

Sygn. akt: KIO 49/14

## WYROK

z dnia 29 stycznia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki**

**Protokolant: Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 stycznia 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 stycznia 2014 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **M..... G....., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Leśnych w Niemczy, K..... K....., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Leśnych w Tucholi, Ł..... G....., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma Wielobranżowa w Gajewie-Zabudowaniach**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez **Skarb Państwa, Państwowe Gospodarstwo Leśne, Lasy Państwowe, Nadleśnictwo Tuchola w Gołębku**

**orzeka:**

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w części 1, 2 i 7 zamówienia oraz wykonanie czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia w odniesieniu do części 1, 2 i 7 zamówienia, na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, z powodu obarczenia postępowania niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, polegającą na rozbieżności pomiędzy treścią SIWZ a ogłoszeniem o zamówieniu co do opisu sposobu dokonywania oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, z uwzględnieniem okoliczności wskazanych w uzasadnieniu,**
- 2. kosztami postępowania obciąża Skarb Państwa, Państwowe Gospodarstwo Leśne, Lasy Państwowe, Nadleśnictwo Tuchola w Gołębku i:**

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **M..... G....., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Leśnych w Niemczy, K..... K....., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Leśnych w Tucholi, Ł..... G....., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma Wielobranżowa w Gajewie-Zabudowaniach** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od **Skarbu Państwa, Państwowego Gospodarstwa Leśnego, Lasy Państwowe, Nadleśnictwo Tuchola w Gołębku** na rzecz przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **M..... G....., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Leśnych w Niemczy, K..... K....., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Leśnych w Tucholi, Ł..... G....., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma Wielobranżowa w Gajewie-Zabudowaniach** kwotę **18.600 zł 00 gr** (słownie: osiemnastu tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony 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 2013 r., poz. 907 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 **Bydgoszczy**.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Zamawiający – Skarb Państwa, Państwowe Gospodarstwo Leśne, Lasy Państwowe, Nadleśnictwo Tuchola w Gołębku - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest wykonanie usług z zakresu gospodarki leśnej planowanych do wykonania w 2014 r. w Nadleśnictwie Tuchola.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dz. U. UE w dniu 7 listopada 2013 r. nr 2013/S 216-376184.

W dniu 3 stycznia 2014 r. zamawiający przesłał wykonawcom wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia M..... G....., prowadzącemu działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Leśnych w Niemczy, K..... K....., prowadzącemu działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Leśnych w Tucholi, Ł..... G....., prowadzącemu działalność gospodarczą pod nazwą Firma Wielobranżowa w Gajewie-Zabudowaniach, zwanym dalej „odwołującym” zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszych ofert w poszczególnych częściach przedmiotu zamówienia.

Wobec:

- 1) zaniechania przez zamawiającego czynności wezwania wykonawcy M..... K....., wykonawcy J..... N....., wykonawcy S..... K..... do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, opisanego w pkt 6.1.3 SIWZ,
- 2) zaniechania przez zamawiającego czynności wykluczenia z postępowania ww. wykonawców z powodu niewykazania warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, opisanego w pkt 6.1.3 SIWZ,
- 3) zaniechania czynności odrzucenia ofert złożonych przez ww. wykonawców odwołujący wniósł w dniu 13 stycznia 2014 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Skarżonym zaniechaniom zamawiającego odwołujący zarzucił naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i powodujący nierówne traktowanie wykonawców,
- 2) art. 7 ust 3 ustawy Pzp, przez udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych;
- 3) art. 22 ust 1 pkt 3 ustawy Pzp, przez błędne przyjęcie, iż wykonawca M..... K....., wykonawca J..... N..... oraz wykonawca S..... K..... spełniają warunki udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia,
- 4) art. 24 ust 2 pkt 4 ustawy Pzp, w wyniku zaniechania wykluczenia ww. wykonawców z postępowania z uwagi na niewykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu,
- 5) art. 26 ust 3 ustawy Pzp, z uwagi na zaniechanie wezwania ww. wykonawców do uzupełnienia dokumentów:
  - a) potwierdzających spełnianie warunku w zakresie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia,
  - b) zobowiązania innego podmiotu do oddania im do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia,
  - c) wskazujących brak podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w odniesieniu do podmiotu zobowiązującego się do udostępnienia niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia.
- 6) art. 89 ust. 1 pkt 5 w związku z art. 24 ust. 2 pkt 4 i w związku z art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, z uwagi na zaniechanie odrzucenia ofert ww. wykonawców podlegających wykluczeniu z postępowania.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący przywołał postanowienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, jaki zamawiający opisał w pkt 6.1.3. SIWZ. Wywiódł, że wykonawca M..... K..... w wykazie osób składanym celem wykazania ww. warunku udziału w postępowaniu, nie określił podstawy do dysponowania niektórymi osobami; wskazał w wykazie jedynie, że ww. osoby posiadają wpis do ewidencji działalności gospodarczej. Ponadto podniósł, że w formularzu ofertowym, w pkt 6 wykonawca ten oświadczył, iż w każdej części usługi związane z leśnictwem i pozyskaniem drewna w 90% zamierza zlecić podwykonawcom. Odwołujący przywołał postanowienia pkt 7.4 SIWZ, zgodnie z którym, w odniesieniu do podmiotów trzecich, z których wykonawca będzie korzystał w trakcie realizacji zamówienia, postawiono wymóg, że jeżeli wykonawca będzie polegał na potencjale innych podmiotów, jest zobowiązany udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedkładając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich

przy wykonywaniu zamówienia. Przywołał również postanowienia pkt 7.5. i 7.7. SIWZ, stosownie do których, jeżeli wykonawca polega na zasobach innych podmiotów celem wykazania warunku udziału w postępowaniu, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, wykonawca w odniesieniu do tych podmiotów zobowiązany jest złożyć dokumenty potwierdzające brak podstaw do wykluczenia w odniesieniu do tych podmiotów, wymienione w pkt 7.7. SIWZ.

Odwołujący, w dalszej części uzasadnienia wywiódł, że zamawiający w przedmiotowym postępowaniu zaniechał czynności wezwania do uzupełnienia dokumentów, mimo iż wykonawca M..... K....., wykonawca J..... N....., wykonawca S..... K..... - nie wykazali, że spełniają warunki udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Przywołał orzecznictwo Izby co do konieczności jednoznacznego udowodnienia przez wykonawcę, iż może faktycznie korzystać z zasobów podmiotów trzecich, na które powołuje się celem wykazania warunku udziału w postępowaniu. Odwołujący zwrócił również uwagę, że wykonawca M..... K....., wykonawca J..... N..... i wykonawca S..... K..... wzajemnie udostępniili sobie zasoby, o czym świadczą nazwiska dublujące się w wykazach osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia.

W oparciu o przedstawioną argumentację odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty złożonej przez wykonawcę M..... K.....,
  - 2) powtórzenia czynności badania i oceny złożonych ofert,
  - 3) dokonania czynności wykluczenia wykonawców: M..... K....., J..... N....., S..... K..... oraz odrzucenia ofert złożonych przez tych wykonawców;
  - 4) dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej,
- oraz o zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego wraz z uwzględnieniem kosztów pełnomocnika.

W dniu 23 stycznia 2014 r. zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie (pismo z dnia 22.01.2014 r., znak: Z-2710-1/13), w której wniósł o odrzucenie, względnie o oddalenie odwołania. Wskazał, że odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, jako wniesione przez podmiot nieuprawniony, gdyż zostało podpisane przez pełnomocnika nieposiadającego rodzajowego pełnomocnictwa. Wywiódł, że do odwołania załączono 2 pełnomocnictwa ogólne: jedno wystawione przez M..... G..... a drugie przez K..... K..... Nie zostało załączone do odwołania pełnomocnictwo udzielone przez Ł..... G..... Zamawiający wywiódł, że w pełnomocnictwie do wniesienia odwołania musi być wskazane konkretne postępowanie o zamówienie publiczne,

którego pełnomocnictwo dotyczy. Wywiódł również, że ww. braki nie podlegają uzupełnieniu, gdyż wadliwe pełnomocnictwa zostały już załączone do odwołania. Wywiódł również, że odwołujący nie wskazał prawidłowych firm podmiotów, będących członkami konsorcjum ani ich adresów.

W dalszej części odpowiedzi na odwołanie zamawiający podniósł, że odwołanie podlega oddaleniu. Zwrócił uwagę, że odwołujący złożył własną ofertę jedynie na część 1, 2, 5, 7, 10 zamówienia. Wywiódł, że odwołujący nie może kwestionować rozstrzygnięcia postępowania w tych częściach, w których nie złożył oferty, oraz w tych częściach, w których jego ofertę wybrano jako najkorzystniejszą. W konsekwencji uważał, że odwołującemu przysługuje prawo zaskarżenia rozstrzygnięcia jedynie w części 1, 2, 7 zamówienia.

W ostatniej części odpowiedzi na odwołanie zamawiający argumentował, że nie mógł wezwać wykonawców do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, gdyż naraziłby się na zarzut nierównego traktowania wykonawców. Podniósł, że ogłoszenie o zamówieniu opublikowane dnia 7 listopada 2013 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2013/S 216-376184 nie zawierało warunku określonego w art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp dotyczącego osób zdolnych do wykonania zamówienia. Wskazał, że był to błąd zamawiającego, który został spostrzeżony dopiero po otwarciu ofert. Zaś na etapie badania ofert zamawiający nie miał już możliwości zmiany warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający podniósł również, że w jego ocenie brak jest podstaw do unieważnienia postępowania.

**Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia SIWZ, ofertę odwołującego, ofertę wykonawcy M..... K....., ofertę wykonawcy J..... N....., ofertę wykonawcy S..... K....., odwołanie, odpowiedź na odwołanie, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis.

W drugiej kolejności ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w całości na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Izba oddaliła wniosek zamawiającego, zgłoszony w odpowiedzi na odwołanie, o odrzucenie odwołania w całości na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp jako wniesionego przez

podmiot nieuprawniony. W ocenie Izby przywołane przez zamawiającego okoliczności faktyczne w postaci niezłożenia pełnomocnictwa podpisanego przez jednego z członków konsorcjum Pana Ł..... G..... i niepodania szczegółowych danych teleadresowych odwołującego nie stanowiły przesłanki do odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, lecz przesłankę do zastosowania procedury wezwania do usunięcia braków formalnych zgodnie z art. 187 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z § 9 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań. Brak było także podstaw do zwrotu odwołania bez wypełnienia procedury wezwania do uzupełnienia braków formalnych odwołania. Wezwanie w powyższym zakresie zostało dokonane postanowieniem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 stycznia 2014 r. W wezwaniu tym Prezes Izby zażądał przesłania w terminie 3 dni pełnomocnictwa dla osoby reprezentującego odwołującego, udzielonego przez Firmę Wielobranżową Ł..... G..... oraz pisma zawierającego dane teleadresowe odwołującego. W następstwie wezwania odwołujący złożył w wymaganym terminie pełnomocnictwo z 13 stycznia 2014 r., potwierdzające w prawidłowy sposób umocowanie do wniesienia odwołania w imieniu trzeciego członka konsorcjum - Pana Ł..... G..... Pełnomocnik oznaczył również w sposób prawidłowy odwołującego wskazując, że odwołującym jest M..... G....., prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Leśnych w Niemczy, K..... K....., prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Leśnych w Tucholi, Ł..... ..... prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma Wielobranżowa w Gajewie-Zabudowaniach.

Nie podzielono stanowiska zamawiającego, że pełnomocnictwa nie mocowały pełnomocnika do wniesienia odwołania, gdyż nie wskazywały na prawo wniesienia odwołania do Prezesa KIO. W treści pełnomocnictw, jakie członkowie konsorcjum udzielili pełnomocnikowi wskazano, że mocują one do reprezentowania we wszystkich sprawach m.in. przed organami administracji publicznej oraz innymi podmiotami. W ocenie Izby brak było podstaw do przyjęcia, że tak określony zakres umocowania nie obejmuje wniesienia odwołania do Prezesa Izby. Nawet gdyby przyjąć pogląd odmienny, którego Izba nie podziela, to i tak przywołane okoliczności faktyczne nie stanowią przesłanki do odrzucenia odwołania, lecz obligują Prezesa Izby do zastosowania procedury wezwania do usunięcia braków formalnych zgodnie z art. 187 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z § 9 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań. Dostrzeżenia wymaga, że złożenie pełnomocnictwa wadliwego, które nie potwierdza umocowania do wniesienia odwołania, należy bowiem utożsamić w skutkach z brakiem pełnomocnictwa, co podlega procedurze przewidzianej art. 187 ust. 3 ustawy Pzp (por. wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 17 stycznia 2012 r. wydany w sprawie o sygn. akt V Ca 2739/11, postanowienie Sądu Okręgowego w Gliwicach sygn. akt X GA

46/12, dostępne na stronie internetowej [uzp.gov.pl](http://uzp.gov.pl)). Tym samym brak było podstaw do odrzucenia odwołania w całości na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

W dalszej kolejności stwierdzono, że zachodziły przesłanki do odrzucenia odwołania, na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp jako wniesionego przez podmiot uprawniony w części, tj. w zakresie w jakim odwołujący kwestionował prawidłowość:

- a) oceny oferty złożonej przez wykonawcę M..... K..... w części 4, 6, 11 zamówienia,
- b) oceny oferty złożonej przez J..... N..... w części 3 zamówienia,
- c) oceny oferty złożonej przez wykonawcę S..... K..... w części 8 i 9 zamówienia.

W przypadku kwestionowania czynności zamawiającego podjętych po otwarciu ofert status wykonawcy przysługuje takiemu podmiotowi, który złożył ofertę. Powyższe wynika z art. 2 pkt 11 ustawy Pzp określającego definicję wykonawcy. Odwołujący nie złożył własnej oferty na ww. części zamówienia, a zatem nie przysługuje mu w odniesieniu do tych części zamówienia status wykonawcy. Wskazywane przez odwołującego naruszenia ustawy Pzp związane z oceną ofert w tych częściach nie godzą w interes odwołującego w uzyskaniu danego zamówienia w tych częściach. Nieuzyskanie przez niego zamówienia jest bowiem wynikiem jego własnej decyzji biznesowej polegającej na niezłożeniu oferty na ww. części zamówienia, a nie skutkiem podnoszonych w odwołaniu naruszeń. Odwołanie pochodzące od podmiotu niebędącego wykonawcą i który nie ma interesu w uzyskaniu danego zamówienia i nie ponosi szkody w wyniku naruszeń przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp podlega odrzuceniu jako wniesione przez podmiot nieuprawniony na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp. Odwołanie w omawianej części podlegało zatem odrzuceniu. Jednakże, wobec braku możliwości wydania przez Izbę orzeczenia częściowego (w tym również postanowienia o odrzuceniu odwołania w części), w orzecznictwie Izby utrwalił się pogląd, iż wydanie postanowienia o odrzuceniu odwołania możliwe jest wyłącznie w przypadku, gdy żaden z podnoszonych przez wykonawcę zarzutów nie może być przez Izbę rozpoznany z powodów określonych w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. W przeciwnym wypadku Izba rozpoznaje odwołanie, z tym że zarzuty co do których zachodzą okoliczności wymienione w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp oddala się, bez merytorycznego ich rozpoznania. Wobec powyższego Izba oddaliła odwołanie w ww. części.

Odnosnie materialnoprawnych przesłanek wniesienia odwołania określonych w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp Izba uznała, iż odwołujący przesłanki powyższe spełnia jedynie w zakresie zarzutów odnoszących się do wskazywanych w odwołaniu naruszeń ustawy Pzp związanych z oceną oferty złożonej przez wykonawcę M..... K..... w części 2 zamówienia (leśnictwo Skrajna) i części 7 (leśnictwo Kiełpiński Most) oraz związanych z



oceną oferty złożonej przez wykonawcę J..... N..... w części 1 zamówienia (leśnictwo Rudzki Most).

Zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, prawo do wniesienia środka ochrony prawnej którym jest odwołanie przysługuje wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Dostrzeżenia wymaga, iż w świetle przywoływanego przepisu Izba z urzędu w każdej sprawie zobowiązana jest do badania interesu wykonawcy w uzyskaniu danego zamówienia. Interes w uzyskaniu zamówienia (legitymacja do wniesienia odwołania) jest przesłanką materialnoprawną, której brak skutkuje koniecznością oddalenia odwołania. Środki ochrony prawnej przysługują bowiem wykonawcom, którzy w momencie skorzystania z drogi odwoławczej mają ściśle skonkretyzowany w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp interes w ich wnoszeniu. Interes ten zaś musi być nakierowany na uzyskanie danego zamówienia. Badanie legitymacji do wniesienia odwołania ze swej istoty dotyczy momentu wniesienia odwołania. W tym momencie bowiem wykonawca podejmuje decyzję co do skorzystania ze środka ochrony prawnej.

Izba stwierdziła, że w częściach 2 i 7 zamówienia oferta wykonawcy M..... K..... została przez zamawiającego wybrana jako najkorzystniejsza, zaś oferta odwołującego została sklasyfikowana na drugim miejscu. Z kolei w części 1 zamówienia oferta wykonawcy J..... N..... została wybrana jako najkorzystniejsza, zaś oferta odwołującego została sklasyfikowana na drugim miejscu. Ewentualne potwierdzenie się zarzutu zaniechania czynności wykluczenia z postępowania i zaniechania czynności odrzucenia ofert wykonawców w tych częściach prowadziłoby do nakazania zamawiającemu wykonania tej czynności. Efektem tego może być uzyskanie przez odwołującego zamówienia w części 1, 2 i 7, której to możliwości na skutek zarzucanych naruszeń ustawy Pzp został pozbawiony. Niewątpliwie zatem zarzucane zamawiającemu zaniechania godzą w interes odwołującego w uzyskaniu danego zamówienia w części 1, 2 i 7. Ponadto nieuzyskując zamówienia ponosi szkodę wyrażającą się w utracie korzyści, jakie wiążą się z uzyskaniem zamówienia. Powyższe wyczerpuje przesłanki z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp,

Dostrzec jednocześnie należy, iż odwołujący nie wykazał przesłanek z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp w zakresie zarzutów naruszeń ustawy Pzp związanych z oceną oferty złożonej przez wykonawcę M..... K..... w części 5 (leśnictwo Żółwiniec Szkółka) i części 10 (leśnictwo Wymysłowo).

W przypadku części 5 i 10 zamówienia, oferta odwołującego została przez zamawiającego wybrana jako najkorzystniejsza, zaś oferta wykonawcy M..... K..... została sklasyfikowana na drugim miejscu. Wykonawca M..... K..... nie

kwestionował w drodze własnego odwołania prawidłowości oferty złożonej przez odwołującego. Zatem wskazany interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody – w zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania przez zamawiającego czynności wykluczenia z postępowania wykonawcy M..... K..... i odrzucenia jego oferty w tych częściach - nie występuje. Niezależnie bowiem od uznania bądź nieuznania zasadności powyższych zarzutu, w okolicznościach niniejszej sprawy, oferta odwołującego pozostaje ofertą najkorzystniejszą w części 5 i 10. W tej sytuacji wszelkie zarzuty i wnioski kierowane w odniesieniu do oferty wykonawcy, który złożył ofertę droższą, nie rzutują na sytuację odwołującego w sposób, który mógłby spowodować naruszenie lub zagrożenie jego interesu w uzyskaniu tego konkretnego zamówienia i skutkować poniesieniem lub możliwością poniesienia szkody – wykluczenie bądź zaniechania wykluczenia oraz odrzucenie bądź zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę M..... K....., którego oferta okazała się droższa od oferty odwołującego w analizowanych częściach zamówienia pozostaje dla niego indyferentne. Interes w uzyskaniu danego zamówienia, o którym mowa w tym przepisie, nie obejmuje czuwania nad prawidłowością przebiegu postępowania, jeżeli pozostaje to bez wpływu na status odwołującego w postępowaniu i możliwość uzyskania przez niego danego, konkretnego zamówienia.

Z analogicznych względów odwołujący nie wykazał również przesłanek z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp w zakresie zarzutów odnoszących się do wskazywanych w odwołaniu naruszeń ustawy Pzp związanych z oceną oferty złożonej przez wykonawcę J..... N..... w części 5. W przypadku części 5 zamówienia, oferta odwołującego została przez zamawiającego wybrana jako najkorzystniejsza, zaś oferta wykonawcy J..... N..... została sklasyfikowana na trzecim miejscu. Również wykonawca J..... N..... nie kwestionował w drodze własnego odwołania prawidłowości oferty złożonej przez odwołującego.

Biorąc powyższe pod uwagę należało stwierdzić, iż odwołujący w zakresie ww. zarzutów nie wykazał żadnej z przesłanek dopuszczalności wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Powyższe skutkuje koniecznością oddalenia zarzutów bez merytorycznego ich rozpoznania.

Mając na uwadze przedstawione rozważania Izba stwierdziła, że rozpoznaniu merytorycznemu mogą podlegać wyłącznie zarzuty naruszeń ustawy Pzp związanych z oceną oferty złożonej przez wykonawcę M..... K..... w części 2 zamówienia (leśnictwo Skrajna) i części 7 (leśnictwo Kiełpinski Most) i z oceną oferty złożonej przez wykonawcę J..... N..... w części 1 zamówienia (leśnictwo Rudzki Most).

Izba, rozpoznając odwołanie, uznała je za zasadne.

Odwołujący w odwołaniu podniósł, że ww. wykonawcy nie wykazali warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia opisanego w pkt 6.1.3. SIWZ. Wywiódł, że pomimo to, zamawiający nie wezwał ich w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie ww. warunku udziału w postępowaniu, co - w razie nieuzupełnienia braków – prowadziłoby do konieczności wykluczenia ich z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

Zamawiający zaś, w odpowiedzi na odwołanie z 22 stycznia 2014 r. przyznał, że nie wykonawcy nie wykazali warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, opisanego w pkt 6.1.3 SIWZ. Zamawiający oświadczył bowiem w ww. piśmie, że *„jest przekonany, iż wykonawcy by spełnili przedmiotowy warunek, lecz nie miał możliwości jego dalszej weryfikacji ze względu na pierwotny błąd w postępowaniu”*. Jednocześnie zamawiający wywiódł, że nie mógł wezwać wykonawców do uzupełnienia dokumentów na tej podstawie, gdyż naraziłby się na zarzut nierównego traktowania wykonawców. Podniósł, że ogłoszenie o zamówieniu opublikowane dnia 7 listopada 2013 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2013/S 216-376184 nie zawierało warunku określonego w art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp dotyczącego osób zdolnych do wykonania zamówienia. Wskazał, że był to błąd zamawiającego, który został spostrzeżony dopiero po otwarciu ofert. Zaś na etapie badania ofert zamawiający nie miał już możliwości zmiany warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający podniósł również, że w jego ocenie brak jest podstaw do unieważnienia postępowania.

Izba ustaliła, że w pkt 6.1.3. SIWZ zamawiający opisał warunek udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Wskazał, że w postępowaniu mogą wziąć udział wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp dotyczące dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Dokonał w SIWZ opisu sposobu, jaki będzie badał spełnienie tego warunku uznając, że wykonawcy, w zakresie części 1-11 zamówienia, muszą dysponować osobami, które posiadają uprawnienia operatorów pilarek, operatorów harvesterów, operatorów maszyn zrywkowych wyposażonych w dźwigi, kierowców ciągników – odpowiednio do wykazanego potencjału technicznego to jest: 2000 m<sup>3</sup> pozyskania – 1 pilarka – 1 operator pilarki (pilarz), 20000 m<sup>3</sup> pozyskania – 1 harvester – przynajmniej 1 operator.

Nie było również sporne pomiędzy stronami, że zamawiający zaniechał dokonania opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu w ogłoszeniu o zamówieniu, jakie opublikował w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, jak

również w ogłoszeniu o zamówieniu, jakie zamieścił w miejscu publicznie dostępnym w swojej siedzibie.

*Przywołany przez odwołującego przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp stanowi, że zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.*

Jak wynikało z odpowiedzi na odwołanie, nie było pomiędzy stronami spornym, że obaj wykonawcy nie wykazali spornego warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, opisanego w pkt 6.1.3. SIWZ. Jak wynika z przywołanego przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, zasadą w takiej sytuacji jest wzywanie wykonawcy do uzupełnienia brakujących dokumentów składanych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Jednakże z tego samego przepisu wynika, że obowiązek zamawiającego odpada w sytuacji, gdy konieczne jest unieważnienie postępowania. W tej sytuacji Izba, rozpoznając zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, zobligowana była do zbadania, czy postępowanie o udzielenie zamówienia nie podlega unieważnieniu na podstawie którejkolwiek z przesłanek wynikających z art. 93 ustawy Pzp. Izba oceniła pod ww. kątem czy akcentowana przez zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie rozbieżność pomiędzy treścią SIWZ a ogłoszeniem o zamówieniu wyrażająca się w tym, że warunek udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia opisano wyłącznie w SIWZ, a nie opisano w ogłoszeniu o zamówieniu, wypełnia dyspozycję przepisu art. 93 ustawy Pzp.

Kwestię obowiązków zamawiającego, odnośnie publikacji opisu warunków udziału w postępowaniu, dokonanego w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, rozstrzygają przepisy art. 22 ust. 3, 36 ust. 1 pkt 5 i art. 41 pkt 7 ustawy Pzp. Stosownie do art. 22 ust. 3 ustawy Pzp, opis sposobu dokonania oceny spełnienia warunków zamieszcza się w ogłoszeniu o zamówieniu. Ponadto, zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawiera m.in. warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełnienia tych warunków. Wreszcie, w myśl art. 41 pkt 7 ustawy Pzp, ogłoszenie o zamówieniu w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego zawiera m.in. warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełnienia tych warunków. Izba stwierdziła, że użyte przez ustawodawcę w powołanych przepisach sformułowania „opis sposobu dokonywania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu” są identyczne. Powyższe musi prowadzić do

jednoznacznego wniosku, że opis ten musi być jednakowy w obu dokumentach, to jest zarówno w ogłoszeniu o zamówieniu, jak i w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Stanowisko to jest również jednolicie prezentowane w orzecznictwie Izby i sądów okręgowych. *Obowiązkiem zamawiającego jest umieszczenie w ogłoszeniu i siwz warunków udziału w postępowaniu. Jednak powinien pamiętać, że wymagania zawarte w ogłoszeniu nie mogą być rozszerzane bądź zawężane w treści siwz. Mogłoby to mieć bezpośredni wpływ na zachowania wykonawców w zakresie podjęcia przez nich decyzji o udziale w postępowaniu* (wyrok Sądu Okręgowego w Łodzi z 8 listopada 2007 r.; sygn. akt X Ga 337/07, dostępny na stronie internetowej [uzp.gov.pl](http://uzp.gov.pl)).

Dostrzeżenia wymaga również, że na gruncie ustawy Pzp nie sposób uznawać któregoś z ww. dokumentów za istotniejszy. Stanowisko takie było już prezentowane w orzecznictwie Izby. W wyroku Izby z 2 czerwca 2010 r., wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 939/10, wyrażono pogląd, że *Z kolei ustawa nie pozwala na przyjęcie prymatu zapisów siwz nad treścią ogłoszenia. Są to dokumenty, które powinny być ze sobą spójne i w sposób jednakowy opisywać sposób oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.*

W tym samym wyroku wskazano również, że *Zamawiający powinien dochować należytej staranności sporządzając obydwa dokumenty przede wszystkim dbając o zachowanie przywołanych zasad. Wszelkie rozbieżności między siwz i ogłoszeniem należy interpretować w sposób, który zagwarantuje ich realizację. W ocenie Izby niejasności czy błędy w przygotowywanych przez Zamawiającego dokumentach nie mogą prowadzić do rozstrzygnięć niekorzystnych dla wykonawców działających w dobrej wierze zgodnie z wytycznymi Zamawiającego.*

Skład orzekający Izby w tej sprawie w pełni podzielając ww. pogląd, dokonał analizy skutków opisanej rozbieżności pomiędzy ogłoszeniem o zamówieniu a SIWZ dla zachowania zasad postępowania, w tym zwłaszcza zasady równego traktowania wykonawców i zasady jawności postępowania. Podkreślenia wymaga, że wykonawcy zapoznając się tylko z ogłoszeniem o zamówieniu mogą podjąć decyzję o wzięciu udziału w postępowaniu albo - widząc zbyt małe szanse na wygranie postępowania - mogą podjąć decyzję o nie braniu udziału w postępowaniu. Analogicznie mogą postąpić wykonawcy, którzy swą decyzję o wzięciu udziału w postępowaniu podejmować będą wyłącznie na podstawie treści SIWZ wychodząc z założenia, że przepisy nakładają na zamawiającego obowiązek zachowania jej zgodności z brzmieniem ogłoszenia o zamówieniu. Nie ulega również wątpliwości, że informację o warunkach udziału w postępowaniu należy uznać za jedną z najbardziej istotnych z punktu widzenia wykonawców. Zamawiający określa bowiem w ten sposób krąg potencjalnych wykonawców, którzy mogą ubiegać się o udzielenie zamówienia. W związku z tym rozbieżność między ogłoszeniem o zamówieniu a specyfikacją w zakresie opisu warunku udziału w postępowaniu polegająca na tym, że w ogłoszeniu takiego opisu brak, a

znajduje się on w SIWZ, nie może być uznana za niemającą wpływu na wynik postępowania. Nie można wykluczyć bowiem sytuacji, że istnieją takie podmioty, które uznały na podstawie analizy SIWZ, że nie są zainteresowane braniem udziału w postępowaniu, gdyż nie będą w stanie warunku wykazać. Te same podmioty, przy braku opisu warunku w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, co wynika z ogłoszenia o zamówieniu, mogłyby być zainteresowane złożeniem ofert.

W tej sytuacji, w ocenie Izby, zaktualizowała się przesłanka obligująca zamawiającego do unieważnienia postępowania, o której mowa w art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Przywołany przepis ustawy Pzp stanowi, że *Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli (...) postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.* Ww. regulacja odsyła do art. 146 ustawy Pzp, w którym wymienione są przypadki naruszenia ustawy powodujące konieczność unieważnienia umowy. W myśl art. 146 ust. 6 powodem unieważnienia umowy jest *dokonanie przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania.* W ocenie Izby, dokonanie przez zamawiającego diametralnie rozbieżnego opisu warunków udziału w postępowaniu w ogłoszeniu o zamówieniu i w SIWZ, które nastąpiło z obrazą art. 22 ust. 3, 41 pkt 7 i 36 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp z pewnością mogło wywrzeć wpływ na wynik postępowania. Jednocześnie za całkowicie chybione należało uznać stanowisko zamawiającego, przedstawione w odpowiedzi na odwołanie, zgodnie z którym usunięcie opisanej wady postępowania miałyby nastąpić poprzez odstąpienie od weryfikowania w toku badania ofert warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, opisanego w pkt 6.1.3 SIWZ. Takie zachowanie – wbrew stanowisku zamawiającego - nie doprowadzi bowiem do sanowania naruszenia zasady równego traktowania wykonawców w postępowaniu, ani zasady jawności postępowania. Podkreślenia wymaga, że zasada równego traktowania wykonawców, której mowa w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, wyraża się w konieczności równego traktowania wykonawców na wszystkich etapach postępowania, a nie tylko na etapie badania ofert. Obowiązek równego traktowania dotyczy wszystkich wykonawców, a zatem i takich, którzy wskutek wady postępowania nie zdecydowali się złożyć własnej oferty, ze względu na wadliwe brzmienie SIWZ. Powtórzyć bowiem należy, że nie można wykluczyć, iż zamówienia nie uzyskałyby inne podmioty, które zaniechały złożenia oferty z uwagi na warunek udziału w postępowaniu opisany w SIWZ, a którego nie opisano w ogłoszeniu. Zatem odstąpienie od badania spornego warunku na etapie badania ofert nie doprowadzi do sytuacji, w której potencjalni wykonawcy, którzy nie złożyli własnej oferty, będą mogli wziąć udział w postępowaniu.

Ponieważ modyfikacja SIWZ, a więc i rezygnacja z opisanego w specyfikacji warunku udziału w postępowaniu, możliwa jest tylko do upływu terminu składania ofert (art. 38 ustawy Pzp), zatem wadę postępowania, na obecnym jego etapie, należało uznać nie tylko za istotną w stopniu, który mógł wywrzeć wpływ na wynik postępowania, ale i za nieusuwalną. Co do konieczności unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zbliżonym stanie faktycznym wypowiedziała się Izba w wyroku z dnia 8 lipca 2013 r., wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 1512/13 (dostępny na stronie [uzp.gov.pl](http://uzp.gov.pl)). W wyroku tym Izba, rozstrzygając w kwestii rozbieżności pomiędzy opisem kryteriów oceny ofert zamieszczonym w SIWZ a opisem w ogłoszeniu o zamówieniu uznała, że sytuacja ta wypełnia dyspozycję ww. przepisu.

Reasumując zatem, Izba, biorąc za podstawę orzekania ustalony w sprawie stan faktyczny, nie będąc związana żądaniami odwołania, nakazała zamawiającemu wykonanie czynności unieważnienia postępowania, której obowiązany był on dokonać w myśl art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Izba nakazała wykonanie ww. czynności jedynie w stosunku do części 1, 2 i 7 zamówienia, tj. tych części zamówienia, w stosunku do których skutecznie wniesiono odwołanie.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co ze wskazanych wyżej względów miało miejsce w niniejszej sprawie.

Biorąc powyższe pod uwagę, na podstawie art. 192 ust. 1 oraz art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238).

Izba uwzględniła koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego, na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy, stosownie do brzmienia § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b powołanego rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów, ograniczając wysokość wynagrodzenia do kwoty 3600,00 zł, maksymalnie dopuszczalnej w myśl ww. przepisów.

**Przewodniczący:** .....