

Sygn. akt: KIO 2903/12

WYROK

z dnia 14 stycznia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska

Protokolant: Magdalena Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 stycznia 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 grudnia 2012 r. przez wykonawcę **A..... D..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Usługi Leśne A..... D..... z siedzibą w miejscowości Gostkowo 20/3, 77-100 Bytów** w postępowaniu prowadzonym przez **Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Bytów, 77-100 Bytów, ul. Szarych Szeregów 7,**

przy udziale wykonawcy **ZULRIK Sp. z o.o. z siedzibą w Bytowie, 77-100 Bytów, ul. Konwaliowa 2 lok. 11/G** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2903/12 po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddała odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę A..... D..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Usługi Leśne A..... D..... z siedzibą w miejscowości Gostkowo 20/3, 77-100 Bytów i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **A..... D..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Usługi Leśne A..... D..... z siedzibą w miejscowości Gostkowo 20/3, 77-100 Bytów** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawcy **A..... D.....** prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą **Usługi Leśne A..... D.....** z siedzibą w miejscowości **Gostkowo 20/3, 77-100 Bytów** na rzecz **Państwowego Gospodarstwa Leśnego Lasy Państwowe Nadleśnictwo Bytów, 77-100 Bytów, ul. Szarych Szeregów 7** kwotę **3 567 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące pięćset sześćdziesiąt siedem złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Słupsku**.

Przewodniczący:

U z a s a d n i e n i e

Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Bytów, zwane dalej „zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia na „Usługi z zakresu gospodarki leśnej dla nadleśnictwa Bytów na rok 2013”. Przedmiot zamówienia podzielono na 20 części.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 21 listopada 2012 r., nr 2012/S 224-369209.

W dniu 18 grudnia 2012 r. (pismem z 17 grudnia 2012 r.) zamawiający poinformował wykonawcę A..... D..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Usługi leśne A..... D..... z siedzibą w miejscowości Gostkowo, zwanego dalej „odwołującym”, o wyborze oferty wykonawcy ZULRIK Sp. z o.o. z siedzibą w Bytowie, zwanego dalej „wykonawcą ZULRIK”, jako najkorzystniejszej.

W dniu 28 grudnia 2012 r. (pismem z dnia 23 grudnia 2012 r.) odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ pisma do zamawiającego w dniu 27 grudnia 2012 r.) od czynności zamawiającego podjętych w ramach przedmiotowego postępowania dla części 19 postępowania, zarzucając zamawiającemu naruszenie: art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 89 ust. 1 pkt 3 i art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp.

Jednocześnie odwołujący wniósł o powtórzenie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i dokonanie jej zgodnie z przepisami art. 89 ustawy Pzp. Jednocześnie odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania,
2. unieważnienie czynności zamawiającego polegających na uwzględnieniu i nie odrzuceniu oferty wykonawcy ZULRIK,
3. obciążenie zamawiającego kosztami postępowania, zgodnie z wykazem kosztów przedstawionych podczas rozprawy.

Dodatkowo odwołujący wniósł o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego na okoliczność ustalenia czy wyszczególnione przez wnoszącego usługi są możliwe do wykonania za cenę oferowaną przez wykonawcę ZULRIK.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał m.in., iż:

- 1) zamawiający powinien był odrzucić ofertę wykonawcy ZULRIK, gdyż jej treść nie odpowiadała treści SIWZ ponieważ:
 - a) brak ponumerowania jednej ze stron oferty; wykonawca ten oświadczył, iż złożył 77 kolejno ponumerowanych stron, tymczasem jedna strona nie

- posiadała w ogóle numeru, co oznacza, że stron złożonych w ofercie było 78;
- b) oferta złożona wykonawcą ZULRIK nie była zszyta ani oprawiona, co wskazuje na to, iż istniała realna możliwość podmiany załączników oferty, jak i również samych poszczególnych kartek;
 - c) wykonawca ZURLIK całą część 19 zamówienia zamierza wykonać w oparciu o podwykonawców, gdyż na stronie 69 oferty wskazał w wykazie osób, iż wszyscy wykonujący zamówienie zatrudnieni będą w oparciu o umowę zlecenie. Osoby te nie mogą więc zostać uznani za pracowników wykonawcy tylko za podwykonawców, którym wykonawca zleci wykonanie poszczególnych czynności;
 - d) kwalifikacje wykonawców ZULRIK nie zostały udowodnione właściwymi zaświadczeniami. I tak na stronie 69 oferty wskazane jest, iż J..... B..... posiada prawo jazdy, niemniej ich kopia nie została dołączona do oferty, co stanowi z kolei uchybienie rozdziału VII, pkt 4 SIWZ;
- 2) zamawiający powinien był odrzucić ofertę wykonawcy ZULRIK, gdyż złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji ponieważ:
- a) ceny wybranych czynności zostały zaniżone do tego stopnia, iż kwalifikują się do czynu nieuczciwej konkurencji a w szczególności do czynu z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Wskazane przez wykonawcę ZULRIK ceny z zakresu czynności Kod grupy czynności ODN- GLEB oraz ODN - ZRB oraz Kod grupy czynności IB są rażąco zaniżone;
 - b) zgodnie z art. 14 ust 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, „czynem nieuczciwej konkurencji jest rozpowszechnianie nieprawdziwych lub wprowadzających w błąd wiadomości o swoim lub innym przedsiębiorcy albo przedsiębiorstwie, w celu przysporzenia korzyści lub wyrządzenia szkody”. Wykonawca ZULRIK w celu wygrania przetargu starała się wprowadzić w błąd zamawiającego odnośnie swojego doświadczenia. Jako podmiot utworzony w październiku 2011 roku, a więc podmiot gospodarczy istniejący od roku. Mimo to, wykonawca przedłożył referencje wystawione przed Nadleśnictwo Polanów za czynności wykonane w czasie kiedy spółka wykonawcy nie istniała tj. przed październikiem 2011 roku;
- 3) zamawiający powinien był odrzucić ofertę wykonawcy ZULRIK ze względu na naruszenie przepisów kodeksu cywilnego, w tym art. 108 k.c.;
- 4) zamawiający powinien był odrzucić ofertę wykonawcy ZULRIK, gdyż wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje.

W dniu 31 grudnia 2012 r. zamawiający wezwał wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego toczącego się w wyniku wniesienia odwołania, przekazując jednocześnie kopię odwołania.

W dniu 3 stycznia 2013 r. wykonawca ZULRIK przystąpił do postępowania odwoławczego, po stronie zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia odwołującemu i zamawiającemu.

Odwołujący cofnął na rozprawie zarzut zawarty na stronie 4 uzasadnienia odwołania pkt 3 dotyczący naruszenia art. 108 k.c., natomiast co do pkt 4 uzasadnienia odwołania (strona 5) dotyczący naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp podniósł, iż prostuje oczywistą omyłkę pisarską powstałą w treści uzasadnienia wskazując, iż zamiast Pana A..... B..... należało wpisać Pana J..... B.....

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, treść ogłoszenia o zamówieniu, treść SIWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Przystępującego złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, jak również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie, uznając iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut dotyczący niezgodności treści oferty wykonawcy ZULRIK z treścią SIWZ, tj. zarzut 1 a) i 1 b) uzasadnienia nie potwierdził się.

Izba ustaliła, iż zamawiający w rozdziale XII SIWZ „Opis sposobu przygotowania oferty” podał m.in., iż:

„6.Wszystkie strony oferty, tj. oferta i załączniki winny być przez wykonawcę ponumerowane i parafowane przez osobę składającą ofertę.

7.Oferta powinna być oprawiona lub trwale zszyta w sposób uniemożliwiający wymianę jakichkolwiek dokumentów, bez wyraźnego śladu zniszczenia lub wypadnięcia jakiegokolwiek z dokumentów oferty.”.

Wykonawca ZULRIK złożył ofertę składającą się z 77 parafowanych stron, z których jedna (zaświadczenie o ukończeniu kursu przez Waldemara Malinowskiego) nie zawiera numeru strony. Przedmiotowa oferta nie została również oprawiona ani też trwale zszyta.

Wobec powyższego odwołujący wniósł o odrzucenie oferty wykonawcy ZULRIK z uwagi na niezgodność treści oferty tego wykonawcy z treścią SIWZ.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ ma miejsce wówczas, gdy zaoferowany przez wykonawcę przedmiot zamówienia nie odpowiada przedmiotowi zamówienia opisanemu w SIWZ, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia, a co oznacza, iż niezgodność treści oferty może dotyczyć tylko wymagań merytorycznych, które zostały określone w SIWZ. Tak więc dotyczy ona wyłącznie treści merytorycznej oferty, a nie jej formy. Natomiast uchybieniami co do formy - zgodnie z utrwaloną już linią orzecniczą – są w szczególności: brak numeracji stron, błędne podpisanie liczby stron oferty, brak parafy, brak trwałego spięcia oferty itp. Brak ponumerowania wszystkich stron, jak i błędne podanie liczby stron oferty, na których złożono ofertę, nie wpływa bowiem na jej zawartość treściową i nie skutkuje obowiązkiem odrzucenia takiej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Odrzuceniu na tej podstawie nie podlega także oferta, która nie została oprawiona ani też trwale zszyta, mimo wskazania w treści SIWZ sposobu przygotowania oferty (oprawienia, trwałego zszycia), gdyż brak ten stanowi jedynie uchybienie co do formy, a nie treści oferty. Nie każda bowiem niezgodność oferty z SIWZ skutkuje koniecznością jej odrzucenia. Obowiązek taki powstaje tylko w przypadku niezgodności treści oferty z treścią SIWZ. Niezgodności takiej nie stanowi więc naruszenie wymogów SIWZ dotyczących sposobu sporządzenia oferty, w szczególności dotyczących jej formy. Tym samym Izba uznała, iż zarzut ten nie potwierdził się.

Zarzut dotyczący niezgodności treści oferty wykonawcy ZULRIK z treścią SIWZ, tj. zarzut 1 c) uzasadnienia nie potwierdził się.

Izba ustaliła, iż zamawiający w rozdziale XVI SIWZ „Podwykonawcy” zamieścił następujące postanowienia:

„1. Jeżeli Wykonawca nie będzie osobiście realizował przedmiotu zamówienia do jego realizacji może zatrudnić podwykonawców.

2. W takim przypadku w ofercie Wykonawca wskaże część zamówienia jaką zamierza powierzyć podwykonawcom – na formularzu oferty.”.

Wykonawca ZULRIK w treści złożonej oferty oświadczył, iż zamówienie zrealizuje siłami własnym. Natomiast podwykonawcy powierzy wykonanie prac w ramach zadania nr 08 Leśnictwo Jabłończ w zakresie zrywki (str. 2 oferty).

Odwołujący podniósł, iż wykonawca ZULRIK całą część 19 zamówienia zamierza wykonać w oparciu o podwykonawców. Powyższe wynika ze strony 69 jego oferty, na której to stronie wykonawca ZULRIK wskazuje, iż wszyscy wykonujący zamówienie zatrudnieni będą w oparciu o umowę zlecenie. Osoby te - z uwagi na charakter umowy – nie mogą być uznani za pracowników wykonawcy ale za podwykonawców, którym wykonawca zleci wykonanie poszczególnych czynności. Tym samym wykonawca ten będzie korzystał z podwykonawstwa.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Wykonawca ZULRIK złożył w treści oferty oświadczenie, iż przedmiot zamówienia dla zadania nr 19 zrealizuje on własnymi siłami, a co niewątpliwie oznacza, iż nastąpi to bez udziału podwykonawców. Wykonawca ten oświadczył bowiem, iż podwykonawcy powierzy wykonanie prac jedynie w ramach zadania nr 08 Leśnictwo Jabłończ w zakresie zrywki, a nie zadania nr 19. Tym samym zarzut jakoby z treści oferty wykonawcy ZULRIK wynikało, iż zadanie nr 19 będzie realizował przy udziale podwykonawców jest chybiony. Potwierdzenia powyższego, a więc faktu wykonywania zamówienia przy udziale podwykonawców, nie może stanowić „Wykaz osób, którymi dysponuje wykonawca, i które będą uczestniczyć w realizacji zamówienia”, gdyż dokument ten składany jest, i w tym konkretnym przypadku również był, na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu. Wykaz ten mógł więc zawierać zarówno osoby, którymi wykonawca już dysponuje, ale i osoby, którymi będzie dysponował w przyszłości. Osobami tymi mogą być zarówno pracownicy wykonawcy, osoby z nim związane inną umową ale i osoby, z którymi nie łączy go w chwili składania ofert żaden stosunek prawny, a dysponuje nimi na podstawie jednostronnego oświadczenia, przy czym zamawiający nie jest, a tym samym i nie był uprawniony do badania podstaw dysponowania przez wykonawcę taką osobą, gdyż „nie jest rzeczą zamawiającego badanie, na jakiej podstawie prawnej wykonawca zatrudnia osoby fizyczne wykonujące faktycznie pracę. Równie dobrze mogą to być osoby, które prowadzą działalność gospodarczą i świadczyć będą w tym charakterze usługę na rzecz wykonawcy. Istotnym jest tylko aby wykonawca posiadał (nie zatrudniał) osoby uprawnione do wykonania zamówienia.”. (wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 4 października 2005 r., sygn. akt IV Ca 392/05). Tym samym stwierdzić należy, iż zarzut ten nie potwierdził się.

Zarzut dotyczący niezgodności treści oferty wykonawcy ZULRIK z treścią SIWZ, tj. zarzut 1 d) uzasadnienia nie potwierdził się.

Izba ustaliła, iż zamawiający w rozdziale VII SIWZ „Wykaz oświadczeń lub dokumentów jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu” wskazał jakie dokumenty mają zostać złożone wraz z ofertą, w tym m.in. „4. wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, w szczególności

odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości lub kierowanie robotami, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności, oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami; Wzór powyższego stanowi załącznik nr 8 do niniejszej specyfikacji.”.

Wykonawca ZULRIK wraz z ofertą złożył „Wykaz osób, którymi dysponuje wykonawca, i które będą uczestniczyć w realizacji zamówienia” (załącznik nr 8) (str. 69 oferty), w treści którego pod pozycją 4 wskazał J..... B..... J..... B..... – zgodnie z kolumną 5 tabeli „Kwalifikacje” – posiada następujące kwalifikacje „prawo jazdy, operator żurawi przenośnych, kurs operatora piły spalinowej”.

Zamawiający, pismem z dnia 10 grudnia 2012 r., wezwał wykonawcę ZULRIK, w trybie art. 87 ust. 1 oraz art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, m.in. do złożenia wyjaśnień jakie uprawnienia posiada J..... B.....

W odpowiedzi na powyższe, pismem z dnia 12 grudnia 2012 r., wykonawca ZULRIK wyjaśnił, iż „wskazał osobę Pana J..... B....., którego zadaniem jest zrywka zestawem do zrywki nasiębiejnej, omyłkowo został wpisany jako pilarz, prawidłowo powinno być wpisane pomocnik pilarza.”.

Odwołujący podniósł, iż kwalifikacje wykonawcy nie zostały udokumentowane właściwym zaświadczeniem. Do oferty nie załączono kopii prawa jazdy, ani też wykazano uprawnień pilarza dla J..... B.....

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Niewątpliwym jest, iż zamawiający, jak wynika z treści rozdziału VII SIWZ, pkt 4, poza złożeniem wypełnionego „Wykazu osób, którymi dysponuje wykonawca, i które będą uczestniczyć w realizacji zamówienia” nie wymagał złożenia przez wykonawców ubiegających się o udzielenie przedmiotowego zamówienia jakichkolwiek dokumentów potwierdzających kwalifikacje wskazanych w wykazie osób. Tym samym wykonawca ZULRIK, wbrew twierdzeniom odwołującego, nie był zobowiązany do przedłożenia wraz z ofertą kopii prawa jazdy J..... B..... Nie był również zobowiązany do złożenia dokumentów potwierdzających posiadanie przez J..... B..... kwalifikacji pilarza, gdyż istotnie na takie kwalifikacje, w treści złożonego wykazu, nie powoływał się. Skoro więc zamawiający nie wymagał złożenia dokumentów potwierdzających kwalifikacje wskazanych w wykazie osób oznacza to, iż wykonawca nie był zobowiązany do ich złożenia. Wobec braku takiego wymogu stawianie obecnie wykonawcy zarzutu niezłożenia dokumentów potwierdzających fakt posiadania określonych uprawnień jest nieuprawnione. Dlatego też Izba uznała, iż zarzut ten nie potwierdził się, jak również w tym zakresie nie potwierdził się zarzut złożenia nieprawdziwych informacji.

Zarzut dotyczący tego, iż złożenie oferty przez wykonawcę ZULRIK stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, tj. zarzut 2 a) uzasadnienia nie potwierdził się.

Izba ustaliła, iż zamawiający bezpośrednio przed otwarciem ofert zamawiający podał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie tej części zamówienia w wysokości 367.957,66 zł brutto (str. 4 protokołu postępowania ZP-PN).

Wykonawca ZULRIK zaoferował wykonanie zamówienia w części nr 19 za cenę netto w kwocie 317.637, 14 zł oraz cenę brutto w kwocie 344.143,67 zł (str. oferty).

Odwołujący za realizację tego zamówienia zaoferował cenę w wysokości 377.081,57 zł brutto.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Niewątpliwym jest, iż aby mówić o cenie rażąco niskiej, zgodnie z utrwaloną już linią orzeczniczą, należy wziąć pod uwagę całkowitą cenę za przedmiot zamówienia, a nie cenę jednostkową, mimo iż w tym stanie faktycznym, to właśnie cena jednostkowa jest przedmiotem sporu. Odwołujący zakwestionował bowiem cenę jednostkową trzech czynności (kod grupy czynności: IB oraz ODN-GLEB i ODN-ZRB) z szeregu czynności wyspecyfikowanych przez wykonawcę ZULRIK w złożonych „Formularzach cenowych oferty zał. nr 2 do oferty” (str. 61-62 oferty), formułując zarzut rażąco niskiej ceny tylko i wyłącznie w odniesieniu do wskazanych pozycji formularzy cenowych, a nie do ceny całkowitej zaproponowanej przez wykonawcę ZULRIK dla zadania nr 19.

W ocenie Izby, w tym konkretnym przypadku, nie sposób uznać aby cena zaoferowana przez wykonawcę ZULRIK za cały przedmiot zamówienia była rażąco niska, gdyż wykonawca ten zaproponował cenę brutto w kwocie 344.143,67 zł, zaś drugi z wykonawców ubiegających się o przedmiotowe zamówienie, a więc odwołujący zaoferował cenę brutto w kwocie 377.081,57 zł. Bezpośrednio przed otwarciem ofert zamawiający podał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie tej części zamówienia w wysokości 367.957,66 zł brutto. Tym samym nie można uznać, biorąc pod uwagę te okoliczności, iż cena zaoferowana przez wykonawcę ZULRIK jest ceną rażąco niską. Niemniej jednak, odnosząc się do cen kwestionowanych przez odwołującego, stwierdzić należy, iż to zamawiający w sposób nie budzący żadnych wątpliwości wykazał, że cena tych pozycji także nie jest rażąco niska. Koszt jednostkowy grupy czynności oznaczonych kodem IB („pozyskanie drewna – rębnia lb”) został bowiem przez zamawiającego oszacowany na 11,92 zł za m³, podczas gdy wykonawca ZULRIK za czynność tę zaproponował stawkę jednostkową 11,83 zł, a odwołujący 15,49 zł. A ponadto stawki za te właśnie czynności (kod IB) w ramach innych zadań na rok 2013 kształtowały się w granicach od 11,00 zł do 19,00 zł (11,00 zł (zadanie nr 01); 13,60 zł (zadanie nr 02); 14,00 zł (zadanie nr 05); 12,00 zł (zadanie nr 06); 12,00 zł (zadanie nr 09); 19,00 zł (zadanie nr 10); 13,00 zł (zadanie nr 11); 15,55 zł (zadanie nr 12); 12,00 zł (zadanie nr 14); 17,00 zł (zadanie nr 15); 13,52 zł (zadanie nr 16);

17,00 zł (zadanie nr 17); 12,04 zł (zadanie nr 118)). Oznacza to więc, iż cena zaproponowana przez wykonawcę ZULRIK dla czynności oznaczonych kodem IB nie odbiega od wartości szacunkowej tych czynności dokonanej przez zamawiającego, jak i od cen rynkowych za wykonanie tych czynności. Fakt zastosowania zbliżonych do siebie cen przez kilku wykonawców ubiegających się o przedmiotowe zamówienie uprawdopodobnia fakt, iż są to ceny realne, za które można zrealizować zamówienie dla kwestionowanych czynności. Rozpiętość cenowa występuje również w ofertach różnych wykonawców w ramach czynności oznaczonych kodem ODN-GLEB i ODN-ZRB i okoliczność tę zamawiający przyznał w złożonym piśmie procesowym. W tych właśnie pozycjach ceny zaproponowane przez wykonawcę ZULRIK – jak podniósł zamawiający w złożonym piśmie procesowym - są jednymi z niższych. Jednak udział ceny za te czynności (ODN-GLEB i ODN-ZRB) w cenie całkowitej nie jest istotny i nie ma on wpływu na cenę całej oferty. Kalkulacja ceny jest bowiem prawem i jednocześnie obowiązkiem wykonawcy, w ramach którego ma on prawo na potrzeby konkretnego postępowania skalkulować cenę oferty. I „brak jest podstaw do narzucenia wykonawcy obowiązku osiągnięcia zysku w każdym z elementów ceny” (wyrok KIO z dnia 9 lipca 2010 r., sygn. akt KIO 1237/10). A ponieważ za cenę rażąco niską może być uznana całkowita cena oferty, a nie jej poszczególne składniki brak jest podstaw do uznania, iż cena skalkulowana dla tych czynności (ODN-GLEB i ODN-ZRB) jest ceną rażąco niską. Tym samym zarzut dotyczący rażąco niskiej ceny nie potwierdził.

Skoro więc zamawiający nie miał żadnych wątpliwości co do tego, czy cena podana w ofercie wykonawcy ZULRIK jest rażąco niska to ciężar udowodnienia, iż taka sytuacja w danym stanie faktycznym wystąpiła spoczywa na odwołującym, a więc osobie, która zgodnie z art. 6 k.c. z faktu tego wywodzi skutki prawne. W ocenie Izby odwołujący nie tylko, że nie udowodnił, a nawet nie uprawdopodobnił, iż cena zaoferowana przez wykonawcę ZULRIK nosi znamiona ceny rażąco niskiej. Niezależnie od powyższego w kontekście wyjaśnień złożonych na rozprawie stwierdzić należy, iż cena zaoferowana przez wykonawcę ZULRIK nie jest ceną niewiarygodną i oderwaną od cen obowiązujących na rynku, a wręcz przeciwnie jest porównywalna z cenami aktualnie oferowanymi na rynku tego rodzaju zamówień i nic nie wskazuje na to, aby przedmiot zamówienia miał być wykonywany poniżej kosztów. Tym samym zarzut dotyczący rażąco niskiej ceny nie potwierdził.

Nie potwierdził się także zarzut naruszenia art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Odwołujący nie wykazał bowiem wystąpienia znamion tego czynu. Dla skuteczności wykazania naruszenia tego przepisu (art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji) koniecznym jest udowodnienie, iż dany wykonawca (w tym przypadku wykonawca ZULRIK) dokonuje sprzedaży poniżej kosztów własnych, tj. stosuje tak zaniżone ceny, skutkiem czego jest powstanie straty. Koniecznym jest także

wykazanie, iż sprzedaż poniżej kosztów własnych, a więc sprzedaż ze stratą, jest podejmowana w celu eliminacji innego przedsiębiorcy, czyli dla zajęcia jego miejsca na rynku, a w konsekwencji stworzenia sobie w przyszłości warunków umożliwiających dyktowanie klientom cen lub innych warunków umów, przy czym czyn nieuczciwego zaniżania cen może być dokonany tylko świadomie, z winy umyślnej. A ponieważ żadnej z tych okoliczności odwołujący nie wykazał, zatem zarzut naruszenia tego przepisu, jaki i art. 89 ust. 1 pkt 3 należało uznać za chybiony.

Zarzut dotyczący tego, iż złożenie oferty przez wykonawcę ZULRIK stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, tj. zarzut 2 b) uzasadnienia nie potwierdził się.

Izba ustaliła, iż zamawiający w rozdziale VI SIWZ „Opis warunków udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków”, pkt 3 podał „zgodnie z art. 26 ust. 2b Wykonawca może polegać na potencjale technicznym i osobach zdolnych do wykonania zamówienia innych podmiotów niezależnie od charakteru prawnego łączącego go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązania tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia”.

Wykonawca ZULRIK w załączeniu do oferty złożył m.in. „Wykaz wykonanych usług w okresie ostatnich 3 lat (...)”, w tabeli którego wyspecyfikował m.in. pod poz. 2 „usługi leśne, zagospodarowanie lasu, pozyskanie i zrywka” o wartości „1977466,48”, zrealizowane w „I-XII.2011” dla „Nadleśnictwa Polanów” oraz pod poz. 2 „usługi leśne, zagospodarowanie lasu, pozyskanie i zrywka” o wartości „1590634,39”, zrealizowane w „I-XII.201” dla „Nadleśnictwa Polanów”. (str. 7 oferty).

Wykonawca ZULRIK złożył także referencje wystawione na rzecz Z..... W..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych Z..... W..... z siedzibą w miejscowości Biała potwierdzające należyte wykonanie tych usług oraz „zobowiązanie innych podmiotów”, tj. Z..... W..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych Z..... W..... z siedzibą w miejscowości Biała do oddania w dyspozycję (udostępnienia) niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia w zakresie „wiedzy i doświadczenia tj.: referencje oraz przerób”.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Art. 26 ust. 2b ustawy Pzp pozwala wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia powołać się na potencjał innych podmiotów (podmiotów trzecich) dla wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu i to niezależnie od charakteru prawnego

łączących go z nimi stosunków. W takiej sytuacji wykonawca zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, że będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia.

W niniejszym stanie faktycznym wykonawca ZULRIK załączył do oferty zobowiązanie podmiotu trzeciego, tj. Z..... W..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych Z..... W..... z siedzibą w miejscowości Biała o udostępnieniu mu (wykonawcy ZULRIK) wiedzy i doświadczenia, jak również wszystkie dokumenty wymagane postanowieniami SIWZ celem wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Wykonawca ZULRIK, powołując się na wiedzę i doświadczenie tego podmiotu (podmiotu trzeciego), a więc uzyskane przez ten podmiot referencje oświadczył bowiem, iż w realizacji zamówienia (część 19) nie przewiduje udziału podwykonawców, jak również w odniesieniu do tej właśnie części nie wypełnił tabeli dotyczącej podwykonawców. Okoliczność ta niewątpliwie wynika z treści złożonej oferty.

Przedłożone w niniejszym postępowaniu przez wykonawcę ZULRIK zobowiązanie podmiotu trzeciego, na którego wiedzę i doświadczenie wykonawca ten powoływał się w ramach spełniania warunku udziału w postępowaniu, jest wystarczające dla potwierdzenia spełniania tego warunku. Wykonawca bowiem wprost udowodnił, że wskazany podmiot trzeci odda mu swoją wiedzę i doświadczenie do dyspozycji w okresie realizacji zamówienia, co niewątpliwie może nastąpić także w formie konsultacji czy też doradztwa. O powyższym świadczy bowiem zarówno treść przedłożonego zobowiązania odnośnie udostępnienia wiedzy i doświadczenia na okres korzystania z nich przy wykonywaniu ww. zamówienia, jak również konsekwentnie podnoszona przez wykonawcę ZULRIK na rozprawie okoliczność, iż sam będzie realizował przedmiotowe zamówienie, nie przewidując podwykonawstwa, a co w świetle powyższych rozważań jest możliwe.

Tak więc skorzystanie przez wykonawcę z potencjału innego podmiotu, a taką możliwość jak już wyżej wskazano, daje wykonawcom art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, nie może stanowić zarzutu, gdyż dopuszcza ją przepis obowiązującego prawa. Tym samym stawianie wykonawcy ZULRIK zarzutu naruszenia art. 14 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji na skutek skorzystania z przysługującego mu prawa jest nieuprawnione.

Zarzut dotyczący tego, iż złożenia przez wykonawcę ZULRIK nieprawdziwych informacji, tj. zarzut 4 uzasadnienia nie potwierdził się.

Izba ustaliła, iż zamawiający w rozdziale VII SIWZ „Wykaz oświadczeń lub dokumentów jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu” wskazał jakie dokumenty mają zostać złożone wraz z ofertą, w tym

m.in. „3. wykaz narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy usług w celu realizacji zamówienia wraz z informacją o podstawie dysponowania tymi zasobami; Wykaz musi potwierdzać spełnianie warunków określonych w punkcie VI.2.c). Wzór powyższego wykazu stanowi załącznik nr 10 do niniejszej specyfikacji.”.

Wykonawca ZULRIK wraz z ofertą złożył „Wykaz narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy usług w celu realizacji zamówienia wraz z informacją o podstawie dysponowania” (załącznik nr 10) (str. 32 oferty), w treści którego wyspecyfikował „Ciągnik MTZ Balarus 820”, gdzie jako formę dysponowania wskazano „użyczenie” (poz. 1), „Ciągnik MTZ Balarus 820.3”, gdzie jako formę dysponowania wskazano „użyczenie” (poz. 2), „Przyczepa SF 11/6545 do zrywki z żurawiem przenośnym”, gdzie jako formę dysponowania wskazano „własność” (poz. 3), „Wciągarka linowa 6,5H z płytą mygl.”, gdzie jako formę dysponowania wskazano „własność” (poz. 4) oraz „Pilarka spalinowa Husqvarna 1 szt., Pilarka spalinowa Husqvarna 3 szt.”, gdzie jako formę dysponowania wskazano odpowiednio „własność” i „użyczenie” (poz. 5), załączając zobowiązania do użyczenia urządzeń i narzędzi (str. 68 oferty).

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Art. 26 ust. 2b ustawy Pzp pozwala wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia powołać się na potencjał innych podmiotów (podmiotów trzecich) dla wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu i to niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. W takiej sytuacji wykonawca zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, że będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia.

W niniejszym stanie faktycznym wykonawca ZULRIK załączył do oferty zobowiązanie podmiotu trzeciego, tj. T..... i A..... B..... prowadzących indywidualne gospodarstwo rolne w miejscowości Płocko o udostępnieniu mu (wykonawcy ZULRIK) urządzeń i narzędzi do wykonywania zamówienia firmy celem wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu i jest ono wystarczające dla potwierdzenia spełnienia tego właśnie warunku przez wykonawcę ZULRIK. Brak jest więc podstaw do stawiania temu wykonawcy zarzutu złożenia nieprawdziwych informacji. Wykluczenie wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp wymaga bowiem ustalenia w sposób nie budzący żadnych wątpliwości, że wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje oraz wykazania, iż ich złożenie ma wpływ na wynik postępowania. Jak już wyżej wykazano wykonawca ZULRIK skorzystał z potencjału podmiotu trzeciego i nie złożył w tym zakresie nieprawdziwych informacji. Tym samym Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono, jak w sentencji.

Izba w poczet materiału dowodowego zaliczyła dokumentację przedmiotowego postępowania.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), tj. stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w wysokości 3 567,00 zł.

Przewodniczący: