Sygn. akt: KIO 1319/19

WYROK

z dnia 25 lipca 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Luiza Łamejko

Jolanta Markowska

Lubomira Matczuk-Mazuś

Protokolant: Norbert Sierakowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 lipca 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 lipca 2019 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: A. T. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Budowy Dróg i Mostów ANBUD T. A. oraz A. M. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Ogólnobudowlane A. M., ul. Kamienna 2, 59-600 Lwówek Śląski

w postępowaniu prowadzonym przez Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział we Wrocławiu, ul. Powstańców Śląskich 186, 53-139 Wrocław

przy udziale wykonawcy ALSA A.A. Strach spółka jawna, ul. Wrocławska 135, 59-220 Legnica zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: A. T. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Budowy Dróg i Mostów ANBUD T. A. oraz A. M. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Ogólnobudowlane A. M., ul. Kamienna 2, 59-600 Lwówek Śląski 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: A. T. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Budowy Dróg i Mostów ANBUD T. A. oraz A. M.

prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Ogólnobudowlane A. M., ul. Kamienna 2, 59-600 Lwówek Śląski tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: A. T.

prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Budowy Dróg i Mostów ANBUD T. A. oraz A. M. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Ogólnobudowlane A. M., ul. Kamienna 2, 59-600 Lwówek Śląski na rzecz Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział we Wrocławiu, ul. Powstańców Śląskich 186, 53-139 Wrocław kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną tytułem 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 we Wrocławiu.

Przewodniczący :

Sygn. akt: KIO 1319/19

Uzasadnienie

Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział we Wrocławiu (dalej: „Zamawiający") prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na bieżące utrzymanie dróg krajowych administrowanych przez GDDKiA Oddział we Wrocławiu Rejon w Lubaniu w latach 2019-2021 w podziale na zadania. 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 10 kwietnia 2019 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod pozycją 2019/S 071-167988.

W dniu 11 lipca 2019 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie: A. T. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Budowy Dróg i Mostów ANBUD T. A. oraz A. M. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Ogólnobudowlane A. M. (dalej: „Odwołujący") wnieśli do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności Zamawiającego podjętych w zakresie Zadania 4 zamówienia - Prace Utrzymaniowe, polegających między innymi na:

1) nie dokonaniu odrzucenia oferty ALSA A.A. Strach spółka jawna (dalej: „ALSA");

2) nie dokonaniu wykluczenia wykonawcy ALSA;

3) dokonaniu wyboru oferty wykonawcy ALSA jako oferty najkorzystniejszej;

4) przyznaniu wykonawcy ALSA punktów w ilości 20 za czas reakcji poniżej 1 godziny;

5) zaniechaniu wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej;

6) nie odtajnieniu w całości i nie udostępnieniu w całości dokumentów wykonawcy ALSA;

7) nie wzięciu pod uwagę wyjaśnień wykonawcy ALSA;

8) nie wzięciu pod uwagę, że wykonawca ALSA dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji,

9) nie udostępnieniu wszystkich dokumentów i materiałów złożonych w postępowaniu przez wykonawcę ALSA;

10) nie odtajnieniu wszystkich dokumentów i materiałów złożonych przez wykonawcę ALSA, w tym złożonych w ramach wyjaśnień, pomimo tego, że wykonawca ALSA nie udowodnił zasadności zastrzeżenia dokumentów.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1) art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp,

2) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp,

3) art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp,

4) art. 7 ustawy Pzp,

5) art. 24 ust. 1 ustawy Pzp, w tym między innymi pkt 12, 16, 17 ustawy Pzp.

Odwołujący nie zgodził się z czynnością Zamawiającego polegającą na wyborze jako najkorzystniejszej w Zadaniu 4 oferty złożonej przez wykonawcę ALSA stwierdzając, że czynność ta została dokonana z naruszeniem przepisów ustawy Pzp oraz innych przepisów obowiązujących ustaw, a także specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Odwołujący podniósł, że przedmiotowe postępowanie przeprowadzone zostało z naruszeniem podstawowych zasad postępowania uczciwej konkurencji.

Odwołujący wskazał, że wybrany wykonawca w szczególności zaoferował rażąco niską cenę. Dodatkowo, wykonawca ten początkowo zadeklarował czas reakcji do 1 godziny, a czas ten nie znajduje odzwierciedlenia w rzeczywistości, w dostępnych zasobach. Zdaniem Odwołującego, należy uznać, że tym samym wykonawca ALSA złożył nieprawdziwe deklaracje. Odwołujący wskazał także, że oświadczenia te zostały złożone w celu zawyżenia punktacji, którą wykonawca spodziewał się uzyskać w postępowaniu lub utrudnienia, a nawet wyeliminowania, wykonawców, którzy złożyli deklarację w oparciu o rzeczywiste, realne i adekwatne możliwości, a którzy chcieli uzyskać zamówienie. Odwołujący zwrócił uwagę, że podobnie wybrany wykonawca postąpił z ceną zaoferowaną w ramach oferty. Odwołujący stwierdził, że znaczna cześć pozycji została zaoferowana poniżej cen rynkowych (dumping cenowy), a nawet cen wytworzenia danych usług, co jest także czynem nieuczciwej konkurencji, a dodatkowo to zachowanie dało wybranemu wykonawcy całej ofercie „uzysk" w kwocie brutto 1 440 945 zł.

Odnośnie ceny końcowej Odwołujący wskazał, że cena wykonawcy ALSA jest o ponad 30 procent niższa od kosztorysu inwestorskiego. Cena jest, w ocenie

Odwołującego, rażąco niska. Ponadto, jak zauważył Odwołujący, wykonawca ALSA został poproszony o wyjaśnienia, jednak, w opinii Odwołującego, nie przekazał całościowych, kompletnych wyjaśnień wraz z dowodami tak, aby Zamawiający mógł przyjąć cenę końcową ALSA, oraz ceny jednostkowe. Odwołujący podkreślił, że wykonawca ALSA pomimo tego, że to na nim spoczywa ciężar dowodu, nie sprostał temu obowiązkowi, nie udowodnił, że cena jest odpowiednia, oraz że za tą cenę można wykonać zamówienie.

Dodatkowo, jak stwierdził Odwołujący, ceny jednostkowe przedstawione przez wykonawcę ALSA nie gwarantują wykonania zamówienia w sposób bezpieczny. Odwołujący wskazał na pozycje w kosztorysie, które zostały zaniżone przez wykonawcę ALSĘ, jak np.:

poz.1: zamiatanie nawierzchni jezdni i chodników na drogach, ulicach i obiektach mostowych, zatokach autobusowych i parkingach, z piasku i innych zanieczyszczeń

- materiał wykonawcy

- cena ALSA: 0,20 zł/m^2, ilość 1.400.000 m^2

pozycja bardzo często zlecana przez Zamawiającego, ze względu na dużą ilość jednostek cena zaniżona przez ALSA

przykład: 1

zamiatanie miasta Gryfów od km 37+150 do km 38+800 - ilość metrów po odliczeniu pustych powierzchni skrzyżowań to około 3800 m2 (około 1650m2 po jednej stronie jezdni + około 1650m2 druga strona jezdni) przy wycenie zastosowanej przez ALSA cena zamiatania miasta Gryfów to 760 zł. Prace związane z zamiataniem Gryfowa, a wycenione przez ALSA na kwotę 760 zł to: dojazd zamiatarki z miejsca bazy ALSA Kunice około 70 km w jedną stronę (koszt dojazdu (paliwo) + pracownik), czas zamiatania wskazanego odcinka drogi to około 6 godzin + powrót sprzętu i pracownika na bazę KUNICE około 70 km.
Z przedstawionej przez ALSA ceny należy odliczyć podatek w wysokości 19% oraz koszt utylizacji zebranego odpadu, pobór wody.

W sytuacji wynajęcia zamiatarki czas 1 godziny to koszt 200 zł/h - cena wynajęcia podana przez ALSA to 20,00 zł (poz. 50).

Na terenie Lubań, Gryfów, Zgorzelec, Piechowice - brak na rynku dostępnych zamiatarek na

wynajem.

poz. 43: wynajem samochodu dostawczego dla potrzeb Zamawiającego do 3,5 ton

cena ALSA 30 zł/h

należy wliczyć w cenę kierowcę oraz dojazd i powrót z bazy ALSA do siedziby Zamawiającego, płatne od chwili podstawienia samochodu pod siedzibę Zamawiającego,

przykład:

wynajem samochodu na bazę w Piechowicach na 1 h, według ceny zaproponowanej przez ALSA koszt usługi to 30 zł; prace składające się na tą usługę to dojazd i powrót z bazy ALSA do siedziby Zamawiającego 2 x 98 km oraz praca kierowcy. Nawet przyjmując powszechnie obowiązującą kilometrówkę dla przejechania łącznie 196 km. oraz przyjmując minimalne wynagrodzenie kierowcy to koszty wytworzenia usługi jest na poziomie lekko ponad 200 zł i przekracza koszty usługi zaoferowanej przez ALSA.

poz. 28, 29: ścinanie drzew fi 8-55 cm, 56-79 cm

cena ALSA: 100 zł (poz. 28), 120 zł (poz.29)

należy uwzględnić dojazd i powrót na miejsce wycinki z bazy ALSA, zabezpieczenie wycinki tj. auto oznakowane z przyczepą, rozstawienie oznakowania, dwie osoby do kierowania ruchem, pilarz, odwiezienie ściętego drzewa na własny koszt specjalistycznym autem.

Zadanie bardzo istotne z punktu widzenia bezpieczeństwa drogi, teren górski, zadanie często wykonywane.

poz. 39: podcinanie drzew w pasie drogowym - materiał wykonawcy

cena ALSA: 30 zł/szt

należy uwzględnić dojazd i powrót z bazy ALSA do miejsca wykonywania prac, 2 osoby do kierowania ruchem, pilarz, rozstawienie oznakowania, samochód oznakowany, rębak do gałęzi (zgodnie z obowiązującym cennikiem ZGIUK Lubań cena wynajmu rębaka to 150 zł/h) (wynajęcie rębaka zgodnie z wyceną ALSA to 80 zł/h - poz. 53)

poz. 63: uzupełnienie poboczy materiałem kamiennym /niesort 0-31,5/wraz zagęszczeniem - materiał wykonawcy

cena ALSA: 50 zł/m^3

- sam zakup materiału to 36 zł/1 m3 (21 zł/t - oferta w załączeniu do pisma). Nawet kupując hurtowo kamień - maksymalny rabat, jaki można uzyskać to 5-7%); należy doliczyć koszt dostawy materiału na bazę ALSA, a następnie przetransportowanie materiału na teren robót; w przypadku potrzeby wynajęcia samochodu ciężarowego to dodatkowy koszt usługi 3,5 zł/km; oznakowanie miejsca robót, zabezpieczenie, dwoje ludzi do kierowania ruchem + trzy osoby do robót fizycznych (czyli brygada 5- 6 osób).

- zadanie bardzo istotne dla bezpieczeństwa z uwagi na kręte górskie drogi

poz. 74: czyszczenie kanalizacji deszczowej z wykorzystaniem specjalistycznego sprzętu do oczyszczania kanalizacji deszczowej WUKO z wywozem i utylizacją

- cena ALSA: 150 zł/m3

- cena wynajmu WUKO zgodnie z ceną przedstawioną przez PWIK Zgorzelec 360 zł/h + utylizacja nieczystości + dojazd na miejsce wykonywania prac 4 zł/km

poz.35: chemiczne zwalczanie chwastów na poboczach utwardzonych, na powierzchniach utwardzonych prefabrykatami betonowymi oraz ściekach z prefabrykatów betonowych

i rowach utwardzonych prefabrykatami betonowymi, krawężników wraz z oczyszczaniem -

materiał wykonawcy

- cena ALSA: 0,26 zł/m^2,

- przykład: oprysk na chodnikach DK 30 Lubań - Zgorzelec; ilość chodników 9800 m2, tj. około 2940 m2 oprysku; cena za usługę zgodnie z wyceną ALSA to 764,40 zł; należy zakupić środek na zwalczanie chwastów, dojechać i powrócić z bazy ALSA do DK30 Zgorzelec, tj. 2 x 108 km, dokonać oprysku (praca ludzi), po wyschnięciu chwastów oczyścić

teren (ponowny przyjazd, ponownie praca ludzi)

poz. 50: wynajem zamiatarki dla potrzeb Zamawiającego

- cena ALSA: 20 zł/h,

- cena obowiązująca na terenie Lubania oraz okolic to 200 zł/h (oferta cenowa w załączeniu do pisma)

poz. 53: wynajem rębaka dla potrzeb Zamawiającego

cena ALSA: 80 zł/h

zgodnie z obowiązującym cennikiem ZGiUK Lubań cena wynajmu to 150 zł/h

poz. 44: wynajem samochodu ciężarowego do 12T

cena ALSA: 35 zł/h

cena wynajmu samochodu skrzyniowego - wywrotka 88 zł/h - cennik PWiK Zgorzelec

poz. 75: czyszczenie rowu o szerokości dna do 0,4 m z namułu, z wyprofilowaniem skarp rowu oraz wywiezieniem nieczystości na wysypisko

cena ALSA: 6 zł/m^2

należy uwzględnić dojazd i powrót koparki, samochodu dostawczego, wywóz nieczystości na składowisko; praca grupy ludzi min. 4 osoby

Odwołujący zwrócił uwagę, że w przedstawionych wycenach należy uwzględnić fakt, iż GDDKiA Rejon Lubań to obszar przygraniczny z wysoko rozwiniętym przemysłem za granicą, co znacząco wpływa na możliwości pozyskania pracowników oraz podwyższenie stawek pracowniczych. W ostatnim roku obserwuje się zawężenie ilości pracowników gotowych podjąć pracę - brak chętnych z urzędu pracy, jak i z portali internetowych.

Odwołujący zauważył, że wykonawca ALSA argumentuje w wyjaśnieniach złożonych Zamawiającemu dnia 28 maja 2019 r., że obniżenie cen oraz optymalizacja czasu pracy pracowników wynika z realizacji kontraktów w kilku rejonach administrowanych przez GDDKiA, np. Rejon Wołów, droga S5 Wrocław - Korzeńsko. Odwołujący stwierdził, że przedstawione powyżej przykłady wskazują (ceny jednostkowe pozycji), iż nie stanowi to elementu obniżającego koszty, lecz generujące nowe, tj. koszty i czas związany z dojazdem do miejsca wykonywania prac z bazy ALSA, tj. Kunice. Odwołujący zaznaczył, że wykonawca ALSA nie posiada bazy na terenie Rejonu Lubań.

Jak wskazał Odwołujący, obecne zatrudnienie wykonawcy ALSA to do 20 osób (w tym administracja). Odwołujący stwierdził, że taka ilość osób jest niezbędna do wykonywania w sposób bezpieczny prac utrzymaniowych Rejonu Lubań. Zdaniem Odwołującego, obecne zatrudnienie wykonawcy ALSA nie daje możliwości wykonywania prac wynikających z obsługi kilku kontraktów jednocześnie - terenów bardzo odległych, np. 223 km Korzeńsko - Zgorzelec. W ocenie Odwołującego, ewentualne przyszłe przyjęcie nowych pracowników nie może stanowić podstawy do stwierdzenia dotyczącego optymalizacji pracy i obniżenia kosztów jednostkowych.

Zdaniem Odwołującego, o optymalizacji pracy nie można również mówić myśląc

i wskazując podwykonawców, są to wyłącznie przypuszczenia. Odwołujące podkreślił, że nie można mówić o optymalizacji tego, czego nie ma.

Odwołujący stwierdził, że w tej sytuacji oferta wykonawcy ALSA powinna zostać

uznana za ofertę z rażąco niską ceną.

Dodatkowo, jak podał Odwołujący, wykonawca ALSA, mając na uwadze „manipulowanie cenami", na które wskazuje powyżej Odwołujący, dopuściła się również

czynu nieuczciwej konkurencji choćby z tego powodu, że oferując niską cenę - cenę w zasadzie poniżej kosztów wytworzenia, doprowadziła między innymi do obniżenia ceny

końcowej oferty, a tym samym wyeliminowania, ograniczenia konkurencji. Odwołujący wskazał, że wykonawca ALSA dokonał czynu nieuczciwej konkurencji stypizowanego między innymi w art. 15 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odnosząc się do deklaracji wykonawcy ALSA co do czasu reakcji poniżej 1 godziny Odwołujący wskazał, że taka deklaracja wykonawcy ALSA nie znajduje odzwierciedlenia w rzeczywistości i w zasadzie gdyby ją uznać za wiążącą to należy uznać, że nie ma pokrycia w rzeczywistości. Wyjaśnienia informacji o położeniu baz umożliwiających realizację kontraktu zostały uznane przez Zamawiającego jako tajemnica przedsiębiorstwa i utajnione /bez uzasadnienia/. Odwołujący stwierdził, że wykonawca ALSA z całą pewnością ma siedzibę w Kuniacach, a stąd daleko od miejsca wykonywania zamówienia i rzeczywiście niemożliwa jest reakcja do 1 godziny, ponadto nie ma jakiekolwiek bazy w okolicach, która gwarantowałaby czas reakcji poniżej godziny.

W przekonaniu Odwołującego, Zamawiający nie miał podstaw do przyznania wykonawcy ALSA 20 pkt. Odwołujący zauważył, że sam wykonawca ALSA w wyjaśnieniach złożonych Zamawiającemu przyznał, że takiej bazy nie posiada. ALSA nie przedstawiła,

a wręcz przyznała, że takich baz nie posiada i będzie organizować zaplecze. Ponadto, zdaniem Odwołującego, twierdzenia przedstawione w wyjaśnieniach są gołosłowne, nie poparte dowodami i na zasadzie przypuszczeń. Przyznawanie punktów przez Zamawiającego na zasadzie przypuszczeń jest, w ocenie Odwołującego, niewłaściwe. Zdaniem Odwołującego, wyjaśnienia wykonawcy ALSA poza tym, że dowodzą, że ALSA nie ma możliwości reakcji w przeciągu godziny, to modyfikują pierwotną deklarację co do reakcji poniżej 1 godziny. W ocenie Odwołującego, mając na uwadze wyjaśnienia wykonawcy ALSA, należałoby uznać, że wykonawca ten nie zadeklarował czasu reakcji poniżej 1 godziny i w tej sytuacji punkty w ilości 20 nie powinny zostać temu wykonawcy przyznane.

Odwołujący podniósł, że gdyby uznać, że wykonawca ALSA deklaruje czas reakcji poniżej 1 godziny, to Odwołujący wskazuje, że takie oświadczenie nie jest prawdziwe i rzeczywiste. W ocenie Odwołującego, w tym przypadku wykonawca ALSA poświadczył nieprawdę, a oświadczenie złożył wyłącznie w celu wyeliminowania konkurencji, w celu uzyskania 20 pkt. w postępowaniu.

Zdaniem Odwołującego, należałoby uznać, że nie ma deklaracji wykonawcy ALSA, że zareaguje poniżej godziny, a jeżeli jest, to nie jest zgodna z prawdą, stanem rzeczywistym. Oznacza to, zdaniem Odwołującego, że wykonawca ALSA nie powinien otrzymać punktów, ewentualnie z uwagi na choćby nieprawdziwe oświadczenie /informacje/ mające istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego lub wprowadzenie w błąd Zamawiającego, powinien zostać wykluczony z postępowania.

Odwołujący stwierdził, że dowodami na powyższe, w szczególności na potwierdzenie okoliczności wskazanych przez Odwołującego są: dokumenty zgromadzone w postępowaniu, zeznania i wyjaśnienia Odwołującego, zeznania i wyjaśnienia świadka Ł. J. zam. Jesienna 9, 59-800 Lubań, zeznania i wyjaśnienia komisji przetargowej w osobie A. Ś., opinia biegłego, oferta cenowa z dnia 7 lipca 2019 r. wraz z odmową obniżenia ceny, oferta z dnia 8 lipca 2019 r. na zamiatarkę, oferta z dnia 4 lipca 2019 r., oferta z dnia 4 lipca 2019 r., oferta z dnia 5 lipca 2019 r., oferta z dnia 2 lipca 2019 r. dotycząca kruszyw, oferta dotycząca wynajmu rębaka, oferta wynajmu wozu WUKO, cennik PWiK Zgorzelec, oferta od podwykonawcy na całość Zadania 4, oferta podwykonawcy na całość Zadania 4, oferta podwykonawcy na całość Zadania 4.

Odwołujący wniósł o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego na okoliczność ustalenia cen rynkowych oraz kosztów wytworzenia usług objętych zadaniem nr 4.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienia dokonanych przez Zamawiającego czynności, a w szczególności wyboru oferty wykonawcy ALSA jako najkorzystniejszej;

2) unieważnienia dokonanej przez Zamawiającego czynności oceny ofert;

3) dokonania ponownej oceny ofert złożonych w postępowaniu;

4) dokonania ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty i uznania oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu;

5) wpłaty na rzecz Odwołującego kwoty stanowiącej uzasadnione koszty poniesione przez Odwołującego między innymi z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił w dniu 14 lipca 2019 r. wykonawca ALSA.

Przedstawiając argumentację odnośnie zarzutu zaoferowania przez wykonawcę ALSA rażąco niskiej ceny wykonawca ALSA zwrócił uwagę na stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej, zgodnie z którym „Rozstrzygając sprawę w kontekście rażąco niskiej ceny, KIO bada nie tyle samą cenę oferty, co czynność zamawiającego polegającą na ocenie

złożonych przez wykonawcę wyjaśnień i prawidłowość odrzucenia lub zaniechania odrzucenia oferty tego wykonawcy." (wyrok z dnia 7 kwietnia 2017 r., sygn. akt KIO 545/17). Wykonawca ALSA wskazał, że Zamawiający wdrożył procedurę badania rażąco niskiej ceny, otrzymał wyjaśnienia i dowody, które uznał za wiarygodne. Zdaniem wykonawcy ALSA, w kontekście cytowanego wyżej wyroku KIO, zarzuty odwołania odnoszące się do kwestionowanych pozycji, tak tych, co do których Odwołujący wdrożył procedurę o wyjaśnienie, jak i dodatkowych, nie powinny być procedowane w niniejszej sprawie, gdyż w odwołaniu nie podniesiono zarzutu naruszenia art. 90 ustawy Pzp. Eliminuje to, w ocenie wykonawcy ALSA, skuteczność podniesionego zarzutu z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Na wypadek, gdyby Izba nie podzieliła przedstawionej powyżej oceny prawnej, wykonawca ALSA podniósł, że zarzut rażąco niskiej ceny jest chybiony i wynika z niewiedzy Odwołującego w zakresie profesjonalnej organizacji usług stanowiących przedmiot zamówienia w zakresie Zadania 4.

Wykonawca ALSA wskazał, że na rynku usług utrzymania dróg funkcjonuje od 1992 roku. Przez ten okres zostały wpracowane wewnętrzne metody organizacyjne pozwalające na optymalizację kosztów, głownie dzięki organizacji pracy i korzystaniu z nowoczesnych technologii. Nie bez znaczenia jest przy tym, zdaniem wykonawcy ALSA, stan majątku trwałego będącego na ewidencji środków trwałych.

Wykonawca ALSA zauważył, że odwołanie opiera się na błędnym założeniu, że centrum logistycznym wykonawcy ALSA jest jego baza w Kunicach i dalej, że wszystkie akcje realizowane w ramach zadania właśnie to miejsce będą przyjmowały jako punkt wyjścia. Wykonawca ALSA stwierdził, że założenie to w żaden sposób nie przystaje do

faktów - w szczególności zaś organizacji pracy wykonawcy ALSA. Wykonawca ALSA wskazał, że Odwołujący dokonał oceny kalkulacji poszczególnych pozycji cenowych wykonawcy ALSA najwyraźniej w oparciu o własne doświadczenia i sposób organizacji pracy. Okoliczność, że są one kosztochłonne i mało efektywne, a Odwołujący ma niewielką bazę sprzętową (lub w ogóle nią nie dysponuje) przekłada się, w opinii wykonawcy ALSA, na błędne założenia.

W aspekcie zarzutu rażąco niskiej ceny wykonawca ALSA odniósł się do kwestionowanych w odwołaniu pozycji:

Ad. poz. 1 Zamiatanie nawierzchni jezdni i chodników na drogach, ulicach i obiektach mostowych, zatokach autobusowych i parkingach, z piasku i innych zanieczyszczeń - materiał wykonawcy

Wykonawca ALSA zwrócił uwagę, że poszczególne pozycje SST zawierają opis czynności, jakie wykonawca w ramach realizacji umowy będzie wykonywać na rzecz Zamawiającego. Logicznym jest zatem, że wykonawca realizując poz. nr 1 nie może korzystać jednocześnie z poz. nr 50, gdyż ta jest odrębną i realizowaną na rzecz Zamawiającego, stąd argumentacja zarzutu sprowadzająca się do twierdzenia, że cena pozycji nr 1 jest rażąco niska, gdyż cena rynkowa wynajmu zamiatarki wynosi 200 zł/h nie może się ostać. Przyjęcie, że zarzut budowany jest na zasadzie, że ALSA, aby wykonać tę pozycję musi wynająć zamiatarkę, a cena wynajmu to 200 zł/h, również nie odzwierciedla rzeczywistości, gdyż ALSA posiada własny sprzęt. Sprzęt ten jest już całkowicie zamortyzowany, zatem w poz. 1 nie występuje koszt z tytułu najmu czy też leasingu. Oferowana stawka pokrywa koszty wykonania usługi (paliwo, płaca, narzuty). Odwołujący posługuje się wyliczeniem opartym na założeniu, że zamiatarka stoi na bazie w Kunicach skąd ma wyruszyć do miasta Gryfów i tam wykonywać usługę. Ponadto, jeden ze stałych podwykonawców złożył ofertę cenową m.in. na tą pozycję. Dodatkowo, pozycja ta nie była kwestionowana przez Zamawiającego, zatem uznał ją za rynkową w kontekście innych przetargów.

Ad. poz. 43 Wynajem samochodu dostawczego dla potrzeb Zamawiającego do 3,5 ton

Wykonawca ALSA złożył w zakresie tej pozycji wyjaśnienia na wniosek Zamawiającego i zostały one przez niego przyjęte. Wykonawca ALSA oświadczył, że wyjaśnienia te podtrzymuje, dodatkowo wskazał, że posiada własne pojazdy oraz ma możliwość ich wynajęcia.

Ad. poz. 28 Ścinanie drzew o fi 8-55 cm

Ad. poz. 29 Ścinanie drzew o fi powyżej 56-79 cm

W zakresie tej pozycji wykonawca ALSA złożył wyjaśnienia wraz z kalkulacją własną; wykonawca ALSA oświadczył, że wyjaśnienia te podtrzymuje oraz wskazał na oferty ewentualnych podwykonawców tego zakresu.

Ad. poz. 39 Podcinanie drzew w pasie drogowym - materiał wykonawcy

Wykonawca ALSA zwrócił uwagę, że pozycja ta nie wzbudziła wątpliwości u Zamawiającego. Wykonawca ALSA, aby ją wykonać, posiada własny sprzęt (oznakowanie, rębak do gałęzi, podnośnik, samochód załadowczy). Zarzut dotyczący oferowanej ceny w tej pozycji, podobnie jak poprzednie, również opiera się na założeniu, że sprzęt - w tym przypadku rębak, będzie wynajmowany. Z tego też powodu nie można tej pozycji łączyć z poz. 53 poprzez doliczanie ceny wynajmu sprzętu. Ponadto, jeden ze stałych podwykonawców złożył ofertę cenową m.in. na tą pozycję.

Poz. 63 Uzupełnienie poboczy materiałem kamiennym /niesort 0-31,5/ wraz z zagęszczeniem - materiał wykonawcy

W zakresie tej pozycji wykonawca ALSA złożył wyjaśnienia wraz z kalkulacją własną; wyjaśnienia te podtrzymuje. Wskazuje również na oferty ewentualnych podwykonawców tego zakresu. Zdaniem wykonawcy ALSA, nie sposób przyjmować, że dowodem rażąco niskiej ceny są oferty potencjalnych podwykonawców złożone przez Odwołującego jako dowód w sprawie. Zdaniem wykonawcy ALSA, symptomatyczne jest to, że wszystkie te oferty pochodzą od lokalnych firm z terenu Lwówka Śl. i Gryfowa Śl., które nie zajmują się pracami utrzymaniowymi. Co ważne, jak stwierdził wykonawca ALSA, oferty zostały złożone już po otwarciu ofert na Zadanie 4 i w treści są do siebie bliźniaczo podobne. Nie opierają się one na wyliczeniach kosztorysowych, tylko podają zbiorczą kwotę, korzystając z narracji, w myśl której, jest to oferta ostateczna. W ocenie wykonawcy ALSA, treść powołanych ofert świadczy o tym, że Odwołujący pozyskał je nie w celu faktycznego zbadania rynku, tylko na potrzeby postępowania odwoławczego.

Ad. poz. 74 Czyszczenie kanalizacji deszczowej z zastosowaniem specjalistycznego sprzętu do oczyszczania kanalizacji deszczowej /WUKO/ z wywozem i utylizacją

Jednostką miary w tej poz. są m^3, stąd do nich winna być odnoszona kalkulacja pozycji. Wykonawca ALSA załączył ofertę, jaką otrzymał od wieloletniego partnera w zakresie czyszczenia separatorów oraz kanalizacji przy użyciu sprzętu typu WUKO - EKOS Poznań.

Poz. 35 Chemiczne zwalczanie chwastów na poboczach utwardzonych, na powierzchniach utwardzonych prefabrykatami betonowymi oraz ściekach z prefabrykatów betonowych i rowach utwardzonych prefabrykatami betonowymi, krawężników wraz z oczyszczeniem - materiał wykonawcy

Wykonawca ALSA oświadczył, że aktualnie realizuje umowę na rzecz Zamawiającego, wg której wartość oprysku wynosi 20 gr/m, tymczasem w nin. przetargu zaoferowano cenę o 6 gr/m wyższą (a Zamawiający nie ma zastrzeżeń do realizacji usługi), co samo w sobie świadczy o tym, że usługa skalkulowana drożej nie może być uznana za rażąco niską. Ponadto jeden z podwykonawców złożył ofertę cenową również na tą pozycję kosztorysową.

Poz. 50 Wynajem zamiatarki dla potrzeb Zamawiającego

Zarzut odnoszący się do tej pozycji pomija treść kosztorysu Odwołującego, który wycenił ją na 30,00 zł/h. Odwołujący wywodzi, że cena wynajmu zamiatarki (wbrew własnej kalkulacji) to 200,00 zł/h. Wykonawca ALSA nie ma wiedzy, w oparciu o jakie składniki ta

kalkulacja została sporządzona. Nie odnosi się ona w żaden sposób do realiów realizacji zadania przez ALSA, która posiada 3 własne zamiatarki, które są już zamortyzowane. Ponadto, jeden z podwykonawców złożył ofertę cenową również na tą pozycję kosztorysową.

Poz. 53 Wynajem rębaka dla potrzeb Zamawiającego

Pozycja ta nie była kwestionowana przez Zamawiającego. Koszt wynajmu rębaka wg sekocenbud wynosi 25 zł/h, jednak wartość ta nie odnosi się do oferty ALSA, gdyż posiada ona własny rębak. Ponadto, jeden z podwykonawców, również posiadający również własny rębak, złożył ofertę na jego wynajem.

Poz. 44 Wynajem samochodu ciężarowego dla potrzeb Zamawiającego do 12 ton

Pozycja ta nie była kwestionowana przez Zamawiającego. Koszt wynajmu samochodu został przez Odwołującego skalkulowany w sposób prawidłowy. Wykonawca ALSA oświadczył, że jest właścicielem takiego pojazdu, który jest całkowicie zamortyzowany, nie musi go wynajmować. Ponadto, jeden z podwykonawców złożył ofertę również na tą pozycję.

Poz. 75 Czyszczenie rowu o szer. dna do 0,4 m z namułu, z wyprofilowaniem skarp rowu oraz wywiezieniem nieczystości na składowisko

Wykonawca ALSA podtrzymał wyjaśnienia złożone w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego. Dodatkowo, przedstawił uzyskane na etapie kalkulowania ceny ofert do nin. postępowania, oferty potencjalnych podwykonawców.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego braku skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez wykonawcę ALSA wykonawca ten zwrócił uwagę, że Zamawiający zbadał tę kwestię i uznał, że zastrzeżenie jest skuteczne w zakresie organizacji firmy ALSA.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp wykonawca ALSA wskazał, że art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji niejako penalizuje takie zachowania przedsiębiorcy, które ukierunkowane są na eliminację konkurenta z rynku. Jak stwierdził wykonawca ALSA, odwołując się do terminologii prawa karnego należałoby powiedzieć, że chodzi tu o zamiar bezpośredni ze szczególnym zabarwieniem (zamiar kierunkowy - dolus direcłus colorałuś), którego wykazanie obciąża - zgodnie z podstawowym rozkładem ciężaru dowodu w postępowaniu odwoławczym - Odwołującego. W ocenie ALSA, Odwołujący tego zarzutu nie wykazał.

Wykonawca ALSA zauważył, że Odwołujący przekłada zarzut rażąco niskiej ceny na czyn nieuczciwej konkurencji ze strony ALSA (manipulowanie cenami). Wykonawca ALSA stwierdził, ze zarzut ten nie został w żaden sposób udowodniony. Okoliczność, że Odwołujący wysłał do kilku firm zapytania cenowe i uzyskał prawie że identyczne w brzmieniu odpowiedzi, nie stanowi, zdaniem ALSA, dowodu manipulowania cenami. Odwołujący nie kwestionował opisu przedmiotu zamówienia oraz zawartego w nim przedmiaru dla poszczególnych pozycji, nie został przedstawiony żaden dowód rachunkowy na poparcie prezentowanej tezy.

W przekonaniu ALSA, nie sposób również przyjmować, że Zamawiający wadliwie dokonał przydziału punktów w kryterium „czas reakcji". Przystępujący do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny dołączył warianty skrajne dojazdu do zdarzenia z symulacją czasu dojazdu - 6 wersji, które stanowią dowód racjonalności deklarowanego czasu. Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów przeciwnych.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1, w tym między innymi pkt 12,16 i 17 ustawy Pzp wykonawca ALSA zwrócił uwagę, że zasadą jest, że strona, która z określonych faktów wywodzi skutki prawne, fakty te winna udowodnić. Wyjątkiem od niej jest dowodzenie w zakresie rażąco niskiej ceny. Wykonawca ALSA zaznaczył, że Odwołujący formułując zarzut co do katalogu przesłanek z art. 24 ust. 1 ustawy Pzp, powinien przedstawić na ich poparcie dowody, czego nie uczynił. Jak wskazał wykonawca ALSA, w odwołaniu brak jest uzasadnienia w zakresie odnoszącym się do art. 24 ust. 1 pkt

12 ustawy Pzp. Odwołując nie wskazał, o jakie warunki chodzi. Ponadto, jak podniósł wykonawca ALSA, w treści odwołania nie zostały przedstawione jakiekolwiek zarzuty dotyczące wprowadzenia w błąd Zamawiającego co do przedstawionych informacji. Odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu w tym zakresie.

Wykonawca ALSA stwierdził, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie. W ocenie ALSA, postępowanie było prowadzone przez Zamawiającego prawidłowo i nie doszło do naruszenia jakichkolwiek przepisów ustawy Pzp.

W dniu 23 lipca 2019 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie w całości.

Zamawiający stwierdził, ze Odwołujący nie posiada interesu we wniesieniu odwołania, jako że oferta Odwołującego wypełnia przesłanki odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp w związku z nieprzedłożeniem przez Odwołującego zgody na przedłużenie terminu związania ofertą. Zamawiający podał, że w dniu 4 lipca 2019 r. na podstawie art. 85 ust 2 ustawy Pzp zwrócił się do Odwołującego o wyrażanie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą o okres 60 dni, tj. do dnia 9 września 2019 r. poprzez Platformę zakupową w terminie do 11 lipca 2019 r. W odpowiedzi na przedmiotową prośbę, Odwołujący w dniu 4 lipca 2019 r. za pośrednictwem wskazanej Platformy zakupowej skierował pismo zawierające zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą na wskazany powyżej okres, jednakże pismo to zostało przez Odwołującego złożone bez podpisu elektronicznego, a zatem wyłącznie jako kopia dokumentu elektronicznego, co w tym stanie rzeczy nie może zostać uznane za skuteczne wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą. Przekazana za pośrednictwem Platformy zakupowej elektroniczna kopia dokumentu (taka, która nie została opatrzona podpisem elektronicznym) nie stanowi oryginału dokumentu elektronicznego, ani też kopii dokumentu elektronicznego potwierdzonego za zgodność z oryginałem i nie może zostać przez Zamawiającego uznana za dokument stanowiący odpowiedź na pismo Zamawiającego z dnia 4 lipca 2019 r. w przedmiocie przedłużenia terminu związania ofertą do dnia 9 września 2019 r. ergo, przedłużenie terminu związania ofertą przez Odwołującego należy uznać za bezskuteczne, a odwołanie w całości odrzucić z uwagi na brak interesu prawnego Odwołującego.

Zdaniem Zamawiającego, w rozpatrywanej sytuacji nie doszło do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Zamawiający stwierdził, że nie mógł naruszyć ww. przepisu, jako że zgodnie z wyjaśnieniami przedstawionymi przez ALSA, stanowiącymi odpowiedź na wezwanie do złożenia wyjaśnień z dnia 28 maja 2019 r. wraz z dowodami w przedmiocie wyliczenia ceny przez wykonawcę, nie doszło do przedstawienia w ofercie ceny rażąco niskiej. Dokonując oceny wyjaśnień wraz z dowodami złożonymi przez ALSA, Zamawiający działając w granicach art. 90 ust. 3 ustawy Pzp nie miał podstaw do stwierdzenia, iż doszło do wypełnienia dyspozycji zarzucanego przepisu, a więc zawarcia w ofercie ALSA rażąco niskiej ceny.

Przepis art. 89 ust. 4 ustawy Pzp nie został naruszony także z tego powodu, że ALSA w złożonych wyjaśnieniach i przedstawionych dowodach dokonała wnikliwego i rzetelnego przedstawienia istotnych elementów składowych cen jednostkowych oraz kosztów przyjętych

do wyliczenia ceny całościowej oferowanej w postępowaniu.

Ponadto, Zamawiający zwrócił uwagę, iż obowiązkiem Zamawiającego jest

dokonanie oceny złożonych przez wykonawcę wyjaśnień oraz prawidłowości ewentualnego odrzucenia, czy też nieodrzucenia oferty wykonawcy. Zastosowanie przez Zamawiającego mechanizmu w postaci wezwania ALSA do złożenia wyjaśnień pozwoliło natomiast na ocenę dodatkową i uznanie przedstawionych przez tego wykonawcę dowodów za wiarygodne, a tym samym, brak było jakichkolwiek przesłanek do uznania zaoferowanej ceny za rażąco niską. Niewykazanie w przedstawionych przez ALSA dowodów na okoliczność realności przedstawionej przez niego ceny musiałoby jednak doprowadzić w konsekwencji do obligatoryjnego uznania przez Zamawiającego, iż cena ta jest rażąco niska. W sytuacji, kiedy brak było przesłanek do dokonania takiego stwierdzenia, Zamawiający nie mógł dokonać odrzucenia takiej oferty. Przedmiotem badań i oceny dokonywanej przez Zamawiającego nie jest natomiast, wbrew twierdzeniom Odwołującego, charakter rynkowy przedstawionych przez wykonawcę cen, ale realność wykonania danych czynności po wskazanych przez wykonawcę cenach oraz podparcie takich wskaźników cenowych przedstawionymi przez oferenta dowodami. W przedmiotowym postępowaniu ALSA przedstawiła dowody w postaci ofert sporządzonych przez podwykonawców, którzy to podwykonawcy zadeklarowali

wykonanie danych czynności po cenach przez nich wskazanych. Obowiązkiem Zamawiającego nie jest wnikliwa analiza wysokości deklarowanych cen, w sytuacji, kiedy istnieją na rynku podmioty nie tylko deklarujące wykonanie określonych czynności po wskazanych przez ALSA cenach, ale same wskazujące na ceny, w oparciu o które usługi takie zamierzają wykonać.

W ocenie Zamawiającego, bezskuteczne jest podniesienie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp przy jednoczesnym braku podniesienia zarzutu naruszenia art. 90 ustawy Pzp, gdyż brak takiego zarzutu skutkuje zaistnieniem sytuacji, w której nie istnieje postawa do procedowania w nn. postępowaniu w przedmiocie wprowadzenia procedury o wyjaśnienie oraz procedur dodatkowych.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp Zamawiający zwrócił uwagę, że Odwołujący nie powołuje się w odwołaniu na konkretne postanowienia zawarte w SIWZ oraz nie precyzuje, którym z tych postanowień nie odpowiada oferta ALSA. W ocenie Zamawiającego, brak jest jakichkolwiek przesłanek przemawiających za tezą Odwołującego, jakoby oferta ALSA naruszała wymagania określone w SIWZ lub ustawie Pzp. W ofercie ALSA nie wykryto bowiem, aby zaoferowany przedmiot usługi był sprzeczny z oczekiwaniami Zamawiającego lub też choćby w minimalny sposób nie odpowiadał opisanemu w specyfikacji przedmiotowi zamówienia, w stosunku do stopnia oczekiwań lub w odniesieniu do interesów Zamawiającego. Zamawiający podał, ze treść oferty przedstawiona przez ALSA w pełni realizowała wymagania zawarte w SIWZ oraz nie stanowiła oferty sprzecznej z ustawą Pzp. Dalej, jak stwierdził Zamawiający, w przypadku oferty ALSA nie można mówić o niekompatybilności pomiędzy złożoną ofertą a przedmiotem zamówienia, gdyż ani w odniesieniu do zakresu wykonania zamówienia, ani też w sposobie wykonania przedstawionym przez ALSA, nie odnajduje się elementów niezgodnych z przepisami ww. ustawy czy postanowieniami SIWZ w zakresie wymagań dotyczących potencjalnych wykonawców. Zamawiający dalej rozważał, że wobec uzasadnienia zarzutów przedstawionych przez Odwołującego można domniemywać, iż naruszenie powyższego przepisu ustawy Pzp wywodzi on ze stanowiska, iż zadeklarowana w ofercie cena ALSA jest rażąco niska oraz ze stanowiska sugerującego złożenie przez ALSA nieprawdziwych informacji w zakresie Kryterium 19.1.4. „Czas reakcji" Zadanie 4 zawartym w SIWZ. Z takim stanowiskiem Zamawiający nie zgodził się. Zauważył jednak, że nawet w przypadku, gdyby powyższa argumentacja okazała się trafiona, czego Zamawiający nie przyznaje i co nie znajduje potwierdzenia w odniesieniu do stanu faktycznego, to i tak zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jest w tym zakresie chybiony, gdyż w zakres przedmiotowy tegoż przepisu nie wpisują się zarzuty, na które w swoim uzasadnieniu powołuje się Odwołujący.

Zamawiający nie podzielił również stanowiska Odwołującego w zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 oraz art. 7 ustawy Pzp. Zamawiający zwrócił uwagę, że w tym przypadku Odwołujący także nie sprecyzował, w jaki sposób oferta ALSA powinna zostać uznana za czyn nieuczciwej konkurencji, brak jest jakichkolwiek przesłanek w postaci dowodów oraz racjonalnych argumentów Odwołującego, aby zarzucić ALSA praktyki nieuczciwej konkurencji, a Zamawiającemu zaniechanie przeciwdziałania takim praktykom. W odniesieniu do zarzutów stawianych przez Odwołującego w przedmiotowym zakresie, Zamawiający uznał, że argumenty Odwołującego odnoszące się do zaniżonych kwot obejmujących poszczególne pozycje cenowe przedstawione przez ALSA w ofercie, są błędne i nie mogą zostać uznane za trafne. Wniosek Odwołującego, iż on sam nie byłby w stanie wykonać tych samych prac po cenach o równowartości lub niższych, niż wybrany wykonawca nie oznacza, zdaniem Zamawiającego, że konkurencja nosi cechy nieuczciwości. Zamawiający zwrócił uwagę, że zawarcie przez ALSA cen na wskazanym przez niego poziomie, nie pozostało bez pokrycia i wykonawca ten, w sposób rzetelny wykazał, że za wskazaną przez niego kwotę współpracujący z nim podwykonawcy zadeklarowali wykonanie prac obejmujących przedmiotowe pozycje cenowe zawarte w ofercie. W ocenie Zamawiającego, nie można mówić ani o naruszeniu dobrych obyczajów, ani tym bardziej, o uznaniu złożonej oferty za sprzeczną z prawem. Przedstawione przez Odwołującego zapytania do określonej grupy podwykonawców i uzyskanie przez nich odpowiedzi w bardzo zbliżonych do siebie cenach kosztorysowych także nie może być uznane za dowód, który potwierdzałby formułowany przez Odwołującego zarzut, jakoby ALSA dopuściła się w przedmiotowym postępowaniu manipulowania cenami, które można by uznać za czyn nieuczciwej konkurencji.

Na uwzględnienie nie zasługują, w ocenie Zamawiającego, także zarzuty naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12, 16 i 17 ustawy Pzp. Zamawiający podał, że po sprawdzeniu złożonych ofert pod kątem ich kompletności i zgodności z SIWZ dokonał, stosownie do zapisów art. 24aa ustawy Pzp, oceny ofert, a następnie zbadał czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza na tamten czas, tj. ALSA nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu, co potwierdzone zostało dodatkowo podczas

przeprowadzenia czynności dodatkowych w postaci złożonych przez ALSA wyjaśnień. Zamawiający uznał, że postąpił słusznie przyznając ALSA w zakresie oceny oferty w kryterium „Czas reakcji" maksymalną ilość punktów. Do oceny wykonawcy w ramach tego kryterium nie należała bowiem weryfikacja tego, czy na dzień składania oferty wykonawca ma fizyczną i realną możliwość spełnić wymagane kryterium lub czy dysponuje odpowiednim zapleczem koniecznym do jego spełnienia. Zamawiający stwierdził, że celem kryterium pod nazwą „Czas reakcji" Zadanie 4 było jedynie uzyskanie przez Zamawiającego informacji o tym, jaki czas reakcji na miejsce zdarzenia wykonawca jest w stanie zadeklarować. W zakres oceny dokonywanej przez Zamawiającego wchodzi wyłącznie ocena deklarowanego czasu dojazdu wykonawcy na miejsce zdarzenia, o czym wprost stanowi pkt 19.1.4. SIWZ. Zamawiający wyjaśnił, ze nie miał na celu dokonywania rzetelnej weryfikacji i oceny tego, w jakiej odległości fizycznie znajduje się siedziba firmy wykonawcy bądź jakakolwiek inna przygotowana przez niego baza, a wyłącznie to, czy wykonawca w razie potrzeby deklaruje przybycie na miejsce zdarzenia w czasie poniżej 1 godziny. Na marginesie Zamawiający zauważył, że gdyby powyższy zapis miał na celu ocenę tego, czy wykonawca ma możliwość dojazdu do miejsca zdarzenia z własnej siedziby w czasie poniżej 1 godziny, to właśnie w taki sposób sformułowałby zapis w Kryterium „Czasu reakcji" Zadanie 4 zawarty w SIWZ. W ocenie Zamawiającego, postanowienie SIWZ w obecnej formie nie budzi wątpliwości w kwestii tego, że ocenie podlega wyłącznie sama deklaracja wykonawcy dokonana w sposób adekwatny do wskazanych poziomów punktowych. W przekonaniu Zamawiającego, bezzasadne jest twierdzenie Odwołującego, iż przyznanie ALSA maksymalnej ilości punktów w tym kryterium stanowi naruszenie art. 24 ustawy Pzp.

Na uwagę zasługuje, w opinii Zamawiającego, okoliczności załączenia przez ALSA do złożonych wyjaśnień sześciu potencjalnych wariantów dojazdu na miejsce zdarzenia wraz z symulacją ewentualnego czasu dojazdu. Dowody te Zamawiający uznał za racjonalne i mające przełożenie na rzeczywistość, a w kontekście argumentacji przedstawionej powyżej, nie pojawiły się żadne przesłanki przemawiające za przyznaniem ALSA punktacji na poziomie 10 lub 0 pkt.

W zakresie zarzutu braku skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez ALSA Zamawiający wskazał, że kwestia ta była badana przez Zamawiającego i uznano, iż w zakresie obejmującym organizację spółki ALSA dokonanie zastrzeżenia jest w pełni zasadne. Dane zawarte w wyjaśnieniach ALSA, które dotyczą elementów oferty i jednocześnie wpływają na wysokość zaoferowanej ceny, podlegają, zdaniem Zamawiającego, ochronie jako informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W ocenie Zamawiającego, wszelkie dane składające się na zaoferowaną przez przedsiębiorcę cenę oraz powołanie się przez wykonawcę na dokonywany przez nich sposób kalkulacji, bez wątpienia stanowią istotne informacje handlowe i podlegają ochronie. Takie informacje świadczą bowiem chociażby o doświadczeniu, kontaktach handlowych czy przyjętych i stosowanych stawkach. Poznanie owych informacji oraz wykonywanej na ich podstawie kalkulacji ceny narażałoby ALSA na ujawnienie danych, istotnych z jego punktu widzenia w kontekście konkurencji rynkowej. Tym samym, stanowiłoby także istotne zagrożenie. Zamawiający wskazał, że takie stanowisko zostało potwierdzone jednym z orzeczeń Sądu Okręgowego w Katowicach, który stwierdził, że „zarówno metoda kalkulacji ceny, jak i konkretne dane cenotwórcze ujawnione przez wykonawcę na żądanie zamawiającego w celu sprawdzenia, czy cena oferty nie jest rażąco niska, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Mogą być zatem przedmiotem ochrony przez ich utajnienie przed innymi podmiotami, również tymi uczestniczącymi w przetargu" (sygn. akt XIX Ga 167/07). Zdaniem Zamawiającego, oczywistym jest, że informacje te nie mogły zostać odtajnione, a zarzut Odwołującego w tym zakresie w całości pozostaje bezzasadny.

Izba dokonała następujących ustaleń:

Przedmiotowe zamówienie zostało podzielone przez Zamawiające na trzy części:

Zadanie 2: Roboty na nawierzchniach betonowych

Zadanie 3: Bezpieczeństwo ruchu drogowego

Zadanie 4: Prace utrzymaniowe.

Szacunkowa wartość zamówienia została określona przez Zamawiającego na kwotę 17 912 766,80 zł, co stanowi równowartość 4 154 455,73 euro, w tym wartość Zadania 4 oszacowano na kwotę 11 755 825,80, co stanowi równowartość 2 726 493,37 euro.

Zamawiający ustanowił w ramach Zadania 4 następujące kryteria oceny ofert:

- cena - 60% = 60 pkt

- aspekt społeczny - 20% = 20 pkt,

- czas reakcji - 20% = 20 pkt.

W ramach Zadania 4 złożone zostały dwie oferty:

- ALSA AA. Strach spółka jawna: cena - 10 121 055,02 zł, aspekt społeczny - 4 osoby, czas reakcji - poniżej 2 godziny.

- wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: A. T. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Budowy Dróg i Mostów ANBUD T. A. oraz A. M. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Ogólnobudowlane A. M.: cena - 11 117 785,50 zł, aspekt społeczny - 4 osoby, czas reakcji - poniżej 1 godziny.

Pismem z dnia 21 maja 2019 r. Zamawiający działając na podstawie art. 91 ust. 1 i 1a pkt 1 i 2 oraz art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, w związku z powzięciem wątpliwości czy zaoferowana cena lub jej istotne części składowe umożliwiają wykonanie zamówienia, w tym zgodnie z obowiązującymi przepisami oraz czy oferta uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w SIWZ, zwrócił się do wykonawcy ALSA o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, w tym złożenie dowodów dotyczących wyliczenia ceny oraz wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty. Zamawiający wskazał, że wartość oferty wykonawcy ALSA (10 121 055,02 zł brutto) jest niższa od szacunkowej wartości zamówienia powiększonej o VAT (14 459 665,73 zł brutto) o 30,005 %. Zamawiający zwrócił się o wyjaśnienie czy oferta wykonawcy ALSA uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, a zaoferowana cena obejmuje całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia, w tym również wszelkie koszty towarzyszące jej wykonaniu. Zamawiający zwrócił się o jednoznaczną i precyzyjną informację na temat wyceny następujących pozycji jednostkowych mających wpływ na cenę ofertową, mając na uwadze m.in. zaangażowanie osobowe, rzeczowe, sprzętowe i finansowe i związane z tym niezbędne do poniesienia koszty robocizny, sprzętu, materiałów, transportu, a także zakładany poziom zysku: poz. nr 6, 28, 29, 41, 43, 63, 75, 79, 80, 82, 90 i 91.

Ponadto, mając na uwadze lokalizację firmy ALSA Zamawiający zwrócił się o wyjaśnienie, w jaki sposób wykonawca zamierza spełnić na etapie realizacji zamówienia zadeklarowany czas reakcji poniżej 1h. Zamawiający zwrócił się o podanie odległości oraz czasu do poszczególnych czynności:

- powiadomienie pracowników grupy patrolowej od momentu zgłoszenia przez dyżurnego PID - okres wykonania czynności (min),

- załadunek niezbędnego sprzętu i materiałów dla zabezpieczenia tego zdarzenia - okres wykonania czynności (min),

- dojazd od miejsca zbiórki grupy patrolowej przez pracowników (minimum dwóch pracowników) - okres wykonania czynności (min),

- od miejsca zamieszkania/przebywania pracowników patrolu od miejsca faktycznego garażowania patrolu drogowego - odległość (km),

- od miejsca faktycznego garażowania patrolu od miejsca składowania sprzętu i materiałów niezbędnych do zabezpieczenia zdarzeń drogowych - odległość (km),

- od miejsca faktycznego garażowania patrolu od miejsca zgłoszonego zdarzenia drogowego np. wypadek na dk 3 Jakuszyce - odległość (km),

- od miejsca faktycznego garażowania patrolu od miejsca zgłoszonego zdarzenia drogowego np. wypadek na A 18; zablokowana jest jezdnia północna drogi nr 18. Dojazd możliwy tylko drogami alternatywnymi z uwagi na zablokowaną jezdnię północną DK nr 18 od węzła Golnice.

Wykonawca ALSA złożył wyjaśnienia pismem z dnia 28 maja 2019 r. dołączając do niego stosowne dowody i zastrzegł treść pisma wraz z załącznikami jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

Pismem z dnia 1 lipca 2019 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy ALSA. Zamawiający wskazał, że ofercie tej przyznano na podstawie kryteriów oceny ofert 100 pkt, w tym w kryterium cena 60 pkt, w kryterium aspekt społeczny 20 pkt, w kryterium czas reakcji 20 pkt.

Pismem z dnia 4 lipca 2019 r. Zamawiający poinformował wykonawcę ALSA o dokonaniu weryfikacji zasadności zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji i dokumentów przedstawionych w piśmie z dnia 28 maja 2019 r. Zamawiający uznał, że część informacji zawartych w ww. piśmie nie spełnia przesłanek zawartych w definicji tajemnicy przedsiębiorstwa, a co za tym idzie, Zamawiający postanowił ujawnić takie informacje. Zakres zastrzeżenia jako tajemnica przedsiębiorstwa, które Zamawiający uznał za zasadne, został przekazany w załączniku do pisma Zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy wymieniony w treści uzasadnienia, jak również stanowiska stron i uczestnika 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 go tym samym na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody. Izba nie podzieliła poglądu wyrażonego przez Zamawiającego i wykonawcę ALSA, że Odwołujący nie posiada interesu we wniesieniu odwołania, bowiem oferta Odwołującego wypełnia przesłanki odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp w związku z nieprzedłożeniem przez Odwołującego zgody na przedłużenie terminu związania ofertą. Jak wynika ze stanowisk prezentowanych przez strony na rozprawie, skuteczność przedłużenia przez Odwołującego terminu związania ofertą pozostaje sporna. Odwołujący na rozprawie argumentował, że forma, w jakiej złożył oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą jest prawidłowa i zgodna z wymaganiami Zamawiającego. Zamawiający zaś twierdził, że na skutek sposobu, w jaki Odwołujący złożył oświadczenie, nie doszło do przedłużenia terminu związania ofertą. Zamawiający nie podjął jednak czynności odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp. Mając powyższe na uwadze Izba stwierdziła, że w okolicznościach przedmiotowej sprawy rozstrzygnięcie o skuteczności przedłużenia przez Odwołującego terminu związania ofertą w toku obecnie prowadzonego postępowania odwoławczego odebrałoby Zamawiającemu możliwość dokonania oceny oferty Odwołującego pod kątem podstaw do jej odrzucenia, zaś Odwołującemu możliwość ewentualnego zaskarżenia takiej czynności i dowodzenia swoich racji.

Rozpoznając odwołanie w granicach podniesionych zarzutów Izba uznała, że nie zaistniały podstawy do jego uwzględnienia.

Izba nie przychyliła się do wniosku wykonawcy ALSA o nieprocedowanie zarzutów odnoszących się do kwestionowanych pozycji, tak tych, co do których Zamawiający wdrożył procedurę o wyjaśnienie, jak i dodatkowych, z uwagi na nie podniesienie przez Odwołującego zarzutu naruszenia art. 90 ustawy Pzp. Zdaniem wykonawcy ALSA, ww. okoliczność eliminuje skuteczność podniesionego zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Izba stwierdziła, że pomimo nie wskazania art. 90 ustawy Pzp wśród podstaw prawnych, należy uznać, że Odwołujący zaskarżył także czynność nieprawidłowej oceny przez Zamawiającego wyjaśnień złożonych przez wykonawcę ALSA, co wynika już choćby z wymienionych na 2 stronie odwołania czynności, które Odwołujący wskazał jako niezgodne z przepisami ustawy Pzp, jak też z twierdzeń zawartych na stronie 6 odwołania, gdzie Odwołujący wyraził przekonanie, że ALSA nie przekazała całościowych, kompletnych wyjaśnień wraz z dowodami, nie udowodniła, że cena jest odpowiednia, oraz że można za taką cenę wykonać zamówienie. Brak jest zatem podstaw do nie rozpoznawania zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Nie potwierdził się zarzut dotyczący zaoferowania przez wykonawcę ALSA rażąco niskiej ceny. Izba stwierdziła, że wykonawca ALSA w złożonych w dniu 28 maja 2019 r. wyjaśnieniach wykazał, że zaoferowana przez tego wykonawcę cena jest realna i pozwala na prawidłową realizację zamówienia. Dokonując oceny zasadności przedmiotowego zarzutu Izba oparła się na pełnej treści wyjaśnień złożonych przez wykonawcę ALSA wraz ze złożonymi dowodami, jednak z uwagi na częściowe ich zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa, które Izba uznała za skuteczne, w uzasadnieniu Izba odniesie się jedynie do informacji, które pozostają jawne.

Wskazać należy, że pojęcie rażąco niskiej ceny nie zostało w ustawie Pzp zdefiniowane, jednak zarówno w doktrynie, jak i w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i sądów okręgowych utrwalony został pogląd, że cena rażąco niska, o której mowa w art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp to cena nierealistyczna, nieadekwatna do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia. O zjawisku rażąco niskiej ceny można mówić wtedy, gdy cena w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego wartości, a różnica ta nie będzie uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi wykonawcy bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, zamówienie to wykonać. W sytuacji powzięcia przez Zamawiającego wątpliwości co do wysokości zaoferowanej przez wykonawcę ceny, to na wykonawcy, zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, spoczywa ciężar wykazania, że zaoferowana cena nie posiada znamion rażąco niskiej ceny. Wykonawca został ustawowo zobowiązany do wykazania, że możliwe i realne jest wykonanie zamówienia za zaoferowaną cenę. Wykonawca zobowiązany jest przy tym do złożenia wyjaśnień odpowiednio umotywowanych, przekonujących, że zaproponowana cena nie ma charakteru rażąco niskiej. Ocena, czy wykonawca udźwignął ten obowiązek, nie może być dokonywana schematycznie, musi uwzględniać treść wezwania do złożenia wyjaśnień i sposób jego realizacji.

Izba zważyła, że wykonawca ALSA odpowiadając na wezwanie Zamawiającego przekazał pełne, szczegółowe wyjaśnienia dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, odniósł się do wszystkich pytań Zamawiającego, oraz złożył stosowne dowody na poparcie swoich twierdzeń. Izba miała na względzie, że wysokość wynagrodzeń pracowników zatrudnionych przez wykonawcę ALSA jest zgodna z przepisami prawa, na co wykonawca ten złożył dowód w postaci listy płac. Izba miała również na uwadze opisaną przez wykonawcę ALSA organizację pracy opartą m.in. o pracę brygad patrolowo-interwencyjnych, która pozwala nie tylko na szybką reakcję, ale także na zaoszczędzenie kosztów. Okolicznością, która nie pozostaje bez znaczenia jest także działalność wykonawcy ALSA na określonym terytorium, co wiąże się ze znajomością uwarunkowań lokalnych i możliwością korzystania z lokalnych zasobów. Na uwagę zasługuje też realizacja przez wykonawcę ALSA kontraktów w kilku rejonach administrowanych przez GDDKiA Oddział Wrocław i zastosowanie centralnej polityki zakupowej na rzecz owych kontraktów, co ma wpływ na pozyskanie wysokich rabatów, które zostały wykazane przez wykonawcę ALSA w toku rozprawy przez okazanie umów z firmą Husqvarna Poland Sp. z o. o. i Aries Power Equipment Sp. z o.o., a także wyciągu z warunków handlowych Dilera Złotego firmy Husqvarna. Izba nie znalazła przy tym uzasadnienia dla twierdzeń Odwołującego o manipulacji ceną przez wykonawcę ALSA czy też o eliminacji innych wykonawców z rynku przez korzystanie z przyznanych wykonawcy ALSA rabatów. Owe rabaty zostały wypracowane przez wykonawcę ALSA w toku budowania pozycji tego wykonawcy na rynku, stanowią dowód na ścisłą współpracę pomiędzy kontrahentami, zatem odbieranie wykonawcy możliwości korzystania z nich przy kalkulacji i realizacji zamówienia byłoby pozbawione podstaw. Różnice w wysokości rabatów przyznanych poszczególnym podmiotom stanowią element polityki cenowej i są efektem rzeczywistej konkurencji na

rynku. Wypracowanie takich rabatów jest dostępne dla innych wykonawców w toku prowadzonej przez nich działalności. Okolicznością, która ma niewątpliwie wpływ na wysokość zaoferowanej ceny jest także posiadanie przez wykonawcę ALSA własnego, zamortyzowanego sprzętu. Izba zauważyła także, że wykonawca ALSA wskazał na oczekiwany poziom zysku. Izba zważyła, że argumentacja wykonawcy ALSA zawarta w wyjaśnieniach z dnia 28 maja 2019 r. została poparta szczegółową kalkulacją w zakresie, w jakim o to prosił Zamawiający, jak też dowodami w postaci ofert kontrahentów, z którymi współpracuje wykonawca ALSA. Ponadto, w toku postępowania odwoławczego wykonawca ALSA złożył m.in. wykaz środków trwałych, ofertę firmy Przedsiębiorstwo Usługowo Mechaniczne PUMA Ł. N., firmy Zakład Usługowo Transportowy Z. N., ofertę firmy „Partner KP PK" K. P., oraz ofertę firmy WKOS Poznań Sp. z o.o.

Izba miała na uwadze, że argumentacja prezentowana przez Odwołującego została oparta na kalkulacji własnej Odwołującego i na przyjętej w firmie Odwołującego organizacji pracy. Odwołujący nie wziął pod uwagę opisanych powyżej okoliczności warunkujących kalkulację ceny przez wykonawcę ALSA, w tym np. organizacji pracy nie opartej o bazę w Kunicach, czy posiadania własnego, zamortyzowanego sprzętu. Nieuprawnionego zaniżenia przez wykonawcę ALSA zaoferowanej ceny nie dowodzą też załączone do odwołania oraz złożone na rozprawie oferty firmy „ASTRA" M. A., firmy EKO-DRÓG Ł. J., firmy Usługi Budowlane Z. P., firmy BED-BUD Firma Budowlana D. M., firmy Transport Drogowy Ciężarowy Budowa i Remont Dróg, Eksport-Import J. P., firmy Zakład Usługowo-Handlowy D. U., firmy PHU „EKOBUD" J. G., oraz firmy Transport Ciężarowy E. K., jako że nie są one kierowane do wykonawcy ALSA, oparte na współpracy firm składających oferty z wykonawcą ALSA, a ponadto, zostały przygotowane po otwarciu ofert w przedmiotowym postępowaniu, co może nie pozostawać bez wpływu na wysokość oferowanych cen i wskazuje na ich przygotowanie wyłącznie na użytek przedmiotowego postępowania odwoławczego. Złożone przez Odwołującego oferty skierowane do Odwołującego w żaden sposób nie dowodzą, że wykonawca ALSA nie mógł pozyskać korzystniejszych cen od swoich kontrahentów, bądź że nie jest w stanie w sposób bardziej ekonomiczny zrealizować zamówienia.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że brak jest podstaw do uznania, że wykonawca ALSA zaoferował rażąco niską cenę. Za wystarczające dla stwierdzenia realności zaoferowanej przez wykonawcę ceny i udowodnione Izba uznała wyjaśnienia złożone przez tego wykonawcę w dniu 28 maja 2019 r. Z uwagi na powyższe, nie znalazły potwierdzenia zarzuty oparte na twierdzeniu o zaniżeniu przez wykonawcę ALSA zaoferowanej ceny, w tym zarzut dopuszczenia się przez wykonawcę ALSA czynu nieuczciwej konkurencji, zaoferowania ceny poniżej kosztów wytworzenia, wyeliminowania, ograniczenia konkurencji.

Za niezasadne Izba uznała także zarzuty oparte na ocenie przez Zamawiającego złożonej przez wykonawcę ALSA deklaracji czasu reakcji do 1 godziny.

W pkt 19.1.4. Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia Zamawiający określił, że w ramach kryterium „Czas reakcji" punkty zostaną przyznane w skalo punktowej od 0 do 20 na podstawie oferty wykonawcy - Formularz „Kryteria poza cenowe". Przedmiotowe kryterium miało być rozpatrywane na podstawie zadeklarowanego czasu dojazdu na wskazane w zgłoszeniu miejsce interwencji. Zamawiający postanowił, że wykonawca, który zadeklaruje, że czas dojazdu do miejsca zdarzenia wyniesie:

- poniżej 1 godziny - otrzyma 20 pkt.,
- w przedziale od 1 do 2 godzin otrzyma 10 pkt.,
- powyżej 2 godzin otrzyma 0 pkt.

Jak wynika z treści ww. postanowienia specyfikacji, przedmiotowe kryterium miało być rozpatrywane na podstawie zadeklarowanego czasu dojazdu na wskazane w zgłoszeniu miejsce interwencji. Na uwagę zasługuje okoliczność, że w dokumentacji postępowania Zamawiający nie postawił wymogu posiadania bazy zlokalizowanej w określonym miejscu. W tym przedmiocie Zamawiający nie sformułował jakichkolwiek oczekiwań. Z uwagi na powyższe, brak jest podstaw, aby wymagać od wykonawcy, aby posiadał bazę zlokalizowaną w odległości maksymalnie godziny jazdy od miejsca zdarzenia. Nie ma także podstaw, wobec sformułowanej przez Zamawiającego treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, aby wymagać od wykonawcy wykazania się posiadaniem

zapewnień od podmiotów trzecich o możliwości zlokalizowania bazy na konkretnym terenie. Wymóg podejmowania przez wykonawcę konkretnych zobowiązań, czy ponoszenia kosztów przed zawarciem umowy byłby niecelowy i pozbawiony racjonalności.

Izba stwierdziła, że przyjęta przez wykonawcę ALSA, opisana w wyjaśnieniach z dnia 28 maja 2019 r., organizacja pracy jest dopuszczona postanowieniami Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, jako że Zamawiający nie sformułował wymagań w tym zakresie. Wyjaśnienia wskazują na to, że wykonawca ALSA przeanalizował warunki realizacji zamówienia, zaplanował sposób, w jaki wykona zamówienie oraz warunki lokalizacyjne, a złożona deklaracja co do czasu reakcji nie jest gołosłowna.

Ponadto, Izba stwierdziła, że Odwołujący, na którym spoczywał ciężar dowodu, nie wykazał, że deklaracja złożona przez wykonawcę ALSA jest nieprawdziwa. Odwołujący oparł się na twierdzeniu, że wykonawca ALSA nie posiada bazy w określonej lokalizacji. Odwołujący nie wykazał jednak, że inna organizacja pracy nie pozwoli na zrealizowanie zadeklarowanego przez wykonawcę ALSA czasu dojazdu.

Wobec powyższego, Izba nie znalazła podstaw do twierdzenia, że wykonawca ALSA złożył nieprawdziwe deklaracje, działał w celu utrudnienia czy wyeliminowania innych wykonawców. Izba stwierdziła, że czynność oceny przez Zamawiającego oferty złożonej przez wykonawcę ALSA w kryterium „Czas reakcji" była prawidłowa, a złożona deklaracja nie stanowi podstawy do wykluczenia wykonawcy z postępowania, bądź odrzucenia złożonej oferty.

Nie potwierdził się także zarzut dotyczący nie odtajnienia dokumentów złożonych przez wykonawcę ALSA. Izba zważyła, że Odwołujący ani w treści odwołania, ani też na rozprawie nie podjął argumentacji popierającej zasadność przedmiotowego zarzutu. Izba uznała, że analiza zasadności zastrzeżenia wyjaśnień złożonych przez wykonawcę ALSA w dniu 28 maja 2019 r. dokonana przez Zamawiającego była prawidłowa. Zamawiający ujawnił i przekazał Odwołującemu informacje, które nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa i co do których zastrzeżenie było nieskuteczne. Pozostałe informacje, dotyczące szczegółowej kalkulacji kosztów zamówienia, jak też indywidualnej organizacji pracy przy wykonywaniu przedmiotu zamówienia, która ma wpływ na obniżenie kosztów, posiadają w ocenie Izby, wartość gospodarczą, mają walor tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a co za tym idzie, zasługują na ochronę w myśl art. 8 ust. 3 ustawy Pzp. Ponadto, Izba nie przychyliła się do stanowiska Odwołującego, że wykonawca ALSA nie wykazał zasadności zastrzeżenia dokumentów. Wykonawca ten na stronie 9 wyjaśnień z dnia 28 maja 2019 r. w sposób rzeczowy wskazał na zagrożenia, jakie niosłoby za sobą ujawnienie informacji zawartych w wyjaśnieniach.

Izba nie uwzględniła wniosków dowodowych zgłoszonych przez Odwołującego w odwołaniu. Odwołujący nie wskazał żadnych okoliczności faktycznych, które miałyby zostać wykazane wnioskowanymi środkami dowodowymi w postaci zeznań świadka czy członków komisji przetargowej. Izba nie była w stanie określić, jakiemu celowi wnioskowane dowody miałyby służyć. Należy ponadto zauważyć, że postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone jest zgodnie z zasadą pisemności (art. 9 ust. 1 ustawy Pzp), zaś komunikacja zamawiającego z wykonawcami odbywa się przy użyciu środków komunikacji elektronicznej (art. 10a ust. 1 ustawy Pzp), a zatem Zamawiający, a co za tym idzie, także Izba dokonujący oceny prawidłowości czynności dokonanych przez Zamawiającego, zobowiązane są opierać się na oświadczeniach i dokumentach złożonych przez wykonawców w toku postępowania w formie zgodnej z przepisami ustawy Pzp oraz postanowieniami dokumentacji postępowania. Izba stwierdziła, że złożone w postępowaniu dokumenty są wystarczające dla rozpoznania stawianych zarzutów, a wnioskowane dowody w postaci przesłuchania w charakterze świadka Ł. J. czy członków komisji przetargowej mogłyby przyczynić się jedynie do przewlekłości postępowania (art. 190 ust. 6 ustawy Pzp).

Izba nie uwzględniła wniosku o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego na okoliczność ustalenia cen rynkowych oraz kosztów wytworzenia usług objętych Zadaniem 4. Badanie realności ceny zaoferowanej przez wykonawcę ALSA w konkretnym postępowaniu o udzielenie zamówienia musi zostać oparte na dostępnych danemu wykonawcy, indywidualnych okolicznościach sprzyjających obniżeniu ceny. Okoliczności takie wykonawca zobowiązany jest wykazać Zamawiającemu w toku badania oferty. Z tego względu, dowód z opinii biegłego powołany w celu ustalenia cen rynkowych, nie uwzględniających ww. indywidualnych okoliczności dostępnych konkretnemu wykonawcy, jest niezdatny do rozstrzygnięcia przedmiotowego sporu. Jak wskazano powyżej, Izba stwierdziła, że złożone w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, oraz

postępowania odwoławczego dokumenty są wystarczające do rozstrzygnięcia sporu.

Z uwagi na powyższe, nie znalazły potwierdzenia zarzuty naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2, 3, 4, art. 7 oraz art. 24 ust. 1 pkt 12, 16 i 17 ustawy Pzp.

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. 3 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 : .....