

Sygn. akt: KIO 1048/16

Wyrok

z dnia 29 czerwca 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolant: Paulina Zielenkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie z udziałem stron dnia 27 czerwca 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 czerwca 2016 r. przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia **K.H. Zakład Usług Komunalnych, ul. Wolności 28A, 42-500 Będzin**

w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Sosnowiec - miasto posiadające prawa powiatu - reprezentowaną przez Prezydenta Miasta, Al. Zwycięstwa 20, 41-200 Sosnowiec**

orzeka:

1. oddala odwołanie.
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia **K.H. Zakład Usług Komunalnych, ul. Wolności 28A, 42-500 Będzin** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **K.H. Zakład Usług Komunalnych, ul. Wolności 28A, 42-500 Będzin** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164) 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:

Uzasadnienie

Zamawiający: Gmina Sosnowiec - Miasto posiadające prawa powiatu, Sosnowiec prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest Pielęgnacja i wycinka drzew na terenie miasta Sosnowca (znak sprawy: WZP.271.1,1.2016)

Odwołujący: H.K., prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą K.H. Zakład Usług Komunalnych w Będzinie, wniósł odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy zaniechań i czynności, których Zamawiający dopuścił się w postępowaniu.

Odwołujący wskazuje, iż następujące czynności i zaniechania czynności Zamawiającego zostały dokonane niezgodnie z przepisami ustawy:

1. odrzucenie 10.06.2016 roku oferty Odwołującego na skutek uznania, iż. (1) Odwołujący nie złożył wyjaśnień co do ceny oferty i jednocześnie:, że (2) oferta zawierała cenę rażąco niską, podczas gdy oferta nie zawierała ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia, zaś Odwołujący złożył w tym zakresie stosowne wyjaśnienia pismami z 11 i 24.05.2016 r. oraz z 8 czerwca 2016 roku,

2. dokonanie w dniu 10 czerwca 2016 roku wyboru oferty złożonej przez wykonawcę p. M.C., prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą SALTUS M.C. z siedzibą w Bytomiu przy ul. Żołnierza Polskiego 5/5, jako najkorzystniejszej, w sytuacji gdy ofertę najkorzystniejszą, złożył Odwołujący,

Postępowaniu Zamawiającego zarzuca:

1. art. 90 ust. 3 PZP w zw. z art. 89 ust. 1 pkt. 4 PZP polegające na odrzuceniu oferty Odwołującego, podczas gdy ta oferta nie zawierała ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia, zaś Odwołujący złożył w tym zakresie stosowne wyjaśnienia,

2. art. 91 ust. 1 PZP polegające na dokonaniu wyboru oferty wykonawcy SALTUS M.C. jako najkorzystniejszej, podczas gdy najkorzystniejszą Ofertę złożył Odwołujący,

3. art. 7 ust. 1 PZP polegające na prowadzeniu postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców poprzez nieprawidłowe wzywanie Odwołującego do składania wyjaśnień co do swojej oferty,

4. art. 92 ust. 1 pkt. 2 PZP w zw. art. 90 ust. 3 PZP oraz art. 89 ust. 1 pkt. 4 PZP polegające na braku wskazania uzasadnienia faktycznego dla uznania, iż wyjaśnienia złożone przez Odwołującego nie wykazały, iż oferta Odwołującego nie zawiera ceny rażąco niskiej.

Wnosi o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia dokonania w dniu 10 czerwca 2016 r. czynności odrzucenia oferty Odwołującego i w konsekwencji
2. unieważnienia dokonania w dniu 10 czerwca 2016 r. czynności wyboru oferty SALTUS M.C. jako najkorzystniejszej w zakresie zamówienia na Pielęgnację i wycinkę drzewną terenie miasta Sosnowca (znak sprawy: WZP271.1.1:2016),
3. dokonania ponownej czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty złożonej przez Odwołującego.

Odwołujący powziął informację o okolicznościach stanowiących podstawę do wniesienia niniejszego odwołania w dniu 10 czerwca 2016 roku.

W dniu 10 czerwca 2016 r. Zamawiający wysłał Odwołującemu pismo z dnia 10 czerwca 2016 r., w którym Zamawiający wskazał, iż oferta Odwołującego została odrzucona w oparciu o art. 90 ust. 3 PZP w zw. z art. 89 ust. 1 pkt. 4 PZP. Jednocześnie Zamawiający dokonał wyboru oferty wykonawcy SALTUS M.C. z Bytomia jako najkorzystniejszej.

Interes Odwołującego doznał uszczerbku, bowiem w razie zgodnego z ustawą działania Zamawiającego oferta Odwołującego nie zostałaby odrzucona i uzyskałaby w konsekwencji najlepszą ocenę i jako najkorzystniejsza byłaby wybrana przez Zamawiającego. Zamawiający dokonując oceny ofert uznał, iż oferta Odwołującego zawiera cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu, zamówienia i odrzucił w dniu 10 czerwca 2016 r. ofertę Odwołującego. W uzasadnieniu odrzucenia Zamawiający wskazał, iż odrzucenie następuje przede wszystkim z uwagi na (1) brak złożenia przez Odwołującego wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 i 3 in principio PZP oraz (2) że Odwołujący nie wykazał, iż cena oferty nie jest rażąco niska.

Z powyższą analizą stanu faktycznego w niniejszej sprawie (brak złożenia wyjaśnień) oraz interpretacją kwestii rażąco niskiej ceny odwołujący się nie zgadza.

Podnosi, iż poważne wątpliwości budzi w realiach niniejszego Postępowania stosowanie przez Zamawiającego procedury określonej w art. 90 PZP, a dotyczącej rażąco niskiej ceny. Przyjęcie, iż oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę wynika tylko i wyłącznie z błędnego oszacowania, (zawyżenia) przez Zamawiającego wartości zamówienia. Zamawiający przyjął, iż wartość zamówienia (bez zamówień uzupełniających) wynosi 394.536,- zł, tymczasem średnia: (arytmetyczna wszystkich ofert to 309 551,15 zł, czyli szacunkowa Wartość przyjęta przez Zamawiającego zawyżona jest o prawie 85 tysięcy złotych, co stanowi zawyżenie o 27,45% w stosunku do wartości rynkowej wyznaczonej przez realnie złożone oferty. Właśnie ta okoliczność zawyżenia szacunkowej wartości powoduje, iż oferta Odwołującego zaczyna spełniać ustawowe przesłanki wskazane w art. 90 ust. 1 PZP (30% poniżej wartości szacunkowej), w sytuacji gdy porównanie oferty

Odwołującego do innych ofert nie wskazuje by oferta Odwołującego wśród tych innych ofert zawierała cenę rażąco niską.

I. zarzut dotyczący nieprawidłowego uznania przez Zamawiającego, iż Odwołujący nie złożył wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 i 3 PZP – zarzut numer 1 i 3

Już w samym uzasadnieniu rozstrzygnięcia z dnia 10.06.2016r. Zamawiający wskazuje, iż pismami z dnia 11 oraz 24 maja 2016 roku Odwołujący złożył obszerne wyjaśnienia co do kalkulacji swoich cen wskazując na okoliczności świadczące o braku rażąco niskiej ceny w swojej ofercie.

Z powyższego względu niezrozumiałe jest podnoszenie przez Zamawiającego, iż Odwołujący nie złożył wyjaśnień, co ma uzasadniać zastosowanie dyspozycji art. 90 ust. 3 in principio PZP

Kwestie braku złożenia przez Odwołującego wyjaśnień, Zamawiający sprowadza tylko do braku odpowiedzi Odwołującego w terminie do 6.06.2016r. na wezwanie Zamawiającego z dnia 25.05.2016r., tym niemniej Zamawiający nie przedstawia całej chronologii zdarzeń, z której jednoznacznie wynika, iż Odwołujący wezwanie Zamawiającego do złożenia wyjaśnień do dnia 06.06.2016r. otrzymał dopiero w dniu 7.06.2016r. czyli już po upływie wyznaczonego terminu. Bezsprzeczne jest, iż pierwotne wezwanie z dnia 25.05.2016r. było nieczytelne. W konsekwencji Zamawiający ponowił to wezwanie za pismem przewodnim datowanym na dzień 31.05.2016r. wyznaczając nowy termin do złożenia wyjaśnień do dnia 06.06.2016r. Tym niemniej wbrew twierdzeniom zawartym w uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu, pismo Zamawiającego z dnia 31.05.2016r. zostało skierowane do Odwołującego jedynie normalną pocztą (listem poleconym) i Odwołujący odebrał je w dniu 07.06.2016r. czyli już po upływie wyznaczonego terminu. Dodatkowo w dniu 04.06.2016r. Odwołujący otrzymał pocztą pismo od Zamawiającego, lecz było to tylko wezwanie z dnia 25.05.2016r. bez pisma przewodniego z dnia 31.05.2016r. wyznaczającego nowy termin.

pismo Zamawiającego z dnia 25 maja 2016 roku wraz z kopertą doręczone w dniu.

Reasumując - o wyznaczeniu terminu na dzień 06.06.2016r. - Odwołujący dowiedział się dopiero w dniu 07.06.2016r. Tym samym oczywistym jest, iż nie mógł w wyznaczonym terminie złożyć wyjaśnień, Jednocześnie Zamawiający w tych okolicznościach był Zobowiązany do uwzględnienia wyjaśnień Odwołującego złożonych w dniu 09.06.2016r. odnoszących się szczegółowo do pytań Zamawiającego z wezwania z dnia 25.05.2016r.

Już sama powyższa okoliczność (brak prawidłowego wzywania Odwołującego do złożenia wyjaśnień i wyciąganie negatywnych konsekwencji dla Odwołującego z sytuacji leżących po stronie Zamawiającego) świadczy o, naruszeniu przez Zamawiającego zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 PZP), co miało istotny wpływ na wynik postępowania, albowiem pomijając pismo Odwołującego z 09.06.2016

Zamawiający niesłusznie uznał, iż jego wezwanie z dnia 25.05.2016r. pozostało bez reakcji Odwołującego.

Podsumowując tę część Odwołania należy wskazać, iż brak było przesłanek dla uznania, iż Odwołujący nie złożył wyjaśnień co do ceny swojej oferty i tym samym zupełnie nieuprawnione (i stanowiące złamanie przepisów prawa) było stosowanie przez Zamawiającego art. 90 ust. 3 in principia PZP, co miało wpływ na wynik Postępowania, albowiem skutkowało odrzuceniem oferty Odwołującego z powołaniem się na brak złożenia wyjaśnień.

II. zarzut dotyczący nieprawidłowego uznania przez Zamawiającego, iż Odwołujący nie wykazał, iż jego oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia (art. 90 ust. 3 PZP) - zarzut numer 1

Wskazano, iż Odwołujący pismami z dnia 11 i 24 maja 2016 roku złożył szczegółowe wyjaśnienia co do kalkulacji swoich cen, ze wskazaniem uzasadnienia okoliczności uzasadniających ich poziom.

Przytaczając najistotniejsze wywody Odwołującego z pisma 11 maja 2016 roku, ponownie wskazuje, iż Odwołujący posiada własną kompostownię stanowiącą wpisana na Listę Marszałka Województwa śląskiego Instalację Regionalną dla Rejonu II. Tym samym całkowicie zredukowane są istotne koszty zagospodarowania odpadów zielonych i biodegradowalnych powstających przy realizacji zlecenia. Mając zaś na uwadze charakter zamówienia (pielęgnacja i wycinka drzew), przy jego realizacji powstają tylko odpady zielone i biodegradowane przekazywane do kompostowni. Dodatkowo Odwołujący z istotnym zyskiem odsprzedaje pozyskane przy realizacji zamówienia drewno (czysty dochód przy uwzględnieniu ceny dla Zamawiającego to 88,64 zł za 1m³) oraz odsprzedaje zrębki po 21,- zł za 1 m³. Tym samym powyższe okoliczności (oszczędności w zakresie zagospodarowania odpadów, dodatkowy zysk przy odsprzedaży drewna i zrębków) mają istotny wpływ na poziom cen wskazanych w ofercie.

Jednocześnie Odwołujący bardzo szczegółowo wskazał kalkulacje wszystkich cen jednostkowych wykazując, iż dla każdej pozycji przewidziane są wszelkie elementy kosztotwórcze. Najistotniejszą zaś kwestią jest fakt, iż Odwołujący wykazał, iż w ramach każdej (sic!) pozycji cen jednostkowych osiąga zysk gwarantujący nie tylko prawidłowe wykonania przedmiotu zamówienia, ale również gwarantujące Odwołującemu godziwy zysk.

W dyspozycji art. 90 ust. 1 PZP jednoznacznie wskazano że niska cena ma budzić wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia. Skoro zaś Odwołujący bezsprzecznie (czego zresztą Zamawiający nie kwestionuje) wykazał, iż w każdej z osobna pozycji cen jednostkowych osiąga zysk, to oczywistym jest, iż nie ma jakichkolwiek wątpliwości, że przedmiot zamówienia może nie został prawidłowo wykonany.

Z niezrozumiałych zatem dla Odwołującego przyczyn Zamawiający rozpoczął polemikę z kalkulacjami Odwołującego co do wybranych pozycji cen jednostkowych ograniczając się praktycznie do jednej pozycji frezowania pni o obwodzie od 151-200cm. Jednocześnie Zamawiający nie oczekiwał wyjaśnień dlaczego inne pozycje są tańsze, lecz żądał wyjaśnień dlaczego ta konkretna pozycja jest droższa (sic!).

Odwołujący oczywiście złożył pismem z dnia 24.05.2016r. szczegółowe wyjaśnienia dotyczące już de facto; nie kwestii „zaniżenia” cen jednostkowych, lecz sposobu kalkulacji (różnicy) poszczególnych cen, która to kalkulacja w sposób oczywisty jest wyłączną kompetencją Odwołującego, co do której zdaje się uzurpować prawo Zamawiający w niniejszym Postępowaniu i w żadnej mierze nie mieści się takie działanie Zamawiającego w dyspozycji art. 90 ust. 1 i 3 PZP.

Przytaczając jedynie, najważniejsze argumenty Odwołującego z pisma z 24.05.2016r. należy wskazać, iż różnica w kalkulacji cen wynika z zastosowania innych maszyn do frezowania pni (o różnych wydajnościach, wymiarach (średnica elementu roboczego z frezami - <j>3'Q do (J)100), przydatności do danych prac i co najistotniejsze różnych kosztach materiałowych i osobowych). Dodatkowo Odwołujący szczegółowo wyprowadził wywód dotyczący .rodzajów gatunków drzew, ich wieku powiązanego z rozmiarem oraz konsekwencji tego wieku i jego wpływie na budowę pnia drzewa przy ziemi - opierając się przy tym m.in. na swoim długoletnim doświadczeniu przy wycince drzew na terenie Sosnowca (Odwołujący wykonywał, poprzednie zamówienie Zamawiającego w latach 2013- 2015, tożsame z niniejszym Postępowaniem) oraz informacjach przekazanych przez Zamawiającego w dniu 19.04.2016 r. w ramach odpowiedzi na pytania wykonawców (pytanie nr 3) z uwzględnieniem listy i lokalizacji drzew do wycięcia. Odwołujący znając lokalizację i gatunki drzew oraz mając bezpośrednie doświadczenie przy wycince i frezowaniu drzew dla Zamawiającego w tożsamych, lokalizacjach, był w stanie, bardzo dobrze oszacować stan tych drzew przy uwzględnianiu nakładu pracy i kosztów dla ich wycinania i frezowania pni.

Dodatkowo fakt, iż Odwołujący przez poprzednie 2 lata wykonywał tożsame zlecenie dla Zamawiającego powoduje, iż Zamawiający bardzo dobrze znał park maszynowy Odwołującego i tym samym pytania Zamawiającego o używane frezarki są całkowicie niezrozumiałe.

Kwestia kolejnego wezwania z 25.05.2016 r. została już omówiona w części I uzasadnienia powyżej, tym niemniej należy wskazać, iż wszystkie dalsze wątpliwości Zamawiającego sprowadzały się do żądania odpowiedzi na pytania co do kalkulacji cen w ujęciu porównawczym do innych cen jednostkowych Odwołującego (innych obwodów przy frezowaniu), a nie do wyjaśnienia rzekomo niskiego poziomu poszczególnych cen jednostkowych, których Zamawiający nigdy w żadnym piśmie nie zakwestionował:

Odpowiedzi na te nieuzasadnione wątpliwości Odwołujący udzielił w piśmie złożonym 9 czerwca 2016 roku, tym niemniej w sposób nieprawidłowy pismo to nie zostało wzięte pod uwagę przez Zamawiającego.

Z powyższej analizy wynika, iż po złożeniu przez Odwołującego pierwszych wyjaśnień i szczegółowej kalkulacji cen przy piśmie z dnia 11 maja 2016 roku, Zamawiający nie był już w ogóle zainteresowany wyjaśnieniem czy rzeczywiście oferta Odwołującego zawiera rażąco niskie ceny jednostkowe, lecz de facto Zamawiający zmierzał do ustalenia w jaki sposób Odwołujący kalkulował zyskowność swojej oferty i z jakiego powodu cena za frezowanie pni o obwodzie 151-200cm jest wyższa od: pozostałych. Takie działania Zamawiającego w żadnej mierze nie mieszczą się w dyspozycji art. 90 ust. 1 i 3 PZP.

Dodatkowo kluczową kwestią jest dokonywanie pogłębionej analizy nie ceny oferty Odwołującego, lecz kilku (a de facto tylko jednej [frezowanie pni o średnicy 151-200cm]) cen jednostkowych z oferty Odwołującego.

Powyższe działanie Zamawiającego jest nieprawidłowe, albowiem Zamawiający powinien oceniać całą cenę ofertę, a nie tylko kilka (de facto jedną) pozycji cen jednostkowych (szerzej wywód prawny poniżej). O nieprawidłowości działania Zamawiającego (wyrwana z całości oferty analiza kilku (jednej) pozycji cenowej) świadczy porównanie tych samych („kwestionowanych” przez Zamawiającego) pozycji z ofertami innych wykonawców. Porównując te „kwestionowane” pozycje dotyczące frezowania pni z ofertą złożoną przez p. J.Ż. (Zakład Usług Czystościowych i Komunalnych z Będzina) winno prowadzić do odnotowania przez Zamawiającego, iż wszystkie „kwestionowane” przez Zamawiającego pozycje cen z oferty Odwołującego są wyższe niż ceny proponowane przez J.Ż.. Trudno zatem wskazywać, iż ceny Odwołującego w „kwestionowanym” przez Zamawiającego zakresie (ceny za frezowanie) są rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Również Sposób kalkulacji cen poszczególnych pozycji (kwestionowana przez Zamawiającego zmienność poszczególnych pozycji) nie może być powodem do uznania, iż oferta Odwołującego zawiera cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia. Każdy z wykonawców kształtuje swoje ceny w sposób autonomiczny przy zachowaniu zasad uczciwej konkurencji. Trudno jest skomentować „zainteresowanie” Zamawiającego sposobem kształtowania cen w poszczególnych pozycjach frezowania pni u Odwołującego i brak tego „zainteresowania” przy ocenie oferty innego wykonawcy, tj. p. Ł.K. (Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe SERWIS ZIELEŃ z Tarnowskich Gór), gdzie ceny te (dotyczące frezowania) są modyfikowane w zupełnie inny sposób i innymi grupami (kryteriami) autonomicznie przyjętymi przez tego wykonawcę, co jest oczywiście: dozwolone, a wręcz naturalne.

Powyższe nieprawidłowości dotyczące dokonywania analizy poszczególnych cen jednostkowych i to nie w ujęciu czy są one rażąco niskie, lecz w ujęciu (jak czyni to Zamawiający) różnic pomiędzy poszczególnymi cenami, wynikają przede wszystkim z nieprawidłowego rozumienia przez Zamawiającego przepisów dotyczących rażąco niskiej ceny.

Należy wskazać, że art. 90 ust. 3 PZP może stanowić podstawę do odrzucenia oferty wykonawcy wyłącznie w sytuacji, gdy cena oferty, to jest całkowita cena oferty jest rażąco niska, nie zaś gdy taka cecha dotyczy cen jednostkowych za poszczególne elementy zamówienia, w oparciu o które obliczona została następnie cena całej oferty.

Zamawiający błędnie uznaje, iż każda z poszczególnych cen jednostkowych jest osobną ceną oferty. Przeczy takiemu stanowisku już sam Zamawiający dokonując łącznej punktacji za wszystkie ceny jednostkowe każdej z ofert sumując je jako iloczyny podanych przez Zamawiającego ilości powtórzeń dla konkretnych cen jednostkowych, oceniając ofertę w sposób łączny, a nie rozdzielny dla poszczególnych cen jednostkowych. Postępowanie prowadzone przez Zamawiającego nie jest postępowaniem (zamówieniem) udzielanym w częściach (już w Rozdziale II SIWZ Zamawiający wskazuje, iż nie dopuszcza ofert częściowych) - a tylko w postępowaniu (zamówieniu) udzielanym w częściach oceny danej oferty dokonuje się osobno dla każdej z części.

Brak było przeto podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego w oparciu o postanowienia art. 90 ust. 3 PZP, dokonując zaś tej czynności Zamawiający niewątpliwie naruszył przywołany przepis ustawy.

Reasumując, z uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego oraz wcześniejszych pism Zamawiającego z 19 i 25 maja 2016 roku nie wynika by Zamawiający po złożeniu przez Odwołującego wyjaśnień w piśmie z dnia 11 maja 2016 roku, miał wątpliwości co do bezwzględnego poziomu poszczególnych cen jednostkowych (tego czy są rażąco niskie), lecz uwaga Zamawiającego skupiła się jedynie na nieuprawnionej próbie ustalania z jakiego powodu Odwołujący tak a nie inaczej skalkulował jedną (sic!) cenę jednostkową - frezowania pni o obwodzie 151-200cm. Co najbardziej istotne - Zamawiający nie miał wątpliwości co do ewentualnego niskiego poziomu tej ceny, lecz chciał wyjaśnienia dlaczego ta cena jest wyższa (sic!) od cen dla pozostałych obwodów pni. Niezrozumiałe jest ustalanie przez Zamawiającego dlaczego poszczególne ceny jednostkowe w autonomicznych kalkulacjach są wyższe niż wg własnych kalkulacji dokonywanych przez Zamawiającego.

III. zarzut braku uzasadnienia faktycznego dla uznania, iż wyjaśnienia Odwołującego nie wykazały, iż oferta Odwołującego nie zawiera ceny rażąco niskiej (art. 92 ust. 1 pkt. 2 PZP) - zarzut numer 4

Niezależnie od wyżej wskazanych okoliczności (tym niemniej jako ich skutek), Zamawiający naruszył przepisy PZP poprzez brak zawarcia w uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego z jakich powodów Zamawiający uznał za niewystarczające wyjaśnienia Odwołującego w zakresie potencjalnej rażąco niskiej ceny oferty Odwołującego. Uzasadnienie faktyczne Zamawiającego poza przytoczeniem chronologii wymiany z Odwołującym pism (i tak niepełnej, co wykazano powyżej), sprowadza się do jednego zdania - Odwołujący „wykazał znacznych różnic cenowych w zastosowanych wyliczeniach cenowych” (s. 5 pisma Zamawiającego z 10 czerwca 2016r.). Trudno takie stwierdzenie uznać za wystarczające i co istotne przekonujące dla uznania, iż Zamawiający uznał że wyjaśnienia Odwołującego potwierdzają, iż oferta Odwołującego rzeczywiście, zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Gdyby nie nieprawidłowe odrzucenie oferty Odwołującego, to właśnie oferta Odwołującego byłaby najkorzystniejsza, albowiem uzyskałaby 99,56 punktów, zaś oferta p. M.C. (przy uwzględnieniu oferty Odwołującego) uzyskałaby 85 punktów.

Odwołujący złożył zatem najkorzystniejszą ofertę. Nadto, jak to zostało już wcześniej wykazane, Odwołujący złożył ważną ofertę, spełniającą wszystkie warunki udziału w postępowaniu.

W tym stanie rzeczy, mając także na względzie omówione wcześniej okoliczności, Zamawiający zobowiązany był dokonać wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, czego jednak nie czyniąc dopuścił się naruszenia art. 91 ust. 1 PZP.

Załączniki: pismo Odwołującego z dnia 11 maja 2016 roku wraz z wezwaniem Zamawiającego z dnia 06.05.2016r., pismo Odwołującego z dnia 24maja 2016 roku wraz z wezwaniem Zamawiającego z dnia 19.05,2016r., pismo Odwołującego z dnia 30.05.2016r. z załączonym nieczytelnym faksem Zamawiającego z dnia 25 maja 2016 roku, pismo: Zamawiającego z dnia 25 maja 2016 roku wraz z kopertą doręczone w dniu 04.06.2016r. wraz z wydrukiem potwierdzenia daty odbioru, pismo Zamawiającego z; dnia 31 maja. 2016 roku wraz z kopertą doręczone w dniu 07.06.2016r. wraz z wydrukiem potwierdzenia daty odbioru, pismo Odwołującego złożone 9.06. 2016 r., dokumentacja fotograficzna obrazująca różnicę pomiędzy frezarkami używanymi przez Odwołującego, odpowiedź Zamawiającego: z 19.04.2016r. na pytania wykonawców wraz z załącznikiem stanowiącym listę drzew do wycięcia, formularz cen jednostkowych z oferty p. J.Ż., formularz cen jednostkowych z oferty p. p. Ł.K..

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Podkreślił, że zaistniały przesłanki do żądania wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, i co zostało potwierdzone w orzecznictwie brak jest przeszkód do

ponownego wzywania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, jeżeli pierwotne wyjaśnienia nie rozwiały wątpliwości zamawiającego z wiązanych z „rażąco niską ceną. Zauważył, że odwołujący nie kwestionował czynności wezwania go do wyjaśnień, jak również zarzutu co do zawyżonego oszacowania przedmiotu zamówienia.

Wskazał, że pismem z 19.05.2016 r. w wyniku wątpliwości związanych z ceną frezowania pni drzew, w szczególności o obwodzie 151-200 cm, wezwał wykonawcę do złożenia kolejnych wyjaśnień. Po analizie odpowiedzi z 24.05.2016 r. wezwał do udzielenia wyjaśnień na szczegółowo sformułowane pytania. Wezwanie skierowano faksem, który, jak się okazało, był nieczytelny. Tę samą treść z nowo wyznaczonym terminem na dzień 6.06.2016 r. zamawiający przekazał pisemnie drogą pocztową oraz pocztą elektroniczną na adres wskazany w ofercie wykonawcy tj. z zastosowanie formy kontaktów przewidzianej w siwz. Zamawiający przedstawił wydruki logów serwera dostawcy usług poczty elektronicznej na potwierdzenie poprawności przekazania wiadomości e-mail.

Zauważył także, że odbiór przesyłki pocztowej przez odwołującego nastąpił dnia 7.06.2016 r. dopiero po awizowaniu tej przesyłki, co może świadczyć o niedochowaniu staranności przy odbieraniu korespondencji i nie może obciążać zamawiającego.

W ocenie zamawiającego dowody przemawiają za stwierdzeniem iż doręczenie pisma nastąpiło dnia 31.05.2016 r., a nie, jak twierdzi odwołujący, dopiero 7.06.2016 r. Zamawiający podjął wszelkie czynności związane z przekazaniem swojego oświadczenia woli (wezwania) za pomocą 3 dopuszczalnych form przekazu.

Stwierdził, że złożone dnia 9.06.2016 r. pismo odwołującego wpłynęło po upływie terminu na złożenie wyjaśnień, który upłynął dnia 6.06.2016 r.

Podkreślił, że wykonawca skutecznie otrzymał wezwania drogą elektroniczną 31.05.2016 r., a odwołujący w sposób nieuprawniony i nieuzasadniony sam wyznaczył sobie termin na złożenie wyjaśnień licząc go od terminu odebrania pisma od operatora dnia 4.06.2016 r.

Wobec przekroczenia terminu zamawiający uznał za uzasadnione zastosowanie art. 90 ust. 3 ustawy pzp.

Zauważył, że odwołujący kwestionuje celowość wzywania go pismami z 25.05. i 31.05. a jednocześnie twierdzi, że wyjaśnienia udzielone dnia 9.06.2016 r. rozwiewały wszelkie wątpliwości zamawiającego.

Wskazał na potrzebę uzyskania dodatkowych wyjaśnień z uwagi na specyfikę zamówienia na pielęgnację i wycinkę drzew, która to usługa będzie realizowana i rozliczana na podstawie cen jednostkowych, co uzasadnia słuszność badania cen za poszczególne rodzaje usług.

W tych okolicznościach stwierdził, że zaistniały podstawy odrzucenia oferty.

Z ostrożności zamawiający odniósł się do argumentacji, że odwołujący nie zaoferował ceny rażąco niskiej.

Zauważył, że złożone wyjaśnienia były ogólnikowe oraz nie zostały poparte materiałem dowodowym i nie przesądzają o możliwości zaoferowania przez odwołującego tak niskiej ceny.

W piśmie z 11.05.2016 r. została przedstawiona kalkulacja z uwzględnieniem poszczególnych składników cenotwórczych np. podnośnik, transport i logistyka, administracja i ornitolog, praca piły itd. Brak jednak argumentacji, która by uprawdopodobniła poszczególne składniki cenotwórcze. Zdaniem zamawiającego fakt posiadania własnej kompostowni w niewystarczający sposób uzasadnia możliwość zaoferowania tak niskiej ceny. W cenie oferty winny być ujęte także koszty związane z prowadzeniem kompostowni.

Dalej zamawiający wskazuje, że odwołujący opierał własną argumentację na fakcie zastosowania frezarek o wyższej wydajności, której nie można porównywać do frezarek dostępnych na polskim rynku. Jednak brak jest dowodów na poparcie powyższej tezy np. w postaci kart katalogowych, które wskazywałyby na ponadprzeciętną ich wydajność. Stąd też zamawiający wezwał do udowodnienia wyższej wydajności stosowanych przez odwołującego frezarek w stosunku do innych urządzeń dostępnych na rynku. Prosił też o wyjaśnienie, w jaki sposób wydajność frezarek wpływa na obniżenie ceny, wskazując na znaczące różnice w koszcie użycia sprzętu przy frezowaniu pni drzew odpowiednio w przedziale 101-150 cm, 151-200 cm, 201-250 cm.

Zamawiający wskazał także na wyjaśnienie wykonawcy o odsprzedaży drewna do przedsiębiorcy ORL-DREW, a następnie wskazywał w oparciu o własne doświadczenie, że w większości przypadków drzewa na terenie gminy, a w szczególności topole są wypróchniałe w części odziomkowej, a niektóre z nich mogą być puste. Z tego względu wobec tezy o niskiej jakości drewna powstałego w wyniku realizowanej usługi zamawiający powziął wątpliwość o możliwości odsprzedaży drewna po cenie deklarowanej przez nabywcę. Kwestię tę zamawiający poruszył w pytaniu nr 3 pisma z 25.05.2016 r. (powtórnego pismem z 31.05.2016 r.).

Wszystkie cztery zadane pytania zamawiający uznaje za istotne i uzasadnione, wynikające z wcześniejszych wyjaśnień udzielonych przez odwołującego. Odpowiedź na nie miała kluczowe znaczenie dla ustalenia przesłanek odrzucenia oferty odwołującego. Brak odpowiedzi w tym zakresie nie pozwolił zamawiającemu na wyciągnięcie wniosku, iż oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Zamawiający stwierdził, że w świetle brzmienia art. 90 ust. 2 ustawy pzp oraz braku odpowiedzi na te pytania w wyznaczonym przez zamawiającego terminie zobowiązany był do odrzucenia oferty odwołującego.

W toku rozprawy strony przedstawiły stanowiska.

Odwołujący poparł odwołanie wraz ze wskazaną w nim argumentacją. Wskazał na załączone dowody. Ponownie przypomniał, iż w pismach z dnia 11 maja i 24 maja br. przedstawił wyjaśnienia dot. wysokości zaoferowanej ceny. Podkreślił, że wezwanie zamawiającego z dnia 25 maja 2016 r., przekazane faksem, było nieczytelne; a ponownie wysłane wezwanie do udzielenia wyjaśnień z dnia 30 maja br. z terminem wyznaczonym na 30 maja 2016 r., odwołujący otrzymał w dniu 4 czerwca br. i udzielił odpowiedzi dnia 9 czerwca. Wezwanie z 31 maja br. wysłane pocztą z wyznaczonym terminem na dzień 6 czerwca br., otrzymał dnia 7 czerwca br. W tych okolicznościach nie miał możliwości złożyć kolejnych wyjaśnień w wyznaczonym przez zamawiającego terminie. Podkreślił, że wyjaśnienia na wezwanie z dnia 6 maja 2016 r. złożył pismem z dnia 11 maja br., gdzie przedstawił kalkulacje dla każdej pozycji kosztorysowej, wykazując dla każdej z nich zysk. W piśmie przedstawił także dodatkowe elementy mające wpływ na obniżenie ceny (własna kompostowania, odsprzedaż drewna, park maszynowy). Przypomniał, że po tych wyjaśnieniach, dalsze wątpliwości zamawiającego dotyczyły wyłącznie jednej pozycji kosztorysowej (pismo z 19 maja br. i odpowiedź z 24 maja br. - załączone do odwołania). Wskazał, że wezwanie z dnia 25 maja br. zostało wysłane dnia 30 maja o godz. 16, a więc po terminie wyznaczonym do złożenia wyjaśnień. Doręczono je dnia 4 czerwca br. Stwierdził, że przesyłki e-mail, zawierającej treść tego pisma nie otrzymał. Podkreślił, że dysponował szczegółową wiedzą, pozwalającą na profesjonalne przygotowanie oferty.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. Podtrzymał argumentację zawartą w pisemnej odpowiedzi na odwołanie. Przypomniał, iż uznał, że faks z 25 maja br. zawierający wezwanie do udzielenia wyjaśnień był nieczytelny i w związku z tym pismo to przesłał drogą pocztową, a także pocztą elektroniczną na adres e-mail wskazany w ofercie z wyznaczonym terminem na dzień 6 czerwca br. Termin ten nie został dotrzymany, gdyż wyjaśnienia wpłynęły dnia 9 czerwca br. Dopiero w tym piśmie wykonawca przedstawił informacje o wyższej wydajności frezarki przeznaczonej do określonych obwodów pnia. Zauważył, że w piśmie z 25 maja br. wezwał do złożenia odpowiedzi na cztery pytania dotyczące szeregu wymienionych pozycji kosztorysowych i różnic w wycenie tych pozycji, a także wątpliwości wynikających z wpływu na cenę założenia, iż znaczna część drzew może być wypróchniała przy jednoczesnym stwierdzeniu możliwości odsprzedaży pozyskanego drewna ze skutkiem w postaci zmniejszenia kosztów wykonania zlecenia. Stwierdził, że niemożność skutecznego i sprawnego komunikowania się z wykonawcą oznacza nieprofesjonalne zachowanie w obrocie gospodarczym. Stwierdził, że wykazał skuteczne przekazanie wezwania drogą elektroniczną. Przypomniała, że termin na złożenie wyjaśnień wyznacza zamawiający.

Zauważył, że odwołujący w odwołaniu i po terminie wyznaczonym na złożenie wyjaśnień, przedstawia dodatkową, rozszerzoną argumentację, wcześniej nieznaną zamawiającemu.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpatrzeniu sprawy na rozprawie, wzięciu pod uwagę stanowisk stron przedstawionych na piśmie i do protokołu wraz z przedstawionymi dowodami, uwzględniając także dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności treść oferty odwołującego oraz przebieg procedury badania i oceny ofert prowadzonej przez zamawiającego zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki odrzucenia odwołania przewidziane w art. 189 ust. 2 ustawy pzp. Ponadto odwołujący legitymuje się materialno prawną przesłanką do skorzystania ze środków ochrony prawnej określoną w art. 179 ust. 1 ustawy pzp. Należy także zauważyć, że wartość przedmiotu zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp, co oznacza legitymację do korzystania ze środków ochrony prawnej w zakresie uregulowanym przepisem art. 180 ust. 2 ustawy pzp, co w okolicznościach niniejszej sprawy oznacza możliwość zaskarżenia czynności odrzucenia oferty odwołującego (art. 180 ust. 2 pkt 4), natomiast niemożliwe jest kwestionowanie w drodze odwołania czynności określenia wartości przedmiotu zamówienia, jak i czynności postępowania wyjaśniającego w przedmiocie wysokości ceny zaoferowanej przez wykonawców.

W wyniku przeprowadzonego postępowania dowodowego skład orzekający uznał, że zamawiający dokonując czynności odrzucenie oferty odwołującego na podstawie art. 90 ust. 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy pzp nie naruszył wskazanych przepisów, jak również pozostałych powołanych w odwołaniu. Należy zauważyć, że zamawiający jako prowadzący postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest zobowiązany do rzetelnej oceny złożonych ofert, w tym ich badania pod kątem ustalenia, czy cena nie jest rażąco niska. W sprawie rozpatrywanej prowadzone było postępowanie wyjaśniające co do elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny i co niesporne, po otrzymaniu wyjaśnień na pierwsze wezwanie zamawiający ponownie wzywał wykonawcę do złożenia dodatkowych wyjaśnień. Istotą sporu w zakresie wzywania o złożenie wyjaśnień i ich składania jest okoliczność, czy wykonawca złożył w wyznaczonym przez zamawiającego terminie wyjaśnienia na wezwanie datowane 25 maja 2016 r. skierowane faksem, który, jak się okazało, był nieczytelny (okoliczność przyznana). Tę samą treść z nowo wyznaczonym terminem na dzień 6.06.2016 r. zamawiający przekazał pisemnie drogą pocztową oraz pocztą elektroniczną na adres wskazany w ofercie wykonawcy tj. z zastosowanie formy kontaktów przewidzianej w siwz. W ocenie składu orzekającego zamawiający wykazał skuteczne przesłanie treści wezwania

pocztą elektroniczną, co umożliwiło zapoznanie się z jej treścią w terminie umożliwiającym udzielenie odpowiedzi zamawiającemu stosownie do jego żądania i zgodnie z procedurą określoną w art. 90 ustawy pzp. Wskazują na to przedstawione potwierdzenia serwera dostawcy usług poczty elektronicznej na potwierdzenie poprawności przekazania wiadomości e-mail. Fakt, iż adresat poczty jej nie odebrał nie przeczy takiej możliwości, co w świetle zasad doręczenia prawa cywilnego oznacza skuteczne złożenie oświadczenia woli przez zamawiającego (wezwania w sprawie wyjaśnień).

Zatem w ocenie składu orzekającego dowody przemawiają za stwierdzeniem, iż doręczenie pisma nastąpiło dnia 31.05.2016 r., niezależnie od faktu wskazanego przez odwołującego, iż przesyłkę pocztową odebrał (w wyniku uprzedniego awiza) dopiero 7.06.2016 r.

Niesporne jest, że wyjaśnienie na to wezwanie zostało złożone dnia 9.06.2016 r., co oznacza że pismo odwołującego z wyjaśnieniami wpłynęło po upływie terminu na złożenie wyjaśnień, który upłynął dnia 6 czerwca 2016 r.

Biorąc pod uwagę, że termin wyznaczony przez zamawiającego na dzień 6 czerwca 2016 r. nie został dotrzymany, pomimo możliwości dochowania go przy zachowaniu należytej staranności przez wykonawcę, uznać należy, że zamawiający wyjaśnień nie otrzymał.

Należy zatem stwierdzić, że zamawiający dokonując czynności odrzucenia oferty złożonej przez odwołującego nie naruszył przepisów ustawy wskazanych w odwołaniu.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze, orzeczono jak w sentencji. O kosztach skład orzekający Izby orzekł na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp oraz rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.).

Przewodniczący: