Sygn. akt: KIO 314/12

WYROK
z dnia 28 lutego 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 lutego 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 lutego 2012 r. przez **Henryka Lisa, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Henryk Lis Fox System, ul. Łętowskiego 20, 40-648 Katowice** w postępowaniu prowadzonym przez **Komunalny Zakład Gospodarki Mieszkaniowej, ul. Grażyńskiego 5, 40-126 Katowice,**

przy udziale **Krystyny Głowniak, prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą AGAS Krystyna Głowniak, ul. Owocowa 4/4, 40-158 Katowice** zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty w części Nr 4 zamówienia oraz nakazuje ponowną ocenę i wybór najkorzystniejszej oferty po uprzednim odrzuceniu oferty wykonawcy wybranego

---

2. kosztami postępowania obciąża **Komunalny Zakład Gospodarki Mieszkaniowej, ul. Grażyńskiego 5, 40-126 Katowice** i:
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez **Henryka Lisa, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Henryk Lis Fox System, ul. Łętowskiego 20, 40-648 Katowice** tytułem wpisu od odwołania,
   2.2. zasądza od **Komunalnego Zakładu Gospodarki Mieszkaniowej, ul. Grażyńskiego 5, 40-126 Katowice** na rzecz **Henryka Lisa, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Henryk Lis Fox System, ul. Łętowskiego 20, 40-648 Katowice** kwotę **18 878 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy osiemset siedemdziesiąt osiem zł, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego z od wynagrodzenia poniesione tytułu wpisu odwołania, pełnomocnika i dojazdu na posiedzenie.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze 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: ……

Uzasadnienie

W dniu 13 luty 2012 Henryk Lis prowadzący działalność gospodarczą pn. Henryk Lis Fox System z siedzibą 40-648 Katowice ul. Łętowskiego 20 zwany dalej „Odwołującym” wniósł odwołanie w postępowaniu o udzielenie zamówienia pn. świadczenie usług utrzymania terenów zewnętrznych w nieruchomościach zarządzanych przez KZGM w Katowicach.

Postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego prowadzi Komunalny Zakład Gospodarki Mieszkaniowej z siedzibą 40-126 Katowice ul. Grażyńskiego 5.
Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod poz. 2011/S 156-260118 w dniu 17.08.2011r.
Odwołanie zostało wniesione na podstawie art.180 ust.1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. 2007r. Nr 223, poz.1655 z późn. zm.) zwanej dalej „Ustawa Pzp", od rozstrzygnięcia przetargu w zakresie części nr 4, w której wybrano jako najkorzystniejszą ofertę wykonawcy Krystyna Głowniak prowadząca działalność gospodarczą pn. P.U. „AGAS" Krystyna Głowniak z siedzibą w 40-158 Katowicach ul. Owocowa 4/4 zwanego dalej „Wykonawcą wybranym".
Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie szeregu przepisów ustawy Pzp: Art.7 ust.1, art. 7 ust.3, art.24 ust.2 pkt 2, art.24 ust.4, art.85 ust.4, art. 89 ust.1 pkt 1, 2 ,4 ,5, art. 90 ust.3 , art.24 ust.2 pkt 4.
Wskazanym w odwołaniu naruszeniom przepisów ustawy odwołujący przypisał w szczególności następujące zarzuty odnoszące się do oferty wykonawcy wybranego. Zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy wybranego, który pomimo upływu terminu związania ofertą nie przedłużył tegoż terminu. Uznanie złożonego w dniu 13 stycznia 2012r. oświadczenia woli przez wykonawcę wybranego za skuteczne i zgodne z przepisami ustawy Pzp. Uznanie, że wykonawca wybrany przedłużył ważność wadium na cały przedłużony okres związania ofertą. Zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy wybranego pomimo, że jej treść nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (siwz). Zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy wybranego pomimo, że jego oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy wybranego, który nie złożył wyjaśnień lub dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. W związku z powyższymi zarzutami pod adresem wykonawcy

---

wybranego oraz jego oferty, odwołujący zarzucił zamawiającemu zaniechanie wykluczenia tegoż wykonawcy z postępowania oraz brak odrzucenia jego oferty.
Na podstawie wskazanych w odwołaniu naruszeń przepisów ustawy oraz zarzutów wobec czynności i zaniechań zamawiającego, odwołujący wniósł o: uwzględnienie odwołania, nakazanie unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy wybranego, wykluczenie wykonawcy wybranego z postępowania, odrzucenia jego oferty oraz nakazania oceny i zasądzenie zamawiającemu powtórnej wyboru najkorzystniejszej oferty, udokumentowanych kosztów udziału w postępowaniu.
Odwołujący wskazał na posiadanie interesu prawnego i ekonomicznego do wniesienia odwołania, ponieważ w przypadku uwzględnienia odwołania jego oferta zostanie uznana jako najkorzystniejsza.
Odwołujący w następujący sposób uzasadnił wskazane zarzuty i podniesione żądania.
W związku z przedłużającą się procedurą postępowania o udzielenie zamówienia zaistniała konieczność przedłużenia terminu związania ofertą oraz przedłużenie okresu ważności wadium do złożonych ofert.
Odwołujący przywołał okoliczność przedłużenia z własnej inicjatywy ważności wadium przez wykonawcę wybranego w dniu 05.01.2012r. w związku z wpływem odwołania w dniu 02.01.2012r. spowodowanego rozstrzygnięciem postępowania o udzielenie zamówienia. Również odwołujący wskazał na samodzielne złożenie w dniu 13.01.2012r. oświadczenia wykonawcy wybranego o przedłużeniu terminu związania ofertą o 30 dni.
Na poparcie swojego stanowiska odwołujący przywołał treść art.85.ust.4 ustawy Pzp. Bowiem odwołujący z treści tego przepisu wysnuł obowiązek jednoczesności złożenia dwóch oświadczeń to jest o przedłużeniu terminu związania ofertą oraz o przedłużeniu ważności wadium, a także o konieczności przedłużenia ważności wadium na cały okres związania ofertą. Z uwagi na to, że oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą nastąpiło 13 stycznia 2012, a oświadczenie o przedłużeniu ważności wadium nastąpiło w dniu 5 stycznia 2012r. to terminy tych dwóch oświadczeń rozpoczynają bieg i koniec w różnych datach. W tej sytuacji w ocenie odwołującego, wykonawca wybrany powinien w dniu 13 stycznia 2012r. złożyć kolejne oświadczenie również na 30 dni o przedłużeniu ważności wadium, aby te dwa

oświadczenia rozpoczynały i kończyły się w tej samej dacie. W związku z tym, że ustawowych warunków nie wypełnił wykonawca wybrany to powinien być wykluczony z postępowania, a jego oferta odrzucona.

Drugim zarzutem odwołania jest rażąco niska cena oraz nie złożenie wyjaśnień w trybie art. 90 ustawy Pzp.
Odwołujący stwierdza, że złożenie wyjaśnień przez wykonawcę wybranego w dniu 27 stycznia 2012r. nie może być uznane za złożenie wyjaśnień w trybie art.90 ustawy Pzp. Po pierwsze wyjaśnienia powinny dotyczyć sposobu obliczenia ceny na dzień składania ofert czyli na dzień 07.11.2011r. Odwołujący podważa wiarygodność złożonego wyjaśnienia z uwagi na to, że wykonawca wybrany podał stawkę na ubezpieczenie rentowe w wysokości 6,5% gdy w dniu składania ofert to jest w dniu 07.11.2011r. obowiązywała stawką 4,5%. Natomiast podwyższona stawka do 6,5% obowiązywała od dnia 1 lutego 2012r.
Dodatkowo odwołujący wskazuje na to, że złożone wyjaśnienie jest niewiarygodne z następujących przyczyn. Nie uwzględniono szeregu czynników cenotwórczych: kosztu urlopów wypoczynkowych, co podwyższa koszt wynagrodzenia o około 8 -10 %, kosztu wynagrodzenia pracowników w okresie zimowym w dniu ustawowo wolne od pracy, kosztu wynagrodzenia pracownika nadzorującego, kosztu zakupu soli do posypywania terenów zewnętrznych, kosztu zakupu paliwa do sprzętu służącego do odśnieżania. Ponadto zarzuca podanie niewiarygodnie niskich kosztów zakupu paliwa na cały rok co wycenił wykonawca wybrany na kwotę 6.220,00zł. Natomiast paliwo jest niezbędne chociażby do trzykrotnego koszenia trawy, trzykrotnego cięcia żywopłotów, odśnieżania, transportu liści, trawy, piasku a także paliwo jest niezbędne do samochodów ciężarowych wywożących liście, trawę, wymaganego sprzętu to jest kosiarek, kos spalinowych, sprzętu do odśnieżania.
Odwołujący podkreślił, że wykonawca może być wezwany do złożenia wyjaśnień tylko jeden raz.
Podsumowując odwołujący zarzuca zamawiającemu faworyzowanie wykonawcy wybranego i żąda uwzględnienia odwołania.

Pismem z dnia 27 luty 2012r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w którym wniósł o jego oddalenie, przyznanie kosztów postępowania odwoławczego na podstawie przedstawionych na rozprawie rachunków.
Odwołujący w uzasadnieniu odpowiedzi na odwołanie stwierdził, że jest ono bezzasadne i nie zasługuje na uwzględnienie. Przede wszystkim uważa, że wymóg jednoczesności oświadczeń wykonawcy sformułowany w art. 85 ust.4 ustawy Pzp nie oznacza, że w tym samym dniu muszą być złożone oświadczenia, a wystarczy, że istnieje ciągłość zabezpieczenia oferty przez oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą oraz o przedłużeniu terminu ważności wadium. Zwrócił uwagę również na znaczenie okoliczności, iż wadium zostało wniesione w formie pieniężnej. Wniesienie wadium jest czynnością

---

faktyczną, a nie prawną i oznacza tyle, że wadium zostało wniesione i brak podstaw do twierdzenia, że trzeba ją wykonywać ponownie, nie jest to czynność prawna, którą tak jak w przypadku związania ofertą należy np.: przedłużyć. Ponadto przywołano pogląd doktryny i orzecznictwa zgodnie, z którymi bezpodstawne jest żądanie składania oświadczenia o przedłużeniu ważności wadium wniesionego w pieniądzu, skoro wadium jest w dyspozycji zamawiającego i zabezpiecza jego interesy na wypadek wystąpienia okoliczności przewidzianych w art. 46 ust.4a i 5 ustawy Pzp. Za wyrokiem Sądu Okręgowego w Katowicach, jeżeli nawet wykonawca nie wykonał wezwania zamawiającego do przedłużenia ważności wadium w formie pieniężnej i wadium nadal pozostaje w dyspozycji zamawiającego, ponieważ wykonawca nie złożył wezwania o jego zwrot, to wadium z samego tego faktu jest ważne.
Co do terminów związania ofertą to zamawiający wyjaśnił ich przebieg następująco.
Otwarcie ofert nastąpiło w dniu 07.11.011r.

Termin związania ofertą wynoszący 60 dni upływał w dniu 05.01.2012r.
W dniu 02.01.2012r. odwołujący wniósł odwołanie na wybór najkorzystniejszej oferty z dnia 23.12.2011r.
Bieg terminu związania ofertą w myśl art. 182 ust.6 ustawy Pzp uległ zawieszeniu od dnia wniesienia odwołania do wydania orzeczenia przez Izbę
Zamawiający w myśl art.184 Pzp wezwał wykonawcę do przedłużenia ważności wadium. Odwołujący na to wezwanie w dniu 05.01.2012r. złożył oświadczenie o przedłużeniu ważności wadium na kolejne 30 dni.
W dniu 13.01.2012r. odwołujący z własnej inicjatywy przedłużył termin związania ofertą.
W dniu 13.01.2012r. Izba umorzyła postępowanie odwoławcze wskutek uwzględnienia odwołania.
W dniu 16.01.2012r. upłynął pierwotny termin związania ofertą.
W dniu 03.02.2012r. zamawiający dokonał ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej, to jest oferty wykonawcy wybranego, w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym.
Co do drugiego zarzutu odnoszącego się do ceny to zamawiający wyjaśnia, że postępowanie w tym zakresie było spowodowane wniesionym odwołaniem i uznaniem

---

odwołania. W związku z tym zamawiający wszczął procedurę wyjaśnienia ceny i uzyskał od wykonawcy wybranego stosowne wyjaśnienia.
W tym zakresie zamawiający zwraca uwagę na treść art. 90 ustawy Pzp, zgodnie z którym wykonawca nie ma przedstawić sposobu wyliczenia ceny tylko wyjaśnić elementy, które miały wpływ na wysokość ceny. Zamawiający nie uważa za naruszenie zasad kalkulowania ceny, przez przyjęcie nawet wyższych stawek opłat do ZUS niż obowiązujące w dacie składania oferty. Wykonawcy można postawić zarzut nieprawidłowej kalkulacji, jeżeli zaniża elementy kalkulacyjne, a nie je zawyża, co tylko może przełożyć się na wyższy zysk wykonawcy wybranego. Natomiast nie stanowi to o nieprawidłowości, która dyskwalifikuje złożone wyjaśnienia. Tym bardziej, że przezorny wykonawca może przewidywać wzrost kosztów. Co do pominięcia pewnych kosztów to zamawiający przyjmuje, że również dobrze mogły być one uwzględnione w kosztach ogólnych, bez podawania szczegółowych informacji. Co do kosztów osoby nadzorującej, to zamawiający w siwz nie przewidział takiej osoby. Zamawiający nie wymagał podania w ofercie wymiaru zatrudnienia pracowników. Zamawiający wymagał jedynie wskazania osoby odpowiedzialnej, ale to na etapie zawierania umowy i nie ma przeszkód aby był to właściciel. Reasumując zamawiający stwierdza, że organizacja pracy i sumienność pracowników to jest sprawa wewnętrzna wykonawcy. Co do ilości paliwa to pomimo, iż wykonawca wybrany w ofercie wykazał odśnieżarki spalinowe to wcale nie musi ich używać, ponieważ zamawiający nie narzuca metod odśnieżania, jest to sprawa wykonawcy. Co do wywozu trawy i liści to równie dobrze według zamawiającego w tej pozycji mogły znaleźć się koszty paliwa z tym związane.
Co do zarzutu dwukrotnego składania dokumentów uzupełniających przez wykonawcę wybranego, to zamawiający wyjaśnia, że wzywał tylko jeden raz w związku z uwzględnieniem odwołania, a złożone bez wezwania dokumenty przez wykonawcę wybranego nie były brane pod uwagę przy ocenie prawidłowości oferty.
Podsumowując zamawiający oświadcza, że odwołujący utrudnia prowadzenie postępowania przez składanie licznych odwołań, a w rozmowach z zamawiającym nie ukrywa, że jedynie może uniknąć odwołań, jeżeli wybierze jego ofertę jako najkorzystniejszą. Podobne działania podejmuje odwołujący w innych postępowaniach prowadzonych przez zamawiającego.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje

Na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Izba ustaliła i zważyła co następuje.
Z ogłoszenia o zamówieniu wynika, że świadczenie usługi utrzymania terenów zewnętrznych w obrębie nieruchomości administrowanych przez Komunalny Zakład Gospodarki

---

Mieszkaniowej w Katowicach zostało podzielone na osiem części według wyszczególnionych

rejonów administrowanych przez zamawiającego.
Postępowanie odwoławcze dotyczy części nr 4 zamówienia.
Odwołujący posiada interes do wniesienia odwołania w rozumieniu art.179 ust.1 ustawy Pzp, ponieważ może ponieść szkodę w związku z naruszeniem przepisów ustawy Pzp przez zamawiającego, w wyniku nie uzyskania części nr 4 zamówienia.
Izba nie dopuściła do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wykonawcę wybranego, ponieważ przystąpienie w formie pisemnej doręczono do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z przekroczeniem 3 dniowego terminu od dnia zawiadomienia przez zamawiającego o wniesieniu odwołania, czym naruszył warunki z art. 185 ust.2 ustawy Pzp w zakresie skutecznego przystąpienia do postępowania odwoławczego.
W zakresie zarzutu odnoszącego się do terminu związania ofertą oraz zabezpieczenia oferty wadium Izba ustaliła co następuje.
W zakresie związania ofertą z siwz wynika, że oferta musi zawierać oświadczenie o terminie związania ofertą (Rozdz.I Opis sposobu przygotowania oferty pkt 2 lit. b tiret 6).
Okres związania ofertą wynosi 60 dni. Bieg terminu związania ofertą rozpoczyna się wraz z upływem terminu składania ofert (Rozdz. IX Okres związania ofertą).
W Formularzu ofertowym stanowiącym Załącznik Nr 1 do siwz w pkt 4 znajduje się zapis o treści: Oświadczamy, że uważamy się za związanych niniejszą ofertą na czas wskazany w specyfikacji.
Zamawiający w siwz w Rozdz. V Wadium ustalił obowiązek wniesienia wadium w następujących wysokościach: dla części 1,2,4 oraz 6: kwotę 2.500zł., dla części 3 oraz 7: kwotę 1.500zł., dla części 5 oraz 8: kwotę 3.500zł. W przypadku wadium wnoszonego w pieniądzu w siwz wskazano konto, na które należy wpłacić wadium. Zaznaczono również, że do oferty należy dołączyć dokument potwierdzający wniesienie wadium w formie przelewu.
Rozpatrywane odwołanie przez Izbę dotyczy części nr 4 zamówienia obejmującej utrzymanie terenów zewnętrznych w nieruchomościach zarządzanych przez Oddział Eksploatacji Budynków EB-6(Załęże).
W ofercie wykonawcy wybranego na str.32 znajduje się bankowy dowód wpłaty z datą 04.11.2011r. na rzecz zamawiającego na kwotę 9.000,00zł. z zaznaczeniem, iż dotyczy

---

wadium w przetargu na świadczenie usług utrzymania terenów zewnętrznych część nr 3,4,5,7.
W dniu 05.01.2012r. pismem z dnia 04.01.2012r. wykonawca wybrany złożył zamawiającemu w formie pisemnej oświadczenie, w zakresie części nr 4 zamówienia, o przedłużeniu ważności wadium na 30 dni (wadium w kwocie 2500zl na koncie zamawiającego), w związku ze złożonym w dniu 02.01.2012r.odwołaniem.
W dniu 03.01.2012r. zamawiający, w zakresie części nr 4, w związku ze złożonym odwołaniem oraz zawieszeniem biegu terminu związania ofertą na podstawie art.182 ust.6 ustawy Pzp, wezwał wykonawcę wybranego, pod rygorem wykluczenia z postępowania, do przedłużenia ważności wadium na okres 30 dni.
W dniu 13.01.2012r. pismem z dnia 12.01.2012r. wykonawca wybrany złożył pisemne oświadczenie z treści którego wynika, że w związku z kończącym się terminem związania ofertą informujemy, że wyrażamy zgodę na przedłużenie terminu oferty o 30 dni.
Upływ terminu do składania ofert nastąpił w dniu 7 listopada 2011r.
Pierwsze odwołanie w toczącym się postępowaniu o udzielenie zamówienia, po upływie terminu składania ofert, zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 02.01.2012r. i rozstrzygnięte postanowieniem o umorzeniu postępowania wobec uwzględnienia odwołania przez zamawiającego w dniu 13.01.2012.r w sprawie o Sygn. akt KIO 18/12.
Z kolei drugi wybór najkorzystniejszej oferty, będący przedmiotem niniejszego postępowania odwoławczego, nastąpił w dniu 03.02.2012 roku.
W zakresie zarzutu odnoszącego się do terminu związania ofertą oraz zabezpieczenia oferty wadium Izba zważyła co następuje.
Na podstawie dokonanych powyżej ustaleń w sprawie wynika, że oferta wykonawcy wybranego począwszy od dnia upływu terminu składania ofert to jest od dnia 07.11.2011r. do dnia dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty to jest do dnia 03.02.2012r., była

nieprzerwanie zabezpieczona w zakresie zobowiązania wykonawcy wybranego co do związania złożoną ofertą oraz była zabezpieczona wadium w formie pieniężnej (przez wpłatę na rachunek bankowy zamawiającego).
W związku z tym ustawowy cel zabezpieczenia oferty, poprzez wniesienie wadium, na wypadek wystąpienia okoliczności przewidzianych w art. 46 ust. 4a i ust.5 ustawy Pzp

---

(zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli…), został spełniony przez wykonawcę wybranego.
Powyższe wynika z faktu, że wykonawca wybrany przed upływem pierwotnego terminu związania ofertą, który upływał 5 stycznia 2012.r złożył w dniu 05.01.2012r. oświadczenie o przedłużeniu ważności wadium na 30 dni („wadium w kwocie 2.500,00 zł. na koncie zamawiającego"), w związku ze złożonym w dniu 02.01.2012r. odwołaniem.
Również wykonawca wybrany przez cały czas postępowania przetargowego był związany złożoną przez niego ofertą poprzez jego oświadczenia to jest pierwsze na podstawie warunków SIWZ (termin związania ofertą wynosi 60 dni od daty upływu terminu do składania ofert) i oświadczenia zawartego w formularzu ofertowym (Oświadczamy, że uważamy się za związanych niniejszą ofertą na czas wskazany w specyfikacji).
Następnie w związku z upływem pierwotnego terminu związania ofertą (60 dni od upływu terminu składania ofert) w dniu 13.01.2012r.(uwzględniono zawieszenie biegu terminu związania ofertą w związku z wniesieniem odwołania - art.182 ust.6 ustawy Pzp) wykonawca wybrany złożył oświadczenie o wyrażeniu zgody na przedłużenie terminu związania oferty o kolejne 30 dni.
Reasumując na dzień wyboru najkorzystniejszej oferty przez zamawiającego, co miało miejsce w dniu 03.02.2012r. i co jest przedmiotem sporu niniejszego postępowania odwoławczego, oferta wykonawcy wybranego była nieprzerwanie zabezpieczona przez wadium pieniężne i zgodę tegoż wykonawcy na dalsze przetrzymywanie pieniędzy, co nastąpiło w dniu 05.01.2012r. oraz przez oświadczenie o dalszym zobowiązaniu w zakresie związania złożoną ofertą, co nastąpiło w dniu 13.01.2012r.
Bowiem Izba również nie stwierdziła, na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia, aby na jakimkolwiek etapie postępowania przetargowego, wystąpiła przerwa w zabezpieczeniu oferty wadium. Na konto zamawiającego zostały przekazane środki zabezpieczające ofertę z datą przelewu na dzień 04.11.2011r.
Odwołujący nieprawidłowo interpretuje przepis art. 85 ust. 4 ustawy Pzp o przedłużeniu okresu ważności wadium i przedłużeniu terminu związania ofertą, zgodnie z którym „Przedłużenie terminu związania ofertą jest dopuszczalne tylko z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium albo, jeżeli nie jest to możliwe, z wniesieniem nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą.(…) Powyżej cytowany przepis można jedynie zinterpretować w ten sposób, że obowiązkiem wykonawcy jest zapewnienie ciągłości zabezpieczenia oferty poprzez złożenie wadium i uzupełniającym oświadczeniem o związaniu ofertą, co w gruncie rzeczy materializuje się przez wniesienie wadium.

Naturalnym zjawiskiem w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest okoliczność, że terminy w zakresie ważności wadium i związania ofertą nie biegną równolegle.
Ustawodawca postanowił, że w przypadku złożenia odwołania po upływie terminu składania ofert, zawieszeniu ulega upływ terminu związania ofertą do czasu publikacji orzeczenia przez Izbę. Z kolei ustawa Pzp nie przewiduje zawieszenia upływu terminu ważności wadium. W związku z tym naturalnym zjawiskiem jest to, że w innym terminie wyczerpuje się zobowiązanie związania ofertą, a w innym terminie wyczerpuje się ważność wadium.
Powyższe wynika z treści art. 182 ust.6 ustawy Pzp, zgodnie z którym w przypadku wniesienia odwołania po upływie terminu składania ofert bieg terminu związania oferta ulega, zawieszeniu do czasu ogłoszenia przez Izbę orzeczenia. Powyższa regulacja przepisu nie przewiduje zawieszenia ważności wadium. W związku z tym okres ważności wadium biegnie

dalej, a okres związania oferta ulega zawieszeniu na czas rozpatrzenia odwołania. Z kolei zgodnie z art. 184 ustawy Pzp Zamawiający, nie później niż na 7 dni przed upływem ważności wadium, wzywa wykonawców, pod rygorem wykluczenia z postępowania, do przedłużenia ważności wadium albo wniesienia nowego wadium na okres niezbędny do zabezpieczenia postępowania do zawarcia umowy. Dlatego też interpretując treść przepisu art. 85 ust.4 ustawy Pzp, na który powołuje się odwołujący, należy mieć na uwadze również regulacje art. 182 ust. 6 i art.184 ustawy Pzp. Uwzględniając wymienione regulacje ustawowe należy stwierdzić, że zasadą jest, aby oferta była nieprzerwanie zabezpieczona wadium oraz zobowiązaniem o związaniu ofertą, za wyjątkiem odrębnych regulacji tak jak w art. 46 ust.3 ustawy Pzp.
W związku z powyższym Izba nie stwierdziła naruszenia przez zmawiającego przepisów art.24 ust.2 pkt 2, art. 85 ust.4, art. 89 ust.1 i ust.2 oraz art.24 ust.4 ustawy Pzp w zakresie oceny prawidłowości przedłużenia przez wykonawcę okresu ważności wadium i terminu związania ofertą.
W zakresie zarzutu odnoszącego się do rażąco niskiej ceny oraz nie złożenia wyjaśnień w trybie art.90 ustawy Pzp Izba ustaliła co następuje.
Zamawiający pismem z dnia 24.01.2012r., na podstawie art. 90 ust.1 ustawy Pzp, wezwał wykonawcę wybranego do udzielenia wyjaśnień, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, za realizację przedmiotu zamówienia, w zakresie części nr 4 czyli objętej sporem.
Zamawiający oświadczył, że jego wątpliwość wzbudza zaoferowana niska cena ofertowa w stosunku do wartości szacunkowej zamówienia oraz do ceny kolejnej oferty. Dalej w piśmie

tym zamawiający zawarł pouczenie, że wykonawca zobowiązany jest do wyjaśnienia powodów zaoferowania wskazanej w formularzu ofertowym ceny oraz wskazania stanu faktycznego uwzględniającego np.: oszczędne metody wykonania zamówienia, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonania zamówienia dostępne wykonawcy, czy też wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów. Zamawiający wyznaczył termin do złożenia wyjaśnień do dnia 27.01.2012r. i pouczył o treści art.90 ust.3 ustawy Pzp, zgodnie z którym odrzuci na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnienia w terminie lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę.
Jednocześnie zamawiający w dniu 24.01.2012r. zawiadomił wykonawców, o unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie części nr 4 z dnia 23.12.2011r., w związku z uwzględnieniem odwołania w dniu 02.01.2012r., wniesionego przez odwołującego, a co stanowiło podstawę do przedmiotowego wezwania wykonawcy wybranego w dniu 23.12.2011r.
W dniu 27.01.2012r. pismem z dnia 26.01.2012r. wykonawca wybrany w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z dnia 24.01.2012r. w sprawie wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny w pkt 4 pisma oświadczył, że zgodnie z rozdz. IV pkt 2 siwz cena zawiera wszystkie koszty i składniki niezbędne do realizacji przedmiotu zamówienia zgodnie z rzetelną kalkulacją. Na podstawie art.90 ustawy Pzp wskazał na czynniki takie jak oszczędne metody wykonania zamówienia, wynikające między innymi z lokalizacji siedziby w miejscu wykonywania usługi, korzystnej umowy z kompostownią, upustów cenowych od dostawców materiałów i narzędzi. Na potwierdzenie przedstawił kalkulację ceny ofertowej na świadczenie usług utrzymania terenów zewnętrznych w nieruchomościach zarządzanych przez zamawiającego co do części zamówienia nr 4. W wyliczeniu tym przedstawił elementy kalkulacyjne i kwoty im przypisane. Wśród elementów kalkulacyjnych wymienił: robociznę bezpośrednią, ZUS pracodawcy, materiały – piasek, narzędzia (miotły sorgo, łopaty, szpadle, taczki, szufle, odśnieżacze, kosze), paliwo (kosiarki, samochód ciężarowy), wywóz i koszt kompostowni, amortyzacja, eksploatacja sprzętu (olej, żyłka, smary, części, naprawy) oraz koszty ogólne, zysk. Na koniec złożenia wyjaśnień oświadczył, że oferta na dzień jej złożenia spełniła wszystkie wymagania.
Wyjaśnienia wykonawcy wybranego zostały przekazane do działu eksploatacji zamawiającego, celem ustalenia czy cena zaoferowana nie jest rażąco niska. Dział ten w swojej opinii stwierdził w szczególności, że nie widzi podstaw do nie przyjęcia

przedstawionych argumentów za wiarygodne. Również stwierdził, że wobec uregulowań

umowy w zakresie dyscyplinowania wykonawców (§ 3,10,12 projektu umowy) nawiązanie współpracy z wykonawcą wybranym jest dla zamawiającego korzystne, a więc także celowe. W tym stanie rzeczy zamawiający w dniu 02.02.2012r., ponownie jak w dniu 23.12.2011r., wybrał ofertę wykonawcy wybranego
Z protokółu postępowania o udzielenie zamówienia wynika, że zamawiający na otwarciu ofert na część 4 zamówienia, będącą przedmiotem niniejszego postępowania odwoławczego, podał kwotę 205.557,39 zl. brutto.
Z zestawienia ofert wynika, że na tę część zamówienia złożonych zostało 5 ofert. Przy czym najkorzystniejszą ofertę cenowo złożył wykonawca wybrany na kwotę 121.465,80zł. Pozostali wykonawcy złożyli oferty na kwoty: 140.152,80zł., 177.526,80zł.(odwołujący), 141.180,54zł.,186.870,36zł.
Z zawiadomienia z dnia 02.02.2012r. o wyborze najkorzystniejszej oferty na część 4 zamówienia wynika, że ważne pozostały dwie oferty to jest wykonawca wybrany – 100 punktów i odwołujący 68,42 punktów przy obowiązującym jedynym kryterium oceny ofert – cena.
W zakresie zarzutu odnoszącego się do rażąco niskiej ceny oraz nie złożenia wyjaśnień w trybie art.90 ustawy Pzp Izba zważyła co następuje.
Z powyższych zestawień kwot wycen usługi sprzątania będącej przedmiotem zamówienia wynika, że wykonawca wybrany zaoferował cenę na poziomie ok. 60 % ceny szacunkowej zamawiającego oraz o ok. 30 % niższą od odwołującego.
Przy czym zamawiający na rozprawie wyjaśnił, że szacując cenę wziął pod uwagę przedłużające się postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i kalkuluje wyższą kwotę, niż faktycznie powinien płacić przez 12 m-cy to jest czas trwania zamówienia, ponieważ z reguły ten okres przedłuża się o trzy miesiące. W ocenie Izby wyjaśnienia zamawiającego są wiarygodne, ponieważ w przedmiotowej sprawie siwz przewiduje zamówienia uzupełniające (Rozdz.XIV SIWZ). Ponadto zgodnie z regułą art.6 k.c. w związku z art. 14 ustawy Pzp ciężar udowodnienia faktu w tym wypadku rażąco niskiej ceny spoczywa na osobie, z którą z faktu tego wywodzi skutki prawne czyli żądanie odrzucenia oferty z powodu rażąco niskiej ceny.
Wobec powyższego pomimo, że cena zaoferowana przez wykonawcę wybranego znacznie odbiega od ceny szacunkowej zamawiającego i ceny odwołującego, co budzi poważne wątpliwości co do jej rzetelnego skalkulowania, to wobec nie wykazania przez odwołującego,

iż jest to cena nierealna to jest poniżej kosztów wytworzenia usługi, zarzut rażąco niskiej ceny nie zasługuje na uwzględnienie.
W związku z powyższym nie spełnione zostały przesłanki z art. 89 ust.1 pkt 4 ustawy Pzp, zgodnie z którą zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Natomiast Izba uwzględniła zarzut nie złożenia wyjaśnień, podniesionych w odwołaniu, w związku z wezwaniem zamawiającego z dnia 24.01.2012r. i udzieloną odpowiedzią w piśmie z dnia 26.01.2012r.
Zgodnie z art.90 ustawy Pzp zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zwiera rażąco niską cenę, zwraca się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Zamawiający, oceniając wyjaśnienia, bierze pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów. Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zamawiający dokonał wezwania na podstawie art.90 ustawy Pzp do udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Posługując się ustawą wymienił przykładowe czynniki takie jak oszczędne metody wykonania, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonania zamówienia, pomoc publiczną. Reasumując zamawiający w myśl art.90 ustawy Pzp oczekiwał wyjaśnienia dlaczego cena zaoferowana przez wykonawcę wybranego tak znacząco odbiega od jego wyceny oraz od ceny pozostałych wykonawców. Wykonawca wybrany miał wyjaśnić przyczyny takiego stanu rzeczy i przedłożyć na tę okoliczność dowody. Natomiast wykonawca w udzielonej odpowiedzi wskazał, że tymi czynnikami są: oszczędne metody wykonania zamówienia, wynikające między innymi z lokalizacji siedziby w miejscu wykonywania usługi, korzystnej umowy z kompostownią, upustów cenowych od dostawców materiałów i narzędzi. Na dowód istnienia wymienionych czynników przedstawił kalkulację kosztów wymieniając kolejne pozycje kosztowe i ich wycenę, co Izba zaznaczyła powyżej.
W ocenie Izby taka odpowiedź nie stanowi wyjaśnienia w rozumieniu art.90 ustawy Pzp. Co prawda wykonawca wybrany wymienił nawet inne czynniki wpływające na jego cenę niż wymienione w art. 90 ust.2 ustawy Pzp to jest: lokalizacja siedziby w miejscu wykonywania usługi, korzystna umowa z kompostownią, upusty cenowe od dostawców materiałów i

narzędzi. Niemniej jednak wykonawca wybrany poza tym, że wymienił czynniki mające wpływ na zaoferowaną cenę to ich nie wyjaśnił, nie opisał, nie przedstawił na okoliczność ich wystąpienia żadnych dowodów, czyli nie skonkretyzował obiektywnych czynników, zgodnie z wymogiem art.90 ust.2 i 3 ustawy Pzp. Natomiast podał tylko ich skutki w postaci pozycji kosztowych kalkulacji ceny usługi sprzątania.
Wykonawca wybrany wskazując na oszczędność metody wykonania powinien wyjaśnić na czym ta metoda polega np.: zamiast maszyny do odśnieżania czy maszyny do koszenia trawy, które powodują koszt w określonej wysokości w szczególności koszt inwestycji czy amortyzacji środków, czy koszt paliwa, zastosował do wyceny np.: ręczne odśnieżanie przy użyciu łopaty i ręczne koszenie trawy przy użyciu kosy i uzyskał przez to różnicę pomiędzy metoda mechaniczną a ręczną odśnieżania i koszenia w kwocie w wysokości….., przedstawiając stosowne wyliczenie rachunkowe. Z kolei z lokalizacji bazy jego działalności w miejscu wykonywania usługi uzyskuje następujące oszczędności w następującej wysokości w stosunku do sytuacji gdy do kosztów trzeba doliczyć np.: noclegi, diety, bilety miesięczne, dowóz na stanowiska pracy, posiłki regeneracyjne itd., biorąc pod uwagę innych wykonawców, których baza jest odległa o x km od miejsca świadczenia usługi. Dalej dla przykładu: co do korzystnej umowy z kompostownią i upustami cenowymi hurtowni to polegają na tym, że kompostownia i hurtownia oferuje przeciętnie następujące ceny a uzyskane przez wykonawcę wybranego ceny na przedmiotowe postępowanie odbiega od przeciętnych cen o określony procent. W złożonej odpowiedzi również brak jest jakichkolwiek dowodów na wystąpienie wymienionych czynników mających wpływ na zaoferowaną cenę, znacznie poniżej wyceny zamawiającego.
Natomiast odpowiedź wykonawcy wybranego polega na powtórzeniu lub dodaniu innych czynników wpływających na cenę, ale bez ich wyjaśnienia na czym konkretnie w one polegają i jaki mają wpływ w porównaniu do kosztów innych ofert. Bowiem za Komentarzem Becka Jerzy Pieróg Prawo zamówień publicznych 10 wydanie str.328/329 „Czynności podejmowane w sprawie rażąco niskiej ceny mają cechy postępowania wyjaśniającego, ale ciężar dowodowy w praktyce został przeniesiony na wykonawcę.(…) To wykonawca ma przedstawić dowody, że jego cena nie jest rażąco niska albo, że udzielona mu pomoc publiczna jest zgodna z prawem. Jeżeli tego nie wykaże albo nie udzieli wyjaśnień, jego oferta zostanie odrzucona.”
Reasumując użyte w art.90 ustawy Pzp słowo „wyjaśnienie” oznacza opisanie, przedstawienie, wykazanie, uzasadnienie, a nie tylko wskazanie, wyliczenie.
W związku z tym udzieloną odpowiedź wykonawcy wybranego na wezwanie zamawiającego w trybie art.90 ustawy Pzp nie można zaliczyć do udzielenia wyjaśnienia co obliguje

zamawiającego do odrzucenia oferty na podstawie art.90 ust.3 ustawy Pzp w związku z nie złożeniem wyjaśnień (3.Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.). Bowiem pomimo, że zamawiający uznał, wskutek udzielonej odpowiedzi, że oferta wykonawcy wybranego nie zawiera rażąco niskiej ceny, a odwołujący nie wykazał rażąco niskiej ceny w ofercie wykonawcy wybranego to nie złożenie wyjaśnień w przypadku wezwania w trybie art.90 ustawy Pzp, (kwota na sfinansowanie zamówienia 205.557,39 zł cena wykonawcy wybranego 121.465,80zł.), stanowi samoistną przesłankę do odrzucenia oferty, na podstawie art.90 ust.3 ustawy Pzp.
Z uwagi na potwierdzenie zarzutu odwołania w zakresie nie złożenia wyjaśnień przez wykonawcę wybranego, co powoduje możliwość wyboru oferty odwołującego, Izba uwzględniając treść przepisu art. 192 ust.2 ustawy Pzp, postanowiła uwzględnić odwołanie, ponieważ naruszenie przez zamawiającego art. 90 ustawy Pzp ma wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.
O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy zgodnie z art. 192 ust.9 i 10 ustawy i § 5 ust.2 pkt 1) w związku z § 3 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2010r. nr 41 poz.238) zasądzając od Zamawiającego na rzecz Odwołującego koszty uiszczonego wpisu od odwołania w kwocie 15.000,00zł. i wynagrodzenia oraz koszty dojazdu na rozprawę pełnomocnika Odwołującego na podstawie przedstawionej faktury i biletów PKP w kwocie 3. 878 zł.

Przewodniczący: ……..…..…