

WYROK
z dnia 18 lutego 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Matecka

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 lutego 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 stycznia 2021 r. przez odwołującego: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: W. N. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych „Świerk” oraz W. J. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „J.” Usługi Leśne, Sklep W. J. w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Skarb Państwa – Państwowe Gospodarstwo Leśne „Lasy Państwowe” Nadleśnictwo Nowy Targ

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: W. B. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych W. B., W. M. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą W. M. Usługi Leśne, S. J. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą S. J. Zakład Usługowy, L. C. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą L. C. Usługi Transportowe, Usługi Leśne, Handel, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie pakietu IV oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: W. B. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych W. B., W. M. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą W. M. Usługi Leśne, S. J. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą S. J. Zakład Usługowy, L. C. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą L. C. Usługi Transportowe, Usługi Leśne, Handel, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.
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) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019, ze zm.) w związku z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2020, ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 204/21

Uzasadnienie

Zamawiający - Skarb Państwa – Państwowe Gospodarstwo Leśne „Lasy Państwowe” Nadleśnictwo Nowy Targ prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Nowy Targ w latach 2021-2022. Wartość ww. zamówienia przekracza kwotę, od której uzależniony jest obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej zgodnie z przepisami wydanymi na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843, ze zm.), dalej jako „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 11 grudnia 2020 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2020/S 242-598353. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia, zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 poz. 2020, ze zm.), jako wszczętego i niezakończonego przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy dotychczasowe, tj. przepisy ustawy Pzp.

I. W dniu 18 stycznia 2021 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: W. N. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych „Świerk” oraz W. J. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „J.” Usługi Leśne, Sklep W. J. (odwołujący) wnieśli do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie na czynność zamawiającego polegającą na wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej w zakresie pakietu IV przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: W. B. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych W. B., W. M. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą W. M. Usługi Leśne, S. J. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą S. J. Zakład Usługowy, L. C. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą L. C. Usługi Transportowe, Usługi Leśne, Handel (przystępującego), zaniechanie wykluczenia przystępującego z postępowania oraz odrzucenia jego oferty.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1.art. 90 ust. 3 w zw. z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych poprzez bezpodstawne uznanie, że przystępujący wykazał,

że złożona przez niego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny i dokonanie wyboru tej oferty, pomimo że ma ona charakter rażąco zaniżony;

- 2.art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego pomimo jej niezgodności ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia;
- 3.art. 89 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego, pomimo że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

W związku z podniesionymi zarzutami odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty, powtórzenia czynności oceny ofert, odrzucenia oferty przystępującego i dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty odwołującego.

Uzasadniając podniesione zarzuty odwołujący wskazał w szczególności, że wyjaśnienia udzielone przez przystępującego w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego nie tylko stanowią wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, ale wręcz potwierdzają wątpliwości zamawiającego. Przystępujący wskazał, że jego zamiarem jest powierzenie prac ręcznych godzinowych na podstawie odrębnych umów zlecenia. Odwołujący powołując się na przepisy rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 15 września 2020r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2021 r. (minimalna stawka godzinowa od dnia 1 stycznia 2021r.: 18,30 PLN brutto) oraz ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (art. 8a ust. 1 oraz art. 8e) wskazał, że minimalna kwota, którą przystępujący musi zapłacić za prace objęte wezwaniem jest co najmniej o 6,30 PLN większa od stawki zaofertowanej w kosztorysie. Wskazana kwota nie obejmuje przy tym innych, koniecznych kosztów związanych z pracami ręcznymi, które w ogóle nie zostały objęte wyjaśnieniami, takich jak wydatki na materiały i eksploatację sprzętu lub związanych z dowieszeniem pracownika na pozycje objęte zleceniem, znajdujące się często w głębi obszarów leśnych. Przystępujący nie przedstawił danych ani dowodów na to, jak ta różnica, sięgająca ponad 50% zaproponowanej stawki, miałyby zostać sfinansowana. W wyjaśnieniach nie znalazły się żadne precyzyjne kalkulacje, konkretne założenia, szczegółowe dane. Przystępujący zasugerował pokrycie kosztów prac z zysku z pozostałej części zamówienia. W ocenie odwołującego stanowi to kolejną okoliczność potwierdzającą rażące zaniżenie ceny (konieczność poszukiwania środków poza obniżoną pozycją kosztorysu), ale także na niezgodność oferty z SIWZ. Zgodnie z postanowieniem zawartym w pkt 13.2 SIWZ każda cena jednostkowa w kosztorysie musi być tak podana, aby pokrywać wszelkie koszty i ryzyka wykonawcy związane z realizacją czynności, której dotyczy. Wykonawca nie może kosztów realizacji danej czynności doliczać do kosztów realizacji innych czynności. Wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu zamówienia ma charakter kosztorysowy (§10.3 wzoru umowy - załącznik nr 12 do SIWZ). W ocenie odwołującego wyjaśnienia przystępującego należy ocenić także z perspektywy obowiązku, o którym mowa w postanowieniu zawartym w pkt 3.5 SIWZ. Zamawiający wymaga, aby prace z zakresu pozyskania i zrywki były realizowane w ramach umowy o pracę, jeżeli polegają one na realizowaniu czynności wedle art. 22 § 1 Kodeksu pracy. W rezultacie obowiązek zatrudnienia obejmuje pilarzy, zrywkarzy i ich pomocników, co znajduje odzwierciedlenie w postanowieniu pkt 15.1.2) tiret siódme SIWZ. Wskazane osoby niewątpliwie wykonują czynności wchodzące w skład pozycji kosztorysu nr 36 i 39 będących przedmiotem wyjaśnień. Jak wynika z załącznika nr 4 do SIWZ czynności te polegać będą na pracach przy ścinie drzew trudnych (pochylonych nad drogami, liniami elektrycznymi) lub pracach przy powtórnej sortymentacji (wyrabianie dodatkowych rodzajów surowca ze ściętych wcześniej drzew). Sposób ich organizacji i charakter potwierdzają konieczność zatrudnienia pracowniczego. Mowa bowiem o robotach w miejscu i czasie wyznaczonych przez pracodawcę na podstawie zlecenia przyjętego od zamawiającego, ścisłym podporządkowaniu osoby realizującej usługę. Trzeba także uwzględnić surowy (szczególnie w przypadku pracy przy drzewach trudnych) reżim bezpieczeństwa. Dodatkowo odwołujący podniósł, że opisany przez przystępującego sposób kalkulacji świadczy o tym, że złożenie przez nich oferty należy zakwalifikować jako czyn nieuczciwej konkurencji, co stanowi podstawę odrzucenia oferty wskazaną w art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Z wyjaśnień z dnia 3 stycznia 2021 r. wynika, że przystępujący przyjął założenie opłacania wybranych prac poniżej ustawowego minimum. Oferta została skalkulowana z intencją uchylecia się od realizacji części usług w oparciu o umowę o pracę, a także od wypłacenia osobom je realizującym co najmniej takiej kwoty, jaka wynika z bezwzględnych przepisów prawa. W ocenie odwołującego intencją przystępującego było uzyskanie przewagi konkurencyjnej, kosztem konkurentów. Tym samym zagrażają one innym przedsiębiorcom szacującym ceny usług z uwzględnieniem przepisów prawa i ograniczają ich szanse na uzyskanie zamówienia.

II. Pismem wniesionym w dniu 9 lutego 2021 r. zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie. Zamawiający uznał odwołanie za niezasadne i wniósł o jego oddalenie.

Zamawiający stwierdził, że uznał wyjaśnienia przedstawione przez przystępującego za spójne, prawdziwe, logiczne i wskazujące na brak przesłanek do uznania, że zaofertowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Jak wskazuje przystępujący w piśmie z dnia 3 stycznia 2021 r. „kwota powstała po zsumowaniu wszystkich godzin w oparciu o zatrudnienie na zlecenie stanowi zaledwie 1,76 % ceny całej oferty. W pozostałej części ceny oferty tj. 98,24 % został zawarty cały zysk z realizacji umowy przez nasze konsorcjum.”. Wbrew temu co pisze odwołujący czynności, za które wynagrodzenie będzie wyliczone na podstawie kwestionowanej stawki godzinowej nie „będą polegać na pracach przy ścinie drzew trudnych (pochylonych nad drogami, liniami elektrycznymi)...”. Jednostką miary służącą do wyliczenia należności za te prace jest m³ (metr sześcienny) wyrobionego drewna. Stawka godzinowa jest jedynie jednostką wykorzystywaną sporadycznie do nieprzewidywalnych prac dodatkowych i to tylko i wyłącznie przy użytkach przygodnych, tj. nieplanowanych, które mogą, ale nie muszą być wykonywane (w cięciach planowych wszystkie elementy w kalkulowane są w stawkę podstawową za m³). Głównym czynnikiem mającym wpływ na wyliczoną w kosztorysie należność jest fakt, że pracochłonność (ilość roboczogodzin na jednostkę miary) poszczególnych zadań

gospodarczych ma charakter szacunkowy i wynika z katalogu opracowanego w roku 2003. Ponadto możliwe jest dodatkowe obniżenie kosztów przez wykonawcę (zastosowanie pozyskania maszynowego - Załącznik nr 3.5. do SIWZ - Informacja o stosowaniu możliwych technologii pozyskania drewna). Efektywność prac w lesie od roku 2003, w szczególności unowocześnienie maszyn leśnych oraz postęp ręcznej techniki ścinki, uległa znaczącej zmianie na korzyść wykonawców. Nowy katalog z dostosowanymi do aktualnych realiów technologicznych normami pracochłonności zostanie wprowadzony w Lasach Państwowych w roku bieżącym. W treści załącznika nr 10 do SIWZ przystępujący wykazał siedem (7) osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, z czego cztery (4) to właściciele prowadzący działalność gospodarczą. Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 15 września 2020 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2021 r. (Dz.U. 2020 poz. 1596) nie dotyczy osób fizycznych wpisanych do Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej, wykonujących zlecenie na swój rachunek.

III. Przystąpienie do postępowania odwoławczego zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: W. B. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych W. B., W. M. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą W. M. Usługi Leśne, S. J. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą S. J. Zakład Usługowy, L. C. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą L. C. Usługi Transportowe, Usługi Leśne, Handel.

W dniu 9 lutego 2021 r. do akt sprawy wpłynęło pismo przewodnie przystępującego, do którego załączy został jedynie plik z podpisem elektronicznym (brak jako załącznika pisma zawierającego stanowisko przystępującego). Na posiedzenie z udziałem stron i uczestników postępowania przystępujący nie stawiał się. Izba obowiązana była pominąć treść pisma przystępującego, które wpłynęło do akt sprawy po zamknięciu rozprawy.

Po przeprowadzeniu rozprawy Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Mając na uwadze, iż odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 stycznia 2021 r., do przedmiotowego postępowania odwoławczego, zgodnie z art. 92 ust. 2 ustawy dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 poz. 2020 ze zm.), znajdują zastosowanie przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm.), dalej jako „ustawa Pzp z 2019 r.”.

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp z 2019 r., skutkujących odrzuceniem odwołania, a odwołujący posiadał legitymację do wniesienia odwołania zgodnie z przepisem art. 505 ust. 1 ustawy Pzp z 2019 r.

Na podstawie dokumentacji postępowania Izba ustaliła w szczególności, co następuje:

Pismem z dnia 29 grudnia 2020 r. zamawiający wezwał przystępującego, na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących elementów oferty złożonej w postępowaniu, mających wpływ na wysokość ceny/kosztu za wykonanie przedmiotu zamówienia. Wezwanie dotyczyło wskazanych pozycji kosztorysu.

Odpowiedzi na ww. wezwanie przystępujący udzielił pismem z dnia 3 stycznia 2021 r.

Pismem z dnia 8 stycznia 2021 zamawiający zawiadomił o wyborze oferty przystępującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

Izba uznała, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Z ugruntowanego orzecznictwa Izby dotyczącego przepisów ustawy Pzp regulujących przesłankę odrzucenia oferty wskazaną w art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp oraz postępowanie wyjaśniające poprzedzające podjęcie przez zamawiającego decyzji w tym zakresie (art. 90 ust. 1 – 3 ustawy Pzp) wynika, że w przypadku wystosowania przez zamawiającego do wykonawcy wezwania o złożenie wyjaśnień w przedmiocie ceny lub kosztu oferty na wykonawcy spoczywa obowiązek złożenia zamawiającemu kompletnych i konkretnych wyjaśnień, wraz z dowodami, odpowiadających treści wezwania zamawiającego. Nieprzedstawienie kompletnych i wystarczająco konkretnych wyjaśnień skutkuje ziszczeniem się przesłanki odrzucenia oferty wskazanej w art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Jak bowiem wynika wprost z przepisu art. 90 ust. 3 ustawy Pzp zaistnienie przesłanki do odrzucenia oferty ma miejsce nie tylko wtedy, gdy dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, lecz także wtedy, gdy wykonawca nie złożył wyjaśnień, przez co należy rozumieć również brak złożenia kompletnych i wystarczająco konkretnych wyjaśnień.

W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących elementów oferty złożonej w postępowaniu, mających wpływ na wysokość ceny/kosztu za wykonanie przedmiotu zamówienia (w zakresie wskazanych pozycji kosztorysu) przystępujący udzielił wyjaśnień, które są bardzo ogólnikowe, nie zawierają żadnych konkretnych wyliczeń odnośnie wskazanych pozycji kosztorysu, ani tym bardziej dowodów. Przystępujący nie wykazał, że zaoferowana przez niego stawka 12,00 zł pokryje wszystkie koszty ponoszone z tego tytułu. Przedstawione w tym zakresie wyjaśnienia są bardzo fragmentaryczne i w zasadzie ograniczają się do lakonicznego i niejasnego stwierdzenia, że stawka 12,00 zł netto oznacza 18,30 zł brutto. Nie jest dopuszczalne uznanie, że brakująca kwota zostanie pokryta z zakładanego zysku. Po pierwsze, nie zostało wskazane jaki poziom zysku został przyjęty przez przystępującego w kalkulacji. Po drugie, zgodnie z postanowieniem zawartym w pkt 13.2 SIWZ każda cena jednostkowa musi być tak podana, aby pokrywać wszelkie koszty i ryzyka wykonawcy związane z realizacją czynności, której dotyczy. Wykonawca nie może kosztów realizacji danej czynności doliczać do kosztów realizacji innych czynności. Złożone przez przystępującego wyjaśnienia mają na tyle ogólny charakter, że w ogóle nie sposób dokonać oceny (w tym w ramach niniejszego uzasadnienia) zaoferowanej przez przystępującego ceny w zakresie wskazanych pozycji kosztorysu.

Mając powyższe na uwadze należało uznać, że przystępujący nie złożył kompletnych i wystarczająco konkretnych wyjaśnień, co stanowi przesłankę odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Jednocześnie, niewykazanie przez przystępującego w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, że nie doszło do niedoszacowania pozycji kosztorysu (ceny jednostkowej 12,00 zł) w sytuacji, gdy zamawiający w sposób wyraźny i jednoznaczny uregulował w treści SIWZ, że każda cena jednostkowa musi być tak podana, aby pokrywać wszelkie koszty i ryzyka wykonawcy związane z realizacją czynności, której dotyczy, a wykonawca nie może kosztów realizacji

danej czynności doliczać do kosztów realizacji innych czynności, natomiast sama minimalna stawka godzinowa od dnia 1 stycznia 2021 r. wynosi 18,30 zł - stanowi dodatkowo niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, tj. z ww. postanowieniem zawartym w pkt 13.2 SIWZ, a w konsekwencji podstawę odrzucenia oferty wskazaną w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Podstawa odrzucenia oferty przystępującego, wskazana w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zaistniała również wobec niezgodności treści jego oferty z postanowieniem zawartym w pkt 3.5 SIWZ. Zgodnie z tym postanowieniem zamawiający wymagał zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę osób wykonujących czynności wchodzące w skład przedmiotu zamówienia polegające na pozyskaniu i zrywce surowca drzewnego, jeżeli wykonanie tych czynności polega na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy. Jak wskazał odwołujący w treści odwołania obowiązek zatrudnienia na podstawie umowy o pracę obejmuje pilarzy, zrywkarzy i ich pomocników, a osoby te niewątpliwie wykonują czynności wchodzące w skład pozycji kosztorysu nr 36 i 39 (numeracja pochodzi z załącznika nr 2 do SIWZ Kosztorysy ofertowe w formacie excel). Powyższe twierdzenia odwołującego nie zostały zaprzeczone przez zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie, a ponadto treść ww. postanowienia zawartego w pkt 3.5 SIWZ została przez zamawiającego przytoczona w wezwaniu z dnia 29 grudnia 2020 r. Stanowisko przeciwne nie wynika również z treści pisma przystępującego z dnia 3 stycznia 2021 r. Kierując się także treścią dokumentacji postępowania (Załącznik nr 4 do SIWZ, *Opis standardu technologii wykonawstwa prac leśnych wraz Procedurą Odbioru Prac*, pkt III.3 – 3.1) ww. twierdzenia odwołującego Izba uznała za prawdziwe. Ww. pozycji nr 36 (*Prace godz. ręczne z poz. drew*) i 39 (*Prace godz. ręczne z zrywki d.*) dotyczyło wezwania wystosowane przez zamawiającego do przystępującego na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp (pismo z dnia 29 grudnia 2020 r.). W odpowiedzi na ww. wezwanie przystępujący złożył wyjaśnienia pismem z dnia 3 stycznia 2021 r., w treści którego potwierdził, że prace godzinowe wykonywane ręcznie będą wykonywane przez osoby zatrudnione na podstawie umowy zlecenia, a zatem niezgodnie z ww. postanowieniem 3.5 SIWZ.

Mając na względzie ww. okoliczności, Izba za zasadny uznała również zarzut zaniechania odrzucenia oferty przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Jak wskazuje się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej ustawa Pzp nie zawiera definicji legalnej czynu nieuczciwej konkurencji i odsyła w tym zakresie do przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2020 r. poz. 1913), „uznk”. Art. 3 tej ustawy określa katalog czynów nieuczciwej konkurencji. Przepis ten posługuje się klauzulą generalną, która wyznacza kategorię czynów nieuczciwej konkurencji poprzez odwołanie się nie tylko do sprzeczności czynu z prawem, ale także z dobrymi obyczajami, oraz stawia wymóg, aby czyn zagrażał albo naruszał interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Ustawodawca dostrzegając niemożność wyczerpującego wskazania działań, które będą sprzeczne z uczciwą konkurencją, jedynie przykładowo wskazał w art. 3 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji czyny stanowiące delikty nieuczciwej konkurencji, nie wykluczając tym samym tzw. niestypizowanych czynów nieuczciwej konkurencji. W wyroku z dnia 9 czerwca 2009 r. sygn. akt II CSK 44/09 Sąd Najwyższy wskazał, iż art. 3 ust. 1 uznk może stanowić także samodzielną podstawę uznania określonego zachowania za czyn nieuczciwej konkurencji (tak np. w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 stycznia 2016 r. sygn. akt KIO 2786/15). W myśl art. 3 ust. 1 uznk czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

Kierując się powyższym, Izba uznała, że zamierzenie niewypełnienia przez przystępującego obowiązku zatrudnienia na podstawie umowy o pracę (pkt 3.5 SIWZ) należy dodatkowo zakwalifikować jako niezgodność z przepisami prawa pracy (zaniechanie zatrudnienia na podstawie umowy o pracę zgodnie z Kodeksem pracy), co zagraża interesowi innego wykonawcy biorącemu udział w postępowaniu, który zobowiązuje się wypełnić obowiązki nałożone w tym zakresie przepisami prawa pracy i postanowieniami SIWZ, a tym samym pozostaje obciążony większym zakresem zobowiązań, co przekłada się na jego szanse w uzyskaniu zamówienia. Ponadto przystępujący w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego nie rozwiął uzasadnionych wątpliwości co do wypełnienia obowiązków wynikających z rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 15 września 2020r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2021 r. Niewypełnienie ww. obowiązków niewątpliwie pozwała uzyskać przewagę nad innymi wykonawcami biorącymi udział w postępowaniu, pozwalając na zaoferowanie bardziej konkurencyjnej ceny. Mając to na uwadze, w ocenie Izby, opisane powyżej zachowanie wykonawcy winno skutkować stwierdzeniem wystąpienia podstawy do odrzucenia oferty, o której mowa w art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Na zakończenie należy podkreślić, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego stanowi procedurę zakupową i w związku z tym, przy zachowaniu zasad określonych w ustawie Pzp, konieczne jest, aby zostało przeprowadzone sprawnie i szybko. Wykonawca biorący udział w postępowaniu obowiązany jest do udzielania w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego kompletnych i konkretnych wyjaśnień i ponosi negatywne skutki niewypełnienia tego obowiązku. Zarówno zamawiający jak i Izba nie są zobowiązani, ale też uprawnieni, do domyślenia się stanowiska wykonawcy, gdyż godziłoby to w naczelną zasadę prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia, tj. zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp).

Biorąc pod uwagę powyższy stan rzeczy, Izba orzekła, jak w punkcie pierwszym sentencji, na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1) oraz ust. 3 pkt 1) lit. a) i b) ustawy Pzp z 2019 r.

Mają to na uwadze, o kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp z 2019 r. oraz § 7 ust. 1 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: