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.**

.....

.....

.....

Sygn. akt KIO 13/19

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 6/09/2018nr: 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 1ustawy 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 uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

Uwzględniając powyższe postanowiono, jak w sentencji.

……...
……...
……...