

Sygn. akt: KIO 664/13

WYROK
z dnia 3 kwietnia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Paweł Trojan

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 kwietnia 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 marca 2013 r. przez wykonawcę **H..... K.....** prowadząca działalność gospodarczą pod firmą **Zakład Usług Komunalnych H..... K....., ul. Wolności 28a, 42-500 Będzin** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Gmina Sosnowiec, Aleja Zwycięstwa 20, 41-200 Sosnowiec** w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Coroczna konserwacja parków: w dzielnicy Zagórze przy ulicy Braci Mieroszewskich i „Środula” przy ulicy gen. M. Zaruskiego” (znak sprawy WGK.271.01.71.2012)

przy udziale wykonawcy **J..... S.....** prowadząca działalność gospodarczą pod firmą **Urządzenie i Utrzymywanie Terenów Zieleni mgr inż. J..... S....., ul. Nowy Świat 66, 41-706 Ruda Śląska**. zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania w wysokości **15 254 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy dwieście pięćdziesiąt cztery złote i zero groszy) obciąża Odwołującego – **H..... K.....** prowadząca działalność gospodarczą pod firmą **Zakład Usług Komunalnych H..... K.....**,

ul. Wolności 28a, 42-500 Będzin i:

- 1) zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **H..... K.....** prowadząca działalność gospodarczą pod firmą **Zakład Usług Komunalnych H..... K.....**, **ul. Wolności 28a, 42-500 Będzin** tytułem wpisu od odwołania,
- 2) zasądza od wykonawcy **H..... K.....** prowadząca działalność gospodarczą pod firmą **Zakład Usług Komunalnych H..... K.....**, **ul. Wolności 28a, 42-500 Będzin** na rzecz Zamawiającego - **Gmina Sosnowiec, Aleja Zwycięstwa 20, 41-200 Sosnowiec** kwotę w wysokości **254 zł 00 gr** (słownie: dwieście pięćdziesiąt cztery złote i zero groszy) tytułem zwrotu kosztów dojazdu pełnomocnika.

3. Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

Przewodniczący:

.....

U z a s a d n i e

do wyroku z dnia 3 kwietnia 2013 r. w sprawie o sygn. akt KIO 664/13

Zamawiający – Gmina Sosnowiec, Aleja Zwycięstwa 20, 41-200 Sosnowiec prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Coroczna konserwacja parków: w dzielnicy Zagórze przy ulicy Braci Mieroszewskich i „Środula” przy ulicy gen. M. Zaruskiego” (znak sprawy WGK.271.01.71.2012).

Izba ustaliła, iż postępowanie prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego o wartości powyżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 06.11.2012 r. Zamawiający przekazał do publikacji ogłoszenie Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej.

W dniu 09.11.2012 r. ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w suplemencie do Dz. U. Unii Europejskiej pod numerem 2012/S 216-356526.

W dniu 15.03.2013 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej o odrzuceniu oferty złożonej przez Odwołującego.

Odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22.03.2013 r. od niezgodnej z przepisami ustawy czynności Zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzieleni zamówienia polegającej na:

1. Rozstrzygnięciu w/w postępowania niezgodnie z przepisami ustawy.
2. Niezgodnym z przepisami prawa wykluczeniu Odwołującego się z postępowania i uznania za odrzuconego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów prawa, a w szczególności:

1. art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez niezgodne ze stanem faktycznym uznanie, że Odwołujący nie wykazał, czy nie udzielił odpowiedzi na zarzut „rażąco niskiej ceny”;
2. art. 26 ust. 3 ustawy Pzp oraz art. 7.1 i 7.3 ustawy Pzp poprzez nierówne traktowanie oferentów;

Wskazując na powyższe Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. Powtórzenie czynności oceny spełnienia udziału w postępowaniu z uwzględnieniem wniosku Odwołującego jako nie podlegającego wykluczeniu;
2. Powtórzenie czynności oceny ofert;
3. Zasadzenie kosztów postępowania.

W uzasadnieniu odwołania zostało wskazane, iż w dniu 15.03.2013 roku o godz. 14.30 Odwołujący otrzymał fax z nr 322960505 informujący o wyborze najkorzystniejszej oferty nr 3 oraz odrzuceniu oferty nr 8 (oferty Odwołującego).

Biorąc pod uwagę 10-dniowy termin na wniesienie odwołania, zgodnie z ustawą Pzp, który upływa 26.03.2013 roku Odwołujący wskazał, iż odwołanie wniesiono w terminie.

Podniósł, iż Zamawiający zarzuca Odwołującemu rażąco niską cenę, złożenie pisma po terminie oraz nie udzielenie wyjaśnień w sprawie.

Wskazał, iż w dniu 05.02.2013 roku, a nie jak pisze Zamawiający 04.02.2013 roku otrzymał z numeru 322960716 nieczytelny, zdaniem Odwołującego, faks. Faks zawierał 4 strony kolejno ponumerowane, a ponieważ strona 4 była czytelna odpowiedział na nią. Wysyłając pismo nr 15/W/2013 z dnia 08.02.2013 roku pocztą (kserokopia potwierdzenia nadania 6936), które Zamawiający odbiera w dniu 11.02.2013 r. (kserokopia), czyli Zamawiający otrzymuje to pismo w terminie, zdaniem Odwołującego, uznając datę nadania na Poczcie Polskiej jako obowiązującą. Reszta faksu, tj. strona 1 i 2 zawierają czyste pola, czyli wg Odwołującego faks jest nieczytelny.

Odwołujący wskazał, iż najbardziej dziwne jest to, że strona pierwsza posiada nagłówek w postaci nr faksu, z którego została ta kartka wysłana, datę, godzinę oraz nadawcę. Zdaniem Odwołującego skoro nastąpiło porozumienie między dwoma numerami faksowymi to transmisja danych zaczęła się w momencie włożenia kartki - czystej kartki nie zapisanej, ponieważ faks samoczynnie nie zaczyna przesyłać danych.

Odwołujący nadmienił, że postępowanie powyższe zostało ogłoszone z terminem złożenia ofert na dzień 17.12.2012 r., a Zamawiający pierwsze pismo wysłała dnia 05.02.2013 r., czyli po 51 dniach. W dniu 18.02.2013 roku Odwołujący odebrał na poczcie list polecony (nieczytelny faks), na który odpowiedział w dniu 21.02.2013 roku. Zarzut Zamawiającego dotyczy daty odbioru przez niego ww. pisma, tj. 25.02.2013 r., uznając powyższą datę jako nieterminowe dostarczenie.

Odwołujący wskazał, iż polski ustawodawca w Pzp ustanawia tylko i wyłącznie jeden termin dostarczenia, tj. 10-dniowy termin na wniesienie odwołania, a terminy porozumiewania czy zachowania między stronami Zamawiający - Wykonawca reguluje KPA i KC uznając termin dostarczenia pisma adresowego poprzez nadanie w placówce Poczty Polskiej (18.02.2013 - 21.02.2013) w terminie.

Ponadto ustawa o naruszenie dyscypliny finansów publicznych uznaje termin zgodnego z prawem dostarczenia, jeśli pismo zostało złożone w terminie wyznaczonym na odpowiedź (Prawo Pocztowe (Dz. U. poz. 1529) w placówce Poczty Polskiej.

Odwołujący wskazał, iż w ww. piśmie Zamawiający zwrócił się do Odwołującego się o: „Zamawiający, wzywając do złożenia wyjaśnień, żąda aby Wykonawca:

- uzasadnić poszczególne ceny jednostkowe, udokumentował: koszty robocizny (zatrudnienie i wynagrodzenie pracowników przy realizacji zamówienia na poziomie co najmniej minimum socjalnego, biorąc pod uwagę ich wzrost w okresie najbliższych dwóch lat),
- miejsce i koszty składowania nieczystości (biorąc pod uwagę ich wzrost cenowy w okresie najbliższych dwóch lat),
- koszty utrzymania sprzętu (np. paliwo, amortyzacja - biorąc pod uwagę ich wzrost cenowy w okresie najbliższych dwóch lat), a także udokumentował i skalkulował przewidywany zysk i odniósł się do następujących cen pozycji kosztorysowych (Tabela Nr 1) w Pani ofercie: pozycja Nr 3 – 21.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający przypomniał, iż dla zakwalifikowania oferty do dalszego postępowania nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień odpowiednio umotywowanych i udokumentowanych, przekonujących, że zaproponowana oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny”.

Odwołujący przywołał treść art. 90 ustawy Pzp, który w ustępie 2 wskazuje, iż: „Zamawiający oceniając wyjaśnienia bierze pod uwagę „obiektywne czynniki”” itd.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający żąda natomiast szczegółowego biznes planu z określeniem zyskowności, kosztów robocizny, kosztów utrzymania sprzętu, do których, zdaniem Odwołującego, nie jest zobowiązany. Aby jednak odpowiedzieć na wszystkie punkty Zamawiającego Odwołujący wskazał, iż zwrócił się do Zamawiającego, ponieważ Odwołujący nie jesteśmy uprawnieni do określania „średniorocznego współczynnika wzrostu cen jednostkowych” aby to Zamawiający przesłał te współczynniki – czego ten ostatni nie dokonał.

W dalszej części uzasadnienia Odwołujący nadmienił, iż Zamawiający żąda określenia wzrostu w okresie dwóch lat.

Ponadto wskazał, iż zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp „Zamawiający odrzuca ofertę, jeśli zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia”. Zgodnie z Komentarzem Prawo Zamówień Publicznych Dzierżanowski Włodzimierz, Jerzykowski Jarosław, Stachowiak Małgorzata LEX 2010 - skierowanie pytania do wykonawcy jest uprawnione jedynie w sytuacji, gdy rażąco niska cena może być uznana cena całej oferty. Nie jest więc uzasadnione zwracanie się o uzasadnienie kalkulacji poszczególnych cen jednostkowych oferty, nawet jeśli skalkulowano je na bardzo niskim poziomie, ale np. z racji

wyższych cen w innych elementach, taki sposób kalkulacji nie powoduje, że cena oferty jest rażąco niska.

W dalszej części uzasadnienia zostało wskazane, iż zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14.12.2011 r. (KIO 2547/11) Zamawiający zmierzał do wyjaśnienia ceny jedynie pewnego elementu oferty, to nawet takie stwierdzenie, że zaoferowana cena jest rażąco niska (cena jednostkowa) nie może prowadzić do uznania, że cała oferta zawiera rażąco niską cenę.

Podobne stanowisko Krajowa Izba Odwoławcza zajęła w wyroku z dnia 14.10.2011 roku (KIO 2109/11) uznając, iż stwierdzenie rażąco niskiej ceny może nastąpić jedynie w odniesieniu do całości ceny, pomimo, że Wykonawca zastosował stawkę roboczo godziny 4,21 zł, co ustala wynagrodzenie poniżej płacy minimalnej.

Odwołujący przywołał również wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30.07.2010 roku (KIO (UZP 1483/10), w którym Wykonawca zastosował cenę w wysokości 0,01 zł za cały okres zamówienia. Stwierdzenie Krajowej Izby Odwoławczej, iż skalkulowanie ceny poniżej kosztów nie może być utożsamiane z rażąco niską ceną, gdzie ponoszone koszty mogą być rekompensowane dodatkowymi korzyściami ekonomicznymi z innych tytułów.

Przywołał ponadto wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22.10.2010 roku (sygn. akt. KIO 2179/10), w którym zostało wskazane: „Zamawiający nie ma oceniać poprawności wyliczeń dokonanych przez Wykonawcę, ani też poszczególnych składników jakie składają się na cenę oferty, gdyż zgodnie z przyjętą linią orzecniczą KIO i Sądów Okręgowych nie ocenia się poszczególnych cen jednostkowych tylko całą ofertę. Żądanie przez Zamawiającego szczegółowych wyliczeń jest więc żądaniem zbyt daleko idącym, może być także żądaniem nieuprawnionym, gdy Zamawiający nie żądał w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia szczegółowych wyliczeń”. Powyższe stanowisko potwierdza wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 21.06.2010 roku sygn. akt XIX Ga 175/10.

W ocenie Odwołującego przytoczone powyżej wyroki w jednoznaczny sposób określają uprawnienia Zamawiającego czego może żądać i jak powinien traktować cenę rażąco niską dlatego też żądanie przedstawienia kalkulacji jednostkowych do wszystkich cen wymienionych w piśmie Zamawiającego uznajemy za bezprawne.

Odwołujący wniósł o zwrócenie uwagi na różnice jakie są w pismach Zamawiającego: pismo WGK.271.01.71 2013 z dnia 04.02.2013 r. a pismo WGK.271.01.71 2013 z dnia 15.03.2013 r. - cytata: „Wykonawca w tym zakresie nie musiał przedstawiać kalkulacji indywidualnej” - to zdanie jest napisane w piśmie o odrzuceniu oferty, natomiast z pisma pierwszego wynika, że wykonawca ma, w ocenie Odwołującego, przedstawić biznes plan.

Na zakończenie Odwołujący przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej sygn. akt KIO/UZP-203.219/09 pozornie nie dotyczący ww. postępowania, ponieważ dotyczy błędnie zastosowanej stawki VAT co skutkowałoby odrzuceniem oferty. Powyższy wyrok określa, że

do obowiązków Wykonawcy jako wystawcy faktury należy określenie stawki VAT, Zamawiający jest tylko odbiorcą faktury, To samo dotyczy zysku. Organem uprawnionym do kontroli decyzji podatnika w ww. zakresie jest zgodnie z art. 281 § 1 ustawy ordynacja podatkowa organ podatkowy pierwszej instancji. Z kolei uprawnionym do dokonywania interpretacji przepisów prawa podatkowego jest zgodnie z art. 14a ustawy ordynacja podatkowa Minister Finansów, a ponadto zyskowość jest tajemnicą firmy.

Odwołujący na zakończenie przedstawił obiektywne czynniki wpływające na poprawnie skalkulowaną cenę. Wskazał, iż rokiem powstania przedsiębiorstwa jest rok 1990. Posiada na swoim majątku 179 jednostek sprzętowych od samochodów ciężarowych poprzez kosiarki. Dysponuje 12 sztukami kosiarek samojezdnych, które koszą i zbierają o wydajności 9 000 m² / h. Posiada 10 ha kompostownię, która jest wpisana jako instalacja zastępcza na listę Marszałka Województwa pod nr 14, wreszcie mamy podpisane dwie umowy z Urzędem Pracy w Będzinie na prace interwencyjne na okres 6 miesięcy - 7 pracowników, okres 12 miesięcy - 10 pracowników oraz umowę z Urzędem Pracy w Sosnowcu - 2 pracowników.

Izba ustaliła, iż przedmiotem odwołania jest czynność polegająca na odrzuceniu oferty złożonej przez Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, ofertą złożoną w postępowaniu przez Odwołującego oraz korespondencją prowadzoną w toku postępowania pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia, jak również po zapoznaniu się z odwołaniem, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody przez Odwołującego będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności. Wnoszący odwołanie złożył w przedmiotowym postępowaniu najkorzystniejszą ekonomicznie ofertę. W przypadku zaś uwzględnienia odwołania ma on szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności z treści ogłoszenia o zamówieniu, treści SIWZ, oferty złożonej w postępowaniu przez Odwołującego, jak również korespondencji prowadzonej pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie Zamówienia publicznego.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, iż postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego o wartości powyżej kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, iż szacunkowa wartość zamówienia wynosi 746.865,28 zł bez VAT, co stanowi równowartość 43.911,68 euro (Protokół postępowania – druk ZP-PN. Zamawiający przed otwarciem ofert podał kwotę jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w wysokości 637.808,08 zł brutto (protokół nr 1 z otwarcia ofert).

Izba ustaliła, iż w ramach przedmiotowego postępowania Odwołujący złożył ofertę z najniższą ceną wynoszącą 383.075,14 złotych brutto.

Zamawiający pismem z dnia 04.02.2013 r. wezwał Odwołującego na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Powyższe pismo zostało nadane faksem w dniu 05.02.2013 r. oraz przesyłką pocztową, którą Odwołujący odebrał w dniu 18.02.2013 r.

Odwołujący pismem z dnia 08.02.2013 r. wskazał, iż jedno z dostarczonych faksem pism jest w znacznej części nieczytelne a zatem udzielił odpowiedzi jedynie na wezwanie wystosowane na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp.

Odwołujący odpowiedź na wezwanie otrzymane dnia 18.02.2013 r. nadał w placówce pocztowej operatora publicznego w dniu 21.02.2013 r., która to przesyłka dotarła do Zamawiającego w dniu 25.02.2013 r.

Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny pismem z dnia 21.02.2013 r. wskazał, iż wezwanie to jest pozbawione podstaw i ze względu na fakt, że Zamawiający żąda podania szczegółowych elementów kalkulacji narusza ono przepisu ustawy Pzp. Podniósł również, iż takie działania stanowi ewidentne rozszerzenie SIWZ na etapie postępowania i w takich okolicznościach Zamawiający powinien poprosić wszystkich wykonawców o przedstawienie takiej kalkulacji. Podniósł, że żądając przedstawienia wzrostu kosztów robocizny w okresie dwóch najbliższych lat nie przedstawił jednocześnie współczynników wzrostu. Analogicznie Odwołujący odniósł się do wezwania dotyczącego wzrostu kosztów deponowania odpadów i utrzymania sprzętu.

Zamawiający pismem z dnia 15.03.2013 r. poinformował wykonawców, iż za najkorzystniejszą została uznana oferta złożona przez wykonawcę J..... S..... prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Urządzenie i Utrzymanie Terenów Zieleni, ul. Nowy Świat 66, 41-706 Ruda Śląska. Ponadto wskazał, iż oferta Odwołującego (oferta nr 8) została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. W uzasadnieniu podniósł, iż pismo zawierające odpowiedź na wezwanie wpłynęło do Zamawiającego w dniu 25.02.2013 r., zaś Odwołujący potwierdził otrzymanie wezwania w dniu 18.02.2013 r. – a zatem z naruszeniem 3 dniowego terminu określonego w wezwaniu. Wskazał ponadto, iż obowiązkiem Zamawiającego było wezwanie Odwołującego do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Wskazał, iż nie żądał przedstawienia kalkulacji indywidualnej dla wskazanych pozycji, lecz aby wykonawca uzasadnił poszczególne ceny jednostkowe i udokumentował koszty robocizny, miejsce i koszty składowania nieczystości oraz koszty utrzymania sprzętu, a także udokumentował i skalkulował przewidywany zysk i odniósł się do poszczególnych cen kosztorysowych. Zamawiający podniósł, iż wykonawca w udzielonych wyjaśnieniach kwestionuje jedynie samą zasadność wezwania, co spowodowało iż została ona odrzucona ze względu na rażąco niską cenę, gdyż wykonawca złożył pismo po terminie i nie udzielił wyjaśnień.

Na powyższą czynność Odwołujący wniósł odwołanie.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności powyższe ustalenia oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż sformułowane przez Odwołującego zarzuty nie znajdują oparcia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, iż podniesione w treści odwołania zarzuty w postaci art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie korespondują z zaskarżoną przez Odwołującego czynnością. Nie korespondują ponadto z czynnościami przedsięwziętymi przez Zamawiającego w toku postępowania.

Analizując zasadność zarzutu odnoszącego się do czynności Zamawiającego obejmującej odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp Izba wskazuje, iż powyższy zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba wskazuje, iż w istocie podstawę prawną odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego winien stanowić art. 90 ust. 3 ustawy Pzp ze względu na brak złożenia wyjaśnień (brak dochowania terminu oraz brak merytorycznego odniesienia się do wezwania). Jednakże powyższe uchybienie Zamawiającego nie stanowi przedmiotu zaskarżenia w ramach niniejszego odwołania. Ponadto, gdyby stało się przedmiotem zarzutu pozostawałoby bez wpływu na wynik postępowania, gdyż obie czynności, bez względu na ich prawną podstawę odniosłyby analogiczny skutek (oferta Odwołującego w każdym z przypadków zostałaby odrzucona). Można również przychylić się do podniesionej przez Zamawiającego w toku rozprawy tezy, iż doszło do swego rodzaju zbiegu przepisów, zaś sam brak wyjaśnień lub niewystarczające uzasadnienie wysokości ceny wpisują się również w treść hipotezy normy prawnej wyrażonej w art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Przechodząc do istoty sporu Izba wskazuje, iż Odwołujący kwestionuje również w treści odwołania otrzymanie w dniu 05.02.2013 r. czytelnych 4 stron faksu. W ocenie Izby powyższa okoliczność pozostaje bez wpływu na zasadność podniesionego zarzutu, gdyż jednocześnie potwierdził on odebranie przesyłki listowej w dniu 18.02.2013 r. (odbiór wezwania zawartego w piśmie z dnia 04.02.2013 r.). Pismo to, wystosowane na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, zawierało wezwanie do złożenia wyjaśnień w zakresie elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej przez Odwołującego ceny i określało

temu ostatniemu 3 dniowy termin na złożenia wyjaśnień (liczony od dnia otrzymania przedmiotowego pisma).

Z dokumentacji postępowania wynika, iż Odwołujący w dniu 21.02.2013 r. nadał w placówce pocztowej operatora publicznego przesyłkę zawierającą pismo z dnia 21.02.2013 r. (odpowiedź na wezwanie), które zostało dostarczone do siedziby Zamawiającego w dniu 25.02.2013 r. Izba wskazuje, iż samo nadanie pisma w dniu 21.02.2013 r. nie sanuje negatywnych skutków prawnych jakie ustawa Pzp w art. 90 ust. 3 wiąże z brakiem złożenia wyjaśnień w przedmiocie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Ustawa Pzp z faktem nadania pisma w placówce pocztowej operatora publicznego nie wiąże żadnych skutków, gdyż nie zawiera w tym przedmiocie żadnych szczególnych uregulowań. Izba wskazuje, iż niezasadne jest powoływanie się Odwołującego w zakresie doręczeń na przepisy ustawy Kodeks postępowania administracyjnego.

Zgodnie z art. 14 ustawy Pzp do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się ustawy Kodeks cywilny – jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Zgodnie z art. 61 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny oświadczenie woli, które ma być złożone innej osobie, jest złożone z chwilą, gdy doszło do niej w taki sposób, że mogła zapoznać się z jego treścią.

Tym samym powyższe ustalenia wskazują, iż Odwołujący nie przekazał w terminie pisma zawierającego wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny, a ponadto w złożonych z uchybieniem terminu piśmie z dnia 21.02.2013 r. nie zawarł wyjaśnień w tym przedmiocie, lecz jedynie zakwestionował zasadność samego wezwania. Jeżeli Odwołujący uznał, iż wezwanie jest bezzasadne mógł zaskarżyć tą czynność Zamawiającego w drodze środków ochrony prawnej – czego nie uczynił.

Izba wskazuje, iż rolą postępowania odwoławczego jest ocena czynności podmiotu zamawiającego przedsięwziętych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego – nie zaś konwalidacja czynności dokonanych przez wykonawcę. Wszakże wykazywane w toku postępowania odwoławczego okoliczności nie zmieniają faktu, iż Zamawiający na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego miał podstawy do odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego. Prezentowana przed Izbą argumentacja dotycząca zatrudnienia osób w ramach prac interwencyjnych i posiadania własnej kompostowni nie może stanowić podstawy do nadania innego znaczenia zdarzeniom mającym miejsce w przeszłości – jeżeli ustawodawca w ramach normy wyrażonej w art. 90 ust. 3 ustawy Pzp podjęcie decyzji o odrzuceniu oferty ogranicza jedynie do oceny wyjaśnień złożonych przez wykonawcę złożonych na etapie ubiegania się o zamówienie publiczne. W ramach rozpoznawania zarzutów kontroli Izby może podlegać ocena wyjaśnień dokonana przez Zamawiającego, poprawność której nie została podważona przez Odwołującego.

Zamawiający podnoszonych przez Odwołującego w toku rozprawy okoliczności nie brał pod uwagę i nie mógł tego uczynić, gdyż kierując się zasadą jawności i pisemności postępowania wyrażonymi w art. 8 ust. 1 oraz art. 9 ust. 1 ustawy Pzp winien ocenić wyjaśnienia złożone przez wykonawcę w toku postępowania, a nie opierać się na własnej wiedzy.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, iż Zamawiający zasadnie odrzucił ofertę złożoną w postępowaniu przez Odwołującego.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Zgodnie bowiem z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględniła odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Brak potwierdzenia zarzutów wskazanych w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym nie została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono, stosownie do wyniku postępowania, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania z uwzględnieniem postanowień 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 2010 r., Nr 41, poz. 238) w tym w szczególności § 5 ust. 4.

Przewodniczący:

.....

