Sygn. akt: KIO 1165/19

WYROK

z dnia 16 lipca 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Brzeska

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 lipca 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 czerwca 2019 r. przez wykonawcę M. S. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą EweMar-Auto M. S. z siedzibą w Mikołajkach Pomorskich w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Gminę Dzierzgoń w siedzibą w Dzierzgoniu

przy udziale wykonawcy T. R. prowadzący działalność gospodarczą nazwą Faster T. R. z siedzibą w Olsztynie zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz odrzucenia oferty Odwołującego dla zadania nr I oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty Odwołującego;

2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego: Gminę Dzierzgoń w siedzibą w Dzierzgoniu i:

1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr. (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy), uiszczoną przez

wykonawcę M. S. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą EweMar-Auto M. S. z siedzibą w Mikołajkach Pomorskich tytułem wpisu od odwołania;

2) zasądza od Zamawiającego: Gminy Dzierzgoń w siedzibą w Dzierzgoniu na rzecz wykonawcy M. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą EweMar-Auto M. S. z siedzibą w Mikołajkach Pomorskich kwotę 12.165,00 zł (słownie: dwanaście tysięcy sto sześćdziesiąt pięć złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika, a także koszty dojazdu na rozprawę oraz koszty zwrotu opłaty za udzielone pełnomocnictwo.

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 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Gdańsku.

Przewodniczący:

Sygn. akt KIO 1165/19

Zamawiający - Gmina Dzierzgoń w siedzibą w Dzierzgoniu prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 z późn. zm.) (zwanej dalej również „ustawą Pzp"), postępowanie o udzielenie zamówienia pn: „Dowóz i odwóz uczniów z przedszkola, szkół podstawowych na terenie Gminy Dzierzgoń w roku szkolnym 2019/2020 oraz dowóz i odwóz uczniów niepełnosprawnych do Specjalnego Ośrodka Szkolno-Wychowawczego w Malborku w roku szkolnym 2019/2020".

Wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 22 maja 2019 r. pod numerem 551071-N-2019.

Wykonawca M. S. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą EweMar-Auto M. S. z siedzibą w Mikołajkach Pomorskich (zwany dalej: „Odwołującym") w dniu 24 czerwca 2019 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożył odwołanie na czynność wyboru najkorzystniejszej oferty oraz odrzucenia jego oferty z postępowania na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, zarzucając Zamawiającemu:

1) art. 90 ust. 1 ustawy Pzp poprzez uznanie, że zaoferowana przez Odwołującego cena wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego, a następnie poprzez wezwanie do wyjaśnienia zaoferowanej przez Odwołującego ceny z dnia 5 czerwca 2019 r.,

2) art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez uznanie, że wyjaśnienia Odwołującego z dnia 10 czerwca 2019 r. potwierdzają, że oferta Odwołującego zawiera rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia,

3) art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego,

4) art. 7 ust. 3 ustawy Pzp poprzez udzielenie niniejszego zamówienia Wykonawcy - FASTER Typa Radosław, który nie został wybrany zgodnie z przepisami ustawy Pzp,

5) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zgodnie z zasadą przejrzystości

- w zakresie części 1. zamówienia.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności z dnia 19 czerwca 2019 r. wyboru oferty najkorzystniejszej oraz odrzucenia oferty Odwołującego,

[a] powtórzenia czynności oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego,

[b] powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

- w zakresie części 1. Zamówienia oraz zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego na rzecz Odwołującego.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie

zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, jak również oświadczenia i stanowiska stron postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Odwołanie, wobec nie stwierdzenia na posiedzeniu niejawnym braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez Odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu.

Ponadto Izba ustaliła, że Odwołujący przekazał Zamawiającemu kopię niniejszego odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Następnie Izba ustaliła, że do niniejszego postępowania po stronie Zamawiającego w terminie przewidzianym w ustawie Pzp zgłosił przystąpienie wykonawca T. R. prowadzący działalność gospodarczą nazwą Faster T. R. z siedzibą w Olsztynie. Izba uznała za skuteczne przystąpienie wykonawcy Faster T. R. z siedzibą w Olsztynie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Zamawiający - Gmina Dzierzgoń w siedzibą w Dzierzgoniu prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na: „Dowóz i odwóz uczniów z przedszkola, szkół podstawowych na terenie Gminy Dzierzgoń w roku szkolnym 2019/2020 oraz dowóz i odwóz uczniów niepełnosprawnych do Specjalnego Ośrodka Szkolno-Wychowawczego w Malborku w roku szkolnym 2019/2020”.

W niniejszym postępowaniu Zamawiający w dniu 5 czerwca 2019 r. dla części I zwracał się do wykonawcy M. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą EweMar-Auto M. S. z siedzibą w Mikołajkach Pomorskich o wyjaśnienia na podstawie art. 90

ust. 1 ustawy Pzp, zaś w dniu 10 czerwca 2019 r. wykonawca M. S. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą EweMar-Auto M. S. z siedzibą w Mikołajkach Pomorskich udzielił Zamawiającemu odpowiedzi.

W dniu 19 czerwca 2019 r. Zamawiający dla zadania nr I dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy T. R. prowadzący działalność gospodarczą nazwą Faster T. R. z siedzibą w Olsztynie oraz odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Od niniejszej czynności Zamawiającego wykonawca M. S. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą EweMar-Auto M. S. z siedzibą w Mikołajkach Pomorskich wniósł odwołanie w dniu 24 czerwca 2019 r.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania przedstawione podczas rozprawy, Izba uznała, iż odwołanie jest zasadne i zasługuje na uwzględnienie.

Głównym zarzutem odwołania był zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, t.j, niezasadnego odrzucenia oferty Odwołującego w niniejszym postępowaniu dla zadania nr I. W ocenie Izby zarzut Odwołującego postawiany Zamawiającemu w przedmiocie niezasadnego odrzucenia oferty Odwołującego w świetle przedstawionego materiału dowodowego należało uznać za zasadny.

Izba zgodziła się z Odwołującym, że w dniu 10 czerwca 2019 r. Odwołujący złożył Zamawiającemu wyczerpujące wyjaśnienia, stanowiące odpowiedź na ww. wezwanie z dnia 5 czerwca 2019 r. W złożonych wyjaśnieniach Odwołujący przede wszystkim wskazał na jakiej podstawie skalkulował zaoferowaną cenę - prognozowane koszty na podstawie posiadanego doświadczenia w wykonywaniu zamówień podobnych, wyjaśnił własne zaangażowanie w wykonanie zamówienia oraz planowane zatrudnienie osób zdolnych do wykonania tego zamówienia, w szczególności podał planowane warunki zatrudnienia personelu, w tym szczególnie zakładanego wynagrodzenia, a wszystko to na podstawie umów o pracę, opisał ilość pojazdów, którymi dysponuje, a które są niezbędne do wykonania zamówienia, opisał na jakich zasadach handlowych zaopatruje się w paliwo, które jest najważniejszym składnikiem kosztowym w toku realizacji przedmiotowego zamówienia, przedstawił szczegółową kalkulację zaoferowanego wynagrodzenia, wyliczył planowany zysk w kwocie 409.632,05 zł z wykonania przedmiotowego zamówienia.

Jak słusznie zauważył Odwołujący analogiczne zamówienie zrealizowane przez wykonawcę - FASTER T. R. w roku szkolnym 2018/2019 zostało udzielone za kwotę 305.750 zł, która to kwota pozostaje niższa od zaoferowanej w obecnym postępowaniu o udzielenie zamówienia przez Odwołującego ceny o kwotę 6.741 zł. Trudno zatem uznać cenę zaoferowaną przez Odwołującego jako rażąco niską. Ponadto jak zauważył Zamawiający ustalona przez Zamawiającego w protokole postępowania wartość zamówienia w kwocie 314.609,76 zł również jest większa, niż kwota 312,782,25 zł, która stanowi wartość analogicznego zamówienia w poprzednim roku powiększoną o 2,3% inflacji. Odwołujący odpowiedział na pytanie Zamawiającego w sposób szczegółowy. Zamawiający nie pytał wykonawcę o konkretne składniki ceny oferty, wezwanie Zamawiającego było ogólnym wezwaniem a wykonawca na takie wezwanie starał się odpowiedzieć w sposób wyczerpujący.

Ponadto jak zauważył Odwołujący skoro wartość zamówienia wynosiła 314.609,76 zł, to Odwołujący zaoferował cenę stanowiącą 99,33% wartości przedmiotowego zamówienia. Zgodzić należało się z Odwołującym, że Zamawiający nie dokonał w sposób należyty oceny czy zaoferowana cena przez Odwołującego może być rażąco niska a wezwanie Zamawiającego było ogólnym wezwaniem polegającym na przytoczeniu przepisów obowiązującego prawa, co w ocenie Izby w tym stanie faktycznym jest niewystarczające.

Zamawiający nie określił w wezwaniu do wyjaśnień, jakich elementów oferty domaga się od Odwołującego. W konsekwencji Odwołujący miał swobodę w udzieleniu odpowiedzi na tak ogólnikowe wezwanie. Dlatego w ocenie Izby wobec ogólnego wezwania Zamawiającego, nie może on w tej sytuacji wyciągać negatywnych konsekwencji wobec wykonawcy.

Izba w pełni podziela pogląd wyrażony w wyroku z dnia 28 lipca 2014 r., sygn. akt KIO 1399/14, że „Skoro pytanie Zamawiającego nie odnosi się do konkretnych elementów oferty wykonawcy - tych elementów które mogą budzić wątpliwości Zamawiającego - i jest ono w swej treści ogólnym zapytaniem, to w konsekwencji niewskazanym jest stawianie wykonawcy zarzutu, że wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny są ogólnikowe i nie zostały poparte żadnymi dowodami. Zamawiający nie może zatem wyciągać wobec takiego wykonawcy negatywnych konsekwencji w postaci odrzucenia jego oferty (analogicznie wyrok z dnia 10 lipca 2013 r., sygn. akt KIO 1498/13). Ponadto odrzucenie oferty wykonawcy z uwagi na zbyt ogólne wyjaśnienia - wobec ogólnego w swej treści wezwania - mogłoby być łatwym instrumentem dla Zamawiających do bezpodstawnego odrzucania ofert wykonawców, a tym

samym w rzeczywistości nieweryfi kowalnym dla wykonawców biorących udział w postępowaniu, gdyż wobec niesprecyzowanych oczekiwań Zamawiającego - i złożonych przez wykonawcę wyjaśnień - jego oferta w konsekwencji i tak zostałaby odrzucona na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, z uwagi na ogólnikowość złożonych wyjaśnień. Należy pamiętać, że celem wezwania w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp jest wyjaśnienie pewnych wątpliwości dotyczących niektórych elementów oferty i jej ceny, nie może zaś być instrumentem do łatwego - często bezpodstawnego - odrzucania ofert złożonych przez wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a pewna ogólnikowość wezwania - i w konsekwencji ogólnikowość złożonych wyjaśnień - może prowadzić do składania środków ochrony prawnej przez wykonawców (w postaci odwołania), a tym samym do przedłużania postępowania o udzielenia zamówienia publicznego”.

Izba nie zgodziła się z argumentacją, że czynność wezwania o wyjaśnienia nie może przedmiotem rozpoznania przed Izbą. W ocenie Izby czynność wezwania wykonawcy w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp niewątpliwie wpłynęła na odrzucenie oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, co było przedmiotem odwołania z dnia 24 czerwca 2019 r. Ponadto Odwołujący wykazał przed Izbą, że Zamawiający nie tylko nie uprawdopodobnił, że zaistniały podstawy do wezwania go o wyjaśnienia, ale także wobec ogólnego wezwania wykonawcy, Odwołujący udzielił odpowiedzi w sposób wyczerpujący, w taki sposób jak brzmiało wezwanie.

Wobec powyższego Izba nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz odrzucenia oferty Odwołującego dla zadania nr I oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty Odwołującego;

W konsekwencji na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp Izba w punkcie 1 sentencji orzekła w formie wyroku, uwzględniając odwołanie. W punkcie 2 sentencji Izba orzekła o kosztach na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do jego wyniku, zaś zgodnie z § 3 pkt 1 lit. a) i b) 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. Nr 41, poz. 238 z późn. zm.), Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego koszty strony poniesione z tytułu wpisu, koszty wynagrodzenia pełnomocnika oraz koszty związane z dojazdem na rozprawę w łącznej kwocie 12.165,00 zł.

Przewodniczący: .....