

WYROK
z dnia 17 sierpnia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Brzeska

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 sierpnia 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 19 czerwca 2020 r. przez wykonawcę M.R. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „MARKPOL” Transport Kolejowy i Zagraniczny w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Miasto Nowy Dwór Mazowiecki z siedzibą w Nowym Dworze Mazowieckim

przy udziale wykonawcy PKS Tarnobrzeg Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnobrzegu
zgłaszającego przystąpienie po stronie **Odwołującego**

przy udziale wykonawcy Stalko P. i Wspólnicy Sp. J. z siedzibą w Zielonce
zgłaszającego przystąpienie po stronie **Zamawiającego**

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz unieważnienie czynności badania i oceny ofert a także powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwania wykonawcy Stalko P. i Wspólnicy Sp. J. z siedzibą w Zielonce do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp

2. W pozostałym zakresie odwołanie oddala;

3. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego: Miasto Nowy Dwór Mazowiecki z siedzibą w Nowym Dworze Mazowieckim i:

1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **M.R. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „MARKPOL” Transport Kolejowy i Zagraniczny** tytułem wpisu od odwołania,

2) zasądza od Zamawiającego: Miasto Nowy Dwór Mazowiecki z siedzibą w Nowym Dworze Mazowieckim na rzecz wykonawcy **M.R. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „MARKPOL” Transport Kolejowy i Zagraniczny** kwotę **18 600 zł 00 gr.** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika,

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. nr 2019 r., poz. 1843 ze zm. 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 Warszawie Praga w Warszawie.

Przewodniczący:
Uzasadnienie

Zamawiający - Miasto Nowy Dwór Mazowiecki z siedzibą w Nowym Dworze Mazowieckim prowadzi w trybie

przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z późn. zm.), (zwanej dalej również „*ustawą Pzp*”), postępowanie o udzielenie zamówienia na: „Komunikacja autobusowa na terenie miasta Nowy Dwór Mazowiecki w latach 2020-2022”.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Wykonawca M. R. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „MARKPOL” Transport Kolejowy i Zagraniczny (zwany dalej: „*Odwołującym*”) w dniu 19 czerwca 2020 r. wniósł odwołanie na zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Stalko P. i Wspólnicy Sp. J. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji a także zaniechanie wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, jak również zaniechania wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący wniósł o merytoryczne rozpatrzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą niniejszego odwołania o jego uwzględnienie; dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentacji postępowania oraz z innych wskazywanych dowodów na okoliczności wskazane niniejszym odwołaniem, z uwzględnieniem art. 190 ust. 1a Pzp; nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty spółki STALKO P. i Wspólnicy Spółka Jawna, a następnie nakazanie Zamawiającemu wykluczenie spółki STALKO P. i Wspólnicy Spółka jawna z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp i uznanie złożonej przez nią oferty za odrzuconą, a następnie powtórzenie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty (ponownego badania i oceny ofert); zasądzenie na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika (o ile zostanie w sprawie ustanowiony) według faktury oraz kosztów dojazdu (według potwierdzenia poniesionych kosztów, jakie zostaną złożone podczas rozprawy).

Wybór oferty najkorzystniejszej - oferty wykonawcy STALKO P. i Wspólnicy Spółka Jawna, stał się przedmiotem odwołania, wniesionego przez wykonawcę M.R. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „MARKPOL” Transport Kolejowy i Zagraniczny.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, m. in. ofertę wykonawcy STALKO P. i Wspólnicy Spółka Jawna jak również oświadczenia i stanowiska stron 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. Ze względu na brak przesłanek uzasadniających odrzucenie odwołania Izba przeprowadziła rozprawę merytorycznie je rozpoznając.

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

Izba ustaliła również, że wezwanie do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym miało miejsce w dniu 22 czerwca 2020 r.

Izba potwierdziła skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawcy STALKO P. i Wspólnicy Spółka Jawna (zwanego dalej: „*Przystępującym Stalko*”).

Izba potwierdziła skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego wykonawcy PKS Tarnobrzeg Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnobrzegu (zwanego dalej: „*Przystępującym PKS*”).

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest: „Komunikacja autobusowa na terenie miasta Nowy Dwór Mazowiecki w latach 2020-2022”.

Zamawiający w dniu 9 czerwca 2020 r. dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty: oferty wykonawcy STALKO P. i Wspólnicy Spółka Jawna.

Od niniejszej czynności Zamawiającego wykonawca M.R. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „MARKPOL” Transport Kolejowy i Zagraniczny w dniu 19 czerwca 2020 r. wniósł odwołanie.

Zarzut Odwołującego postawiony Zamawiającemu w przedmiocie zaniechania wezwania wykonawcy STALKO P. i Wspólnicy Spółka Jawna - jest zasadny.

Zgodzić należało się z Odwołującym, że cena zaoferowana przez wykonawcę STALKO P. i Wspólnicy Spółka Jawna budzi obiektywne wątpliwości co do tego, czy oferta jest zrównoważona pod względem gospodarczym i czy może zostać zrealizowana w należyty sposób. I tak należało zgodzić się z Odwołującym, że uwzględniając chociażby koszt zatrudnienia kierowców autobusów oferta Przystępującego Stalko może budzić wątpliwości. Zamawiający w SIWZ wskazał, iż wymaga zatrudnienia przez Wykonawcę na podstawie umowy o pracę osób wykonujących czynności kierowców, chyba że Wykonawca lub jego podwykonawca wykonuje działalność osobiście.

Wykonawca w swojej ofercie oświadczył, że nie zamierza powierzyć wykonywania żadnej z części przedmiotu zamówienia podwykonawcom. Zgodzić należało się z Odwołującym, iż biorąc pod uwagę wskazany rozkład oraz obowiązujące przepisy w zakresie czasu pracy kierowców zaoferowana cena może budzić wątpliwości. Istotne znaczenie w niniejszej sprawie może mieć również koszt bieżących napraw, czy zatrudnienia osób do obsługi technicznej taboru - co również rodzi dodatkowe koszty po stronie wykonawcy i niewątpliwie ma wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. I tak w tym przypadku - jak słusznie zauważono - należało uwzględnić koszty części zamiennych, opon, wymiany oleju, czy części zużywających się. Odwołujący zauważył również, że znaczenie przy kalkulacji ceny może mieć również koszt obsługi biurowej i dyspozytorskiej czy też koszty leasingu lub amortyzacji autobusów. Wątpliwości mogło budzić również to czy Przystępujący uwzględnił koszty ubezpieczenia pojazdów i ich przeglądu.

Odwołujący zauważył również, że należało uwzględnić koszty paliwa. Zgodnie ze SIWZ przewidywany przebieg autobusów w okresie obowiązywania umowy wyniesie ok. 590.830,00 wozokilometrów. Według Odwołującego wykonawca przy kalkulacji kosztów paliwa musiał uwzględnić także tzw. kilometry puste (wynikające z podjazdów z bazy do miejsca rozpoczęcia kursu oraz zjazdu do bazy po zakończonych kursach). W ocenie Izby Odwołujący poprzez złożone dowody wykazał w toku postępowania, że zaoferowana cena przez Przystępującego Stalko może budzić wątpliwości. Według Odwołującego zaoferowana cena jest o ponad 28 % niższa kwota, jaką Zamawiający przeznaczył na wykonanie zamówienia, o 28% niższa od średniej arytmetycznej pozostałych ofert oraz o prawie 50% niższa od najdroższej oferty w postępowaniu. Zamawiający nie zgadzał się z wyliczeniem Odwołującego, niemniej jednak potwierdził, że różnica w stosunku do kwoty szacowanej to ponad 24%. Trudno przyjąć argumentację Zamawiającego że w niniejszej branży oferowane ceny są niższe w stosunku do lat poprzednich, a ceny paliwa w różnych okresach kształtują się w cenowo na różnym poziomie. Wobec powyższego wobec złożonych dowodów, argumentacji i wyliczeń przedstawionych przez Odwołującego a także argumentacji Przystępującego Stalko należało uznać, że zaoferowana cena może wydawać się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i powinna budzić wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego.

W konsekwencji Zamawiający zobowiązany jest do unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz unieważnienia czynności badania i oceny ofert a także powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w tym wezwania wykonawcy STALKO P. i Wspólnicy Spółka Jawna do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. W ocenie Izby argumentacja, którą przedstawił Przystępujący Stalko powinna być przedłożona Zamawiającemu w toku

postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, i w konsekwencji poddana jego ocenie - na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Odnosząc się do zarzutu Odwołującego dotyczącego niespełnienia warunku udziału w postępowaniu - w ocenie Izby zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp nie potwierdził się. Odwołujący - wobec złożonych przez Przystępującego Stalko dowodów - nie wykazał skutecznie że Przystępujący Stalko nie dysponuje trzema autobusami umożliwiającymi przewóz co najmniej 80 osób. W konsekwencji uwzględnienia zarzutu naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy Pzp zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 należy uznać za przedwczesny, wobec nakazania Zamawiającemu wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

W konsekwencji na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp Izba w punkcie 1 i 2 sentencji orzekła w formie wyroku. W punkcie 3 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. 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 oraz wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 18.600 zł.

Przewodniczący: