

Sygn. akt: KIO 61/14

WYROK

z dnia 29 stycznia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Izabela Kuciak**

Protokolant: **Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 stycznia 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 stycznia 2014 r. przez wykonawcę **ENFOREST Sp. z o.o., ul. Mickiewicza 29, 56-160 Wińsko** w postępowaniu prowadzonym przez **Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Lubin, ul. Spółdzielcza 18, 59-300 Lubin** reprezentujące Skarb Państwa

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **ENFOREST Sp. z o.o., ul. Mickiewicza 29, 56-160 Wińsko** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **ENFOREST Sp. z o.o., ul. Mickiewicza 29, 56-160 Wińsko** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Legnicy.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Umowa ramowa na wykonanie prac z zakresu gospodarki leśnej w 2014-2015 r. w Nadleśnictwie Lubin.”

W niniejszym postępowaniu Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i odrzucenia oferty Odwołującego w ramach części 1 i 4 zamówienia, zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

- 1) art. 90 ust. 1 i 2, polegające na wezwaniu wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie cen jednostkowych, podczas gdy procedura udzielania wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny znajduje zastosowanie jedynie do ceny łącznej a nie poszczególnych cen jednostkowych składających się na nią,
- 2) art. 90 ust. 1 w zw. z pkt 19 ust. 1 SIWZ, polegające na wezwaniu wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie cen jednostkowych, podczas gdy jedyne kryterium wyboru oferty stanowiła cena łączna brutto, natomiast ceny jednostkowe nie miały żadnego wpływu na wybór oferty,
- 3) art. 90 ust. 1 i 2 w zw. art. 7 ust. 1 i 2, polegające na ponawianiu wezwań do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, podczas gdy wykonawca złożył wyczerpujące wyjaśnienia, które potwierdzały, że zaproponowana cena nie nosi znamion rażąco niskiej,
- 4) art. 90 ust. 3 w zw. art. 7 ust. 1, polegające na odrzuceniu oferty wykonawcy ze względu na niezłożenie w terminie wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny, podczas gdy wykonawca złożył w ramach procedury udzielania zamówienia wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny, które potwierdzają brak jej zastosowania,
- 5) art. 7 ust. 1 i 2, polegające na bezpodstawnym, wielokrotnym wzywaniu do składania wyjaśnień przez wykonawcę, celowe nieprzychylenie się do jego wniosków o wydłużenie terminów do złożenia wyjaśnień, jak również braku zastosowania pouczenia o negatywnych konsekwencjach niedotrzymania terminów.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dopuszczenia oferty wykonawcy do procedury udzielania zamówienia, dokonania ponownej oceny ofert i ponownego dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej, ewentualnie w razie zawarcia umowy Odwołujący wniósł o unieważnienia zawartej umowy i nakazanie Zamawiającemu dopuszczenia oferty wykonawcy do procedury udzielania zamówienia, dokonania ponownej oceny ofert i ponownego dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej, a ponadto wniósł o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz wykonawcy kosztów postępowania, w tym kwoty

3.600,00 zł tytułem kosztów ustanowienia pełnomocnika oraz kwoty 17,00 zł, tytułem uiszczonej opłaty skarbowej od udzielonego w sprawie pełnomocnictwa.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Odwołujący wyjaśnił, że złożył ofertę na wykonanie części zamówienia nr 1 o wartości 1.963.830,00 zł oraz części zamówienia nr 4 o wartości 2.006.205,33 zł. Średnia cena zamówienia nr 1 wynosiła ok. 2.005.247 zł, natomiast oferta, którą wybrano opiewała na kwotę 2.010.361,92 zł. Tym samym zaoferowana przez wykonawcę kwota była niższa o 41.417,00 zł od średniej, tj. o ok. 2% oraz niższa o 46.531,92 zł od wybranej ofert, tj. o ok. 2,3%.

Średnia cena zamówienia nr 4 wynosiła 2.117.507,63 zł, natomiast oferta, którą wybrano opiewała na kwotę 2.027.467,86 zł. Tym samym zaoferowana przez wykonawcę kwota była niższa o 111.302,30 zł od średniej, tj. o ok. 5,2% oraz niższa o 21.262,53 zł od wybranej ofert, tj. o ok. 1%.

W ocenie Odwołującego, wskazane dane arytmetyczne nie dają podstaw do podejrzenia, że cena zaoferowana za zamówienie nr 1 i zamówienie nr 4 stanowi cenę rażąco niską. Zaoferowane ceny nie odbiegają znacząco od pozostałych ofert oraz nie odbiegają od cen rynkowych. Oferty zostały złożone przez wykonawcę przy uwzględnieniu wszelkich obiektywnych czynników. Tym samym należy uznać, że nie istniała podstawa do uznania, że zaoferowana cena łączna jest rażąco niska.

Dalej Odwołujący podniósł, że również Zamawiający uznał, że zaoferowane ceny nie są rażąco niskie, gdyż nigdy nie wezwał wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp w zakresie łącznej ceny za zamówienie nr 1 i zamówienie nr 4, a ograniczył się jedynie do wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie poszczególnych cen jednostkowych, składających się na cenę całkowitą. Odwołujący zwrócił uwagę, że orzecznictwo wypracowało na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp jednolite stanowisko, zgodnie z którym punktem wyjścia do rozważań o rażąco niskiej cenie może być tylko cena całkowita oferty, a nie poszczególne ceny jednostkowe czy ceny poszczególnych elementów składających się na cały przedmiot zamówienia (wyrok KIO z dnia 12 sierpnia 2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 963/09). Zatem nie jest możliwe odrzucenie oferty na podstawie rażąco niskiej ceny w sytuacji zakwestionowania tylko niektórych elementów wyceny, czy niektórych pozycji w kosztorysie ofertowym, jeżeli cena całkowita oferty nie odbiega znacząco od wartości zamówienia, cen innych ofert i od cen rynkowych. Tezę tę podtrzymuje też piśmiennictwo.

Zważając na powyższe Odwołujący stwierdza, że Zamawiający może ocenić, czy zachodzi podejrzenie stosowania rażąco niskiej ceny tylko w kontekście ceny całkowitej. Oferta nie może być uznana za rażąco niską, gdy wprowadzie ceny jednostkowe są rażąco niskie, ale cała oferta już takiego charakteru nie posiada. Tym samym Zamawiający nie jest uprawniony do wezwania wykonawcy do składania wyjaśnień w zakresie cen jednostkowych,

gdyż stanowiłoby to nadmierną ingerencję w przeprowadzenie kalkulacji wewnętrznej. W związku z tym na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiającemu nie przysługuje uprawnienie do zobowiązania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny w odniesieniu do cen jednostkowych, podczas gdy cała oferta nie nosi takich znamion. Wezwanie do złożenia takich wyjaśnień stanowi ewidentny przykład bezpodstawnego przypisywania sobie przez Zamawiającego kompetencji, a w konsekwencji takie działanie nie może rodzić negatywnych skutków prawnych dla wykonawcy.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający nie miał prawa do żądania złożenia przez wykonawcę wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp w zakresie ceny jednostkowej składającej się na całe zamówienie. Takie zachowanie jest przykładem uzurpowania sobie dodatkowych praw przez Zamawiającego. W konsekwencji, jako że Zamawiający nie miał prawa wzywać wykonawcy do złożenia tych wyjaśnień, nie miał możliwości odrzucenia na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp oferty ze względu na niezłożenie takich wyjaśnień. Przy czym wyjaśnienia takie zostały prawidłowo złożone.

Punkt 19 ust. 1 SIWZ przedmiotowego zamówienia wskazuje, że jedynym kryterium, którym zamawiający będzie się kierował podczas wyboru ofert będzie cena łączna brutto. Przy czym ust. 3 tego punktu wskazuje, że cena łączna brutto będzie miała wagę 100 %. Zważając na powyższe, w ocenie Odwołującego, Zamawiający miał uprawnienia do badania oferty w kontekście rażąco niskiej ceny wyłącznie w zakresie ceny łącznej brutto, gdyż tylko ona ma istotne znaczenie dla udzielenia zamówienia. Wzywanie wykonawcy do składania wyjaśnień w zakresie cen jednostkowych stanowi bezpodstawne przypisywanie kompetencji przez Zamawiającego. Niezrozumiałym, nieusprawiedliwionym i bezzasadnym pozostaje wzywanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny jednostkowej na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, gdy ta nie ma żadnego wpływu na wybór oferty zgodnie z postanowieniami SIWZ. Tym samym Zamawiający nie miał prawa do wzywania na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie cen jednostkowych, a w konsekwencji nie miał też prawa do odrzucenia oferty na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Wykonawca na skutek wezwania z dnia 18 grudnia 2013 r., pomimo niezgodności z prawem tej czynności, złożył w dniu 20 grudnia 2013 r. stosowne wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny. Wskazał, że uznanie ceny za rażąco niską dokonuje się poprzez ocenę całej ceny a nie cen jednostkowych. Dodatkowo wyjaśnił, że część materiałów została zakupiona przed ogłoszeniem SIWZ oraz zamortyzowana, w związku z tym istnieje możliwość zaoferowania ceny na takim poziomie. Pomimo złożonych wyjaśnień Zamawiający po raz kolejny wezwał wykonawcę do złożenia na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny w odniesieniu do ceny jednostkowej, pomimo posiadania wiedzy, że niemożliwe jest na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp

żądanie takich informacji oraz przedłożenia przez wykonawcę precyzyjnych wyjaśnień. W tym kontekście należy uznać, że żądanie złożenia tych informacji stanowi przykład bezprawnego nękania wykonawcy oraz rodzi podejrzenie, że bezprawne domaganie się złożenia wyjaśnień miało na celu eliminację wykonawcy z przedmiotowego przetargu.

Zgodnie z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeśli wykonawca nie złożył wyjaśnień w kontekście rażąco niskiej ceny. Normy tej nie można rozpatrywać w oderwaniu od całego art. 90 ustawy Pzp, a zatem należy stwierdzić, że do odrzucenia może dojść jedynie w sytuacji, gdy istniała możliwość wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, tj. gdy wezwanie takie było zgodne z prawem. Jako, że w przedmiotowej sprawie Zamawiający zażądał złożenia wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny w zakresie ceny jednostkowej a nie ceny łącznej, nie miał tym samym podstaw do odrzucenia ofert wykonawcy.

Dalej Odwołujący wskazał, że wykonawca złożył wyjaśnienia w dniu 20 grudnia 2013 r., a tym samym brak podstaw do stwierdzenia tego, że wyjaśnienia takie nie zostały złożone. Art. 90 ust. 3 ustawy Pzp stanowi o odrzuceniu oferty w wypadku niezłożenia wyjaśnień, czyli niezłożenia jakichkolwiek wyjaśnień, a nie w sytuacji nie składania kolejnych wyjaśnień. Stan faktyczny pozwalał ocenić, że nie istniały podstawy do odrzucenia oferty na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, a zatem jedyną podstawą odrzucenia oferty był art. 89 ust. 1 ustawy Pzp, lecz żadna z przesłanek wymienionych w tym artykule nie zaistniała. Zdaniem Odwołującego, złożone wyjaśnienia dawały możliwość obiektywnego zbadania, czy cena łączna nosi znamiona rażąco niskiej.

Odwołujący zwrócił uwagę, że Pzp nie obliguje zamawiającego do odrzucenia oferty, jeżeli przed jej odrzuceniem uzyskał wiedzę wskazującą, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, tak jak to miało miejsce w przedmiotowej sprawie, gdzie Zamawiający nigdy nie kwestionował ceny łącznej jako rażąco niskiej, a jedynie wskazywał możliwość wystąpienia takiej sytuacji w stosunku do ceny jednostkowej. Tym samym zamawiający mógł odrzucić ofertę wykonawcy jedynie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, co jednak nie nastąpiło i nastąpić nie mogło, jako że rażąco niskiej ceny nie zaoferowano.

Udzielając przedmiotowego zamówienia doszło do naruszenia zasady równego traktowania. Wykonawca jako jedyny z grona wykonawców był wielokrotnie wzywany do składania wyjaśnień dotyczących cen jednostkowych, pomimo wcześniejszego złożenia wyczerpujących wyjaśnień oraz pomimo braku podstawy w Pzp i SIWZ do żądania takich wyjaśnień. Również wzywanie do złożenia wyjaśnień w okresie przełomu noworocznego, w trakcie przestoju pracy zakładu wykonawcy oraz pomimo wiedzy, że osoby uprawnione do składania oświadczeń w jego imieniu będą na zaplanowanym urlopie stanowi przejaw dyskryminacji i nękania wykonawcy. Pomimo opisanych wyżej informacji, brak przychylenia się do przedłużenia terminu do złożenia wyjaśnień, do których wykonawca został wezwany

pismami z dnia 30 grudnia 2013 r. jest potwierdzeniem działania, którego celem było wykluczenie oferty wykonawcy z przedmiotowego przetargu.

Najbardziej jaskrawym przejawem nierównego traktowania wykonawcy jest wzywanie go do składania wyjaśnień oraz niepouczanie o braku konsekwencji, jakie ich złożenie lub jego brak może nieść za sobą. Wezwania z dnia 30 grudnia 2013 r. nie zawierało pouczenia, że niezłożenie wyjaśnień w terminie spowoduje odrzucenie oferty. Takie zachowanie stanowi przejaw dyskryminacji oraz dążenia do celowego wykluczania wykonawcy. Odwołujący wskazał, że procedura udzielania zamówienia powinien charakteryzować się transparentnością nie tylko dla podmiotów zewnętrznych, ale również transparentne powinno być zachowanie zamawiającego wobec wykonawców biorących udział w procedurze udzielania zamówienia. Brak pouczenia o konsekwencjach wykonania danej czynności jest tego jaskrawym przejawem. Wykonawca, który działa bez profesjonalnego pełnomocnika nie jest zobowiązany do znajomości prawa i konsekwencji swojego działania, taką wiedzę musi posiadać jedynie zamawiający i pouczać o takich konsekwencjach. Prowadzenie działalności gospodarczej nie obliguje podmiotu do pełnej znajomości prawa, gdyż podmiot ten posiada profesjonalną wiedzę jedynie w zakresie wykonywanej działalności. Zarówno wezwanie z dnia 18 grudnia 2013 r., jak i z dnia 30 grudnia 2013 r. nie zawierało takiego pouczenia, a tym samym brak możliwości wyciągania negatywnych konsekwencji wobec wykonawcy w postaci odrzucenia jego oferty.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Pismem z dnia 18 grudnia 2013 r. (doręczonym wykonawcy w tym samym dniu) Zamawiający, w trybie przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień, w zakresie zadania nr 1 i 4, dotyczących elementów oferty (załącznika nr 2 – grodenia nowe [hm]) mających wpływ na wysokość ceny, które zgodnie z SIWZ obejmują następujące czynności i materiały: dowóz materiałów, okorowanie słupków, wkopanie słupków, naciągnięcie siatki na słupki, przybicie okorowanej żerdzi, wykonanie przejść, dostawa słupków, siatki, skobli, gwoździ i żerdzi.

W odpowiedzi (pismo z dnia 20 grudnia 2013 r.) Odwołujący podniósł, że *„Zamawiający konstruując bardzo szeroki przedmiot zamówienia stworzył wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne każdemu z oferentów. Zysk oferenta nie jest oceniany częściowo, ale jako cena łączna brutto podlegająca ocenie, gdzie jedynym kryterium jest najniższa wysokość ceny. Spółka wskazuje, że wyłącznie podlegająca ocenie cena łączna brutto, zarówno nie odbiega rażąco od innych złożonych w postępowaniu ofert, jak i, a co najważniejsze, mieści się w szacunkowej wartości zamówienia przyjętej przez Zamawiającego i nie może wpływać na ocenę jedynego kryterium, czyli „ceny łącznej brutto”, oceny jednego z kilkunastu/kilkudziesięciu elementów oferty. Element oferty*

określony w piśmie z dnia 18.12.2013 r. jest kontrolowany pod kątem zyskowności Spółki poprzez buforowanie znacząco wyższym zyskiem możliwym do uzyskania poprzez pozostałe elementy oferty, a jest ich dwanaście. W związku z tym spółka wyjaśnia, że poszczególne elementy wskazane w ofercie są zdeterminowane konstrukcją SIWZ, ponieważ największy wpływ na zaoferowaną cenę ma stworzona przez Zamawiającego możliwość łączenia częściowych elementów składających się na przedmiot zamówienia tj.: przede wszystkim łączenie transportu, pracowników, ale również dysponowanie własnym materiałem, zakupionym wiele lat przed ogłoszeniem SIWZ, zamortyzowanym. Ponieważ wezwanie do złożenia wyjaśnień z dnia 18.12.2013 r. nie określa co ma zostać wyjaśnione w zakresie wskazanych elementów oferty proszę uprzejmie o precyzyjne wskazanie co dokładnie spółka ma wyjaśnić, a w szczególności w kontekście pkt 16 SIWZ. Zaznaczam, że Zamawiający bezprawnie żąda dowodzenia elementów oferty, podczas gdy nie może tego czynić.”

Pismem z dnia 30 grudnia 2013 r. (doręczonym Odwołującemu w tym samym dniu) Zamawiający, w trybie przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał Odwołującego w zakresie zadania nr 4, „w związku z niezadowalającą odpowiedzią na zapytanie Nadleśnictwa Lubin co do rażąco niskiej ceny” do złożenia wyjaśnień co do elementów kalkulacyjnych ceny godzeń nowych, według określonego wzoru. Odpowiedzi należało udzielić do dnia 3 stycznia 2014 r.

W odpowiedzi (pismo z dnia 3 stycznia 2014 r.) Odwołujący wniósł o przedłużenie terminu do złożenia wyjaśnień w odniesieniu do części 1 zamówienia, który został wyznaczony w piśmie z dnia 30 grudnia 2013 r. Odwołujący wskazał, że wyznaczenie terminu minimum trzech dni roboczych do złożenia wyjaśnień pozwala na zachowanie standardów udzielania zamówień publicznych i gwarantuje realną możliwość wykonania zobowiązań przez Wykonawcę oraz pozwala na zachowanie transparentności postępowania. Odwołujący zwrócił uwagę, że wezwanie zostało wysłane w dniu 30 grudnia 2013 r. po godzinach pracy Odwołującego oraz, że osoby uprawnione do składania oświadczeń wiedzy i woli w imieniu Odwołującego przebywają do dnia 1 stycznia na zaplanowanym urlopie wypoczynkowym. Jednocześnie Odwołujący podniósł, że w tak krótkim terminie nie jest w stanie złożyć właściwie przygotowanych wyjaśnień.

Pismem z dnia 3 stycznia 2014 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej i odrzuceniu oferty Odwołującego, na podstawie przepisu art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, wskazując, że „Oferent nie złożył wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny oferty w wyznaczonym terminie przez Zamawiającego.”

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Przepis art. 180 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy. Z kolei przepis art. 182 ustawy Pzp reguluje terminy na wniesienie odwołania. Dochowanie terminu na wniesienie odwołania stanowi przesłankę procesową, w tym znaczeniu, iż wniesienie odwołania po terminie każdorazowo skutkuje jego odrzuceniem na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. W orzecznictwie przyjęto, że jeśli przedmiotem odwołania są zarzuty, które dotyczą czynności, które mogłyby stanowić samodzielną podstawę do wniesienia odwołania we wcześniejszym terminie to w tej sytuacji mamy do czynienia ze zgłoszeniem zarzutów po terminie i z tych względów nie podlegają one rozpoznaniu przez Izbę. Przyjęcie odmiennego stanowiska prowadziłoby do wykładni *contra legem* przepisu art. 180 ust. 1 w zw. z art. 182 ust. 1 -3 i art. 189 ust. 3 ustawy Pzp, bowiem pozwalałoby w istocie na obejście prawa.

W tej sytuacji niezwykle ważne jest ustalenie terminów do wnoszenia odwołań względem określonych czynności. Zgodnie z postanowieniami art. 182 ust. 1 ustawy Pzp na czynność zamawiającego stanowiącą podstawę do wniesienia odwołania, o której zamawiający informuje, odwołanie wnosi się w postępowaniach o wartości równej lub przekraczającej tzw. próg unijny (określony w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8) w terminie 10 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli zostały przesłane w sposób określony w art. 27 ust. 2, czyli faksem lub drogą elektroniczną albo 15 dni, jeżeli zostały przesłane w inny sposób niż faksem lub drogą elektroniczną, zaś w postępowaniach o wartości mniejszej niż tzw. próg unijny (określony w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8) w terminie 5 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli zostały przesłane w sposób określony w art. 27 ust. 2, czyli faksem lub drogą elektroniczną albo 10 dni, jeżeli zostały przesłane w inny sposób niż faksem lub drogą elektroniczną. Wyznaczając przedmiot odwołania, w stosunku do którego obowiązują przedstawione powyżej terminy na wniesienie odwołania, ustawa posługuje się nieprecyzyjnym zwrotem "informacja o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia". Termin ten będzie odnosił się do wszelkich podstaw czynności stanowiących podstawę do wniesienia odwołania, o których zamawiający informuje wykonawców. Będą to zatem: informacja o wynikach postępowaniach, o której mowa w art. 92, czyli informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej, dokonanej punktacji ofert, wykonawcach wykluczonych oraz ofertach odrzuconych, informacja o unieważnieniu postępowania (art. 93 ust. 3), informacja o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i otrzymanych ocenach

spełniania tych warunków w przetargu ograniczonym (art. 51 ust. 1a), negocjacjach z ogłoszeniem czy w dialogu konkurencyjnym.

Zwrócić należy uwagę, że przepis art. 182 ust. 3 ustawy Pzp pełni rolę dopełniającą w stosunku do regulacji przewidzianej w ust. 1 i 2 tego przepisu. Zgodnie z nim odwołanie wobec czynności innych niż określone w ust. 1 i 2 wnosi się w postępowaniach o wartości równej lub przekraczającej tzw. próg unijny (określony w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp) - w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia, zaś w postępowaniach o wartości mniejszej niż tzw. próg unijny (określony w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8) - w terminie 5 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia. Komentowany przepis będzie dotyczył relatywnie niewielu czynności zamawiającego, np. wezwania do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny.

Odnosząc powyższe rozważania do niniejszego stanu faktycznego stwierdzić należy, że odwołanie w zakresie zarzutów dotyczących czynności wezwania do złożenia wyjaśnień nie podlega rozpoznaniu. Nie budzi bowiem wątpliwości, w świetle powyższych rozważań, że przedmiotowa czynność winna być przedmiotem samodzielnego odwołania, zważywszy na terminy zawite, które ograniczają możliwość kwestionowania czynności w czasie i nie podlegają przywróceniu. Pierwsze wezwanie do złożenia wyjaśnień było kierowane do Odwołującego w dniu 18 grudnia 2013 r., zatem termin do wniesienia odwołania wobec przedmiotowej czynności upływał w dniu 28 grudnia 2013 r. Jeśli zaś idzie o ponowne wezwanie z dnia 30 grudnia 2013 r. to w odniesieniu do tej czynności termin do jej kwestionowania upływał w dniu 9 stycznia 2014 r. Z powyższego wynika, iż w niniejszym postępowaniu legalność czynności wezwania do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny nie podlega ocenie, bowiem odwołanie, którego przedmiot stanowią rzeczony czynności zostało wniesione w dniu 15 stycznia 2014 r.

Na marginesie należy jedynie zauważyć, że w odpowiedzi na wezwanie z dnia 18 grudnia 2013 r. Odwołujący w istocie podważał zasadność wezwania do złożenia wyjaśnień, ale nie uczynił tego w formie przewidzianej przepisami prawa (art. 180 ust. 1 ustawy Pzp).

Dodatkowo, także na marginesie, należy zwrócić uwagę, że przepis art. 90 ust. 1 ustawy Pzp nakłada na zamawiającego obowiązek zwrócenia się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Posłużenie się przez ustawodawcę zwrotem „elementy oferty” wskazuje, że zamawiający uprawniony jest do sformułowania zapytań w konkretnym zakresie (przedmiocie), rolą zaś wykonawcy jest wykazanie, również w żądanym aspekcie, że pomimo budzących wątpliwości

zamawiającego np. cen jednostkowych jest w stanie wykonać zamówienie z odpowiednim zyskiem.

W okolicznościach niniejszej sprawy ocenie zatem podlega czynność odrzucenia oferty Odwołującego z powodu niezłożenia wyjaśnień. W pierwszej kolejności zauważyć należy, że w orzecznictwie zarówno Izby, jak i Sądów Okręgowych za utrwalony należy uznać pogląd, że hipotezą normy prawnej zawartej w przepisie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp nie jest objęta jedynie sytuacja, w której wykonawca nie złożył jakichkolwiek wyjaśnień a więc nie odpowiedział na wezwanie, ale również, gdy wyjaśnienia są niepełne albo niedostateczne (wyrok SO w Poznaniu z dnia 4 czerwca 2008 r., sygn. akt: X Ga 127/08). Zatem, sam fakt złożenia wyjaśnień przez Odwołującego w dniu 20 grudnia 2013 r. nie przesądza, że brak podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego. Wykonawca jest bowiem zobowiązany do udzielenia wyjaśnień w zakresie żądanym przez zamawiającego, z uwzględnieniem okoliczności, które zamawiający ma obowiązek brać pod uwagę z mocy przepisu art. 90 ust. 2 ustawy Pzp. Tymczasem Odwołujący poprzestał na lakonicznych wyjaśnieniach, że cena grodzień nowych jest buforowana „*znacząco wyższym zyskiem możliwym do uzyskania przez pozostałe elementy oferty*”. Powyższe należy uznać za niewystarczające dla dokonania oceny w przedmiocie rażąco niskiej ceny, skoro Zamawiający domagał się konkretnych wyjaśnień na temat wyspecyfikowanych materiałów i czynności. Powyższej oceny nie zmienia okoliczność, że wpływ na zaoferowaną cenę, jak wskazał Odwołujący, ma stworzona przez Zamawiającego możliwość łączenia częściowych elementów składających się na przedmiot zamówienia, skoro nie jest to przyczyna dotycząca wyłącznie Odwołującego i jemu właściwa. Za absolutnie nieprzekonujące, wobec niewykazania przedmiotowej okoliczności, należy uznać wyjaśnienia, że Odwołujący na potrzeby niniejszego zamówienia dysponuje materiałami zakupionymi wiele lat przed ogłoszeniem SIWZ. Doświadczenie życiowe wskazuje, że wskazana praktyka nie jest spotykana na rynku, tym bardziej budzi zdziwienie, jeśli dotyczy podmiotu, który nie legitymuje się doświadczeniem w realizacji tego typu czynności. Ponadto, Odwołujący całkowicie pominął koszt robocizny, zaś powołanie się na możliwość „łączenia transportu, pracowników”, wynikającą z SIWZ, należy ocenić jako absolutnie nieuzasadnioną, bowiem stworzoną wszystkim wykonawcom przez to, że została wyartykułowana w SIWZ. W tym kontekście zarzucanie Zamawiającemu, że odstąpił od stosowania przepisu art. 90 ust. 2 ustawy Pzp należy uznać za absolutnie chybione, skoro Odwołujący w istocie nie wykazał, że obiektywne czynniki miały wpływ na kalkulację ceny jego oferty.

Odwołujący nie udzielił odpowiedzi na drugie wezwanie, zatem ocenie podlegała jedynie treść wyjaśnień udzielonych w dniu 20 grudnia 2013 r. Izba podziela stanowisko Zamawiającego, że Odwołujący nie odpowiadając na wyjaśnienia z dnia 30 grudnia 2013 r. i nie udzielając wyjaśnień w zakresie żądanym przez Zamawiającego w wezwaniu z dnia 18

grudnia 2013 r. oraz nie wykazując jednocześnie, że taki sposób skalkulowania ceny oferty nie przesądza o cenie rażąco niskiej, uprawniony był do uznania, że wyjaśnienia są niedostateczne i w konsekwencji można przyjąć, że nie zostały złożone. Zatem uprawnione było zastosowanie przepisu art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

W ocenie Izby, nie znajduje uzasadnienia również zarzut naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 i 2 ustawy Pzp. Co do wielokrotnego wzywiania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny, które to zachowanie Zamawiającego, świadczy zdaniem Odwołującego o naruszeniu zasady równego traktowania wykonawców i nękanii Odwołującego, należy zauważyć, że Zamawiający wzywając Odwołującego po raz drugi do złożenia wyjaśnień w istocie, mimo braku takiego obowiązku, czynił zadość żądaniu Odwołującego w tym przedmiocie. Niezrozumiałe więc jest stanowisko Odwołującego, który domagał się takiego zachowania ze strony Zamawiającego a następnie próbuje je inkryminować. Nie stanowi również przejawu dyskryminacji wystosowanie wezwania do złożenia wyjaśnień i oczekiwanie ich udzielenia w okresie noworocznym. Nie sposób sobie wyobrazić, żeby Zamawiający w toku prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego uwzględniał urlopy wypoczynkowe wykonawców, zawodowy charakter prowadzenia działalności gospodarczej i złożenie oferty w postępowaniu wymaga zapewnienia czynnego w nim udziału. Zbyt krótki termin wyznaczony do złożenia wyjaśnień mógłby być kwestionowany na etapie wezwania. Na marginesie należy jedynie wskazać, że Odwołujący dopatruje się w ustaleniu przedmiotowego terminu nierównego traktowania wykonawców poprzez brak możliwości złożenia wyjaśnień, podczas gdy było to drugie wezwanie w tym przedmiocie i co więcej na żądanie Odwołującego. Z tych przyczyn twierdzenia te należy uznać za absolutnie chybione. Jednocześnie żaden przepis prawa nie nakłada na Zamawiającego obowiązku pouczenia o konsekwencjach niezłożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny, zatem nie sposób w powyższym działaniu dopatrywać się przekroczenia zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. W tym miejscu warto odwołać się do stanowiska SA w Poznaniu, wyrażonego w wyroku z dnia 8 marca 2006 r., sygn. akt: I ACa 1018/05, zgodnie z którym *„należyta staranność dłużnika określana przy uwzględnieniu zawodowego charakteru prowadzonej przez niego działalności gospodarczej uzasadnia zwiększone oczekiwania co do umiejętności, wiedzy, skrupulatności i rzetelności, zapobiegliwości i zdolności przewidywania. Obejmuje także znajomość obowiązującego prawa oraz następstw z niego wynikających w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej”*.

Zarzut naruszenia przepisu art. 7 ust. 2 ustawy Pzp nie poddaje się ocenie wobec niewskazania jakichkolwiek okoliczności faktycznych stanowiących jego uzasadnienie.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), zaliczając do kosztów postępowania odwoławczego wpis od odwołania w wysokości 15.000,00 zł.

Przewodniczący: