

## WYROK

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: **Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie **14 lutego 2025 r.** w Warszawie odwołania wniesionego **31 stycznia 2025 r.** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Przedsiębiorstwo Usług Leśnych „TAXUS” W.A., Żdźary, „ALKAR” K.A., Stoki, Usługi Leśne i Budowlane P.S., Jaroszki** [„Odwołujący”]

w postępowaniu pn. *Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Kozienice w roku 2025* (ZG0.270.1.03.2024) – *Pakiet 4 – leśnictwa: Karpówka, Podgóry, Jaśce*

prowadzonym przez zamawiającego: **Skarb Państwa – Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe, Nadleśnictwo Kozienice** [„Zamawiający”]

przy udziale jako współuczestnika po stronie Zamawiającego wykonawcy: **Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe K.W., Jastrzębia** [„Przystępujący”]

orzeka:

**1. Oddala odwołanie.**

**2. Kosztami postępowania obciąża Odwołujących i:**

**1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) **uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) **uzasadnionych kosztów Zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,**

**2) zasądza solidarnie od Odwołujących na rzecz Zamawiającego kwotę 3600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy).

Na niniejsze 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.**

## Uzasadnienie

Skarb Państwa – Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe, Nadleśnictwo Kozienice {dalej: „Zamawiający” lub „Nadleśnictwo”} prowadzi na podstawie Ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2024 r. poz. 1320) {dalej również: „ustawa pzp” lub „ppz”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na usługi pn. *Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Kozienice w roku 2025* (ZG0.270.1.03.2024).

Ogłoszenie o tym zamówieniu 29 października 2024 r. zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej serii S nr 211 pod poz. 655875.

Wartość tego zamówienia przekracza progi unijne.

21 stycznia 2025 r. Zamawiający zawiadomił drogą elektroniczną o wyborze jako najkorzystniejszej w części (pakiecie) nr 4 powyższego zamówienia pn. *Pakiet 4 – leśnictwa: Karpówka, Podgóry, Jaśce* oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe K.W. z Jastrzębiej {dalej również: „przedsiębiorca K.W.”, „Wykonawca” lub „Przystępujący”}.

30 stycznia 2025 r. Przedsiębiorstwo Usług Leśnych „TAXUS” W.A. ze Żdźar, „ALKAR” K.A. ze Stoków, Usług Leśne i Budowlane P.S. z Jaroszek, którzy wspólnie złożyli ofertę {dalej łącznie zwani: „Konsorcjum” lub „Odwołującymi”} wnieśli odwołanie od powyższej czynności a także zaniechań czynności objętych poniższymi zarzutami.

Odwołujący zarzucili Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp:

1. Art. 239 ust. 1 w zw. z art. 17 ust. 2 – przez wybór oferty przedsiębiorcy K.W., pomimo że nie spełnia on warunków udziału w postępowaniu, a najkorzystniejszą i niepodlegającą odrzuceniu ofertą według kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach postępowania jest oferta Konsorcjum.
2. Art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b – przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez przedsiębiorcę K.W., pomimo że nie spełnia on warunków udziału w postępowaniu.
3. Art. 226 ust. 1 pkt 8 – przez zaniechanie odrzucenia oferty K.W. jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

4.Art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b w zw. z art. 116 ust. 2 – poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez przedsiębiorcę K.W., pomimo że zaangażowanie jego zasobów technicznych lub zawodowych w inne przedsięwzięcia gospodarcze będzie miało negatywny wpływ na realizację zamówienia, co oznacza, że nie posiada on wymaganych zdolności, a więc nie spełnia warunku.

5.Art. 128 ust. 5 – przez zaniechanie zwrócenia się do podmiotu wystawiającego referencje, tj. do Zakładu Usług Leśnych Ł.D., który jest w posiadaniu informacji lub dokumentów istotnych w zakresie oceny spełniania przez K.W. warunków udziału postępowania, o przedstawienie takich informacji lub dokumentów [zarzut ewentualny na wypadek nieuwzględnienia poprzednich zarzutów].

W ramach uzasadnienia odwołania powyższe zarzuty (z wyjątkiem zarzutu nr 4) zostały sprecyzowane przez podniesienie okoliczności faktycznych i prawnych, jak to poniżej wspomniano, jeżeli miało to znaczenie dla sprawy.

Odwolujący wnieśli o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1.Unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty.

2.Odrzucenia oferty K.W..

3.Powtórzenia badania i oceny ofert i wyboru oferty Odwołujących.

4.Powtórzenia badania i oceny ofert, w tym wezwania do złożenia wyjaśnień jak w zarzucie nr 5 [żądanie ewentualne w stosunku do poprzedniego].

W odpowiedzi na odwołanie z 13 lutego 2025 r. Zamawiający wniósł o jego oddalenie, podnosząc okoliczności faktyczne i argumentację prawną, jak to poniżej podano w zakresie, który miał znaczenie dla sprawy.

Przystępujący poparł Zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania i wywodząc na rozprawie, jak to poniżej wskazano, jeżeli miało to znaczenie dla sprawy

#### **Izba ustaliła, co następuje:**

Zgodnie z brzmieniem postanowienia zamieszczonego w pkt 7.1 SWZ:*W postępowaniu mogą brać udział Wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału postępowaniu dotyczące: (...)*

3) *zdolności technicznej lub zawodowej:*

a) *Warunek ten, w zakresie doświadczenia, zostanie uznany za spełniony, jeśli Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich 3 lat liczonych wstecz od dnia, w którym upływa termin składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie): (...)*

*IV)dla Pakietu 4*

*zrealizował lub realizuje (przy czym w tym przypadku będzie uwzględniana wartość zrealizowanej części przedmiotu umowy), na podstawie jednej lub większej ilości umów, usługi z zakresu gospodarki leśnej o łącznej wartości nie mniejszej niż 2 500 000,00 zł brutto polegające na wykonywaniu prac obejmujących zagospodarowanie lasu, zrywkę i pozyskanie drewna.*

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 126 ust. 1 pzp K.W. złożył m.in. datowany na 8 grudnia 2024 r. Wykaz wykonanych usług (sporządzony wg wzoru z załącznika nr 9 do SWZ), w którym wykazał w trzech pozycjach prace obejmujące zagospodarowanie lasu, zrywkę i pozyskanie drewna o wartości brutto, okresie wykonania i na rzecz podmiotów:

1)1.210.925,40 zł, 1.01.2023-31.12.2023, Zakład Usług Leśnych Ł.D. z Płacht {dalej również: „ przedsiębiorca Ł.D.”},

2)552.748,23 zł, 1.01.2024-16.11.2024, Zakładu Usług Leśnych Ł.D. z Płacht,

3)803.372,15 zł, 10.01.2024-30.11.2024, Nadleśnictwo Radom

– łącznie na kwotę 2.808.188,81 zł.

Do wykazu usług Wykonawca załączył referencje ww. podmiotów referencje, przy czym w tych dotyczących poz.

1) i 2) podana w wykazie wartość została potwierdzona jako dotycząca łącznie usług wykonanych na terenie odpowiednio nadleśnictw: Kozienice, Daleszyce, Janów Lubelski i Leżajsk dla poz. 1), Zwoleń, Kozienice i Daleszyce dla poz. 2) [poz. 3) wykazu nie była przedmiotem sporu w niniejszej sprawie].

Ponieważ podmiotowe środki dowodowe złożone odnośnie poz. 2) i 3) wzbudziły wątpliwości Zamawiająco, pismami z 13 grudnia 2024 zwrócił się do wszystkich innych wymienionych w powyższych referencjach nadleśnictw z analogicznym zapytaniem o to, czy K.W. wykonywał we wskazanym okresie prace obejmujące łącznie zagospodarowanie lasu, zrywkę i pozyskanie drewna i w jakim charakterze został zgłoszony,jako podwykonawca czy jako pracownik Zakładu Usług Leśnych Ł.D.?

Pismem z 16 grudnia 2024 r. Nadleśnictwo Zwoleń odpowiedziało, że w trakcie świadczenia na jego rzecz usług K.W. był zgłoszony jako pracownik Zakładu Usług Leśnych Ł.D., natomiast nie świadczył żadnych usług jako podwykonawca.

Analogicznie z pisma nadesłanego do postępowania o zamówienie publiczne pn. „Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Dobieszyn w roku

2025" wynika, że Nadleśnictwo Kozienice również nie ma wiedzy o realizacji w 2023 r. na jego rzecz prac przez przedsiębiorcę K.W. jako podwykonawca, natomiast osoba ta była zgłoszonym przez przedsiębiorcę Ł.D. operatorem maszyn leśnych i pilarzem.

Pismem z 30 grudnia 2024 r. Zamawiający w trybie art. 128 ust. 4 pzp wezwał K.W. do wyjaśnień w odniesieniu do rozbieżności pomiędzy stanem rzeczy wynikającym ze złożonego wykazu i referencji w zakresie poz. 2) i 3) a następująco opisanymi ustaleniami poczynionymi w oparciu o własną wiedzę i informacje z pism od innych nadleśnictw:

*Z informacji uzyskanych od ww. Nadleśnictw wynika natomiast, że w 2023 realizował*

*Pan usługi jako:*

- *pracownik firmy: Zakład Usług Leśnych Ł.D. w Nadleśnictwie Kozienice*
- *członek konsorcjum z Zakład Usług Leśnych Ł.D. w Nadleśnictwie Daleszyce (a referencje wskazują, że są to usługi wykonane na rzecz Zakład Usług Leśnych Ł.D.)*
- *członek konsorcjum m.in. z Zakład Usług Leśnych Ł.D. w Nadleśnictwie Leżajsk (a referencje wskazują, że są to usługi wykonane na rzecz Zakład Usług Leśnych Ł.D.)*
- *członek konsorcjum m.in. z Zakład Usług Leśnych Ł.D. w Nadleśnictwie Janów Lubelski (a referencje wskazują, że są to usługi wykonane na rzecz Zakład Usług Leśnych Ł.D.)*

*a w 2024 realizował Pan usługi jako:*

- *pracownik firmy: Zakład Usług Leśnych Ł.D. w Nadleśnictwie Kozienice*
- *członek konsorcjum m.in. z Zakład Usług Leśnych Ł.D. w Nadleśnictwie Daleszyce (a referencje wskazują, że są to usługi wykonane na rzecz Zakład Usług Leśnych Ł.D.)*
- *samodzielnie w Nadleśnictwie Daleszyce, którym to doświadczeniem nie wykazuje się Pan w przedmiotowym postępowaniu*
- *pracownik firmy: Zakład Usług Leśnych Ł.D. w Nadleśnictwie Zwoleń*

Zamawiający podkreślił, że wyjaśnienie powyższych wątpliwości ma znaczenie w kontekście zarówno podmiotu uprawnionego do wystawienia referencji (jeżeli usługi wykonywane były w ramach konsorcjum, powinny być one wystawione przez poszczególne nadleśnictwa), jak i wymaganiem SWZ, aby informacje w wykazie dotyczyły usług, w których wykonawca bezpośrednio uczestniczył.

Z podsumowania wyjaśnień z 7 stycznia 2025 r. K.W. wynika, że jako przedsiębiorca wykonał on łącznie w charakterze członka konsorcjum lub podwykonawcy Zakładu Usług Leśnych Ł.D. prace z zakresu zagospodarowania lasu, pozyskania i zrywki drewna o wartości brutto: ad poz. 1) wykazu – 1.518.709,30 zł, ad poz. 2) wykazu – 486.107,36 zł. Na potwierdzenie tych faktów załączył uzyskane od przedsiębiorcy Ł.D.: po pierwsze – pismo z 3 stycznia 2025 r., w którym ten oświadczył, że koryguje referencje do tych kwot właśnie, po drugie – załącza dokumenty księgowo dotyczące obrotów w 2023 r. i 2024 r. z K.W. jako przedsiębiorcą. Przy czym wszystkie wystawione z tego tytułu faktury VAT zostały zgłoszone do Urzędu Skarbowego w jednolitych plikach płatniczych oraz został odprowadzony podatek VAT i dochodowy.

Wykonawca wyjaśnił ponadto, że korekta wartości wynika z szerszej analizy dokumentów po otrzymaniu wezwania.

Przy czym wynagrodzenie z tytułu podwykonawstwa było fakturowane,

Pismem z 10 stycznia 2025 r. Zamawiający w trybie art. 128 ust. 4 pzp ponownie wezwał K.W. do wyjaśnienia wątpliwości, tym razem powziętych w związku ze wskazywaniem przez niego wykonywania jako podwykonawca prac na terenie nadleśnictw Kozienice i Zwoleń, pomimo że w ogóle nie został zgłoszony w tym charakterze w trybie przewidzianym w umowach w sprawie tych zamówień publicznych.

Według wyjaśnień z 14 stycznia 2025 r. K.W., pozostając w dobrej wierze, pracował na rzecz przedsiębiorcy Ł.D. jako, po pierwsze – pracownik (operator maszyn leśnych, pilarz i osoba posiadająca uprawnienia chemiczne) na ¼ etatu, a po drugie, po przekroczeniu umówionego wymiaru pracy – przedsiębiorca podwykonawca.

Po przeprowadzeniu w powyższym zakresie badania Zamawiający pozytywnie zweryfikował spełnianie przez przedsiębiorcę K.W. obowiązującego dla pakietu nr 4 warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia. Wobec tego na Odwołujących, jako wywodzących skutek w postaci odrzucenia wybranej oferty (względnie konieczność ponownego jej badania), spoczywał na mocy art. 534 ust. 1 ustawy pzp ciężar wykazania, że Zamawiający nie miał ku temu podstaw faktycznych.

Zdaniem Odwołujących wykazane zostało doświadczenie na kwotę 1.464.087,91 zł, która dotyczy usług wykonywanych przez przedsiębiorcę Karola Woźniaka samodzielnie na rzecz Nadleśnictwa Radom (803.372,15 zł) lub jako członek konsorcjum (z przedsiębiorcą Ł.D.) na rzecz Nadleśnictwa Janów Lubelski (611.724,56 zł) i Nadleśnictwa Leżajsk (48.991,20 zł), czyli zakresu wprost potwierdzonego przez tych zamawiających. Przy czym alternatywnie Odwołujący dopuszczają, aby Zamawiający zwrócił się do przedsiębiorcy Ł.D. o wyjaśnienie, jakie konkretnie prace, na rzecz jakich nadleśnictw i o jakiej wartości realizował jako przedsiębiorca K.W. [por. 2 i 3 akapit na str. 13 odwołania].

Jednakże nie wiadomo, czemu miałyby to służyć w sytuacji, gdy w ramach pisma z 3 stycznia 2025 r., o którym była mowa powyżej, przedsiębiorca Ł.D. co do zasady podtrzymał uprzednio wystawione referencje, dokonując jedynie korekty wartości usług wykonanych przez przedsiębiorcę K.W.. Dodatkowo Przystępujący złożył na rozprawie pakiet faktur potwierdzających obroty pomiędzy tymi przedsiębiorcami w latach 2023-2024, czyli potwierdził to, co uprzednio wykazywał Zamawiającemu [zob. dowody oznaczone ręcznie w prawym górnym rogu P1 i P2].

W tym stanie rzeczy niczego nowego nie wnosili do sprawy zgłoszone w odwołaniu wnioski dowodowe [zob. pkt 1-17 na str. 5-7 odwołania], gdyż dotyczą dokumentów odzwierciedlających zrelacjonowany powyżej przebieg badania przez Zamawiającego spełniania warunku. W szczególności, wbrew zgłoszonej tezie, ostatnie chronologicznie wezwanie i wyjaśnienia nie mogą potwierdzać niespełniania przez przedsiębiorcę K.W. warunku udziału dotyczącego doświadczenia. Zwłaszcza przy braku sprecyzowania, w jaki sposób miałyby to wynikać z treści tych dokumentów, z których pierwszy formuluje określone wątpliwości, a drugi je musiał rozwiać, skoro Zamawiający dokonał takiego wyboru najkorzystniejszej oferty.

Poza tym uzasadnienie odwołania ogranicza się do twierdzeń, jakoby K.W.:

- 1) jako przedsiębiorca nie mógł być podwykonawcą, bo nie został zgłoszony w tym charakterze, niepopartego choćby argumentacją,
- 2) zgłosił na poczet spełniania warunku zakres prac wykonanych w ramach stosunku pracy, podczas gdy nic takiego nie wynika z omówionej powyżej dokumentacji postępowania,
- 3) zgłosił na poczet spełniania warunku zakres prac wykonanych przez całe konsorcjum, co również nie znajduje potwierdzenia w tych dokumentach.

Reasumując, Odwołujący nie sprostali spoczywającemu na nich ciężarowi dowodu.

Przedmiotem tego zamówienia są usługi z zakresu gospodarki leśnej, zgodnie z ich określeniem w art. 6 ust. 1 pkt 1 Ustawy z dnia 28 września 1991 r. o lasach (t.j. Dz.U. z 2024 r. poz. 530), obejmujące prace z zakresu hodowli i ochrony lasu, ochrony przeciwpożarowej, pozyskania i zrywki drewna, turystycznego zagospodarowania lasu oraz szkółkarstwa nasiennictwa oraz selekcji do wykonania w 2025 r. na terenie Nadleśnictwa Kozienice, w przypadku części (pakietu) nr 4 na terenie leśnictw Karpówka, Podgóry i Jaśce. Zakres rzeczowo-ilościowy przedmiotu zamówienia wynika z dokumentów składających się na załącznik nr 2 do SWZ: Załącznik nr 2.1 – planowany rozmiar prac, Załącznik nr 2.2 – szczegółowy rozmiar prac według grup czynności, czynności i lokalizacji, Załącznik nr 2.3.1 – charakterystyka leśnictwa w zakresie pozyskania drewna, Załącznik nr 2.3.2 – układ asortymentowy pozyskania drewna w leśnictwie, Załącznik nr 2.3.3 – zestawienie odległości i warunków zrywki drewna, Załącznik nr 2.3.4 – zestawienie pozycji z dodatkowymi utrudnieniami w zakresie pozyskania i zrywki, Załącznik nr 2.3.5 – zestawienie pozycji nieudostępionych dla pozyskania maszynowego, Załącznik nr 2.3.6 – informacja o optymalnej technologii pozyskania drewna (potencjał), Załącznik nr 2.3.7 – optymalny wariant pozyskania drewna, Załącznik nr 2.4.1 – potencjalne lokalizacje dla pielęgnacji upraw leśnych. Z kolei Szacunkowy zakres rzeczowo-ilościowy z Załącznika nr 2.1 został odzwierciedlony w Załączniku nr 1 do SWZ – Formularzu ofertowym, gdzie w łącznie 51 pozycjach wyszczególniono na potrzebny wyceny odrębnie każdą z czynności, przy czym zostały one następująco pogrupowane: Cięcia zupełne rębne (poz. 1), Pozostałe cięcia rębne (poz. 2), Trzebieże późne i cięcia sanitarно-selekcyjne (poz. 3), Trzebieże wczesne i czyszczenia późne z pozyskaniem masy, cięcia przygodne w trzebieżach wczesnych (poz. 4), Cięcia przygodne i pozostałe (poz. 5-51) [zob. pkt 3.1 ppkt 1)-3) i 7) rozdziału 3 SWZ Opis przedmiotu zamówienia oraz załącznik nr 1 i 2.1 do SWZ].

Standardy jakościowe odnoszące się do wszystkich istotnych cech przedmiotu zamówienia określa Załącznik nr 3 do SWZ, na który składają się: Załącznik nr 3.1 „Opis standardu technologii wykonawstwa prac leśnych” (przyjęty decyzją nr 45 Dyrektora Generalnego Lasów Państwowych z dnia 23 maja 2024 r.), zawierający szczegółowy opis standardu technologii wykonywania poszczególnych prac leśnych stanowiący podstawę określenia wymagań jakościowych odnoszących się do czynności objętych zakresem przedmiotu zamówienia (według Załącznika nr 2 do SWZ) elementów składających, oraz Załącznik nr 3.2 Tabela parametrów, zawierający szczegółowe informacje dotyczące sposobu realizacji niektórych spośród czynności opisanych w poprzednim załączniku [zob. pkt 3.1 ppkt 4) rozdziału 3 SWZ Opis przedmiotu zamówienia].

Pismem z 27 listopada 2024 r. Konsorcjum, które po zapoznaniu się z formularzem oferty przedsiębiorcy K.W. doszło do wniosku, że ceny jednostkowe dla 11 czynności (lp. 11, 12, 23, 27, 28, 29, 30, 33, 34, 38 i 42) odbiegają od cen szacunkowych i wskazywanych przez innych przedsiębiorców (co ma wskazywać na ich realizację poniżej kosztów świadczenia), zwróciło się do Zamawiającego o zbadanie, czy oferta ta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Przy czym Konsorcjum skonstatowało, że wynosząca 3.461.478, 20 zł jest niższa o 9,54% od kwoty 2.721.145.,63 zł (ubruttowanej) oszacowania.

Zamawiający pismem z 29 listopada 2024 r. wezwał co prawda Wykonawcę z powołaniem się na art. 224 ust. 1 ustawy pzp do wyjaśnienia, jak to określił, „w zakresie wyliczenia istotnych składowych za realizację przedmiotu zamówienia”, ale jako taką istotną część składową wskazał zaledwie jedną cenę (wartość), tj. lp. 28 Wykasanie chwastów w uprawach i usuwanie zbędnych nalotów – stopień trudności V i VI, gdyż jej wycena na 32 tys. zł odbiega o więcej niż 30% od oszacowania na 65.666.40 zł, co wzbudziło wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania tej czynności zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia.

W określonym przez Zamawiającego terminie, pismem z 5 listopada 2024 r. przedsiębiorca K.W. złożył wyjaśnienia, które Zamawiający zweryfikował pozytywnie z uwagi na podniesione w nich okoliczności, jak to podał w odpowiedzi na odwołanie [pisownia oryginalna, zob. str. 5-6]:

a) *osobiste zaangażowanie Wykonawcy, które pozwala w znaczny sposób ograniczyć koszty wykonania ww. prac, a tym samym pozwala na wygenerowanie rezerwy na pokrycie dodatkowych, w tym nieprzewidzianych prac,*

b) *wykonanie przedmiotowych prac dodatkowo przez zespół 4 pracowników, którzy są zatrudnieni za minimalnym wynagrodzeniem za pracę na podstawie umów o pracę, zgodnie z przepisami prawa pracy i ubezpieczenia społecznego. W tym miejscu należy wskazać, że stawka godzinowa w ramach stosunku pracy z uwagi na minimalne wynagrodzenie za pracę w wysokości 4666 zł różni się od minimalnej stawki godzinowej. W celu obliczenia minimalnej stawki godzinowej w ramach stosunku pracy trzeba podzielić płacę minimalną przez liczbę godzin pracy w danym miesiącu. Przykładowo: w maju 2025 r. stawka godzinowa wyniesie 29,16 zł brutto (4666 zł/ 160 h) w czerwcu 2025 r. wyniesie 29,16 zł brutto (4666 zł / 160 h), w lipcu 2025 r. stawka godzinowa będzie wynosić 25,36 zł (4666 zł/184 h), w sierpniu 2025 r. stawka godzinowa wyniesie 29,16 zł brutto (4666 zł/ 160 h), we wrześniu 2025 r. stawka godzinowa wyniesie 26,51 zł brutto (4666 zł / 176 h). Wskazane powyżej miesiące są o tyle istotne albowiem to właśnie w tych miesiącach będą wykonywane prace „Wykasanie chwastów w uprawach i usuwanie zbędnych nalotów – stopień trudności V i VI”.*

*Tym samym przyjmując założenie przyjęte przez Odwołującego, że zatrudnienie 4 pracowników do pomocy w oparciu o umowę o pracę wyniesie 30,50 złotych brutto na godzinę jest założeniem błędnym, ewentualnie oznaczałoby przyjęcie, że na każdej godzinie pracy Przystępujący zyskuje rezerwę.*

*Ponadto prace wykonywane ręcznie mogą być wykonywane samodzielnie przez samego Przystępującego, co do którego nie mają zastosowania minimalne wynagrodzenie za prace oraz minimalne stawki godzinowe.*

c) *Przystępujący wyjaśnia skrócenie czasu realizacji prac oraz ograniczenie kosztów paliwa i materiałów eksploatacyjnych poprzez zastosowanie urządzeń o wysokiej wydajności oraz dysponowanie doświadczonym zespołem czterech pracowników, którzy posiadają wieloletnią praktykę w tego typu pracach, co sprzyja sprawnemu wykonywaniu zadań. Powyższe wyjaśnienia są dla Zamawiającego wiarygodne albowiem zaoferowana cena nie odbiega w sposób znaczący od cen za, które wykonywane były analogiczne prace w latach ubiegłych.*

d) *ceny czynności z pozycji nr 28 kosztorysu ofertowego o kodzie czynności KOSZ UC „Wykasanie chwastów w uprawach i usuwanie zbędnych nalotów – stopień trudności V i VI” stanowi 2,61 % wartości prac całego kosztorysu. W ocenie Zamawiającego ocena wyjaśnień Przystępującego powinna uwzględniać ww. okoliczność, albowiem bagatelna kwota ww. prac pozwala na wygenerowanie rezerw i zysku, które pozwolą na wykonanie prac nawet przy wystąpieniu nieprzewidzianych okoliczności takich jak awarie i inne zdarzenia losowe.*

Dodać należy, że określenie przez Zamawiającego wyceny tej jednej pozycji jako istotnej części składowej ceny oferty nie przesądza, czy ma ona taki charakter, co oznacza, że Odwołujący na zasadzie wspomnianego art. 534 ust. 1 ustawy pzp powinien to wykazać, czego jednak zaniechał. Zamiast tego w uzasadnieniu odwołania zakwestionował wycenę dziewięciu innych pozycji, co nie mogło mieć żadnego znaczenia dla niniejszej sprawy, gdyż odwołanie nie zawiera zarzutu dotyczącego zaniechania przez Zamawiającego wezwania do wyjaśnienia tych cen, a bez tego domaganie się odrzucenia wybranej oferty jest co najmniej oczywiście przedwczesne, a na chwilę orzekania spóźnione [por. oba pkt 3) na str. 3 i 4 oraz str.17-18 odwołania].

Niezależnie od powyższego przedstawiony dla uzasadnienia zarzutu i żądania nr 3 wywód nie dowodzi, że Zamawiający nie miał podstaw faktycznych dla powyższej oceny wyjaśnień jako uzasadniających wycenę czynności z lp. 28 formularza oferty, również z tego względu, że punktem wyjścia dla obliczeń jest „Katalog norm czasu dla prac wykonywanych w zagospodarowaniu lasu” (stanowiący załącznik do Zarządzenia nr 15 Dyrektora Generalnego Lasów Państwowych z dnia 24 stycznia 2023 r.) [zob. str.13-16 odwołania]. Tymczasem Odwołujący nie wykazał ani prawnych,

ani faktycznych podstaw do przyjęcia przewidzianych w tym katalogu norm pracochłonności jako wiążących przy wykonaniu tego zamówienia. Na coś przeciwnego wskazuje natomiast wskazany już powyżej Załącznik nr 3.1 „Opis standardu technologii wykonawstwa prac leśnych”, w którym opis standardu technologii prac objętych czynnościami koszenia (lp. 122-123) nie określa wymaganego nakładu pracy, w tym nie odsyła w tym zakresie do katalogu [por. str. 74-75]. Nie czyni tego również żadne z postanowień zamieszczonych w §7 „Obowiązki Wykonawcy w zakresie technologii realizacji Przedmiotu Umowy” Wzoru umowy w sprawie tego zamówienia [por. str. 10-11 Załącznika nr 12 do SWZ]. W tym stanie rzeczy niczego nie wnosi do sprawy zgłoszony w odwołaniu wniosek dowodowy w postaci wyciągu z „Katalogu norm czasu...” [zob. pkt 1-17 na str. 5-7 odwołania].

#### **Izba zważyła, co następuje:**

Normy prawne wynikające z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b-c ustawy pzp nakazują zamawiającemu odrzucenie oferty, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu lub takiego, który nie złożył w przewidzianym terminie m.in. podmiotowego środka dowodowego potwierdzającego spełnianie warunku udziału w postępowaniu. Przy czym skoro na wykonawcy spoczywa ciężar udowodnienia spełniania warunków udziału w postępowaniu za pomocą określonych środków dowodowych, również w przypadku niepodołania temu formalnemu obowiązkowi, wykonawcę należy uznać za niespełniającego tych warunków. Innymi słowy zamawiający ma uprawnienie i obowiązek wykluczenia z postępowania wykonawcy, gdy stwierdzi, że treść złożonego środka dowodowego nie potwierdza spełnienia tych warunków. Nie ma przy tym znaczenia, czy wykonawca obiektywnie rzecz biorąc mógłby spełnić te warunki, gdyby złożył inne czy inaczej sformułowane dokumenty i oświadczenia.

Zarzut podniesiony w odwołaniu, który dotyczył jedynie naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy pzp, nie potwierdził się. W sytuacji gdy nie zostało skutecznie podważone wykazanie spełniania warunku udziału w postępowaniu za bezzasadny należy również uznać zarzut ewentualny naruszenia art. 128 ust. 4 ustawy pzp, gdyż nie ma czego wyjaśniać. Odwołujący nie może zwolnić się ze spoczywającego na nim ciężaru dowodu domaganiem się wezwania Przystępującego do wyjaśnień przez Zamawiającego.

Zgodnie z art. 224 ust. 1 pzp 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.

Przy czym według art. 224 ust. 2 pzp 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.

Art. 224 ust. 3 pzp stanowi, że wyjaśnienia, o których mowa w ust. 1, mogą dotyczyć w szczególności: 1) zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy; 2) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych; 3) oryginalności dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę; 4) zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie; 5) zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej; 6) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie; 7) zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska; 8) wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Przy czym według art. 224 ust. 4 pzp w przypadku zamówień na roboty budowlane lub usługi zamawiający jest obowiązany żądać wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, co najmniej w zakresie określonym w ust. 3 pkt 4 i 6.

Według art. 224 ust. 5 pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

Art. 224 ust. 6 pzp stanowi, że 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. Z kolei zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8 pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Ponadto na mocy art. 537 pkt 1 pzp ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Ponieważ Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) {dalej: „popzp”} zawierała zbliżone uregulowania, w przeważającej mierze zachowuje aktualność dorobek doktryny i orzecznictwa wypracowany na tle stosowania poprzednio obowiązujących przepisów.

Należy rozważyć, co oznacza termin „rażąco niska cena”. Jak trafnie wskazano w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z 28 kwietnia 2008 r. sygn. akt XIX Ga 128/08 przepisy ustawy pzp nie określają definicji pojęcia rażąco niskiej ceny. Punktem odniesienia do jej określenia jest przedmiot zamówienia i przyjęć można, że cena rażąco niska to taka, która jest nierealistyczna, niewiarygodna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień i ewentualnie innych ofert złożonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Przy braku takiej legalnej definicji „rażąco niskiej ceny” orzecznictwo sądów okręgowych oraz Krajowej Izby Odwoławczej, a wcześniej orzecznictwo arbitrażowe, wypracowało pewne cząstkowe lub opisowe rozumienie tego pojęcia. I tak w uzasadnieniu w wyroku Izby z 28 marca 2013 r. sygn. akt KIO 592/13 zauważono, że o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Ponadto w wyroku z 4 sierpnia 2011 r. sygn. akt KIO 1562/11 wskazano, że cena rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego wartości, a rzeczona różnica nie będzie uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi danemu wykonawcy, bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, zamówienie to wykonać. W podsumowaniu stwierdzono, że cena rażąco niska jest ceną nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową, tzn. generalnie niewystępującą na rynku, na którym ceny wyznaczone są m.in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających. Podobnie według powszechnie przywoływanej w doktrynie i orzecznictwie definicji zawartej w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z 30 stycznia 2007 r. sygn. akt XIX Ga 3/07 o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych. Przykładem może być oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia albo oferowanie usług za symboliczną kwotę. Natomiast Sąd Okręgowy w Krakowie w uzasadnieniu wyroku z 23 kwietnia 2009 r. sygn. akt XII Ga 88/09 wskazał następujące kryteria określające cenę rażąco niską: odbieganie całkowitej ceny oferty od cen obowiązujących na danym rynku w taki sposób, że nie ma możliwości realizacji zamówienia przy założeniu osiągnięcia zysku; zaoferowanie ceny, której realizacja nie pozwala na utrzymanie rentowności wykonawcy na tym zadaniu; niewiarygodność ceny z powodu oderwania jej od realiów rynkowych.

Ponadto w opinii prawnej Urzędu Zamówień Publicznych {dalej: „UZP”} dotyczącej ceny rażąco niskiej (opublikowanej w serwisie internetowym UZP) zbieżnie z powyższym wskazano, m.in., że ustawa pzp wprowadzając możliwość odrzucenia oferty przez zamawiającego z powodu rażąco niskiej ceny, nie precyzuje jednak tego pojęcia. Nie definiują go również przepisy dyrektyw Unii Europejskiej będące u podstaw przedmiotowej regulacji. Znaczenia tego wyrażenia nie wyjaśnia również orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości. Mając na względzie cel przedmiotowej regulacji wydaje się, iż za ofertę z rażąco niską ceną można uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Oznacza to cenę znacząco odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy, robót budowlanych.

Pomimo generalnej adekwatności powyższych definicji, występowanie w nich, po pierwsze – nieostrych terminów definiujących (takich jak „nierealistyczność”, „niewiarygodność”, „nieadekwatność”, „znaczące odbieganie” etc.), po drugie – terminów niewyraźnych (takich jak „nieopłacalność”, „koszt wytworzenia”, „rentowność na zadaniu”), powoduje, że mają one ograniczoną przydatność przy rozstrzyganiu konkretnych przypadków wystąpienia rażąco niskiej ceny. W szczególności powyższe definicje nie wyjaśniają, jakiego rodzaju koszty przedsiębiorstwa ma pokrywać cena ofertowa ani nie wskazują do jakich wskaźników lub progów rentowności postulat opłacalności ceny się odnosi (np. w jakim stopniu zaoferowana cena ma wpływać na wynik finansowy całej jednostki lub jej inne wskaźniki ekonomiczne, chociażby wskaźniki płynności finansowej). Wydaje się, że co do zasady rażąco niską będzie cena niepokrywająca średniego jednostkowego kosztu zmiennego wykonania, czyli pogarszająca wynik finansowy przedsiębiorstwa. Zawsze jednak konieczne jest, aby cena oferty była rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, a dokładniej – jak wynika z przywołanych powyżej wypowiedzi orzecznictwa i opinii UZP – jego wartości rynkowej. W konsekwencji wartość rynkowa przedmiotu zamówienia, obejmująca jego pełny zakres i wszystkie konieczne do jego wykonania nakłady kosztowe,

ustalana przez porównanie cen występujących w danej branży dla określonego asortymentu, stanowić będzie punkt odniesienia dla ceny rażąco niskiej.

Z art. 224 ust. 6 ustawy pzp wynika norma prawna, zgodnie z którą, jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny (hipoteza), oferta ta podlega odrzuceniu jako oferta z rażąco niską ceną (dyspozycja). Obecnie obowiązująca regulacja odzwierciedla interpretację poprzednio obowiązującego art. 90 ust. 3 popzp, który literalnie stanowił, że zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Oczywiście było bowiem, że za takie „potwierdzenie”, które niezwykle rzadko wprost wynika ze złożonych wyjaśnień wraz z dowodami, należy również poczytać sytuację, gdy nie potwierdzają one, że cena oferty nie jest rażąco niska. *De lege lata* nie może być zatem wątpliwości, że niewykazanie przez wezwanego do wyjaśnień wykonawcę, że cena jego oferty nie jest rażąco niska mieści się w zakresie hipotezy normy prawnej dotyczącej oferty zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, którą w takiej sytuacji, zgodnie z dyspozycją tej normy, zamawiający obowiązany jest odrzucić (art. 226 ust. 1 pkt 8 pzp).

Przy czym – jak już powyżej wspomniano – według normy art. 537 pkt 1 pzp (art. 190 ust. 1a popzp) ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego. Jednocześnie z art. 224 ust. 5 pzp (art. 90 ust. 2 popzp) wynika, że obowiązek ten spoczywa na wykonawcy już na etapie składania wyjaśnień zamawiającemu. Oznacza to, że w toku postępowania odwoławczego Izba bada prawidłowość dokonanej przez zamawiającego oceny złożonych mu wyjaśnień i dowodów, a dodatkowe okoliczności i dowody zgłoszone na ich potwierdzenie przez przystępującego co do zasady nie mogą być brane pod uwagę w tym kontekście.

Należy przy tym podkreślić, że nawet przed obarczeniem wykonawcy wezwanego w trybie art. 224 ust. 1 pzp (90 ust. 1 popzp) obowiązkiem uregulowanym aktualnie wprost w art. 224 ust. 5 pzp (art. 90 ust. 2 popzp), konsekwentnie wskazywano w orzecznictwie, że dla zakwalifikowania oferty do dalszego postępowania nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień odpowiednio umotywowanych, przekonujących, że zaproponowana oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny [por. uzasadnienia wyroków Sądu Okręgowego w Warszawie wydanych: 5 stycznia 2007 r. sygn. akt V Ca 2214/06, 13 lutego 2014 r. sygn. akt V Ca 3765/13 (dotyczył wyroku Izby z 22 października 2013 r. sygn. akt KIO 2354/13) oraz 17 lutego 2014 r. sygn. akt V Ca 3547/13 (dotyczył wyroku Izby z 7 października 2013 r. sygn. akt: KIO 2216/13, KIO 2221/13)]. Jak trafnie wskazał Sąd Okręgowy w Warszawie w uzasadnieniu wyroku z 8 czerwca 2006 r. sygn. akt V Ca 459/06, postępowanie wyjaśniające ma utwierdzić zamawiającego, że dokonana przez niego wstępna ocena oferty jest prawidłowa lub nie. Jeśli lektura wyjaśnień pozostawia istotne wątpliwości co do tego, że wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę wskazaną w ofercie jest możliwe, zamawiający jest zobowiązany do odrzucenia oferty.

Z kolei według art. 513 pkt 1 i 2 pzp (art. 180 ust. 1 popzp) odwołanie przysługuje na niezgodną z przepisami ustawy czynność lub zaniechanie czynności, do której zamawiający był obowiązany na podstawie ustawy. Stąd dla skutecznego zakwestionowania wyboru oferty przystępującego po udzieleniu przez niego wyjaśnień dotyczących ceny jego oferty, konieczne a zarazem wystarczające jest wykazanie, że zamawiający nieprawidłowo ocenił te wyjaśnienia. W konsekwencji również Izba zobligowana jest wyłącznie do zbadania, czy wyjaśnienia, które zostały złożone zamawiającemu przez wezwanego wykonawcę, uzasadniły należycie cenę jego oferty.

Reasumując, z przywołanych powyżej przepisów wynika, że w toku postępowania odwoławczego nie można już uzupełnić uprzednio złożonych wyjaśnień o nowe okoliczności uzasadniające cenę oferty oraz zgłosić na ich poparcie dowodów, gdyż kognicja Izby ogranicza się do zbadania w kontekście zarzutów odwołania, czy wyjaśnienia złożone zamawiającemu zostały przez niego prawidłowo ocenione.

Jednakże kluczowe znaczenie w tej sprawie ma to, że zgodnie z art. 555 ustawy pzp (art. 192 ust. 7 popzp) Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Stąd niezależnie od wskazanego w odwołaniu przepisu, którego naruszenie jest zarzucane zamawiającemu, Izba jest uprawniona do oceny prawidłowości zachowania zamawiającego (podjętych lub zaniechanych czynności) jedynie przez pryzmat sprecyzowanych w odwołaniu dla uzasadnienia jego wniesienia okoliczności, przede wszystkim faktycznych, a także, choć w mniejszym stopniu, prawnych. Okoliczności te mają decydujące znaczenie dla ustalenia granic kognicji Izby przy rozpoznaniu sprawy, gdyż konstytuują zarzut podlegający rozpoznaniu. Taka interpretacja tej normy prawnej jest zgodna z linią orzecniczą konsekwentnie prezentowaną przez Krajową Izbę Odwoławczą i została potwierdzona w orzecznictwie sądów okręgowych, w szczególności w uzasadnieniu wyroku z 25 maja 2012 r. sygn. akt XII Ga 92/12 Sąd Okręgowy w Gdańsku trafnie wywiódł, że Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, przy czym stawianego przez wykonawcę zarzutu nie należy rozpoznawać wyłącznie pod kątem wskazanego przepisu prawa, ale również jako wskazane okoliczności faktyczne, które podważają prawidłowość czynności zamawiającego i mają wpływ na sytuację wykonawcy.

Z kolei aktualnie Sąd Okręgowy w Warszawie jako Sąd Zamówień Publicznych rygorystycznie przestrzega

stosowania art. 555 pzp, gdyż jak wywiódł w uzasadnieniu wyroku z 18 października 2023 r. sygn. akt. XXIII Zs 77/23, postępowanie odwoławcze przed Krajową Izbą Odwoławczą nie ma charakteru całościowego postępowania kontrolnego, obejmującego ogólną prawidłowość przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przez zamawiającego, a Izba jest władna badać ściśle konkretnie te kwestie, które zostały jej poddane przez odwołującego (a następnie ewentualnie zmodyfikowane uwzględnieniem odwołania przez zamawiającego i sprzeciwem przystępującego) – i tak przedstawiony jej zakres zaskarżenia i zarzutów poddać konfrontacji z regulacją art. 554 ust 1 pkt 1 oraz art 555 ustawy pzp. Sąd z całą mocą podkreślił, że niedopuszczalne jest orzekanie przez Izbę w zakresie niespornym oraz co do zarzutów niezawartych w odwołaniu. Krajowa Izba Odwoławcza nie jest bowiem uprawniona do dowolnego zakresu rozpoznania odwołania (ustalenia substratu zaskarżenia), gdyż w systemie środków ochrony prawnej na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych dysponentem odwołania jest odwołujący, a także zamawiający (uznając bądź nie zarzuty odwołania) oraz jego uczestnicy (korzystając z prawa do wniesienia sprzeciwu). Stąd zarówno orzekanie przez Izbę w zakresie nieobjętym sprzeciwem (a zatem w zakresie niespornym), jak i co do zarzutów niezawartych w odwołaniu jest niedopuszczalne.

W konsekwencji odwołanie od zaniechania odrzucenia oferty jako zawierającej rażąco niską cenę, która była przedmiotem badania pod tym względem, o ile może ograniczać się do kwestionowania zaakceptowania przez zamawiającego złożonych mu przez wezwanego wykonawcę wyjaśnień wraz z dowodami, o tyle wymaga skonkretyzowania okoliczności faktycznych, które wskazują na to, że czynność ta była nieprawidłowa. Innymi słowy w takim układzie procesowym treścią zarzutu podlegającego rozpoznaniu przez Izbę są sprecyzowane w odwołaniu zastrzeżenia co do treści złożonych wyjaśnień, czyli dlaczego nie uzasadniają one możliwości wykonania przedmiotu zamówienia za cenę wskazaną w ofercie. W rozpoznawanej sprawie, jak to ustalono powyżej z wielu powodów Odwołujący nie sprostał temu.

Przy czym zauważyć warto, że rygor dowodowy, który ustawa pzp nakłada na wykonawcę w przypadku wezwania go do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny nie oznacza konieczności składania ściśle określonego katalogu dowodów w każdym przypadku oraz odniesienia się do wszystkich zagadnień wskazanych przykładowo w ustawie pzp. Zwrócić przy tym należy uwagę na to, że w wezwaniu Zamawiający nie domagał się przedłożenia określonych dowodów na potwierdzenie sposobu skalkulowania ceny. Z tych względów nic nie stało na przeszkodzie, aby wykonawca udowodnił brak rażąco niskiej ceny takimi dowodami, które jego zdaniem są wystarczająco uzasadniają przyjętą wycenę przedmiotu zamówienia. Tym samym Izba uznała za adekwatne również w rozpoznawanej sprawie stanowisko wyrażone uprzednio odnośnie analogicznych kwestii w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z 22 grudnia 2021 r. sygn. akt XXIII Zs 90/21.

Zarzut jakoby Zamawiający naruszył art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b w zw. z art. 116 ust. 2 ustawy pzp, gdyż zaniechał odrzucenia oferty złożonej przez Przystępującego, w sytuacji gdy zaangażowanie jego zasobów technicznych lub zawodowych w inne przedsięwzięcia gospodarcze będzie miało negatywny wpływ na realizację zamówienia, co oznacza, że nie posiada on wymaganych zdolności, a więc nie spełnia warunku, nie został w ogóle rozwinięty w uzasadnieniu odwołania, więc jest oczywiście bezzasadny.

Skoro nie potwierdził się żaden z samoistnych zarzutów odwołania, wybierając ofertę Przystępującego jako najkorzystniejszą Zamawiający nie mógł naruszyć art. 239 ust. 1 w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy pzp.

Mając powyższe na uwadze, Izba – działając na podstawie art. 553 zd. 1 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego w tej sprawie, na które złożył się uiszczony wpis od odwołania oraz uzasadnione koszty Zamawiającego w postaci wynagrodzenia pełnomocnika (potwierdzone złożoną fakturą VAT), orzeczono w pkt 2. sentencji stosownie do ustalonego wyniku sprawy, tj. na podstawie art. 557 ustawy pzp w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. poz. 2437) obciążając nimi solidarnie Odwołujących.