WYROK

Warszawa, dnia 26 marca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza **- w składzie:**

Przewodnicząca:Monika Kawa-Ogorzałek

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 marca 2024 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 marca 2024 r. przez wykonawcę L.D., prowadzący działalność pod nazwą F.U.P.H. GEO-LAS L.D. w postępowaniu prowadzonym przez Skarb Państwa - Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Jędrzejów

przy udziale uczestnika zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego - Konsorcjum Firm: 1. FHU LAS M.K. z siedzibą Łączkowice oraz WYKOR Sp. z o.o. z siedzibą Łączkowice

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania, wynagrodzenie pełnomocnika Zamawiającego z tytułu reprezentacji w kwocie 3600zł.

2.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy).

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:……..

**UZASADNIENIE**

Zamawiający - Skarb Państwa - Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Jędrzejów prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.; dalej: „Pzp") postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „*Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Jędrzejów w roku 2024 – II postępowanie", Pakiet nr III*".

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem: 00737649-2023, numer wydania Dz.U. S: 234/2023, data publikacji: 2023-12-05Z.

W dniu 11 marca 2024 r. Odwołujący - L.D., prowadzący działalność pod nazwą F.U.P.H. GEO-LAS L.D. wniósł odwołanie od czynności i zaniechań Zamawiającego, polegających na niewykonaniu postanowienia KIO z dnia 12 lutego 2024 r. o sygn. akt KIO 243/24 (dalej: „postanowienie KIO") w konsekwencji uwzględnienia wszystkich zarzutów wniesionego odwołania dotyczącego wyboru oraz zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum Firm: 1. FHU LAS M.K. z siedzibą Łączkowice oraz WYKOR Sp. z o.o. z siedzibą Łączkowice (dalej: „Przystępujący" lub „Konsorcjum firm") w ramach części nr III.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 522 ust. 1 oraz ust. 2 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt. 2 litera b. oraz c. w zw. z art. 116 ust. 2 Pzp przez zaniechanie wykonania postanowienia KIO w konsekwencji uwzględnienia wszystkich zarzutów wniesionego odwołania w zakresie odrzucenia oferty Przystępującego, która została złożona przez wykonawcę: b) niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, lub który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń, bowiem na potrzeby kryterium zdolności technicznej i zawodowej w zakresie dysponowania osobami zdolnymi wykonać zamówienia oraz w zakresie dysponowania potencjałem technicznym Wykonawca posłużył się osobami wskazanymi do realizacji w ramach innych leśnictw, co powoduje, iż w konsekwencji nie będzie dysponował tymi osobami na potrzeby realizacji przedmiotowego zamówienia. Wykonawca zadeklarował również ten sam potencjał techniczny, co nie pozwoli mu rzetelnie i należycie zrealizować zamówienie. Fakt ten powoduje, iż oferta winna była zostać odrzucona bowiem konsorcjum firm nie posiada wymaganych zdolności, jeżeli posiadanie przez wykonawcę sprzecznych interesów, w szczególności zaangażowanie zasobów technicznych lub zawodowych wykonawcy w inne przedsięwzięcia gospodarcze wykonawcy może mieć negatywny wpływ na realizację zamówienia.

2. art. 522 ust. 1 oraz ust. 2 art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b, lit. c Pzp poprzez zaniechanie wykonania postanowienia KIO w konsekwencji uwzględnienia wszystkich zarzutów wniesionego odwołania wskutek którego zasadnym było odrzucenie oferty konsorcjum firm w ramach części nr III pomimo że Wykonawca nie spełnia warunków udziału w postępowaniu;

3. art. 522 ust. 1 oraz ust. 2 art. 239 ust. 1 poprzez przez zaniechanie wykonania postanowienia KIO w konsekwencji uwzględnienia wszystkich zarzutów wniesionego odwołania wskutek którego nie dokonano wyboru oferty Odwołującego, która jest jedyną ważną ofertą, ofertą najkorzystniejszą zgodnie z określonymi w postępowaniu kryteriami oceny oferty.
W oparciu o tak sformułowane zarzuty odwołania, Odwołujący wniósł o:
1. Nakazanie Zamawiającemu wykonania postanowienia KIO w konsekwencji uwzględnienia wszystkich zarzutów wniesionego odwołania oraz dokonanie ponownego badania i oceny ofert w tym unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie pakietu nr III,
2. Nakazanie Zamawiającemu wykonania postanowienia KIO w konsekwencji uwzględnienia wszystkich zarzutów wniesionego odwołania oraz powtórzenia oceny ofert, wskutek którego oferta złożona przez konsorcjum firm w ramach części nr III zostanie uznana za nieważną wskutek naruszeń opisanych powyżej
3. Nakazanie Zamawiającemu wykonania postanowienia KIO w konsekwencji uwzględnienia wszystkich zarzutów wniesionego odwołania oraz powtórzenia oceny ofert i dokonania wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej odpowiednio w pakiecie nr III na podstawie określonych w postepowaniu kryteriów oceny oferty.
Uzasadniając odwołanie, Odwołujący wskazał, że Zamawiający w dniu 12 stycznia 2024r.poinformował o pierwszym wyborze oferty najkorzystniejszej, tj. oferty złożonej przez Przystępującego. Z decyzją tą nie zgodził się Odwołujący wnosząc w dniu 22 stycznia 2024 r.
odwołanie od czynności podjętych przez Zamawiającego. Wskutek wniesionego odwołania, Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty wniesionego odwołania i wskazał, że: „*Po ponownym przeanalizowaniu złożonych ofert oraz uzupełnionych dokumentów uwzględniam w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu (…) i zobowiązujemy się do wykonania czynności wskazanych w odwołaniu*". Wskutek powyższego, wobec braku wniesienia sprzeciwu przez Przystępującego Krajowa Izba Odwoławcza w dniu 12 lutego 2024 r. wydała postanowienie o umorzeniu postepowania oraz zobowiązała Zamawiającego na podstawie art. 522 ust. 2 Pzp. W dniu 28 lutego 2024 r. Zamawiający S poinformował Odwołującego o ponownym wyborze oferty najkorzystniejszej złożonej przez Przystępującego.
Według Odwołującego powyższe działanie Zamawiającego jest sprzeczne z żądaniami zawartymi w odwołaniu oraz z decyzją Zamawiającego o uwzględnieniu żądań odwołania w całości. Tym samym wskutek powyższych działań Zamawiający nie wykonał postanowienia KIO. Ponadto Odwołujący z ostrożności procesowej wskazał, że zarzut określony w pkt. 2 oraz żądanie określone w pkt. 3 petitum pierwszego odwołania (odwołanie z dnia 22 stycznia 2024 roku) został podniesiony jako zarzut ewentualny, a jak wskazuje się w doktrynie, w szczególności w orzecznictwie Izby brak jest przeszkód aby w odwołaniu podnieść zarzut główny oraz na wypadek jego nieuwzględnienia – zarzut ewentualny. Istotnym jest, iż Zamawiający uwzględnił wszystkie zarzuty odwołania nie zaś tylko zarzut ewentualny wskazany w pkt. 2 oraz żądanie wskazane w pkt. 3 petitum pierwszego odwołania. W konsekwencji powyższego działania, tj. uwzględnienia zarzutu głównego zarzut ewentualny nie podlegał rozpatrywaniu z uwagi na fakt, że został podniesiony jako zarzut ewentualny. Zamawiający mimo faktu, iż winien był wykonać postanowienie KIO zgodnie z zawartymi w nim żądaniami głównymi niestety nie wykonał żądań odwołania z dnia 22 stycznia 2024 roku.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie w całości. Wskazał, że w celu wykonania uwzględnionego odwołania (KIO 243/24), zgodnie z żądaniem Odwołującego zobowiązany był do:
– ponownego badania i oceny ofert w tym unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie pakietu nr III
– powtórzenia oceny ofert, wskutek którego oferta złożona przez konsorcjum firm w ramach części nr III zostanie uznana za nieważną wskutek naruszeń opisanych powyżej
– powtórzenia oceny ofert, wskutek którego w zakresie pakietu nr III złożonej przez
konsorcjum firm zostanie wezwana do wyjaśnień w trybie art. 128 ust. 4 w zw. z art. 116 ust.
2 Pzp, względnie do uzupełnienia wymaganego podmiotowego środka dowodowego w trybie art. 128 ust. 1 Pzp.

Zamawiający wyjaśnił, że wypełniając zobowiązania przytoczone powyżej, wykonał następujące czynności:
– unieważnił czynność wyboru oferty konsorcjum w pakiecie III,
– dokonał ponownego badania i oceny ofert w ramach którego wezwano konsorcjum na podstawie art. 128 ust. 1 Pzp do wykazania się innymi osobami, które spełnią warunki opisane w SWZ oraz wykazania się inną maszyną leśną typu harwester.
– po wykazaniu przez konsorcjum nowych osób, które spełniły warunki udziału w postępowaniu oraz nowej maszyny leśnej typu harwester, oferta konsorcjum w wyniku powtórzonych czynności została ponownie uznana za najkorzystniejszą.

**Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołania na rozprawie**
**i uwzględniając dokumentację z przedmiotowych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron zaprezentowane ustnie do protokołu rozprawy, a także złożone dowody zważyła, co następuje:**

**Odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.**

Izba ustaliła, że Odwołujący posiada interes we wniesienia odwołań wynikający z art. 505 Pzp.

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołań na podstawie art. 528 Pzp i skierowała sprawę na rozprawę.

**Izba zważyła**:

Zgodnie z art. 522 ust. 1 Pzp w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Jak wynika z ust. 1 zd. 2 komentowanego przepisu, w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego zamawiający będzie musiał wykonać, powtórzyć lub unieważnić czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Co do zasady więc, wykonanie przez zamawiającego żądań zawartych w odwołaniu jest następstwem zakresu odwołania, tj. podniesionych w nim zarzutów. Zauważyć należy, że zgodnie z treścią art. 522 Pzp uwzględnienie dotyczy zarzutów, a nie żądań odwołania. Obowiązek wykonania żądań odwołania musi zatem być postrzegany w odniesieniu do podniesionych w konkretnym odwołaniu zarzutów. W wyroku z dnia 4 lutego 2022 r., o sygn. akt KIO 121/22 Izba wskazała, że „Uwzględnienie zarzutów odwołania jest czynnością proceduralną skutkującą w postępowaniu odwoławczym umorzeniem postępowania, w następstwie czego zamawiający, stosownie do art. 522 Prawa zamówień publicznych zdanie ostatnie, „powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu". Wykonanie tych czynności skutkuje w razie ponownego ich zaskarżenia odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 pkt 5 ww. ustawy. Natomiast ich niewykonanie uprawnia wykonawcę do wniesienia odwołania podlegającego merytorycznemu rozpatrzeniu przez Izbę. Nie jest więc tak, jak twierdził na rozprawie Odwołujący, że uwzględnienie odwołania przez Zamawiającego, a następnie wykonanie żądań w sposób odmienny od podniesionych w odwołaniu powoduje, że wykonawca zostaje pozbawiony możliwości zakwestionowania ich w kolejnym odwołaniu. Jak już wyżej wskazano, ewentualne zaniechanie Zamawiającego w tym zakresie daje wykonawcom możliwość ponownego wniesienia odwołania i ponownego zakwestionowania określonych czynności Zamawiającego, a odwołanie w tym zakresie podlega merytorycznemu rozpatrzeniu przez Izbę. Jednakże w niniejszym postępowaniu Odwołujący pomimo podniesienia zarzutu niewykonania postanowienia KIO, zaniechał zakwestionowania określonych czynności Zamawiającego kwestionowanych w pierwszym, w jego ocenie, niewykonanym postanowieniu KIO. Odwołujący dopiero na rozprawie podnosił, że Zamawiający nie dokonał badania okoliczności wynikających z art. 116 ust. 2 Pzp. Jest to jednak działanie spóźnione. Podkreślić bowiem należy, że na podstawie art. 555 Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. W związku z powyższym, już z tego powodu, odwołanie nie mogło zostać uwzględnione. Podkreślić bowiem należy, że zgodnie z art. 554 ust. 3 pkt 1 Pzp uwzględniając odwołanie jeżeli umowa nie została zawarta, Izba może:

a) nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego albo

b) nakazać unieważnienie czynności zamawiającego, albo

c) nakazać zmianę projektowanego postanowienia umowy albo jego usunięcie, jeżeli jest niezgodne z przepisami ustawy.

Przepis powyższy nie przewiduje natomiast podstawy prawnej do nakazania Zamawiającemu nakazania wykonania postanowienia KIO wydanego na podstawie art. 522 ust. 1 Pzp.

Kolejno podkreślić należy, że jak wskazano w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 31 sierpnia 2022 r., sygn. akt KIO 2128/22 „Działanie zamawiającego mające być zgodne z żądaniem odwołania często nie jest literalnie zgodne z żądaniami odwołującego. To oznacza, że zamawiający w toku ponowienia czynności uprzednio zaskarżonych, wykonuje nowe czynności mając na uwadze przepisy ustawy i warunki postępowania ustalone i sformułowane w obowiązującej dokumentacji konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia". Uwzględniając powyższe Izba analizując czynności Zamawiającego podjęte po uwzględnieniu przez niego odwołania KIO 234/24 stwierdziła, Zamawiający wykonał żądania odwołania. Podkreślić należy bowiem, że wykonanie przez Zamawiającego jednego z dwóch alternatywnie postawionych zarzutów i żądań Odwołującego wypełnia dyspozycję przepisu art. 522 ust. 1 Pzp. Skoro bowiem Odwołujący zdecydował się na sformułowanie zarzutów w trybie ewentualnym, to uwzględnienie jednego z tych dwóch zarzutów wypełnia również ewentualne żądania Odwołującego (por. wyrok KIO z dnia 13 kwietnia 2022 r, sygn. akt KIO 860/22). Podkreślić należy, że odwołanie z dnia 22 stycznia 2024 r. (KIO 234/24) zawierało dwa alternatywne żądania, z jednej strony żądanie odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b oraz c) Pzp w zw. z art. 116 Pzp, z drugiej żądanie wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień. Jednakże podkreślić należy, że Zamawiający

pomimo złożenia oświadczenia o uwzględnieniu odwołania zobligowany jest przede wszystkim to prowadzenia postępowania zgodnie z przepisami Pzp, w tym zgodnie z zasadami Prawa zamówień publicznych. Odrzucenie natomiast oferty Przystępującego zgodnie z żądaniami pierwotnego odwołania, sprowadziłoby się do czynności sprzecznych z przepisami i zasadami Pzp. Podkreślić bowiem należy, że odrzucenie oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b oraz c) Pzp musi zostać poprzedzone wezwanie w trybie art. 128 ust. 1 ww. ustawy.

W związku z powyższym Izba oddaliła odwołanie.

O kosztach postępowań orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodnicząca: ……