

Sygn. akt: KIO 56/20

WYROK
z dnia 27 stycznia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Chudzik

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 stycznia 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 stycznia 2020 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **H. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: Zakład Produkcyjno-Handlowo-Usługowy „FALCO” H. S. oraz D. C. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: Zakład Usług Leśnych DAN-WOOD C. D.,**

w postępowaniu prowadzonym przez **Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe – Nadleśnictwo Szczytno,**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **D. D. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą D. Usługi Leśne i Rolnicze oraz K. D. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Olcha K. D.,** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie;
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **H. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: Zakład Produkcyjno-Handlowo-Usługowy „FALCO” H. S. oraz D. C. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: Zakład Usług Leśnych DAN-WOOD C. D. i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) 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

Zamawiający – Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe – Nadleśnictwo Szczytno – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Szczytno w roku 2020*. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 6 listopada 2019 r. pod numerem 2019/S 217-532949.

W dniu 13 stycznia 2020 r. Konsorcjum: H. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: Zakład Produkcyjno-Handlowo-Usługowy „FALCO” H. S. oraz D. C. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: Zakład Usług Leśnych DAN-WOOD C. D. wniosło odwołanie w zakresie pakietu II, zarzucając Zamawiającemu zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum D. D. Usługi Leśne i Rolnicze oraz Olcha K. D., co stanowi art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że 3 stycznia 2020 r. Zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez ww. Konsorcjum. Zdaniem Zamawiającego oferta ta uzyskała maksymalną liczbę punktów w kryteriach oceny ofert i spełniała wszystkie przepisy ustawy Pzp oraz warunki przedstawione w SIWZ. W ocenie Odwołującego wybór oferty najkorzystniejszej nastąpił z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp.

Odwołujący podał, że Zamawiający w pkt. 13 ppkt 13.8 SIWZ dotyczącym sposobu obliczenia ceny określił, że: „Przy obliczaniu całkowitej wartości prac Zamawiający wymaga, aby stosować jedną uśrednioną stawę w:

- a) pozyskaniu drewna
 - ścinka i wyrób za 1 m³ bez względu na kategorię cięć i wykonywany sortyment,
 - zrywce drewna za 1 m³ bez względu na kategorię cięć i odległość,
- b) pozostałych pracach z pozyskania oraz w zagospodarowaniu (HOD, OCHRL, OCIHRP. UTRZ):
 - w pracach ręcznych.
 - dyżurach na dostrzegalniach ppoż.,
 - w pracach transportowych wewnętrznych,
 - w pracach mechanicznych,

- w pracach sprzętem specjalistycznym, za roboczogodzinę lub godzinę pracy sprzętu, wynikającą z katalogu pracochłonności lub faktycznego czasu pracy (w zależności od wykonywanych prac)”.

Ponadto Zamawiający w Załączniku nr 2 do SIWZ określił wzór kosztorysu ofertowego, wg którego miały zostać skalkulowane oferty.

Odwołujący podniósł, że oferta konsorcjum D. D. Usługi Leśne i Rolnicze, Olcha K. D., w kosztorysie ofertowym w zakresie prac ręcznych wymienionych w pkt. 3, 4 i 8 zawierała zróżnicowane stawki, tj. odpowiednio 25,00 zł, 24,00 zł i 22,90 zł. Tym samym nie spełniała ona wymogu określonego przez Zamawiającego w pkt. 13 ppkt. 13.8 SIWZ. Oferta ta – zdaniem Odwołującego – wobec niespełnienia wymogów określonych w SIWZ powinna zostać odrzucona, czego Zamawiający zaniechał i czym dopuścił się naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp. W ocenie Odwołującego Zamawiający dopuścił się również naruszenia art. 7 ust. 3 ustawy Pzp, dokonał bowiem czynności wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty, która nie spełniała wymogów SIWZ i tym samym naruszała przepisy ustawy Pzp. Natomiast oferta Odwołującego w kosztorysie ofertowym w pozycjach 3, 4 i 8 zawierała jednakowe, uśrednione stawki dla określonych przez Zamawiającego prac ręcznych tj. 21,00 zł i tym samym spełniała wymogi SIWZ Zamawiającego, w związku z czym jako najkorzystniejsza i spełniająca wszystkie wymogi określone w przedmiotowym postępowaniu, w tym SIWZ oraz w przepisach winna zostać wybrana jako najkorzystniejsza, czego Zamawiający wbrew przepisom ustawy Pzp nie uczynił.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenia czynności badania i oceny ofert, odrzucenia oferty Konsorcjum: D. D. Usługi Leśne i Rolnicze, Olcha K. D., jako niezgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, alternatywnie: unieważnienie umowy w przypadku jej zawarcia przez Zamawiającego.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpiło Konsorcjum: D. D. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą D. Usługi Leśne i Rolnicze, K. D. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Olcha K. D., wnosząc o oddalenie odwołania.

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

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu

zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na niezyskaniu zamówienia. Izba nie podzieliła stanowiska Zamawiającego, że o braku interesu, o którym mowa w ww. przepisie świadczy to, że w razie uwzględnienia odwołania również oferta Odwołującego podlegałaby oddaleniu z uwagi niepodanie uśrednionej stawki w poz. 3, 10 i 11 kosztorysu. Odnosząc się do tego stanowiska stwierdzić należy, że przewidywania Zamawiającego co do ewentualnego dalszego przebiegu postępowania przetargowego mają charakter hipotetyczny i nie mogą stanowić podstawy uniemożliwienia wykonawcy korzystania ze środków ochrony prawnej. Nie wiadomo bowiem, czy nawet gdyby doszło do odrzucenia oferty Odwołującego, to odrzucenie to stałoby się ostateczne. Ponadto ewentualne unieważnienie postępowania z powodu odrzucenia wszystkich ofert może leżeć w interesie Odwołującego.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

W punkcie 13 SIWZ Zamawiający określił następujące wytyczne dotyczące sposobu obliczenia ceny:

13.1. 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 na Kosztorysie Ofertowym. Każda cena jednostkowa musi być tak podana, aby pokrywać wszelkie koszty i ryzyka Wykonawcy związane z realizacją czynności, której dotyczy. Wykonawca nie może kosztów realizacji danej czynności doliczać do kosztów realizacji innych czynności. Cena łączna wynikająca z Kosztorysu Ofertowego za poszczególne pozycje (prace) wchodzące w skład danego Pakietu powinna zostać 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 dla 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 (załącznik nr 13 do SIWZ) stanowią podstawę do obliczenia cen jednostkowych oraz ceny łącznej wynikającej z oferty.

13.7. Wykonawca, składając ofertę, obowiązany jest poinformować Zamawiającego (w Ofercie – załącznik nr 1 do SIWZ), czy wybór oferty będzie prowadzić do powstania u Zamawiającego obowiązku podatkowego zgodnie z przepisami o podatku od towarów i usług, wskazując nazwę (rodzaj) towaru lub usługi, których dostawa lub świadczenie będzie prowadzić do jego powstania, oraz wskazując ich wartość bez kwoty podatku. Brak wskazania w formularzu Oferty (załącznik nr 1 do SIWZ) informacji, czy wybór oferty będzie prowadzić do powstania u Zamawiającego obowiązku podatkowego zgodnie z przepisami o podatku od towarów i usług będzie uznawane jako informacja, że wybór oferty wykonawcy nie będzie prowadzić do powstania u Zamawiającego obowiązku podatkowego zgodnie z przepisami o podatku od towarów i usług.

13.8 Przy obliczaniu całkowitej wartości prac Zamawiający wymaga aby stosować jedną uśrednioną stawkę w:

a) pozyskaniu drewna

– ścinka i wyrób za 1 m³ bez względu na kategorię cięć i wykonywany sortyment,

– zrywce drewna za 1 m³ bez względu na kategorię cięć i odległość,

b) pozostałych pracach z pozyskania oraz w zagospodarowaniu (HOD, OCHRL, OCHRP, UTRZ):

– w pracach ręcznych,

– dyżurach na dostrzegalniach ppoż.,

– w pracach transportowych wewnętrznych,

– w pracach mechanicznych,

– w pracach sprzętem specjalistycznym, za roboczogodzinę lub godzinę pracy sprzętu, wynikającą z katalogu pracochłonności lub faktycznego czasu pracy (w zależności od wykonywanych prac).

W załączniku nr 2 do SIWZ Zamawiający określił wzór kosztorysu ofertowego, obejmujący następujące pozycje:

Lp.	Wyszczególnienie usług i rodzaju prac	J.m.	Ilość (2017 r.)
	Pozyskanie		

1	Ścinka i wyrób sortymentów		m ³	29100,00
2	Zrywka drewna		m ³	29100,00
3	Inne prace z zakresu pozyskania drewna	Podwóz drewna	m ³	90,00
		Prace ręczne	rh	94,00
		Prace mechanicznym sprzętem	rh	104,00
Zagospodarowanie lasu				
4	Prace ręczne		rh	16949,62
5	Prace ręczne (zbiór szyszek So, Św, Ol z drzew leżących)		kg	500,00
6	Prace podwozowe		rh	342,00
7	Podwóz drewna		m ³	350,00
8	Grodzenia	Prace ręczne	rh	5722,09
		Prace podwozowe	rh	228,00
9	Odśnieżanie dróg leśnych		rh	44,00
10	Prace mech. sprz. specjalistycznym (pługi, frezy glebowe i inne)		rh	320,68
11	Prace mech. sprz. specjalistycznym – rębaki		rh	591,06
12	Utrzymanie obiektów małej retencji		rh	215,00

Zgodnie z § 10 ust. 3 wzoru umowy (załącznik nr 13 do SIWZ), 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.

Stosownie do § 11 ust. 2 wzoru umowy, wynagrodzenie stanowić będzie iloczyn wskazanych w Kosztorysie Ofertowym zawartym w Ofercie cen jednostkowych za poszczególne prace oraz ilości wykonanych prac.

W załączniku nr 3.1 do SIWZ Zamawiający określił rozmiar prac według czynności, a w załączniku nr 4 do SIWZ – Opis technologii wykonawstwa prac leśnych.

Przystępujący złożył wraz z ofertą kosztorys, w którym w poz. 3 w odniesieniu do prac ręcznych podał stawkę 25,00 zł, w poz. 4 stawkę 24,00 zł, a w poz. 8 w odniesieniu do prac ręcznych stawkę 22,90 zł.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3. Określona tym przepisem przesłanka odrzucenia oferty znajduje zastosowanie w przypadku merytorycznej niezgodności zaoferowanego świadczenia lub sposobu jego wykonania z wymaganiami wynikającymi z SIWZ. W ocenie Izby przesłanka taka nie zaistniała w rozpoznawanej sprawie.

Odwołanie zostało oparte na tezie, że stosownie do punktu 13.8 SIWZ wykonawca zobowiązany był zaoferować tę samą, uśrednioną stawkę za wszystkie prace ręczne, określone w punktach 3, 4 i 8 kosztorysu ofertowego. W ocenie Izby twierdzenie takie nie ma oparcia w treści SIWZ, a jest wynikiem jej nieuprawnionej interpretacji, z pominięciem innych postanowień tego dokumentu oraz specyfiki przedmiotu zamówienia.

Po pierwsze stwierdzić należy, że w postanowieniu punktu 13.8 SIWZ Zamawiający nie podał, że wymaga zaoferowania tej samej stawki dla wszystkich prac ręcznych, bez względu na to jakiego elementu przedmiotu zamówienia one dotyczą. Wobec powyższego przedmiotowe postanowienie powinno być interpretowane z uwzględnieniem całokształtu postanowień SIWZ i specyfiki kosztorysu, który został przez Zamawiającego przygotowany.

W ocenie Izby z przedmiotowego postanowienia wynika, że wymóg zastosowania stawki uśrednionej dotyczy stawki w obrębie wyszczególnionych przez Zamawiającego pozycji kosztorysowych, co oznacza, że mimo iż obejmują one szereg zróżnicowanych prac, nie należy tych stawek różnicować, ale wycenić te prace według stawki uśrednionej. Tylko bowiem taka interpretacja jest logicznie uzasadniona i uwzględniająca inne postanowienia SIWZ.

Zauważyć należy, że kosztorys ofertowy został opracowany bez szczegółowego rozbicia poszczególnych pozycji, Zamawiający ujął w nim prace ręczne zbiorczo dla prac z zakresu pozyskania oraz zbiorczo dla prac z zakresu zagospodarowania lasu, w ramach których wyodrębnił prace ręczne dotyczące gradzenia. Nie ma wątpliwości, że w zakres ww. grup prac ręcznych wchodzi prace o bardzo zróżnicowanym charakterze, szczegółowo wyspecyfikowane w załącznikach nr 3.1 i 4 do SIWZ.

Zgodnie z załącznikiem nr 3.1 do SIWZ:

- na prace ręczne, o których mowa w poz. 3 kosztorysu ofertowego, składają się prace wymienione w dziale „pozyskanie” (POZ), grupa czynności „POZ-P” – 4 pozycje;
- na prace ręczne, o których mowa w poz. 4 kosztorysu ofertowego, składają się prace wymienione w kilkudziesięciu pozycjach załącznika;
- na prace ręczne, o których mowa w poz. 8 kosztorysu ofertowego, składają się prace wymienione w dziale „ochrona lasu” (OCHRL), w trzech grupach czynności „OGRODZN”, „O-GRODZR”, „O-GRODZS”, tj. kilkadziesiąt pozycji.

Zatem na daną pozycję kosztorysu określoną jako „prace ręczne” składają się zróżnicowane prace o różnej specyfice. Wobec braku rozbicia pozycji dotyczących prac ręcznych na bardziej szczegółowe elementy, uzasadnione jest przyjęcie, że intencją Zamawiającego było, aby wykonawcy w tych grupach prac podali stawkę uśrednioną, tj. jedną uśrednioną stawkę dla poz. 3, jedną uśrednioną stawkę dla poz. 4 i jedną uśrednioną stawkę dla poz. 8. Postanowienie punktu 13.8 SIWZ należy więc traktować jako instrukcję co do sposobu wyceny pozycji obejmujących zróżnicowane rodzajowo prace, a potrzeba udzielenia takich wytycznych uzasadniona jest brakiem rozbicia tych pozycji na bardziej szczegółowe. Postanowienie to nie zmienia kosztorysu ofertowego (nie łączy trzech pozycji kosztorysu w jedną – a do tego de facto prowadziła interpretacja prezentowana przez Odwołującego), ale wskazuje na sposób obliczenia stawek dla pozycji w nich przewidzianych.

Zauważenia wymaga, że zgodnie z postanowieniem punktu 13.2 SIWZ każda cena jednostkowa musi być tak podana, aby pokrywać wszelkie koszty i ryzyka Wykonawcy związane z realizacją czynności, której dotyczy. Ww. postanowienie zakazuje doliczania kosztów realizacji danej czynności do kosztów realizacji innych czynności. Jednocześnie w świetle § 10 ust. 3 i § 11 ust. 2 wzoru umowy, wynagrodzenie wykonawcy ma charakter kosztorysowy, zależny od zakresu wykonanych faktycznie prac. Powyższe oznacza, że uśrednienie stawki za prace ręczne w całym kosztorysie prowadziło do niezgodności sposobu jego sporządzenia z punktem 13.2 SIWZ, biorąc bowiem pod uwagę zróżnicowanie tych prac, zastosowanie jednej stawki prowadziło by mogło do zakazanego przenoszenia kosztów między pozycjami kosztorysu, a w konsekwencji do tego, że rozliczenie wykonanych prac nie odpowiadałoby faktycznie poniesionym kosztom.

W związku z powyższym należy stwierdzić, że brak jest podstaw do uznania oferty Przystępującego za niezgodną z punktem 13.8 SIWZ.

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

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972), stosownie do wyniku postępowania obciążając kosztami postępowania Odwołującego.

Przewodniczący: