

WYROK
z dnia 26 lutego 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Członkowie: Andrzej Niwicki

Anna Osiecka

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 lutego 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 lutego 2018 r. przez Odwołującego - **wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie – R. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe TREBOR R. W. oraz D. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych Acer D. W.**, Szczeka 97 (28-236 Rytwiany) w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Skarb Państwa, Państwowe Gospodarstwo Leśne, Lasy Państwowe, Nadleśnictwo Staszów**, ul. Oględowska 4 (28-200 Staszów)

orzeka:

- 1 Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w tym unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego i nakazuje ponowną ocenę ofert złożonych na pakiet nr 1.**
- 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 Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2 zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę **18.600 zł 00 gr.** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579, 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 Kielcach**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Zamawiającego – Nadleśnictwo Staszów na wykonanie zadania pn. *Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Staszów w roku 2018*² (nr ref.: NZ.272.102.2017), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 15 listopada 2017 r. 2017/S 219-455324, wobec czynności związanych z oceną ofert złożonych na pakiet nr 1, wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie R. W. (PHU Trebor R. W.) D. W. (ZUL Acer D. W.), dalej jako Odwołujący, wnieśli w dniu 12 lutego 2018 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 251/18).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu dokonanie z naruszeniem przepisów ustawy Pzp czynności oceny jego oferty oraz oferty wybranej w pakiecie nr 1, tj. oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: A. B. (ZUL Wyrwidąb), I. B. (ZUL Forest), I. S. (FHU) – dalej zwani Konsorcjum B. . Na skutek podjętych czynności polegających na odrzuceniu oferty Odwołującego i wyborze oferty Konsorcjum B. Zamawiający naruszyć miał przepisy:

- art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp poprzez niezgodne z przepisami odrzucenie oferty Odwołującego;
- art. 89 ust.1 pkt 7b Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum B. w sytuacji braku zabezpieczenia oferty wadium;
- art. 91 Pzp poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej dla pakietu nr 1;
- art. 7 ust. 1 Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz zasady proporcjonalności polegające na tym, że dokonano wyboru oferty podlegającej odrzuceniu, zaś ofertę Odwołującego, mimo faktu, że była najkorzystniejsza sklasyfikowano na poz. 2;
- art. 7 ust. 3 Pzp w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego mimo faktu, iż była ofertą najkorzystniejszą.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności dotyczących pakietu nr 1 polegających na wyborze oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, uznania oferty Odwołującego za ważną, odrzucenia oferty Konsorcjum B., dokonania wyboru oferty Odwołującego, ewentualnie unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp.

Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego i wybrał jako najkorzystniejszą w pakiecie nr 1 ofertę Konsorcjum B. (zawiadomienie z 2.02.2018 r.). Zamawiający uznał na podstawie analizy wyjaśnień Odwołującego z dnia 3 i 21 stycznia 2018 r., iż zaoferowana cena jest

rażąco niska z uwagi na przyjęte stawki zatrudnienia pracowników, niższe niż minimalne wynagrodzenie, czy też minimalna stawka za godzinę. Na dzień złożenia oferty stawki te wynosiły 2000 zł/miesiąc (11,90 zł/h) i 13 zł/h, a w roku 2018 odpowiednio 2100 zł/miesiąc (12,50 zł/h) i 13,70 zł/h. Zamawiający porównał cenę Odwołującego z cenami zaoferowanymi w przetargu na inne części zamówienia przyjmując na tej podstawie, iż Wykonawca powinien przyjąć stawkę obowiązującą od początku 2018 r. Odwołujący wskazał na okoliczności, których Zamawiający nie uwzględnił, a jakimi są te, iż prace mają być wykonywane samodzielnie przez właścicieli w ramach samozatrudnienia oraz niższe od wskazanych w 2018 r. stawki zaproponowane w ofercie wybranej w pakiecie nr 1 – 13,00 zł. Powyższe wskazywać ma na zastosowanie odmiennego sposobu oceny oferty Odwołującego od przyjętego dla oceny oferty wybranej. W swoich wyjaśnieniach składanych dwukrotnie Odwołujący wskazywała, iż prace będą wykonywać właściciele w ramach posiadanych uprawnień zawodowych po kosztach samozatrudnienia w ramach prowadzonych działalności gospodarczych na poziomie wymaganym przepisami prawa na 2018 r. z uwzględnieniem kosztu dowozu osób i zabezpieczenia finansowego na ewentualne zwwyżki kosztów samozatrudnienia. W wyjaśnieniach wykazano sposób zagospodarowania zasobów własnych (pilarzy) przy uwzględnieniu norm dopuszczalnej ilości godzin pracy na dobę, a przedstawione wyliczenia zawierają realne wartości. W niniejszym postępowaniu poziom zaoferowanych cen był zbliżony i różniły się one o mniej niż 0,5%.

Kolejny zarzut, jaki Odwołujący podniósł dotyczy oferty wybranej złożonej przez Konsorcjum B., która w jego ocenie nie została zabezpieczona wadium w sposób prawidłowy, zgodnie z zapisami siwz. W pkt 9.7 siwz Zamawiający wskazał, iż w treści gwarancji wadialnej należy podać nazwę dającego zlecenie (**Wykonawcy, a w przypadku wspólnie ubiegających się wszystkich**), beneficjenta gwarancji/poręczenia (Zamawiającego), gwaranta (banku lub instytucji ubezpieczeniowej udzielających gwarancji/poręczenia) oraz wskazanie ich siedziby. Upoważnionym do wniesienia wadium w imieniu Konsorcjum B., zgodnie z treścią pełnomocnictwa z dnia 18.12.2017 r. był A. B., a do oferty załączono dowód wniesienia wadium w postaci gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium (UNIQA) nr 998-A 726343 z dnia 11 grudnia 2017 r. W jej treści wskazany został jedynie A. B., co z uwagi na późniejsze udzielenie pełnomocnictwa dla lidera konsorcjum, ma ten skutek, że wadium nie może być uznane za wniesione przez całe konsorcjum. Powołując się w tym zakresie na orzecznictwo sądów powszechnych Odwołujący wskazał na obowiązek wskazania w treści gwarancji nie tylko wszystkich przypadków zatrzymania wadium, ale także wykonawcy, a zatem także wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie (SO w Krakowie z 13.11.2009 r., sygn. XII Ga 350/09, SO w Warszawie z 10.09.2015 r., sygn. III Ga 1041/15).

W niniejszej sprawie gwarancja została wykupiona samodzielnie przez A. B. prowadzącego działalność przed tym zanim zostało udzielone mu pełnomocnictwo.

W postępowaniu odwoławczym nie wpłynęły zgłoszenia przystąpień po żadnej ze stron sporu. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie w całości prezentując argumenty związane z obiema podstawami zarzutów, zasadniczo związane z treścią wyjaśnień dotyczących wysokości zaoferowanej przez Odwołującego ceny.

Stanowisko Izby

Do rozpoznania odwołania zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (tekst jednolity Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.), w brzmieniu po nowelizacji dokonanej ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U.2016.1020), zwanej dalej „Ustawą”.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba w pierwszej kolejności zobowiązana była do oceny wypełnienia przesłanek z art. 179 ust. 1 Ustawy, tj. istnienia po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez Odwołującego szkody w wyniku kwestionowanych postanowień ogłoszenia i siwz. Odwołujący, który złożył jedną z dwóch ofert na pakiet nr 1, w momencie wnoszenia odwołania, miał interes w zakwestionowaniu czynności Zamawiającego, których efektem było odrzucenie oferty Odwołującego i dokonanie wyboru oferty konkurencyjnej. W tym stanie jedynym skutecznym środkiem ochrony interesu Wykonawcy w tym postępowaniu było odwołanie, w którym podniesione zostały zarówno zarzuty związane z decyzją o odrzuceniu oferty Odwołującego, jak i oceną oferty wybranej. Ponieważ żądania jakie formułuje mają doprowadzić do wyboru oferty Odwołującego, odwołanie spełnia przesłanki materialno-prawe do merytorycznego rozpoznania zarzutów.

Na podstawie dokumentacji postępowania, w tym ogłoszenia o zamówieniu, treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz), treści ofert, złożonych w postępowaniu wyjaśnień oraz stanowisk stron prezentowanych na rozprawie, Izba dokonała ustaleń faktycznych stanowiących podstawę do wydania rozstrzygnięcia w przedmiocie podniesionych zarzutów.

Zasadniczo okoliczności faktyczne stanowiące podstawę zarzutów związane są z ceną oferty Odwołującego wraz z wyjaśnieniami mającymi wskazywać na jej rażąco niski poziom, a także treścią gwarancji wadialnej zabezpieczającej ofertę wybranej na pakiet nr 1 złożonej przez Konsorcjum B. .

Przedmiot zamówienia objęty pakietem nr 1 został przez Zamawiającego oszacowany na kwotę 2.864.546,68 zł uwzględniającą wartość zamówień, o których mowa w art. 67 ust. 1

pkt 6 i 7 oraz w art. 134 ust. 6 pkt 3 Ustawy, którą Zamawiający określił na 842.513,73 zł. Przy otwarciu ofert Zamawiający wskazał, iż na sfinansowanie zamówienia objętego pakietem nr 1 przeznaczył kwotę 1.819.887,21 zł.

Dwie złożone w tym pakiecie oferty zawierały ceny: 1.707.273,22 zł. (oferta Konsorcjum B.) oraz 1.703.311,12 zł. (oferta Odwołującego). Odwołujący składał dwukrotnie wyjaśnienia w zakresie wskazanym w wezwaniach skierowanych przez Zamawiającego. W piśmie z dnia 29.12.2017 r. Zamawiający wskazał, iż w pozycjach 20, 37, 38, 33, 34, 36 i 42 kosztorys ofertowy zawiera stawki za godzinę niższe niż przewiduje ustawą o minimalnym wynagrodzeniu za pracę i budzą one wątpliwość co do właściwego wykonania części zamówienia których dotyczą. Zamawiający oczekiwał złożenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia stawek jednostkowych, w szczególności ujętych w nich kosztów pracy. W odpowiedzi na to wezwania Odwołujący w piśmie z dnia 3.01.2018 r. odniósł się do czynności objętych wskazanymi pozycjami kosztorysu ofertowego i ich znaczenia w kontekście oceny oferty jako budzącej podejrzenie zaoferowania rażąco niskiej ceny (objęte tajemnicą przedsiębiorstwa). Wyjaśnienia zawierały m.in. szczegółowe wyliczenie kosztów osobowych – realnych kosztów samozatrudnienia w ramach prowadzonej działalności. Zamawiający ponownie pismem z dnia 16.01.2018 r. wystąpił w trybie art. 90 ust. 1 Ustawy do Odwołującego o wyjaśnienie wątpliwości dotyczących kalkulacji stawek jednostkowych we wskazanych wcześniej pozycjach kosztorysu ofertowego, w kontekście wykazania, że przyjęte zostały koszty pracy na poziomie nie niższym niż wynikającym z minimalnego wynagrodzenia lub minimalnej stawki godzinowej ustalonych na podstawie przepisów właściwych. W odpowiedzi pismem z dnia 21.01.2018 r. Odwołujący odniósł się do części zamówienia związanej z pracami objętymi przedmiotowymi pozycjami wskazując ponownie na możliwość ich wykonania w ramach samozatrudnienia, przywołując następnie wyliczenie kosztów, jakie wiązać się będą z taką formą realizacji zamówienia (objęte tajemnicą przedsiębiorstwa).

Zgodnie z siwz cena oferty obejmować miała wszystkie pozycje (prace) przewidziane w kosztorysie ofertowym (załącznik nr 2 do siwz) – pkt 13.2 siwz., na które w pakiecie nr 1 składało się 45 pozycji. W załączniku nr 3 do siwz Zamawiający opisał przedmiot zamówienia prezentując szczegóły dotyczące poszczególnych rodzajów prac, w tym warunków oraz terminu wykonania. Przykładowo dla czynności *pozyskanie i zrywka drewna*, Zamawiający wskazał, iż *będzie dążył do równomiernego zlecenia pozyskania drewna w miarę upływu czasu, czy też, iż prace będą zlecane w miarę potrzeb, w okresie od stycznia do grudnia 2018 roku*. Do oferty Odwołującego załączony został kompletny kosztorys ofertowy, zawierający wycenę pozycji w ilościach określonych przez Zamawiającego.

Zamawiający w pkt 9.7 siwz określił elementy treści gwarancji wadialnej, która powinna zawierać między innymi *nazwę dającego zlecenie (Wykonawcy, a w przypadku wspólnie ubiegających się wszystkich), beneficjenta gwarancji/poręczenia (Zamawiającego), gwaranta (Banku lub instytucji ubezpieczeniowej udzielających gwarancji/poręczenia) oraz wskazanie ich siedzib (pkt1)*. Oferta Konsorcjum B. sporządzona została w dniu 18.12.2017 r. Do oferty zostało przedłożone m.in. pełnomocnictwo z dnia 18.12.2017 r. dla lidera konsorcjum – A. B. do podejmowania *czynności prawnych i faktycznych związanych z niniejszym postępowaniem, w szczególności do składania oświadczeń, wniosków i zawiadomień oraz zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego*. Jako zabezpieczenie wadialne oferty wspólnej złożona została gwarancja ubezpieczeniowa zapłaty wadium nr 998-A 726343 z dnia 11.12.2017, w której treści wskazany został beneficjent – Zamawiający – Skarb Państwa – Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Staszów. Wadium zabezpiecza zapłatę wadium do wysokości 50.000,00 zł przez A. B. prowadzący *działalność gospodarczą pod nazwą: A. B. Zakład Usług Leśnych „Wyrwidąb”, ul. Koszarowa 4 lok. 16; 28-200 Staszów*.

Zgodnie z pkt 15.1 siwz dopiero przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego wybrany wykonawca zobowiązany został do przedłożenia Zamawiającemu między innymi umowy konsorcjum, jeżeli zamówienia będzie realizowane przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Zamawiający odrzucając ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Ustawy wskazał na samodzielny charakter czynności ujętych w kosztorysie ofertowym, co uzasadniać miało dokonanie analizy cen jednostkowych w odniesieniu do kilku pozycji: 20, 37, 38 (stawka 10zł) oraz 33, 34, 36 i 42 (stawka 7 zł). Zastrzeżenia Zamawiającego dotyczyły wysokości stawek, które znacząco odbiegały od stawek przyjętych w innych ofertach oraz stawki przyjętej przez Zamawiającego na etapie szacowania wartości zamówienia (18,60 zł.). Złożone przez Wykonawcę wyjaśnienia Zamawiający ocenił jako niespójne, gdyż prezentowane argumenty dotyczące kosztów samozatrudnienia właścicieli miały być niespójne z deklaracjami zawartymi w ofercie (JEDZ). W ocenie Zamawiającego właściciele wykonując zadania z pozyskania drewna nie będą w stanie wykonać czynności objętych wyjaśnieniami. Zamawiający uznał, iż wyjaśnienia zostały przedstawione w sposób ogólnikowy bez powiązania z konkretnymi wartościami i bez wyjaśnienia ich wpływu na ceny jednostkowe. Zamawiający wskazał na błędy merytoryczne wyjaśnień oraz fakt, że wyliczona w ten sposób stawka nie uwzględnia podstawowych kosztów jakie ponosi Wykonawca w związku z wykonaniem przedmiotu zamówienia określonego we wskazanych pozycjach kosztorysu ofertowego – podatku dochodowego, składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne, kosztów pracy związanych z zatrudnieniem pracownika. Zamawiający uznał

wyjaśnienia za niewystarczające i niesatysfakcjonujące i na tej podstawie przyjął, że oferta zwiera rażąco niską cenę w pozycjach kosztorysu ofertowego nr 20, 37, 38, 33, 34, 36 i 42.

Na rozprawie w charakterze dowodu Zamawiający przedłożył między innymi umowę Konsorcjum B. z dnia 9.12.2017 r., otrzymaną już po wyborze oferty jako najkorzystniejszej. W umowie tej uregulowane zostały zasady współpracy na jakich miałyby być realizowana umowa w sprawie zamówienia publicznego. W § 2 Umowy wskazany został jako lider konsorcjum A. B. upoważniony w dalszej treści do występowania w imieniu konsorcjum oraz pozostałych członków we wszystkich sprawach związanych ze złożeniem oferty w tym wniesienia wadium w ustalonej formie – gwarancji ubezpieczeniowej.

Uwzględniając powyższe Izba zważyła.

Odwołanie w części zarzutów zasługiwało na uwzględnienie. Izba uznała za zasadny zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Ustawy poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego, co w konsekwencji oznaczało, iż czynność wyboru oferty najkorzystniejszej również dokonana została z naruszeniem art. 91 Ustawy. Nie potwierdził się natomiast zarzut związany z zabezpieczeniem wadium oferty Konsorcjum B. .

Zasadniczo w zakresie dotyczącym czynności odrzucenia oferty Odwołującego o słuszności zarzutów zadecydowała cena zaoferowana dla całości prac objętych pakietem nr 1, dodatkowo wzmocniona argumentami prezentowanymi w wyjaśnieniach złożonych w trybie art. 90 ust.1 Ustawy. Argumenty jakie prezentował Zamawiający, tak w decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego, jak i w odpowiedzi na odwołanie, następnie podtrzymane na rozprawie zasadniczo dotyczyły stawek przyjętych dla siedmiu pozycji kosztorysu ofertowego, niższych od stawki wynikającej z przepisów określających minimalne wynagrodzenie pracowników za pracę oraz stawek przyjętych w innych ofertach w tym postępowaniu (poniżej 13,00 zł/h). Zamawiający na podstawie złożonych wyjaśnień uznał, że cena oferty jest rażąco niska, gdyż wskazane pozycje kosztorysu ofertowego, które jako istotne części składowe wydawały się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budziły wątpliwości, nie mogą być wykonane przez pracownika po zaoferowanych stawkach (7,00 i 10,00 zł). Dodatkowo na rozprawie Zamawiający wskazał na oszacowaną przez niego wspólną dla całego przedmiotu zamówienia (pakietów) stawkę 18,60 zł, wyliczoną według norm pracochłonności przewidzianych w katalogach, które określają czas potrzebny do wykonania danej czynności niezależnie od jednostki obmiarowej. Nie było spornym w sprawie, iż normy pracochłonności, na które powołał się Zamawiający na rozprawie i które przyjmował wzywając Odwołującego do wyjaśnienia wybranych pozycji kosztorysu ofertowego, nie były wskazane w siwz, jako podstawa do wyliczenia ceny oferty. Również wskazana na rozprawie ilość godzin pracy

28 548 (dla czynności pozyskania drewna), wyliczona przez Zamawiającego na podstawie katalogów w skali roku i określona na tej podstawie ilość pilarzy koniecznych do zatrudnienia - 14 pilarzy, nie była elementem opisu sposobu obliczenia ceny oferty. Ponadto, koszt poszczególnych pozycji kosztorysowych był wyliczany według różnych jednostek obmiarowych (m³, m², H, Ha).

Uwzględniając zarzut dotyczący czynności odrzucenia oferty Odwołującego Izba uznała, iż wnioski jakie wywiódł Zamawiający z treści wyjaśnień Odwołującego były dotknięte błędem spowodowanym złą perspektywą oceny tej oferty. Zasadniczo błąd Zamawiającego był spowodowany niewłaściwym podejściem do analizy ceny oferty Odwołującego, co wywołane zostało zawężeniem tej oceny wyłącznie do wybranych pozycji kosztorysu ofertowego i rozciągnięciu błędnych wniosków wywodzonych z tej analizy na cenę całkowitą oferty. Przede wszystkim wskazanie pozycji, co do których Wykonawca składał wyjaśnienia było wywołane arytmetycznym wynikiem porównania cen jednostkowych oferowanych w różnych pozycjach oraz pakietach i postawioną tezą, iż stawki 7 i 10 zł obrazują rzeczywisty koszt pracy 1 godziny pilarza wykonującego pracę w ramach zatrudnienia. Nie budziło przy tym wątpliwości, iż stawka 7 i 10 zł., gdyby przyjąć, iż stanowi jedyną składową wynagrodzenia pilarza, nie pokrywałaby kosztów pracodawcy. Nie było również elementem opisu przedmiotu zamówienia wskazanie ilości pracowników (pilarzy), dla których wykonawcy zobowiązani byli uwzględnić koszt zatrudnienia w cenie oferty. Ponadto, Zamawiający nie określił harmonogramu prac przypadających w danym miesiącu, wskazując wyłącznie na ogólną wytyczną o zamiarze zlecenia prac sukcesywnie, w miarę potrzeb. Powyższe okoliczności miały takie znaczenie, że wykonawcy zobowiązani byli samodzielnie ustalić prognozowany sposób realizacji prac, kierując się własnym doświadczeniem w realizacji zadań objętych wyceną. Elementy te poruszone zostały w wyjaśnieniach przez wskazanie na możliwość uwzględnienia w kalkulacji faktu wykonywania prac w części przez samych przedsiębiorców, a w części przez pracowników zatrudnionych na podstawie umowy o pracę, co zmienia perspektywę oceny stawki wskazanej w kosztorysie ofertowym. Zamawiający ten element wyjaśnień skwitował stwierdzeniem, iż przedsiębiorcy nie będą w stanie wykonać prac ujętych w spornych pozycjach kosztorysu z uwagi na czas poświęcony na inne czynności związane z pozyskaniem drewna, a tym samym prace te będą musiały być wykonywane przez zatrudnionych na podstawie umowy o pracę pilarzy.

Rozstrzygającym w sprawie okazały się być zapisy siwz, oraz porównanie cen złożonych w postępowaniu ofert na pakiet nr 1. Zamawiający, w ocenie Izby, kierując się własnymi założeniami, z pominięciem okoliczności wskazanych w wyjaśnieniach, uznał ceny jednostkowe wybranych pozycji za rażąco niskie, a w konsekwencji nieprawidłowo ocenił ofertę Odwołującego. W szczególności Zamawiający pominął możliwość założenia

częściowego wykonywania prac przez przedsiębiorców na zasadach odmiennych, niż wiążące się z zatrudnieniem pracowników, a także możliwości połączenia różnych prac do wykonania przez jednego pracownika w wymiarze godzin pracy wskazanej w poszczególnych pozycjach kosztorysu ofertowego. Przede wszystkim należy zauważyć, iż sam zarzucając Wykonawcy, iż jego wyjaśnienia nie „spinają się”, gdyż nie pozwalają matematycznie potwierdzić stawki 7 i 10 zł jako realnej, wywodził wnioski o rażąco niskiej cenie, na podstawie wybiórczej analizy pozycji, bez odniesienia się do ceny całkowitej oferty. Zamawiający nie dokonywał analizy ceny całkowitej skupiając swoją uwagę na wybranych pozycjach kosztorysowych. Izba nie zaprzecza możliwości badania istotnych części składowych przedmiotu zamówienia pod kątem rażąco niskiej ceny, jednak w niniejszej sprawie, taki sposób oceny oferty Odwołującego doprowadził do nieuprawnionego wniosku o rażąco niskiej cenie zaoferowanej na poziomie niemal identycznym z ceną oferty wybranej (różnica niecałe 0,5%) i nie odbiegającej w sposób znaczący od wartości szacowanej przez zamawiającego (ok. 10%). Co istotne, wybrane pozycje kosztorysu ofertowego były powiązane z innymi pozycjami, natomiast Zamawiający w sposób wybiórczy swoją ocenę skupił wokół wybranych siedmiu pozycji kosztorysu ofertowego. Przykładowo poz. 20 – *porządkowanie terenu leśnictwa*, wyznaczona w ilości godzin 592 w skali roku, stanowi element prac składających się na dział II – ochrona lasu i została opisana w załączniku nr 3 do siwz (OPZ, str. 15) łącznie z pozycjami: nr 21 (*prace godzinowe ciągnikowe zagospodarowanie*) oraz nr 22 (*porządkowanie terenu*), opisane jednostką miary „H” oraz wspólnym opisem zakresu prac (lokalizowanie nielegalnych wysypisk, zbieranie śmieci i dostarczenie do wskazanego miejsca). Wskazane trzy pozycje zostały przez Odwołującego wycenione po zróżnicowanych stawkach godzinowych: 10, 40 i 13 zł. Podobnie pozycje 33, 34, 36, 37 i 38 zostały przez Zamawiającego ujęte w jednym dziale IV – Ochrona p.poż., a opis zakresu prac dla poz. 37 (dozorowanie pożarzyska) i poz. 38 (porządkowanie terenu) jest wspólny. Wskazane przykłady zaprzeczają tezie Zamawiającego, iż stanowią one samodzielne pozycje, oderwane od innych prac wycenionych w ofercie. Tym samym założenie o celowości analizy wyłącznie wybranych pozycji, jako istotnych części składowych nie miało uzasadnienia. Istotnym dla sposobu wyceny prac był również brak wskazania w siwz na konieczność uwzględnienia przy wycenie pracochłonności poszczególnych pozycji opisanych w katalogach prac leśnych, w szczególności dotyczących pozycji opisanych ilością metrów sześciennych, co pozwalało na przyjęcie indywidualnych założeń co do optymalizacji czasu pracy.

Powyższe czyniło niezasadnym porównywanie stawek poszczególnych pozycji ze stawką oszacowaną przez Zamawiającego, jako wspólną dla wszystkich pozycji (18,60 zł/h). Zamawiający nie dokonał analogicznego przeliczenia ceny oferty Odwołującego, tak aby

porównanie mogło mieć merytoryczną wartość dla oceny tej oferty, która zawiera pozycje wycenione również po stawce 40 zł/h (poz. 32), 200 zł/h (poz. 35) oraz stawki znacznie wyższe przy pozycjach wycenionych w innych jednostkach miary. Skoro stawka jaką oszacował Zamawiający do całości prac obejmuje wszystkie prace objęte kosztorysem ofertowym (o różnej pracochłonności), to nie było celowym porównywanie tej stawki z poszczególnymi pozycjami kosztorysu ofertowego Odwołującego, które nie mogły uwzględniać wartości prac, które były wycenione powyżej tej stawki.

Istotnym było zatem odniesienie się do ceny całkowitej oferty, której wysokość nie budziła wątpliwości, tak w odniesieniu do ceny drugiej oferty złożonej na pakiet nr 1, jak i kwoty przewidzianej przez Zamawiającego (uwzględniającej wartość szacowaną przedmiotu zamówienia w pakiecie nr 1). Zamawiający w ogóle nie odnosił się do ceny całkowitej oferty, która ostatecznie stanowi podstawę tezy o zaoferowaniu rażąco niskiej ceny. Odwołujący słusznie zgłosił zastrzeżenia co do sposobu oceny jego oferty i wniosków do jakich doprowadziło założenie Zamawiającego, iż poszczególne pozycje kosztorysowej stanowią autonomiczną część przedmiotu świadczenia, co miało uzasadniać ocenę sposobu kalkulacji w oderwaniu od pozostałych pozycji kosztorysu. Nie chodziło przy tym o przenoszenie kosztów pomiędzy pozycjami, a o możliwość przyjęcia, iż część prac może być w rzeczywistości wykonana jednocześnie z innymi powiązanymi rzeczowo w ramach poszczególnych działów prac rozliczanych stawką godzinową. Miało to przede wszystkim uzasadnienie dla tych pozycji, których ilość obmiarowa była znikoma w perspektywie całej umowy, a udzielone w tym kontekście wyjaśnienia co do możliwości optymalizacji organizacji pracy mają oparcie w realiach świadczenia tego rodzaju prac.

W odniesieniu do zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum B. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b Ustawy Izba uznała, w świetle orzeczenia Sądu Najwyższego z dnia 15 lutego 2018 r. (sygn. akt IV CSK 86/17), iż przedłożona gwarancja zapłaty wadium wystawiona po zawarciu konsorcjum i wskazująca w treści wyłącznie na pełnomocnika wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, stanowi skuteczne zabezpieczenie oferty wspólnej. Orzeczenie to stanowi odpowiedź na rozbieżność stanowisk prezentowanych zarówno w orzecznictwie KIO jak i Sądów Powszechnych i rozwiewa wątpliwość co do możliwości przyjęcia, jako skutecznego zabezpieczenia oferty gwarancji zapłaty wadium, w której treści nie zostali wymienieni wszyscy wykonawcy, którzy złożyli ofertę wspólną w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Izba nie przychyliła się do wniosku Odwołującego o niedopuszczenie dowodu przedłożonego wraz z odpowiedzią na odwołanie, jakim była umowa konsorcjum. Przede wszystkim Izba nie miała podstaw odmówić włączenia w poczet materiału dowodowego dokumentu istotnego z punktu

widzenia przedmiotu sporu, pozwalającego na jego rozstrzygnięcie w granicach podniesionego zarzutu. Odwołujący, chociaż nie miał możliwości poznania treści umowy konsorcjum w momencie wniesienia odwołania, to przed otwarciem rozprawy powziął wiedzę pozwalającą ocenić zasadność zarzutu. W ocenie Izby, okoliczności w jakich Zamawiający uzyskał dokument, tj. dopiero po wyborze oferty najkorzystniejszej, nie stały na przeszkodzie jego złożenia w postępowaniu odwoławczym. Przede wszystkim Zamawiający nie miał podstaw do żądania złożenia umowy w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, gdyż treść siwz wskazywała jednoznacznie na obowiązek złożenia umowy dopiero przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego. Również trudno dopatrywać się sprzeczności działań podjętych na potrzeby prowadzonego sporu i pozyskania dokumentu, który pozwala wykazać zasadność oceny dokonanej na etapie ustalenia wyniku postępowania. Odnosząc się zatem do umowy konsorcjum Izba uwzględniła okoliczność, iż została ona zawarta przed wystawieniem wadium złożonego wraz z ofertą, a w treść wprost wskazuje na umocowanie pełnomocnika do wniesienia wadium w formie gwarancji. Umowa ta rozwiewa ewentualną wątpliwość, jaka w świetle orzeczenia SN mogłaby wystąpić w związku z ustaleniem, iż pełnomocnictwo załączone do oferty zostało udzielone już po wystawieniu gwarancji wadium. W świetle tej umowy nie zachodzi konieczność rozważenia znaczenia tego faktu dla przyjęcia, iż wadium skutecznie zabezpieczało ofertę wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie.

Podsumowując Izba uznała, iż oferta Konsorcjum B. została prawidłowo zabezpieczona wadium, a zarzuty podnoszone w tym zakresie wobec Zamawiającego nie zostały przez Odwołującego wykazane.

Ponieważ zarzut wadliwej oceny oferty Odwołującego potwierdził się koniecznym było uwzględnienie odwołania na podstawie art. 192 ust. 2 Ustawy i nakazanie Zamawiającemu powtórzenie czynności oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ~~ust. 4~~ 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 ze zm.). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis wniesiony przez Odwołującego w kwocie ~~2015~~.000,00 zł oraz koszty stwierdzone rachunkiem złożonym przed zamknięciem rozprawy obejmujące wynagrodzenie pełnomocnika.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....