

WYROK

z dnia 14 kwietnia 2015 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Beata Pakulska-Banach

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 kwietnia 2015 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 marca 2015 roku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **1) K. G., prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą AGRO - LAS G. K., ul. Kopernika 11, 69-113 Czarnów, 2) P. D., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Usługi Leśne P. D., ul. Kościuszki 2B lok. 2, 69-220 Ośno Lubuskie, 3) M. K., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych M. K., Dąbroszyn 49 lok. 1, 66-460 Witnica, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Skarb Państwa - Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Ośno Lubuskie, ul. Rzepińska 11, 69-220 Ośno Lubuskie,**

przy udziale:

wykonawcy – **R. H., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Usługi Leśne R. H., Buszkowo 75, lok. 2, 86-010 Koronowo,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert i odrzucenie oferty złożonej przez wykonawcę R. H., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Usługi Leśne R. H. .
2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego, i:

- 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego **kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy)**, uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia:
- 1) K. G., prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą AGRO - LAS G. K.,
 - 2) P. D., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Usługi Leśne P. D.,
 - 3) M. K., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych M. K., tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2 zasądza od Zamawiającego na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1) K. G., prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą AGRO - LAS G. K., 2) P. D., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Usługi Leśne P. D., 3) M. K., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych M. K. **kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy)**, stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. z 2013 r., poz. 907, 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 Gorzowie Wielkopolskim.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Skarb Państwa - Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Ośno Lubuskie [zwany dalej: „Zamawiającym”] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zadania: *Wykonywanie usług z zakresu pozyskania i zrywki w Nadleśnictwie Ośno Lubuskie w roku 2015 z wykorzystaniem maszyn specjalistycznych*, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych [j.t. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.], zwanej dalej „ustawą Pzp”.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 18 lutego 2015 roku pod numerem 2015/S 034-058268.

W dniu 19 marca 2015 roku Zamawiający – za pośrednictwem poczty elektronicznej - przekazał wykonawcom biorącym udział w postępowaniu zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty. Największą ilość punktów uzyskała oferta złożona przez wykonawcę R. H., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Usługi Leśne R. H. . Żaden z wykonawców nie został wykluczony z postępowania, ani też żadna z ofert nie została odrzucona.

W dniu 30 marca 2015 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: 1) K. G., prowadząca działalność gospodarczą pod firmą AGRO- LAS G. K., 2) P. D., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Leśne P. D., 3) M. K., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych M. K. [zwani dalej łącznie: „Odwołującym”] wnieśli odwołanie od czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na wyborze oferty najkorzystniejszej, zaniechania odrzucenia oferty rażąco niskiej oraz zaniechania wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez naruszenie przez Zamawiającego zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, w skutek czego, w postępowaniu naruszone zostały przepisy ustawy Pzp w związku z art. 5 Kodeksu cywilnego;
- 2) art. 90 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp poprzez błędną ich wykładnię, nie wezwanie do złożenia wyjaśnień Wykonawców, których oferty nosiły znamiona rażąco niskich, nie odrzucenie ofert podlegających odrzuceniu, jako zawierających rażąco niską cenę oraz podlegających odrzuceniu

ze względu na to, że ich złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;

- 3) art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej z naruszeniem obowiązujących przepisów i pozbawienie Odwołującego prawa do uznania jego oferty za ofertę najkorzystniejszą.

W oparciu o powyższe zarzuty Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej poprzez odrzucenie ofert rażąco niskich oraz wybór oferty Odwołującego w oparciu o art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, a także o obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podniósł, że posiada interes w uzyskaniu danego zamówienia, w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp oraz, że poniósł szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty rażąco niskiej, złożonej przez wykonawcę R. H., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Usługi Leśne R. H., co powoduje niemożność uzyskania prawa do realizacji zamówienia przez Odwołującego, który złożył jedyną ważną ofertę.

Odwołujący wskazał, że zamówienie obejmuje swym zakresem wykonywanie usług leśnych z zakresu pozyskania i zrywki drewna w Nadleśnictwie Ośno Lubuskie w roku 2015 w Leśnictwach: Drogomin, Ośno, Łabędzia Góra, Świniary, Gronów, Czarnów, z wykorzystaniem maszyn specjalistycznych, przy czym łączna masa drewna przeznaczona do maszynowego pozyskania i zrywki w cięciach rębnych i przedrębnych wynosi 20 200,00 m³. Dodatkowo, w ramach realizacji przedmiotu zamówienia Zamawiający wymaga, aby Wykonawca pozyskał ręcznie przy pomocy pilarki spalinowej ok. 1600 m³, co dotyczy sortymentów cennych SO WAB0.

Odwołujący wskazał, że przepis art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp zobowiązuje Zamawiającego do odrzucenia oferty, zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Jednocześnie zwrócił uwagę, że ustawa Pzp nie wprowadza legalnej definicji „rażąco niskiej ceny” i, że każdy przypadek Zamawiający zobowiązany jest oceniać indywidualnie. Powołał się na opinię Urzędu Zamówień Publicznych oraz na orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej i sądu powszechnego dotyczące wykładni pojęcia „rażąco niskiej ceny”. Odwołujący zauważył, że obowiązkiem Zamawiającego, w przypadku ofert z rażąco niską ceną w stosunku do przedmiotu zamówienia, jest zwrócenie się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań

technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę.

Odwołujący podniósł, że wykonawca – R. H., którego oferta została wybrana jako oferta najkorzystniejsza, był dwukrotnie wzywany przez Zamawiającego do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny, odbiegającej o ponad 30% od wartości szacunkowej zamówienia. W odpowiedzi na te wezwania ww. wykonawca w dniach 12 oraz 18 marca 2015 roku złożył stosowne wyjaśnienia. Odwołujący podkreślił, że wyjaśnienia te, mimo, że dotyczą tej samej oferty, zdecydowanie się różnią, tj.: koszt utrzymania pracowników dla operatora forwardera oraz dla operatora harwestera wynosi odpowiednio 3.360 zł w wyjaśnieniach z dnia 12 marca 2015 r. i 2.520 zł w wyjaśnieniach z dnia 18 marca 2015 r., a łączny miesięczny koszt utrzymania pracowników wynosi 10.220 zł w wyjaśnieniach z dnia 12 marca 2015 r. i 8.540 zł w wyjaśnieniach z dnia 18 marca 2015 r., zaś miesięczny koszt paliwa w wynosi odpowiednio 30.240 zł w wyjaśnieniach z dnia 12 marca 2015 r. i 23.625 zł w wyjaśnieniach z dnia 18 marca 2015 r. Ponadto, koszty miesięczne utrzymania i użytkowania maszyn wielooperacyjnych wynoszą w cięciach przedrębnych 53.625 zł w wyjaśnieniach z dnia 18 marca 2015 r., zaś 73.180 zł w cięciach rębnych w wyjaśnieniach z dnia 12 marca 2015 r., a pozyskanie wynosi odpowiednio 3.360 m³ w wyjaśnieniach z dnia 12 marca 2015 r., zaś 2100 m³ w wyjaśnieniach z dnia 18 marca 2015 r. Odwołujący dodał, że ww. wykonawca zaoferował wykonanie usług leśnych, objętych przedmiotem zamówienia, za łączną cenę 593.180,61 zł.

Odwołujący stwierdził, że każde z wyjaśnień odnosi się do innych elementów cenotwórczych, jak i podaje inne wynagrodzenie tych samych pracowników. Jego zdaniem, Zamawiający nie dochował należytej staranności w ocenie złożonych wyjaśnień i nie zweryfikował rozbieżności pomiędzy nimi. W ocenie Odwołującego, wykonawca dopasował przedmiotowe wyjaśnienia do ceny podanej w ofercie, określonej w wysokości zdecydowanie poniżej realnego poziomu. Odwołujący podniósł, że oferowane przez ww. wykonawcę stawki jednostkowe, stanowią po zsumowaniu cenę ofertową, która powinna obejmować wszystkie koszty i składniki, związane z wykonaniem zamówienia, wynikające wprost z opisu przedmiotu zamówienia, z uwzględnieniem całego zakresu przedmiotu zamówienia oraz ewentualne ryzyko, wynikające z okoliczności, które można było przewidzieć w terminie opracowywania oferty do czasu jej złożenia. W ocenie Odwołującego niedopuszczalne byłoby powoływanie się na możliwość pokrywania niedoborów w cenie ryczałtowej za jedną usługę nadwyżkami w obrębie ceny za drugą

usługę, czy też kwestionowanie realności możliwości wykonania usługi w stosunku do norm pracochłonności w usługach leśnych.

Odwołujący wskazał, że ww. wykonawca zaoferował zatrudnienie pracowników na podstawie umowy o pracę. Dodał przy tym, że prace, objęte przedmiotem zamówienia, mają elementy charakterystyczne dla pracy wykonywanej na podstawie umowy o pracę. Podniósł także, że konieczne jest ujęcie w kalkulacji kosztów utrzymania pracowników nie tylko kosztów pracy, ale także kosztów pośrednich, i innych mających wpływ na dany rodzaj usługi. Stwierdził, że ustawa, gwarantuje pracownikowi, zatrudnionemu w pełnym wymiarze czasu pracy, wysokość wynagrodzenia nie niższą od wysokości minimalnego wynagrodzenia, określonego ustawą, przy czym do ustalenia wysokości wynagrodzenia pracownika przyjmowane są, wypłacane w danym miesiącu, przysługujące pracownikowi składniki wynagrodzenia i inne świadczenia wynikające ze stosunku pracy.

Ponadto, Odwołujący zauważył, że wykonawca winien był wskazać w wyjaśnieniach jak będzie uwzględniał koszty związane z wykonywaniem usługi w miejscu odległym od siedziby swej firmy o ok. 300 km. Podniósł, że koszty transportu przewijały się w pierwszych wyjaśnieniach, a już w drugich zostały całkowicie pominięte. Dodał, że koszty wykonywania usługi winny objąć również koszty utrzymania pracowników.

Następnie, Odwołujący wskazał, że według definicji słownikowej "rażący" - to dający się łatwo stwierdzić, wyraźny, oczywisty, niewątpliwy, bezsporny, co oznacza, że oferta podlega odrzuceniu, o ile zawiera cenę wyraźnie i w oczywisty, bezsporny sposób zaniżoną w stosunku do przedmiotu zamówienia. W jego opinii przyczyną wyraźnie niższej ceny w stosunku do innych ofert może być albo świadome działanie wykonawcy albo nierzetelność kalkulacji wykonawcy. Stwierdził, że obowiązek złożenia przez wykonawcę wyjaśnień i dowodów, dotyczących ceny, zachodzi wówczas, gdy Zamawiający poweźmie wątpliwość co do tego, czy cena nie jest rażąco niska. Zdaniem Odwołującego, w przedmiotowym postępowaniu, już tylko na podstawie informacji całkowicie sprzecznych, Zamawiający zobowiązany był zwrócić się do wykonawcy o szczegółowe wyjaśnienie powodów zaproponowania tak niskiej ceny. Odwołujący powołał się na orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości UE odnoszące się do obowiązku weryfikacji ofert przez zamawiających pod kątem rażąco niskiej ceny, w tym do żądania wyjaśnień.

Odwołujący stwierdził, że w niniejszym postępowaniu nie było rzetelnych wyjaśnień wykonawcy. Odwołujący wskazał na zmiany w zakresie wyceny, pomijanie części elementów wyceny, co w jego ocenie, stanowi przykład nierzetelnych wręcz lakonicznych wyjaśnień. Podniósł, że nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień odpowiednio umotywowanych, przekonujących, że zaproponowana oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Odwołujący podkreślił, że w przedmiotowym postępowaniu, wykonawca, o którym była mowa powyżej, wprawdzie złożył wyjaśnienia, jednak powinny być

one jak najbardziej szczegółowe i powinny zawierać wszystkie aspekty mające wpływ na cenę, tak, aby nie pozostawiały wątpliwości, co do prawidłowego jej wyliczenia.

Dodał, że wyjaśnienia nie powinny opierać się na samych oświadczeniach wykonawcy, ponieważ art. 90 ustawy Pzp stanowi o "dowodach" na ich potwierdzenie.

W ocenie Odwołującego wszczęcie przez Zamawiającego procedury z art. 90 ustawy Pzp ustanawia domniemanie, że zaproponowana w ofercie cena jest ceną rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia i w związku z tym, oferta wykonawcy będzie podlegać odrzuceniu w przypadku potwierdzenia przypuszczeń Zamawiającego. Podkreślił, że złożenie przez wezwanego wykonawcę wyjaśnień, dotyczących elementów mających wpływ na wysokość ceny, ma doprowadzić do obalenia tego domniemania, a ciężar udowodnienia Zamawiającemu okoliczności wskazujących na brak zaoferowania ceny rażąco niskiej spoczywa w całości na wykonawcy, do którego, skierowano wezwanie.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający uzyskując nierzetelne i sprzeczne w treści wyjaśnienia winien był odrzucić ofertę. Podkreślił, że postępowania wyjaśniającego nie powinien cechować formalistyczny rygorizm, lecz dążenie do wyboru najkorzystniejszej oferty i eliminacji tych, które stanowią przejaw nieuczciwej konkurencji. Jego zdaniem, niezrozumiałe jest działanie Zamawiającego, który mimo, iż wyartykułował wprost jakie elementy mające wpływ na wysokość ceny winny zostać objęte wyjaśnieniem, nie skorzystał z uprawnienia ustawowego pozwalającego mu na odrzucenie oferty rażąco niskiej.

Z ostrożności procesowej Odwołujący podniósł, iż złożenie oferty z rażąco niską ceną, stanowi czyn nieuczciwej konkurencji i jest podstawą do jej odrzucenia, zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp oraz z art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Stwierdził, że dla skuteczności wykazania naruszenia przepisu art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji koniecznym jest udowodnienie, iż dany wykonawca dokonuje sprzedaży poniżej kosztów własnych, tj. stosuje tak zaniżone ceny, iż nie obejmują wymaganych kosztów. Działania te podejmowane są w celu eliminacji innego przedsiębiorcy, czyli dla zajęcia jego miejsca na rynku, a w konsekwencji stworzenia sobie warunków umożliwiających w przyszłości dyktowanie klientom cen lub innych warunków umów, przy czym, zdaniem Odwołującego, czyn nieuczciwego zaniżania cen może być dokonany tylko świadomie, z winy umyślnej.

W dniu 9 kwietnia 2015 roku Zamawiający złożył do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o oddalenie odwołania w całości i zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania.

W dniu 2 kwietnia 2015 roku wykonawca – R. H., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Leśne R. H. [zwany dalej: „Przystępującym”], doręczył

Prezesowi Izby – w formie elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu - przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 637/15 po stronie Zamawiającego.

Zgodnie z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby w formie pisemnej albo elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu, a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie.

Izba ustaliła, że ww. wykonawca, zgłosił Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej, w terminie określonym w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp, przystąpienie do postępowania odwoławczego, przy czym zgłaszający przystąpienie wskazał Stronę, do której zgłosił przystąpienie i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść tej Strony. Strony, w toku posiedzenia potwierdziły otrzymanie kopii zgłoszenia przystąpienia, o którym mowa powyżej.

Wobec powyższego Izba uznała, że zostały spełnione przesłanki wynikające z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp, a tym samym, że ww. wykonawca skutecznie zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego.

Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania w oparciu o przesłanki, określone w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, tj. dokumenty wchodzące w skład dokumentacji postępowania przekazanej Izbie w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, dokumenty złożone przez Strony (tj. pismo z Regionalnej Dyrekcji Lasów Państwowych w Szczecinie z dnia 8.04.2015 r.), jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron zawarte w pismach (odpowieź Zamawiającego na odwołanie datowana na dzień 8.04.2015r r.; pisemne obliczenia, przedstawione przez Odwołującego w toku posiedzenia w dniu 10.04.2015 r.), a także oświadczenia i stanowiska Stron wyrażone ustnie do protokołu rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba jest zobowiązana do badania z urzędu czy zostały spełnione przesłanki, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, warunkujące możliwość wnoszenia środków ochrony prawnej. Zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp *Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu*

podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, datowanej na dzień 8 kwietnia 2015 roku, wskazywał na brak interesu Odwołującego w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Stwierdził mianowicie, że *„Upatrywanie interesu w braku odrzucenia oferty złożonej przez R. H. jest błędne i nie zasługuje na należyte wykazanie przesłanek z art. 179 ust. 1 p.z.p. Oferta ta bowiem nie zawierała rażąco niskiej ceny – co zostało przez Zamawiającego należycie zweryfikowane i ocenione w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Twierdzenia podniesione przez Odwołującego jakoby jeszcze inne - nie wskazane przez niego oferty miałyby zawierać rażąco niskie ceny są gołosłowne i nielogiczne (...)”*.

Izba nie podzieliła stanowiska Zamawiającego i ustaliła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do wniesienia odwołania, ponieważ wypełniona została materialnoprawna przesłanka interesu w uzyskaniu zamówienia, określona w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowana możliwością poniesienia przez niego szkody.

W ocenie Izby Odwołujący ma interes w uzyskaniu tego konkretnego zamówienia, bowiem złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu i jest bezpośrednio zainteresowany uzyskaniem zamówienia. Zišciła się także przesłanka możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Oferta Odwołującego została sklasyfikowana na drugim miejscu, a zatem w przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania, dotyczących zaniechania odrzucenia oferty, która została wybrana jako najkorzystniejsza, będzie miał możliwość uzyskania zamówienia.

Natomiast to, czy Zamawiający dokonał prawidłowej oceny oferty złożonej przez R. H. w zakresie rażąco niskiej ceny jest właśnie przedmiotem rozstrzygnięcia w niniejszym postępowaniu. Prawdą jest, że zarzuty odwołania w sposób niejasny i niedookreślony odnoszą się również do innych ofert złożonych w tym postępowaniu (co jednak zostało zweryfikowane w toku rozprawy przez Odwołującego, który wyjaśnił, że jego intencją było podniesienie zarzutów wyłącznie co do oferty złożonej przez R. H.). Jednak, nie zmienia to oceny, co do kwestii legitymacji Odwołującego do wniesienia odwołania, albowiem treść uzasadnienia odwołania wskazuje jednoznacznie na to, że przedmiotem odwołania jest zaniechanie przez Zamawiającego odrzucenia oferty złożonej przez R. H., jako zawierającej rażąco niską cenę, względnie, z uwagi na to, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, a to już może implikować możliwość powstania szkody przez Odwołującego w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Reasumując, Izba stwierdziła, że Odwołujący spełnił przesłanki, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Rozpatrując odwołanie w granicach podnoszonych zarzutów podtrzymanych na rozprawie – stosownie do art. 192 ust. 7 ustawy Pzp - Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

W przedmiotowym postępowaniu zostało złożonych 10 ofert, przy czym żadna z nich nie została przez Zamawiającego odrzucona. Z treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia [dalej zwanej: „SIWZ”] wynika, że przy ocenie ofert Zamawiający brał pod uwagę następujące kryteria ofert: cenę usługi (90%), doświadczenie wykonawcy (5%) i potencjał ludzki (5%).

Oferta złożona przez Przystępującego, opiewała na kwotę 593.180,61 zł brutto, (549.241,30 zł netto) i otrzymała największą ilość punktów, tj. 100 pkt. Oferta złożona przez Odwołującego się, opiewała na kwotę 609.878,70 zł brutto i została sklasyfikowana na 2 miejscu z ilością 97,54 pkt. Zatem, różnica w cenach obu ofert wynosiła 16.698,09 zł. Ceny pozostałych ofert kształtowały się w granicach od 611.683,14 zł do kwoty 743.763,60 zł brutto.

Wartość zamówienia netto bez zamówień uzupełniających wynosi 800.752,10 zł, wartość zamówienia netto łącznie z zamówieniami uzupełniającymi wynosi 1.201.128,15 zł.

Zgodnie z pkt 3.2. SIWZ przedmiot zamówienia obejmuje: wykonanie usługi z zakresu pozyskania i zrywki drewna w Leśnictwie Drogomin, Ośno, Łabędzia Góra, Świniary, Gronów, Czarnów z wykorzystaniem maszyn specjalistycznych, przy czym łączna masa drewna przeznaczona do maszynowego pozyskania w cięciach rębnych i przedrębnych to 20200,00 m³ oraz łączna masa drewna przeznaczona do zrywki w cięciach rębnych i przedrębnych to 20200,00 m³. W pkt 3.3 SIWZ Zamawiający wskazał, że w ramach realizacji przedmiotu zamówienia wymaga, aby Wykonawca pozyskał ręcznie przy pomocy pilarki spalinowej ok.1600 m³, co ma dotyczyć sortymentów cennych SO WAB0.

W dniu 11 marca 2015 roku Zamawiający, działając na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień odnośnie ceny oferty poprzez udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, „w szczególności przedstawienie: a) kosztów i wydajności sprzętu (np. wysokości rat leasingowych, kosztów amortyzacji, eksploatacji, wydajności pozyskania i zrywki na zmianę roboczą oraz liczbę zmian na dobę), b) kosztów wynagrodzenia oraz pochodnych np. koszty BHP, c) oszczędności metody wykonania zamówienia, d) wybranych rozwiązań technicznych, e) wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia, dostępnych dla wykonawcy, f) ewentualnej pomocy publicznej”. Jednocześnie, Zamawiający pouczył wykonawcę o treści art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

W wyniku wezwania, o którym mowa powyżej, Przystępujący złożył wyjaśnienia, datowane na dzień 12 marca 2015 roku, w których przedstawił kalkulację kosztów.

Przystępujący wskazał, że posiadane przez niego maszyny harwester i forwarder posiadają średnią wydajność pozyskania i zrywki drewna w cięciach rębnych na poziomie 20 m³/godz., co przy 8 godzinnym dniu pracy pozwala na osiągnięcie wydajności 160 m³ drewna dziennie. Natomiast w skali miesiąca (po przepracowaniu 21 dni) - 3 360 m³. Następnie wyjaśnił, że w związku z pozyskaniem i zrywką ww. masy drewna poniesie następujące koszty:

- koszt utrzymania pracowników (wynagrodzenie akordowe): operator forwardera – 1,00 zł/m³ x 3360 m³ = 3 360 zł, operator harwestera – 1,00 zł/m³ x 3360 m³ = 3 360 zł, pilarz – 3 500 zł (łącznie miesięczny koszt utrzymania pracowników – 10 220 zł);
- koszt paliwa przy średnim zużyciu paliwa 2 litry na zrywkę i pozyskanie 1 m³ drewna, co w skali miesiąca wynosi: 2 l/ m³ x 3 360 m³ = 6.720 l x 4,50 zł/l = 30 240 zł;
- koszt przewiezienia sprzętu – 2 800 km przy stawce 4,00 zł/km = 11 200 zł;
- miesięczne koszty poniesione na materiały eksploatacyjne (oleje, smary, węże hydrauliczne, łańcuchy) – ok. 5 000 zł;
- miesięczny koszt amortyzacji sprzętu to 10 040 zł. Dodał również, że jest to kwota tak niska, bo na posiadanym sprzęcie nie ciąży żadne raty kredytowe i leasingowe;
- pozostałe koszty w skali miesiąca – 6 480 zł.

Podsumowując, stwierdził, że miesięczne koszty poniesione na utrzymanie maszyn wynoszą 73 180 zł, co przy pozyskaniu i zrywce na poziomie 3 360 m³ daje koszt pozyskania i zrywki 1 m³ drewna – 21,78 zł. Wyjaśnił, że przedstawiona przez niego kalkulacja ma pełne odzwierciedlenie w rzeczywistości, gdyż wykonuje usługi na terenie innych Nadleśnictw, jako główny wykonawca, gdzie stawki za pozyskanie i zrywkę drewna kształtują się na poziomie stawek przez niego zaoferowanych.

Wezwaniem z dnia 17 marca 2015 roku Zamawiający ponownie zwrócił się do Przystępującego o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny „z uwzględnieniem kosztów i wydajności sprzętu, jakie poniesie Wykonawca podczas pozyskania i zrywki drewna w cięciach przedrębnych”. Ponadto, Zamawiający zadał pytanie „czy kwoty, jakie Wykonawca podaje w wyjaśnieniach przesłanych do Zamawiającego dnia 13 marca 2015 r. (wynagrodzenia pracowników, koszty paliwa, transportu sprzętu, eksploatacyjne), są kwotami netto czy brutto?”.

Przystępujący, odpowiadając na powyższe wezwanie w dniu 18 marca 2015 roku, przedstawił kalkulację kosztów odnoszącą się do pozyskania i zrywki drewna w cięciach przedrębnych. Wyjaśnił, że w tym zakresie posiadane przez niego maszyny (harwester i forwarder) posiadają średnią wydajność 100 m³ pozyskanego i zerwanego drewna przy 8-godzinnej zmianie roboczej. W skali miesiąca (po przepracowaniu 21 dni) osiągnięta jest wydajność 2 100 m³. Koszty związane z pozyskaniem i zrywką takiej ilości drewna, według wyjaśnień Przystępującego, kształtują się następująco:

- koszt utrzymania pracowników (wynagrodzenie akordowe): operator forwardera – $1,20 \text{ zł/m}^3 \times 2\,100 \text{ m}^3 = 2\,520 \text{ zł}$, operator harwestera – $1,20 \text{ zł/m}^3 \times 2\,100 \text{ m}^3 = 2\,520 \text{ zł}$, pilarz – 3 500 zł (łączny miesięczny koszt utrzymania pracowników – 8 540 zł);
- koszt paliwa przy średnim zużyciu paliwa 2,5 litra na zrywkę i pozyskanie 1 m³ drewna, co w skali miesiąca wynosi: $2,5 \text{ l./m}^3 \times 4,5 \text{ zł/l.} \times 2\,100 = 23\,625,00 \text{ zł}$;
- miesięczne koszty poniesione na materiały eksploatacyjne (oleje, smary, węże hydrauliczne, łańcuchy) – wydatek w granicach 5 000 zł;
- amortyzacja sprzętu – 10 040 zł;
- pozostałe koszty w skali miesiąca związane z użytkowaniem maszyn – 6 480 zł.

Podsumowując, stwierdził, że miesięczne koszty poniesione na utrzymanie maszyn w cięciach przedrębnych wynoszą 53 625 zł, co przy pozyskaniu i zrywce na poziomie 2 100 m³ daje koszt pozyskania i zrywki 1 m³ drewna w cięciach przedrębnych – w granicach 25,54 zł. Wyjaśnił, że przedstawione przez niego kwoty wskazane zarówno w pozyskaniu i zrywce drewna w cięciach rębnych (wyjaśnienie z dnia 13 marca 2015 roku), jak i cięciach przedrębnych są wartościami brutto.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba stwierdziła, co następuje.

Na Zamawiającym z mocy art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp ciąży obowiązek odrzucenia oferty, jeżeli zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp *Jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie:*

- 1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 200, poz. 1679, z 2004 r. Nr 240, poz. 2407 oraz z 2005 r. Nr 157, poz. 1314);
- 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

Z kolei przepis art. 90 ust. 2 ustawy Pzp stanowi, że: *Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy.*

Zgodnie zaś z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp *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 ma prawo, ale i obowiązek zwrócenia się do wykonawcy o złożenie wyjaśnień w zakresie zaoferowanej przez wykonawcę ceny oferty, w tym dotyczących elementów mających wpływ na wysokość ceny, jeśli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów.

Zaznaczyć należy, że przepis art. 90 ust. 1 ustawy Pzp implikuje bezwzględny obowiązek Zamawiającego wezwania danego wykonawcy do złożenia wyjaśnień w sytuacji, gdy zaoferowana cena jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. Powyższe nie zamyka Zamawiającemu drogi do zwrócenia się do wykonawców o wyjaśnienia w pozostałych przypadkach. Także, w niniejszej sprawie, jeśli Zamawiający powziąłby wątpliwości, co do cen zaoferowanych przez pozostałych wykonawców, w tym i Odwołującego, to mógłby wezwać ich do złożenia wyjaśnień.

Z brzmienia przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wynika, że Zamawiający zwraca się nie tylko o udzielenie wyjaśnień, ale w tym także o złożenie dowodów. Natomiast a wykonawcy ciąży obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej (art. 90 ust. 2 ustawy Pzp).

Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu, wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień odnośnie ceny oferty, i to dwukrotnie, i uznał, że nie ma podstaw do odrzucenia oferty z uwagi na rażąco niską cenę. W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający podniósł, że porównanie cen złożonych ofert w prowadzonym przez niego postępowaniu, pokazało, że ceny rynkowe ukształtowały się na poziomie o 24% niższym od oszacowanej przez Zamawiającego kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia, a co więcej zaoferowane ceny są do siebie zbliżone, zaś połowa ofert oscyluje w okolicach 70% kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia. Powołał się również na wyniki podobnych przetargów realizowanych na obszarze Regionalnej Dyrekcji Lasów Państwowych w Szczecinie. Stwierdził, że nie ma wątpliwości co do tego, że cena oferty złożonej przez Przystępującego nie jest ceną rażąco niską, jednakże z uwagi na to, że treść art. 90 ust. 1 ustawy Pzp może powodować problemy interpretacyjne, gdy cena oferty jest niższa o co najmniej 30 % od wartości zamówienia oraz z uwagi na zasady wyrażone w art. 7 ust.1 i 8 ust. 1 ustawy Pzp zwrócił się do Przystępującego o złożenie wyjaśnień.

Izba podziela powołany przez Zamawiającego pogląd wyrażony w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 sierpnia 2014 r., że: *„Wbrew temu, co twierdził odwołujący, nie istnieje domniemanie prawne ani faktyczne istnienia rażąco niskiej ceny wynikające tylko z tego powodu, że zamawiający poprosił o wyjaśnienia w tym zakresie. Jednak wykonawca*

może powziąć "domniemanie", że zamawiający rozważy odrzucenie jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych i to odrzucenie nastąpi, jeśli zamawiający nie uzyska satysfakcjonujących go wyjaśnień, a wykonawca musi wykazać poprawność zaproponowanej ceny." [sygn. akt KIO 1680/14].

Jednak, co również wynika z powołanego powyżej cytatu, brak stosownego domniemania nie oznacza, że wykonawca ma nie złożyć rzetelnych i wyczerpujących wyjaśnień, popartych dowodami. Brak domniemania, o którym mowa powyżej, nie zwalnia też Zamawiającego z dokonania rzetelnej oceny wyjaśnień złożonych przez wykonawcę. Składanie wyjaśnień nie może być traktowane jako jedynie czynność pro forma, mająca zadośćuczynić obowiązkowi wynikającemu ze znowelizowanego przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, że, jeśli cena oferty jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, to zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Skoro, Zamawiający wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień, a wykonawca te wyjaśnienia złożył, to winien on dokonać wszechstronnej ich analizy. W takim przypadku, nie wystarczy już odwołanie się wyłącznie do cen pozostałych ofert, złożonych w danym postępowaniu, ich średniej arytmetycznej lub do stawek pozyskania i zrywki na obszarze Regionalnej Dyrekcji Lasów Państwowych w Szczecinie, na potwierdzenie, że oferta danego wykonawcy, który złożył wyjaśnienia, nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Powołane powyżej przepisy ustawy Pzp wprost nakładają na wykonawcę, który został wezwany do złożenia wyjaśnień, obowiązek wykazania, że złożona przez niego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. W tym miejscu należy podkreślić, że wykazać, oznacza, coś więcej, aniżeli jedynie wyjaśnić. Dla owego „wykazania” często nie wystarczą same deklaracje i twierdzenia. Wykonawca jest zobowiązany nie tylko wyjaśnić, ale także udowodnić, czy choćby uprawdopodobnić wysokość kosztów skalkulowanych w cenie oferty. Co wystarczy dla owego „wykazania”, to będzie zależało w szczególności od rodzajów kosztów, dokumentów załączonych do samej oferty, czy uwarunkowań rynkowych i innych zindywidualizowanych okoliczności.

Ponadto, z samego brzmienia przepisów art. 90 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp wynika, że wykonawca jest zobowiązany do złożenia wyjaśnień popartych dowodami. Nie będą zatem spełniać przesłanki „wykazania” gołosłowne, niczym nie poparte twierdzenia.

Izba, nie podziela stanowiska Zamawiającego, że złożone przez Przystępującego wyjaśnienia są spójne i logiczne. Zdaniem Izby, ocena złożonych przez Przystępującego wyjaśnień, prowadzi do wniosku, że są one nierzetelne, nieprecyzyjne i w żaden sposób nie potwierdzają prawidłowości kalkulacji ceny ofertowej. Owszem, Izba przyznaje słuszność argumentacji Zamawiającego, że rozbieżności w poszczególnych kosztach wskazanych

w wyjaśnieniach z dnia 12 marca 2015 roku i 18 marca 2015 roku, w szczególnościach w kosztach utrzymania pracowników i w kosztach paliwa mogą wynikać z charakteru prac, których one dotyczą. Wykonawca bowiem w wyjaśnieniach z dnia 12 marca 2015 roku odniósł się do wydajności pozyskania i zrywki drewna w cięciach rębnych i przedstawił kalkulację kosztów z tym związaną. Natomiast, w drugich wyjaśnieniach z dnia 18 marca 2015 roku przedstawił kalkulację kosztów związaną z pozyskaniem i zrywką drewna w cięciach przedrębnych. Choć na marginesie trzeba zauważyć, że sam wykonawca nie wyjaśnił dlaczego te różnice występują i w takiej wysokości.

Powstaje też pytanie dlaczego Przystępujący w pierwszych wyjaśnieniach nie przedstawił kalkulacji kosztów związanych z pozyskaniem i zrywką drewna w cięciach przedrębnych, skoro przedmiot zamówienia obejmował zarówno wykonanie usług z zakresu pozyskania i zrywki drewna w cięciach rębnych, jak i w cięciach przedrębnych. Nie wyjaśnił też, jak zamierza wykonywać te prace, czy równolegle, czy w jakikolwiek inny sposób, i konsekwencji z tego wynikających dla kalkulacji przedstawionych kosztów.

Odnosząc się bezpośrednio do złożonych przez Przystępującego wyjaśnień podnieść należy, co następuje.

Przede wszystkim, jak słusznie zauważył Odwołujący w toku rozprawy, kalkulacja kosztów przedstawiona przez Przystępującego, zarówno w wyjaśnieniach z dnia 12 marca 2015 roku, jak i 18 marca 2015 roku, dotyczy kosztów utrzymania trzech pracowników – operatora harwestera, operatora forwardera oraz pilarza. Tymczasem, z *Wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia*, z dnia 27 lutego 2015 roku, stanowiącego załącznik nr 5 do oferty złożonej przez Przystępującego, wynika, że do realizacji przedmiotowego zamówienia wykonawca zamierzał przeznaczyć pięciu pracowników, w tym dwóch operatorów, dwóch pilarzy i jednego koordynatora. W swoich wyjaśnieniach, ani w tych z dnia 12 marca 2015 roku, ani z 18 marca 2015 roku, wykonawca w ogóle nie odniósł się do kwestii wynagrodzenia koordynatora. Ponadto, Przystępujący w obu wyjaśnieniach wskazał, że jego pracownicy będą wynagradzani akordowo, przy czym wskazał na stawki takiego wynagrodzenia: operatorzy harwestera i forwardera 1,00 zł/m³ (w skali miesiąca: 3 360 zł) w cięciach rębnych oraz 1,2 zł/m³ w cięciach przedrębnych (w skali miesiąca: 2 520 zł). Wynagrodzenie pilarza w obu przypadkach 3 500 zł.

Podkreślić należy, że Przystępujący nie przedstawił jakichkolwiek dowodów potwierdzających ww. koszty. Co więcej przedstawione przez niego w wyjaśnieniach kalkulacje związane z kosztami utrzymania pracowników w ogóle nie korespondują z dokumentami załączonymi do oferty, a mianowicie z potwierdzonymi za zgodność z oryginałem kopiami umów o pracę zawartymi z tymi pracownikami. Z umów tych bowiem w ogóle nie wynika akordowy system wynagradzania. Umowy określają jedynie miesięczne wynagrodzenie zasadnicze. Także, wskazane w wyjaśnieniach wynagrodzenie pilarza

nie pokrywa się z przedstawionymi umowami o pracę. Co prawda jest ono wyższe od określonego w umowie, niemniej jednak, z uwagi na rozbieżność wyjaśnień ze złożonymi dokumentami, powstaje wątpliwość, co do rzetelności przedstawionej przez Przystępującego kalkulacji w zakresie kosztów osobowych. Umowy, załączone do oferty, są sprzed kilku lat, a zatem mogą nie przedstawiać aktualnych warunków zatrudnienia. Jednak, Przystępujący nie przedstawił żadnych aneksów do umów o pracę, z których wynikałaby zmiana sposobu wynagradzania czy zmiana miesięcznego wynagrodzenia zasadniczego.

Dodatkowo, zauważyć należy, że pomimo, iż wezwaniem z dnia 11 marca 2015 roku, Zamawiający wezwał Przystępującego do przedstawienia nie tylko kosztów wynagrodzenia, ale i pochodnych, w tym kosztów BHP, to Przystępujący w żadnych ze złożonych przez siebie wyjaśnieniach nie odniósł się w jakikolwiek sposób do tej kwestii, a nie ulega wątpliwości, że takie koszty również są ponoszone w sytuacji zatrudniania pracowników, w tym przy pracach objętych przedmiotem zamówienia. Wykonawca może wprawdzie realizować inne zamówienia i w ich ramach ujmować pozostałe koszty związane z zatrudnieniem tych samych pracowników, przy zachowaniu oczywiście norm czasu pracy, wynikających z prawa pracy, niemniej jednak powinien powołać się na to w wyjaśnieniach i wykazać tą okoliczność. Tymczasem, z wyjaśnień wynika, jedynie, że wykonawca obliczył wydajność pozyskania i zrywki drewna przy założeniu 8-godzinnej zmiany roboczej, podał stawki wynagrodzenia akordowego w przypadku operatorów maszyn i stałą stawkę w przypadku pilarzy, natomiast w żaden sposób nie odniósł się do innych składników wynagrodzenia i pochodnych, czy innych kosztów związanych z zatrudnieniem pracowników przy wyspecyfikowanych pracach.

Zatem, skoro dokonana kalkulacja nie pozostaje w związku, z treścią złożonej oferty, w tym z dokumentami załączonymi do tej oferty, to oznacza, że Przystępujący nie wyjaśnił elementów oferty mających wpływ na jej cenę.

Ponadto, stwierdzić należy, że Przystępujący nie tylko nie udowodnił, ale też nie wyjaśnił, dlaczego do kalkulacji ceny poszczególnych kosztów przyjął określone kwoty (cena paliwa za litr, stawka przewiezienia sprzętu za 1 km., miesięczne koszty ponoszone na materiały eksploatacyjne, tj. oleje, węże hydrauliczne, smary, łańcuchy itp.). Nie wyjaśnił co wchodzi w zakres pozostałych miesięcznych kosztów związanych z użytkowaniem maszyn wielooperacyjnych.

Izba podziela stanowisko wyrażone w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 kwietnia 2015 roku [sygn. akt KIO 547/15], iż: *„Rzeczą wykonawcy jest – w odpowiedzi na wezwanie wystosowane przez zamawiającego na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – udzielenie wyjaśnień dotyczących okoliczności, które wpłynęły na wysokość zaoferowanej ceny, a brak tych wyjaśnień czy też złożenie wyjaśnień*

nieprzekonujących, że cena w danej sytuacji nie ma charakteru rażąco niskiej, skutkować winny odrzuceniem oferty na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych”.

W okolicznościach niniejszej sprawy Izba ustaliła, że przedstawione przez Przystępującego wyjaśnienia nie potwierdzają, że cena oferty została skalkulowana prawidłowo. Nie są one spójne i przekonujące, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Co więcej, wyjaśnienia te nie zostały poparte jakimikolwiek dowodami, a nawet są sprzeczne z dokumentami załączonymi do oferty.

Z uwagi na powyższe Izba, uznała, że potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp z uwagi na zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Przystępującego. Tym samym potwierdził się także zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zgodnie, z którym *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.*

Odwołujący, w toku rozprawy wskazał, że zarzuty odwołania dotyczą tylko i wyłącznie oferty złożonej przez Przystępującego, co wynika z uzasadnienia odwołania, a odniesienie się w podstawach faktycznych zarzutów do ofert w liczbie mnogiej, stanowiło jego omyłkę.

Ponadto, nie potwierdził się zarzut zaniechania wezwania do złożenia wyjaśnień wykonawców, których oferty nosiły znamiona rażąco niskich. Odwołujący także w tym zakresie nie uzasadniał swojego zarzutu wobec pozostałych wykonawców, ani też w stosunku do wykonawcy, którego ofertę kwestionował, Zamawiający wystosował dwukrotnie wezwania do Przystępującego do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny, co było bezsporne, a co zresztą wynika z treści uzasadnienia odwołania. Także więc w tej kwestii, Odwołujący zapewne omyłkowo wskazał okoliczności faktyczne, których w istocie nie kwestionował.

Co do zarzutu odnoszącego się do zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego z uwagi na to, że jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji, Izba uznała, że jest on bezzasadny.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.* Odwołujący powołał się przy tym – w treści uzasadnienia odwołania – na przepis art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji [j.t. Dz. U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.], zgodnie z którym: *Czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców.*

Przede wszystkim stwierdzić należy, że zdawkowe, ogólnikowe i niespójne wyjaśnienia co do ceny oferty, złożone przez Przystępującego, a które nie powinny zostać uwzględnione przez Zamawiającego, nie oznaczają jeszcze same przez się, że wykonawca ten utrudniał innym przedsiębiorcom dostęp do rynku, w tym przez sprzedaż usług poniżej kosztów ich świadczenia, właśnie w celu eliminacji innych przedsiębiorców.

Odwołujący w żaden sposób nie wykazał okoliczności, które przesądzałyby o popełnieniu przez Przystępującego czynu nieuczciwej konkurencji, o którym mowa powyżej. Ponadto, czyn ten musi być popełniony świadomie i z winy umyślnej, o czym świadczy użyte w przepisie sformułowanie „w celu”, wskazujące na zamiar sprawcy. Odwołujący, stawiając ten zarzut powinien był więc udowodnić, że czyn został dokonany celowo i z zamiarem wyeliminowania innych przedsiębiorców z rynku. Zwrócić należy ponadto uwagę, że różnica pomiędzy cenami ofert, złożonymi przez Odwołującego i Przystępującego była niewielka.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba uznała, że Odwołujący nie wykazał okoliczności, potwierdzających podniesiony zarzut co do tego, że złożenie oferty przez Przystępującego stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji, a tym samym w ocenie Izby, zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp nie potwierdził się.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepis § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a) i pkt 2 lit. b) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania [Dz. U. Nr 41 poz. 238].

Przewodniczący: