

Sygn. akt: KIO 38/17

WYROK
z dnia 30 stycznia 2017 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Sylwia Jankowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 stycznia 2017 roku, w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 stycznia 2017 roku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie tj. K. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Leśnych „Elitelas” K. M. z siedzibą w Rozalinie (pełnomocnik) oraz J. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą J. P. Zakład Usług Leśnych z siedzibą w Głogowie Małopolskim oraz Usługi Leśne i Ogrodnicze Elitelas Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Durdach

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Skarb Państwa – Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Głogów w Głogowie Małopolskim

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia L. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą L. K. Firma Usługowo – Handlowo – Produkcyjna z siedzibą w Zielonce (pełnomocnik) oraz Z. D. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma Usługowo – Handlowo – Produkcyjna Z&D Zakład Usług Leśnych Z. D. z siedzibą w Przewrotnym zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 38/17 po stronie Zamawiającego

orzeka

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie tj. K. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Leśnych „Elitelas” K. M. z siedzibą w Rozalinie

(pełnomocnik) oraz J. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą J. P. Zakład Usług Leśnych z siedzibą w Głogowie Małopolskim oraz Usługi Leśne i Ogrodnicze Elitelas Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Durdach i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie tj. K. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Leśnych „Elitelas” K. M. z siedzibą w Rozalinie (pełnomocnik) oraz J. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą J. P. Zakład Usług Leśnych z siedzibą w Głogowie Małopolskim oraz Usługi Leśne i Ogrodnicze Elitelas Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Durdach tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie tj. K. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Leśnych „Elitelas” K. M. z siedzibą w Rozalinie (pełnomocnik) oraz J. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą J. P. Zakład Usług Leśnych z siedzibą w Głogowie Małopolskim oraz Usługi Leśne i Ogrodnicze Elitelas Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Durdach na rzecz Zamawiającego Skarbu Państwa – Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Głogów w Głogowie Małopolskim kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający Skarb Państwa – Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Głogów w Głogowie Małopolskim prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą „Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Głogów w latach 2017-2018”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2 listopada 2016 roku pod numerem 2016 S/211-384427.

2 stycznia 2017 roku działając na podstawie art. 180 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zmianami; dalej: „ustawa” lub „Pzp”) Odwołujący wniósł odwołanie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności i zaniechań Zamawiającego w postępowaniu „Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Głogów w latach 2017-2018” w zakresie Pakietu nr 3, która to czynność polegała na wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy, którego oferta powinna być odrzucona.

W związku z podjętą czynnością i zaniechaniami czynności przez Zamawiającego w postępowaniu Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

- czynność wyboru dla Pakietu 3 ww. zamówienia publicznego oferty konsorcjum firm: F.U.H.P. L. K., Zielonka 64, 36- 130 Raniżów i F.U.H.P. Z&D ZAKŁAD USŁUG LEŚNYCH D. Z. 36-003 Przewrotne 245,
- zaniechanie odrzucenia oferty dla Pakietu 3 zamówienia publicznego na „Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Głogów w latach 2017-2018” jako najkorzystniejszej oferty konsorcjum firm: F.U.H.P. L. K., Zielonka 64, 36- 130 Raniżów i F.U.H.P. Z&D ZAKŁAD USŁUG LEŚNYCH D. Z. 36-003 Przewrotne 245, pomimo, iż oferta nie odpowiadała treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie zdolności zawodowej (strona 15 SIWZ ust.III lit. b) w związku z pkt 6.5 strona 17 SIWZ), co do powtórzenia dla dwóch Pakietów (3 i 4) niniejszego Zamówienia, jako osoby nadzorującej, tej samej osoby tj. Z. D., mimo wyraźnego zakazu ze strony Zamawiającego,
- zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej oferty dla Pakietu 3

zamówienia publicznego na „Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Głogów w latach 2017-2018”.

Odwołujący wskazał na naruszenie następujących przepisów:

- art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez nieodrzućenie oferty konsorcjum firm: F.U.H.P. L. K., Zielonka 64, 36-130 Raniżów i F.U.H.P. Z&D ZAKŁAD USŁUG LEŚNYCH D. Z., 36-003 Przewrotne 245, wbrew treści tego przepisów, choć wyraźnie niezgodnie z Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia dla realizacji Pakietów 3 i 4 wskazana była ta sama osoba, Z. D., z wykształceniem leśnym do nadzoru, choć na stronie 17 w ust. 6.5 w/w Specyfikacji znajduje się literalny zakaz: *Jeśli Wykonawca ubiega się o udzielenie kilku Pakietów zamówienia to nie może celem wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, wskazać tego samego doświadczenia, tego samego potencjału technicznego, tych samych osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, ani tych samych środków finansowych lub zdolności kredytowej w więcej niż jednym Pakiecie;*
- art. 91 ust. 1 ustawy przez to, iż Zamawiający nieprawidłowo wybrał jego zdaniem ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert nie uwzględniający literalnego brzmienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia tj. ust 6.5. strona 17 SIWZ,
- art. 91 ust. 1 poprzez to, iż nie wybrał zgodnie z brzmieniem tego przepisu oferty Odwołującego, choć to ona była najkorzystniejsza i zgodna z SIWZ;
- art.7 ust. 1 i 3 poprzez wybór oferty F.U.H.P. L. K., Zielonka 64, 36-130 Raniżów i F.U.H.P. Z&D ZAKŁAD USŁUG LEŚNYCH D. Z. 36-003 Przewrotne 245 z naruszeniem zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy.

Odwołujący wniósł o:

- nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności badania i oceny ofert oraz czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty konsorcjum firm: F.U.H.P. L. K., Zielonka 64, 36-130 Raniżów' i F.U.H.P. Z&D ZAKŁAD USŁUG LEŚNYCH D. Z. 36-003 Przewrotne 245 na realizację Pakietu 3 w/w Zamówienia,
- zastosowanie przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 91 ust. 1 ustawy i odrzućenie oferty konsorcjum firm: F.U.H.P. L. K., Zielonka 64, 36-130

Raniżów i F.U.H.P. Z&D ZAKŁAD USŁUG LEŚNYCH D. Z. 36-003 Przewrotne 245 ze względu na brak zgodności z SIWZ,

- zbadanie i dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej dla Pakietu nr 3 w/w zamówienia oferty Odwołującego;
- zasądzenie kosztów postępowania na rzecz Odwołującego, w tym ewentualnych kosztów zastępstwa procesowego a także uiszczonych kosztów odwołania;
- dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu ze:
 - ~ Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, a w szczególności warunków opisanych i dotyczących osób nadzorujących dla Pakietu 3 i 4 tj. ust. III lit.b) (stron 15), ust. IV lit.b) (strona 16) oraz zakazu zgłaszania tych samych osób w więcej niż jednym Pakiecie tego zamówienia ust 6.5. (str. 17) na okoliczność, iż zamawiający w swojej Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wymagał dla realizacji Pakietu 3 oraz Pakietu 4 w niniejszym zamówieniu do nadzoru po jednej osobie z wykształceniem leśnym wyższym lub średnim i jednocześnie zastrzegł, że osoba ta nie może być wskazywana w więcej niż w jednym Pakiecie,
 - ~ Ofert zgłoszonych przez konsorcjum firm: F.U.H.P. L. K., Zielonka 64, 36-130 Raniżów i F.U.H.P. Z&D ZAKŁAD USŁUG LEŚNYCH D. Z. 36- 003 Przewrotne 245 na realizację Pakietu 3 oraz Pakietu 4 w/w Zamówienia w zakresie Części IV: Kryteria kwalifikacji, gdzie zarówno dla Pakietu 3 jaki i Pakietu 4 zgłoszony został jako osoba do nadzoru z odpowiednim wykształceniem Z. D. dla obu tych Pakietów na okoliczność nieuwzględniania przez Zamawiającego, że zaistniała przesłanka do odrzucenia oferty konsorcjum firm: F.U.H.P. L. K., Zielonka 64, 36-130 Raniżów i F.U.H.P. Z&D ZAKŁAD USŁUG LEŚNYCH D. Z. 36-003 Przewrotne 245 na realizację Pakietu 3 i Pakietu 4 w/w Zamówienia i dokonania nieprawidłowego badania, oceny i wyboru oferty, która naruszała zarówno przepisy ustawy, jak i SIWZ, w zakresie dopuszczenia dla realizacji każdego z nich Z. D., co jest niezgodne z ust.6.5. SIWZ (strona 17);
 - ~ Zawiadomienie Zamawiającego z dnia 23 grudnia 2016 r. dotyczące rozstrzygnięcia przetargu na okoliczność wyłonienia dla realizacji Pakietu 3 i Pakietu 4 jako najkorzystniejszej oferty konsorcjum firm: F.U.H.P. L. K., Zielonka 64, 36-130 Raniżów i F.U.H.P. Z&D ZAKŁAD USŁUG LEŚNYCH D. Z. 36- 003 Przewrotne 245 na realizację w/w Zamówienia i dokonania nieprawidłowego badania, oceny i wyboru oferty, która naruszała zarówno przepisy ustawy, jak i SIWZ.

Odwołujący wskazał, że posiada interes w rozstrzygnięciu odwołania, wyjaśniając, zgodnie z treścią art. 179 ust. 1 ustawy ma interes w uzyskaniu niniejszego zamówienia oraz może ponieść szkodę na skutek naruszenia przez Zamawiającego. Podkreślenia wymaga, że oferta Odwołującego nie została odrzucona i była najkorzystniejsza wg. prawidłowo stosowanych kryteriów wyboru określonych przez Zamawiającego w SIWZ dla Pakietu 3 nin. zamówienia. Wymaga podkreślenia, że szkodą, jaką Odwołujący może ponieść jest możliwa utracona korzyść z tytułu ewentualnego nie zawarcia umowy, przy czym oferta jego nie została odrzucona, a różnica w punktacji między ofertą Odwołującego się a ofertą wybranego konsorcjum firm: F.U.H.P. L. K., Zielonka 64, 36-130 Raniżów i F.U.H.P. Z&D ZAKŁAD USŁUG LEŚNYCH D. Z. 36-003 Przewrotne 245 wynosiła zaledwie 0,2 punktu na 100 możliwych

Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty:

Skarb Państwa Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Głogów w trybie przetargu nieograniczonego dokonał rozstrzygnięcia w postępowaniu o zamówienie publiczne na „Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Głogów w latach 2017- 2018” Pakiet I, Pakiet 2, Pakiet 3, Pakiet 4 i Pakiet S prowadzony w trybie przetargu nieograniczonego (nr post.: SA.270.65.2016). W postępowaniu tym, wyłącznie co do Pakietu 3, startował Odwołujący oraz konsorcjum firm: F.U.H.P. L. K., Zielonka 64, 36-130 Raniżów i F.U.H.P. Z&D ZAKŁAD USŁUG LEŚNYCH D. Z. 36-003 Przewrotne 245 co do Pakietu 3, Pakietu 4 i Pakietu S.

W dniu 23 grudnia 2016 r. Odwołujący uzyskał zawiadomienie o rozstrzygnięciu, gdzie okazało się, że dla jego oferta była gorsza od oferty wybranej zaledwie o 0,2 punktu na 100 możliwych.

W dniu 28 grudnia 2016 r. po przejrzaniu całości akt postępowania okazało się, że Zamawiający dokonał wyboru oferty konsorcjum firm: F.U.H.P. L. K., Zielonka 64, 36-130 Raniżów i F.U.H.P. Z&D ZAKŁAD USŁUG LEŚNYCH D. Z. 36-003 Przewrotne 245 pomimo, że podmiot ten zgłosił tę samą osobę – Z. D. - dla realizacji zadań z Pakietu 3 oraz jednocześnie z Pakietu 4, co zostało wyraźnie zakazane na stronie 17 w ust. 6.5 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, gdzie znajduje się literalny zakaz co do tego typu praktyki: *Jeśli Wykonawca ubiega się o udzielenie kilku Pakietów zamówienia to nie może celem wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, wskazać tego samego doświadczenia, tego samego potencjału technicznego, tych samych osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, ani tych samych środków finansowych lub*

zdolności kredytowej w więcej niż jednym Pakiecie.”. Zarówno dla Pakietu 3 (str. 15 SIWZ), jak i dla Pakietu 4 (str. 16 SIWZ), Zamawiający wymagał osobno osoby z wykształceniem leśnym wyższym lub średnim do sprawowania nadzoru nad realizacją zadań w ramach każdego z tych Pakietów.

Konsorcjum firm: F.U.H.P. L. K., Zielonka 64, 36-130 Raniszów i F.U.H.P. Z&D ZAKŁAD USŁUG LEŚNYCH D. Z. 36-003 Przewrotne 245 pomimo, że zgłosiło tę samą osobę – Z. D. - dla realizacji zadań z Pakietu 3 oraz jednocześnie z Pakietu 4 w postępowaniu dla realizacji obu tych Pakietów zostało wybrane jako podmiot z najlepszymi ofertami, mimo ewidentnego i oczywistego naruszenia warunków, jakie stawiało SIWZ Zamawiającego.

W ocenie Odwołującego przeprowadzenie postępowania przez Zamawiającego nie tylko naruszyło w bezpośredni sposób wyżej wskazane przepisy ustawy oraz warunki SIWZ, ale godzi w zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wszystkich uczestników postępowania realizowanego w trybie przetargu publicznego nieograniczonego.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 roku, poz. 2164 ze zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 2 stycznia 2017 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu, co Strony potwierdziły na posiedzeniu z ich udziałem.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy – *Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy* - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie przesłaną przez Zamawiającego a także stanowiska i oświadczenia złożone ustnie do protokołu, jak również zawarte w pismach.

Zamawiający, 16 stycznia 2017 roku przesłał do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej pismo z dnia 16 stycznia 2016 roku *Odpowiedź na odwołanie* wraz z załącznikami. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Uczestnik postępowania odwoławczego przesłał do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 26 stycznia 2017 roku pismo z dnia 26 stycznia 2017 roku *Pismo procesowe*. Uczestnik postępowania odwoławczego wniósł o oddalenie odwołania.

Odwołujący przesłał do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 30 stycznia 2017 roku pismo z dnia 30 stycznia 2017 roku *Pismo procesowe*. Odwołujący podtrzymał odwołanie.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

I.

Na wstępie Izba działając zgodnie z art. 196 ust. 4 ustawy, podaje podstawy prawne z przytoczeniem przepisów prawa odnośnie rozstrzygnięcia zarzutów odwołania podnoszonych przez Odwołującego:

- art. 7 ust. 1 ustawy - *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.*
- art. 7 ust. 3 ustawy – *Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.*
- art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy - *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust.2 pkt 3 .*

- art. 91 ust. 1 ustawy - *Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.*

II.

Na podstawie art. 191 ust. 2 ustawy *wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania.* Na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy – *Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy.* Przepis ten nakłada na Strony postępowania obowiązek, który zarazem jest uprawnieniem Stron, wykazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne.

Podkreślenia wymaga w tym miejscu, że postępowanie przez Izbą stanowi postępowanie kontradyktoryjne, czyli sporne, a z istoty tego postępowania wynika, że spór toczą Strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne.

Powołując w tym miejscu regulację art. 14 ustawy *do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej* przechodząc do art. 6 Kodeksu cywilnego *ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne* należy wskazać, że właśnie z tej zasady wynika reguła art. 190 ust 1 ustawy. Przepis art. 6 Kodeksu cywilnego wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne; *ei incumbit probatio qui dicit non qui negat (na tym cięży dowód kto twierdzi a nie na tym kto zaprzecza).*

Izba wskazuje, że postępowanie odwoławcze jest odrębnym od postępowania o udzielenie zamówienia publicznego postępowaniem, które ma na celu rozstrzygnięcie powstałego pomiędzy Stronami sporu. W trakcie postępowania odwoławczego to Odwołujący kwestionuje podjęte przez Zamawiającego decyzje w zakresie oceny ofert

i wykonawców w postępowaniu, nie zgadza się z podjętymi czynnościami lub zaniechaniem określonych działań, tak więc zgodnie z regułą płynącą z art. 190 ustawy to na Odwołującym ciąży ciężar dowiedzenia, że stanowisko Zamawiającego jest nieprawidłowe. Izba wskazuje w tym miejscu na wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 19 marca 2009 roku sygn. akt X Ga 32/09, w którym to orzeczeniu Sąd wskazał między innymi *Ciężar udowodnienia takiego twierdzenia spoczywa na tym uczestniku postępowania, który przytacza twierdzenie o istnieniu danego faktu, a nie na uczestniku, który twierdzeniu temu zaprzecza (...).*

III.

Izba ustaliła:

Postępowanie o udzielenie zamówienia w przedmiocie „Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Głogów w latach 2017-2018”. prowadzone jest przez Zamawiającego w częściach, z podziałem na pięć pakietów:

- Pakiet 1 – leśnictwa: Bratkowice, Krzywa;
- Pakiet 2 – leśnictwa: Budy, Czarna, Kłapówka;
- Pakiet 3 – leśnictwa: Bór, Wysoka;
- Pakiet 4 – leśnictwa: Hucisko, Turza;
- Pakiet S – szkółka Sokołów.

Odwołanie dotyczy czynności Zamawiającego podjętych w zakresie Pakietu nr 3.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny sprawy:

- w dniu 23 grudnia 2016 roku Zamawiający ogłasza wynik postępowania również w zakresie Pakietu nr 3,
- w dniu 2 stycznia 2017 roku Odwołujący składa przedmiotowe odwołanie od czynności i zaniechań Zamawiającego z dnia 23 grudnia 2016 roku. Odwołanie podlegało uzupełnieniom braków formalnych.
- w dniu 16 stycznia 2017 roku Zamawiający unieważnił czynność badania, oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w Pakiecie nr 3; o czynności tej Zamawiający powiadomił wykonawców składających oferty w postępowaniu.

Odwołującego w trakcie posiedzenia z udziałem stron złożył oświadczenie: *odwołanie wniesione jest od czynności wyboru oferty w dniu 23.12.2016 i zaniechania czynności odrzucenia oferty, co znalazło wyraz w czynności z dnia 23.12.2016 r..* Odwołujący podtrzymał odwołanie w całości.

Izba zważyła:

Zgodnie z przepisem art. 191 ust. 2 ustawy, 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. Stosownie do przepisu art. 191 ust. 2 ustawy, wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania.

Izba, mając na uwadze przywołany przepis art. 191 ust. 2 ustawy, wzięła pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, a zatem na moment wyrokowania w sprawie.

Izba wskazuje, że kwestionowane przez Odwołującego w odwołaniu naruszenia wynikające z podjętych czynności i zaniechań zostały zniesione przez Zamawiającego czynnością z dnia 16 grudnia 2017 roku, gdzie Zamawiający unieważnił czynność badania, oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu z dnia 23 grudnia 2016 roku – co oznacza, że nie tylko zarzucane w odniesieniu do tego wyboru naruszenia przepisów prawa, ale przede wszystkim sama czynność kwestionowana w odwołaniu, utraciły swój byt.

Izba podkreśla, że orzeczenie winno rozstrzygać o zarzutach żądaniach kierowanych wobec kwestionowanych czynności, a wpływają na ocenę zarzutów stawianych w odwołaniu. Podkreślenia wymaga, że Izba nie może pominąć w dniu wyrokowania tych czynności, które wydarzyły się w postępowaniu o udzielenie zamówienia już po wniesieniu odwołania, a które mają znaczenie dla jego prawidłowego rozpoznania i wyrokowania. W tej sprawie, na moment wydania orzeczenia, kwestionowane w odwołaniu: czynność wyboru oferty najkorzystniejszej dla Pakietu 3; zaniechanie odrzucenia w Pakiecie nr 3 oferty wykonawcy wybranego do realizacji zamówienia, pomimo że oferta ta nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SWIZ) w zakresie zdolności zawodowej (strona 15

SIWZ ust.III lit. b) w związku z pkt 6.5 strona 17 SIWZ) z uwagi na wskazanie w Pakiecie 3 i Pakiecie 4 jako osoby nadzorującej, tej samej osoby tj. Zbigniewa Dziubka, mimo wyraźnego zakazu ze strony Zamawiającego; jak również zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej oferty dla Pakietu nie istnieją - zostały przez Zamawiającego unieważnione.

Izba podkreśla z całą stanowczością, że wyeliminowanie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 23 grudnia 2016 r. czyni bezprzedmiotowymi wszystkie zarzuty sformułowane wobec wyboru, badania oceny oferty wskazanego wykonawcy.

Izba podkreśla, że Zamawiający unieważnił w dniu 16 stycznia 2017 roku zarówno czynność wyboru oferty najkorzystniejszej jak również poprzedzające je czynności badania i oceny ofert złożonych w tym postępowaniu. Jednocześnie należy podkreślić, że Zamawiający nie uwzględnił odwołania z dnia 2 stycznia 2017 roku ani w całości ani w części, co oświadczył w trakcie rozprawy. Nieuprawniona tym samym jest argumentacją Odwołującego referująca do „uwzględnienia odwołania, jako niewyczerpującego wszystkich zarzutów odwołania”. Obowiązujący przepis art. 186 ust. 2 oraz ust. 3a ustawy w sposób jasny i precyzyjny określa, że Zamawiający może dokonać czynności uwzględnienia odwołania w całości lub w części, jednakże czynności te muszą zostać dokonane przez Zamawiającego, tj. musi zostać złożone przez Zamawiającego stosowne oświadczenie, bowiem czynność taka Zamawiającego rodzi skutki w postępowaniu zarówno dla Zamawiającego jak i wykonawców. Izba podkreśla, że Odwołujący nie wskazał jaki to przepis zobowiązuje Zamawiającego do uwzględniania odwołania; Izba wskazuje, że nie istnieje taki przepis, a uwzględnienie zarzutów odwołanie jest prawem Zamawiającego. Jednocześnie należy mieć na uwadze, że na gruncie obowiązujących przepisów, brak jest podstaw do przyjęcia, że złożenie odwołania zawiesza w jakikolwiek sposób możliwość podejmowania przez Zamawiającego czynności w postępowaniu. Żaden przepis nie stoi temu na przeszkodzie, a przeciwnie – ustawa wymaga przeprowadzenia postępowania w sposób odpowiadający przepisom, co oznacza, że należy przyznać Zamawiającemu prawo do podejmowania wszelkich działań podejmowanych w celu naprawienia wadliwych czynności. Zamawiający w rozpoznawanej sprawie skorzystał właśnie z takiej możliwości, podjął działania mające na celu eliminację z postępowania o udzielenie zamówienia nieprawidłowości, które zostały ujawnione przez wniesienie odwołania przez Odwołującego, jednakże zarzutów odwołania nie uwzględnił.

Izba wskazuje również, że w dniu 16 stycznia 2016 roku Zamawiający dokonał również ponownie czynności badania i oceny ofert oraz dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu; ten wybór oferty najkorzystniejszej jest nowym, innym wyborem stanowi nową czynność Zamawiającego – niewątpliwie czynność, która nie była objęta odwołaniem z dnia 2 stycznia 2016 roku.

Izba podkreśla, że rozstrzygnięcie o zarzutach dotyczących unieważnionej czynności nie może wpłynąć w żaden sposób na wynik postępowania - który aktualnie wyraża się w ponowionym wyborze najkorzystniejszej oferty (z dnia 16 stycznia 2017 roku) – bowiem podstawa wniesienia odwołania na dzień wyrokowania nie istnieje.

W tym miejscu Izba, za uzasadnieniem orzeczenia z 9 stycznia 2015 roku sygn. akt KIO 2763/14, stawia pytanie, „jakie znaczenie i skutek oceny o zasadności zarzutów kierowanych wobec uchylonej czynności, miałyby rozstrzygnięcie Krajowej Izby Odwoławczej, jeśli jednocześnie już funkcjonuje w postępowaniu ponowiona czynność Zamawiającego, zastępująca tę, o której rozstrzygnięto. Krajowa Izba Odwoławcza – w myśl art. 192 ust. 7 ustawy – Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, a w myśl § 34 ust. 1 *rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz.U. Nr 48 poz. 280 ze zm.)*, orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej zawiera w przypadku wyroku m.in. rozstrzygnięcie o żądaniach odwołującego. Oznacza to zatem, że Krajowa Izba Odwoławcza, rozstrzygając o zarzutach danego odwołania, kierowanego wobec uchylonej na moment jego rozpoznania czynności, nie może w swym rozstrzygnięciu oceniać czynności, wobec której nie postawiono zarzutów oraz odpowiadających im żądań. Niezależnie zatem od rozstrzygnięcia o zarzutach dotyczących unieważnionej czynności, ponowiona czynność, w razie jej niezakwestionowania, byłaby w takim wypadku ważną i funkcjonującą obok wydanego rozstrzygnięcia. Należy zatem uznać, że także zasada koncentracji środków ochrony prawnej przemawia za uznaniem, że jakkolwiek ocena czynności i zaniechań Zamawiającego w danym postępowaniu winna odnosić się jedynie do tych czynności, jakie istnieją na moment wydania orzeczenia. W innym wypadku mogłoby dojść do sytuacji, że w danym postępowaniu będą istniały równocześnie zdublowane czynności, z których żadnej nie sposób będzie przyznać prymatu. Zasada koncentracji środków ochrony prawnej przemawia zatem za uznaniem, że nie jest właściwą ocena czynności już nieistniejącej, unieważnionej przez Zamawiającego, jeśli w postępowaniu mamy do czynienia z ponowioną czynnością wyboru najkorzystniejszej oferty, poprzedzoną badaniem i oceną ofert, w ramach której podjęto czynności uzupełnienia określonych

dokumentów a rezultat tych czynności oraz ich oceny nie może podlegać ocenie w tym postępowaniu odwoławczym.”

W obliczu powyższego Izba wskazuje, że popieranie odwołania przez Odwołującego było niezasadne. Uwzględniając powyżej przedstawione ustalenia i wywody Izby, Izba odwołanie oddaliła.

Jedynie na marginesie Izba wskazuje, że inne regulacje ustawowe odnoszą się do badania wykonawcy w zakresie wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu w oparciu o zawarte w SWIZ wymagania Zamawiającego, a innych okoliczności - instytucji Prawa zamówień publicznych dotyczy podnoszenie niezgodności treści oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia czy też naruszenie przepisów dotyczących kryteriów oceny ofert.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 3 pkt. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. *w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania* (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zmianami).

Przewodniczący:.....