

WYROK
z dnia 22 lutego 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Rams

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **20 lutego 2019 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **7 lutego 2019 r.** przez wykonawcę **S. S.** prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą **Usługi Leśne S. S., Sulejów**,

w postępowaniu prowadzonym przez **Lasy Państwowe, Nadleśnictwo Kolumna**, przy udziale wykonawców **K. R. i L. K.** prowadzących działalność gospodarczą pod nazwą **Firma Handlowo-Usługowa UNILAS S.C. K. R., L. K.** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę S. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Leśne S. S., Sulejów i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę S. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Leśne S. S., Sulejów tytułem wpisu od odwołania.

2.2. zasądza od wykonawcy S. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Leśne S. S., Sulejów na rzecz zamawiającego Lasów Państwowych - Nadleśnictwo Kolumna kwotę 3 600,00 (słownie: trzech tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 24 sierpnia 2017 r., poz. 1579 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 Sieradzu**.

Przewodniczący:

.....

Sygn. akt: KIO 218/19

UZASADNIENIE

W dniu 7 lutego 2019 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy S. S. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Leśne S. S. (dalej „**Odwołujący**”) zarzucając zamawiającemu Skarbowi Państwa - Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Kolumna (dalej „**Zamawiający**”) naruszenie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na usługi z zakresu gospodarki leśnej zgodnie z określeniem w art. 6 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 28 września 1991 r. o lasach obejmujące prace z zakresu hodowli i ochrony lasu, ochrony przeciwpożarowej, pozyskania i zrywki drewna oraz pracach w Ośrodku Hodowli Zwierzyny, pracach z zakresu nasiennictwa oraz wyprzedzającego i specjalistycznego przygotowania gleby do wykonania na terenie Nadleśnictwa Kolumna w latach 2019 - 2022 prowadzonego przez Skarb Państwa - Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Kolumna [przedmiot zamówienia określony przez Skarb Państwa - Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Kolumna jako „Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Kolumna w latach 2019 - 2022”, w zakresie części 5, 6, 8 (dalej jako „postępowanie”, „przedmiot zamówienia” lub „zamówienie”)

i) zaniechaniu przez Zamawiającego unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia w zakresie części 5, 6 i 8 w sytuacji gdy postępowanie to zostało przygotowane i przeprowadzone w sposób niezapewniający

zachowania uczciwej konkurencji, niezgodnie z zasadami proporcjonalności a także w sposób niezabezpieczający i naruszający interes publiczny;

- ii) zaniechaniu odrzucenia oferty Firmy Handlowo - Usługowej Unilas s.c. K. R., L. K., która to oferta została wybrana przez Zamawiającego jako najkorzystniejsza w części 5,6 i 8, podczas gdy oferta ta naruszała bezpieczeństwo publiczne, a ponadto jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego na usługi z „zakresu gospodarki leśnej zgodnie z określeniem w art. 6 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 28 września 1991 r. o lasach obejmujące prace z zakresu hodowli i ochrony lasu, ochrony przeciwpożarowej, pozyskania i zrywki drewna oraz pracach w Ośrodku Hodowli Zwierzyny, pracach z zakresu nasiennictwa oraz wyprzedzającego i specjalistycznego przygotowania gleby do wykonania na terenie Nadleśnictwa Kolumna w latach 2019 - 2022 zatytułowanego, jako „Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Kolumna w latach 2019 - 2022” (dotyczy części 5,6,8 zamówienia).

Odwolujący zaskarżonym czynnościom i zaniechaniom zarzucił naruszenie norm zawartych w przepisach:

- 1) art. 93 ust. 1 pkt 7 i ust 2 p.z.p. w zw. z art. 7 ust 1 i 3 p.z.p. w zw. z art. 22 ust 1a p.z.p. w zw. z art. 33 ust 1 ustawy z dnia 28 września 1991 r. o lasach w zw. z § 6 Statutu Państwowego Gospodarstwa Leśnego Lasy Państwowe w zw. z art. 146 ust. 6 p.z.p. w zw. z art. 58 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 Kodeks cywilny (dalej jako: „k.c.”) wobec zaniechania unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia w sytuacji, gdy Zamawiający świadomie przygotował i przeprowadził postępowanie w sposób sprzeczny z wytycznymi Dyrektora Generalnego Lasów Państwowych określonymi w decyzji nr 148 z dnia 30 lipca 2018 r. w sprawie udostępniania jednolitych wzorów dokumentów dotyczących zamawiania usług leśnych z zakresu gospodarki leśnej w jednostkach organizacyjnych Lasów Państwowych, które nakładają na te jednostki obowiązek badania sytuacji finansowej wykonawcy, a także w sposób niezgodny z zasadami proporcjonalności do przedmiotu zamówienia, niezabezpieczający interesu publicznego i środków publicznych wobec jego przeprowadzenia bez jakiegokolwiek badania sytuacji finansowej wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia w sytuacji, gdy Zamawiający zamierzał przeznaczyć za sfinansowanie zamówienia w zakresie tylko samej części 5,6 i 8 kwotę 13.196.713,60 zł, w efekcie czego dokonał wyboru oferty wykonawcy, który posiada zaległości finansowe wobec ZUS na łączną kwotę 1.017.656,60 zł, a wykonawca ten wykazał, czy posiada środki finansowe na wykonanie zlecenia;
- 2) art. 93 ust. 1 pkt 7 i ust. 2 p.z.p. w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 p.z.p. w zw. z art. 22 ust. 1a p.z.p. art. 7 ust. 1 i 3 p.z.p. w zw. z art. 147 ust. 1 w zw. z 150 ust. 2 p.z.p. w zw. z art. 45 ust. 1, 3 i 5 p.z.p. w zw. z art. 58 § 1 k.c. w zw. z art. 33 ust. 1 ustawy z dnia 28 września 1991 r. o lasach w zw. z § 6 Statutu Państwowego Gospodarstwa Leśnego Lasy Państwowe w zw. z art. 5 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. w zw. z art. 146 ust. 6 p.z.p. w zw. z art. 58 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 Kodeks cywilny (dalej jako: „k.c.”) wobec zaniechania unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia w sytuacji, gdy postępowanie zostało przygotowane i przeprowadzone w sposób niezgodny z zasadami proporcjonalności do przedmiotu zamówienia a także w sposób sprzeczny i niezabezpieczający interesu publicznego wobec przyjęcia zabezpieczenia wykonania umowy na poziomie 0,5%, a także wobec określenia wadium na poziomie 0,2%, tj. na poziomie nieadekwatnym do wartości i przedmiotu zamówienia;
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 3 p.z.p. w zw. z art. 7 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 3 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 2003 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zw. z art. 91 ust. 1, 2 i 3 p.z.p. w zw. z art. 33 ust. 1 ustawy z dnia 28 września 1991 r. o lasach w zw. z § 6 Statutu Państwowego Gospodarstwa Leśnego Lasy Państwowe wobec zaniechania unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia w sytuacji, gdy Zamawiający świadomie przygotował i przeprowadził postępowanie w sposób sprzeczny z wytycznymi Dyrektora Generalnego Lasów Państwowych określonymi w decyzji nr 148 z dnia 30 lipca 2018 r. w sprawie udostępniania jednolitych wzorów dokumentów dotyczących zamawiania usług leśnych z zakresu gospodarki leśnej w jednostkach organizacyjnych Lasów Państwowych, które wskazują, że przy wyborze oferty jednostki te stosują kryterium ceny oraz kryterium samodzielnej realizacja kluczowych elementów (części) zamówienia, a także wobec dokonania przez Zamawiającego wyboru oferty z uwzględnieniem kryterium terminu płatności, które nie odnosi się do przedmiotu zamówienia a ponadto dotyczy kryterium, które odnosi się do właściwości wykonawcy, a jako takie jest sprzeczne z ustawą;
- 4) art. 89 ust. 1 pkt 3 p.z.p. w zw. z pkt. 11.6 i 11.19 Specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zw. z art. 7 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 3 ust. 1 i 2 oraz art. 10 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 2003 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji wobec wyboru oferty, która podlegała odrzuceniu z uwagi na fakt, że sposób jej złożenia, sprzeczny z warunkami określonymi w SIWZ stanowił czyn nieuczciwej konkurencji;
- 5) art. 91 ust. 1 i 3 p.z.p. w zw. z art. 7 ust. 3 p.z.p. w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 3 p.z.p. w zw. z art. 3 ust. 1 i 2 oraz art.

10 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 2003 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zw. z art. 6 i 9 ust. 1 i 2 pkt 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów poprzez dokonanie wyboru oferty wykonawcy, który zaoferował warunki stanowiące czyn nieuczciwej konkurencji wobec zaoferowania niezasadnie długiego terminu płatności za wykonywane zlecenia, co powoduje, że oferta ta powinna zostać odrzucona; względnie,

6)art. 89 ust. 1 pkt 7d p.z.p. w zw. z art. 147 w zw. z 150 ust. 2 i 3 p.z.p. w zw. z art. 45 ust. 1, 3 i 5 p.z.p. wobec wyboru oferty, która podlegała odrzuceniu, jako nieważna wobec tego, że naruszała bezpieczeństwo publiczne z uwagi na fakt, że wykonawca nie tylko nie wykazał, że jego sytuacja finansowa pozwala na prawidłowe wykonanie zlecenia proporcjonalnie do wysokości jego zamówienia, ale wręcz posiadał zaległości względem ZUS na kwotę przekraczającą ponad milion złotych, a także która nie dawała należytego zabezpieczenia wykonania umowy w stosunku do wartości i przedmiotu zamówienia;

Odwolujący wniósł o: (i) uwzględnienie odwołania w całości; (ii) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty, a w ramach powtórzonych czynności nakazanie Zamawiającemu unieważnienia przetargu na Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Kolumna w latach 2019 - 2022" (dotyczy części 5,6,8 zamówienia); względnie (iii) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty a w ramach powtórzonych czynności nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty złożonej przez Firmę Handlowo-Usługową Unilas s.c. K. R., L. K. względnie, (iv) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty, a w ramach powtórzonych czynności nakazanie Zamawiającemu przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zgodny z zasadami proporcjonalności oraz z wytycznymi Dyrektora Generalnego Lasów Państwowych określonymi w decyzji nr 148 z dnia 30 lipca 2018 r. w sprawie udostępniania jednolitych wzorów dokumentów dotyczących zamawiania usług leśnych z zakresu gospodarki leśnej w jednostkach organizacyjnych Lasów Państwowych oraz załącznikach do decyzji; (v) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania w tym kosztów zastępstwa procesowego w kwocie 3.600 zł.

Odwolujący na podstawie art. 190 ust. 1 i 3 oraz § 4 ust. 1 pkt 8 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań, wnosimy o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów celem potwierdzenia okoliczności podniesionych w odwołaniu, tj. dowodu z:

1.zeznań świadka: A. K. (wezwanie na adres: Dyrekcja Generalna Lasów Państwowych, ul. Grójecka 127, 02-124 Warszawa) na okoliczność: określenia przez organ nadzorujący działalność nadleśnictw wytycznych zapewniających prawidłowy przebieg postępowania, uzasadnienia i celowości wprowadzenia wymogu badania sytuacji finansowej wykonawców przystępujących do przetargu na wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej; skutków dla interesu publicznego zaniechań Zamawiającego w omawianym zakresie a także ewentualnych okoliczności, które mogą uzasadniać odstąpienie od badania sytuacji finansowej wykonawców w tego rodzaju przetargach;

2.zeznań świadka: A. P. (wezwanie na adres: Lasy Państwowe Nadleśnictwo Kolumna, ul. Leśników Polskich 1 c, 98-100 Łask) na okoliczność: wiedzy Zamawiającego o wydanej przez Dyrektora Generalnego Lasów Państwowych decyzji nr 148 z dnia 30 lipca 2018 r., przyczyn niezastosowania się do tych wytycznych Dyrektora Generalnego Lasów Państwowych; okoliczności uzasadniających odstąpienie od badania

~ sytuacji finansowej wykonawców pomimo wytycznych nakazujących zabezpieczać w ten właśnie sposób interes publiczny, a tym samym przyczyn zorganizowania i przeprowadzenia przetargu w sposób niezabezpieczający należycie interesu publicznego;

3.dokumentów załączonych do odwołania, tj.

a.oświadczenia Odwołującego z dnia 6 lutego 2019 r. na okoliczność: daty powzięcia przez Odwołującego wiedzy o wydaniu i treści decyzji nr 148 Dyrektora Generalnego

Lasów Państwowych z dnia 30 lipca 2018 r. i załącznikach do decyzji,

b.zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej w postępowaniu NZ.270.1.2.2018 przeprowadzonym przez Nadleśnictwo Piotrków z siedzibą w Łęczynie;

c.specyfikacji istotnych warunków zamówienia do postępowania NZ.270.1.2.2018;

d.informacji z Banku BGŻ BNP Paribas z dnia 24 października 2018 r. o kwocie posiadanych środków przez Odwołującego na rachunku bankowym, złożonej na potrzeby postępowania nr NZ.270.1.2.2018 przeprowadzonego przez Nadleśnictwo Piotrków z siedzibą w Łęczynie - na okoliczność: że sytuacja finansowa Odwołującego spełnia warunki do wyboru jego oferty w postępowaniach dotyczących zamówienia usług z zakresu gospodarki leśnej w jednostkach organizacyjnych Lasów Państwowych na warunkach określonych przez Dyrektora Generalnego Lasów Państwowych;

e.decyzji Dyrektora Generalnego Lasów Państwowych nr 148 z dnia 30 lipca 2018 r. w sprawie udostępniania jednolitych wzorów dokumentów dotyczących zamawiania usług leśnych z zakresu gospodarki leśnej w jednostkach organizacyjnych Lasów Państwowych, które nakładają na nadleśnictwa obowiązek badania sytuacji finansowej wykonawcy ;

- f.wzoru specyfikacji istotnych warunków zamówienia stanowiący załącznik do decyzji Dyrektora Generalnego Lasów Państwowych nr 148 z dnia 30 lipca 2018 r.;
- g.komentarza Dyrektora Generalnego Lasów Państwowych stanowiący załącznik do decyzji Dyrektora Generalnego Lasów Państwowych nr 148 z dnia 30 lipca 2018 r.;
- h.Specyfikacji istotnych warunków zamówienia w postępowaniu nr ZG.270.2.1.2018 prowadzonym przez Nadleśnictwo Nowa Dęba;
- i.Specyfikacji istotnych warunków zamówienia w postępowaniu nr SA.270.2.8.2018 prowadzonym przez Nadleśnictwo Łosie;
- j.Specyfikacji istotnych warunków zamówienia w postępowaniu nr SA.270.30.2018.PN prowadzonym przez Nadleśnictwo Jabłonna;
- k.Specyfikacji istotnych warunków zamówienia w postępowaniu nr NZ.270.1.2.2018 prowadzonym przez Nadleśnictwo Piotrków z siedzibą w Łęcznie;
- l.Specyfikacji istotnych warunków zamówienia w postępowaniu nr ZP.270.NN.1.2018 prowadzonym przez Nadleśnictwo Kutno;
- m.Specyfikacji . istotnych warunków zamówienia w postępowaniu nr ZG.270.16.2018 prowadzonym przez Nadleśnictwo Spała;
- n.Specyfikacji istotnych warunków zamówienia w postępowaniu nr ZP.270.4.2018 prowadzonym przez Nadleśnictwo Kamienna Góra;
- o. Specyfikacji istotnych warunków zamówienia w postępowaniu nr NB.270.15.2018 prowadzonym przez Nadleśnictwo Oborniki;
- p. Specyfikacji istotnych warunków zamówienia w postępowaniu nr S.270.4.7.2018.ET prowadzonym przez Nadleśnictwo Augustów dokumenty na okoliczność: że postępowanie w niniejszej sprawie zostało świadomie przygotowane i przeprowadzone przez Zamawiającego w sposób sprzeczny z wytycznymi mającymi na celu zapewnienie prawidłowego przeprowadzenia postępowań z zakresu zamówień publicznych przez jednostki organizacyjne Lasów Państwowych na terenie całego kraju, a tym samym na okoliczność, że postępowanie w niniejszej sprawie zostało przeprowadzone przez Zamawiającego w sposób zagrażający a wręcz naruszający interes publiczny, naruszający zasady proporcjonalności względem przedmiotu i wartości zamówienia oraz zasady gospodarności i celowości w wydatkowaniu środków publicznych, a w konsekwencji na okoliczność, że postępowanie to powinno zostać unieważnione.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów Odwołujący wskazał, że o istotnych podstawach, które uzasadniają unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia wobec przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezgodny z zasadami proporcjonalności, sprzeczny z wytycznymi organu nadzorującego działalność nadleśnictw określającymi, w jaki sposób należy przeprowadzać postępowania o udzielenie zamówienia na wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej, aby zabezpieczyć należycie interes publiczny, Odwołujący powziął wiedzę w dniu 1 lutego 2019 r., tj. z dniem powzięcia wiedzy o wydaniu przez Dyrektora Generalnego Lasów Państwowych decyzji nr 148 z dnia 30 lipca 2018 r. w sprawie udostępniania jednolitych wzorów dokumentów dotyczących zamawiania usług leśnych z zakresu gospodarki leśnej w jednostkach organizacyjnych Lasów Państwowych oraz o załącznikach do tej decyzji, w postaci specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz komentarza do specyfikacji i do umowy i treści tych dokumentów, które nakładają na jednostki organizacyjne Lasów Państwowych - w tym wypadku na Zamawiającego - obowiązek badania sytuacji finansowej wykonawców w celu należytego zabezpieczenia wykonania kontraktu, a także stosowanie przy ocenie ofert kryteriów: 1) ceny i 2) samodzielnej realizacji kluczowych elementów (części) zamówienia, tj. bez uwzględnienia kryterium terminu płatności, które zastosowano w niniejszej sprawie. Dowód: oświadczenie Odwołującego z dnia 6 lutego 2019 r.

Odwołujący wskazał, że w chwili przystępowania do postępowania, a także w trakcie jego prowadzenia nie miał wiedzy o decyzji Dyrektora Lasów Państwowych nr 148. Dokument ten nie był skierowany do wykonawców, przez co nie można od nich zasadnie oczekiwać wiedzy na ich temat. Dokument ten został skierowany do jednostek organizacyjnych Lasów Państwowych, a załączniki miały charakter dokumentów wewnętrznych, stąd też nie można było oczekiwać powszechnej wiedzy na ich temat. To podmiot publiczny, jakim jest jednostka organizacyjna Lasów Państwowych - Nadleśnictwo Kolumna, zobowiązany był do zapoznania się z tym dokumentem i załącznikami oraz do ich stosowania, tak jak polecił organ nadrzędny - Dyrektor Lasów Państwowych, który kieruje Lasami Państwowymi (art. 33 ust. 1 ustawy o lasach). Stąd też termin do zakwestionowania czynności polegającej na zaniechaniu unieważnienia postępowania wobec jego przeprowadzenia niezgodnie z tymi wytycznymi, a tym sposób naruszający interes publiczny na skutek czego postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, zaczął biec od powzięcia przez Odwołującego wiedzy o powyższych okolicznościach, o których nie miał wiedzy i której nie można było od niego obiektywnie oczekiwać na

wcześniejszym etapie postępowania.

Z uwagi na fakt, iż wartość zamówienia przekracza kwotę, od której uzależniony jest obowiązek przekazywania ogłoszeń do publikacji Urzędowi Publikacji UE dla przedmiotu zamówienia na usługi, stosownie do pouczenia zawartego w ogłoszeniu o zamówienie oraz mając na względzie art. 182 ust 3 p.z.p. termin na wniesienie odwołania na czynność zaniechania unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia upływa 11 lutego 2019 r.

W zakresie zaś terminu do zakwestionowania czynności zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez Firmę Handlowo - Usługową Unilas s.c. K. R., L. K., to należy wskazać, że o naruszeniu przepisów prawa w tym zakresie Odwołujący powziął wiedzę w dniu 28 stycznia 2019 r., gdy drogą elektroniczną zostało przesłane do niego zawiadomienie Zamawiającego o wyborze najkorzystniejszej oferty dla części 4,5,6 i 8 w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Kolumna w latach 2019 - 2022” - dotyczy części 4,5,6 i 8, z którego Odwołujący powziął wiedzę o wyborze oferty, która powinna podlegać odrzuceniu.

Uzasadnienie zarzutów

1. Uzasadnienie zarzutów 1,2,3,6

Zamawiający poprzez publikację w dniu 13.10.2018 r. ogłoszenia o zamówieniu, wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego mającego na celu zawarcie umowy na świadczenie usług z zakresu gospodarki leśnej zgodnie z określeniem w art. 6 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 28 września 1991 r. o lasach obejmujące prace z zakresu hodowli i ochrony lasu, ochrony przeciwpożarowej, pozyskania i zrywki drewna oraz pracach w Ośrodku Hodowli Zwierzyny, pracach z zakresu nasiennictwa oraz wyprzedzającego i specjalistycznego przygotowania gleby do wykonania na terenie Nadleśnictwa Kolumna w latach 2019 - 2022 zatytułowanego przez Zamawiającego jako „Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Kolumna w latach 2019 - 2022”. Przedmiot zamówienia został podzielony na następujące części (dalej: „Pakiet”):

Pakiet nr 1 -Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Leśnictwa Tuszyn i Szczukwin;

Pakiet nr 2 -Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Leśnictwa Rydzyny i Dąbrowa;

Pakiet nr 3 -Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Leśnictwa Dłutów,

Mogilno, Szkołka Leśna Drzewociny, OHZ Rydzyny;

Pakiet nr 4 -Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Leśnictwa Poleszyn, Kopyść i Dobroń;

Pakiet nr 5 -Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Leśnictwa Teodory, Sędziejowice i Luciejów;

Pakiet nr 6 -Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Leśnictwa Piaski, Andrzejów i Dębowiec;

Pakiet nr 7 - Przygotowanie gleby i rozdrabnianie pozostałości zrębowych w Leśnictwach Tuszyn, Rydzyny, Szczukwin, Dąbrowa, Dłutów i Mogilno;

Pakiet nr 8 - Przygotowanie gleby i rozdrabnianie pozostałości zrębowych w Leśnictwach Dobroń, Poleszyn, Kopyść, Teodory, Sędziejowice, Luciejów, Piaski, Andrzejów i Dębowiec; Pakiet nr 9 -Mechaniczne wykaszanie poboczy dróg leśnych w Nadleśnictwie.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wskazał, że wykonawca może złożyć ofertę na jeden lub większą ilość Pakietów. Oferta złożona na dany Pakiet musiała obejmować cały zakres prac przewidzianych w SIWZ dla tego Pakietu. Maksymalna ilość pakietów, na jaką Wykonawca może złożyć ofertę wynosiła 9. W terminie składania ofert na Pakiet nr 5,6 i 8 wpłynęły dwie oferty - Odwołującego i Firmy Handlowo - Usługowej Unilas s.c. K. R., L. K., której oferta została wybrana.

W dniu 17 stycznia 2019 r. Zamawiający, działając na podstawie art. 7 ust. 1 p.z.p. unieważnił czynność z dnia 7 stycznia 2019 r. polegającą na wyborze oferty najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu dla części 4,5,6 postępowania.

W dniu 17 stycznia 2019 r. Zamawiający, działając na podstawie art. 7 ust. 1 p.z.p. unieważnił czynność z dnia 7 stycznia 2019 r. polegającą na wyborze oferty najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu dla części 8 postępowania.

W związku z powyższym po przeprowadzeniu ponownego badania oferty, Zawiadamiający zawiadomił Odwołującego pismem z dnia 28 stycznia 2019 r. o wyborze najkorzystniejszej ofert dla części 4,5,6 i 8.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający określił dla poszczególnych Pakietów następujące szacunkowe wartości zamówienia (bez VAT):

a.Dla Pakietu nr 1 - 4 687 460.32 zł

b.Dla Pakietu nr 2 - 4 819 072.35 zł

c.Dla Pakietu nr 3 - 5 105 800.19 zł

d.Dla Pakietu nr 4 - 3 714 700,64 zł

e.Dla Pakietu nr 5 - 6 108 254.13 zł

f.Dla Pakietu nr 6 - 4 770 532.46 zł

g.Dla Pakietu nr 7 - 1 090 172,36 zł

h.Dla Pakietu nr 8 - 1 340 536,44 zł

i.Dla Pakietu nr 9 - 280 800,00 zł

Oznacza to, że szacowana wartość całego zamówienia wynosiła łącznie 31.917.329 zł. (bez VAT).

Odwołujący wskazał, że przed otwarciem ofert dotyczących części 4,5,6,8 Zamawiający podał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w tych Pakietach, tj.

a.Dla Pakietu 4 - 4.011.876,69 zł

b.Dla Pakietu 6 -5.152.019,75 zł

c.Dla Pakietu 5 - 6.596.914,46 zł

d.Dla Pakietu 8 -1.447.779,36 zł.

Łączna kwota, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w zakresie części 5,6,8 (objętych niniejszym odwołaniem) wynosiła więc 13.196.713,60 zł.

Dalej Odwołujący wskazał, że w części dotyczącej Pakietu 5,6,8 Zamawiający dokonał wyboru oferty Firmy Handlowo - Usługowej Unilas s.c. K. R., L. K.. Podmiot ten - jak wskazali wspólnicy spółki cywilnej w Standardowym Formularzu Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia - nie wywiązał się ze wszystkich obowiązków dotyczących płatności składek na ubezpieczenie społeczne. Łączna kwota zaległości tego podmiotu względem ZUS wynosi 1.017.656,60 zł. Zaległość ta została rozłożona na 36 miesięcznych rat, z terminem spłaty do 16 sierpnia 2021 r., na mocy umowy nr 164/2018 z dnia 20 września 2018 r. zawartej ZUS Oddział w Ostrowie Wielkopolskim na podstawie art. 29 ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych.

Odwołujący powołując się na treść art. 24 ust. 1 pkt 15 p.z.p. oraz art. 24 ust. 5 p.z.p. wskazał, że to nie naruszenie ww. przepisów stanowi podstawę zarzutów zgłoszonych względem przeprowadzonego przez Zamawiającego postępowania, bowiem w specyfikacji warunków zamówienia Zamawiający odstąpił od wykluczenia wykonawcy w przypadkach określonych w art. 24 ust. 5 p.z.p. Poza tym formalnie Firma Handlowo - Usługowa Unilas s.c. K. R., L. K. zawarła wiążące porozumienie w sprawie spłaty tych należności.

Odwołujący wskazał, że zarzuty niniejszego odwołania skupiają się wokół tego, że Zamawiający świadomie przygotował i przeprowadził postępowanie o udzielenie zamówienia, w którym nie zachował zasad uczciwej konkurencji, naruszył zasady proporcjonalności, naraził interes publiczny, naruszył zasady gospodarności i celowości przy wydatkowaniu środków, postępując świadomie wbrew wytycznym organu sprawującego nadzór nad Lasami Państwowymi - Dyrektora Generalnego Lasów Państwowych, który określił, według jakich zasad podległe mu jednostki organizacyjne - w tym Zamawiający - powinny przeprowadzać postępowania na udzielenie zamówienia z zakresu wykonywania usług z zakresu gospodarki leśnej. Tymczasem, Zamawiający ignorując te wytyczne a także konieczność należytego zabezpieczenia interesu publicznego, zorganizował przetarg tak, aby realizacja całego zamówienia, którego wartość szacowano na kwotę 31.917.329 zł, mogła zostać powierzona podmiotowi, który w ogóle nie został zbadany przez Zamawiającego pod kątem finansowym. Realizacja przetargu o tak znacznej wartości mogła więc zostać powierzona podmiotowi, który nie dysponuje żadnymi środkami finansowymi, a przynajmniej, który nie dysponuje środkami, które zważywszy na przedmiot zamówienia, gwarantowałyby jego należyte wykonanie.

Odwołujący wskazał - o czym powziął wiedzę w dniu 1 lutego 2019 r. - że działając na podstawie art. 33 ust. 1 ustawy z dnia 28 września 1991 r. o lasach w zw. z § 6 Statutu Państwowego Gospodarstwa Leśnego Lasy Państwowe - Dyrektor Generalny Lasów Państwowych sformułował jednolite wzory dokumentów przetargowych przez co określił ogólne wytyczne dla jednostek organizacyjnych Lasów Państwowych przeprowadzania przetargów z zakresu usług leśnych z zakresu gospodarki leśnej (znak sprawy: EZ.270.1.2018).

Statut nadany zarządzeniem nr 50 Ministra Ochrony Środowiska, Zasobów Naturalnych i Lennictwa z dnia 18 maja 1994 r. w § 6 stanowi, że w wykonywaniu zadań określonych przez ustawę o lasach oraz przepisy wykonawcze do ustawy, a także innych aktów prawnych, Dyrektor Generalny wydaje zarządzenia i decyzje obowiązujące w Lasach Państwowych. Dyrektor przygotował i udostępnił jednostkom organizacyjnym Lasów Państwowych jednolite wzory dokumentów, które jednostki te powinny wykorzystywać w procedurach przetargowych związanych z zamawianiem przez jednostki organizacyjne Lasów Państwowych usług wykonawstwa praż z zakresu gospodarki leśnej. W tym celu Dyrektor Lasów Państwowych przygotował specyfikację istotnych warunków zamówienia - aktualną do dnia 18 października 2018 r. (załącznik nr I do decyzji) oraz komentarz do SIWZ do umowy (załącznik nr III). Dyrektor w § 2.1. decyzji określił co prawda, że udostępnione wzory specyfikacji istotnych warunków zamówienia można adaptować do występujących indywidualnych potrzeb i uwarunkowań w poszczególnych jednostkach, jednakże ta adaptacja wytycznych nie oznacza, że jednostki organizacyjne są uprawnione lekceważyć czy postępować wbrew ustalonym ogólnie procedurom. Uznaniowość, która przyznana jest jednostkom organizacyjnym Lasów Państwowych przy przygotowywaniu i organizowaniu przetargu nie oznacza dowolności.

Odwołujący wskazał, że w chwili przystępowania do postępowania a także w trakcie jego prowadzenia nie miał wiedzy o

decyzji Dyrektora Lasów Państwowych. Dokument ten nie był skierowany do wykonawców i nie można od nich zasadnie oczekiwać wiedzy na ich temat. Dokument ten został skierowany do jednostek organizacyjnych Lasów Państwowych, a załączniki miały charakter dokumentów wewnętrznych, stąd też nie można oczekiwać powszechnej wiedzy na ich temat. To podmiot publiczny, jakim jest jednostka organizacyjna Lasów Państwowych - Nadleśnictwo Kolumna, zobowiązany był do zapoznania się z tym dokumentem i załącznikami oraz do jego stosowania, tak jak polecił organ nadzórny.

W ocenie Odwołującego nawet jeżeli przepisy prawa materialnego przyznają pewien zakres swobody jednostkom organizacyjnym podlegającym Dyrektorowi Lasów Państwowych, to nie można tej swobody utożsamiać z przyznaniem niczym nieograniczonego uznania i pełnej dowolności. Uznaniowość i dowolność na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych powinna się mieścić w granicach określonych w art. 7 ust. 1 u.p.z. tj. przetarg nie może być tak zorganizowany i przeprowadzony by naruszał zasady proporcjonalności, by był przeprowadzony w sposób nieodpowiedni dla przedmiotu i wartości zamówienia a także by naruszał interes publiczny. Są to cele nadrzędne każdego postępowania w sprawie zamówień publicznych i powinny być uwzględniane na każdym etapie postępowania z uwagi na specyfikę tego postępowania i podmiotów z udziałem, których przeprowadzane jest to postępowanie, a także - albo przede wszystkim - z uwagi na fakt że w postępowaniach tych wydatkowane są środki publiczne. Dyrektor Lasów Państwowych opracował ww. dokument w tym celu, aby we wszystkich jednostkach Lasów jednakowo były określone zasady przeprowadzania przetargów. Przyjęte we wzorze specyfikacji założenia mają charakter wytycznych, które określają sposób realizacji przez podległe mu jednostki - do których należy Zamawiający - postępowań o udzielenie zamówień publicznych na wykonawstwo usług leśnych dla wybranych prac z zakresu gospodarki leśnej.

W ocenie Odwołującego do tego sposobu przygotowania i przeprowadzenia przetargu nie zastosował się Zamawiający, narażając tym samym interesy Skarbu Państwa - Państwowego Gospodarstwa Leśnego Lasów Państwowych, a także środki publiczne na ich uszczuplenie. Nie można bowiem inaczej oceniać takiego przeprowadzenia przetargu, w którym Zamawiający - pomimo wiedzy o wytycznych - przy zamówieniu na kwotę około 32.000.000,00 zł odstępuje od badania sytuacji finansowej wykonawcy, dając tym samym wyraz swojemu nieuprawnionemu przekonaniu, że przy wyborze oferty na przetarg o tak wysokiej wartości (jeden podmiot mógł przecież hipotetycznie wygrać przetarg na wszystkie Pakiety) obojętna mu jest sytuacja finansowa wykonawcy, a tym samym, że przetarg na kwotę 32.000.000 zł może wygrać podmiot nie posiadający de facto żadnych środków finansowych (albo zdolności kredytowej). Takie podejście Zamawiającego przy przygotowywaniu i przeprowadzaniu przetargu pozostaje jednak niezgodne z tym, co polecił Dyrektor Generalny Lasów Państwowych, o czym Zamawiający wiedział, a do czego się nie zastosował.

W ocenie Odwołującego Dyrektor Lasów Państwowych wskazał jasno, że jednostka organizacyjna lasów państwowych powinna w przetargach organizowanych na wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej określać warunki udziału w postępowaniu odnoszące się do sytuacji finansowej wykonawców. Dyrektor Lasów Państwowych jednoznacznie określił nawet sposób w jaki należy badać sytuację finansową wykonawców uzależniając konkretne wymogi od wartości przedmiotu zamówienia. Dyrektor Lasów Państwowych mając więc na względzie zasadniczo wysoką i bardzo wysoką wartość zamówień na wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej, wskazał jednoznacznie, że konieczne jest badanie sytuacji finansowej wykonawców poprzez ustalenie, czy dysponują oni odpowiednimi środkami finansowymi lub zdolnością kredytową dla właściwej realizacji zadania. Oczywistym jest bowiem, że powierzenie zlecenia na tak wysokie kwoty powinno następować na rzecz takich podmiotów, które dają gwarancję ich należytego wykonania - również finansową. Przeprowadzenie przetargu, w którym odstępuje się od badania sytuacji finansowej wykonawców doprowadza do niebezpiecznej sytuacji z punktu widzenia wydatkowania środków publicznych i interesu Skarbu Państwa - Państwowego Gospodarstwa Leśnego Lasów Państwowych, która miała miejsce w niniejszej sprawie. Przetarg o wartości kilkunastu milionów złotych wygrał podmiot, który nie tylko nie wykazał, czy posiada zabezpieczenie finansowe na wykonanie zlecenia o tak dużej wartości, ale który posiadał zadłużenie publicznoprawne przekraczające kwotę 1.000.000 zł. Takie postępowanie Zamawiającego w sposób istotny zagraża interesowi publicznemu i wydatkowaniu środków publicznych.

Odwołujący wskazał, iż uzasadniając wydanie decyzji nr 148 i określenie wytycznych, które powinny stosować jednostki organizacyjne Lasów Państwowych, Dyrektor wskazał jasno, że „Opracowana dokumentacja opiera się na założeniu pełnej transparentności prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz zasadzie prowadzenia postępowania w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej konkurencji” (str. 2 komentarza do treści dokumentacji przetargowej). Dyrektor Lasów Państwowych wskazał, że Zamawiający winien określać wysokość środków finansowych (lub zdolności kredytowej) na poziomie 15 - 20 % rocznej wartości danego pakietu. Wartość tej kwoty powinna być określana na poziomie wydatków, jakie wykonawca musi ponieść na realizację zamówienia w pierwszych dwóch miesiącach realizacji umowy, w których pokrywa koszty wykonywania prac z własnych zasobów finansowych i może jeszcze nie otrzymywać wynagrodzenia od zamawiającego. Dyrektor zastrzegł również, że w sytuacji, w której Zamawiający wprowadzi krótszy okres rozliczania się z wykonawcą wówczas można zmniejszyć kwotę wymaganą w treści tego warunku.

Określony przez Dyrektora Generalnego Lasów Państwowych wzór specyfikacji istotnych warunków zamówienia jasno stanowi przy tym, że „Warunek w odniesieniu do sytuacji finansowej, zostanie spełniony, jeśli Wykonawca wykaże, że dysponuje środkami finansowymi lub zdolnością kredytową nie mniejszą niż:

I) dla Pakietu Izł

II) dla Pakietu _zł

Dowód:

1. Decyzja Dyrektora Generalnego Lasów Państwowych nr 148 z dnia 30 lipca 2018 r. w sprawie udostępniania jednolitych wzorów dokumentów dotyczących zamawiania usług leśnych z zakresu gospodarki leśnej w jednostkach organizacyjnych Lasów Państwowych, które nakładają na nadleśnictwa obowiązek badania sytuacji finansowej wykonawcy;

2. Wzór specyfikacji istotnych warunków zamówienia stanowiący załącznik do decyzji Dyrektora Generalnego Lasów Państwowych nr 148 z dnia 30 lipca 2018 r.;

3. Komentarz Dyrektora Generalnego Lasów Państwowych stanowiący załącznik do decyzji Dyrektora Generalnego Lasów Państwowych nr 148 z dnia 30 lipca 2018 r.

Zgodnie z art. 34 pkt 2c ustawy o lasach Dyrektor regionalnej dyrekcji Lasów Państwowych inicjuje, koordynuje oraz nadzoruje działalność nadleśniczych i kierowników jednostek organizacyjnych o zasięgu regionalnym. Dyrektor Generalny LP powoływany jest przez Ministra Środowiska. Kieruje całą organizacją Lasów Państwowych m.in. przez wydawanie zarządzeń i decyzji. Co prawda, niezorganizowane źródła prawa nie są ani źródłami prawa powszechnie obowiązującego, ani źródłami prawa wewnętrznego w rozumieniu Konstytucji, jednakże decyzje organów nadzorujących działalność podległych im jednostek nie mają dla nich irrelevantnego znaczenia, tym bardziej, że jak dowodzą załączone specyfikacje istotnych warunków zamówienia, inne Nadleśnictwa w kraju stosują się do tych wytycznych i przestrzegają wymogi badania sytuacji finansowej wykonawców. Jak wskazuje się w doktrynie na gruncie wyjaśnienia treści przepisów prawa w wytycznych „urzędowe wyjaśnienia przepisów mają charakter normatywny, w tym sensie, że określają sposób powinnego zachowania adresata normy powszechnie obowiązującego prawa. (...) akty urzędowej wykładni są swoistymi czynnościami o charakterze quasi—orzecznym kreującymi pewne ograniczone uprawnienia po stronie ich adresatów. (...) Należy także pamiętać, że wydawane przez niektóre organy administracji urzędowe wyjaśnienia przepisów prawa mogą w równym stopniu oddziaływać na zachowanie podmiotów na zewnątrz aparatu administracyjnego, jak i na organy administracji niższego stopnia (...) lub organy współpracujące (...). Z punktu widzenia definicji urzędowych wyjaśnień przepisów prawa nie ma znaczenia, czy są one wydawane na wniosek podmiotu zainteresowanego i odnoszą się do wybranego stanu faktycznego, czy też wydawane są z urzędu i mają charakter generalny. Wyjaśnienia indywidualne oraz wyjaśnienia abstrakcyjne spełniają taką samą rolę i mają podobny charakter prawny. Różnice proceduralne nie wpływają na istotę zjawiska (M. Błachucki, Urzędowe wyjaśnienia przepisów prawa wydawane przez organy administracji publicznej).

W ocenie Odwołującego mając na uwadze powyższe, wartość przedmiotu zamówienia, a także wyrażoną w art. 7 ust. 1 p.z.p. zasadę proporcjonalności i konkurencyjności, a nade wszystko fakt, że przetargi publiczne organizowane są przez podmioty publiczne, przez co jedną z podstawowych zasad ich przeprowadzania powinno stanowić należyte zabezpieczenie interesów Lasów Państwowych i wydatkowania środków publicznych, każdy zamawiający przeprowadzając przetarg powinien go tak zorganizować, aby osiągnąć najlepszy efekt ekonomiczny i finansowy w realizacji usług zleconych.

Odwołujący wskazał, że przygotowanie i przeprowadzenie przetargu w niniejszej sprawie obrazuje, że w sposób całkowicie bezzasadny, Zamawiający w ogóle nie dążył do osiągnięcia jak najlepszego efektu finansowego i zabezpieczenia interesu Skarbu Państwa - Państwowego Gospodarstwa Leśnego Lasów Państwowych. Powoduje to uzasadnioną wątpliwość, czy działanie to nie miało charakteru celowego - tj. czy celowo nie wyłączono badania sytuacji finansowej - w sposób sprzeczny z ogólnymi wytycznymi. Wyłączenie tego kryterium mogło bowiem pozwolić na uzyskanie zamówienia przez podmiot posiadający zadłużenie względem ZUS na kwotę ponad 1 mln zł. Może przy tym budzić wątpliwość, czy w takiej sytuacji podmiot ten dysponował środkami finansowymi albo zdolnością kredytową, która - stosownie do wytycznych Dyrektora Lasów Państwowych - powinna wynosić dla samego tylko Pakietu nr 5 - 229.059,53 zł, Pakietu nr 6 - 178.894,97 zł, Pakietu nr 8 - 50.270,12 zł. Przypomnieć należy, że ww. kwoty, to kwoty, którymi wykonawca powinien dysponować jedynie w zakresie 3, spośród 9 Pakietów.

Tymczasem, w ocenie Odwołującego, zbadanie przez Zamawiającego zdolności finansowej oferentów całkowitej takiej wartości zamówienia przekraczającego 32 mln złotych, a także w świetle wytycznych Dyrektora Lasów Państwowych, który uznał, że ta właśnie okoliczność ma istotne znaczenie dla zabezpieczenia finansów publicznych, powinno mieć kluczowy wpływ na zbudowanie zaufania do potencjalnego wykonawcy. Na podstawie takich informacji można określić bowiem sytuację finansową wykonawcy zarówno obecną jak i przyszłą oraz jakość zabezpieczeń prawnych. Trzeba mieć na względzie, że kluczowym celem badania zdolności finansowej jest gwarancja, aby zamówienia publiczne

powierzone były podmiotom zdolnym do prawidłowej realizacji zamówienia oraz aby w wyniku kwalifikacji, pozbawieni możliwości uzyskania zamówienia zostali wykonawcy, których rzetelność i kwalifikacje nie gwarantują prawidłowej realizacji zamówienia.

W ocenie Odwołującego tego rodzaju naruszenia są kwalifikowane na gruncie ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych są traktowane jako naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Zgodnie bowiem z art. 5 ust. 1 pkt 1 ww. ustawy, naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest nieustalenie należności Skarbu Państwa, jednostki samorządu terytorialnego lub innej jednostki sektora finansów publicznych albo ustalenie takiej należności w wysokości niższej niż wynikająca z prawidłowego obliczenia. Należność, o której mowa w art. 5 ust. 1 pkt 1 ww. ustawy sprowadza się na gruncie przetargów publicznych do zabezpieczenia należytego wykonania umowy z podmiotem wyłonionym w drodze przetargu. Zdaniem Odwołującego przeprowadzenie przetargu o tak dużej wartości zamówienia bez badania sytuacji finansowej wykonawcy, wbrew wytycznym jednostki nadzorującej działania Zamawiającego, tj. bez nieustalenia sytuacji finansowej wykonawcy, stanowiło ewidentne naruszenie zasad celowości i gospodarności przy wydawaniu środków. Odwołujący wskazał, że nadleśnictwa wydatkują środki publiczne i w tym zakresie podlegają kontroli NIK w zakresie gospodarności i celowości, uzyskując zaplanowane efekty rzeczowe.

W ocenie Odwołującego Zamawiający świadomie zaś naraził na nienależyte wydatkowanie środków publicznych - wobec przeprowadzenia postępowania w sposób sprzeczny z zasadami ustalonymi przez organ nadrzędny kierujący jego pracami - a także potencjalnie narażając na poważną szkodę środki publiczne. W efekcie tak przeprowadzonego postępowania oferta, która została oceniona jako najkorzystniejsza (skoro formalnie nie zachodziły podstawy do wykluczenia i formalnie spełniała kryteria ocen), może nie być należyście realizowana, bowiem jej wykonawca może nie dysponować odpowiednimi środkami finansowymi wymaganymi dla prawidłowej realizacji zamówienia. Jeżeli bowiem podmiot nie dysponuje środkami w odpowiedniej wysokości (albo zdolnością kredytową), to w sytuacji gdy przy wykonywaniu, zlecenia miałby np. korzystać z maszyn i urządzeń znajdujących się w leasingu, kupować nowe urządzenia, przeprowadzać ich bieżącą konserwację, czy zatrudniać pracowników, których obowiązany jest opłacać, a Zamawiający nie ocenia i nie bada, czy posiada środki na tego rodzaju czynności, to de facto Zamawiający godzi się na to, że zlecenie może nie zostać należyście wykonane (i to bynajmniej nie z przyczyn nadzwyczajnych, których nie można było przewidzieć w chwili udzielania zlecenia, a które zaszły w trakcie wykonywania zlecenia). Co więcej, należy zauważyć, że sprzęt leśny jest sprzętem specjalistycznym, części zamienne do niego kształtują się w granicach kilkudziesięciu tysięcy. Powyższe okoliczności świadczą o tym, że Zamawiający powinien zbadać czy w takich ewentualnych sytuacjach stać oferenta będzie by przetrwał bez zwłok w płatnościach publiczno-prawnych, wynagrodzeń i bieżących zobowiązań, gdyż prace w lesie mogą zostać przerwane z uwagi na powyższe ewentualne sytuacje.

Odwołujący wskazał, że celem regulacji z art. 5 ust. 1 pkt 1 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych jest zapobieżenie sytuacji, w której niemożliwe będzie późniejsze dochodzenie należności z powodu braku jej ustalenia (por. T. Robaczyński, P. Gryśka: Dyscyplina finansów publicznych. Komentarz, Warszawa 2006). Zgodnie z literalnym brzmieniem art. 5 ust. 1 pkt 1 ustawy, przepis ten może mieć zastosowanie wówczas, gdy brak właściwego zachowania obwinionego powoduje, iż należność nie powstaje, nie istnieją przesłanki jej dochodzenia bądź nie jest znana jej wysokość. Orzecznictwo przyjęło jednak, że tego rodzaju należnością jest również zabezpieczenie należytego wykonania umowy, która wymaga aktywności po stronie podmiotu zamawiającego na gruncie p.z.p. W tym celu wymaga się takiego przygotowania i przeprowadzenia przetargu, w którym zostanie zweryfikowana możliwość należytego wykonania umowy w każdym aspekcie. Nie tylko technicznym czy organizacyjnym - tak jak w omawianej sprawie - ale także i finansowym. Jak wyjaśniła przy tym Główna Komisja Orzekająca w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych w orzeczeniu z dnia 14 marca 2016 r., sygn. akt: BDF1.4800.175.2015 „z art. 5 ustawy nie wynika, że przepis ten obejmuje swoim zakresem wyłącznie należności „bezwarunkowe”, skutkujące „definitywnym” powiększeniem majątku ustalającego”.

Jednocześnie Odwołujący powołał się art. 22 ust. 1a p.z.p. wskazując, iż Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiając ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. Z kolei art. 22c ust. 1 stanowi z kolei, że w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących sytuacji finansowej lub ekonomicznej, zamawiający może wymagać w szczególności: 1) aby wykonawcy posiadali określony minimalny roczny obrót, w tym określony minimalny roczny obrót w obszarze objętym zamówieniem; 2) aby wykonawcy przedstawili informacje na temat, ich rocznych sprawozdań finansowych wykazujących, w szczególności stosunek aktywów do zobowiązań.

W ocenie Odwołującego przyznana zamawiającemu na gruncie ustawy Pzp możliwość określenia warunków finansowych i ekonomicznych, nie oznacza dowolności. Ta „możliwość”, o której mowa w przepisach ustawy każdorazowo powinna być oceniana z punktu widzenia celowości i gospodarności przy wydatkowaniu środków

publicznych. Nieustalenie sytuacji finansowej wykonawcy przy przetargach o tak dużej wartości zamówienia świadczy albo o tym, że zamawiający celowo wyłączył możliwość badania sytuacji finansowej wykonawców, aby przetarg wygrała oferta, która nie byłaby najkorzystniejsza i nie spełniałaby podstawowych warunków, gdyby takie warunki zostały wprowadzone albo że w sposób nieuzasadniony i lekkomyślny nie zabezpieczył interesu publicznego. W ocenie Odwołującego trudno jednak w omawianym przypadku mówić o lekkomyślności, w sytuacji gdy Zamawiający jako jednostka podległa Dyrektorowi Generalnemu Lasów Państwowych powinien mieć wiedzę o wydawanych przez ten organ decyzjach i stosować się do nich. Zamawiający, jako podmiot publiczny, zobowiązany jest przy tym każdorazowo rozważyć organizując przetarg, czy zaniechanie określonych czynności może stanowić naruszenie dyscypliny finansów publicznych i narażać na potencjalną szkodę podmiot publiczny.

Posiadanie odpowiednich środków finansowych jest więc bardzo istotne z punktu widzenia wykonania zlecenia. Przerwy w jego wykonywaniu czy wręcz zaniechanie jego wykonania może mieć poważne skutki na lasów państwowych, które wymagają stałej, nieprzerwanej ochrony, wymagającej nieustannej interwencji z uwagi na zmieniające się warunki pogodowe i przyrodnicze.

W ocenie Odwołującego mając na uwadze wytyczne Dyrektora Generalnego Lasów Państwowych, zasadne jest uznanie, że sposób przeprowadzenia niniejszego zamówienia publicznego jest wyjątkiem w skali całego kraju z zakresu postępowań na wykonanie usług z zakresu gospodarki leśnej. Odwołujący podkreślił bowiem, że nadleśnictwa stosują się do przedmiotowych wytycznych a ogłaszane przez jednostki organizacyjne Lasów Państwowych zamówienia na wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej, każdorazowo przewidują badanie sytuacji finansowej wykonawców odpowiednio do szacowanej wartości rocznego wynagrodzenia dla danego Pakietu, co dokumentują stanowiące załącznik do niniejszego odwołania, przykładowe specyfikacje istotnych warunków zamówienia określone przez inne krajowe nadleśnictwa.

Dowód:

- 1.Specyfikacja istotnych warunków zamówienia w postępowaniu nr ZG.270.2,1.2018 prowadzonym przez Nadleśnictwo Nowa Dęba ;
- 2.Specyfikacja istotnych warunków zamówienia w postępowaniu nr SA.270.2.8.2018 prowadzonym przez Nadleśnictwo Łosie ;
- 3.Specyfikacja istotnych warunków zamówienia w postępowaniu nr SA. 270.30.2018.PN prowadzonym przez Nadleśnictwo Jabłonna ;
- 4.Specyfikacja istotnych warunków zamówienia w postępowaniu nr NZ.270.1.2.2018 prowadzonym przez Nadleśnictwo Piotrków z siedzibą w Łęcznie ;
- 5.Specyfikacja istotnych warunków zamówienia w postępowaniu nr ZP.270.NN. 1.2018 prowadzonym przez Nadleśnictwo Kutno ;
- 6.Specyfikacja istotnych warunków zamówienia w postępowaniu nr ZG.270.16.2018 prowadzonym przez Nadleśnictwo Spała ;
- 7.Specyfikacja istotnych warunków zamówienia w postępowaniu nr ZP.270.4.2018 prowadzonym przez Nadleśnictwo Kamienna Góra ;
- 8.Specyfikacja istotnych warunków zamówienia w postępowaniu nr NB.270.15.2018 prowadzonym przez Nadleśnictwo Oborniki ;
- 9.Specyfikacja istotnych warunków zamówienia w postępowaniu nr S.270.4.7.2018.ET prowadzonym przez Nadleśnictwo Augustów .

W kwestii świadomego naruszenia warunków przeprowadzania przetargów określonych przez Dyrektora Generalnego Lasów Państwowych, Odwołujący wskazał, że powzięcie przez niego wiedzy o tym dokumencie i jego załącznikach, prowadzi również do wniosku, że Zamawiający określił w niniejszym przetargu wadliwie kryteria ocen wyboru oferty. W pkt 14.1 wzoru jednolitych specyfikacji istotnych warunków zamówienia Dyrektor Generalny Lasów Państwowych wskazał, że Przy wyborze ofert w każdym Pakiecie Zamawiający będzie się kierował następującymi kryteriami oceny ofert:

- 1)Cena - 60%,
- 2)Samodzielna realizacja kluczowych elementów (części) zamówienia - 40%.

Jednocześnie w pkt 14.3 Dyrektor Generalny Lasów Państwowych wskazał, że za najkorzystniejszą ofertę w danym Pakiecie uznana zostanie Oferta wykonawcy, która uzyska największą sumę punktów uzyskanych w ww. kryteriach oceny ofert. Kryteria wskazane w pkt 14.1.

Tymczasem specyfikacji istotnych warunków zamówienia określonych przez Zamawiającego przyjęto, że przy wyborze ofert w każdym Pakiecie Zamawiający będzie się kierował następującymi kryteriami oceny ofert:

- 1)Cena - 60%,
- 2)Samodzielna realizacja kluczowych elementów (części) zamówienia - 30%.

3)termin płatności - 10 %.

W ocenie Odwołującego w ten sposób, Zamawiający również w sposób nieuzasadniony, a nadto z naruszeniem zasady proporcjonalności - tj. stosując nieuzasadnione kryterium ograniczające wykonawców - odstąpił od zasad określonych przez Dyrektora Generalnego Lasów Państwowych.

Odwołujący wskazał, że w komentarzu do treści dokumentacji przetargowej Dyrektor Generalny Lasów Państwowych wskazał, że w ramach poza-cenowych kryteriów oceny ofert możliwe jest stosowanie także innych kryteriów, pod warunkiem, iż dotyczą one przedmiotu zamówienia. Za takie kryterium nie sposób uznać kryterium przyjętego przez Zamawiającego w postaci „terminu płatności” bowiem nie ma ono nic wspólnego z przedmiotem zamówienia.

Dyrektor Generalny Lasów Państwowych dopuścił zastosowanie innego kryterium poza - cenowego, wskazując, że „W nawiązaniu do postanowień art. 91 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp jednym z pozacenowych kryteriów oceny ofert może być doświadczenie pracownika posiadającego odpowiednie kwalifikacje do pracy związanej z pozyskaniem drewna (np. minimum 3 lata). W takim przypadku oceniane byłoby zobowiązanie się przez wykonawcę do realizacji zamówienia przy pomocy takich właśnie osób. Weryfikacja omawianego kryterium oceny ofert może się odbywać za pomocą samego zobowiązania wykonawcy. Dopuszczalne jest także zażądanie wykazu osób o takich kwalifikacjach i doświadczeniu. W tym ostatnim przypadku dokument ten nie służy dokonaniu oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu, a ocenie oferty. Powinien być zatem składany od razu z ofertą. W przypadku wprowadzenia takiego kryterium oceny ofert niezbędnym zabiegiem jest uzupełnienie postanowień umowy o zapisy dotyczące weryfikacji realizacji tego obowiązku oraz sankcji za jego niewykonywanie. Jako kryterium oceny ofert dot. aspektów środowiskowych może być przyjęcie zobowiązania do stosowania do smarowania otwartych układów tnących olejów, których baza składa się wyłącznie z olejów roślinnych. W przypadku wprowadzenia takiego kryterium oceny ofert niezbędnym zbiegiem jest uzupełnienie postanowień umowy o zapisy dotyczące kontroli realizacji tego zobowiązania oraz sankcji za jej niewykonywanie. 7. Kryterium o podobnym charakterze byłoby także zobowiązanie się wykonawcy do stosowania rozwiązań technicznych pozwalających zredukować naciski jednostkowe maszyny na podłoże (zastosowanie szerszych opon niż standardowe, gumowe nakładki, ilość kół- wyżej oceniać maszyny 8-kołowe). Wprowadzenie tego kryterium wymaga jednoznacznego określenia w SIWZ jakie rozwiązania techniczne i w jaki sposób będą premiowane. Również w przypadku wprowadzenia tego kryterium oceny ofert niezbędnym zbiegiem jest uzupełnienie postanowień umowy o zapisy dotyczące kontroli realizacji tego zobowiązania oraz sankcji za jego niewykonywanie.

Dopuszczalnym kryterium o charakterze technicznym jest także kryterium realizacji przy pozyskaniu lub zrywce drewna maszynami nie starszymi niż okres ich amortyzacji. Wprowadzenie tego kryterium wymaga jednoznacznego określenia w SIWZ w odniesieniu do jakich maszyn będzie ono stosowane. Konieczne jest uzupełnienie postanowień umowy o zapisy dotyczące weryfikacji realizacji tego obowiązku oraz sankcji za jego niewykonywanie.” (str. 20 komentarza do specyfikacji). Nie wskazał zatem jako możliwego pozacenowego kryterium, kryterium płatności.

Odwołujący wskazał, że nie tylko samo odstąpienie od badania sytuacji finansowej wykonawców biorących udział w przetargu, stanowiło naruszenie art. 7 ust. 1 p.z.p., ale tak przeprowadzenie przetargu przy rażąco niskim zabezpieczeniu umowy a także rażąco niskim wadium w stosunku do wartości zamówienia. Artykuł 150 ust. 2 p.z.p. stanowi co prawda, że zabezpieczenie ustala się w wysokości do 10% ceny całkowitej podanej w ofercie albo maksymalnej wartości nominalnej zobowiązania zamawiającego wynikającego z umowy, jednakże uznaniowość Zamawiającego i w tym wypadku nie oznacza dowolności. Główna Komisja orzekająca w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych w powołanym wyżej orzeczeniu z dnia 14 marca 2016 r., sygn. akt: BDF 1.4800.175.2015 wskazała, że ustalenie zabezpieczenia w umowie ma cechy ustalenia należności w myśl art 5 ust. 1 pkt 1 ustawy. Ustawa - Prawo zamówień publicznych nie wprowadziła wprawdzie generalnego obowiązku ustanawiania zabezpieczenia należytego wykonania umowy, przewidziała jednak konstrukcję, w myśl której, jeżeli takie zabezpieczenia -jest żądane przez zamawiającego, należy je przewidzieć w określonych „widelkach”, proporcjonalnie do ceny ofertowej, tj. od 2% do 10%. Jak z tego wynika, osoba działająca w imieniu zamawiającego, udzielając zamówienia, dokonuje „ustalenia” wysokości zabezpieczenia. Jak bowiem słusznie stwierdza Komisja Orzekająca I instancji, „ustalenie należności polega na wyznaczeniu określonej kwoty”. Skoro zatem w niniejszej sprawie wyznaczenie to nastąpiło poniżej dolnej, określonej prawem granicy, to może być traktowane jako ustalenie należności w wysokości niższej niż wynikająca z prawidłowego obliczenia. Inną sprawą jest natomiast ocena wyznaczenia zbyt niskiej kwoty zabezpieczenia w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co miała niewątpliwie wpływ na ustalenie zabezpieczenia w zbyt niskiej wysokości przy zawarciu umowy.”

W ocenie Izby ze wskazaną przez Główną Komisję orzekającą w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych sytuacją polegającą na wyznaczeniu zbyt niskiej kwoty zabezpieczenia mamy do czynienia w niniejszej sprawie. Należy jeszcze raz podkreślić, że hipotetycznie w niniejszej sprawie było możliwe, aby jeden wykonawca wygrał przetarg na wszystkie Pakiety, przy których szacowana wartość zamówienia wynosiła łącznie 31.917.329 zł (bez VAT). Zamawiający ustalił zaś w pkt 17.2. SIWZ zabezpieczenie na poziomie 0,5 %, a więc na poziomie rażąco niskim przy

takiej wartości zamówienia, co stanowi kolejny argument przemawiający za tym, że postępowanie zostało przygotowane i przeprowadzone w sposób naruszający zasadę proporcjonalności i naruszający interes publiczny.

W ocenie Odwołującego, analogicznie należy wskazać, że te same zastrzeżenia należy podnieść co do kwoty ustalonego wadium. Artykuł 45 ust. 3 stanowi, że zamawiający określa kwotę wadium w wysokości nie większej niż 3% wartości zamówienia. Ustawodawca określa jedynie maksymalny próg zabezpieczenia, co nie oznacza, że przy zamówieniach obejmujących tak wysokie kwoty, jak w niniejszej sprawie, wadium określone na poziomie 0,2% stanowi wystarczający sposób zabezpieczenia interesu publicznego. Zarówno gwarancja jak i wadium udzielone w tej sprawie mają wyłącznie pozorny charakter zabezpieczający finanse publiczne, bowiem kwota zabezpieczenia na poziomie 0,5% przy wartości zamówienia na kwotę 31.917.329 zł (przy dopuszczalnej 10%) była niewspółmierna.

Tymczasem Zamawiający powinien przeprowadzić przetarg w sposób spełniający wymogi przejrzystości i gwarantujący należyte zabezpieczenie interesu publicznego. Zasada proporcjonalności wpisana jest w porządek prawny każdego współczesnego państwa demokratycznego.. Zasada ta wymaga stosowania środków odpowiednich i koniecznych do osiągnięcia zamierzonego celu. Proporcjonalność jest zasadą konstytucyjną w polskim porządku prawnym. Zgodnie z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP: "ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw mogą być ustanawiane tylko w ustawie i tylko wtedy, gdy są konieczne w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego, bądź dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej, albo wolności i praw innych osób. Ograniczenia te nie mogą naruszać istoty wolności i praw". Trybunał Konstytucyjny precyzuje, iż "chodzi o zastosowanie środków niezbędnych w tym sensie, że chronić one będą określone wartości w sposób, bądź w stopniu, który nie mógłby być osiągnięty przy zastosowaniu innych środków, a jednocześnie winny to być środki jak najmniej uciążliwe dla podmiotów których prawa bądź wolności ulegają ograniczeniu. Nie ulega wątpliwości, iż ocena spełnienia powyższych postulatów może być zrelatywizowana do treści konkretnego prawa, z którego korzystanie ulega z woli prawodawcy ograniczeniu" (Wyrok TK z dnia 3 października 2000 r. w spr. K 33/99, OTK ZU 2000/6/188. Por. też orzeczenia z: 26 kwietnia 1994 r., K 11/94, OTK w 1995 r., cz. I, s. 128-138 oraz 30 października 1996 r., K. 3/96, OTK ZU nr 5/1996, poz. 41).

W ocenie Odwołującego niewątpliwie wbrew zasadzie proporcjonalności występują wszelkie działania władzy publicznej, które niepotrzebnie i nadmiernie ograniczają wolność i prawa jednostki. Jednakże zasada proporcjonalności może być również naruszona w drugą stronę, tj. gdy tam gdzie wydatkowane są środki publiczne brak jest wystarczających i odpowiednich zabezpieczeń interesu publicznego. Stosownie więc do zasady proporcjonalności zachodzi konieczność badania nie tylko czy dany środek jest konieczny, ale również, czy jest wystarczający w danej sytuacji i czy uzyskane korzyści są odpowiednie.

Odwołujący dalej wskazał, że jego wątpliwości budzi również fakt, że Zamawiający mimo ujawnionej przez Firmę Handlowo Usługową UNILAS S.C. K. R.. L. K. w JEDZ informacji o znacznej - wynoszącej ponad 1 mln zł zaległości względem US - nie wezwał współników ww. spółki cywilnej do okazania umowy z ZUS, a także potwierdzeń, że podmiot ten wypełnia zobowiązania wynikające z zawartej umowy z ZIUS. Te działania Zamawiający powinien podjąć w celu zabezpieczenia środków Skarbu Państwa- Państwowego Gospodarstwa Leśnego Lasów Państwowych. W ocenie Odwołującego takie przygotowanie i przeprowadzenie przetargu w niniejszej sprawie w ocenie Odwołującego doprowadziło do tego, że przetarg nie zabezpieczał należyście interesu publicznego, zasady uczciwej konkurencji i proporcjonalności, a w konsekwencji został przeprowadzony w sposób, który de facto nie zmierzał do wyboru faktycznie najkorzystniejszej oferty zabezpieczającej należyście interes publiczny.

Mając na uwadze powyższe, Odwołujący wskazał, że zgodnie z wyrażoną w art. 7 ust. 3 zasadą legalizmu zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami Prawa zamówień publicznych. Artykuł 7 ust. 3 stanowi ograniczenie zasady swobody umów wyrażonej w art. 353¹ k.c. (zob. wyroki SN: z 13.12.1999 r., III CKN 478/98, OSNC 2000/6, poz. 118; z 28.06.2000 r., IV CKN 70/00, OSNC 2001/1, poz. 9; z 10.04.2003 r., ni CKN 1320/00, OSNC 2004/7-8, poz. 112). Oznacza to, że zamawiającemu nie wolno zawrzeć umowy, której przedmiotem będzie realizacja dostaw, czy usług z wykonawcą, którego wybór nie został poprzedzony stosownym postępowaniem. Naruszeniem przepisu art. 7 ust. 3 p.z.p. będzie każda okoliczność pominięcia procedur przewidzianych komentowaną ustawą w sytuacjach, w których był obowiązek ich zastosowania, albo takie działania zamawiającego, które, naruszając przepisy tej ustawy, mają wpływ na wynik postępowania, tzn. umowa zostaje zawarta nie z tym wykonawcą, który powinien być zostać wyłoniony zgodnie z daną procedurą (tak. I. Skubiszak - Kalinowska, Skubiszak-Kalinowska Irena, Wiktorowska Ewa, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, komentarz do art.7,2018, LEX/el).

W ocenie Odwołującego biorąc zaś pod uwagę zarówno charakter usług objętych przedmiotem zamówienia - usługi mające na celu właściwe utrzymanie tak ważnego środowiska jakim są lasy - jak również wartość przedmiotu zamówienia, dla oceny zdolności wykonawcy do wykonania przedmiotu zamówienia znaczenie ma jego sytuacja finansowa, która jej zbadanie pozwoliłoby Zamawiającemu na dokonanie oceny, czy podmiot ten daje gwarancję należytego wykonania zlecenia, w szczególności czy stać go będzie na opłacenie leasingowanych maszyn, zakup

ewentualnych nowych urządzeń, bieżącą ich konserwację i naprawę a także opłacanie pracowników. Przetarg przygotowany w niniejszej sprawie pokazuje, że Zamawiający uznał, że te okoliczności pozostają dla niego całkowicie irrelevantne, a tym samym, że jest mu de facto obojętne, czy to zlecenie zostanie należycie wykonane. Sposób przeprowadzenia tego przetargu obrazuje również, że zlecenie o wartości ponad 30 mln złotych może zostać przyznane podmiotowi, który nie dysponuje żadnymi środkami finansowymi i żadną zdolnością kredytową. Takie przeprowadzenie przetargu w sposób oczywisty ukazuje naruszenie zasad określonych w art. 7 ust. 1 p.z.p. a tym samym powoduje, że zamówienie publiczne zostało udzielone wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy.

Powyższe w ocenie Odwołującego oznacza konieczność unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 p.z.p. zgodnie, z którym unieważnia się przetarg, gdy postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą, tj. wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Umowę zawartą w wyniku tak przeprowadzonego przetargu należy uznać za nieważną z uwagi na przygotowanie i przeprowadzenie postępowania przez Zamawiającego w sposób świadomy odstępujący od zabezpieczenia interesu publicznego, w sposób świadomy przeprowadzony niezgodnie z określonymi przez organ nadzórny, które zostały określone właśnie w celu prawidłowego przeprowadzenia przetargów na wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej.

W ocenie Odwołującego powyższa okoliczność stanowi stosownie do art. 146 ust. 6 p.z.p. podstawę do wystąpienia przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do sądu o unieważnienie umowy wobec przeprowadzenia przetargu z obejściem podstawowych zasad zamówień publicznych, niezabezpieczenia interesu publicznego. Postępowanie zostało tak przeprowadzone, że formalnie dokonano wyboru oferty wykonawcy, który nie podlegał wykluczeniu na podstawie przepisów p.z.p. i SIWZ, a także formalnie uzyskał największą liczbę punktów stosownie do określonych kryteriów ocen. Jednakże w ocenie Odwołującego, jak pokazują wytyczne Dyrektora Generalnego Lasów Państwowych oraz okoliczności dotyczące wybranego wykonawcy, określone przez Zamawiającego zasady postępowania tylko z pozoru miały wyłonić najkorzystniejszą ofertę. Zamawiający bowiem świadomie, pomimo oczywistego faktu posiadania wiedzy o wytycznych Dyrektora Lasów Państwowych, zaniechał w tym przetargu sprawdzenia podstawowych okoliczności, proporcjonalnych do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiających ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. Znamienne jest przy tym, że do tych określonych przez Dyrektora Generalnego Lasów Państwowych stosują się inne nadleśnictwa na terenie całego kraju podlegające Dyrektorowi. W efekcie tak przygotowanego i przeprowadzonego przetargu doszło do wyboru oferty -wykonawcy, który posiada ponad milion złotych zadłużenia względem ZUS, a zatem podmiotu, który wykazał wyłącznie fakt posiadania zadłużenia publicznoprawnego - i to w znacznej wysokości - nie zaś posiadanie środków pozwalających mu na rzeczywiste wykonanie zlecenia.

Z tych względów w niniejszej sprawie nie może dojść do zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy również zważywszy na treść art. 58 § 1 k.c., zgodnie z którym czynność prawna sprzeczna z ustawą albo mająca na celu obejście ustawy jest dotknięta bezwzględną wadą nieważności. Odwołujący powołał się na wyrok KIO z dnia 1 lutego 2011 r., sygn. akt: KIO 159/11.

Uzasadnienie zarzutu 4

Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

Sposób złożenia oferty przez Firmę Handlowo - Usługową Unilas s.c. K. R., L. K. wprowadzał w błąd Odwołującego co do rzeczywistych zamiarów tego wykonawcy a nadto był sprzeczny z postanowieniami pkt 11.7 i 11.19 SIWZ. Zamawiający jasno określił w opisie sposobu przygotowania ofert, w jaki sposób ma wyglądać poprawne złożenie oferty wraz z dokumentami, by prowadziła do wiążącego obie strony dalszego postępowania w zamówieniu. Zamawiający w pkt 11.7 przedstawił sposób opisu koperty lub opakowania, w którym powinna znajdować się dokumentacja oferenta wraz ze wskazaniem części (pakietu), na który jest ona składana. Z kolei w pkt 11.19 Zamawiający jasno wskazał, że W przypadku gdy Wykonawca składa ofertę na więcej niż jedną część zamówienia, każdą ofertę musi złożyć oddzielnie, w odrębnej odpowiednio oznakowanej kopercie lub innym nieprzeźroczystym opakowaniu.

Warunek ten nie został spełniony przy składaniu ofert, gdyż ww. wykonawca złożył kilka ofert na różne Pakiety zamówienia w jednym opakowaniu (kopercie). W ocenie Odwołującego miało to na celu wprowadzenie w błąd Zamawiającego oraz innych uczestników postępowania co do faktycznych intencji i zainteresowania zamówieniem. W ten bowiem sposób de facto jedną ofertą objął więcej niż jedną część zamówienia.

Odwołujący wskazał, że czynem nieuczciwej w rozumieniu art. 10 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji jest takie oznaczenie towarów lub usług albo jego brak, które może wprowadzić klientów w błąd co do pochodzenia, ilości, jakości, składników, sposobu wykonania, przydatności, możliwości zastosowania, naprawy, konserwacji lub innych istotnych cech towarów albo usług, a także zatajenie ryzyka, jakie wiąże się z korzystaniem z nich. Co więcej, czynem nieuczciwej konkurencji jest również wprowadzenie do obrotu towarów w opakowaniu mogącym wywołać skutki

określone w ust. 1, chyba że zastosowanie takiego opakowania jest uzasadnione względami technicznymi (art. 10 ust. 2 ww. ustawy). Naruszając warunki SIWZ, wykonawca Firma Handlowo — Usługową Unilas s.c. K. R., L. K. wprowadził w błąd Odwołującego co do ilości składanych ofert. Spowodowało to, że Odwołujący pozostawał w przekonaniu, że Firma Handlowo — Usługową Unilas s.c. K. R., L. K. złożyła ofertę tylko na jeden spośród 9 pakietów zamówienia.

Uzasadnienie zarzutu 5

Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 91 ust. 1 p.z.p. Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Ustawodawca określa jednak w art. 91 ust. 2 p.z.p., że kryteriami oceny ofert są cena lub koszt albo cena lub koszt i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający - wbrew decyzji Dyrektora Generalnego Lasów Państwowych - wprowadził kryterium terminu płatności, które w żaden sposób nie odnosi się do przedmiotu zamówienia. SIWZ przewidywał, że wykonawca, który zaproponuje termin płatności w przedziale 29 - 30 dni otrzyma 10 pkt, a już podmiot, który zaoferuje 29-30 dni otrzyma 10 punktów. Taką ofertę płatności złożyła Firma Handlowo - Usługową Unilas s.c. K. R., L. K..

Odwołujący wskazał, że na zamawiającym ciąży obowiązek przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, a więc taki, który nie będzie eliminować z udziału w postępowaniu określonej grupy wykonawców bądź nie będzie stwarzać określonej grupie wykonawców uprzywilejowanej pozycji. Czynny nieuczciwej konkurencji zostały określone w art. 5-17d ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zasad uczciwej konkurencji powinni przestrzegać także wykonawcy, dlatego zamawiający w postępowaniu powinien uwzględnić również przepisy art. 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów (zakaz porozumień, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym) i art. 9 (zakaz nadużywania pozycji dominującej).

W ocenie Odwołującego czynem nieuczciwej konkurencji, było zatem również złożenie oferty przez Firmę Handlowo - Usługową Unilas s.c. K. R., L. K., która zastosowała nieuzasadnienie długu terminu płatności, za co Zamawiający - w sposób niezgodny z przepisami - przyznał temu wykonawcy maksymalną liczbę punktów, tj. 10. Oferta Firmy Handlowo - Usługowej Unilas s.c. K. R., L. K. wiąże się z tym, że by uzyskać maksymalną ilość punktów z tyt. terminu płatności, wykonawca nie będzie dysponował środkami finansowymi przez ponad 2 miesiące, zważywszy na miesięczny okres rozliczeniowy usług zrealizowanych należycie. Przedłożenie faktury następuje bowiem stosownie do SIWZ 2-5 dni po miesiącu następującym, od tego terminu zaczyna biec termin sześćdziesięciodniowy lub dłuższy oznacza, że przed spełnieniem świadczenia wzajemnego od zamawiającego miną dwa okresy płatności pracownikom wykonawcy, nie wspominając już o sytuacjach, gdy umowa była realizowana w ramach podwykonawstwa. Stanowi to istotne zagrożenie dla interesów przedsiębiorstwa startującego w przetargu. W ocenie Odwołującego składanie więc rodzaju ofert z odległymi terminami płatności, kiedy jest to całkowicie nieuzasadnione - nie ma żadnego uzasadnienia dla wymagania od wykonawców przez Zamawiającego zaoferowania jak najdłuższych terminów płatności - a ponadto jest wymierzone w innych przedsiębiorców, którzy nie godzą się na stosowanie tego rodzaju nieuczciwych praktyk i nakładania tego rodzaju nieuczciwych wymogów, stanowi naruszenie zasady konkurencyjności, o której mowa w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Oferta, która zakłada długi termin płatności stanowi istotne ograniczenie podmiotów, które będą w stanie wziąć udział w takim postępowaniu, tak aby nie narazić sytuacji finansowej swoich przedsiębiorstw przez co stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Brak bieżących wpływów godzi bowiem w płynność finansową wykonawców. Jeżeli zatem tak długie terminy płatności nie będą mogły być uzasadnione w sposób obiektywny.

Odwołujący wskazał, że SIWZ co prawda określał, że w przypadku wpisania terminu płatności dłuższego niż 30 dni oferta otrzyma 10 pkt, jednakże zarówno określenie tego kryterium wyboru ocen należy ocenić jako kolejny przykład przygotowania i przeprowadzenia przetargu w sposób niezapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, jak i również samo przyjęcie w ofercie przez Firmę Handlowo - Usługową Unilas s.c. K. R., L. K. 30 dniowego terminu płatności należy ocenić za czyn nieuczciwej konkurencji. Odwołujący powołał się na decyzję Prezesa UOKiK nr RBG-3/2018 z dnia 5 marca 2018 r. Znak: RBG-440- 01/18/PS.

W ocenie Odwołującego oczekiwanie spełnienia takich wymagań a zarazem składanie tego rodzaju ofert narusza zasady uczciwej konkurencji i stanowi wyraz nadużywania pozycji dominującej. Zachowanie z regułami - rzetelnej konkurencji, to najprościej ujmując zachowanie nieuczciwe. Zgodnie z art. 9 ust. 1 i 2 pkt 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów zakazane jest bowiem nadużywanie pozycji dominującej na rynku właściwym przez jednego lub kilku przedsiębiorców. Nadużywanie pozycji dominującej polega zaś w szczególności na bezpośrednim lub pośrednim narzucaniu nieuczciwych cen, w tym cen nadmiernie wygórowanych albo rażąco niskich, odległych terminów płatności lub innych warunków zakupu albo sprzedaży towarów.

Odwołujący wskazał ponadto, że stosownie do przepisu art. 15 ust. 1 pkt 5 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji za utrudnianie dostępu do rynku uznaje się działanie mające na celu wymuszenie na klientach wyboru jako kontrahenta określonego przedsiębiorcy lub stwarzanie warunków umożliwiających podmiotom trzecim wymuszanie zakupu towaru

lub usługi u określonego przedsiębiorcy. Czynem, jak wskazuje się w piśmiennictwie jest już samo stworzenie warunków umożliwiających wymuszanie kontrahowania z przedsiębiorcą (por. K. Korus, Komentarz do art. 15 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, LEX). Powyższe widoczne jest już na pierwszy rzut oka, gdyż w rozpatrywanym stanie faktycznym wygrała oferta, w której wykonawca wskazał, że może oczekiwać w praktyce i stosownie do SIWZ miesiące na zapłatę za wykonane usługi. Należy przy tym zauważyć, że stosowanie kryterium zapłaty i ocena czy nie jest ono nadmierne w danej sytuacji faktycznej wymaga przede wszystkim uzasadnienia dla określonej długości terminu. Musi on pozostawać w racjonalnym związku z zamówieniem, bowiem w tylko istnienie uzasadnienia dla zastosowania tego kryterium może tylko wówczas można aprobować sytuacje, w których dochodzi do istotnego ograniczenia podmiotów, które będą w stanie wziąć udział w takim postępowaniu. W przeciwnym razie należy uznać, że przetarg został przygotowany i przeprowadzony z naruszeniem zasad, o których mowa w art. 7 ust. 1 p.z.p., tj. zasady uczciwej konkurencji i proporcjonalności.

W ocenie Odwołującego z istoty postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wynika, że Zamawiający jest obowiązany dokonać oceny ofert złożonych przez wykonawców. Przedmiotem merytorycznej oceny mogą być tylko oferty "ważne", z których Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą. Przepis art. 89 p.z.p. zawiera katalog przesłanek uzasadniających odrzucenie oferty. W razie zaistnienia którejkolwiek z nich Zamawiający ma bezwzględny obowiązek odrzucić ofertę. Przepis art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy P.z.p. stanowi, że Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W konsekwencji powyższego w ocenie Odwołującego, bezzasadnie przyznano maksymalną liczbę punktów w odniesieniu do tego kryterium, a także bezzasadnie nie odrzucono oferty Firmy Handlowo - Usługowej Unilas s.c. K. R., L. K..

Izba ustaliła co następuje:

Izba postanowiła dopuścić w poczet materiału dowodowego następujące dokumenty: specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej „**SIWZ**”) na okoliczność ustalenia przedmiotu zamówienia oraz warunków udziału w postępowaniu; (ii) ofertę Odwołującego oraz Przystępującego na okoliczność ustalenia ich treści; (iii) oświadczenia Odwołującego z dnia 6 lutego 2019 r. na okoliczność: daty powzięcia przez Odwołującego wiedzy o wydaniu i treści decyzji nr 148 Dyrektora Generalnego Lasów Państwowych z dnia 30 lipca 2018 r. i załącznikach do decyzji, zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej w postępowaniu NZ.270.1.2.2018 przeprowadzonym przez Nadleśnictwo Piotrków z siedzibą w Łęczynie; specyfikacji istotnych warunków zamówienia do postępowania NZ.270.1.2.2018; informacji z Banku BGŻ BNP Paribas z dnia 24 października 2018 r. o kwocie posiadanych środków przez Odwołującego na rachunku bankowym, złożonej na potrzeby postępowania nr NZ.270.1.2.2018 przeprowadzonego przez Nadleśnictwo Piotrków z siedzibą w Łęczynie - na okoliczność: że sytuacja finansowa Odwołującego spełnia warunki do wyboru jego oferty w postępowaniach dotyczących zamówienia usług z zakresu gospodarki leśnej w jednostkach organizacyjnych Lasów Państwowych na warunkach określonych przez Dyrektora Generalnego Lasów Państwowych; (iv) decyzji Dyrektora Generalnego Lasów Państwowych nr 148 z dnia 30 lipca 2018 r. w sprawie udostępniania jednolitych wzorów dokumentów dotyczących zamawiania usług leśnych z zakresu gospodarki leśnej w jednostkach organizacyjnych Lasów Państwowych, które nakładają na nadleśnictwa obowiązek badania sytuacji finansowej wykonawcy; (v) wzoru specyfikacji istotnych warunków zamówienia stanowiący załącznik do decyzji Dyrektora Generalnego Lasów Państwowych nr 148 z dnia 30 lipca 2018 r.; komentarza Dyrektora Generalnego Lasów Państwowych stanowiący załącznik do decyzji Dyrektora Generalnego Lasów Państwowych nr 148 z dnia 30 lipca 2018 r.; Specyfikacji istotnych warunków zamówienia w postępowaniu nr ZG.270.2.1.2018 prowadzonym przez Nadleśnictwo Nowa Dęba; Specyfikacji istotnych warunków zamówienia w postępowaniu nr SA.270.2.8.2018 prowadzonym przez Nadleśnictwo Łosie; Specyfikacji istotnych warunków zamówienia w postępowaniu nr SA.270.30.2018.PN prowadzonym przez Nadleśnictwo Jabłonna; Specyfikacji istotnych warunków zamówienia w postępowaniu nr NZ.270.1.2.2018 prowadzonym przez Nadleśnictwo Piotrków z siedzibą w Łęczynie; Specyfikacji istotnych warunków zamówienia w postępowaniu nr ZP.270.NN.1.2018 prowadzonym przez Nadleśnictwo Kutno; Specyfikacji istotnych warunków zamówienia w postępowaniu nr ZG.270.16.2018 prowadzonym przez Nadleśnictwo Spała; Specyfikacji istotnych warunków zamówienia w postępowaniu nr ZP.270.4.2018 prowadzonym przez Nadleśnictwo Kamienna Góra; Specyfikacji istotnych warunków zamówienia w postępowaniu nr NB.270.15.2018 prowadzonym przez Nadleśnictwo Oborniki; Specyfikacji istotnych warunków zamówienia w postępowaniu nr S.270.4.7.2018.ET prowadzonym przez Nadleśnictwo Augustów - na okoliczność: że postępowanie w niniejszej sprawie zostało świadomie przygotowane i przeprowadzone przez Zamawiającego w sposób sprzeczny z wytycznymi mającymi na celu zapewnienie prawidłowego przeprowadzenia postępowań z zakresu zamówień publicznych przez jednostki organizacyjne Lasów Państwowych na terenie całego kraju, a tym samym na okoliczność, że postępowanie w niniejszej sprawie zostało przeprowadzone przez Zamawiającego w sposób zagrażający a wręcz naruszający interes publiczny, naruszający zasady proporcjonalności względem przedmiotu i wartości zamówienia oraz zasady gospodarności i celowości w wydatkowaniu środków publicznych, a w konsekwencji na okoliczność, że postępowanie to powinno zostać

unieważnione; (vi) protokół postępowania przetargowego na okoliczność ustalenia przebiegu postępowania; (vii) wydruk komputerowy z Biuletynu Lasów Państwowych oraz wydruk komputerowy strony Lasów Państwowych z dnia 12 października 2018 r. na okoliczność wykazania, iż decyzja nr 148 Dyrektora Generalnego Lasów Państwowych była dostępna wykonawcom przed publikacją SIWZ.

Na podstawie powyższych dokumentów Izba ustaliła, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na świadczenie usług z zakresu gospodarki leśnej zgodnie z określeniem w art. 6 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 28 września 1991 r. o lasach obejmujące prace z zakresu hodowli i ochrony lasu, ochrony przeciwpożarowej, pozyskania i zrywki drewna oraz pracach w Ośrodku Hodowli Zwierzyny, pracach z zakresu nasiennictwa oraz wyprzedzającego i specjalistycznego przygotowania gleby do wykonania na terenie Nadleśnictwa Kolumna w latach 2019 - 2022 - „Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Kolumna w latach 2019 - 2022”. Przedmiot zamówienia został podzielony na następujące części (dalej: „Pakiet”); Pakiet nr 1 -Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Leśnictwa Tuszyn i Szczukwin; Pakiet nr 2 -Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Leśnictwa Rydzyny i Dąbrowa; Pakiet nr 3 -Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Leśnictwa Dłutów, Mogilno, Szkołka Leśna Drzewociny, OHZ Rydzyny; Pakiet nr 4 -Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Leśnictwa Poleszyn, Kopyść i Dobroń; Pakiet nr 5 -Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Leśnictwa Teodory, Sędziejowice i Luciejów; Pakiet nr 6 -Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Leśnictwa Piaski, Andrzejów i Dębowiec; Pakiet nr 7 - Przygotowanie gleby i rozdrabnianie pozostałości zrębowych w Leśnictwach Tuszyn, Rydzyny, Szczukwin, Dąbrowa, Dłutów i Mogilno; Pakiet nr 8 - Przygotowanie gleby i rozdrabnianie pozostałości zrębowych w Leśnictwach Dobroń, Poleszyn, Kopyść, Teodory, Sędziejowice, Luciejów, Piaski, Andrzejów i Dębowiec; Pakiet nr 9 -Mechaniczne wykaszanie poboczy dróg leśnych w Nadleśnictwie.

Izba ustaliła, że SIWZ została opublikowana na stronie internetowej Zamawiającego w dniu 15 października 2018 r.

Zgodnie z pkt 3.1 SIWZ wykonawca mógł złożyć ofertę na jeden lub większą ilość Pakietów. Oferta złożona na dany Pakiet musiała obejmować cały zakres prac przewidzianych w SIWZ dla tego Pakietu. Maksymalna ilość pakietów, na jaką wykonawca mógł złożyć ofertę wynosiła 9.

W Rozdziale 6 SIWZ Zamawiający określił warunki udziału w postępowaniu oraz podstawy wykluczenia z postępowania. W pkt 6.2 SIWZ - w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej - Zamawiający wskazał, że nie stawia szczególnych wymagań.

Rozdziale 9 SIWZ Zamawiający określił wymagania co do wadium. Dla pakiety nr 5 wadium wyniosło 12 216,51 zł., dla Pakietu na 6 – 9 540,78 zł., dla Pakietu nr 8 – 2 681,07 zł.

Zamawiający określił dla poszczególnych Pakietów następujące szacunkowe wartości zamówienia (bez VAT):

- a.Dla Pakietu nr 1 - 4 687 460,32 zł
- b.Dla Pakietu nr 2 - 4 819 072,35 zł
- c.Dla Pakietu nr 3 - 5 105 800,19 zł
- d.Dla Pakietu nr 4 - 3 714 700,64 zł
- e.Dla Pakietu nr 5 - 6 108 254,13 zł
- f.Dla Pakietu nr 6 - 4 770 532,46 zł
- g.Dla Pakietu nr 7 - 1 090 172,36 zł
- h.Dla Pakietu nr 8 - 1 340 536,44 zł
- i.Dla Pakietu nr 9 - 280 800,00 zł

Szacowana wartość całego zamówienia wynosiła łącznie 31.917.329 zł. (bez VAT). Przed otwarciem ofert dotyczących części 4,5,6,8 Zamawiający podał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w tych Pakietach, tj.

- a.Dla Pakietu 4 - 4.011.876,69 zł
- b.Dla Pakietu 6 - 5.152.019,75 zł
- c.Dla Pakietu 5 - 6.596.914,46 zł
- d.Dla Pakietu 8 - 1.447.779,36 zł.

Łączna kwota, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w zakresie części 5,6,8 wynosiła więc 13.196.713,60 zł.

Izba ustaliła, że w terminie składania ofert na Pakiet nr 5, 6 i 8 wpłynęły dwie oferty - Odwołującego i Firmy Handlowo - Usługowej Unilas s.c. K. R., L. K. (dalej „Przestępujący”), której oferta została wybrana.

W dniu 17 stycznia 2019 r. Zamawiający, działając na podstawie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp unieważnił czynność z dnia 7 stycznia 2019 r. polegającą na wyborze oferty Przystępującego jako oferty najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu dla części 4,5,6 postępowania.

W dniu 17 stycznia 2019 r. Zamawiający, działając na podstawie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp unieważnił czynność z dnia 7 stycznia 2019 r. polegającą na wyborze oferty najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu dla części 8

postępowania.

W związku z powyższym po przeprowadzeniu ponownego badania oferty, Zawiadamiający zawiadomił Odwołującego pismem z dnia 28 stycznia 2019 r. o wyborze oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej dla części 4,5,6 i 8.

Izba zważyła co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący – jako wykonawca, którego oferta, w przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania, może zostać wybrana jako najkorzystniejsza – spełnia określone w 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, polegającej nieuzyskaniu zamówienia.

W ocenie Izby zarzuty podniesione w odwołaniu nie zasługują na uwzględnienie. Izba w całości przychyliła się do stanowiska zaprezentowanego przez Zamawiającego.

Zarzut nr 1, 2 oraz 3

Izba uznała, że powyższe zarzuty Odwołującego są zarzutami spóźnionymi i nie zasługują na uwzględnienie. Wskazać należy na wstępie, iż Odwołujący sformułował zarzut zaniechania unieważnienia postępowania przez Zamawiającego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Zgodnie z przywołanym przepisem zamawiający unieważnia postępowania, jeżeli jest ono obciążone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Odwołujący upatrywał wady postępowania w naruszeniu przepisu art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez sformułowanie warunków postępowania w sposób niezgodny z wytycznymi Dyrektora Generalnego Lasów Państwowych zawartych w decyzji nr 148 z dnia 30 lipca 2018 r (dalej „**Decyzja DG**”). Podstawa faktyczna zarzutów opierała się na Decyzji DG.

Nie można zgodzić się z Odwołującym, że w/w podstawa faktyczna zarzutów była znana Odwołującemu dopiero w dniu 1 lutego 2019 r., bo w tym dniu wykonawca zapoznał się z Decyzją DG. Na dowód powyższego wykonawca złożył oświadczenie własne. Wskazać bowiem należy, że zgodnie z informacjami przekazanymi przez Zamawiającego, Decyzja DG została opublikowana w wersji papierowej Biuletynu Lasów Państwowych w dniu 10.09.2018 r., natomiast w wersji elektronicznej w dniu 12 października 2018 r., co Zamawiający potwierdził składając do akt sprawy odpowiednie wydruki. Uznać więc należy, że przy zachowaniu należytej staranności wykonawca miał możliwość zapoznania się z treścią Decyzji DG po jej publikacji na stronie internetowej w Biuletynie Lasów Państwowych.

Nie można zgodzić się ze stanowiskiem Odwołującego, który z jednej strony oświadcza, iż Decyzja DG nie była adresowana do wykonawców i wykonawca nie miał obowiązku zapoznania się z jej treścią, z drugiej zaś strony sam wykonawca powołuje się na zapisy w/w dokumentu w celu unieważnienia decyzji Zamawiającego po niekorzystnym dla siebie rozstrzygnięciu przedmiotowego przetargu i formuje na jej podstawie swoje zarzuty. W ocenie Izby nie może być tak, iż Odwołujący dopiero na etapie kwestionowania niekorzystnych dla siebie wyników przetargu poszukuje dokumentów w celu zakwestionowania zapisów SIWZ, co do których termin na wniesienie odwołania upłynął. Skoro w ocenie Odwołującego Decyzja DG jest tak istotna w formowaniu zasad przeprowadzania postępowań przetargowych, to winien on na etapie publikacji SIWZ dochować należytej staranności i sprawdzić czy takie akty wewnętrzne zostały wydane i uwzględnione w zapisach SIWZ. W analizowanym stanie faktycznym Odwołujący zdaje się dostrzegać rzekomą istotność zapisów Decyzji DG dopiero po opublikowaniu negatywnych dla siebie wyników przetargu.

Tym samym, w ocenie Izby, okoliczność, iż Odwołujący - ja twierdzi - zapoznał się z treścią decyzji dopiero w dniu 1 lutego 2019 r. nie może konwalidować braku dochowania terminu na wniesienie odwołania. W ocenie Izby po publikacji Decyzji DG w Biuletynie Lasów Państwowych wykonawca miał możliwość zapoznania się z jej treścią, zwrócenia się do Dyrektora Lasów Państwowych o udostępnienie załączników i ewentualnego sformułowania zarzutów dotyczących SIWZ na etapie publikacji SIWZ, nie zaś po niekorzystnym dla Odwołującego rozstrzygnięciu przetargu. Podkreślić również należy, że sam Odwołujący oświadczył na rozprawie, iż brał udział w innym postępowaniu organizowanym przez Lasy Państwowe o podobnym przedmiocie zamówienia, gdzie zamawiający postawił wymagania co do sytuacji finansowej wykonawców. Tym samym mógł powziąć wątpliwości co do braku wymagań dotyczących sytuacji ekonomicznej lub finansowej wykonawców w przedmiotowym postępowaniu już na etapie publikacji SIWZ.

W konsekwencji, mając na uwadze dzień udostępnienia Decyzji DG (tj. 12.10.2018) oraz dzień publikacji SIWZ na stronie internetowej Zamawiającego (tj. 15.10.2018), w ocenie Izby zarzuty podniesione przez Odwołującego – nr 1, 2 oraz 3 – są zarzutami spóźnionymi. Zgodnie bowiem z art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp termin na wniesienie odwołania w zakresie dotyczącym zapisów SIWZ wynosi 10 dni od dnia publikacji treści SIWZ. W przedmiotowym postępowaniu termin ten płynął w dniu 25.10.2018 r. bowiem ww. dokument został opublikowany na stronie internetowej Zamawiającego w dniu 15.10.2018 r. Opublikowana też była Decyzja DG.

Ponadto wskazać należy, że Odwołujący powołując się na Decyzję DG, a zatem aktu wewnętrznego jednostki organizacyjnej Skarbu Państwa (nie będącej organem administracji) w formułowanych zarzutach de facto wskazuje na naruszenie przez Zamawiającego przepisów powszechnie obowiązujących. Termin zapoznania się zatem z treścią Decyzji DG nie miał wpływu na możliwość zaprezentowania przez Odwołującego analogicznych zarzutów w terminie

wynikającym z art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp.

Nie można zgodzić się również z Odwołującym, że brak uwzględnienia w treści SIWZ wytycznych zawartych w Decyzji DG uznać należy za naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, co winno stanowić podstawę o unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Podkreślić należy, że dokument, na jaki powołuje się Odwołujący jest dokumentem wewnętrznym i zapisy w/w dokumencie nie są przydatne wykonawcom do prawidłowego sporządzenia oferty ani nie stanowią innych istotnych elementów SIWZ, co sam Odwołujący potwierdza w treści odwołania wskazując, iż dokument ten nie był skierowany do wykonawców. Akty prawne niezbędne do prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia zostały przywołane w SIWZ, sposób przygotowania i złożenia oferty również zawarto w SIWZ.

Dalej wskazać należy, że wbrew twierdzeniom Odwołującego, zgodnie bowiem z §3 Decyzji DG cyt. „Przy opracowywaniu dokumentów przetargowych należy zachować wskazane poniżej zapisy wzorów SIWZ:

- a) pkt 3.3 do 3.6 dot. zasad ogólnych realizacji przedmiotu zamówienia;
- b) prawo opcji i jej wielkości do 20% wartości przedmiotu zamówienia;
- c) katalog kar i ich wysokość.”

Zgodnie z powyższym Zamawiający nie był zobowiązany do zachowania pozostałych zapisów wzorów SIWZ tj. m.in. odnoszących się do warunków finansowych i ekonomicznych, kryteriów oceny ofert itp., co oznacza, że pozostałe kwestie pozostawiono w gestii decyzji nadleśniczych. Zapisy, o których mowa w §3 Decyzji zostały zachowane w SIWZ w prowadzonym postępowaniu, w związku z powyższym Zamawiający nie naruszył postanowień przedmiotowej Decyzji DG. Stąd, w ocenie Izby, żądanie powołania świadków w świetle przywołanych wyżej zapisów Decyzji DG jest bezprzedmiotowe, bowiem przywołany §3 jednoznacznie określa zakres obowiązkowych zapisów w SIWZ. Jak wynika z powyższego, również dowody w postaci specyfikacji istotnych warunków zamówienia z innych jednostek organizacyjnych Lasów Państwowych nie mają zastosowania w świetle przytoczonego brzmienia §3 Decyzji i nie dotyczą przedmiotowego postępowania.

W ocenie Izby powtarzane wielokrotnie przez Odwołującego w treści odwołania zarzuty odnoszące się do zlekceważenia Decyzji DG, dotyczące naruszenia zasady proporcjonalności, równego traktowania wykonawców czy zaniechania ochrony interesu publicznego nie znajdują potwierdzenia w okolicznościach niniejszej sprawy. Odwołujący przedstawia obszernie teoretyczne rozważania co do naruszenia powyższych zasad, pomijając czy błędnie interpretując okoliczności przedmiotowej sprawy. Nie ma żadnych podstaw do przyjęcia, iż Zamawiający świadomie i celowo postąpił wbrew wytycznym zawartym w Decyzji DG i naruszył tym samym art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp oraz zasady gospodarności i celowości wydatkowania środków publicznych. Zamawiający zastosował wytyczne w zakresie wymaganym w treści Decyzji DG. W pozostałym zakresie Decyzja DG pozostawiała nadleśniczemu kierującemu nadleśnictwem samodzielnie decyzję co do zapisów SIWZ. Skoro tak, to nie można mówić o jakimkolwiek naruszeniu zapisów w/w dokumencie. Zamawiający nie naruszył również przepisów ustawy Pzp, które nie nakładają na zamawiających obowiązku badania sytuacji finansowej wykonawców, pozostawiając to do uznania organizatorom przetargu. Nie można zgodzić się z twierdzeniem Odwołującego, iż Zamawiający celowo odstąpił od wymogu badania sytuacji finansowej wykonawców, aby umożliwić wybór oferty która nie była najkorzystniejsza. Trudno zrozumieć logikę Odwołującego. Na etapie formułowania zapisów SIWZ Zamawiający nie ma wiedzy jakie podmioty zdecydują się na udział w przetargu, nie ma wiedzy co do ich sytuacji finansowej czy posiadanego doświadczenia. Jak wskazał Zamawiający po dokonanej analizie rynku usług leśnych na terenie województwa, który od lat cechuje się niską konkurencyjnością (również z powodu problemów związanych z pozyskaniem pracowników), oczekiwał, iż odstąpienie od określania restrykcyjnych warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności finansowej pozwoli na zwiększenie konkurencyjności i umożliwi przystąpienie do postępowania również innym wykonawcom z sektora MSP co stanowi o tym, iż właściwie zastosował art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący zaś nie wykazał, aby było inaczej niż twierdzi Zamawiający.

Tym samym nie sposób zgodzić się, aby doszło w przedmiotowej sprawie do naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp z uwagi na brak uwzględnienia w zapisach SIWZ rekomendacji czy sugestii Dyrektora Lasów Państwowych co do organizowanych postępowań przetargowych przez poszczególne nadleśnictwa. Decyzja DG ma charakter dokumentu wewnętrznego, nie nakłada na poszczególne nadleśnictwa obowiązku stosowania rekomendacji, nie może być, jak chciałby Odwołujący, urzędowym wyjaśnieniem przepisów. Jak sam Odwołujący wskazał w treści odwołania zgodnie z wyrażoną w art. 7 ust. 3 zasadą legalizmu zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami Prawa zamówień publicznych. Artykuł 7 ust. 3 stanowi ograniczenie zasady swobody umów wyrażonej w art. 3531 k.c. (zob. wyroki SN: z 13.12.1999 r., III CKN 478/98, OSNC 2000/6, poz. 118; z 28.06.2000 r., IV CKN 70/00, OSNC 2001/1, poz. 9; z 10.04.2003 r., III CKN 1320/00, OSNC 2004/7-8, poz. 112). Oznacza to, że zamawiającemu nie wolno zawrzeć umowy, której przedmiotem będzie realizacja dostaw, czy usług z wykonawcą, którego wybór nie został poprzedzony stosownym postępowaniem. Naruszeniem przepisu art. 7 ust. 3 p.z.p. będzie każda okoliczność pominięcia procedur przewidzianych komentowaną ustawą w sytuacjach, w których był obowiązek ich zastosowania, albo takie działania zamawiającego, które, naruszając przepisy tej ustawy, mają wpływ na wynik postępowania, tzn.

umowa zostaje zawarta nie z tym wykonawcą, który powinien być zostać wyłoniony zgodnie z daną procedurą. W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał naruszenia jakiegokolwiek procedury przewidzianej ustawą Pzp jak również naruszenia jakiegokolwiek przepisu ustawy Pzp. Za takie naruszenie nie może być uznane określenie warunków przedmiotowego postępowania przetargowego zgodnie z Decyzją DG. Przeprowadzenie bowiem postępowania przetargowego w zakresie zakwestionowanym przez Odwołującego odmiennie niż wskazano w/w Decyzji nie stanowi naruszenia ustawy Pzp ani też samej Decyzji DG.

W ocenie Izby przywołany art. 33 ust. 1 ustawy z dnia 28 września 1991 r. o lasach, w świetle powyższych rozstrzygnięć, nie ma zastosowania w sprawie, ponadto zgodnie z art. 35 ust. 1 pkt 2 przywołanej wyżej ustawy to nadleśniczy m.in. kieruje nadleśnictwem jako podstawową jednostką organizacyjną Lasów Państwowych. Izba nie znalazła żadnych podstaw, aby stwierdzić naruszenie w/w przepisów.

Wskazać dalej należy, że twierdzenie Odwołującego, iż postępowanie zostało przygotowane i przeprowadzone w sposób niezgodny z zasadami proporcjonalności do przedmiotu zamówienia bowiem wadium zostało określone na poziomie 0,2%, a zabezpieczenie należytego wykonania umowy na poziomie 0,5% nie znajduje uzasadnienia w przepisach ustawy Pzp. Zgodnie z art. 45 ust. 1 pkt. 4) ustawy Pzp cyt. „Zamawiający określa kwotę wadium w wysokości nie większej niż 3% wartości zamówienia.” Ustawodawca określił tylko górną granicę wysokości wadium, jak również w art. 150 ust.2 ustawy Pzp określił górną granicę wysokości zabezpieczenia należytego wykonania umowy w wysokości 10%, zgodnie z powyższym nie doszło do naruszenia cytowanych wyżej przepisów.

Przytoczone orzeczenie GKO z dnia 14 marca 2016 r. sygn. akt: BDFI .4800.175.2015 dotyczy nieaktualnego stanu prawnego, bowiem wg. wówczas obowiązujących przepisów Zamawiający miał obowiązek określać wartość zabezpieczenia od 2% do 10% czego nie uczynił, określając zabezpieczenie na poziomie niższym niż nakazywała to ówczesnie obowiązująca ustawa Pzp.

W zakresie jednego z zastosowanych kryteriów tj. terminu płatności, to, w ocenie Izby, Odwołujący przyjął błędne założenie, iż przedmiotowe kryterium odnosi się do właściwości wykonawcy. Powyższe kryterium odnosi się do przedmiotu zamówienia i w ustawie Pzp nie ma przepisu zakazującego jego zastosowania. Możliwość stosowania przedmiotowego kryterium została już wielokrotnie potwierdzona przez orzecznictwo zarówno KIO jak i sądów. Zastosowanie ww. kryterium w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych potwierdził także Sąd Najwyższy już w uchwale z 18 września 2002 r. (sygn. akt III CZP 52/02). Sąd odpowiedział wówczas na pytanie Sądu Okręgowego w Warszawie, czy kryterium terminu płatności jest dopuszczalne do stosowania w zamówieniach publicznych. Odpowiedział twierdząco — uznając, że jest to kryterium związane z przedmiotem zamówienia.

Nie można również uznać za zasadne twierdzenie Odwołującego, iż z uwagi na wysokość zadłużenia Przystępującego w ZUS (przy zawarciu umowy na podstawie art. 29 ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych) ww. wykonawca nie byłby w stanie wykazać się posiadaniem określonych środków finansowych. W ocenie Izby zarzuty powinny odnosić się do okoliczności danej sprawy, a nie zapisów SIWZ, które nie zostały w niej zawarte, zgodnie z powyższym mają one charakter czysto abstrakcyjnych rozważań. Ponadto, Odwołujący w żaden sposób nie zbadał sytuacji finansowej wykonawcy, nie przedstawił żadnych dowodów na wykazanie zasadności swoich twierdzeń.

Słusznie wskazał Zamawiający, iż w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający określił warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej formułując je w pkt. 6 SIWZ. Zgodnie z powyższymi warunkami wykonawca musiał wykazać się określonym doświadczeniem, dysponowaniem osobami oraz dysponowaniem minimalną ilością określonego sprzętu. Przystępujący wykazał spełnienie powyższych warunków. Stąd twierdzenia Odwołującego o braku możliwości leasingowania sprzętu nie dotyczą przedmiotowej sprawy bowiem wyłoniony Wykonawca wykazał, iż dysponuje określonym sprzętem — częściowo jako własność, częściowo na podstawie umowy leasingu. Jak wynika również z pkt. 15.1 SIWZ przed podpisaniem umowy Wykonawca winien przedłożyć polisę od odpowiedzialności cywilnej o wartości odpowiednio: dla Pakietu 1-6 w wysokości 500 000 zł dla Pakietu 7-8 w wysokości 100 000 zł.

W ocenie Izby nie sposób również zgodzić z twierdzeniem Odwołującego, iż Zamawiający zaniechał wezwania współników spółki do okazania umowy z ZUS. Podkreślić należy, że Zamawiający po unieważnieniu wyboru oferty z dnia 17.01.2019 r. zwrócił się do Przystępującego z prośbą o odniesienie się do wcześniejszych zarzutów Odwołującego, Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie przesłał umowę z ZUS oraz aktualne zaświadczenia o niezaleganiu z podatkami oraz ze składkami na ubezpieczenie społeczne z US i ZUS.

Zarzut nr 6

W ocenie Izby nie można zgodzić się z twierdzeniem Odwołującego o zaistnieniu przesłanki unieważnienia postępowania na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7d ustawy Pzp albowiem, jak twierdzi Odwołujący, wybrano ofertę wykonawcy bez sprawdzenia jego możliwości finansowych. Zgodnie z opisem warunków określonych w SIWZ oraz zgodnie z ustawą Pzp Zamawiający nie określał warunków dotyczących sytuacji finansowej. Odstąpienie od badania sytuacji finansowej czy ekonomicznej wykonawców jest dopuszczone przepisami ustawy Pzp. Dopatrywanie się w

czynności Zamawiającego naruszenia istotnego interesu bezpieczeństwa państwowego czy naruszenia bezpieczeństwa publicznego jest nadużyciem i nieuprawnioną interpretacją przepisów prawa. Odwołujący w żaden sposób nie wyjaśnił z jakim naruszenie istotnego interesu bezpieczeństwa państwowego mamy do czynienia w omawianym stanie faktycznym czy też w jaki sposób skorzystanie z ustawowego uprawnienia odstąpienia od badania sytuacji finansowej wykonawców ma wpływ na naruszenie bezpieczeństwa publicznego.

Zarzut 4 i 5

Odnosnie zarzutu wprowadzenia w błąd Odwołującego poprzez opisanie koperty w niewłaściwy sposób, Izba uznała zarzut za spóźniony. Zgodnie z art. 182 ust. 3 ustawy Pzp odwołanie wobec czynności innych niż określone w ust. 1 i 2 wnosi się w przypadku zamówień, których wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 - w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia.

Jak ustaliła Izba, otwarcie ofert nastąpiło w dniu 27 listopada 2018 r. Odwołujący przyznał podczas rozprawy, że uczestniczył w otwarciu ofert, co zostało również potwierdzone w aktach postępowania przetargowego listą obecności. Tym samym uznać należy, że wszelkie wątpliwości i zarzuty co do sposobu złożenia oferty przez Przystępującego winny być podniesione w terminie 10 dni od dnia otwarcia ofert tj. od dnia 27 listopada 2018 r. W ocenie Izby skoro Odwołujący był obecny przy otwarciu ofert, widział sposób złożenia oferty przez Przystępującego, to w tym dniu miał pełną wiedzę na podstawie której obecnie formuje swój zrzut.

W odniesieniu do zarzutu wprowadzenia do SIWZ kryterium „termin płatności”, Izba powyżej odniosła się częściowego do twierdzeń Odwołującego. Należy ponadto wskazać, że Odwołujący w sposób nieprawidłowy przedstawił fakty w treści odwołania. Jak wynika bowiem z dokumentacji przetargowej Przystępujący zaoferował 29-dniowy termin płatności, nie zaś jak wskazał Odwołujący 30 dni.

Dalej wskazać należy, że zgodnie z art. 7 ust.2 ustawy z dnia 8 marca 2013 r. o terminach zapłaty w transakcjach handlowych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 118) cyt. „Termin zapłaty określony w umowie nie może przekraczać 60 dni, liczonych od dnia doręczenia dłużnikowi faktury lub rachunku, potwierdzających dostawę towaru lub wykonanie usługi, chyba że strony w umowie wyraźnie ustalą inaczej i pod warunkiem że ustalenie to nie jest rażąco nieuczciwe wobec wierzyciela.” Zgodnie z §11 ust.3 projektu umowy stanowiącego załącznik do SIWZ cyt. „Wynagrodzenie będzie płatne w terminie do dni od doręczenia Zamawiającemu prawidłowo wystawionej faktury.”

Stosownie do ww. okoliczności określenie maksymalnego 30 dniowego terminu płatności nie stanowi naruszenia przywołanych wyżej przepisów, nie mógł zatem stanowić również czynu nieuczciwej konkurencji. Przystępujący zgodnie z wymogami SIWZ zaoferował 29 dniowy termin płatności i uzyskał punktację przewidzianą w SIWZ.

Wskazać należy, że czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta (art. 3 ust. 1 u.z.n.k). Dodatkowo ustawa w art. 3 ust. 2 wskazuje, że czynami nieuczciwej konkurencji są w szczególności: naruszenie tajemnicy przedsiębiorstwa, nakłanianie do rozwiązania lub niewykonania umowy, naśladownictwo produktów, pomawianie lub nieuczciwe zachwalanie, utrudnianie dostępu do rynku, przekupstwo osoby pełniącej funkcję publiczną, a także nieuczciwa lub zakazana reklama. Argumentacja Odwołującego sprowadzała się do przytoczenia piśmiennictwa oraz orzeczeń Prezesa UOKiK dotyczących 60 – dniowych terminów płatności, nie mających zastosowania w niniejszej sprawie. Ponadto Odwołujący przedstawił teoretyczne rozważania na temat wpływu zadeklarowanego terminu płatności przez Przystępującego na jego kondycję finansową, co również w żaden sposób nie ma związku z czynem nieuczciwej konkurencji. Podkreślić jednocześnie należy, że Odwołujący zarzucają Przystępującemu czyn nieuczciwej konkurencji sam popełniałby taki czyn, gdyż w złożonej ofercie zadeklarował 30-dniowy termin płatności.

Stwierdzenie zaistnienia czynu nieuczciwej konkurencji nie może opierać się na niemających dla sprawy znaczenia okolicznościach faktycznych. Odwołujący nie wskazał naruszenia w zakresie omawianego zarzutu żadnego przepisu prawnego, nie wykazał naruszenia dobrych obyczajów, nie wykazał w zaproponowany przez Przystępującego termin płatności w jakikolwiek sposób narusza art. 15 ust. 1 pkt 5 UZNK. Za takie naruszenie nie może być uznane niezrozumiałe dla Izby stwierdzenie, iż „....czynem, jak wskazuje się w piśmiennictwie jest już samo stworzenie warunków umożliwiających wymuszanie kontrahowania z przedsiębiorcą (por. K. Korus, Komentarz do art. 15 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, LEX). Powyższe widoczne jest już na pierwszy rzut oka, gdyż w rozpatrywanym stanie faktycznym wygrała oferta, w której wykonawca wskazał, że może oczekiwać w praktyce i stosownie do SIWZ miesiące na zapłatę za wykonane usługi.” Jaki rodzaj przymuszania kontraktowania w analizowanym stanie faktycznym Odwołujący ma na myśli jest dla Izby nieodgadnione.

Ponieważ żaden z zarzutów podniesionych przez Odwołującego nie potwierdził się, odwołanie podlegało oddaleniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 2 lit. b 972 z zm.).

Przewodniczący:.....

