Sygn. akt: KIO 66/24

WYROK

Warszawa, dnia 26 stycznia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ernest Klauziński

Protokolantka: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 8 stycznia 2024 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: D. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą MD D. M., Idzików, 57500 Bystrzyca Kłodzka, D. C. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Usługi Leśne C.D., ul. Leśna 7, 57-530 Międzylesie oraz M. Z. prowadzącego działalność

gospodarczą pod firmą M.Z. „ŚWIERK", Dańczów 9, 57-343 Lewin Kłodzki w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Skarb Państwa - Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Międzylesie z siedzibą w Międzylesiu

orzeka:

1. Uwzględnia zarzut nr 2 odwołania i nakazuje zamawiającemu w ramach ponownej oceny ofert w ramach części nr 1, 2 i 4 postępowania:

   1.1 Wezwanie na podstawie art. 224 ust. 1 Pzp wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: K. L. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych K. L., Szklarnia 18, 57-530 Międzylesie, G.G.

prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych G.G., ul. Klonowa 5, 66-131 Cigacice oraz J. W. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Firma Usługowa J. W., ul. Osadnicza 35, 65-785 Zielona Góra

do złożenia wyjaśnień ceny złożonej oferty (wraz z dowodami na ich potwierdzenie), przy czym jako minimalny zakres wezwania do wyjaśnień Izba wskazuje ten określony w art. 224 ust. 3 Pzp.

2. W pozostałym zakresie umarza postępowanie.

3. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego i:

   3.1 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, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 701 zł 10 gr (siedemset jeden złotych dziesięć groszy) stanowiącą koszt dojazdu pełnomocnika na rozprawę;

   3.2 zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 19 301 zł 10 gr (słownie: dziewiętnaście tysięcy trzysta jeden złotych dziesięć groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez odwołującego.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie -Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący …….....

Sygn. akt: KIO 66/24

U z a s a d n i e n i e

Skarb Państwa - Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Międzylesie z siedzibą w Międzylesiu (dalej: Zamawiający) prowadzi na podstawie przepisów ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605, dalej: Pzp) postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Międzylesie w roku 2024 (nr postępowania SA.270.14.2023), zwane dalej postępowaniem.

Ogłoszenie w sprawie zamówienia publicznego zostało opublikowane 27 października 2023 r.

w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem: 2023/S 208-654591.

8 stycznia 2024 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: D.M. prowadzący działalność

gospodarczą pod firmą MD D. M., Idzików, 57-500 Bystrzyca Kłodzka, D. C. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Leśne C. D., ul. Leśna 7, 57-530 Międzylesie oraz M. Z. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą M. Z. „ŚWIERK", Dańczów 9, 57-343 Lewin Kłodzki (dalej: Odwołujący), wnieśli odwołanie w zakresie części 1, 2 i 4 postępowania i zarzucili Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b, lit. c Pzp przez jego niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum w składzie: 1. Zakład Usług Leśnych K. L. Szklarnia 18 , 57530 Międzylesie; 2. Zakład Usług Leśnych G. G. Ul. Klonowa 5, 66-131 Cigacice;

3. Firma Usługowa J. W. Ul. Osadnicza 35 , 65-785 Zielona Góra; (dalej: Konsorcjum) w ramach części nr 1, nr 2, nr 4 mimo,

że Konsorcjum nie spełniło warunków udziału w postępowaniu (względnie nie złożyło podmiotowego środka dowodowego);

2. art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp przez jego niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum w ramach części nr 1, nr 2, nr 4 jako oferty zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;

3. art. 239 ust. 1 przez niedokonanie wyboru oferty Odwołującego, która jest jedyną ważną ofertą, ofertą najkorzystniejszą zgodnie z określonymi w postępowaniu kryteriami oceny oferty.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. dokonania ponownego badania i oceny ofert, w tym unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie pakietu nr 1, nr 2, nr 4,

2. powtórzenia oceny ofert, wskutek którego w zakresie pakietu nr 1, nr 2, nr 4 oferta Konsorcjum zostanie uznana za nieważną wskutek naruszeń opisanych w odwołaniu,

3. powtórzenia oceny ofert i dokonania wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej odpowiednio w pakiecie nr 1, nr 2, nr 4 na podstawie określonych w postepowaniu kryteriów oceny oferty.

W odpowiedzi na odwołanie z 19 stycznia 2024 r. Zamawiający uwzględnił zarzuty w zakresie:

1. oceny i przyjęcia przez Zamawiającego podmiotowych środków dowodowych składanych w formie wykazów zrealizowanych usług złożonych przez Konsorcjum dla pakietów 2 i 4,

2. przyjęcia przez Zamawiającego oświadczeń złożonych przez Konsorcjum dla pakietów 1, 2 i 4 na podstawie art. 117 ust. 4 Pzp,

3. oceny i przyjęcia przez Zamawiającego podmiotowego środka dowodowego złożonego w formie informacji banku o posiadanych zdolnościach finansowych

4. wyboru oferty

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w części dotyczącej zarzutów:

5. braku złożenia dowodów na należyte wykonanie umów wykazanych przez

Konsorcjum

6. braku odrzucenia oferty zarzutu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8) Konsorcjum w związku ze spełnieniem się przesłanki dot. rażąco niskiej ceny.

W toku posiedzenia niejawnego z udziałem stron Odwołujący oświadczył, że wycofuje zarzut dotyczący braku złożenia dowodów na należyte wykonanie umów wykazanych przez Konsorcjum. W konsekwencji merytorycznemu rozpoznaniu przez Izbę podlegał zarzut nr 2 odwołania.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania Odwołujący wskazał m. in.:

Zamawiający w ramach części 1, 2 i 4 postępowania dokonał wyboru jako najkorzystniejszej,

oferty złożonej przez Konsorcjum, co w ocenie Odwołującego było błędne.

Konsorcjum zaoferowało w każdym z pakietów ceny zdecydowanie poniżej realnych cen ofertowych, również nie odpowiadające części kosztorysu inwestorskiego. Porównanie cen jednostkowych Konsorcjum z realnymi stawkami rynkowymi uzasadniało wniosek, że każdemu racjonalnemu obserwatorowi powinny wydawać się rażąco niskie. Jednocześnie jako niesporny należy uznać fakt, że powinny były wzbudzić wątpliwości Zamawiającego.

Konsorcjum w swojej ofercie przykładowo w zakresie czynności - pozostałe cięcia rębne (CWD-D) dla czynności Całkowity wyrób drewna technologią dowolną stawki między 83 a 120 złotych za m3. Jest to czynność, która zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia wymaga

od Wykonawcy zorganizowania w szczególności: zapewnienia właściwych warunków w zakresie bezpieczeństwa i higieny pracy, uwzględnienia wymagań Zamawiającego dotyczących ilości oraz struktury sortymentów drzewnych określonych w zleceniu, terminu realizacji zlecenia, wymogów minimalizacji uszkodzeń w środowisku leśnym przy realizacji zlecenia, ograniczeń sprzętowych, ograniczeń wynikających z zasad ochrony przyrody, szczegółowych i specyficznych dla danej lokalizacji cięć okolicznościowych wskazanych w zleceniach. Zrywkę drewna należy prowadzić w sposób minimalizujący uszkadzanie drzew pozostających na powierzchni po zbiegu, w sposób zapewniający przejezdność dróg leśnych (bieżąca zrywka drewna obalonego na drogi). Wykonawca ma obowiązek dbać o należyte utrzymanie szlaku operacyjnego w szczególności bieżące utrzymanie drożności spustów odprowadzających wodę gruntową i opadową, a także utrzymanie drożności rowów odwadniających w przypadku zrywki drewna przez drogi leśne lub na pobocze dróg leśnych. Po zakończeniu zrywki drewna na danej pozycji, Wykonawca ma obowiązek pozostawić szlaki operacyjne w stanie umożliwiającym ich wykorzystanie w przyszłości. Zamawiający w załącznikach do specyfikacji opisujących przedmiot zamówienia (załączniki 2 oraz załącznik 3). Wykonawca realizuje usługę przy użyciu ręcznych pilarek i narzędzi pomocniczych oraz maszyn zrywkowych prace z zakresu pozyskania drewna. Minimum czynności w zakresie pozyskania z użyciem pilarki obejmuje zatem wykonanie prac przygotowawczych związanych z przygotowaniem stanowiska do ścinki, ścinkę i obalanie drzew wyznaczonych do wycięcia, okrzesanie ściętych drzew w stopniu przewidzianym w warunkach technicznych obowiązujących w PGL LP na wyrabiane sortymenty wskazane w specyfikacji, manipulację surowca drzewnego, zgodnie ze wskazaniami przekazanymi przez Zamawiającego,

z uwzględnieniem unormowań wskazanych w SWZ, przygotowanie drewna do odbiórki, przez udostępnienie go do pomiarów i oględzin (w szczególności usunięcie gałęzi, progu po ścince w drewnie wielkowymiarowym kłodowanym i w drewnie S1, ułożenie drewna w sposób umożliwiający jego pomiar, ocenę występujących wad i ewentualną manipulację),

przemieszczenie drewna z miejsca jego wycięcia do wskazanego przez Zamawiającego miejsca składowania, ułożenie zerwanego drewna w mygły lub stosy. Prace związane z pozyskaniem maszynowym drewna obejmują - ścinkę i obalanie drzew wyznaczonych do wycięcia, posortowanie wg. szczegółowych wskazań zawartych w zleceniu, (np. wg gatunków, jakości lub średnic), okrzesanie ściętych drzew w stopniu przewidzianym w obowiązujących w PGL LP warunkach technicznych na wyrabiane sortymenty wskazane w SWZ, manipulację surowca drzewnego, zgodnie ze wskazaniami przekazanymi w zleceniu przez Zamawiającego z uwzględnieniem unormowań wskazanych w specyfikacji, przygotowanie drewna do odbiórki przez udostępnienie go do pomiarów i oględzin (w szczególności usunięcie gałęzi, ułożenie drewna w sposób umożliwiający jego pomiar, ocenę występujących wad), przemieszczenie drewna z miejsca jego wycięcia do wskazanego przez Zamawiającego miejsca składowania oraz ułożenie zerwanego drewna w mygły

lub stosy zgodnie z Warunkami Technicznymi.

Tym samym wykonanie tych prac musi uwzględnić pracę człowieka (co istotne zgodnie z zapisami pkt. 3.5 specyfikacji zatrudnionego dla tych właśnie czynności na umowę o pracę) z uwzględnieniem pracy ręcznej z użyciem pilarki, bądź też z użyciem maszyny leśnej. Poniżej przedstawiono przykładowe wyliczenie kosztów pracy dla założenia pracy przez pracownika

z użyciem pilarki. Wszystkie wskazane w przedmiocie zamówienia zakresy prac, czynności do wykonania charakteryzują się tym, że są to czynności wykonywane za pomocą pracy osobowej, tym samym realne koszty obejmują w znacznej części koszty osobowe.

Kalkulacja kosztów pracy

Wynagrodzenie pracownika - w 2024 r. minimalne wynagrodzenie brutto wynosi od 1 stycznia 2024 r. 4.242,00 zł brutto, zaś od 1 lipca 2024r. wynosić będzie 4.300 złotych. Łącznie koszty pracodawcy wynoszą odpowiednio od 1 stycznia 2024r. 5.110,76 zł brutto, zaś od 1 lipca 2024 r. wynosić będzie 5.180,64 złotych. Tym samym minimalny koszt godziny pracy wynosi pracownika zatrudnionego na umowę o pracę nie może być niższy niż 30,91 złotego. Do tego należy doliczyć minimum koszty:

- Koszty BHP (również środki ochrony osobistej) - 700 zł/rok / 12 miesięcy = 58,33 zł/miesiąc / średnio 167 godzin pracy w miesiącu = 0,35 zł/1 h

- Koszty pośrednie - 4 242 zł/rok / 12 miesięcy = 353,50 zł/ miesiąc / średnio 167 godzin pracy w miesiącu = 2,12 zł/1 h

Razem koszty pracownicze = 33,38 zł/1h

Kalkulacja kosztów sprzętu - amortyzacja pilarki - wartość pilarki = 2 810,61 zł netto

Stawka amortyzacji 14%

2 810,61 zł x 14% = 393,49 zł/rok / 12 miesięcy = 32,79 zł/mies. (średnio około 1,64 złotego dziennie)

Pilarz w układzie jednego dnia roboczego pozyska około 8 do 10 m3 (do wyliczenia przyjęto średnią w wysokości 9 m3). Na koszty czynności pn. pozostałe cięcia rębne (CWD-D) dla czynności Całkowity wyrób drewna technologią dowolną, składają się minimum dwie czynności jakimi są pozyskanie oraz zrywka. Tym samym kwotę zaoferowaną przez Wykonawcę należy podzielić na te dwie czynności - pozyskanie oraz zrywkę.

Kwota wyjściowa do wyliczenia została przyjęta na poziomie pozyskania dziennego 9 m3. Koszty paliwa przy założeniu, spalania pilarki na poziomie 5,5 litra na 9 m3 - przyjęto kwotę wyjściową 6,24 zł./litr wyniosą około 34,32 złotego.

Koszty pracownika (wg powyższego wyliczenia) - 8 godzin pracy dziennie - 8 * 33,38 zł. wynoszą 267,04 zł. Przy czym są to koszty jednej osoby, natomiast zgodnie z wymogami standardu opisanego powyżej pracę związaną z pozyskaniem drewna muszą wykonywać minimum dwie osoby na powierzchni. Tym samym koszty dzienne muszą uwzględnić pracę minimum dwóch osób - całkowity koszt zatem wynosi minimum 534,08 zł.

Koszty amortyzacji pilarki, wymiany części eksploatacyjnych (łańcuch, prowadnica, olej do prowadnicy) to koszt około 9 złotych dziennie (przyjęto na 9 m3).

Koszty dowozu pracowników - koszt dojazdu ok. 40 km w obie strony (przyjęto minimum 3 osoby), auto spala 10l na 100 km- czyli 40 l x ON 6,37=25,48/3= 8,50 zł.

Całkowite koszty dzienne pozyskania wynoszą zatem minimum – 585,90 złotego.

Wykonawca wziął pod uwagę że znaczną część pozyskania można wykonać przy użyciu wielooperacyjnych maszyn leśnych typu harwester. Wykonawca przekalkulował (na podstawie załączników do SWZ, w szczególności pn. planowany rozmiar prac według grup czynności, załącznika pn. szczegółowy rozmiar prac według grup czynności, jak również na podstawie wizji w terenie, że dużą część masy możliwym jest pozyskać harwesterem. Harwester

w układzie jednego dnia roboczego pozyska około 60 m3. Tym samym kwota wyjściowa do wyliczenia została przyjęta na poziomie pozyskania dziennego 60 m3. Koszty paliwa przy założeniu, spalanie dla maszyny leśnej przyjęto na poziomie od 70 do 110 litrów w ciągu dnia pracy (do wyliczenia przyjęto średnią w wysokości 90 litrów), tym samym koszty paliwa (dzienne) przyjęto na poziomie 561,60 złotego.

Koszty utrzymania harwestera przyjęte do wyliczenia obejmują w szczególności koszty: olej maszynowy zużycie 0,99 l/1 m3 x 8 zł/1 = 8 zł/1 m3 8 zł/1 m3 x średnia pracochłonność 65 = 520 zł łańcuch, średnie zużycie w miesiącu = 3 szt x cena 120 zł/szt = 360 zł prowadnica, średnie zużycie w miesiącu = 1 szt x cena 300 zł/szt = 300 zł. Łącznie - 1.180 zł.

Koszty amortyzacji w wysokości 1000 złotych. Koszty osobowe przyjęte do założenia -

koszty pracy operatora - przyjęto jedną dniówkę to koszt w wysokości (8 godzin * 33,38 złotych, obejmuje całkowity koszt wynagrodzenia wraz z kosztami pracodawcy, wg wyliczonego

w dalszej części pisma kosztu osobowego) to koszt 267,04 złotych na jedną osobę (koniecznym jest jednakże praca minimum dwóch osób). Koszty dojazdu w układzie na jednego pracownika 8,50 złotych. Łącznie koszty wynoszą 3.551,22 złotego.

Forwarder w układzie jednego dnia roboczego zbierze około 85 m3. Koszty paliwa przy założeniu, że maszyna spali około 80 litrów oleju napędowego (przyjęto kwotę wyjściową 6,24 zł.) wyniosą około 499,20 złotych. Koszty utrzymania maszyny przyjęte do wyliczenia obejmują w szczególności koszty materiałów eksploatacyjnych i części - łańcuch 80 zł, oleje 150 zł. Koszty amortyzacji w wysokości 100 złotych. Koszty osobowe przyjęte do założenia -koszty pracy pracownika - przyjęto jedną dniówkę to koszt w wysokości (8 godzin * 33.38 złotych, obejmuje całkowity koszt wynagrodzenia wraz z kosztami pracodawcy, wg wyliczonego dalej kosztu osobowego) to koszt 267,04 złotego na jednego pracownika (koszty pracownicze winny objąć minimum dwie osoby - łączny koszt wynosi zatem 534,08 zł). Koszty dojazdu w układzie na jednego pracownika 8,5 złotych. Łącznie koszty wynoszą 1291,78 złotego.

Mając na względzie zastosowane stawki (83 złote za m3) dzienny dochód będzie wynosił 747 złotych przy pierwszej metodzie, 4.980 złotych przy drugiej metodzie.

Odwołujący wobec powyższego wskazał, że dzienny koszt wykonania czynności pozostałych cięć rębnych (CWD-D) dla czynności Całkowity wyrób drewna technologią dowolną, przy zastosowaniu pierwszego sposobu wykonania czynności tj. z użyciem pilarki - przy pracochłonności na poziomie jednego dnia roboczego pozyska około 8 do 10 m3 (do wyliczenia przyjęto średnią w wysokości 9 m3) - wynosi 1291,78 złotego (zrywka) oraz w przypadku pozyskania z użyciem pilarki koszt 585.90 złotego (pozyskanie).

Całkowity koszt - 1.877,68 złotego.

Przy zastosowaniu drugiego sposobu wykonania czynności tj. z użyciem maszyny -harwester - przy pracochłonności na poziomie jednego dnia roboczego pozyska około 60 m3 (do wyliczenia przyjęto średnią w wysokości 60 m3) - wynosi 1291,78 złotego (zrywka) oraz w przypadku pozyskania z użyciem harwestera koszt 3.551,96 złotego (pozyskanie). Koniecznym jest również podkreślenie, że wykonawca powinien również zabezpieczyć koszty eksploatacyjne obejmujące chociażby ewentualne zwyżki cen paliw minimum na poziomie około 5%.

Całkowity koszt - 5.085,15 złotego.

Mając na względzie wskazane koszty Konsorcjum nie byłoby w stanie wykonać opisanej powyżej czynności w pakietach 1, 2, 4 za zaoferowaną cenę.

19 stycznia 2024 r. Zamawiający w zakresie zarzutu nr 2 odwołania wskazał:

Zamawiający zobowiązany jest przeprowadzić postępowanie wyjaśniające w zakresie rażąco niskiej ceny gdy cena całkowita oferty , zgodnie z regulacją art. 224 ust. 1 jest niższa o więcej niż 0 30% od średniej cen złożonych ofert lub od wartości zamówienia. Zgodnie z art. 7 pkt 1 Pzp ilekroć w ustawie jest mowa o cenie - należy przez to rozumieć cenę w

rozumieniu

art. 3 ust. 1 pkt 1 i ust. 2 ustawy z 9 maja 2014 r. o informowaniu o cenach towarów i usług (Dz. U. z 2023 r. poz. 168), nawet jeżeli jest płacona na rzecz osoby niebędącej przedsiębiorcą. Wskazany przepis ustawy o informowaniu o cenach stanowi z kolei, że cena to wartość wyrażona w jednostkach pieniężnych, którą kupujący (tu: zamawiający) jest obowiązany zapłacić przedsiębiorcy (tu: wykonawcy) za towar lub usługę. W cenie uwzględnia się podatek od towarów i usług oraz podatek akcyzowy, jeżeli na podstawie odrębnych przepisów sprzedaż towaru lub usługi podlega obciążeniu podatkiem od towarów i usług lub podatkiem akcyzowym. Prawo zamówień publicznych odwołuje się do konkretnych części przepisu art. 3 ustawy o informowaniu o cenach, nie wskazując przy tym jej art. 3 ust. 1 pkt 2, który mówi o cenach jednostkowych. Nie należy zatem przyjmować definicji z tej ustawy do stosunków kontraktowych w zamówieniach publicznych. Zamawiający dokonał w związku z powyższym badania cen całkowitych ofert złożonych przez Konsorcjum dla pakietów 1, 2 i 4, a badając nie stwierdził wystąpienia poziomu cen, które obligowałyby zamawiającego do przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego ceny ofert dla poszczególnych pakietów w stosunku do wartości zamówienia określonej przez Zamawiającego był niższe od wartości określonej przez Zamawiającego odpowiednio: dla pakietu 1 - o 29,97%, dla pakietu 2 - o 26,15%; dla pakietu 4 - o 23,58%. Natomiast ceny ofert dla poszczególnych pakietów złożonych przez Konsorcjum w stosunku do średnich cen złożonych ofert był niższe odpowiednio: dla pakietu 1 - o 17,20%, dla pakietu 2 - o 14,01%; dla pakietu 4 - o 10,73%. Mając powyższe na uwadze, zarzut dotyczący zaniechania przez Zamawiającego odrzucenia ofert złożonych dla pakietów 1, 2 i 4 przez Konsorcjum nie zasługiwał na uwzględnienie.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając dokumentację przedmiotowego

postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść SWZ, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron zawarte w odwołaniu i odpowiedzi na odwołanie, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 Pzp.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust.

1 Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez niego szkody w wyniku kwestionowanych czynności zamawiającego.

Wobec uwzględnienia części zarzutów odwołania przez Zamawiającego i wycofanie części zarzutów przez Odwołującego w toku posiedzenia niejawnego z udziałem Stron postępowania podlegało umorzeniu za wyjątkiem zarzutu nr 2 odwołania.

Mając na uwadze powyższe Izba merytorycznie rozpoznała odwołanie w powyższym zakresie, uznając, że zasługuje ono na uwzględnienie.

Rozpoznając odwołanie Izba przeprowadziła dowody z:

1. dokumentacji postępowania, ze szczególnym uwzględnieniem SWZ wraz z załącznikami oraz oferty Konsorcjum,

2. dokumentów złożonych przez Strony w toku posiedzenia niejawnego z udziałem stron.

Izba ustaliła, co następuje:

W części 1, 2 i 4 postępowania oferty w postępowaniu złożyli Odwołujący oraz Konsorcjum:

1. Odwołujący – cena: 2 483 328,27 zł,

Konsorcjum – cena: 1 754 517,45 zł;

2. Odwołujący – cena: 1 888 835,76 zł, Konsorcjum – cena: 1 424 689,80 zł;

4. Odwołujący – cena: 1 365 318,00 zł,

Konsorcjum – cena: 1 100 766,24 zł.

Zamawiający na realizację ww. części zamówienia przeznaczył:

1. 2 505 518,07 zł,

2. 1 929 053,86 zł,

4. 1 440 390,52 zł.

Wobec powyższego nie doszło do ziszczenia się przesłanek określonych w art. 224 ust. 2 pkt 1 Pzp, zgodnie z którym w przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia

powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia. Argumentacja Odwołującego na poparcie zarzutów odwołania oparta była na przesłankach z art. 224 ust. 1 Pzp, który stanowi: Jeżeli zaoferowana 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, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

Tym samym w podniesionym przez Odwołującego zarzucie naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp zawarty został również zarzut naruszenia art. 224 ust. 1, nie było natomiast zarzutu naruszenia art. 224 ust. 2 pkt 1 Pzp.

W świetle argumentacji podniesionej przez Zamawiającego powyższe ustalenie było kluczowe dla uwzględnienia odwołania.

Odwołujący w swojej argumentacji wskazał konkretne koszty jakie poniesie wykonawca realizujący przedmiot zamówienia. Stąd Odwołujący wywiódł twierdzenie, że oferta Konsorcjum zawierała rażąco niską cenę.

Zamawiający w swoim stanowisku ograniczył się natomiast do polemiki z zasadnością wezwania Konsorcjum do wyjaśnień ceny oferty na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1 Pzp, tj. polemiki z zarzutem, którego w odwołaniu nie było. Zamawiający nie odniósł się w żaden sposób do argumentacji Odwołującego zawartej w uzasadnieniu odwołania, ani tej argumentacji nie zaprzeczył.

W ocenie Izby argumentacja Odwołującego co do kosztów realizacji przedmiotu zamówienia stanowiła wystarczające uprawdopodobnienie wystąpienia przesłanek z art. 224 ust. 1 Pzp.

Zgodnie z art. 537 Pzp ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na:

1) wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego;

2) zamawiającym, jeżeli wykonawca, który złożył ofertę, nie jest uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Ponieważ do postępowania nie przystąpiło Konsorcjum to zgodnie z przytoczonym przepisem ciężar dowodu w zakresie wykazania realności ceny oferty Konsorcjum spoczywał na Zamawiającym. W konsekwencji to na Zamawiającym spoczywał obowiązek wykazania, że wątpliwości (w rozumieniu art. 224 ust. 1 Pzp) co do realnego charakteru ceny oferty Konsorcjum nie wystąpiły. Zamawiający nie podjął jednak w tym kierunku żadnej inicjatywy.

W konsekwencji Izba uwzględniła odwołanie, z tym zastrzeżeniem, że nie nakazała Zamawiającemu odrzucenia oferty Konsorcjum, że względu na fakt, że uznając wystąpienie naruszenia art. 224 ust. 1 Pzp stwierdziła, że żądanie odrzucenia oferty było zbyt daleko idące. Izba uznała więc, że obowiązkiem Zamawiającego jest zbadanie, czy oferta Konsorcjum nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący: …….....……..……