aukcją, co czyni średnią arytmetyczną cen złożonych ofert całkowicie nieadekwatnym miernikiem dla weryfikacji rzetelności cen oferowanych przez Odwołującego w postępowaniu;
- ceny MPO nie odbiegają znacząco od cen stosowanych przez Zamawiającego za pierwsze miesiące 2019 r. oraz cen występujących w innych gminach, a więc cen rynkowych;
- braku celowości badania cen przed aukcją, które mają charakter orientacyjny, zawyżony, nie są cenami ostatecznymi, po których będą świadczone usługi, a takich cen powinna dotyczyć weryfikacja w kontekście ceny rażąco niskiej

b) w konsekwencji nie zachodzą żadne okoliczności uzasadniające jakąkolwiek wątpliwość, że ceny zaoferowane przez Odwołującego mogą mieć charakter rażąco niski, a

Zamawiający przyjął całkowicie nieadekwatny miernik porównawczy dla oceny rzetelności oferowanych przez Odwołującego cen oraz wezwanie do wyjaśnień skierował na zasadzie automatycznego stosowania przesłanki z art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp;

z ostrożności procesowej, na wypadek nieuwzględnienia zarzutów określonych w podpunktach 1) i 2) w punkcie 2 powyżej:

- 3) art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp z uwagi na wyznaczenie zbyt krótkiego terminu do udzielenia wyjaśnień, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, w tym złożenia dowodów, w zakresie Części (Zadania) 1, 2, 3, 4, 5, 7, 8, 9, uniemożliwiającego przygotowanie i przedłożenie wyczerpujących wyjaśnień odpowiadających żądaniu Zamawiającego, które z uwagi na zakres żądania Zamawiającego (8 z 9 Części) i stopień ich złożoności, mają charakter bardzo szczegółowy, skomplikowany i obszerny;
- 4) art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp z uwagi na prowadzenie postępowania w sposób naruszający równe traktowanie Wykonawców, uczciwą konkurencję oraz zasadę proporcjonalności, polegające na wyznaczeniu Odwołującemu zbyt krótkiego terminu do udzielenia wyjaśnień, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, w tym złożenia dowodów, w zakresie Części (Zadania) 1, 2, 3, 4, 5, 7, 8, 9, uniemożliwiającego przygotowanie i przedłożenie wyczerpujących wyjaśnień odpowiadających żądaniu Zamawiającego, które z uwagi na zakres żądania Zamawiającego (8 z 9 Części), i stopień ich złożoności, mają charakter bardzo szczegółowy, skomplikowany i obszerny;

Wskazując na powyższe wykonawca wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności Zamawiającego z dnia 28 grudnia 2018 r. wezwania Odwołującego do udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny w tym złożenia dowodów na podstawie art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp, podtrzymanej pismem otrzymanym dnia 3 stycznia 2019 r. oraz w przypadku upływu terminu wyznaczonego przez Zamawiającego na złożenie wyjaśnień przed rozstrzygnięciem odwołania przez Krajową Izbę Odwoławczą w zakresie zarzutów oznaczonych w petitum odwołania jako 1) i 2) w punkcie 2:
- 2) nieuwzględniania podczas badania i oceny ofert wyjaśnień złożonych przez Odwołującego z ostrożności w związku z wezwaniem Zamawiającego, skierowanym do Odwołującego z naruszeniem art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp oraz art. 7 ust. 1 w zw. z art. 90

- ust. 1a pkt 1 Pzp i pominięcie ich tak jakby nie zostały złożone (uznanie za niebyłe) z uwagi na brak podstawy prawnej do wezwania do ich złożenia;
- 3) nieudostępniania wyjaśnień złożonych przez Odwołującego z ostrożności w związku z wezwaniem Zamawiającego, skierowanym do Odwołującego z naruszeniem art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp oraz art. 7 ust. 1 w zw. z art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp w jakimkolwiek zakresie jakimkolwiek podmiotom, w tym Wykonawcom biorącym udział w postępowaniu oraz utrzymanie pełnej ich poufności, w szczególności w zakresie objętym tajemnicą przedsiębiorstwa;
 - 4) zwrot Odwołującemu wyjaśnień złożonych przez niego;
 - 5) ewentualnie, na wypadek nieuwzględnienia zarzutów określonych w podpunktach 1) i 2) w punkcie 2 powyżej w petitum odwołania oraz związanych z nimi żądań określonych w pkt 3 powyżej, wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu wyznaczenia nowego terminu na udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, w tym złożenia dowodów, adekwatnego do zakresu wezwania i złożoności i skomplikowanego charakteru wyjaśnień nie krótszego niż 7 dni po ogłoszeniu wyroku przez Krajową Izbę Odwoławczą w zakresie przedmiotowego odwołania.

Do postępowania odwoławczego w terminie określonym art. 185 ust. 2 ustawy Pzp nie przystąpił żaden wykonawca.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie w piśmie z dnia 14 stycznia 2019 r. skierowanym do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wskazując na art. 186 ust.1 ustawy Pzp oświadczył, że uwzględnia zarzuty zawarte w odwołaniu w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza, mając na uwadze art. 186 ust. 2 ustawy Pzp postanowiła postępowanie odwoławcze w niniejszej sprawie umorzyć.

Orzekając o kosztach postępowania Izba, mając na uwadze przepis art. 186 ust. 6 pkt 1 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972), postanowiła o zwrocie Odwołującemu z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych w całości kwoty uiszczony tytułem wpisu od odwołania.

Uwzględniając powyższe postanowiono, jak w sentencji.

.....

.....

.....