Sygn. akt: KIO 822/19

WYROK

z dnia 21 maja 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Luiza Łamejko

Protokolant: Łukasz Liskiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 maja 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 maja 2019 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: M.L. i J.H. przedsiębiorców prowadzących działalność gospodarczą jako wspólnicy spółki cywilnej L.M., H.J. Autoryzowana Stacja Obsługi Samochodów s.c., ul. Podmiejska 18, 66-400 Gorzów Wielkopolski w postępowaniu prowadzonym przez 45 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Wędrzynie, 69-211 Wędrzyn

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu 45 Wojskowemu Oddziałowi Gospodarczemu w Wędrzynie unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i dokonanie powtórnej czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie wykonawcy G.F. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma Budowlana Eurobud G.F. do złożenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny roboczogodziny dla części 1, 2, 3, 4, 5 i 6 zamówienia na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, w pozostałym zakresie oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża 45 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Wędrzynie, 69-211 Wędrzyn i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: M.L. i J.H. przedsiębiorców prowadzących działalność gospodarczą jako wspólnicy spółki cywilnej L.M., H.J. Autoryzowana Stacja Obsługi Samochodów s.c., ul. Podmiejska 18, 66-400 Gorzów Wielkopolski tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od 45 Wojskowego Oddziału Gospodarczego w Wędrzynie, 69-211 Wędrzyn na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: M.L. i J.H. przedsiębiorców prowadzących działalność gospodarczą jako wspólnicy spółki cywilnej L.M., H.J. Autoryzowana Stacja Obsługi Samochodów s.c., ul. Podmiejska 18, 66-400 Gorzów Wielkopolski kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) poniesioną tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący: .....

Sygn. akt: KIO 822/19

45 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Wędrzynie (dalej: „Zamawiający") prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługę naprawy i obsługi pojazdów w 2019 roku. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 poz. 1986 ze zm.), zwanej dalej: „ustawa Pzp". Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 15 lutego 2019 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod pozycją 2019/S 033-074514.

W dniu 6 maja 2019 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: M.L. i J.H. przedsiębiorcy prowadzący działalność gospodarczą jako wspólnicy spółki cywilnej L.M., H.J. Autoryzowana Stacja Obsługi Samochodów s.c. (dalej: „Odwołujący") wnieśli do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od czynności Zamawiającego polegającej na zaniechaniu odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę G.F. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma Budowlana Eurobud G.F., ewentualnie wykluczenia wykonawcy G.F. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma Budowlana Eurobud G.F..

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- naruszenie art. 89 ust. 1 pkt. 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy G.F. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma Budowlana Eurobud G.F. dotyczącej zadań o nr 1, 2, 3, 4, 5, 6 w sytuacji, gdy wskazana w ofercie cena jest rażąco niska;

- naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 12 w zw. z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy G.F. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma Budowlana Eurobud G.F., który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wykonania określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia usług odpowiadających swoim rodzajem przedmiotowo zamówieniu.

Uzasadniając postawione zarzuty Odwołujący wskazał, że po otwarciu ofert przez Zamawiającego Odwołujący powziął istotne wątpliwości co do oferowanej przez wykonawcę

G.F. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma Budowlana Eurobud G.F. ceny oraz warunków wykonania zamówienia publicznego.

W szczególności zastrzeżenia Odwołującego wzbudziła zaoferowana przez wykonawcę cena za roboczogodzinę wykonania danej części zamówienia oraz zaproponowana marża na części. Jak podał Odwołujący, na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp Odwołujący wystosował do Zamawiającego w dniu 2 kwietnia 2019 r. pismo wskazujące na zasadność zwrócenia się do wykonawcy G.F. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma Budowlana Eurobud G.F. o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów dotyczących wyliczenia ceny lub kosztów realizacji zamówienia. Odwołujący wnosił w ww. piśmie, aby Zamawiający uzyskał od wykonawcy wszystkie istotne informacje dotyczące elementów kosztotwórczych niezbędnych dla wykonania poszczególnych zadań, w szczególności: kosztów zatrudnienia pracowników (w tym kosztów składek na ZUS obciążających pracodawcę), kosztów najmu powierzchni warsztatowych, jeśli wykonawca nie wykaże, iż jest właścicielem własnego warsztatu z wymaganą przez Zamawiającego liczbą stanowisk, kosztów zakupu i amortyzacji sprzętu wykorzystywanego do napraw sprzętu, kosztów lawetowania z uwzględnieniem liczby takich przypadków przy wykonywaniu umów w okresach wcześniejszych także odległości lawetowania, kosztów dojazdów na naprawy na miejscu z uwzględnieniem liczby takich przypadków przy wykonywaniu umów w okresach wcześniejszych oraz odległości dojazdów, kosztów dostaw nabywanych części (dojazdy do hurtowni, przesyłki kurierskie), kosztów zakupu licencji oprogramowania właściwego do wykonania przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wskazał, że pismem z dnia 2 kwietnia 2019 r. Zamawiający zwrócił się do

wykonawcy G.F. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma Budowlana Eurobud G.F. o nadesłanie dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, m.in. dokumentu potwierdzającego, że jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej, oraz wykazu wykonanych usług (Załącznik nr 2 SIWZ), odpowiadających swoim rodzajem przedmiotowo zamówienia, co najmniej 2 usługi, których łączna wartość będzie opowiadała danej części zamówienia. Odwołujący podkreślił, że pomimo zgłaszanych przez Odwołującego w piśmie z dnia 2 kwietnia 2019 r. uwag, Zamawiający w żaden sposób nie wezwał wykonawcy G.F. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma Budowlana Eurobud G.F. do złożenia wyjaśnień odnośnie zaoferowanej ceny za roboczogodzinę wykonania danej części zamówienia oraz zaproponowanej marży na części.

Odwołujący podniósł, że badanie ofert i ustalenie przyczyn ich odrzucenia, tak jak każda czynność zamawiającego, powinny być dokonane z należytą starannością. Zamawiający w celu ustalenia, czy wystąpiły okoliczności, o których mowa w art. 89 ustawy Pzp w toku badania ofert zobowiązany jest, w zależności od okoliczności faktycznych, do wyjaśnienia treści oferty, rażąco niskiej ceny lub kosztu, a także poprawienia wszelkich możliwych do poprawienia omyłek, o których mowa w art. 87 ust. 2 ustawy Pzp. Odwołujący zauważył przy tym, że ustalenie, iż oferta wykonawcy podlega odrzuceniu z powodu wystąpienia jednej z przesłanek, o których mowa w art. 89 ust. 1 ustawy Pzp, nie zwalnia zamawiającego z dokonania kompleksowego badania ofert w celu ustalenia, czy oferta podlega odrzuceniu również z innych powodów, określonych w tym przepisie. Odwołujący zaznaczył, że jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości, Zamawiający ma obowiązek wszcząć postępowanie wyjaśniające, zmierzające do ustalenia, czy w postępowaniu o zamówienie publiczne złożono oferty zawierające rażąco niską cenę lub koszt. Rolą Zamawiającego jest ustalenie i weryfikacja czy czynniki wskazane przez wykonawcę w ramach wyjaśnień rzeczywiście istnieją, mogą być osiągnięte w ramach realiów rynkowych i na podstawie jakich założeń wykonawca zakłada realność wystąpienia tych szczególnych czynników i sprzyjających okoliczności. Odwołujący podkreślił, że postępowanie to jest obligatoryjne, tzn. zamawiający w przypadku stwierdzenia, że wśród złożonych ofert są takie, których cena lub koszt lub ich istotne części składowe wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zmówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami, zobowiązany jest do przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego. Wystosowanie wezwania w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp oznacza dla wykonawcy obowiązek wykazania, że zaproponowana przez niego cena lub proponowany koszt (względnie ich istotne części składowe) nie ma charakteru rażąco niskich. Obowiązkiem wykonawcy jest więc dostarczenie wyczerpujących wyjaśnień, które w pierwszej kolejności powinny odnosić się do wątpliwości zamawiającego sformułowanych w wezwaniu. Odwołujący wskazał, że w przypadku, kiedy wezwanie dotyczy ceny oferty, wykonawca powinien odnieść się kompleksowo do zaoferowanej ceny. Zgodnie bowiem z treścią art. 91 ust. 2 ustawy Pzp, to wykonawca wszelkimi niezbędnymi środkami dostępnymi w danej sprawie i uzasadnionymi w konkretnym stanie faktycznym, powinien wykazać zamawiającemu, że jego cena (lub koszt) nie jest rażąco niska, pomimo ziszczenia się określonych ustawowych przesłanek podejrzenia rażąco niskiej ceny w jego ofercie. Odwołujący powołał się na stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej zawarte w wyrokach z dnia 19 grudnia 2017 r., sygn. akt KIO 2586/17, w wyroku o sygn. akt KIO 2559/17, w wyroku z dnia 23 czerwca 2013 r., sygn. akt KIO 1363/13, oraz w wyroku z dnia 27 kwietnia 2017 r., sygn. akt KIO 699/17.

W ocenie Odwołującego, treść złożonych przez wykonawcę G.F. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma Budowlana Eurobud G.F. ofert nie pozwala na przyjęcie, iż wykonawca ten w swojej ofercie nie zawarł rażąco niskiej ceny. W przekonaniu Odwołującego, Zamawiający winien był wszcząć postępowanie wyjaśniające, tym bardziej, że Odwołujący przedstawił racjonalne argumenty

i dowody na poparcie swojej tezy. Jak zauważył Odwołujący, art. 89 ust. 1 pkt. 4 ustawy Pzp nakłada na zamawiającego obowiązek odrzucenia złożonej w postępowaniu przetargowym oferty, w przypadku uznania, że złożona oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Powyższy przepis ma zapobiegać wybieraniu ofert, które nie dają pewności, że zamówienie zostanie wykonane i to bez uszczerbku dla jego jakości. Gwarantuje więc zamawiającemu ochronę przed nieuczciwymi praktykami wykonawców, którzy zaniżając cenę lub koszt w celu uzyskania zamówienia, na etapie realizacji mogą sobie to rekompensować niższą jakością lub domaganiem się dodatkowego wynagrodzenia. W skrajnych wypadkach zagrożone może być wykonanie całego zamówienia. Jednocześnie przepis chroni rzetelnych wykonawców, gdyż ułatwia eliminowanie z zamówień publicznych tych, którzy łamią zasady uczciwej konkurencji w zakresie ceny lub kosztu.

Odwołujący podniósł, że ustawa Pzp nie zawiera definicji rażąco niskiej ceny lub kosztu, nie zawierają jej też inne przepisy. Jedyną legalną wskazówką przy definiowaniu tych pojęć są zatem kryteria zawarte w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Pierwsze z nich nakazuje brać pod uwagę zaoferowaną cenę lub koszty. Odwołujący zauważył, że nowela ustawy Pzp z dnia 22 czerwca 2016 r. wprowadziła do tej definicji istotną zmianę - już nie tylko całkowita cena lub całkowity koszt oferty powinny być brane pod uwagę, ale także ich istotne części składowe. Należy to interpretować w ten sposób, jak podał Odwołujący, że nawet jeżeli cena całkowita oferty nie sprawia wrażenia rażąco niskiej, a w szczególności nie jest niższa o określony wskaźnik od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej innych ofert, ale cena (koszt) jednego lub kilku istotnych składników ceny (kosztu) oferty sprawia wrażenie rażąco niskiej, to zamawiający ma obowiązek zażądać od wykonawcy stosownych wyjaśnień. Odwołujący powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 czerwca 2018 r., sygn. akt KIO 852/18.

Odwołujący stwierdził, ze stawka za roboczogodzinę oferowana przez G.F. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma Budowlana Eurobud G.F. w przypadku poszczególnych zadań odbiegała nawet na kilkadziesiąt procent od stawek stosowanych przy zamówieniach z lat ubiegłych. Najniższa z zaoferowanych przez G.F. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma Budowlana Eurobud G.F. stawek (72 zł brutto) jest niższa o blisko połowę od stawek roboczogodziny stosowanych na terenie województwa lubuskiego. Odwołujący wskazał, że tę ostatnią wielkość potwierdza załączona opinia rzeczoznawcy samochodowego mgr inż. J.S., który wskazał, że jest to stawka wynosząca 110 zł netto (135,30 zł brutto). Co więcej, jak podał Odwołujący, także w innych częściach kraju, w zamówieniach o podobnym zakresie, m.in. w Wojskowych Oddziałach Gospodarczych nr 16 w Drawsku Pomorskim lub nr 32 w Zamościu minimalna stawka brutto za roboczogodzinę pracy usługach naprawczych pojazdów dla jednostek wojskowych oscylowała w kwotach od 123 zł do 184 zł (a więc była większa o co najmniej 40% od kwoty zaproponowanej przez wykonawcę G.F. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma Budowlana Eurobud G.F.).

Odwołujący podniósł także, że wykonawca G.F. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma Budowlana Eurobud G.F.

w przypadku wszystkich części zamówienia, na które złożył ofertę, zaoferował marżę na poziomie 0,01%, która ma charakter pozorny. Odwołujący stwierdził, ze przewidziany we wzorze umowy jako załączniku do SIWZ system weryfikacji ceny zakupów części, a następnie ustalania ich ceny stosowanej przez wykonawcę traci rację bytu przy przyjęciu przez wykonawcę tak niskiej marży. Zysk na częściach na poziomie 0,01% nie daje przychodów wystarczających do pokrycia kosztów (w szczególności kosztów pracy) ewidencjonowania i raportowania Zamawiającemu kosztów nabycia części. W ocenie Odwołującego, w praktyce jest to marża zerowa. Zdaniem Odwołującego, zaoferowanie przez wykonawcę G.F. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma Budowlana Eurobud G.F. marży na tak skrajnie niskim poziomie powoduje, że faktycznie brak jest jednego istotnych (20 pkt) kryteriów cenowych pozwalających porównywać oferty wykonawców.

W opinii Odwołującego, Zamawiający celem wykazania, że cena zaoferowana przez wykonawcę G.F. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma Budowlana Eurobud G.F. nie jest rażąco niska powinien przedłożyć co najmniej następujące informacje o czynnikach przychodowych i kosztowych wykonania zamówienia na poszczególne części w latach ubiegłych z rozbiciem na poszczególne części zamówienia:
- łączna kwota wartości nabywanych części celem wykonania napraw (celem wyliczenia przychodów uzyskiwanych tytułem marży za nabycie części),

- łączna liczba rozliczonych roboczogodzin (celem wyliczenia przychodów uzyskiwanych z tytułu napraw),

- łączna liczba zleconych napraw serwisowych w terenie i miejsc naprawy (celem ustalenia kosztów dojazdu wykonania takich napraw),

- łączna liczba zleconych napraw wymagających lawetowania pojazdów i miejsc ich odebrania i dowozu (celem ustalenia kosztów lawetowania pojazdów).

Odwołujący wskazał, że ciężar wykazania, że wykonawca spełnia warunki udziału

w postępowaniu i nie podlega wykluczeniu z postępowania spoczywa na wykonawcy. Wykazanie polega najpierw na złożeniu odpowiednich oświadczeń, a następnie na potwierdzeniu treści oświadczeń odpowiednimi dokumentami. Odwołujący zwrócił uwagę, że w piśmie Zamawiającego z dnia 2 kwietnia 2019 r. wykonawca G.F. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma Budowlana Eurobud G.F. został m.in. zobowiązany do przedłożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu w postaci wykazu usług, wykonanych, odpowiadających swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia, co najmniej 2 usługi, których łączna wartość będzie odpowiadała kwocie danej części zamówienia (załącznik nr 2 do SIWZ). W odpowiedzi wykonawca G.F. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma Budowlana Eurobud G.F. przedłożył wykaz usług zawierający 14 pozycji w odniesieniu do 7 części zamówienia. Dodatkowo, wykonawca ten przedłożył referencje od podmiotów, na rzecz których miał wykonywać usługi.

W ocenie Odwołującego, takiej próbie wykazania spełniania warunków co do wymogu doświadczenia należy postawić szereg zarzutów:

- 7 części zamówienia, co do których ofertę złożył wykonawca G.F. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma Budowlana Eurobud G.F. zostało pogrupowanych według kryteriów przedmiotowych, a w szczególności co do rodzaju pojazdów, które mają być naprawiane. Wykonawca ten w wykazie usług określił przedmiot wykonanych przez siebie usług w sposób uniemożliwiający jednoznaczne ich przypisanie do poszczególnych części zamówienia. W szczególności, i w wykazie
i w referencjach systematycznie pojawia się sformułowanie dotyczące pojazdów „ciężarowo-osobowych", które nie ma desygnatów w rzeczywistości. Zamawiający w taki sposób nie określał pojazdów, które miałyby być obsługiwane i naprawiane.

- w poz. 2 wykazu usług wykonawca wskazał wykonanie na rzecz Concrete Cossack sp. z o.o. sp.k. usług w postaci „Naprawa i konserwacja pojazdów ciężarowych, a także specjalistycznego sprzętu do transportu betonu" na kwotę 240.000 zł. Zamawiający w części pierwszej zamówienia oczekuje wykonania usługi w postaci „Naprawa i obsługa pojazdów osobowych, dostawczych, mikrobusów, w tym interwencyjne oraz sanitarne". Odwołujący zauważył, że naprawa sprzętu do transportu betonu ma się nijak rodzajowo do tak określonego przedmiotu zamówienia. Choć tego typu usługa jest w wykazie połączona z „naprawą i konserwacją pojazdów ciężarowych", to wykaz usług i referencje nie pozwalają wyodrębnić kwotowo tej części usług od niemogących służyć wykazaniu doświadczenia napraw sprzętu do transportu betonu.

- z treści wykazu usług i przedłożonych referencji nie wynika, aby wykonując te usługi wykonawca G.F. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma Budowlana Eurobud G.F. wykonywał je również w odniesieniu do istotnej grupy pojazdów wymienionych w części IV. SIWZ. W szczególności brak jest wykazanych usług obsługi i napraw pojazdów sanitarnych objętych częścią 1 zamówienia, żurawi samochodowych (część 3) oraz naczep niskopodłogowych (część 6).

- wykonawca G.F. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma Budowlana Eurobud G.F. winien wykazać spełnianie warunku co do doświadczenia na dzień składania ofert. Z przedłożonego wykazu usług w poz. 3, 6, 9 i 10 nie sposób wykluczyć, że usługi były świadczone jeszcze po dniu składania ofert. Data zakończenia wykonania zamówienia w tych przypadkach nie została wskazana, a zastąpiono ją słowem „trwa". Wątpliwości te potwierdzają również przedłożone przez wykonawcę referencje. Ich treść i daty wystawienia nie pozwalają wykluczyć, że objęte nimi usługi co najmniej w istotnej części kwotowej były wykonane już po dniu składania ofert.

- treść przedłożonych wykazu usług i referencji nie pozwala jednoznacznie określić czy na kwotę wykonanych usług składa się również koszt części niezbędnych do wykonania napraw. Skoro w niniejszym zamówieniu jego wartość jest określana poprzez sumę m.in. kosztów robocizny kalkulowanej z udziałem stawki roboczogodziny oraz marży na części, to wartość usług z wykazu powinna być skalkulowana w podobny sposób, a zatem bez kosztów nabycia części.

W ocenie Odwołującego, powyższe rozbieżności pomiędzy opisem przedmiotu

zamówienia a treścią wykazu usług oraz referencji pozwalają stwierdzić, że wykonawca G.F. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma Budowlana Eurobud G.F. nie

wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, stąd też powinien zostać wykluczony z udziału w postępowaniu, a co najmniej Zamawiający winien wezwać tego wykonawcę w opisanym powyżej trybie do złożenia wyjaśnień.

Odwołujący wniósł o:

- unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;

- nakazanie Zamawiającemu ponownego badania i oceny oferty wykonawcy G.F. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma Budowlana Eurobud G.F. w ramach zadania nr 1,2, 3, 4, 5, 6;

- nakazanie Zamawiającemu wykluczenia wykonawcy G.F. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma Budowlana Eurobud G.F.
z powodu niespełnienia warunków udziału w postępowaniu, bądź ewentualnie odrzucenia oferty wykonawcy G.F. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma Budowlana Eurobud G.F. jako zawierającej rażąco niską cenę;

- nakazanie Zamawiającemu ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty w ramach zadania nr 1, 2, 3, 4, 5, 6;

- zasądzenie od Zamawiającego na rzecz odwołującego zwrotu kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa prawnego w kwocie 3.600 zł.

Ponadto Odwołujący wniósł o przeprowadzenie dowodu z dokumentów:

- opinii rzeczoznawcy samochodowego mgr inż. J.S.,

- zestawienia ofert złożonych w przetargu organizowanym przez WOG w Drawsku Pomorskim - 40/2018,

- zestawienia ofert złożonych w przetargu organizowanym przez WOG w Zamościu 2338/19,

- zestawienia ofert złożonych w przetargu organizowanym przez WOG we Wrocławiu,

na okoliczność wysokości stawek rynkowych roboczogodziny na rynku naprawy pojazdów oraz kosztów niezbędnych do wykonania zamówienia.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca G.F. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma Budowlana Eurobud G.F..

Izba ustaliła, że w dniu 27 marca 2019 r. Zamawiający dokonał otwarcia ofert dotyczących realizacji postępowania przetargowego z podziałem na części, w tym części 1, 2, 3, 4, 5 i 6 zamówienia (Informacja z sesji otwarcia ofert z dnia 27 marca 2019 r.). Do wykonania każdej z ww. części zamówienia zgłosiło się jedynie dwóch wykonawców, tj. Odwołujący oraz wykonawca G.F. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma Budowlana Eurobud G.F..

Zgodnie z pkt XIV specyfikacji istotnych warunków zamówienia, kryterium oceny ofert stanowiły następujące czynniki:

1) Cena brutto 1 roboczogodziny pracy (50 %);

2) Marża na zakup części (20 %);

3) Jakość - posiadanie autoryzacji producenta na markę pojazdu (20 %);

4) Okres udzielonej gwarancji na wykonanie usługi i zamontowane części zamienne (10 %).

W ramach poszczególnych części zamówienia wykonawcy zaoferowali następujące warunki:

Zadanie 1 - naprawa i obsługa pojazdów osobowych, dostawczych, mikrobusów, w tym interwencyjne oraz sanitarne:

- L.M., H.J., Autoryzowana Stacja Obsługi Samochodów s.c.:

1 .Cena brutto roboczogodziny - 100,00 zł

2. Marża na części - 2%

3. Jakość - posiadania autoryzacji producenta na daną markę pojazdu: HONKER, PASAGON (lublin)

4. Okres gwarancji - 12 miesięcy

- Firma Budowlana EUROBUD G.F.:

1. Cena brutto roboczogodziny - 72,00 zł

2. Marża na części - 0,01 %

3. Jakość - posiadania autoryzacji producenta na daną markę pojazdu: - brak

4. Okres gwarancji -12 miesięcy

Zadanie 2 - naprawa i obsługa pojazdów ciężarowo - osobowych wysokiej mobilności w tym interwencyjne oraz sanitarne:

- L.M., H.J., Autoryzowana Stacja Obsługi Samochodów s.c.:

1. Cena brutto roboczogodziny - 100,00 zł

2. Marża na części - 2%

3. Jakość - posiadania autoryzacji producenta na daną markę pojazdu: HONKER, PASAGON (Lublin)

4. Okres gwarancji -12 miesięcy

- Firma Budowlana EUROBUD G.F.:

1. Cena brutto roboczogodziny - 72,00 zł

2. Marża na części - 0.01 %

3. Jakość - posiadania autoryzacji producenta na daną markę pojazdu - brak

4. Okres gwarancji - 12 miesięcy

Zadanie 3 - naprawa pojazdów ciężarowych w tym ppoż. i żurawi samochodowych:

- L.M., H.J., Autoryzowana Stacja Obsługi Samochodów s.c.:

1 . Cena brutto roboczogodziny - 140,00 zł

2. Marża na części - 2%
3. Jakość - posiadania autoryzacji producenta na daną markę pojazdu - STAR, IVECO
4. Okres gwarancji - 12 miesięcy

- Firma Budowlana EUROBUD G.F.:

1. Cena brutto roboczogodziny - 85,00 zł
2. Marża na części - 0,01%
3. Jakość - posiadania autoryzacji producenta na daną markę pojazdu - brak
4. Okres gwarancji - 12 miesięcy

Zadanie 4 - naprawa i obsługa autobusów:

- L.M., H.J., Autoryzowana Stacja Obsługi Samochodów s.c.:

1. Cena brutto roboczogodziny - 180,00 zł
2. Marża na części - 23%
3. Jakość - posiadania autoryzacji producenta na daną markę pojazdu - IVECO
4. Okres gwarancji -12 miesięcy

- Firma Budowlana EUROBUD G.F.:

1. Cena brutto roboczogodziny - 140,00 zł
2. Marża na części - 0.01 %
3. Jakość - posiadania autoryzacji producenta na daną markę pojazdu - brak
4. Okres gwarancji -12 miesięcy

Zadanie 5 - naprawa i obsługa pojazdów ogólnego przeznaczenia średniej ładowności, dużej ładowności oraz ciągników siodłowych:

- L.M., H.J., Autoryzowana Stacja Obsługi Samochodów s.c.:

1. Cena brutto roboczogodziny - 100,00 zł
2. Marża na części - 2%
3. Jakość - posiadania autoryzacji producenta na daną markę pojazdu - IVECO, STAR
4. Okres gwarancji -12 miesięcy

- Firma Budowlana EUROBUD G.F.:

1. Cena brutto roboczogodziny - 85,00 zł
2. Marża na części - 0,01 %
3. Jakość - posiadania autoryzacji producenta na daną markę pojazdu - brak
4. Okres gwarancji - 12 miesięcy

Zadanie 6 - naprawa i obsługa przyczep i naczep niskopodwoziowych:

- L.M., H.J., Autoryzowana Stacja Obsługi Samochodów s.c.:

1. Cena brutto roboczogodziny - 100,00 zł
2. Marża na części - 2%
3. Jakość - posiadania autoryzacji producenta na daną markę pojazdu - Naczepy NS 600

niskopodwoziowe

4. Okres gwarancji -12 miesięcy

- Firma Budowlana EUROBUD G.F.:

1. Cena brutto roboczogodziny - 90,00 zł

2. Marża na części - 0,01 %

3. Jakość - posiadania autoryzacji producenta na daną markę pojazdu - brak

4. Okres gwarancji - 12 miesięcy (Informacja z sesji otwarcia ofert z dnia 27 marca 2019 r.)

Na posiedzeniu Izba za nieskuteczne uznała przystąpienie do postępowania odwoławczego zgłoszone przez wykonawcę G.F. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma Budowlana Eurobud G.F.. Zgodnie z informacją Zamawiającego przekazaną Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej w piśmie z dnia 7 maja 2019 r., jak też zgodnie z oświadczeniem wykonawcy zgłaszającego przystąpienie złożonym w treści przystąpienia, informację o wpływie odwołania wraz z treścią odwołania wykonawca ten otrzymał w dniu 7 maja 2019 r. Co za tym idzie, 3-dniowy termin na zgłoszenie przystąpienia minął w dniu 10 maja 2019 r. Izba ustaliła, że wykonawca G.F. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma Budowlana Eurobud G.F. zgłosił przystąpienie w dniu 13 maja 2019 r. przekazując je pocztą elektroniczną oraz w dniu 15 maja 2019 r. za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej Izby. Wobec powyższego, Izba stwierdziła, że przystąpienie wykonawcy G.F. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma Budowlana Eurobud G.F. zgłoszone zostało z uchybieniem terminu ustawowego określonego w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym dokumenty wymienione w treści uzasadnienia, jak również stanowiska stron postępowania zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Izba stwierdziła, że odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Zakres zarzutów, w sytuacji ich potwierdzenia się, wskazuje na pozbawienie Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji, narażając tym samym Odwołującego na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody.

Rozpoznając odwołanie w granicach podniesionych w nim zarzutów Izba uznała, że podlega ono w części uwzględnieniu.

Za zasadny Izba uznała zarzut dotyczący wysokości ceny za roboczogodzinę zaoferowanej przez wykonawcę G.F. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma Budowlana Eurobud G.F. w częściach 1, 2, 3, 4, 5 i 6 zamówienia. Rozpoznając przedmiotowy zarzut Izba miała przede wszystkim na uwadze, że to na Zamawiającym spoczywał ciężar wykazania, że brak jest podstaw do powzięcia wątpliwości co do wysokości zaoferowanych przez wykonawcę G.F. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma Budowlana Eurobud G.F. cen za roboczogodzinę (art. 190 ust. 1a ustawy Pzp). Zamawiający tymczasem odnosząc się do cen zaoferowanych przez wykonawcę G.F. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma Budowlana Eurobud G.F. powołał się na okoliczności, które przy wycenie zamówienia mógł wziąć pod uwagę każdy z wykonawców.

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający stwierdzając, że zaoferowane przez

wykonawcę G.F. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma Budowlana Eurobud G.F. ceny za roboczogodzinę nie budzą wątpliwości, wskazał na okoliczność, że wykonawca ten złożył ofertę na 7 z 8 części zamówienia, co, w ocenie Zamawiającego, ma wpływ na wysokość zaproponowanej stawki w poszczególnych częściach. Okoliczność ta nie może jednak stanowić o sytuacji sprzyjającej jednemu wykonawcy, bowiem Odwołujący złożył ofertę na te same części zamówienia, zatem kalkulując cenę mógł, podobnie jak wykonawca G.F. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma Budowlana Eurobud G.F., wziąć fakt ten pod uwagę. Dodatkowo, podniesiona przez Zamawiającego okoliczność nie powinna mieć dużego znaczenia przy kalkulacji cen za roboczogodzinę w poszczególnych częściach zamówienia, jako że żaden z wykonawców, którzy złożyli oferty na ww. sześć części postępowania, składając ofertę nie mógł mieć pewności, że pozyska zamówienie we wszystkich tych częściach.

Zamawiający podniósł ponadto, że stawka za roboczogodzinę pracy warsztatu naprawczego zależy od wielu czynników, takich jak rodzaj warsztatu (autoryzowane stacje obsługi, warsztaty nieautoryzowane, warsztaty sieciowe), jego wielkość (powierzchnia, zatrudniona kadra, usługi dodatkowe) oraz wyposażenie i urządzenia techniczne. Zamawiający podał, że warsztaty naprawcze stosują różne metody ustalania cen roboczogodzin i mogą posługiwać się różnymi cenami tych samych lub podobnych prac naprawczych. Zamawiający stwierdził również, że dokonując oceny oferty wykonawcy G.F. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma Budowlana Eurobud G.F. wziął pod uwagę wiele czynników. Izba stwierdziła jednak, że Zamawiający w żaden sposób nie wykazał, jakie cechy posiada warsztat prowadzony przez wykonawcę G.F. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma Budowlana Eurobud G.F., oraz jak mogą się one przekładać na wysokość zaoferowanych przez tego wykonawcę cen.

Argumentem przemawiającym za realnością cen za roboczogodzinę zaoferowanych przez wykonawcę G.F. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma Budowlana

Eurobud G.F. nie może stanowić przywołana przez Zamawiającego okoliczność, że Zamawiający przeznaczył na realizację zamówienia kwotę łączną dla sześciu części (od 1 do 6) w wysokości 1 688 000 zł, a przedmiotem zamówienia jest prowadzenie napraw i obsługi pojazdów przez czas określony w roku 2019. Okoliczność ta jest wspólna dla obu wykonawców, którzy ubiegają się o przedmiotowe zamówienie, podobnie jak podnoszone przez Zamawiającego „ekspektatywa osiągnięcia przychodu

w kwocie przekraczającej milion złotych, posiadanie umowy na czas określony z Zamawiającym, gwarancja wypłacalności Zamawiającego".

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że Zamawiający, na którym spoczywał ciężar dowodu, nie wskazał indywidualnych okoliczności, jakie mogłyby uzasadniać poziom cen w ofercie wykonawcy G.F. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma Budowlana Eurobud G.F., jak też nie powołał konkretnych okoliczności wskazujących na realność tych cen.

Izba stwierdziła, że Zamawiający nie miał w przedmiotowej sprawie ustawowego obowiązku wezwania wykonawcy G.F. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma Budowlana Eurobud G.F. do złożenia wyjaśnień w przedmiocie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, o których mowa w art. 90 ust. 1a ustawy Pzp. Izba miała na także uwadze, że Zamawiający miał prawo nie powziąć wątpliwości co do wysokości zaoferowanych przez wykonawcę G.F. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma Budowlana Eurobud G.F. cen za roboczogodzinę, jednak brak wątpliwości Zamawiającego powinien wynikać ze znanych Zamawiającemu okoliczności. Jak stwierdzono powyżej, Zamawiający

w postępowaniu odwoławczym takich okoliczności nie przedstawił. Wobec powyższego, Izba, mając na uwadze poziom cen za roboczogodzinę oferowany przez wykonawcę G.F. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma Budowlana Eurobud G.F., jak też wskazywane przez Odwołującego koszty realizacji zamówienia, jak np. koszty transportu, które, według wyliczeń Odwołującego, stanowią znaczącą część kosztów, uznała, że niezbędne jest zbadanie przez Zamawiającego czy ceny za roboczogodzinę zaoferowane przez wykonawcę G.F. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma Budowlana Eurobud G.F. są realne, czy uwzględnione zostały przez tego wykonawcę przy wycenie wszystkie wymagania Zamawiającego, w tym np. zawarte w § 1 ust. 5 Wzoru Umowy. W tym celu Zamawiający powinien wezwać wykonawcę G.F. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma Budowlana Eurobud G.F. w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia

wyjaśnień co do elementów mających wpływ na wysokość ceny za roboczogodzinę w częściach 1, 2, 3, 4, 5 i 6 zamówienia. Izba przy rozpoznawaniu przedmiotowego zarzutu nie wzięła pod uwagę złożonych przez obie strony dowodów na okoliczność cen oferowanych przez wykonawców w postępowaniach prowadzonych przez inne Wojskowe Oddziały Gospodarcze, bowiem każde z przywołanych postępowań różniło się w stosunku do postępowania prowadzonego obecnie przez Zamawiającego, podobnie jak każdy Wojskowy Oddział Gospodarczy posiada swoją specyfikę. Izba nie uwzględniła również złożonej przez Odwołującego opinii rzeczoznawcy samochodowego mgr inż. J.S.. Opinia ta może być przez Izbę brana pod uwagę jedynie jako stanowisko Odwołującego w sprawie.

Izba nie znalazła podstaw do badania oferty wykonawcy G.F. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma Budowlana Eurobud G.F. w zakresie zaoferowanej w poszczególnych częściach zamówienia marży. Zaoferowana przez tego wykonawcę marża w istocie jest na bardzo niskim, rzadko spotykanym w obrocie poziomie. Jednak Zamawiający nie ustanowił minimalnego poziomu marży, zatem wykonawca był uprawniony do ustalenia swojego zysku ze sprzedaży części na najniższym poziomie. Powyższe może mieć uzasadnienie tym bardziej, że przedmiotem zamówienia nie jest wyłącznie sprzedaż części, ale przede wszystkim usługa polegająca na naprawie i obsłudze pojazdów. Co za tym idzie, fakt ustalenia marży na tak niskim poziomie przez wykonawcę G.F. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma Budowlana Eurobud G.F. nie świadczy o sprzedaży części poniżej kosztów ich zakupu przez wykonawcę.

Zauważyć należy, że przy rozpoznawaniu odwołania Izba jest związana zarzutami, nie żądaniami Odwołującego. Z tego względu Izba uznając podniesiony przez Odwołującego zarzut dotyczący wysokości cen za roboczogodzinę zaoferowanych przez wykonawcę G.F. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma Budowlana Eurobud G.F. nakazała Zamawiającemu wezwanie tego wykonawcy do wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający zobowiązany jest bowiem do umożliwienia wykonawcy wykazania realności zaoferowanej ceny. Na podstawie złożonych przez wykonawcę wyjaśnień Zamawiający może podjąć decyzję w sprawie przesłanek do odrzucenia oferty wykonawcy jako zawierającej rażąco niską cenę.

Nie potwierdził się zarzut dotyczący zaniechania przez Zamawiającego wykluczenia wykonawcy G.F. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma Budowlana Eurobud G.F. z uwagi na niewykazanie spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wykonania określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia usług odpowiadających swoim rodzajem przedmiotowo zamówieniu.

Izba ustaliła, że w pkt VI ppkt 1.3) Zamawiający zobowiązał wykonawców do wykazania się należytym wykonaniem, a w przypadku usług okresowych i ciągłych, należytym wykonywaniem, co najmniej dwóch usług, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, odpowiadających swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia, których łączna wartość będzie na kwotę min.:

- dla Części nr 1 - min. 250 000,00 zł brutto,
- dla Części nr 2 - min. 350 000,00 zł brutto,
- dla Części nr 3 - min. 250 000,00 zł brutto,
- dla Części nr 4 - min. 70 000,00 zł brutto,
- dla Części nr 5 - min. 350 000,00 zł brutto,
- dla Części nr 6 - min. 300 000,00 zł brutto,
- dla Części nr 7 - min. 40 000,00 zł brutto,
- dla Części nr 8 - min. 20 000,00 zł brutto.

Zamawiający zastrzegł też, że w przypadku złożenia oferty na więcej niż jedną część, Zamawiający uzna powyższy warunek za spełniony, jeżeli wykonawca potwierdzi wykonanie co najmniej dwóch usług, o wartości odpowiadającej sumie poszczególnych części.

Izba stwierdziła, że Zamawiający nie sprecyzował w ww. warunku, jakich konkretnie pojazdów miały dotyczyć usługi wykazywane przez wykonawców. Zamawiający wskazał, oprócz określonej wartości i liczby usług, że wykazywane usługi mają odpowiadać swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia. Zamawiający wskazał zatem na rodzaj usług, nie stawiając konkretnych wymagań co do ich przedmiotu. Co za tym idzie, usługi, na które powołuje się wykonawca G.F. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma Budowlana Eurobud G.F. w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu nie muszą w pełni pokrywać się z przedmiotem zamówienia - powinny odpowiadać przedmiotowi zamówienia swoim rodzajem.

W ocenie Izby, brak jest też podstaw do kwestionowania wykazanych przez wykonawcę G.F. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma Budowlana Eurobud G.F. usług z uwagi na fakt, iż część z nich trwa, nie została zakończona do terminu składania ofert - dotyczy to pozycji 3, 6, 9 i 10 wykazu usług. Wykonawca G.F. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma Budowlana Eurobud G.F. w złożonym wykazie usług wskazał wartości zrealizowanych usług, które są zgodne z poświadczeniami dołączonymi do wykazu (załączniki do pisma z dnia 15 kwietnia 2019 r.). W złożonych przez wykonawcę G.F. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma Budowlana Eurobud G.F. poświadczeniach dotyczących usług wskazanych w pozycjach 3, 6, 9 i 10 wykazu zostało jednoznacznie określone, że konkretne kwoty dotyczą usług zrealizowanych do daty wskazanej w poświadczeniu.

Ponadto, z uwagi na fakt, że Zamawiający nie określił w sformułowanym warunku dotyczącym doświadczenia wykonawcy czy wykazywane usługi powinny obejmować koszt części niezbędnych do wykonania napraw, brak jest podstaw do badania tej okoliczności. Izba uznała, że nieuprawnione byłoby wywodzenie z niejednoznacznej treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia negatywnych konsekwencji dla wykonawcy.

Z uwagi na powyższe, zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie potwierdził się.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. 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).

Przewodniczący :