

Sygn. akt: KIO/UZP 60/09

WYROK
z dnia 28 stycznia 2009r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Jankowska

**Członkowie: Marek Koleśnikow
Sylwester Kuchnio**

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na ~~posiedzeniu~~ rozprawie* w dniu ~~w dniach~~ 27.01.2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Wojciecha Gawła** prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą **WGB Firma Usługowo-Handlowa Wojciech Gaweł, 34-350 Węgierska Górka, ul. Obrońców Węgierskiej Górki 20A** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Państwowe Gospodarstwo Leśne – Lasy Państwowe – Nadleśnictwo Węgierska Górka, 34-350 Węgierska Górka, ul. Zielona 62** protestu ~~protestów*~~ z dnia 22.12.2008 r.

przy udziale wykonawcy zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego/odwołującego.

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienie wykluczenia Wojciecha Gawła - WGB Firma Usługowo-Handlowa Wojciech Gaweł, 34-350 Węgierska Górka, ul. Obrońców Węgierskiej Górki 20A z postępowania o udzielenie zamówienia i dokonanie ponownej oceny ofert

2. kosztami postępowania obciąża **Państwowe Gospodarstwo Leśne – Lasy Państwowe – Nadleśnictwo Węgierska Górka, 34-350 Węgierska Górka, ul. Zielona 62**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 574 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Wojciecha Gawła – WGB Firma Usługowo-Handlowa Wojciech Gaweł, 34-350 Węgierska Górka, ul. Obrońców Węgierskiej Górki 20A,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 4 574 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Państwowe Gospodarstwo Leśne – Lasy Państwowe – Nadleśnictwo Węgierska Górka, 34-350 Węgierska Górka, ul. Zielona 62** na rzecz **Wojciecha Gawła – WGB Firma Usługowo-Handlowa Wojciech Gaweł, 34-350 Węgierska Górka, ul. Obrońców Węgierskiej Górki 20A** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu udziału w postępowaniu odwoławczym,
- 3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 10 426 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Wojciecha Gawła – WGB Firma Usługowo-Handlowa Wojciech Gaweł, 34-350 Węgierska Górka, ul. Obrońców Węgierskiej Górki 20A.**

Uzasadnienie

Zamawiający –Państwowe Gospodarstwo Leśne – Lasy Państwowe – Nadleśnictwo Węgierska Górka, ul. Zielona 62, 34-350 Węgierska Górka – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem są prace z zakresu zagospodarowania, hodowli, ochrony lasu, pozyskania i zrywki na 2009 rok.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 roku Nr 223, poz. 1655 oraz z 2008 roku Nr 171 poz. 1058), zwanej dalej „ustawą – Pzp”.

Ogłoszenie o wszczęciu postępowania opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2008/S 208-276439.

Pismem z dnia 22 grudnia 2008 roku złożonym do Zamawiającego w dniu 22 grudnia 2008 roku Pan Wojciech Gaweł, prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „WGB” Firma Usługowo – Handlowa Wojciech Gaweł, ul. Obrońców Węgierskiej Górki 20A, 34-350 Węgierska Górka, zwany dalej „Odwołującym” złożył protest do na czynność Zamawiającego, polegającą na wykluczeniu go z postępowania w zakresie części nr 3 przedmiotu zamówienia, tj. leśnictwa Boracza, o której powziął wiadomość w dniu 16 grudnia 2008 roku.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

a) naruszenie art. 24 ust. 1 pkt. 10 oraz ust. 3 i 4 w związku z art. 22 ust. 1 pkt 1 i 2 oraz art. 36 ust. 1 pkt 5 ustawy - Pzp poprzez nie uznanie złożonych stosownie do zapisów określonych w SIWZ dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu,

b) naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy - Pzp w zw. z art. 6 kc, polegające na niewykazaniu przesłanek uzasadniających wykluczenie protestującego z postępowania oraz

c) naruszenie art. 92 ustawy – Pzp poprzez niezawiadomienie protestującego o wyborze najkorzystniejszej oferty w zakresie części nr 3 oraz niezawiadomienie protestującego o wyborze jego oferty jako najkorzystniejszej w zakresie części nr 15,
a także:

d) naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy – Pzp przez przeprowadzenie postępowania w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję oraz równe traktowanie wykonawców,

e) naruszenie art. 22 ust. 1 ustawy - Pzp przez redakcję warunków udziału w postępowaniu w sposób sprzeczny z art. 22 ust. 1 ustawy,

f) naruszenie art. 22 ust. 2 ustawy – Pzp przez określenie warunków udziału w postępowaniu w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję.

Odwołujący wniósł o:

1. Unieważnienie czynności polegającej na wykluczeniu Odwołującego z postępowania przetargowego w zakresie części 3 Zamówienia,

2. Powtórzenie czynności badania i oceny ofert w zakresie części 3 Zamówienia,

3. Dokonanie ponownego wyboru wykonawcy stosownie do kryteriów określonych w SIWZ z uwzględnieniem oferty Odwołującego w zakresie części 3 Zamówienia,

lub ewentualnie o:

4. unieważnienie postępowania w trybie art. 93 ust. 1 pkt. 7 w wyniku rozpatrzenia przez zamawiającego, czy brak jednoznacznych i szczegółowych zapisów w SIWZ stosownie do art. 36 ust. 1 pkt. 5 ustawy – Pzp nie stanowi wady uniemożliwiającej zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W uzasadnieniu protestu Odwołujący podniósł, iż w dniu 16 grudnia 2008 r. został poinformowany, iż został wykluczony z postępowania przetargowego na usługi z zakresu gospodarki leśnej w Nadleśnictwie Węgierska Górka w 2009 r. w części 3 z powodu nie spełnienia warunków udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, w zw. z art. 22 ust. 1, pkt 1 i 2.

W ocenie Odwołującego pismo z dnia 16 grudnia 2008 r. informujące o wykluczeniu wykonawcy z postępowania przetargowego nie spełnia przesłanek art. 24 ust. 3 i 4 ustawy - Pzp. Przepis art. 24 ust. 3 ustawy – Pzp nakazuje zawiadomić wykonawców o ich wykluczeniu z postępowania i określa, że zawiadomienie to ma obowiązkowo zawierać uzasadnienie faktyczne i prawne. W piśmie przywołana jest podstawa prawna, brak jest uzasadnienia faktycznego oraz informacji o odrzuceniu oferty wykonawcy wykluczonego. W piśmie wymieniono co prawda dokumenty określone w punkcie 9 ppkt 1,2 i 4 SIWZ, jednak zamawiający nie wskazał, jakie zastrzeżenia posiada w odniesieniu do tych dokumentów, których dokumentów ewentualnie brakuje, bądź które są niekompletne.

Zdaniem Odwołującego ciężar dowodu istnienia przesłanek wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy – Pzp spoczywa na Zamawiającym, stosownie do art. 6 Kodeksu cywilnego.

Odwołujący podniósł, iż w treści SIWZ w punkcie 8 (str. 3) Zamawiający opisał warunki udziału w postępowaniu oraz sposób dokonywania oceny spełnienia tych warunków.

W podpunkcie 1 Zamawiający określił, że w zakresie zadań 1 -13 osoby, które będą wykonywać zadanie z zakresu pozyskiwania drewna muszą posiadać uprawnienia pilarza. Zarówno w punkcie 8 jak i w punkcie 9 (str. 5 SIWZ), który to punkt opisuje dokumenty konieczne do przedłożenia w celu potwierdzenia spełnienia warunków wymienionych w punkcie 8, zamawiający nie określił minimalnej, wymaganej liczby pracowników posiadających uprawnienia pilarza. Mając na uwadze charakter zamówienia obejmującego wykonanie usługi sukcesywnie, na podstawie odrębnych zleceń (§ 3 punkt 3 wzoru umowy) w okresie pełnego roku kalendarzowego w treści SIWZ ani w umowie nie określono harmonogramu rzeczowo-finansowego poszczególnych zleceń. Tak więc na etapie składania ofert brak jest informacji o okresach i odpowiednich do tego wymaganiach minimalnych ilości pracowników posiadających uprawnienia pilarza, nie można więc wykluczyć, że mogą zaistnieć sytuacje, gdy tę samą pilarkę spalinową może obsługiwać kilku pracowników posiadających oczywiście wymagane uprawnienia do jej obsługi: Nie można również wykluczyć sytuacji, że jeden pracownik może w określonym czasie (nie jednocześnie) obsługiwać kilka pilarek. Potwierdza to wynikający z SIWZ fakt, pomimo iż zamawiający określił dla poszczególnych części zamówienia minimalne wymagane ilości sprzętu (punkt 8 ppkt.3 str. 3 i 4 SIWZ) to nie zaznaczył i nie oznacza to, że powinien każdej jednostce sprzętu przypisać przynajmniej 1 pracownik~ posiadającego odpowiednie uprawnienia. Pracownicy wykonujący tego typu usługi zatrudnieni w firmie "WGB" Firma Usługowo-Handlowa Wojciech Gaweł posiadają uprawnienia i przeszkolenia do pracy na różnych jednostkach sprzętowych, a wykorzystują to w zależności od potrzeby sytuacji. W treści punktu 9 ust. 4 (str. 6 SIWZ) oraz odpowiednio w załączniku nr 7 Zamawiający nie określił minimalnej ilości pracowników posiadających uprawnienia pilarza. W związku z powyższym załącznik nr 7 jest złożony stosownie do treści SIWZ, a uznanie, że wykonawca nie spełnia warunków zamówienia w tym zakresie jest bezpodstawne i nie zasadne.

Ponadto Odwołujący wskazał, iż w treści SIWZ w punkcie 8 ppkt 2 (str. 3) Zamawiający określił, iż o zamówienie mogą się ubiegać wykonawcy, którzy posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie, tj. w okresie 3 ostatnich lat wykonali co najmniej 3 zamówienia o "podobnym charakterze" w sposób należyty. Zamawiający nie zdefiniował pojęcia: "o podobnym charakterze". A pojęcie to jest odmienne od np. pojęć: tożsame, takie same, podobne lub zbliżone. Zamawiający nie określił również minimalnej wartości indywidualnej bądź łącznej wymaganych podobnych zadań. Co prawda w załączniku nr 5 (pkt 9 ppkt 2 SIWZ str. 5) żądał wykazu wykonanych usług z podaniem m.in. ich wartości, ale w załączniku tym brak było dookreślenia "o podobnym charakterze" oraz nie wskazano wartości minimalnej dla wymienionych usług jakie będzie brał pod uwagę Zamawiający w kwalifikacji wykonawcy. W związku z powyższym załącznik nr 5 jest złożony stosownie do treści SIWZ. Na tej podstawie nieprawym i nieuzasadnionym jest twierdzenie

Zamawiającego, że Wykonawca nie spełnia w tym zakresie wymogów SIWZ. Zarówno w dokumentacji przetargowej, jak i w piśmie z dnia 16 grudnia 2008 r. Zamawiający nie wskazał, jaka wartość przedstawionych w załączniku nr 5 zadań "kwalifikuje" wykonawcę do udziału w postępowaniu.

W ocenie Odwołującego powyższe okoliczności stanowią podstawę do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy - Pzp w związku z art. 146 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Następnie Odwołujący wskazał, iż w punkcie 8 ppkt 3 (str. 3 SIWZ) Zamawiający określił, iż o zamówienie mogą się ubiegać wykonawcy, którzy „posiadają” niezbędny potencjał techniczny i osobowy do wykonania zamówienia, tj. minimum posiadają następującą ilość narzędzi i urządzeń. Zdaniem Odwołującego zapis ten jest sprzeczny z obowiązującą treścią art. 22 ust. 1 pkt. 2 ustawy, w którym ustawodawca uprawnił do ubiegania się o udzielenie zamówienia wykonawców, którzy posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz „dysponują” potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia lub przedstawią pisemne zobowiązanie innych podmiotów do udostępnienia potencjału technicznego i osób zdolnych do wykonania zamówienia. Zapis ten nie został oprotestowany po opublikowaniu SIWZ, gdyż Odwołujący uznał, że nie zwalnia to Zamawiającego ze znajomości prawa, w myśl znanej od czasów prawa rzymskiego zasady: "ignorantia iuris nocet". Zgodnie z przepisem art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy – Pzp nie można wymagać, aby wykonawca posiadał potencjał techniczny. W związku z tym, że art. 336 K.c. precyzyjnie definiuje w przedmiotowym zakresie wyraz posiadanie, Zamawiający nie może posługiwać się innymi definicjami. W ocenie Odwołującego postawienie warunku odbiegającego od unormowanego ustawowo w art. 22 ust. 1 pkt 1.4 ustawy - Pzp jest sprzeczne z przepisami ustawy i postępowanie obciążone takim błędem winno podlegać unieważnieniu.

Z uwagi na fakt, iż Zamawiający nie doprecyzował, jakie warunki muszą spełniać wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego, nie mógł wykluczyć Odwołującego z postępowania wobec nie spełniania przez niego tychże warunków. Zdaniem Odwołującego wykluczenie go na podstawie nie opisanych szczegółowo i jednoznacznie w SIWZ warunków udziału stanowi pogwałcenie fundamentalnej zasady równości w zamówieniach publicznych.

Odwołujący podkreślił, iż zaskakującym w jego ocenie jest wykluczenie go z postępowania przetargowego. Z uzasadnienia pisma z dnia 16 grudnia 2008 r. wynika, iż wykluczenie to miało miejsce jedynie w zakresie części 3, przy jednoczesnym wyborze jego oferty za najkorzystniejszą w zakresie części nr 15. Odwołujący wskazał, iż w zakresie obu czynności przedłożył jako załączniki do oferty identyczne w treści wymagane w SIWZ

dokumenty oraz wykazy zrealizowanych dotychczas zamówień, osób, za pomocą których będzie wykonywać zamówienie.

Odwołujący zarzucił czynnościom Zamawiającego także naruszenie art. 92 ustawy – Pzp poprzez niezawiadomienie go o wyborze najkorzystniejszej oferty w zakresie części nr 3 oraz niezawiadomienie go o wyborze jego oferty jako najkorzystniejszej w zakresie części nr 15. Odwołujący wskazuje, iż decyzja o wykluczeniu wykonawcy bądź odrzuceniu oferty może być podjęta w każdym czasie, jako rezultat zakończenia oceny poszczególnych ofert, czym innym zaś jest uzewnętrznienie tej decyzji poprzez zawiadomienie o tym fakcie wykonawców. Ustawa – Prawo zamówień publicznych wiąże fakt zawiadomienia z początkiem liczenia terminów na złożenie środków odwoławczych. Zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 24 ust. 3 ustawy – Pzp, poprzez zawiadomienie o wykluczeniu wykonawcy, mając na względzie wymóg "równoczesności" w nich opisany, zasadnym jest domniemanie, że Zamawiający w tej dacie winien podjąć decyzję o ewentualnym wykluczeniu (odrzuceniu) pozostałych ofert i o wyborze najkorzystniejszej oferty. Tylko poprzez jednoczesne zawiadomienie o wykluczeniu, odrzuceniu i wyborze najkorzystniejszej oferty Zamawiający jest w stanie wypełnić ustawowy obowiązek jednoczesnego rozpatrzenia protestów określony w art. 183 ust. 1 ustawy – Pzp.

Odwołujący podkreślił, że Zamawiający nie ma swobody w dokonywaniu czynności wyboru, odrzucenia i wykluczenia wykonawców w zależności od sposobu i ekonomiki prowadzonego postępowania. Przepis art. 92 ustawy – Pzp obliguje Zamawiającego do jednoczesnego powiadamiania wykonawców po wyborze oferty o wyborze najkorzystniejszej oferty, wykonawcach, których oferty zostały odrzucone i wykonawcach, którzy zostali wykluczeni z postępowania o udzielenie zamówienia -jeżeli postępowanie prowadzone jest m.in. w trybie przetargu nieograniczonego. Brak zawiadomienia wykonawcy wykluczonego z postępowania o wyborze najkorzystniejszej oferty, należy zatem traktować jako naruszenie art. 92 ustawy – Pzp. Wykonawca, który został wykluczony z postępowania powinien być traktowany przez Zamawiającego jako uczestnik postępowania do czasu skutecznego rozstrzygnięcia ewentualnego protestu dotyczącego jego wykluczenia.

Odwołujący zarzucił czynnościom Zamawiającego naruszenie art. 92 ustawy – Pzp także poprzez nie zawiadomienie go o wyborze jego oferty jako najkorzystniejszej w zakresie części 15.

Odwołujący, uzasadniając wskazane zarzuty, powołał się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, zespołów arbitrów, sądów powszechnych, a także na opinie doktryny.

Pismem z dnia 29 grudnia 2008 roku Zamawiający rozstrzygnął protest Odwołującego w ten sposób, że protest uwzględnił w zakresie zarzutów obejmujących naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy – Pzp w zw. z art. 6 K.c., polegające na nie

wykazaniu przesłanek uzasadniających wykluczenie Odwołującego z postępowania oraz naruszenie art. 92 ustawy – Pzp poprzez nie zawiadomienie Odwołującego o wyborze najkorzystniejszej oferty w zakresie części nr 3 oraz nie zawiadomienie Odwołującego o wyborze jego oferty jako najkorzystniejszej w zakresie części nr 15.

Zamawiający oddalił zaś protest w zakresie:

- naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 10 oraz ust. 3 i 4 w związku z art. 22 ust. 1 i 2 oraz art. 36 ust. 1 pkt. 5 ustawy – Pzp (tj. nie uznania złożonych stosownie do zapisów określonych w SIWZ dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu) albowiem wszystkie złożone przez niego dokumenty także po wezwaniu o uzupełnienie zostały przez Zamawiającego przyjęte, uznane i ocenione

- naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy – Pzp przez przeprowadzenie postępowania w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję oraz równe traktowanie wykonawców albowiem zamawiający ustalił jednakowe warunki dla wszystkich oferentów. Ponadto w zakresie potwierdzenia przez wykonawcę posiadanej wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania potencjałem technicznym i personalnym ustalił warunki w pełni zgodne z paragrafem I ust. 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane

- naruszenia art. 22 ust. 1 ustawy – Pzp przez redakcję warunków udziału w postępowaniu w sposób sprzeczny z art. 22 ust. 1 ustawy oraz naruszenie art. 22 ust. 2 ustawy przez określenie warunków udziału w postępowaniu w sposób, który utrudnia uczciwa konkurencję, ponieważ zarzuty uczestnika dotyczą treści SIWZ. Zgodnie zaś z art. 180 ust. 3 protest w tym zakresie mógł być wniesiony w terminie do 14 dni od dnia publikacji ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (tj. do dnia 10.11.2008r.). Ponieważ wymienione zarzuty zostały zgłoszone po tym terminie (tj. 23.12.2008r.) Zamawiający nie wziął ich pod uwagę.

Jednocześnie zamawiający postanowił powtórzyć następujące oprotestowane czynności: -Badanie ofert -Ocena ofert -Wybór wykonawcy.

Pismo zawierające rozstrzygnięcie protestu Odwołujący otrzymał w dniu 6 stycznia 2009 roku.

W dniu 14 stycznia 2009 roku Odwołujący wniósł do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych odwołanie od rozstrzygnięcia protestu.

W odwołaniu Odwołujący podniósł, iż w piśmie z dnia 29.12.2008 r Zamawiający poinformował, że uwzględnił protest, ale dotyczy to tylko żądania 2, które stanowi bezpośrednią konsekwencję uwzględnienia żądania 1 Odwołującego. Zamawiający nie unieważnił decyzji o wykluczeniu (żądanie 1) i nie poinformował, czy powtórzenia badania, oceny i wyboru wykonawcy dokona z udziałem oferty odwołującego (żądanie 3).

Zamawiający ponadto nie zwrócił uwagi, że protest nie dotyczył "czynności badania i oceny ofert" lecz wykonawca złożył protest wobec czynności zamawiającego polegającej na wykluczeniu z postępowania przetargowego.

Ponadto Odwołujący podtrzymał zarzuty i argumenty wskazane w proteście i wniósł o:

- 1) Unieważnienie czynności polegającej na wykluczeniu z postępowania przetargowego firmy: "WGB" Firma Usługowo-Handlowa Wojciech Gaweł w zakresie części 3 Zamówienia,
- 2) Powtórzenie czynności badania i oceny ofert w zakresie części 3 Zamówienia,
- 3) Dokonania ponownego wyboru wykonawcy stosownie do kryteriów określonych w SIWZ z uwzględnieniem oferty "WGB" Firma Usługowo-Handlowa Wojciech Gaweł w zakresie części 3 Zamówienia,

ewentualnie o:

- 4) Unieważnienie postępowania w trybie art. 93 ust. 1 pkt. 7 w wyniku rozpatrzenia przez zamawiającego, czy brak jednoznacznych i szczegółowych zapisów w SIWZ stosownie do art. 36 ust. 1 pkt. 5 ustawy Pzp nie stanowi wady uniemożliwiającej zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W piśmie z dnia 15 stycznia 2009 roku Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Zdaniem Zamawiającego, odwołanie jest nieuzasadnione zarówno z przyczyn formalnych jak i merytorycznych.

Zdaniem Zamawiającego, jest rzeczą oczywistą, że wykluczenie oferenta z postępowania następuje po zbadaniu jego oferty. Skoro zatem Zamawiający uwzględniając protest, postanowił powtórzyć m. in. badanie złożonych ofert, to oznaczało to także ponowne zbadanie, czy Odwołujący się spełnia wszystkie warunki udziału w postępowaniu, a zatem oznaczało unieważnienie oprotestowanego wykluczenia.

Stanowisko Zamawiającego potwierdzają także w całej rozciągłości zapisy ustawy Prawo zamówień publicznych. I tak w art. 92 ustawy – Pzp określono, że Zamawiający zawiadamia o wyborze najkorzystniejszej oferty, informując m. in. o wykonawcach, którzy zostali wykluczeni z postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego wraz z uzasadnieniem faktycznym i prawnym, co następuje niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty, a więc już po badaniu i ocenie ofert. Wcześniejszego etapu wykluczenia z postępowania oraz wykluczenia w innych trybach niż przetarg nieograniczony, dotyczy art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp, który w takich przypadkach nakazuje Zamawiającemu odrzucić ofertę.

Nadto Zamawiający podniósł, iż w przedmiotowej sprawie oferta Odwołującego się nie została odrzucona, a zatem brała udział w powtórzonych przez Zamawiającego etapach postępowania, tj. w ponownym badaniu ofert.

Uwzględniając protest i decydując o powtórzeniu m. in. badania ofert, które w postępowaniu w trybie przetargu nieograniczonego obejmuje również badanie przesłanek wykluczenia wykonawcy z dalszego postępowania, Zamawiający uwzględnił jedno z alternatywnych żądań zawartych w proteście -w całości.

W ocenie Zamawiającego nie ma zatem racji Odwołujący, twierdząc, że Zamawiający w rozstrzygnięciu protestu z dnia 29 grudnia 2008r., nie rozstrzygnął wszystkich jego żądań, w tym nie uwzględnił jego żądania unieważnienia czynności obejmującej wykluczenie z dalszego postępowania. Tym samym Zamawiający nie dopuścił się obrazy art. 183 ust. 4 i ust. 5 pkt 2 Pzp, który to zarzut stanowi wskazaną na wstępie podstawę odwołania. Ponadto Zamawiający podtrzymał stanowisko wyrażone w rozstrzygnięciu protestu.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest wykonanie usług z zakresu gospodarki leśnej w Nadleśnictwie Węgierska Górka, podzielonych na 15 części. Zamawiający dopuścił możliwość składania przez wykonawców po jednej ofercie na każdą część zamówienia.

Zgodnie z pkt. 8 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zatytułowanym „Opis warunków udziału w postępowaniu oraz sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków”, o zamówienie dla części nr 3 – leśnictwa Boracza, mogli ubiegać się wykonawcy, którzy:

- 1) posiadają uprawnienia do wykonywania czynności związanych z przedmiotem zamówienia, tj. na części zadania 1 – 13 osoby, które będą wykonywać zadanie z zakresu pozyskania drewna, muszą posiadać uprawnienia pilarza;
- 2) posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie do wykonywania zamówienia, tj. w okresie ostatnich 3 lat wykonali co najmniej 3 zamówienia o podobnym charakterze w sposób należyty;
- 3) posiadają niezbędny potencjał techniczny i osobowy do wykonania zamówienia, tj. minimum posiadają niezbędny potencjał techniczny i osobowy do wykonania zamówienia, tj. minimum posiadają następującą ilość narzędzi i urządzeń własnych lub cudzych:
 - 15 sztuk pilarek spalinowych
 - 4 sztuki ciągników przystosowanych do zrywki
 - 10 sztuk koni zrywkowych.

Stosownie do pkt. 9 specyfikacji wykonawcy, w celu potwierdzenia spełnienia warunków wymienionych w pkt. 8, obowiązani byli złożyć:

- 1) dokumenty stwierdzające, że osoby, które będą wykonywać zamówienie, posiadają wymagane uprawnienia, tj. uprawnienia pilarza
 - 2) wykaz wykonanych w okresie ostatnich 3 lat usług z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców oraz dokumenty potwierdzające, że usługi te zostały wykonane należycie (np. referencje, protokoły odbioru)
 - 3) wykaz niezbędnych do wykonania zamówienia narzędzi i urządzeń, jakie posiada wykonawca
 - 4) wykaz osób i podmiotów, które będą wykonywać zamówienie wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji oraz zakresu wykonywanych przez nich czynności
- a także dokumenty potwierdzające brak podstaw do wykluczenia wykonawcy stosownie do art. 24 ust. 1 ustawy – Pzp.

Odwołujący do złożonej przez siebie oferty załączył wykaz osób i podmiotów, które będą wykonywać zamówienia lub będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, z którego wynika, oraz zaświadczenia o posiadaniu uprawnień pilarza. Z dokumentów tych wynika, że uprawnienia pilarza posiadają dwie osoby.

Odwołujący przedstawił również wykaz zamówień zrealizowanych w ciągu 3 lat odpowiadających swoim rodzajem i wartością dostawom lub usługom stanowiącym przedmiot zamówienia, wykaz niezbędnych do wykonania zamówienia narzędzi i urządzeń oraz inne dokumenty wymagane przez Zamawiającego.

Zamawiający wykluczył Odwołującego się z postępowania w zakresie części 3. W uzasadnieniu wskazał, iż wykluczenie spowodowane jest nie spełnieniem warunków udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy – Pzp w związku z art. 22 ust. 1 pkt 1 i 2, a w szczególności:

- dokumenty stwierdzające, że osoby, które będą wykonywać zamówienia posiadają wymagane uprawnienia, tj. uprawnienia pilarza
- wykaz wykonywanych w okresie ostatnich 3 lat usług z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców oraz dokumenty potwierdzające, że usługi te zostały wykonane należycie (np. referencje, protokoły odbioru)
- wykaz osób i podmiotów, które będą wykonywać zamówienie wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji oraz zakresu wykonywanych przez nich czynności.

Z oświadczeń Zamawiającego złożonych na rozprawie w dniu 27 stycznia 2009 roku wynika, iż w jego ocenie wykonawca realizujący zamówienie winien dysponować co najmniej 30 pracownikami posiadającymi uprawnienia pilarza.

Na czynność Zamawiającego Odwołujący wniósł protest do Zamawiającego, a następnie – odwołanie od rozstrzygnięcia protestu do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania: specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a także biorąc pod uwagę wyjaśnienia i stanowiska stron złożone podczas rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Odwołanie jest zasadne.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że Odwołujący posiada interes prawny w złożeniu środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy – Pzp. Czynność Zamawiającego polegająca na wykluczeniu Odwołującego z postępowania skutkuje bowiem uznanie oferty Odwołującego za odrzuconą, stosownie do przepisu art. 24 ust. 4 ustawy – Pzp.

Istotnym dla niniejszej sprawy jest fakt, że Zamawiający, opisując warunki udziału w postępowaniu oraz sposób dokonywania oceny spełnienia tych warunków, nie sprecyzował minimalnej wymagań zarówno co do ilości pracowników posiadających uprawnienia pilarza, jak również co do ilości i wartości zrealizowanych przez wykonawców zamówień „o podobnym charakterze”.

Zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 5 ustawy – Pzp, specyfikacja istotnych warunków zamówienia powinna zawierać opis warunków udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków.

Specyfikacja istotnych warunków zamówienia powinna zatem zawierać opis warunków, jakie stawia zamawiający w granicach art. 22 ust. 1 ustawy – Pzp w celu zapewnienia, że wybrany wykonawca będzie zdolny do wykonania zamówienia - będzie posiadał uprawnienia do wykonywania czynności objętych przedmiotem zamówienia (jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień), odpowiednie doświadczenie i wiedzę, potencjał techniczny, ekonomiczny i finansowy, a także będzie dysponował osobami zdolnymi do wykonania zamówienia oraz że nie zachodzą w stosunku do niego okoliczności skutkujące wykluczeniem z postępowania (art. 24). W specyfikacji zamawiający powinien sprecyzować warunki zamówienia na tyle dokładnie, żeby wykonawca przed przystąpieniem do sporządzania oferty mógł zweryfikować, czy spełnia warunki. Ustawa w zakresie merytorycznego kształtowania warunków pozostawia zamawiającemu pewną swobodę, jednak wyraźnym ograniczeniem tej swobody jest nakaz przestrzegania zasady uczciwej

konkurencji, a w związku z tym obowiązek takiego kształtowania warunków, aby zagwarantować dostęp do zamówienia podmiotom zdolnym do jego wykonania.

Zamawiający obowiązany jest też do podania sposobu, w jaki będzie oceniał spełnianie postawionych przez siebie warunków. Ocena spełniania warunków powinna być dokonana na podstawie złożonych przez wykonawcę oświadczeń lub dokumentów. Zamawiający w specyfikacji powinien dokładnie określić, jakie oświadczenia lub dokumenty powinien złożyć wykonawca oraz w jakiej formie powinien je przedstawić. W tym zakresie zamawiający związany jest przepisami art. 25 i 26 ustawy - Pzp, może więc żądać jedynie dokumentów i oświadczeń niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, skorelowanych z postawionymi warunkami.

Określenie warunków udziału w postępowaniu jest jedną z najważniejszych czynności zamawiającego, która ma bezpośredni wpływ na wynik postępowania i musi być precyzyjnie określona już w ogłoszeniu i nie podlega modyfikacji w toku postępowania.

W niniejszym przypadku Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia określił warunki udziału w postaci m. in. wymogu posiadania uprawnień pilarza przez osoby, które będą wykonywać zadanie z zakresu pozyskania drewna, wykonania w sposób należyty co najmniej 3 zamówień o podobnym charakterze oraz posiadania odpowiedniego potencjału technicznego, tj. 15 sztuk pilarek spalinowych, 4 sztuk ciągników przystosowanych do zrywki, 10 sztuk koni zrywkowych. Ocena, czy dany wykonawca spełnia powyższe warunki, następować miała na podstawie złożonych wykazów.

Analiza treści dokumentów złożonych w toku postępowania przez Odwołującego się pozwala na wniosek, iż spełnił on warunki opisane przez Zamawiającego.

W ocenie Izby stanowisko Zamawiającego polegające na uznaniu, iż Odwołujący się nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, należy uznać za nieuprawnione. Zamawiający nie określił bowiem w specyfikacji minimalnej wymaganej ilości pilarzy, nie sprecyzował również, co rozumie pod pojęciem „zamówienia podobne”. W ocenie Izby brak sprecyzowania warunków nie może oznaczać uznaniowego sposobu oceny jego spełniania. Faktycznych powodów wykluczenia Odwołującego się z postępowania nie ma również w piśmie z dnia 16 grudnia 2008 roku. Uzasadnienie wykluczenia Odwołującego się zawarte w rzeczonym piśmie ogranicza się jedynie do stwierdzenia, jakich warunków nie spełnił Odwołujący się w ocenie Zamawiającego. Brak jest podstaw do stwierdzenia, czym kierował się Zamawiający dokonując oceny spełniania warunków. W ocenie Izby, treść pisma nie wyczerpuje obowiązku wskazania podstawy faktycznej wykluczenia Odwołującego się, który ma prawo do rzetelnej informacji, w jakim zakresie przedłożone przez niego dokumenty i/lub oświadczenia nie zostały uznane przez Zamawiającego za odpowiadające wymaganiom

SIWZ. Informacja powyższa ma istotne znaczenie w kontekście korzystania ze środków ochrony prawnej.

O tym, że zdaniem Zamawiającego, zatrudnianie co najmniej 30 pilarzy stanowi o spełnieniu warunku uczestnictwa w postępowaniu, Odwołujący się powziął wiadomość dopiero podczas rozprawy przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Izba uznała, że Odwołujący nie może ponosić negatywnych konsekwencji braku skonkretyzowania warunku udziału w postępowaniu przez Zamawiającego, a także subiektywnej oceny jego spełniania.

W świetle powyższego, Izba nie stwierdziła okoliczności, które stanowiłyby podstawę do wykluczenia Odwołującego się z postępowania. Zamawiający nie wykazał, że Odwołujący się nie spełnia warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt. 8 SIWZ.

Nadto Izba stwierdziła, iż subiektywna ocena spełnienia warunków udziału w postępowaniu, bez wskazania sposobu dokonywania takiej oceny, stoi w sprzeczności z zasadą równego traktowania wykonawców oraz zachowania uczciwej konkurencji.

Zarzut dotyczący wykluczenia Odwołującego z postępowania z powodu niespełnienia warunku udziału w postępowaniu, tj. naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 10 oraz ust. 3 i 4, art. 22 ust. 1 pkt 1 i 2 oraz art. 7 ust. 1 ustawy – Pzp należało tym samym uznać za uzasadniony.

Izba uznała za uzasadniony zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 92 ust. 1 pkt 1 ustawy – Pzp poprzez nie zawiadomienie Odwołującego się o wyborze najkorzystniejszej oferty w zakresie części 3. W myśl art. 92 ust. 1 ustawy – Pzp Zamawiający obowiązany jest zawiadomić wykonawców, którzy złożyli oferty o wyborze najkorzystniejszej oferty, podając nazwę (firmę), siedzibę i adres wykonawcy, którego ofertę wybrano oraz uzasadnienie jej wyboru. Analiza przepisu pozwala na wniosek, iż chodzi tu o wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty, czyli również tych, których wykluczono z postępowania oraz tych, których oferty zostały odrzucone. Zaniechanie zawiadomienia Odwołującego się o wyborze najkorzystniejszej oferty należy uznać za naruszenie przepisu art. 92 ust. 1 pkt 1 ustawy – Pzp.

Izba nie uznała natomiast za zasadny zarzut naruszenia art. 92 ustawy – Pzp poprzez nie zawiadomienie Odwołującego się o wyborze jego oferty jako najkorzystniejszej w zakresie części 15. Odwołujący się złożył bowiem odwołanie od rozstrzygnięcia protestu złożonego przez niego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Usługi z zakresu gospodarki leśnej w Nadleśnictwie Węgierska Górka w 2009 roku” – dla części 3 – leśnictwa Boracza. Żądania Odwołującego się zawarte w odwołaniu również odnoszą się wyłącznie do części 3 zamówienia. Nawet jeśli Zamawiający zaniechał zawiadomienia Odwołującego się o wyborze oferty najkorzystniejszej w zakresie części 15, nie miało to wpływu na postępowanie z zakresu części 3 zamówienia.

Konkludując, Izba stwierdza, iż w niniejszej sprawie naruszenie przepisów ustawy – Pzp, miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Wykluczenie Odwołującego się uniemożliwiło bowiem merytoryczną ocenę jego oferty, która z uwagi na przyjęte kryterium oceny ofert (cena – 100%) mogłaby być uznana za ofertę najkorzystniejszą. Tym samym spełniona została przesłanka art. 191 ust. 1a ustawy – Pzp, co uzasadnia uwzględnienie odwołania.

Biorąc pod uwagę powyższe należało orzec jak w sentencji wyroku.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania odwoławczego, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy – Prawo zamówień publicznych w zw. z § 4 ust. 1 pkt 1 i ust. 4 pkt 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 oraz Dz. U. z 2008 roku Nr 182, poz. 1122).

Izba nie orzekła o kosztach wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego się, pomimo zgłoszenia takiego wniosku, albowiem pełnomocnik Odwołującego się nie przedłożył do akt sprawy rachunku będącego podstawą określenia wysokości wynagrodzenia, co wynika z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b wskazanego wyżej Rozporządzenia z dnia 9 lipca 2007 roku.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) na niniejszy wyrok/~~postanowienie~~* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Bielsku-Białej**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*