

Sygn. akt: KIO 2559/14

WYROK
z dnia 18 grudnia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska
Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 17 grudnia 2014 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 grudnia 2014 r. przez **wykonawcę D. C. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych DAN-WOOD C. D. z siedzibą w Świętajnie, ul. Adama Mickiewicza 37** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Skarb Państwa – Przedsiębiorstwo Gospodarki Leśnej Lasy Państwowe- Nadleśnictwo Szczytno z siedzibą w Szczytnie, ul. Zbigniewa Sobieszczańskiego 4**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i stwierdza naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych przez sporządzenie opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia w ogłoszeniu o zamówieniu publicznym i specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz) i :
 - a) nakazuje zamawiającemu dokonanie zmiany w sekcji III pkt. 2.3. ogłoszenia o zamówieniu przez usunięcie wymogu zrealizowania dwóch zamówień każde o wartości min. 2 500 000 brutto - dla części nr I i min.1 300 000 brutto - dla części nr II i określenie wymogu zrealizowania zamówień o łącznej wartości min. 5 000 000 brutto - dla części nr I i 2 600 000 brutto - dla części nr II, oraz w pkt 6.1.2. siwz poprzez usunięcie wymogu zrealizowania dwóch zamówień każde o wartości min. 2 500 000 brutto - dla części nr I i min. 1300 000 brutto - dla części nr II i określenie wymogu zrealizowania zamówień o łącznej wartości min. 5 000 000 brutto - dla części nr I i 2 600 000 brutto - dla części nr II

b) w pozostałym zakresie nie stwierdza naruszeń ustawy w granicach podniesionych zarzutów,

2. kosztami postępowania obciąża Skarb Państwa – Przedsiębiorstwo Gospodarki Leśnej Lasy Państwowe- Nadleśnictwo Szczytno z siedzibą w Szczytnie, ul. Zbigniewa Sobieszczańskiego 4 i :

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000zł. 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę D. C. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych DAN-WOOD C. D. z siedzibą w Świętajno, ul. Adama Mickiewicza 37** tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza od **Skarbu Państwa – Przedsiębiorstwa Gospodarki Leśnej Lasy Państwowe- Nadleśnictwo Szczytno z siedzibą w Szczytnie, ul. Zbigniewa Sobieszczańskiego 4** na rzecz **wykonawcy D. C. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych DAN-WOOD C. D. z siedzibą w Świętajno, ul. Adama Mickiewicza 37** kwotę 18 600 zł. 00 gr (słownie : osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego tj. wpisu i kosztów zastępstwa prawnego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. 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 Olsztynie.**

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na usługi z zakresu gospodarki leśnej w Nadleśnictwie Szczytno w 2015 roku zostało wszczęte przez zamawiającego wykonawcę D. C. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych DAN-WOOD C. D. z siedzibą w Świętajno, ul. Adama Mickiewicza 37 ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej opublikowanym w dniu 26 listopada 2014r. za numerem 2014/S 228-402860.

Odwołujący wykonawca D. C. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych DAN-WOOD C. D. z siedzibą w Świętajno, ul. Adama Mickiewicza 37 wniósł odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu oraz Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej jako „siwz”) w dniu 4 grudnia 2014r. Odwołanie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 25 listopada 2014r. udzielonego przez właściciela firmy. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu faksem w dniu 4 grudnia 2014r. Odwołujący zarzucił zamawiającemu:

1. określenie w sekcji IV pkt. 2.1. ppkt. 4 ogłoszenia o zamówieniu oraz pkt. 15.1. siwz kryterium oceny ofert w zakresie wyposażenia w sprzęt nowy, które narusza wyrażoną w art. 7 ust. 1 pzp zasadę uczciwej konkurencji,
2. określenie w sekcji III pkt. 2.3. ogłoszenia o zamówieniu oraz w pkt. 6.1.2. siwz warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia, który narusza wyrażoną w art. 7 ust. 1 pzp zasadę uczciwej konkurencji,
3. określenie w § 9 ust. 16 pkt. c załącznika nr 10 do siwz „Wzorzec umowy” (dalej jako „Umowa”) nieuzasadnionego wymogu posługiwania się przy realizacji zamówienia sprzętem, za który wykonawca uzyskał punkty w kryteriach oceny ofert,
4. określenie w § 9 ust. 3 umowy nieproporcjonalnej i wygórowanej kary umownej
Zarzucił zamawiającemu, iż poprzez sformułowanie ogłoszenia o zamówieniu i siwz naruszył następujące przepisy:
 1. art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2013r. poz. 907 ze zm. – dalej ustawy) przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,
 2. art. 353¹ KC w zw. z art. 484 § 2 KC i art. 14 ustawy przez zastrzeżenie w umowie wygórowanej i nieproporcjonalnej kary umownej.

Wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania,
2. nakazanie zamawiającemu dokonania następujących zmian odnośnie warunków udziału w postępowaniu określonych w treści ogłoszenia o zamówieniu przez:

- 1) usunięcie kryterium oceny ofert określonego w sekcji IV. pkt. 2.1. ppkt. 4 ogłoszenia o zamówieniu,
- 2) zmianę warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia określonego w sekcji III pkt. 2.3. ogłoszenia o zamówieniu przez usunięcie wymogu zrealizowania dwóch zamówień każde o wartości min. 2 500 000 brutto - dla części nr I i min. 1 300 000 brutto - dla części nr II i określenie wymogu zrealizowania zamówień o łącznej wartości min. 5 000 000 brutto - dla części nr I i 2 600 000 brutto - dla części nr II,
3. nakazanie zamawiającemu dokonania zmiany siwz przez:
 - 1) usunięcie kryterium oceny ofert określonego w pkt. 15.1 siwz („wyposażenie w sprzęt nowy”) oraz sposobu oceny ofert dla tego kryterium określonego w pkt. 15.2.4. siwz,
 - 2) zmianę warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia określonego w pkt 6.1.2. siwz poprzez usunięcie wymogu zrealizowania dwóch zamówień każde o wartości min. 2 500 000 brutto - dla części nr I i min. 1 300 000 brutto - dla części nr II i określenie wymogu zrealizowania zamówień o łącznej wartości min. 5 000 000 brutto - dla części nr I i 2 600 000 brutto - dla części nr II,
 - 3) usunięcie określonego w § 9 ust. 16 pkt. c wymogu posługiwania się przy realizacji zamówienia sprzętem, za który wykonawca uzyskał punkty w kryteriach oceny ofert,
 - 4) zmianę wysokości kary umownej zastrzeżonej w § 9 ust. 3 umowy do wysokości określonej w § 9 ust. 5.

Odwołujący wskazał, że posiada interes prawny we wniesieniu odwołania, z uwagi na fakt, że jest podmiotem wykonującym działalność w zakresie gospodarki leśnej i wyraża chęć udziału w realizacji przedmiotowego zamówienia na rzecz zamawiającego.

W przypadku określenia przez zamawiającego warunków udziału w postępowaniu oraz kryteriów oceny ofert, które byłyby zgodne z wyrażoną w art. 7 pzp zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców odwołujący mógłby wziąć udział w przedmiotowym postępowaniu, a jego oferta mogłaby być zostać uznana za ofertę najkorzystniejszą.

W zakresie zarzutu sformułowania kryterium oceny ofert naruszającego zasadę uczciwej konkurencji, odwołujący wskazał, że zamawiający w pkt 6.1.3 siwz określił warunek dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym do wykonania zamówienia, tj.:

„ w przypadku części nr I:

- a) harvester do prac trzebieżowych -1 szt.
- b) harvester do prac zrębowych -1 szt
- c) forwarder do zrywki drewna - 2 szt
- d) ciągniki przystosowane do zrywki drewna o mocy min. 140 KM z przednim napędem - min. jeden na dwa leśnictwa tj. min. 4 szt

- e) ciągniki przystosowane do zrywki drewna o mocy min. 80 KM - min. jeden na jedno leśnictwo tj. min. 8 szt.
- f) zestaw do zrywki nasiębiejnej - 5 szt.
- g) ciągnik zrywkowy typu skider -1 szt
- h) rozdrabniacz do gałęzi - 2 szt.
- i) rębak gardzielowy do gałęzi - 1szt.
- j) frez do przygotowania gleby -1 szt
- k) pług talerzowy aktywny do przygotowania gleby -1 szt.
- i) pług leśny z pogłębiaczem w ilości - 2 szt m) pług do odśnieżania dróg leśnych - 2 szt
- n) kosiarka samobieżna do koszenia trawy w ilości -1 szt.
- j) wertykulator spalinowy -1 szt.
- w przypadku części nr II:
- a) harvester do prac trzebieżowych -1 szt
- b) harvester do prac zrębowych -1 szt
- c) forwarder do zrywki drewna -1 szt
- d) ciągniki przystosowane do zrywki drewna o mocy min. 140 KM z przednim napędem - min. jeden na dwa leśnictwa tj. min. 2 szt.
- e) ciągniki przystosowane do zrywki drewna o mocy min. 80 KM - min. jeden na jedno leśnictwo tj. min. 4 szt.
- f) zestaw do zrywki nasiębiejnej - 4 szt
- g) rozdrabniacz do gałęzi -2 szt
- h) rębak gardzielowy do gałęzi - 1szt,
- 1) frez do przygotowania gleby -1 szt.
- j) pług talerzowy aktywny do przygotowania gleby -1 szt
- k) pług leśny z pogłębiaczem w ilości -1 szt
- l) pług do odśnieżania dróg leśnych – 2 szt."

W treści ogłoszenia o zamówieniu w sekcji IV pkt. 2.1. ppkt. 4 zamawiający sformułował następujące kryterium oceny ofert: „Wyposażenie w sprzęt nowy Ww. Waga 15”. Analogiczne kryterium zostało sformułowane w pkt. 15.1. siwz. Z kolei, w pkt. 15.2.4. siwz zamawiający wskazał następujący sposób obliczenia wartości punktowej dla tego kryterium: „Wykonawca otrzymuje punkty za urządzenia, o których mowa w punkcie 6.1.3., których rok produkcji nie jest starszy niż 5 lat (tj. wyprodukowany w latach 2010- 2014)

$$Ww = (Woferty/Wmax) \times 15$$

Ww - wartość punktowa dla kryterium wyposażenie w sprzęt nowy

W max- największa liczba nowych urządzeń wśród ocenianych ofert

W oferty - liczba nowych urządzeń w badanej ofercie

Kryterium wyposażenie w sprzęt nowy zostanie zweryfikowane przez zamawiającego na podstawie informacji zawartych w „Wykazie narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych”.

Odwołujący wskazał, że określenie przez zamawiającego w treści siwz kryteriów oceny ofert przez dodatkowe punktowanie wykonawców dysponujących nowym sprzętem ogranicza krąg podmiotów mogących ubiegać się o przedmiotowe zamówienie jedynie do wykonawców, którzy posiadają taki sprzęt. W ocenie odwołującego określenie takiego kryterium przez zamawiającego jest nieuprawnione i ograniczyło równy dostęp wykonawców do rynku usług w zakresie gospodarki leśnej.

Tak zdefiniowane kryterium oceny ofert z pewnością nie znajduje żadnych podstaw merytorycznych. Okolicznością, która przesądza o braku podstaw do sformułowania takiego kryterium oceny ofert jest fakt, że zamawiający dopuszcza użycie przy wykonywaniu przedmiotu zamówienia sprzętów wyprodukowanych w latach 2010-2014. Odwołujący podniósł, że z treści siwz nie wynika zasadność preferowania przez zamawiającego użycia sprzętów wyprodukowanych w latach 2010-2014. Odnosząc się do tego wskazał, że przedmiot zamówienia może być prawidłowo wykonany również w przypadku, gdyby wykonawca posługiwał się sprzętem wyprodukowanym w innych latach np. w 2009, czy w 2008 roku.

Podkreślił, iż niewątpliwie wykonawca realizujący przedmiotowe zamówienie powinien posługiwać się sprawnymi urządzeniami. Dla urządzeń, które są używane przy realizacji usług leśnych istotne znaczenie ma dopuszczenie przez Urząd Dozoru Technicznego oraz Okręgowe Stacje Diagnostyczne, o czym świadczą dokonywane okresowe przeglądy techniczne.

Postawienie takiego kryterium jest tym bardziej, dla odwołującego, niezrozumiałe, iż nie wiadomo dlaczego zamawiający preferuje urządzenia wyprodukowane w latach 2010-2014, a nie np. 2009 - 2014. Ww. okres został przez zamawiającego określony w sposób dowolny, abstrahujący od merytorycznych przesłanek tj. rzeczywiste zużycie sprzętu, dopuszczenia, itp.

Według odwołującego poza sporem jest, iż świadomie lub nieświadomie zamawiający preferuje określoną grupę wykonawców tj. takich, którzy dysponują urządzeniami wyprodukowanymi właśnie w latach 2010 - 2014. W ocenie odwołującego przedmiotowe zamówienie może zostać zrealizowane równie prawidłowo i terminowo zarówno przy użyciu urządzeń wyprodukowanych w roku 2009, jak i roku 2010. Brak jest zatem, zdaniem odwołującego, merytorycznych przesłanek do przyznawania dodatkowych punktów jedynie tym wykonawcom, którzy posiadają sprzęt wyprodukowany w latach 2010 - 2014.

Można zakładać, iż zamawiający uznaje, iż sprzęt wyprodukowany w roku 2009 jest bardziej narażony na awarię niż sprzęt wyprodukowany w 2010 roku. Jednak awarii może podlegać

zarówno jedno, jak i drugie urządzenie. W takim przypadku użycie urządzenia zamiennego o takich samych parametrach i funkcjonalnościach należy do wykonawcy (może wówczas takie urządzenie zakupić, pożyczyć, skorzystać z leasingu, itp.).

Zdaniem Odwołującego w wyżej opisany sposób została naruszona wyrażona w art. 7 pzp zasada uczciwej konkurencji. Ponadto, wskazał, że art. 29 ust 2 ustawy posługuje się sformułowaniem „mógłby utrudniać uczciwą konkurencję”. Takie pojęcie użyte przez ustawodawcę powoduje, że na wykonawcy ciąży jedynie obowiązek uprawdopodobnienia, że opis przedmiotu zamówienia może utrudniać uczciwą konkurencję, zaś dowód na okoliczność, że do takiego utrudnienia nie doszło ciąży na zamawiającym.

Odwołujący odniósł się także do wymogu realizacji zamówienia z wykorzystaniem sprzętu, za który wykonawca uzyskał punkty w kryteriach oceny ofert.

Zgodnie z § 4 ust. 16 pkt. c. umowy wykonawca jest zobowiązany do „wykonywania umowy z wykorzystaniem osób i sprzętu, za które wykonawca uzyskał punkty w kryteriach oceny ofert”.

Powyższe, w ocenie odwołującego, wskazuje, iż zamówienie może być wykonywane, jedynie przy użyciu urządzeń wskazanych w „Wykazie Narzędzi/Wyposażenia Zakładu I Urządzeń Technicznych” (załącznik nr 8 do siwz). Konstrukcja załącznika nr 8 wskazuje, iż są to urządzenia określone, co do tożsamości (tj. należy podać opis, rok produkcji, podstawę do dysponowania).

Przy tak określonym wymogu wykonawca nie będzie miał możliwości korzystania z maszyn zastępczych (np. w przypadku awarii któregoś z urządzeń, albo potrzeby zwiększenia ilości maszyn w związku z koniecznością dochowania terminów realizacji). Odwołujący zwrócił uwagę, iż przy takim sformułowaniu umowy wykonawca nawet w przypadku użycia urządzenia identycznego (ten sam rok produkcji i parametry techniczne), jeśli nie będzie używał urządzenia wymienionego w wykazie naruszy postanowienia umowy. Ponadto, pozostawienie zapisu umowy w takim kształcie, zdaniem odwołującego, naraża wykonawcę na konieczność zapłaty kary umownej z tytułu opóźnienia zastrzeżonej w § 9 ust. 2 Umowy.

Co do zarzutu wygórowanej i nieproporcjonalnej kary umownej, to odwołujący wskazał, że zamawiający w umowie w § 9 ust. 3 określił karę umowną z tytułu odstąpienia od umowy w następujący sposób: „w przypadku odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, zapłaci on Zamawiającemu karę umowną w wysokości 20% wynagrodzenia określonego w §5 ust. 1 pomniejszonego o wynagrodzenie należne za usługi wykonane do dnia odstąpienia od umowy”. Z kolei, w § 9 ust. 5 umowy wskazano, że „w przypadku odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego, zapłaci on Wykonawcy karę umowną w wysokości 5% wynagrodzenia określonego w § 5 ust. 1 pomniejszonego o wynagrodzenie należne za usługi wykonane do dnia odstąpienia od umowy”.

Odnosząc się do powyższego odwołujący podniósł, iż zastrzeżone kary umowne nie są proporcjonalne w stosunku do obu stron stosunku umownego. Co istotne, odwołujący nie neguje samego ich zastrzeżenia, ale jedynie fakt ich rażąco nierównej wysokości w odniesieniu do zamawiającego i wykonawcy. Podkreślił, że zgodnie z poglądem wyrażonym przez KIO „celem wprowadzenia kar umownych jest dyscyplinowanie stron do prawidłowego i terminowego wywiązywania się z przyjętych w umowie obowiązków. Dotyczy to w równej mierze wszystkich uczestników stosunku umownego” . Ponadto, w innym z wyroków Izba stwierdziła, że „nie może mieć miejsca sytuacja, w której na wykonawcę przerzucony jest cały ciężar i ryzyko niezrealizowania umowy oraz wyłączona jest możliwość dochodzenia przez wykonawcę roszczeń z tego tytułu" (wyrok KIO z dnia 18 października 2010r. sygn. akt KIO 2175/10 i wyrok z dnia 28 marca 2008r. sygn. akt KIO/UZP 222/08).

Odwołujący podkreślił, że w przypadku przedmiotowego postępowania doszło do naruszenia przez zamawiającego zasady równości stron. Umowa zawierana w wyniku przeprowadzenia postępowania o zamówienie publiczne oprócz zabezpieczenia interesów obu stron nie może zawierać zapisów, które mogą spowodować nieuzasadnione wzbogacenie się przez jedną ze stron. W powyższych kwestiach wielokrotnie wypowiadały się sądy powszechne, niejednokrotnie dokonując zmniejszenia kar umownych w oparciu o przepis art, 484 § 2 KC. Należy w tym miejscu wskazać, że Sąd Najwyższy odnośnie zastrzegania kar umownych stwierdził, że „kara umowna jako rażąco wygórowana powinna ulec zmniejszeniu w stopniu dostosowanym do tej dysproporcji" (wyrok SN z dnia 17 marca 1988r. sygn. akt IV CR 58/88). Odwołujący stwierdził, że w przypadku niniejszego postępowania istnieje uzasadniona potrzeba równego traktowania stron stosunku prawnego poprzez zrównanie ich sytuacji umownej i obciążenie każdej ze stron identyczną karą umowną za takie same naruszenie umowy. Odwołujący przedstawił także argumentację opartą o przepisy ustawy z dnia 17 grudnia 2004r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, oraz ustawy z dnia 27 sierpnia 2009r. o finansach publicznych.

Odnośnie opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia odwołujący powołał wymagania zamawiającego określone w siwz

„Zamawiający uzna warunek za spełniony; jeżeli wykonawca wykaże, że wykonał lub wykonuje w sposób należyty w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy ~ w tym okresie, co najmniej:

- w przypadku części nr I:

dwa zamówienia z zakresu gospodarki leśnej każde o wartości min. 2 500 000 brutto, w których pozyskanie drewna w ciągu jednego roku wyniosło przynajmniej 30 000 m³ w każdym z nich.

- w przypadku części nr II:

dwa zamówienia z zakresu gospodarki leśnej każde o wartości min. 1 300 000 brutto, w których pozyskanie drewna w ciągu jednego roku wyniosło przynajmniej 20 000 m³ w każdym z nich".

Odnosząc się do wskazanego wyżej warunku udziału w postępowaniu odwołujący podniósł należy, iż został on sformułowany w sposób, który w zasadniczy sposób ogranicza krąg wykonawców, którzy mają szansę na realizację niniejszego zamówienia. Powyższe jest uzasadnione przede wszystkim tym, że zamawiający oprócz określenia wartości zamówienia oraz ilości pozyskanego drewna wymaga również, aby powyżej wskazane wartości mieściły się w ramach dwóch zamówień. Zdaniem odwołującego takie określenie warunku udziału w postępowaniu nie jest uzasadnione przedmiotem niniejszego zamówienia. Należy bowiem zauważyć, że gospodarka leśna oraz pozyskiwanie drewna należą do usług w przypadku wykonywania, których nie ma miejsce zróżnicowanie wykorzystywanej technologii, czy sposobu ich wykonywania ze względu na wielkość wykonywanych prac. Podkreślił, że dany podmiot specjalizujący się w gospodarce leśnej może osiągnąć wymaganą ilość pozyskania drewna w ciągu jednego roku, jednak nie w ramach dwóch zamówień, a trzech, bądź większej ich ilości. Zatem z pewnością w przypadku niniejszego postępowania doszło do ograniczenia kręgu wykonawców, którzy mogą ubiegać się o realizację przedmiotowego zamówienia. Mamy tu, w ocenie odwołującego, do czynienia z dyskryminacją tych wykonawców, którzy w ciągu roku osiągnęli określony wymóg, co do ilości pozyskanego drewna i wartości brutto, jednak w ramach większej ilości zamówień, co w przypadku wykonywania prac w zakresie pozyskania drewna nie wpływa na jakość, wiedzę i umiejętności wykonawcy.

Odwołujący wskazał, że Krajowa Izba Odwoławcza wyraziła pogląd zgodnie, z którym „warunki udziału w postępowaniu nie mogą w drodze nadmiernych wymagań z góry eliminować z udziału w postępowaniu niektórych wykonawców. Nie można bowiem żądać od potencjalnych wykonawców spełniania warunków w stopniu większym, niż jest to niezbędne do prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia. Zamawiający zobowiązany jest bowiem dokonać takiego opisu warunku udziału w postępowaniu, aby nie ograniczał on możliwości ubiegania się o zamówienie wykonawcom zdolnym do jego wykonania" (wyrok KIO z dnia 13 czerwca 2013r. sygn. akt KIO 1276/13). Odnosząc się do przedmiotowego stanu faktycznego odwołujący stwierdził, że zamawiający sformułował wymogi, które z góry eliminują znaczną część wykonawców z udziału w postępowaniu. W związku z powyższym uzasadnione jest twierdzenie, że przez takie sformułowanie wymogów udziału w postępowaniu zamawiający naruszył wyrażoną w art. 7 ustawie zasadę uczciwej konkurencji.

Zamawiający w dniu 5 grudnia 2014r. poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania zamieszczając jego treść na stronie internetowej i wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

Do postępowania odwoławczego nikt się nie zgłosił.

Zamawiający w dniu 10 grudnia 2014r. złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania jako oczywiście bezzasadnego.

Odnosząc się do poszczególnych zarzutów odwołującego, zamawiający nie zgodził się z oceną prawną swoich działań dokonaną przez odwołującego, w szczególności w zakresie dotyczącym zarzutów naruszania przez zamawiającego zasady uczciwej konkurencji.

Zarzuty odwołującego nie zasługują na uwzględnienie. Zdaniem zamawiającego zaproponowane kryterium oceny ofert; wyposażenie w sprzęt nowy, tj. urządzenia nie starsze niż 5 lat, wynika z dostępnej zamawiającemu wiedzy technicznej w zakresie realizacji zamówienia oraz uwarunkowań organizacyjnych i jego rzeczywistych potrzeb w zakresie jakości wykonania przedmiotu zamówienia. Zamawiający nie wyraził zgody na żądanie odwołującego, aby usunąć ww. kryterium oceny ofert. Przedmiotem zamówienia jest wykonanie usług o charakterze niepriorytetowym, w przypadku których zamawiający ma prawo formułując kryteria oceny ofert odnieść się do właściwości wykonawcy. W tym przypadku zamawiający kierował się aspektem środowiskowym. Specyfika usług leśnych polega, według zamawiającego, na wykonywaniu zadań z zakresu gospodarki leśnej, które w znacznym stopniu ingerują w środowisko naturalne. W celu zminimalizowania negatywnego wpływu tych działań na przyrodę zamawiający wymaga od wykonawcy wyposażenia zakładu w sprzęt, który spełnia odpowiednie kryteria w zakresie oddziaływania na środowisko. Im nowszy i sprawniejszy sprzęt tym spełnia wyższe rygory w zakresie ograniczenia emisji spalin, hałasu, jest mniej awaryjny, jeśli chodzi np. o wycieki paliw do środowiska, gwarantuje pozyskanie surowca drzewnego zgodnego z wymaganymi parametrami technicznymi oraz jest bardziej wydajny i ekonomiczny.

Lasy Państwowe produkują surowiec drzewny w oparciu o międzynarodowe zasady certyfikacji FSC i PEFC, które obligują je do stosowania technik pozyskania i wyróbki drewna minimalizujących uszkodzenia zasobów leśnych.

Zużyty sprzęt nie gwarantuje przede wszystkim odpowiednich standardów w zakresie BHP. Pracownicy zakładów usług leśnych i służba leśna są narażeni na wypadki przy wykonywaniu czynności gospodarczych. Dodatkowo w związku z certyfikacją cała Regionalna Dyrekcja Lasów Państwowych w Olsztynie poddawana jest corocznym rygorystycznym audytom, w których podstawowym kryterium jest BHP i ochrona środowiska. Zamawiający musi mieć zagwarantowany stały dostęp do sprawnego sprzętu, gdyż urządzenia te oprócz codziennej pracy w zakresie wykonywania zadań gospodarczych są

używane w czasie nagłych, nieprzewidzianych wypadków spowodowanych zdarzeniami losowymi takimi jak huragany, nawałnice, burze, pożary, podtopienia, w celu zabezpieczenia interesu zamawiającego, umożliwienia dojazdu służbom ratowniczym (straż pożarna, pogotowie, straż leśna, wojsko).

Nadleśnictwo współpracuje z wieloma odbiorcami surowca drzewnego. Zamawiający wskazał, że jest jednostką wysokotowarową, gdzie dyscyplina i harmonogram dostaw drewna wymaga sprawnego i terminowego jego pozyskania. Przestoje w pracach gospodarczych związane z awaryjnością sprzętu narażają go na wysokie kary umowne.

Każde kryterium oceny ofert w pewien sposób ogranicza szanse wykonawcy na uzyskanie zamówienia. Jednak wbrew twierdzeniu odwołującego kryterium dotyczące wyposażenia w sprzęt nowy nie ogranicza kręgu podmiotów mogących ubiegać się o zamówienie jedynie do wykonawców, którzy posiadają taki sprzęt. Zgodnie z treścią wyroku KIO z dnia 4 lutego 2010r, (SYGN. Akt: KIO/UZP 1848/09) za naruszenie zasad uczciwej konkurencji nie można uznać sytuacji, w której oferty nie może złożyć każdy wykonawca z danej branży z uwagi na to, że w swoim profilu działalności nie posiada akurat sprzętu o wymaganej przez zamawiającego funkcjonalności, Z kolei w wyroku z dnia 21 sierpnia 2012r. sygn. akt KIO 1237/12 Izba potwierdziła, że zamawiający mają prawo kształtować wymagania specyfikacji istotnych warunków zamówienia w granicach swoich uzasadnionych potrzeb, nawet jeśli ogranicza to krąg wykonawców, którzy są w stanie złożyć oferty odpowiadające tym potrzebom i wymogom - choćby do jednego. Podane przez zamawiającego kryterium oceny ofert nie wyklucza z udziału w postępowaniu wykonawców, którzy dysponują starszym sprzętami. Gratyfikuje jedynie tych, którzy stosują technologie przyjazne środowisku.

Niezasadne jest, zdaniem zamawiającego, wymuszanie na nim przez odwołującego zastosowania rozwiązań, które nie spełniają oczekiwanej przez zamawiającego funkcjonalności, wynikających z wymagań i uwarunkowań organizacyjnych obowiązujących u zamawiającego.

W wyroku z dnia 10.04.2013 r, KIO 694/13, cytowanym w odwołaniu, Izba zwróciła uwagę, że nawet gdyby DML nie spełniał warunków udziału w postępowaniu określonych w specyfikacji to przepisy ustawy pozwalają takim wykonawcom na połączenie posiadanych potencjałów oraz zasobów i złożenie oferty wspólnej (art. 23 ustawy). Ponadto przepis art. 26 ustawy zezwala wykonawcy ubiegającemu się o udzielenie zamówienia na korzystanie z potencjału innego podmiotu, Izba wskazuje, że zgodnie z ustaloną linią orzecniczą Izby, określenie przedmiotu zamówienia jest nie tylko obowiązkiem, ale i uprawnieniem zamawiającego, który ma prawo wziąć w tym zakresie pod uwagę swoje uzasadnione potrzeby. Jednak wymagania zamawiającego muszą być adekwatne do przedmiotu zamówienia - ani zbyt wysokie, gdyż mogłyby utrudniać uczciwą konkurencję, ani zbyt niskie, gdyż przez selekcję przeszliby wykonawcy niezdolni do realizacji zamówienia (wyrok KIO z

dnia 17 lipca 2009 r. o sygn. akt KIO/UZP 857/09). Wskazać należy, że opisanie przedmiotu zamówienia w sposób obiektywny, z zachowaniem zasad ustawowych, nie jest jednoznaczne z koniecznością zapewnienia możliwości realizacji zamówienia wszystkim podmiotom działającym na rynku w danej branży,

Przepis art. 91 ust. 2 ustawy wyraźnie, w ocenie zamawiającego, przewiduje, że wyboru najkorzystniejszej oferty dokonuje się na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ, którymi są cena albo alternatywnie cena i inne kryteria, z zastrzeżeniem, że wyliczenie kryteriów zawarte w wymienionym przepisie jest otwarte. Żaden więc przepis nie ogranicza zamawiającego w wyborze obiektywnych, mierzalnych i przede wszystkim porównywalnych kryteriów. (Tak: uchwała z KIO z 25 maja 2010r. sygn. akt KIO/KD 36/10 i wyrok z dnia 5 września 2008r. sygn. akt KIO/UZP 882/03)

Kolejny zarzut odwołującego, zdaniem zamawiającego również nie zasługuje na uwzględnienie. Według zamawiającego warunek udziału w postępowaniu gwarantuje zamawiającemu odpowiednie doświadczenie wykonawcy. Zamawiający żądając wykonania dwóch zamówień o wartości nie przekraczającej 50% wartości przedmiotowego zamówienia każde nie naruszył zasady uczciwej konkurencji. Ponadto żądając doświadczenia w zakresie odpowiedniej ilości pozyskanego surowca drzewnego kierował się tym, iż średnio ponad 95 % przychodów, jakie uzyskuje Nadleśnictwo, pochodzi ze sprzedaży pozyskanego drewna, w związku z czym pozyskanie drewna jest niezmiernie ważnym elementem zamówienia. Doświadczenie w tym zakresie stanowi priorytetowy czynnik, jeśli chodzi o kwalifikacje wykonawcy.

W sprawie sygn. akt KIO 2285/12 przedmiotem odwołania był m.in. taki sam jak w niniejszej sprawie zarzut w zakresie warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia. W wyroku z dnia 31.10.2012 r. KIO stwierdziła, że taki opis sposobu dokonywania oceny spełniania tego warunku jest proporcjonalny pod względem wartości. Uznała za sprzeczne z celem ustawy wywodzenie z jej przepisów nakazu dopuszczenia do postępowania wykonawców, którzy nie zostali pozytywnie zweryfikowani w zakresie ich kwalifikacji i potencjału oraz możliwości do prawidłowej realizacji zamówienia- Nie można oczekiwać od zamawiającego, aby w celu zapewnienia jak największej konkurencji dopuszczał do postępowania wszystkich wykonawców prowadzących działalność w danej branży, bez względu na ich doświadczenie, które wśród podmiotów działających w określonej dziedzinie może być zróżnicowane, Zarówno odwołanie wykonawcy, jak i skarga do sądu, zostały oddalone, W wyroku z dnia 29.01.2013 r. sygn. akt XII Ga 515/12 Sąd Okręgowy w Krakowie stwierdził, że postrzeganie zasady wyrażonej w art.7 ust.1 ustawy polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji, nie zaś na jednakowej ocenie wykonawców.

Również w wyroku z dnia 1.09.2009 roku sygn. akt: KIO/UZP 1070/09 nie uwzględniającym zarzutu odwołującego dotyczącego opisanego przez zamawiającego warunku udziału w postępowaniu w sposób ograniczający konkurencję, poprzez żądanie wykazania się przez wykonawcę realizacją co najmniej 3 dostaw sprzętu informatycznego, KIO stwierdziła, że doświadczenie zawodowe w każdej dziedzinie zdobywa się przez wielokrotne wykonywanie powtarzanych zamówień.

Do opisu sposobu dokonywania przez zamawiającego oceny spełniania warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia mają także zastosowanie orzeczenia wskazane w pkt 1) Wniosek odwołującego o zmianę warunku udziału w postępowaniu w sposób przedstawiony w punkcie 2 ppkt 2 i w pkt 3 ppkt 2 odwołania powoduje dostosowanie go do indywidualnych możliwości odwołującego.

Opis sposobu dokonywania przez zamawiającego oceny spełniania warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia jest związany z przedmiotem zamówienia i do niego proporcjonalny. Zamawiający wziął pod uwagę wartość zamówienia, jego przedmiot, zakres i warunki jego realizacji, cel jakiego ma służyć niniejsze postępowanie oraz swoje potrzeby jako zamawiającego. Zamawiający jednoznacznie określił poziom, od którego uznał doświadczenie wykonawcy za wystarczające do prawidłowego wykonania zamówienia.,

W ocenie zamawiającego także trzeci zarzut jest nietrafny. Zgodnie z art 22 ust 5 ustawy warunki stawiane wykonawcom mają na celu zweryfikowanie zdolności wykonawcy do należytego wykonania udzielanego zamówienia. Wykonawca ma obowiązek realizować zamówienie przy użyciu sprzętu wymaganego w siwz (art.22 ust. 1 pkt 3 i ust.5, art.26 ust. 2b ustawy). Tym bardziej zamawiający ma prawo wymagać, by wykonawca realizował zamówienie przy użyciu sprzętu, za który otrzymał punkty w ramach kryteriów oceny ofert, tak samo, jak ma prawo wymagać, by zamówienie zostało zrealizowane za cenę podaną w ofercie.

Zgodnie z pkt 15.2.3. siwz wykonawca otrzymuje punkty za urządzenia, o których mowa w punkcie 6.1.3, których rok produkcji nie jest starszy niż 5 lat (tj. wyprodukowany w latach 2010-2014). W pkt 6.3 siwz podana jest nazwa urządzeń, wymagana moc i liczba. Z treści wzoru „Wykazu narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych” załączonego do siwz wynika, że wykonawca ma podać nazwę urządzenia (rodzaj), jego moc, rok produkcji i podstawę dysponowania. Nie jest więc, w ocenie zamawiającego, prawdziwe twierdzenie odwołującego, iż wykonawca ma obowiązek realizować zamówienie przy użyciu sprzętu oznaczonego co do tożsamości. Zamawiający nie wymaga konkretnych marek czy producentów maszyn, ani podawania ich numerów identyfikacyjnych. W trakcie realizacji zamówienia wykonawca może więc, w ocenie zamawiającego, wykorzystać sprzęt o równoważnych parametrach i roku produkcji, jakie przedstawił w „Wykazie narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych”.

W wyroku z dnia 14.07.2011 r. sygn. akt XII Ga 314/11 Sąd Okręgowy w Gdańsku stwierdził, że wykonawca ma swobodę zawarcia umowy. Żaden przepis prawa nie nakłada nań obowiązku złożenia oferty w prowadzonym przez zamawiającego postępowaniu, ani zmuszania Zamawiającego do zawarcia umowy, której treść mu nie odpowiada. Nie może zatem kwestionować umowy wyłącznie dlatego, że uważa, iż mogłaby ona zastać sformułowana korzystniej dla wykonawcy.

Co do zarzutu dotyczącego wysokości kary umownej za odstąpienie od umowy, to nie zasługuje on na uwzględnienie, Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 18,10,2010 r, sygn, akt KIO 2175/10, powołanym przez odwołującego celem wprowadzenia kar umownych jest dyscyplinowanie stron do prawidłowego i terminowego wywiązywania się z przyjętych w umowie obowiązków.

Wykonawca może od umowy odstąpić z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, jeżeli ten dopuści się zwłoki w wykonaniu swoich zobowiązań umownych (art491 kc). Podstawowe zobowiązania niepieniężne zamawiającego to: wystawianie zleceń wykonania prac i dokonywanie odbioru tych prac (§ 3 wzoru umowy). Zamawiający nie ma praktycznie możliwości nie wykonania tych zobowiązań, bowiem wynikają one z planu urządzenia lasu. Jeżeli chodzi o pozyskanie drewna, to zamawiający jest zobowiązany do terminowej realizacji umowy także ze względu na umowy łączące go z nabywcami drewna i zawarte w tych umowach kary na wypadek nie przygotowania przez zamawiającego drewna zgodnie z harmonogramem sprzedaży, w przypadku nienależytego wykonania niniejszego zamówienia przez wykonawcę, zamawiający będzie zobowiązany do zapłaty kar umownych na rzecz odbiorców drewna. Z tych względów odpowiedzialność wykonawcy jest większa, dlatego też wysokość kary, jako pełniącej rolę dyscyplinującą wykonawcę, jest wyższa.

Zdaniem zamawiającego nie można uznać za wygórowaną kary umownej za odstąpienie od umowy, w wysokości 20% wynagrodzenia całkowitego wykonawcy pomniejszonego o wynagrodzenie należne za usługi wykonane do dnia odstąpienia od umowy.

Również do tego zarzutu zastosowanie ma stanowisko Sądu Okręgowego w Gdańsku cytowane wyżej w pkt 3), nie ma natomiast zastosowania powołany w odwołaniu wyrok KIO z 28.03.2008 r. KIO/UZP 222/08, bowiem dotyczy on sprawy, w której wykonawca w ogóle nie mógł dochodzić odszkodowania.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. ogłoszenia o zamówieniu i siwz wraz z załącznikami.

Izba ustaliła, że fragmenty ogłoszenia, siwz oraz umowy zacytowane przez odwołującego w odwołaniu pokrywają się z postanowieniami tych dokumentów ujawnionymi przez zamawiającego w dostarczonej dokumentacji postępowania. Fakt ich sformułowania jest

pomiędzy stronami bezsporny, spór zaś dotyczy wyłącznie dopuszczalności sformułowania powyższych postanowień w świetle przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba zważyła, co następuje:

Izba uznała, że nie zaistniała którakolwiek z przesłanek wymienionych w art. 189 ust. 2 ustawy, która skutkowałaby odrzuceniem odwołania.

Odwołujący jest wykonawcą prowadzącym działalność gospodarczą usługową związaną z leśnictwem, a więc odpowiadającą przedmiotowi spornego postępowania o zamówienie publiczne. Składając odwołanie odwołujący dąży do zmiany wymagań zamawiającego i sposobu dokonywania oceny ofert, aby umożliwić sobie złożenie oferty i uzyskanie zamówienia, zatem ma interes w uzyskaniu zamówienia. Odwołujący może ponieść szkodę w przypadku stwierdzenia przez Izbę naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy w postaci utraty możliwości ubiegania się o zamówienia, a w konsekwencji zysku, jaki mógłby na przedmiotowym zamówieniu uzyskać.

Przesłanka materialnoprawna z art. 179 ust. 1 ustawy została wypełniona.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców

Zarzut częściowo potwierdził się. Izba wydając wyrok oparła się o następujące podstawy prawne:

Przepis art. 5 ust. 1 ustawy, który stanowi, że do postępowań o udzielenie zamówień, których przedmiotem są usługi o charakterze niepriorytetowym określone w przepisach wydanych na podstawie art. 2a i 2b, nie stosuje się przepisów ustawy dotyczących terminów składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub terminów składania ofert, obowiązku żądania wadium, obowiązku żądania dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, zakazu ustalania kryteriów oceny ofert na podstawie właściwości wykonawcy oraz przesłanek wyboru trybu negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego oraz licytacji elektronicznej. Zgodnie z załącznikiem nr 2 do rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 28 stycznia 2010r. w sprawie wykazu usług o charakterze priorytetowym i niepriorytetowym (Dz. U. z 2010r. nr 12 poz. 68) usługi z zakresu gospodarki leśnej należy zakwalifikować do innych usług w katalogu usług o charakterze niepriorytetowym. W świetle tego przepisu zamawiającemu wolno było ustanowić kryterium oceny ofert odnoszące się do właściwości wykonawcy. W ocenie Izby

kryterium wyposażenia w sprzęt nowy może być także ocenione jako kryterium odnoszące się do przedmiotu zamówienia, a więc także sposobu jego wykonania, gdyż zamawiający oczekuje wykonywania zamówienia z wykorzystaniem, za który wykonawca uzyskał punkty w ramach kryteriów oceny ofert. W tym stanie rzeczy należało uznać, że w świetle obowiązujących przepisów ustawy kwestionowane przez odwołującego kryterium oceny ofert było prawnie dopuszczalne.

W myśl art. 7 ust. 1 ustawy zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

W ocenie Izby do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców może dojść również w sposób pośredni tj. w taki sposób, że niektórzy wykonawcy będą mogli złożyć ważną i odpowiadającą siwz ofertę, ale z uwagi na ukształtowanie kryteriów oceny oferty oferta taka nie będzie mogła realnie konkurować z ofertami innych wykonawców. Tego typu ograniczenia konkurencji są nie jako efektem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które uzyskać ma jedna oferta najbardziej konkurencyjna. Zasada równego traktowania wykonawców bowiem polega na traktowaniu wykonawców w jednakowy sposób (bez preferowania jednych i dyskryminowania innych), co do dostępności informacji o postępowaniu, warunków udziału, wymaganych dokumentów, czyli na przykładaniu tej samej miary do każdego wykonawcy. Zasada równego traktowania wykonawców nie sprowadza się natomiast do jednakowej oceny wykonawców, gdyby bowiem taki był jej cel, niemożliwy byłby do zrealizowania nadrzędny cel ustawy tj. wybór najkorzystniejszej oferty. Jednakże nawet przy założeniu, że kryteria oceny ofert mają ograniczać wybór ofert do wyboru oferty najkorzystniejszej nie przesądza jednak o niemożności takiego określenia przez zamawiającego kryteriów oceny ofert, które będzie stanowiło naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy. W szczególności pośrednie ograniczenie dostępu do zamówienia musi być oceniane przez pryzmat uzasadnionych potrzeb zamawiającego. Określenie tych potrzeb jest zarówno uprawnieniem jak i obowiązkiem zamawiającego, a ani wykonawcom, ani Izbie nie przysługuje prawo do narzucenia zamawiającemu konkretnych rozwiązań nie znajdujących odzwierciedlenia w jego potrzebach. Z drugiej strony zamawiający nie może w sposób dowolny kształtować wymagań siwz, gdyż ograniczają go w tym zakresie przepisy ustawy zakazujące ograniczenia konkurencji, w sposób wykraczający poza uzasadnione potrzeby zamawiającego. Zatem w przedmiotowej sprawie odwołujący powinien wykazać, że określenie kryterium jakościowego – wyposażenia w sprzęt nowy - w sposób przedstawiony w pkt. 15.2.4. siwz prowadzi do faktycznego ograniczenia konkurencji i nie jest usprawiedliwiony potrzebami zamawiającego. W ocenie Izby postępowanie odwoławcze nie udowodniło zaistnienia powyższych okoliczności. W ocenie Izby zatem zamawiający

prawidłowo w opisie przedmiotu zamówienia nie zawarł żadnych ograniczeń co do możliwości złożenia oferty przez odwołującego. Odwołujący ma zatem możliwość złożenia oferty. Należy zatem rozważyć, czy odwołujący wykazał, że na skutek zastosowania określonego kryterium oceny ofert utracił on szansę na uzyskanie zamówienia lub szansa ta została znacząco zmniejszona względem innych potencjalnych wykonawców. W ocenie Izby zgromadzony materiał dowodowy tego nie potwierdza. Należy zauważyć, że zawsze określenie kryteriów oceny ofert będzie jakiś podmiot preferować, kryterium cenowe – wykonawcę najtańszego, kryterium terminu wykonania – wykonawcę najszybszego, kryterium jakościowe – wykonawcę oferującego najlepszy pod względem założonych parametrów produkt. Tym samym samo określenie takiego kryterium nie jest sprzeczne z ustawą i nie narusza zasady uczciwej konkurencji. Na podstawie siwz i ogłoszenia Izba ustaliła, że zamawiający przewidział cztery kryteria oceny ofert tj. cenę o wadze 60%, zatrudnienie pracowników nadzoru z doświadczeniem – 10%, termin płatności – 15% i wyposażenie w sprzęt nowy – 15%. Odwołujący nawet nie uprawdopodobnił, że zamawiający konstruując kryterium wyposażenie w sprzęt nowy i nadając mu wagę 15% doprowadził do naruszenia zasady uczciwej konkurencji wskazując pośrednio na wykonawcę, którego ofertę preferuje. Odwołujący znając rynek branży leśnej, zwłaszcza przy przyznaniu przez zamawiającego, że w przetargach na ten przedmiot zamówienia biorą udział ci sami wykonawcy, miał możliwość przedstawienia wyników tych postępowań i wykazania wpływu kryterium określonego przez zamawiającego na szanse wykonawców na uzyskanie zamówienia. W ocenie Izby żądania odwołującego zmierzają w rzeczywistości jedynie do zapewnienia mu większej szansy na uzyskanie zamówienia, gdyż odwołujący nawet nie podjął próby wykazania, jaki sprzęt zamierza przeznaczyć do realizacji zamówienia i że obecnie nie miałby możliwości uzyskania w niniejszym kryterium żadnej liczby punktów. Tym samym w ocenie Izby odwołujący nie wykazał, że w rzeczywistości przy określonym w siwz kryterium oceny ofert doszło do ograniczenia konkurencji w przedmiotowym postępowaniu. Ponadto Izba poddała analizie przesłanki jakie podał zamawiający, które doprowadziły do wyboru kryterium jakościowego i uznała, że okoliczności te świadczą o usprawiedliwionej potrzebie zamawiającego. Głównym argumentem, który przekonał Izbę do istnienia potrzeby po stronie zamawiającego był fakt intensywnego eksploataowania sprzętu, za pomocą, którego realizuje się podobne zamówienia. Z tego względu zamawiający może żywić przekonanie, że sprzęt nowszy będzie bardziej niezawodny i bezpieczniejszy. W ocenie Izby zamawiający nie dopuścił naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy.

Izba nie dopatrzyła się także zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy przez sformułowanie przez zamawiającego postanowienia umownego o treści „Do obowiązków Wykonawcy należy realizowanie umowy z wykorzystaniem zasobów określonych w SIWZ i ofercie

Wykonawcy, w tym: wykonywanie umowy z wykorzystaniem osób i sprzętu, za które wykonawca uzyskał punkty w kryteriach oceny ofert”. W ocenie Izby racjonalne jest oczekiwanie zamawiającego, że wykonawca będzie wykonywał zamówienie sprzętem, który posiada w celu wykonania przedmiotowego zamówienia i za którego właściwości przyznano mu punkty w ramach kryteriów oceny ofert. Co więcej sam odwołujący nie kwestionował co do zasady konieczności wykorzystywania takiego sprzętu, ale wyrażał jedynie swoje obawy o wykładnię tego postanowienia w sytuacji awarii sprzętu i potrzeby zastąpienia go innym sprzętem. W ocenie Izby obawa ta nie znajduje odzwierciedlenia w kwestionowanym postanowieniu wzorca umowy ani w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W wykazie sprzętu wykonawca ma bowiem podać rodzaj i moc sprzętu, rok produkcji i podstawę dysponowania. Wykaz ten służy zarówno ocenie spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie potencjału technicznego jak i ocenie w ramach kryterium oceny ofert. W postanowieniu umownym zamawiający odnosi się wyłącznie do tych elementów wykazu, które dotyczą przyznania punktów, a więc rodzaju i mocy sprzętu oraz daty produkcji, co więcej zamawiający posługuje się pojęciem „z wykorzystaniem (...) sprzętu”, w ocenie Izby oznacza to, że prawidłowa jest interpretacja tego postanowienia dokonana przez zamawiającego na rozprawie i w odpowiedzi na odwołanie to jest, że wykonawca może posłużyć się którymś sprzętem z grupy sprzętów określonego rodzaju, mocy, daty produkcji. Jest to zatem oznaczenie wyłącznie co do gatunku, a nadto wykorzystanie sprzętu nie oznacza konieczności stałego wykonywania za pomocą tego sprzętu przedmiotu zamówienia. Sprzęt za który przyznano punkty ma być bowiem wykorzystany, ale zamawiający nie określa stopnia tego wykorzystania. W tej sytuacji Izba nie dopatrzyła się naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy.

W zakresie zarzutu dotyczącego opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia w ocenie Izby zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy potwierdził się.

Zgodnie z art. 22 ust. 1 ustawy o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki, dotyczące:

2) posiadania wiedzy i doświadczenia;

W myśl ust. 4 art. 22 ustawy opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków, o których mowa w ust. 1, powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

Pomiędzy odwołującym i zamawiającym nie było sporne, że opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia jest związany z przedmiotem zamówienia. Odwołujący natomiast kwestionował proporcjonalność dokonanego opisu w stosunku do przedmiotu zamówienia. Z wyjaśnień zamawiającego

dokonanych na rozprawie wynika, że ma on świadomość, iż obecne brzmienie warunku preferuje duże firmy wykonawcze, zaś odwołujący podnosił, że opis dokonany przez zamawiającego prowadzi do powstania sztucznego monopolu, kosztem firm małych, które nie będą mogły nawet połączyć potencjału w ramach postawionego warunku ubiegając się o wspólne uzyskanie zamówienia. Izba podtrzymuje wywody dotyczące możliwości i sposobów naruszenia zasady uczciwej konkurencji poczynione powyżej przy ocenie postawionego przez zamawiającego kryterium oceny ofert. Zatem zamawiający ma prawo ograniczyć dostęp do przedmiotowego zamówienia do takiego kręgu wykonawców, którzy gwarantują należyte wykonanie zamówienia i realizacja zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców nie nakłada na zamawiającego obowiązku dopuszczenia do udziału w postępowaniu każdego wykonawcy działającego w danej branży. Jednak nie da się podzielić argumentacji zamawiającego, że wystarczy aby opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu był związany z przedmiotem zamówienia i do niego proporcjonalny. W ocenie Izby tę przesłankę należy właśnie dodatkowo ocenić w świetle art. 7 ust. 1 ustawy i zbadać, czy ustalona proporcja nie eliminuje z udziału w postępowaniu wykonawców, którzy zdolni są je wykonać. W ocenie Izby taka sytuacja ma miejsce w przedmiotowym postępowaniu. Zamawiający, dowodząc dopuszczalności dokonanego opisu, wskazał na różne rodzaje asortymentów w ramach pozyskiwania drewna oraz potrzebę sprawnej organizacji pracy i doświadczonego personelu, jednak w ocenie Izby takie wymogi nie świadczą o tym, że wykonawca, który realizował kilka mniejszych zamówień nie będzie w stanie poradzić sobie z organizacją pracy i logistyką przy dużym zamówieniu. Zamawiający podając argumentację dotyczącą różnego asortymentu nie wskazał, czy występuje szczególny asortyment w ramach przedmiotowej umowy, co więcej nie postawił warunku dotyczącego takiego specyficznego asortymentu, sama różnorodność zaś nie znalazła odzwierciedlenia w treści warunku. Co do organizacji pracy i logistyki, to w tym zakresie również zamawiający nie przedstawił poza własnym przekonaniem, argumentów na to, że dobrą organizację i logistykę są w stanie zapewnić jedynie duże firmy wykonawcze. Co więcej sam zamawiający wskazał, że mali wykonawcy mogą ubiegać się o udział w niniejszym postępowaniu tylko razem z którąś z dużych firm wykonawczych przy obecnie skonstruowanym brzmieniu opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu. W ocenie Izby brak jest materiału dowodowego pozwalającego na przyjęcie, że małe firmy wykonawcze nie są zdolne do należytego wykonania przedmiotowego zamówienia, sam zaś fakt wykonania wymaganego pozyskania drewna w większej licznie zamówień nie przesądza o tym, że organizacja pracy i logistyka takich wykonawców nie pozwala na prawidłową realizację przedmiotu zamówienia. Co więcej zamawiający jako przykład nieporównywalności podał pozyskanie 10, 15 tys. m³ w trzech leśnictwach blisko siebie położonych, jednak jednoczesne wykonywanie kilku umów może

odbywać się również w leśnictwach od siebie znacznie oddalonych, co także wymaga dobrej logistyki i organizacji pracy. Tym samym Izba uznała, że zamawiający dopuścił się naruszenia art. 7 ust.1 ustawy ograniczając dostęp do zamówienia małym wykonawcom i przychyliła się do żądania odwołującego w zakresie nakazania zamawiającemu zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu w sekcji III.2.3. i siwz w pkt. 6.1.2.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 353¹ KC w zw. z art. 484 § 2 KC i art. 14 ustawy przez zastrzeżenie w umowie wygórowanej i nieproporcjonalnej kary umownej

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Rozstrzygając go Izba oparła się na następujących podstawach prawnych:

Zgodnie z art. 139 ust. 1 ustawy do umów w sprawach zamówień publicznych, zwanych dalej „umowami”, stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Przepisy ustawy nie zawierają regulacji prawnych odnoszących się do instytucji kar umownych.

W myśl art. 353¹kc strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego, zaś zgodnie z art. 484. § 1 kc w razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania kara umowna należy się wierzycielowi w zastrzeżonej na ten wypadek wysokości bez względu na wysokość poniesionej szkody. Żądanie odszkodowania przenoszącego wysokość zastrzeżonej kary nie jest dopuszczalne, chyba że strony inaczej postanowiły. Natomiast § 2 tegoż przepisu stanowi, że jeżeli zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane, dłużnik może żądać zmniejszenia kary umownej; to samo dotyczy wypadku, gdy kara umowna jest rażąco wygórowana.

Izba uznała zarzuty za nieuzasadnione. Przede wszystkim Izba zwróciła uwagę na fakt, iż zastrzeżenie kar umownych ma służyć możliwości szybkiego pokrycia zaistniałej szkody. Jeśli strony nie zastrzegą kar umownych, to nie oznacza, że nie mogą dochodzić pokrycia swoich szkód, z tymże na drodze cywilnoprawnej i z koniecznością udowodnienia faktu zaistnienia zdarzenia szkodzącego, powstania szkody, związku przyczynowo-skutkowego pomiędzy zdarzeniem a szkodą oraz wysokości szkody. Kara umowna może być ustanawiana jako surogat odszkodowania na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania świadczeń niepieniężnych. Zdecydowanie więcej świadczeń niepieniężnych w przedmiotowym zamówieniu należy się zamawiającemu od wykonawcy, stąd dysproporcje w ilości, czy wysokości kar umownych mogą wynikać z samego charakteru stosunku prawnego łączącego strony i nie muszą oznaczać nierówności stron. Zobowiązanie zamawiającego wobec wykonawcy ma przede wszystkim charakter zobowiązania pieniężnego – zapłaty

umówionego wynagrodzenia, z tytułu którego strony mogą zastrzec odsetki umowne w sytuacji opóźnienia, a w ich braku i tak wykonawcy należą się odsetki ustawowe. W przedmiotowym postępowaniu zamawiający przewidział dla siebie karę umowną z tytułu odstąpienia od umowy w wysokości 20%, zaś za analogiczne odstąpienie przez zamawiającego na rzecz wykonawcy karę umowną w wysokości 5%. Jednakże w ocenie Izby nie przesądza to o naruszeniu równości stron. Instytucja kar umownych na etapie ubiegania się o udzielenie zamówienia nie stanowi przeszkody w uzyskaniu zamówienia. W doktrynie podnosi się, że samo rażące wygórowanie kary umownej nie powoduje sprzeczności zastrzeżenia z zasadami współżycia społecznego i jego nieważności. Sam rozmiar świadczenia – także odszkodowania umownego – nie pozwala stwierdzić sprzeczności z zasadami współżycia społecznego i uznać czynności za nieważną (Jacek Jastrzębski Nietypowe kary umowne - swoboda sankcji kontraktowych i ochrona dłużnika). Miarkowanie naliczonych kar umownych jest realizowane przez sąd powszechny w ramach procesu cywilnego i jest wynikiem zastosowania tej instytucji w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązania. Na tym etapie, tj. przed podpisaniem umowy nie sposób ocenić, czy przewidziane w projekcie umowy kary umowne mają charakter rażąco wygórowanych, w rozumieniu art. 484 § 2 k.c.

Nadto odwołujący wnosił o zmianę wysokości zastrzeżonej kary umownej odnosząc się wyłącznie do ekwiwalentności świadczeń, nie wykazując, że zastrzeżona przez zamawiającego wysokość kary jest rażąco wygórowana, co oczywiście nie pozbawia go na przyszłość, w sytuacji zaistnienia zdarzenia powodującego naliczenie kary, podnoszenia twierdzeń i dowodów na okoliczność wykazania, że naliczona kara jest rażąco wygórowana. Z tego względu Izba uznała przedstawioną argumentację za niezasadną. Izba nie dopatrzyła się w działaniu zamawiającego zarzucanych mu naruszeń ustawy.

Przepis art. 483 kc ma charakter dyspozytywny i nie wynika z niego obowiązek określonego ukształtowania kary jako proporcjonalnej do wysokości poniesionej szkody, nieuciążliwej czy ograniczonej. Jedyнным limitem jaki ustawodawca przewiduje to rażące wygórowanie kary umownej, przyznając jednocześnie obciążonemu karą prawo do kwestionowania jej wysokości. W ocenie Izby zatem z tych postanowień trudno wywieść jest naruszenie ustawy Prawo zamówień publicznych przez zamawiającego.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1, 2, 3 pkt 1 ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie do wyniku spraw oraz zgodnie z § 3 pkt. 1 i 2 lit. b oraz § 5 ust. 2 lit. 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) obciążając zamawiającego kosztami postępowania i zobowiązując go do zwrotu kosztów poniesionych przez odwołującego w postaci uiszczanego wpisu od odwołania oraz kosztów zastępstwa prawnego wykazanych złożoną do akt postępowania fakturą w wysokości maksymalnej dopuszczonej przez rozporządzenie.

Przewodniczący: