

WYROK
z dnia 10 lutego 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 lutego 2016 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 stycznia 2016 r. przez Odwołującego wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienia **WARMAZ Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością**, Wejsuny 2C, 12-220 Ruciane Nida (Lider), **B.S., (Usługi Leśne B.S.)**, Wiartel 27/2, 12-200 Pisz, **J.W., (PHU „Wsze-Bór” J.W.)**, Szeroki Bór 18, 12-200 Pisz, **R.S. (Zakład Usług Leśnych „SAM-LAS” R.S.)**, Wiartel 27/2, 12-200 Pisz, **E.Z (Zakład Usług Leśnych „ALFA” E.M.Z)**, ul. Jeziorna 19, 12-200 Pisz, **Z.J., J.J. („Woodmex” s.c. Z.J., J.J.)**, Wejsuny 78b, 12-200 Ruciane Nida, **T.B. (PPUH „Bater” T.B.)**, Pogobie Średnie 55, 12-200 Pisz, **Zakład Usług Leśnych „RAFIL” Spółka Jawna**, ul. Orzyska 11, 12-200 Pisz, **„BUD-LAS” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością**, Wiartel 3, 12-200 Pisz, **S.N. (Zakład Usług Leśnych „Narel” S.N.)**, Wejsuny 108, 12-200 Pisz, **G.O. (Usługi Leśne G.R.O.)**, Wiartel 25/7, 12-200 Pisz, **Z.Z (Zakład Usług Leśnych Z.Z.)**, Pl. Wolności 1, 11-730 Mikołajki, **A.B. (Zakład Usług Leśnych A.B.)**, Oko 2/2, 12-200 Ruciane Nida

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Skarb Państwa - Państwowe Gospodarstwo Leśne, Lasy Państwowe, Nadleśnictwo Maskulińskie**, ul. Rybacka 1, 12-200 Ruciane Nida

przy udziale

wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie **D.C. (Zakład Usług Leśnych „DAN-WOOD” D.C.)**, Babrosty 7A, 12-200 Pisz, **AA (PHU „ARTYSIEWCZ” AA)**, Osiedle Robotnicze 3 lok. 38, 12-250 Orzysz, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1 Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienia **WARMAZ Sp. z o.o.**, Wejsuny 2C, 12-220 Ruciane Nida (Lider), **B.S., (Usługi Leśne B.S.)**, Wiartel 27/2, 12-200 Pisz, **J.W., (PHU „Wsze-Bór” J.W.)**, Szeroki Bór 18, 12-200 Pisz, **R.S. (Zakład Usług Leśnych „SAM-LAS” R.S.)**, Wiartel 27/2, 12-200 Pisz, **E.Z (Zakład Usług Leśnych „ALFA” E.M.Z)**, ul. Jeziorna 19, 12-200 Pisz, **Z.J., J.J. („Woodmex” s.c. Z.J., J.J.)**, Wejsuny 78b, 12-200 Ruciane Nida, **T.B. (PPUH „Bater” T.B.)**, Pogobie Średnie 55, 12-200 Pisz, **Zakład Usług Leśnych „RAFIL” Sp. J.**, ul. Orzyska 11, 12-200 Pisz, **„BUD-LAS” Sp. z o.o.**, Wiartel 3, 12-200 Pisz, **S.N. (Zakład Usług Leśnych „Narel” S.N.)**, Wejsuny 108, 12-200 Pisz, **G.O. (Usługi Leśne G.R.O.)**, Wiartel 25/7, 12-200 Pisz, **Z.Z (Zakład Usług Leśnych Z.Z.)**, Pl. Wolności 1, 11-730 Mikołajki, **A.B. (Zakład Usług Leśnych A.B.)**, Oko 2/2, 12-200 Ruciane Nida i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienia **WARMAZ Sp. z o.o.**, Wejsuny 2C, 12-220 Ruciane Nida (Lider), **B.S., (Usługi Leśne B.S.)**, Wiartel 27/2, 12-200 Pisz, **J.W., (PHU „Wsze-Bór” J.W.)**, Szeroki Bór 18, 12-200 Pisz, **R.S. (Zakład Usług Leśnych „SAM-LAS” R.S.)**, Wiartel 27/2, 12-200 Pisz, **E.Z (Zakład Usług Leśnych „ALFA” E.M.Z)**, ul. Jeziorna 19, 12-200 Pisz, **Z.J., J.J. („Woodmex” s.c. Z.J., J.J.)**, Wejsuny 78b, 12-200 Ruciane Nida, **T.B. (PPUH „Bater” T.B.)**, Pogobie Średnie 55, 12-200 Pisz, **Zakład Usług Leśnych „RAFIL” Sp. J.**, ul. Orzyska 11, 12-200 Pisz, **„BUD-LAS” Sp. z o.o.**, Wiartel 3, 12-200 Pisz, **S.N. (Zakład Usług Leśnych „Narel” S.N.)**, Wejsuny 108, 12-200 Pisz, **G.O. (Usługi Leśne G.R.O.)**, Wiartel 25/7, 12-200 Pisz, **Z.Z (Zakład Usług Leśnych Z.Z.)**, Pl. Wolności 1, 11-730 Mikołajki, **A.B. (Zakład Usług Leśnych A.B.)**, Oko 2/2, 12-200 Ruciane Nida,

tytułem wpisu od odwołania.

2.2 Zasądza od Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienia WARMAZ Sp. z o.o., Wejsuny 2C, 12-220 Ruciane Nida (Lider), B.S., (Usługi Leśne B.S.), Wiartel 27/2, 12-200 Pisz, J.W., (PHU „Wsze-Bór” J.W.), Szeroki Bór 18, 12-200 Pisz, R.S. (Zakład Usług Leśnych „SAM-LAS” R.S.), Wiartel 27/2, 12-200 Pisz, E.Z. (Zakład Usług Leśnych „ALFA” E.M.Z.), ul. Jeziorna 19, 12-200 Pisz, Z.J., J.J. („Woodmex” s.c. Z.J., J.J.), Wejsuny 78b, 12-200 Ruciane Nida, T.B. (PPUH „Bater” T.B.), Pogobie Średnie 55, 12-200 Pisz, Zakład Usług Leśnych „RAFIL” Sp. J., ul. Orzyska 11, 12-200 Pisz, „BUD-LAS” Sp. z o.o., Wiartel 3, 12-200 Pisz, S.N. (Zakład Usług Leśnych „Narel” S.N.), Wejsuny 108, 12-200 Pisz, G.O. (Usługi Leśne G.R.O.),

Sygn. akt: KIO 88/16 2

Wiartel 25/7, 12-200 Pisz, Z.Z. (Zakład Usług Leśnych Z.Z.), Pl. Wolności 1, 11-730 Mikołajki, A.B. (Zakład Usług Leśnych A.B.), Oko 2/2, 12-200 Ruciane Nida na rzecz Zamawiającego - Skarbu Państwa - Państwowe Gospodarstwo Leśne, Lasy Państwowe, Nadleśnictwo Maskulińskie kwotę **3.600 zł 00 gr.** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Olsztynie.**

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Nadleśnictwo Maskulińskie w trybie przetargu nieograniczonego na *usługi leśne na terenie Nadleśnictwo Maskulińskie w latach 2016-2018* (nr postępowania: SA.270.99.2015), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich 2015/S 231-420216 w dniu 28 listopada 2015 r., wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej na pakiet nr 1, zostało wniesione w dniu 25 stycznia 2016 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie WARMAZ Sp z o.o., (Lider), B.S., (Usługi Leśne B.S.), J.W., (PHU „Wsze-Bór” J.W.), R.S. (Zakład Usług Leśnych „SAM-LAS” R.S.), E.Z. (Zakład Usług Leśnych „ALFA” E.M.Z.), Z.J., J.J. („Woodmex” s.c. Z.J., J.J.), T.B. (PPUH „Bater” T.B.), Zakład Usług Leśnych „RAFIL” Sp. J., „BUD-LAS” Sp. z o.o., S.N. (Zakład Usług Leśnych „Narel” S.N.), G.O. (Usługi Leśne G.R.O.), Z.Z. (Zakład Usług Leśnych Z.Z.), A.B. (Zakład Usług Leśnych A.B.), - dalej jako Konsorcjum (sygn. akt KIO 88/16). Zamawiający poinformował Konsorcjum Warmaz o wyniku postępowania w dni 14.01.2016 r. drogą mailową.

Sygn. akt: KIO 88/16 3

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu dokonanie z naruszeniem przepisów ustawy czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w pakiecie nr 1, tj. oferty Konsorcjum w składzie Zakład Usług Leśnych „Dan-Wood” D.C., Przedsiębiorstwo Handlowo – Usługowe „Artysiewicz” A.A. (dalej jako Konsorcjum Dan-Wood). Odwołujący zarzucił naruszenie:

- 1) Art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy przez zaniechanie wykluczenia z postępowania Konsorcjum Dan-Wood pomimo, że wykonawca nie wniósł wadium do upływu terminu składania ofert;
- 2) Art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Konsorcjum Dan-Wood pomimo niewykazania przez wykonawcę spełnienia warunków udziału w postępowaniu, opisanych w pkt 6.1.3 siwz, dotyczących dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia;
- 3) Art. 87 ust. 1 ustawy poprzez zmianę treści oferty Konsorcjum Dan-Wood w zakresie sposobu realizacji przedmiotu zamówienia i zmianie podstawy zatrudnienia osób udostępnionych przez firmę „JARZY”, co umożliwiło przyznanie punktów w ramach

- kryterium oceny „zatrudnienie na umowę o pracę” i doprowadziło do bezprawnego wyboru oferty Konsorcjum Dan-Wood, jako najkorzystniejszej;
- 4) Art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Dan-Wood mimo, że jej treść nie odpowiada treści siwz; wykonawca nie wskazał w ofercie prac jakie zamierza zlecić podwykonawcom;
 - 5) Art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Dan-Wood pomimo, że wykonawca w odpowiedzi na wezwanie do udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, nie wykazał, że złożona oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia;
 - 6) Art. 7 ustawy wynikające z działań określonych w pkt 1-4, które dowodzą nierównego traktowania wykonawców oraz nie zapewniają zachowania uczciwej konkurencji.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej na pakiet nr 1, nakazanie powtórzenia czynności oceny oferty Konsorcjum Dan-Wood z uwzględnieniem faktów, że wykonawca ten nie udowodnił, że będzie dysponował odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, nie wykazał, że złożona oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny oraz w stosunku do 12 osób wskazanych w wykazie (str. 18 oferty) nie jest możliwe uznanie, że osoby te mogą być brane pod uwagę przy ocenie oferty w kryterium „zatrudnienie na umowę o pracę”, a także z uwagi na to, że treść oferty nie

Sygn. akt: KIO 88/16 4

odpowiada siwz. Wniósł również o nakazanie Zamawiającemu dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej na pakiet nr 1, jedynej nie podlegającej odrzuceniu.

1. W uzasadnieniu zarzutu naruszenia art. 24 ust.2 pkt 2 ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia z postępowania Konsorcjum Dan-Wood pomimo, że wykonawca ten nie wniósł wadium do upływu terminu składania ofert.

Zgodnie z postanowieniami pkt 9.1 siwz, składając ofertę na Pakiet nr 1, każdy z wykonawców zobowiązany był wnieść wadium w wysokości 100.000,00 PLN. Wadium wnoszone w formie innej niż pieniężnej (w tym w formie gwarancji ubezpieczeniowej), należało złożyć w formie oryginału wraz z ofertą (por. pkt 9.7 oraz 7.2.14 ppkt 4 siwz). W myśl pkt 11.8 siwz *w treści oferty powinna być umieszczona informacja o ilości stron wszystkich składanych dokumentów*. Konsorcjum Dan-Wood w pkt 3 lit. g) formularza oferty złożyło oświadczenie następującej treści: *oferta została złożona na 34 stronach, kolejno ponumerowanych od nr 1 do nr 34 (wraz z załącznikami)*. Integralną część oferty stanowią następujące dokumenty, wymienione w literach od a) do h) (pkt 5 formularza oferty). Wśród wymienionych załączników nie została wskazana gwarancja ubezpieczeniowa.

Odwołujący wskazał na osoby, które były obecne w dniu 18.12.2015 r. o g.10:00 przy otwarciu ofert (wskazane na liście obecności). Po otwarciu oferty Konsorcjum Dan-Wood Pan D.J. zażądał okazania dokumentu potwierdzającego wniesione wadium. Po trzykrotnym sprawdzeniu zawartości oferty Pan K.Ł. (przedstawiciel Zamawiającego) oświadczył, że gwarancji wadialnej w ofercie nie ma. Został poproszony o sprawdzenie, czy wadium zostało wniesione w formie pieniężnej. W odpowiedzi Pan Ł. oświadczył, że nie ma żadnego dokumentu potwierdzającego wniesienie wadium. Przytoczone fakty Odwołujący dowodzi na podstawie oświadczeń osób uczestniczących w sesji otwarcia ofert.

Podczas otwarcia ofert Pan D.J. wystąpił o umożliwienie natychmiastowego wykonania kserokopii oferty, co spotkało się z odmową członków komisji przetargowej, a wniosek w tej sprawie został przez Zamawiającego rozpatrzony dopiero w dniu 21 stycznia 2016r.

Odwołujący otrzymał kserokopię oferty wraz z dołączonymi na jej końcu dwoma stronami gwarancji ubezpieczeniowej wadialnej nr 02GG25/0230/15/0007. Okoliczności te, zdaniem Odwołującego wskazują, iż nastąpiło uzupełnienie oferty o gwarancję wadialną po upływie terminu składania ofert. Działanie takie stanowi rażące naruszenie art. 45 ust. 3 ustawy.

2. Zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Konsorcjum Dan-Wood, pomimo niewykazania przez wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu opisanych w pkt. 6.1.3 siwz,

Sygn. akt: KIO 88/16 5

dotyczących dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia.

Odwołujący przywołał postanowienia siwz z pkt 6.1.3.1 (potencjał techniczny) oraz 6.1.3.2 (osoby zdolne do wykonania zamówienia), opisujące wymagania dotyczące ilości oraz rodzaju maszyn, jakimi dysponować ma wykonawca, uzależnione od ilości części zamówienia, na jakie składana jest oferta (potencjał techniczny), oraz ilości osób odpowiedzialnych za kontrolę jakości oraz przeszkolonych do pracy z pilarką również uzależnione od ilości części zamówienia na jakie wykonawca składa ofertę (osoby zdolne do wykonania zamówienia). Zamawiający zobowiązał do złożenia wraz z ofertą pisemnego zobowiązania podmiotów trzecich do oddania wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia, *w przypadku gdy wykonawca polega na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia, zdolnościach finansowych lub ekonomicznych innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp*, a także wyraźnie zażądał dokumentów dotyczących w szczególności zakresu dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu, sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu przez wykonawcę przy wykonaniu zamówienia, charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem, zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia (pkt 7.2.14 ppkt 5, 7.2.5 siwz).

W ofercie Konsorcjum Dan-Wood przedstawiło potencjał podmiotu trzeciego K.J., wraz z jego pisemnym zobowiązaniem do oddania potencjału technicznego oraz osób zdolnych do wykonania zamówienia wykonawcy (str. 19 i 22 oferty). Zamawiający wezwał wykonawcę do uzupełnienia dokumentów, z których wynikałyby informacje o charakterze stosunku, jaki będzie łączył podmioty oraz zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia. W odpowiedzi na to wezwanie Konsorcjum Dan-Wood przedłożyło nowe zobowiązania podmiotu trzeciego z identyczną datą, co załączone do oferty, różniące się w treści dodanym na końcu akapitem *Jednocześnie określám, że z wykonawcą będzie mnie łączyć umowa cywilno prawna na podstawie której będę wykonywał usługi jako podwykonawca*. Konsorcjum Dan-Wood w wyjaśnieniach z dnia 08.01.2016 r. oświadczyło, że z firmą K.J. Zakład Usług Leśnych „JARZY”, na którego zasoby wykonawca powołuje się na zasadach określonych w art. 26 ust 2b ustawy Pzp, łączyć mnie będzie umowa cywilno prawna na podstawie której firma „JARZY” wykonywać będzie usługi jako podwykonawca. W ocenie Odwołującego, ustalenia co do sposobu wykonania zamówienia przez zaangażowanie podmiotu trzeciego, jako podwykonawcy nastąpiło po upływie terminu składania ofert. Tymczasem zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, złożone na wezwanie dokumenty i oświadczenia winny potwierdzać spełnianie warunków udziału w postępowaniu

Sygn. akt: KIO 88/16 6

nie później niż w dniu, w którym upływa termin składania ofert. W ofercie Konsorcjum Dan-Wood w pkt 3 i) i 4 formularza ofertowego oświadczyło, że nie zamierza zaangażować do realizacji zamówienia żadnego podwykonawcy. Wątpliwym było, aby wykonawca dysponował dwoma pisemnymi zobowiązaniami podmiotu trzeciego, a na treść zobowiązań uzupełnionych miało wpływ wezwanie Zamawiającego, który zasugerował wykonawcy przedstawienie podmiotu udostępniającego zasoby jako podwykonawcy. Zasadniczo, w ocenie Odwołujące, zarówno zobowiązania złożone w ofercie, jak i uzupełnione w dacie 12.01.2016 r., nie czyniły zadość wymaganiom siwz określonym w pkt 7.2.5 ppkt 2, a więc nie mogły być uznane przez Zamawiającego, jako dowody na dysponowanie przez Konsorcjum Dan-Wood potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Zobowiązanie dotyczące potencjału technicznego nie określa charakteru prawnego, jaki będzie łączył wykonawcę z podmiotem trzecim (nie precyzuje charakteru umowy cywilno prawnej, jako najem, dzierżawa, użyczenia, przedwstępna, ramowa, itp.), ani nie wskazuje na sposób wykorzystania sprzętu firmy Jarzy (na jakich warunkach będzie udostępniony). Nie wyjaśnia także w jakim okresie i w jakim zakresie firma Jarzy wykonywać będzie zamówienie publiczne w charakterze podwykonawcy. Zobowiązanie dotyczące udostępnionych osób nie określa charakteru prawnego, jaki będzie łączył wykonawcę z podmiotem trzecim, sposobu wykorzystania osób będących w dyspozycji firmy Jarzy przy wykonywaniu zamówienia. Nie wyjaśnia także w

jakim okresie i w jakim zakresie firma Jarzy wykonywać będzie zamówienie publiczne w charakterze podwykonawcy, angażując udostępnione osoby.

Zamawiający powinien mieć możliwość jednoznacznego ustalenia, że potencjał podmiotu trzeciego zostanie realnie udostępniony poprzez odpowiednie wykazanie rzeczywistej możliwości jego wykorzystania w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia. Z uwagi na zbyt ogólną deklarację podmiotu trzeciego, nie pozwalającą na stwierdzenie, że przekazanie potencjału będzie miało charakter realny, Zamawiający nie mógł uznać, że Konsorcjum Dan-Wood spełnia warunki udziału w postępowaniu i zobowiązany był wykluczyć wykonawcę z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

Ponadto, warunek dotyczący dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia nie mógł być uznany za spełniony również z tego powodu, że osoby będące w dyspozycji firmy Jarzy do końca 2017 r. zaangażowane są do wykonania innego zamówienia publicznego na terenie Nadleśnictwa Nidzica (12 osób ujętych w wykazie). Nie można było zatem uznać, że Konsorcjum Dan-Wood jest wykonawcą zdolnym do wykonania zamówienia, a wybór jego oferty zagraża należytemu wykonaniu zamówienia. Ponadto jedna z osób udostępnionych przez firmę Jarzy, Pan M.R. jest przedsiębiorcą prowadzącym działalność gospodarczą na własny rachunek. W tej sytuacji skorzystanie z zasobów tej

Sygn. akt: KIO 88/16 7

osoby mogło nastąpić tylko wtedy, gdyby sam siebie udostępnił Konsorcjum Dan-Wood. Bez tej osoby Konsorcjum Dan-Wood wykazało się wyłącznie 14 osobami (wymaganych było 15 osób) i powinno być wykluczone z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

3. Zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zmianę treści oferty Konsorcjum Dan-Wood w zakresie sposobu realizacji przedmiotu zamówienia i zmianie podstawy zatrudnienia osób udostępnionych przez firmę Jarzy, co umożliwiło przyznanie punktów w ramach kryterium oceny „zatrudnienie na podstawie umowy o pracę” i doprowadziło do bezprawnego wyboru oferty Konsorcjum Dan-Wood.

W opisie kryterium oceny ofert „zatrudnienia na umowę o pracę” (pkt 14.5 ppkt 2 siwz) Zamawiający ustalił, że *w ofertach rozpatrywane będzie przyjęcie przez Wykonawcę zobowiązania do realizacji przedmiotu zamówienia za pomocą osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę w rozumieniu Kodeksu pracy w pełnym wymiarze czasu, o których mowa w pkt 6.4 siwz.*

W ocenie Odwołującego, zobowiązanie Konsorcjum Dan-Wood do zatrudnienia 16 osób na podstawie umowy o pracę było błędne i nie mogło być przyjęte do oceny oferty w ramach kryterium „zatrudnienie na podstawie umowy o pracę”. Z wykazu osób wynika, że Konsorcjum Dan-Wood dysponuje na podstawie umowy o pracę wyłącznie 4 osobami, a w stosunku do pozostałych 12 osób, jako podstawę do dysponowania wskazano zobowiązanie do udostępnienia osób zdolnych do wykonania zamówienia. Ponieważ w ofercie nie wskazano, aby podmiot udostępniający potencjał miał być podwykonawcą, Konsorcjum Dan-Wood musiałoby zatrudnić pracowników podmiotu trzeciego na podstawie umów o pracę w swoim przedsiębiorstwie, co jest niezgodne z powszechnie przyjętą praktyką, wskazującą na to, że osoby udostępnione przez podmiot niebędący podwykonawcą są zatrudniane do realizacji zamówienia na podstawie umów cywilnoprawnych. Oferta Konsorcjum Dan-Wood powinna otrzymać w tym kryterium oceny 5 pkt (za zatrudnienie na podstawie umowy o pracę 4 pracowników), a bilans punktowy oferty w obu kryteriach byłby niższy i wyniósł 85 pkt, a oferty Odwołującego 88 pkt i to jego oferta powinna być uznana za najkorzystniejszą. Zamawiający umożliwił Konsorcjum Dan-Wood zmianę treści oferty w określeniu sposobu realizacji zamówienia po terminie do składania ofert. Wykonawca w formularzu ofertowym oświadczył, iż nie zamierza angażować do realizacji zamówienia żadnego podwykonawcy i nie wskazał zakresu prac jaki będzie powierzony podwykonawcy. Stawiało to wykonawcę w uprzywilejowanej pozycji, gdyż miał wiedzę o liczbie osób, jaką Odwołujący zobowiązał się zatrudnić na podstawie umowy o pracę i wystarczającym dla uzyskania 20 pkt było

Sygn. akt: KIO 88/16 8

wskazanie przez niego, iż podmiot udostępniający potencjał będzie podwykonawcą zamówienia publicznego.

Brak wskazania w ofercie prac, które będą powierzone podwykonawcy oraz brak wskazania nazw (firm) podwykonawców, na których zasoby wykonawca powołuje się, należy traktować jako oświadczenie wykonawcy o osobistym wykonaniu całego zamówienia.

4. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Dan-Wood mimo, że jej treść nie odpowiada treści siwz; wykonawca nie wskazał w ofercie prac jakie zamierza zlecić podwykonawcom.

O niezgodności treści oferty Konsorcjum Dan-Wood z siwz przesądzać ma brak wskazania zakresu prac, jakie Konsorcjum Dan-Wood zamierzało powierzyć podwykonawcy, którego to braku wykonawca nie mógł uzupełnić po upływie terminu na złożenie oferty. Jednocześnie Odwołujący wskazywał na brak wskazania w formularzu oferty, iż zamówienie będzie wykonywane z udziałem podwykonawcy.

5. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Dan-Wood pomimo, że wykonawca w odpowiedzi na wezwanie do udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, nie wykazał, że złożona przez niego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Wyjaśnienia złożone przez Konsorcjum Dan-Wood w dniu 12.01.2016 r., nie zawierały żadnych dowodów uwiarygodniających ich treść, pomimo wyraźnego żądania przez Zamawiającego w wezwaniu z 05.01.2016 r., złożenia dowodów wraz z wyjaśnieniami. Odwołujący wskazał na sprzeczność wyjaśnień z tabelą cenową nr 1 przedstawioną w ofercie (str. 7) w zakresie wykazania kosztów utrzymania pracownika leśnego, zatrudnionego na podstawie umowy o pracę w wymiarze pełnego etatu. Wykonawca w wyjaśnieniach określił te koszty na poziomie 2.711,54 zł, tymczasem w tabeli cenowej nr 1 określił stawkę jednostkową dla pracownika leśnego na 12 zł. Średnia miesięczna liczba godzin do przepracowania przez pracownika zatrudnionego w wymiarze pełnego etatu wynosi 168 zł, co przy stawce 12 zł, określa koszt zatrudnienia na poziomie 2016 zł, tymczasem w wyjaśnieniach koszt ten został wyliczony na kwotę wyższą w stosunku do treści oferty o 695,54 zł, co w skali roku daje różnicę w wysokości 129.370,44 zł, a po przemnożeniu przez czas trwania umowy – kwotę 388.111,32 zł. Wyjaśnienia wskazują zatem na nierzetelną, zaniżoną kalkulację ceny ofertowej oraz na fakt, że nie jest możliwe wykonanie przedmiotowego zamówienia za oferowaną cenę zgodnie z wymaganiami Zamawiającego.

Sygn. akt: KIO 88/16 9

Ponadto, wykonawca nie wykazał, aby podmiot udostępniający pracowników zaakceptował koszty zatrudnienia jego pracowników.

Stanowisko Izby

Do rozpoznania odwołania zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (tekst jednolity Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.), tj. po zmianie ustawy z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 1232), zwanej dalej „ustawą”. Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania i rozpoznała je na rozprawie.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba w pierwszej kolejności zobowiązana była do oceny wypełnienia przesłanek z art. 179 ust. 1 ustawy, tj. istnienia interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez Odwołującego szkody w wyniku kwestionowanych czynności Zamawiającego. Zakres zarzutów i żądań z nich wynikających wskazywały na potrzebę ochrony interesu Odwołującego w uzyskaniu zamówienia, przez wzruszenie decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej w pakiecie nr 1, na który Odwołujący złożył ofertę. W przypadku uwzględnienia odwołania i nakazania dokonania czynności zgodnie z żądaniami Odwołującego, Zamawiający będzie zobowiązany do powtórzenia czynności oceny ofert, wykluczenia Konsorcjum Dan-Wood z postępowania i dokonania wyboru oferty Odwołującego.

W związku z powyższym Izba uznała, że spełnione zostały przesłanki materialno prawne dla merytorycznego rozpoznania zarzutów.

Przy rozpoznaniu odwołania Izba miała na uwadze całokształt okoliczności ustalonych w sprawie przy rozstrzyganiu w przedmiocie podniesionych zarzutów dotyczących czynności oceny oferty wykonawcy – Konsorcjum Dan-Wood, wybranej jako najkorzystniejsza w pakiecie nr 1.

- 1) Zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy przez zaniechanie wykluczenia z postępowania Konsorcjum Dan-Wood pomimo, że wykonawca nie wniósł wadium do upływu terminu składania ofert.

Odwołujący, obecny przy otwarciu ofert w dniu 18.12.2015 r. ustalił, iż oferta Konsorcjum Dan-Wood nie była zabezpieczona w dniu jej złożenia Zamawiającemu wadium. Okolicznością, z której wywodził taki stan faktyczny miało być stwierdzenie przez członka komisji przetargowej, iż w ofercie nie znajduje się potwierdzenie złożenia wadium. Na podstawie przekazanej przez Zamawiającego kopii oferty Odwołujący stwierdził, iż kopia

Sygn. akt: KIO 88/16 10

gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium została uzupełniona już po otwarciu oferty Konsorcjum Dan-Wood, na co wskazuje dołączenie do oferty dwóch nieponumerowanych stron, wykraczających poza ilość 34 stron, wskazanych w formularzu ofertowym. Na rozprawie Odwołujący złożył pisemne oświadczenia wszystkich (z wyjątkiem członków komisji przetargowej) osób obecnych na otwarciu ofert o identycznej treści, w których stwierdzali, że *w dniu 18 grudnia 2015 r. o godzinie 10:00 komisja przetargowa stwierdziła w ofercie złożonej przez Konsorcjum reprezentowane przez pełnomocnika: Zakład Usług Leśnych „Dan Wood” D.C. Babrosty 7A, 12-200 Pisz brak dokumentu potwierdzającego wniesienie w terminie wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej jak też brak dokumentu, potwierdzającego wniesienie wadium w pieniądzu tj. potwierdzenia dokonania przelewu.*

Izba dopuściła dowód z zeznań świadków zgłoszonych przez Zamawiającego, tj. dwóch członków komisji przetargowej uczestniczących w otwarciu ofert, Pana R.J. oraz P.M.. Trzeci członek komisji przetargowej składał na rozprawie wyjaśnienia, jako strona. Izba dopuściła również dowody zgłoszone przez Odwołującego, tj. oświadczenia pozostałych osób obecnych na otwarciu ofert w dniu 18.12.2015 r., a także przeprowadziła dowód z dokumentu – treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty Dan-Wood oraz oryginału gwarancji wadialnej zabezpieczającej ofertę Konsorcjum Dan-Wood okazaną na rozprawie.

Świadek - R.J. oświadczył, iż *w momencie otwarcia oferty nie zauważono gwarancji (...)* Komisja dokonała pobieżnie sprawdzenia oferty i nie znaleziono gwarancji. *Dopiero w trakcie szczegółowej weryfikacji oferty ustalono, że dokument gwarancji ubezpieczeniowej znajdował się w kopercie i nie wyjęto go w trakcie otwarcia ofert.(...) Do znalezienia gwarancji doszło poza miejscem otwarcia oferty w tym samym dniu przez członka komisji przetargowej. Do oferty obecnie powinien być załączony oryginał gwarancji.*

Świadek – P.M. oświadczył, że *przed otwarciem tej oferty wystąpiło zamieszanie wynikające z ustalenia czy możliwe jest otwarcie tej oferty ponieważ do samej koperty nie załączono w sposób trwały oryginału gwarancji i na czas ustalenia czy można ją otworzyć przerwano czynności w celu dostarczenia siwz oraz prowadzonych przez pełnomocnika konsorcjum rozmów z pełnomocnikiem. Po tych czynnościach ustalono, że można dokonać otwarcia koperty, w której znajdowała się oferta. Potwierdza, że w ofercie powinna dodatkowo znajdować się kopia gwarancji złożenia wadium. Z oferty odczytano cenę przy otwarciu ofert, a dalszych czynności sprawdzających komisja dokonała w innym miejscu i wówczas stwierdzono, że w kopercie znajduje się oryginał gwarancji. Oryginał gwarancji był włożony w koszulkę, która razem z ofertą była włożona do koperty otwartej jako pierwsza.(...) obecnie jest wczepiona za ofertą, która pierwotnie znajdowała się poza ofertą ale w kopercie. Na*

Sygn. akt: KIO 88/16 11

pytanie Zamawiającego, czy przy otwarciu ofert obecny był przedstawiciel Konsorcjum Dan-Wood oświadczył, że nie był.

Przedstawiciel Odwołującego obecny przy otwarciu ofert zgłaszał bezpośrednio przedstawicielom Zamawiającego wniosek o umożliwienie sporządzenia kserokopii oferty Konsorcjum Dan-Wood, na co komisja nie wyraziła zgody i poinformowano Odwołującego o

konieczności złożenia pisemnego wniosku. Wniosek taki Odwołujący złożył 21.12.2015 r. (poniedziałek) i na jego podstawie otrzymał w dniu 22.12.2015 r. kopię oferty wraz z kopią gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium.

Zamawiający w pkt 9.7 siwz wymagał, w przypadku wadium wnoszonego w formie gwarancji ubezpieczeniowej jej złożenia w oryginale wraz z ofertą. W pkt 11.11 siwz Zamawiający zalecał, aby oferta była zapakowana w dwie koperty, kopertę zewnętrzną nieoznakowaną nazwą wykonawcy, zaadresowaną na siedzibę Zamawiającego i oznaczeniem postępowania oraz terminu jej otwarcia oraz wewnętrzną z oznaczeniem nazwy i adresu wykonawcy, umożliwiającą jej zwrot bez otwierania, w sytuacji gdyby złożona została po terminie wskazanym w ogłoszeniu oraz siwz.

Izba ustaliła, iż w formularzu ofertowym Konsorcjum Dan-Wood, pkt 3 lit f.(str. 3) znajduje się oświadczenie o wniesieniu wadium w wysokości 100.000,00 zł w dniu 18.12.2015 r. w formie ubezpieczeniowej gwarancji zapłaty wadium. Oferta liczyła łącznie 34 strony (spięte w żółtym skoroszycie). Na rozprawie Zamawiający okazał oryginał oferty Konsorcjum Dan-Wood, liczącej 34 strony (kolejno ponumerowanych) z wpiętą na końcu skoroszytu oryginałem gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium nr 02GG25/0230/15.0007 wystawionej w dniu 15.12.2015 r., z sumą gwarancyjną wypłaty kwoty 100.000,00 zł.

Izba zważyła.

Odwołanie w tym zakresie podlegało oddaleniu, jako bezzasadne.

Na podstawie zeznań świadków oraz przesłuchania stron Izba uznała, iż oferta Konsorcjum Dan-Wood pozostawała zabezpieczona wadium od dnia upływu terminu na złożenie oferty, w formie gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium nr 02GG25/0230/15/0007, wystawionej w dniu 15.12.2015 r. i złożonej w oryginale wraz z ofertą. Wynikający z zeznań świadków i wyjaśnień stron stan faktyczny wskazywał, iż przy otwarciu oferty Komisja Przetargowa nie wyjęła z koperty gwarancji, która nie była spięta z ofertą (nie była wpięta w skoroszyt oferty, liczącej łącznie 34 ponumerowane strony). Oświadczenia osób obecnych przy otwarciu ofert (złożone przez Odwołującego) potwierdzają braku dokumentu, który nie był wpięty w ofertę, co potwierdzały zeznania świadków, że wpięta w skoroszyt oferta nie zawierała oryginału gwarancji ubezpieczeniowej, jak również jej kopii. Oryginał gwarancji został wyjęty z koperty później, już poza miejscem otwarcia ofert przez członka komisji przetargowej i dopięty na końcu oferty, w celu

Sygn. akt: KIO 88/16 12

zabezpieczenia przez zgubieniem, przy których to czynnościach nie byli obecni przedstawiciele wykonawców, którzy złożyli oferty. Izba uznała, iż stwierdzenie, jakie miało paść z ust członka komisji przetargowej na sesji otwarcia ofert, iż oferta Konsorcjum Dan-Wood nie zawiera wadium, dotyczyło zawartości samej oferty, liczącej 34 strony i nie było poprzedzone dokładnym sprawdzeniem zawartości koperty, do której to czynności komisja przystąpiło dopiero po zakończeniu sesji otwarcia ofert w innym pomieszczeniu. Izba przychyliła się do stanowiska Zamawiającego, iż nie był on zobowiązany do sprawdzenia w momencie otwarcia oferty w sposób kategoryczny, czy oferta jest prawidłowa zabezpieczona wadium. Na otwarciu ofert Zamawiający zobowiązany jest wyłącznie ustalić i podać informacje wskazane w art. 86 ust. 4 Ustawy, tj. nazwy (firmy) oraz adresy wykonawców, a także informacje dotyczące ceny, terminu wykonania zamówienia, okresu gwarancji i warunków płatności zawartych w ofertach, tj. informacji istotnych z punktu widzenia kryteriów oceny ofert. Tylko informacja dotycząca tych elementów oferty musiała być w sposób prawidłowy odczytana i podana do wiadomości osób uczestniczących w sesji otwarcia ofert, w celu dochowania przejrzystości dalszej czynności oceny złożonych ofert. Robocze stwierdzenie przez jednego z członków komisji, dotyczące braku wadium, nie mogło być traktowane, jako wynik rzetelnego sprawdzenia zabezpieczenia oferty wadium, które mogło być wniesione również w pieniądzu, a zatem dopiero dalsze czynności sprawdzające pozwalałyby Zamawiającemu na kategoryczne stwierdzenie, czy oferta była w momencie jej złożenia zabezpieczona wadium. Okoliczność, iż przy otwarciu ofert nie był obecny przedstawiciel Konsorcjum Dan-Wood, który mógłby zwrócić bezpośrednio Zamawiającemu uwagę, iż gwarancja znajduje się poza ofertą w kopercie, wpłynęła na przeoczenie członków komisji przetargowej. Izba nie przychyliła się do tezy Odwołującego o braku wadium wywodzonej z faktu, iż w treści oferty nie wskazano na wadium. Rzeczywiście wadium nie było wymienione wśród załączników, jednak w formularzu oferty w pkt 3 lit f.(str. 3) znajduje się oświadczenie wykonawcy o wniesieniu wadium w wysokości 100.000,00 zł w dniu

18.12.2015 r. w formie ubezpieczeniowej gwarancji zapłaty wadium. Również okoliczność, iż gwarancja została wystawiona w dniu 15.12.2015 r. uprawdopodobnia, że oryginał gwarancji znajdował się w kopercie, a zatem oferta była prawidłowo zabezpieczona wadium od upływu terminu na jej złożenie.

Izba uznała, iż wniosek przedstawiciela Odwołującego o udostępnienie kopii oferty, z jakim wystąpił bezpośrednio przy otwarciu ofert nie mógł być „od ręki” przez Zamawiającego spełniony, a do czego faktycznie doszło niezwłocznie po wpłynięciu wniosku na piśmie. Okoliczność ta w żaden sposób nie wpływała na ustalenie, czy wadium zostało złożone Zamawiającemu w oryginale wraz z ofertą.

Sygn. akt: KIO 88/16 13

- 2) Zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Konsorcjum Dan-Wood pomimo niewykazania przez wykonawcę spełnienia warunków udziału w postępowaniu, opisanych w pkt 6.1.3 siwz, dotyczących dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia.

Zastrzeżenia Odwołującego dotyczyły sposobu wykazania przez Konsorcjum Dan-Wood, iż będzie ono realnie dysponowało udostępnionym przez podmiot trzeci (K.J. ZUL Jarzy) potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Odwołujący nie kwestionował samego potencjału, jako odpowiadającego warunkom opisanym w siwz w pkt 6.1.3.1 i 6.1.3.2, a podstawy do wykluczenia Konsorcjum Dan-Wood z postępowania upatrywał w treści uzupełnionych na wezwanie Zamawiającego zobowiązań podmiotu udostępniającego swój potencjał. Odwołujący wskazywał na ogólny charakter deklaracji podmiotu trzeciego zarówno złożonej ofercie, jak i w uzupełnieniu (oba datowane na ten sam dzień), na podstawie których Zamawiający nie mógł ustalić, ani charakteru prawnego, jaki będzie łączył wykonawcę z podmiotem trzecim, ani sposobu wykorzystania sprzętu firmy Jarzy oraz osób zatrudnionych, a także na brak informacji w jakim okresie i w jakim zakresie firma Jarzy wykonywać będzie zamówienie w charakterze podwykonawcy. Zobowiązania uzupełnione, jak i złożone w ofercie nie czyniły zadość wymaganiom siwz określonym w pkt 7.2.5 ppkt 2, a więc nie mogły być uznane przez Zamawiającego, jako dowody na możliwość rzeczywistego wykorzystania zasobów przez Konsorcjum Dan-Wood przy realizacji zamówienia.

Izba ustaliła, iż Konsorcjum Dan-Wood złożyło ofertę na jedną część zamówienia (pakiet nr 1), od czego uzależnione zostały wymagania Zamawiającego dotyczące warunków udziału w postępowaniu, jakie Konsorcjum Dan-Wood musiało spełnić, aby móc ubiegać się o zamówienie w tej części. Zgodnie z siwz wykonawca zobowiązany był wykazać wymaganą dla jednej części zamówienia ilość sprzętu (maszyn), wskazaną w pkt 6.1.3.1 siwz oraz osoby zdolne do wykonania zamówienia, w tym jedną odpowiedzialną za kontrolę jakości posiadającą wykształcenie leśne średnie lub wyższe (np. technik leśnik, inż. leśnik, mgr inż. leśnik, dr nauk leśnych) oraz 15 osób przeszkolonych do pracy z pilarką. Zamawiający w pkt 7.2.5 SIWZ w przypadku polegania na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b Ustawy, w celu oceny, czy wykonawca będzie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia oraz oceny, czy stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów, żądał m.in. dokumentów dotyczących w szczególności zakresu dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu, sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu przez wykonawcę przy wykonywaniu zamówienia, charakteru

Sygn. akt: KIO 88/16 14

stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem, zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia:

W ofercie Konsorcjum Dan-Wood przedstawił wykaz osób (str. 18 oferty), w którym ujęto minimalną ilość - 15 pilarzy, koniecznych do potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt 6.1.3.2 siwz (dla jednej części zamówienia). Spośród wskazanych pilarzy, dwunastu zostało udostępnionych wykonawcy przez podmiot trzeci – K.J. Zakład Usług Leśnych „JARZY”, który w treści zobowiązania z dnia 16.12.2015 r. zobowiązał się na czas realizacji przedmiotowego zamówienia wynikający z oferty (...) do

udostępnienia im na zasadzie art. 26 ust. 2b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity.: Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm. osób (wymienionych w wykazie osób) zdolnych do wykonania zamówienia, wskazanej na potwierdzenie spełniania warunku, o którym mowa w SIWZ, posiadających wymagane uprawnienia, zdolnych do wykonania zamówienia oraz deklarujemy oddanie temu Wykonawcy do dyspozycji wskazanych osób na okres korzystania z nich przy wykonywaniu przedmiotowego zamówienia.

W wykazie maszyn (str. 21 oferty) urządzenia z pozycji od 1 do 6, stanowiły potencjał podmiotu trzeciego – K.J. Zakład Usług Leśnych „JARZY”, który w zobowiązaniu z dnia 16.12.2015 r. (str. 22 oferty), zobowiązał się do udostępnienia na zasadzie art. 26 ust. 2b ustawy urządzeń określonych w wykazie, będących w jego dyspozycji wskazane na potwierdzenie spełniania warunku, o którym mowa w SIWZ, oraz deklarujemy oddanie temu Wykonawcy do samodzielnego użytkowania tych zasobów poprzez wypożyczenie na okres trwania przedmiotowego zamówienia.

Zamawiający pismem z dnia 05.01.2016 r. wezwał Konsorcjum Dan-Wood do złożenia dokumentów dotyczących charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem oraz zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia, o których mowa w pkt 7.2.5 pkt 2 lit. c-d oraz dokumentów wymienionych w pkt 7.2.7 siwz (w przypadku gdy podmiot udostępniający zasoby na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy będzie brał udział w realizacji części zamówienia).

W odpowiedzi na to wezwanie Konsorcjum Dan-Wood przedłożyło dwa zobowiązania podmiotu udostępniającego dotyczące potencjału technicznego oraz osób wskazanych w wykazach złożonych wraz z ofertą, różniące się w stosunku do złożonych w ofercie, ostatnim (dodanym) akapitem *Jednocześnie określłam, że z Wykonawcą będzie mnie łączyć umowa cywilno prawna na podstawie której będę wykonywał usługi jako podwykonawca*, oba datowane na dzień 16.12.2015 r.

Wykonawca w formularzu ofertowym w pkt 3 i) nie wskazał, iż zamierza zlecić podwykonawcom prace, a w pkt 4 formularza nie wskazał nazwy (firmy) podwykonawców, na których zasoby powołuje się na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b Ustawy, w celu

Sygn. akt: KIO 88/16 15

wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 Ustawy. W piśmie z dnia 8 stycznia 2016 r., Konsorcjum Dan-Wood oświadczyło, że z firmą *K.J. Zakład Usług Leśnych „JARZY” na którego zasoby wykonawca powołuje się na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, łączyć mnie będzie umowa cywilno-prawna na podstawie której „JARZY” wykonywać będzie usługi jako podwykonawca.*

Izba zważyła.

Odwołanie w tym zakresie podlegało oddaleniu, jako bezzasadne.

Zasadniczo podstawa zarzutu sprowadzała się do kwestionowania oceny spełnienia przez Konsorcjum Dan-Wood warunków udziału w postępowaniu dotyczących potencjału technicznego oraz osób zdolnych do wykonania zamówienia, w kontekście realności udostępnienia zasobów przez podmiot trzeci. Izba oceniając czynność Zamawiającego miała na uwadze zarówno treść zobowiązań podmiotu trzeciego, jak i rodzaj potencjału udostępnionego, który wskazywał wprost na zakres i sposób jego wykorzystania na etapie realizacji zamówienia. Niezależnie od stopnia szczegółowości treści zobowiązania podmiotu trzeciego, wskazanie na osoby udostępnione – pilarzy, czy też konkretne maszyny, dostarczało informacji co do zakresu prac, jakie miałyby być wykonywane przez wykonawcę z ich wykorzystaniem (niezależnie od charakteru stosunku prawnego łączącego wykonawcę z podmiotem udostępniającym). Izba oddalając odwołanie uznała, iż wykonawca wykazał realną możliwość wykorzystania potencjału podmiotu trzeciego, niezależnie od ustalenia, czy podmiot ten będzie występował jako podwykonawca, czy też jedynie przekaże w formie użyczenia maszyny, czy też odda do dyspozycji swoich pracowników. W ocenie Izby, sposób wykorzystania pilarzy, którzy mieliby być skierowani do realizacji zamówienia (co wynika z wykazu osób), wskazuje na ich rzeczywisty udział w pracach związanych z pozyskaniem drewna. Trudno dopatrywać się potrzeby szerszego wyjaśnienia sposobu wykorzystania, czy też ustalenia zakresu prac realizowanych w trakcie trwania umowy. Odnosnie maszyn, to ich przeznaczenie wskazywało wprost na zakres prac, do jakich miałyby być wykorzystane przez wykonawcę. W ocenie Izby również zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia potencjału osobowego pozwalało Zamawiającemu na ustalenie sposobu, w jaki wykonawca

miałby korzystać z potencjału podmiotu trzeciego w całym okresie realizacji zamówienia. Charakter potencjału osobowego udostępniony wykonawcy przez podmiot trzeci wskazywał wprost na możliwość rzeczywistego skorzystania z pracy tych osób przy zamówieniu w charakterze pilarzy, co nie wymagało szczegółowego opisanie w treści zobowiązania podmiotu trzeciego. W ocenie Izby, zobowiązanie uzupełnione, w którym podmiot trzeci powoływał się na umowę cywilno prawną, a jednocześnie wskazywał na swój udział przy wykonywaniu usługi, jako podwykonawcy, mógł wprowadzać w błąd, co do ustalenia znaczenia tej deklaracji w kontekście oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu. W

Sygn. akt: KIO 88/16 16

ocenie Izby, zobowiązanie mogło wyłącznie mieć znaczenie dla oceny realności udostępnienia potencjału i możliwości skorzystania z niego przy realizacji zamówienia, nie mogło natomiast stanowić podstawy do zmiany oświadczenia wykonawcy złożonego w formularzu ofertowym o braku udziału podwykonawców w realizacji zamówienia, które stanowiło treść zobowiązania wykonawcy. Na marginesie tych rozważań należy wskazać, iż w trybie uzupełnienia dokumentów składanych na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu wykonawca uprawniony był do zmiany potencjału pierwotnie wskazanego w ofercie, a tym samym oświadczenia złożonego w formularzu oferty, w którym zobowiązany był wskazać podwykonawcę, z którego potencjału korzysta na zasadzie art. 26 ust. 2b ustawy. Powyższe prowadzi do wniosku, iż oświadczenie złożone w formularzu ofertowym miało znaczenie wyłącznie dla ustalenia, czy na etapie realizacji zamówienia podmiot udostępniający będzie uczestniczył w pracach w charakterze podwykonawcy. Nie miało ono natomiast wpływu na ocenę, czy wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu. Zgodnie z siwz, dokumentami na podstawie, których dokonywana miała być ocena zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia były wykazy osób oraz potencjału technicznego wraz z zobowiązaniami podmiotów trzecich. Odnosząc się ponownie do zobowiązań złożonych w ofercie, a następnie uzupełnionych, nie można wykluczyć, iż podmiot trzeci w inny sposób rozumiał swój udział w zamówieniu, niż przyjął to wykonawca w swojej ofercie, na co wskazuje pierwotna treść zobowiązań załączonych wraz z ofertą, w szczególności dotyczącego potencjału technicznego, który miał być przekazany wykonawcy na czas trwania przedmiotowego zamówienia do samodzielnego użytkowania poprzez jego wypożyczenie. Tej samej treści deklarację zawiera zobowiązanie uzupełnione poszerzone o ostatni akapit, w którym podmiot trzeci wskazuje podstawę prawną porozumienia – umowę cywilno prawną, na podstawie której miałby on wykonywać usługi jako podwykonawca. W ocenie Izby, okoliczności te nie stały na przeszkodzie do stwierdzenia, iż wykonawca będzie miał realną możliwość skorzystania z udostępnionego mu potencjału przy wykonywaniu przedmiotu zamówienia w całym okresie trwania umowy, co prowadziło do uznania bezzasadności zarzutów Odwołującego.

Odnosząc się do dodatkowej okoliczności związanej z ustaleniem, że wszystkie osoby udostępnione przez podmiot trzeci obecnie są zatrudnione przez ten podmiot przy dwóch kontraktach realizowanych na rzecz Nadleśnictwa Nidzica, Izba uznała, iż na moment wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu nie jest pewne, czy wykonawca uzyska zamówienia, a tym samym nie można oczekiwać, że personel będzie pozostawał jedynie w gotowości od chwili złożenia oferty do zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Ocena spełnienia warunku udziału w postępowaniu ma na celu ustalenie, czy wykonawca posiada niezbędne zasoby do tego aby wykonać zamówienie, a sposób ich wykorzystania do momentu rozstrzygnięcia wyniku postępowania pozostaje bez

Sygn. akt: KIO 88/16 17

znaczenia dla tej oceny. Stąd zarzuty oparte na tej okoliczności nie mogły okazać się zasadne. Zamawiający ocenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu na moment złożenia oferty, a tym samym nie wyklucza to możliwości zmiany sytuacji wykonawcy w trakcie procedury o udzielenie zamówienia publicznego, o której wykonawca nie jest zobowiązany informować Zamawiającego. Nie można wykluczyć sytuacji, iż w momencie zawierania umowy sytuacja podmiotu odbiegać będzie od stanu istniejącego w momencie złożenia oferty, co nie wpływa już na wynik zakończonych czynności. Zamawiający nie miał podstaw do tego, aby nie przyjąć do oceny potencjału wykazanego przez wykonawcę,

jedynie z tej przyczyny, że w momencie złożenia oferty osoby, które miałyby wykonywać zamówienie świadczą pracę na rzecz innego podmiotu. Obecnie nie można wykluczyć, iż osoby te zostaną skierowane do wykonania części prac związanych z pozyskaniem drewna również przy tym zamówieniu. Należy również mieć na uwadze, iż Zamawiający dopuścił w umowie możliwość zmiany osób wskazanych w ofercie na inne posiadające co najmniej taką samą wiedzę i kwalifikacje oraz wymagane uprawnienia (§ 8 ust. 9 wzoru umowy). Wskazuje to zatem, iż ocena potencjału wykonawcy prowadzona na moment złożenia oferty nie stoi na przeszkodzie wymianie zasobów na etapie realizacji umowy, z tym zastrzeżeniem, iż nowy potencjał również musi odpowiadać wymaganiom opisanym w siwz. Ponadto w ofercie wykonawca deklarował jedynie ilość pracowników, jaka będzie zatrudniona przy zamówieniu na podstawie umowy o pracę w pełnym wymiarze czasu pracy, a kopie umów z konkretnymi osobami miały być przedstawione Zamawiającemu dopiero przed zawarciem umowy (§ 8 ust. 6 wzoru umowy).

Co do stwierdzenia przez Odwołującego, iż nie było możliwym, aby podmiot trzeci zobowiązał się do udostępnienia jednej z 12 osób, która prowadzi własną działalność gospodarczą, jego zasadności przeczy fakt przywołany przez Odwołującego, iż jest ona pracownikiem zatrudnionym przy zamówieniu realizowanym na rzecz Nadleśnictwa Nidzica.

- 3) Zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy poprzez zmianę treści oferty Konsorcjum Dan-Wood w zakresie sposobu realizacji przedmiotu zamówienia i zmianie podstawy zatrudnienia osób udostępnionych przez firmę „JARZY”, co umożliwiło przyznanie punktów w ramach kryterium oceny „zatrudnienie na umowę o pracę” i doprowadziło do bezprawnego wyboru oferty Konsorcjum Dan-Wood, jako najkorzystniejszej.

Odwołujący z treści uzupełnionego zobowiązania podmiotu trzeciego do udostępnienia wykonawcy osób wskazanych w wykazie w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu, a także wyjaśnień wykonawcy, w których wskazał na udział podmiotu trzeciego jako podwykonawcy, wywodził skutek w postaci zmiany treści oferty w zakresie deklaracji zatrudnienia 16 osób na podstawie umowy o pracę przy tym kontrakcie.

Sygn. akt: KIO 88/16 18

Na podstawie formularza ofertowego Izba ustaliła, iż Konsorcjum Dan-Wood nie wskazało części prac oraz podmiotu (nazwy), z potencjału którego korzystał w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, a który miały uczestniczyć w realizacji zamówienia jako podwykonawca (pkt 4 oraz 3 lit. i formularza ofertowego). Jednocześnie Konsorcjum Dan-Wood zobowiązało się wykonać przedmiot zamówienia za pomocą 16 osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę w pełnym wymiarze czasu pracy. W wyjaśnieniach z dnia 08.01.2016 r. Konsorcjum zadeklarowało udział podmiotu udostępniającego swój potencjał w wykonywaniu zamówienia w charakterze podwykonawcy. Zamawiający w pkt 6.5 siwz pozostawił wykonawcy możliwość powierzenia wykonywania usług objętych przedmiotem zamówienia podwykonawcom w części określonej w ofercie, na warunkach zawartych we wzorze umowy, stanowiącym załącznik nr 5 do siwz. Zamawiający w § 12 ust. 3 pkt 6 przewidział możliwość zmiany umowy w tym *zmiany części zamówienia, które Wykonawca przewidział do realizacji za pomocą podwykonawców na inne części zamówienia, w tym również na części których Wykonawca nie wskazał w złożonej przez siebie ofercie. Zmiana nie może pociągać za sobą zmiany terminu realizacji ani zwiększenia wynagrodzenia należnego Wykonawcy.*

Zamawiający w siwz w pkt 6.4 wskazał, iż *w zakresie w jakim wykonawca w ofercie zobowiązał się wykonywać przedmiot zamówienia za pomocą osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę, wykonawca gwarantuje, że osoby wykonujące przedmiot zamówienia będą zatrudnione na podstawie umowy o pracę w rozumieniu Kodeksu pracy w pełnym wymiarze czasu pracy. Obowiązek realizacji przedmiotu zamówienia przy pomocy osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę dotyczy również realizacji zamówienia przy pomocy podwykonawców. Przez osoby wykonujące przedmiot zamówienia rozumie się: 1) osoby, o których mowa w pkt 6.1.3.2 ppkt 1-2 SIWZ; 2) operatorzy, tj. osoby operujące pracą maszyn, o których mowa w pkt 6.1.3.1 ppkt 1-4 siwz.* Osoby wskazane w pkt 6.1.3.2 ppkt 1-2 siwz stanowiły osoby zdolne do wykonania zamówienia, jakimi miał się wykazać wykonawca w celu potwierdzenia dysponowania odpowiednim potencjałem, a operatorami zatrudnianymi na podstawie umowy o pracę, miały być osoby obsługujące maszyny wymagane jako potencjał techniczny wykonawcy.

W wykazie osób Konsorcjum wskazało 16 osób, w tym cztery zatrudniane przez niego na podstawie umowy o pracę, a pozostałe miały być udostępnione przez podmiot trzeci. Z wykazu maszyn wynika natomiast, iż spośród ośmiu rodzajów do dwóch urządzeń Konsorcjum posiada tytuł prawny (leasing oraz własność), a pozostałych sześć ma być udostępniona przez podmiot trzeci.

Izba zważyła.

Zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie.

Sygn. akt: KIO 88/16 19

Odnosząc się w pierwszej kolejności do wyjaśnień Konsorcjum Dan-Wood i deklaracji powierzenia podmiotowi udostępniającemu potencjał wykonania części zamówienia w charakterze podwykonawcy, w całości aktualne pozostają rozważania Izby dotyczące zasadności zarzutów zaniechania wykluczenia Konsorcjum Dan-Wood z postępowania.

W ocenie Izby Odwołujący wywodził błędne wnioski co do znaczenia wyjaśnień wykonawcy oraz uzupełnionych zobowiązań podmiotu trzeciego dla oceny skuteczności zobowiązania wykonawcy do zatrudnienia 16 osób na podstawie umowy o pracę. Brak jest uzasadnienia dla zaprzeczenia skuteczności zobowiązania wykonawcy, które stanowiło treść jego oferty związanej ze sposobem spełnienia świadczenia, poprzez pryzmat dokumentów składanych wyłącznie w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Samo zaprzeczenie możliwości zatrudnienia personelu wykonawcy przez Odwołującego oparte na praktyce mającej wskazywać na zatrudnianie osób udostępnionych przez podmiot trzeci na podstawie umów cywilno prawnych, nie mogło być skutecznym wykazaniem zasadności zarzutu. W ocenie Izby, zobowiązanie złożone Zamawiającemu dotyczyło osób zdolnych do wykonania zamówienia wskazanych w wykazie, co wynikało wprost z postanowień siwz (pkt 6.4 siwz), w których Zamawiający sprecyzował, iż obowiązek realizacji przedmiotu zamówienia przy pomocy osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę dotyczy osób, o których mowa w pkt 6.1.3.2 ppkt 1-2 oraz operatorów maszyn, o których mowa w pkt 6.1.3.1 ppkt 1-4 siwz. W świetle powyższego, stanowisko Zamawiającego prezentowane na rozprawie, w którym dopuszczał możliwość zaliczenia do osób zatrudnianych na podstawie umowy o pracę również innych osób wykonujących różne prace, nie było prawidłowe. Izba oddalając zarzut Odwołującego uznała, iż 16 etatów, jakie zobowiązał się zapewnić wykonawca przy wykonaniu przedmiotu umowy dotyczyło nie tylko osoby kontrolującej jakość, czy też pilarzy, ale również operatorów maszyn. Tym samym, okoliczność, iż udostępnionych miało być 12 pilarzy, nie wyczerpywała puli osób, do których odnosiło się zobowiązanie wykonawcy do ich zatrudnienia na podstawie umowy o pracę. Tym samym samo skupienie się przez Odwołującego na potencjale podmiotu trzeciego nie mogło być wystarczającym dla wykazania, braku możliwości przyjęcia deklaracji wykonawcy na potrzeby oceny oferty Konsorcjum Dan-Wood w kryterium pozacenowym. Ponadto, Izba uznała, iż deklaracja wykonawcy dotyczyła również realizacji przedmiotu umowy przez podwykonawcę, co jednak nie oznaczało, iż podstawą do przeprowadzenia oceny oferty mogło być oświadczenie podwykonawcy. Zamawiający związany był oświadczeniem złożonym przez wykonawcę w formularzu ofertowym, w którym nie wymagał dokładnego wskazania danych osobowych personelu, a zatem dla oceny oferty znaczenie miała sama deklaracja wykonawcy z pkt 2.1 formularza ofertowego. Dopiero przed zawarciem umowy

Sygn. akt: KIO 88/16 20

wykonawca zobowiązany będzie przedstawić Zamawiającemu konkretne umowy o pracę z osobami zdolnymi do wykonania zamówienia.

Odnosząc się do zarzutu prowadzenia niedozwolonych negocjacji przez Zamawiającego z Konsorcjum Dan-Wood, ponownie należy wskazać, iż możliwość powierzenia wykonania części zamówienia z udziałem podwykonawców, nie była obarczona żadnymi ograniczeniami, co do zakresu prac, jak również nie wpływała na zakres przedmiotowy przedmiotu świadczenia. Treść oferty w tym zakresie, w ocenie Izby nie była istotna z punktu widzenia merytorycznej oceny oferty, jako zgodne z siwz i jej wyboru jako najkorzystniejszej. Możliwość zmiany tego oświadczenia wykonawcy, złożonego w ofercie została wprost dopuszczona przez Zamawiającego we wzorze umowy. W ocenie Izby, powyższe okoliczności nie wskazują, aby Zamawiający prowadził niedozwolone negocjacje z

wykonawcą. Od początku Konsorcjum Dan-Wood powoływało się na potencjał podmiotu trzeciego i nie uległo to zmianie, po wyjaśnieniach w toku badania oferty. Nie może również budzić wątpliwości, iż wykonawca posiadał deklarację podmiotu trzeciego w dniu złożenia oferty, co musiało być poprzedzone uzgodnieniem z tym podmiotem zasad, na jakich jego potencjał będzie mógł być wykorzystany. W zasadzie deklaracja podwykonawstwa, stanowiła wzmocnienie zobowiązania złożonego pierwotnie w ofercie, a w ocenie Izby nie prowadziła do niedozwolonej zmiany treści oferty, w szczególności deklaracji zatrudnienia 16 osób na podstawie umowy o pracę.

- 4) Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Dan-Wood mimo, że jej treść nie odpowiada treści siwz; wykonawca nie wskazał w ofercie prac, jakie zamierza zlecić podwykonawcom.

W pkt 6.5 siwz Zamawiający wskazał na możliwość powierzenia przez wykonawcę wykonywania usług objętych przedmiotem niniejszego zamówienia podwykonawcom w części określonej w ofercie, na warunkach zawartych we wzorze umowy – stanowiącym załącznik nr 5 do siwz.

Jeżeli wykonawca, wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy pzp, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy pzp, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, zamawiający żąda od wykonawcy przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów wymienionych w pkt 7.2.7 – 7.2.8 siwz (pkt 7.2.9 siwz).

Izba uznała, iż zakres prac, jakie miałyby realizować podwykonawca mógł być ustalony na podstawie specjalizacji osób, wskazanej w wykazie usług, tj. nadzoru, czy też pozyskiwania drewna, które to informacje znajdowały się w ofercie od początku i nie uległy zmianie na skutek wyjaśnień Konsorcjum Dan-Wood. Odnośnie potencjału technicznego, tu

Sygn. akt: KIO 88/16 21

również przeznaczenie maszyn wskazywało na zakres prac, jakie miałyby być wykonywane z ich wykorzystaniem. Tym samym Zamawiający mógł ustalić, na podstawie całości informacji znajdujących się w ofercie, w jakim zakresie wykonawca, na etapie realizacji umowy, mógłby zlecić wykonanie prac podwykonawcy. Należy również zauważyć, iż zakres ten, zgodnie z wzorem umowy, mógł ulec zmianie na etapie świadczenia usługi, co w ocenie Izby uzasadniało przyjęcie, że oferta była zgodna z siwz, tym bardziej, iż Zamawiający nie narzucił konieczności osobistego świadczenia pewnej części prac.

- 5) Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Dan-Wood pomimo, że wykonawca w odpowiedzi na wezwanie do udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, nie wykazał, że złożona oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia;

Odwolujący zarzut opiera na ocenie wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum Dan-Wood w piśmie z dnia 08.01.2016 r., które mają potwierdzać fakt zaniżenia kosztów zatrudnienia pracowników przyjętych do zatrudnienia w ilości 16 etatów na podstawie umowy o pracę w pełnym wymiarze czasu pracy przyjętych do kalkulacji ceny ofertowej, a także na braku stosownych dowodów, potwierdzających rzetelność wyjaśnień. O zaniżeniu kosztów w ofercie świadczyć ma tabela cenowa nr 1 z oferty, w której wskazana została stawka zatrudnienia pracowników na poziomie 12 zł i wyjaśnienia, w których ten koszt został wykazany w wyżej kwocie.

Izba ustaliła, iż „tabela cenowa nr 1”, stanowiąca załącznik do formularza ofertowego zawiera zestawienie wycenionych prac objętych pakietem nr 1 na poziomie brutto 8.046.179,19 zł, co stanowi cenę ofertową. Stawka 12 zł netto została wskazana dla pozycji od 9a) do 10 i), tj. prac ręcznych związanych z utrzymaniem dróg, ochroną lasu, hodowlą, nasiennictwem, turystyką, natomiast wycena prac związanych z pozyskaniem drewna przy użyciu pilarek została ujęta w pozycji nr 1, wycenionej na podstawie ceny jednostkowej netto 22,00 zł.

W wyjaśnieniach Konsorcjum Dan-Wood przedstawiło zestawienie wyliczenia miesięcznego kosztu wynagrodzenia dla pilarza, zatrudnionego na podstawie umowy o pracę na poziomie 2.829,17 zł (tj. wyższej niż minimalne wynagrodzenie miesięczne wynoszące obecnie 1.850,00zł.) oraz pracownika leśnego 2.370,84 zł. Wykonawca wskazał, iż koszty

wynagrodzenia pracowników został ujęte w wycenie prac z poz. 1 (wartości pozyskania drewna) oraz poz. 9a-10 tabeli cenowej nr 1, dotyczących wszystkich prac ręcznych, gdy część prac ręcznych będą wykonywać pilarze. Po zsumowaniu wartości tych pozycji oraz wyliczonego w wyjaśnieniach kosztu zatrudnienia, wykonawca wykazał przychód roczny na

Sygn. akt: KIO 88/16 22

poziomie 469.219,90 zł. Dodatkowo wykonawca prezentował dalsze szczegółowe wyjaśnienia ze wskazaniem na założenia, jakie przyjął przy wycenie prac z pozycji nr 2 tabeli cenowej - „zrywka drewna”, a także z pozycji 4-8b tabeli cenowej.

Izba zważyła.

Odwołanie nie mogło być zasadne w zakresie tego zarzutu, a to z tej przyczyny, iż Odwołujący w sposób wybiórczy i swobodny ocenił wyjaśnienia, które w rzeczywistości odnosiły się do wyceny całości prac stanowiących przedmiot zamówienia, a nie tylko wybranego elementu kosztowego. Zasadniczo, Odwołujący nie kwestionował, aby koszty wynagrodzenia pracowników etatowych, przyjęte do kalkulacji ceny, były niższe niż minimalne miesięczne wynagrodzenie, wskazywał natomiast na zaniżony koszt prac ręcznych z pozycji 9a – 10 tabeli cenowej nr 1.

Odnosząc się do normy prawnej, której naruszenia dopuścić się miał Zamawiający, należy wskazać, iż w art. 90 ust. 3 Ustawy określono uniwersalną podstawę do uznania oferty za rażąco niską, powiązaną z jedną z przesłanek do odrzucenia oferty opisanych w art. 89 ust. 1 (pkt 4). *Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.* Z powyższego wynika, iż dla odrzucenia oferty, jako zawierającej rażąco niską cenę konieczne jest zaistnienie stanu faktycznego opisanego w normie prawnej, tj. braku złożenia na wezwanie Zamawiającego wyjaśnień lub złożenie wyjaśnień, które wskazują, że cena jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej oraz Sądów Okręgowych, wyjaśnienia ogólnikowe traktowane są na równi z ich brakiem (por. wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 06.02.2014 r., sygn. akt V Ca 3600/13). Dowody, o jakich mowa w przepisie, złożone przez wykonawcę, aby stanowiły podstawę do odrzucenia oferty, musiałyby wskazywać na okoliczności, które pozwoliłyby zamawiającemu na stwierdzenie, że zaoferowana cena uniemożliwia realizację przedmiotu zamówienia na zasadach opisanych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub w ogłoszeniu. W orzecznictwie Sądów Okręgowych wskazuje się, iż przepis art. 90 ust. 3 Ustawy nie uprawnia zamawiającego do żądania dowodów potwierdzających wyjaśnienia wykonawcy, nie wynika z niego również jakakolwiek hierarchia dowodowa, ani ich moc dowodowa, natomiast wykonawca udzielając wyjaśnień może takie dowody złożyć, a wówczas zamawiający będzie zobowiązany oceniając wyjaśnienia wziąć pod uwagę ich poświadczenie stosownym dowodem (por. Sąd Okręgowy w Warszawie z 06.02.2014 r., sygn. akt V Ca 3600/13, wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 22.10.2013 r., sygn. XXIII Ga 1388/13). Uwzględniając zatem charakter postępowania prowadzonego w trybie art. 90 ust. 1 Ustawy, należy wskazać, iż nie jest jego celem żądanie złożenia przez wykonawcę dodatkowych

Sygn. akt: KIO 88/16 23

dokumentów, nie wskazanych w treści ogłoszenia, ale uzyskanie wyjaśnień związanych z treścią oferty, tj. ceną, za jaką wykonawca zobowiązał się wykonać przedmiot zamówienia. Oczywiście dowody złożone wraz z wyjaśnieniami pozwalają na ocenę oświadczeń wykonawcy, jako wiarygodnych, a tym samym mogą uchronić go przed negatywnymi skutkami uznania, czy to przez zamawiającego, czy też pozostałych uczestników postępowania, wyjaśnień za niedostateczne. Zgodnie z art. 90 ust. 2 Ustawy, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy. Należy również zauważyć, iż na etapie postępowania odwoławczego, to dokumenty złożone zamawiającemu w toku postępowania mogą być podstawą do oceny oferty pod kątem rażąco niskiej ceny, a nie dokumenty złożone przez wykonawcę dopiero przed Izbą. W świetle powyższego, brak załączenia dowodów do wyjaśnień, nie może stanowić samoistnej podstawy do stwierdzenia, że wyjaśnienia wskazują na zaoferowanie rażąco niskiej ceny. Nie zawsze możliwe jest złożenie dowodów potwierdzających oświadczenia wykonawcy, co

nie może z góry oznaczać, że wyjaśnienia złożone przez wykonawcę wskazują na zaferowanie ceny z rażąco niską ceną.

Odnosząc się do podstawy zarzutu Odwołującego, zasadniczo wnioski o zaniżeniu ceny oferty wywodził z porównania kalkulacji kosztów pracowniczych wskazanych w wyjaśnieniach z wyceną prac ręcznych, zawartą w tabeli cenowej nr 1, poz. 9a – 10. Odwołujący nie odniósł się do pozostałych informacji zawartych w wyjaśnieniach, z których wynikało, iż koszty pracy zostały przyjęte na poziomie przekraczającym wysokość minimalnego wynagrodzenia za pracę, a także uwzględnione zostały inne koszty, w tym koszty pracy maszyn, paliwa. Izba uznała, iż wnioski Odwołującego nie były prawidłowe, a to z tej przyczyny, iż na koszt pracy pracowników (pilarzy oraz pracownia leśnych) został uwzględniony nie tylko w pozycjach 9a-10, ale przede wszystkim w poz. 1 – pozyskanie drewna, na co wskazywało Konsorcjum Dan-Wood w wyjaśnieniach. Odwołujący nie przedstawił żadnego racjonalnego uzasadnienia, dla przyjęcia, iż jedynie poz. 9a-10 tabeli cenowej zawierają w sobie koszty pracownicze. Ponadto, Odwołujący sam przyznał, iż cena oferty uwzględnia koszty pracy dla 16 pracowników zatrudnionych na podstawie umowy o pracę w wysokości uwzględniającej minimalne wynagrodzenie pracownika. Porównanie jakiego dokonał Odwołujący ze stawką 12 zł/godzinę, nie uwzględniało przede wszystkim istotnej okoliczności podniesionej w wyjaśnieniach, tj. wyceny pozycji 1, związanej wprost z pracą pilarzy, tj. pozyskaniem drewna. Stąd wyliczenia Odwołującego, w których prezentował poziom niedoszacowania kosztów w ofercie Konsorcjum Dan-Wood, nie mogły stanowić podstawy dla uznania, że wyjaśnienia wykonawcy wskazywały na rażąco niską cenę. To na Odwołującym spoczywał ciężar wykazania, że ocena wyjaśnień dokonana przez Zamawiającego była nieprawidłowa, a takiego skutecznego wyводу Odwołujący nie przeprowadził, co wiązało się z oddaleniem zarzutu.

Sygn. akt: KIO 88/16 24

-
- 6) Zarzut naruszenia art. 7 ustawy wynikające z działań określonych w pkt 1-4, które dowodzą nierównego traktowania wykonawców oraz nie zapewniają zachowania uczciwej konkurencji.

Zarzut ten pozostawał związany z zarzutami omówionymi powyżej, których zasadności Izba nie potwierdziła, a tym samym nie dopatrzyla się naruszenia przez Zamawiającego zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Mając na uwadze powyższe, Izba na podstawie art. 192 ust. 1 Ustawy oddaliła odwołanie w całości..

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis oraz uzasadnione koszty Zamawiającego stwierdzone rachunkiem przedłożonymi przed zamknięciem rozprawy, obejmującym wynagrodzenie pełnomocnika i obciążyła nimi Odwołującego.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 88/16 25