Sygn. akt: KIO 35/15

WYROK
z dnia 26 stycznia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska
Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 22 stycznia 2015 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 stycznia 2015 r. przez **wykonawcę K. K. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą K. K. PHU „KWAMM" z siedzibą w Starych Juchach, ul. Długa 1** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Skarb Państwa – Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Ełk w Mrozach, Mrozy Wielkie 21**

orzeka:

1.oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża **wykonawcę K. K. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą K. K. PHU „KWAMM" z siedzibą w Starych Juchach, ul. Długa 1** i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000zł. 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę K. K. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą K. K. PHU „KWAMM" z siedzibą w Starych Juchach, ul. Długa 1** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Suwałkach.**

Przewodniczący:

……

Sygn. akt KIO 35/15

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na usługi z zakresu gospodarki leśnej do wykonania w Nadleśnictwie Ełk w 2015r. zostało wszczęte przez zamawiającego ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu18 listopada 2014r. za numerem 2014/S 222-392581.
W dniu 24 grudnia 2014r. zamawiający przesłał listem poleconym wykonawcom informację o wyniku postępowania m. in. w zakresie części 8 zamówienia, gdzie uznał za najkorzystniejszą ofertę firmy BUD-LAS spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Piszu, ul Wiartel 3, na drugim miejscu w rankingu ofert znalazła się oferta wykonawcy K. K. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą K. K. PHU „KWAMM" z siedzibą w Starych Juchach, ul. Długa 1.
W dniu 7 stycznia 2015r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy K. K. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą K. K. PHU „KWAMM" z siedzibą w Starych Juchach, ul. Długa 1 – dalej odwołującego. Odwołanie zostało podpisane przez właściciela firmy. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 5 stycznia 2015r.
Odwołanie wniesiono w ramach części 8 postępowania na zaniechanie niewykluczenia z postępowania i nieodrzucenia oferty wykonawcy BUD-LAS Sp. z o.o. w zakresie części nr 8, sposobu dokonania oceny ofert w zakresie kryterium jakości usług, którym zamawiający powinien był się kierować przy wyborze oferty w zakresie części nr 8, wyboru - jako najkorzystniejszej - oferty wykonawcy BUD-LAS Sp. z o.o. w zakresie części nr 8.
Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:
1) art. 24b ust. 3 w związku z art. 26 ust. 2d oraz art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia

2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm. – dalej ustawy) przez niewykluczenie z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcy BUD-LAS Sp. z o.o., który nie złożył listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej pomimo wchodzenia w skład grupy kapitałowej;
2) art. 24b ust. 3 w związku z art. 24 ust. 2 pkt 3 oraz art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy przez niewykluczenie z postępowania wykonawcy BUD-LAS Sp. z o.o., który złożył nieprawdziwe informacje w zakresie przynależności do grupy kapitałowej mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania;
3) art. 7 ust. 1 w związku z art. 91 ust. 1 i 2 ustawy przez niezapewnienie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w związku z:
- bezpodstawnym zawyżeniem punktacji w zakresie kryterium jakości usług przyznanej BUD-LAS Sp. z o.o.

oraz
- dokonaniem oceny ofert w zakresie kryterium jakości usług niezgodnie z postanowieniami siwz;
4) art. 91 ust. 1 i 2 w związku z art. 2 pkt 5 oraz art. 7 ust. 3 ustawy przez wybór - jako najkorzystniejszej - oferty, która na podstawie przewidzianych w siwz kryteriów oceny ofert nie była ofertą najkorzystniejszą w zakresie części nr 8;
5) art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy przez nieodrzucenie oferty wykonawcy BUD-LAS Sp. z o.o., pomimo zaistnienia przesłanek do jej odrzucenia;
a także innych przepisów wymienionych w treści uzasadnienia niniejszego odwołania.
Wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o doprowadzenie postępowania do jego zgodności z przepisami ustawy przez nakazanie zamawiającemu:
1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części nr 8,
2) dokonania ponownego badania i oceny ofert w zakresie części nr 8,
3) dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej i wybranie jako najkorzystniejszej oferty odwołującego w zakresie części nr 8.
Wniósł o dopuszczenie dowodu z dokumentów załączonych do niniejszego odwołania na okoliczności wskazane w uzasadnieniu odwołania i jednocześnie o zobowiązanie przez Izbę zamawiającego do przedstawienia wymienionych poniżej, znajdujących się w jego posiadaniu dokumentów stanowiących dowód faktów wskazanych w treści niniejszego odwołania, istotnych dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy:
1) tzw. meldunków złożonych zamawiającemu przez Leśniczego Leśnictwa Czerwonka w ramach wykonywania przez BUD-LAS Sp. z o.o. umowy na usługi z zakresu gospodarki leśnej do wykonania w Nadleśnictwie Ełk w 2013 roku wskazujących na niewykonanie i nieterminowe oraz nienależyte wykonywanie przez BUD-LAS Sp. z o.o. na terenie Leśnictwa Czerwonka usług z zakresu gospodarki leśnej polegających na: pozyskaniu drewna i zrywce drewna wraz ze zdjęciami dokumentującymi nieprawidłowości wskazane w meldunkach,
2) zleceń dotyczących pozyskania i zrywki drewna wystawionych przez Leśniczego Leśnictwa Czerwonka w celu wykonania przez BUD-LAS Sp. z o.o. poszczególnych prac objętych umową w sprawie zamówienia publicznego na usługi z zakresu gospodarki leśnej do wykonania w Nadleśnictwie Ełk w roku 2013,
3) protokołów odbioru robót przekazanych do wykonania BUD-LAS Sp. z o.o. zleceniami, o których mowa w punkcie 2 powyżej,
4) tzw. meldunków złożonych zamawiającemu przez Leśniczych Leśnictw Czerwonka, Buczki i Przekopka w ramach wykonywania przez BUD-LAS Sp. z o.o. umowy na usługi z zakresu gospodarki leśnej do wykonania w Nadleśnictwie Ełk w 2012 roku wskazujących na niewykonanie i nieterminowe oraz nienależyte wykonywanie przez BUD-LAS Sp. z o.o. na terenie Leśnictw Czerwonka, Buczki i Przekopka usług z zakresu gospodarki leśnej

polegających na: pozyskaniu drewna i zrywce drewna wraz ze zdjęciami dokumentującymi nieprawidłowości wskazane w meldunkach,
5) zleceń dotyczących pozyskania i zrywki drewna wystawionych przez Leśniczych Leśnictw Czerwonka, Buczki i Przekopka w celu wykonania przez BUD-LAS Sp. z o.o. poszczególnych prac objętych umową w sprawie zamówienia publicznego na usługi z

zakresu gospodarki leśnej do wykonania w Nadleśnictwie Ełk w roku 2012,
6) protokołów odbioru robót przekazanych do wykonania BUD-LAS Sp. z o.o. zleceniami, o których mowa w punkcie 5 powyżej,
7) tzw. meldunków złożonych zamawiającemu przez Leśniczego Leśnictwa Czerwonka wraz ze zdjęciami, stwierdzających uszkodzenie drzew stojących przez BUD-LAS Sp. z o.o. na terenie Leśnictwa Czerwonka podczas wykonywania usług z zakresu gospodarki leśnej w roku 2013,
8) dokumentów potwierdzających naliczenie BUD-LAS Spółce z o.o. przez zamawiającego kar z tytułu uszkodzenia drzew stojących, o którym mowa w punkcie 7 powyżej;
9) tzw. meldunku złożonego zamawiającemu przez Leśniczego Leśnictwa Czerwonka wraz ze zdjęciem, potwierdzającego pozostawienie przez BUD-LAS Sp. z o.o. zawieszonych drzew na powierzchni roboczej w ramach wykonywania umowy na usługi z zakresu gospodarki leśnej do wykonania w Nadleśnictwie Ełk w roku 2013.
W uzasadnieniu odwołujący wskazał, że w myśl art. 26 ust. 2d ustawy oraz postanowień Rozdziału 9 siwz (pkt. 9.1 lit. i) każdy z wykonawców biorących udział w przedmiotowym postępowaniu miał obowiązek złożyć wraz z ofertą zgodne z rzeczywistością oświadczenie dotyczące przynależności do grupy kapitałowej. BUD-LAS Sp. z o.o. złożyła oświadczenie, iż do grupy kapitałowej nie należy, choć z dokumentów załączonych do oferty oraz z danych zawartych w Krajowym Rejestrze Sądowym wynika, iż wchodzi w skład grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, do której to grupy należy także spółka działająca pod firmą „Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowe JUKON Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością" (dalej także „JUKON").
Zgodnie z danymi zawartymi w rejestrze przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego spółką BUD-LAS zarządza jednoosobowo Pani A. K., która jest jednocześnie jednym ze wspólników tej spółki. W skład zarządu spółki JUKON wchodzą, będący jej jedynymi wspólnikami, Państwo B. K. i J. K. .
Jako dowód odwołujący powołał :
1) Informację z KRS odpowiadająca odpisowi aktualnemu z rejestru przedsiębiorców BUD-LAS Sp. z o.o.
2) Informację z KRS odpowiadająca odpisowi aktualnemu z rejestru przedsiębiorców JUKON

Zgodnie z treścią pełnomocnictwa z dnia 17 grudnia 2009. (sporządzonego w formie aktu notarialnego - Repertorium A nr 4650/2009), które zostało załączone do oferty, wynika, iż A. K., córka J. i B., udziela pełnomocnictwa rozdzielnego swoim rodzicom J. K. i B. K. do działania w imieniu i na rzecz spółki BUD-LAS.
Zakres umocowania jest bardzo szeroki i upoważnia B. K. i J. K. do:
- prowadzenia bieżącej działalności BUD-LASu w ramach zwykłego zarządu,
- zaciągania zobowiązań,
- zawierania w imieniu BUD-LASu wszelkich umów związanych z przedmiotem działania spółki,
- składania wszelkich oświadczeń woli i wiedzy, wniosków, zapewnień oraz do dopełniania wszelkich formalności i dokonywania czynności faktycznych i prawnych jakie okażą się niezbędne przy zawieraniu umów przez spółkę,
- reprezentowania BUD-LASu przed wszelkimi podmiotami,
W konsekwencji udzielonego pełnomocnictwa, zdaniem odwołującego, to właściwie B. i J. K. pełnią funkcje zarządu BUD-LAS Spółki z o.o. i to od 2009 roku. Zgodnie z art. 201 § 1 oraz art. 204 § 1 Kodeksu spółek handlowych sprawy spółki prowadzi i reprezentuje spółkę jej zarząd, a prawo członka zarządu do prowadzenia spraw spółki i jej reprezentowania dotyczy wszystkich czynności sądowych i pozasądowych spółki. Zakres umocowania wynikający z pełnomocnictwa, zdaniem odwołującego, pokrywa się z zakresem kompetencji zarządu w spółce z ograniczoną odpowiedzialnością.
Odwołujący kierując się doświadczeniem życiowym przypuszcza, że skoro rodzice mają takie szerokie pełnomocnictwo i to od dawna, bo od roku 2009, to właściwie oni, a nie ich córka A. K., zarządzają w rzeczywistości BUD-LASem, a więc obie spółki - BUD-LAS i JUKON - tworzą grupę kapitałową w rozumieniu ustawy .
Ustawa mówi bowiem o grupie kapitałowej „w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów". Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów

zawiera bardzo szeroką definicję grupy kapitałowej, która nie wskazuje sztywnych form powiązań między podmiotami przynależnymi, w tym ujęciu, do grupy kapitałowej. W myśl art. 4 pkt 14 tej ustawy grupa kapitałowa to wszyscy przedsiębiorcy, którzy są kontrolowani w sposób bezpośredni lub pośredni przez jednego przedsiębiorcę, w tym również tego przedsiębiorcę (przy czym ustawa nie wskazuje wiążących form kontroli między członkami grupy kapitałowej).
Sądząc po zakresie pełnomocnictwa (właściwie to rodzice są w zarządzie), powiązaniach rodzinnych (rodzice-dzieci), odwołujący kierując się doświadczeniem życiowym oraz mając na uwadze bardzo szeroką definicję grupy kapitałowej, uznał, że BUD-LAS i JUKON wchodzą w skład grupy kapitałowej (w rozumieniu ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów), w której obie spółki są kontrolowane przez jednego przedsiębiorcę - JUKON.

B. i J. K. są bowiem członkami zarządu spółki JUKON (zgodnie z danymi z KRS), a jednocześnie sprawują faktyczny zarząd i kontrolę nad spółką BUD-LAS (zgodnie z zakresem pełnomocnictwa z dnia 17 grudnia 2009 r.).
W związku z tym oświadczenie złożone przez BUD-LAS Sp. z o.o., stanowiące część oferty, że Spółka nie należy do grupy kapitałowej, w ocenie odwołującego uznać należy za niezgodne z rzeczywistym stanem rzeczy, a przynależność do grupy kapitałowej (tworzonej przez BUD-LAS i JUKON) obligowała tę Spółkę do złożenia listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej. BUD-LAS Sp. z o.o. listy takiej nie złożyła, co powinno skutkować wykluczeniem tego wykonawcy z postępowania i odrzuceniem jego oferty (na podstawie art. 24b ust. 3 w związku z art. 26 ust. 2d, art. 7 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy).
W myśl art. 24b ust. 3 ustawy zamawiający wyklucza z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcę, który nie złożył wyjaśnień, oraz wykonawcę, który nie złożył listy, o której mowa w art. 26 ust. 2d.
Niezłożenie listy podmiotów w sytuacji przynależenia do grupy kapitałowej, dyskwalifikuje wykonawcę, który listy takiej nie złożył, pomimo istnienia w tym zakresie prawnego obowiązku wynikającego z art. 26 ust. 2d ustawy. Tym bardziej, zdaniem odwołującego, musi dyskwalifikować wykonawcę złożenie nieprawdziwego oświadczenia o nieprzynależeniu do grupy kapitałowej w sytuacji, gdy inny wykonawcy biorący udział w postępowaniu złożyli oświadczenia zgodne z rzeczywistością. W zaistniałej sytuacji zdaniem odwołującego uznanie, iż wykonawca nie podlega wykluczeniu z postępowania stanowiłoby naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, o których mowa w art. 7 ust. 1 ustawy.
BUD-LAS Sp. z o.o. nie tylko nie złożyła „listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5", ale dodatkowo dopuściła się złożenia informacji nieprawdziwych. W oświadczeniu wykonawcy o przynależności do grupy kapitałowej z dnia 2 grudnia 2014 r. przedłożonym zamawiającemu wraz z ofertą wyraźnie oświadczyła „nie należę do grupy kapitałowej".
Niewykluczenie przez zamawiającego z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcy BUD-LAS Sp. z o.o. stanowi więc dodatkowo naruszenie art. 24b ust. 3 w związku z art. 24 ust. 2 pkt 3 oraz art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy, bowiem wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje w zakresie przynależności do grupy kapitałowej mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.
W rzeczywistości bowiem to właściwie spółka JUKON, a nie BUD-LAS będzie wykonywała usługi z zakresu gospodarki leśnej, ponieważ:

- faktycznie zarządza spółką BUD-LAS przez działanie w imieniu i na rzecz obu spółek tych samych osób, tj. B. i J. K. (raz jako członkowie zarządu JUKONu, a raz jako pełnomocnicy BUD-LASu), zgodnie z treścią pełnomocnictwa z dnia 17 grudnia 2009 r.;
- będzie jedynym podwykonawcą BUD-LASu (jak wskazuje „Wykaz części zamówienia które wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcy" złożony 15 grudnia 2014 r.) i zgodnie z oświadczeniem z dnia 02 grudnia 2014 r. „jest do dyspozycji firmy „BUD-LAS" Sp. z o.o. z siedzibą w Wiartlu 3 i będzie świadczyć prace jako Podwykonawca na terenie Nadleśnictwa Ełk", a co najistotniejsze w zakresie usług jakie BUD-LAS zamierza powierzyć jedynemu

podwykonawcy - JUKONowi, mieści się cały zakres przedmiotu zamówienia, tj. pozyskanie i zrywka drewna oraz zagospodarowanie lasu, na które składa się w szczególności: hodowla lasu, ochrona lasu, ochrona przeciwpożarowa i gospodarka szkółkarska, co stanowi pełen zakres usług z zakresu gospodarki leśnej objęty przedmiotem zamówienia publicznego wskazany w Rozdziale 3 pkt 3.1 siwz;
- udostępni BUD-LASowi potencjał techniczny w postaci ciągnika rolniczego Zetor, będącego jej własnością, zgodnie z „Wykazem niezbędnych do wykonania zamówienia maszyn, narzędzi i urządzeń, jakie posiada wykonawca" oraz oświadczeniem JUKON z dnia 02.12.2014 r.)
- udostępni BUD-LASowi osoby zdolne do wykonania zamówienia, posiadające stosowne uprawnienia, tj. swojego pracownika J. J., którego łączy umowa o pracę z dnia 02.01.1998 r. (z aneksem z dnia 01.01.2007 r.) ze spółką JUKON; co znajduje potwierdzenie we wskazanych powyżej dokumentach załączonych do oferty BUD-LASu.
Odwołujący podniósł, że sprawdzeniu spełnienia warunków udziału w postępowaniu podlegał inny wykonawca (BUD-LAS) niż faktyczny wykonawca zlecanych usług - JUKON, a to niewątpliwie mogło mieć wpływ na wynik postępowania, gdyż ocenie w żadnym stopniu nie podlegał JUKON. W konsekwencji, w wyniku zawarcia umowy z BUD-LAS Sp. z o.o., w ocenie odwołującego, dojść może do udzielenia zamówienia publicznego spółce JUKON, choć udział w postępowaniu brała spółka BUD-LAS, a więc wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy, co stanowi naruszenie art. 7 ust. 3 ustawy, a także do naruszenia art. 36a ust. 1 ustawy przez powierzenie wykonania całości zamówienia podwykonawcy - spółce JUKON. Zgodnie zaś z art. 36a ust. 1 wykonawca może powierzyć podwykonawcy wykonanie jedynie części, a nie całości zamówienia.
W konsekwencji odwołujący uważa, że doszło także do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy podlegającego wykluczeniu z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24b ust. 3 w zw. z art. 26 ust. 2d oraz art. 7 ust. 1 ustawy oraz art. 24b ust. 3 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 3 oraz art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy .

Odwołujący w dalszej kolejności wskazał, że w myśl postanowień Rozdziału 19 siwz („Opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów oraz sposobu oceny ofert") „przy wyborze oferty zamawiający będzie się kierował następującymi kryteriami i ich znaczeniem": cena - waga 95%, jakość usług - waga 5% (pkt 19.1), a „za ofertę najkorzystniejszą uznana zostanie oferta, która w sumie uzyska największą ilość punktów" (pkt 19.5), przy czym „ocena punktowa kryterium jakość usług dokonana zostanie według następujących zasad:
5 pkt. - z referencji wynika, że usługi wykonano bez zastrzeżeń co do jakości i terminu wykonania prac - w ciągu 3 ostatnich lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie
0 pkt. - z referencji wynika, że usługi wykonano z zastrzeżeniami co do jakości i terminu wykonania prac - w ciągu 3 ostatnich lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie" (pkt 19.4 lit. b).
Jednocześnie jednak zamawiający wyraźnie wskazał, że „ocena zostanie dokonana w oparciu o załączone referencje przedstawione przez wykonawcę w ofercie oraz referencie posiadane przez Nadleśnictwo Ełk lub inne nadleśnictwa w ciągu 3 ostatnich lat" (pkt 19.4 lit. b in fine).
Zdaniem odwołującego czynności zamawiającego polegające na ocenie ofert w zakresie kryterium jakości usług dokonane zostały z naruszeniem przepisów ustawy oraz postanowień siwz.
Zamawiający dokonując oceny punktowej w zakresie kryterium jakości usług, wbrew postanowieniom siwz, nie wziął pod uwagę swojej wiedzy w zakresie referencji, a więc należytego bądź nienależytego wykonania usług (tj. bez zastrzeżeń albo z zastrzeżeniami co do jakości i terminu wykonania prac) przez wykonawcę BUD-LAS Sp. z o.o.
W latach 2012 i 2013 spółka BUD-LAS świadczyła usługi z zakresu gospodarki leśnej na rzecz zamawiającego - Nadleśnictwa Ełk, w związku z uzyskaniem zamówień publicznych w wyniku przeprowadzonych przez zamawiającego postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. Usługi te spółka BUD-LAS świadczyła z zastrzeżeniami zamawiającego zarówno co do jakości, jak i co do terminu wykonania prac, bowiem:

1) w roku 2013 nieterminowo realizowała usługi w zakresie pozyskania i zrywki drewna w Leśnictwie Czerwonka, co polegało na niewykonaniu w wyznaczonym terminie danego zlecenia w całości albo w znacznej części (niewykonanie w części dotyczyło od 50% do 80% danego zlecenia). Opóźnienia w pozyskaniu drewna sięgały kilku miesięcy (niezerwane drewno leżało nawet 4 miesiące), co skutkowało przelegiwaniem ściętego drewna na powierzchni leśnej doprowadzając do deprecjacji jakościowej drewna w skutek sinienia; w efekcie Nadleśnictwo Ełk poniosło stratę finansową z tego tytułu (drewno straciło bowiem na wartości, co negatywnie odbiło się na cenie surowca). Podkreślenia wymaga fakt, iż zarówno

---

warunki terenowe, jak i pogodowe były sprzyjające do wykonania tych prac, co potwierdzają tzw. meldunki sporządzone przez Leśniczego Leśnictwa Czerwonka;
2) w roku 2012 nieterminowo realizowała usługi w zakresie pozyskania i zrywki drewna w Leśnictwach Czerwonka, Buczki i Przekopka co polegało na niewykonaniu w wyznaczonym terminie danego zlecenia w całości albo w znacznej części. Ponadto w 2012 roku w Leśnictwie Czerwonka na wiosnę na jednej z powierzchni spółka BUD-LAS rozpoczęła pozyskanie drewna w trzebieży, a skończyła dopiero wiosną 2013 r., zlecenia były wypisywane co miesiąc aż do czasu ukończenia prac, co stanowiło rażące naruszenie umowy, bowiem umowa ta powinna być zrealizowana do końca roku 2012;
3) uszkodziła drzewa stojące w związku ze świadczeniem w roku 2013 usług z zakresu gospodarki leśnej (co potwierdza tzw. meldunek wraz ze zdjęciami sporządzony przez Leśniczego Leśnictwa Czerwonka), z tytułu czego Nadleśnictwo Ełk naliczyło spółce BUD-LAS stosowną karę;
4) w roku 2013 zostawiła zawieszone drzewa (ścięte, ale nie obalone) na powierzchni roboczej, co stanowi rażące naruszenie zasad BHP przy pozyskaniu drewna, a także ogromne zagrożenie dla życia, zdrowia i mienia osób trzecich, które przypadkowo mogłyby się znaleźć w zasięgu drzewa; fakt ten znajduje potwierdzenie w meldunku Leśniczego Leśnictwa Czerwonka oraz załączonym do niego zdjęciu.
Z powodu naruszenia zasad BHP przy pozyskaniu drewna podczas realizacji prac (w 2014 roku) na rzecz zamawiającego dwaj inni wykonawcy - Zakład Usług Leśnych DAN-WOOD D. C. oraz Usługi Rolnicze „M." Sprzedaż Maszyn, otrzymali od zamawiającego niekorzystne referencje, co zostało uwzględnione podczas oceny ofert w zakresie kryterium jakości usług i znajduje potwierdzenie w dokumentacji przetargowej przedmiotowego przetargu. Obu wykonawcom zamawiający przyznał 0 punktów ze względu na „wykonanie usług leśnych z zastrzeżeniami co do jakości i terminu wykonania prac", w tym „nieprawidłowości w zakresie przestrzegania przepisów BHP", a wiedzę swoją zamawiający oparł o „fakt iż Nadleśnictwo Ełk posiada dokumenty dotyczące jakości wykonania usług leśnych (o czym wykonawca został poinformowany) stwierdzające" zarówno „nieterminowe wykonanie części zleconych prac", jak i „nieprawidłowości w zakresie przestrzegania przepisów BHP".
Jako dowody w sprawie odwołujący powołał :
1) Informację o rozstrzygnięciu przetargu na „Usługi z zakresu gospodarki leśnej do wykonania w Nadleśnictwie Ełk w 2012 roku" (Znak sprawy: S-2710-18/11),
2) Ogłoszenie o udzieleniu zamówienia na usługi leśne w 2012 roku
3) tzw. meldunki złożone zamawiającemu przez Leśniczego Leśnictwa Czerwonka w ramach wykonywania przez BUD-LAS Sp. z o.o. umowy na usługi z zakresu gospodarki leśnej do wykonania w Nadleśnictwie Ełk w 2013 roku wskazujące na niewykonanie i nieterminowe oraz nienależyte wykonywanie przez BUD-LAS Sp. z o.o. na terenie Leśnictwa

---

Czerwonka usług z zakresu gospodarki leśnej polegających na: pozyskaniu drewna i zrywce drewna wraz ze zdjęciami dokumentującymi nieprawidłowości wskazane w meldunkach - w posiadaniu zamawiającego,
4) zlecenia dotyczące pozyskania i zrywki drewna wystawione przez Leśniczego Leśnictwa Czerwonka w celu wykonania przez BUD-LAS Sp. z o.o. poszczególnych prac objętych umową w sprawie zamówienia publicznego na usługi z zakresu gospodarki leśnej do wykonania w Nadleśnictwie Ełk w roku 2013 - w posiadaniu zamawiającego,
5) protokoły odbioru robót przekazanych do wykonania BUD-LAS Sp. z o.o. zleceniami, o których mowa w punkcie 3 powyżej - w posiadaniu zamawiającego,
6) tzw. meldunki złożone zamawiającemu przez Leśniczych Leśnictw Czerwonka,

Buczki i Przekopka w ramach wykonywania przez BUD-LAS Sp. z o.o. umowy na usługi z zakresu gospodarki leśnej do wykonania w Nadleśnictwie Ełk w 2012 roku wskazujące na niewykonanie i nieterminowe oraz nienależyte wykonywanie przez BUD-LAS Sp. z o.o. na terenie Leśnictw Czerwonka, Buczki i Przekopka usług z zakresu gospodarki leśnej polegających na: pozyskaniu drewna i zrywce drewna wraz ze zdjęciami dokumentującymi nieprawidłowości wskazane w meldunkach - w posiadaniu zamawiającego,
7) zlecenia dotyczące pozyskania i zrywki drewna wystawione przez Leśniczych Leśnictw Czerwonka, Buczki i Przekopka w celu wykonania przez BUD-LAS Sp. z o.o. poszczególnych prac objętych umową w sprawie zamówienia publicznego na usługi z zakresu gospodarki leśnej do wykonania w Nadleśnictwie Ełk w roku 2012 - w posiadaniu zamawiającego,
8) protokoły odbioru robót przekazanych do wykonania BUD-LAS Sp. z o.o. zleceniami, o których mowa w punkcie 6 powyżej - w posiadaniu zamawiającego,
9) tzw. meldunki złożone zamawiającemu przez Leśniczego Leśnictwa Czerwonka wraz ze zdjęciami, stwierdzające uszkodzenie drzew stojących przez BUD-LAS Sp. z o.o. na terenie Leśnictwa Czerwonka podczas wykonywania usług z zakresu gospodarki leśnej w roku 2013 - w posiadaniu zamawiającego,
10) dokumenty potwierdzające naliczenie BUD-LAS Spółce z o.o. przez zamawiającego kar z tytułu uszkodzenia drzew stojących, o którym mowa w punkcie 8 powyżej - w posiadaniu zamawiającego;
11) tzw. meldunek złożony zamawiającemu przez Leśniczego Leśnictwa Czerwonka wraz ze zdjęciem, potwierdzający pozostawienie przez BUD-LAS Sp. z o.o. zawieszonych drzew na powierzchni roboczej w ramach wykonywania umowy na usługi z zakresu gospodarki leśnej do wykonania w Nadleśnictwie Ełk w roku 2013 - w posiadaniu zamawiającego.
Referencje wystawione przez Nadleśnictwo Ełk w dniu 11 grudnia 2013 r., złożone przez spółkę BUD-LAS wraz z ofertą potwierdzają, że „prace były wykonane prawidłowo i w skali całego roku wykonano je w terminie".

Zamawiający, podczas dokonywania oceny w zakresie kryterium jakości usług, nie wziął jednak pod uwagę, iż zgodnie z bezwzględnie wiążącymi go zasadami wskazanymi w siwz, aby przyznać danemu wykonawcy 5 punktów, usługi wykonane w ciągu ostatnich 3 lat miały być zrealizowane „bez zastrzeżeń co do jakości i terminu wykonania prac", a więc w terminie wskazanym w poszczególnych zleceniach (protokołach przekazania prac do wykonania), o których mowa w § 3 ust. 3 umowy na usługi z zakresu gospodarki leśnej do wykonania w Nadleśnictwie Ełk w roku 2013.
Jako dowód odwołujący powołał projekt umowy na usługi z zakresu gospodarki leśnej do wykonania w Nadleśnictwie Ełk w roku 2013 stanowiący załącznik nr 3 do siwz z roku 2012 (znak sprawy: S-2710-1-/12)
Odwołujący podniósł, że terminy wykonania poszczególnych zleceń uzależnione są w dużej mierze od warunków przyrodniczych. Ponadto wszelkie opóźnienia w realizacji usług leśnych powodują utrudnienia w koordynacji sprzedaży i odbioru drewna od zamawiającego. Dlatego też terminowe wykonanie usług przez wykonawcę jest niezwykle istotne i leży w interesie zamawiającego i z całą pewnością stanowi element składający się na należyte wykonanie umowy (w rozumieniu przepisów Kodeksu cywilnego, które zgodnie z art. 139 ust. 1 ustawy znajdują zastosowanie do umów w sprawach zamówień publicznych, a także w rozumieniu rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie dokumentów, jakich może żądać Zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane).
Nie ma natomiast znaczenia fakt, iż wykonawca „zmieścił się" z realizacją usług w danym roku, tj. że w skali całego roku wykonał je w terminie. Zamawiający przy tak określonym w siwz kryterium i zasadach oceny powinien kierować się skalą nie całego roku, lecz skalą poszczególnych zleceń, które miały być wykonane w określonym w nich terminie oraz z zachowaniem określonej jakości prac. Te zaś wymagania zamawiającego wynikające zarówno z postanowień siwz, jak i postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego nie zostały przez wykonawcę zrealizowane, co niewątpliwie stanowi nienależyte wykonanie umowy na usługi z zakresu gospodarki leśnej do wykonania w Nadleśnictwie Ełk w roku 2013, w tym zrealizowanie usług „z zastrzeżeniami co do jakości i terminu wykonania prac".
Zamawiający zaś, dokonując oceny ofert w zakresie kryterium jakości usług, powinien był wziąć pod uwagę nie tylko informacje wynikające z dokumentów (referencji) załączonych do

oferty, ale także z posiadanych przez siebie dokumentów, do czego był zobligowany postanowieniami siwz i co uczynił w przypadku innych wykonawców (Zakład Usług Leśnych DAN-WOOD D. C. oraz Usługi Rolnicze „M." Sprzedaż Maszyn). Dlatego też przyznanie przez zamawiającego BUD-LAS Spółce z o.o. 5 punktów w zakresie kryterium jakości usług stanowi, w ocenie odwołującego, naruszenie nie tylko postanowień siwz, ale również

przepisów ustawy i niewątpliwie miało wpływ i to wpływ istotny na wynik postępowania, bowiem spowodowało dokonanie wyboru oferty, która nie była ofertą najkorzystniejszą. Odwołujący zaoferował cenę wyższą niż spółka BUD-LAS, przez co uzyskał z tego tytułu mniejszą liczbę punktów (94,41 pkt) niż oferta BUD-LASu (95 pkt). Jednakże w zakresie kryterium jakości usług usługi świadczone przez spółkę BUD-LAS (referencje) powinny zostać ocenione przez zamawiającego jako „usługi wykonane z zastrzeżeniami co do jakości i terminu wykonania prac", pomimo to BUD-LAS uzyskał 5 pkt. W konsekwencji, łączna punktacja przyznana odwołującemu (99,41 pkt) była niższa od ilości punktów, które zdobyła oferta spółki BUD-LAS (100 pkt), co spowodowało dokonanie wyboru - jako najkorzystniejszej - oferty złożonej przez BUD-LAS Sp. z o.o.
W świetle powyższych okoliczności uznać należy, iż ocena w zakresie kryterium jakości usług w odniesieniu do oferty spółki BUD-LAS dokonana została przez zamawiającego nie tylko z naruszeniem postanowień siwz, ale także z naruszeniem fundamentalnych dla prawa zamówień publicznych zasad ogólnych, tj. z naruszeniem zasady równości (równego traktowania) i uczciwej konkurencji wyrażonych w art. 7 ust. 1 ustawy , a także zasady udzielania zamówienia wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy, o której mowa w art. 7 ust. 3 ustawy .
Ponadto zachowanie zamawiającego jest, zdaniem odwołującego, niezgodne z art. 2 dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi, stanowiącym, iż „instytucje zamawiające zapewniają równe i niedyskryminacyjne traktowanie wykonawców oraz działają w sposób przejrzysty".
W konsekwencji zamawiający dokonał wyboru oferty BUD-LAS Sp. z o.o. - jako oferty najkorzystniejszej - z naruszeniem art. 91 ust. 1 i 2 ustawy , ponieważ wybrał ofertę, która na podstawie przewidzianych w siwz kryteriów oceny ofert nie była ofertą najkorzystniejszą dla części nr 8. W świetle art. 2 pkt 5 ustawy ofertą najkorzystniejszą jest bowiem oferta, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego. Ofertą najkorzystniejszą jest więc oferta odwołującego. Dlatego też w pełni uzasadnione są żądania odwołującego, a niniejsze odwołanie jest koniecznie i winno zostać uwzględnione, bowiem (jak zostało wykazane) naruszenie przepisów ustawy miało wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W dniu 8 stycznia 2015r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania i wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym przekazując kopię odwołania.

W terminie wynikającym z art. 185 ust. 2 ustawy do postępowania odwoławczego nikt nie przystąpił.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:
Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami, oferty wykonawcy wybranego, oraz dokumentów będących w posiadaniu zamawiającego tj. :
1) tzw. meldunków złożonych Zamawiającemu przez Leśniczego Leśnictwa Czerwonka w ramach wykonywania przez BUD-LAS Sp. z o.o. umowy na usługi z zakresu gospodarki leśnej do wykonania w Nadleśnictwie Ełk w 2013 roku wskazujących na niewykonanie i nieterminowe oraz nienależyte wykonywanie przez BUD-LAS Sp. z o.o. na terenie Leśnictwa Czerwonka usług z zakresu gospodarki leśnej polegających na: pozyskaniu drewna i zrywce drewna wraz ze zdjęciami dokumentującymi nieprawidłowości wskazane w meldunkach,
2) zleceń dotyczących pozyskania i zrywki drewna wystawionych przez Leśniczego Leśnictwa Czerwonka w celu wykonania przez BUD-LAS Sp. z o.o. poszczególnych prac

objętych umową w sprawie zamówienia publicznego na usługi z zakresu gospodarki leśnej do wykonania w Nadleśnictwie Ełk w roku 2013,
3) protokołów odbioru robót przekazanych do wykonania BUD-LAS Sp. z o.o. zlecaniami, o których mowa w punkcie 2 powyżej,
4) tzw. meldunków złożonych Zamawiającemu przez Leśniczego Leśnictwa Czerwonka wraz ze zdjęciami, stwierdzających uszkodzenie drzew stojących przez BUD-LAS Sp. z o.o. na terenie Leśnictwa Czerwonka podczas wykonywania usług z zakresu gospodarki leśnej w roku 2013,
5) dokumentów potwierdzających naliczenie BUD-LAS Spółce z o.o. przez Zamawiającego kar z tytułu uszkodzenia drzew stojących, o którym mowa w punkcie 7 powyżej;
6) tzw. meldunku złożonego Zamawiającemu przez Leśniczego Leśnictwa Czerwonka wraz ze zdjęciem, potwierdzającego pozostawienie przez BUD-LAS Sp. z o.o. zawieszonych drzew na powierzchni roboczej w ramach wykonywania umowy na usługi z zakresu gospodarki leśnej do wykonania w Nadleśnictwie Ełk w roku 2013

Izba postanowiła oddalić wniosek odwołującego wskazując, iż w ocenie Izby ocena ofert nie może być dokonywana w oparciu o okoliczności nie stanowiące elementów oferty, ale znane zamawiającemu z urzędu lub pozyskane w inny sposób, albowiem wówczas nie byłaby to ocena złożonych ofert. Stąd też ewentualna wiedza co do wykonania czy nienależytego wykonania usług na rzecz nadleśnictw mogła być podstawą oceny wykonawcy jedynie w zakresie usług, które wskazał on w swojej ofercie. Nie zmienia tego faktu okoliczność, że ustanowione przez zamawiającego kryterium odnosi się do właściwości wykonawcy zgodnie z art. 5 ustęp 1 ustawy PZP. Jeżeli zamawiający zamierzał dokonywać pełnej oceny

---

właściwości wykonawcy w okresie ostatnich trzech lat to powinien był skorzystać z paragrafu 1 ustępu 4 rozporządzenia z dnia 19 lutego 2013r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013r. poz. 231) i żądać wskazania w wykazie także informacji o usługach niewykonanych lub wykonanych nienależycie, czego nie uczynił. Zatem postawione kryterium oceny oferty, w ocenie Izby odwołujący wykłada w sprzeczności z przepisami ustawy tj. art. 2 pkt 5, art. 91 ust. 1 i 2 ustawy w związku z art. 5 ust. 1 ustawy, gdyż w ocenie Izby możliwość skorzystania przez zamawiającego z własnej wiedzy czy z wiedzy innych podmiotów została ograniczona przez ustawodawcę do sytuacji wynikających z paragrafu 1 ust. 3 i 5 cyt. rozporządzenia tj. gdy w wykazie zawarto usługi realizowane na rzecz tego samego zamawiającego i wykonawca referencji nie załączył, albo, gdy dowody należytego wykonania załączone do oferty budzą wątpliwości zamawiającego lub gdy z poświadczenia lub innego dokumentu wynika, że zamówienie nie zostało wykonane lub zostało wykonane nienależycie i fakt uczynienia jako kryterium oceny ofert właściwości wykonawcy nie daje zamawiającemu prawa do szerszego stosowania przepisów paragrafu 1 ust. 3 i 5 cyt. rozporządzenia. Z tego względu w ocenie Izby zgłoszony wniosek dowodowy nie służy udowodnieniu okoliczności mających istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia.

Na podstawie powyższych dowodów Izba ustaliła, że:
Z siwz wynika, że w pkt. 4.1.3. zamawiający dopuścił powierzenie podwykonawcom wykonywania usług dotyczących przedmiotowego zamówienia nie zawierając zastrzeżeń co do obowiązku osobistego wykonania części zamówienia przez wykonawcę.
W zakresie warunku posiadania wiedzy i doświadczenia zamawiający opisał w rozdziale 8 pkt. 5 wymaganie wykazania się przez wykonawców wykazem wykonanych usług, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy. - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów, czy zostały wykonane lub są wykonywane należycie o wartości nie mniejszej niż 10 000,00 zł brutto na każdą część. W przypadku podwykonawstwa usług leśnych prace mają być potwierdzone referencjami od wykonawcy i Nadleśnictwa - załącznik nr 6.; zaś w pkt 2 dopuścił możliwość polegania na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji

zobowiązany był udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z

nich przy wykonywaniu zamówienia. Jeżeli wykonawca, wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy, zamawiający, w celu oceny, czy wykonawca będzie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia oraz oceny, czy stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów, żądał:
a) zakresu dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu,
b) sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia,
c) charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem,
d) zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia.
W pkt 19 siwz zamawiający opisał kryteria, którymi będzie się kierował przy wyborze oferty wskazując m. in. na kryterium jakości usług o wadze 5%, które miało być ocenione w następujący sposób:
5 pkt. - z referencji wynika, że usługi wykonano bez zastrzeżeń co do jakości i terminu wykonania prac - w ciągu 3 ostatnich lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie
0 pkt. – z referencji wynika, że usługi wykonano z zastrzeżeniami co do jakości i terminu wykonania prac - w ciągu 3 ostatnich lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie
Ocena miała być dokonana w oparciu o załączone referencję przedstawione przez wykonawcę w ofercie oraz referencje posiadane przez Nadleśnictwo Ełk, a wystawione przez Nadleśnictwa Ełk lub inne nadleśnictwa w ciągu 3 ostatnich lat.
Zamawiający opracował także wzór oświadczenia wykonawcy o przynależności do grupy kapitałowej oczekując oświadczenia o treści „Przystępując do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na usługi z zakresu gospodarki leśnej do wykonania w Nadleśnictwie Ełk w 2015 roku, oświadczam, że zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy PZP:
* nie należę do grupy kapitałowej
* należę do grupy kapitałowej, w skład której wchodzą następujące podmioty: (…)”
W ofercie wykonawcy wybranego na str. 6 znajduje się wykaz wykonanych usług obejmujący następujące pozycje:

1. Kompleksowe usługi leśne o wartości 214 724,71 w okresie 01.01.2013r.-05.12.2013r. dla Nadleśnictwa Maskulińskie
2. Kompleksowe usługi leśne o wartości 616 982,08 w okresie 01.01.2013r.-11.12.2013r. dla Nadleśnictwa Ełk.

Do wykazu załączono referencje str. 7 i 8, z których wynika, że prace na terenie leśnictwa Czapla wykonane były w sposób należyty, zaś Nadleśnictwo Ełk do usług świadczonych na jego rzecz nie wnosiło istotnych uwag i potwierdziło, że prace wykonane były prawidłowo i w skali całego roku wykonano je w terminie. Z odpisu z KRS dla spółki BUD-LAS wynika, że udziałowcami tej spółki są K. P., K. J. i K. A., zaś jedynym członkiem zarządu jest K. A. - str. 9-12 oferty. Na str. 18-19 oferty znajduje się pełnomocnictwo notarialne z dnia 17 grudnia 2009r. udzielone przez spółkę BUD-LAS reprezentowaną przez A. K. dla J. K. i B. K. do prowadzenia bieżącej działalności spółki w zakresie zwykłego zarządu, do zaciągania w tym zakresie zobowiązań i zawierania umów związanych z przedmiotem działania spółki, a także do reprezentowania spółki przed osobami fizycznymi, prawnymi, organami administracji rządowej i samorządowej, Naczelnikiem Urzędu Skarbowego, sądami do składania i odbioru wszelkich dokumentów.
Z dokumentów załączonych do oferty str. 24A, 25, 27 i 28 wynika, że ciągnik Ursus oraz forwarder Ponsse stanowią zasoby własne wykonawcy wybranego, natomiast ciągnik Zetor jest zasobem innego podmiotu tj. firmy JUKON sp. z o.o.

Z dokumentów załączonych na str. od 29 do 59 wynika, że zasobami własnymi wykonawcy wybranego są drwale –pilarze wskazani w wykazanie na pozycjach od 1 do 8 na podstawie umów o pracę oraz operator urządzeń dźwigowych J. Z. poz. nr 9 wykazu, zaś operator urządzeń dźwigowych J. J. jest potencjałem kadrowym udostępnionym przez JUKON sp. z o.o. Aneks do umowy o pracę z 1 stycznia 2007r. z J. J. podpisał wiceprezes zarządu JUKON B. K., zaś umowę o pracę z dnia 2 stycznia 1998r. prokurent JUKON– B. K. .
Z dokumentu na str. 60 wynika, że wykonawca wybrany zamierza powierzyć firmie JUKON sp. z o.o. podwykonawstwo części zamówienia w zakresie pozyskania, zrywki drewna i zagospodarowania lasu w Leśnictwach Mleczno i Lipiny.
Na str. 61 znajduje się oświadczenie spółki JUKON o pozostawaniu w dyspozycji firmy BUD-LAS i zamiarze świadczenia pracy jako podwykonawca na terenie Nadleśnictwa Ełk podpisane przez Viceprezesa zarządu JUKON B. K. .
Na str. 71 znajduje się oświadczenie wykonawcy wybranego o przynależności do grupy kapitałowej, gdzie wykonawca podkreślił tekst „nie należę do grupy kapitałowej".
Z odpis z KRS dla firmy JUKON sp. z o.o. załączonego do odwołania wynika, że wspólnikami spółki są J. K. i B. K., który stanowią również dwuosobowy zarząd tej spółki.
Izba ustaliła, że istnieje powiązanie pomiędzy firmą JUKON sp. z o.o. i firmą BUD-LAS sp. z o.o. polegające na tym, że jedyni wspólnicy i członkowie zarządu spółki JUKON są jednocześnie pełnomocnikami spółki BUD-LAS z zakresem umocowania do prowadzenia bieżących spraw spółki BUD-LAS mieszczącym się w granicach zwykłego zarządu. Izba dokonała analizy przepisów ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U.2007.50.331 z późn. zm. ostatnia Dz.U.2014.945 – dalej uokik), do

---

których odsyła art. 24 ust. 2 pkt 5 w zakresie definiowania pojęcia grupy kapitałowej w celu ustalenia, czy istniejące pomiędzy firmą JUKON, a firmą BUD-LAS powiązanie jest takim powiązaniem, które wskazuje na istnienie grupy kapitałowej. Art. 4 pkt 14 uokik stanowi, że przez grupę kapitałową - rozumie się przez to wszystkich przedsiębiorców, którzy są kontrolowani w sposób bezpośredni lub pośredni przez jednego przedsiębiorcę, w tym również tego przedsiębiorcę. Pomiędzy stronami nie było sporu co do tego, ze zarówno JUKON jak i BUD-LAS są przedsiębiorcami, natomiast spór dotyczył tego, czy udzielone przez BUD-LAS B. i J. K. pełnomocnictwo do prowadzenia bieżących spraw spółki powoduje, że firma JUKON sprawuje bezpośrednio lub pośrednio kontrolę nad BUD-LAS. W tym celu konieczna była analiza pojęcia „przejęcie kontroli" zdefiniowanego w art. 4 pkt 4 uokik, zgodnie z którym przez przejęcie kontroli rozumie się przez to wszelkie formy bezpośredniego lub pośredniego uzyskania przez przedsiębiorcę uprawnień, które osobno albo łącznie, przy uwzględnieniu wszystkich okoliczności prawnych lub faktycznych, umożliwiają wywieranie decydującego wpływu na innego przedsiębiorcę lub przedsiębiorców; uprawnienia takie tworzą w szczególności:
a) dysponowanie bezpośrednio lub pośrednio większością głosów na zgromadzeniu wspólników albo na walnym zgromadzeniu, także jako zastawnik albo użytkownik, bądź w zarządzie innego przedsiębiorcy (przedsiębiorcy zależnego), także na podstawie porozumień z innymi osobami,
b) uprawnienie do powoływania lub odwoływania większości członków zarządu lub rady nadzorczej innego przedsiębiorcy (przedsiębiorcy zależnego), także na podstawie porozumień z innymi osobami,
c) członkowie jego zarządu lub rady nadzorczej stanowią więcej niż połowę członków zarządu innego przedsiębiorcy (przedsiębiorcy zależnego),
d) dysponowanie bezpośrednio lub pośrednio większością głosów w spółce osobowej zależnej albo na walnym zgromadzeniu spółdzielni zależnej, także na podstawie porozumień z innymi osobami,
e) prawo do całego albo do części mienia innego przedsiębiorcy (przedsiębiorcy zależnego),
f) umowa przewidująca zarządzanie innym przedsiębiorcą (przedsiębiorcą zależnym) lub przekazywanie zysku przez takiego przedsiębiorcę.
Izba podziela stanowisko odwołującego, co do tego, że zawarty w art. 4 pkt 4 katalog form kontroli jest niezamknięty, w ocenie Izby jednak dla ustalenia, kiedy dochodzi do przejęcia kontroli nad inną firmą kluczowe jest użyte w definicji sformułowanie wszelkie formy uzyskania przez przedsiębiorcę uprawnień, które umożliwiają wywieranie decydującego wpływu na innego przedsiębiorcę. W ocenie Izby w niniejszej sprawie nie zaistniała żadna z nazwanych przez ustawodawcę w art. 4 pkt 4 uokik form kontroli, natomiast udzielone

pełnomocnictwo do prowadzenia bieżącej działalności w granicach zwykłego zarządu w

ocenie Izby nie spełnia kluczowego elementu kontroli tj. wywierania decydującego wpływu na innego przedsiębiorcę. Słowo „decydujący" ma w badanym stanie faktycznym istotne znaczenie, albowiem, jeśli wziąć pod uwagę treść art. 208 § 3 i 4 ksh, to zakres pełnomocnictwa udzielonego B. i J. K. odpowiada uprawnieniom ustawowym członka zarządu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, jednak nie świadczy o uprawnieniu do decydowania o istotnych sprawach spółki, gdyż w sprawach przekraczających zwykły zarząd, gdzie potrzeba jest uchwała zarządu jak i w przypadku sprzeciwu A. K. jako jedynego wspólnika spółki BUD-LAS, B. i J. K. nie mają wpływu na przedsiębiorcę BUD-LAS. Tym samym ich wpływ na tego przedsiębiorcę jako członków zarządu firmy JUKON nie spełnia definicji przejęcia kontroli, gdyż nie wywierają decydującego wpływu na przedsiębiorcę BUD-LAS. Izba ustaliła zatem, że w świetle art. 4 pkt 14 w związku z art. 4 pkt 4 uokik BUD-LAS nie należy do grupy kapitałowej, a w konsekwencji tego ustalenia, należało ustalić także, iż informacja o braku przynależności do grupy kapitałowej zawarta w ofercie BUD-LAS jest prawdziwa.

Z pisma nazwanego karą umowną z dnia 19 kwietnia 2014r. wynika, że zamawiający obciążył BUD-LAS karą umowną za uszkodzenie 12 sztuk drzew w wieku do 60 lat na łączną kwotę 120zł.
Z meldunku z 25 lutego 2013 wynika, że firma BUD-LAS w miesiącu lutym przy zleceniu pozyskania 1390m ^{3} drewna pozyskała 294,08m ^{3} , nie pozyskała całości drewna z ubiegłego roku w ilości 268m ^{3} , a tylko 150m ^{3} . Leśniczy S. P. stwierdził, że plan pozyskania drewna jest zagrożony.
Z meldunku z dnia 22 marca 2013r. wynika, że Leśniczy S. P. stwierdził uszkodzenie 12 sztuk drzew i zabronił zrywki forwarderem, a w dniu 21 marca 2013r. około godz. 13:00 spotkał zawieszone drzewa, na dowód uszkodzenia drzew i zawieszenia do meldunku załączono dokumentację zdjęciową.
Z meldunku z 27 marca 2013r. wynika, że w miesiącu III 2013r. plan pozyskania drewna wynosił 1990m ^{3} , a pozyskano 778m ^{3} , przy czym Leśniczy S. P. zaznaczył, że zrywka ma być wykonana w ujemnej temperaturze.
Z meldunku z 27 maja 2013r. wynika, że w maju 2013r. plan wynosił 1589m ^{3} , a pozyskano 737,17m ^{3} , a drewno pozyskane w lutym i marcu 2013r. w ilości ok. 50m ^{3} nie zostało zerwane.
Z meldunku z 28 czerwca 2013r. wynika, że w czerwcu 2013r. plan wynosił 2189m ^{3} , a pozyskano 1301,70m ^{3} . Ponownie Leśniczy wskazał na brak zerwania 50m ^{3} drewna mimo korzystnych warunków atmosferycznych, zlecenie nr 54 w zakresie pielęgnacji rozpoczęto wbrew wskazówkom leśniczego przed ukończeniem zlecenia nr 52

Ze zleceń i protokołów odbiorów w okresie 11 stycznia 2013r. do 30 grudnia 2013r. wynika, że występują rozbieżności pomiędzy ilością m ^{3} drewna zleconego poszczególnymi zleceniami, a ilością drewna wykazanego w protokołach odbioru. Na zleceniach występuje postanowienie, że dopuszcza się uszkodzenia szyi korzeniowych do …..% drzew w drzewostanach. Zlecenia jak i protokoły odbioru podpisuje w imieniu zleceniobiorcy Pani B.a S. i najczęściej ona jest wskazywana jako koordynator robót ze strony wykonawcy, sporadycznie widnieje nazwisko K. bez podania imienia, na części zleceń i protokołów i protokołów odbioru podpis jest nieczytelny.
Poza protokołem odbioru robót w zakresie zrywki drewna nr 1/ZRYW/13/6/2013 w okresie 2013.05.27 do 2013.06.25 leśniczy swoim podpisem stwierdza wykonanie prac wyszczególnionych w protokole i nie wnosi zastrzeżeń do jakości ich wykonania. Przy czym wskazany protokół wyjaśnia jedynie różnicę pomiędzy protokołem pozyskania, a zrywką z uwagi na przewożenie drewna, na które został złożony wniosek w dniu 24 maja 2013r.
Z wykonania planu pozyskania w roku 2013r. w poz. 13 – wedle oświadczenia zamawiającego dotyczącego Leśnictwa Czerwonka według planu było do pozyskania 10 763 m ^{3} , a BUD-LAS wykonał 10 852,68m ^{3} .

Izba zważyła, co następuje:

Izba nie stwierdziła przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 ustawy, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba uznała, że odwołujący na interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż jego oferta nie podlegała odrzuceniu i została sklasyfikowana na pozycji drugiej w rankingu ofert, zaś wniesione odwołanie zmierza do wyeliminowania oferty sklasyfikowanej jako najkorzystniejsza, zatem w przypadku uwzględniania odwołania odwołujący uzyskałby zamówienie. Odwołujący może ponieść szkodę w postaci nie osiągnięcia zysku, jaki zakładał z tytułu realizacji przedmiotowego zamówienia. Przesłanka materialnoprawna z art. 179 ust. 1 ustawy została wypełniona.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 24b ust. 3 w związku z art. 26 ust. 2d oraz art. 7 ust. 1 ustawy przez niewykluczenie z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcy BUD-LAS Sp. z o.o., który nie złożył listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej pomimo wchodzenia w skład grupy kapitałowej; oraz Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 24b ust. 3 w związku z art. 24 ust. 2 pkt 3 oraz art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy przez niewykluczenie z postępowania wykonawcy BUD-LAS Sp. z o.o., który złożył nieprawdziwe informacje w zakresie przynależności do grupy kapitałowej mogące mieć

wpływ na wynik prowadzonego postępowania; oraz Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy przez nieodrzucenie oferty wykonawcy BUD-LAS Sp. z o.o., pomimo zaistnienia przesłanek do jej odrzucenia

Zarzut nie potwierdził się.
Zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, zaś w ust. 3 cyt. przepisu ustawodawca stanowi, że zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Art. 24 ustawy nakłada na zamawiającego obowiązek wykluczenia z postępowania wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania (art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy) oraz tych, którzy należąc do tej samej grupy kapitałowej, w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331, z późn. zm.), złożyli odrębne oferty lub wnioski o dopuszczenie do udziału w tym samym postępowaniu, chyba że wykażą, że istniejące między nimi powiązania nie prowadzą do zachwiania uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia (art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy)
Art. 24 b stanowi zaś instrukcję dla zamawiającego, co do sposobu postępowania w sytuacji, gdy wykonawca ujawni powiązania, o których mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy tj. obowiązek wezwania do wyjaśnień oraz okoliczności, które zamawiający powinien wziąć pod uwagę przy ocenie złożonych wyjaśnień (art. 24b ust. 1 i 2 ustawy). Norma zaś art. 24b ust. 3 ustawy nakazuje zaś zamawiającemu wykluczenie z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień, oraz wykonawcy, który nie złożył listy, o której mowa w art. 26 ust. 2d.
Art. 26 ust. 2d ustawy stanowi zaś, że wykonawca, wraz z wnioskiem lub ofertą, składa listę podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5, albo informację o tym, że nie należy do grupy kapitałowej. Dotyczące uzupełniania dokumentów lub oświadczeń oraz wyjaśniania ich treści tj. przepis art. 26 ust. 3 i 4 stosuje się.
Wskazanych powyżej przepisów nie da się w ocenie Izby wyłożyć jedynie przy zastosowaniu wykładni językowej, albowiem z literalnego brzmienia art. 24 ust. 2 pkt 5 wynika, że wykluczenie wykonawców należących do tej samej grupy kapitałowej jest obligatoryjne jedynie w sytuacji, gdy złożyli odrębne oferty lub wnioski o dopuszczenie do udziału w tym samym postępowaniu, a i to jedynie w przypadku, że nie wykażą, że istniejące między nimi powiązania nie prowadzą do zachwiania uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Zatem aby wykonawcę należącego do grupy

kapitałowej można było wykluczyć z art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy przede wszystkim musi zaistnieć sytuacja, że w postępowaniu o zamówienie publiczne złożyło oferty więcej jeden wykonawców z tej samej grupy, a po drugie udział tych wykonawców musiałby prowadzić do zachwiania uczciwej konkurencji. Natomiast art. 24 b ust. 3 ustawy nakazuje zamawiającemu wykluczenie wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień, a także takiego, który nie złożył listy podmiotów należących do tej samej grupy w dacie składania oferty. Zatem z mocy art. 24b ust. 3 ustawy wykluczenie winno następować niezależnie od tego, czy poza wykonawcą, który takiej listy nie złożył, oferty w postępowaniu złożyli także inni członkowie grupy kapitałowej. Nie da się bowiem wykluczyć sytuacji, w której wykonawca przed terminem składania ofert wie, że inni członkowie jego grupy nie złożą ofert w danym postępowaniu. W ocenie Izby wskazuje to na sprzeczność językową obu przepisów. Tym samym konieczne jest sięgnięcie do innych sposobów wykładni i nadanie art. 24 b ust. 3 ustawy takiego znaczenia, które nie powodowałoby kolizji językowej z art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy. Skoro zatem art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy nakazuje odrzucenie ofert wykonawców należących do tej samej grupy kapitałowej tylko w przypadku składania przez nich odrębnych ofert w postępowaniu i w przypadku gdy ten fakt ma wpływ na konkurencję, to w ocenie Izby nie jest prawidłowym sposobem dla osiągnięcia tego celu wykluczanie każdego wykonawcy, który nie złożył listy podmiotów należących do jego grupy kapitałowej, bez badania okoliczności nie złożenia tej listy, w tym zastosowania art. 26 ust. 3 lub 4 ustawy. Izba nie ma natomiast wątpliwości, że brak jest kolizji językowej pomiędzy art. 24 ust. 2 pkt 5 i art. 24b ust. 3 ustawy w sytuacji, gdy wykonawca nie składa wyjaśnień na żądanie zamawiającego, albowiem aby zamawiający był zobligowany do żądania tych wyjaśnień musi zajść sytuacja, gdzie składa ofertę co najmniej dwóch powiązanych wykonawców, którzy złożyli listę podmiotów ze swojej grupy kapitałowej, która ten fakt potwierdza, a przedmiotem wyjaśnienia ma być to czy udział tych wykonawców wpływa na konkurencję w postępowaniu. Tym samym dla prawidłowego ustalenia znaczenia art. 24b ust. 3 ustawy w części nakazującej wykluczenie przez zamawiającego wykonawcy, który nie złożył listy podmiotów należących do tej samej grupy w dacie składania oferty, konieczne jest także wzięcie pod uwagę treści art. 26 ust. 2d zd. 2 który stanowi, że do listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej jak i do informacji o braku przynależności do grupy kapitałowej art. 26 ust. 3 i 4 stosuje się bezpośrednio. Art. 26 ust. 3 stanowi zaś, że zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego

oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert. Natomiast art. 26 ust. 4 ustawy nakazuje zamawiającemu wezwanie wykonawcy, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy. Zatem należy przyjąć, że zastosowanie art. 24 b ust. 3 ustawy w sytuacji nie złożenia listy podmiotów należących do grupy kapitałowej jest dopuszczalne dopiero po wyczerpaniu trybu przewidzianego w art. 26 ust. 3 i 4 ustawy. W ocenie Izby nie ma wątpliwości, że z art. 26 ust. 2d wynika obowiązek złożenia pełnej listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, gdyż skoro lista ma być składana do upływu terminu składania ofert, to wykonawca należący do jakiejś grupy kapitałowej może, aż do chwili otwarcia ofert nie mieć świadomości, czy inny członek jego grupy kapitałowej także ubiega się o dane zamówienie. Na zbiegu art. 24 ust. 2 pkt 5, art. 24b ust. 3 i art. 26ust. 2d ustawy powstaje istotne zagadnienie prawne, jaki przepis należy zastosować w sytuacji, gdy wykonawca należący do grupy kapitałowej nie złożył listy podmiotów tej grupy, a informację o braku przynależności do grupy kapitałowej posiadając wiedzę, że żaden z członków tej grupy nie złoży odrębnej oferty w danym postępowaniu. W ocenie Izby z art. 26 ust. 2d zd. 1 ustawy nie wynika uprawnienie dla wykonawcy dokonywania za zamawiającego oceny, czy przynależność do danej grupy kapitałowej

powoduje ryzyko wystąpienia przesłanki wykluczenia z art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy i konieczność wszczęcia postępowania wyjaśniającego w trybie art. 24b ust. 1 i 2 ustawy. Tym samym na gruncie obowiązujących przepisów w ocenie Izby informację wykonawcy o braku przynależności do grupy kapitałowej w rozumieniu art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy należałoby ocenić jako obarczoną wadą i podlegającą uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy. Jednocześnie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy nakazuje zamawiającemu odrzucić ofertę wykonawcy, który został wykluczony z udziału w postępowaniu.
Biorąc jednak pod uwagę poczynione przez Izbę ustalenia faktyczne co do tego, że firma BUD-LAS nie należy do grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy o zwalczeniu nieuczciwej konkurencji, jak i w świetle przytoczonych powyższej podstawy prawnych Izba uznała, że nie doszło do naruszenia przez zamawiającego art. 24b ust. 3 w związku z art. 26 ust. 2d oraz art. 7 ust. 1 ustawy, gdyż BUD-LAS nie należąc do grupy kapitałowej nie był zobowiązany do składania listy podmiotów, ani do naruszenia przez zamawiającego art. 24b ust. 3 w związku z art. 24 ust. 2 pkt 3 oraz art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy, gdyż, jak ustaliła Izba, informacje zawarte w oświadczeniu BUD-LAS o braku przynależności do grupy kapitałowej odpowiadały prawdzie. W konsekwencji Izba nie stwierdziła również naruszenia przez zamawiającego art.

89 ust. 1 pkt 5 ustawy, gdyż w świetle poczynionych przez Izbę ustaleń faktycznych brak było podstaw do uznania, że BUD-LAS podlegał wykluczeniu w niniejszym postępowaniu.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 w związku z art. 91 ust. 1 i 2 ustawy przez niezapewnienie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w związku z:
- bezpodstawnym zawyżeniem punktacji w zakresie kryterium jakości usług przyznanej BUD-LAS Sp. z o.o.
oraz
- dokonaniem oceny ofert w zakresie kryterium jakości usług niezgodnie z postanowieniami siwz;

Zarzut nie potwierdził się. Izba podstawy prawne dotyczące nart. 7 ust. 1 ustawy przytoczyła rozstrzygając wyżej omówiony zarzut. Natomiast z art. 91 ust 1 wynika, że zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zaś zgodnie z ust. 2. wynika, że kryteriami oceny ofert są cena albo cena i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności jakość, funkcjonalność, parametry techniczne, aspekty środowiskowe, społeczne, innowacyjne, serwis, termin wykonania zamówienia oraz koszty eksploatacji.
Do naruszenia art. 91 ust. 2 ustawy w niniejszym postępowaniu nie mogło dojść w okolicznościach faktycznych podnoszonych przez odwołującego, albowiem kryterium jakości usług ustanowione przez zamawiającego nie stanowi kryterium odnoszącego się do przedmiotu zamówienia. Natomiast w ocenie Izby odwołujący nie wykazał naruszenia art. 7 ust. 1 i naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy, albowiem odwołujący nie udowodnił tezy, że usługi świadczone przez BUD-LAS dla Nadleśnictwa Ełk w 2013r. świadczone były w sposób nienależyty. Zgromadzony bowiem materiał dowodowy świadczy, że sam zamawiający nie miał istotnych zastrzeżeń do sposobu wykonania przez BUD-LAS usługi oraz wystawił temu wykonawcy pozytywne referencje, które wykonawca załączył do oferty, zaś z pozostałych dokumentów złożonych przez zamawiającego na rozprawie wynika, że okresowo osoba bezpośrednio nadzorująca wykonywanie usług tj. Leśniczy meldowała zamawiającemu o braku terminowości w wykonaniu poszczególnych zleceń, zbyt małym pozyskaniu, czy występowaniu zawieszonych drzew, jednak w zgromadzonym materiale dowodowym brak jest udowodnienia, że podawane przez Leśniczego okoliczności były przez zamawiającego oceniane jako nienależyte wykonanie usługi, o tym, że taka ewentualna negatywna ocena zamawiającego była wiadoma BUD-LAS. Przeciwnie ze zgromadzonego materiału (protokoły odbioru) wynika, że osoba odbierająca prace z ramienia zamawiającego nie zgłasza zastrzeżeń do jakości wykonanych prac. Nie ma dowodu na to, że meldowane przez

Leśniczego zdarzenia powodowały upomnienia kierowane do wykonawcy BUD-LAS, że z tego tytułu obniżano należne mu wynagrodzenie, czy potrącano kary umowne. Jedynym

dowodem naliczenia kary umownej jest dowód z 19 kwietnia 2014r. zgodnie z którym na BUD-LAS została nałożona kara umowna w kwocie 120zł. Jednak w ocenie Izby zdarzenie to należy oceniać przez pryzmat oświadczenia zawartego w każdym zleceniu wydawanym wykonawcy, gdzie zamawiający przewidział we wzorze tego zlecenia klauzulę progu szyi dopuszczającą określenie procentowego dopuszczalności uszkodzenia korzeniowych drzew w drzewostanach. W ocenie Izby przewidzenie takiego właśnie postanowienia we wzorze zlecenia świadczy o tym, że dla zamawiającego fakt uszkodzenia szyi korzeniowych nie musiał każdorazowo stanowić o nienależytym wykonaniu zamówienia. Dla oceny istotności tego zdarzenia Izba wzięła także pod uwagę wartość naliczonej kary umownej w odniesieniu do wartości całej wykonanej usługi podanej w wykazie usług BUD-LAS jak i do kwot wynikających w protokołów odbioru wystawionych przez zamawiającego. W ocenie Izby zatem za wiarygodne należy uznać wyjaśnienie zamawiającego, że fakt naliczenia kary mieścił się w pojęciu nieistotnych zastrzeżeń do sposobu wykonania usługi, nie skutkującym wystawieniem negatywnych poświadczeń. W tym stanie rzeczy zgromadzony materiał dowodowy nie pozwolił Izbie na stwierdzenie, że zamawiający dopuścił się naruszenia art. 7 ust. 1 czy art. 91 ust. 1 i 2 ustawy w trakcie oceny oferty BUD-LAS.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 36a ust. 1 ustawy przez zaniechanie zbadania zakresu powierzenia przez wykonawcę BUD-LAS wykonania zamówienia podwykonawcy JUKON

Zarzut nie potwierdził się. Zgodnie z art. 36a. ust. 1 ustawy wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy. W niniejszej sprawie bezsporne jest, że zamawiający nie skorzystał z uprawnienia wynikającego z ust. 2 tego przepisu tj. możliwości zastrzeżenia obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych części zamówienia na roboty usługi. Zastrzeżenie to zaś w niniejszym stanie prawnym było nieskuteczne z mocy ust. 3 art. 36a ustawy, gdyż wykonawca BUD-LAS powołuje się na potencjał kadrowy i techniczny firmy JUKON. Odwołujący podniósł w odwołaniu problem prawny sprowadzający się do tego, że skoro ustawodawca w art. 36 a ust. 1 ustawy posłużył się pojęciem powierzenia części zamówienia podwykonawcy, to a contrario zakazane jest powierzenie całości zamówienia podwykonawcy. Tezę zaś o całościowym powierzeniu przez BUD-LAS firmie JUKON wykonania zamówienia w pakiecie 8 odwołujący oparł o oświadczenie BUD-LAS załączone do oferty o zamiarze powierzenia zamówienia w zakresie pozyskania, zrywki drewna i zagospodarowania lasu. W ocenie odwołującego opisany

zakres wyczerpuje cały przedmiot zamówienia, a nie jego część. W ocenie Izby zarzut opiera się na błędzie w ustaleniu stanu faktycznego wynikającego z oferty BUD-LAS. W ofercie tej bowiem wykonawca wyraźnie korzysta z jednej osoby stanowiącej potencjał kadrowy firmy JUKON i dwóch sprzętów, natomiast powołuje się na 10 własnych pracowników i na 1 własny sprzęt. Zestawienie wykazu osób i wykazu sprzętu z oświadczeniem wykonawcy BUD-LAS co do zakresu podwykonawstwa w ocenie Izby nie daje podstaw do przyjęcia, że prawdziwa jest teza odwołującego, że to firma JUKON będzie wykonywać całość zamówienia. Mając powyższe na uwadze Izba nie dopatrzyła się naruszenia przez zamawiającego art. 36a ust.1 przez zaniechanie badania zakresu powierzenia.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 91 ust. 1 i 2 w związku z art. 2 pkt 5 oraz art. 7 ust. 3 ustawy przez wybór - jako najkorzystniejszej - oferty, która na podstawie przewidzianych w siwz kryteriów oceny ofert nie była ofertą najkorzystniejszą w zakresie części nr 8

Zarzut wobec nie potwierdzenia się zarzutów poprzedzających należało oddalić, skoro bowiem nie potwierdziły zarzuty zaniechania wykluczenia wykonawcy wybranego, zaniechania odrzucenia jego oferty i wadliwej oceny tej oferty w przyjętych kryteriach oceny ofert, to nie mógł potwierdzić się zarzut że oferta, która została wybrana, nie była ofertą najkorzystniejszą. W tym stanie rzeczy Izba nie dopatrzyła się naruszenia przez zamawiającego art. 91 ust. 1 i 2 w związku z art. 2 pkt 5 oraz art. 7 ust. 3 ustawy.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1, 2 ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie do wyniku spraw oraz zgodnie z § 3 pkt. 1 i 2 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) obciążając odwołującego kosztami postępowania w postaci uiszczonego wpisu od odwołania. Izba oddaliła wniosek zamawiającego o obciążenie odwołującego kosztami postępowania poniesionymi przez zamawiającego, albowiem zamawiający nie określił ich wysokości, ani także nie udowodnił faktu ich poniesienia rachunkiem przedłożonym przed zamknięciem rozprawy.

Przewodniczący: ……
