

WYROK

Warszawa, dnia 21 marca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: Emilia Garbala

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 marca 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 marca 2024 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie:

- 1.M.Z. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą M.Z. "ŚWIERK", Dańczów 9, 57-343 Lewin Kłodzki,**
- 2.K.K. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Pozyskiwanie drewna, handel drewnem K.K., ul. Lasek Miejski 2, 57-343 Lewin Kłodzki,**
- 3.D.M. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą "MD" D.M., Idzików 135, 57-500 Bystrzyca Kłodzka,**
- 4.D.C. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Leśne Cybula Dariusz, ul. Leśna 7, 57-530 Międzyzlesie,**
- 5.K.K. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma Usług Leśnych "PILKAR" K.K., Rycerka Górna 228, 34-370 Rajcza,**
- 6.D.P. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą D.P. Usługi Leśne, ul. Bystrzycka 51, 57-320 Polanica-Zdrój,**
- 7.M.P., ul. Wiejska 6, 57-420 Wambierzyce,**
- 8.Z.B. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Komunalne Prac Leśnych Pośrednictwo w Sprzedaży Drewna Z.B., ul. Batorów 22, 57-330 Szczytna,**
- 9.K.B. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Leśne Borak Krzysztof, ul. Batorów 20, 57-330 Szczytna,**
- 10.R.Ł. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma Usługowo - Handlowa R.Ł., Wolany 61, 57-300 Kłodzko,**
- 11.E.M. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą U.w., Wolany 72, 57-300 Kłodzko,**
- 12.M.C. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą M.C. Firma Usługowo - Handlowa „DRWAL”, ul. Sienkiewicza 33/8, 57-330 Szczytna,**
- 13.K.Z. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą K.Z. Usługi Leśne Export Import, ul. Kolonia Leśna 10, 57-420 Radków,**
- 14.P.G. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą E.–, ul. Rynek 14/2, 57-420 Radków,**
- 15.D.K. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Leśnych D.K., ul. Bobrownicka 27/7, 57-330 Szczytna,**
- 16.B.Ś. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Firma Usługowo-Handlowa B.Ś., ul. Wojska Polskiego 42/4, 57-320 Polanica-Zdrój.**

w postępowaniu prowadzonym przez: **Skarb Państwa Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Zdroje, ul. Krótka 5, 57-330 Szczytna,**

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego, tj. wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie:

- 1.G.G. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Leśnych G.G., ul. Klonowa 5, 66-131 Cigacice,**
- 2.K.L. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą K.L. Zakład Usług Leśnych, Szklarnia 18, 57-530 Międzyzlesie,**
- 3.J.W. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Firma Usługowa J.W., ul. Osadnicza 35, 65-785 Zielona Góra,**
- 4.M.T. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Firma Handlowo-Usługowa M.T., Łężyce 39, 57-340 Łężyce.**

orzeka:

1.oddala odwołanie,

2.kosztami postępowania obciąża odwołującego, 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.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - sądu zamówień publicznych.

Przewodnicząca:.....

Sygn. akt: KIO 774/24

UZASADNIENIE

Zamawiający – Skarb Państwa Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Zdroje, ul. Krótka 5, 57-330 Szczytna, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Zdroje w roku 2024”, numer referencyjny: NZ.270.15.2023. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 27.10.2023 r., nr 2023/S 208-652234.

W dniu 08.03.2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie:

- 1.M.Z. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą M.Z. "ŚWIERK", Dańczów 9, 57-343 Lewin Kłodzki,
- 2.K.K. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Pozyskiwanie drewna, handel drewnem K.K., ul. Lasek Miejski 2, 57-343 Lewin Kłodzki,
- 3.D.M. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą "MD" D.M., Idzików 135, 57-500 Bystrzyca Kłodzka,
- 4.D.C. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Leśne Cybula Dariusz, ul. Leśna 7, 57-530 Międzyziesie,
- 5.K.K. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma Usług Leśnych "PILKAR" K.K., Rycerka Górna 228, 34 370 Rajca,
- 6.D.P. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą D.P. Usługi Leśne, ul. Bystrzycka 51, 57-320 Polanica-Zdrój,
- 7.M.P., ul. Wiejska 6, 57-420 Wambierzyce,
- 8.Z.B. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Komunalne Prac Leśnych Pośrednictwo w Sprzedaży Drewna Z.B., ul. Batorów 22, 57-330 Szczytna,
- 9.K.B. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Leśne Borak Krzysztof, ul. Batorów 20, 57-330 Szczytna,
- 10.R.Ł. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma Usługowo - Handlowa R.Ł., Wolany 61, 57-300 Kłodzko,
- 11.E.M. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą U.w., Wolany 72, 57-300 Kłodzko,
- 12.M.C. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą M.C. Firma Usługowo - Handlowa „DRWAL”, ul. Sienkiewicza 33/8, 57-330 Szczytna,
- 13.K.Z. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą K.Z. Usługi Leśne Export Import, ul. Kolonia Leśna 10, 57-420 Radków,
- 14.P.G. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą E.–., ul. Rynek 14/2, 57-420 Radków,
- 15.D.K. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Leśnych D.K., ul. Bobrownicka 27/7, 57-330 Szczytna,
- 16.B.Ś. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Firma Usługowo-Handlowa B.Ś., ul. Wojska Polskiego 42/4, 57-320 Polanica-Zdrój.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1)art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej: „ustawą Pzp”, poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Najstarszy Cis: 1. Zakład Usług Leśnych G.G., 2. Zakład Usług Leśnych K.L., 3. Firma Usługowa J.W., 4. Firma Usługowo Handlowa M.T. w ramach Pakietu nr 2 jako oferty zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, w szczególności gdy złożone wyjaśnienia nie uzasadniają podanej w ofercie ceny,
- 2)art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez niedokonanie wyboru oferty Odwołującego, która jest jedyną ważną ofertą i ofertą najkorzystniejszą zgodnie z określonymi w postępowaniu kryteriami oceny oferty (w zakresie Pakietu nr 2).

W szczególności Odwołujący podniósł, co następuje. „W treści wezwania Zamawiający wskazał pozycje które w jego ocenie znacząco odbiegają od realnych cen, w szczególności znacząco odbiegają od kwot oszacowanych przez Zamawiającego. Istotnym jest, iż już w treści wezwania do wyjaśnień Zamawiający wskazał, iż są to istotne elementy składowe ceny i mają wpływ na wysokość zaproponowanej przez Wykonawcę ceny za wykonanie przedmiotu zamówienia. W odpowiedzi na wezwanie należało przedstawić szczegółową kalkulację zaoferowanych (wraz z dowodami) w/w ceny jednostkowych, uwzględniającą również wymagania zawarte w SWZ oraz w dołączonych do niej dokumentach. (...)

Konsorcjum Najstarszy CIS w złożonych wyjaśnieniach nie sprostало wezwaniu, bowiemw zakresie większości z czynności które podlegały procedurze wyjaśnienia owych wyjaśnień zawierających odpowiedź na wezwanie Zamawiającego nie złożyło, w szczególności nie widzimy żadnych szczegółowych kalkulacji zaoferowanych (wraz z dowodami) w/w ceny jednostkowych, uwzględniającą również wymagania zawarte w SWZ oraz w dołączonych do niej dokumentach dla czynności określonych w wezwaniu tj. (...)

W zakresie aż 8 wymienionych i uznanych za to istotne elementy składowe ceny i mają wpływ na wysokość

zaproponowanej przez Wykonawcę ceny za wykonanie przedmiotu zamówienia Konsorcjum Najstarszy CIS owych wyjaśnień nie złożyło !!!

Niewątpliwie wskazanie przez Konsorcjum Najstarszy CIS w treści wyjaśnień, iż w jego ocenie nie są one istotne, albo że nie opłaca się w tym zakresie utrzymywać pracowników, albo że wszystkie zaniżone czynności wykonują właściciele osobiście – bezwzględnie nie stanowi wyjaśnień. Nie mamy tu żadnych kalkulacji, które byłyby w stanie obalić domniemanie rażąco niskiej ceny. (...)

W zakresie wyjaśnień odnoszących się do czynności (CWD-D) dla czynności Całkowity wyrób drewna technologią dowolną. Czynności 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 okoliczności wskazanych w zleceniach. Zrywkę drewna należy prowadzić w sposób minimalizujący uszkodzanie 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, poprzez udostępnienie go do pomiarów i oględzin (w szczególności usunięcie gałęzi, progu po ścinie 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 poprzez 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 dwa rodzaje pozyskania – pierwszy ręczny, drugi maszynowy. Oczywiście w oby rodzajach uwzględnić należy pracę człowieka (możliwym jest wykonanie zarówno poprzez pracowników, jak i z udziałem właściciela) z uwzględnieniem pracy ręcznej z użyciem pilarki, bądź też z użyciem maszyny leśnej.

W tym zakresie Konsorcjum Najstarszy CIS nie uwzględniło wytycznych Załącznika 2.3.1 do SWZ w treści których mamy dookreśloną charakterystykę leśnictwa w zakresie pozyskania drewna, jest to załącznik dookreślający w jakim zakresie udział drewna optymalnego do pozyskania w technologii maszynowej (w %) na terenie poszczególnych leśnictw wynosi odpowiednio Duszniki (23%), Piekietko (26%), Chocieszów (36%), Wolany (35%) oraz Polanica (61%). To są realne ilości w których praca z udziałem maszyny mogłaby być realizowana. W pozostałym zakresie koniecznym będzie wykonanie tych prac w technologii ręcznej.

Niestety wyjaśnienia w żadnej części nie wskazują ani wyjaśnień, ani kalkulacji ani żadnych dowodów dla czynności (CWD-D) dla czynności Całkowity wyrób drewna technologią dowolną w technice pracy ręcznej. Tym samym Zamawiający nie może uznać, iż złożone wyjaśnienia są kompletne. Konsorcjum Najstarszy CIS w ogóle nie udokumentował jak dokonał wyliczenia ceny dla jednej z najistotniejszych czynności realizowanych w trakcie umowy. Wyliczenia dotyczą tylko i wyłącznie pozyskania z użyciem maszyny.

Warto też podkreślić, iż wielkości wskazane przez Konsorcjum Najstarszy CIS są zdecydowanie zawyżone, wyniki z raportów dotyczą zupełnie innych obszarów realizacji niż stanowiące przedmiot zamówienia, natomiast realnych odpowiadających przedmiotowi zamówienia dowodów w postaci raportów z maszyny Konsorcjum nie przedstawia, stwierdzając tylko lakonicznie, iż w tego rodzaju drzewostanach (cięcia zupełne, rębnie I) w warunkach górskich, Konsorcjum pracowało na terenie Nadl. Bystrzyca Kłodzka w roku 2022 i wcześniej. Danych z tego okresu nie ma już w pamięci komputera maszyn leśnych. Nie jesteśmy w stanie ich wydrukować. Konsorcjum nawet nie próbuje sprostać ciężarowi dowodowemu. Posiłkując się jednocześnie danymi dla terenów nizinnych. (...)

Reasumując oferta złożona przez Konsorcjum Najstarszy CIS winna zostać odrzuconaw pakiecie nr 2 jako nieważna, zaś oferta Odwołującego jest jedyną ważną i najkorzystniejszą ofertą w postępowaniu."

W związku z tym Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) dokonania ponownego badania i oceny ofert, w tym unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie pakietu nr 2,
- 2) powtórzenia oceny ofert, wskutek którego w zakresie pakietu nr 2 oferta złożona przez Konsorcjum Firm Najstarszy Cis zostanie uznana za nieważną wskutek naruszeń opisanych powyżej,
- 3) powtórzenia oceny ofert i dokonania wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej w pakiecie nr 2 na podstawie określonych w postępowaniu kryteriów oceny oferty.

Pismem z dnia 14.03.2024 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie, czyli Konsorcjum Najstarszy Cis:

- 1.G.G. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Leśnych G.G., ul. Klonowa 5, 66-131 Cigacice,
 - 2.K.L. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą K.L. Zakład Usług Leśnych, Szklarnia 18, 57-530 Międzylesie,
 - 3.J.W. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Firma Usługowa J.W., ul. Osadnicza 35, 65-785 Zielona Góra,
 - 4.M.T. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Firma Handlowo-Usługowa M.T., Łężyce 39, 57-340 Łężyce,
- (dalej: „Przystępujący”) zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Izba stwierdziła, że przystąpienie zostało dokonane skutecznie.

W dniu 20.03.2024 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie.

Pismem z dnia 20.03.2024 r. Przystępujący odniósł się do argumentacji Odwołującego również wnosząc o oddalenie odwołania.

Pismem z dnia 21.03.2024 r. Odwołujący przedstawił dodatkową argumentację.

W trakcie rozprawy Strony i Przystępujący podtrzymali swoje stanowiska w sprawie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.

Przedmiotem zamówienia jest wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Zdroje w roku 2024. Odwołanie dotyczy części nr 2 obejmującej leśnictwa: Duszniki, Piekietko, Chocieszów, Wolany, Polanica.

W pkt specyfikacji warunków zamówienia (dalej: „SWZ”) Zamawiający wskazał:

15.2. Ceny jednostkowe za poszczególne pozycje (prace) wchodzące w skład Pakietu powinny być podane na Kosztorysie Ofertowym zawartym w pkt 2 Formularza Oferty (Załącznik nr 1 do SWZ). 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. Cena łączna wynikająca z Kosztorysu Ofertowego za poszczególne pozycje (prace) wchodzące w skład danego Pakietu powinna zostać podana w pkt 1 Formularza Oferty (Załącznik nr 1 do SWZ).

15.6. Określony w SWZ rzeczowy zakres przedmiotu zamówienia oraz postanowienia wynikające ze wzoru umowy załączonego do SWZ (Załącznik nr 12 do SWZ) stanowią podstawę do obliczenia cen jednostkowych oraz ceny łącznej wynikającej z oferty.

W części nr 2 złożono 2 oferty:

- Przystępującego z ceną 5.940.120,58 zł,
- Odwołującego z ceną 7.005.539,03 zł.

Pismem z dnia 02.02.2024 r. Zamawiający, na podstawie art. 224 ust. 1 oraz art. 224 ust. 4 w zw. z art. 224 ust. 3 pkt 4 i 6 ustawy Pzp, wezwał Przystępującego do „o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenia dowodów dotyczących wyliczenia niżej wskazanych cen jednostkowych zawartych w kosztorysie ofertowym (zawartym w formularzu oferty sporządzonym wg załącznika nr 1 do SWZ), które stanowią istotne elementy składowe ceny i mają wpływ na wysokość zaproponowanej przez Wykonawcę ceny za wykonanie przedmiotu zamówienia”. Zamawiający stwierdził, że następujące ceny jednostkowe w formularzu ofertowym Przystępującego „znacząco odbiegają od cen jednostkowych oszacowanych przez Zamawiającego przed wszczęciem w/w postępowania”:

Lp.	Kod czynności	Jm.	Ilość	Stawka kosztorys netto	Wartość kosztorys netto	Stawka oferta netto	Oferta netto	% poniżej stawki netto kosztorysu	Waga zadania w całości oferty netto
6	CWD-D	M3	1 317,00	160,79	211 760,43	110,00	144 870,00	32	3,10%

7	CWD-D	M3	14 824,00	107,83	1 598 471,92	65,00	963 560,00	40	23,39%
14	POP-TAL	TSZT	5,31	940,59	4 994,53	500,00	2 655,00	47	0,07%
18	DOW-SADZ	TSZT	204,02	206,68	42 166,85	10,00	2 040,20	95	0,62%
33	WYK-SLUPL	SZT	476,00	9,88	4 702,88	5,00	2 380,00	49	0,07%
34	WYK-SLUPI	SZT	1 452,00	9,89	14 360,28	5,00	7 260,00	49	0,21%
39	PORZ-STOS	M3P	8 590,00	40,10	344 459,00	7,00	60 130,00	83	5,04%
46	GODZ PILA	H	580,00	90,00	52 200,00	60,00	34 800,00	33	0,76%
49	GODZ MH8	H	636,90	120,00	76 428,00	80,00	50 952,00	33	1,12%
50	GODZ MH23	H	63,70	120,00	7 644,00	80,00	5 096,00	33	0,11%

Zamawiający żądał w szczególności wyjaśnień w zakresie określonym w art. 224 ust. 3 pkt 4 i 6 ustawy Pzp oraz przedstawienia szczegółowej kalkulacji zaoferowanych (wraz z dowodami) cen jednostkowych, uwzględniającej również wymagania zawarte w SWZ oraz w dołączonych do niej dokumentach.

Pismem z dnia 16.02.2024 r. Przystępujący złożył wyjaśnienia wraz z dowodami, zastrzegając ich treść jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

Pismem z dnia 20.03.2024 r. Zamawiający, na podstawie art. 224 ust. 1 oraz art. 224 ust. 4 w zw. z art. 224 ust. 3 pkt 4 i 6 ustawy Pzp, wezwał Przystępującego do złożenia dodatkowych wyjaśnień wraz z dowodami w zakresie:

1)czynności CWD-D Cięcia zupełne (Rębnie I):

- ilości przepracowanych godzin przez harwester w dniach 2-20.12.2023 r. na powierzchniach rębni zupełnych i wyliczenia średniej pozyskanej masy drewna w tym okresie w rębniach zupełnych,
- przedstawienia dowodów/własnych analiz dotyczących wydajności zrywki forwarderem surowca w rębniach zupełnych.

2)czynności CWD-D w cięciach przygodnych i pozostałych (Pakiet 2 – 65zł/m3, 60 % stawki przyjętej w kosztorysie):

- przedstawienie dowodów/dokumentów/analiz dot. wydajności pracy wykonywanej w leśnictwach górskich dla cięć przygodnych i cięć pozostałych,
- dokonanie kalkulacji cenowej realizacji zadania CWD-D dla cięć przygodnych i pozostałych,

3)CWD-D w trzebieżach wczesnych i czyszczeniach późnych z pozyskaniem masy (Pakiet 2 – 110zł/m3, 68% stawki przyjętej w kosztorysie):

- przedstawienie dowodów/dokumentów/analiz dot. wydajności pracy wykonywanej w leśnictwach górskich dla cięć w trzebieżach wczesnych i czyszczeniach późnych z pozyskaniem masy,
- dokonanie kalkulacji realizacji zadania CWD-D w trzebieżach wczesnych i czyszczeniach późnych z pozyskaniem masy,

4)stwierdzenia, że „Koszty zakupu maszyny – BRAK, urządzenie po okresie leasingu, w całości spłacone – dowód wykaz środków trwałych” – prośba o dowody,

5)stwierdzenia dotyczącego „kosztów eksploatacyjnych/utrzymania/ubezpieczenia/innych” –prośba „o uszczegółowienie listy wchodzących w skład tego punktu kosztów i przedstawienia specyfikacji poniesionych w 2023 roku kosztów - miesięcznie, na konkretne maszyny typu harwester i forwarder, których Oferent ma zamiar używać realizując prace na terenie Nadleśnictwa Zdroje (w tym również kosztów amortyzacji, bieżących napraw i konserwacji)”.

Pismem z dnia 26.02.2024 r. Przystępujący złożył wyjaśnienia wraz z dowodami zastrzegając ich treść jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

Pismem z dnia 27.02.2024 r. Zamawiający poinformował o uznaniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w obu wyjaśnieniach za nieskuteczne.

Pismem z tego samego dnia Zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska Stron i Przystępującego złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowane zaniechania Zamawiającego.

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

Zgodnie z art. 224 ust. 1, 2, 5 i 6 ustawy Pzp:

1. 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.

2. W przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od:

- 1) 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;
- 2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.
5. Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.
6. Odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że zgodnie z art. 555 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Ponadto art. 516 ust. 1 pkt 7 - 10 ustawy Pzp stanowi, że odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie zamawiającego, którym zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Z przepisów tych wynika zatem, że samo wskazanie czynności zamawiającego oraz naruszonych przez niego przepisów ustawy nie tworzy zarzutu. Zarzut jest substratem okoliczności faktycznych i prawnych, które powinny być wskazane w odwołaniu i to właśnie one określają granice rozpoznania odwołania. Oznacza to, że niezależnie od podstawy prawnej wskazanego naruszenia, nowe okoliczności faktyczne podnoszone dopiero na rozprawie stanowią nowe zarzuty, które nie były zawarte w odwołaniu. W związku z tym nie mogą one być brane pod uwagę w trakcie rozpoznania odwołania przez Izbę, gdyż byłoby to niezgodne z ww. przepisami obowiązującymi w postępowaniu odwoławczym przed Izbą. Dopuszczenie rozszerzania przez odwołujących zakresu pierwotnych zarzutów lub ich modyfikacji na rozprawie prowadziłoby też w istocie do przedłużenia ustawowego terminu na wnoszenie odwołań. Ponadto w razie rozpoznania przez Izbę nowych zarzutów rozszerzonych o okoliczności faktyczne niepodniesione w odwołaniu, doszłoby do zachwiania zasady równości stron cechującej kontradyktoryjne postępowanie odwoławcze, gdyż zamawiający o tym, jakie konkretnie zarzuty kierowane są pod jego adresem, dowiadywałby się dopiero na rozprawie, co uniemożliwiłoby mu przygotowanie argumentacji i zgromadzenie ewentualnych dowodów przemawiających na jego korzyść. Analogiczne zaburzenie zasady równości dotyczyłoby również przystępującego, którego oferta byłaby kwestionowana w odwołaniu. Dlatego też w świetle art. 555 ustawy Pzp, nowe argumenty, będące w istocie nowymi zarzutami, podniesione dopiero na rozprawie nie podlegają rozpoznaniu przez Izbę, skoro nie były zawarte w odwołaniu.

W wezwaniu z dnia 02.02.2024 r. Zamawiający żądał od Przystępującego w zakresie konkretnych 10-ciu pozycji wyjaśnień wraz z dowodami dotyczącymi kosztów pracy i popartych szczegółową kalkulacją. Z kolei Odwołujący sformułował zarzuty w zakresie:

- 1) nierealnych cen Przystępującego,
- 2) braku wyjaśnień dla 8-miu pozycji, w tym braku wyjaśnień kosztów pracy w niektórych pozycjach,
- 3) braku kosztów pracy wykonywanej ręcznie,
- 4) braku dowodów na wydajność maszyn używanych w terenie górskim.

Wobec tak sformułowanych zarzutów Izba stwierdziła, co następuje.

Ad. 1) Odwołujący nie przedstawił żadnej argumentacji w celu wykazania, że ceny Przystępującego są „*decydowanie poniżej realnych cen ofertowych*”. Poza głoślowym stwierdzeniem, że: „*Porównanie ceny jednostkowych Konsorcjum firm z realnymi stawkami rynkowymi uzasadnia wniosek, iż każdemu racjonalnemu obserwatorowi powinny wydawać się rażąco niskie*” Odwołujący w żaden sposób nie wskazał, dlaczego ceny te należy uznać za rażąco niskie. Tymczasem treść art. 537 ustawy Pzp nie zwalnia odwołującego z obowiązku wskazania okoliczności faktycznych (i prawnych) uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności (art. 516 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp). Dopiero w stosunku do tak skonkretyzowanych w odwołaniu okoliczności i dowodów na zamawiającym lub przystępującym, którego cena jest kwestionowana, spoczywa ciężar dowodu, że cena nie jest rażąco niska. Wobec zatem braku wskazania konkretnych okoliczności uzasadniających ten zarzut, nie można go uznać za zasadny.

Ad. 2) Zamawiający wezwał Przystępującego do wyjaśnienia 10-ciu pozycji i w treści wyjaśnień Przystępujący odniósł się do każdej z nich:

- poz. 6 i 7 CWD-D – wyjaśnienia znajdują się na str. 1 i 2 pisma z 16.02.2024 r.,
- poz. 14 POP-TAL - wyjaśnienia znajdują się na str. 2 pisma z 16.02.2024 r.,

- poz. 18 DOW-SADZ - wyjaśnienia znajdują się na str. 2 pisma z 16.02.2024 r.,
- poz. 33 WYK-SLUPL - wyjaśnienia znajdują się na str. 3 pisma z 16.02.2024 r.,
- poz. 34 WYK-SLUI - wyjaśnienia znajdują się na str. 3 pisma z 16.02.2024 r.,
- poz. 39 PORZ-STOS - wyjaśnienia znajdują się na str. 3 pisma z 16.02.2024 r.,
- poz. 46 GODZ PILA - wyjaśnienia znajdują się na str. 3 pisma z 16.02.2024 r.,
- poz. 49 GODZ MH8 i poz. 50 GODZ MH23 - wyjaśnienia znajdują się na str. 2 pisma z 16.02.2024 r.

W zakresie ww. pozycji Przystępujący wskazywał wyliczenia oparte co do zasady na określonej wydajności pracy osób lub sprzętu i kosztach pracy, jak też wskazywał spodziewany przychód, a w zakresie prac CWD-D – także koszty paliwa i „koszty eksploatacyjne/utrzymania/ubezpieczenia/inne”. Koszty pracy zostały podane nie tylko przez wskazanie stawek, ale też przez załączenie zmian warunków umów o pracę z wynagrodzeniem zgodnym z przewidzianym przepisami o wynagrodzeniu minimalnym.

Rzeczywiście w trzech pozycjach: PORZ≥100, Pul-WT i KOR-P Przystępujący ograniczył się do wskazania, że „*właściciele wykonują osobiście*”, ale akurat o te pozycje nie był pytany w wezwaniu dotyczącym części nr 2 zamówienia, a przecież tylko tej części dotyczy odwołanie.

Z kolei w zakresie prac WYK-SLUPL i WYK-SLUI dotyczących wykonania słupków liściastych i iglastych Przystępujący wskazał: „*wykonanie przy pozyskaniu przez harwestera*”, ale też wyjaśnił, że wykonując usługę dla Nadleśnictwa Bystrzyca Kłodzka zdobył doświadczenie pozwalające pozyskiwać drewno i w tym samym czasie pozyskiwać słupki na grodzienia iglaste i liściaste, co jest wartością dodaną do pozyskania. Odwołujący zakwestionował te wyjaśnienia wskazując, że Zamawiający oczekiwał wycenienia każdej pozycji odrębnie i zakazał doliczania kosztów jednej pozycji do innej, ale podniósł ten zarzut dopiero na rozprawie. W odwołaniu bowiem przytoczył wprawdzie treść pkt 15.2. SWZ(str. 14), ale nie opatrzył tego żadną argumentacją, z której wynikałoby, w jakim zakresie i z jakiego powodu wyjaśnienia Przystępującego są z ww. punktem niezgodne. Tym samym nie można uznać, że taki zarzut w ogóle był zawarty w odwołaniu.

Podobnie dopiero na rozprawie Odwołujący sprecyzował, że w wyjaśnieniach Przystępujący nie wskazał np. kosztów paliwa (pomijając to, że akurat przy CWD-D koszty paliwa zostały wskazane), sposobu przewiezienia sadzonek, ilości sadzonek mieszczących się w samochodzie, czy sposobu wyliczenia kosztu zatrudnienia w wysokości 280 zł. W odwołaniu jednak tak skonkretyzowane zarzuty nie znalazły się.

W niniejszej sprawie można się oczywiście spierać, czy stopień szczegółowości wyjaśnień złożonych przez Przystępującego jest wystarczający, ale z pewnością nie można twierdzić, że tych wyjaśnień nie ma. Natomiast braki powodujące, zdaniem Odwołującego, że wyjaśnień tych nie można uznać za rzetelne, Odwołujący podał w dużej mierze dopiero na rozprawie, więc w świetle art. 555 ustawy Pzp, są to już zarzuty nie podlegające rozpoznaniu przez Izbę.

Ad. 3) Co do kosztów pracy wykonywanej ręcznie w pierwszej kolejności należy zgodzić się z Przystępującym, że z załącznika nr 3 do SWZ pn. „Opis standardu technologii wykonawstwa prac leśnych” wynika, iż: *„Pozyskanie drewna może być wykonywane pilarką lub maszynami wielooperacyjnymi”*. W dokumencie tym opisane są m.in. zasady pozyskiwania drewna *„wybraną metodą zarówno pilarką jak i maszynami wielooperacyjnymi”*, przy czym dla prac CWD-D wskazano też, że:

- *„w drzewostanach uszkodzonych mechanicznie, ze względu na wzrost zagrożeń i trudne warunki pozyskania drewna, prace należy prowadzić za pomocą maszyn wielooperacyjnych. Ręczne pozyskanie drewna pilarką dopuszcza się w wyjątkowych przypadkach, np. na niewielkich powierzchniach, w przypadku drzewa o wymiarach przekraczających możliwości manipulacyjne głowicy, a także ze względu na uwarunkowania terenowe i drzewostanowe”*,

- *„Wykonawca zrealizuje prace z zakresu pozyskania drewna przy użyciu ręcznych pilarek, narzędzi pomocniczych i odpowiednio dobranych do warunków drzewostanowych, maszyn wielooperacyjnych (harwestery, procesory itp.) oraz maszyn zrywkowych”*.

Z powyższego wynika, że prace CWD-D mogą być wykonane techniką wybraną przez wykonawcę, również techniką maszynową, w zależności od warunków w terenie.

Rzeczywiście w załączniku nr 2.3.1. do SWZ wskazano „udział (m3) drewna optymalnego do pozyskania w technologii maszynowej (%)”, ale użycie w tym miejscu słowa „optymalne” oznacza, że jest to sugestia Zamawiającego, a nie sztywna wielkość, której wykonawca nie może przekroczyć, zwłaszcza że przecież musi też uwzględniać zasady wynikające z załącznika nr 3. W tym stanie rzeczy nie można zarzucać Przystępującemu, że niewłaściwie oszacował ilość prac wykonywanych za pomocą maszyn.

Niezależnie od powyższego nie można się też zgodzić z Odwołującym, że Przystępujący nie złożył „*ani wyjaśnień, ani kalkulacji ani żadnych dowodów dla czynności CWD-D (...) w technice pracy ręcznej*”. Na str. 2 pisma z 16.02.2024 r. znajdują się wyjaśnienia dotyczące kosztów pilarzy, którzy częściowo obsługują teren niedostępny dla maszyn wielooperacyjnych. Są to koszty w wysokości ok. 700-2400 zł w zależności od potrzeb, a do tego dochodzą koszty ogólnego zarządu, takie jak: „*kierownicy, pojazdy techniczne, utrzymanie biura, koszty pośrednie, usługi obce,*

dotworzenie taboru, itp". Ponownie można dywagować, czy tak podane informacje wraz z kolejnymi podanymi w następnych akapitach są wystarczająco szczegółowe w świetle wezwania Zamawiającego, ale nie sposób przyjąć, że Przystępujący w ogóle nie złożył żadnych wyjaśnień, kalkulacji ani dowodów (są zmiany umów o pracę) w zakresie prac ręcznych dotyczących CWD-D.

Również w zakresie pozostałych pozycji Przystępujący odniósł się na str. 2 pisma z 16.02.2024 r. do prac wykonywanych ręcznie. Faktem jest, że w tym zakresie Przystępujący dość zdawkowo (żeby nie powiedzieć: lekceważąco) napisał, że są to pozycje „o marginalnej wadze rzędu 0,01-0,03%”, dla których „nie opłaca się utrzymywać pracowników”, a „kierowanie do nich wykwalifikowanych pilarzy, którzy mogliby w tym czasie realizować bardziej intratne zadania generowałoby tylko stratę”. Szczególnie ocena znaczenia tych pozycji jako „marginalnych” jest już spóźniona, bo sam Zamawiający w wezwaniu uznał je za istotne, a Przystępujący tego wezwania nie zakwestionował w drodze odwołania. Niemniej jednak nie można nie zauważyć, że poza wskazanym zamiarem powierzenia tych prac samym konsorcjom lub podwykonawcom gotowym pracować „nawet po niskich stawkach przede wszystkim w okresie przestojów”, Przystępujący dokonał też poniżej „objaśnienia” dla każdej pozycji wymaganej przez Zamawiającego. Ponownie więc nie można zgodzić się z Odwołującym, że pismo z dnia 16.02.2024 r. nie zawiera wyjaśnień odnoszących się do prac wykonywanych ręcznie.

Ad. 4) Odnosząc się do zarzutu dotyczącego braku dowodów na wydajność maszyn używanych w terenie górskim, należy zgodzić się z Odwołującym, że Przystępujący nie przedstawił w tym zakresie „twardych” dowodów. W odpowiedzi na pierwsze wezwanie złożył raporty z produkcji dotyczące prac wykonywanych na terenach nizinnych, z kolei w odpowiedzi na drugie wezwanie złożył jedynie wyjaśnienia wskazując, że danych z okresu wykonywania prac w terenie górskim nie ma już w pamięci komputera maszyn leśnych, dlatego nie może ich przedstawić. Przystępujący oparł się więc na własnych statystykach wynikających z usług wykonywanych dla Nadleśnictwa Bystrzyca Kłodzka. Tym samym jego oświadczenie w tym zakresie jest oparte na konkretnym doświadczeniu zdobytym na terenie podobnym do objętego niniejszym zamówieniem i nie ma podstaw do jego podważania, skoro wcześniejszych danych nie można było uzyskać z pamięci komputera. Dodatkowo Przystępujący przedstawił wyliczenia pokazujące rentowność ceny przy stawce 65 zł/m³ i średniej pozyskiwania 60 m³, jak też wyliczył, że nawet przy stawce 60 zł/m³ i średniej pozyskania 85 m³ pozycja ta pozostaje rentowna. Izba nie znalazła zatem podstaw do zakwestionowania tej części wyjaśnień.

Jednocześnie Przystępujący dołączył do pisma procesowego z dnia 20.03.2024 r. nowe raporty z produkcji na potwierdzenie, że informacje będące podstawą wyliczeń w wyjaśnieniach nie były wadliwe. Nie zmienia to faktu, że dowody takie – o ile były dostępne – powinny być złożone na wezwanie Zamawiającego.

Reasumując, Przystępujący przedstawił wyjaśnienia i dowody odpowiadające na pytania Zamawiającego i choć ich szczegółowość w niektórych aspektach mogłaby być większa, to w ocenie Izby, w świetle postawionych w odwołaniu ogólnikowych zarzutów wyjaśnienia te nie dają podstaw do odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp. W tym stanie rzeczy Izba stwierdziła, że odwołanie należy oddalić.

Wobec powyższego Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553 i art. 554 ust. 1 ustawy Pzp.

Orzeczenie Izby zostało wydane w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia oraz w oparciu o stanowiska Stron i Przystępującego przedstawione w pismach procesowych i na rozprawie.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy Pzp oraz w oparciu o § 8 ust. 2 zdanie pierwsze w zw. z § 5 pkt 1 rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Izba nie zasądziła na rzecz Zamawiającego kosztów wynagrodzenia pełnomocnika, ponieważ do zamknięcia rozprawy nie złożył on rachunku ani spisu kosztów uzasadniających ten wydatek (art. 573 ustawy Pzp i § 5 pkt 2 ww. rozporządzenia: „na podstawie rachunków lub spisu kosztów złożonych do akt sprawy”). W szczególności za rachunek lub spis kosztów nie może być uznany wniosek o zasądzenie ww. kosztów zawierający zapewnienie przesłania faktury w terminie 3 dni.

Przewodnicząca