

WYROK

z dnia 7 lutego 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:	Katarzyna Brzeska Anna Chudzik Przemysław Dzierzędzki
Protokolant:	Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 lutego 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 24 stycznia 2018 r. przez **wykonawcę P. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Pogotowie Drogowe P. M. z siedzibą w Szczecinie** w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego: Gminę Miasto Szczecin z siedzibą w Szczecinie** - przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: CAR STEIN oraz CAMARO Sp. z o.o. w organizacji z siedzibą dla lidera konsorcjum w Szczecinie** zgłaszających przystąpienie po stronie Zamawiającego

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie**
- 2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę P. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Pogotowie Drogowe P. M. z siedzibą w Szczecinie i:**
 - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr.** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy), uiszczoną przez **wykonawcę P. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Pogotowie Drogowe P. M. z siedzibą w Szczecinie** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2) zasądza od **wykonawcy P. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Pogotowie Drogowe P. M. z siedzibą w Szczecinie** kwotę **4.751 zł 00 gr.** (słownie: cztery tysiące siedemset pięćdziesiąt jeden złotych zero groszy) na rzecz **Zamawiającego: Gminy Miasto Szczecin z siedzibą w Szczecinie** stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, noclegu oraz dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. z 2017 r., poz. 1579) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego

doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Szczecinie**.

Przewodniczący:

.....

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Miasto Szczecin z siedzibą w Szczecinie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. z 2017 r., poz. 1579) (zwanej dalej również „ustawą Pzp”), postępowanie o udzielenie zamówienia pn: *„Część I: Usługa polegająca na usuwaniu z dróg wewnętrznych oraz publicznych położonych na terenie miasta Szczecin pojazdów w trybie i na zasadach określonych w art. 50a i art. 130a ustawy o ruchu drogowym i umieszczenie ich na parkingu strzeżonym wskazanym przez ZDiTM w Szczecinie. Usuwanie pojazdów dotyczy następujących rodzajów: rower, motorower, motocykl, pojazd o dopuszczalnej masie całkowitej od 3,5 t do 7,5 t, pojazd o dopuszczalnej masie całkowitej od 7,5 t do 16 t, pojazd o dopuszczalnej masie całkowitej powyżej 16 t (z wyłączeniem pojazdów przewożących materiały niebezpieczne)”*.

Wykonawca P. M. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Pogotowie Drogowe P. M. z siedzibą w Szczecinie (zwany dalej: „Odwołującym”) w dniu 2 stycznia 2018 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) odwołał na czynność odrzucenia oferty Odwołującego zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego pomimo, iż oferta Odwołującego, art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego pomimo tego, że jej treść odpowiada treści SIWZ. Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości, unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego dokonanej czynnością z dnia 19 stycznia 2018 r., powtórzenie czynności polegającej na badaniu i ocenie oferty Odwołującego, ewentualnie wezwanie Odwołującego do udzielenia dodatkowych wyjaśnień, obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania, zgodnie z wykazem kosztów przedstawionych na rozprawie.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, ofertę wykonawcy P. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Pogotowie Drogowe P. M. z siedzibą w Szczecinie, jak również oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika 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. 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 potwierdziła skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: CAR STEIN oraz CAMARO Sp. z o.o. w organizacji z siedzibą dla lidera konsorcjum w Szczecinie (zwanego dalej również: „Przystępującym”).

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest: *„Część I: Usługa polegająca na usuwaniu z dróg wewnętrznych oraz publicznych położonych na terenie miasta Szczecin pojazdów w trybie i na zasadach określonych w art. 50a i art. 130a ustawy o ruchu drogowym i umieszczenie ich na parkingu strzeżonym wskazanym przez ZDiTM w Szczecinie. Usuwanie pojazdów dotyczy następujących rodzajów: rower, motorower, motocykl, pojazd o dopuszczalnej masie całkowitej od 3,5 t do 7,5 t, pojazd o dopuszczalnej masie całkowitej od 7,5 t do 16 t, pojazd o dopuszczalnej masie całkowitej powyżej 16 t (z wyłączeniem pojazdów przewożących materiały niebezpieczne)”*.

/dokumentacja postępowania: Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia, str. 1/.

Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia (zwana dalej również: „SIWZ”) zawierała m. in. następujące postanowienia:

Rozdział V pkt 2 ppkt 2) SIWZ - w celu wykazania, że Wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu, dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej, Wykonawca zobowiązany jest wykazać, że posiada wymagane zdolności techniczne lub zawodowe zapewniające należyte wykonanie zamówienia, jeżeli wykaże że: posiada narzędzia lub urządzenia techniczne dostępne Wykonawcy w celu realizacji zamówienia:

- sprzęt do usuwania pojazdów o Dopuszczalnej Masie Całkowitej (DMC) do 3,5 ton — co najmniej 3 szt., w tym minimum 1 pojazd posiadający tzw. „hol sztywny” umożliwiający holowanie pojazdu bez udziału kierowcy z podnośnikiem hydraulicznym, tzw. „widelec” bez platformy holowniczej,
- sprzęt do usuwania pojazdów o DMC do 3,5 ton z wysięgnikiem i dźwigiem (tzw. HDS) — co najmniej szt.,
- sprzęt do usuwania pojazdów o DMC od 3,5 ton do powyżej 16 ton — co najmniej 1 szt.,
- sprzęt do usuwania pojazdów o DMC od 3,5 ton do powyżej 16 ton, który nie może być usunięty na tzw. „holu sztywnym bez udziału kierowcy” np. koparka samobieżna lub poważnie uszkodzony pojazd samochodowy (tzw. laweta

niskopodłogowa) na naczepie samochodowej — co najmniej 1 szt., • ciągnik siodłowy — co najmniej 1 szt. • miejsce garażowania pojazdów (tzw. bazę operacyjną), która musi się znajdować w granicach administracyjnych miasta Szczecin (wykonawca najpóźniej na dzień podpisania umowy przedstawi oświadczenie, że będzie dysponował miejscem garażowania pojazdów tzw., bazą operacyjną, która musi się znajdować w granicach administracyjnych miasta Szczecin),

Sprzęt, o którym mowa w lit. b) powinien posiadać załadunkowe rejestratory video zapewniające stosowną jakość odtwarzanego obrazu (1280x720 pik tzw. HD Ready) oraz przenośne lampy halogenowe lub LED zapewniające dostateczne doświetlenie fotografowanych pojazdów udokumentowane oświadczeniem Wykonawcy o wyposażeniu, według wzoru stanowiącego załącznik nr IA do siwz.

Pojazdy własne o DMC powyżej 3,5t muszą być dopisane do wypisu z zezwolenia na wykonywanie zawodu przewoźnika drogowego lub licencji przewoźnika drogowego.

Posiadany sprzęt o którym mowa w lit. b) musi umożliwiać usuwanie pojazdów z uwzględnieniem ich pełnego zakresu rodzajowego, a więc wszystkich pojazdów niezależnie od ich masy i stanu technicznego, w maksymalnym czasie dojazdu. Pojazdy powinny być przystosowane do usuwania pojazdów (w tym załadunku i rozładunku), oznakowane zgodnie z przepisami prawa, dopuszczone do ruchu.

/dokumentacja postępowania: Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia, str. 6-7/

Ponadto Izba ustaliła, że Zamawiający dwukrotnie wzywał wykonawcę P. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Pogotowie Drogowe P. M. z siedzibą w Szczecinie pismem z dnia 12 grudnia 2017 r. oraz z dnia 16 stycznia 2018 r. w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny.

/dokumentacja postępowania: Wezwanie Zamawiającego z dnia 12 grudnia 2017 r. oraz 16 stycznia 2018 r./

Wykonawca P. M. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Pogotowie Drogowe P. M. z siedzibą w Szczecinie dwukrotnie składał wyjaśnienia dotyczące zaoferowanej ceny.

/dokumentacja postępowania: Wyjaśnienia wykonawcy P. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Pogotowie Drogowe P. M. z siedzibą w Szczecinie /

Zamawiający w dniu 19 stycznia 2018 r. odrzucił ofertę Odwołującego.

/dokumentacja postępowania: Zawiadomienie o odrzuceniu oferty Odwołującego z dnia 19 stycznia 2018 r. /.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania przedstawione podczas rozprawy, Izba uznała, iż odwołanie podlega oddaleniu.

W pierwszej kolejności Izba rozpatrzyła zarzut dotyczący rażąco niskiej ceny. W ocenie Izby zgodzić należało się z Zamawiającym, że wobec wezwania Odwołującego w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp to na wykonawcy spoczywał ciężar wykazania, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Nie ulegało wątpliwości, że zaoferowana cena przez Odwołującego jest niższa o około 46% od wartości szacunkowej zamówienia. Zamawiający dwukrotnie występował do wykonawcy o wyjaśnienie zaoferowanej ceny. Pierwsze z wezwań Zamawiającego w swej treści było wezwaniem ogólnym, drugie zaś odnosiło się do poszczególnych kosztów, tj. kosztów pracowniczych, amortyzacji, kosztów paliwa. W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał w złożonych wyjaśnieniach, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska. W szczególności opieranie się na ustnej umowie może wskazywać na przypadkowość, nieregularność i niepowtarzalność udzielanych ulg. Ponadto dochodzenie należnych na podstawie takiej umowy praw jest niezwykle trudna i czasochłonna. Zgodzić należało się, że przedstawione faktury świadczą jedynie o pojedynczych przypadkach udzielanego rabatu i w żaden sposób nie potwierdzają zawartej i obowiązującej od kilku lat umowy. Wykonawca oświadczył, iż nie jest w stanie skalkulować minimalnego kosztu amortyzacji pojazdów niezbędnego do utrzymania floty w stanie mobilności. Izba zgodziła się, - co jest istotne - że Zamawiający nie mógł uznać tłumaczenia, że ustalenie tego parametru nie jest możliwe ze względu na to, iż zależy on od charakteru awarii sprzętu, które są przypadkowe, nieregularne i niepowtarzalne. Części eksploatacyjne pojazdów, takie jak amortyzatory, czy elementy zawieszenia zużywają się w dającym się przewidzieć, na podstawie doświadczenia zebranego w trakcie prowadzenia aktywnej działalności gospodarczej opartej na transporcie drogowym. Ponadto, zgodnie z określonymi parametrami Zamawiający jest zobligowany do wymiany płynów eksploatacyjnych pojazdu, wykonawca prowadząc profesjonalnie przez wiele lat działalność gospodarczą, w tym świadcząc minimum przez dwa lata (2015 i 2016) usługi na rzecz Zamawiającego, prowadząc księgowość w tym zakresie posiadał niezbędne do tego typu kalkulacji dane. Co więcej ceny jednostkowe skalkulowane przez wykonawcę są nieadekwatne do zakresu holowania, gdyż wykonawca w piśmie z dnia 15 grudnia 2017 r, podparł się cenami wolnorynkowymi, m.in. cennikiem firmy Starter24, jednakże ceny te odnosiły się do pojazdów unieruchomionych z powodu awarii, do których wykonujący czynność holowania ma swobodny dostęp. Usługi takie diametralnie różnią się od usuwania pojazdów z dróg publicznych w trybie art. 50a lub 130a ustawy Prawo o ruchu drogowym, gdyż holowanie często dotyczy pojazdów z utrudnionym dostępem do elementów umożliwiających usunięcie pojazdu bez szkody w mieniu, niejednokrotnie zablokowanych za pomocą hamulca

postojowego i skrzyni biegów, co niewątpliwie zwiększa czas, nakład pracy, konieczność użycia sprzętu specjalistycznego. Dodatkowo wykonawca ma w obowiązku w przypadku usuwania pojazdów pokolizyjnych dokonać usunięcia skutków wycieków płynów eksploatacyjnych, usunąć z drogi części pojazdów. Izba zgodziła się z Zamawiającym, że w niniejszym postępowaniu wykonawca wykazując, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska powinien przedstawić umowy na które powołał się w złożonych wyjaśnieniach. Zgodzić należało się z Zamawiającym, że rabat na który powołał się Odwołujący był rabatem o nieznaczonej wartości w stosunku do wartości zamówienia i długości świadczenia. Izba zgodziła się również z Zamawiającym, że przedstawiona wycena nie jest realna, gdyż Odwołujący oparł się wyłącznie na cenniku określonej firmy. Ponadto zakresem świadczenia objęte są również usługi usuwania pojazdów pokolizyjnych. Niewątpliwie Odwołujący nie odniósł się do pytania Zamawiającego dotyczące amortyzacji.

Odnosząc się do złożonych dowodów zauważyć należy, że Izba zgodnie z art. 180 ust. 1 ustawy Pzp zobowiązana jest do badania czynności Zamawiającego – a w tym przypadku do zbadania, czy złożone wyjaśnienia przez Odwołującego potwierdzają, że złożona oferta zawiera rażąco niską cenę. Nie ulega wątpliwości, że przedmiotem oceny – wobec brzmienia art. 180 ust. 1 ustawy Pzp – mogą być wyłącznie złożone przez wykonawcę wyjaśnienia. Tym samym w rozpoznawanej sprawie złożone dowody należało uznać jako bezprzedmiotowe.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp dotyczącego niezgodności treści oferty z SIWZ, w ocenie Izby Zamawiający błędnie zakwalifikował przedstawione okoliczności faktyczne jako podstawę odrzucenia oferty Odwołującego uznając że zostały wypełnione przesłanki wynikające z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Niewątpliwie Zamawiający odnosił się do spełniania warunku udziału w postępowaniu, nie zaś do treści oferty – co przyznał na rozprawie. Niniejsza okoliczność mogłaby stanowić podstawę wykluczenia, jednak w niniejszym stanie faktycznym wobec niewykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu Zamawiający nie wzywał wykonawcę o uzupełnienie brakujących dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Niemniej jednak Izba wobec niepotwierdzenia się zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp uznała, że wzywianie Odwołującego o uzupełnienie brakujących dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie miałyby wpływu na wynik tego postępowania.

Wobec powyższego, orzeczono jak na wstępie.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz 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. Nr 41, poz. 238 z późn. zm.), tj. stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący:

.....

.....

.....