

Sygn. akt: KIO 638/19

POSTANOWIENIE
z dnia 19 kwietnia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestników postępowania odwoławczego w dniu 19 kwietnia 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 kwietnia 2019 r. przez wykonawcę **Eco-Plan S.A. w Słupsku**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez **17. Wojskowy Oddział Gospodarczy w Koszalinie**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **DGP Clean Partner sp. z o. o. w Legnicy, Seban sp. z o.o. w Katowicach, 7 MG sp. z o.o. w Legnicy, DGP Provider sp. z o.o. w Legnicy**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

postanawia:

1. **umorzyć postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych przez udzielenie zamówienia wykonawcy, który został wybrany niezgodnie z ustawą tj. art. 90 ust. 1 ustawy Pzp i art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, poprzez:**
 - a) **dokonanie wadliwej oceny oferty złożonej przez przystępującego polegające na zaniechaniu zbadania rażąco niskich kosztów i cen jednostkowych usług sprzątnia powierzchni wewnętrznych, które są nierealne i rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz budzą uzasadnione wątpliwości, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego oraz wynikającymi z odrębnych przepisów,**
 - b) **zaniechaniu wyjaśnienia, w zakresie oceny, czy przystępujący nie dokonał manipulacji cenowej, polegającej na kreowaniu ceny w oparciu o znacznie zaniżone koszty usług sprzątnia powierzchni wewnętrznych objętych stawką podatku VAT 23 %, a tym samym w oparciu o znacznie zaniżone ceny**

jednostkowe ww. usług, które nie pokrywają realnych kosztów i nie zawierają zysku oraz w oparciu o znacznie zawyżone ceny jednostkowe usług utrzymania terenów zewnętrznych utwardzonych, objętych niższą stawką podatku VAT tj. 8%, na które przerzucono koszty usług sprzątnia powierzchni wewnętrznych, w celu osiągnięcia sprzecznej z prawem korzyści w przetargu, polegającej na bezprawnym zaniżeniu kwoty podatku VAT i łącznej ceny oferty,

- c) uznanie bez uprzednich wyjaśnień, że istotne części składowe oferty przystępującego dot. usług wskazanych w zarzucie powyżej, nie budzą wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego w SIWZ oraz wynikającymi z odrębnych przepisów;**
- d) zaniechanie wezwania przystępującego do wyjaśnienia bardzo istotnych kosztów i cen jednostkowych usług sprzątnia powierzchni wewnętrznych w celu wykluczenia podstaw do odrzucenia oferty zawierającej rażąco niskie koszty i ceny ww. usług w stosunku do przedmiotu zamówienia, które budzą wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymogami określonymi przez zamawiającego oraz wynikającymi z odrębnych przepisów,**
- e) zaniechanie wezwania przystępującego do wyjaśnienia kosztów i cen jednostkowych usług sprzątnia powierzchni wewnętrznych, które są rażąco niskie i nierealne oraz kosztów i cen jednostkowych usług utrzymania terenów zewnętrznych utwardzonych, które są znacznie zawyżone, w celu wykluczenia podstaw do odrzucenia oferty przystępującego jako oferty stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji, w której dokonano manipulacji cenowej polegającej na przerzucaniu kosztów usług sprzątnia budynków z wyższą stawką podatku VAT (23%) na koszty usług z niższą stawką podatku VAT (8%)**
- f) uznanie, że ceny i istotne części składowe wybranego wykonawcy nie budzą wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia, zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ**

z powodu uwzględnienia ww. zarzutów przez zamawiającego,

- 2. umorzyć postępowanie odwoławcze w pozostałym zakresie, z powodu cofnięcia odwołania w tej części,**
- 3. znieść wzajemnie koszty postępowania odwoławczego i nakazać Urzędowi Zamówień Publicznych zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 15.000,00 zł (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) na rzecz wykonawcy Eco-Plan S.A. w Słupsku, stanowiącej wpis od odwołania.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. 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 **Koszalinie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

17. Wojskowy Oddział Gospodarczy w Koszalinie, zwany dalej „zamawiającym”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „świadczenie usług w zakresie utrzymania czystości pomieszczeń wewnętrznych, terenów zewnętrznych utwardzonych i zielonych w kompleksach wojskowych znajdujących się w rejonie odpowiedzialności 17. Wojskowego Oddziału Gospodarczego w Koszalinie”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 10 stycznia 2019 r. nr 2019/S 007-012007.

Wykonawca Eco-Plan S.A. w Słupsku, zwany dalej „odwołującym”, wniósł 8 kwietnia 2019 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności wyboru w części I oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia DGP Clean Partner sp. z o. o. w Legnicy, Seban sp. z o.o. w Katowicach, 7 MG sp. z o.o. w Legnicy, DGP Provider sp. z o.o. w Legnicy, zwanych dalej „przystępującym”.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp wobec wadliwej oceny oferty przystępującego w trybie procedury „odwróconej” prowadzonej wg art. 24 aa ustawy oraz wobec dokonania jej wyboru w części I sprzecznie z przepisami ustawy, a także naruszenie art. 91 ust. 1, art. 90 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 2 i 4 oraz art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez:

- 1) dokonanie wadliwej oceny oferty złożonej przez przystępującego w związku z uznaniem, iż oferta ta nie podlega odrzuceniu i jest najkorzystniejsza pomimo, iż formularz cenowy dot. części I, zawarty w tej ofercie wskazuje na:
 - a) rażąco zaniżenie kosztów i cen jednostkowych usług sprzątnia powierzchni wewnętrznych, które są nierealne i rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz budzą uzasadnione wątpliwości, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego oraz wynikającymi z odrębnych przepisów;
 - b) manipulację cenową polegającą na kreowaniu ceny:
 - w oparciu o znacznie zaniżone koszty usług sprzątnia powierzchni wewnętrznych objętych stawką podatku VAT 23 %, a tym samym w oparciu o znacznie zaniżone ceny jednostkowe ww. usług, które nie pokrywają realnych kosztów i nie zawierają zysku oraz

- w oparciu o znacznie zawyżone ceny jednostkowe usług utrzymania terenów zewnętrznych utwardzonych, objętych niższą stawką podatku VAT tj. 8 %, na które przerzucono koszty usług sprzątnięcia powierzchni wewnętrznych, w celu osiągnięcia sprzecznej z prawem korzyści w przetargu, polegającej na bezprawnym zaniżeniu kwoty podatku VAT i łącznej ceny oferty;

- 2) uznanie, że istotne części składowe oferty przystępującego dla części I, dot. usług wskazanych w zarzucie 1) powyżej, nie budzą wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego w SIWZ oraz wynikającymi z odrębnych przepisów;
- 3) zaniechanie wezwania przystępującego do wyjaśniania bardzo istotnych kosztów i cen jednostkowych usług sprzątnięcia powierzchni wewnętrznych, w celu wykluczenia podstaw do odrzucenia oferty zawierającej rażąco niskie koszty i ceny ww. usług w stosunku do przedmiotu zamówienia, które budzą wątpliwości, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego oraz wynikającymi z odrębnych przepisów;
- 4) zaniechanie wezwania przystępującego do wyjaśniania:
 - kosztów i cen jednostkowych usług sprzątnięcia powierzchni wewnętrznych, które są rażąco niskie i nierealne oraz
 - kosztów i cen jednostkowych usług utrzymania terenów zewnętrznych utwardzonych, które są znacznie zawyżone, w celu wykluczenia podstaw do odrzucenia oferty przystępującego jako oferty stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji, w której dokonano manipulacji cenowej polegającej na przerzucaniu kosztów usług sprzątnięcia budynków z wyższą stawką podatku VAT (23%) na koszty usług z niższą stawką podatku VAT (8%);
- 5) zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego w części I:
 - a) jako oferty stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji, polegający na manipulowaniu cenami jednostkowymi, skutkujący zaniżeniem kwoty podatku VAT i ceny zamówienia, a w konsekwencji uszczupleniem VAT;
 - b) jako oferty, która zawiera rażąco niski koszt i rażąco niskie ceny jednostkowe za usługi sprzątnięcia powierzchni wewnętrznych;
 - c) jako oferty, której treść nie odpowiada treści Specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwanej dalej „SIWZ”, w zakresie sposobu obliczenia ceny ofert wg postanowień rozdz. XIV SIWZ;
- 6) dokonania wyboru oferty złożonej przez przystępującego, która podlega odrzuceniu.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty przystępującego w części I,

- 2) dokonania ponownej oceny ofert złożonych w części I,
- 3) dokonania odrzucenia oferty przystępującego w części I, jako oferty:
 - stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji, polegający na manipulowaniu cenami jednostkowymi, skutkujący zaniżeniem kwoty podatku VAT i ceny zamówienia, a w konsekwencji uszczupleniem VAT,
 - która zawiera rażąco niski koszt i rażąco niskie ceny jednostkowe za usługi sprzątnięcia powierzchni wewnętrznych;
 - której treść nie odpowiada treści SIWZ w zakresie sposobu obliczenia ceny ofert wg postanowień rozdz. XIV SIWZlub
- 4) wezwania przystępującego do wyjaśnienia:
 - istotnych kosztów i cen jednostkowych usług sprzątnięcia powierzchni wewnętrznych, w celu wykluczenia podstaw do odrzucenia oferty jako oferty nieodpowiadającej treści SIWZ oraz jako oferty zawierającej rażąco niskie koszty i ceny usług sprzątnięcia powierzchni wewnętrznych w stosunku do przedmiotu, które budzą wątpliwości, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego i wynikającymi z odrębnych przepisów;
 - kosztów i cen jednostkowych usług sprzątnięcia powierzchni wewnętrznych, które są rażąco niskie i nierealne oraz kosztów i cen jednostkowych usług utrzymania terenów zewnętrznych utwardzonych, które są znacznie zawyżone, w celu wykluczenia podstaw do odrzucenia oferty przystępującego jako oferty stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji, w której dokonano manipulacji cenowej polegającej na przeliczeniu kosztów usług sprzątnięcia budynków z wyższą stawką podatku VAT (23%) na koszty usług z niższą stawką podatku VAT (8%);
- 5) dokonania ponownego wyboru oferty w części I, spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

Na podstawie dokumentacji postępowania przekazanej przez zamawiającego ustalono, że zamawiający kopię odwołania wraz z wezwaniem do zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego przekazał innym wykonawcom 9 kwietnia 2019 r., za pośrednictwem poczty elektronicznej.

W terminie określonym w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp do Prezesa Izby wpłynęło zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego pochodzące od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia DGP Clean Partner sp. z o.o. w Legnicy, Seban sp. z o.o. w Katowicach, 7 MG sp. z o.o. w Legnicy, DGP Provider sp. z o.o. w Legnicy.

Ustalono także, że 16 kwietnia 2019 r., zamawiający doręczył Prezesowi Izby odpowiedź na odwołanie (pismo z dnia 16 kwietnia 2019 r.), w której oświadczył, że uwzględni odwołanie w części, to jest w zakresie zarzutów opisanych w pkt 1 sentencji. Oświadczył też, że nie uwzględni zarzutów w pozostałym zakresie.

Ustalono także, że 17 kwietnia 2019 r. odwołujący doręczył Prezesowi Izby pismo procesowe, w którym oświadczył, że wycofuje pozostałe zarzuty, nieuwzględnione przez zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie z dnia 16 kwietnia 2019 r.

Ustalono ponadto, że 18 kwietnia 2019 r. przystępujący złożył oświadczenie, że nie wnosi sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego w części zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Zamawiający uwzględnił zarzuty przedstawione w odwołaniu w części, opisanej w pkt 1 sentencji postanowienia. Odwołujący oświadczył, że cofa odwołanie w pozostałym zakresie. Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w terminie określonym w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp zgłosił przystąpienie przystępujący. Oświadczył, że nie wnosi sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego w części zarzutów przedstawionych w odwołaniu. Mając na uwadze powyższe okoliczności faktyczne Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że postępowanie odwoławcze podlega umorzeniu na podstawie art. 186 ust. 3a ustawy Pzp. Zgodnie z przywoływanym przepisem, *w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu i wycofania pozostałych zarzutów przez odwołującego, Izba może umorzyć postępowanie 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.*

Stosownie do art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie.* Orzeczenie Izby w rozpatrywanej sprawie w żadnym zakresie nie miało charakteru merytorycznego, zatem musiało przybrać postać postanowienia.

W związku z powyższym Izba, działając na podstawie art. 186 ust. 3a i art. 192 ust. 1 zd. 2 ustawy Pzp, postanowiła jak w pkt 1 i 2 sentencji.

Izba orzekła o wzajemnym zniesieniu kosztów postępowania odwoławczego, zgodnie z art. 186 ust. 6 pkt 1 ustawy Pzp. Stosownie do tego przepisu, *koszty postępowania odwoławczego w okolicznościach, o których mowa w ust. 2 i 3a, znosi się wzajemnie.*

Izba nakazała zwrot odwołującemu kwoty uiszczonej tytułem wpisu od odwołania, stosownie do przepisu § 5 ust. 1 pkt 2 lit. a rozporządzenia w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972), gdyż uwzględnienie części zarzutów nastąpiło przed otwarciem rozprawy. Zgodnie z powołanym przepisem, *w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę, jeżeli zamawiający uwzględnił w części zarzuty przedstawione w odwołaniu i pozostałe zarzuty zostały przez odwołującego wycofane, a w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił, wypełniając wymogi określone w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy, żaden wykonawca albo wykonawca, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia części zarzutów, Izba orzeka o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu.*

Przewodniczący: