

Sygn. akt: KIO 667/18

WYROK
z dnia 24 kwietnia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Wojciechowska

Protokolant: Marcin Jakóbczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 23 kwietnia 2018 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 kwietnia 2018 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum Firm: M. K. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Leśne M. K., A. H. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych A. H., G. M. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych G. M., A. R. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych „ARPOL” A. R., z siedzibą w Krośnie Odrzańskim, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Krosno z/s w Osiecznicy z siedzibą w Krośnie Odrzańskim**

orzeka:

- 1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu:** unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w pakiecie nr V postępowania, dokonanie ponownego badania i oceny ofert w pakiecie nr V, odrzucenie – na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579, 2018) – oferty wykonawcy Konsorcjum firm: Lider: Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowo Transportowe P. S. oraz Przedsiębiorstwo Handlowo - Usługowe "Pawełek" C. S. z siedzibą w Słubicach w pakiecie nr V postępowania, jako zawierającej rażąco niską cenę z uwagi na niewyjaśnienie i nieudowodnienie pozycji cenowych kosztorysu ofertowego wskazanych przez zamawiającego w wezwaniach datowanych na dzień 2 i 8 marca 2018r., mimo szczegółowych wymagań zamawiającego sformułowanych wobec wykonawcy Konsorcjum firm: Lider: Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowo Transportowe P. S. oraz Przedsiębiorstwo Handlowo - Usługowe "Pawełek" C. S. z siedzibą w Słubicach, co powoduje, że w tym zakresie wyjaśnienia nie zostały złożone,
- 2. Pozostałe zarzuty odwołania uznaje za niezasadne;**

3. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Krosno z/s w Osiecznicy z siedzibą w Krośnie Odrzańskim i

- 3.1. Zalicza na poczet kosztów postępowania kwotę 15 000 zł. 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum Firm: M. K. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Leśne M. K., A. H. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych A. H., G. M. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych G. M., A. R. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych „ARPOL” A. R., z siedzibą w Krośnie Odrzańskim** tytułem wpisu od odwołania,
- 3.2. Zasądza od **zamawiającego Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Krosno z/s w Osiecznicy z siedzibą w Krośnie Odrzańskim** na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum Firm: M. K. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Leśne M. K., A. H. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych A. H., G. M. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych G. M., A. R. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych „ARPOL” A. R., z siedzibą w Krośnie Odrzańskim** kwotę **18 600 zł. 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579, 2018) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Zielonej Górze.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Krosno z/s w Osiecznicy z siedzibą w Krośnie Odrzańskim - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Krosno w roku 2018.” II PRZETARG”. Nr sprawy: Z.270.1.2018. Postępowanie zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 16 stycznia 2018 r. za numerem 2018/S 010-018498. Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są usługi, jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579, 2018 zwanej dalej „ustawą pzp”).

W dniu 9 kwietnia 2018 r. odwołanie wnieśli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Konsorcjum Firm: M. K. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Leśne M. K., A. H. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych A. H., G. M. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych G. M., A. R. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych „ARPOL” A. R., z siedzibą w Krośnie Odrzańskim – dalej Odwołujący.

Odwołujący wniósł odwołanie na czynności Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Krosno w roku 2018.” II PRZETARG, pakiet nr V.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 89 ust. 1 pkt. 4 w zw. z art. 90 oraz art. 89 ust. 1 pkt. 6 ustawy pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy wybranego tj. Konsorcjum firm Lider Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowo Transportowe P. S. oraz Przedsiębiorstwo Handlowo- Usługowe ”Pawełek” C. S. z siedzibą w Słubicach, jako ofertę zawierającą rażąco niską cenę, w sytuacji braku złożenia wyczerpujących odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 90 ustawy pzp oraz popełnienia błędu w obliczeniu ceny, poprzez jej 10 krotne zniżenie,
2. art. 91 ustawy pzp, poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej dla pakietu nr V,
3. art. 7 ust. 1 ustawy pzp, poprzez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania oraz zasady proporcjonalności, polegające na tym, że dokonano wyboru oferty podlegającej

odrzuconiu, zaś ofertę Odwołującego, mimo faktu iż była najkorzystniejsza sklasyfikowano na poz. 2,

4. art. 7 ust. 3 ustawy pzp w związku z art. 91 ust. 1 ustawy pzp, poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego, mimo faktu iż była ofertą najkorzystniejszą.

Odwołujący w oparciu o wyżej wskazane zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy - Konsorcjum firm Lider Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowo Transportowe P. S. oraz Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe "Pawełek" C. S. z siedzibą w Słubicach w pakiecie nr V,
- 2) powtórzeniem czynności badania i oceny ofert,
- 3) odrzucenia oferty wykonawcy - Konsorcjum firm Lider Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowo Transportowe P. S. oraz Przedsiębiorstwo Handlowo- Usługowe "Pawełek" C. S. z siedzibą w Słubicach w pakiecie nr V na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy pzp jako oferty zawierającej rażąco niską cenę, w sytuacji braku wyczerpujących odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 90 ustawy pzp oraz popełnienia błędu w obliczeniu ceny, poprzez jej 10 krotne zniżenie dla pakietu nr V,
- 4) dokonanie wyboru oferty Odwołującego w oparciu o art. 91 ust. 1 ustawy pzp,
- 5) obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego.

Odwołujący wskazał, że ma interes w uzyskaniu danego zamówienia, w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy pzp, gdyż naruszenie przez Zamawiającego wykazanych podstaw prawa - ustawy prawo zamówień publicznych oraz postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia narusza prawa Odwołującego ubiegającego się o uzyskanie zamówienia publicznego, wskutek czego bezspornie doznał on uszczerbku interesu, oraz poniósł szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów niniejszej ustawy poprzez niemożność uzyskania prawa do realizacji zamówienia publicznego - jako oferty ważnej i najkorzystniejszej na podstawie obowiązujących w postępowaniu kryteriów wyboru ofert dla pakietu nr V.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że Zamawiający pismem z dnia 28 marca 2018r. w zawiadomieniu o wyborze oferty najkorzystniejszej (przekazanej pocztą elektroniczną) powiadomił Odwołującego o dokonaniu wyboru oferty w pakiecie nr V wykonawcy - Konsorcjum firm Lider Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowo Transportowe P. S. oraz Przedsiębiorstwo Handlowo- Usługowe "Pawełek" C. S. z siedzibą w Słubicach - dalej „Konsorcjum firm”, jako najkorzystniejszej. Podejmując decyzję o wyborze oferty najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający naruszył zasadę uczciwej konkurencji, równego traktowania oraz proporcjonalności, określoną w art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z

art. 91 ust. 1 ustawy pzp dokonując wyboru oferty najkorzystniejszej w sposób nie zapewniający obiektywizmu przy badaniu i ocenie ofert w zakresie pakietu nr V. Odwołujący złożył ofertę w pakiecie nr V odpowiadającą wszystkim wymaganiom określonym w SIWZ, zaś oferta wybrana winna była zostać odrzucona jako oferta zawierająca rażąco niską cenę, w sytuacji braku odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 90 ustawy pzp.

W pierwszej kolejności Odwołujący zaznaczył, że analiza treści oferty oraz złożonych wyjaśnień wybranego Wykonawcy w zakresie dokonanej wyceny potwierdza, iż Wykonawca zastosował rażąco niską cenę. Zamawiający dwukrotnie wzywał Konsorcjum firm do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ustawy pzp, które dotyczyły rażąco niskiej ceny - pismami z dnia 2 i 8 marca 2018 r. Odwołujący podkreślił, iż Zamawiający mimo faktu dwukrotnego wezwania Konsorcjum firm do złożenia wyjaśnień samodzielnie uznał, iż oferta tego Wykonawcy jest ofertą ważną. Zamawiający w treści pierwszego wezwania w trybie art. 90 ustawy pzp z dnia 2 marca 2018 r. wezwał Konsorcjum firm do wyjaśnienia konkretnych pozycji kosztorysu ofertowego złożonego w ofercie Wykonawcy, tj. pozycji nr 20, 22, 23, 25, 27, 35, 36, 41, 56 wskazując, iż Konsorcjum firm zastosowało rażąco niskie stawki. W odpowiedzi konsorcjum firm złożyło wyjaśnienia z dnia 6 marca 2018 r. w których bardzo lakonicznie odniosło się do pozycji 35, 36, 41, 23 oraz 22. Bez spornym jest fakt, iż Konsorcjum firm całkowicie pominęło wezwanie dotyczące pozycji 20, 25, 27, 56. Ponadto Odwołujący zauważył, iż wyjaśnienia Konsorcjum firm są lakonicznie, nie wnoszą żadnych argumentów, czy środków dowodowych które pozwoliły by na uznanie, iż wycena ma charakter rzetelny, tym samym nie jest rażąco niska. W następstwie powyższego, Zamawiający w dniu 8 marca 2018 r. ponownie wezwał Konsorcjum firm do wyjaśnienia konkretnych pozycji kosztorysu ofertowego (powołując się na cyt. (...) źle wprowadzoną formułę w kontrolnym kosztorysie ofertowym nie ujęto poprawnej numeracji pozycji kosztorysu..) jednocześnie Nadleśnictwo zwróciło uwagę Konsorcjum firm na obowiązek złożenia rzetelnych, wyczerpujących wyjaśnień wraz ze środkami dowodowymi. Wezwanie dotyczyło złożonego w ofercie Wykonawcy kosztorysu w pozycjach nr 5, 8, 16, 18, 20, 22, 23, 25, 27, 28, 29, 30, 32, 35, 36, 41, 44, 45, 56 wskazując, iż konsorcjum winno w szczególności dla pozycji nr 41, 45, 27, 20, 16, 29 złożyć stosowne środki dowodowe. W odpowiedzi Konsorcjum firm złożyło drugie wyjaśnienia z dnia 12 marca 2018 r., w których bardzo lakonicznie odniosło się do pozycji 41 oraz 45. Jednocześnie wskazując, iż w pozycjach nr 16, 20, 27 popełniło omyłkę pisarską - zaniżając ceny 10 krotnie. Bez spornym jest fakt, iż Konsorcjum firm również w drugich wyjaśnieniach całkowicie pominęło wezwanie dotyczące pozostałych pozycji. Drugie wyjaśnienia są równie lakoniczne jak pierwsze, nadal nie wnoszą żadnych argumentów, czy środków dowodowych które pozwoliły by na uznanie, iż wycena ma charakter rzetelny, tym samym nie jest rażąco niska. Skutkiem powyższych działań Zamawiający uznał ofertę Konsorcjum firm za ważną. Odwołujący powołał się na wyrok Sądu

Okręgowego w Krakowie z dnia 23 kwietnia 2009 r. sygn. akt XII Ga 88/09 - LEX nr 552013, a także wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 30 stycznia 2007 r., sygn.. akt XIX Ga 3/07.

Odwołujący podkreślił, iż Konsorcjum firm wyjaśnień w zakresie wszystkich kwestionowanych pozycji nie złożyło, zaś w zakresie tych które wyjaśniało - tak naprawdę dotyczy to tylko pozycji nr 41 oraz 45 w wyjaśnieniach z 12 marca 2018 r. nie wykazano prawidłowości zastosowanej wyceny. Przykładowo Odwołujący zwrócił uwagę, iż wyjaśnienia dla pozycji nr 41 - druga zrywka KZ2 wyceniona na kwotę 3 zł. / m³ - są niewątpliwie nie prawdziwe. Konsorcjum firm twierdzi, iż wykonuje zamówienie bez kosztowo w zakresie kosztów zatrudnienia bowiem wykonywać je będzie jeden z Konsorcjantów — (właściciele firm), a jedynym kosztem jest koszt paliwa. Wycena ofertowa musi objąć zarówno zasoby osobowe oraz osobę kierującą (nadzorującą) ze strony Wykonawcy posiadającą wymagane zapisami SIWZ kwalifikacje i doświadczenie, koszty maszyn i urządzeń niezbędnych do wykonania usługi. Wykwalifikowana i doświadczona kadra pozwala na szybkie i efektywne wykonywanie prac. Wartość kosztów pracy przyjęta do ustalenia ceny uwzględnia wymogi przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2017 r. poz. 847). Konsorcjum winno oszacować cenę usługi w sposób uwzględniający niezbędne do poniesienia nakłady na wynagrodzenia. W celu ustalenia minimalnego wydatku finansowego, w przeliczeniu na 1 godzinę pracy, związanego z zatrudnieniem pracownika uwzględnić należy wymiar czasu pracy w przeciągu czasu wykonywania umowy, około 160 godzin średniomiesięcznie. Całkowite wydatki związane z zatrudnieniem pracownika leżące po stronie pracodawcy obejmują również obowiązki wynikające z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie tzw. koszty pośrednie w tym: urlopy, odprawy emerytalne, rentowe, nagrody jubileuszowe, pranie odzieży, środki czystości dla pracowników i z uwagi na specyfikę pracy napoje chłodzące, wydatki związane z utrzymaniem biura, zatrudnieniem pracownika do obsługi biura, biurowego, oraz do prac do nadzoru, dowóz pracowników, szkolenia, badania lekarskie (posiłki regeneracyjne przysługują pracownikom w pracujących w określonych warunkach, dlatego koszt związane z nimi zostały uwzględnione przy wycenie określonych czynności indywidualnie). W celu ustalenia minimalnego wydatku finansowego, w przeliczeniu na 1 godzinę pracy, związanego z zatrudnieniem pracownika w pierwszej kolejności koniecznym było ustalenia średniomiesięcznego wymiaru czasu pracy. Przepisy Kodeksu pracy określają normy czasu pracy, wynoszące: 8 godzin na dobę i przeciętnie 40 godzin na tydzień w przeciętnie pięciodniowym tygodniu pracy w przyjętym okresie rozliczeniowym. W oparciu o te normy pracodawca ustala liczbę godzin i dni do przepracowania w przyjętym okresie rozliczeniowym czasu pracy. Liczbę tych godzin oblicza się: mnożąc 40 godzin przez

liczbę tygodni przypadających w okresie rozliczeniowym, a następnie dodając do otrzymanej liczby godzin iloczyn 8 godzin i liczby dni pozostałych do końca okresu rozliczeniowego, przypadających od poniedziałku do piątku. Szczegółowe wyliczenia pozwalają na ustalenie stawki za 1 roboczogodzinę (uwzględniając m.in. koszty pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę na poziomie nie mniejszym niż 2.100 zł, stawki godzinowej na poziomie 13,70 zł. Przy czym nawet jeśli prace te wykonuje właściciel firmy bezapelacyjnie musi zapewnić, iż koszty pracy których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę. Odwołujący podkreślił również, iż nawet właściciel firmy nie pracuje bez kosztowo, minimalnym kosztem są bowiem koszty dla osób samozatrudniających się w ramach prowadzonej działalności gospodarczej. Przy założeniu, iż realizacja obejmie minimum 1h (kalkulacja została oparta na doświadczeniu własnym konsorcjantów, pozwalającym stwierdzić iż średnie zlecenia obejmują różne zakresy czynności w ramach usług wyspecyfikowanych w SIWZ). Koszty te obejmują koszty osobowe - realne koszty samozatrudnienia w ramach prowadzonej działalności gospodarczej na poziomie wymaganym przepisami prawa, obowiązującymi na rok 2018, tj. Podatek dochodowy, obowiązująca skala podatkowa 19%, Ubezpieczenie zdrowotne - kwota 297,28 zł, Ubezpieczenia społeczne w tym na ubezpieczenie chorobowe, rentowe, emerytalne oraz wypadkowe - kwota 812,61 zł, Fundusz pracy - kwota 62,67 zł. Ponadto koszty winny objąć konieczne zabezpieczenie finansowe (w ramach kosztów pośrednich) na podniesienie ewentualnych zwwyżek dotyczących kosztów samozatrudnienia w roku 2018.

Praca maszynowa wymaga również zabezpieczenia - koszty utrzymania sprzętu (m.in. paliwa, smary, obsługa, ryzyko naprawy), przy czym istotnym jest, iż Konsorcjum firm wyjaśnia, iż zapewni jedynie koszty paliwa. Zaś elementy niezbędne przy eksploatacji maszyny to m.in.: obsługa codzienna czyli smarowanie maszyny - 10 zł, koszty paliwa około 0,81 /m³ serwis maszyny roczny w tym: wymiana olejów w silniku około 1000 zł, filtrów około 6600 zł na rok, wymiana 150l oleju przekładniowego tj. około 1000 zł, wymiana i uzupełnienie oleju hydraulicznego około 2500 zł na rok, badania okresowe dozoru technicznego maszyny różnie na 2 lata - koszt 300 zł, co dwa miesiące konserwacja maszyny przez konserwatora maszyn i urządzeń koszt - 100 zł, drobne awarie, zużycie węży hydraulicznych - około 2000 zł na rok (a biorąc pod uwagę, iż sprzęt jest stary i zużyty awarie są nieuniknione), ewentualne raty leasingu, czy dojazd do pozycji z miejsca parkingowego, ewentualnie koszty transportu maszyny. Konsorcjum firm w swoich wyjaśnieniach w ogóle takich kosztów nie ujmuje.

Realizowana usługa ma charakter okresowy, realizowana jest zgodnie z wymogami

SIWZ, w szczególności pkt. 3.3 oraz załączniki nr 3, projekt umowy w cyklu sukcesywnym. Tym samym należy uwzględnić fakt, iż usługa realizowana będzie etapowo i wszelkie koszty muszą zabezpieczyć jej realizację w trakcie obowiązywania umowy - całego roku 2018.

Odwołujący zaznaczył, że działanie Zamawiającego nie tylko narusza prawo, ale jest wysoce niekonsekwentne. Nie można bowiem wyzwać do wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny, a potem twierdzić (poprzez uznanie oferty za ważną), że w istocie brak wyjaśnień, pominięcie w wyjaśnieniach większości kwestionowanych pozycji, czy też zdawkowe przyznanie się do błędów w obliczeniu ceny nie jest istotne. W orzecznictwie podkreśla się, iż nie tylko cena, ale i koszt może mieć charakter rażąco niski (art. 90 ust. 1 ustawy pzp), to w stanie prawnym, w świetle którego dokonywana jest ocena niniejszej sprawy, stwierdzenie rażąco niskiej ceny może dotyczyć ceny całkowitej, a więc za wykonanie przedmiotu zamówienia. Jednakże w orzecznictwie dopuszczano możliwość stwierdzenia rażąco niskiej ceny na podstawie cen jednostkowych (w rozważanym stanie prawnym) w sytuacji, w której cena czy ceny jednostkowe mają wpływ na cenę końcową, wówczas możliwym jest przesądzenie, iż ostateczna cena realistyczną nie jest. Poza sporem jest fakt, że ceny jednostkowe to istotne części składowe całkowitej ceny ofertowej. Ponadto, samo Konsorcjum firm przyznało, iż oferta jest obarczona błędem w obliczeniu ceny (pozycjach nr 16, 20, 27 popełniło omyłkę pisarską - zaniżając ceny 10 krotnie), tym samym winna być odrzucona na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy pzp.

W zakresie pozostałych zarzutów dotyczących art. 91 ustawy pzp poprzez niezgodne z przepisami ustawy pzp oraz wytycznymi specyfikacji istotnych warunków zamówienia działanie Zamawiającego w zakresie wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie określonych w postępowaniu kryteriów oceny ofert. Niegodne z przepisami ustawy pzp oraz wytycznymi specyfikacji istotnych warunków zamówienia dokonanie wyboru oferty Konsorcjum firm, podlegającej odrzuceniu zgodnie ze wskazaniem niniejszego odwołania. Zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej dla pakietu nr V narusza w sposób bezzasadny dyrektywę art. 91 ustawy pzp i spowodowało pozbawienie Odwołującego prawa uzyskania zamówienia publicznego, mimo faktu iż jego oferta była najkorzystniejsza na podstawie przyjętych w postępowaniu kryteriów oceny oferty. Artykuł 7 ust. 1 ustawy pzp, poprzez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, polegające na tym, że oferta Konsorcjum firm została poddana ocenie na podstawie zupełnie innych mierników, niż przewidywane ustawą pzp oraz mimo iż jest nieważna została wybrana jako najkorzystniejszą w pakiecie nr V, zaś ofertę Odwołującego pozbawiono możliwości realizowania zamówienia publicznego.

Z ostrożności procesowej Odwołujący podniósł, iż ewentualnie Zamawiający

w przypadku uznania, iż cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, wówczas analizy przesłanki art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy nakłada na zamawiającego obowiązek unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sytuacji, gdy cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Odwołujący zaznaczył, iż kwota jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia nie musi być tożsama z kwotą, którą zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. W toku postępowania może okazać się bowiem, że zamawiający będzie w stanie przeznaczyć na realizację zamówienia kwotę wyższą od podanej przed otwarciem ofert. W konsekwencji, gdy cena najkorzystniejszej oferty jest wyższa od kwoty jaką zamawiający przeznaczył na sfinansowania zamówienia, zamawiający może przeznaczyć na realizację zamówienia kwotę wyższą od podanej przed otwarciem ofert i udzielić zamówienia. Wówczas kwota jaką zamawiający przeznacza na udzielenie zamówienia będzie przekraczała kwotę określoną w art. 86 ust. 3 ustawy.

Pismem z dnia 17 kwietnia 2018 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie i wnioś o oddalenie odwołania w oparciu o art. 192 ust. 1 ustawy pzp. Zamawiający wskazał w uzasadnieniu, że w postępowaniu przeprowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego według procedury odwróconej określonej w art. 24 aa ustawy pzp, wpłynęły dwie oferty. Zgodnie z dyspozycją art. 86 ust. 3 ustawy pzp, bezpośrednio przed otwarciem ofert Zamawiający podał, że na sfinansowanie zamówienia została przeznaczona kwota: całość zamówienia podstawowego: netto: 6.881.627,91 zł; brutto: 7.538.226,66 zł Pakiet nr V zamówienie podstawowe: netto 1.183.281,99 zł; brutto: 1.284.587,17 zł. Zamawiający przewidział możliwość udzielenia zamówień: do 50% wartości zamówienia podstawowego, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy pzp, do 20% wartości zamówienia podstawowego prawo opcji. Oferty zostały złożone przez wykonawców działających wspólnie: Oferta V/1 — konsorcjum w składzie: 1) P. S., działający pod nazwą: Przedsiębiorstwo Handlowo-Uslugowo Transportowe P. S. z siedzibą w Słubicach (lider), 2) C. S., działający pod nazwą: Przedsiębiorstwo Handlowo-Uslugowe „Pawełek” C. S. z siedzibą w Słubicach; Oferta V/2 — konsorcjum, które wniosło odwołanie. Kierując się kryteriami oceny ofert określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (cena 60 pkt, samodzielna realizacja kluczowych elementów zamówienia 40 pkt), stosownie do art. 91 ust. 1 ustawy pzp Zamawiający ocenił jako najkorzystniejszą ofertę oznaczoną nr V/1, gdyż otrzymała ona 100 punktów. Oferta Odwołującego się konsorcjum otrzymała 88,48 pkt. Odwołujące się konsorcjum złożyło ofertę, w której zaoferowało wykonanie zamówienia za cenę przekraczającą o 16,3% kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie części V (pakietu) zamówienia.

Konsorcjum, które złożyło najkorzystniejszą ofertę, w złożonych oświadczeniach i dokumentach potwierdziło, że nie podlega wykluczeniu z postępowania i że spełnia ustawowe warunki udziału w postępowaniu. Badając ofertę najkorzystniejszą, na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp Zamawiający poprawił w ofercie niepowodującą istotnych zmian w treści oferty omyłkę dotyczącą niezgodności oferty z SIWZ, polegającą na mylnym ujęciu w pozycji 11 formularza ofertowego ilości sztuk „przycięcia na bezpiekę”. Zamiast 2 szt. winno być 6 szt., w wyniku czego wartość netto oferty wzrosła z 1.111.996,00 zł do 1.115.996,00 zł, brutto z 1.205.795,13 zł do 1.210.115,13 zł. W piśmie z dnia 2 marca 2018r. Zamawiający poinformował Lidera Konsorcjum o poprawce, pouczając o możliwości niewyrażenia zgody na czynność zamawiającego. W ustawowym terminie Konsorcjum nie wniosło sprzeciwu. Zamawiający zwrócił się do Konsorcjum (pisma Zamawiającego z 2 i z 8 marca 2018r.) o wykazanie w oparciu o art. 90 ust. 2 ustawy pzp, że we wskazanych przez zamawiającego pozycjach formularza ofertowego koszty nie są rażąco zaniżone w rozumieniu art. 90 ust. 1 ustawy pzp. W wyjaśnieniach z 6 i 12 marca 2018r., głównie w tym ostatnim, zdaniem Zamawiającego Konsorcjum logicznie i wystarczająco wykazało, że niżej wyceniono pozycje nr 35, 36 i 41 z tej przyczyny, że wykonawcy wykonują roboty maszynowe osobiście, nie ponosząc wysokich kosztów zatrudnienia. Pozostałe pozycje (poza poz. 16, 20 i 27) dotyczą małego zakresu robót. Wykonawca przyznał, po analizie swojego formularza ofertowego, że w pozycjach 16, 20 i 27 ewidentnie pomylił się (poz. 16 — jest 30 zł, winno być 300 zł, poz. 20 — jest 15 zł, winno być 150 zł, poz. 27 — jest 100 zł, winno być 1.000 zł). Informacyjnie Zamawiający podaje, że gdyby nawet oferta wybranego wykonawcy nie zawierała tych pomyłek, to i tak przeliczona cena oferty byłaby o 52.892,02 zł brutto niższa od kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia.

Zdaniem Zamawiającego odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie i powinno zostać oddalone. Zamawiający wyjaśnił, że w pierwszym przetargu na wykonanie usług leśnych w 2018 r. na wszystkie części zamówienia złożono oferty z cenami znacznie przekraczającymi kwoty, które Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówień. Po unieważnieniu postępowań ze względu na brak możliwości podwyższenia kwot przeznaczonych na sfinansowanie tych zamówień, Zamawiający zmniejszył części zamówienia w ten sposób, że poszczególne części obejmują nie trzy, a po dwa leśnictwa. W ten sposób Zamawiający próbował stworzyć szanse udziału w postępowaniach również mniejszym pod względem potencjału przedsiębiorcom. Pomimo tego, w II przetargu na części 1, 2, 3 i 4 wpłynęły tylko pojedyncze oferty, każda znacznie przewyższająca cenowo kwoty przeznaczone na sfinansowanie tych części. Zamawiający starał się uzyskać w jednostce nadrzędnej zgodę na podwyższenie puli środków, które zostałyby przeznaczone na sfinansowanie zamówień, jednak — z uwagi na brak możliwości finansowych — zgody takiej nie uzyskał, w efekcie czego

postępowanie na części I - IV zostało unieważnione w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy pzp. Postępowanie na część V, której dotyczy odwołanie, również zostałoby z tych samych przyczyn unieważnione, gdyby wpłynęła tylko oferta odwołującego się Konsorcjum. W kontekście potwierdzenia przez jednostkę nadrzędną, że oferty z cenami przewyższającymi znacząco możliwości finansowe Nadleśnictwa Krosno nie mogą być realizowane ze względu na brak środków finansowych, a oferta Odwołującego znacznie możliwości finansowe Zamawiającego przekracza, brak jest realnych szans na przyjęcie oferty Odwołującego się Konsorcjum, gdyby nawet, w wyniku powtórzenia czynności oceny ofert, oferta drugiego Konsorcjum została odrzucona.

Zamawiający wyjaśnił ponadto, że także przy ewentualnym unieważnieniu postępowania na część V zamówienia w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp, nie można przyjąć założenia, że Odwołujące się Konsorcjum może uzyskać zamówienie. 2018 rok jest w Państwowym Gospodarstwie Leśnym pierwszym rokiem, w którym tak znacząco wzrosły ceny ofert na wykonawstwo usług leśnych. Realizacja tych usług jest niezbędna dla wykonania planów finansowo — gospodarczych, przede wszystkim w zakresie obejmującym usługi obejmujące pozyskanie surowca drzewnego, gdyż z jego sprzedaży utrzymywane są inne formy działalności, w tym hodowla lasu, która jest wyłącznie kosztochłonna. Dodatkowo, co jest znane powszechnie, w kilku miejscach kraju miały ostatnio miejsce klęski żywiołowe, które spowodowały ogromne szkody w drzewostanach. To spowodowało, że kierownictwo Lasów Państwowych zmuszone zostało do przeznaczenia dużych środków finansowych w celu likwidacji skutków tych klęsk. Ponieważ usunięcie połamanych drzew z terenów objętych klęskami jest bardzo utrudnione, kwoty przeznaczone dla zakładów usługowych tam pracujących znacząco wzrosły, co w prosty sposób ograniczyło możliwości wspierania finansowego nadleśnictw pracujących w normalnych warunkach. Kosztów tych nie rekompensują wpływy ze sprzedaży surowca pozyskanego w terenach objętych klęskami, gdyż tylko część drewna posiada cechy drewna pełnowartościowego, a część pozostała z trudem pozyskuje nabywców, ze względu na znaczną nadpodaż, co z kolei wpływa na poziom cen. W efekcie, w całych Lasach Państwowych poziom cen usług leśnych jest na bieżąco monitorowany i przymusowo kontrolowany. W tym kontekście Zamawiający będzie, oczywiście, zmierzał w kolejnych postępowaniach do udzielania zamówień, lecz wyłącznie w ramach środków zaakceptowanych przez jednostkę nadrzędną. To zaś może spowodować, że będą to realnie inne zamówienia, o ograniczonym przedmiotowo zakresie i czego nie można z góry wykluczyć — opisane w jeszcze mniejszych częściach (1 leśnictwo). Oznacza to, że oferta Odwołującego się Konsorcjum nie może w żadnych okolicznościach zostać przyjęta do realizacji, a wszelkie rozważania o możliwości uzyskania przez Odwołującego jakiegось przyszłego, o nieznanym zakresie, zamówienia, nie mogą mieć oparcia w aktualnej treści art.

179 § 1 ustawy pzp.

Zamawiający wskazał, że Odwołujący nie może wykazać przesłanki w postaci poniesienia lub możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy pzp. W orzecnictwie Krajowej Izby Odwoławczej oraz sądów wyjaśniono, że wykazanie szkody, o której stanowi przepis art. 179 ust. 1 ustawy pzp, jest możliwe wyłącznie wtedy, gdy jest możliwe rozstrzygnięcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w interesie i na korzyść Odwołującego, skutkiem czego możliwe byłoby zawarcie umowy z Odwołującym (np. wyroki Krajowej Izby Odwoławczej: z 23.06.2017r., KIO 1200/17, z 19.06.2017r., KIO 1110/17, z 8.06.2017r., KIO 1040/17, z 22.05.2017r., KIO 921/17, z 19.05.2017r., KIO 828/17, z 4.04.2017r., KIO 559/17, z 3.03.2017r., KIO 336/17, z 26.08.2016r., KIO 1517/16, z 14.06.2016r., KIO 912/16, z 22.07.2015r., KIO 1447/15, z 9.05.2014r., KIO 906/14, wyr. Sądu Okręgowego w Piotrkowie Trybunalskim z 17.02.2014r., II Ca 9/1 1, wszystkie wyroki publ. w Legalis).

Powołując się na treść uwzględnionych przez Zamawiającego wyjaśnień udzielonych w trybie art. 90 ustawy pzp, Zamawiający potwierdził, że w jego ocenie zaoferowana w przyjętej ofercie cena jest ceną realistyczną i tylko o 6% niższą od kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia i gwarantuje wykonawcy osiągnięcie zysku. Powołał się na wyrok z dnia 7 grudnia 2017r., KIO 2473/17 (Legalis), wyrok z dnia 14 czerwca 2016r., KIO 912/16, Legalis). Oczywiście, zamawiający ma prawo zażądać odpowiednich dowodów, jednak ich niezłożenie nie może skutkować automatycznym uznaniu oferty za podlegającą odrzuceniu z powodu rażąco niskiej ceny lub kosztu (Pieróg, Komentarz do art. 90 ustawy pzp, 2017r., Legalis). Ponieważ — zdaniem Zamawiającego — Odwołujące się Konsorcjum nie wykazało, że istnieje realna możliwość wyboru jego oferty w tym (w danym) postępowaniu, nie może uzyskać zamówienia, a tym samym nie może ponieść uszczerbku majątkowego (szkody) vide wyroki Krajowej Izby Odwoławczej z fr., KIO 828/17, z 12.02.2015r., KIO 205/15, z 13.06.2014r., KIO 1154/11, z 15.05.2013r., KIO 1025/13 (publ. w Legalis). Wielokrotnie też Krajowa Izba Odwoławcza wyjaśniała, że w przypadku braku łącznego spełnienia obu materialnoprawnych przesłanek wskazanych w art. 179 ust. 1 ustawy pzp, odwołanie podlega oddaleniu z uwagi na brak legitymacji do jego wniesienia, niezależnie od zasadności podniesionych w nim zarzutów.

Prowadzone przez Zamawiającego postępowanie, nie może być powtórzone w wersji pierwotnej (jak w II przetargu), z uwagi choćby na sytuację rynkową oraz na możliwości finansowe Zamawiającego. Nie jest to też tego rodzaju postępowanie, w którym chodzi o realizację konkretnego projektu za jak najniższą cenę. A ponieważ Odwołujący nie wykazał kwalifikowanego poniesieniem szkody interesu w uzyskaniu zamówienia w przedmiotowym, a nie jakimś hipotetycznym, przyszłym postępowaniu, brak jest — zdaniem Zamawiającego —

ustawowych przesłanek przemawiających za celowością nakazania Zamawiającemu powtórzenia czynności oceny ofert i wybrania oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu na część V zamówienia. Tym samym, skoro Zamawiający nie może, z uwagi na brak środków finansowych, podwyższyć kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia, zasadny jest wniosek o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że nie zaistniały przesłanki określone w art. 189 ust. 2 ustawy pzp, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba stwierdziła, że w terminie 3 dni od otrzymania kopii odwołania żaden Wykonawca nie zgłosił przystąpienia w trybie art. 185 ust. 2 ustawy pzp do postępowania odwoławczego.

Izba oceniła, że Odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia, jak również możliwość poniesienia szkody, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy. Odwołujący jest podmiotem, którego oferta została sklasyfikowana na drugim miejscu zgodnie z informacją o wyborze najkorzystniejszej oferty. W przypadku uwzględnienia odwołania oferta Odwołującego może zostać uznana za ofertę najkorzystniejszą. Odwołujący może ponieść szkodę przejawiającą się ostatecznie w nieuzyskaniu zamówienia. Twierdzenie Zamawiającego odnośnie braku legitymacji Odwołującego do wniesienia odwołania należy uznać za nieuzasadnione. Po pierwsze nie ma w kontekście wykazania interesu we wniesieniu odwołania znaczenia, że oferta Odwołującego przekracza środki przeznaczone przez Zamawiającego na realizację zamówienia. Zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy pzp zamawiający unieważnia postępowanie gdy cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty. Zamawiający nie może na tym etapie przesądzić, że środki przeznaczone na realizację zamówienia nie zostaną zwiększone. Jak sam Zamawiający wskazał decyzję w tym zakresie względem Zamawiającego podejmuje Regionalna Dyrekcja Lasów Państwowych w Zielonej Górze. Jak wynika z pisma z dnia 13 kwietnia 2018 r. - Monitoring przetargów na usługi leśne - nie rozpatrywano pakietu nr V w aspekcie możliwości finansowych nadleśnictwa. Abstrahując od powyższego, nawet jeśli Zamawiający unieważni postępowanie w pakiecie nr V to zgodnie z orzecznictwem TSUE interes w uzyskaniu zamówienia należy rozumieć szeroko i może dotyczyć również potencjalnego uzyskania zamówienia w postępowaniu wszczętym po unieważnieniu przedmiotowego postępowania. Zamawiający nie może również na ten moment przesądzić jaki będzie zakres nowego ogłoszonego postępowania, czy będzie to tożsame zamówienie czy ograniczone. Zdarzenia, na które powołuje się Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, jako przyszłe i niepewne nie mogą odbierać Odwołującemu interesu we wniesieniu odwołania.

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. ogłoszenia o zamówieniu, SIWZ wraz z załącznikami, wyjaśnień treści SIWZ i modyfikacji treści SIWZ, informacji z otwarcia ofert, informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty, oferty Konsorcjum firm, wezwania Zamawiającego do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny z dnia 2 i 8 marca 2018 r., wyjaśnień Konsorcjum firm z dnia 6 i 12 marca 2018 r.. Ponadto Izba dopuściła dowody złożone na rozprawie przez Odwołującego: wyliczenie kosztów prac maszynowych na przykładzie poz. 5 załącznika nr 2 do SIWZ.

Na podstawie tych dokumentów oraz stanowisk stron prezentowanych na rozprawie Izba dokonała ustaleń faktycznych stanowiących podstawę do wydania rozstrzygnięcia w przedmiocie podniesionych zarzutów.

Mianowicie, Izba ustaliła, że w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego otwarcie ofert odbyło się dnia 21 lutego 2018 r., a w postępowaniu w pakiecie nr V oferty złożyło dwóch Wykonawców. Wykonawca Konsorcjum firm: Lider: Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowo Transportowe P. S. oraz Przedsiębiorstwo Handlowo - Usługowe "Pawełek" C. S. z siedzibą w Słubicach (cena ofertowa brutto: 1 205 795,13 zł), oraz Odwołujący (cena ofertowa brutto: 1 492 422,51 zł). Kwota jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w pakiecie nr V wynosiła: 1 284 587,17 zł. Pismem z dnia 2 marca 2018 r. Zamawiający poprawił w ofercie Wykonawcy Konsorcjum firm: Lider: Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowo Transportowe P. S. oraz Przedsiębiorstwo Handlowo - Usługowe "Pawełek" C. S. z siedzibą w Słubicach inną omyłkę w wyniku czego cena ofertowa brutto wynosiła: 1 210 115,13 zł. W dniu 28 marca 2018 r. Zamawiający poinformował Wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum firm, który otrzymał maksymalną ilość punktów w kryterium „cena” - 60 pkt oraz 40 pkt za „samodzielną realizację kluczowych elementów (części) zamówienia, łącznie 100 pkt. Oferta Odwołującego zgodnie z przyznaną punktacją zajmowała drugie miejsce w rankingu ofert z łączną liczbą punktów - 88,48.

W myśl pkt 2.3. SIWZ: „Postępowanie jest prowadzone zgodnie z zasadami przewidzianymi dla tzw. „procedury odwróconej”, o której mowa w art. 24aa ust. 1 i 2 PZP. Stosownie do przywołanych przepisów Zamawiający najpierw dokona oceny ofert, a następnie zbada, czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu.”

Zgodnie z pkt 3.1. 3), 10) SIWZ „3) Szczegółowy opis prac (czynności) wchodzących w skład przedmiotu zamówienia zawarty został odpowiednio w załączniku nr 3. Zakresy rzeczowe zestawione w załącznikach nr 3.1.-3.3. mają charakter szacunkowy. 10) Z uwagi na faktyczną sytuację przyrodniczo-pogodową, która może zaistnieć w trakcie realizacji

przedmiotu zamówienia, a także nieprzewidzianą w tej chwili sytuację gospodarczo-ekonomiczną, Zamawiający zastrzega sobie prawo do dokonania korekt zmniejszających, korekt zwiększających, ustaleń nowych lokalizacji, jak również wstrzymania dokonania czynności wskazanych w poszczególnych wierszach tabel opisujących przedmiot zamówienia. Korekty zwiększające nie oznaczają wprowadzenia nowych prac, nie objętych zakresem zamówienia podstawowego, a korekty zmniejszające nie oznaczają całkowitej rezygnacji z części prac. Należy je rozumieć jako zwiększenie ilości prac w jednej lokalizacji, kosztem zmniejszenia ilości prac w innej lokalizacji – w ramach wartości brutto przedmiotu zamówienia. Korekty dotyczyć będą prac wykonywanych na terenie właściwym dla prac ujętych w opisie przedmiotu zamówienia dotyczącym danej części. Konieczność zwiększenia rozmiaru niektórych elementów realizowanego zamówienia w toku wykonywania przedmiotu zamówienia może wystąpić również po to, aby zrealizować pełny zakres prac opisany w przedmiocie zamówienia. Ustalenie nowej lokalizacji odbywa się w ramach przedmiotu zamówienia.”

W myśl pkt 3.6. SIWZ: „W stosunku do każdego Pakietu Zamawiający jest uprawniony zlecić Wykonawcy dodatkowy zakres rzeczowy obejmujący czynności analogiczne, jak opisane w opisie przedmiotu zamówienia (dalej: „Opcja”). Przedmiotem Opcji mogą być wszystkie lub niektóre z czynności opisanych w opisie przedmiotu zamówienia. Zamawiający nie jest zobowiązany do zlecenia prac objętych przedmiotem Opcji, a Wykonawcy nie służy roszczenie o ich zlecenie. Prace będące przedmiotem Opcji mogą zostać zleczone na wartość do 20 % wartości przedmiotu zamówienia określonej zgodnie z § 10 ust 1 wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 10 do SIWZ.”

Zgodnie z pkt 13.1. SIWZ: „Wykonawca zobowiązany jest podać w Ofercie (załącznik nr 1 do SIWZ) łączną cenę za wszystkie pozycje (prace) przewidziane w Kosztorysie Ofertowym (załącznik nr 2 do SIWZ) dla Pakietu, na który składa swoją ofertę. 13.2. Ceny jednostkowe za poszczególne pozycje (prace) wchodzące w skład Pakietu powinny być podane w Kosztorysie Ofertowym. Każda cena jednostkowa musi być tak podana, aby pokrywała wszelkie koszty i ryzyka Wykonawcy związane z realizacją czynności, której dotyczy. Wykonawca nie może kosztów realizacji danej czynności doliczać do kosztów realizacji innych czynności. Cena łączna wynikająca z Kosztorysu Ofertowego za poszczególne pozycje (prace) wchodzące w skład danego Pakietu powinna zostać przeniesiona do Oferty (załącznik nr 1 do SIWZ). 13.3. Oferta (załącznik nr 1 do SIWZ) oraz Kosztorys Ofertowy (załącznik nr 2 do SIWZ) muszą być wypełnione odrębnie dla każdego Pakietu, na który ofertę składa Wykonawca. 13.4. Cenę łączną należy podać w złotych w kwocie brutto w odniesieniu do całego przedmiotu zamówienia danego Pakietu, z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku (zgodnie z matematycznymi zasadami zaokrągleń) wraz z wyszczególnieniem w Kosztorysie Ofertowym (załącznik nr 2 do SIWZ)

zastosowanej stawki podatku VAT. 13.5. Stawkę podatku od towarów i usług (VAT) należy uwzględnić w wysokości obowiązującej na dzień składania ofert. 13.6. Określony w SIWZ rzeczowy zakres przedmiotu zamówienia oraz postanowienia wynikające z wzoru umowy załączonego do SIWZ stanowią podstawę do obliczenia cen jednostkowych oraz ceny łącznej wynikającej z oferty.”

Paragraf 1 ust. 3-5, 8-9 wzoru umowy stanowi: „3. Wskazana w SIWZ ilość prac wchodzących w zakres Przedmiotu Umowy ma charakter szacunkowy. Ilość prac zleconych do wykonania w trakcie realizacji Umowy może być mniejsza od ilości przedstawionej w SIWZ, co jednak nie może być podstawą do jakichkolwiek roszczeń w stosunku do Zamawiającego. Zamawiający może zlecić w trakcie realizacji Umowy zakres prac mniejszy niż wskazany w SIWZ, jednak nie mniej niż 70 % Wartości Przedmiotu Umowy określonej zgodnie z § 10 ust 1 i 2. 4. Wielkości wskazane w układzie sortymentowym pozyskania drewna zawartym w SIWZ są oparte o szacunki brakarskie, a faktyczny rozmiar prac w tym zakresie zlecany Wykonawcy może się różnić do 25% w stosunku do zakresu wskazanego w układzie sortymentowym pozyskania drewna zawartym w SIWZ. 5. Z uwagi na faktyczną sytuację przyrodniczą lub pogodową, która może zaistnieć w trakcie realizacji Przedmiotu Umowy, a także nieprzewidzianą sytuację gospodarczo - ekonomiczną, Zamawiający jest uprawniony do zmniejszenia lub zwiększenia ilości prac (czynności) planowanych do wykonania w danych lokalizacjach (adresach leśnych). Zwiększenie ilości prac nie oznacza wprowadzenia nowych prac, nieobjętych Przedmiotem Umowy. Należy je rozumieć jako zwiększenie ilości prac w jednej lokalizacji, kosztem zmniejszenia ilości prac w innej lokalizacji w ramach wartości brutto przedmiotu zamówienia. 8. Zamawiający jest uprawniony zlecić Wykonawcy dodatkowy zakres rzeczowy obejmujący czynności analogiczne jak opisane w SIWZ („Opcja”). Zamawiający nie jest zobowiązany do zlecenia prac objętych przedmiotem Opcji, a Wykonawcy nie służy roszczenie o ich zlecenie. 9. Prace będące przedmiotem Opcji mogą zostać zleczone na wartość do 20 % Wartości Przedmiotu Umowy określonej zgodnie z § 10 ust 1.”

W myśl § 2 ust. 1-3 i 11 wzoru umowy: „1. Wykonawca będzie wykonywał Przedmiot Umowy na podstawie pisemnych zleceń przekazywanych przez Przedstawicieli Zamawiającego („Zlecenie”). Zlecenie określać będzie zakres prac do wykonania, termin ich realizacji, lokalizację (adres leśny numery inwentarzowe, numery kwater), a w przypadku zaistnienia takiej potrzeby, również szczególne wymagania co do sposobu wykonania prac oraz określenie części przedmiotu Zlecenia objętych odbiorami częściowymi. Wykonaniem Zlecenia w zakresie dotyczącym danej lokalizacji jest wykonanie zabiegu określonego w Zleceniu w tej lokalizacji. Podana w zleceniu ilość surowca drzewnego przewidywanego do pozyskania i zrywki jest jedynie wielkością szacunkową. Uznaje się, że wykonanie zlecenia z zakresu pozyskania i zrywki drewna zostanie zrealizowane w momencie zrealizowania przez

Wykonawcę wszystkich prac objętych zleceniem i wypełnienie wszystkich wymogów - opisanych w SIWZ. 2. Zamawiający dołoży starań, aby wartość prac będących przedmiotem Zleceń w zakresie zrywki i pozyskania przypadających do wykonania w miesiącu trwania Umowy nie przekroczyła 20 % wartości prac z zakresu pozyskania wchodzących w skład Przedmiotu Umowy. 3. Wykonawca nie może odmówić przyjęcia Zlecenia, co nie uchybia uprawnieniom Wykonawcy określonym w ust. 10. 11. Zamawiający jest uprawniony do zmiany lokalizacji realizacji przedmiotu Zlecenia, wstrzymania realizacji lub odwołania realizacji Zlecenia w przypadku zaistnienia niesprzyjających warunków przyrodniczych bądź atmosferycznych, zmian na rynku sprzedaży drewna lub powierzenia Zamawiającemu nowych zadań gospodarczych lub publicznych.”

Zgodnie z § 3 ust. 1-3 wzoru umowy: „Przedmiot Umowy będzie realizowany od dnia _____ r. do dnia 31 stycznia 2019 r. 2. Wykonawca będzie wykonywał Przedmiot Umowy, po przekazaniu mu Zleceń przez Przedstawicieli Zamawiającego zgodnie z § 2 ust. 4 lub 8 Umowy. Termin wykonania poszczególnych prac stanowiących przedmiot Zlecenia określony zostanie każdorazowo w Zleceniu. 3. Zamawiający dołoży starań, aby udzielać Zleceń zgodnie z ramowym harmonogramem realizacji Przedmiotu Umowy, stanowiącym Załącznik Nr 4 do Umowy. Strony niniejszym potwierdzają sobie wzajemnie, iż informacje o pracach wchodzących w zakres Przedmiotu Umowy przypadających na poszczególne okresy wskazane w ramowym harmonogramie realizacji Przedmiotu Umowy mają charakter szacunkowy i mogą ulec zmianie w uzasadnionych przypadkach.”

W myśl § 9 ust. 2 wzoru umowy: „Odbiór będzie obejmował obmiar ilości wykonanych prac oraz ocenę ich jakości. Zasady odbioru prac dla poszczególnych prac określa SIWZ.”

Zgodnie z § 10 ust. 3-4 wzoru umowy: „3. Wynagrodzenie należne Wykonawcy za wykonanie prac stanowiących przedmiot udzielonych Zleceń obliczane będzie na podstawie ilości odebranych prac, według cen jednostkowych podanych w Kosztorysie Ofertowym zawartym w Ofercie. 4. Ceny jednostkowe, o których mowa w ust. 3, nie będą podlegały zmianom w trakcie realizacji Umowy, z zastrzeżeniem postanowień § 11 ust. 5. Wykonawca niniejszym potwierdza, iż ceny jednostkowe za wykonanie poszczególnych prac uwzględniają wszystkie koszty związane z ich wykonaniem.”

W dniu 2 marca 2018 r. Zamawiający skierował do Konsorcjum firm wezwanie w trybie art. 90 ust. 1 ustawy pzp zmierzające do ustalenia czy złożona oferta nie zawiera rażąco niskiego kosztu. Zamawiający wskazał, że dotyczy to następujących pozycji kosztorysu ofertowego: 20,22, 23, 25, 27, 35, 36, 41 i 56. Do pisma został dołączony kosztorys ofertowy z w/w pozycjami z wyliczeniem różnic pomiędzy oferowaną stawką a stawkami planowanymi przez Zamawiającego.

W odpowiedzi Konsorcjum firm wskazało, że podane przez Zamawiającego „pozycje kosztorysu ofertowego nie zostały rażąco zaniżone. Konsorcjum wykonuje zamówienia od

kilku lat na podobnych w ofercie stawkach i jest w stanie wykonać zamówienie w sposób należyty - zgodnie z ofertą Zamawiającego i dodatkowo wypracować dla siebie zysk. Powyższe wynika przede wszystkim z okoliczności, iż większość prac maszynowych (pkt 35, 36 i 41) wykonywana jest przez dwie osoby - członków konsorcjum, którzy posiadają niezbędne uprawnienia do ich obsługi. Powyższe znacznie minimalizuje koszty i zwiększa wydajność. Konsorcjum nie ma potrzeby zatrudniania dodatkowo dwóch operatorów maszyna co za tym idzie nie ponosi dodatkowych kosztów z tytułu zatrudnienia pracowników czy też podwykonawstwa. Konsorcjum zatrudnia pracowników oferując kwotę minimalnego wynagrodzenia. Podkreślić należy, że Nadleśnictwo oferuje stawki katalogowe. W piśmie Nadleśnictwa m.in. jako rażąco niski wskazano koszt zawieszenia nowych budek lęgowych gdzie kwota wskazana w ofercie konsorcjum to 10 zł za sztukę, natomiast koszt oferowany przez Nadleśnictwo to 7,34 zł za sztukę (pkt 23 kosztorysu ofertowego). Zatem Konsorcjum podało kwotę wyższą. Natomiast zabezpieczenie drzewek przed zgryzaniem osłonki - cena proponowana przez Konsorcjum to 400 zł za 1000 szt. cena proponowana przez Zamawiającego 646,70 zł, biorąc pod uwagę, że w ofercie podano do wykonania 100 drzewek różnica końcowa w cenie wynosi 24,67 zł (pkt 22 kosztorysu ofertowego). Podkreślić należy, że zgodnie ze stanowiskiem Urzędu Zamówień Publicznych zarzut podniesiony przez Zamawiającego winien odnosić się do całości ceny oferowanej natomiast wskazane przez Nadleśnictwo pozycje, w których zdaniem Zamawiającego stawka jest rażąco niska dotyczy marginalnej pozycji kosztorysu ofertowego zatem nie wiąże się z żadnym profitem, który z tego tytułu miałoby osiągnąć Konsorcjum. Badając, czy oferta zawiera cenę rażąco niską, należy brać pod uwagę cenę całej oferty, a nie ceny jednostkowe, czy też ceny za poszczególne części przedmiotu zamówienia.”

W dniu 8 marca 2018 r. Zamawiający skierował do Konsorcjum firm kolejne wezwanie na podstawie art. 90 ust. 1 i 2 ustawy pzp zmierzające do ustalenia, czy złożona oferta nie zawiera rażąco niskiego kosztu dotyczy to następujących pozycji kosztorysu ofertowego: 5, 8, 16, 18, 20, 22, 25, 27, 28, 29, 30, 32, 35, 36, 41, 44, 45 i 56. Zamawiający wskazał, że w piśmie z dnia 2 marca 2018 r. ze względu na źle wprowadzoną formułę w kontrolnym kosztorysie ofertowym nie ujęto poprawnej numeracji pozycji kosztorysu. Jednocześnie Zamawiający poinformował Wykonawcę, że nowelizacja ustawy z 22 czerwca 2016 r. wprowadziła istotną zmianę do definicji: rażąco niskiej ceny lub kosztu. Już nie tylko całkowita cena lub całkowity koszt oferty powinien być brany pod uwagę, ale także ich istotne części składowe. Należy to interpretować w ten sposób, że nawet jeżeli cena całkowita oferty nie sprawia wrażenia rażąco niskiej, a w szczególności nie jest niższa o określony wskaźnik od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej innych ofert. ale cena (koszt) jednego lub kilku istotnych składników ceny (kosztu) oferta sprawia wrażenie rażąco niskiej, to zamawiający ma obowiązek żądać od Wykonawcy stosownych wyjaśnień. Żądanie od wykonawcy wyjaśnień

w zakresie rażąco niskiej ceny lub kosztu ma na celu przede wszystkim rozwianie wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ oraz wynikających z odrębnych przepisów. Zamawiający wezwał do przedstawienia dowodu na potwierdzenie i wykazanie, że możliwe i realne jest rzetelne wykonanie danej pozycji zamówienia za zaproponowaną cenę ze szczególnym uwzględnieniem poz. 41 - druga zrywka KZ2, poz. 45 - porządkowanie pasów p.poż, poz. 27 - utrzymanie i konserwacja remiz, poz. 20 - zabezpieczenie młodników przed spalaniem przy użyciu repelentów, poz. 16 - naprawa i konserwacja grodzień, poz. 29 - próbne poszukiwania owadów w ściółce, których wartość zaoferowanej ceny stanowi do 20% wartości szacunkowej zamówienia. Do pisma dołączono skorygowany kosztorys ofertowy z w/w pozycjami z wyczeniem różnic pomiędzy oferowaną stawką a stawkami planowanymi przez Zamawiającego.

W odpowiedzi pismem z dnia 12 marca 2018 r. Konsorcjum firm zapewniło, iż wykonanie przedmiotu zamówienia nastąpi zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ. Ponadto w wyjaśnieniach wskazano: *„Poniżej przedstawiamy wyjaśnienia na potwierdzenie i wykazanie, iż możliwe i realne jest wykonanie pozycji zamówienia z proponowaną przez Konsorcjum ceną, które wraz z wyjaśnieniami złożonymi w piśmie z dnia 6 marca 2018 r. winny sprostać Państwa oczekiwaniom. W pozycji 41- druga zrywka K7,2 podana została cena 3 zł za m3 - biorąc pod uwagę, iż operatorem maszyny przy pomocy, której przeprowadzana jest zrywka, jest członek Konsorcjum, wykonawca nie ponosi żadnych kosztów zatrudnienia. Operator maszyny jest w stanie przewieźć 150 m3 drewna dziennie. Przyjmując, iż maszyna spali przy tym 50 l oleju napędowego (litr oleju to koszt 4,50 zł) koszty po stronie Konsorcjum wyniosą 225 zł. Biorąc pod uwagę, iż nominalna wartość tej pozycji zamówienia wynosi 450 zł (150m3 x 3zł) po odjęciu od tego 225 zł kosztów, Konsorcjum jest w stanie wypracować jeszcze zysk 225 zł. W pozycji 45 — porządkowanie pasów p.poż — wskazać należy cenę oferowaną przez Konsorcjum jest nie wysoka z uwagi na okoliczność, iż w kosztorysie ofertowym (po korekcie) zamawiający podał stosunkowo niewielką ilość zamówienia tj. 1,7 KMTR. Biorąc pod uwagę wartość nominalną tej usługi, różnica pomiędzy ceną zaproponowaną w ofercie a ceną zaoferowaną przez Konsorcjum jest nie wysoka i wynosi 364,64 zł. W cenach ofertowych podanych przez Konsorcjum w pozycjach 16, 20, 27 oraz 29 niewątpliwie wynikły omyłki pisarskie: Poz. 16 — jest 30 zł winno być 300 zł, Poz. 20 — jest 15 zł winno być 150 zł, Poz. 27 — jest 100 zł winno być 1000 zł. Podkreślić należy, iż konsekwencje wynikające z powyższych oczywistych omyłek pisarskich leżą po stronie Konsorcjum. Ryzyko oraz koszt poniesie wykonawca bez jakiegokolwiek uszczerbku w wykonanym zamówieniu. Biorąc pod uwagę nienaganną opinię oraz przeszło 20-letnie doświadczenie z Lasami Państwowymi, zamówienie zostanie wykonane w sposób należyty i rzetelny.”*

Izba zważyła, co następuje:

Izba dokonawszy oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów, biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron postępowania odwoławczego przedstawione na rozprawie stwierdziła, że odwołanie zasługuje na częściowe uwzględnienie.

1. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 4 w zw. z art. 90 oraz art. 89 ust. 1 pkt. 6 ustawy pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy wybranego tj. Konsorcjum firm Lider Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowo Transportowe P. S. oraz Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe "Pawełek" C. S. z siedzibą w Słubicach, jako ofertę zawierającą rażąco niską cenę, w sytuacji braku złożenia wyczerpujących odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 90 ustawy pzp oraz popełnienia błędu w obliczeniu ceny, poprzez jej 10-krotne zniżenie.

Izba uznała, że zarzut potwierdził się z wyjątkiem zakwalifikowania 10-krotnego zniżenia w poz. 16,20,27 i 29 jako błędu w obliczeniu ceny w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy pzp.

W pierwszej kolejności wskazać należy, że zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy pzp jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie: 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 2015 r. poz. 2008 oraz z 2016 r. poz. 1265). Obowiązek zamawiającego wynikający z ww. przepisu nie jest całkowicie uznaniowy, a więc należy przyjąć, iż mogą zaistnieć okoliczności, w obliczu których zamawiający powinien takie wątpliwości powziąć (tak też Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 2 listopada 2017 r., sygn. akt KIO 2007/17, KIO 2014/17). Co istotne, wątpliwości zamawiającego mogą dotyczyć nie tylko ceny całkowitej lub kosztu oferty ale również ich istotnych elementów. Powyższe potwierdza ugruntowany w orzecznictwie pogląd o dopuszczalności badania elementów składowych ceny, jeśli mają istotny wpływ na wysokość ceny całkowitej oferty. Skierowanie zatem wezwania w trybie art. 90 ust. 1 ustawy pzp jest następstwem pojawienia się po stronie zamawiającego stanu niepewności co do rzetelności ceny lub jej istotnych elementów, który

to stan może zostać usunięty w drodze złożenia przez wykonawcę rzetelnych i wyczerpujących wyjaśnień popartych stosownymi dowodami odpowiednio do treści skierowanego wezwania. Wyjaśnienia wykonawcy powinny zatem doprowadzić do przekonania zamawiającego, że jego założenie jest błędne. Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy (art. 90 ust. 2 ustawy pzp). Dla obalenia powstałego stanu niepewności nie wystarczy złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, ogólnych czy zdawkowych lecz wyjaśnień odpowiednio umotywowanych. Wyjaśnienia powinny być jak najbardziej szczegółowe i winny zawierać wszystkie aspekty mające wpływ na cenę tak, aby nie pozostawiały wątpliwości co do prawidłowego jej wyliczenia, a jednocześnie nie mogą opierać się wyłącznie na oświadczeniach wykonawcy (tak też: wyrok KIO z dnia 8 stycznia 2018r., sygn.. akt KIO 2703/17).

W niniejszej sprawie ceny zaoferowane przez Wykonawcę Konsorcjum firm w kosztorysie ofertowym wzbudziły wątpliwości Zamawiającego, następstwem czego były skierowane do Wykonawcy wezwania o wyjaśnienie rażąco niskich elementów ceny. Zaznaczyć należy, że z uwagi na błędną numerację Zamawiający wystosował do Wykonawcy wezwania dwukrotnie, a treść każdego z nich precyzyjnie określała, które elementy ceny wzbudziły wątpliwości co do możliwości należytego wykonania zamówienia. Zamawiający zauważył, że w obecnym brzemieniu art. 90 ust.1 ustawy pzp uprawnia do żądania złożenia wyjaśnień także odnośnie istotnych elementów ceny oferty, a w dołączonym do wezwania kosztorysie ofertowym zaznaczył pozycje, poszczególne ceny, z których część stanowiła jedynie 20% kosztów planowanych przez Zamawiającego. Zamawiający podkreślił, że w stosunku do tych pozycji żąda przedstawienia oprócz kalkulacji i wyjaśnień również stosownych dowodów uprawniających zaoferowane ceny (poz. 16, 20, 27, 29, 41 i 45). W ocenie Izby wątpliwości Zamawiającego były uzasadnione, a wezwanie jednoznaczne.

W odpowiedzi na wezwania Zamawiającego Konsorcjum firm złożyło dwukrotnie wyjaśnienia o treści ogólnej, lakonicznej, co w konsekwencji powinno prowadzić do uznania, że wyjaśnienia nie zostały złożone. W pierwszej kolejności wskazać należy, że Wykonawca nie odniósł się do wszystkich pozycji wymienionych w wezwaniach Zamawiającego, jak również nie złożył żadnych środków dowodowych na urealnienie zaoferowanych przez siebie cen. Jedynie w zakresie poz. 35, 36 i 41 Wykonawca wskazał na koszty osobowe, których w swojej ocenie nie poniesie oraz koszty oleju, co również jak podnosił Odwołujący nie stanowi wyczerpującego wyjaśnienia ceny oferty. Wykonawca pominął koszty związane z samozatrudnieniem, koszty eksploatacji maszyny, konserwacji czy koszty związane z dojazdem do miejsca wykonania czynności zrywki drewna. Odwołujący podważał wysokość zaoferowanych cen również w zakresie kosztów prac maszynowych. Z dowodu przedstawionego przez Odwołującego na rozprawie wynika, że w odniesieniu przykładowo do

poz. 5 kosztorysu (mechaniczne zdarcie pokrywy na pasach agregatem (pługosiewnikiem) w metodzie Sobańskiego) Konsorcjum firm winno przedstawić wyjaśnienia wskazując na następujące koszty: paliwo ciągnika, koszt drugiego pojazdu do transportu nasion, koszt zatrudnienia pracowników, koszt obsługi codziennej (eksploatacja), koszty amortyzacji i zysk. Odwołujący wskazał w kalkulacji, że sam koszt paliwa ciągnika wynosi 147 zł/ha, cena zaoferowana przez Konsorcjum firm to 100 zł/ha, natomiast koszt planowany przez Zamawiającego to 602,88 zł. Konsorcjum firm w ogóle nie odniosło się do tej pozycji kosztorysu, podobnie jak do poz. 8, 18, 25, 28, 30, 32, 44 i 46. Odnośnie poz. 22 i 45 Wykonawca zwrócił wyłącznie uwagę na niewielkie różnice pomiędzy cenami zaoferowanymi a planowanymi przez Zamawiającego, czy na mniejsze ilości przewidziane do wykonania. W stosunku do poz. 41, 45, 27, 20, 16 i 29 Konsorcjum firm nie przedstawiło żadnych dowodów pomimo wyraźnego żądania Zamawiającego w treści wezwania, natomiast w zakresie poz. 16, 20, 27 i 29 zwróciło uwagę na popełnioną omyłkę pisarską, która w istocie polegała na zaniżeniu ceny dziesięciokrotnie. Nie ma przy tym znaczenia, że Wykonawca uznał ryzyko związane z zaoferowaniem takim cen. Złożone w tym zakresie wyjaśnienia nie tylko nie usuwają stanu niepewności co do rzetelności istotnych elementów ceny ale potwierdzają, że ceny w pozycjach kosztorysu kwestionowanych przez Zamawiającego są rażąco niskie.

Zauważenia wymaga, że na etapie postępowania odwoławczego, zarówno w odpowiedzi na odwołanie jak również na rozprawie Zamawiający prezentował stanowisko, że właściwie ceny, o które pytał w skierowanych wezwaniach nie stanowiły istotnych elementów ceny, a dotyczyły wszystkich pozycji, w których występowały różnice pomiędzy ceną zaoferowaną przez Konsorcjum firm a planowaną przez Zamawiającego. Twierdzenia powyższe należy uznać za nieuzasadnione. Zamawiający kierując wezwaniem do wykonawcy w trybie art. 90 ust. 1 ustawy pzp wskazuje na fakt powstania po jego stronie wątpliwości co do zaoferowanej ceny, a zatem Zamawiający nie jest uprawniony do wycofania się ze stanu niepewności co do rzetelności ceny oferty, na skutek złożenia przez wykonawcę niewyczerpujących wyjaśnień. Niezrozumiałe jest działanie Zamawiającego i jak wynika ze złożonej odpowiedzi na odwołanie Zamawiający zaniechał oceny wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum firm. Zamawiający nie przedstawił żadnej argumentacji uzasadniającej uznanie oferty Konsorcjum firm za prawidłową w zakresie zaoferowanej ceny i gwarantującą należyte wykonanie zamówienia. Co istotne, na co również zwrócił uwagę Odwołujący realizacja prac objętych zamówieniem miała odbywać się sukcesywnie i być zlecona według potrzeb. Rozliczenie prac miało odbywać się zgodnie z umową po cenach wskazanych w kosztorysie ofertowym. W takim przypadku rzetelna wycena poszczególnych pozycji kosztorysowych ma doniosłe znaczenie. Zgodnie z postanowieniami SIWZ każda cena jednostkowa miała być tak podana, aby pokrywała wszelkie koszty i ryzyka wykonawcy związane z realizacją czynności, której dotyczy.

Zamawiający przewidział ponadto możliwość zwiększenia realizacji prac o 20% w ramach prawa opcji. Powyższe potwierdza istotność cen jednostkowych zawartych w kosztorysie ofertowym.

Izba oceniła, że zgromadzony materiał dowodowy daje podstawy do ustalenia, że pomimo konkretnych i jednoznacznych zapytań Zamawiającego dotyczących 18 pozycji kosztorysu ofertowego w przypadku trzech Zamawiający uzyskał niepełną kalkulację ceny, która nie została udowodniona, w zakresie 5 pozycji uzyskał w zasadzie potwierdzenie rażąco niskiej ceny, a w przypadku 6 pozycji nie złożono dowodów zaoferowania ceny pomimo wyraźnego żądania Zamawiającego. Nie można zatem ustalić, że wymagane przez Zamawiającego wyjaśnienia zostały mu w określonym przez niego terminie złożone.

Izba zaznacza, że w zakresie pozycji 16, 20, 27 i 29 kosztorysu Odwołujący sformułował zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy pzp, który Izba uznała za niezasadny - dziesięciokrotne zmniejszenie cen jednostkowych wskazuje na wystąpienie w ofercie Wykonawcy wybranego rażąco niskiej ceny, nie zaś błędu w obliczeniu ceny. Z błędem w obliczeniu ceny w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy pzp mamy do czynienia, gdy cena oferty została wyliczona w oparciu o nieprawidłowo ustalony przez wykonawcę zakres wymagań w postępowaniu i może dotyczyć niezgodności z obowiązującymi przepisami, jak na przykład błędne podanie stawki podatku VAT w ofercie. Zaniżenie ceny w poz. 16, 20, 27 i 29 nie wyczerpuje dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy pzp.

2. Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy pzp, poprzez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania oraz zasady proporcjonalności, polegające na tym, że dokonano wyboru oferty podlegającej odrzuceniu, zaś ofertę Odwołującego, mimo faktu iż była najkorzystniejsza sklasyfikowano na poz. 2,

3. Zarzut naruszenia art. 7 ust. 3 ustawy pzp w związku z art. 91 ust. 1 ustawy pzp, poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego, mimo faktu iż była ofertą najkorzystniejszą.

W związku z powyższym potwierdził się również zarzut naruszenia art. 7 ustawy pzp, bowiem Zamawiający, jak zostało wskazane, w sposób nieprawidłowy ocenił złożone przez Konsorcjum firm wyjaśnienia i ostatecznie wybrał jego ofertę jako najkorzystniejszą, pomimo iż zaoferowane przez Wykonawcę ceny jako rażąco niskie, nie gwarantują należytego wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami SIWZ, a Wykonawca w zasadzie nie udzielił wyjaśnień zaoferowania cen kwestionowanych w wezwaniach Zamawiającego.

4. Zarzut naruszenia art. 91 ustawy pzp, poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej dla pakietu nr V.

Izba nie uwzględniła zarzutu w tym sensie, że Zamawiający dopiero dokona ponownego badania i oceny ofert co w konsekwencji może doprowadzić do wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego. Z uwagi na zastosowanie w postępowaniu procedury, o której mowa w art. 24aa ustawy pzp Zamawiający dopiero wezwie Odwołującego do złożenia dokumentów potwierdzających warunki udziału w postępowaniu i niepodleganie wykluczeniu. Dlatego też Izba nie mogła nakazać wyboru oferty najkorzystniejszej.

Mając na względzie powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp, a także w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 5 ust. 2 pkt 1 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 oraz Dz. U. z 2017 r., poz. 47) zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez Odwołującego oraz zasądzając od Zamawiającego na rzecz Odwołującego koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania w wysokości 15 000,00 zł oraz wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600,00 zł na podstawie faktury Vat złożonej przez Odwołującego na rozprawie.

Izba nie uwzględniła kosztów w wysokości 828,00 z tytułu kosztów zastępstwa prawnego, stosownie bowiem do § 3 pkt 2 lit b 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 oraz Dz. U. z 2017 r., poz. 47), do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się wynagrodzenie pełnomocników, jednak nie wyższe niż 3 600,00 zł.

Przewodniczący: