

WYROK
z dnia 13 stycznia 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Aneta Górniak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 stycznia 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 grudnia 2015 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **B.K.**, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą **B.K. Zakład Usług Leśnych – Zrywka Drewna w Wodzisławiu**, **P.K.**, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą **P.K., Pozyskiwanie i Zrywka Drewna w Stawnie** oraz **D.H.**, prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą **D.H., Usługi Leśne w Dargoszewie**

w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa – Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Międzyzdroje z siedzibą w Międzyzdrojach**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **J.P.**, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą **J.P. w Baczyśławiu** oraz **D.J.**, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą **D.J., Usługi Leśne w Kukaniu**, zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **B.K.**, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą **B.K. Zakład Usług Leśnych – Zrywka Drewna w Wodzisławiu**, **P.K.**, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą **P.K., Pozyskiwanie i Zrywka Drewna w Stawnie** oraz **D.H.**, prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą **D.H., Usługi Leśne w Dargoszewie** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **B.K.**, prowadzącego

działalność gospodarczą pod nazwą **B.K. Zakład Usług Leśnych – Zrywka Drewna w Wodzisławiu, P.K.**, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą **P.K., Pozyskiwanie i Zrywka Drewna w Stawnie** oraz **D.H.**, prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą **D.H., Usługi Leśne w Dargoszewie** tytułem wpisu od odwołania,

- 2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **B.K.**, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą **B.K. Zakład Usług Leśnych – Zrywka Drewna w Wodzisławiu, P.K.**, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą **P.K., Pozyskiwanie i Zrywka Drewna w Stawnie** oraz **Danuty Hume**, prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą **D.H., Usługi Leśne w Dargoszewie** na rzecz **Skarbu Państwa – Państwowego Gospodarstwa Leśnego Lasy Państwowe Nadleśnictwo Międzyzdroje z siedzibą w Międzyzdrojach** kwotę **3.600 zł 00 gr** (słownie: trzech tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Skarb Państwa, Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Międzyzdroje z siedzibą w Międzyzdrojach – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „wykonywanie usług leśnych w Nadleśnictwie Międzyzdroje w roku 2016”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 7 listopada 2015 r., nr 2015/S 216-394581.

W dniu 18 grudnia 2015 r. zamawiający zawiadomił wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia B.K., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą B.K. Zakład Usług Leśnych – Zrywka Drewna w Wodzisławiu, P.K., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą P.K., Pozyskiwanie i Zrywka Drewna w Stawnie oraz D.H., prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą D.H., Usługi Leśne w Dargoszewie, zwanych dalej „odwołującym”, o wyborze jako najkorzystniejszej – w zakresie części 1 zamówienia – oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia J.P., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą J.P. w Baczyśławiu oraz D.J., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą D.J., Usługi Leśne w Kukaniu, zwanych dalej „przystępującym”.

Wobec:

- 1) czynności wyboru jako najkorzystniejszej – w zakresie części 1 zamówienia – oferty złożonej przez przystępującego,
- 2) zaniechania przez zamawiającego czynności odrzucenia oferty złożonej przez przystępującego w zakresie części 1 zamówienia

odwołujący wniósł w dniu 28 grudnia 2015 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3, art. 82 ust. 3, art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności polegającej na wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez przystępującego w zakresie części 1 zamówienia,
- 2) powtórzenia czynności oceny ofert i wyboru oferty złożonej przez odwołującego jako najkorzystniejszej w zakresie części 1 zamówienia.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podniósł, że obowiązkiem wykonawcy - zgodnie z pkt 12.5 SIWZ - było przedstawienie oferty zgodnie ze wszystkimi wymaganiami określonymi w SIWZ, przy czym - w myśl pkt 12.6 SIWZ - na ofertę składać się miały m.in. formularz oferty wraz z kosztorysem ofertowym. Zgodnie natomiast z pkt 13.1 SIWZ „Wykonawca zobowiązany jest podać na formularzu oferty (Załącznik nr 1) cenę łączną brutto za wszystkie pozycje (prace) przewidziane w okresie wykonywania umowy dla Pakietu, na który składa swoją ofertę, zgodnie z kosztorysem ofertowym (Załącznik nr 1a)”. W myśl natomiast pkt 13.4 SIWZ „Stawki jednostkowe netto za poszczególne pozycje (prace) wchodzące w skład pakietu oraz, wartości całkowite (netto i brutto) oraz cenę łączną brutto należy podawać w walucie złotych (PLN), z dokładnością do 2 miejsc po przecinku.”. W oparciu o przywołane postanowienia SIWZ odwołujący wywiódł, że wymogiem nałożonym na wykonawców było określenie cen jednostkowych oraz wartości netto dla wszystkich pozycji, ściśle według kolejności pozycji wymienionych w formularzu kosztorysu ofertowego, stanowiącego załącznik nr 1A. Kosztorys załączony do oferty stanowi jej integralną część i w konsekwencji oznacza to, że treść kosztorysu stanowiącego część treści oferty musi odpowiadać treści specyfikacji. Ponadto odwołujący przywołał treść §9 ust. 2 wzoru umowy będącego załącznikiem nr 10A do SIWZ, z którego wynikało, że „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”. W ocenie odwołującego przytoczone postanowienia oznaczają, że w stosunku do przedmiotowego zamówienia stosuje się wynagrodzenie kosztorysowe, w związku z czym w sytuacji braku ceny jednostkowej pominięcie jakiegokolwiek pozycji powoduje, że rozliczenie wykonanych usług zostanie uniemożliwione. Odwołujący wywiódł także, że szczegółowy opis przedmiotu zamówienia został określony w załącznikach nr 1B-1, 1B-2 i 1B-3 do SIWZ. Załączniki te wprost przewidują (m.in. dla części 1 zamówienia) wykonanie usługi polegającej na rozdrobnieniu pozostałości zrębowych, wobec czego należy uznać, że usługa polegająca na rozdrobnieniu pozostałości zrębowych była niewątpliwie częścią przedmiotowego zamówienia.

W dalszej części odwołania odwołujący podkreślił, że przystępujący w złożonym przez siebie kosztorysie ofertowym w wierszu nr 12 „Rozdrabnianie pozostałości zrębowych” nie wypełnił jednej kolumny – „stawka oferowana”. Pominięcie jednej z pozycji kosztorysu - zdaniem odwołującego - wywołuje dwojakiego rodzaju skutki. Po pierwsze mamy do czynienia z sytuacją, w której oferta złożona przez przystępującego nie obejmuje całości przedmiotu zamówienia. Po drugie - z uwagi na kosztorysowy charakter wynagrodzenia jaki został przewidziany za wykonanie zamówienia - brak wskazania ceny jednostkowej choćby jednej pozycji kosztorysu, powoduje w istocie niemożliwość rozliczenia wykonanych usług. Odwołujący argumentował, że sam zamawiający nabrał w tym zakresie wątpliwości,

wzywając przystępującego do złożenia stosownych wyjaśnień w tym zakresie. W ocenie jednak odwołującego, takie działanie zamawiającego (sprowadzające się do wezwania wykonawcy do wskazania, czy wyraża gotowość wykonania całego przedmiotu zamówienia), było całkowicie niedopuszczalne. W trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający może jedynie żądać wyjaśnień co do „treści złożonych ofert”, jednakże jakakolwiek ingerencja merytoryczna, poza ściśle określonymi przypadkami, jest niedopuszczalna. Instytucja wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, nie może służyć usuwaniu wątpliwości co do tego, czy oferta wykonawcy obejmuje cały przedmiot zamówienia, czy tylko jej część.

Zdaniem odwołującego, w analizowanej sprawie nie było możliwości zastosowania instytucji poprawy omyłki z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. W celu poprawienia omyłki niezbędny jest bowiem brak wątpliwości po stronie zamawiającego, co do prawidłowej treści oferty, a niedopuszczalne jest przy tym prowadzenie negocjacji, gdyż takie działanie stanowiłoby naruszenie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. O omyłce można mówić jedynie wtedy, gdy zamawiający posiada wszelkie dane niezbędne do samodzielnego poprawienia omyłki. Tymczasem w omawianym przypadku nie było wcale oczywiste, że wartość stawki jednostkowej dla pozycji nr 12, powinna wynosić 0. Zaniechanie dokonania wpisu wielkości ceny jednostkowej stanowiącej element cenotwórczy nie mogło być również uznane za oczywistą omyłkę pisarską podlegającą poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp. Wprowadzenie w rubryce przewidzianej dla stawki jednostkowej za pozycję 12, nowej treści (nawet 0,00 zł jak tego domagał się wykonawca), nie jest poprawieniem omyłki, albowiem trudno uznawać za poprawienie omyłki, wpisanie przez zamawiającego nowej wielkości bez dokonywania poprawek. W sprawie nie jest oczywistym, że cena jednostkowa miała wynosić „0,00 zł”, ponieważ na wykonanie usługi przewidzianej pod pozycję 12 kosztorysu, składa się co najmniej koszt robocizny i ewentualnie zużytego materiału.

Odwołujący argumentował również, że nie było możliwe w ogóle określenie wartości za wykonanie usługi przewidzianej pod pozycją nr 12, na poziomie „0,00 zł”. Wywodził, że zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach, ceną jest wartość wyrażona w jednostkach pieniężnych, którą kupujący jest obowiązany zapłacić przedsiębiorcy za towar lub usługę; w cenie uwzględnia się podatek od towarów i usług oraz podatek akcyzowy, jeżeli na podstawie odrębnych przepisów sprzedaż towaru (usługi) podlega obciążeniu podatkiem od towarów i usług oraz podatkiem akcyzowym. W świetle powyższej definicji za cenę jednostkową, a tym bardziej za cenę łączną, nie sposób uznać wartości „0”, albowiem nie istnieje taka jednostka pieniężna. Po drugie w praktyce spotykana jest sytuacja „wyceniania” pozycji kosztorysu na poziomie „0”, to jednak dotyczy to tylko i wyłącznie kosztorysów obejmujących wynagrodzenia za roboty budowlane. Tego rodzaju kosztorysy wielokrotnie zawierają po kilkaset pozycji, a technologia prowadzenia robót pozwala uznać, że określone roboty zostaną wykonane „przy okazji”, czy też „w ramach”

realizacji innych robót budowlanych i stąd dopuszcza się możliwość pomijania niektórych pozycji kosztorysu, czy też określania ich na poziomie „0”. W przedmiotowej jednak sprawie mamy do czynienia z usługami leśnymi, a kosztorys przygotowany przez zamawiającego obejmuje wyłącznie 13 pozycji, przy czym co istotne, każda z tych pozycji stanowi usługę odrębną i nie można uznać, że jedna usługa została wykonana i rozliczona w ramach innej usługi. Ponadto, jeżeli w stosunku do tej usługi wykonawca zastosuje w ramach rozliczenia stawkę „0”, to oznaczać to będzie jej wykonanie pod tytułem darmym, co pozostaje w sprzeczności z odpłatnością zamówień publicznych oraz w sprzeczności z ustawą o cenach. Odwołujący wywiódł również, że treść wyjaśnień udzielonych przez przystępującego nie usunęła wątpliwości i zastrzeżeń co do nieprawidłowości złożonej oferty. Z jednej bowiem strony przystępujący twierdzi, że usługa wskazana pod poz. 12 kosztorysu, tj. rozdrabnianie pozostałości zrębowych, zostanie wykonana po stawce „0,00 zł”, a z drugiej strony wskazuje, że prace te „zostaną rozliczone w cenie poszczególnych prac wycenionych w innych pozycjach kosztorysu”.

W końcowej części uzasadnienia odwołania odwołujący wywiódł, że zasada równego traktowania wykonawców oznacza jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania. Nie było możliwe stworzenie przez zamawiającego możliwości naprawienia oferty przez przystępującego poprzez czynienie ustaleń w zakresie brakujących pozycji kosztorysu ofertowego. Zdaniem odwołującego, czynności i zaniechania zamawiającego rażąco naruszały przepisy ustawy Pzp, w tym w szczególności art. 7 ust. 1 i 3 przez naruszenie zasady uczciwej konkurencji.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. W trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego zgłosił przystąpienie przystępujący. Wniósł o oddalenie odwołania. W trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia SIWZ, ofertę złożoną przez przystępującego, wezwania zamawiającego skierowane do przystępującego o wyjaśnienie treści oferty, wyjaśnienia przystępującego stanowiące odpowiedź na ww. wezwania, zawiadomienie zamawiającego o wyborze oferty najkorzystniejszej, odwołanie, zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego, dokumenty zleceń nr 9 i 19 złożone w trakcie rozprawy przez

zamawiającego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron a także uczestnika postępowania złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze uczestnika postępowania po stronie zamawiającego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia J.P., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą J.P. w Baczysławiu oraz D.J., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą D.J., Usługi Leśne w Kukaniu, uznając, że zostały spełnione wszystkie przesłanki formalne zgłoszenia przystąpienia wynikające z art. 185 ustawy Pzp, zaś wykonawcy wykazali interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego.

W dalszej kolejności ustalono, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Wbrew stanowisku przystępującego, przedstawionym w zgłoszeniu przystąpienia, Izba oceniła pełnomocnictwa załączone przez odwołującego do odwołania za wystarczające. Odwołanie zostało wniesione do Prezesa Izby faktycznie na podstawie pełnomocnictw, z których wynikało że pełnomocnicy mają prawo wniesienia odwołania w imieniu odwołującego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych. Nie ulega wątpliwości, że w świetle art. 180 ust. 4 ustawy Pzp w brzmieniu obecnie obowiązującym, odwołanie wnosi się do „Prezesa Izby”, przez którą – z mocy art. 172 ust. 1 ustawy Pzp – rozumie się „Krajową Izbę Odwoławczą”, a nie „Krajową Izbę Odwoławczą przy Prezesie Urzędu Zamówień”. Tym niemniej jednak, w ocenie Izby, pełnomocnictwa te w stopniu wystarczającym mocowały Pana W.L. do wniesienia odwołania również na podstawie przepisów ustawy Pzp w aktualnym brzmieniu. Treść pełnomocnictwa należy tłumaczyć zgodnie z ogólnymi regułami wykładni określonymi w dyspozycji art. 65 § 1 kodeksu cywilnego, mając na uwadze okoliczności i kontekst sytuacyjny w jakich pełnomocnictwo zostało udzielone. „Krajowa Izba Odwoławcza przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych” to poprzednia nazwa Krajowej Izby Odwoławczej. Ponadto, nie istnieje obecnie żaden podmiot o takiej nazwie. Biorąc powyższe pod uwagę, Izba stwierdziła, że pomimo iż z literalnej wykładni pełnomocnictw wynikało, że upoważniały one m.in. do wniesienia odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych, a nie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, to jednak, biorąc pod uwagę okoliczności udzielenia pełnomocnictwa, wolą mocodawcy było udzielenie pełnomocnictwa do podejmowania wszelkich czynności związanych z wnoszeniem środków ochrony prawnej, w tym do wniesienia odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Podobne stanowisko dotyczące treści pełnomocnictwa zajęła Izba w wyroku z dnia 29 kwietnia 2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 590/10.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem przepisów ustawy Pzp wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W ocenie Izby wypełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Oferta odwołującego została sklasyfikowana na miejscu drugim, za ofertą wybraną. Odwołujący domagał się nakazania zamawiającemu odrzucenia oferty wybranej. Ustalenie, iż zamawiający zaniechał wykonania czynności odrzucenia tej oferty z naruszeniem przepisów ustawy Pzp, prowadziłoby do nakazania zamawiającemu wykonania takiej czynności i tym samym oferta odwołującego mogłaby być uznana za najkorzystniejszą. Powyższe wyczerpuje dyspozycję art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Ustalono, że zamawiający wszczął i prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest wykonywanie usług leśnych w nadleśnictwie Międzyzdroje. Zamawiający podzielił przedmiot zamówienia na części. Część 1 zamówienia dotyczyła wykonywania usług leśnych w leśnictwie Stawno i Troszyn (pkt 3.2. SIWZ). *Obowiązkiem wykonawców było przedstawienie oferty zgodnie ze wszystkimi wymaganiami określonymi w SIWZ (pkt 12.5 SIWZ). Na ofertę składają się m.in. formularz oferty (stanowiący załącznik 1 do SIWZ) wraz z Kosztorysem Ofertowym (stanowiącym załącznik nr 1A do SIWZ) (pkt 12.6 SIWZ).*

Zamawiający załączył do SIWZ wzór kosztorysu ofertowego dotyczący części 1 zamówienia (załącznik 1a do SIWZ). We wzorze tym ujęto 13 rodzajów usług leśnych, z czego wiersz 12 dotyczył rozdrabniania pozostałości zrębowych w ilości 157,08 h +nh.

SIWZ zawierała następujące reguły dotyczące sposobu obliczenia ceny.

Wykonawca zobowiązany jest podać na formularzu oferty (Załącznik nr 1) cenę łączną brutto za wszystkie pozycje (prace) przewidziane w okresie wykonywania umowy dla Pakietu, na który składa swoją ofertę, zgodnie z kosztorysem ofertowym (Załącznik nr 1a) (pkt 13.1 SIWZ).

Z kosztorysu ofertowego (załącznik nr 1a) powinna zostać przeniesiona do formularza oferty (załącznik nr 1) cena łączna brutto za Pakiet, na który ofertę składa wykonawca. W razie rozbieżności między ceną wynikającą z kosztorysu ofertowego a ceną podaną na formularzu oferty rozstrzygająca będzie cena z kosztorysu ofertowego (pkt 13.3. SIWZ).

Stawki jednostkowe netto za poszczególne pozycje (prace) wchodzące w skład pakietu oraz, wartości całkowite (netto i brutto) oraz cenę łączną brutto należy podawać w walucie złotych (PLN), z dokładnością do 2 miejsc po przecinku. (pkt 13.4 SIWZ).

Postanowienia wzoru umowy, stanowiącego załącznik nr 10 a zawierały m.in. następujące reguły dotyczące kształtowania wynagrodzenia należnego wykonawcy:

§1 ust. 11 pkt 3 *Podczas wykonywania Przedmiotu Umowy Strony będą stosować poniższe zasady zawarte w katalogu norm czasu pracy dla prac leśnych, określonych w załączniku nr 8 SIWZ: Wartość pracy leśnej w zagospodarowaniu lasu stanowi iloczyn wykonanych jednostek (ha, ar, m³, m³p, i inne), pracochłonności jednostkowych (godz./ha, godz./ar, godz./m³, godz./m³p, godz./1000 mb. itd.) oraz rozliczeniowej stawki przyjętej w wyniku przetargu, wyrażonej w złotych na normogodzinę (zł/nh)..*

§ 9

1. *Za wykonanie Przedmiotu Umowy zgodnie z Umową, Wykonawca otrzyma wynagrodzenie ustalone zgodnie z ust. 3, wstępnie określone na podstawie Oferty na kwotę _____ PLN brutto, tj. _____ PLN netto. Kwota wynagrodzenia brutto, o której mowa w zdaniu poprzednim stanowi wartość Przedmiotu Umowy („Wartość Przedmiotu Umowy”).*
2. *Wynagrodzenie płatne będzie w okresach miesięcznych i obejmować będzie należności z tytułu wykonania usług objętych Zleceniami, których realizacja nastąpi w danym miesiącu. 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.*
3. *Ceny jednostkowe, o których mowa w ust. 2, nie będą podlegały zmianom w trakcie realizacji Umowy, z zastrzeżeniem postanowień § 10 ust. 4 Umowy. Wykonawca niniejszym potwierdza, iż ceny jednostkowe za wykonanie poszczególnych prac uwzględniają wszystkie koszty związane z ich wykonaniem.*

Na podstawie pkt 9 protokołu postępowania ustalono, że do upływu terminu składania ofert do zamawiającego, w zakresie części 1 zamówienia, wpłynęły oferty przystępującego i odwołującego.

Ustalono, że przystępujący złożył wraz z ofertą wypełniony kosztorys ofertowy dotyczący części 1 zamówienia. W kosztorysie tym nie wypełnił kolumny „stawka oferowana” w wierszu 12 obejmującym rozdrabnianie pozostałości zrębowych. W kolumnach „wartość netto” i „wartość brutto” wiersza 12 przystępujący wpisał wartość „0,00 zł”. Przystępujący wypełnił wszystkie pozostałe kolumny i wiersze kosztorysu ofertowego. Obliczona i podana przez przystępującego w kosztorysie cena łączna oferty za wykonanie części 1 zamówienia wyniosła 814.422,34 zł brutto.

Następnie ustalono, że zamawiający pismem z dnia 8 grudnia 2015 r., działając na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał przystępującego do wyjaśnienia treści oferty odnośnie niewypełnienia kolumny „stawka oferowana” w wierszu 12 kosztorysu. W

odpowiedzi na ww. wezwanie przystępujący złożył pismo z 9 grudnia 2015 r., w którym odnosił się do treści wezwania. W piśmie tym wyjaśnił, że brak podania wartości w pozycji „stawka oferowana” w wierszu nr 12 kosztorysu stanowi oczywiste przeoczenie wpisania w ww. pozycję treści „0,00”. Na oczywistość tego przeoczenia wskazują dalsze wpisy w wierszu nr 12, a w szczególności wartość netto i wartość brutto określone w wysokości 0,00, co skutkuje uznaniem, że jedyną możliwą wartością, jaka powinna być wpisana w ww. pozycji jest wartość 0,00.

Ustalono także, że zamawiający pismem z 15 grudnia 2015 r. ponownie wezwał przystępującego do wyjaśnienia treści oferty. W wezwaniu wskazał, że konieczne jest ustalenie czy pominięcie pozycji kosztorysowej nie niesie za sobą konsekwencji niewykonania lub nienależytego wykonania na etapie realizacji zamówienia. Wskazał, że musi mieć pewność, że nieujęcie poz. 12 nie jest tożsame z oświadczeniem o zamiarze niewykonania lub nienależytego wykonania prac. W odpowiedzi na ww. wezwanie przystępujący złożył pismo z 16 grudnia 2015 r., w którym odnosił się do treści wezwania. Oświadczył, że brak podania wartości w pozycji „stawka oferowana” w wierszu nr 12 kosztorysu nie oznacza i nie jest tożsame z oświadczeniem wykonawcy o zamiarze niewykonania lub nienależytego wykonania prac objętych zamówieniem. Oświadcza, że w pełni podtrzymuje zawarte w ofercie oświadczenie o zamiarze należytego wykonania przedmiotu zamówienia w pełnym zakresie opisanym w SIWZ. Oświadczył, że wykona prace wskazane w pozycji 12 kosztorysu i za te prace stawka oferowana wynosi 0,00 zł. Prace polegające na rozdrabnianiu pozostałości zrębowych zostaną rozliczone w cenie poszczególnych prac wycenionych w innych pozycjach kosztorysu ofertowego, stąd nie zachodzi potrzeba podawania osobnej ceny dla samego rozdrabniania pozostałości zrębowych.

Na podstawie pisma – rozstrzygnięcia zamawiającego z 18 grudnia 2015 r. - ustalono także, że w tym dniu zamawiający wybrał w części 1 zamówienia jako najkorzystniejszą ofertę złożoną przez przystępującego. Oferta odwołującego została sklasyfikowana na miejscu drugim.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba oddaliła odwołanie, gdyż nie potwierdził się żaden z zarzutów przedstawionych w odwołaniu. Stan faktyczny nie był sporny pomiędzy stronami. Strony różniły się jedynie w jego ocenie. W wierszu 12 kosztorysu ofertowego, dotyczącym rozdrabniania pozostałości

zrębowych, przystępujący nie wpisał ceny jednostkowej, zaś w polu „wartość netto” i „wartość brutto” tego wiersza podał wartość „0,00 zł”. Powyższe nie świadczyło jednak o pominięciu pozycji kosztorysowej – jak utrzymywał w odwołaniu odwołujący – ale o jej wycenie na poziomie 0,00 zł. Odwołujący w swoim wywodzie całkowicie pominął fakt, że przystępujący w wierszu 12 w kolumnach „wartość netto” i „wartość brutto” wpisał wartość 0,00 zł. Przystępujący nie podał jedynie stawki jednostkowej. W tej sytuacji oczywistym jest, że wielkość ceny jednostkowej w wierszu 12 musiała również przybrać wartość 0,00 zł. Była to bowiem jedyna wartość, jaką mogła przyjąć cena jednostkowa w wierszu 12 kosztorysu. Na powyższe słusznie zwrócił uwagę przystępujący w swych wyjaśnieniach z 9 i 16 grudnia 2015 r. Za zgodne z ustawą Pzp należało uznać czynności zamawiającego polegające na wezwaniu przystępującego w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp do wyjaśnienia sposobu rozumienia treści wiersza 12 kosztorysu. Wobec niewpisania ceny jednostkowej przy jednoczesnym zaoferowaniu wykonania rozdrabniania pozostałości zrębowych za wartość brutto 0,00 zł, koniecznym było ustalenie, czy wykonawca zamierza wykonać całość przedmiotu zamówienia, w tym również prace z wiersza 12 kosztorysu, czy też nie. Wątpliwości w tym zakresie przystępujący rozwił w przywołanych wyjaśnieniach z 9 i 16 grudnia 2015 r. Niezasadne okazało się również stanowisko odwołującego, jakoby treść oferty przystępującego uległa zmianie w wyniku złożonych wyjaśnień. Zamawiający nie dopuścił się również prowadzenia niedopuszczalnych negocjacji co do treści oferty przystępującego. Jak już wskazano wcześniej, z uwagi na wartość netto i wartość brutto wiersza 12 kosztorysu na poziomie 0,00 zł, jedyną możliwą wartością jaka mogła przyjąć cena jednostkowa w wierszu 12 była kwota 0,00 zł. W wyniku złożonych wyjaśnień treść oferty przystępującego, a w szczególności jej cena, nie uległa jakiegokolwiek modyfikacji. Od początku bowiem intencją wykonawcy było zaoferowanie wykonania prac polegających na rozdrabnianiu pozostałości zrębowych za stawkę 0,00 zł.

Nie ulegało również wątpliwości, że zamawiający przewidział za realizację usługi wynagrodzenie, którego charakter zbliżał je do wynagrodzenia kosztorysowego. Na powyższe wskazywały postanowienia § 1 wzoru umowy (załącznik nr 10a do SIWZ). W szczególności z §1 ust. 11 pkt 3 wzoru umowy wynikało, że za prace polegające na zagospodarowaniu lasu rozliczane z ha, do jakich zalicza się rozdrabnianie pozostałości zrębowych, wynagrodzenie należne wykonawcy zostanie ustalone jako iloczyn wykonanych jednostek (ha) oraz rozliczeniowej stawki przyjętej w wyniku przetargu, wyrażonej w złotych na normogodzinę (zł/nh). Z drugiej jednak strony, dostrzec należało również i takie postanowienia wzoru umowy, które mogły wskazywać na pewne elementy wynagrodzenia ryczałtowego. W szczególności z postanowienia § 9 ust. 3 wzoru umowy wynikało bowiem, że „ceny jednostkowe za wykonanie poszczególnych prac uwzględniają wszystkie koszty związane z ich wykonaniem”.

Wbrew stanowisku odwołującego przedstawiona wyżej treść oferty przystępującego nie okazała się sprzeczna z treścią SIWZ, wynikającą z tych jej postanowień, które odwołujący przywołał w odwołaniu. Jak wynikało z odwołania, treść oferty przystępującego miała być niezgodna z treścią pkt 12.5, 12.6, 13.1, 13.4 SIWZ i §9 ust. 2 wzoru umowy. Zgodnie z pkt 12.5 SIWZ, obowiązkiem wykonawców było przedstawienie oferty zgodnie ze wszystkimi wymaganiami określonymi w SIWZ. Z kolei w myśl pkt 12.6 SIWZ na ofertę miały składać się m.in. formularz oferty wraz z kosztorysem ofertowym. Stosownie do pkt 13.1 SIWZ wykonawca zobowiązany był podać na formularzu oferty cenę łączną brutto za wszystkie pozycje (prace) przewidziane w okresie wykonywania umowy dla Pakietu, na który składa swoją ofertę, zgodnie z kosztorysem ofertowym. W myśl natomiast pkt 13.4 SIWZ stawki jednostkowe netto za poszczególne pozycje (prace) wchodzące w skład pakietu oraz wartości całkowite (netto i brutto) oraz cenę łączną brutto należy podawać w walucie złotych (PLN), z dokładnością do 2 miejsc po przecinku. Wreszcie, stosownie do §9 ust. 2 wzoru umowy 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.

W ocenie Izby żadne z przytoczonych postanowień SIWZ nie zabraniały wykonawcom wyceny niektórych pozycji kosztorysu ofertowego na poziomie 0,00 zł. SIWZ nie nakazywała także oferentom, aby wartość pozycji była większa od 0,00 zł. Treść oferty przystępującego nie godziła również w istotę wynagrodzenia kosztorysowego, jakie zamawiający ukształtował SIWZ. Taki skutek miałyby wycenienie całości prac w jednej lub nieznaczej liczbie pozycji kosztorysu przy jednoczesnej wycenie pozostałego zakresu przedmiotu zamówienia na poziomie 0,00 zł. Taki zabieg sprowadzałby de facto wynagrodzenie jakie otrzymuje wykonawca z tytułu realizacji zamówienia do ryczałtu. Dostrzec należało, że - jak wynikało z oferty przystępującego - na poziomie 0,00 zł wyceniono zaledwie jedną z trzynastu pozycji kosztorysu. Po drugie, taki sposób wyceny dotyczył mniej istotnej, drugorzędnej pozycji kosztorysu. Analiza kosztorysu inwestorskiego, jaki sporządził zamawiający na etapie przygotowania postępowania (s. 14 dokumentacji postępowania przekazanej przez zamawiającego, w aktach sprawy) prowadziła do wniosku, że wartość prac polegających na rozdrabnianiu pozostałości zrębowych oszacowana została na kwotę ok. 17 tysięcy zł brutto, wobec wartości szacunkowej całości zamówienia na poziomie ok. 878.000,00 zł. Po trzecie, jak ustalono w toku rozprawy, usługi rozdrabniania pozostałości zrębowych pozostawały w ścisłym związku z pracami wymienionymi w pozycjach 5 i 6 kosztorysu – to jest pracami polegającymi na pozyskaniu drewna. Zdaniem Izby przemawiała za tym analiza załącznika nr 9 do SIWZ (specyfikacja techniczna wybranych prac z zakresu gospodarki leśnej). Z działu III ust. 1a pkt 2, 3, 5 (s. 20 załącznika nr 9 do SIWZ) opisującego prace polegające na pozyskaniu drewna w systemie ręczno-

maszynowym wynikało, że w procesie pozyskania drewna następuje jego ścinka, okrziesanie, przygotowanie do odbioru, w tym usunięcie gałęzi poprzez ich rozdrobnienie. Z kolei ze sformułowania zawartego w polu „uwagi” wynika, że zakres prac obejmuje także m.in. usunięcie odpadów. Zbliżoną treść posiadały również postanowienia działu III pkt 1b pkt 2,3,5 i pola „uwagi” załącznika nr 9 opisującego usługi w zakresie pozyskania drewna w systemie maszynowym. Wskazywały na to także złożone przez zamawiającego dokumenty przykładowych zleceń nr 9 i 19, jakie zamawiający udzielał w toku realizacji dotychczasowej umowy. Z dokumentów tych wynikało jednoznacznie, że rozdrabnianie pozostałości zrębowych towarzyszy pracom polegającym na wycince. Co istotne, prace polegające na wycince drewna podlegały wycenie w pozycjach 5 i 6 kosztorysu ofertowego. Biorąc powyższe pod uwagę, należało stwierdzić, iż – w okolicznościach danej sprawy – dopuszczalnym i zrozumiałym było wycenienie kosztów rozdrabniania pozostałości zrębowych w wierszach 5 i 6 kosztorysu ofertowego.

Chybionym okazał się zarzut odwołującego jakoby oferta przystępującego podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 jako sprzeczna z ustawą Pzp. Analiza całości uzasadnienia odwołania prowadziła do wniosku, że odwołujący upatrywał niezgodności treści oferty przystępującego z art. 2 pkt 13 ustawy Pzp, z którego wynika, że zamówienia publiczne to umowy odpłatne, ewentualne z art. 2 pkt 1 ustawy Pzp, który odsyła do przepisów ustawy o informowaniu o cenach towarów i usług. Jednakże o świadczeniu pod tytułem darmym można byłoby mówić wyłącznie w sytuacji, gdyby cena całej oferty przystępującego kształtowała się na poziomie 0,00 zł. Tymczasem wartość 0,00 zł dotyczyła zaledwie jednej, drugorzędnej pozycji ofertowej, zaś – jak podkreślono wcześniej – koszty prac o których mowa w tej pozycji można było skalkulować w pozycjach dotyczących prac ściśle związanych z rozdrabnianiem pozostałości zrębowych. Natomiast cena całej oferty przystępującego kształtowała się na poziomie ponad 810.000 zł i nie stanowiła świadczenia nieodpłatnego. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp należało zatem uznać za chybiony.

W konsekwencji stwierdzono również, że zamawiający nie dopuścił się w toku postępowania naruszenia zasad równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji w postępowaniu, wynikających z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Nietrafnym okazał się zarzut naruszenia art. 7 ust. 3 ustawy Pzp. Stosownie do przywoływanego przepisu, zamówienia publicznego udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Udzielenie zamówienia publicznego następuje w momencie zawarcia umowy w sprawie zamówienia. Odwołujący nie wykazał aby zamawiający zawarł już z przystępującym umowę o zamówienie, a zatem nie naruszył przepisu powoływanego przez odwołującego.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza *uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia*. Wobec niepotwierdzenia się żadnego z zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba uznała, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Stosownie do art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie*. Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 1 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do oddalenia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 2 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III GZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięcia o charakterze merytorycznym i formalnym, całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

W konsekwencji, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Zgodnie z art. 192 ust. 9 ustawy Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego*. Z kolei w świetle art. 192 ust. 10 ustawy Pzp, *strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6*. Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że *„obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą” sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)”* Jarosław Jerzykowski, *Komentarz do art.192 ustawy - Prawo zamówień publicznych*, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. *Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI*. Ponieważ odwołanie okazało się niezasadne w całości, kosztami postępowania odwoławczego należało obciążyć w całości odwołującego, jako tę stronę, która całkowicie odpowiadała za wynik postępowania odwoławczego.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepis § 5 ust. 4 w zw. z § 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. Nr 41 poz. 238).

Izba uwzględniła koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w wysokości 3.600,00 zł, na podstawie rachunków złożonych do akt sprawy, stosownie do brzmienia § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b przywoływanego rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r.

Przewodniczący: