

**Sygn. akt: KIO 2678/18**

**WYROK**  
**z dnia 18 stycznia 2019 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Małgorzata Matecka**

**Protokolant: Marta Słoma**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 stycznia 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 grudnia 2018 r. przez Odwołującego: M.T. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą M.T. Usługi leśne w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Skarb Państwa – Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Podanin

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: A.Z. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą A.Z. Usługi Leśne „BOROWIK, M.W. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą M.W. Usługi Leśne, T.K. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą T.K. PPHU T., A.Z. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą „FOREST” A.Z., M.K. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Usługi leśne „KARLIM” M.K. i R.K. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą R.K. Usługi leśne „KARLIM”, działający wspólnie w formie spółki cywilnej Usługi leśne „KARLIM” s.c. oraz E.B. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą E.B. Usługi Leśne „RUNO”, J.P. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą J.P. Usługi Leśne „RUNO” i J.K. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą J.K. - Usługi Leśne „RUNO”, działający wspólnie w formie spółki cywilnej Usługi Leśne „RUNO” s.c. (Konsorcjum „LIPA”), zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

1. oddała odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego, i:

- 2.1. 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;
- 2.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset 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 (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986, 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 Poznaniu.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Zamawiający - Skarb Państwa – Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Podanin prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Podanin w roku 2019. Wartość ww. zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986, ze zm.), dalej jako „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 16 października 2018 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2018/S 199-451567.

I. W dniu 28 grudnia 2018 r. Odwołujący - M.T. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą M.T. Usługi leśne wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie na czynności podjęte oraz zaniechane przez Zamawiającego w Postępowaniu, w ramach pakietu (części) I. Jak wynika z treści odwołania zostało ono wniesione wobec czynności odrzucenia oferty Odwołującego, czynności wyboru oferty Konsorcjum „LIPA” jako najkorzystniejszej oraz zaniechania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w pakiecie (części) I.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez niezgodne z przepisami odrzucenie oferty Odwołującego,
- art. 91 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej dla pakietu nr 1.
- 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 która nie była najkorzystniejsza, zaś ofertę Odwołującego, mimo faktu iż była najkorzystniejsza sklasyfikowano na poz. 2.
- 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 podniesionymi zarzutami Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru oferty Konsorcjum „Lipa” w pakiecie (części) nr 1,
- powtórzenie czynności badania i oceny ofert,
- uznania oferty Odwołującego za ważną,

– dokonania wyboru oferty Odwołującego w oparciu o art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

Uzasadniając podniesione zarzuty Odwołujący w szczególności wskazał, co następuje:

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 1. Odwołujący, którego ofertę odrzucono na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 4 ustawy Pzp, złożył najkorzystniejszą ofertę w pakiecie nr 1, wykazując w toku postępowania iż jego oferta w pełni odpowiada wszystkim wymaganiom określonym w SIWZ.

W pierwszej kolejności koniecznym jest analiza treści oferty oraz wyjaśnień Odwołującego w zakresie dokonanej wyceny, która potwierdza, iż Wykonawca nie zastosował rażąco niskiej ceny. Zamawiający w piśmie informującym o odrzuceniu oferty, wskazał argumentację, która w jego ocenie miała pozwolić na uznanie ceny Wykonawcy odwołującego się za rażąco niską. *[Dowód Nr 1: informacja o odrzuceniu oferty z dnia 21 grudnia 2018 r. - w aktach sprawy Zamawiającego]*. Podkreślić należy, iż Zamawiający dokonał analizy wyjaśnień Odwołującego w sposób pobieżny, a wręcz niedokładny. Chociażby stwierdzenie, iż „nawiązując do wyjaśnień Zamawiający zastrzega, że w ramach wynagrodzenia za wykonanie przedmiotu zamówienia nie oferuje świadczeń niepieniężnych w postaci umożliwienia pracownikom Wykonawcy odbycia stażu łowieckiego, bądź zaproszenia do wzięcia udziału w polowaniu. Zamawiający zastrzega również, że biorący, udział w polowaniach myśliwi, jako komercyjni klienci Nadleśnictwa Podanin, nie mają obowiązku zapewniania psów myśliwskich”. Szczegółowa analiza wyjaśnień odwołującego pozwala stwierdzić, iż odwołujący się na żadne z przywołanych argumentów nie powoływał. W treści wyjaśnień z dnia 16 grudnia 2018 r. Wykonawca wskazał, iż „Organizacja nagonki przy wykorzystaniu 28 osób, którymi będą przede wszystkim pracownicy zakładu pracy, którzy są myśliwymi oraz pracownicy jako przyszli kandydaci chcący nabyć nowe doświadczenie przed wstąpieniem do koła łowieckiego. Praca myśliwych celem poznawania przez nich nowych terenów łowieckich, dające im możliwości uzyskania zaproszenia do wzięcia udziału w polowaniu. W związku z powyższym organizacja nagonki nie będzie generowała dodatkowych kosztów po stronie wykonawcy, bowiem zostały one skalkulowane w kosztach pracy pracownika. Zapewnienie obsady psów myśliwskich częściowo zabezpieczone będzie przez psy stanowiące własność Wykonawcy, przewidywany jest również udział psów stanowiących własność myśliwych (pracownicy). Wykonawca nie musi zatem dokonywać najmu psów”. Wyjaśnienia wyraźnie wskazywały potencjał z jakiego korzystać będzie Wykonawca — będący w jego dyspozycji. *[Dowód Nr 2: wyjaśnienia rażąco niskiej ceny odpowiednio z dnia 9 grudnia 2018r. - w aktach sprawy*

*Zamawiającego; Dowód Nr 3: wyjaśnienia rażąco niskiej ceny odpowiednio z dnia 16 grudnia 2018r. — w aktach sprawy Zamawiającego]*

Istotnym jest również, iż Zamawiający dokonał oceny oferty Odwołującego, a w szczególności ceny oferowanej za wykonywane usługi w odniesieniu do bliżej nieokreślonych, a wręcz niemożliwych do przewidzenia na tym etapie postępowania sytuacji cyt. „zabieg taki, w sposób świadomy lub nie, utrudnia dochodzenie roszczeń Zamawiającego z tytułu naliczenia kary za brak wykonania przedmiotu zamówienia, ponieważ zgodnie z § 13 ust. 1 pkt 2) wzoru Umowy stanowiącej załącznik nr 13 do SIWZ Zamawiający jest uprawniony do naliczenia, kar umownych „za zwłokę w realizacji prac na danej pozycji objętej zleceniem w stosunku do terminu określonego w zleceniu – w wysokości 1 % wartości prac brutto na danej pozycji objętej zleceniem, w stosunku do których Wykonawca pozostaje w zwłoce, liczonej za każdy rozpoczęty dzień zwłoki”. Niska stawka jednostkowa zaoferowana przez Wykonawcę gwarantuje mu niski poziom kar umownych z tytułu niewykonania przedmiotu umowy, w sytuacji gdy rzeczywiste koszty pozycji są wliczone w cenę ogólnej oferty. Powyższa argumentacja, zdaniem Zamawiającego wskazywać miała na zastosowanie rażąco niskiej ceny ze względu na fakt, iż przyszłe kary umowne - na marginesie warto podkreślić, iż Zamawiający na etapie oceny oferty Odwołującego założył, iż kary umowne wystąpią (sic!). Jednocześnie koniecznym jest podkreślenie, iż rażąco niska cena nie może być utożsamiana z wysokością kar umownych ustalonych na podstawie procentowego odniesienia do ceny ofertowej.

W doktrynie podkreśla się, iż nie można z faktu zaoferowania ceny niższej niż inni wykonawcy wywodzić tezy o rażąco niskiej cenie w sytuacji, gdy cena ta nie odbiega w sposób istotny od realiów rynkowych.

Zamawiający uzasadniając podstawy odrzucenia oferty wskazał, iż - z analizy złożonych wyjaśnień wynika, że większość kosztów związanych z obsługą polowań, Wykonawca wliczył w cenę ogólną oferty, czyli cenę innych pozycji kosztorysowych. Wykonawca uszczegóławiając wyjaśnienia stwierdził, iż czynności te będą wykonywali osobiście pracownicy oraz właściciel firmy, w ramach kosztów zatrudnienia oraz samozatrudnienia w ramach prowadzonej działalności gospodarczej na poziomie wymaganym przepisami prawa na 2019 r., z uwzględnieniem kosztu dowozu osób i zabezpieczenia finansowego na ewentualne zwwyżki kosztów samozatrudnienia. Oczywiście zdaje się być, iż wynagrodzenie pracowników jest ustalane za cały zakres powierzonych obowiązków służbowych w ramach danego miesiąca rozrachunkowego. To Wykonawca w trakcie realizacji usługi będzie dokonywał alokacji pracowników oraz ustalał harmonogram własnej pracy. Zwrócić należy uwagę, że drwal / pilarz zgodnie z wymogami BHP pracuje pilarką cztery godziny dziennie. Przez resztę czasu wykonuje inne prace, np. m.in. może wykonywać porządkowanie terenu

leśnictwa, prace godzinowe inne przykładowo - zakres prac obejmuje pozostałe prace godzinowe ręczne w ochronie lasu, dozorowanie pożarzyska oraz porządkowanie terenu, konserwację sprzętu przeciwpożarowego, orkę pożarzyska albo układu drewno, ostrzy pilarkę, czy też uczestniczy w nagonce w trakcie polowania. Tym samym wyjaśnienia Odwołującego w zakresie wykorzystania samozatrudnienia do obniżenia wysokości cen jednostkowych, są w pełni zasadne, jak również w żaden sposób nie kolidują z deklaracjami zawartymi w ofercie odwołującego.

Odwołujący złożył wyczerpujące wyjaśnienia w zakresie zastosowanych stawek, nie sposób uznać, aby przeliczone zakresy czynności w wielkościach godzin podanych przez Zamawiającego, czy też realny sposób alokacji czynności i pracowników zastosowany do kalkulacji ofertowej był jakkolwiek błędny czy pomyłony. [*Dowód Nr 2: wyjaśnienia rażąco niskiej ceny odpowiednio z dnia 9 grudnia 2018 r. — w aktach sprawy Zamawiającego; Dowód Nr 3: wyjaśnienia rażąco niskiej ceny odpowiednio z dnia 16 grudnia 2018 r. — w aktach sprawy Zamawiającego*]. Wykonawca oświadcza, iż podtrzymuje oraz wprowadza jako środek dowodowy złożone wyjaśnienia rażąco niskiej ceny odpowiednio z dnia 9 oraz 16 grudnia 2018r., których z uwagi na objęcie wyjaśnień tajemnicą przedsiębiorstwa nie powielamy w całości treści niniejszego odwołania.

Zamawiający podkreśla również, iż nie zgadza się ze stwierdzeniami, że pozycje kosztorysowe polowania zbiorowego wielkoobszarowego ze zwyczaj 1 ambon i polowania zbiorowego klasycznego, stanowią marginalną część przewidywanego do realizacji zamówienia. Wykonawca w swoich wyjaśnieniach obliczył procentowy udział pozycji kosztorysowych w całkowitej wartości zamówienia jego oferty. Przyjmując metodykę takich obliczeń Wykonawca jest w stanie przedstawić marginalny udział każdej pozycji, która została bardzo nisko wyceniona. Według wyliczeń Zamawiającego udział procentowy przedmiotowych pozycji wynosi 7,31 % szacowanej wartości ogólnej brutto pakietu (części) 1 zamówienia. Ponadto Zamawiający ustalił poziom istotności nie tylko na podstawie procentowego udziału szacowanej wartości kosztów, ale również planowanych przychodów. Planowany przychód z tytułu sprzedaży polowań stanowi 23,04 % ogólnego przychodu wynikającego z realizacji 1 pakietu (części) zamówienia. Poza mierzalnym aspektem finansowym warty podkreślenia jest fakt, że brak wykonania polowań umożliwi wykonanie planu łowieckiego, w tym planu pozyskania dzików. Może to doprowadzić do rozprzestrzenienia się wirusa afrykańskiego pomoru świń (African swine fever ASF) - groźnej, zakaźnej i zaraźliwej choroby wirusowej świń domowych, świniodzików oraz dzików. Wystąpienie ASF skutkuje przede wszystkim narażeniem kraju na olbrzymie straty finansowe związane w pierwszej kolejności z kosztami związanymi ze zwalczaniem choroby w gospodarstwach gdzie zostanie stwierdzona (wiążącymi się m. in. z zabiciem zwierząt z zapowietrzonego stada i utylizacją ich zwłok,

koniecznością przeprowadzenia oczyszczania i dezynfekcji oraz badań laboratoryjnych), jak również z drastycznym ograniczeniem możliwości sprzedaży i wywozu świń lub wieprzowiny zarówno w kraju jak i poza jego granice. Zastanawiającym jest analiza uzasadnienia odrzucenia w stosunku do przewidywanego do realizacji przedmiotu zamówienia. SIWZ nie wskazywała żadnych dodatkowych obowiązków czy wymogów związanych z tak daleko posuniętą analizą dotyczącą gospodarki łowieckiej.

Kosztorysy ofertowe zostały ułożone wg kilka działów, obejmujących zakresy wykonywanych czynności, kwestionowane pozycje dotyczą dwóch pozycji — polowania zbiorowego wielkoobszarowego ze zwyżek i ambon [Ł-POL-WLK w pakiecie nr I] oraz polowania zbiorowego klasycznego [Ł-POL-ZB w pakiecie nr I]. Obie pozycje w skali całości przewidywanego zamówienia stanowią marginalną wielkość realizowanej usługi - nie ze względu na ich przyszłe dochody dla Nadleśnictwa, czy ze względu na ewentualne odniesienie do planu pozyskania dzików - bowiem są one częścią usługi z zakresu gospodarki leśnej zleconego Wykonawcy na podstawie szczegółowo opisanego przedmiotu zamówienia - który na co warto zwrócić uwagę przewiduje dla pakietu nr I chociażby dla jednostki H (godziny) przewidziano dla Działu I - 86, działu II - 965, działu III - 489, działu IV - 368, działu V - 180, działu VI — 3.259, działu VII — 109, działu X — 99, działu XI 190, zaś ogółem prace godzinowe wynoszą 5.745. [Dowód Nr 4: kosztorysy ofertowe dla pakietu nr I - w aktach sprawy Zamawiającego.]

Uzasadniając swoje stanowisko Odwołujący powołał się na orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (wyrok z dnia 18 grudnia 2014 r., Data Medical Service, C-568/13 oraz wyrok z 19 października 2017 r. w sprawie C-198/16) oraz Krajowej Izby Odwoławczej (wyrok w sprawie KIO 68/15; wyrok z dnia 15 lipca 2010 r. KIO/UZP 1354/10, wyrok z dnia 1 marca 2009 r. KIO/UZP 1922/09, wyrok z dnia 23 czerwca 2017 r. KIO 1169/17, KIO 1170/17 oraz z dnia 26 lutego 2018 r. KIO 251/18).

W zakresie pozostałych zarzutów dotyczących: „*art. 91 uPzp 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 LIPA z siedzibą przy ul. Leśnej 62, 64-820 Szamocin, mimo iż nie była ofertą najkorzystniejszą w świetle ustalonych w postępowaniu kryteriów oceny oferty. Zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej dla pakietu nr 1 narusza w sposób bezzasadny dyrektywę art. 91 ustawy Pzp spowodowało pozbawienie Odwołującego prawa uzyskania zamówienia publicznego, mimo faktu iż jego oferta była najkorzystniejsza na podstawie przyjętych w postępowaniu kryteriów oceny oferty. Art. 7 ust. 1 uPzp, poprzez*

*przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, polegające na tym, że oferta Odwołującego została podana subiektywnej ocenie Zamawiającego. Z ostrożności procesowej należy podnieść, iż ewentualnie Zamawiający w przypadku nie uznania obu ofert za ważne winien był unieważnić postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie art. 93 ust. 1 pkt. 1 uPzp.”*

II. Pismem z dnia 14 stycznia 2019 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie wnosząc o jego oddalenie.

III. Pismem wniesionym do Prezesa Izby w dniu 3 stycznia 2019 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: A.Z prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą A.Z Usługi Leśne „BOROWIK, M.W. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą M.W. Usługi Leśne, T.K. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą T.K. PPHU Taszka, A.Z. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą „FOREST” A.Z., M.K. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Usługi leśne „KARLIM” M.K. i R.K. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą R.K. Usługi leśne „KARLIM”, działający wspólnie w formie spółki cywilnej Usługi leśne „KARLIM” s.c. oraz E.B. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą E.B. Usługi Leśne „RUNO”, J.P. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą J.P. Usługi Leśne „RUNO” i J.K. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą J.K. - Usługi Leśne „RUNO”, działający wspólnie w formie spółki cywilnej Usługi Leśne „RUNO” s.c. (Konsorcjum „LIPA”) zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron i uczestnika postępowania, na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń i stanowisk stron oraz uczestnika postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.**

**Izba ustaliła, co następuje:**

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący jest legitymowany, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, do wniesienia odwołania. Zgodnie z tym przepisem wykonawcy przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, jeżeli ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może



ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. W ocenie Izby Odwoławczy wykazał spełnienie powyższych przesłanek, co nie było też sporne.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: A.Z. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą A.Z. Usługi Leśne „BOROWIK, M.W. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą M.W. Usługi Leśne, T.K. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą T.K. PPHU Taszkał, A.Z. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą „FOREST” A.Z., M.K. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Usługi leśne „KARLIM” M.K. i R.K. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą R.K. Usługi leśne „KARLIM”, działający wspólnie w formie spółki cywilnej Usługi leśne „KARLIM” s.c. oraz E.B. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą E.B. Usługi Leśne „RUNO”, J.P. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą J.P. Usługi Leśne „RUNO” i J.K. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą J.K. - Usługi Leśne „RUNO”, działający wspólnie w formie spółki cywilnej Usługi Leśne „RUNO” s.c. (Konsorcjum „LIPA”) (dalej jako „Przystępujący”) do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego dokumentację Postępowania, na podstawie której ustaliła w szczególności, co następuje:

Zgodnie z postanowieniami Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia przedmiotem zamówienia, na które prowadzone jest Postępowanie, są usługi z zakresu gospodarki leśnej zgodnie z określeniem w art. 6 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 28 września 1991 r. o lasach (tekst jedn.: Dz. U. z 2017 r., poz. 788 z późn. zm. – dalej „Ustawa o lasach”) obejmujące prace z zakresu hodowli i ochrony lasu, ochrony przeciwpożarowej, szkółkarstwa, nasiennictwa i selekcji drzew, utrzymania obiektów turystycznych, drogowych i edukacyjnych, zakładania i pielęgnacji zadrzewień, pozyskania i zrywki drewna oraz gospodarki łowieckiej i łąkowo rolnej, do wykonania na terenie Nadleśnictwa Podanin w roku 2019 [pkt 3.1.1)]. Przedmiot zamówienia został podzielony na części (dalej: Pakiet); Pakiet I – leśnictwa: Smogulec, Jaktorówko, Lipiny oraz zadania z zakresu gospodarki łowieckiej i łąkowo rolnej na terenie obwodu łowieckiego nr 51 stanowiącego OHZ LP [pkt 3.1.7)]. 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) [pkt 13.2]. Określony w SIWZ rzeczowy zakres przedmiotu zamówienia oraz postanowienia

wynikające z wzoru umowy załączonego do SIWZ (załącznik nr 13) stanowią podstawę do obliczenia cen jednostkowych oraz ceny łącznej wynikającej z oferty [pkt 13.6].

W ramach Pakietu I oferty złożyło dwóch wykonawców: Odwołujący oraz Przystępujący.

Pismem z dnia 30 listopada 2018 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do wyjaśnień istotnych części składowych ceny oferty. Odpowiedzi na to wezwanie Odwołujący udzielił pismem z dnia 9 grudnia 2018 r.

Pismem z dnia 11 grudnia 2018 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia dodatkowych wyjaśnień dotyczących istotnych części składowych ceny oferty. Odpowiedzi na to wezwanie Odwołujący udzielił pismem z dnia 16 grudnia 2018 r. (wyjaśnienia zostały złożone 4 godziny po upływie terminu wyznaczonego przez Zamawiającego).

Pismem z dnia 21 grudnia 2018 r. Zamawiający zawiadomił Odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Pismem z dnia 21 grudnia 2018 r. Zamawiający zawiadomił o wyborze oferty Konsorcjum „Lipa” jako najkorzystniejszej w części I.

#### **Izba zważyła, co następuje:**

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z przepisem art. 90 ust. 1 ustawy Pzp uprawnienie jak i obowiązek zamawiającego do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny aktualizuje się także w przypadku, gdy istotne części składowe ceny lub kosztu oferty 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. Możliwość, a jednocześnie konieczność, odniesienia się do istotnej części składowej ceny (kosztu) oferty jako okoliczności mającej znaczenie dla wszczęcia postępowania wyjaśniającego wprost wynika z regulacji art. 90 ust. 1 ustawy Pzp i kwestia ta nie była sporna. Spór pomiędzy stronami dotyczył między innymi tego, czy za taką istotną część składową ceny oferty można w okolicznościach niniejszej sprawy uznać prace dotyczące przeprowadzenia polowań (polowanie zbiorowe wielkoobszarowe ze zwyczaj i ambon oraz polowanie zbiorowe klasyczne). Przede wszystkim wymaga wskazania, iż w treści SIWZ zostało przewidziane, że wynagrodzenie należne wykonawcy obliczane będzie według cen jednostkowych podanych w kosztorysie ofertowym (§ 10 ust. 3 wzoru umowy). Przewidzenie tego rodzaju ustalania wynagrodzenia wykonawcy co do zasady uprawnia i obliuguje zamawiającego do badania również cen jednostkowych przewidzianych za wykonanie poszczególnych prac w ramach

przedmiotu zamówienia. Niezależnie od powyższego, odnosząc się do stanowiska przedstawianego przez Odwołującego oraz Zamawiającego, należy wskazać co następuje. Uzasadniając swoje stanowisko Odwołujący w szczególności wskazywał na marginalny udział procentowy ww. pozycji w całkowitej cenie jego oferty. W ocenie składu orzekającego Izby opieranie się wyłącznie na językowej wykładni ww. uregulowania i stosowanie tego rodzaju porównania w celu ustalenia istotnych części składowych ceny (kosztu) oferty, bez odwołania się do innych kryteriów czy okoliczności, jest błędne. Wynika to z tego, że im bardziej dana część składowa ceny oferty jest zaniżona, tym mniejszy jest jej udział procentowy w całkowitej cenie oferty. Dokonanie oceny w ww. zakresie powinno zatem następować przy zastosowaniu różnych kryteriów, w zależności od okoliczności konkretnej sprawy. Należy w tym miejscu przywołać uregulowanie zawarte w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, tj. fragment, w którym ustawodawca wskazał, iż cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, mają budzić wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów. W przypadku, gdy mamy do czynienia z zamówieniami o zróżnicowanym przedmiocie zamówienia, na który składają się np. różnorodne usługi lub dostawy, ww. uregulowanie należy odnosić także do możliwości wykonania poszczególnych, wyodrębnionych części zamówienia. Tym samym pojęcie „istotności” części składowej ceny lub kosztu należy interpretować również poprzez odniesienie się do „istotności” części przedmiotu zamówienia, przynależnej danej części składowej ceny lub kosztu. Jeżeli określone prace w ramach realizacji zamówienia mają dla zamawiającego istotne znaczenie, to powinien on mieć prawo zbadania czy za prace te wykonawca oferuje cenę, która nie została przez niego rażąco zaniżona. Wskazując ponownie na unormowanie zawarte w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp należy podkreślić, iż jest tam mowa o wątpliwościach zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Nie chodzi jedynie o wątpliwości co do tego, czy zamówienie lub jego część w ogóle zostanie przez wykonawcę zrealizowana, ale także o wątpliwości co do tego, czy realizacja zamówienia lub jego części (za daną cenę) będzie należyta. W niniejszej sprawie Zamawiający uzasadniając zakwalifikowanie pozycji: polowanie zbiorowe wielkoobszarowe ze zwyczaj i ambon oraz polowanie zbiorowe klasyczne odwołał się do udziału procentowego ww. pozycji w szacowanej wartości ogólnej brutto pakietu (części) I – 7,31%, istotnego znaczenia tych pozycji wynikającego z planowanego przychodu z tytułu sprzedaży polowań – 23,04% ogólnego przychodu wynikającego z realizacji pakietu (części) I. Ponadto Zamawiający wskazał na skutki niewykonania ww. prac, tj. niewykonanie planu łowieckiego, w tym pozyskania dzików. Jak stwierdził Zamawiający powyższe może doprowadzić do rozprzestrzeniania się wirusa afrykańskiego pomoru świń, co naraża kraj na olbrzymie straty finansowe związane w pierwszej kolejności z kosztami związanymi ze

zwalczaniem choroby w gospodarstwach, gdzie zostanie ona stwierdzona, jak również z drastycznym ograniczeniem możliwości sprzedaży i wywozu świń lub wieprzowiny zarówno w kraju jak i poza jego granice. W ocenie składu orzekającego Izby wskazane przez Zamawiającego okoliczności dodatkowo uzasadniają zakwalifikowanie cen jednostkowych za prace dotyczące polowań zbiorowych wielkoobszarowych ze zwyczaj i ambon oraz polowań zbiorowych klasycznych jako istotnych części składowych ceny, o których mowa w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp

W dalszej kolejności należy wskazać, iż w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego wykonawca obowiązany jest udzielić przekonujących wyjaśnień. W ramach wyjaśnień należy odnieść się w szczególności do kwestii wskazanych przez zamawiającego w treści wezwania. Nieudzielenie wymaganych wyjaśnień skutkuje odrzuceniem oferty wykonawcy na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Nieudzielenie wyjaśnień skutkujące zaistnieniem ww. podstawy odrzucenia oferty ma miejsce zarówno wtedy, gdy wyjaśnień w ogóle nie złożono, wyjaśnienia zostały złożone po upływie wyznaczonego terminu, jak i wyjaśnienia nie odpowiadają treści wezwania sprecyzowanego przez zamawiającego. W ocenie składu orzekającego w stosunku do oferty Odwołującego zaistniała przesłanka odrzucenia oferty, o której mowa w art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Po pierwsze, jak wskazano w treści uzasadnienia zawiadomienia o odrzuceniu oferty Odwołującego, wyjaśnienia zostały złożone po upływie wskazanego przez Zamawiającego terminu (okoliczność bezsporna). W tym zakresie skład orzekający Izby prezentuje stanowisko wyrażone uprzednio w wyroku wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 282/18, tj. że *złożenie przez wykonawcę wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny oferty po upływie terminu wyznaczonego przez zamawiającego należy traktować na równi z sytuacją, w której wyjaśnienia w ogóle nie zostały złożone przez wykonawcę. Niewątpliwie w ustawie Prawo zamówień publicznych brak jest regulacji dotyczących instytucji przywrócenia terminu. Zdaniem Izby powyższe związane jest z ogólnym założeniem, jakie powinno przyświecać wykładni przepisów tejże ustawy, wywodzonym z celu prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jakim jest efektywne i sprawne udzielenie zamówienia publicznego. Działanie zamawiających nakierowane jest nie tylko na uzyskanie świadczenia odpowiedniego pod względem jakości i ceny, ale również na możliwie szybkie zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego. W przypadku upływu terminu wyznaczonego na udzielenie odpowiedzi na wezwanie zamawiający nie może pozostawać w niepewności wyrażającej się w oczekiwaniu na doręczenie przez wykonawcę wyjaśnień. Gdyby przyjąć odmienne stanowisko, to należałoby odpowiedzieć na pytanie, jak długo zamawiający obowiązany byłby się wstrzymać z podjęciem następnym kroków w postępowaniu, w tym z podjęciem decyzji o odrzuceniu oferty takiego wykonawcy oraz dokonaniem wyboru najkorzystniejszej oferty. W*

*związku z tym, iż zagadnienia te nie zostały uregulowane przez ustawodawcę, jak i mając na uwadze podstawowe zasady udzielania zamówień, należy zdaniem Izby uznać, iż przekroczenie wyznaczonego przez zamawiającego terminu na złożenie wyjaśnień należy traktować tak jak sytuację zaniechania złożenia tychże wyjaśnień przez wykonawcę.*

Niezależnie od powyższego, Izba podziela stanowisko Zamawiającego co do oceny treści przedstawionych wyjaśnień. *[Treść wyjaśnień została przez Odwołującego zastrzeżona jako zawierająca informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, w związku z tym odniesienie się do nich będzie miało ogólny charakter, przy uwzględnieniu informacji ujawnionych przez Odwołującego w ramach odwołania oraz rozprawy.]* Jakkolwiek same wyjaśnienia są obszernie, to w istocie w niewielkim stopniu odpowiadają na wezwanie Zamawiającego. W wezwaniu z dnia 11 grudnia 2018 r. Zamawiający wyraźnie zaznaczył, iż zwraca się do Odwołującego o przedstawienie szczegółowej kalkulacji ceny w zakresie polowania zbiorowego wielkoobszarowego ze zwyczaj i ambon oraz polowania zbiorowego klasycznego. Dodatkowo Zamawiający wskazał, jakie czynności, zgodnie z załącznikiem nr 4 do SIWZ, obejmują ww. pozycje. Powyższe koresponduje z pkt 13.6 SIWZ, zgodnie z którym rzeczowy zakres przedmiotu zamówienia oraz postanowienia wynikające z wzoru umowy załączonego do SIWZ (załącznik nr 13) stanowią podstawę do obliczenia cen jednostkowych oraz ceny łącznej wynikającej z oferty. Odpowiadając na ww. wezwanie Odwołujący powinien był zatem przedstawić szczegółowe kalkulacje wskazanych pozycji (polowanie zbiorowe wielkoobszarowe ze zwyczaj i ambon oraz polowanie zbiorowe klasyczne), zawierające konkretne wyliczenia oraz obejmujące co najmniej czynności wyszczególnione w załączniku nr 4 do SIWZ i przytoczone przez Zamawiającego w treści wezwania. W odpowiedzi na wezwania Zamawiającego Odwołujący przedstawił wyjaśnienia, które są bardzo mało konkretne, w niektórych fragmentach wręcz lakoniczne. Przede wszystkim jednak Odwołujący nie zadośćuczynił obowiązkowi przedstawienia szczegółowej kalkulacji ceny wskazanych pozycji kosztorysowych. Informacje udzielone w tym zakresie przez Odwołującego zostały przedstawione w sposób wybiórczy oraz mało czytelny i z pewnością nie mogą zostać uznane za szczegółowe kalkulacje wyliczenia ceny.

Nie zasługuje na uwzględnienie przedstawiona przez Odwołującego argumentacja dotycząca planowanej – w ramach realizacji zamówienia – alokacji pracowników. Zgodnie z pkt 13.2 SIWZ 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). Zgodnie z pkt 13.6 SIWZ rzeczowy zakres przedmiotu zamówienia oraz postanowienia wynikające z wzoru umowy załączonego do SIWZ (załącznik nr 13) stanowią podstawę do obliczenia cen jednostkowych oraz ceny łącznej wynikającej z oferty. Odwołujący obowiązany był zatem obliczyć ceny jednostkowe pozycji: polowanie zbiorowe wielkoobszarowe ze zwyczaj i ambon oraz polowanie zbiorowe klasyczne uwzględniając wszelkie koszty i ryzyka składające się na czynności wchodzące w skład tych pozycji, zgodnie z rzeczowym zakresem przedmiotu zamówienia oraz postanowienia wynikającymi ze wzoru umowy. Niedozwolone było przenoszenie kosztów pomiędzy poszczególnymi pozycjami. Odwołujący obowiązany był zatem przedstawić szczegółowe kalkulacje obejmujące koszty przynależne poszczególnym czynnościom wchodzących w skład wskazanych pozycji kosztorysowych, bez możliwości przeniesienia tych kosztów do innych pozycji. Planowany przez wykonawcę sposób realizacji zamówienia nie mógł stanowić podstawy zwolnienia go z konieczności spełnienia wymogów określonych przez Zamawiającego w SIWZ, w tym dotyczących wyliczenia i przedstawienia ceny oferty oraz cen jednostkowych. Niezależnie od powyższego należy stwierdzić, że w świetle postanowień SIWZ oraz wyjaśnień przedstawionych przez Zamawiającego co do sposobu przeprowadzania polowań, możliwość zatrudnienia do prac związanych z polowaniami osób pracujących na stanowisku pilarza czy drwala – w ramach realizacji przedmiotowego zamówienia - budzi poważne wątpliwości.

Podsumowując: wyjaśnienia w odpowiedzi na drugie wezwanie Zamawiającego zostały złożone po upływie wyznaczonego terminu, co należy traktować jak sytuację zaniechania złożenia wyjaśnień, stanowiącą podstawę odrzucenia oferty na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Również w sytuacji, w której nie miałyby miejsce uchybienie terminowi do złożenia wyjaśnień, należałoby zająć takie samo stanowisko co do wystąpienia ww. podstawy odrzucenia oferty. Wyjaśnienia przedstawione przez Odwołującego są mało konkretne, a przede wszystkim Odwołujący wbrew treści wezwania Zamawiającego nie przedstawił szczegółowej kalkulacji cenowych wskazanych pozycji kosztorysowych. Mając na uwadze powyższe Izba doszła do przekonania, iż decyzja Zamawiającego co do odrzucenia oferty Odwołującego była prawidłowa.

Biorąc pod uwagę powyższy stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1 i 2 i § 5 ust. 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 (Dz. U. z 2018 r. poz. 972),  
stosownie do wyniku postępowania.

**Przewodniczący:** .....