

Sygn. akt: KIO 101/13

WYROK
z dnia 30 stycznia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 stycznia 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **17 stycznia 2013 r.** odwołania przez Odwołującego - **Przedsiębiorstwo "Zieleń Miejska-Południe" Sp. z o.o., ul. Konstantynowska 3/5, 94-303 Łódź**, od czynności podjętych w toku postępowania przez Zamawiającego - **Miasto Łódź - Zarząd Zieleni Miejskiej w Łodzi, ul. Konstantynowska 8/10, 94-303 Łódź**,

przy udziale Wykonawców:

A. Drogi i Ogrody Sp. z o.o., ul. Aleksandrowska 67/93, 91-205 Łódź,

B. KTU Zieleń Sp. z o.o., ul. Tuwima 95, 90-031 Łódź,

zgłaszających swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego;

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu:

- 1/ Unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w części I, III i IV zamówienia,
- 2/ Unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego w części I, III i IV zamówienia.
- 3/ Ponowne przeprowadzenie badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego w częściach I, III i IV zamówienia.

2. kosztami postępowania obciąża Miasto Łódź - Zarząd Zieleni Miejskiej w Łodzi i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego -

Przedsiębiorstwo "Zieleń Miejska-Południe" Sp. z o.o., ul. Konstantynowska 3/5, 94-303 Łódź, tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Zamawiającego - **Miasto Łódź - Zarząd Zieleni Miejskiej w Łodzi, ul. Konstantynowska 8/10, 94-303 Łódź**, na rzecz Odwołującego - **Przedsiębiorstwo "Zieleń Miejska-Południe" Sp. z o.o., ul. Konstantynowska 3/5, 94-303 Łódź**, kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (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 **Łodzi**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Miasto Łódź Zarząd Zieleni Miejskiej w Łodzi (Zamawiający) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „ utrzymanie terenów zieleni miejskiej w latach 2013-2015” część I, III i IV nr post.: ZZM-IŻ-Fz.271.2.1.2012 , numer ogłoszenia o zamówieniu w dzienniku UE PL-Łódź: Usługi utrzymania parków 2012/S 243-398530.

Przedsiębiorstwo “Zieleń Miejska - Południe” sp. z o.o. w Łodzi (dalej: odwołujący) wniosła odwołanie od czynności odrzucenia oferty Odwołującego w postępowaniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisu:

1 . art. 92 ust. 1 pkt 1,2 ustawy PZP - przez nieuzasadniony podział informacji o wyborze oferenta według części zamówienia oraz brak uzasadnienia faktycznego i prawnego odrzucenia oferty Odwołującego w informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty.

2. art. 90 ust. 3 ustawy PZP poprzez błędne przyjęcie, iż Odwołujący miał możliwość zapoznania się z treścią wezwania z dnia 24.12.2012 roku i odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na rzekome niezłożenie wyjaśnień w wyznaczonym terminie, zgodnie z Art. 27 ust. 2 ustawy PZP wymaga potwierdzenia otrzymania wezwania przez Odwołującego na żądanie Zamawiającego, a warunek ten nie został spełniony.

3. art. 90 ust. 1 ustawy PZP poprzez nieokreślenie w wezwaniu do złożenia wyjaśnień elementów oferty, co do których Zamawiający oczekuje wyjaśnień oraz określenie zbyt krótkiego terminu na złożenie wyjaśnień oraz Art. 5 KC i Art. 58 KC w związku z art. 14 ustawy PZP, poprzez nadużycie przez Zamawiającego przysługującego mu prawa wyznaczenia zbyt krótkiego terminu składania wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny w sposób sprzeczny ze społeczno gospodarczym przeznaczeniem przyznanego mu tego prawa oraz niezgodnie z zasadami współżycia społecznego.

W związku z zarzutami Odwołujący wniósł o :

1. Unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.
2. Unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego.
3. Ponowne przeprowadzenie badania i oceny ofert, w tym oferty Odwołującego.
4. Wybór oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej.

Uzasadniając zarzuty i żądania odwołujący wskazał, co następuje.

Zamawiający w dniu 24.12.2012 roku o godz. 10.39 wysłał prawdopodobnie na numer faksu (jeden z dwu numerów faksu wskazanych w ofercie przez Odwołującego) wezwanie do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny wyznaczając termin do dnia 27.12.2012 roku. Bieg

wyznaczonego terminu rozpoczął się w wigilię Bożego Narodzenia i kończył w następnym dniu po Świątach Bożego Narodzenia.

Faks ten został wysłany na nieprawidłowy numer. Z załączonych do akt postępowania wydruku z transmisji danych wynika jedynie, że fax ten został wysłany do banku Nordea. Z tego wydruku nie wynika wprost na jaki nr faksu został on wysłany, czy był to ten niewłaściwy numer podany przez Odwołującego, czy też była to pomyłka pracownika Zamawiającego wysyłającego fax.

Po dokonaniu transmisji danych drogą faksową, Zamawiający otrzymujący wydruk z adresem Nordea winien powziąć wątpliwości, co do prawidłowości dokonanych czynności. W dniu 2.01.2013 roku Odwołujący powiadomił Zamawiającego o fakcie nieotrzymania wezwania do złożenia wyjaśnień, o którego wysłaniu dowiedział się w rozmowie z pracownikiem Zamawiającego członkiem Komisji Przetargowej.

Dowód; pismo Odwołującego z dnia 2.01.2013 roku wraz z dowodem jego doręczenia

W dniu 3.01.2013 roku Odwołujący powiadomił Zamawiającego o błędnym podaniu jednego z dwóch numerów faksu wskazanych w ofercie oraz osobnym pismem złożył wyjaśnienia dotyczące ceny oferty, nie posiadając żadnej wiedzy, co do elementów oferty, co, do których zamawiający oczekuje wyjaśnień.

W dniu 4.01.2013 roku w siedzibie Zamawiającego odbyło się posiedzenie Komisji, która wobec wątpliwości doręczenia wezwania do złożenia wyjaśnień, postanowiła ponownie zwrócić się do Wykonawcy o wyjaśnienia. Jednakże wobec innego stanowiska radcy prawnego żądanie wyjaśnień nie zostało sformułowane i skierowane do Odwołującego.

W dokumentacji brak jest wniosku do radcy prawnego oraz informacji na podstawie których wyraził swoją opinię.

W dniu 7.01.2013 roku Odwołujący złożył wniosek o wgląd do akt postępowania oraz żądanie doręczenia wezwania do złożenia wyjaśnień, bez reakcji ze strony Zamawiającego.

W dniu 8.01.2013 roku Odwołujący otrzymał informacje o wyborze najkorzystniejszej oferty w podziale na trzy części na które Odwołujący złożył ofertę.

W dniu 9.01.2013 roku Odwołujący złożył ponownie do Zamawiającego wniosek o wgląd do akt postępowania oraz żądanie doręczenia wezwania do złożenia wyjaśnień. Wgląd do akt postępowania umożliwiono dopiero w dniu 10 stycznia 2013 roku.

Z informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty część 1,111,IV wynika, że Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego stwierdzając, iż pismem z dnia 24.12.2012 roku Zamawiający wezwał do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny celem ustalenia czy oferta zawiera rażąco niską cenę. Stwierdził również że Odwołujący w wyznaczonym terminie nie złożył wyjaśnień, w związku z czym oferta Wykonawcy podlega odrzuceniu.

1.Oдноśnie zarzutu naruszenia przepisu art. 92 ust. 1 pkt 1. 2 ustawy PZP należy podnieść:

Niezwłocznie, a więc tak szybko, jak to jest możliwe, po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający powinien zawiadomić adresatów wskazanych w przepisie, a więc - niezależnie od trybu, w jakim jest udzielane zamówienie - wykonawców, którzy złożyli oferty, o kluczowych czynnościach podjętych podczas oceny ofert. Za złożenie oferty, a więc czynność uprawniającą do uzyskania informacji, o której mowa w art. 92 ust. 1, należy przy tym przyjąć złożenie oferty w terminie. Zakres przekazywanych informacji różni się natomiast w przypadku poszczególnych trybów. W przetargu nieograniczonym obejmuje informacje o wykluczeniach z postępowania, w pozostałych trybach zaś ta informacja jest przekazywana wcześniej, bo po ocenie wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Podstawą prawną jej udzielenia są wówczas art. 24 ust. 3 oraz art. 51 ust. 1a. O fakcie wykluczenia dowolnego wykonawcy informuje się nie tylko wykonawcę będącego podmiotem wykluczonym, ale wszystkich wykonawców. Podobnie skonstruowano przepis dotyczący informowania o odrzuceniu ofert. W tym przypadku również wszyscy wykonawcy, którzy złożyli oferty, są informowani o odrzuceniu każdej z ofert. Zarówno w przypadku informacji o wykluczeniach, jak i o odrzuceniu oferty zamawiający jest obowiązany w każdym przypadku podać wszystkim wykonawcom uzasadnienie faktyczne i prawne dokonanej czynności.

W niniejszej sprawie Zamawiający dokonał podziału informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej zgodnie z częściami zamówienia. Oznacza to że w tym przypadku nie o wszystkich wykonawcach, którzy złożyli oferty, są informowani pozostali uczestnicy postępowania, jak również że nie są informowani o fakcie odrzucenia każdej z ofert. Brak tych informacji uniemożliwia w sposób właściwy skorzystania chociażby z prawa do przystąpienia do toczących się odwołań.

Informacja pisemna skierowana do Odwołującego w piśmie z dnia 12 lutego 2009 r. nie zawierała wszystkich elementów, o których stanowi przywołany przepis. Szcątkowe wskazanie podstaw faktycznych odrzucenia oferty X jest niewątpliwie naruszeniem wskazanego przepisu. Wykonawcy nie mogą i nie powinni domyślać się innych podstaw faktycznych czynności zamawiającego, niż zostały im w pisemnej informacji o wyborze zakomunikowane, a w szczególności dowiadywać się powyższego dopiero na rozprawie przed Izłą. W niniejszej sprawie stwierdzenie że Zamawiający wezwał do złożenia wyjaśnień, jak również że Odwołujący w wyznaczonym terminie nie złożył wyjaśnień nie są zgodne ze stanem faktycznym. Zamawiający nie dokonał subsumpcji, tj. przyporządkowania stanu faktycznego do konkretnych przepisów PZP w celu udowodnienia, że okoliczności faktyczne zachodzące w danym przypadku pozwalają na zakwalifikowanie ich, jako okoliczności wypełniających dyspozycję określonej normy prawnej. Zamawiający wszakże pominął istotną kwestię doręczenia wezwania i możliwości zapoznania się z jego treścią.

2. Odnośnie zarzutu naruszenia przepisu art. 90 ust. 3 ustawy:

Zgodnie z art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, odrzucenie oferty z powodu rażąco niskiej ceny może nastąpić wyłącznie w przypadku, gdy wykonawca nie złoży wyjaśnień co do okoliczności dotyczących zaoferowanej ceny, lub gdy złożone przez niego wyjaśnienia potwierdzą, że cena jest rażąco niska. Zamawiający powinien mieć pewność, że cena jest rażąco niska. Oznacza to, że w przypadku, gdy po złożonych przez wykonawcę wyjaśnieniach Zamawiający cały czas ma wątpliwości, co do tego, czy cena zaoferowana przez wykonawcę jest ceną rażąco niską, to art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych nie daje Zamawiającemu prawa do odrzucenia oferty.

W postępowaniach o udzielenie zamówienia oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje zamawiający i wykonawcy przekazują, zgodnie z wyborem zamawiającego, pisemnie, faksem lub drogą elektroniczną (art. 27 ust. 1 p.z.p.) Tym samym literalna wykładnia tego przepisu nakazuje uznać, że to zamawiającemu ustawodawca pozostawił swobodę wyboru w zakresie formy oświadczeń. Jeżeli przekazują faksem lub drogą elektroniczną, każda ze stron na żądanie drugiej niezwłocznie potwierdza fakt ich otrzymanie.

Natomiast zawsze dopuszczalna jest forma pisemna, z zastrzeżeniem wyjątków przewidzianych ustawą.

Samo sporządzenie pisma zawierającego oświadczenie woli nie może być uznane za złożenie oświadczenia woli w rozumieniu art. 61 k.c., chociażby nawet istniała możliwość faktycznego zapoznania się z treścią oświadczenia przez adresata, o ile nie nastąpiło przekazanie tego pisma z zamiarem wywołania skutków prawnych.

3. Odnośnie zarzutu naruszenia przepisu art. 90 ust. 1 ustawy PZP oraz Art. 5 KC i

Art. 58 KC w związku z art. 14 ustawy PZP:

Skierowanie pytania do wykonawcy jest uprawnione jedynie w sytuacji, gdy za rażąco niską może być uznana cena 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, iż cena oferty jest rażąco niska. Tak naprawdę Zamawiający nie ustalił czy oferta zawiera cenę rażąco niską.

W zasadzie przyjęto jedynie, iż cena odbiega w znaczny sposób od cen innych ofert.

Zamawiający nie wskazał żadnych elementów w wezwaniu tylko przytoczył przepis prawa czym będzie się kierował przy ocenie tychże wyjaśnień co stanowi naruszenie przepisu art. 90 ust. 1 PZP.

Ustawa nie określa terminu, który zamawiający winien pozostawić wykonawcy na złożenie wyjaśnień. Wskazanie terminu zbyt krótkiego, podobnie jak każda inna czynność Zamawiającego, może spowodować złożenie odwołania przez Wykonawcę, którego interes w uzyskaniu zamówienia może doznać uszczerbku wskutek działania Zamawiającego, w

praktyce uniemożliwiającego złożenie wyjaśnień. Podstawą do korzystania ze środka ochrony prawnej może być jednak dowiedzenie, iż naruszono przepis art. 7 ust. 1 w części nakazującej zamawiającemu prowadzenie postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji. Jeśli poprzez drastycznie krótki termin wykonawca, który potrafi udowodnić, że cena jego oferty nie jest rażąco niska, nie zdąży złożyć wyjaśnień w terminie (a złoży je z jego uchybieniem, ale nie budzą one wątpliwości, co do prawidłowości), to żądanie (złożone z zachowaniem terminów) dłuższego czasu na udzielenie i wykazujące nierealność czasu określonego przez zamawiającego jest zasadne.

Wyjaśnienia udzielane zgodnie z przepisem art. 90 p.z.p. mają w zdecydowanej większości przypadków charakter znacznie bardziej skomplikowany niż np. wyjaśnienia treści oferty, o których mowa w art. 87 ust. 1. Odnoszą się bowiem nie do konkretnego oświadczenia woli, lecz do warunków prowadzenia działalności gospodarczej wykonawcy w aspekcie prawnym, ekonomicznym, społecznym itp. Odmiennie też niż w przypadku uzupełnień i wyjaśnień składanych na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 Wykonawca nie może liczyć się z ich koniecznością. Kształt i zakres dokumentów, których składanie i wyjaśnienia definiują przepisy art. 26, jest bowiem znany od chwili wszczęcia postępowania i żądań zamawiającego można się spodziewać, jeśli składa się dokumenty nieodpowiadające wymaganiom prawa lub SIWZ. W odniesieniu do ceny ewentualne żądanie zamawiającego ujawnia się dopiero przy ocenie ofert i jest niemożliwe do przewidzenia. Czas na reakcję musi więc być odpowiednio długi.

Określenie terminu zbyt krótkiego może spowodować złożenie odwołania przez wykonawcę, którego interes może doznać uszczerbku poprzez działania zamawiającego. Nawet kiedy ustalony termin będzie bardzo krótki. Jeśli jednak przez wyjątkowo krótki termin wykonawca, który może udowodnić, że cena jego oferty nie jest rażąco niska, nie zdąży wyjaśnić tego w terminie wskazanym przez zamawiającego, to żądanie wyznaczenia dłuższego terminu na udzielenie odpowiedzi i zarzut nierealności czasu podanego przez zamawiającego będą zasadne. Wykonawca musi mieć też odpowiednio dużo czasu, aby sporządzić wyczerpujące wyjaśnienia, ale także zebrać dokumenty na poparcie tych wyjaśniających.

Ponadto należy podkreślić iż z art. 58 Kodeksu cywilnego wynika, że czynność prawna sprzeczna z ustawą albo mająca na celu obejście ustawy jest nieważna i wskazał, że należy uznać czynność Zamawiającego polegającą na wyznaczeniu kilkugodzinnego terminu przedzielonego Świątami Bożego Narodzenia na dokonanie wyjaśnień rażąco niskiej ceny praktycznie uniemożliwia terminowe dokonanie tych czynności, a więc powinna zostać uznana za nieważną.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. Zarzut naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy uznał za nieuzasadniony wskazując, że miał prawo do podziału zamówienia na części i w konsekwencji informowania o wyniku postępowania odrębnie dla każdej części. Stwierdził również, że podał uzasadnienie faktyczne i prawne swojej decyzji o wyborze ofert. Zauważył, że podał wszystkie informacje wymagane przepisami art. 92 ust. 1 i 2 ustawy pzp m.in. przytoczył przepis art. 90 ust. 3 ustawy pzp stanowiący podstawę prawną odrzucenia ofert odwołującego oraz złożył przyczyny zastosowania tego przepisu tj. brak złożenia wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny zaoferowanej przez odwołującego. Zauważył przy tym, że odwołujący przyznał w odwołaniu, że takie informacje znalazły się w informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 8 stycznia 2013 r. dla części I, III i IV wysłanej do wykonawców, w tym do odwołującego.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 90 ust. 3 ustawy pzp zamawiający stwierdził, że nie miał podstaw poddawać w wątpliwość numeru faksu wskazanego w ofercie przez odwołującego, na który należało przekazywać wykonawcy informacje w toku postępowania. Na wskazany numer przekazał dnia 24.12.2012 r. wezwanie, w trybie art. 90 ust. 3, do odwołującego. Błąd co do numeru obciąża wykonawcę jako profesjonalnego uczestnika obrotu, a nie zamawiającego. Zamawiający nie miał przy tym wiedzy, że dzień 24 grudnia był u odwołującego dniem wolnym od pracy, gdyż nie jest to informacja publiczna. Wskazał także, że brak potwierdzenia otrzymania przekazanych oświadczeń, wniosków i zawiadomień, w świetle art. 27 ust. 2 ustawy pzp, nie wywołuje skutków prawnych.

Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego „KTU Zieleń” sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi wniósł o oddalenie odwołania.

Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego „Drogi i Ogrody” sp. z o.o. wniósł o oddalenie odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpoznaniu odwołania na rozprawie z udziałem stron i uczestników zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego, biorąc pod uwagę dokumentację postępowania oraz stanowiska przedstawione na piśmie i do protokołu, zważyła, co następuje.

Odwołujący ma interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy pzp, co wypełnia materialno prawną przesłankę określoną w tym przepisie.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy pzp poprzez podział informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz brak uzasadnienia faktycznego i prawnego odrzucenia oferty odwołującego w informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej, Izba uznaje zarzut za nieuzasadniony. Zamawiający podzielił zamówienie na części, co było uzasadnione specyfiką zamówienia wynikającą z różnych warunków świadczenia usług na terenach położonych w różnych miejscach miasta Łodzi. Nie można również zarzucić

zamawiającemu, iż nie podał podstawy faktycznej i prawnej swojej decyzji dla każdej części zamówienia. Uzasadnienie, jakkolwiek lakoniczne wskazywało na przepis ustawy tj. art. 90 ust. 3 ustawy pzp oraz fakt nieotrzymania wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w terminie wyznaczonym tj. 27 grudnia 2012 r.

Niezasadny jest również zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy pzp poprzez nieokreślenie w wezwaniu do złożenia wyjaśnień elementów oferty, co do których zamawiający oczekuje wyjaśnień. Należy zauważyć, że zamawiający nie ma obowiązku określać, co do jakich elementów cenotwórczych ma wątpliwości w procedurze przewidzianej w art. 90 ustawy pzp. Wystarczające jest powzięcie wątpliwości co do wysokości ceny zaoferowanej, niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia i wezwanie wykonawcy do udzielenia w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów ceny mających wpływ na wysokość ceny. Natomiast po stronie wezwanego wykonawcy spoczywa ciężar udowodnienia, że cena nie jest rażąco niska. Sposób przeprowadzenia tego dowodu, przy braku zwerbalizowanych oczekiwań przez zamawiającego, ewentualne kalkulacje, obiektywne czynniki wpływające na cenę, należą do wykonawcy.

Natomiast podstawowy zarzut odwołania dotyczący naruszenia art. 90 ust. 1 i 3 ustawy pzp przez odrzucenie oferty odwołującego z uwagi na niezłożenie w terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, zasługuje, w okolicznościach niniejszej sprawy na uwzględnienie. Niesporne jest, że dnia 24.12.2012 r. zamawiający przesłał na numer faksu podany przez odwołującego w ofercie wezwanie, w trybie art. 90 ust. 1 ustawy pzp, o udzielenie wyjaśnień dotyczących ceny oferty, co do której, z uwagi na wysokość powziął wątpliwości, czy nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia. Wezwanie dotyczyło części I, II i IV zamówienia. Termin do złożenia wyjaśnień zamawiający wyznaczył na dzień 27.12.2012 r. Należy przypomnieć, że z przyczyn leżących po stronie odwołującego się wykonawcy, faks nie dotarł do niego, gdyż numer był obarczony pomyłką (0 zamiast 6 w środku ciągu cyfr). Izba przyjmuje z powyższego względu domniemanie, że zamawiający skutecznie wysłał wezwanie do złożenia wyjaśnień i przy takim założeniu, a także zakładając, że dzień 24.12.2012 r. nie był dniem ustawowo wolny od pracy, stwierdza, co następuje. Zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy pzp zamawiający zwraca się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień/.../. W ocenie składu orzekającego zamawiający wskazał zbyt krótki okres na złożenie wyjaśnień, czym w ocenie Izby naruszył wskazany przepis. Biorąc pod uwagę terminy zdarzeń należy przypomnieć, że wezwanie o wyjaśnienia wysłano przed południem 24.12.2012 r. tj. dzień w polskiej tradycji będący Wigilią Bożego Narodzenia, a oczekiwano wyjaśnień dnia 27.12.2012 r. tj. pierwszy dzień roboczy po świętach. W praktyce oznacza to, że odwołujący miał niewiele ponad 1 dzień roboczy na przygotowanie i złożenie zamawiającemu wyjaśnień, o które został wezwany. Stwierdzić należy, że przywołany

powyżej kilkakrotnie przepis art. 90 ust. 1 nie zawiera konkretnego terminu, w ciągu którego wykonawcy zobowiązani są odpowiedzieć na wystosowane do nich wezwanie. Kompetencje do określenia terminu ma zamawiający, jako prowadzący postępowanie, zgodnie z art. 7 ust. 1 in principio ustawy pzp. Nie można jednak uznać, że posiada on w tej kwestii pełną swobodę. Przede wszystkim termin ten powinien być rozsądny i realny, czyli taki, iż w toku normalnych czynności dany wykonawca mógłby podjąć stosowne działania tj. przygotować wyjaśnienia, a następnie przekazać je właściwej formie, treści i terminie do zamawiającego. Zamawiający powinien zatem wyznaczyć termin, który obiektywnie umożliwi wykonawcy wykonanie obowiązku zgodnie z żądaniem. Nie bez znaczenie w niniejszej sprawie jest fakt, że wezwanie nastąpiło w terminie specyficznym, dniu Wigilii, który tradycyjnie u zdecydowanej większości pracodawców w Polsce nie jest pełnym ośmiogodzinnym dniem pracy.

Mając powyższe na względzie, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp tj. stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący:

.....