

WYROK

z dnia 11 lutego 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Anna Chudzik

Protokolant: Przemysław Łaciński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 lutego 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu **28 stycznia 2011 r.** przez **KRAMEKO Sp. z o.o., 30-023 Kraków, ul. Mazowiecka 108**, w postępowaniu prowadzonym przez **Regionalną Dyрекcję Lasów Państwowych we Wrocławiu, 50-357 Wrocław, Grunwaldzka 90**,

przy udziale **Biura Urzędowania Lasu i Geodezji Leśnej, 05-090 Raszyn, Sękocin Stary, ul. Leśniaków 21**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie;**
- 2. Kosztami postępowania obciąża KRAMEKO Sp. z o.o., 30-023 Kraków, ul. Mazowiecka 108 i nakazuje:**
 - 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez KRAMEKO Sp. z o.o., 30-023 Kraków, ul. Mazowiecka 108 tytułem wpisu od odwołania,**

- 2) dokonać wpłaty przez **KRAMEKO Sp. z o.o., 30-023 Kraków, ul. Mazowiecka 108** na rzecz **Regionalnej Dyrekcji Lasów Państwowych we Wrocławiu, 50-357 Wrocław, Grunwaldzka 90** kwoty **3 600 zł** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **we Wrocławiu.**

Skład orzekający Izby:

.....

UZASADNIENIE

Zamawiający – Regionalna Dyrekcja Lasów Państwowych we Wrocławiu – prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na *Wykonanie opracowań pn. Projekty planów urządzenia lasu dla nadleśnictw: Miękinia i Oleśnica Śląska wraz z prognozami oddziaływania na środowisko oraz operatu siedliskowego dla Nadleśnictwa Ruszów.*

W dniu 28 stycznia 2011 r. wykonawca KRAMEKO Sp. z o. o., wniósł odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zarzucając Zamawiającemu naruszenie: art. 7 i art. 25 ust. 1 ustawy Pzp (w związku z § 1 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane) oraz art. 22, art. 43 i art. 91 ust. 3 ustawy Pzp.

W zakresie zarzutów dotyczących opisu warunku udziału w przedmiotowym postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, Odwołujący wskazał, że zgodnie z postanowieniami SIWZ o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy w ciągu ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonali należycie co najmniej dwa plany urządzenia lasu dla nadleśnictwa, które zostały zatwierdzone przez ministra właściwego ds. środowiska. Ponadto Odwołujący wskazał, że określając wzór formularza nr 2 *Wykaz wykonanych usług*, Zamawiający zobowiązał wykonawców do wpisania tylko tych planów urządzenia lasu dla nadleśnictw, które zostały zatwierdzone przez ministra właściwego ds. środowiska.

Odwołujący, kwestionując zasadność ograniczenia możliwości wykazania wykonanych usług do planów urządzenia lasów po pierwsze dla nadleśnictw, po drugie – do planów zatwierdzonych przez Ministra Środowiska, stwierdził, że tak sformułowany warunek udziału w postępowaniu narusza przepisy ustawy Pzp, w tym zasadę równości oraz uczciwej konkurencji, prowadząc do wyeliminowania możliwości ubiegania się o przedmiotowe zamówienie wszystkich działających na rynku podmiotów prywatnych, w tym również Odwołującego.

Odwołujący podniósł, że brak jest jakichkolwiek przesłanek do wprowadzenia przywołanych wyżej ograniczeń. Powołując się na art. 19 ustawy o lasach wskazał, że plany urządzenia lasu wykonuje się dla lasów stanowiących własność Skarbu Państwa, również tych pozostających poza zarządem Państwowego Gospodarstwa Leśnego Lasy Państwowe.

Opracowania wykonane dla podmiotów innych niż nadleśnictwa w żaden sposób nie odbiegają od opracowań wykonanych dla nadleśnictw. Są sporządzane na podstawie i zgodnie z tożsamymi przepisami powszechnie obowiązującymi, w tym również z przepisami wykonawczymi regulującymi szczegółowy zakres sporządzania przedmiotowej dokumentacji (Rozporządzenie Ministra Środowiska z dnia 20 grudnia 2005 r. w sprawie szczegółowych warunków i trybu sporządzania planu urządzenia lasu, uproszczonego planu urządzenia lasu oraz inwentaryzacji stanu lasu, Dz. U. Nr 256, poz. 2151 z późn. zm.). Ponadto tego rodzaju opracowania są wykonywane zgodnie z przepisami branżowymi, określonymi metodykami opracowanymi i obowiązującymi w PGL LP i – jak każdy plan urządzenia lasu – podlegają zatwierdzeniu przez Ministra Środowiska.

Odwołujący wskazał, że wykonał plan urządzenia lasu dla Leśnego Zakładu Doświadczalnego w Krynicy, który to plan został 23 września 2008 r. zatwierdzony przez Ministra Środowiska, a jego zakres merytoryczny jest tożsamy z opracowaniami wykonywanymi na rzecz nadleśnictw. Brak jest zatem – zdaniem Odwołującego – merytorycznych przesłanek do uznania, iż wykonane przez niego opracowanie nie może zostać uznane jako wykazujące zdobycie wiedzy i doświadczenia.

W odniesieniu do wymogu wykazania się doświadczeniem wykonania planów zatwierdzonych przez Ministra Środowiska, Odwołujący podniósł, że wykonawca, który wykonał dane prace, nie ma żadnego wpływu na treść i termin wydania aktu administracyjnego, jakim jest zatwierdzenie planu. Nie jest on podmiotem, który przedstawia plan urządzenia lasu do zatwierdzenia, nie jest stroną postępowania (z wnioskami o zatwierdzenie planów urządzenia lasu występuje Zamawiający, ewentualnie Dyrektor Generalny Lasów Państwowych) oraz nie ma wpływu na treść przekazanej dokumentacji i jej zgodności z przepisami prawa oraz na termin jej przekazania. Co więcej, wykonawca planu nie musi wiedzieć, iż wykonane przez niego opracowanie zostało przekazane do zatwierdzenia, a następnie, czy i kiedy zostało zatwierdzone. Rola wykonawcy kończy się po sporządzeniu opracowania i dokonaniu odbioru przez Zamawiającego, a wszelkie kroki podejmowane w celu zatwierdzenia tak wykonanego opracowania, należą do Zamawiającego. Wobec powyższego, wymóg taki jest – zdaniem Odwołującego – niezgodny z przepisami prawa. Odwołujący wskazał ponadto, że w praktyce zatwierdzenie planu urządzenia lasu przez Ministra Środowiska następuje w terminie od kilkunastu miesięcy do kilku lat od wykonania prac przez wykonawców.

Odwołujący wskazał, że mimo należytego wykonania wymaganej przez Zamawiającego liczby opracowań związanych z urządzeniem lasu, na skutek opisu warunku udziału w postępowaniu w sposób dyskryminujący, nie spełnia warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia. Zdaniem Odwołującego, na skutek takiego sformułowania omawianego

warunku z przedmiotowego postępowania zostaną wykluczone wszystkie podmioty poza jednym, tj. Biurem Urządzania Lasu i Geodezji Leśnej.

Ponadto Odwołujący podniósł, że skoro omawiany warunek należy uznać za niedopuszczalny, to również żądanie Zamawiającego, aby wykaz prac wykonanych zawierał dane dotyczące daty zatwierdzenia planu urządzenia lasu, musi zostać uznane za sprzeczne z obowiązującymi przepisami, jako niespełniające wymogu niezbędności do potwierdzenia posiadania należytej wiedzy czy doświadczenia. Żądanie tych informacji jest sprzeczne z przepisami art. 25 ust. 2 ustawy Pzp oraz w zw. z § 1 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 43 ustawy Pzp Odwołujący podniósł, że Zamawiający naruszył postanowienia tego przepisu wyznaczając zbyt krótki termin na złożenie ofert (1 lutego 2011 r.). Zgodnie z informacją zawartą w ogłoszeniu o zamówieniu przekazanie ogłoszenia Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich nastąpiło 18 stycznia 2011 r. Jednocześnie wartość przedmiotowego zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Tym samym przyjmując nawet, iż w odniesieniu do przedmiotowego zamówienia zostało opublikowane wstępne ogłoszenie informacyjne, to i tak zgodnie z art. 43 ust. 3 ustawy Pzp termin składania ofert w przedmiotowym postępowaniu nie powinien być krótszy niż 22 dni.

W zakresie przyjęcia przez Zamawiającego kryterium doświadczenia wykonawcy jako jednego z kryteriów oceny ofert, Odwołujący podniósł, że ma ono charakter dyskryminacyjny, nieobiektywny i – jako odnoszące się do właściwości wykonawcy – jest niezgodne z art. 91 ust. 3 ustawy Pzp. Wynika to z faktu, że na rynku planowania urzędniowego de facto działają dwa podmioty, tj. Odwołujący oraz Biuro Urządzania Lasu i Geodezji Leśnej w Warszawie, przy czym ten ostatni podmiot ma minimum 90% udziału w tymże rynku. Takie ukształtowanie rynku jest w głównej mierze spowodowane faktem, iż przez długi czas przedmiotowe prace były zlecane w ramach zamówień z wolnej ręki, czy też innych procedur niekonkurencyjnych. Formułując przedmiotowy warunek – zdaniem Odwołującego – Zamawiający stawia w sytuacji uprzywilejowanej jeden podmiot, który na skutek dotychczasowej sytuacji wykonywał większość opracowań.

Odwołujący podniósł ponadto, iż jego potencjał techniczny był poddawany ocenie w momencie ubiegania się o uzyskanie zezwolenia i został potwierdzony przez Ministra Środowiska, który wydając Odwołującemu zezwolenie na realizację przedmiotowych prac potwierdził możliwości techniczne oraz posiadane doświadczenie Odwołującego. Z faktu

reglamentacji przedmiotowych usług Odwołujący wywodzi ich profesjonalny charakter i niedopuszczalność ustanawiania takiego kryterium jako elementu oceny ofert.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu ponownego określenia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadanej wiedzy i doświadczenia oraz sposobu oceny spełnienia tego warunku, przedłużenia terminu składania ofert oraz powtórzenia czynności określenia kryteriów oceny ofert w postępowaniu.

W dniu 31 stycznia 2011 r. wykonawca – Biuro Urządzenia Lasu i Geodezji Leśnej, zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania.

Przystępujący podniósł, że planu urządzenia lasów wykonywane dla nadleśnictw mają inną skalę i specyfikę, a Lasy Państwowe tworzą i aktualizują wymagania i procedury właściwe dla tej specyfiki. Jest przyjętą praktyką, że w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia, na wykonanie planów urządzenia lasu dla nadleśnictwa żąda się wykonania zamówienia zgodnie z powołanymi aktami wewnętrznymi i ustaleniami. Są to instrukcje i wytyczne uzupełniające ogólnie obowiązujące przepisy, dla potrzeb lasów będących w zarządzie tej państwowej jednostki organizacyjnej. Sporządzenie projektów planów urządzenia lasu zgodnie z tymi dokumentami cechuje się zdecydowanie większym stopniem złożoności w przypadku lasów zarządzanych przez PGL LP niż w przypadku lasów Skarbu Państwa zarządzanych przez inne jednostki. Ponadto, oprócz różnic jakościowych, pomiędzy planem urządzenia lasu sporządzonym dla jednostek PGL LP, a innych jednostek zarządzających lasami Skarbu Państwa, istnieje znacząca różnica w powierzchni.

Przystępujący podniósł, że prawem i obowiązkiem każdego zamawiającego jest takie określenie warunków udziału w postępowaniu, aby podmioty, które mogą ubiegać się o zamówienie publiczne dawały gwarancję należytego wykonania zamówienia, z tym ustawowym zastrzeżeniem, że opis sposobu dokonania oceny spełnienia warunków powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Stąd też zamawiający może żądać, aby wykonawcy posiadali doświadczenie w wykonaniu zamówienia tego samego rodzaju. Zamawiający chce dokonać zlecenia projektów planów urządzenia lasu właśnie dla nadleśnictw, dlatego oczekuje wykazania się doświadczeniem w opracowywaniu konkretnie takiego dokumentu.

W odniesieniu do zarzutu w zakresie wymogu zatwierdzenia planów urządzenia lasu przez Ministra Środowiska Przystępujący podniósł, że od jakości i terminowości pracy wykonawcy zależy późniejsze zatwierdzenie opracowania. Wskazał, że Zamawiający powiązał odpowiedzialność z tytułu rękojmi z doświadczeniem jako warunkiem udziału wykonawcy w postępowaniu i sposobem oceny spełnienia tego warunku (Część II, rozdział

XV SIWZ – *Na wykonane prace Wykonawca udziela rękopisami na czas niezbędny do zatwierdzenia planu*). Dzięki takiemu zapisowi Wykonawca będzie odpowiadał za jakość opracowania do końca prac, tj. do zatwierdzenia opracowanego przez niego dokumentu. Procedura zatwierdzania jest kontrolą jakości i ostatecznym odbiorem prac potwierdzającym należyte wykonanie usługi.

W odniesieniu do zarzutów w zakresie wyznaczonego przez Zamawiającego terminu składania ofert oraz ustalonych kryteriów oceny ofert Przystępujący podniósł, że przedmiotem zamówienia są usługi niepriorytetowe, co pozwala Zamawiającemu na niestosowanie przepisów ustawy dotyczących m.in. terminów składania ofert oraz zakazu ustalania kryteriów oceny ofert na podstawie właściwości wykonawcy (art.5 ust. 1 ustawy).

Analogiczną argumentację przedstawił Zamawiający w złożonej odpowiedzi na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest wykonanie projektów planów urządzenia lasu dla nadleśnictw Miękinia (o powierzchni 17.900,75 ha) i Oleśnica Śląska (o powierzchni 26.726,56 ha) oraz operatu siedliskowego dla nadleśnictwa Ruszów (o powierzchni 17.125 ha). Przedmiot zamówienia zaklasyfikowany został jako *Usługi sektorowego planowania lasów* (kod CPV 77231900-7) oraz *Usługi oceny oddziaływań na środowisko innych niż powodowanych przez branżę budowlaną* (kod CPV 90711400-8).

Wg postanowień punktu 6.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, *o udzielenie zamówienia publicznego ubiegać się mogą Wykonawcy, którzy posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie w zakresie prac związanych z urządzeniem lasu – w ciągu ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonali należycie co najmniej dwa plany urządzenia lasu dla nadleśnictwa, które zostały zatwierdzone przez ministra właściwego ds. środowiska wraz z warstwami mapy numerycznej w standardzie LMN oraz co najmniej dwie prognozy oddziaływania planu na środowisko, które uzyskały pozytywną opinię organów, o których mowa w art. 57 i 58 ustawy z dnia 3 października 2008 r. o udostępnianiu informacji o środowisku i jego ochronie, udziale społeczeństwa w ochronie środowiska oraz o ocenach oddziaływania na środowisko, tj. RDOŚ i PWIS oraz co najmniej jedno opracowanie siedliskowe dla nadleśnictwa.*

Na potwierdzenie spełniania tych warunków, zgodnie z punktem 7.2.1., wykonawcy zobowiązani zostali przedłożyć wykaz (*formularz nr 2, stanowiący załącznik nr 1 do oferty*)

wykonanych usług w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, odpowiadających wymaganiom opisanym w pkt 6.2 SIWZ wraz z dokumentami potwierdzającymi, że usługi zostały wykonane należycie.

We wzorze wykazu usług Zamawiający zastrzegł, że w wykazie należy ująć *tylko plany urządzenia lasu dla nadleśnictw, które zostały zatwierdzone przez ministra właściwego ds. środowiska (...).*

Ogłoszenie o zamówieniu zostało przekazane Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich 18 stycznia 2011 r. i opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 22 stycznia 2011 r. Zamawiający wyznaczył termin składania ofert na dzień 1 lutego 2011 r. (pkt IV.3.4 ogłoszenia o zamówieniu, pkt 11.3 SIWZ).

Zamawiający określił następujące kryteria oceny ofert: cena (80%) i doświadczenie wykonawcy (20%), oceniane wg liczby planów wykonanych planów urządzenia lasu zamieszczonych w wykazie, do których odnoszą się dokumenty potwierdzające, że usługi zostały wykonane należycie (pkt IV.2.1 ogłoszenia o zamówieniu, pkt 12.1 SIWZ).

Izba zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody, w postaci nieuzyskania zamówienia.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W zakresie zarzutów dotyczących sformułowanego przez Zamawiającego opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, Izba dokonała jego oceny pod kątem zgodności z przepisem art. 22 ust. 4 ustawy Pzp, w myśl którego opis ten powinien spełniać łącznie dwa warunki: powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

Bez wątpienia dokonanie opisu sposobu oceny spełniania warunków w zakresie wiedzy i doświadczenia, poprzez ustanowienie wymogu legitymowania się zrealizowaniem usług tożsamyh z przedmiotem zamówienia (tj. wykonaniem planu urządzenia lasu dla nadleśnictw), spełnia pierwszą z przesłanek określonych art. 22 ust. 4 ustawy Pzp. Zamawiający żąda bowiem doświadczenia w realizacji takich samych usług, jakie zamierza zlecić w wyniku przeprowadzenia przetargu. Głębszej analizy wymaga natomiast – będąca istotą sporu między stronami – kwestia proporcjonalności postanowionych w SIWZ wymogów do przedmiotu zamówienia.

Za punkt odniesienia przy rozstrzygnięciu powyższej kwestii Izba przyjęła zakres, skalę i stopień merytorycznej złożoności przedmiotu zamówienia oraz okoliczności jego realizacji, do których to cech odniesione zostały sformułowane przez Zamawiającego wymogi.

Rozstrzygając sprawę Izba wzięła pod uwagę cel, jaki przyświeca określeniu wymogów w zakresie wiedzy i doświadczenia, tj. dopuszczenie do postępowania wykonawców, którzy dają rękojmię należytego wykonania przedmiotu przyszłej umowy oraz wyeliminowanie wykonawców, co do których zachodzi prawdopodobieństwo, że nie będą zdolni do prawidłowej realizacji zamówienia.

Problemem, jaki powstaje na gruncie określania wymogów w zakresie wiedzy i doświadczenia oraz ich adekwatności do przedmiotu zamówienia, jest ryzyko zawężenia kręgu wykonawców mogących ubiegać się o zamówienie, co ma bezpośrednie przełożenie na zachowanie konkurencji. Ukształtowanie wymogów na poziomie mogącym skutkować ograniczeniem liczby wykonawców dopuszczonych do postępowania należy – w ocenie Izby – uznać za dopuszczalne w takim zakresie, w jakim usprawiedliwione jest dbałością o jakość i rzetelność wykonania przedmiotu zamówienia. Konieczne jest zatem zachowanie równowagi pomiędzy interesem zamawiającego w uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia a interesem wykonawców, którzy poprzez sformułowanie nadmiernych wymagań mogą zostać wyeliminowani z postępowania. Nieproporcjonalność warunku zachodzi w sytuacji, gdy równowaga ta zostanie zachwiana, powodując uniemożliwienie ubiegania się o zamówienie wykonawcom mającym doświadczenie dające rękojmię jego prawidłowej realizacji.

Opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu służyć ma ochronie słusznego interesu zamawiających, a dopuszczenia jak największej liczby wykonawców do postępowania nie można uznać za priorytet w stosunku do dbałości o należyłą realizację zamówienia. Sprzeczne z celem ustawy Pzp byłoby wywodzenie z jej przepisów nakazu dopuszczenia do postępowania o zamówienie publiczne wykonawców, bez dokonania weryfikacji ich kwalifikacji i potencjału, pozwalającej ocenić zdolność do realizacji zamówienia. Nie można więc oczekiwać od zamawiających, aby w celu zapewnienia jak największej konkurencji dopuszczali do postępowania wszystkich wykonawców prowadzących działalność w danej branży, bez względu na ich doświadczenie, które wśród podmiotów działających w określonej dziedzinie może być bardzo zróżnicowane. Jak zauważył Sąd Okręgowy w Gdańsku w wyroku z 6 maja 2009 r. (XII Ga 143/09, niepublikowany), *przepisy ustawy Pzp nie nakładają na zamawiającego obowiązku nabycia dostaw czy usług spośród oferowanych przez wszystkie podmioty na rynku, nawet te, które nie mogą wykazać się odpowiednim doświadczeniem w dostawach i usługach odpowiadających rodzajowo przedmiotowi danego zamówienia.*

Zauważyć przy tym należy, że ustawa Pzp zapewnia zachowanie konkurencji, stwarzając możliwość udziału w postępowaniu również wykonawcom, którzy samodzielnie nie spełniają wymagań zamawiającego (poprzez wspólne ubieganie się o zamówienie lub skorzystanie z potencjału innych podmiotów).

W świetle powyższych uwag należy dojść do wniosku, że w niniejszym postępowaniu Zamawiający uprawniony był do żądania od wykonawców legitymowania się doświadczeniem w realizacji usług odpowiadających rozmiarem i złożonością przedmiotowi zamówienia. W toku rozprawy Przystępujący wykazał, że plany urządzenia lasu dla nadleśnictw dotyczą obszarów o nieporównywalnie większej powierzchni niż plany sporządzane dla innych jednostek zarządzających lasami Skarbu Państwa (przedmiotem zamówienia jest przygotowanie planów dla obszarów o łącznej powierzchni ponad 44 tys. ha, natomiast plany opracowywane dla innych jednostek dotyczą obszarów o powierzchni od kilku do kilkuset ha, jedynie w pojedynczych przypadkach są to obszary o powierzchni rzędu kilku tysięcy ha). Słuszna więc jest teza Przystępującego, że nawet gdyby Zamawiający określił warunek z zastosowaniem wymogu dotyczącego powierzchni lasów objętych opracowaniem (do czego w ocenie Izby miał prawo), zamiast wymogu co do podmiotu będącego odbiorcą usługi, tak opisany warunek spełniałby identyczny cel i w praktyce powodowałby dopuszczenie do postępowania jedynie wykonawców posiadających doświadczenie w realizacji tego rodzaju usług dla nadleśnictw.

Dodatkowo o specyfice planów urządzenia lasów dla nadleśnictw świadczy konieczność zachowania ich zgodności z przepisami wewnętrznymi obowiązującymi w PGL LP oraz ich kompatybilności z wykorzystywanym w tej jednostce systemem informatycznym. Nie zmienia tego podnoszony przez Odwołującego fakt, że inni zamawiający również odwołują się do przywołanych wyżej przepisów, żądając, aby wykonane na ich rzecz opracowania były zgodne z tymi regulacjami. Nawet jeśli wymagania takie pojawiają się w umowach z innymi jednostkami zarządzającymi lasami Skarbu Państwa, to nie można tego uznać za regułę, dającą regionalnym dyrekcjom lasów państwowych jakąkolwiek gwarancję doświadczenia w sporządzaniu planów zgodnych z obowiązującymi je regulacjami wewnętrznymi.

Ograniczenie „podmiotowe”, dotyczące odbiorcy usług należałoby uznać za nadmierne w sytuacji, gdyby zamówienia realizowane na rzecz tych podmiotów nie różniły się od tego samego rodzaju zamówień wykonywanych dla innych zamawiających. Ponieważ specyfika usług realizowanych dla nadleśnictw i różnica w ich zakresie i złożoności zostały w toku postępowania odwoławczego udowodnione, sporne postanowienie w SIWZ należy uznać za uzasadnione i zgodne z przepisami Pzp.

Podobnie za uzasadniony i dozwolony w świetle art. 22 ust. 4 ustawy Pzp Izba uznała wymóg zatwierdzenia przez ministra właściwego do spraw środowiska planów, które wykonawcy wykażą w ramach warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia. Zgodnie z art. 22 ust. 1 ustawy o lasach, plan podlega obowiązkowemu zatwierdzeniu. Zatwierdzenie to jest warunkiem koniecznym prowadzenia gospodarki leśnej na jego podstawie. Zatwierdzenie to należy więc uznać za ostateczne potwierdzenie zgodności opracowania z przepisami prawa, plan niezatwierdzony natomiast nie może być przez jego odbiorcę wykorzystany do prowadzenia gospodarki, nie ma więc w praktyce żadnej wartości. Doświadczenie w wykonaniu planów, które takie zatwierdzenie uzyskały, jest dla Zamawiającego okolicznością pozwalającą uzyskać rozsądne zapewnienie, że w przypadku otrzymania zamówienia wykonawca legitymujący się takim doświadczeniem, wykona je należycie.

Jakkolwiek słuszne jest twierdzenie Odwołującego, że wykonawca opracowania nie jest stroną postępowania o wydanie decyzji zatwierdzającej plan urządzenia lasu, to nie można zgodzić się z tezą o braku wpływu wykonawcy na jego zatwierdzenie, bowiem to właśnie jakość wykonanego opracowania i jego zgodności z przepisami prawa determinuje wynik postępowania administracyjnego. Ponadto za nieprzekonujący Izba uznała argument o braku wiedzy wykonawców o fakcie zatwierdzenia planu bądź odmowy jego zatwierdzenia. Profesjonalnie działające podmioty, biorące udział w postępowaniach o zamówienia publiczne, powinny dokładać należytej staranności w celu uzyskania wiedzy o okolicznościach, które są istotne dla prowadzonej działalności.

Izba nie podzieliła również stanowiska Odwołującego, że wystarczającym potwierdzeniem należytego wykonania opracowania jest jego odbiór przez zamawiającego. Skoro projekt, mimo dokonania jego odbioru, nie uzyskuje przymiotu dokumentu, na podstawie którego możliwe jest prowadzenie gospodarki leśnej, to nie może on zostać uznany za prawidłowy tak długo, jak długo nie uzyska zatwierdzenia. Jak słusznie zauważył Przystępujący, jest on jedynie projektem planu urządzenia lasu, którego możliwość wykorzystania uzależniona jest od ostatecznej weryfikacji przez ministra. W świetle ustawowego wymogu uzyskania zatwierdzenia drugorzędne znaczenie ma zakres możliwości zweryfikowania opracowania przez Zamawiającego.

Na istotność zatwierdzenia planu dla zamawiających wskazują przedłożone przez Przystępującego umowy dotyczące analogicznych zamówień, w których od wydania przez Ministra Środowiska decyzji o zatwierdzeniu planu uzależnione było uznanie zamówienia za należycie wykonane, a nawet ostateczne rozliczenie umowy.

Nieuprawnione jest – w ocenie Izby – wywodzenie posiadania należytej wiedzy doświadczenia z faktu uzyskania zezwolenia na prowadzenie reglamentowanej działalności, jaką jest sporządzanie planów urządzenia lasu. W postępowaniu o zamówienie publiczne Zamawiający posiada bowiem uzasadniony interes w ocenie wiedzy i doświadczenia w aspekcie konkretnego zamówienia, nie zaś prowadzenia danego rodzaju działalności w ogóle. Jak zostało udowodnione w postępowaniu odwoławczym, działalność w przedmiotowym zakresie może dotyczyć opracowań o różnej skali, złożoności i specyfice.

Zdaniem Izby, dowodem nieadekwatności ustanowionych przez Zamawiającego wymogów do przedmiotu zamówienia nie może być fakt, że Odwołujący nie spełnia wymagań określonych w SIWZ ani to, że wymogi te jest w stanie spełnić tylko jeden wykonawca. Wyznacznikiem prawidłowości wymagań jest relacja warunków do przedmiotu zamówienia, nie zaś liczba wykonawców je spełniających. Może zdarzyć się, że warunki określone w sposób naruszający art. 22 ust. 4 spełnią liczni wykonawcy, a warunków ustalonych prawidłowo, adekwatnie do przedmiotu zamówienia, nie spełni żaden wykonawca.

W odniesieniu do ustalonego przez Zamawiającego terminu składania ofert oraz kryteriów oceny ofert, Izba ustaliła, że zachodziła podstawa do skorzystania ze złagodzonego reżimu określonego art. 5 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym do postępowań, których przedmiotem są usługi o charakterze niepriorytetowym nie stosuje się przepisów ustawy dotyczących m.in. terminów składania ofert oraz zakazu ustalania kryteriów oceny ofert na podstawie właściwości wykonawcy. Niniejsze zamówienie obejmuje usługi oceny oddziaływań na środowisko innych niż powodowanych przez branżę budowlaną oraz usługi sektorowego planowania lasów. Bezsporne między stronami jest, że pierwsze z ww. usług mają charakter priorytetowy. Drugie z nich – czego również wyraźnie nie zakwestionował Odwołujący – należy zaliczyć do usług o charakterze niepriorytetowym. Nie zostały one bowiem wymienione w wykazie usług priorytetowych stanowiącym załącznik do rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 28 stycznia 2010 r. w sprawie wykazu usług o charakterze priorytetowym i niepriorytetowym (Dz. U. Nr 12, poz. 68), który to wykaz ma formę katalogu zamkniętego. Usługi te należy więc zakwalifikować jako inne usługi objęte kategorią 27 wykazu usług o charakterze niepriorytetowym, stanowiącego załącznik Nr 2 do przywołanego wyżej rozporządzenia.

W związku z tym, że przedmiot zamówienia obejmuje oba rodzaje usług, niezbędne dla oceny możliwości skorzystania z przepisu art. 5 ust. 1 ustawy Pzp było ustalenie wartościowego udziału w zamówieniu poszczególnych usług (art. 5 ust. 2 ustawy Pzp).

Izba uznała za udowodnione, że większościowy udział w przedmiocie zamówienia mają usługi sektorowego planowania lasów, a więc usługi o charakterze niepriorytetowym. Wykazał to Zamawiający powołując się na analizę wartości poszczególnych rodzajów usług w udzielonych wcześniej zamówieniach (wg której usługi oceny oddziaływań na środowisko stanowią ok. 6% wartości zamówienia), a Odwołujący faktu tego nie zakwestionował i nie przedstawił dowodu przeciwnego.

Ponadto Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego, że nawet zakładając dopuszczalność skorzystania z art. 5 ust. 1 ustawy Pzp, przyjęcie jako kryterium oceny ofert doświadczenia wykonawcy, naruszało zasadę uczciwej konkurencji. Skoro ustawodawca, ze względu na specyfikę usług niepriorytetowych, wprost zezwala na odstępnie w ich przypadku od zakazu określonego w art. 91 ust. 3 ustawy Pzp, trudno dopatrywać się w skorzystaniu z takiej możliwości, prawnie usankcjonowanej, naruszenia jednej z podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych. Tym bardziej, że waga spornego kryterium określona została na 20%, przy 80% wagi kryterium ceny, co daje możliwość składania konkurencyjnych ofert nawet wykonawcom z mniejszym doświadczeniem.

Wobec powyższego 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 pkt 1 i pkt 2b 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).

Skład orzekający Izby:

.....