

WYROK

z dnia 10 stycznia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **10 stycznia 2013 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 grudnia 2012 r.

przez wykonawcę: **K..... M..... prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Leśne „LARIX” K..... M....., Istebna**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego: **Państwowe Gospodarstwo Leśne „Lasy Państwowe” – Nadleśnictwo Węgierska Górka**

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania oraz powtórzenie następujących czynności: oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wykonawców oraz badania i oceny złożonych przez nich ofert.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego: Państwowe Gospodarstwo Leśne „Lasy Państwowe” – Nadleśnictwo Węgierska Górka i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego: Usługi Leśne „LARIX” K..... M..... z Istebnej tytułem wpisu od odwołania,**
 - 2.2 zasądza od zamawiającego: Państwowe Gospodarstwo Leśne „Lasy Państwowe” – Nadleśnictwo Węgierska Górka na rzecz odwołującego: Usługi Leśne „LARIX” K..... M..... z Istebnej kwotę 18600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczonego wpisu od odwołania oraz uzasadnionych kosztów strony obejmujących wynagrodzenie pełnomocnika.**

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający: Państwowe Gospodarstwo Leśne „Lasy Państwowe” – Nadleśnictwo Węgierska Górka – prowadzi trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759; zwanej dalej również „ustawą pzp” lub „ppz”), postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *usługi z zakresu gospodarki leśnej (hodowli lasu, utrzymania infrastruktury, pozyskania i zrywki drewna w Nadleśnictwie Węgierska Górka w 2013 r.* (oznaczenie sprawy 2710=14/2012).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2012/S_203-334304 z 20 października 2012 r., z tym, że 17 grudnia 2012 r. Zamawiający przekazał to ogłoszenie Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej, a także zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie na tablicy ogłoszeń oraz na swojej stronie internetowej (http://www.katowice.lasy.gov.pl/web/wegierska_gorka/przetargi).

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp, a dla samej części 14 zamówienia (nie licząc wartości zamówień uzupełniających) została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 353.969,39 zł, co stanowi równowartość 88060,85 euro.

Pismem z 17 grudnia 2012 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców, którzy złożyli oferty na 14. część zamówienia, o tym, że na podstawie art. 186 ust. 2 ustawy pzp unieważnia czynności zamawiającego od momentu oceny ofert oraz postanawia powtórzyć czynności w zakresie zadania 14. Zamawiający wskazał w uzasadnieniu na uznanie w całości odwołania wniesionego przez Usługi Leśne „Larix” Krzysztof Michałek z Istebnej, co zobowiązuje go do dokonania unieważnienia dotychczasowych czynności od momentu oceny ofert oraz dokonania ponownej oceny i analizy złożonych ofert.

Kolejnym pismem z 17 grudnia 2012 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców, w tym Odwołującego – K..... M..... z Istebnej, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Usługi Leśne „LARIX” K..... M..... – o unieważnieniu postępowania w zakresie zadania 14 na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp.

Zamawiający podał w uzasadnieniu tej decyzji następujące okoliczności. Na część 14. zamówienia zostały złożone trzy oferty przez następujących wykonawców: Firma Usług Leśnych „PILKAR” K..... K..... z Rycerskiej Górki, Usługi Leśne Firma „ŻAR” J..... P..... z Leśnej oraz Usługi Leśne „Larix” K..... M..... z Istebnej. Następnie 23 listopada 2012 r. Zamawiający dokonał oceny ofert i wybrał ofertę Firmy Usług Leśnych „PILKAR” K..... K..... 4 grudnia 2012 r. wykonawca Usługi Leśne „Larix” K..... M..... wniósł odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej. Po otrzymaniu odwołania

Zamawiający uznał w całości odwołanie oraz zobowiązał się do dokonania unieważnienia dotychczasowych czynności od momentu oceny ofert oraz dokonania ponownej oceny i analizy złożonych ofert. 17 grudnia 2012 r. Zamawiający dokonał ponownej analizy i oceny złożonych ofert oraz dokumentów zamawiającego sporządzanych w toku postępowania. W wyniku tej analizy Zamawiający ustalił, że w SIWZ dotyczącej 14. części zamówienia określił warunki odnośnie sprzętu technicznego, który ma być użyty przy realizacji zamówienia. Jednym z tych warunków było posiadanie przez zastosowaną kolejkę – wyciąg linowy dopuszczenia z Urzędu Dozoru Technicznego (UDT). W związku z tym zobowiązał oferentów do załączenia do oferty odpowiedniego dokumentu o dopuszczeniu. W trakcie postępowania na podstawie złożonych przez 2 oferentów dokumentów urzędowych, Zamawiający ustalił, że kolejka linowa nie podlega odbiorowi i dopuszczeniu do użytkowania przez UDT. Trzeci oferent również nie przedstawił wymaganego w SIWZ dokumentu z UDT.

Zamawiający ocenił, że powstała zatem sytuacja, w której w SIWZ określono wymaganie i żądanie dokumentu, które były niemożliwe do spełnienia. W związku z tym, w przypadku kontynuowania postępowania na podstawie dotychczasowej SIWZ, żaden z oferentów nie mógłby spełnić jednego z warunków, co musiałoby prowadzić do odrzucenia wszystkich ofert. Natomiast w przypadku kontynuowania postępowania aż do zawarcia umowy, taka umowa – jako zawarta z wykonawcą, który nie spełnił jednego z warunków określonych w SIWZ, byłaby – zdaniem Zamawiającego – nieważna, a ponadto istniałaby zasadna przesłanka do składania odwołań przez każdego z odrzuconych lub niewybranych oferentów. Zamawiający w tym stanie rzeczy uznał postępowanie w części 14. za dotknięte wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie jego realizacji.

Pismem z 24 grudnia 2012 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców o tym, że w przesłanym uprzednio zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania z 17 grudnia 2012 r. prostuje podstawę swej decyzji w ten sposób, że powołanie się na art. 146 ust. 1 pkt 1 pzp – zastępuje powołaniem się na art. 93 ust. 1 pkt 1 pzp.

27 grudnia 2012 r. Odwołujący wniósł za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od unieważnienia postępowania przez Zamawiającego, a także od zaniechania przez Zamawiającego: wyboru oferty Odwołującego, wykluczenia z postępowania wykonawcy K..... K..... oraz odrzucenia ofert wykonawcy K..... K..... i wykonawcy J..... P.....

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy pzp:

1. Art. 93 ust. 1 pkt 1 i pkt 7 i art. 146 ust. 1 – przez jego nieprawidłowe zastosowanie, gdyż Zamawiający unieważnił postępowanie pomimo braku zajścia przesłanek do dokonania takiej czynności.

2. Art. 146 ust. 1 – przez jego nieprawidłowe zastosowanie, gdyż Zamawiający dokonał unieważnienia postępowania z powołaniem się na art. 93 ust. 1 pkt 7, pomimo że stosuje się go tylko wtedy, gdy zachodzą przesłanki unieważnienia umowy wymienione w art. 146 ust. 1, które w niniejszej sprawie nie zachodzą
3. Art. 186 ust. 2 – przez jego niezastosowanie, gdyż Zamawiający zaniechał dokonania czynności zgodnej z żądaniem odwołania, tj. wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, pomimo uwzględnienia odwołania w całości, a zamiast tego unieważnił postępowanie.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia czynności unieważnienia postępowania.
2. Unieważnienia wyboru oferty wykonawcy K..... K..... jako najkorzystniejszej.
3. Wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej i udzielenia zamówienia Odwołującemu.

Odwołujący podał następujące okoliczności faktyczne uzasadniające odwołanie.

Odwołujący podał, że w pkt 4.1 SIWZ Zamawiający dopuścił składanie ofert częściowych, przy czym zamówienie podzielone było na 14 części (zadań). Ofertę na wykonanie części nr 14 złożyli: (1) Odwołujący, (2) K..... K..... oraz (3) J..... P..... Zgodnie z pkt 8.1 lit. a) SIWZ o zamówienie mogli ubiegać się wykonawcy, którzy posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie do wykonania zamówienia, tj. *w okresie 3 ostatnich lat wykonali co najmniej 3 zamówienia odpowiadające swoim rodzajem i wartością usługom, stanowiącym przedmiot zamówienia*. W ocenie Odwołującego zarówno on, jak i wykonawca J..... P..... taki warunek spełniają. Odwołujący podał, że w latach 2008-2011 wykonywał, w ramach 4 odrębnych zamówień, usługi leśne dla Nadleśnictwa Wisła, których łączna wartość wynosiła 1.341.762,73 zł, co zostało potwierdzone dołączonymi do oferty referencjami podpisanymi przez Nadleśniczego W..... S..... Natomiast według Odwołującego wykonawca K..... K..... nie wykazał spełnienia omawianego warunku, a wręcz przeciwnie – wykazał, że go nie spełnia, gdyż złożył oświadczenie, że w 2012 r. wykonał usługi leśne dla Nadleśnictwa Ujsoły, których wartość wynosiła 74.836.90 zł. Po pierwsze – wykazał zatem, że zrealizował jedynie jedno, a nie trzy zamówienia. Po drugie – wartość zrealizowanego przez niego zamówienia znacznie odbiega od wartości przedmiotowego zamówienia, która opiewa – jak to określono w odwołaniu – *na kwotę milionową*. Wartość zamówienia zrealizowanego przez wykonawcę K..... K..... nie przekracza nawet 100.000 zł, co nie odpowiada nawet wartości części nr 14 (Odwołujący podał, że w tej części wykonawca ten wycenił swoją usługę na ponad 430.000 zł). Odwołujący podkreślił, że w pkt 8.2 SIWZ stwierdzono wyraźnie, że z treści załączonych dokumentów musi wynikać jednoznacznie, iż wykonawca spełnił warunki udziału

w postępowaniu.

Zgodnie z pkt 9.1 lit. o) SIWZ oferta dla części zamówienia nr 14 musiała zawierać zaświadczenie o dopuszczeniu do użytkowania w lesie kolejki linowej wydane przez Urząd Dozoru Technicznego. Jak natomiast wynika z pism Urzędu Dozoru Technicznego z 28 sierpnia 2012 r. oraz z 30 października 2012 r. urządzenia typu Larix (kolejki linowe) nie podlegają dozorowi technicznemu. Stanowisko to potwierdza analiza przepisów o dozorze technicznym. Odwołujący podkreślił, że Zamawiający wymagał dołączenia do oferty dokumentu, którego uzyskanie nie jest obiektywnie możliwe w świetle aktualnie obowiązujących przepisów. W związku z faktem, iż Urząd Dozoru Technicznego Rzeczypospolitej Polskiej nie wydaje zaświadczeń dotyczących sprawności technicznej kolejki, Odwołujący – chcąc spełnić wymóg zawarty w pkt 9.1 lit. o) SIWZ – załączył do swojej oferty postanowienie Państwowego Ośrodka Doświadczalnego Maszyn Rolniczych. Przemysłu Spożywczego i Leśnictwa Republiki Czeskiej w sprawie dopuszczenia kolejki linowej Larix-550 (posiadanej przez Odwołującego) w myśl przepisów czeskiej ustawy o atestacji państwowej, przetłumaczone na język polski przez tłumacza przysięgłego. Odwołujący podniósł, że posiada pełną dokumentację dotyczącą dopuszczenia posiadanej przez niego kolejki i taką dokumentację tę składał w analogicznym przetargu na usługi leśne ogłaszającym w 2011 i 2012 r. Wykonawca K..... K..... do swojej oferty nie załączył żadnego dokumentu (atestu, zaświadczenia, homologacji czy innego), z którego wynikałoby, że posiadana przez niego kolejka Larix Lamako cechuje się sprawnością techniczną pozwalającą na pracę w lesie. Natomiast wykonawca J..... P..... do swojej oferty nie załączył natomiast jakiegokolwiek dokumentu – tak, jakby w SIWZ w ogóle nie pkt 9.1 lit. o). Żaden z wykonawców nie został wykluczony z postępowania. Żadna z ofert dotyczących zadania nr 14 nie została przez Zamawiającego odrzucona. Jako najkorzystniejsza oferta została wybrana oferta wykonawcy J..... K.....

Odwołujący podał, że z postanowienia Krajowej Izby Odwoławczej z 10 grudnia 2012 r. (sygn. akt KIO 2671/12) wynika, że Zamawiający złożył oświadczenie o uznaniu odwołania w całości, w związku z czym Izba umorzyła postępowanie. Pismem z dnia 17 grudnia 2012 r., wysłanym pocztą 18 grudnia 2012 r., Zamawiający poinformował Odwołującego o unieważnieniu postępowania w zakresie zadania nr 14 w całości, co jest sprzeczne z żądaniem odwołania, którego zarzuty Zamawiający uznał w całości. Pismem z 21 grudnia 2012 r. Odwołujący poinformował Zamawiającego o tym, jednak Zamawiający nie zareagował jednak na to pismo, a jedynie wydał oświadczenie o sprostowaniu swojego wcześniejszego pisma.

Odwołujący podał następujące okoliczności jako uzasadnienie prawne odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza w uzasadnieniu postanowienia z 10 grudnia 2012 r.

zwróciła uwagę, że z przepisu art. 186 ust. 2 pzp wynika, że w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Odwołujący podkreślił, że pozostali wykonawcy nie przystąpili do postępowania przed Izbą i nie zgłosili opozycji przeciwko żądaniu, aby Izba nakazała Zamawiającemu wybrać ofertę Odwołującego jako najkorzystniejszą. Odwołujący ocenił, że wykonawcy J..... K..... oraz K..... P..... utracili środki ochrony prawnej przysługujące im na czynność Zamawiającego w postaci wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej na skutek wniesionego odwołania. Zdaniem Odwołującego podstawą do takiego twierdzenia jest przepis art. 185 ust. 6 pzp. Odwołujący podał, że w poprzednim odwołaniu zawarł żądanie nakazania Zamawiającemu, aby unieważnił zaskarżaną czynność (pkt 3 na str. 2 odwołania), oraz żądanie nakazania Zamawiającemu, aby wykonał czynność polegającą na wyborze jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego i udzielił mu zamówienia (pkt 4 na str. 2 odwołania). Zdaniem Odwołującego w tej sytuacji uwzględnienie odwołania obligowało Zamawiającego do uwzględnienia tych żądań (art. 186 ust. 2 pzp). Według Odwołującego gdyby żądania zawarte w jego odwołaniu były niezgodne z prawem bądź nieuzasadnione, to Krajowa Izba Odwoławcza nie mogłaby pozwolić Zamawiającemu na uwzględnienie zarzutów podniesionych w tym odwołaniu oraz udzielenie zamówienia zgodnie z zawartym tam żądaniem, i musiałaby sama kontynuować postępowanie w celu rozstrzygnięcia o zasadności żądań. Na marginesie Odwołujący wskazał, że żądanie powtórzenia postępowania zawarte również w poprzednim odwołaniu było sformułowane wyłącznie z ostrożności procesowej, jako żądanie ewentualne na wypadek, gdyby Izba nie uznała zasadności głównego żądania, czyli żądania o nakazanie Zamawiającemu dokonania wyboru oferty i udzielenia zamówienia Odwołującego.

Zdaniem Odwołującego nie ma zatem przesłanek do powtórzenia postępowania, gdyż jego odwołanie zostało w całości uznane, wobec czego w świetle przepisu art. 186 ust. 2 Zamawiający zobowiązany był do uwzględnienia powyższego żądania głównego. Według Odwołującego za całkowicie bezzasadny należy uznać argument Zamawiającego o konieczności unieważnienia postępowania z tego względu, że *żaden z oferentów nie mógłby spełnić jednego z warunków, co musiałoby prowadzić do odrzucenia wszystkich ofert*. Odwołujący ocenił, że uznając odwołanie w całości Zamawiający zgodził się z wszelkimi zawartymi w nim twierdzeniami i argumentami, a więc również z argumentem, że pkt 9.1 lit. o) SIWZ należy interpretować jako wymóg dopuszczenia do postępowania jedynie takich wykonawców, którzy posiadają kolejki, co do których wiarygodne instytucje państwowa przeprowadziły stosowne badania i oceniły je pozytywnie pod względem technicznym (Odwołujący odesłał do rozważań zawartych na str. 5-6 poprzedniego

odwołania). Odwołujący zaznaczył, że Zamawiający nie może jednocześnie uznawać odwołania i podniesionych w nim argumentów oraz uznawać argumentu że pkt 9.1 lit. o) SIWZ należy traktować jako nienapisany, i dedukować z tego konieczność do unieważnienia postępowania w całości. Natomiast według Odwołującego uznanie jego argumentu, że wobec niemożności dołączenia do oferty zaświadczenia o sprawności technicznej posiadanej kolejki linowej z Urzędu Dozoru Technicznego, należało dołączyć zaświadczenie z innej wiarygodnej instytucji państwowej – ma taki skutek, że skoro tylko Odwołujący dołączył do oferty stosowne zaświadczenie, a inni wykonawcy tego nie zrobili, to oferta Odwołującego powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza, a inni oferenci powinni zostać wykluczeni z udziału w postępowaniu. Ponadto Zdaniem Odwołującego skoro pozostali wykonawcy nie oponowali przeciwko odwołaniu i żądaniu, aby Izba nakazała wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, to znaczy, że: (1) zgodzili się z zawartymi tam argumentami oraz (2) nie będą mieli możliwości złożenia odwołania w przypadku wyboru przez Zamawiającego oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej (Odwołujący wskazał na przepis art. 185 ust. 6 pzp). Odwołujący ocenił, że obawy Zamawiającego, jakoby postępowanie należało powtórzyć, gdyż każdemu z wykonawców służyłoby prawo złożenia odwołania są zatem całkowicie nieuzasadnione, co czyni unieważnienie postępowania bezpodstawnym. Odwołujący podkreślił, że gdyby wszystkie oferty podlegały unieważnieniu, to Krajowa Izba Odwoławcza nie umorzyłaby postanowieniem z 10 grudnia 2012 r. postępowania odwoławczego, gdyż wtedy Zamawiający musiałby dokonać czynności zgodnie z niezgodnym z prawem żądaniem zawartym w odwołaniu. Skoro jednak postępowanie zostało umorzone, to znaczy – zdaniem Odwołującego – że *Izba niejako zaaprobowwała zasadność żądania zawartego w odwołaniu.*

Odwołujący powołał się także na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 4 października 2012 r. o sygn. akt KIO 2024/12, z którego ma wynikać jednoznacznie, że możliwość lepszego opisanie warunków udziału w postępowaniu nie może być przyczyną unieważnienia postępowania. Odwołujący ocenił, że Zamawiający nie mógł zatem unieważnić całego postępowania tylko dlatego, że źle sformułował SIWZ w zakresie pkt 9.1 lit. o). Jest to argument zasadny tym bardziej, że żaden z wykonawców nie oponował przeciwko interpretacji Odwołującego niejasnego postanowienia SIWZ, a sam Zamawiający uznał odwołanie w całości. Niezależnie od powyższego Odwołujący podniósł, że unieważnienie postępowania narusza art. 93 ust. 1 pkt 7 pzp z tego względu, gdyż przepis ten pozwala unieważnić postępowanie tylko i wyłącznie w sytuacji, gdy postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Jeśli zatem postępowanie jest obarczone wadą, która nie daje się usunąć, ale wada ta nie doprowadzi do unieważnienia

umowy w sprawie zamówienia publicznego, to przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 pzp nie stosuje się. W niniejszej sytuacji wada postępowania w postaci błędnego sformułowania pkt 9.1 lit. o) SIWZ nie doprowadziłaby do unieważnienia umowy, gdyż wada ta nie spełnia żadnej z przesłanek unieważnienia umowy wymienionej w przepisie art. 146 ust. 1 pzp. Odwołujący zaznaczył, że Zamawiający sprostował rzekomo błędne powołanie się na przepisy art. 146 ust. 1 pkt 1 i 93 ust. 1 pkt 7 pzp, zastępując to wyłącznie powołaniem się na przepis art. 93 ust. 1 pkt 1 pzp, który również nie może mieć zastosowania. Według Odwołującego nie można powiedzieć, że podlega wykluczeniu z postępowania, gdyż Zamawiający uznał jego argumentację odnośnie interpretacji ust. 9.1 lit. o) SIWZ. Ponadto po uznaniu odwołania Zamawiający miał obowiązek dokonania czynności zgodnie z żądaniem tego odwołania, którym na pewno nie było wykluczenie Odwołującego z postępowania.

10 stycznia 2013 r. na posiedzeniu z udziałem stron Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie (pismo datowane na 7 stycznia 2013 r.), w której wniósł o jego oddalenie, w następujący sposób uzasadniając swoje stanowisko.

Zamawiający podał, że w trzynastu pozostałych częściach zamówienia dokonał ostatecznego wyboru wykonawców. 14. część zamówienia obejmowała *prace przy użyciu kolejki linowej* i dla tej części Zamawiający ustanowił jako warunki udziału w postępowaniu szereg dodatkowych, szczególnych wymagań, w tym przewidziany w pkt 9.1 lit. o) SIWZ obowiązek dostarczenia przez wykonawców zaświadczenia *o dopuszczeniu do użytkowania w lesie kolejki linowej wydane przez Urząd Dozoru Technicznego*. Zamawiający wyjaśnił, że nastąpiło to po zasięgnięciu informacji w Państwowej Inspekcji Pracy i miało na celu wyegzekwowanie od podmiotu zewnętrznego zapewnienia bezpiecznych i higienicznych warunków pracy, gdyż w 2012 r. przy wykonywaniu dla Zamawiającego identycznych robót jak w przedmiotowym zamówieniu (pozysk i zrywka drewna) miał miejsce śmiertelny wypadek przy pracy.

Na ogłoszenie co do części 14. Zamówienia wpłynęły 3 oferty: (1) Odwołującego, (2) Firmy Usług Leśnych „PILKAR” K..... K....., Rycerka Górna 228, (3) Usług Leśnych „ŻAR” J..... P....., Leśna 490. Badanie złożonych ofert wykazało, że żaden z oferentów nie spełnił warunku udziału w postępowaniu określonego w ust. 9.1 lit. o) SIWZ, tj. nie przedłożył zaświadczenia o dopuszczeniu do użytkowania w lesie kolejki linowej wydanego przez Urząd Dozoru Technicznego. Zamawiający podkreślił, że także Odwołujący się nie spełnił tego warunku udziału w postępowaniu, w szczególności nie przedłożył wymaganego zaświadczenia UDT. Zdaniem Zamawiającego za takie nie mogło być uznane postanowienie z 23 lipca 1996 r. czeskiego Ośrodka Doświadczalnego Maszyn Rolniczych, Przemysłu i Leśnictwa – inny niż określony w SIWZ podmiot wydający, ponadto złożony

przez Odwołującego dokument utracił ważność z dniem 31 grudnia 1999 r. Natomiast K..... K..... Firma Usług Leśnych „PILKAR”, Rycerka Górna, przedłożył jako załącznik do oferty pismo Urzędu Dozoru Technicznego Oddział w Bielsku-Białej z 30 października 2012 r., z którego wynikało, że kolejki leśne typu przewidzianego do realizacji części 14. zamówienia nie podlegają dozorowi technicznemu, tj. nie wymagają badania technicznego i decyzji zezwalające na eksploatację.

W tym stanie rzeczy Zamawiający dokonał oceny złożonych ofert przy przyjęciu, że skoro określony w ust. 9.i lit. o) SIWZ warunek nie był możliwy do spełnienia, jest on bezprzedmiotowy, zwłaszcza, że wobec jego niespełnienia przez żadnego z oferentów, żaden z nich nie byłby dyskryminowany w świetle zasad wynikających z art. 7 ust. 1 ustawy pzp, tj. zasady zapewnienia uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Na tej podstawie Zamawiający dokonał oceny ofert przy uwzględnieniu pozostałych wymagań oraz kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ i wybrał ofertę najtańszą – przedsiębiorcy K..... K..... Zamawiający podkreślił, że Odwołujący złożył ofertę najdroższą ze wszystkich 3 złożonych ofert.

Od tego rozstrzygnięcia Odwołujący złożył odwołanie z 4 grudnia 2012 r., w którym domagał się nakazania Zamawiającemu, aby:

- unieważnił czynność wyboru oferty K..... K.....,
- wybrał jako najkorzystniejszą ofertę Odwołującego udzielił mu zamówienia,
- oraz ewentualnie – powtórzył postępowanie, wyjaśnił wątpliwe kwestie, ponownie ocenił pozostałe oferty i ponownie dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej.

Zamawiający podniósł, że składając oświadczenie o uznaniu żądań tego odwołania w całości postąpił prawidłowo i zgodnie z ustawą, pomimo że nie wybrał oferty Odwołującego. Zgodnie z art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy pzp, w przypadku uwzględnienia odwołania Izba może nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego albo nakazać unieważnienie czynności zamawiającego. Zdaniem Zamawiającego przepis ten nie daje Izbie możliwości nakazania wyboru określonej oferty, w tym przypadku oferty Odwołującego, zwłaszcza, że wg kryteriów oceny ofert z SIWZ była ona trzecią z kolei (oferta najdroższa). W ocenie Zamawiającego uznanie żądania Odwołującego się co do wyboru jego oferty wykraczałoby poza ramy ustawowe. Z tego względu Zamawiający uważa, że wybrał rozwiązanie przewidziane w art. 186 ust. 2 pzp prawidłowo, a zarzuty Odwołującego o niewykonaniu warunków uznania odwołania w całości są bezzasadne. Zamawiający unieważnił bowiem własne dotychczasowe czynności wyboru oferty, powtórzył postępowanie oraz ponownie dokonał badania i oceny wszystkich ofert.

W wyniku tego powtórnego postępowania, Zamawiający ustalił, że:

- zapis ust. 9.1 lit. o) SIWZ o konieczności dostarczenia przez wykonawców w celu

potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, wydanego przez Urząd Dozoru Technicznego, zaświadczenia o dopuszczeniu do pracy w lesie kolejki linowej, jest jednoznaczny i niebudzący wątpliwości;

– żaden z oferentów nie spełnił jednego z warunków udziału w postępowaniu i do uznania jego oferty za prawidłową, gdyż żaden nie przedłożył wymaganego w ust. 9.1 lit o) SIWZ dokumentu;

– przyjęte przez Zamawiającego w postępowaniu przed odwołaniem z 4 grudnia 2012 r. rozwiązanie polegające na uznaniu wymagania z ust. 9.1 lit. o) SIWZ za bezprzedmiotowe, nie zostało zaakceptowane przez jednego z uczestników postępowania (Odwołującego);

– zapis w SIWZ jest wadliwy i niemożliwy do usunięcia na aktualnym etapie postępowania, to jest zgodnie z art. 38 ust. 4 pzp.

Na podstawie tych ustaleń Zamawiający uznał, że z jednej strony nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu bądź wykluczeniu z postępowania składającego ją wykonawcy, a z drugiej, że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą, która – w przypadku przejścia nad nią do porządku dziennego i kontynuowania postępowania aż do zawarcia umowy – mogłaby skutkować dalszymi odwołaniami, także innych – niż Odwołujący – wykonawców.

Odnosząc się do powołanego w odwołaniu wyroku Izby z 4 października 2012 r. (sygn. akt KIO 2042/12), Zamawiający podniósł, że dotyczyło ono znacząco odmiennego stanu faktycznego, a mianowicie niedokładnego, budzącego wątpliwości zapisu w SIWZ. W niniejszej sprawie postanowienie ust. 9.1 lit. o) SIWZ było jednoznaczne i wyraźne, z tym, że ustalony w nim warunek, jak się okazało – jest niewykonalny. Zdaniem Zamawiającego jest to zatem zupełnie inna sytuacja, na którą nie można rozciągnąć powołanego przez Odwołującego orzeczenia.

Z tych przyczyn Zamawiający przyjął, że spełniona jest co najmniej jedna z dwóch przesłanek mogących stanowić podstawę prawną rozstrzygnięcia o unieważnieniu całego postępowania odnośnie części 14. zamówienia, określonych w art. 93 ust. 1 pkt 1 lub pkt 7 ustawy pzp. Zamawiający uznał, że w takiej sytuacji najbardziej zasadne i pozwalające dokonać prawidłowego wyboru wykonawcy będzie powtórzenie postępowania co do tej części w całości. W ocenie Zamawiającego wziął przy tym pod uwagę stanowisko komentatorów (wydawnictwo *Prawo Zamówień Publicznych – Komentarz*, wydanie trzecie, UZP Warszawa 2007 str. 322 ust. 7 *in fine*), z którego wynika, że konieczność modyfikacji SIWZ w zakresie kryteriów oceny ofert lub warunków udziału w postępowaniu może stanowić wadę uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy i może rodzić stanowić podstawę obowiązku unieważnienia postępowania właśnie na podstawie przesłanki określonej w pkt 7 art. 93 ust. 1. pzp. Z tej przyczyny Zamawiający unieważnił dotychczasowe postępowanie od samego

początku.

28 listopada 2012 r. Zamawiający przekazał drogą elektroniczną kopię odwołania pozostałym wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu. Izba ustaliła, że do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej nie wpłynęło żadne zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających, Izba nie stwierdziła aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie którejkolwiek z przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego, Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której strony podtrzymały swoje dotychczasowe stanowiska.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 pzp odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W ocenie Izby Odwołujący legitymuje się interesem w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, w którym złożył ofertę. Odwołujący ma zatem realną szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia wobec podniesienia zarzutów skierowanych przeciwko unieważnieniu postępowania i zaniechaniu wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej, wbrew żądaniu uznanego przez Zamawiającego poprzednio wniesionego odwołania. Jednocześnie czynności i zaniechania Zamawiającego objęte zarzutami odwołania narażają Odwołującego na szkodę z powodu niezyskania odpłatnego zamówienia publicznego, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, która została również przekazana Izbie w formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez Zamawiającego, zarówno w tej sprawie, jak i

w sprawie o sygn. akt KIO 2671/12. W szczególności Izba przeprowadziła dowody z następujących dokumentów: ogłoszenia o zamówieniu, s.i.w.z., oferty Odwołującego, ofert pozostałych dwóch wykonawców oraz innych przywołanych w niniejszym uzasadnieniu pism.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu i podlegających rozpatrzeniu, Izba stwierdziła, że odwołanie zasługuje uwzględnienie, gdyż Zamawiający bezpodstawnie unieważnił postępowanie w zakresie 14. części zamówienia.

W pierwszej kolejności Izba rozważyła zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 186 ust. 2 pzp.

Izba stwierdziła, że Zamawiający bez wątpienia nie uczynił zadość art. 186 ust. 3 pzp, gdyż nie postąpił zgodnie z żadnym z żądań alternatywnie podniesionych w odwołaniu, którego zarzuty uwzględnił w całości. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie nieadekwatnie odwołuje się do art. 192 ust. 3 pkt 1 pzp. Po pierwsze – adresatem tego przepisu jest Izba, która jako organ rozstrzygający odwołania, ma tylko możliwość nakazania zamawiającemu unieważnienia, powtórzenia lub wykonania jego czynności. Jednocześnie z art. 192 ust. 6 pzp wprost wynika, że Izba nie może nakazać zawarcia umowy. Po drugie – w sytuacji uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów odwołania, bezprzedmiotowe jest powoływanie się na zakres możliwych rozstrzygnięć w wyroku Izby, która umorzyła postępowanie odwoławcze postanowieniem na podstawie art. 186 ust. 2 pzp. Skoro Zamawiający nie dopuścił do merytorycznego rozpoznania zarzutów odwołania przez Izbę, to nie może powoływać się, że uwzględnił żądania odwołania w taki sposób jakby uczyniła to Izba. W odwołaniu wniesionym 5 grudnia 2012 r. (pismem z 4 grudnia 2012 r.) Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu, po pierwsze – unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty Firmy Usług Leśnych „PILKAR” K..... K....., po drugie – *by wykonał czynność polegającą na wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty odwołującego i udzielił zamówienia odwołującemu (lub ewentualnie by zamawiający powtórzył postępowanie, wyjaśnił wszystkie wątpliwe kwestie, wykluczył wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu, odrzucił oferty podlegające odrzuceniu i ponownie ocenił pozostałe oferty oraz ponownie dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej)*. Tylko pierwsze, bezwarunkowe żądanie zostało przez Zamawiającego spełnione, gdyż 17 grudnia 2012 r. niewątpliwie został unieważniony wybór oferty złożonej Krzysztofa Koconia. Z tego względu ponawianie tego żądania w aktualnym odwołaniu jest bezprzedmiotowe. Drugie żądanie zawierało alternatywę, czyli pozostawiało Zamawiającemu wybór: albo wybierze jako najkorzystniejszą ofertę Odwołującego, albo powtórzy czynności

związane z badaniem oceny spełniania warunków udziału przez wykonawców, badaniem i oceną złożonych przez nich ofert, a w ich rezultacie dokona wyboru oferty najkorzystniejszej. Izba podziela stanowisko, że treścią ewentualnego żądania nie było powtórzenie postępowania w całości, tj. przeprowadzenie nowego postępowania, lecz powtórzenie wszystkich czynności w prowadzonym postępowaniu, które nastąpiły po otwarciu ofert. Zamawiający bezpodstawnie jednak twierdzi, że uczynił zadość temu alternatywnemu żądaniu. Zgodnie z art. 180 ust. 3 pzp odwołanie powinno wskazywać m.in. okoliczności prawne i faktyczne uzasadniające jego wniesienie, które przesądzają o tym, jakie zarzuty zostały w odwołaniu przedstawione. Z tego względu o uwzględnieniu w całości tych zarzutów można mówić dopiero wtedy, gdy wykonane przez zamawiającego czynności w prowadzonym postępowaniu są zgodne z żądaniem zawartym w odwołaniu, które jest nierozdzielnie powiązane z podniesionym zarzutem. Uwzględnione przez Zamawiającego w sprawie o sygn. akt KIO 2671/12 zarzuty odwołania odnosiły się do nieprawidłowości oceny zarówno spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia, jak i oceny spełniania wymagania przedstawienia wydanego przez Urząd Dozoru Technicznego zaświadczenia o dopuszczeniu do pracy w lesie kolejki linowej. W zakresie tego ostatniego wymagania zarzut odwołania jednoznacznie wskazywał na właściwą według Odwołującego jego interpretację, a zatem według niej zażądane zostało powtórzenie oceny jego spełniania przez wykonawców. Pomimo uznania zasadności tego zarzutu Zamawiający nie uczynił zadość związanemu z nim żądaniu. Z kolei nic nie wskazuje na to, że Zamawiający dokonał powtórzenia oceny spełniania przez wykonawców warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia, pomimo że z uzasadnienia uwzględnienia zarzutów odwołania w całości wynika uznanie merytorycznej zasadności argumentacji o niewykazaniu spełniania warunku opisanego w pkt 8.1 lit. a) s.i.w.z. Również w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający w żaden sposób nie odnosi się do tego, w jaki sposób jego czynności podjęte po umorzeniu poprzedniego postępowania odwoławcze czyniły zadość żądaniu odwołania w tym zakresie. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie porusza wyłącznie kwestię skutków dokonanej przez siebie interpretacji pkt 9.1 lit. o) s.i.w.z.

Jednakże wbrew stanowisku Odwołującego, samo naruszenie art. 186 ust. 2 pzp nie mogłoby być podstawą do uwzględnienia odwołania, w szczególności zaś do nakazania Zamawiającemu wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej. Wobec zawartych w odwołaniu sugestii jakoby Izba umarżając poprzednie postępowanie odwoławcze oceniała merytoryczną zasadność zarzutów odwołania, które je wszczęło – stanowczo należy temu zaprzeczyć. Istota instytucji umorzenia postępowania odwoławczego opisanej w art. 186 ust. 2 pzp sprowadza się do tego, że następuje zakończenie postępowania odwoławczego bez

rozpoznania przez Izbę zasadności zarzutów odwołania. Izba formalnie umarza postępowanie odwoławcze wobec złożonego przez zamawiającego oświadczenia o uwzględnieniu w całości merytorycznych zarzutów odwołania. Izba nie ma możliwości stwierdzenia, że uwzględnienie zarzutów odwołania w całości jest niezgodne z prawem, zasadami współżycia społecznego czy zmierza do obejścia prawa. Uwzględnienie w całości zarzutów przez zamawiającego wiąże Izbę, niezależnie od treści zarzutów odwołania, których zasadności przy umorzeniu postępowania Izba nie ocenia. Z kolei w razie wniesienia odwołania wobec powtórzonych przez zamawiającego czynności niezgodnie z art. 186 ust. 2 pzp, merytoryczne rozpoznanie odwołania nie może ograniczać się do stwierdzenia naruszenia tego przepisu. Uwzględnienie odwołania przez zamawiającego winno być czynnością przemyślaną i racjonalną, jednakże nie zawsze tak jest. Nie może to prowadzić do konieczności usankcjonowania żądań obejmujących czynności sprzeczne z prawem. Z tego względu zamawiający wykonując powtórzone czynności wbrew żądaniom zawartym w uwzględnionym odwołaniu, naraża się jedynie na zarzut naruszenia art. 186 ust. 2 pzp, a tym samym merytoryczne rozpoznanie odwołania wniesionego wobec powtórzonych czynności. Jeżeli okaże się, że czynności powtórzone, choć niezgodnie z żądaniem odwołania, są prawidłowe, to odwołanie zostanie oddalone jako merytorycznie niezasadne. Naruszenie w toku postępowania przez zamawiającego art. 186 ust. 2 pzp nie przesądza o uwzględnieniu odwołania, lecz o jego merytorycznym rozpoznaniu. Możliwość dokonania czynności niezgodnie z żądaniem zawartym w uwzględnionym odwołaniu wynika z faktu, że Zamawiający każdorazowo winien kierować się zasadą udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy pzp, co jednoznacznie wynika z art. 7 ust. 3 pzp.

O ile zatem Zamawiający bezskutecznie wskazywał na uczynienie zadość art. 186 ust. 2 pzp (choć nie wnosił o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 5 pzp), o tyle nie przesądza to z góry o prawidłowości podjętych przez niego czynności po umorzeniu poprzedniego postępowania odwoławczego. W ocenie Izby zamawiający ma każdorazowo prawo do samodzielnego podjęcia decyzji o powtórzeniu dokonanych przez siebie czynności, o ile uzna, że dokonane uprzednio czynności są obarczone wadą lub zachodzą inne okoliczności uzasadniające ich unieważnienie. Nie sposób również uznać, że zamawiający – dokonując powtórzenia czynności w wyniku uwzględnienia w całości zarzutów podniesionych w odwołaniu – nie ma możliwości samodzielnego podejmowania czynności, które nie były przedmiotem postępowania odwoławczego. Zamawiający powinien kierować się przepisami prawa i postanowieniami s.i.w.z. oraz działać w oparciu o prawidłowo ustalony stan faktyczny. Nadrzędną zasadą dotyczącą wszelkich czynności podejmowanych przez zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia

publicznego powinna być ich zgodność z przepisami ustawy pzp.

Zamawiający powołał się na to, że powtarzając czynności doszedł do wniosku o konieczności unieważnienia postępowania, a to wszystko na skutek oceny wymagania z pkt 9.1 lit. o) s.i.w.z. W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający stwierdza, że z jednej strony nie złożono żadnej oferty spełniającej to wymaganie, a drugiej – postępowanie z powodu tego wymagania obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą, która w razie dalszego kontynuowania postępowania mogłaby skutkować dalszymi odwołaniami. Izba zważyła, że niezależnie od chwiejności Zamawiającego co do sprecyzowania podstawy prawnej (po sprostowaniu miałyby to być zarówno pkt 1 jak i pkt 7 art. 93 ust. 1, już bez powołania się na art. 146 ust. 1 pkt 1 – ustawy pzp), błędnie upatruje on w postanowieniu pkt 9.1 lit. o) s.i.w.z. powodu uzasadniającego unieważnienie prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Z pewnością powodem unieważnienia postępowania nie może być fakt spodziewania się wnoszenia przez wykonawców kolejnych odwołań, a taka jest *de facto* konkluzja odpowiedzi na odwołanie. W ocenie Izby Zamawiający prawidłowo uznał przy pierwotnym badaniu ofert pkt 9.1 lit. o) s.i.w.z. za bezprzedmiotowy i nie brał go pod uwagę badając spełnianie przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu. W s.i.w.z. nie przypisano tego dokumentu do któregoś z warunków z art. 22 ust. 1 pkt 1-4 pzp, choć z odpowiedzi na odwołanie wynika, że Zamawiający traktuje go w kategoriach potwierdzenia spełniania wymagania dotyczącego dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym. W ocenie Izby, gdyby rzeczywiście z odpowiedniej ustawy wynikał obowiązek uzyskania dopuszczenia do użytkowania w lesie kolejki linowej, stosowne zaświadczenie wydane przez Urząd Dozoru Technicznego należałoby traktować jako potwierdzenie posiadania uprawnień do określonej czynności, a zatem kategorii warunku udziału z art. 22 ust. 1 pkt 1 pzp. Istotne jest jednak to, że wśród wykonawców nie budziła wątpliwości obiektywna niemożliwość uzyskania zaświadczenia Urzędu Dozoru Technicznego o dopuszczeniu do użytkowania w lesie kolejki linowej. Świadczy o tym zachowanie wykonawców, którzy złożyli ofertę na część 14. zamówienia – żaden z nich oczywiście zażądane dokumentu nie złożył, przy czym jeden z nich załączył za stosowne urzędowe pismo z 30 października 2012 r. Urząd Dozoru Technicznego Oddział w Bielsku Białej wyjaśnia w nim, że zgodnie z rozporządzeniem Rady Ministrów z 16 lipca 2012 r. w sprawie rodzajów urządzeń technicznych podlegających dozorowi technicznemu (Dz. U. Nr 120, poz. 1021, późn. zm.) urządzenie typu Larix Lamako, służące do przeciągania pni drzew po jego ścince, nie jest urządzeniem podlegającym dozorowi technicznemu, tzn. nie przeprowadza się dla niego badań technicznych i nie wydaje się decyzji zezwalającej na eksploatację. Z uwagi na specjalistyczny charakter zamówienia należy przyjąć, że była to okoliczność możliwa do ustalenia bez większych trudności również przez każdego potencjalnego wykonawcę. Brak

zatem podstaw do stwierdzenia, że wprowadzenie wymagania złożenia nieistniejącego w obrocie prawnym dokumentu (niemożliwego do uzyskania, jak sam to zauważył Zamawiający), spowodowało zakłócenie konkurencji przez ograniczenie kręgu wykonawców, którzy ubiegali się o udzielenie zamówienia. Zamawiający zresztą w ogóle nie podnosił takiej okoliczności, ograniczając się w odpowiedzi na odwołanie do wskazania na niemożność usunięcia po terminie składania ofert tego wadliwego postanowienia SIWZ, co jest oczywiste.

Zamawiający bezpodstawnie wskazał na art. 93 ust. 1 pkt 1 pzp jako uprawniający go do unieważnienia postępowania. Skoro wymaganie z pkt 9.1 lit. o) s.i.w.z. jest bezprzedmiotowe, gdyż obiektywnie nie może zostać spełnione przez jakiegokolwiek wykonawcę, to nie można jednocześnie twierdzić, że wszystkie oferty złożone na część 14. zamówienia podlegałyby odrzuceniu jako złożone przez wykonawców podlegających wykluczeniu. Należy zauważyć również, że art. 93 ust. 1 pkt 1 pzp może być podstawą unieważnienia jeżeli doszło już do odrzucenia wszystkich ofert, tymczasem Zamawiający w wyniku powtórzonych czynności badania i oceny ofert nie wykluczył z postępowania żadnego z wykonawców, ani żadnej oferty nie odrzucił. W zawiadomieniu o unieważnieniu z 17 grudnia 2012 r. Zamawiający jedynie wyraził jedynie pogląd, że w razie dalszego prowadzenia postępowania musiałoby dojść do odrzucenia wszystkich ofert, gdyż żaden z nich nie spełnia sprecyzowanego w s.i.w.z. wymagania.

Zamawiający bezpodstawnie powołał się również na art. 93 ust. 1 pkt 7 pzp. Z aktualnego brzmienia tego przepisu wynika, że zamawiający ma obowiązek unieważnienia postępowania, jeżeli postępowanie obciążone jest wadą, która, po pierwsze – jest niemożliwa do usunięcia, po drugie – uniemożliwia zawarcie umowy niepodlegającej unieważnieniu. Zaznaczyć przy tym należy, że w aktualnym stanie prawnym w przypadku umów w sprawie zamówień publicznych przyjęto w konstrukcję względnej nieważności umowy, której skutki, choć co do zasady sięgają od momentu jej zawarcia, mogą powstać dopiero z chwilą wydania konstytutywnego orzeczenia przez Izbę lub sąd powszechny. Sytuacje, w których umowa podlega unieważnieniu uregulowano w art. 146. W poprzednim stanie prawnym art. 146 ust. 1 pzp w pkt 5 i 6 określał przesłanki nieważności umowy o charakterze klauzul generalnych: gdy zamawiający dokonał wyboru oferty z rażącym naruszeniem ustawy albo w postępowaniu doszło do naruszenia przepisów określonych w ustawie, które miało wpływ na wynik tego postępowania. W aktualnie obowiązującym brzmieniu art. 146 ust. 1 pzp w pkt od 1 do 6 wskazano wyłącznie przyczyny sprecyzowane wąsko i konkretnie (dotyczące: bezpodstawnego zastosowania niektórych trybów, braku zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w odpowiednim publikatorze, zawarcia umowy lub umowy ramowej z naruszeniem terminów *standstill*, określone nieprawidłowości w dynamicznym systemie zakupów), którymi nawet w drodze wykładni rozszerzającej nie

sposób objąć wadliwości innych czynności lub zaniechań zamawiających. Mogłoby to prowadzić to wniosku, eż w aktualnym stanie prawnym zamawiający nie mogą unieważniać postępowania w przypadku stwierdzenia, z własnej inicjatywy, czy też na skutek wskazania przez inne podmioty, nawet bardzo poważnych uchybień, nieobjętych jednak dyspozycją żadnego z sześciu punktów art. 146 ust. 1 pzp, niezależnie od tego, czy mają one charakter nieusuwalny. W konsekwencji zamawiający musieliby dalej prowadzić wszczęte postępowania o udzielenie zamówienia, a następnie zawrzeć umowę w sprawie zamówienia publicznego, która byłaby, wobec zmiany konstrukcji nieważności, ważna i skuteczna, przynajmniej do czasu stwierdzenia jej nieważności stosownym orzeczeniem. Wniosek taki byłby o tyle uprawniony, że aktualnie obowiązujący art. 146 pzp zawiera w ust. 6 nowy przepis o charakterze klauzuli generalnej dotyczący unieważniania umowy – przewidujący jednak wyłączną kompetencję Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do wystąpienia do sądu o unieważnienie umowy w przypadku dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Poza ograniczeniem podmiotowym legitymacji czynnej do żądania unieważnienia umowy wyłącznie do Prezesa UZP, a więc z pominięciem zamawiających, zwraca uwagę szerszy przedmiotowo, w stosunku do poprzednio obowiązujących przepisów art. 146 ust. 1 pkt 5 i 6, nawet łącznie rozważanych, zakres zastosowania nowego przepisu – aktualnie wystarczającym jest by wada postępowania mogła mieć, a nie tylko miała, wpływ na jego wynik. Można by zatem wysnuć dalszy wniosek, że zamawiający zawierający umowy w sprawie zamówienia publicznego, pomimo świadomości przeprowadzenia postępowania obarczonego tego typu poważnymi wadami, skazani są na stan niepewności prawnej i oczekiwania na to, czy Prezes UZP wystąpi do sądu o stwierdzenie nieważności zawartej umowy. Stanowisko takie wydaje się trudne do zaakceptowania ze względów praktycznych, gdyż prowadzioby do generalnego przyzwolenia na zawieranie umów, które mogłyby podlegać późniejszej eliminacji z obrotu prawnego, choć stwierdzenie okoliczności skutkujących unieważnieniem tych umów było możliwe, czy nawet nastąpiło jeszcze przed ich zawarciem. Orzecznictwo i doktryna stoi na stanowisku, że zamawiający unieważniając postępowania na podstawie przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 pzp są uprawnieni do brania pod uwagę nie tylko okoliczności skutkujących unieważnieniem zawartej umowy wynikających z art. 146 ust. 1 pzp, ale mogą i powinni brać również pod uwagę okoliczności skutkujące unieważnieniem umowy mieszczące się w klauzuli generalnej art. 146 ust. 6 pzp. Przyznanie wyłącznej kompetencji Prezesowi UZP do wzruszania zawartych już umów, nie powinno ograniczać możliwości zamawiających niedopuszczenia do ich zawarcia przez unieważnienie postępowania, w razie stwierdzenia, że jest ono obarczone takimi poważnymi i nieusuwalnymi wadami, wpływającymi na ważność

umowy w sprawie zamówienia publicznego, choć wykraczającymi poza dyspozycje przepisów art. 146 ust. 1 pkt 1-6 pzp.

Jednakże w rozstrzyganej sprawie Zamawiający nie wskazał na takie naruszenie przepisu ustawy pzp, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania. Zamawiający nie wskazał niemożliwej do usunięcia wady tego postępowania, która powodowałaby zawarcie umowy podlegającej unieważnieniu. Choć przepis art. 146 ust. 6 pzp zawiera klauzulę generalną, nie oznacza to, że zakres zastosowania tego przepisu można rozciągać na wszystkie stany faktyczne obejmujące wszelkie nieprawidłowości zamawiających w toku prowadzonych postępowań o udzielenie zamówień publicznych. Zasadą jest bowiem, że wszczęte postępowanie ma doprowadzić do wyłonienia najkorzystniejszej oferty, a nie zakończyć się unieważnieniem. Nie można także zupełnie pominąć okoliczności, że w aktualnym stanie prawnym możliwości unieważnienia postępowania z powołaniem się na wpływ tych nieprawidłowości na zawartą umowę, zostały przez ustawodawcę, w świetle literalnego brzmienia przepisów art. 146 pzp, dla zamawiających znacząco ograniczone, co wskazuje na konieczność daleko idącej ostrożności przy powoływaniu się na inne, niż wskazane w art. 146 ust. 1 pzp, podstawy podlegania umowy unieważnieniu. Truizmem jest stwierdzenie, że w toku prowadzonych postępowań o udzielenie zamówień publicznych zamawiający popełniają błędy, naruszając przy tym przepisy ustawy pzp. Tym bardziej niedopuszczalna jest wykładnia rozszerzająca klauzuli generalnej przepisu art. 146 ust. 6 pzp, która pozwalałaby zamawiającym na unieważnienie postępowania z powołaniem się jakiegokolwiek wady prowadzonych przez nich postępowań. Mogłoby to wprost prowadzić do zagrożenia przestrzegania zasady prowadzenia postępowania z zachowaniem uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, szczególnie w sytuacji gdy stwierdzenie wad postępowania miało miejsce już po ujawnieniu listy wykonawców, którzy mogą uzyskać dane zamówienie. Stąd stwierdzona przez zamawiających wada postępowania musi być nie tylko niemożliwa do usunięcia, ale wskazywać na dokonanie czynności lub zaniechanie jej dokonania w tym postępowaniu z naruszeniem przepisu ustawy pzp, które miało lub mogło mieć wpływ na jego wynik. Zamawiający w rozstrzyganej sprawie, poza wskazaniem na oczywistą niemożliwość usunięcia z s.i.w.z. wadliwego postanowienia w trybie art. 38 ust. 4 pzp, upatruje takiej wady w tym, że żaden z wykonawców nie jest w stanie potwierdzić spełnić wymagania pkt 9.1 lit. o) s.i.w.z. Tymczasem w tym aspekcie przy pierwotnej ocenie ofert Zamawiający racjonalnie i prawidłowo ocenił, że ponieważ wymaganie to jest bezprzedmiotowe, nie sposób oceniać jego spełnienia przez wykonawców.

Tym samym oczywiście niezasadne jest stanowisko Odwołującego, który domaga się egzekwowania od wszystkich wykonawców spełniania pkt 8.1 lit. a) s.i.w.z. rozumianego w proponowany przez niego samego sposób, tzn. jako wyraz intencji Zamawiającego dopuszczenia do udziału w postępowaniu tylko takich wykonawców, którzy *posiadają kolejki, co do których wiarygodne instytucje państwowe przeprowadziły stosowne badania i oceniły je pozytywnie pod względem technicznym*. Wbrew pogładowi Odwołującego warunki udziału w postępowaniu nie podlegają ustaleniu na podstawie domniemanych, nawet trafnie, intencji zamawiającego, lecz wyłącznie na podstawie konkretnych postanowień s.i.w.z. opisujących sposób oceny ich spełniania. Z uwagi na charakter warunków udziału w postępowaniu, które wpływają na krąg wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, takie postanowienia s.i.w.z., w razie wątpliwości co do ich treści, należy interpretować ściśle, co do zasady literalnie. Brak tu zatem miejsca na snucie przypuszczeń i tworzenie znaczeń, które z brzmienia tych postanowień nie wynikają. Izba zważyła, że postanowienie pkt 9.1 lit. o) s.i.w.z. jest jednoznaczne i zrozumiałe, a zatem nie wymaga żadnych zabiegów interpretacyjnych. Określone w nim wymaganie zostało utożsamione z dokumentem w postaci zaświadczenia Urzędu Dozoru Technicznego o dopuszczeniu do użytkowania w lesie kolejki linowej. Sugerowana przez Odwołującego interpretacja jest zupełnie dowolna i zmierza do ustalenia takiego znaczenia, które powoduje wyeliminowanie z postępowania wszystkich innych wykonawców. Odnosząc się do sposobu spełnienia przywołanego postanowienia wybranego przez Odwołującego, nie sposób nie zauważyć, że złożony przez niego dokument utracił ważność jeszcze w XX wieku. Domaganie się na takiej podstawie dokonania pozytywnej oceny spełniania warunku udziału na dzień składania ofert przypadający ponad 12 lat później należy uznać za niezasadne.

W ocenie Izby Zamawiający unieważniając postępowanie *de facto* uchyla się w ten sposób od przeprowadzenia powtórnej oceny spełniania przez wykonawców warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia. Zamawiający uznając zarzuty poprzedniego odwołania w piśmie z 10 grudnia 2012 r., w uzasadnieniu przyznał, że z dokumentów załączonych do oferty Firmy Usług Leśnych „PILKAR” K..... K..... z Rycerki Górnej nie wynika potwierdzenie wykonania w okresie trzech ostatnich lat co najmniej trzech zamówień odpowiadających swoim rodzajem i wartością usługom stanowiącym przedmiot zamówienia. Niezależnie od trudności dokonania oceny przez pryzmat tak nieprecyzyjnych kryteriów, Zamawiający będzie musiał się z tym zmierzyć, nie zapominając przy tym o istnieniu art. 26 ust. 3 pzp. Z uwagi na ten przepis za przedwczesne i niezasadne należy uznać domaganie się przez Odwołującego wykluczenia wspomnianego wykonawcy za niespełnienie warunku udziału w postępowaniu.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła naruszenie przez Zamawiającego art. 93 ust. 1 pkt 1 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, które miało wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia. Z tego względu Izba – działając na podstawie art. 192 ust. 1, 2 i 3 pkt 1 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp w związku z § 3 pkt 1 i 2 oraz § 5 ust. 2 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), obciążając Zamawiającego tymi kosztami, na które złożył się wpis uiszczony przez Odwołującego oraz jego uzasadnione koszty, w ramach których uwzględniono wynagrodzenie pełnomocnika, na podstawie przedłożonego do akt sprawy rachunku (faktury VAT), ograniczając jego wysokości do kwoty 3600 zł, zgodnie z § 3 pkt 2 lit. b przywołanego rozporządzenia.

Przewodniczący: