Sygn. akt: KIO 1574/19

WYROK

z dnia 26 sierpnia 2019 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Poprawa

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 sierpnia 2019 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 sierpnia 2019 roku przez Odwołującego STYLINART Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Przemyślu w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego którym jest Komenda Wojewódzka Policji w Rzeszowie

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego STYLINART Przedsiębiorstwo

   Produkcyjno-Handlowo-Usługowe Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Przemyślu i

   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,

   2.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3.600 zł 00 gr. (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący: .....

Sygn. akt: KIO 1574/19

Uzasadnienie

Zamawiający - Komenda Wojewódzka Policji w Rzeszowie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w przedmiocie „Świadczenie kompleksowych, całodobowych usług w zakresie usuwania, uporządkowania jezdni po zaistniałym zdarzeniu, przemieszczania (z miejsca zdarzenia drogowego), holowania i parkowania na parkingach strzeżonych pojazdów samochodowych" nr postępowania ZP/11/2019, zwane dalej „postępowaniem".

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 24 kwietnia 2019 r. pod numerem 2019/S 080-192040.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.), zwanej dalej „ustawą" lub „Pzp", w trybie przetargu nieograniczonego. Wartość szacunkowa zamówienia przekracza równowartość kwoty 144 000 euro.

W dniu 12 sierpnia 2019 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało wniesione przez wykonawcę STYLINART Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe Sp. z o.o. z siedzibą w Przemyślu (zwanego dalej Odwołującym) odwołanie od czynności Zamawiającego w zakresie zadania nr 10, polegających na:

1) odrzuceniu oferty Odwołującego,

2) zaniechaniu wykluczenia Wykonawcy D. B. SPEED HOL, ul. Grunwaldzka 6/9, 37-700 Przemyśl ewentualnie odrzuceniu jego oferty,

3) wyborze oferty Wykonawcy D. B. SPEED HOL, ul. Grunwaldzka 6/9, 37-700 Przemyśl, jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

1) błędne przyjęcie, iż Zamawiający skutecznie doręczył Odwołującemu wniosek o przedłużenie terminu związania ofertą, z uwagi na brak jasności co do treści tego pisma oraz jego niekompletność, co do którego to pisma Odwołujący nie udzielił odpowiedzi Zamawiającemu, a co w konsekwencji doprowadziło do nieuprawnionego odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7a Pzp,

2) błędne przyjęcie, że Wykonawca, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą w zakresie zadania nr 10 spełnia warunki udziału w postępowaniu, pomimo tego, że pojazd, który Wykonawca ten wskazał jako ten, za pomocą którego będzie on wykonywał zamówienie nie posiada możliwości technicznych do zgodnego z przepisami powszechnie obowiązującego prawa holowania wszystkich pojazdów ciężarowych, na wszystkich rodzajach dróg, na których będzie wykonywane zamówienie, co w konsekwencji doprowadziło do zaniechania wykluczenia tego Wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp,

a ponadto:

3) nieuprawnione przyjęcie oświadczenia Wykonawcy, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą, złożonego w ofercie, które podlegało punktacji, a to oświadczenia, iż czas dojazdu Wykonawcy na miejsce wezwania nie przekroczy 30 min., kiedy z uwagi na siedzibę Wykonawcy, dojazd pojazdu w zadeklarowanym w ofercie czasie do części dróg (najdalej położonych) spowodowałby naruszenie przepisów ustawy z dnia 20 czerwca 1997 r. Prawo o ruchu drogowym (t.j. Dz. U. Z 2018 r., poz. 1990) dotyczących maksymalnych prędkości pojazdów na drogach publicznych,

4) nieuprawnione przyjęcie wyjaśnień Wykonawcy, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą dotyczących rażąco niskiej ceny i uznanie ich za wiarygodne, pomimo tego, że Wykonawca w wyjaśnieniach tych nie uwzględnił wszystkich kosztów wykonania zamówienia, wyliczenia oparł na błędnych założeniach, i drastycznie zaniżył pozostałe koszty wykonania zamówienia, co skutkowało brakiem odrzucenia oferty tego Wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 pzp, a w dalszej kolejności wyborem jako najkorzystniejszej oferty tego Wykonawcy.

Wskazując na powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie

Zamawiającemu:

1) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

2) unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego,

3) wykluczenie Wykonawcy D. B. SPEED HOL z postępowania, ewentualnie odrzucenie oferty tego Wykonawcy

4) ponowną ocenę złożonych ofert.

Ponadto Odwołujący wniósł o zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego oraz o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z:

1) opinii biegłego sądowego SO w Krakowie nt. holowania i parkowania pojazdów, na okoliczność ustalenia czasu dojazdu pojazdu holującego do miejsc, w którym będzie wykonywane zamówienie, a także kosztów' holowania i parkowania,

2) cennika kosztów holowania Miejskiego Przedsiębiorstwa Komunikacji Sp. z o.o. w Kielcach, na okoliczność ustalenia rzeczywistych kosztów holowania pojazdów;

3) kopii faktury VAT wystawionej przez Wykonawcę D. B. SPEED HOL, na okoliczność ustalenia rzeczywistych kosztów holowania pojazdów,

4) oświadczenia (wraz z tłumaczeniem przez tłumacza przysięgłego) kierownika podmiotu świadczącego usługi transportowe co do kosztów i warunków holowania, oferowanych przez Wykonawcę D. B. SPEED HOL, na okoliczność ustalenia możliwości wy konania zamówienia przez tego Wykonawcę oraz kosztów wykonania.

Odwołujący podał, że zawiadomienie o odrzuceniu jego oferty oraz wyborze oferty

Wykonawcy D. B. SPEED HOL otrzymał w dniu 1 sierpnia 2019 r., a tym samym dochował terminu do wniesienia niniejszego odwołania w zw. z treścią art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp i art. 14 ust. 2 Pzp.

Kopia odwołania została zgodnie z dyspozycją art. 180 ust. 5 ustawy Pzp przesłana Zamawiającemu.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał następujący stan faktyczny:

Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego powołując się na treść art. 89 ust. 1 pkt

7a Pzp, uzasadniając to tym, że Odwołujący nie wyraził zgody na przedłużenie terminu związania ofertą. Brak zgody Zamawiający wywodził z braku złożenia na dzień odrzucenia stosownego oświadczenia odwołującego.

Odwołujący podnosi, iż powyższy brak reakcji wynikał z braku przejrzystości pisma

Zamawiającego co do treści wskazanego w nim żądania oraz jego niekompletności, co uniemożliwiło odwołującemu właściwą reakcję na pismo. W szczególności wskazać należy tu, że zamieszczone w treści pisma, na jego końcu zdanie „Przedłużenie terminu związania ofertą jest dopuszczalne tylko z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium albo." wskazuje, że nie jest to pełna treść pisma, jakie miało być skierowane do wykonawców. Świadczy także o tym brak w piśmie wskazania terminu do którego wykonawcy winni złożyć oświadczenia o wyrażeniu zgody na przedłużenie terminu związania ofertą. Wszystkie te okoliczności wskazywały, że wykonawcy mieli prawo założyć, iż przedmiotowe pismo, na skutek błędu technicznego jest nieskuteczne, a Zamawiający wkrótce przedłoży wykonawcom nowe pismo o pełnej i właściwej treści.

Odwołujący wskazuje, że to na Zamawiającym spoczywa obowiązek pełnego i jasnego sprecyzowania treści żądań kierowanych przez niego do wykonawców w ramach prowadzonego postępowania. Treść tych żądań winna w sposób nie budzący wątpliwości wynikać z treści kierowanych do wykonawców pism, a nie być jedynie dorozumiana z kontekstu oświadczenia Zamawiającego. Dlatego też w ocenie Odwołującego pismo

Zamawiającego mające stanowić wniosek o zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą nie może zostać uznane za skuteczne. W konsekwencji również nieprawidłowym było odrzucenie oferty Odwołującego, gdyż warunkiem sine qua non odrzucenia oferty wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7a pzp jest uprzednia odmowa wykonawcy na przedłużenie terminu związania ofertą.

Odwołujący kwestionuje także zasadność wyboru jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy D. B. SPEED HOL wskazując, że Wykonawca ten winien być wykluczony z postępowania lub co najmniej jego oferta winna zostać odrzucona.

W § 5 SIWZ traktującym o warunkach udziału w postępowaniu Zamawiający w części dotyczącej zdolności technicznej i zawodowej wskazał, że warunek ten uzna za spełniony jeżeli wykonawca wykaże, że dysponuje sprzętem transportowym umożliwiającym usunięcie z drogi i zholowanie każdego pojazdu, niezależnie od rodzaju i wielkości powstałych w nim uszkodzeń. Celem wskazania danych pojazdu wykonawca winien przedłożyć Zamawiającemu oświadczenie, jak we wzorze stanowiącym Załącznik nr 1b do SIWZ. Odwołujący podnosi, że wybrany Wykonawca nie spełnia tego warunku. Przedmiotowe zamówienie, zgodnie z SIWZ ma być wykonywane na różnych rodzajach dróg i co do różnych rodzajów pojazdów. Ma to niebagatelne znaczenie dla parametrów pojazdu holującego. Zwrócić należy uwagę chociażby na przewidziane w przepisach ruchu drogowego zakazy co do holowania pojazdów na autostradach. Tymczasem wybrany Wykonawca dysponuje przestarzałym pojazdem holownika, którego urządzenie holujące jest relatywnie krótkie i nie jest w stanie wsunąć swojego ramienia pod przednią oś autobusu lub innego pojazdu z długim wysunięciem nadwozia od osi pojazdu. Urządzenie to o takim wysięgu nie ma również odpowiedniej mocy do podniesienia tego typu pojazdów. Okoliczności te powodują, że pojazd ten nie jest w stanie unieść pojazdów z długim wysunięciem nadwozia celem odholowania. Tymczasem na części dróg, na którym ma być wykonywane zamówienie powyższe jest koniecznością, a to z uwagi na brak możliwości holowania zgodnie z obowiązującymi przepisami na holu sztywnym lub innym. Również w przypadku poważniejszych usterek pojazdu holowanie go bez wysięgnika, na holu sztywnym lub innym może być niemożliwe (np. z uwagi na poważne usterki układu kierowniczego). W takich wypadkach uszkodzony pojazd winien być holowany holownikiem z urządzeniem holującym (tzw. motyl), przy pomocy którego pojazd holowany jest unoszony do góry i dopiero wtedy przewożony (holowany). Wybrany Wykonawca w niektórych przypadkach nie będzie w stanie tego zrobić, z uwagi na brak odpowiedniego pojazdu. O braku spełnienia przez wybranego Wykonawcę tego warunku świadczy również dołączone do niniejszego odwołania oświadczenie przedstawiciela firmy transportowej, który wskazał, iż wybrany Wykonawca świadczył usługę holowania na rzecz tego podmiotu i z uwagi na parametry pojazdu (autobusu), pojazd ten musiał być holowany na holu sztywnym, gdyż

pojazd holujący nie był przystosowany do uniesienia autobusu.

Odwołujący kwestionuje również możliwość spełnienia podanego przez wybranego Wykonawcę warunku dojazdu do miejsca zdarzenia w czasie do 30 minut. Taką deklarację złożył wybrany Wykonawca w ofercie, gdzie parametr czasu dojazdu był punktowany przy ocenie ofert.

W dołączonej do odwołania opinii biegły wyliczył ilość kilometrów i czas dojazdu do różnych punktów na drogach, na których będzie wykonywane zamówienie. Dla powyższego niebagatelne znaczenie ma okoliczność, iż są to różne rodzaje dróg, o różnym natężeniu ruchu, różnej szerokości, a spora część dróg jest drogami krętymi i poprowadzona jest po terenie górzystym. Tymczasem pojazd holujący jest ciężkim samochodem ciężarowym, co w sposób istotny wpływa na prędkość, jaką może on rozwijać na tego typu drogach. Odwołujący wskazuje, że biorąc pod uwagę powyższe okoliczności nie jest możliwym dotarcie do wszystkich miejsc, na których będzie wykonywane zamówienie, w czasie zadeklarowanym przez wybranego Wykonawcę, przynajmniej bez spowodowania zagrożenia bezpieczeństwa ruchu drogowego oraz bez naruszenia przepisów traktujących o dopuszczalnych prędkościach pojazdów na drogach publicznych.

Zamawiający dokonując oceny ofert zupełnie pominął weryfikację tego „parametru", przyjmując go za wiarygodny i prawidłowy. Tymczasem, szczególnie z uwagi na charakter Zamawiającego, winien on zwracać szczególną uwagę na to, by wykonanie zamówienia odbywało się bez naruszenia zasad bezpieczeństwa, w tym w szczególności bez naruszenia przepisów dotyczących ruchu na drogach publicznych.

Wreszcie Odwołujący kwestionuje zasadność przyjęcia oświadczenia wybranego Wykonawcy jako wiarygodnego, a dotyczącego wyjaśnień co do rażąco niskiej ceny.

Wykonawca zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia po cenie blisko trzykrotnie niższej niż wartość szacunkowa określona przez Zamawiającego oraz niż cena drugiego Wykonawcy. O tym, że ceny te odbiegają od cen rynkowych świadczą także dołączone do oferty: opinia biegłego, cennik Miejskiego Przedsiębiorstwa Komunikacji w Kielcach, a nawet kopia faktury wybranego Wykonawcy. Z uwagi na przedmiotową cenę oferty Zamawiający prawidłowo wystąpił do tego wykonawcy o stosowne wyjaśnienia. Nie sposób jednak zgodzić się z decyzją Zamawiającego o przyjęciu za wiarygodne złożonych następnie wyjaśnień Wykonawcy. Trudno te wyjaśnienia uznać za wiarygodne, w szczególności, że nie zawierają one wszystkich kosztów jednostkowych, jakie składają się na ostateczny koszt wykonania usługi, a dalej na cenę oferty.

Zwrócić uwagę należy na fakt, że wybrany Wykonawca wyjaśnił, iż ofertę złożył

po takiej samej cenie jak poprzednio, w oparciu o którą obecnie świadczy usługi holowania. Tymczasem ceny od tamtego czasu znacznie wzrosły, m.in. ceny paliwa, wynagrodzenia pracowników itd. Podobnie jest z kosztami ubezpieczenia (których brak jest w kalkulacji ceny oferty tego Wykonawcy) i utrzymania pojazdu. Zauważyć należy, że wybrany Wykonawca podaje bardzo niskie koszty eksploatacji samochodu. Amortyzacja pojazdu jest bardzo niska z powodu niskiej wartości holownika gdyż jest on bardzo starym pojazdem marki Scania który jest ogromnie wyeksploatowany. Powyższe powoduje jednak, że jego naprawy są częste i z tego powodu kosztowne. Z powodu zużycia holownika wybrany Wykonawca tym pojazdem nie wykonuje jednorazowego holowania zespołu pojazdów tj .ciągnik siodłowy wraz z naczepą tylko holownikiem holuje ciągnik siodłowy a naczepę holuje drugim swoim pojazdem. Przy tym Wykonawca ten przy wyliczeniu podaje tylko koszt paliwa i inne dla jednego pojazdu. Pojazd holujący w takim stanie jak obecnie w okresie obowiązywania umowy, tj. 3 lat niepodważalnie musiałby przejść remont kapitalny, a jest to duży koszt którego nie ujęto w wyjaśnieniu ceny.

Wybrany Wykonawca podaje koszty pośrednie wykonania zamówienia w kwocie 200 zł. Tymczasem usługa dźwigu 1 godz. kosztuje na rynku od 150 zł. Dla ostatecznej ceny pracy dźwigu liczy się czas pracy dźwigu, czas dojazdu, czas odjazdu. Wybrany Wykonawca nie podaje też dokładnych wartości cen ubezpieczenia samochodu, ładunku, naprawy, amortyzacji, eksploatacji, konserwacji tj. oleje, smary, opony. Jeśli Wykonawca tych kosztów nie ponosi to wpływa to negatywnie na jakość usługi tj. awaryjność pojazdu, zagrożenie w ruchu drogowym itd. Wykonawca podał też, że wykonuje wiele usług tego typu dla różnych podmiotów. Tym samym istnieje ryzyko, że nie będzie w stanie realizować wszystkich zadań dwoma osobami (właściciel i osoba do pomocy). Jeśli bowiem Wykonawca realizuje też inne zlecenia i otrzyma zlecenie z przedmiotowego zadania to nie jest w stanie go wykonać w tym czasie, zwłaszcza że podaje w ofercie, iż czas dojazdu jego pojazdu do miejsca zdarzenia wyniesie do 30 tu minut (tymi samymi osobami).

Podnieść także należy, że wybrany Wykonawca robi wycenę w oparciu o trasę Przemyśl

- Medyka - Jarosław - Przemyśl. Zamawiający nie podaje w zamówieniu takich informacji. Za każdym razem może to być całkiem inna trasa np.: Przemyśl - Roztoka k. Kuzminy (42 km)

- Przemyśl (42 km) - Jarosław (30 km) - Przemyśl (30 km), co daje razem 144 km. Tymczasem wybrany Wykonawca oblicza cenę oferty w oparciu o trasę o dł. 90 km.

Biorąc pod uwagę powyższe w ocenie odwołującego nie było zasadnym przyjęcie oświadczenia wybranego Wykonawcy co do ceny oferty, za wiarygodnego. Wyjaśnienia te potwierdziły jedynie, iż cena zaoferowana przez tego Wykonawcą jest rażąco niska. Dlatego też jego oferta winna zostać przez Zamawiającego odrzucona.

Biorąc pod uwagę przedstawione wyżej okoliczności Odwołujący wniósł jak na wstępie.

Pismem z dnia 22 sierpnia 2019 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, oraz oświadczeń i stanowisk Stron złożonych ustnie do protokołu, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 roku, poz. 1986.; dalej: „Pzp”

lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 12 sierpnia 2019 roku wobec czynności Zamawiającego z dnia 1 lipca 2019 r.

Odwołujący przekazał w ustawowym terminie kopię odwołania Zamawiającemu, co zostało potwierdzone na posiedzeniu z udziałem stron.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy - środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów niniejszej ustawy - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie złożoną do akt sprawy, odpowiedź na odwołanie a także stanowiska i oświadczenia Stron złożone ustnie na posiedzeniu i rozprawie, do protokołu.

Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Izba wskazuje, że rozpoznając zarzuty podniesione w odwołaniu ocenia czynności podjęte przez Zamawiającego, odpowiadając na pytanie czy Zamawiający poprzez wykonanie konkretnych czynności w postępowaniu, lub poprzez zaniechanie czynności do których był zobowiązany na podstawie ustawy, naruszył przepisy prawa zamówień

publicznych.

W analizowanym stanie faktycznym w ocenie Izby, Zamawiający nie naruszył przepisów prawa zamówień publicznych w zakresie wskazanym w odwołaniu.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego błędnego przyjęcia, że Zamawiający skutecznie doręczył Odwołującemu wniosek o przedłużenie terminu związania ofertą z uwagi na brak jasności co do treści pisma oraz jego niekompletność, co do którego to pisma Odwołujący nie udzielił odpowiedzi Zamawiającemu, a co w konsekwencji doprowadziło do nieuprawnionego odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7a Pzp, uznać należy zarzut za chybiony.

Zamawiający w dniu 23 lipca 2019 r. za pośrednictwem platformy, na której prowadzone było postępowanie skierował do Odwołującego wezwanie do przedłużenia terminu związania ofertą oraz do przedłużenia ważności wadium. Odwołujący otrzymał wezwanie w dniu 23 lipca 2019 r. co potwierdził, wysyłając powiadomienie o treści: „Potwierdzam odbiór wiadomości”. Tak jednoznaczny komunikat ze strony Odwołującego nie mógł pozostawiać wątpliwości, że wezwanie dotarło do Odwołującego. Odwołujący nie sygnalizował również żadnych wątpliwości w odczytaniu czy właściwym zrozumieniu treści wezwania czy też celu, w jakim zostało skierowane do Odwołującego. Wobec powyższego, kwestionowanie skuteczności doręczenia wniosku o przedłużenie terminu związania ofertą i przedłużenie ważności wadium jest niezrozumiałe. Uzasadnienia nie może również stanowić zawarte na końcu zdania słowo „albo”, nie mające żadnego wpływu na treść wezwania. Analiza treści wezwania nie pozostawia wątpliwości co do celu, w jakim zostało ono skierowanie do Odwołującego oraz co do czynności, które w jego wyniku winien wykonać Odwołujący. Zamawiający przywołał podstawę prawną, właściwą dla wezwania oraz określił okres, na jaki należy przedłużyć termin związania ofertą. Precyzyjna informacja w tym zakresie zawarta była również w paragrafie 14 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej SIWZ). Brak wskazania daty, do której należało wyrazić zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą nie stanowił zdaniem Izby podstawy, aby oczekiwać że Zamawiający skieruje kolejne pismo w tym zakresie, wskazujące taką datę. Odwołujący składając ofertę, oświadczył, że jest nią związany przez okres wskazany w SIWZ (tj. 60 dni od upływu terminu składania ofert), zatem obliczenie końcowego terminu związania ofertą nie mogło stanowić problemu, nawet bez jego wskazania przez Zamawiającego. Ponadto, wskazać należy, że przedłużenie terminu związania ofertą jest również czynnością, którą wykonawcy mogą wykonać samodzielnie, bez wezwania Zamawiającego. Brak skierowania przez Zamawiającego wezwania do wykonawców o przedłużenie terminu związania ofertą i ważności wadium, nie może mieć wpływu na skuteczność złożonego oświadczenia takiego oświadczenia.

Nie można także zgodzić się z twierdzeniem Odwołującego złożonym na rozprawie, że przesianie potwierdzenia o otrzymaniu wezwania należy utożsamiać z wyrażeniem zgody na przedłużenie terminu związania ofertą. Zgoda w tym zakresie musi być jednoznacznie wyrażona, bowiem jej brak stanowi obligatoryjną przesłankę odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7a Pzp. Podkreślenia wymaga, iż warunkiem odrzucenia oferty jest brak zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, a nie jak twierdzi Odwołujący jedynie odmowa wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą. Podstawą odrzucenia oferty wyrażoną w art. 89 ust. 1 pkt. 7a Pzp będzie okoliczność kiedy wykonawca nie złoży żadnego oświadczenia w zakresie przedłużenia terminu związania ofertą, jak też okoliczność, w której złoży oświadczenie że takiej zgody nie wyraża.

Wobec powyższego, w okolicznościach braku wyrażenia przez Odwołującego zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, decyzja Zamawiającego w zakresie odrzucenia oferty Odwołującego była właściwa, co wskazuje na niepotwierdzenie zarzutu stawianego przez Odwołującego.

Odnosząc się do zarzutu błędnego przyjęcia, że Wykonawca którego oferta została uznana za najkorzystniejszą w zakresie zadania nr 10 spełnia warunki udziału w postępowaniu, pomimo tego że pojazd, który Wykonawca ten wskazał jako ten, za pomocą którego będzie on wykonywał zamówienie nie posiada możliwości technicznych do zgodnego z przepisami powszechnie obowiązującego prawa holowania wszystkich pojazdów ciężarowych, na wszystkich rodzajach dróg, na których będzie wykonywane zamówienie, co w konsekwencji doprowadziło do zaniechania wykluczenia tego Wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp, należy uznać go za chybiony.

W treści SIWZ paragraf 5 pkt 3) Zamawiający ustanowił warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej - wskazując, że uzna warunek za spełniony jeżeli Wykonawca wykaże, że dysponuje sprzętem transportowym umożliwiającym usunięcie z drogi i zaholowanie każdego pojazdu niezależnie od rodzaju i wielkości powstałych w nim uszkodzeń. Powyższe, wykonawca którego oferta zostanie najwyżej oceniona winien wykazać poprzez złożenie wykazu pojazdów pomocy drogowej przeznaczonych do świadczenia usług, którego wzór stanowi Załącznik nr 1b do SIWZ. Wykonawca D. B. prowadzący działalność gospodarczą jako Speed Hol D. B. (dalej: D. B. Speed Hol) złożył wykaz pojazdów pomocy drogowej przeznaczonych do świadczenia oferowanych usług, wskazując trzy pojazdy. Przed zawarciem umowy, zgodnie z paragrafem 17 SIWZ wykonawca zobowiązany będzie do złożenia kopii dowodów rejestracyjnych potwierdzających stan zadeklarowany w ofercie. Na tym etapie postępowania, Zamawiający dokonywał oceny wyłącznie na podstawie oświadczenia - wykazu pojazdów, które nie dawało podstaw do wykluczenia wykonawcy, z uwagi na brak spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Izba nie uwzględniła dowodów złożonych przez Odwołującego - korespondencji z poczty elektronicznej prowadzonej ze specjalistą ds. sprzedaży w firmie Tevor, oraz oświadczenia złożonego przez Panią N. P. na okoliczność, że wskazany przez wykonawcę D. B. Speed Hol pojazd marki Skania nie spełnia wymagań technicznych. Izba wskazuje, że z korespondencji mailowej nie wynika, że chodzi dokładnie o pojazd wskazany przez wykonawcę D. B. Speed Hol (nie jest wiadomym jakie informacje zostały podane do opracowania informacji podanych w mailu), natomiast zdarzenie opisane przez P. P. pozostaje bez związku z przedmiotem zamówienia.

Wykonawca złożył oświadczenie - wykaz pojazdów zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, wskazując pojazdy przeznaczone do realizacji zamówienia, oraz oświadczył że są one sprawne technicznie i przystosowanie do holowania pojazdów. Wobec powyższego, Zamawiający nie miał podstaw, aby uznać, że wykonawca nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, w zakresie zdolności zawodowej lub technicznej. Wobec powyższego zarzut nie został udowodniony.

Odnosząc się do zaoferowanego przez wykonawcę D. B. Speed Hol oświadczenia, że czas dojazdu do miejsca zdarzenia nastąpi w ciągu 30 minut liczonych od telefonicznego powiadomienia o zdarzeniu, wskazać należy, że Odwołujący kwestionuje zadeklarowany czas w oparciu o siedzibę wykonawcy. Tymczasem Zamawiający w SIWZ nie wskazywał od jakiego miejsca należy szacować czas dojazdu. To skąd dojedzie wykonawca nie miało dla Zamawiającego znaczenia. Istotne jest, aby w okresie zadeklarowanym w ofercie wykonawca dojechał do miejsca zdarzenia. Zamawiający przedłożył na rozprawie dowody - dyspozycje usunięcia pojazdu zlecane w ramach obecnie realizowanej z wykonawcą D. B. Speed Hol umowy, które potwierdzają realność czasu

zadeklarowanego w ofercie.

Izba nie uwzględniła dowodu z opinii sporządzonej przez rzeczoznawcę inż. M. T., wskazując że jest to opinia sporządzone na zlecenie strony, stanowiąca oświadczenie prywatnej osoby, nie wpływające na ustalenie stanu faktycznego sprawy a wskazane trasy dojazdu zostały przedstawione wybiórczo. Ponadto, wskazane tam cenniki holowania i parkowania, dotyczą cen obowiązujących w innych miastach i nie mają przełożenia na ceny obowiązujące na obszarze objętym przedmiotem zamówienia. Zgodnie z art. 245 Kodeksu postępowania cywilnego dokument prywatny stanowi dowód tego, że osoba, która go podpisała, złożyła oświadczenie zawarte w dokumencie. Dokumenty prywatne nie korzystają z domniemania zgodności z prawdą oświadczeń w nich zawartych, a więc każda osoba mająca w tym interes prawny może stwierdzić i dowodzić, iż treść złożonych oświadczeń nie odpowiada stanowi rzeczywistemu. Dokument taki ma znikomą moc dowodową, jeśli przemawia na rzecz strony, która go sporządziła.

Wobec powyższego zarzut należy uznać za niezasadny.

Odnosząc się do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, Izba wskazuje na stanowisko zawarte w orzecznictwie KIO, (por. wyrok KIO 815/19 z dnia 23 maja 2019 r) w którym Izba wskazała co oznacza „rażąco niska cena". Jak trafnie wskazano w wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z 28 kwietnia 2008 r. (sygn. akt XIX Ga 128/08) przepisy ustawy Pzp nie określają definicji pojęcia rażąco niskiej ceny. Punktem odniesienia do jej określenia jest przedmiot zamówienia i przyjąć można, że cena rażąco niska to taka, która jest nierealistyczna, niewiarygodna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień i ewentualnie innych ofert złożonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Przy braku takiej legalnej definicji „rażąco niskiej ceny" orzecznictwo sądów okręgowych oraz Krajowej Izby Odwoławczej, a wcześniej orzecznictwo arbitrażowe, wypracowało pewne cząstkowe lub opisowe rozumienie tego pojęcia. I tak w wyroku Izby z 28 marca 2013 r. (sygn. akt KIO 592/13) zauważono, że o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Ponadto w wyroku z 4 sierpnia 2011 r. (sygn. akt KIO 1562/11) wskazano, że cena rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego wartości, a rzeczona różnica nie będzie uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi danemu wykonawcy, bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, zamówienie to wykonać. W podsumowaniu stwierdzono, że cena rażąco niska jest ceną nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową, tzn. generalnie niewystępującą na rynku, na którym ceny wyznaczane są m.in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających. Podobnie według powszechnie przywoływanej w doktrynie i orzecznictwie definicji zawartej w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z 30 stycznia 2007 r. (sygn. akt XIX Ga 3/07) o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych. Przykładem może być oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia albo oferowanie usług za symboliczną kwotę. Natomiast Sąd Okręgowy w Krakowie w uzasadnieniu wyroku z 23 kwietnia 2009 r. (sygn. akt XII Ga 88/09) wskazał następujące kryteria określające cenę rażąco niską: odbieganie całkowitej ceny oferty od cen obowiązujących na danym rynku w taki sposób, że nie ma możliwości realizacji zamówienia przy założeniu osiągnięcia zysku; zaoferowanie ceny, której realizacja nie pozwala na utrzymanie rentowności wykonawcy na tym zadaniu; niewiarygodność ceny z powodu oderwania jej od realiów rynkowych.

Ponadto w opinii prawnej Urzędu Zamówień Publicznych dotyczącej ceny rażąco niskiej (opublikowanej w serwisie internetowym UZP) zbieżnie z powyższym wskazano, m.in., że ustawa Pzp wprowadzając możliwość odrzucenia oferty przez Zamawiającego z powodu rażąco niskiej ceny, nie precyzuje jednak tego pojęcia. Nie definiują go również przepisy dyrektyw Unii Europejskiej będące u podstaw przedmiotowej regulacji. Znaczenia tego wyrażenia nie wyjaśnia również orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości. Mając na względzie cel przedmiotowej regulacji wydaje się, iż za ofertę z rażąco niską ceną można uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Oznacza to cenę znacząco odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy, roboty budowlanej.

Przenosząc powyższe rozważania na płaszczyznę przedmiotowego postępowania, wskazać należy że wykonawca D. B. Speed Hol złożył na wezwanie Zamawiającego stosowne wyliczenia, potwierdzające kalkulację zaoferowanej ceny. Odniósł się kosztów paliwa, wskazując koszt kursu z ładunkiem i bez ładunku, wskazał sposób kalkulacji uśrednionej i zryczałtowanej ceny jednostkowej brutto który zawiera w sobie m.in. koszty amortyzacji, eksploatacji i utrzymania pojazdów, ubezpieczenia pojazdu i ładunku, przeglądy techniczne, naprawy, koszt pracy 2 osób po 4 godziny na usługę (w tym wynagrodzenie, składki ZUS, podatki i inne pochodne), koszty pośrednie oraz dochody i wyliczony zysk. Wskazał również, że w związku z realizacją zamówień dla innych Zamawiających może zaoferować tak korzystne ceny w przedmiotowym postępowaniu.

Ponadto, zwrócił uwagę, że w chwili obecnej świadczy podobną do usługi stanowiącej przedmiot niniejszego postępowania usługę dla Zamawiającego i w tym postępowaniu zaoferował cenę w niezmienionej wysokości. Zdaniem Izby potwierdza to, że zaoferowane ceny są realne, możliwe do zaoferowania, wiarygodne i znajdujące potwierdzenie w cenach rynkowych. A zatem nie wpisują się w definicję rażąco niskiej ceny, co wskazuje na niezasadność stawianych zarzutów.

W związku z powyższym, należało orzec jak w sentencji.

O kosztach postępowanie odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz na podstawie § 3 pkt 1) i pkt 2) 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący: .....