

Sygn. akt: KIO 2830/14 KIO 40/15

WYROK
z dnia 18 lutego 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Członkowie: Andrzej Niwicki

Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 lutego 2015 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A) w dniu 31 grudnia 2014 r. przez Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie **M. R.** (prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe Stal-Mont, ul. Piłska 1, 78-400 Szczecinek) - Lider, **Przedsiębiorstwo Usług Leśnych FOREST Sp. z o.o.** z siedzibą w Szczecinku przy ul. Bukowej 53, 78-400 Szczecinek, **Z. C.** (prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe BIO-ZBYT, ul. Dworcowa 12/12, 78-425 Biały Bór), **W. W.** (prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych, Kurowo 5, 76-020 Bobolice) (sygn. akt KIO 2830/14);

B) w dniu 8 stycznia 2015 r. przez Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie **A. L.** (prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych A. L., Okunino 6, 77-200 Miastko), **A. G.** (prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych A. G., Lisewko 27, 77-320 Przechlewo) (sygn. akt KIO 40/15)

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Skarb Państwa - Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe – Nadleśnictwo Miastko** Pasieka 55, 77-200 Miastko

przy udziale

wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **T. K.** (prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych T. K., Miłocice 51, 77-200 Miastko), **R. D.** (prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych R. D., Lubkowo 30, 77-200 Miastko) zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2830/14 po stronie Zamawiającego

wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **M. D.** (prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Leśne M. D., Kaliska 2, 78-245 Biały Bór) – Lider, **J. B.** (prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych J. B., Kaliska 2, 78-425 Biały Bór), **J. Z.** (prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych J. Z., ul. Żymierskiego 24, 78-425 Biały Bór), **T. B.** (prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Leśne i Transportowe T. B., Kołczygłowy 10, 77-140 Kołczygłowy), zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2830/14 po stronie Zamawiającego,

wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **J. Z.** (prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych J. Z. ul. Żymierskiego 24, 78-425 Biały Bór) - Lider, **A. S.** (prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych A. S., ul. Gajowa 8/1, 77-420 Lipka), zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2830/14 po stronie Zamawiającego,

wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **W. K.** (prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usługowy "LAS" W. K. Miłocice 42, 77-200 Miastko) - Lider, **Z. K.** (prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług

Leśnych Z. K., Stępień 27b/7, 78-421 Drzonowo), **J. B.** (prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych J. B., Iwin 23/6, 78-450 Grzmiąca), "**Zielone**" **Sp. z o.o.**, ul. Bielawska 5, 62-400 Słupca zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2830/14 po stronie Zamawiającego, wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie M. J., M. S. prowadzący wspólnie działalność gospodarczą w ramach spółki cywilnej Zakład Usług Leśnych J. S. s.c., Kamnica 34/7, 77-200 Miastko, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2830/14 oraz KIO 40/15 po stronie Zamawiającego.

orzeka:

1

- A) Oddala odwołanie wniesione przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie M. R. (Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe Stal-Mont), Przedsiębiorstwo Usług Leśnych FOREST Sp. z o.o., Z. C. (Przedsiębiorstwo

Sygn. akt: KIO 2830/14, KIO 40/15 2

Handlowo Usługowe BIO-ZBYT.), W. W. (Zakład Usług Leśnych) (sygn. akt KIO 2830/14);

- B) Uwzględnia odwołanie wniesione przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie A. L., (Zakład Usług Leśnych A. L.), A. G., (Zakład Usług Leśnych A. G.) (sygn. akt KIO 40/15) i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej na pakiet nr 5, unieważnienie czynności wykluczenia z postępowania wykonawców A. L. i A. G. (Konsorcjum Jodła) i nakazuje powtórzenie czynności oceny ofert na pakiet nr 5;

2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie M. R. (Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe Stal-Mont), Przedsiębiorstwo Usług Leśnych FOREST Sp. z o.o., Z. C. (Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe BIO-ZBYT.), W. W. (Zakład Usług Leśnych) - w sprawie sygn. akt KIO 2830/14 oraz Zamawiającego Skarbu Państwa - Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe – Nadleśnictwo Miastko w sprawie sygn. akt KIO 40/15:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30.000 zł 00 gr.** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołujących: wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie M. R. (Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe Stal-Mont, ul. Piłska 1, 78-400 Szczecinek) - Lider, Przedsiębiorstwo Usług Leśnych FOREST Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinku przy ul. Bukowej 53, 78-400 Szczecinek, Z. C. (Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe BIO-ZBYT, ul. Dworcowa 12/12, 78-425 Biały Bór), W. W. (Zakład Usług Leśnych, Kurowo 5, 76-020 Bobolice) (sygn. akt KIO 2830/14), wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie A. L., Okunino 6, 77-200 Miastko, A. G., Lisewko 27, 77-320 Przechlewo (sygn. akt KIO 40/15), tytułem wpisów od odwołań.

2.2 Zasądza:

- A) Od Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie M. R. (Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe Stal-Mont), Przedsiębiorstwo Usług Leśnych FOREST Sp. z o.o., Z. C. (Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe BIO-ZBYT.), W. W. (Zakład Usług Leśnych) na rzecz Zamawiającego Skarbu Państwa - Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe – Nadleśnictwo Miastko kwotę **6.019 zł 20 gr** (słownie: sześć tysięcy dziewiętnaście złotych dwadzieścia groszy) stanowiąca koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika i dojazdu na posiedzenie lzby w dniach 27.01.2015 r. i 16.02.2015 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2830/14;

Sygn. akt: KIO 2830/14, KIO 40/15 3

- B) Od Zamawiającego Skarbu Państwa - Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe – Nadleśnictwo Miastko na rzecz Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie A. L., Okunino 6, 77-200 Miastko, A. G., Lisewko 27,

77-320 Przechlewo kwotę **18.600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika w sprawie o sygn. akt KIO 40/15.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Słupsku**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Sygn. akt: KIO 2830/14, KIO 40/15 4

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe - Nadleśnictwo Miastko w trybie przetargu nieograniczonego na *usługi leśne w roku 2015 w Nadleśnictwie Miastko* (nr postępowania: ZG-2710-1/14LW), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2014/S 220-389308 w dniu 14 listopada 2014 r., wobec czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej na część 1, 2, 3, 4, 5 zostały wniesione w dniach 31.12.2014 r. oraz 08.01.2015 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołania przez:

- wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Konsorcjum w składzie: M. R. (PUH Stal-Mont) - Lider, Przedsiębiorstwo Usług Leśnych FOREST Sp. z o.o. z siedzibą

Sygn. akt: KIO 2830/14, KIO 40/15 5

w Szczecinku, Z. C. (PHU BIO-ZBYT.), Waldemar Winkowski (Zakład Usług Leśnych) – dalej jako Konsorcjum Forest (sygn. akt KIO 2830/14)

- wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie A. L., Okunino 6, 77-200 Miastko, A. G. , Lisewko 27, 77-320 Przechlewo – dalej Konsorcjum Jodła (sygn. akt KIO 40/15).

Zamawiający poinformował wykonawców o wynikach oceny ofert oraz wyborze oferty najkorzystniejszej w dniu 24.12.2014 r. w zawiadomieniu przekazanym w pismach przekazanych przesyłkami poleconymi.

Do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2830/14 przystąpienia po stronie Zamawiającego zgłosili wykonawcy: wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia T. K. (Zakład Usług Leśnych T. K.), R. D. (Zakład Usług Leśnych R. D.) – dalej jako Konsorcjum Jawor; wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia M. D. (Usługi Leśne M. D.), J. B. (Zakład Usług Leśnych J. B.), J. Z. (Zakład Usług Leśnych J. Z.), T. B. (Usługi Leśne i Transportowe T. B.) – dalej jako Konsorcjum Dobrzański; wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia J. Z. (Zakład Usług Leśnych J. Z.), A. S. (Zakład Usług Leśnych A. S.) – dalej jako Konsorcjum Zawiałak; wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia W. K. (Zakład Usługowy "LAS" W. K.), Z. K. (Zakład Usług Leśnych Z. K.), J. B. (Zakład Usług Leśnych J. B.), "Zielone" Sp. z o.o. – dalej jako Konsorcjum Las; wspólnie ubiegających się o zamówienie M. J., M. S. prowadzących wspólnie działalność gospodarczą w ramach spółki cywilnej Zakład Usług Leśnych J. S. s.c. – dalej jako Konsorcjum S..

Do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 40/15 przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosiło Konsorcjum S..

Izba na posiedzeniu niejawnym prowadzonym z udziałem stron w dniu 16 lutego 2015 r. dopuściła do udziału w postępowaniu wykonawców zgłaszających przystąpienia do postępowania odwoławczego w sprawie KIO 2830/14 oraz KIO 40/15 po stronie Zamawiającego.

A Sygn. akt KIO 2830/14

W odwołaniu oznaczonym sygnaturą akt KIO 2830/14 Odwołujący –Konsorcjum Forest, zarzucił Zamawiającemu dokonanie z naruszeniem przepisów ustawy czynności oceny ofert i

wyboru oferty najkorzystniejszej na część 1,2,3,4, 5 zamówienia.

Odwołujący odnośnie wskazanych ofert na pakiety od 1 do 5 zarzucił Zamawiającemu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy, jako ofert zawierających rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zarzut dotyczy ofert złożonych:

Sygn. akt: KIO 2830/14, KIO 40/15 6

- na pakiet nr 1 przez Konsorcjum Las (cena 1.560.760,32 zł brutto), Konsorcjum D. (cena 1.469.745,25 zł brutto); ZUL S. W., Stępień1 (cena 1.599.780,90 zł brutto),
- na pakiet nr 2 przez Konsorcjum Las (cena 1.150.481,06 zł brutto), Maximus (cena 1.153.474,09 zł brutto), Konsorcjum Z. (cena 1.159.566,01 zł brutto)
- na pakiet nr 3 przez Konsorcjum Jawor (cena 1.435.800,84 zł brutto), Konsorcjum Las MGM (cena 1.499.411,04 zł brutto)
- na pakiet nr 4 przez Konsorcjum Las (cena 986.249,67 zł brutto), Konsorcjum Sosna (cena 1.073.259,77 zł brutto), Konsorcjum Las MGM (cena 1.217.908,84 zł brutto), Konsorcjum Danmar (cena 1.030.561,98 zł brutto), Konsorcjum Hubertus (cena 972.350,30 zł brutto),
- na pakiet nr 5 przez Konsorcjum S. (cena 1.561.570,43 zł brutto).

Uwzględniając wytyczne płynące z orzecznictwa co do rozumienia ceny rażąco niskiej, Odwołujący wskazał, iż za rażąco niską należy uznać cenę niepokrywającą wydatków wykonawcy związanych z realizacją zamówienia, cenę nierealną w relacji do cen rynkowych podobnych zamówień, cenę niewiarygodną, oderwaną od realiów rynkowych, za którą wykonanie należycie zamówienia nie jest możliwe. Odwołujący wskazał na obowiązek Zamawiającego zwrócenia się do wykonawcy o złożenie wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy, ze szczególnym uwzględnieniem wyliczenia minimalnej stawki za 1 roboczogodzinę pracy pracownika leśnego, w szczególności pilarza.

Odwołujący przedstawił przygotowane na jego lecenie zestawienie kosztów dla poszczególnych rodzajów usług leśnych, zastrzegając ekspertyzę jako tajemnicę przedsiębiorstwa na podstawie art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Ekspertyza potwierdzać ma minimalną wysokość kosztów, obejmujące technologię wykonania usługi, koszty pracy, koszty pośrednie i inne nie mające wpływu na dany rodzaj usług. Ponadto Odwołujący wskazał na gwarancje ustawowe wysokości wynagrodzenia dla pracownika zatrudnionego na podstawie umowy o pracę, do której ustalenia przyjmowane są wypłacane w danym miesiącu składki wynagrodzenia i inne świadczenia wynikające ze stosunku pracy, zaliczone według zasad statystyki zatrudnienia i wynagrodzenia określonych przez Główny Urząd Statystyczny do wynagrodzeń osobowych.

Uwzględniając wysokość minimalnego wynagrodzenia za pracę w 2015 r. (1750,00 zł.), wymiaru czasu pracy (8 godzin na dobę/40 godzin tygodniowo), Odwołujący dokonał wyliczenia stawki minimalnej roboczogodziny na poziomie 18,91 zł. Całkowite wydatki związane z zatrudnieniem pracownika leżące po stronie pracodawcy obejmują również m.in. pranie odzieży, środki czystości dla pracownika i z uwagi na specyfikę pracy napoje chłodzące, wydatki związane z utrzymaniem biura, zatrudnienie pracownika do prac do nadzoru, dowóz pracowników, szkolenia, badania lekarskie. Posiłki regeneracyjne przysługują pracownikom pracującym w określonych warunkach, dlatego koszty związane z nimi zostały uwzględnione przy wycenie określonych czynności indywidualnie. W ocenie

Sygn. akt: KIO 2830/14, KIO 40/15 7

Odwołującego już na podstawie cen jednostkowych roboczogodziny Zamawiający powinien był powziąć wątpliwość co do uwzględnienia kosztów pracy na poziomie nie niższym od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10.10.2002 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). Odwołujący dokonał samodzielnego wyliczenia stawek roboczogodzin za poszczególne czynności dla każdej z kwestionowanych ofert. Określony w art. 90 ust. 1 ustawy próg 30% stanowi jedynie przykładowy, ale jednocześnie maksymalny limit wartości, który może być odpowiednio obniżony przez zamawiającego, w zależności od okoliczności dotyczących przedmiotu zamówienia. Także w sytuacji, gdy cena oferty jest niższa np. o 10% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert w okolicznościach związanych z konkretnym zamówieniem, zamawiający ma prawo powziąć wątpliwość co do możliwości wykonania

przedmiotu zamówienia za zaoferowaną cenę i wezwać wykonawców do złożenia wyjaśnień. W świetle przepisów unijnych zamawiający zobowiązany jest wszcząć procedurę umożliwiającą wykonawcy złożenie wyjaśnień dotyczących zaproponowanej ceny. Zamawiający może odrzucić ofertę, jeżeli dostarczone dowody nie uzasadniają w zadawalającym stopniu niskiego poziomu proponowanej ceny lub proponowanych kosztów.

Zamawiający wezwał do wyjaśnień tylko jednego wykonawcę, w przypadku pozostałych ofert tej procedury nie zastosował.

Z ostrożności procesowej Odwołujący podniósł, iż sama wysokość jednej roboczogodziny może nie być rażąco niska, jednakże złożenie oferty z zaproponowaną roboczogodziną o rażąco niskiej cenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji i może być powodem odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy w zw. z art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

B. Sygn. akt KIO 40/15

W odwołaniu oznaczonym sygnaturą akt KIO 40/15 Odwołujący Konsorcjum Leśne Jodła, zarzucili Zamawiającemu dokonanie z naruszeniem przepisów ustawy czynności wykluczenia Konsorcjum Jodła z postępowania i dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej dla pakietu nr 5 oraz zaniechania wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego na pakiet nr 5.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przez Zamawiającego art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 2 pkt. 4 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt. 2 oraz z art. 91 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 984, 1047 i 1473 oraz z 2014 r. poz. 423, 768, 811, 915, 1146 i 1232) poprzez niezgodne z przepisami ustawy Pzp oraz

Sygn. akt: KIO 2830/14, KIO 40/15 8

wytycznymi specyfikacji istotnych warunków zamówienia działanie Zamawiającego w zakresie:

- 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;
- art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy Pzp w związku z wykluczeniem Odwołującego, który spełnia określone wymogami Zamawiającego warunki udziału w postępowaniu;
- art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp poprzez błędne odrzucenie oferty Odwołującego i uznanie, że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
- art. 91 ust. 1 ustawy Pzp w związku z dokonaniem wyboru oferty najkorzystniejszej z naruszeniem obowiązujących przepisów prawa oraz wytycznych specyfikacji istotnych warunków zamówienia pozbawiając prawa do uznania oferty Konsorcjum Leśnego JODŁA, za ofertę najkorzystniejszą w części dla pakietu nr 5.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania, nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności oceny ofert złożonych w pakiecie nr 5, uznania oferty Konsorcjum Jodła za ważną, unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej dla pakietu nr 5 oraz nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej poprzez wybór oferty Odwołującego w oparciu o art. 90 ust. 1 ustawy. Obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu podstawy faktycznej i prawnej zarzutów Odwołujący odniósł się do uzasadnienia Zamawiającego decyzji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy oraz odrzuceniu oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Zamawiający nie uznał usługi wskazanej w wykazie realizowanej na rzecz Nadleśnictwa Niedźwiady w terminie od 05.01.2012 r. do 31.10.2014 r. na łączną kwotę 2.184.551,60 potwierdzonej referencjami przez Nadleśnictwo Niedźwiady z dnia 01.12.2014 r. wystawionymi dla Zakładu Usług Leśnych A. G. . Zamawiający wskazał, że usługa ta została również ujęta przez tego samego wykonawcę w ofercie Konsorcjum Niedźwiedź na zadanie nr 4. Zgodnie z pkt 7.2 lp 2 siwz, Zamawiający wyłączył możliwość wykazania się tymi samymi usługami na więc niż jedno zadanie częściowe. Ponadto Zamawiający wskazał również, iż zaświadczenia potwierdzające posiadanie środków finansowych lub zdolność kredytową wystawione na A. G. oraz Zakład Usług Leśnych RAB s.c. Z. W., K. K., R. M., Z. W. zostały załączone przez tych wykonawców w ofercie Konsorcjum Niedźwiedź na zadanie

nr 4. Zgodnie z pkt 7.2 lp 5 siwz, Zamawiający wymagał wykazania się posiadaniem środków finansowych lub zdolnością kredytową dla każdego zadania częściowego.

Odwołujący nie zgodził się z taką oceną Zamawiającego i wskazał na przedłożone dokumenty – wykaz usług (uzupełniony na wezwanie z dnia 16.12.2014 r.) wraz z dowodami stanowiącymi o należytym wykonaniu usług ze wskazaniem podmiotów na rzecz których były one wykonywane oraz wartości. W wykazie przedstawione zostały usługi wykonane na rzecz Nadleśnictwa Niedźwiady w roku 2012, 2013, 2014 przez ZUL A. G. oraz na rzecz ZUL P. W. w roku 2012, 2013, 2014, łącznie na kwotę 2.695.439,80 zł., co wypełniało wymóg dotyczący minimalnej wartości usług 800.000 zł. brutto.

Odwołujący potwierdził, że A. G. złożył ofertę w ramach Konsorcjum Niedźwiedz na część 4, które wykazał się swoimi przerobami, dla wykazania wykonanych prac na kwotę nie mniejszą niż 600.000. zł. brutto, wykazując się zrealizowanymi usługami w łącznej kwocie 6.472.229,98 zł. dla całego konsorcjum oraz na kwotę 4.307.678,38 zł. dla konsorcjum bez usług realizowanych przez ZUL A.G. .

Odwołujący odniósł się do znaczenia żądanego wykazu głównych usług w rozumieniu przepisów § 1 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia, który nie oznacza wykazu usług na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu. W wykazie głównych usług wykonywanych w okresie ostatnich trzech lat wskazuje się nie wszystkie, ale główne usługi, m.in. najważniejszych, największych. Zamawiający nie skorzystał z możliwości zawartej w § 1 ust. 4 pozwalającej na wskazanie w sposób obiektywny i niedyskryminacyjny określić usługi, których dotyczy obowiązek wskazania przez wykonawców w wykazie. Stąd ZUL A. G. wskazał swoje główne usługi zarówno w wykazie składanym na część 4 (jako konsorcjant Konsorcjum Niedźwiedz), jaki i w części nr 5 (jako konsorcjant Konsorcjum Jodła).

Niewątpliwie dokumenty przedstawione w ofercie zarówno Konsorcjum Jodła o wartości 2.695.439,80 zł., jak i Konsorcjum Niedźwiedz o wartości 4.307.678,38 (dla Konsorcjum Niedźwiedz bez udziału usług realizowanych przez ZUL A. G.) odpowiadały warunkom jakie były wymagane w treści siwz i nie powinny budzić żadnych wątpliwości zamawiającego. Sformułowanie siwz, iż Zamawiający oczekuje, aby wykonawca złożył „wykaz wykonanych głównych usług”, nie wybranych, czy tylko potwierdzających warunek udziału w postępowaniu, spowodował, iż wszyscy wykonawcy w każdym konsorcjum przedstawili swoje główne usługi.

Odnośnie warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej dla części 5 Zamawiający wymagał posiadania środków finansowych lub zdolność kredytową w wysokości co najmniej 130.000,zł. Odwołujący przedłożył dokumenty potwierdzające spełnianie warunku udziału w postępowaniu.

ZUL A. G. oraz ZUL RAŚ s.c. złożyli wspólnie ofertę na część 4 w ramach konsorcjum Niedźwiedz, dla której Zamawiający wymagał posiadania środków finansowych

Sygn. akt: KIO 2830/14, KIO 40/15 10

lub zdolności kredytową w wysokości co najmniej 100.000 zł. Konsorcjum Niedźwiedz wykazało się łącznie środkami finansowymi w kwocie 329.840,59 zł dla całego konsorcjum oraz kwotą 147.318,91 zł. dla konsorcjum bez udziału środków finansowych ZUL A. G. oraz ZUL RAŚ s.c.

W świetle powyższych okoliczności Odwołujący nie widzi możliwości utrzymania podstawy wykluczenia go z postępowania w związku z brakiem spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Stanowisko Izby

Izba na posiedzeniu niejawnym prowadzonym z udziałem stron oddaliła wniosek Zamawiającego o odrzucenie odwołania oznaczonego sygn. akt KIO 2830/14 oparty na twierdzeniu, iż Odwołujący nie wykazał istnienia interesu we wniesieniu odwołania w sytuacji, kiedy jego oferta, we wszystkich objętych zakresem zarzutów pakietach, sklasyfikowana została na ostatnich pozycjach w rankingu złożonych ofert, a Odwołujący nie kwestionuje wszystkich ofert przed nim. Uwzględniając ugruntowaną w orzecznictwie Izby oraz Sądów Powszechnych ocenę charakteru prawnego przesłanki wskazanej w art. 179 ust. 1 ustawy, wniosek Zamawiającego nie mógł odnieść skutku. Badanie spełnienia przesłanki interesu we

wniesieniu odwołania dokonywane jest na gruncie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych przez Izbę z urzędu na rozprawie, a nie w ramach oceny spełnienia wymagań formalnych do wniesienia odwołania. Negatywna ocena wypełnienia przesłanki materialno prawnej przesądza o oddaleniu odwołania bez dalszej oceny merytorycznej podniesionych zarzutów i nie może stanowić podstawy do odrzucenia odwołania. Stanowisko to wielokrotnie podkreślała Izba w swoich orzeczeniach i znajduje ono potwierdzenie w orzecznictwie Sądów Powszechnych (przykładowo w wyroku Sądu Okręgowego w Łodzi, XIII Ga 379/12 z 21.09.2012 r. w którym Sąd stwierdził, iż w przypadku braku lub nieudowodnienia spełnienia przesłanek materialno prawnych odwołanie podlega oddaleniu z uwagi na brak legitymacji do jego wniesienia, niezależnie od zasadności podnoszonych w odwołaniu zarzutów.). Zamawiający wskazywał na dodatkową podstawę do odrzucenia odwołania oznaczonego sygn. akt KIO 2830/14 w części dotyczącej zarzutów skierowanych wobec czynności podjętych w pakiecie nr 5, wynikającą z pominięcia we wnioskach końcowych żądań dotyczących części zamówienia w pakiecie nr 5. Zamawiający nie wskazał ewentualnej podstawy prawnej wniosku o odrzucenie odwołania. Izba nie dopatrzyła się w tej okoliczności wypełnienia którejsz z przesłanek opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy, Wniosek Zamawiającego nie mógł być skuteczny również z tej przyczyny, iż ustawa nie przewiduje

Sygn. akt: KIO 2830/14, KIO 40/15 11

odrzucenia odwołania w części i skierowania na rozprawę odwołania w zakresie nie dotkniętym przeszkodą formalną.

Zamawiający oraz Przystępujące Konsorcjum S. podważało autentyczność podpisów złożonych pod odwołaniem wniesionym przez Konsorcjum Jodła (sygn. akt KIO 40/15), składając wniosek o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego grafologa. Izba oddaliła powyższy wniosek i samo żądanie odrzucenia odwołania jako dotkniętego brakiem formalnym – podpisu osoby upoważnione do reprezentowania Konsorcjum Jodła. Izba ustaliła, iż własnoręczność podpisów złożonych pod odwołaniem nie budzi zastrzeżeń. Podpisy wskazują z imienia i nazwiska osoby upoważnione do działania w imieniu Konsorcjum oraz dodatkowo zostały opatrzone pieczęciami imiennymi każdego z konsorcjantów. Zamawiający podważał autentyczność podpisu wskazując na brak identyczności z podpisami złożonymi w ofercie oraz w innych dokumentach nie związanych z ofertą. Izba uznała, iż nie można stwierdzić, aby różnice w podpisach były tak dalece widoczne, aby można mówić o wykazaniu zasadności wniosku o powołanie biegłego. Doświadczenie życiowe wskazuje, iż podpis własnoręczny nie może być kalką i zawsze mogą zdarzać się pewne odstępstwa wynikające ze sposobu złożenia podpisu (staranności, dokładności, pośpiechu). Różnice w jednej literze nie uzasadniały dostatecznie podejrzenie o sfałszowaniu podpisu, jego podrobieniu, a zgłoszony dowód w ocenie Izby miał na celu jedynie przewlekłość postępowania i nie zmierzał do wyjaśnienia istotnych okoliczności związanych z podstawą zarzutów. Na podstawie art. 190 ust.6 ustawy Izba oddaliła wnioski dowodowe.

Uwzględniając powyższe oba odwołania skierowane zostały do rozpoznana na rozprawę.

Do rozpoznania odwołań zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (tekst jednolity Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), tj. po zmianie dokonanej ustawą z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 1232), zwanej dalej „ustawą”.

A. W sprawie odwołania sygn. akt KIO 2830/14

Izba ustaliła, iż zarzuty naruszenia przepisów ustawy, tj. art. 7 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4, art. 90 ust. 1 oraz art. 91 ust. 1 ustawy sprowadzały się do wspólnej podstawy faktycznej, tj. ustalenia, czy oferty złożone w pakietach od 1 do 5 (z wyłączeniem oferty Odwołującego, oraz ofert odrzuconych/wykonawców wykluczonych) nie zawierały ceny rażąco niskiej oraz

Sygn. akt: KIO 2830/14, KIO 40/15 12

czy Zamawiający, w świetle występujących różnic w cenach, nie był zobowiązany do wyjaśnienia elementów ofert mających wpływ na wysokość ceny.

W świetle tak określonego zakresu zarzutów, Izba ustaliła następujący stan faktyczny.

Zamawiający oszacował wartość przedmiotowego zamówienia na kwotę 12.503.726,06 zł netto co stanowi równowartość 2.959.531,84 euro, a informację o środkach jakie zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia na wszystkie pakiety zamieścił w ogłoszeniu oraz siwz, wskazując dla pakietu nr 1 kwotę 2.096.944,55 zł brutto, dla pakietu nr 2 kwotę 1.642.404,74 zł brutto, dla pakietu nr 3 kwotę 1.620.787,97 zł brutto, dla pakietu nr 4 kwotę 1.359.301,36 zł brutto, dla pakietu nr 5 kwotę 1.671.042,92 zł brutto, dla pakietu nr 6 kwotę 323.437,90 zł brutto, dla pakietu nr 7 kwotę 280.133,86 zł brutto, dla pakietu nr 8 kwotę 53.178,77 zł brutto.

W postępowaniu składane były oferty na pakiety od 1 do 8. Odwołujące Konsorcjum Forest złożyło oferty na zadania od 1 do 5. Na poszczególne pakiety od 1 do 5 złożonych zostało: w pakiecie nr 1 – 4 oferty, w pakiecie nr 2 – 5 ofert, w pakiecie nr 3 – 3 oferty, w pakiecie nr 4 – 7 ofert, w pakiecie nr 5 – 3 oferty. Cena jaką zaoferował Odwołujący na pakiety od 1 do 5 była najwyższą spośród wszystkich złożonych w tych częściach ofert i mieściła się w kwocie środków wskazanych przez Zamawiającego.

Zgodnie z ustalonym w siwz (pkt 14) sposobem przygotowania oferty wykonawcy mieli dokonać wyliczenia ceny ofertowej na podstawie przygotowanego przez Zamawiającego formularza ofertowego (załącznik nr 3 do siwz), w którym zamawiający wymagał podania cen jednostkowych za poszczególne usługi według czynności wchodzących w skład danej części zamówienia. Jedynie w części 6 zamówienia w formularzu cenowym należało podać oferowaną cenę za 1 godzinę pracy (pkt. 14.6 siwz).

Uwzględniając zakres podniesionych zarzutów Izba uznała, iż zarzuty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy jako przedwczesne podlegały oddaleniu. Odwołujący dążył bowiem do wykazania, iż wykonawcy, którzy zaoferowali niższe ceny od Odwołującego nie uwzględnili kosztów wynikających z poziomu najniższego miesięcznego wynagrodzenia dla pracowników zatrudnionych na podstawie umowy o pracę, uzasadniające przyjęcie, że zaoferowane ceny są rażąco niskie. W ocenie składu orzekającego stanowcze stwierdzenie rażąco niskich cen nie mogło odnieść skutku w stanie faktycznym sprawy, gdyż Zamawiający nie wszczął procedury z art. 90 ust. 1 ustawy w stosunku do ofert, do których Odwołujący podnosił zarzut rażąco niskiej ceny i powiązany z nim zarzut czynu nieuczciwej konkurencji. Ewentualna ocena ofert pod kątem rażąco niskiej ceny może być przeprowadzona dopiero po uzyskaniu wyjaśnień od wykonawców. Wprawdzie przepis w obecnym kształcie wskazuje na poziom różnicy cen uzasadniający wszczęcie postępowania zmierzającego do

Sygn. akt: KIO 2830/14, KIO 40/15 13

wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, to samo spełnienie tej przesłanki nie dowodzi zaoferowania rażąco niskiej ceny. Dopiero dalsze wyjaśnienia wykonawców, wraz z dostarczonymi dowodami mogą stanowić podstawę dla weryfikacji rzetelności kalkulacji. W związku z powyższym Izba nie dokonała oceny wyjaśnień, jakie zostały przedłożone przez przystępujących po stronie Zamawiającego na rozprawie, które nie stanowiły podstawy czynności podjętych przez Zamawiającego w toku czynności poprzedzających wybór oferty najkorzystniejszej na pakiety od 1 do 5. Ponieważ wyjaśnienia nie stanowiły dowodu mającego istotne znaczenia dla rozstrzygnięcia w przedmiocie zarzutów naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy Izba nie odniosła się również do zasadności objęcia ich treści klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa.

Odnośnie zarzutu naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy Izba w pierwszej kolejności odniosła się do wynikającej z przepisu zasady ciężaru dowodu. Zgodnie z aktualnym brzmieniem przepisu Zamawiający zwraca się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, 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*. Zgodnie z ustępem 3 *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*.

Wykładnia przywołanej normy prowadzi do wniosku, iż ustawodawca w taki sposób ukształtował ciężar dowodu, że to wykonawca ma za zadanie przekonać zamawiającego o rzetelności kalkulacji pozwalającej na wykonanie przedmiotu zamówienia w sposób należyty.

Służyć temu mają same wyjaśnienia a także przedkładane dowody. W niniejszej sprawie Zamawiający uznał, że w stosunku do ofert, w których wysokość ceny nie przekracza ustawowego progu istotności, nie zachodzi potrzeba do wezwania o złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy. W tej sytuacji nie zachodziła sytuacja opisana w tym przepisie, a tym samym to na Odwołującym spoczywał ciężar wykazania zasadności zwrócenia się przez Zamawiającego do wykonawców o złożenie wyjaśnień w zakresie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Odwołujący w tym celu przedłożył opinię – określaną przez Odwołującego ekspertyzą, której przydatność w świetle przedmiotowego zamówienia Izba oceniała jako znikomą. Wynika to przede wszystkim z faktu, iż dokument ten faktycznie stanowił materiał badawczo-naukowy nie odnoszący się do specyficznych okoliczności właściwych dla zamówienia realizowanego na potrzeby Nadleśnictwa Miastko. Sam Odwołujący podkreślał, iż opinia ta nie dotyczy tego zamówienia, w tym ustalonych zasad

Sygn. akt: KIO 2830/14, KIO 40/15 14

prezentacji ceny, a tym samym nie mogła być odniesiona wprost do złożonych w postępowaniu ofert i dokonanej wyceny prac objętych zamówieniem.

Odwołujący oparł swoją argumentację na wykazaniu potrzeby dokonania wyceny prac w przeliczeniu na liczbę roboczogodzin, prezentując własne wyliczenia cen ofertowych dla danej grupy czynności, co nie miało odzwierciedlenia w formularzach ofertowych wykonawców, którzy dokonali wyceny według jednostek naturalnych. Tym samym argumentacja Odwołującego nie była adekwatna do stanu sprawy i podstawy wyceny narzuconej postanowieniami pkt 14 siwz. Odwołujący dokonał wyliczenia średniej roboczogodziny dla danej grupy czynności, jakie jego zdaniem winny być uwzględnione w ofertach kwestionowanych wykonawców, co zdaniem Izby nie miało waloru dowodowego. Przeliczenia te stanowiły matematyczny zabieg, który nie odzwierciedlał założeń przyjętych w formularzach cenowych, gdzie podstawą kalkulacji były jednostki obmiarowe (naturalne). Wprawdzie w formularzu zawarta była informacja o zakładanej ilości roboczogodzin dla danej czynności, to jednak nie pod tym kątem należało wycenić prace. Zamawiający na rozprawie wskazał, iż również Odwołujący nie stosował się do tych wyliczeń w swojej ofercie, w odniesieniu do części czynności oferując ceny, które po przeliczeniu według przyjętej przez Odwołującego metody na roboczogodziny były niższe od prezentowanych w odwołaniu. Przeciwnie takiemu stwierdzeniu Odwołujący nie oponował.

W świetle powyższego podstawą dla oceny, czy w tym postępowaniu zaoferowane ceny powinny budzić wątpliwość Zamawiającego oraz czy wydają się być rażąco niskie, stanowiło porównanie cen zaoferowanych w stosunku do wartości zamówienia oraz średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. Odnośnie wartości szacowanej istotną pozostaje okoliczność, iż wartość ta była możliwa do ustalenia przez wykonawców na podstawie ogłoszenia, w którym Zamawiający podał informację o kwocie środków, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (powiększonej o stawkę VAT). Potwierdził to sam Odwołujący składając oświadczenie, iż zaoferował maksymalną, mieszczącą się w środkach zamawiającego cenę za wykonanie przedmiotu zamówienia. Okoliczność ta pozwalała uznać, iż ważniejszym od porównania wysokości cen do szacunku Zamawiającego, było porównanie cen do średniej arytmetycznej zaoferowanych cen. Na średnią tą zasadniczy wpływ (na jej podwyższenie) miała oferta Odwołującego, która była najdroższą spośród złożonych w każdym z pakietów od 1 do 5. Pozostałe oferty były do siebie zbliżone (różnice nie przekraczały 1%), chociaż w sposób zauważalny odbiegały od ceny Odwołującego. Okoliczność ta mogła w ocenie Zamawiającego mieć decydujące znaczenie dla ustalenia, czy zaoferowane ceny są rynkowymi, a zatem czy nie zachodzi podejrzenie uzasadniające wszczęcie procedury przewidzianej w art. 90 ust. 1 ustawy. Zamawiający dodatkowo przedstawił porównanie cen, za jakie dotychczas wykonywane były

Sygn. akt: KIO 2830/14, KIO 40/15 15

usługi leśne na terenie Nadleśnictwa Miastko, od których zaoferowane jako najniższe w danym pakiecie ceny, nie odbiegały w sposób wzbudzający podejrzenie co do ich rzetelności.

W świetle powyższego decyzja Zamawiającego o tym aby nie wzywać wykonawców do złożenia wyjaśnień, znajdowała potwierdzenie w obiektywnych okolicznościach

pozwalających Zamawiającemu na ich przyjęcie bez dalszych wyjaśnień.

W konsekwencji oddalenia zarzutów omówionych powyżej Izba uznała, iż Odwołujący nie wykazał, aby czynność wyboru ofert najkorzystniejszych w pakietach od 1 do 5 dokonana została z naruszeniem wskazanych przepisów ustawy i na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy odwołanie oddaliła.

B. W sprawie odwołania sygn. akt KIO 40/15

Przy rozpoznaniu odwołania Izba miała na uwadze całokształt okoliczności ustalonych w sprawie przy rozstrzygnięciu w przedmiocie podniesionych zarzutów naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 5 k.c., art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 91 ust. 1 ustawy.

Izba ustaliła, iż podstawa faktyczna zarzutów sprowadza się do kwestionowania zasadności decyzji Zamawiającego o wykluczeniu Konsorcjum Jodła z postępowania w części dotyczącej pakietu nr 5, opartej na negatywnej ocenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganej wiedzy i doświadczenia oraz sytuacji finansowej wykonawcy. Z uzasadnienia decyzji o wykluczeniu Konsorcjum Jodła wynika, iż Zamawiający uznał, że Odwołujący naruszył wprowadzony w pkt 7.2 lp. 2 i 5 siwz warunek wykazania się usługami/środkami finansowymi/zdolnością kredytową oddzielnie na każde z zadań częściowych, na jakie złożył ofertę.

Zamawiający w pkt 7.2 lp. 2 siwz dla pakietu nr 5 wymagał wykazania się wiedzą i doświadczeniem w wykonaniu w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie, usług obejmujących prace z zakresu zagospodarowania lasu, zrywki i pozyskania drewna na kwotę nie mniejszą niż 800.000,00 zł (brutto). Ocena spełnienia warunku udziału dokonana być miała na podstawie dokumentu przygotowanego na podstawie wzoru stanowiącego załącznik nr 7 do siwz – wykazu usług oraz dokumentów potwierdzających wykonanie tych usług. Zamawiający zastrzegł, iż w przypadku gdy wykonawca składa ofertę na więcej niż jedno zadanie częściowe musi wykazać się wykonaniem odrębnych usług do każdego zadania częściowego.

Jednocześnie doświadczenie własne wykonawcy (w tym doświadczenie konsorcjum) oceniane na podstawie załącznika nr 7, stanowiło w tym postępowaniu jedno z kryteriów

Sygn. akt: KIO 2830/14, KIO 40/15 16

oceny ofert, któremu Zamawiający przypisał wagę 10% i w którym Zamawiający przyznawał punkty według opisanego w pkt 15 siwz systemu uzależnionego od wartości usług ujętych w załączniku nr 7 oraz dokumentów potwierdzających ich należyte wykonanie.

W pkt 7.2 lp. 5 siwz Zamawiający określił wymagania dotyczące sytuacji ekonomicznej i finansowej wykonawców, wskazując, iż o zamówienie w pakiecie nr 5 mogą ubiegać się wykonawcy, którzy wykażą stan posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową w wysokości co najmniej 130.000,00 zł. Również dla tego wymogu Zamawiający wprowadził zastrzeżenie dotyczące możliwości wykazania się posiadanymi środkami finansowymi lub zdolnością kredytową oddzielnie dla każdego zadania częściowego.

Konsorcjum Jodła złożyło ofertę tylko na zadanie (pakiet) nr 5 i wykazało się w zakresie wiedzy i doświadczenia usługami wskazanymi w wykazie usług uzupełnionym na wezwanie Zamawiającego. Wezwanie skierowane zostało do wykonawcy w związku ze złożeniem w ofercie nie wypełnionego załącznika nr 7 (jedynie opatrzonego podpisami oraz wskazaniem na pakiet nr 5, którego dotyczy). W ofercie Konsorcjum przedłożyło dokumenty potwierdzające wykonanie na rzecz Nadleśnictwa Niedźwiady przez A. G. usług w z zakresu pozyskiwania i zrywki drewna, hodowli lasu, ochrony lasu oraz ochrony przeciwpożarowej w latach 2012, 2013 oraz 2014 (do 31.10.2014 r.). W poświadczeniu wskazane zostały wartości poszczególnych umów oraz terminy realizacji, w tym w roku 2012 na kwoty brutto: 187.731,55 zł, 115.002,14 zł, 296.584,93 zł (razem: 599.318,62 zł brutto), w roku 2013 na kwoty brutto: 369.021,01 zł, 440.867,97 zł. (razem: 809.888,98 zł. brutto), w roku 2014 na kwoty: 371.368,51 zł, 383.975,49 zł. (razem 755.344,00 zł brutto).

W uzupełnionym w trybie art. 26 ust. 3 ustawy wykazie, Konsorcjum Jodła ujęło własne doświadczenie związane z realizacją usług przez A. G. na rzecz Nadleśnictwa Niedźwiady w latach 2012-2014 – tj. trzy pierwsze pozycje oraz wskazało dodatkową usługę wykonaną na rzecz Zakładu Usług Leśnych P. W. Dretyń – pozycja czwarta wykazu (na kwotę 530.888,20 zł. brutto).

Usługi realizowane przez A. G. na rzecz Nadleśnictwa Niedźwiady zostały ujęte również w

wykazie załączonym do oferty Konsorcjum Niedźwiedź złożonej na pakiet nr 4, w pozycji nr 2, a do oferty tego Konsorcjum przedłożone zostało tożsame potwierdzenie z dnia 01.12.2014 r. W ofercie Konsorcjum Niedźwiedź w wykazie poza przedmiotową usługą ujęło usługi realizowane również na rzecz Nadleśnictwa Niedźwiady przez konsorcjantów: J. M. w łącznej kwocie 1.859.247,10 (pozycja 1) oraz Zakład Usług Leśnych „Rąb” w łącznej kwocie 1.558.024,81 zł (pozycja 3).

W zakresie sytuacji finansowej i ekonomicznej Konsorcjum Jodła nie załączyło do oferty dokumentów wymaganych dla wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu i dopiero w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 16.12.2014 r. przedłożyło

Sygn. akt: KIO 2830/14, KIO 40/15 17

zobowiązanie podmiotu trzeciego – Zakład Usług Leśnych „Rąb” (tj. członka Konsorcjum Niedźwiedź) do udostępnienia zdolności finansowych wyrażonych kwotą 30.000,00 zł. wraz z zaświadczeniem z banku BGŻ S.A. o stanie środków finansowych w łącznej kwocie 74.598,86 zł. oraz zaświadczenie o stanie dostępnych środków finansowych na rachunku A. G. w kwocie 107.922,82 zł.

W ramach własnej zdolności Konsorcjum Niedźwiedź wykazało się środkami finansowymi poszczególnych konsorcjantów, w tym A. G. w wysokości 107.922,82 zł., J. M. w wysokości 24.400,00 zł, M. S. w wysokości 122.918,91 zł. oraz Zakładu Usług Leśnych „Rąb” w kwocie 74.598,86 zł., przy warunku określonym dla pakietu nr 4 kwotą 100.000,00 zł.

W świetle powyższych ustaleń Izba uznała, iż Zamawiający podejmując decyzję o wykluczeniu Konsorcjum Jodła z postępowania naruszył ustalone dla tego postępowania zasady oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganej wiedzy i doświadczenia oraz sytuacji ekonomicznej i finansowej.

Słusznie Odwołujący wskazał na dwojakie znaczenie załącznika nr 7 – wykazu usług, na podstawie którego Zamawiający dokonywał weryfikacji spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia dla wymaganej wartości zamówień, ustalonej odpowiednio dla pakietu nr 5 na poziomie 800 tys zł., a dla pakietu nr 4, wartość 600 tys. złotych. Jednocześnie wykaz usług stanowił element oceny ofert w kryterium oceny. Zamawiający nie wymagał wskazania, które z usług ujętych w wykazach miały potwierdzać spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Wykonawcy, w tym Odwołujący wskazywali w załączniku nr 7, nie tylko usługi mające na celu wykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, ale również dodatkowe, pozwalające na uzyskanie większej ilości punktów. Odwołujący przedstawił usługi na łączną kwotę 2.695.439,80 zł., uwzględniając usługi realizowane przez członka konsorcjum A. G., bez których Konsorcjum Jodła nie spełniłoby minimalnego warunku wartości wykonanych usług 800.000 zł. brutto. Jednocześnie usługi realizowane przez A. G. zostały wykazane w ofercie Konsorcjum Niedźwiedź, w którym przedsiębiorca ten złożył wspólną ofertę. Ponieważ Konsorcjum Niedźwiedź potwierdziło spełnienia warunku udziału w postępowaniu również bez doświadczenia A. G., Izba uznała, iż ich zdublowanie w ofertach Konsorcjum Jodła oraz Konsorcjum Niedźwiedź usługi nie stały w sprzeczności z ograniczeniem wprowadzonym przez Zamawiającego. Skoro Zamawiający wyłączył możliwość wskazywania tego samego doświadczenia wyłącznie w celu oceny spełnienia warunku dla więcej niż jednego pakietu, to ustalenie że doświadczenie jakim legitymowało się Konsorcjum Jodła w pakiecie nr 5 nie miało wpływu na ocenę spełnienia warunku udziału w postępowaniu przez Konsorcjum Niedźwiedź w pakiecie nr 4, oznaczało, że każdy z wykonawców wykazał się odrębnym doświadczeniem spełniającym

Sygn. akt: KIO 2830/14, KIO 40/15 18

warunek udziału w postępowaniu. Nie można również zapominać, iż ograniczenie to było adresowane do wykonawcy, który składał ofertę na więcej niż jeden pakiet, a Konsorcjum Jodła złożyło tylko jedną ofertę. Odrębną, niezależną od oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu pozostaje ocena oferty Odwołującego w kryterium odnoszącym się do wartości wykonanych usług, co nie jest przedmiotem zarzutów. Skoro Odwołujący wykazał się koniecznym doświadczeniem jego oferta powinna być poddana ocenie w celu wskazania oferty najkorzystniejszej dla pakietu nr 5.

Tą samą argumentację Izba odniosła do oceny spełnienia przez Odwołującego

warunku udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej weryfikowanej na podstawie środków finansowych lub zdolności kredytowej w kwocie co najmniej 130 tys. złotych. Analogicznie jak w przypadku doświadczenia, w ofertach Konsorcjum Jodła (złożonej na pakiet nr 5) oraz Konsorcjum Niedźwiedź (złożonej na pakiet nr 4) doszło do zdublowania dokumentów dotyczących kwoty środków, jakie posiadał wspólny konsorcjant – A. G. oraz ZUL RAB udostępniający część środków na rzecz Konsorcjum Jodła. Ponieważ Konsorcjum Niedźwiedź potwierdziło wymaganą kwotę środków bez zdublowanych w obu ofertach kwot, Izba uznała, iż Odwołujący wykazał się sytuacją finansową spełniającą warunek udziału w postępowaniu niezależną od sytuacji finansowej Konsorcjum Niedźwiedź.

W świetle powyższego Zamawiający bezpodstawnie odmówił uznania, iż Odwołujący spełnił warunki udziału w postępowaniu, a w konsekwencji wykluczył go na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, co doprowadziło do wyboru oferty najkorzystniejszej z pominięciem w procedurze oceny ofert oferty Odwołującego.

Mając powyższe na względzie odwołanie oznaczone sygn. akt KIO 40/15 podlegało uwzględnieniu w całości.

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. 2 i 3 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). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpisy oraz uzasadnione koszty Odwołującego w sprawie KIO 40/15 oraz Zamawiającego w sprawie KIO 2830/14, stwierdzone rachunkami przedłożonymi przed zamknięciem rozprawy, obejmujące wynagrodzenie pełnomocników w każdej ze spraw odwoławczych połączonych do wspólnego rozpoznania oraz koszty dojazdu Zamawiającego na posiedzenia w dniach 27.01.2015 r. oraz 16.02.2015 r. stwierdzone rachunkami. Przyznając koszty na rzecz Zamawiającego, Izba podzieliła koszty dojazdu Zamawiającego

Sygn. akt: KIO 2830/14, KIO 40/15 19

po połowie do każdej ze spraw połączonych z pominięciem kosztu dojazdu pociągiem PKP do Warszawy w dniu 25.01.2015 r., jako nie związanego ze sprawą odwoławczą.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Sygn. akt: KIO 2830/14, KIO 40/15 20