

Sygn. akt: KIO 1376/13

POSTANOWIENIE

z dnia 25 czerwca 2013r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 25 czerwca 2013 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 czerwca 2013 r. przez **wykonawcę:** Veolia Usługi dla Środowiska S.A. z siedzibą w Kielcach ul. Zagańska 232 A; 25-563 Kielce w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego:** Gmina Miasto Kąty Wrocławskie - Zakład Gospodarki Mieszkaniowej w Kątach Wrocławskich ul. Kościuszki 16 a; 55-080 Kąty Wrocławskie

postanawia:

1. odrzucić odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża Veolia Usługi dla Środowiska S.A. z siedzibą w Kielcach ul. Zagańska 232 A; 25-563 Kielce i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 **zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Veolia Usługi dla Środowiska S.A. z siedzibą w Kielcach ul. Zagańska 232 A; 25-563 Kielce tytułem wpisu od odwołania,

Sygn. akt KIO 1376/13

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego we Wrocławiu

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Izba dokonała następujący ustaleń w sprawie.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 18.12.2012r. pod poz. 2012/S 243-399804.

Przedmiotem postępowania jest odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych stałych oraz odpadów segregowanych z terenu Miasta i Gminy Kąty Wrocławskie.

Odwołujący w dniu 07.06.2013r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zaskarżając wybór najkorzystniejszej oferty to jest Wrocławskiego Przedsiębiorstwa Oczyszczania „Alba” S.A. z siedzibą we Wrocławiu, zaniechania wezwania tego wykonawcy do złożenia wyjaśnień w celu ustalenia czy oferta tego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę, badania i ocenę ofert wykonawców i zaniechania unieważnienia postępowania po dokonanych badaniu i ocenie ofert wykonawców.

Tak zaskarżonym czynnościom zarzucił naruszenie przez zamawiającego następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010r. Nr 113 poz. 759 z późn. zm.) zwanej dalej „ustawą”: art.90 w zw. z art.89 ust.1 pkt 3) lub pkt 4 w zw. z art. 7 ustawy i art.15 ust.1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie wezwania tego wykonawcy do wyjaśnienia zaniżonej ceny jednostkowej odbioru 1 tony odpadów komunalnych do RIPOK i wpływu tak zaniżonej ceny na cenę całkowitą tego wykonawcy a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty tego wykonawcy oraz naruszenie zasad prowadzenia postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców; art.90 w zw. z art.7 ustawy i w zw. z art.9 e ust.1 pkt 2 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach polegające na nie wyjaśnieniu rozbieżności pomiędzy ceną jednostkową 1 tony odpadów wykonawcy wybranego z cenami innych wykonawców, świadczącej o tym, że wykonawca wybrany będzie odprowadzał odpady do innej instalacji niż RIPOK; art.93 ust.1 pkt 1 i pkt 7 w zw. z art. 87 ust.2 pkt 3, art.89 ust.1 pkt 7, art.91 ust.1 i art.7 ustawy poprzez niezastosowanie w przedmiotowym postępowaniu instytucji unieważnienia postępowania, w sytuacji gdy w wyniku poprawienia omyłki w trybie art.87 ust.2 pkt 3 ustawy zamawiający powinien był uznać, że zachodzą podstawy do unieważnienia postępowania i nie powinien był odrzucać oferty odwołującego i dokonywać wyboru oferty najkorzystniejszej.

Zgłaszając powyższe zarzuty z powodu naruszenia przepisów ustawy, które miało istotny wpływ na wynik postępowania odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu

unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty, nakazanie zamawiającemu unieważnienie postępowania.

Odwołanie zostało wniesione w związku z zawiadomieniem o wyborze najkorzystniejszej oferty dokonanej w dniu 29.05.2013r.

W uzasadnieniu odwołania podniesiono następującą argumentację formalną i prawną.

Oferta odwołującego została odrzucona z powodu nie wyrażenia zgody na poprawienie oferty według przeliczeń zamawiającego. Odwołujący przyznaje, że zamawiający dokonał poprawienia ofert w trybie art. 87 ust.1 pkt 2 ustawy wykonując wyrok KIO 741/13 z dnia 11 kwietnia 2013r. i dokonując przeliczenia ofert w sposób wskazany przez Krajową Izbę odwoławczą w tym wyroku. Zmiany w ofercie odwołującego wynoszą 14 milionów złotych i pozostałych wykonawców również wahają się na poziomie zmian sześciocyfrowych. Trudno aby zgodzić się ze zmianą tak dokonaną w zakresie oczekiwanego wynagrodzenia przez wykonawcę. Nie negując obowiązku zamawiającego wykonania wyroku to nie zmienia to faktu, że zamawiający ma obowiązek ocenić skutki wykonanego wyroku. Zaistniała sytuacja nie kwalifikuje przeprowadzonych przeliczeń do przyjęcia, iż nastąpiło poprawienie omyłki a raczej do stwierdzenia błędu w obliczeniu ceny, ze względu na tak duże powstałe różnice w cenach ofert w stosunku do cen wyjściowych w ofertach. Odwołujący przyznaje, że po przeliczeniu jego oferta była ofertą najkorzystniejszą i mieściła się w granicach środków finansowych jakie zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia.

Odwołujący także wskazał na okoliczność, że w ofercie wykonawcy wybranego podano inną stawkę przyjęcia odpadów do RIPOK niż w pozostałych ofertach to jest niższą stawkę przyjęcia odpadów do RIPOK a zgodnie z art.9 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach stawka stosowana przez RIPOK powinna być dla wszystkich dostawców odpadów jednakowa. Ten fakt zamawiający pominął i nie wyjaśnił, co powoduje zniżenie ceny wykonawcy wybranego. Odwołujący jest zainteresowany uzyskaniem zamówienia, ale zgodnie z obowiązującym prawem. Natomiast zamawiający dokonując wyboru najkorzystniejszej oferty pominął obowiązek unieważnienia postępowania, a zawartą umowę w wyniku wyłonienia najkorzystniejszej oferty naraża na jej unieważnienie.

Wobec tak przedstawionych zarzutów i argumentacji faktyczno – prawnej w odwołaniu Izba dokonała następujących ustaleń co do wyroku KIO 741/13.

Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 kwietnia 2013r. o Sygn. akt KIO 741/13 uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania z dnia 22.03.2013r. oraz nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny

ofert, z uwzględnieniem instytucji poprawy w ofercie innych omyłek, o których mowa w art.87 ust.2 pkt 3 Pzp w stosunku do wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu w sposób wskazany w uzasadnieniu.

Stronami postępowania przed KIO był zamawiający to jest Gmina Miasto Kąty Wrocławskie – Zakład Gospodarki Mieszkaniowej ul. Kościuszki 16a, 55-080 Kąty Wrocławskie oraz odwołujący to jest Usługi Komunalne „HANDLUX” Sp. z o.o. ul. Warszawska 4, 55-050 Sobótka, przy udziale wykonawcy wybranego w przedmiotowym postępowaniu to jest Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania Miasta „Alba” S.A. ul. Ostrowskiego 7, 53-235 Wrocław.

Odwołujący nie przystąpił do postępowania odwoławczego.

Odwołujący wnosząc przedmiotowe odwołanie nie kwestionuje prawidłowości wykonania wyroku KIO z dnia 11 kwietnia 2013r. o Sygn. akt 741/13 przez zamawiającego.

W przedmiotowym postępowaniu odwoławczym do Izby w dniu 19.06.2013r. złożona została odpowiedź na odwołanie, w której zamawiający wnosi o odrzucenie bądź oddalenie odwołania w całości. W uzasadnieniu złożonych wniosków zamawiający między innymi wskazał, że wykonał w całości wyrok KIO z dnia 11 kwietnia 2013r. o Sygn. akt KIO 741/13 dokonując ponownego przeliczenia ofert według stawek jednostkowych zgodnie z wytycznymi Krajowej Izby Odwoławczej.

Oferta odwołującego również została poprawiona i zapytany o wyrażenie zgody na dokonaną poprawę oferty takiej zgody nie wyraził. W związku z powyższym oferta odwołującego została odrzucona w trybie art.89 ust.1 pkt 7 ustawy. W tej sytuacji skoro zamawiający wykonał wyrok zgodnie z jego treścią, odwołanie powinno zostać odrzucone.

Zamawiający również odniósł się do zarzutów merytorycznych, iż oferta wykonawcy wybranego zawiera rażąco niską ceną w stosunku do przedmiotu zamówienia. W ocenie zamawiającego zarzut taki jest nieuprawniony, ponieważ oferta wykonawcy wybranego przewyższa o 2 miliony kwotę jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Stąd zamawiający podjął starania o uzyskanie wyższej kwoty na sfinansowanie zamówienia. W takiej sytuacji w ocenie zamawiającego zarzut rażąco niskiej ceny wykonawcy wybranego nie może zostać uwzględniony w przypadku merytorycznego rozpoznania odwołania.

Na podstawie tak dokonanych ustaleń w sprawie Izba zważyła co następuje.

Odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art.189 ust.2 pkt 5 ustawy zgodnie z którym Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie dotyczy czynności, która zamawiający

wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu lub, w przypadku uwzględnienia zarzutów w odwołaniu, którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

W przedmiotowej sprawie występuje przesłanka „czynności wykonanej zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej”.

Na podstawie dokonanych powyżej ustaleń, Izba stwierdza, że zamawiający wykonał Wyrok Izby o Sygn. akt KIO 741/13 zgodnie z jego treścią to jest z nakazaniem unieważnienia czynności unieważnienia postępowania, dokonanie ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem instytucji prawnej poprawienia w ofertach innych omyłek z zastosowaniem art.87 ust.2 pkt 3 ustawy w stosunku do wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu w sposób wskazany w uzasadnieniu wyroku.

Z uzasadnienia Wyroku Izby wynika, że z uwagi, iż każdy wykonawca podał cenę jednostkową brutto usług świadczonych w ramach przedmiotu zamówienia, można zastosować art. 87 ust.2 pkt 3 ustawy. Dokonując przeliczenia cen jednostkowych przez prawidłowe wielkości pozwoli to uzyskać prawidłowe wyliczenie ceny oferty.

W uzasadnieniu Izba stwierdziła, że każdemu z wykonawców przysługuje prawo nie wyrażenia zgody na nakazane przez Izbę przeliczenie wartości oferty. Wówczas oferta będzie podlegała odrzuceniu, a co miało miejsce w stosunku do odwołującego, którego oferta została odrzucona wskutek nie wyrażenia zgody na dokonane przeliczenia wartości oferty.

Izba poprzez nakaz wynikający z sentencji wyroku a mający stosowne doprecyzowanie w uzasadnieniu wyroku określiła dany sposób postępowania zamawiającemu nie pozostawiając w tym zakresie swobody postępowania po jego stronie. W konsekwencji zamawiający zastosował się do nakazanego działania w tym także do sentencji Wyroku, z uwzględnieniem odmowy co miało miejsce w przypadku odwołującego.

Wynikiem tak wykonanych czynności zamawiającego był wybór najkorzystniejszej oferty spośród wszystkich złożonych ofert, których wykonawcy wyrazili zgodę na skutki dokonanych przeliczeń wartości oferty przez zamawiającego. Odwołujący nie kwestionuje sposobu wykonania przez zamawiającego wyroku Izby o Sygn. akt KIO 741/13, a tylko kwestionuje skutki jego wykonania. Przed wszystkim kwestionuje wybór najkorzystniejszej oferty, zarzucając jej rażąco niską cenę. Poza tym kwestionuje skutki wykonania wyroku do wszystkich ofert w związku z tym, że w jego ocenie skutki wykonania wyroku nie odpowiadają dyspozycji art. 87 ust 2 pkt 3 ustawy. W ocenie odwołującego skutki wykonania wyroku Izby wskazują na błędy w obliczeniu ceny (art.89 ust.1 pkt 4 ustawy) z uwagi na

znaczące różnice wartości ofert po przeliczeniu w stosunku do wartości wynikających z pierwotnie złożonych ofert.

Odwołujący w konsekwencji wykonania wyroku z dnia 11 kwietnia 2013r. o Sygn. akt KIO 741/3 żąda unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W ocenie Izby pomimo tak sformułowanych w odwołaniu zarzutów i naruszeń przepisów prawa przez zamawiającego, to znaczy nie do sposobu wykonania Wyroku tylko co do skutków wykonania Wyroku, odwołanie jednak dotyczy czynności zamawiającego wykonanych na podstawie Wyroku.

Podniesione zarzuty co do skutków wykonania wyroku KIO 741/13 mogłyby być przedmiotem ewentualnej skargi na wyrok do właściwego sądu okręgowego, a nie przedmiotem odrębnego odwołania do Izby.

Natomiast odwołujący nie uczestnicząc w postępowaniu odwoławczym w sprawie oznaczonej Sygn. akt KIO 741/13 pozbawił się możliwości zaskarżenia tegoż Wyroku. Natomiast aktualnie złożone odwołanie w przedmiotowej sprawie jest próbą nieuprawnionego reaktywowania udziału odwołującego w toczącym się postępowaniu przed Izbą w sprawie o Sygn. akt KIO 741/13. Bowiern stanowi ono próbę obejścia skutku odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust.2 pkt 5 ustawy.

Tak więc spełnione zostały przesłanki z art. 189 ust.2 pkt 5 ustawy, nakazujące Izbie odrzucenie odwołania.

Na mocy art. 192 ust. 9 i 10 w związku z § 5 ust.4 w związku z § 3 pkt 1) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U.2010r. Nr 41, poz.238) Izba zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000,00 zł. tytułem uiszczzonego wpisu od odwołania.

Przewodniczący: