

Sygn. akt: KIO 3037/13

WYROK
z dnia 21 stycznia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **17 stycznia 2014 r.** w Warszawie odwołania z dnia **31 grudnia 2013 r.** wniesionego przez wykonawcę **Zbigniewa O., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych Zbigniew O., Gockowo 9, 77-304 Rzeczenica** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Nadleśnictwo Czarne Człuchowskie, ul. Długa 2, 77-330 Czarne,**

przy udziale

wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia [1] Zbigniew C., ul. Dworcowa 12/12, 78-425 Biały Bór [pełnomocnik], [2] Marta U., ul. Wojska Polskiego 23, 63-130 Gozdnica, [3] Grzegorz U., ul. Wojska Polskiego 23, 63-130 Gozdnica zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego **Zbigniewa O., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych Zbigniew O., Gockowo 9, 77-304 Rzeczenica**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczone przez wykonawcę **Zbigniewa O., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych Zbigniew O., Gockowo 9, 77-304 Rzeczenica**, tytułem kosztów postępowania odwoławczego;
- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez odwołującego **Zbigniewa O., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych Zbigniew O., Gockowo 9, 77-304 Rzeczenica** na rzecz zamawiającego **Nadleśnictwo Czarne Człuchowskie, ul. Długa 2, 77-330 Czarne** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907, poz. 984 i poz. 1047) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Słupsku**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający **Skarb Państwa, Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe – Nadleśnictwo Czarne Człuchowskie, ul. Długa 2, 77-330 Czarne** wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Usługi leśne w roku 2014 w Nadleśnictwie Czarne Człuchowskie«.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 07.11.2013 r. pod nrem 2013/S 216-376143.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907, 984 i 1047) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

Zamawiający zawiadomił 23.12.2013 r. o:

wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia „FOREST” [1] **Zbigniew C., ul. Dworcowa 12/12, 78-425 Biały Bór [pełnomocnik]**, [2] **Marta U., ul. Wojska Polskiego 23, 63-130 Gozdnicza**, [3] **Grzegorz U., ul. Wojska Polskiego 23, 63-130 Gozdnicza**.

Wykonawca **Zbigniew O. prowadzący działalność gospodarczą pn. Zakład Usług Leśnych Zbigniew O. z siedzibą Gockowo 9, 77-304 Rzeczenica**, zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp, wniósł 31.12.2013 r. do Prezesa KIO odwołanie w części zamówienia nr 07 na:

- 1) dokonania wyboru (w zakresie Części zamówienia nr 07 – Leśnictwa Janowiec, Breńsk) oferty najkorzystniejszej z naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, co stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, przez bezpodstawne uznanie, że wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia „FOREST” spełnili warunek dotyczący *dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym*, podczas gdy wykonawcy ci nie wykazali spełnienia tego warunku i w rezultacie wyboru oferty tych wykonawców jako najkorzystniejszej;
- 2) naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp i art. 24 ust. 4 Pzp przez jego niezastosowanie, pomimo istnienia przesłanek do wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia „FOREST” i następnie uznania ich oferty za odrzuconą, bowiem wykonawcy ci nie wykazali spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący wniósł o:

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w części zamówienia nr 07 – Leśnictwa Janowiec, Breńsk;
- 2) powtórzenie czynności badania i oceny ofert w części zamówienia nr 07 – Leśnictwa Janowiec, Breńsk;
- 3) wybór oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w zakresie części zamówienia nr 07 – Leśnictwa Janowiec, Breńsk.

Argumentacja odwołującego

Przedmiot zamówienia został podzielony na 13 niezależnych zadań.

Spór w aspekcie części zamówienia nr 07. Zamawiający dokonał oceny ofert w postępowaniu dla części zamówienia od **01** do **13** na podstawie: w zależności od numeru zadania albo w oparciu o jedno kryterium, albo na podstawie dwóch kryteriów, określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia zwanej dalej specyfikacją bez bliższego określenia (Rozdział 14). **Dla zadania nr 07** zamawiający ustalił dwa kryteria oceny ofert:

- kryterium pierwsze – cena oferty – waga 95%,
- kryterium drugie – dysponowanie jako właściciel lub leasingobiorca finansowy maszyną do zrywki półpodwieszanej (skider, forwarder lub przystosowany ciągnik rolniczy wyposażony we wciągarkę linową i płytę lub łyżkę myglującą, którymi można dokonywać zrywki drewna dłużycowego metodą półpodwieszoną) – 2 szt., zestawem samozaładowczym (ciągnik + przyczepa HDS lub forwarder) – 1 szt. – waga 5%.

Zamawiający wskazał, że ocena spełnienia tego kryterium zostanie dokonana na podstawie załącznika do oferty – Wykaz niezbędnych do wykonania zamówienia narzędzi i urządzeń, jakimi dysponuje lub będzie dysponował wykonawca (wg wzoru załącznik Nr 7 do specyfikacji).

Dowód: Specyfikacja – kopia poświadczona za zgodność z oryginałem.

Odwołujący złożył ofertę na części zamówienia na 07 za **cenę 946.692,61 zł**. Ponadto odwołujący wykazał się spełnieniem dodatkowego kryterium określonego przez zamawiającego w zakresie *dysponowania potencjałem technicznym*. W zakresie tej części zamówienia wpłynęły jeszcze dwie oferty, w tym jedna złożona przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia „FOREST”, która zawierała cenę niższą niż zaoferowana przez odwołującego, tj. **890.676,47 zł**.

Jednak, pomimo że wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunku w zakresie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym, to zamawiający uznał, że spełnił on ten warunek i także przyznał temu wykonawcy dodatkową punktację, przez co łączna liczba uzyskanych przez niego punktów to 100, podczas gdy oferta odwołującego (z uwagi na wyższą cenę) uzyskała 94,38 punktu.

O wyborze najkorzystniejszej oferty przez zamawiającego w tej części zamówienia zdecydowało zatem uznanie, że wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia „FOREST” spełnili warunek dotyczący dysponowania potencjałem technicznym.

Zamawiający dokonał błędnie oceny oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia „FOREST”.

Zamawiający w **rozdziale 7 specyfikacji** określił warunki udziału w postępowaniu oraz opisał sposób dokonywania oceny spełnienia tych warunków. W **rozdz. 7 ust. 3 (na stronie 9 i 10) specyfikacji** zamawiający określił warunek dotyczący potencjału technicznego.

Zamawiający wskazał, że cyt.: „O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki, dotyczące dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym. Ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu będzie dokonana na zasadzie spełnia / nie spełnia. Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli wykonawca złoży wykaz (wg wzoru – załącznik Nr 7 do specyfikacji) narzędzi i urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy usług z zakresu gospodarki leśnej w celu wykonania zamówienia wraz z informacją o podstawie dysponowania tymi zasobami.

Zamawiający wymaga, aby wykonawca dysponował co najmniej niżej wymienionymi narzędziami i urządzeniami technicznymi, niezbędnymi przy pracach z zakresu gospodarki leśnej:

Zadania częściowe nr 1, 2, 4, 6, 7, 8, 10:

- zestaw samozaładowczy (ciągnik + przyczepa z HDS lub forwarder) – 1 szt.
- maszyny do zrywki półpodwieszanej (skider, forwarder lub przystosowany ciągnik rolniczy wyposażony we wciągarkę linową i płytę lub łyżkę myglującą, którymi **można dokonywać zrywki drewna dłużycowego metodą półpodwieszoną**) – 2 szt.
- urządzenia do przygotowania gleby, co najmniej takie jak pług leśny + pogłębiacz – 1 kpl.
- Pilarki spalinowe – 6 szt.”.

Dodatkowo w **rozdz. 3 ust. 3.7 (strona 4 i 5) specyfikacji** zamawiający obliguje wszystkich wykonawców do cyt.: „przestrzegania technologii wykonania prac zgodnej ze złożoną ofertą, instrukcjami, zasadami i normami obowiązującymi w Państwowym Gospodarstwie Leśnym Lasy Państwowe” wskazując jednocześnie na **Zarządzenie nr 19 Dyrektora Regionalnej Dyrekcji Lasów Państwowych w Szczecinku z dnia 23 kwietnia 2012 r. w sprawie zasad udostępniania drzewostanów siecią szlaków operacyjnych w nadleśnictwach nadzorowanych przez RDLP w Szczecinku.**

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia „FOREST” w załączniku nr 7 do oferty – wykaz narzędzi i urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy usług w

celu realizacji zamówienia, wskazali w poz. 1 do 3 specjalistyczny sprzęt FORWARDER i tak:

poz. 1 – Forwarder 1010D szer. 2,6 m,

poz. 2 – Forwarder 1210E szer. 2,8 m,

poz. 3 – Forwarder 1010D

– podczas gdy oferowany przez nich sprzęt nie może zostać wykorzystany do wykonania przedmiotu zamówienia, jeśli chodzi o wykonywanie zrywki drewna dłużycowego w zakresie trzebieży późnej (CP-P) metodą półpodwieszoną.

Wynika to wprost z **zarządzenia nr 19 Dyrektora RDLP w Szczecinku**.

U zamawiającego słusznie zrodziła się w tym zakresie wątpliwość i zamawiający skorzystał z art. 26 ust. 4 Pzp wzywając wykonawców do złożenia wyjaśnień.

Zamawiający pismem z 13 grudnia 2013 r. wezwał wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia „FOREST” do złożenia wyjaśnień m.in. dot. załącznika nr 7 do specyfikacji wykazu narzędzi i urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy usług w celu realizacji zamówienia. Zamawiający w wezwaniu podkreślił, że „*W wykazie został wskazany sprzęt do zrywki surowca drzewnego (pozycje 1, 2, 3). Szerokość wykazanego sprzętu uniemożliwia dokonanie zrywki surowca drzewnego w CP-P. Wyjaśnić jakim sprzętem będzie dokonywana zrywka na pozycjach CP-P*”.

W odpowiedzi na wezwanie wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia „FOREST” wyjaśnili, że „*Jeśli chodzi o sprzęt do zrywki surowca drzewnego w CP-P firma posiada taki sprzęt, nie został on jednak wpisany do załącznika*”.

W obliczu takich wyjaśnień, biorąc pod uwagę opis przedmiotu zamówienia i fakt, że zrywka surowca drzewnego obejmuje w istocie trzebież późną, uwzględniając **zarządzenie nr 19 Dyrektora RDLP w Szczecinku**, a **zwłaszcza § 6 ust. 3 i 4 zarządzenia**, jak również zważając na warunek, jaki zamawiający postawił przy dysponowaniu potencjałem technicznym, należy bez wątplenia stwierdzić, że wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia „FOREST” **nie wykazali** spełnienia warunku dotyczącego dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym, bo zgodnie z treścią § 6 ust. 3 i 4 Dyrektora RDLP **[§ 6]**:

„3. Ze względów bezpieczeństwa i higieny pracy przyjmuje się, że szerokość szlaku operacyjnego będzie większa od 1 do 1,5 m od szerokości środka technicznego stosowanego do pozyskiwania i zrywki drewna.

4 Maksymalna szerokość szlaku operacyjnego, z uwzględnieniem pkt 3 powinna wynosić w czyszczeniach późnych 3 m, w pozostałych kategoriach cięć 4 m”.

Zatem zamawiający nie słusznie – w oparciu o złożoną ofertę oraz wyjaśnienia wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia „FOREST” – ocenił ofertę i spełnienie warunku dysponowania potencjałem technicznym. W efekcie zamiast wykonawców tych wykluczyć z postępowania na podstawie **art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp**, a ich ofertę uznać jako odrzuconą zgodnie z **art. 24 ust. 4 Pzp** – zamawiający błędnie uznał, że wykonawca spełnia wszystkie warunki udziału w postępowaniu i przyznał dodatkowe 5 pkt w ramach drugiego kryterium za posiadany sprzęt. Zamawiający przez błędną analizę złożonej oferty i następnie wyjaśnień uznał, że wykonawca ten spełnił:

- 1) warunek dotyczący potencjału technicznego żądanego przez zamawiającego dla realizacji zamówienia;
- 2) dodatkowy warunek dla otrzymania punktów.

Prawidłowo natomiast zamawiający ocenił ofertę odwołującego i słusznie przyznał dodatkowe 5 punktów dotyczące spełnienia kryterium w zakresie dysponowania potencjałem technicznym.

Dowód:

- 1) zarządzenie nr 19 Dyrektora RDLP w Szczecinku z dnia 23 kwietnia 2012 w sprawie zasad udostępniania drzewostanów siecią szlaków operacyjnych w nadleśnictwach nadzorowanych przez RDLP w Szczecinku – wydruk ze strony <http://www.gazetalesna.pl/czvtaj/77/Zarz%C4%85dzenie-o-szlakach>;
- 2) załącznik nr 7 do oferty – wykaz narzędzi i urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy usług w celu realizacji zamówienia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia „FOREST” – kopia;
- 3) załącznik nr 7 do oferty – wykaz narzędzi i urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy usług w celu realizacji zamówienia złożony przez odwołującego – kopia;
- 4) wezwanie z 13.12.2013 r. kierowane do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia „FOREST” do złożenia wyjaśnień – kopia;
- 5) odpowiedź z 17.12.2013 r. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia „FOREST” – kopia,
- 6) zestawienie punktacji ofert z 23.12.2013 r. – kopia;
- 7) zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z 23.12.2013 r. – kopia;
- 8) informacja do odwołującego z 23.12.2013 r. – kopia.

Zamawiający przez błędną ocenę ofert dopuścił się rażącego naruszenia podstawowych zasad obowiązujących przy procedurze udzielania zamówień publicznych, a mianowicie: zasady równego traktowania wykonawców oraz zachowania uczciwej konkurencji.

Zamawiający powinien dokonać oceny ofert w sposób obiektywny, tak aby zapewnić wybór oferty zgodnie z zasadą równego traktowania wykonawców i z zachowaniem zasady uczciwej konkurencji. Zamawiający naruszył w sposób istotny obie te zasady. Dokonując opisu warunków, jakimi wykonawcy muszą się wykazać, przy ubieganiu się o udzielenie zamówienia, zamawiający ewidentnie wskazał jakiego sprzętu oczekuje od wykonawców dla realizacji zamówienia. Natomiast opisując przedmiot zamówienia zobowiązał wykonawców do przestrzegania poszczególnych instrukcji i zarządzeń, w tym wspomnianego zarządzenia nr 19 Dyrektora RDLP. Dwa te elementy, aby uzyskać pożądaną przez zamawiającego efekt w postaci prawidłowego realizowania zamówienia, należy ze sobą łączyć, bowiem stanowią one ze sobą spójną i nierozzerwalną całość.

U zamawiającego w toku badania i oceny ofert zrodziły się istotne wątpliwości, co do faktu dysponowania przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia „FOREST” odpowiednim potencjałem technicznym, w rezultacie czego wezwał tego wykonawcę do złożenia wyjaśnień. Skoro wykonawca w odpowiedzi wskazał, że sprzęt taki posiada, jednak nie został on wpisany do załącznika, a zamawiający dokonuje oceny spełnienia warunku właśnie w oparciu o załącznik nr 7 to niewątpliwie wykonawca ten nie spełnił warunku dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym najpóźniej w dniu składania ofert, tj. 5 grudnia 2013 r.

Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 lutego 2010 r. w sprawie o sygn. akt KIO/UZP 1757/09 „Na wykonawcy spoczywa obowiązek prawidłowego sporządzenia wykazu, jako dokumentu z którego wynikać musi jednoznacznie potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Wszelkiego rodzaju niejasności obciążają wykonawcę, który na etapie badania oferty może udzielać stosownych wyjaśnień, w trybie art 26 ust. 4 Pzp”.

Analiza tego fragmentu uzasadnienia wyroku prowadzi do wniosku, że wykonawca mimo dysponowania sprzętem specjalistycznym nie wykazał spełnienia warunku stawianego w tym aspekcie przez zamawiającego. Bezsprzecznie, na co sami wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia „FOREST” wskazują, nie wykazali żądanego sprzętu w wykazie stanowiącym załącznik nr 7 do oferty, a ocena warunku odbywała się właśnie w oparciu o ten wykaz. Należy uznać, że wykonawcy ci nie dochowali należytej staranności przy sporządzaniu oferty, przez co nie wykazali spełnienia warunków, a ich oferta nie powinna zostać uznana za najkorzystniejszą, bo zachodziły prawne przesłanki wykluczenia wykonawcy z uwagi na niespełnienie warunków udziału w postępowaniu i uznania ich oferty za odrzuconą.

„Obowiązkiem zamawiającego jest prowadzenie postępowania z należyłą starannością. W ramach należytej staranności mieści się wzywianie wykonawców do składania wyjaśnień w

przypadku zaistnienia jakichkolwiek wątpliwości nawet w kwestiach niezauważalnych przez wykonawcę. Natomiast wykonawcy wezwani do uzupełnień lub wyjaśnień są obowiązani w wyznaczonym terminie złożyć wymagane wyjaśnienia czy uzupełnić dokumenty, zgodnie z art 26 ust 3 i 4 Pzp. Takie złożenie wyjaśnień czy uzupełnienie dokumentów jest w interesie przede wszystkim samego wykonawcy. Przedmiotowe wezwanie też jest w zasadzie obowiązkiem zamawiającego, gdy spotka się z zarzutem przedstawionym przez innego wykonawcę, że konkretne sformułowania oferty są niezgodne z treścią specyfikacji lub z przepisami ustawy” (tak w wyroku KIO UZP z 10 października 2008 r. KIO/UZP 1017/08,1038/08,1039/08).

W rozpoznawanym postępowaniu zamawiający dochował należytej staranności, jeśli chodzi o wystosowanie wezwania do złożenia wyjaśnień do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia „FOREST”, co było wywołane zrodzeniem wątpliwości odnośnie zaoferowanego sprzętu. Skoro więc wykonawcy sami przyznali, że sprzętu takiego do załącznika nie wpisali – **nie budzi żadnych wątpliwości, że wykonawcy warunku dotyczącego potencjału technicznego nie spełnili.**

Uznanie przez zamawiającego, że wykonawcy spełnili warunek dotyczący dysponowania potencjałem technicznym w kontekście powyższego stanowi ewidentne naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Taki wybór najkorzystniejszej oferty, dokonany z naruszeniem przepisów nie może zostać zaaprobowany i odwołujący nosi odwołanie na takie rozstrzygnięcie.

Zamawiający prawidłowo postąpił, że wezwał wykonawców do wyjaśnień, ale w świetle zaprezentowanego stanowiska przez tych wykonawców, zamawiający błędnie ocenił ich ofertę.

Stanowisko odwołującego potwierdzone zostało w wypracowanej przez lata linii orzecznictwa. Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z 5 listopada 2009 r. (KIO/UZP 1365/09) **„Powzięcie przez zamawiającego wątpliwości co do poprawności oferowanych parametrów może być przyczyną co najwyżej wezwania wykonawcy do wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 lub art 26 ust. 4 Pzp i dopiero, gdy potwierdzą one tę niezgodność, ewentualnego odrzucenia oferty”**. Skoro zaoferowany przez wykonawcę sprzęt budził u zamawiającego wątpliwości do tego stopnia, że skorzystał on z instytucji przewidzianej w art. 26 ust. 4 Pzp to znaczy, że wątpliwości te należy traktować jako bardzo istotne. **Gdyby w oparciu o złożone wyjaśnienia, zamawiający dokonał właściwej oceny ofert to powinien wybrać jako najkorzystniejszą ofertę odwołującego. Nie ma bowiem żadnych podstaw w oparciu o złożoną ofertę do uznania, że wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia „FOREST” spełniają warunek dotyczący potencjału technicznego w postępowaniu.**

Orzeczenie Głównej Komisji Orzekającej z 23 stycznia 2012 r. (BDF1/4900/119/127/11/3920), w którym znajduje się stwierdzenie „**Zasada równego traktowania wykonawców oznacza jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania, bez stosowania przywilejów, ale także środków dyskryminujących wykonawców ze względu na ich właściwości. Jej przestrzeganie polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji, nie zaś na jednakowej ocenie wykonawców**”.

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu **31.12.2013 r.** (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom **02.01.2014 r.** (art. 185 ust. 1 in initio Pzp).

07.01.2014 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia „FOREST” [1] Zbigniew C., ul. Dworcowa 12/12, 78-425 Biały Bór [pełnomocnik], [2] Marta U., ul. Wojska Polskiego 23, 63-130 Gozdnica, [3] Grzegorz U., ul. Wojska Polskiego 23, 63-130 Gozdnica złożyli (1) Prezesowi KIO, z kopiami dla (2) zamawiającego i (3) odwołującego, pismo o zgłoszeniu przystąpienia po stronie zamawiającego do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania (art. 185 ust. 2 Pzp).

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy **14.01.2014 r.** (art. 186 ust. 1 Pzp). Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy – Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie nie jest zasadne.

W ocenie Izby zostały wypełnione łącznie przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp, to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wystąpienia możliwości poniesienia szkody przez odwołującego.

Izba postanowiła dopuścić, jako dowód, dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem.

Izba ustaliła, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu) nie jest sporny.

W ocenie składu orzekającego Izby, pierwszy zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp – przez bezpodstawne uznanie, że wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia „FOREST” spełnili warunek dotyczący *dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym*, podczas gdy wykonawcy ci nie wykazali spełnienia tego warunku i w rezultacie wyboru oferty tych wykonawców jako najkorzystniejszej – nie zasługuje na uwzględnienie.

Skład orzekający Izby stwierdza, że po uzyskaniu wyjaśnień na wezwanie z 13.12.2013 r. w trybie art. 26 ust. 4 Pzp od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia „FOREST”, zamawiający zakończył badanie ofert i dokonał oceny ofert wybierając jako najkorzystniejszą ofertę przystępującego.

Art. 26 ust. 4 Pzp brzmi „Zamawiający wzywa także, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 [Pzp]”, a art. 25 ust. 1 Pzp brzmi „W postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie: 1) warunków udziału w postępowaniu, 2) przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego – zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert”.

Zamawiający, po zapoznaniu się z treścią odwołania, 07.01.2014 r. unieważnił wybór najkorzystniejszej oferty i wezwał wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia „FOREST” do uzupełnienia oferty, zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp.

Art. 26 ust. 3 Pzp brzmi „Zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym

upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert”.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia „FOREST” w wymaganym terminie uzupełnili ofertę o żądany wykaz narzędzi i urządzeń technicznych, z czego wynikało, że wykonawcy ci dysponują wymaganymi narzędziami i urządzeniami, czyli zamawiający podstawnie stwierdził, że wykonawcy ci nie podlegają wykluczeniu.

Zamawiający również dokonał ponownej oceny ofert i przyznał zgodnie z kryteriami określonymi w specyfikacji ofercie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia „FOREST” łącznie 97,5 punktu (za samą cenę 95 punktów), a odwołującemu łącznie 94,38 punktu.

Skład orzekający Izby stwierdza, że zamawiający po wniesieniu odwołania nie może zawrzeć umowy do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, co wynika z art. 183 ust. 1 Pzp. Art. 183 ust. 1 Pzp brzmi »W przypadku wniesienia odwołania zamawiający nie może zawrzeć umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, zwanych dalej „orzeczeniem”«. Ustawa nie przewiduje innych zakazów aktywności zamawiającego po złożeniu odwołania, dlatego czynności unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty i ponownego dokonania badania i oceny ofert (w tym czynność żądania uzupełnienia oferty, zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp) mieści się w granicach możliwych do wykonania czynności, zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący stwierdził na rozprawie, cyt. „instytucje wyjaśnień i uzupełnienia dokumentów trzeba stosować z dużą dozą ostrożności, aby nie dawać wykonawcom możliwości wielokrotnego uzupełniania tych samych dokumentów, dlatego zamawiający, ponownie wzywając, zgodnie z **art. 26 ust. 3 Pzp**, przystępującego o uzupełnienie dokumentów, nadużył swojego uprawnienia, gdyż wcześniej zażądał wyjaśnień, zgodnie z **art. 26 ust. 4 Pzp**, a obie te instytucje (żądanie wyjaśnień i uzupełnień) służą temu samemu celowi, uzupełnieniu oferty o pierwotnie niedołączone dokumenty”.

Skład orzekający Izby nie może podzielić tego stanowiska odwołującego. Przepisy art. 26 ust. 3 i 4 Pzp zostały ustanowione właśnie po to, aby nieopatrzne omyłki czy przeoczenia wykonawców nie musiały powodować konieczności wykluczania wykonawców czy odrzucania ofert. Przepisy te zostały ustanowione w oddzielnych ustępach do samoistnego stosowania przez zamawiających. Dlatego zamawiający ma wprost obowiązek wyjaśnienia oferty, a jeżeli zamawiający dojdzie do wniosku, że wykonawca nie złożył wszystkich dokumentów, to zamawiający ma obowiązek zastosować art. 26 ust. 3 Pzp i wezwać do uzupełniania oferty. Tak też uczynił zamawiający w rozpoznawanym postępowaniu i w

związku z tym zdaniem składu orzekającego Izby zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp nie może być uwzględniony.

W ocenie składu orzekającego Izby, drugi zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp i art. 24 ust. 4 Pzp – przez ich niezastosowanie, pomimo istnienia przesłanek do wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia „FOREST” i następnie uznania ich oferty za odrzuconą, bowiem wykonawcy ci nie wykazali spełnienia warunków udziału w postępowaniu – nie zasługuje na uwzględnienie.

Skład orzekający Izby stwierdza, że ze względu na brak podstaw do wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia „FOREST”, o czym w uzasadnieniu rozstrzygnięcia pierwszego zarzutu, zamawiający nie mógł wykluczyć tych wykonawców na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp i także zamawiający nie mógł uznać oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia „FOREST” za odrzuconą, zgodnie z art. 24 ust. 4 Pzp. Art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp brzmi „Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy [...] nie wykazali spełnienia warunków udziału w postępowaniu”, a art. 24 ust. 4 Pzp brzmi „Ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą”.

Wobec powyższego skład orzekający Izby stwierdza, że zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp i art. 24 ust. 4 Pzp – przez ich niezastosowanie – nie zasługuje na uwzględnienie.

Skład orzekający Izby stwierdza, że przytoczone przez strony orzecznictwo nie jest zbieżne ze stanem faktycznym rozpoznawanego postępowania i dlatego nie można się na to orzecznictwo powoływać.

Zamawiający – podczas prowadzenia postępowania – nie naruszył wskazanych przez odwołującego przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

Z powyższych względów oddalono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w kwocie 3 600,00 zł zgodnie z § 3 pkt 1 i pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....