

**WYROK**  
z dnia 10 stycznia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący:                      Agnieszka Bartczak-Żuraw**

**Protokolant:                              Mateusz Michalec**

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 **Odwołującego – A..... M.....** prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą **Zakład Usług Leśnych "Bór II " A..... M.....**, Mała Wieś 31, 97-532 Żytno, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego - Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Złoty Potok, Złoty Potok, ul. Kościuszki 2, 42-253 Janów,**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Konsorcjum Leśne, Julianka 5/3, 42-250 Przyrów, w skład którego wchodzi:** P..... F..... i J..... F..... prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: P.P.U.H. „JURA-LAS” S.C. Fert P..... F..... J....., Julianka 5/3, 42-250 Przyrów (lider), A..... T..... prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: Zakład Usług Leśnych „A.T.LAS” T..... A....., Julianka 7, 42-250 Przyrów, M..... M..... prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: P.P.U.H. „MAGMOR-LAS” M..... M....., Julianka 5/2, 42-250 Przyrów, R..... G..... prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: Zakład Usług Leśnych i Zieleni Miejskiej „SEQUOIA” R..... G....., ul. Czarka 2, 42-310 Żarki, J..... P..... prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: J..... P....., Bystrzanowice-Dwór, ul. Ogrodowa 5, 42-253 Janów, Z..... L..... prowadzący działalność gospodarczą pod firmą P.U.H. „EUROLAS”, ul. Szpitalna 8, 42-300 Myszków zgłaszający swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

**orzeka:**

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Złoty Potok, Złoty Potok, ul. Kościuszki 2, 42-253 Janów unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie zadania 1, 3 i 4, unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego A..... M..... prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych "Bór II " A..... M....., Mała Wieś 31, 97-532 Żytno, ponowne badanie i ocenę ofert, w tym wezwanie Odwołującego A..... M..... prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych "Bór II " A..... M....., Mała Wieś 31, 97-532 Żytno do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia w odniesieniu do osób z uprawnieniami pilarzy w trybie art. 26 ust. 3 ustawy – Prawo zamówień publicznych,
2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego - Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Złoty Potok, Złoty Potok, ul. Kościuszki 2, 42-253 Janów, i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego – A..... M..... prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych "Bór II " A..... M....., Mała Wieś 31, 97-532 Żytno, tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od Zamawiającego - Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Złoty Potok, Złoty Potok, ul. Kościuszki 2, 42-253 Janów, na rzecz Odwołującego – A..... M..... prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych "Bór II " A..... M....., Mała Wieś 31, 97-532 Żytno, kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz 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 **Częstochowie**.

Przewodniczący: .....

## Uzasadnienie

Przedsiębiorstwo Gospodarki Leśnej Lasy Państwowe Nadleśnictwo Złoty Potok, Złoty Potok, ul. Kościuszki 2, 42-253 Janów (dalej „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759, z późn. zm.) (dalej „ustawa Pzp”) pn. "Usługi z zakresu gospodarki leśnej w roku 2013." Zamówienie zostało podzielone na pięć części (zadań). Wartość przedmiotowego zamówienia na usługi oszacowano na kwotę większą niż wyrażona w złotych równowartość kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 27 listopada 2012 r. pod numerem 2012/S 228-375660.

W dniu 27 grudnia 2012 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy – A..... M..... prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych „BÓR II” A..... M....., Mała Wieś 31, 97-532 (dalej „Odwołujący”) wobec zaniechania czynności przez Zamawiającego, do której był zobowiązany zgodnie z przepisami ustawy Pzp podczas badania i oceny ofert w prowadzonym postępowaniu, a polegających na zaniechaniu wezwania Odwołującego do uzupełnienia wykazu brakujących dwóch osób oraz wyjaśnienia złożonych wykazów z osobami w celu potwierdzenia spełnienia warunku podmiotowego w zakresie opisanym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”) i ogłoszeniu o zamówieniu w zakresie części 1,3 i 4 zamówienia. Odwołujący zarzucał naruszenie art. 7 ust. 3, art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 26 ust. 3 i 4 oraz art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

W związku z powyższym Odwołujący wnosił o:

- 1) anulowanie decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej,
- 2) anulowanie decyzji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania i wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia oferty w zakresie dysponowania wymaganymi osobami,
- 3) powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu Odwołujący podnosił, iż jego interes prawny doznał uszczerbku,

gdyż Zamawiający dokonał badania oferty z naruszeniem przepisów ustawy Pzp, co w konsekwencji uniemożliwiło wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Wskazywał, że przysługujący mu termin na wniesienie odwołania został zachowany, gdyż informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty i wykluczeniu Odwołującego z postępowania została przesłana emailem w dniu 19 grudnia 2012 r. co oznacza, że ostateczny termin na wniesienie odwołania upływał z dniem 28 grudnia 2012 r.

Odwołujący zauważał, że zgodnie z zapisami SIWZ, Wykonawca, składając ofertę w przedmiotowym postępowaniu, był zobowiązany spełnić wszystkie wymagania określone w tym dokumencie, niespełnienie któregokolwiek z wymogów musiało bezwarunkowo skutkować wykluczeniem Wykonawcy z prowadzonego postępowania stosownie do postanowień art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp po wcześniejszym wypełnieniu zobowiązań wynikających z dyspozycji art. 26 ust. 3 ustawy Pzp polegającym na wezwaniu do uzupełnienia dokumentów.

Zamawiający w SIWZ w rozdziale III dla zadania 1, 3 i 4 w zakresie dysponowania osobami wymagał;

Dla zadania nr 1 (pakiet nr 1) Leśnictwo Zielona Góra, Kręciwilk, Dębowiec

(.....)

- c) dysponuje co najmniej:
  - 1) trzema osobami z uprawnieniami pilarzy;
  - 2) jedną osobą z wykształceniem leśnym, co najmniej średnim, która będzie uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia;

Dla zadania nr 3 (pakiet nr 3): Leśnictwo Stawki, Julianka, Dziadówki, Konstantynów

(.....)

- c) dysponuje co najmniej:
  - 1) pięcioma osobami z uprawnieniami pilarzy;
  - 2) jedną osobą z wykształceniem leśnym, co najmniej średnim, która będzie uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia;

Dla zadania nr 4 (pakiet nr 4): Leśnictwo Kamienna Góra, Dąbrowa, Żrebice

(.....)

- c) dysponuje co najmniej:
  - 1) trzema osobami z uprawnieniami pilarzy;
  - 2) jedną osobą z wykształceniem leśnym, co najmniej średnim, która będzie uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia;

Ponadto w tym samym rozdziale Zamawiający zamieścił informację dla wykonawców

o treści: „UWAGA: W przypadku składania oferty na więcej niż jedno zadanie wartości dotyczące wartości usługi i dysponowania potencjałem sumują się dla odpowiednich zadań, np. w przypadku składania oferty na zadanie nr 1 i nr 2:

(...)

wykonawca dysponuje co najmniej:

- 1) sześcioma osobami z uprawnieniami pilarzy;
- 2) dwiema osobami z wykształceniem leśnym, co najmniej średnim, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia;

(...)

Odwołujący podnosił, iż przywołany zapis z SIWZ został błędnie odczytany, co skutkowało złożeniem w ofercie wykazu osób w niewłaściwej formie, z zaniżoną ilością osób. Zamawiający, oceniając złożoną ofertę, wykluczył Odwołującego z postępowania, uzasadniając swoją decyzję w następujący sposób:

„Wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4) ustawy Pzp: „Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również Wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu”. Wykonawca złożył ofertę na zadania nr 1, 3 i 4. Zgodnie z zapisami SIWZ w przypadku składania ofert na więcej niż 1 zadanie Wykonawca miał obowiązek zsumować wartości dotyczące wartości usługi i dysponowania potencjałem dla odpowiednich zadań. Wykonawca w formularzu „OFERTA” wykazał 3 osoby z wykształceniem leśnym oraz 9 osób z uprawnieniami pilarzy. Za spełniającego warunek dotyczący dysponowania odpowiednim potencjałem dla zadań 1, 3 i 4 może być uznany Wykonawca, który

- dla zad. 1 dysponuje co najmniej:
  - 1) jedną osobą z wykształceniem leśnym;
  - 2) trzema osobami z uprawnieniami pilarzy;
- dla zad. 3 dysponuje co najmniej:
  - 1) jedną osobą z wykształceniem leśnym;
  - 2) pięcioma osobami z uprawnieniami pilarzy;
- dla zad. 4 dysponuje co najmniej:
  - 1) jedną osobą z wykształceniem leśnym;
  - 2) trzema osobami z uprawnieniami pilarzy;

Łącznie Wykonawca winien dysponować 3 osobami z wykształceniem leśnym oraz 11 osobami z uprawnieniami pilarzy. W wykazie osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia (dla zadań 1, 3 i 4) Wykonawca wykazał 3 osoby z wykształceniem leśnym oraz 9 osób z uprawnieniami pilarza. Wykonawca nie wskazał, które osoby będą odpowiedzialne

za realizację danego zadania. Wykonawca nie został wezwany na podstawie art. 26. ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, tj. wykazu osób odpowiedzialnych za realizację zamówienia ani do wyjaśnienia treści złożonej oferty na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp w związku z faktem, iż Wykonawca musiałby wskazać, które osoby będą odpowiedzialne za realizację zamówienia w danym zadaniu (pakiecie). Po złożeniu ofert Wykonawca mógłby „sobie wybrać”, w którym zadaniu ma największe szanse na zdobycie największej ilości punktów i w związku z tym uzyskanie zamówienia. Wykonawca nie został wezwany do wyjaśnień dotyczących treści złożonych dokumentów oferty na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. Przywołany przepis służy jedynie wyjaśnieniu treści dokumentów i oświadczeń, a nie tworzeniu treści dokumentów. Po złożeniu ofert niedopuszczalne jest prowadzenie między Zamawiającym a Wykonawcą negocjacji dotyczącej treści złożonej oferty oraz dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Zgodnie z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp ofertę Wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą”.

Uzasadnienie zostało przytoczone w odwołaniu w całości, gdyż sposób interpretowania przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 i art. 26 ust. 4 ustawy Pzp zdaniem Odwołującego stanowi rażącą obrazę tych przepisów. Zamawiający, dokonując oceny złożonej oferty, w zaistniałej sytuacji miał obowiązek zwrócenia się o uzupełnienie wykazów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu wobec wymagań Zamawiającego w każdym przypadku, gdy stwierdzi ich brak lub stwierdzi, że są niewłaściwe. Należy przyjąć, że sytuacja ta dotyczy zarówno dokumentów i oświadczeń niezłożonych przez wykonawcę, jak i złożonych nieprawidłowo. W przypadku dokumentów złożonych nieprawidłowo wykonawca nie złożył dokumentów, jakich żądał Zamawiający. Z punktu widzenia prawidłowości postępowania dla Zamawiającego dokumenty takie nie mają znaczenia. Ponadto uzupełnianie powinno dotyczyć nie tylko dokumentów wystawianych przez odpowiednie organy (dokumenty urzędowe), ale także dokumentów sporządzanych samodzielnie przez wykonawcę - oświadczeń, wykazów, informacji (dokumenty prywatne). W tym kontekście norma wskazująca na możliwość uzupełniania dokumentów zawierających błędy zdaje się nie mieć szerszego praktycznego znaczenia. Będzie dotyczyć wyłącznie sytuacji, w których dokument obciążony jest błędem faktycznym lub formalnym. Uzupełnianie takich dokumentów będzie zawsze obowiązkowe i odbywać się musi na podstawie art. 26 ust.3 ustawy Pzp. Na taki obowiązek interpretacyjny stosowania art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wskazuje jednolite orzecznictwo czego przykładem są:

- wyrok sygn. akt. KIO 899/12 z dnia 22 maja 2012 r. w uzasadnieniu którego wskazano, że: „przesłanka wykluczenia z udziału w postępowaniu określona w art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy, aktualizuje się dopiero w sytuacji, gdy wykonawca nie złoży wymaganego dokumentu

pomimo prawidłowego wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy. Każdorazowa decyzja zamawiającego o wykluczeniu wykonawcy z udziału w postępowaniu z powodu niewykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu musi być zatem poprzedzona procedurą, o której mowa w art. 26 ust. 3 ustawy, w przypadku zaktualizowania się przesłanek opisanych w tym przepisie. Przepis art. 26 ust. 3 ustawy ma charakter obligatoryjny na co wskazuje sformułowanie „wzywa”, a nie „może wezwać” i obliguje zamawiającego do wezwania do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów w sytuacjach uregulowanych w tym przepisie”. W kolejnym wyroku sygn. akt. KIO 889/12 z dnia 15 maja 2012 r. wskazano, że: „zgodnie z ustawą - Prawo zamówień publicznych, Zamawiający, w celu ustalenia, czy wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu, uprawniony i zobowiązany jest do dokonywania czynności wyjaśniania treści oferty oraz wzywania do uzupełnienia dokumentów. Aby wykluczyć wykonawcę z postępowania lub odrzucić złożoną ofertę, Zamawiający powinien mieć całkowitą pewność, iż zaistniały przesłanki uzasadniające wykluczenie lub odrzucenie oferty”. Na zasadność obowiązkowego wezwania Wykonawcy do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków wskazuje się również wyroku sygn. akt. KIO 257/12 z dnia 15 lutego 2012 r., w którym wskazano, że brak potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie uprawnia do wykluczenia wykonawcy z postępowania bez uprzedniego przeprowadzenia procedury przewidzianej w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Na obowiązek wezwania do uzupełnienia wykazów wskazuje także wyrok sygn. akt. KIO 2314/12 z dnia 06 listopada 2012 r., w którym Izba uznała, że dopiero po wyczerpaniu dyspozycji art. 26 ust. 3 ustawy Pzp zamawiający uprawniony byłby do wykluczenia wykonawcy w sytuacji, gdy wykonawca nie uzupełni dokumentów, bądź gdy uzupełnione dokumenty nie będą potwierdzać spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Argumentacja Zamawiającego w uzasadnieniu faktycznym wykluczenia o możliwości wyboru przez Odwołującego jednej z części, na którą składał ofertę jest nieuzasadniona w obliczu obowiązku wezwania Odwołującego do uzupełnienia wykazu dysponowania osobami. Należy podkreślić, że uzupełnienie brakujących wykazów z osobami - pilarzy z uprawnieniami nie jest związane z punktacją kryteriów wyboru oferty najkorzystniejszej, a odnosi się jedynie do spełnienia warunków podmiotowych.

Zdaniem Odwołującego należy również podkreślić, że rażące naruszenie ustawy Pzp w zakresie nieznamości podstawowych zasad dotyczących uzupełniania dokumentów mogło doprowadzić do straty w budżecie Skarbu Państwa, którego reprezentantem w tym postępowaniu jest Zamawiający w wysokości ponad 400 tys. zł.

Biorąc pod uwagę przedstawioną argumentację Odwołujący wnosil o uwzględnienie

wniesionego odwołania w całości.

Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu 27 grudnia 2012 r.

Dnia 28 grudnia 2012 r. Zamawiający wezwał o wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym i przekazał kopię odwołania.

Dnia 28 grudnia 2012 r. do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosili przystąpienie wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – Konsorcjum Leśne, Julianka 5/3, 42-250 Przyrów, w skład którego wchodzi: P..... F..... i J..... F..... prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: P.P.U.H. „JURA-LAS” S.C. Fert P..... F..... J....., Julianka 5/3, 42-250 Przyrów (lider), A..... T..... prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: Zakład Usług Leśnych „A.T.LAS” T..... A....., Julianka 7, 42-250 Przyrów, M..... M..... prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: P.P.U.H. „MAGMOR-LAS” M..... M....., Julianka 5/2, 42-250 Przyrów, R..... G..... prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: Zakład Usług Leśnych i Zieleni Miejskiej „SEQUOIA” R..... G....., ul. Czarka 2, 42-310 Żarki, J..... P..... prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: J..... P....., Bystrzanowice-Dwór, ul. Ogrodowa 5, 42-253 Janów, Z..... L.....i prowadzący działalność gospodarczą pod firmą P.U.H. „EUROLAS”, ul. Szpitalna 8, 42-300 Myszków, wnosząc o jego oddalenie. Wskazując na interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego, Konsorcjum Leśne podnosiło, iż jest wykonawcą wybranym w niniejszym postępowaniu.

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie, żądając jego oddalenia ze względu na bezpodstawność i orzeczenia zwrotu kosztów zastępstwa procesowego. Zdaniem Zamawiającego zarzuty podniesione przez Odwołującego są bezpodstawne i nie odzwierciedlają stanu faktycznego.

Zgodnie z zapisami SIWZ za spełniającego warunki udziału w postępowaniu zostanie uznany Wykonawca:

Dla zadania nr 1 (pakiet nr 1) Leśnictwo Zielona Góra, Kręciwilk, Dębowiec

(...)

c) dysponuje co najmniej:

- 1) trzema osobami z uprawnieniami pilarzy;
- 2) jedną osobą z wykształceniem leśnym, co najmniej średnim, która będzie uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia;



Dla zadania nr 3 (pakiet nr 3): Leśnictwo Stawki, Julianka, Dziadówki, Konstantynów

(...)

c) dysponuje co najmniej:

- 1) pięcioma osobami z uprawnieniami pilarzy;
- 2) jedną osobą z wykształceniem leśnym, co najmniej średnim, która będzie uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia;

Dla zadania nr 4 (pakiet nr 4): Leśnictwo Kamienna Góra, Dąbrowa, Żrebice

(...)

c) dysponuje co najmniej:

- 1) trzema osobami z uprawnieniami pilarzy;
- 2) jedną osobą z wykształceniem leśnym, co najmniej średnim, która będzie uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia;

Zamawiający dodatkowo zamieścił uwagę, iż w przypadku składania oferty na więcej niż jedno zadanie wartości dotyczące dysponowania potencjałem sumują się dla odpowiednich zadań.

Odwołujący był zatem zobowiązany do dysponowania (dla zadań 1, 3 i 4):

- trzema osobami z uprawnieniami pilarzy (zad. 1) + pięcioma osobami z uprawnieniami pilarzy (zad. 3) oraz trzema osobami z uprawnieniami pilarzy (zad. 4); łącznie 11 osobami z uprawnieniami pilarzy (jest to minimalny warunek przesądający o spełnieniu warunku udziału w postępowaniu);
- jedną osobą z wykształceniem leśnym, co najmniej średnim, która będzie uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia (zad. 1) + jedną osobą z wykształceniem leśnym, co najmniej średnim, która będzie uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia (zad. 3) + jedną osobą z wykształceniem leśnym, co najmniej średnim, która będzie uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia (zad. 4) - łącznie 3 osobami z wykształceniem leśnym.

Zamawiający szczegółowo opisał, jaka jest minimalna wymagana ilość osób z uprawnieniami pilarzy dla każdego z zadań. Jak bowiem wynika z jednolitej i utrwalonej linii orzeczniczej Krajowej Izby Odwoławczej obowiązkiem Zamawiającego jest określenie w SIWZ precyzyjnych i czytelnych wymogów co do zawartości oferty. Powyższe stanowisko Izba potwierdziła w szeregu swoich orzeczeń, m.in. w:

- wyroku z dnia 30 marca 2012 r., sygn. akt: KIO 510/12: „SIWZ (wraz z wyjaśnieniami) jest dokumentem o szczególnym znaczeniu w postępowaniu o zamówienie publiczne. Z jednej strony określa wymagania, które mają spełniać wykonawcy i ich oferty, by uczynić zadość

potrzebom zamawiającego, z drugiej zaś - granice, w jakich może poruszać się zamawiający dokonując oceny złożonych ofert. Z tego względu, badając i oceniając oferty, zamawiający zobowiązany jest interpretować siwz tak, jak wskazuje na to jej brzmienie i okoliczności. Trzeba bowiem podkreślić zasadnicze reguły, którymi zobowiązany jest kierować się zamawiający dokonując oceny ofert. Przede wszystkim nie wolno mu oceniać ofert w sposób dowolny, lecz jedynie na podstawie sformułowanych w siwz zasad i wymagań, co służy realizacji wyrażonej w art. 7 ust. 1 Pzp zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji, a także związanej z nimi zasady transparentności postępowania. (...) Badanie i ocenę ofert - jak trafnie zauważono w odwołaniu - powinien zamawiający prowadzić z uwzględnieniem zasady, iż wszelkiego rodzaju niedopowiedzenia, niejasności, niedoprecyzowania, zawarte w postanowieniach siwz, należy interpretować na korzyść wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia. To zamawiającego obciąża obowiązek takiego przygotowania postępowania, aby postanowienia siwz były jednoznaczne i nie budziły wątpliwości w toku prowadzonej procedury”.

- wyroku z dnia 10 lipca 2012 r., sygn. akt: KIO 1318/12: „odnosząc się ogólnie do postawionych zarzutów w niniejszym postępowaniu, Izba zauważa, że precyzyjne określenie wymagań jest jedną z najważniejszych czynności Zamawiającego, która ma bezpośredni wpływ na wynik postępowania (jak również późniejszą realizację zamówienia) i musi być jasno określona w ogłoszeniu i SIWZ, by wykonawca nie miał problemu z jej zrozumieniem. W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego SIWZ tworzona jest po to, aby Zamawiający otrzymał w wyniku przeprowadzonego postępowania zamówienie, które odpowiadać będzie ściśle jego potrzebom. SIWZ jest jednym z podstawowych dokumentów w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i jednym z głównych dokumentów, na podstawie którego wykonawcy sporządzają ofertę. Specyfikacja stanowi instrukcję dla wykonawców w jaki sposób powinni sporządzić poprawnie ofertę, przy czym jeśli wykonawcy wykażą spełnienie wszystkich wymagań Zamawiającego zgodnie z zapisami SIWZ, Zamawiający nie może odrzucić oferty takiego wykonawcy. Wykonawca czytając SIWZ nie może się domyślać jakie wymagania powinien spełnić startując do przedmiotowego postępowania. Wymagania Zamawiającego powinny być określone w SIWZ przez w sposób jednoznaczny, nie budzący wątpliwości, gdyż sporządzona przez Zamawiającego SIWZ wiąże zarówno Zamawiającego jak i wykonawców uczestniczących w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego”.

- wyroku z dnia 15 lipca 2012 r. sygn. akt KIO 1295/12: „SIWZ jest bowiem takim dokumentem w postępowaniu, który ma decydujące znaczenie dla wykonawców, gdyż określa stawiane im wymagania, zawiera opis przedmiotu zamówienia, wyznaczając

jednocześnie zakres ich obowiązków na etapie wykonania zamówienia”.

Zdaniem Zamawiającego zauważyć należy, że Odwołujący nie miał problemu ze wskazaniem wymaganej ilości osób z wykształceniem leśnym, natomiast powołuje się na błędne odczytanie warunku dysponowania osobami z uprawnieniami pilarzy. Co więcej, w dwóch miejscach w przygotowanej ofercie wpisał, że dysponuje 9 osobami z uprawnieniami pilarzy. W tym miejscu należy także podnieść, iż Odwołujący, wskazując ilość osób, którymi dysponuje, nie jest ograniczony do wskazania tylko minimalnej ilości zakreślonej przez Zamawiającego w SIWZ, co tym bardziej wyklucza możliwość uznania zaistniałej sytuacji za błąd. Nie można również w tym przypadku mówić o omyłce i możliwości jej poprawienia zgodnie z art. 87 ust. 2 ustawy Pzp. Dokumenty złożone przez Odwołującego bezsprzecznie potwierdzają, że Odwołujący dysponuje 9 osobami. Nie ma rozbieżności między dokumentami, a strony oferty zostały samodzielnie ponumerowane przez Odwołującego.

Dowód:

- Formularz OFERTA (strony 1 i 2) - pkt 12.1)
- Wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia dla pakietów 1, 3 i 4 (strony 11 i 12).

Odnosząc się do podniesionego przez Odwołującego zarzutu naruszenia art. 26 ust 3 ustawy Pzp Zamawiający zaznaczał, iż przepis ten obliguje Zamawiającego do wezwania do uzupełnienia Wykonawcy, którego oferta nie zawiera dokumentów lub zawiera błędy w dokumentach o których mowa w art. 25 ust. 1. Odwołujący wybiórczo przytoczył wyroki KIO nakazujące Zamawiającemu wezwanie Wykonawcy do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Wszystkie przytoczone wyroki dotyczyły sytuacji, gdy Wykonawca złożył ofertę na 1 zadanie/postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego. W żadnym z wydanych przez KIO wyroków nie miała miejsca sytuacja, że Wykonawca złożył jeden wykaz osób dotyczący kilku zadań.

Przechodząc dalej należy zaznaczyć, iż przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp obliguje Zamawiającego do wezwania do uzupełnienia Wykonawcy, którego oferta nie zawiera dokumentów lub zawiera błędy w dokumentach o których mowa w art. 25 ust. 1. Patrząc przez pryzmat Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie

rodzajów dokumentów, jakich może zadać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, należy zaznaczyć, iż formularz oferty nie wchodzi w zakres tych dokumentów, a co za tym idzie Zamawiający, nie tyle co nie jest zobowiązany, ale jest pozbawiony możliwości skorzystania z dyspozycji art. 26 ust 3 ustawy Pzp w tym zakresie. Zamawiający nie mógł wezwać Odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu tj. wykazu osób odpowiedzialnych za realizację zamówienia. Dokument złożony przez Odwołującego został przez niego nazwany Wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia (załącznik nr 5) dla pakietów 1, 3 i 4. Odwołujący nie wskazał - nie oznaczył, które osoby będą odpowiedzialne za realizację danego zadania.

Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 grudnia 2011 r. (sygn. akt: 2479/11; KIO 2489/11): „oferta składana w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego posiada walor oświadczenia woli w rozumieniu przepisów prawa cywilnego, które w zestawieniu ze specyfiką prawa zamówień publicznych, jest skuteczne, jeśli oferta spełnia wymogi nakładane przez Zamawiającego, a w szczególności zaś wtedy, kiedy odpowiada treści SIWZ. Każde oświadczenie składane przez wykonawcę po terminie złożenia oferty i stojące w sprzeczności z wolą wyrażoną w jej treści stanowi zmianę wcześniej złożonego oświadczenia.

Odwołujący nie został wezwany do wyjaśnień treści złożonej oferty na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp w związku z faktem, iż musiałby wskazać, które osoby będą odpowiedzialne za realizację zamówienia w danym zadaniu (pakiecie). Po złożeniu ofert Odwołujący mógłby „sobie wybrać”, w którym zadaniu ma największe szanse na zdobycie największej ilości punktów i w związku z tym uzyskanie zamówienia.

Wykonawca nie został również wezwany do wyjaśnień dotyczących treści złożonych dokumentów na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. Przywołany przepis służy jedynie wyjaśnieniu treści dokumentów i oświadczeń, a nie tworzeniu treści dokumentów. Po złożeniu ofert niedopuszczalne jest prowadzenie między Zamawiającym a Wykonawcą negocjacji dotyczących treści złożonej oferty oraz dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

W przypadku spełnienia żądania Odwołującego do wezwania go w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia oferty w zakresie dysponowania wymaganymi osobami oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz dokonanie wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej mamy do czynienia z próbą zmiany treści oferty po terminie składania ofert i w trybie nie przewidzianym ustawą Pzp. Przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp odnosi się wprost do składanych oświadczeń oraz dokumentów, a nie okoliczności, w jakich zostały one złożone. Natomiast instytucja uzupełniania dokumentów nie może prowadzić do zmiany treści oferty, tak jak niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz dokonywanie zmian. W tym miejscu można przywołać jeszcze wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 6 listopada 2009 r. (sygn. akt: XII Ga 317/09) opartego między innymi o uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 21 października 2005 r. (sygn. akt: III CZP 74/05), który stwierdza, że określenie przez Zamawiającego norm jakie spełniać mają stosowane przez oferentów środki techniczne, a w tym przypadku podanie sumy ilości pracowników z uprawnieniami pilarzy wymaganego dla poszczególnych części zamówienia, ma za zadanie dokonanie oceny faktycznej możliwości spełnienia przez oferentów wymogów określonych w SIWZ, a tym samym umożliwienie wybrania najbardziej korzystnej z ofert. „Celem przetargu pozostaje bowiem wybór najkorzystniejszej oferty, spośród tych, które już na starcie będą spełniały podstawowe wymogi określone w SIWZ. Nie można bowiem przyjąć, iż niezgodność, czy też niespełnienie wymogów zamawiającego w tym zakresie mogłaby być usunięta czy uzupełniona w drodze wzywania (art. 26 ust. 3 ustawy Pzp) oferenta do dostarczenia nowych dokumentów. Stanowiłoby to naruszenie zasady uczciwej konkurencji poprzez dopuszczenie do dowolnej modyfikacji wybranych dokumentów.

Zgodnie z nakazem uregulowanym w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, wszyscy wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego powinni być traktowani na równych prawach przez zamawiającego w toku całego postępowania. Powyższe stanowisko Izba potwierdziła w szeregu swoich orzeczeń, m.in. np. sygn. akt: KIO 2745/10, KIO 2762/10, Wyrok KIO z dnia 7 stycznia 2011 r.: „Powyższa zasada nie tylko oznacza zakaz różnego traktowania wykonawców ze względu na miejsce zamieszkania, siedzibę wykonawcy czy formę organizacyjno-prawną, pod którą wykonawca ubiega się w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Obowiązek równego traktowania oznacza również, by wszystkie

wymagania, które zamawiający bierze pod uwagę na etapie badania oraz oceny złożonych ofert, były znane wykonawcom w chwili przygotowywania ofert, a zamawiający nie czynił żadnych odstępstw i różnic w podejściu do oceny ofert poszczególnych wykonawców. Zasada równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji stanowi bowiem fundament nie tylko krajowego, ale również europejskiego systemu zamówień publicznych. Potwierdza to art. 2 Dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi. Wskazuje on, że instytucje zamawiające zapewniają równe i niedyskryminacyjne traktowanie wykonawców oraz działają w sposób przejrzysty. Oznacza to, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone jest według jasnych i z góry sprecyzowanych reguł i istnieją środki do weryfikacji prawidłowości ich zachowania zaś zamawiający podejmuje przewidywalne decyzje na podstawie wcześniej ustalonych kryteriów, które zapewniają zachowanie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Obowiązek przestrzegania zasady równego traktowania odpowiada samej istocie dyrektyw z zakresu zamówień publicznych, co oznacza, że wykonawcy muszą być traktowani na równi tak w chwili wydawania wytycznych do przygotowania ofert, jak i wówczas, gdy oferty te są oceniane. Nie może bowiem dochodzić do sytuacji, w której zamawiający w stosunku do jednego z wykonawców stawia wybiórczo pewne wymagania a w stosunku do innych wykonawców nie podejmuje żadnych działań, nawet gdy złożone dokumenty mogą budzić wątpliwości. Tego typu działania wyczerpują znamiona naruszenia zasady równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia".

Równie chybiony jest dla rozstrzygnięcia przedmiotowego odwołania argument dotyczący narażenia Skarbu Państwa na stratę w wyniku odrzucenia oferty Odwołującego. Zgodnie bowiem z art. 7 ustawy Pzp Zamawiający przygotowuje i prowadzi postępowanie na takich zasadach i warunkach, aby zainteresowani wykonawcy mogli wziąć udział w realizacji zamówień publicznych, a zgodnie z art. 2 ust. 5) ustawy Pzp za najkorzystniejszą ofertę należy rozumieć ofertę, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego.

Mając na względzie przedstawione powyżej argumenty zdaniem Zamawiającego należy stwierdzić, że Zamawiający w przedmiotowej sprawie postąpił zgodnie z przepisami ustawy Pzp, a co za tym idzie odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

**Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska Stron i Przystępującego przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.**

Izba ustaliła, że nie zostały spełnione przesłanki odrzucenia odwołania określone w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz uiszczono od niego wpis.

W ocenie Izby Odwołujący spełnia także przesłanki wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący został wykluczony z postępowania z zadania nr 1,3 i 4, na które złożył ofertę. Kryteria oceny ofert w postępowaniu obejmowały: cenę - 90%, długość prowadzenia działalności w zakresie usług leśnych - 5%, liczba zatrudnionych pracowników z wykształceniem leśnym - 5%. Oferta Odwołującego zawierała najniższą cenę we wszystkich zadaniach (1,3,4), nie podlegała jednak ocenie z uwagi na czynność wykluczenia dokonaną przez Zamawiającego. Odwołujący wskazał, iż w zakresie zadania 1 i 4 różnica w cenie pomiędzy Odwołującym a Przystępującym - Konsorcjum Leśne jest na tyle znacząca, że zapewnia Odwołującemu uzyskanie większej punktacji niezależnie od punktacji oferty w kryteriach pozacenowych. W przypadku zadania 3, gdzie różnica cenowa jest mniejsza, nie jest wykluczone, że oferta Przystępującego - Konsorcjum Leśne pozostałaby ofertą najkorzystniejszą. Zamawiający podnosił, iż zgodnie z przeprowadzonymi przez niego symulacjami w zakresie zadania 3 Odwołujący nie uzyskałby zamówienia, nie przedstawił jednak wyników tych symulacji. Izba uznała, iż z uwagi na przyjęte kryteria oceny ofert możliwość uzyskania przez Odwołującego zamówienia w zakresie zadania 1 i 4 została potwierdzona, natomiast co do zadania 3 nie wykazano, iż uzyskanie zamówienia jest wyłączone. Ponadto zgodnie z SIWZ Zamawiający dokonywał oceny ofert z uwzględnieniem okoliczności, że została złożona na więcej niż jedną część zamówienia (zadanie), wyodrębniając warunki udziału w postępowaniu dotyczące takich wykonawców, zasadnym było zatem wniesienie odwołania dotyczącego wszystkich części (zadań), na jakie została złożona oferta.

Izba uznała, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie. Potwierdził się bowiem zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie jego zastosowania, podczas gdy stan faktyczny sprawy potwierdzał konieczność uwzględnienia procedury wezwania do uzupełnienia przewidzianej tym przepisem. W konsekwencji Zamawiający naruszył także art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, niezasadnie wykluczając Odwołującego z postępowania.

Izba nie podziela stanowiska Zamawiającego wyrażonego w uzasadnieniu wykluczenia Odwołującego oraz prezentowanego w odpowiedzi na odwołanie oraz na

rozprawie co do braku podstaw prawnych zastosowania art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w stanie faktycznym niniejszej sprawy. Zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp 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 lub 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. Powyższy przepis ustanawia obligatoryjną dla zamawiającego procedurę, na co jednoznacznie wskazuje stanowcze sformułowanie "wzywa", a brak jej zastosowania możliwy jest wyłącznie w przypadkach nim przewidzianych, tj. gdy mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp leży zatem poza sferą dyspozytywną Zamawiającego. Czynność wykluczenia z postępowania mogła nastąpić jedynie po uprzednim obligatoryjnym wezwaniu Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów, a dopiero niepotwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu po dokonanych wezwaniu przez Zamawiającego uprawnia go do wykluczenia Odwołującego z postępowania. Zamawiający nie może zatem w sposób arbitralny zaniechać tej czynności, gdy nie zachodzą, jak w niniejszym stanie faktycznym, przesłanki negatywne opisane w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Ponadto należy również jednoznacznie stwierdzić, wbrew stanowisku prezentowanemu przez Zamawiającego i Przystępującego - Konsorcjum Leśne, że przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp dotyczy nie tylko sytuacji nieprzedłożenia żadnego dokumentu czy złożenia dokumentów zawierających wady formalne, ale każdej sytuacji niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu (por. wyrok z dnia 29 listopada 2010 r. sygn. akt KIO 2505/10). Tym samym ustalenie przez Zamawiającego, że przedłożone oświadczenia i dokumenty nie potwierdzają spełnienia warunku udziału w postępowaniu, obligują go do wezwania do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, niezależnie od przyczyny złożenia przez wykonawcę oświadczeń/dokumentów, które nie potwierdzają w należyty sposób spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Dla zastosowania tego przepisu nie mają też znaczenia przypisywane wykonawcy intencje stojące za takim wadliwym złożeniem oferty. Tym samym, Zamawiający, stwierdzając w toku badania oferty Odwołującego, iż w wykazie osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia,



składanym na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącym dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, ujął zbyt małą liczbę osób z uprawnieniami pilarzy w stosunku do wynikającej z wymagań zawartych w SIWZ (9, a nie 11 jak to wynikało z zakresu wymagań dotyczących potencjału kadrowego w zadaniach 1,3 i 4, na które Odwołujący złożył ofertę), winien był wdrożyć procedurę wezwania do uzupełnienia ww. wykazu, wskazując na niedostateczną dla potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu liczbę osób z uprawnieniami pilarzy.

Izba podkreśla, że nie zasługuje na uwzględnienie argumentacja Zamawiającego odnosząca się do powodów braku przedmiotowego wezwania. Zamawiający odwołuje się w niej do wadliwego, jego zdaniem, sposobu sporządzenia przez Odwołującego wykazu osób, w którym potencjał kadrowy niezbędny dla wykonania zamówienia w zakresie zadań 1, 3 i 4 ujęty został łącznie, bez przyporządkowania osób do poszczególnych zadań. Zamawiający argumentował, że Odwołujący "musiałby wskazać, które osoby będą odpowiedzialne za realizację zamówienia w danym zadaniu (pakiecie). Po złożeniu ofert Wykonawca mógłby „sobie wybrać”, w którym zadaniu ma największe szanse na zdobycie największej ilości punktów i w związku z tym uzyskanie zamówienia". Z przyczyn wskazanych już powyżej stanowisko to nie zasługuje na uwzględnienie. Dodatkowo, prezentowane jako argumentacja przeciwko zastosowaniu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wydaje się nie tylko nieprzekonywające, ale i niezrozumiałe. Na skutek wezwania Odwołujący, aby wykazać spełnienie warunków udziału w postępowaniu, musiałby bowiem wskazać dwie dodatkowe osoby z uprawnieniami pilarzy będącymi w jego dyspozycji nie później niż na dzień upływu terminu składania ofert. W razie dokonania uzupełnienia bez znaczenia zatem pozostaje okoliczność, do jakich części zamówienia należy przyporządkować poszczególne osoby, gdyż wymagania co do zakresu uprawnień pilarzy były tożsame w każdym zadaniu. Co więcej sam Zamawiający jednoznacznie wskazał wykonawcom na konieczność zsumowania wykazywanego potencjału kadrowego w przypadku składania ofert na więcej niż jedną część zamówienia:

„UWAGA: W przypadku składania oferty na więcej niż jedno zadanie wartości dotyczące wartości usługi i dysponowania potencjałem sumują się dla odpowiednich zadań, np. w przypadku składania oferty na zadanie nr 1 i nr 2:

(...)

wykonawca dysponuje co najmniej:

- 1) sześcioma osobami z uprawnieniami pilarzy;
- 2) dwiema osobami z wykształceniem leśnym, co najmniej średnim, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia".

Tym samym wykazanie w wyniku wezwania do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy

Pzp 11 osób z uprawnieniami pilarzy pozwalałoby na uznanie, iż Odwołujący w prawidłowy i wystarczający sposób wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu odnośnie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia posiadających uprawnienia pilarzy w zakresie zadania 1, 3 i 4, na które złożył ofertę. Zdaniem Izby okoliczność, że sporządzony przez niego wykaz dotyczył wszystkich zadań łącznie, bez przyporządkowania osób do poszczególnych pakietów, pozostaje zatem bez istotnego znaczenia dla możliwości oceny przez Zamawiającego spełnienia warunku udziału w postępowaniu w odniesieniu do zadania 1,3 i 4. Zamawiający nie może natomiast zakładać, iż takie uzupełnienie nie nastąpi. Ponadto Izba zauważa, wbrew stanowisku Zamawiającego i Przystępującego – Konsorcjum Leśne, że sporządzony przez Zamawiającego wzór wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia stanowiący załącznik nr 5 do SIWZ nie zawierał adnotacji co do konieczności sporządzenia oddzielnego wykazu dla każdego z zadań. Wręcz przeciwnie, sposób jego sformułowania wskazywał na dopuszczalność złożenia jednego wykazu osób dla wszystkich zadań ujmującego łącznie cały potencjał kadrowy. Świadczy o tym postępowanie się przez Zamawiającego określeniami "dla zadania/zadań nr .... (pakiet/y nr ...)", jak również zawarta w jego końcowej części uwaga, iż w przypadku składania oferty na więcej niż jedno zadanie należy pamiętać o zsumowaniu ilości osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia. Gdyby zatem bezwzględnie wymagał oddzielnych wykazów dla każdego zadania, powyższa uwaga byłaby nie tylko zbędna, ale i nieadekwatna. Zamawiający nie zawarł także we wzorcowym wykazie żadnej rubryki wskazującej na konieczność podania, którą część zamówienia (zadanie) będą realizowały poszczególne osoby. Takiej informacji nie sposób wywieść z jakiegokolwiek postanowienia SIWZ, w szczególności z rozdziału IV Badanie i ocena ofert pkt II Opis sposobu przygotowania ofert ppkt 2: „Do oferty należy dołączyć właściwie wypełnione załączniki nr 2a-2e, 3, 4, 5, 6 i 8 do SIWZ (w zależności od zadania)”. W ocenie Izby z postanowienia tego nie wynika, iż załączniki mają dotyczyć każdego zadania oddzielnie, lecz że składając je, należy uwzględnić wymogi dotyczące poszczególnych zadań. Podnoszona przez Zamawiającego okoliczność, że pozostali dwaj wykonawcy, którzy złożyli oferty na więcej niż jedną część zamówienia, sporządzili odrębne wykazy dla każdej części zamówienia nie oznacza, że taki obowiązek wynikał jednoznacznie z treści SIWZ. Skoro zatem Zamawiający zaniechał sporządzenia SIWZ w sposób, który w sposób jednoznaczny i precyzyjny nakazywałby sporządzenie odrębnych wykazów dla każdego zadania, zgodnie z utrwalonym orzecznictwem, skutki takiego zaniechania obciążają Zamawiającego, a nie wykonawców, zwłaszcza gdy oparli się na wzorcowych dokumentach przygotowanych przez Zamawiającego. Sporządzając dokumenty zgodnie ze wzorami zawartymi w SIWZ, wykonawcy nie są zobligowani do prowadzenia rozważań, czy sposób w jaki ujęte zostały w nich informacje niezbędne dla oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu, nie utrudni Zamawiającemu ustalenia, czy warunek został

spełniony. Ponadto, jeżeli wykaz osób, zdaniem Zamawiającego, został sporządzony błędnie, niezgodnie z wymaganiami SIWZ, tym bardziej znajduje zastosowanie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Zaniechanie wykonania obligatoryjnej czynności wezwania jedynie w oparciu o zakładaną możliwość "manipulacji" Odwołującego czy wyboru bardziej korzystnej części zamówienia nie znajduje uzasadnienia prawnego. Możliwość ta stanowi zresztą jedynie hipotezę Zamawiającego, która w ogóle nie zaktualizuje się w przypadku uzupełnienia brakujących osób. Ponadto powyższa potencjalna możliwość stanowi konsekwencję nieprecyzyjnego sporządzenia przez Zamawiającego wzoru wykazu osób, zaś przypisywanie Odwołującemu określonych intencji przy sporządzaniu wykazu jest nie tylko zbyt daleko idące, ale pozbawione skutków prawnych. Jeżeli Zamawiający uznawał, iż wykaz osób nie został sporządzony w prawidłowy, zgodny z SIWZ sposób, to okoliczność ta także stanowi podstawę dla żądania uzupełnienia wadliwego oświadczenia/dokumentu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Dywagacje o ewentualnych skutkach zastosowania tego przepisu w zakresie przyporządkowywania osób do bardziej korzystnych zadań po otwarciu ofert pozostają irrelevantne dla istnienia ustawowego obowiązku Zamawiającego. Jeżeli złożony wykaz nie potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu i/lub jest wadliwy, Zamawiającego obciąża obowiązek wezwania do uzupełnienia w świetle art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, a wykonawca ma prawo takiego uzupełnienia dokonać.

Izba nie podziela także argumentacji dotyczącej niedopuszczalności wezwania do wyjaśnień dotyczących treści złożonych dokumentów (wykazu) na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, gdyż: "Przywołany przepis służy jedynie wyjaśnieniu treści dokumentów i oświadczeń, a nie tworzeniu treści dokumentów". Przepis ten, podobnie jak art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, również ma charakter obligatoryjny, stąd w razie niejasności w oświadczeniach/dokumentach składanych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu Zamawiający ma obowiązek wezwania do wyjaśnień, zanim dokona wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu. Izba nie podziela stanowiska o możliwości tworzenia dokumentów w wyniku wezwania. Wezwanie dotyczyłoby przecież wyłącznie informacji, które w dokumentach dołączonych do złożonej oferty były zawarte, lecz w sposób, który, zdaniem Zamawiającego, nie umożliwił prawidłowej oceny oferty (spełnienia warunków udziału w postępowaniu). Jak było to wskazane powyżej, Zamawiający przede wszystkim winien jednak wezwać do uzupełnienia wykazu osób w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wskazując ewentualnie również na konieczność zachowania oczekiwanej przez siebie formy. Wówczas zapewne konieczność wezwania do wyjaśnień w ogóle by nie zaszła.

W odpowiedzi na odwołanie i podczas rozprawy Zamawiający wywodził dodatkowo, iż wezwanie Odwołującego do uzupełnienia oferty w zakresie dysponowania wymaganymi osobami w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp stanowiłoby próbę zmiany treści oferty po terminie

składania ofert. Zamawiający powoływał się tu na konieczność złożenia oświadczenia o liczbie osób z uprawnieniami pilarzy, którymi dysponuje na potrzeby realizacji przedmiotowego zamówienia w formularzu oferty pkt 12 ppkt 1. Odwołujący także w formularzu ofertowym wskazał na dysponowanie 9 osobami z uprawnieniami pilarzy. Izba zauważa, iż Zamawiający niezasadnie utożsamia oświadczenie zawarte w ofercie dotyczące potencjału kadrowego, którym wykonawca dysponuje, a dotyczące osób z uprawnieniami pilarzy, z treścią oferty, która co do zasady nie podlega zmianie po upływie terminu składania ofert (z zastrzeżeniem art. 87 ust. 1a i 2 ustawy Pzp). Oświadczenie to dotyczy bowiem wyłącznie spełnienia warunku udziału w postępowaniu i samo zamieszczenie go przez Zamawiającego w formularzu ofertowym nie zmienia jego charakteru, czyniąc merytorycznym składnikiem oferty. Art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, w tym zakaz negocjacji dotyczących treści złożonej oferty ani zmian w jej treści za dopuszczalnymi wyjątkami, nie znajduje w tym przypadku zastosowania. Oświadczenia/dokumenty składane na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu podlegają wyjaśnieniu w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, który powyższych zastrzeżeń nie zawiera. Tym samym zastosowanie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp nie wyklucza zastosowania art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Należy więc podkreślić, iż zamieszczenie oświadczeń dotyczących dysponowania potencjałem kadrowym w formularzu oferty nie wyłączyło art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, co więcej wyłączenie takie byłoby prawnie nieskuteczne. Zamawiający jest zatem nadal zobligowany do jego zastosowania, gdyż Odwołujący nie potwierdził spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Należy zauważyć, na co zwracał także uwagę Odwołujący, że liczba osób z uprawnieniami pilarzy nie była kryterium oceny ofert, a jedynie stanowiła warunek udziału w postępowaniu. Oświadczenie Odwołującego zawarte w ofercie jest więc jedynie odzwierciedleniem informacji wynikających z wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia. Zamawiający wskazywał, że wykaz łącznie odnosił się także do osób z wykształceniem leśnym, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia, które również nie zostały przyporządkowane do poszczególnych zadań, a liczba ta podlega ocenie przez Zamawiającego jako kryterium oceny ofert. Izba zauważa, iż wykaz osób, które będą brały udział w realizacji zamówienia składany był na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie potencjału kadrowego. Odwołujący wskazał 3 osoby z wymaganym wykształceniem leśnym, zaś Zamawiający uznał warunek udziału w postępowaniu w tym zakresie za potwierdzony. Wykluczenie Odwołującego z postępowania nastąpiło z uwagi na niewykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowania wymaganą liczbą osób z uprawnieniami pilarzy. Należy nadmienić, iż warunek udziału w postępowaniu oraz kryterium oceny oferty są odrębnymi kategoriami pojęciowymi, a Zamawiający winien tak przygotować SIWZ, by przyjęte kryterium oceny oferty („ilość zatrudnionych pracowników z wykształceniem leśnym”) była dla niego

jednoznacznie weryfikowalna.

Biorąc po uwagę powyższe, Zamawiający jest zobowiązany do wezwania Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia potwierdzającego dysponowanie wymaganą SIWZ liczbą 11 osób posiadających uprawnienia pilarzy. Zamawiający może zobligować Odwołującego do przedstawienia ww wykazu z uwzględnieniem poszczególnych zadań.

Stwierdzając naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp oraz art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp, uznać należy, że Zamawiający naruszył także art. 7 ust. 3 i art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

W świetle powyższego na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 i 5 ust. 2 pkt 1 i ust. 4 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), uwzględniając koszty Odwołującego poniesione z tytułu wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3600 zł na podstawie faktury przedłożonej do akt sprawy.

**Przewodniczący:** .....