

WYROK

Warszawa, dnia 7 lutego 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: Anna Chudzik

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 stycznia 2024 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: „Konsorcjum Leśne Bukowa” – S.G. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Leśne S.G., A.Ł. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Leśnych „Jawor” A.Ł.,

w postępowaniu prowadzonym przez Skarb Państwa – Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Ustroń,

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – T.S. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Leśne T.S.,

orzeka:

1. Oddala odwołanie;

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: „Konsorcjum Leśne Bukowa” – S.G. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Leśne S.G., A.Ł. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Leśnych „Jawor” A.Ł. i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 4 244 zł 10 gr (słownie: cztery tysiące dwieście czterdzieści cztery złote dziesięć groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione przez Zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika (3 600,00 zł), dojazdu na rozprawę (340,00 zł), noclegu (287,10 zł) oraz opłaty skarbowej od pełnomocnictwa (17,00 zł).

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 129/24

Uzasadnienie

Zamawiający – Skarb Państwa – Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Ustroń – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia pn. *Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej i szkółkarskiej na terenie Nadleśnictwa Ustroń w roku 2024*. Wartość zamówienia jest większa niż progi unijne. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 27 października 2023 r. pod numerem 2023/S 173-544506.

W dniu 12 stycznia 2024 r. Konsorcjum Leśne Bukowa – S.G. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Leśne S.G., A.Ł. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Leśnych „Jawor” A.Ł. wniósł odwołanie wobec wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy „Usługi Leśne” T.S. i zaniechania odrzucenia oferty tego wykonawcy. Odwołanie dotyczy Pakietu 04 Leśnictwo Bukowa. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 10 w zw. z art. 16 ust. 1 ustawy Pzp, przez zaniechanie odrzucenia oferty „Usługi Leśne” T.S., mimo że zawiera ona błąd w obliczeniu ceny lub kosztu, polegający na naruszeniu art. 15.1. oraz 15.2. SWZ;
- 2) art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 1, 5 i 6 ustawy Pzp, przez zaniechanie odrzucenia oferty „Usługi Leśne” T.S.,

mimo że zawiera ona rażąco niską cenę istotnych elementów składowych oferty w stosunku do przedmiotu zamówienia;

- 3)art. 89 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 16 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, przez zaniechanie odrzucenia oferty „Usługi Leśne” T.S., mimo że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji,
- 4)art. 16 ust. 1 ustawy Pzp, przez prowadzenie postępowania w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu w zakresie Pakietu 04: unieważnienia czynności wyboru oferty „Usługi Leśne” T.S. jako najkorzystniejszej, powtórzenia czynności badania i oceny ofert, odrzucenia oferty ww. wykonawcy oraz dokonania wyboru oferty Odwołującego.

Odwołujący przedstawił następujący stan faktyczny:

W postępowaniu zostały złożone oferty z następującymi cenami: „Usługi Leśne” T.S. – 1.537.602,24 zł, Konsorcjum Leśne Bukowa – 1.610.986,50 zł, inni wspólnie ubiegający się przedsiębiorcy wymienieni w informacji ofertowej – 1.743.259,11 zł. Oferta złożona przez wykonawcę „Usługi Drzewne” T.S. budziła wątpliwości pod kątem jej zgodności z ustawą oraz postanowieniami SWZ. Wykonawca w kosztorysie sporządzonym w formie tabeli wskazał koszt niektórych istotnych części składowych oferty m.in. na kwotę jednego złotego. Dotyczy to następujących pozycji:

- wykładanie pułapek na szkodniki wtórne (PUŁ WT) – cena 1 zł/szt. (poz. 19),
- korowanie pułapek i niszczenie kory (KOR P, KOR NISZ) – cena 1 zł/m3 (poz. 20-21),
- spalanie gałęzi – cena 1 zł (poz. 27),
- wynoszenie i układanie pozostałości w stopy niewymiarowe (PORZ SPAL, PORZ STOS) – cena 1 zł/m3 (poz. 28),
- wywieszanie nowych i naprawa starych budek lęgowych (ZAW BUD, NAPR BUD) - cena 1 zł/szt. (poz. 29),
- wynoszenie budek lęgowych i schronów dla nietoperzy – cena 1 zł/szt. (poz. 30),
- wykładanie drzew zgryzowych (DRZ ZGRYZ) – cena 1 zł/szt. (poz. 31),
- wykonanie cięć przygodnych i pozostałych (CWD-D) – cena 70 zł/m3 (poz. 4).

Z uwagi na podejrzenie nieprawidłowości w złożonej ofercie, 5 grudnia 2023 r. Zamawiający wystąpił do T.S. z wezwaniem do złożenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia ww. istotnych części składowych ceny. W uzasadnieniu do wezwania wskazano, że cena składowa kosztorysu ofertowego za wykonanie cięć przygodnych na tyle istotnie odbiega od ceny kosztorysowej wyliczonej przez Zamawiającego, że wątpliwości budzi, czy podczas kalkulacji uwzględniono takie czynniki kosztowe, jak chociażby minimalne wynagrodzenie czy też inflacja, zwłaszcza że zgodnie z treścią str. 2 SWZ Zamawiający wymagał zatrudnienia na podstawie stosunku pracy osób wykonujących czynności w zakresie realizacji zamówienia polegające na pozyskaniu i zrywce surowca drzewnego, jeżeli wykonanie tych czynności polega na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 Kodeksu pracy.

Wykonawca T.S. wyjaśnił, że kwota kosztów została skalkulowana bezpośrednio w pozycjach związanych z pozyskiwaniem drewna oraz w innych pracach z zagospodarowania lasu. Jednocześnie w ww. piśmie wskazano, że w zakresie wszystkich spornych pozycji wykonawca ma je wykonać własnym sprzętem, co za tym idzie, wskazano na niskie koszty związane z dojazdem i transportem z uwagi na fakt zlokalizowania siedziby przedsiębiorstwa w obszarze Leśnictwa Bukowa. Ta okoliczność – krótki dojazd, a co za tym idzie tani transport – również miała pozwolić Tomaszowi Staś na kalkulację wszystkich pozycji w sposób wskazany w ofercie.

Zarzut błędu w obliczeniu ceny

Odwołujący podniósł, że zgodnie z art. 15.1. oraz 15.2. Specyfikacją Warunków Zamówienia nr ZG.270.32.2023: *Wykonawca zobowiązany jest podać w Formularz Oferty (Załącznik nr 1 do SWZ) łączną cenę za wszystkie pozycje (prace) przewidziane w Kosztorysie Ofertowym dla Pakietu, na który składa swoją ofertę. [...] 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.* W konsekwencji, Zamawiający bezpośrednio wskazał, że niedozwolone jest „przenoszenie” kosztów jednych czynności do innych pozycji ujętych w kosztorysie prac. Pomimo powyższego, doszło przez T.S. do naruszenia art. 15.1. oraz 15.2. SWZ, ze względu na „przerzucenie” części kosztów związanych z gospodarką drewnem do innych pozycji m.in. dotyczących wycinki drzew (co wykonawca sam podkreślał

w złożonych wyjaśnieniach). Z tego powodu oferta tego wykonawcy powinna podlegać odrzuceniu ze względu na błędne obliczenie ceny oferty.

Zarzut rażąco niskiej ceny

Odwołujący podniósł, że T.S. w złożonych wyjaśnieniach nie wykazał w sposób należyty (tj. zgodny z dyspozycją art. 224 ustawy Pzp), że zaofferowana cena za poszczególne elementy oferty nie może zostać scharakteryzowana jako rażąco zaniżona. Poinformował on jedynie, że koszty dotyczące m.in. gospodarki budkami lęgowymi, układania gałęzi w stopy czy wykonywania cięć i wykładania drzew zgryzowych zostały ujęte w kosztach innych pracach (głównie wycinkowych), co za tym idzie – zgodnie z literalnym brzmieniem wyjaśnień T.S. wykonawca ten podwyższył jedne wyliczenia (główne) kosztem wyżej wymienionych, jednakże w żaden sposób nie wskazał w wyjaśnieniach, np. ile te czynności miałyby zajmować czasu, a w konsekwencji, jaki byłby ich realny koszt (np. przeliczenie roboczogodzin pracy oddelegowanej osoby). Każde ze wskazanych w kosztorysie zadań obciąża pracownika i sprawia, że jego praca się stosunkowo wydłuża, generując dodatkowe koszty. W konsekwencji, stanowisko wykonawcy uznać należy za nieuzasadnione m.in. z uwagi na brak wskazania kwoty „doliczonej” do innych zadań w ramach przedmiotowych prac.

Odnosząc się do wskazania w wyjaśnieniach, że z uwagi na zamieszkanie na terenie objętym przetargiem (tj. leśnictwo Bukowa) wykonawca ten miałby być w stanie w krótkim czasie dojechać do miejsca prac leśnych Odwołujący podniósł, że o ile w przypadku pakietu Bukowa jest to możliwe, tak dla pakietów Górki i Dziegielów (w którym również oferta T.S. została wybrana) pojawia się konieczność dojazdu w czasie od 40 minut do ponad 1 godziny od jego miejsca zamieszkania. Zakładając, że wykonawca będzie wykonywał czynności objęte zamówieniem samodzielnie dla wszystkich pakietów, to powstaje pytanie – w jaki sposób wykonawca byłby w stanie prowadzić prace jednocześnie w 3 leśnictwach (przykładowo: wynosić i układać pozostałości w stopy niewymiarowe i spalać je, gdzie prace te są wykonywane przez cały rok podczas pozyskania, a ilości te są bardzo duże czy też korować drzewna i niszczyć korę, która wymaga podjęcia czynności w odpowiednim czasie, tak aby wyeliminować kornika). Jednocześnie, część z tych czynności (jak np. wywieszanie nowych budek lęgowych oraz napraw starych) wymaga użycia narzędzi oraz pomocy osób trzecich.

W odniesieniu do cięć przygodnych Odwołujący podniósł, że zaproponowaną przez Zamawiającego ilość surowca należy uznać za znaczną (1336 m3 to niemal 1/5 pozyskania). Również sam Zamawiający w piśmie z 5 grudnia 2023 r. zaznaczył, że cena znacznie odbiega od założonego kosztorysu. Na wskazane cięcia katalog pracochłonności przewidział znacznie wyższy przelicznik, z kolei T.S., podejmując próby wyjaśnienia tak dużej rozbieżności, stwierdził, że wkalkulował kwoty w zaofferowaną cenę przetargu, co jest niezgodne z ustawą oraz postanowieniami SWZ.

Zarzut czynu nieuczciwej konkurencji

Odwołujący, powołując się na treść art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp i podniósł, że manipulacja składowymi cenami może prowadzić do odrzucenia oferty jako złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, nawet jeżeli nie zostanie wykazane, że oferta zawiera cenę rażąco niską. Tytułem przykładu, w sytuacji, gdy wykonawca zawyża koszty, które na koszty, które zamawiający będzie musiał ponieść w pierwszej kolejności, obniżając przy tym koszty dostaw, usług lub robót budowlanych wykonywanych na dalszym etapie realizacji zamówienia. Takie działanie w konsekwencji prowadzi do naruszenia interesu innych przedsiębiorców, którzy złożyli oferty w postępowaniu, jak i potencjalnych wykonawców, którzy mogliby chcieć to uczynić. Takie działanie objęte jest dyspozycją normy prawnej z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i jako takie stanowi samoistną podstawę stwierdzenia, że doszło do nieuczciwych praktyk. Zniekształca ono bowiem określone interesy i zachowania gospodarcze oraz prowadzi do pogorszenia sytuacji innego przedsiębiorcy na tym konkurencyjnym rynku, poprzez naruszenie w tym zakresie jego interesu. Stanowisko takie potwierdził również Sąd Najwyższy w wyroku w sprawie III CKN 271/01.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego skutecznie przystąpił T.S. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Leśne T.S.. Izba stwierdziła, że ww. wykonawca zgłosił przystąpienie do postępowania w ustawowym terminie, wykazując interes w rozstrzygnięciu odwołania na Zamawiającego.

Odwolanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zgodnie z punktem 15 SWZ:

1. Wykonawca zobowiązany jest podać w Formularzu Oferty (Załącznik nr 1 do SWZ) łączną cenę za wszystkie pozycje (prace) przewidziane w Kosztorysie Ofertowym dla Pakietu, na który składa swoją ofertę. Kosztorys Ofertowy zawarty jest w pkt 2 Formularza Oferty (Załącznik nr 1 do SWZ) i stanowi jego integralną część.

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. (...)

Stosownie do punktu 16 SWZ jedynym kryterium oceny ofert jest cena łączna brutto dla danego Pakietu.

Zgodnie z § 11 ust. 3 wzoru umowy, wynagrodzenie wykonawcy za wykonanie prac stanowiących przedmiot udzielonych Zleceń obliczane będzie na podstawie ilości odebranych prac, według Cen Jednostkowych, z zastrzeżeniem postanowień dot. Wskaźników Zwiększających oraz Waloryzacji.

Zgodnie z § 11 ust. 4 wzoru umowy: Wykonawca niniejszym potwierdza, iż Ceny Jednostkowe prac uwzględniają wszystkie koszty związane z ich wykonaniem oraz zysk.

W postępowaniu zostały złożone oferty z następującymi cenami:

Pozycja	Oferta Przystępującego		Oferta Odwołującego		Oferta Konsorcjum Maciej Iwanek	
	Cena jedn. (zł)	Wartość brutto (zł)	Cena jedn. (zł)	Wartość brutto (zł)	Cena jedn. (zł)	Wartość brutto (zł)
wykładanie pułapek na szkodniki wtórne (PUŁ WT)	1,00	9,72	10,00	97,20	20,00	194,40
korowanie pułapek i niszczenie kory (KOR P)	1,00	16,20	10,00	162,00	50,00	810,00
Niszczenie kory po korowaniu pułapek (KOR NISZ)	1,00	10,80	10,00	108,00	30,00	324,00
Spalanie gałęzi ułożonych w stosy (PORZ SPAL)	1,00	32,40	5,00	162,00	10,00	324,00
Wynoszenie i układanie pozostałości w stosy niewymiarowe (PORZ STOS)	1,00	410,40	5,00	2.052,00	10,00	4.104,00
wywieszanie nowych budek lęgowych i schronów dla nietoperzy (ZAW BUD)	1,00	54,00	30,00	1.620,00	20,00	1.080,00
Naprawa starych budek lęgowych i schronów dla nietoperzy (NAPR BUD)	1,00	162,00	10,00	1.620,00	20,00	3.240,00
wykładanie drzew zgryzowych (DRZ ZGRYZ)	1,00	10,80	10,00	108,00	20,00	216,00
wykonanie cięć przygodnych i pozostałych (CWD-D)	70,00	101.001,60	120,00	173.145,60	100,00	144.288,00
Cena całkowita brutto (zł)		1.537.602,24		1.610.986,50		1.743.259,11

Pismem z 5 grudnia 2023 r. Zamawiający wezwał Przystępującego, na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień w zakresie następujących części składowych ceny:

- 1)wykładanie pułapek na szkodniki wtórne (PUŁ WT) – cena 1 zł/szt.
- 2)korowanie pułapek i niszczenie kory (KOR P, KOR NISZ) – cena 1 zł/m3
- 3)wynoszenie i układanie pozostałości w stosy niewymiarowe (PORZ SPAL,PORZ STOS) - cena 1 zł/m3p
- 4)wywieszanie nowych i naprawa starych budek lęgowych (ZAW BUD, NAPR BUD) – cena 1 zł/szt.
- 5)wykładanie drzew zgryzowych (DRZ ZGRYZ) – cena 1 zł/szt.

6) wykonanie cięć przygodnych i pozostałych (CWD-D) – cena 70 zł m3.

Zamawiający wskazał dodatkowo w wezwaniu:

Cena składowa kosztorysu ofertowego za wykonanie cięć przygodnych na tyle istotnie odbiega od ceny kosztorysowej wyliczonej przez Zamawiającego że wątpliwości budzi, czy podczas kalkulacji uwzględniono takie czynniki kosztowe jak chociażby minimalne wynagrodzenie czy też inflacja zwłaszcza, że zgodnie z treścią SWZ Zamawiający na podstawie z art. 95 PZP wymagał zatrudnienia przez Wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie stosunku pracy osób wykonujących czynności w zakresie realizacji zamówienia polegające na pozyskaniu i zrywce surowca drzewnego, jeżeli wykonanie tych czynności polega na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy (...) przez cały okres obowiązywania umowy.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Przystępujący udzielił następujących wyjaśnień:

W zakresie wyjaśnienia użytej ceny pkt 1) do 5) wskazuję, że koszty wykonania tych prac zostały skalkulowane bezpośrednio w kosztach pozyskania i zrywki drewna, co oznacza że będą one wykonywane przy okazji innych prac, a tym samym nie będą generowały dodatkowo kosztów dotyczących dojazdu i pracowników. Przyjęcie takiego założenia jest uzasadnione ekonomicznie i stoją za tym również względy organizacyjne – głównym zadaniem Zamawiającego pozostaje bowiem zrywka i pozyskanie drewna, która to usługa jest pierwszoplanowa, wskazane zaś usługi są niejako dodatkowe.

Wykonawca wskazuje również, że wywieszanie i naprawa budek starych budek lęgowych, podobnie jak wskazane usługi powyżej, będzie wykonywane w trakcie innych robót, jednakże jeśli dojdzie do konieczności wykonania takiej usługi w innym miejscu, ze względu na ograniczenie kosztów, bezpośrednio zajmie się tym osobiście wykonawca przy okazji wykonywania innych czynności. Dodatkowo w zakresie wykładania drzew zgryzowych oraz wykładania pułapek na szkodniki wtórne wykonawca wskazuje, że cena ta również ma uzasadnienie. Wykonawca skalkulował, że pozyskanie drewna już wyłożonego przyniesie mu taki dochód, który zrównoważy wycinkę drzew zgryzowych i pułapek.

Wykonawca zwraca również uwagę, że w zakresie pkt 1), 2), 4) i 5) roboty te stanowią mały procent wszystkich żądanych przez Nadleśnictwo robót.

Podsumowując powyższe:

- wykonawca wskazuje, że wykonanie czynności dot. pkt 1)-5) nie spowoduje u niego podwyższenia kosztów i kosztów takich nie kalkulował biorąc pod uwagę, że czynności te będą wykonywane w czasie innych zadań, które pozostają kluczowe dla wykonania usługi na rzecz Nadleśnictwa (zrywka i pozyskiwanie drewna);*
- w związku z wykonaniem tych prac przy okazji i równoległe do pozostałej usługi kwota kosztów została skalkulowana bezpośrednio w pozycjach związanych z pozyskiwaniem drewna oraz w innych pracach z zagospodarowania lasu;*
- w przypadkach losowych i konieczności wykonania robót nie w ciągu wykonania prac – roboty te będzie wykonywał osobiście właściciel.*

W zakresie pkt 6 opisanego powyżej wykonawca wskazuje, że cięcia przygodne i pozostałe zostały przez niego skalkulowane prawidłowo. Po pierwsze cięcia te stanowią niewielki procent zamówienia. Po drugie kalkulując koszty pracy, a w tym koszty pracowników (koszty pracy, koszt BHP, odzieży i posiłków regeneracyjnych), wykonawca skalkulował je w kosztach dotyczących pozyskiwania drewna, jako głównego zadania. Oznacza to, że pozycja ta obejmuje w zasadzie dojazd do miejsca, gdzie takie przygodne cięcia ma być dokonane, a także koszty użycia paliwa do piły spalinowej. Nawet jeśli zakładać, że koszty te są wysokie biorąc pod uwagę inflację, wykonawca założył, że ustalając taką stawkę nie będzie dopłacał do ww. usługi, biorąc pod uwagę, że cięcia przygodne i inne policzone są razem i w kalkulowane w zaoferowaną cenę przetargu.

Nadto w zakresie wszystkich powyższych pozycji wykonawca wskazuje, że czynności te wykona własnym sprzętem, a także wskazuje na małe koszty związane z dojazdem i transportem ponieważ firma zlokalizowana jest w obszarze leśnictwa Bukowa, a sam wykonawca i jego pracownicy mieszkają w jego zakresie terytorialnym. Ta okoliczność – krótki dojazd, a co za tym idzie tani transport – również pozwoliła mu również skalkulować wszystkie powyższe pozycje w sposób wskazany w ofercie.

Przedmiot zamówienia zostanie więc wykonany zgodnie ze złożoną ofertą, a wskazane w ofercie ceny nie są rażąco niskie, jak bowiem wskazałem powyżej, na ich ustalenie miało wpływ szereg czynników, a wykonawca skalkulował je w oparciu o wymagania zamawiającego i swoje koszty.

Pismem z 3 stycznia 2024 r. Zamawiający poinformował o wyborze oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

- pkt 7: została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
- pkt 8: zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia;
- pkt 10: zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu.

W ocenie Izby nie wystąpiły przesłanki do odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie ww. przepisów ustawy.

Po pierwsze, Odwołujący nie wykazał, że oferta Przystępującego zawiera błąd w obliczeniu ceny. Odwołujący wywodził popełnienie takiego błędu z wyjaśnień Przystępującego złożonych na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp ustawy Pzp, przy czym treść tych wyjaśnień nie daje – zdaniem Izby – podstaw do takich wniosków. Analiza wyjaśnień złożonych przez Przystępującego wskazuje, że kwestionowane elementy zamówienia, które wykonawca wycenił na 1 zł, nie generują kosztów dojazdu i pracowników, gdyż będą one wykonywane przy okazji innych prac. Nie oznacza to zatem, że Przystępujący dokonał przeniesienia kosztów z kwestionowanych pozycji kosztorysu ofertowego do innych pozycji tego kosztorysu – Przystępujący poinformował, że nie poniesie innych kosztów niż te, które ponosi w ramach pozyskania i zrywki drewna. Jest to zdaniem Izby o tyle przekonujące, że wykonując czynności z zakresu pozyskania i zrywki drewna (co jest głównym celem zamówienia) wykonawca może w tym czasie, z wykorzystaniem tych samych zasobów sprzętowych i ludzkich, wykonać drobne prace dodatkowe, takie jak wykładanie pułapek, wywieszanie budek lęgowych, itp. Zauważenia wymaga, że nie są to prace wykonywane w sposób ciągły, a jedynie gdy zaistnieje taka potrzeba. Jeżeli wykonawca zakłada zorganizowanie swojej pracy w taki sposób, to trudne i niecelowe byłoby wyodrębnienie i przypisanie do tych czynności kosztów, których prace te nie będą dodatkowo generować. Nie oznacza to, że koszty tych czynności zostały uwzględnione w innej pozycji kosztorysowej, a jedynie że nie zostały naliczone drugi raz. Podobnie, w odniesieniu do kosztów cięć przygodnych, wyjaśnienia nie dają podstaw do twierdzenia, że wycena tej pozycji została dokonana niezgodnie z pkt. 15.2 SWZ. Przystępujący wskazał w wyjaśnieniach, w jaki sposób koszty te zostały skalkulowane i co w nich ujęto. Zauważyć przy tym należy, że cena jednostkowa za te usługi, to 70,00 zł, co stanowi 72,4% średniej arytmetycznej cen zaoferowanych za ten element przedmiotu zamówienia.

W zakresie zarzutu rażąco niskiej ceny, Odwołujący nie kwestionował ceny całkowitej, ale jej części składowe, których dotyczyły złożone przez Przystępującego wyjaśnienia. Odnosząc się do tego zarzutu podkreślić należy, że podstawą do odrzucenia oferty może być rażąco niska cena tylko takich części składowych, które mają charakter istotny, co wynika z art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, który stanowi, że przedmiotem wyjaśnień, które podlegają ocenie pod kątem przesłanek odrzucenia oferty może być cena lub koszt lub ich istotne części składowe. Ustawa nie określa, według jakich kryteriów należy oceniać kwestię istotności elementu składowego ceny. W ocenie Izby należy przyjąć, że istotne są te elementy, których wartościowy udział w przedmiocie zamówienia jest znaczny lub od których – ze względu na ich merytoryczne znaczenie – zależy osiągnięcie zasadniczych celów, dla których zamówienie jest udzielane. Chodzi więc o elementy istotne pod względem wartościowym lub merytorycznym, mogące zaważyć na powodzeniu zamówienia jako całości.

Podkreślenia wymaga, że chociaż w postępowaniu odwoławczym ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego (art. 537 pkt 1 ustawy Pzp), to obowiązek wykazania, że określona część składowa, która jest przedmiotem zarzutu, ma charakter istotny, należy do Odwołującego. Odwołujący był więc zobowiązany wykazać, że kwestionowane pozycje z formularza ofertowego dotyczą istotnych części składowych ceny. Mimo takiego obowiązku Odwołujący nie podjął nawet próby wykazania istotności elementów ceny będących przedmiotem zarzutu. Odwołujący określał je w odwołaniu jako istotne części składowe ceny oraz przytoczył stanowisko prezentowane w orzecznictwie w odniesieniu do tego zagadnienia, w żadnej mierze jednak nie wyjaśnił, w czym tej istotności należy upatrywać w rozpoznawanej sprawie. Tymczasem elementy wycenione przez Przystępującego na 1 zł obejmują czynności dodatkowe w stosunku do głównego przedmiotu zamówienia i mają znikomy udział wartościowy w cenie całkowitej, nie tylko w cenie zaoferowanej przez Przystępującego (gdzie udział ten wynosi 0,05%), ale również w cenach pozostałych ofert (w przypadku oferty Odwołującego jest to 0,37%, w przypadku trzeciej oferty – 0,6%). W ocenie Izby trudno przypisać tym elementom jakiegokolwiek walor istotności, czy to pod względem merytorycznym, czy pod względem wartości.

W przypadku wyceny cięć przygodnych i pozostałych, ich wartość w stosunku do całego przedmiotu zamówienia jest większa i wynosi w poszczególnych ofertach pomiędzy 6,5% a 11% ceny całkowitej, okoliczność ta jednak nie zwalniała Odwołującego z obowiązku wykazania, że jest to element istotny, czego Odwołujący zaniechał. Brak wykazania istotności tej części składowej ceny sam w sobie przesądza o niezasadności zarzutu.

Zauważenia wymaga, że zaoferowana przez Przystępującego cena jednostkowa za wykonanie cięć przygodnych i pozostałych to 70 zł, Odwołujący zaoferował cenę jednostkową 120 zł, a trzeci z wykonawców 100 zł. Różnice takie należy uznać raczej za naturalny efekt konkurencji wykonawców niż za rażąco zaniżenie ceny przez jednego z nich.

Ponadto wskazać należy, że jakkolwiek na wykonawcy wezwanym do wyjaśnień spoczywa o obowiązek złożenia rzetelnych i wyczerpujących wyjaśnień dotyczących kalkulacji ceny ofertowej, to jednak ocena złożonych wyjaśnień nie może abstrahować od specyfiki konkretnego zamówienia, jego stopnia skomplikowania oraz złożoności czynników kosztotwórczych oraz sytuacji rynkowej. Stopień skomplikowania takich zamówień, jak np. roboty budowlane czy prace projektowe albo specjalistyczne usługi informatyczne uzasadnia oczekiwanie od wyjaśnień innego stopnia szczegółowości, niż w przypadku zamówień takich, z jakim mamy do czynienia w rozpoznawanej sprawie, obejmujących wyspecjalizowane, ale jednocześnie stosunkowo proste czynności, na których cenę nie wpływają skomplikowane czynniki kosztotwórcze. W takich sytuacjach nawet określone braki wyjaśnień, które jednak nie powodują uzasadnionych wątpliwości co do realności ceny, powinny być oceniane z uwzględnieniem zasady proporcjonalności, zwłaszcza jeśli ceny ofert złożonych w postępowaniu pozwalają stwierdzić, że cena będąca przedmiotem wyjaśnień nie odbiega od cen rynkowych.

W ocenie Izby, nawet jeśli wyjaśnienia złożone przez Przystępującego nie są obszernie i nie zawierają pogłębionej analizy przyjętych założeń oraz szczegółowej kalkulacji, to nie można z tego wyciągać nieproporcjonalnych konsekwencji, zwłaszcza biorąc pod uwagę, że nie została wykazana istotność kwestionowanych elementów wyceny, przy czym większość z nich – z uwagi na pomocniczy charakter i znikomą wartość w porównaniu do wartości całkowitej usług będących przedmiotem zamówienia – w sposób oczywisty nie może być uznana za istotną. Tym samym prowadzony w postępowaniu spór co do wysokości poszczególnych czynników kosztotwórczych (jak koszty amortyzacji, paliwa, itp.) nie może przesądzać o wyniku postępowania, biorąc pod uwagę niewykazanie istotności zaskarżonych elementów.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, wskazać należy, że Odwołujący de facto nie przedstawił uzasadnienia faktycznego tego zarzutu. Odwołujący ograniczył się do przytoczenia treści art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp oraz zacytowania prezentowanych w orzecznictwie stanowisk dotyczących czynu nieuczciwej konkurencji.

W petitum odwołania Odwołujący wskazał na art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, który stanowi, że czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta oraz na art. 15 ust. 1 tej ustawy, który określa katalog różnych czynów polegających na utrudnianiu innym przedsiębiorcom dostępu do rynku. Odwołujący w żaden sposób tej kwalifikacji prawnej nie rozwinął ani nie skonkretyzował, jaki czyn został jego zdaniem przez Przystępującego popełniony. Odwołujący, mimo że to na nim spoczywał ciężar dowodu, w żaden sposób nie odniósł działań przystępującego do konkretnych znamion czynów nieuczciwej konkurencji. Na podstawie treści odwołania nie sposób nawet domyślać się, w jaki sposób wycena dokonana przez Przystępującego miałaby naruszać interes innych przedsiębiorców, w tym utrudniać im dostęp do rynku, w szczególności biorąc pod uwagę, że kwestionowane ceny jednostkowe nie stanowiły kryterium oceny ofert, zatem ich ewentualne zaniżenie, a zwiększenie cen jednostkowych w innych pozycjach kosztorysu ofertowego (co zresztą się nie potwierdziło) nie mogło zwiększać szans Przystępującego na uzyskanie zamówienia z pokrzywdzeniem innych wykonawców. W związku z tym zarzut dotyczący złożenia oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji należało uznać za oczywiście bezzasadny.

Wobec niestwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, odwołanie podlegało oddaleniu.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz § 5 pkt 1 lit. a, b i d oraz § 8 ust. 2 z 2020 r. poz. 2437), stosownie do wyniku postępowania obciążając kosztami Odwołującego.

Przewodnicząca:.....