

• i<)V/A IZBA OI)A'ÓUMCZAJ

i

06. 2012

i

W!''LY NtŁ O;

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 31 maja 2012 r.

Sąd Okręgowy w Koszalinie VI Wydział Gospodarczy

w składzie następującym:

Przewodniczący: SSO Małgorzata Lubelska Zspr./
SSO Marek Ciszewski
SSO Krystyna Szóstak-Werner

Protokolant: Małgorzata Budna

po rozpoznaniu w dniu 23 maja 2012 r. w Koszalinie
na rozprawie sprawy

ze skargi: Konsorcjum „SPÓJNIA” w Człopie - Andrzeja Pawlaka,

Andrzeja Aftarczuka, Wiesława Szczudło, Marcina Szczudło,
Pawła Dąbka

przeciwko Skarbu Państwa, Państwowemu Gospodarstwu Leśnego Lasy

zamawiającemu: Państwowe - Nadleśnictwo Człopa,

Ireneuszowi Sawczyn, Romanowi Sawczyn, Krzysztofowi
z udziałem Golińskiemu, Czesławowi Bakinowskiemu, Józefowi
wykonawców: Lewandowskiemu, Bogdanowi Lewandowskiemu,
Mieczysławowi Tomaszewskiemu, Rafałowi Kiernikowskiemu,
Zbigniewowi Pluta

na skutek skargi wniesionej przez Konsorcjum „SPÓJNIA”
od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie
z dnia 1 marca 2012 r. w sprawie KIO 145Z12

I. oddala skargę;

II. zasądza od skarżących: Andrzeja Pawlaka, Andrzeja Aftarczuka,
Wiesława Szczudło, Marcina Szczudło, Pawła Dąbka - solidarnie
na rzecz:

a) zamawiającego: Skarbu Państwa Państwowego

Gospodarstwa Leśnego Lasy Państwowe Nadleśnictwo
Człopa kwotę 3.600 zł /słownie: trzy tysiące sześćset złotych/

PROTOKÓŁ Z DZIA 31 MAJA 2012 R.

SYGN. AKT. VI GA 32/12

b) interwenientów ubocznych: Krzysztofa Golińskiego, Rafała Kiernikowskiego, Czesława Bakinowskiego, Zbigniewa Pluty, Ireneusza Sawczyna i Romana Sawczyna solidarnie kwotę 3.600 zł /słownie: trzy tysiące sześćset złotych/

tytułem zwrotu kosztów postępowania skargowego.

Za zgodność z oryginałem
Sekretarz Sądu

""•Ły

Vel

Sygn. akt VI Ga 32/12

UZASADNIENIE

Skarb Państwa -Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe
Nadleśnictwo Człopa wszczęło postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego

w trybie przetargu nieograniczonego na wykonywanie usług w zakresie gospodarki leśnej na jego terenie w 2012r. W wyniku postępowania wybrani zostali wykonawcy co do każdej części zamówienia: w zakresie części I - Ireneusz Sawczyszyn i Roman Sawczyszyn- Usługi Leśne, Handel i Transport „LimifSC, w zakresie części II -Krzysztof Goliński - Zakład Usług Wielobranżowych, w zakresie części III wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Czesława Bakinowskiego- Produkcja Handel Usługi i Józef Lewandowski, Bogdan Lewandowski, Mieczysław Tomaszewski- Usługi Leśne SC, w zakresie części IV -Rafał Kiernikowski- Zakład Usług Leśnych, Czesław Bakinowski- Handel Usługi, Zbigniew Pluta- Usługi Leśne i Transportowe.

Odwwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej- w odniesieniu do części I-IV wnieśli wykonawcy wspólnie ubiegających się o zamówienie publiczne -Konsorcjum Spółnia - Andrzej Pawlak -Usługi Leśne, Andrzej Aftarczuk- „ATENA", Wiesław Szczudło- Zakład Usług Leśnych i Transportowych, Marcin Szczudło-Usługi Handel „Junior", Paweł Dąbek- prowadzący Zakład Usług Leśnych zarzucając zamawiającemu naruszenie:

- art. 91 ust.1 w zw. z art.82 ust.2, art.26 ust.2 ustawy z dnia 29.01.2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 201 Or. nr 113 poz. 759 ze zm. - dalej ustawy) i art. 66

§ 1 kc co do części I, III i IV przez przyznanie zaskarżonym ofertom punktów w kryterium „Sprzęt",

- art.24 ust.2 pkt 4 ustawy co do części II przez niewykluczenie wykonawcy nie spełniającego warunku udziału w postępowaniu z punktu 7.2.c dla części II pkt 8 SIWZ tj., nie dysponującego plugiem frezowym z pogłębiaczem,

- art.7 ust.1 ustawy przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji oraz zasadę równego traktowania wykonawców.

Odwołujące się Konsorcjum podnosiło, iż wybrani wykonawcy nie spełniali kryterium najkorzystniejszej oferty, bowiem nie dysponowali sprzętem na podstawie stosunku prawnego wskazanego w SIWZ (własność lub leasing, dzierżawa, najem) lub też

dysponowali plugiem aktywnym z pogłębiaczem w miejsce wymaganego pluga frezowego z pogłębiaczem.

Do postępowania przed KIO przystąpili- po stronie zamawiającego wykonawcy wybrani w toku przetargu.

Wyrokiem z dnia 1.03.2012r. w sprawie KOI 145\12 Krajowa Izba Odwoławcza oddaliła odwołanie (pkt 1) obciążając kosztami postępowania odwołujące się Konsorcjum Unia (pkt 2.1) oraz zasądziła od odwołującego się Konsorcjum na rzecz zamawiającego Skarbu Państwa Państwowego Gospodarstwa Leśnego Lasy Państwowe Nadleśnictwo Człopa kwotę 4 992 zł z tytułu dojazdu i zastępstwa prawnego (pkt 2.2).

Izba ustaliła, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na wykonywanie usług w zakresie gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Człopa w 2012r. zostało wszczęte przez zamawiającego ogłoszeniem w siedzibie i na stronie internetowej, opublikowanym także w Dzienniku Urzędowym UE. Zarówno w ogłoszeniu o zamówieniu sekcja 111.2.1 lit. c i III.2.1.7.2.C oraz sekcji III.2.3. jak i w siwz w rozdziale 6.2.c i 7.2.C zamawiający określił warunek dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym

Wykaz narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy usług w celu realizacji zamówienia wraz z informacją o podstawie dysponowania zasobami należało złożyć na załącznikach nr 5.1, 5.2, 5.3 i 5.4 w kolumnie 4 tegoż załącznika wskazano alternatywę do określenia podstawy dysponowania „własny/oddany do dysponowania”. W pkt 7.3 zamawiający zezwolił na posługiwanie się potencjałem technicznym innych podmiotów i powtórzył treść art. 26 ust. 2 b ustawy.

W sekcji IN/2.1. wskazał, że kryteriami oceny ofert będzie sprzęt - 10% i cena 90%, powtórzył to w rozdziale 14 siwz w pkt 2 określając sposób obliczania punktów w kryterium „sprzęt” wg podanego wzoru. W kryterium sprzęt oceniana miała być ilość posiadanego specjalistycznego sprzętu leśnego przez wykonawcę na własność, na podstawie umowy leasingu, na podstawie umowy dzierżawy lub na podstawie umowy najmu. Ocena punktowa miała być dokonywana na podstawie danych zawartych w „Wykazie narzędzi, wyposażenia ...” sporządzonym według załącznika nr 5 ... do siwz.

W ofercie Ireneusza i Romana Sawczyszyn - SC „Limit” w załączniku nr 5.1. do siwz, w poz.4 wskazano oddane do dyspozycji przyczepki do zrywki nasiębniernej z żurawiem hydraulicznym i w oddane do dyspozycji specjalistyczne ciągniki LKT (skider) dołączając zobowiązanie Zakładu Usług Leśnych i Transportowych do oddania do dyspozycji ww specjalistycznego ciągnika zrywkowego i przyczepy do zrywki nasiębniernej z ładowaczem hydraulicznym szt. 2, a także zobowiązanie Wiesława Gołębińskiego Usługi Leśne ciągnika zrywkowego - specjalistycznego LKT 81T - szt. 1/

W ofercie Krzysztofa Golińskiego w załączniku nr 5.2. do siwz w poz. 19 wskazano plug frezowy z pogłębiaczem szt. 1 - oddany do dyspozycji, dołączając zobowiązanie Jakuba Małeckiego udostępnienia mu m. in. pluga aktywnego z pogłębiaczem TPF-1 szt. 1.

W ofercie Konsorcjum Rafała Kiernikowskiego, Zbigniewa Pluty i Czesława Bakinowskiego w załącznik nr 5.4. do siwz, wskazano m.in. szereg urządzeń oddanych do dyspozycji dołączając zobowiązania podmiotów je udostępniających.

Zamawiający wezwał w trybie art.26 ust.4 ustawy Krzysztofa Golińskiego do wyjaśnień, czy wymieniony w poz. 19 wykazu plug frezowy z pogłębiaczem jest tym samym plugiem, co plug aktywny z pogłębiaczem TPF-1 wymieniony w zobowiązaniu Jakuba Małeckiego. Krzysztof Goliński wyjaśnił, że zobowiązanie plug frezowy z pogłębiaczem, a plug aktywny z pogłębiaczem TFP-1 wymieniony w zobowiązaniu Jakuba Małeckiego to ten sam plug. Ponadto plugi frezowe występują również pod nazwą plug aktywny, albo plug aktywny talerzowy i wykonują te same czynności.

W wyniku postępowania wybrani zostali wykonawcy' co do każdej części zamówienia: w zakresie części I - Ireneusz Sawczyszyn i Roman Sawczyszyn- Usługi Leśne, Handel i Transport „Limit”SC, w zakresie części II -Krzysztof Goliński -Zakład Usług Wielobranżowych, w zakresie części III wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Czesława Bakinowskiego- Produkcja Handel Usługi i Józef Lewandowski, Bogdan Lewandowski, Mieczysław Tomaszewski- Usługi Leśne SC, w zakresie części IV - Rafał Kiernikowski- Zakład Usług Leśnych, Czesław Bakinowski- Handel Usługi, Zbigniew Pluta- Usługi Leśne i Transportowe.

Z oświadczenia Krystyny Łotyszzonek „SKRAW-MET” wynika, że plug aktywny PTF1 spełnia parametry pluga frezowego, a oznaczenie typu pluga PTF1 oznacza plug talerzowo-frezowy pojedynczy. Częścią roboczą pluga aktywnego jak i frezowego, jest talerz

frezujący, a zakres prac wykonywany pługiem aktywnym jest identyczny jak pługiem frezowym.

Z oświadczenia Jakuba Małeckiego -Agro-Las Jakub Małecki w Trzciance z dnia 26.01.2012r. wynika, że pług aktywny z pogłębiaczem TPF-1 spełnia warunki pługa frezowego z pogłębiaczem.

Z oświadczenia Przemysława Adamczaka -ADAMEX Zakład Produkcji Usług, Handlu i Transportu z dnia 25.01.2012r. wynika, że pług aktywny z pogłębiaczem nie spełnia parametrów pługa frezowego i nie jest pługiem frezowym.

Z opinii prywatnej zamawiającego sporządzonej przez Ośrodek Techniki Leśnej z dnia 2.01.2012r. wynika, że w nazewnictwie potocznym stosowanym przez firmy świadczące usługi na rzecz LP (a także często przez samych pracowników LP) nazwy „pług aktywny” i „pług frezowy” używane są równolegle i są tożsame w znaczeniu. Natomiast ewentualne wyjaśnienie czy strony mają na myśli to samo urządzenie, czy inne musiałoby wynikać z całego kontekstu wypowiedzi (np. opisu urządzenia, przytoczonych danych technicznych, itp.) lub wskazania „na gruncie” konkretnego egzemplarza.

Z opinii prywatnej zamawiającego sporządzonej przez Uniwersytet Przyrodniczy w Poznaniu z dnia 30.01.2012r. wynika, że pług frezowy jest pługiem czynnym (aktywnym). W nomenklaturze potocznej, często używanej przez usługodawców leśnych, pługi aktywne i pługi frezowe nazywane są zamiennie. Natomiast nie należałoby nazywać glebofrezarki (tzw. frezu leśnego) pługiem frezującym, chociaż jest to maszyna aktywna.

Z opinii biegłego sądowego Stefana Traczyka wynika, że nie ma różnicy pomiędzy pługiem frezowym z pogłębiaczem i pługiem aktywnym z pogłębiaczem, a nazwy te są stosowane zamiennie na terenie całej Polski. Pług aktywny z pogłębiaczem typu TPF-1 jest pługiem frezowym, obie nazwy są stosowane zamiennie, a symbol TPF-1 jest oznaczeniem stosowanym przez producenta. Biegły wskazał także, iż pług o symbolu PTF1 jest pługiem aktywnym z pogłębiaczem, którego głównym elementem roboczym jest talerz frezujący.

Izba oddaliła dowody z zeznań świadków Wiesława Szczudło, Doroty Szczudło, Elżbiety Pawlak, Edyty Kunycz, na okoliczność złożenia oświadczenia o nie wykonaniu tabliczki znamionowej przez Krystynę Łotyszczek w dniu 14 lutego 2012r., gdyż przedmiotem zarzutu nie było to, że złożenie przez Krzysztofa Golińskiego fałszywego oświadczenia o dysponowaniu nieistniejącym pługiem. W tym stanie rzeczy Izba uznała, że przeprowadzenie wnioskowanych dowodów nie służy udowodnieniu okoliczności mających istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia. Izba również z powyższych przyczyn oddaliła wnioski dowodowy o dopuszczenie dowodu z zeznań Krystyny Łotyszczek na okoliczność tego, że nie jest producentem pługów frezowych z pogłębiaczem i że nie wystawiała deklaracji zgodności oraz, nie przeprowadzała badań będących podstawą wystawienia znaku CE.

Izba uznała opinie prywatne zamawiającego za jego stanowisko w sprawie, przy czym stwierdziła, że stanowisko to nie jest sprzeczne z wiadomościami specjalnymi przedstawionymi przez biegłego na rozprawie.

Uznała też, że zarzuty co do braku bezstronności biegłego sądowego podniesione przez odwołującego nie zostały w sposób dostateczny wykazane. Sam fakt zatrudnienia biegłego w jednostce organizacyjnej PGL Lasy Państwowe (innej niż zamawiający) nie stanowi wystarczającej podstawy dla wyłączenia biegłego. W wąskich specjalnościach zawodowych, a taką jest leśnictwo, trudno jest takiej sytuacji uniknąć, co zauważył także Sąd Najwyższy w orzeczeniu z 8.11.1976r. sygn. akt I CR 374/76, OSNCP 1970, nr 10 poz. 187. Izba oceniła ten dowód, także w kontekście jego bezstronności, podstaw źródłowych wydania opinii, braku tendencji do wygłaszania kategoriycznych sądów, umiejętność rozgraniczenia wyjaśnień wymagających wiedzy specjalnej od poglądów, które mogłyby zmierzać do wywierania wpływu na skład orzekający. W ocenie Izby nie zaistniały okoliczności, które mogłyby wskazywać na brak zachowania obiektywizmu przez biegłego.

Izba stwierdziła, iż zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 w zw. z art. 82 ust.2, art. 26 ust.2 ustawy i art.66 § 1 kc -co do części I, III i IV przez przyznanie zaskarżonym ofertom punktów w kryterium „Sprzęt”, opisanym w dziale 14 SIWZ, pomimo, iż wbrew wymaganiom zamawiającego, wykonawcy nie wskazali w swoich ofertach w formie pisemnej, czy to poprzez oświadczenia, czy to poprzez załączenie wykazów albo stosownych umów lub innych dokumentów, że zaofiarowanym sprzętem w w/w kryterium dysponują zgodnie z żądaniem zamawiającego na podstawie własności, dzierżawy, najmu albo leasingu, przy czym niektórzy z nich załączyli do ofert pisemne zobowiązania osób trzecich do udostępnienia określonego sprzętu, jednak nie wykazano w nich, iż dotyczą one umów dzierżawy, najmu albo leasingu oraz część z nich nie zawiera wskazania, na których

wykonawców zostały wystawione nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że bezsporne jest między stronami, że w dziale 14 siwz zamawiający wskazał, że w ramach kryterium oceny ofert będzie punktował posiadanie określonego rodzaju sprzętu, który wykonawcy posiadają na własność lub na podstawie umowy najmu, dzierżawy lub leasingu. Sporne jest natomiast, to czy i w jaki sposób wykonawcy mieli udokumentować fakt takiego posiadania w swoich ofertach. Rację w należy przyznać zamawiającemu, że nie postawił on w tym zakresie żadnych szczegółowych wymogów, a określił w sposób jednoznaczny, że oceny oferty w tym kryterium będzie dokonywał na podstawie załącznika nr 5 do siwz. Zamawiający opracowując wzór takiego formularza nie przewidział w nim miejsca na deklarację wykonawcy o stosunku prawnym, na podstawie którego punktowany sprzęt oddawany mu jest do dyspozycji. Wykonawca mógł wyłącznie oświadczyć, że sprzęt ma własny lub sprzęt ten jest oddany mu do dyspozycji. Zamawiający nie żądał także przedstawiania umów najmu, dzierżawy, czy leasingu, ani nie wskazywał jako podstawy oceny kryterium oceny ofert zobowiązania innego podmiotu do udostępnienia zasobów, nie wymagał także osobnych oświadczeń wykonawców, czy podmiotów udostępniających co do sposobu udostępnienia zasobu. Tym samym zamawiający był wyłącznie uprawniony do dokonywania oceny spełniania kryterium oceny ofert - sprzęt na podstawie przedłożonych wykazów, zawierających minimalną określoną przez zamawiającego treść. W ocenie Izby to na zamawiającym z mocy art.36 ust. 1 pkt 13 ustawy ciąży obowiązek określenia kryteriów jakimi będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert, a zgodnie z art.91 ust.1 ustawy zamawiający ma obowiązek wybrać ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w siwz. Oznacza to, że w sytuacji, gdy zamawiający w sposób jednoznaczny i precyzyjny określił sposób oceny oferty w danym kryterium na etapie sporządzania siwz, to w chwili dokonywania oceny ofert nie może dokonywać ani wykładni zawężającej, ani rozszerzającej tego opisu. Przyjęcie stanowiska przeciwnego prowadziłoby do możliwości arbitralnej wykładni przez zamawiającego postanowień siwz, a w konsekwencji do prowadzenia oceny ofert w sposób niezany wykonawcom w chwili składania ofert.

Izba uznała zatem, że jeśli zamawiający przewidział Wykazanie się ocenianym sprzętem na podstawie konkretnego dokumentu, to nie mógł wymagać złożenia innych dokumentów, czy też składania dodatkowych informacji w tym dokumencie niewymaganych. Jeżeli wykonawcy uważali, że nie jest możliwe zweryfikowanie sposobu przyznawania punktów w ramach kryterium sprzęt na podstawie wskazanego przez zamawiającego dokumentu, to winni byli kwestionować te postanowienia siwz na etapie przed upływem terminu składania ofert, natomiast na obecnym etapie postępowania, zamawiający musi dokonać oceny i przyznać punkty w kryterium wyłącznie na podstawie dokumentu, jakiego wymagał. Odmowa przyznania punktów

nie znajdowałyby oparcia w treści siwz, a przy tym powodowałyby nierówne traktowanie wykonawców, którzy sprzętem wymaganym dysponują na podstawie wskazanych przez zamawiającego stosunków prawnych, a jedynie z powodu braku stosowanego wymogu siwz nie złożyli oświadczeń w tym przedmiocie.

Za chybioną w świetle postanowień siwz Izba uznała argumentację odwołującego dotyczącą naruszenia art.82 ust.2 ustawy i wymogu pisemności w odniesieniu do tych dokumentów, które tworzą ofertę wykonawcy (tj. zawierają określenie warunków, na jakich wykonawca zamierza realizować przedmiot umowy). Wykonawcy nie mają obowiązku

składać do swoich ofert dokumentów niewymaganych w siwz i niezłożenie takiego niewymaganego przez zamawiającego dokumentu nie może powodować dla wykonawcy negatywnego skutku prawnego, nawet gdyby zamawiający w siwz zawarł wymaganie, którego nie był w stanie następnie zweryfikować bez takiego dokumentu. Zamawiający ponosi konsekwencje wadliwego sformułowania siwz. Zatem zamawiający był zobowiązany przyjąć, że wykazany w tym załączniku sprzęt specjalistyczny (inny niż na potrzeby spełniania warunku udziału w postępowaniu) jest właśnie sprzętem, którym wykonawcy dysponują na podstawie wskazanych w siwz stosunków prawnych i przyznać za ten sprzęt punkty.

Izba uznała, że działanie zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu polegające na ocenie ofert i przyznaniu punktów wyłącznie na podstawie wykazów na załącznikach nr 5 było prawidłowe i że zamawiający nie naruszył art.91 ust.1, art.82 ust.2 ustawy i art.66 § 1 kc.

Odwołujący nie wykazał na czym w jego ocenie polega naruszenie przez zamawiającego art.26 ust.2 ustawy. W ocenie Izby przedmiotowy przepis nie ma zastosowania w przedmiotowym stanie faktycznym, gdyż odwołujący kwestionuje fakt przyznania punktów w ramach kryterium oceny ofert, a nie opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i wykazu dokumentów, jakich zamawiający żąda na potwierdzenie spełniania takiego warunku. Art.26 ust.2 ustawy dotyczy postępowań poniżej progów

unijnych i możliwości żądania przez zamawiającego dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Przedmiotowe postępowanie jest postępowaniem, w którym wartość szacunkowa przedmiotu zamówienia przekracza progi unijne, a zatem art.26 ust.2 nie znajduje w tym zakresie zastosowania.

Za bezzasadny Izba uznała również zarzut naruszenia przez zamawiającego art.24 ust.2 pkt 4 ustawy co do części II poprzez nie wykluczenie wykonawcy (Krzysztofa Golińskiego)

nie spełniającego warunku udziału w postępowaniu z punktu 7.2.c dla części II pkt 8 SIWZ tj.

nie dysponującego plugiem frezowym z pogłębiaczem, a jedynie plugiem aktywnym z

pogłębiaczem. W toku postępowania odwołujący rozszerzył te zarzuty, jednak zgodnie z art.192 ust.7 ustawy zarzuty te nie mogły stać się przedmiotem rozpoznania przez Izbę.

Izba stwierdziła, że okolicznościami mającymi istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia było ustalenie, czy plug aktywny z pogłębiaczem jest plugiem frezowym z pogłębiaczem. Izba dała wiarę opinii biegłego sądowego, który ustalił, że plug aktywny z pogłębiaczem jest plugiem frezowym z pogłębiaczem. Biegły na pytanie abstrahujące od typu i modelu pluga stwierdził, że nie ma żadnej różnicy pomiędzy tymi plugami - nazwy tych urządzeń są stosowane zamiennie na terenie całej Polski. Plug ten zagregowany z ciągnikiem rolniczym w położeniu roboczym, poruszając się po powierzchni przeznaczonej pod nasadzenia, wykonuje bruzdę powstającą w wyniku ruchu obrotowego talerza frezującego, który zagłębiając się w podłoże zdziera z niego warstwę wierzchnią i odkłada na bok. Natomiast pogłębiacz spulchnia glebę w powstałym dnie wyoranej bruzdy. Według biegłego i przedstawionych przez niego wydruków stron internetowych takie plugi oferują OTL Jarocin, Leśnik, Zrywtrans, Agro-Las, Adamex. Ta konstatacja znajduje potwierdzenie w oświadczeniu przystępującego złożonym na skutek wyjaśnień treści złożonych w ofercie dokumentów w trybie art.26 ust.4 ustawy, opiniach prywatnych zamawiającego, a także w wydruku ze strony internetowej Centrum Leśnego w Trzciance, oraz w ulotce firmy Leśnik.

Izba uznała, za nieprzekonujące oświadczenie Przemysława Adamczaka z firmy Adamex, stanowiące, że plug aktywny z pogłębiaczem TPF-1 nie spełnia parametrów pluga frezowego, jako zbyt ogólne i sprzeczne z opinią biegłego i wzbudzające wątpliwość co do tego, o jakim urządzeniu wypowiada się Przemysław Adamczak. Dodatkowo Izba samodzielnie dokonując porównania wydruków ze stron internetowych złożonych w materiale » dowodowym. W ocenie Izby w świetle zgromadzonego materiału dowodowego, nie można uznać, że zamawiający naruszył art.24 ust.2 pkt 4 ustawy. Zamawiający stwierdził

prawidłowo rozbieżność pomiędzy wykazem Krzysztofa Golińskiego, a załączonym zobowiązaniem innego podmiotu. Nie zachodziła podstawa do wzywania przystępującego do uzupełnienia dokumentów w trybie art.26 ust. 3 ustawy, gdyż dokumenty te były złożone, tak jak wymagał tego zamawiający. Dokumenty te także nie zawierały błędów, które zamawiający bez wcześniejszych wyjaśnień byłby w stanie stwierdzić. Zamawiający, bowiem nie mógł z góry założyć, że plug aktywny z pogłębiaczem wskazany przez podmiotu udostępniający zasób nie jest plugiem frezowym. Zatem w sytuacji, gdy powziął wątpliwość, co do złożonego dokumentu był zobowiązany skorzystać z instytucji wezwania do wyjaśnień złożonego dokumentu, zgodnie z art.26 ust.4 ustawy. Zamawiający tę czynność prawidłowo wykonał. Otrzymał wyjaśnienia przystępującego, bo to on zgodnie z ustawą miał takie wyjaśnienia złożyć. Żaden przepis ustawy nie upoważniał zamawiającego do żądania złożenia takich wyjaśnień przez podmiot udostępniający zasób. Zamawiający otrzymując wyjaśnienia przystępującego dokonał ich oceny i uznał, że przystępujący spełnił warunek udziału w postępowaniu. Decyzja Zamawiającego mogłaby być podważona jedynie przez wykazanie przez odwołującego, że plug aktywny nie jest plugiem frezowym. Odwołujący tej okoliczności ponad wszelką wątpliwość nie wykazał. Przeciwnie -w ocenie Izby zostało wykazane, że nazwy plug frezowy z pogłębiaczem i plug aktywny z pogłębiaczem są używane zamiennie i odnoszą się do tego samego urządzenia. Na marginesie Izba zauważyła, że podniesiony w piśmie z dnia 29.02.2012r. zarzut naruszenia art.89 ust.1 pkt 1 ustawy rozumiany, jako sprzeczność z jakimkolwiek przepisem powszechnie obowiązującym, jest nieprawidłowy. Ustawodawca pod pojęciem ustawy na gruncie ustawy PZP rozumie ustawę i wydane na jej podstawie akty wykonawcze, natomiast zarzuty naruszenia innych przepisów powszechnie obowiązujących mogą stanowić podstawę zarzutu zaniechania przez zamawiającego odrzucenia jakieś oferty, ale wyłącznie na podstawie art.89 ust.1 pkt 8 ustawy i to tylko wtedy, gdy wykonawca wykaże, że z powodu takiego naruszenia oferta jest nieważna.

Nie zasługiwał na uwzględnienie -zdaniem Izby- również zarzut naruszenia przez

zamawiającego art.7 ust.1 ustawy przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający

zasadę uczciwej konkurencji oraz zasadę równego traktowania wykonawców. Wobec

niepotwierdzenia się zarzutu naruszenia art.91 ust.1, art.82 ust.2 ustawy i art. 66 § 1 kc, Izba uznała, że nie doszło do naruszenia art.7 ust.1 ustawy, a zamawiający jednakowo traktował wszystkich wykonawców przyznając im punkty w ramach kryterium sprzęt na podstawie informacji zawartych w załączniku nr 5 ... do SIWZ i nie żądając przedkładania w tym zakresie żadnych dodatkowych dokumentów.

Mając na uwadze Izba odwołanie oddaliła na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy orzekając o kosztach stosownie do wyniku na podstawie art.192 ust.9 i 10 Prawa zamówień publicznych.

Skargę na powyższy wyrok Krajowej Izby Odwoławczej - co do rozstrzygnięcia w częściach 1, 2 oraz 4 zamówienia - wniosło Konsorcjum „Spójnia” zarzucając:

1.naruszenie przepisów postępowania przez:

a) nieuwzględnienie wniosku o wyłączenie biegłego pomimo, iż jest pracownikiem PGL Lasów Państwowych, przy pominięciu wniosku Skarżącego o powołanie innego biegłego,

b) oddalenie wniosków o przesłuchanie świadków,

2. dokonanie błędnych ustaleń faktycznych i naruszenie zasady swobodnej oceny dowodów przez przyjęcie, iż:

a) plug aktywny z pogłębiaczem TPF-1 zawarty w ofercie Krzysztofa Golińskiego został wyprodukowany przez Krystynę Łotyszczek, podczas jego producentem jest Przemysław Adamczak z firmy Adamex,

b) plug aktywny z pogłębiaczem TPF-1 spełnia wymagania Zamawiającego z punktu punktu 7.2.c dla części II pkt 8 SIWZ,

c) zamawiający nie wymagał w SIWZ dla części 1 i 4, aby wykonawcy wskazali w ofertach podstawę dysponowania sprzętem tj. prawo własności, najem, leasing albo dzierżawę, wbrew zapisom pkt. 14.2 ze str. 25 SIWZ oraz pouczeniu z załącznika nr 5.2 do SIWZ po słowie: „Uwaga”;

3. naruszenie prawa materialnego:

a) art.91 ust.1 w zw. z art.82 ust.2, art.26 ust.2 Pzp i art.66 § 1 kc co do części I i 4 przez uznanie, iż Zamawiający miał prawo do przyznania zaskarżonym ofertom punktów w kryterium „Sprzęt”, opisanym w dziale 14 SIWZ, wykonawców zostały wystawione,

b) art.24 ust.2 pkt 4 Pzp co do części 2 przez uznanie, iż Zamawiający nie miał obowiązku wykluczenia wykonawcy nie spełniającego warunku udziału w postępowaniu z punktu 7.2.C dla części II pkt 8 SIWZ /str. 13 SIWZ/, tj. nie dysponującego plugiem frezowym z pogłębiaczem,

c) art.7 ust.1 Pzp prowadzenia postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji oraz zasadę równego traktowania wykonawców.

Co od części 1 i 4 zamówienia:

Skarżący podniósł, że w dziale 14 SIWZ postawił kryterium oceny ofert „Sprzęt” o wadze 10%, w ramach którego oceniana miała być ilość posiadanego specjalistycznego sprzętu leśnego przez Wykonawcę na własność, na podstawie umowy leasingu, na podstawie umowy dzierżawy lub na podstawie umowy najmu” na podstawie danych zawartych w „Wykazie narzędzi (...)”, sporządzonym wg załącznika nr 5 do SIWZ. W wykazie Zamawiający zapisał pod tabelą po słowie „Uwaga”: „Z załącznika ma wynikać, iż wykonawca dysponuje sprzętem zgodnie z zapisami SIWZ. W ofercie musi znajdować się informacja o podstawie dysponowania przedstawionymi zasobami.”

Sprzęt specjalistyczny nie był warunkiem udziału w postępowaniu, a podstawą przyznania ofercie określonej liczby punktów. Zamawiający zastrzegł dziale 14 SIWZ, iż „Ocena punktowa wg kryterium „Sprzęt” zostanie dokonana na podstawie danych zawartych w „Wykazie narzędzi (...)”, sporządzonym wg załącznika nr 5”, z zastrzeżeniem, iż miało to być dysponowanie „na własność, na podstawie umowy leasingu, na podstawie umowy dzierżawy lub na podstawie umowy najmu”. Wybrani wykonawcy nie wskazali w „Wykazie narzędzi (...)”, iż dysponują zaoferowanym sprzętem „na podstawie umowy leasingu, na podstawie umowy dzierżawy lub na podstawie umowy najmu”, a nie wynika to także z innych dokumentów załączonych do ofert. W pisemnych zobowiązaniach innych podmiotów do udostępnienia sprzętu nie są wskazane stosunki prawne, z jakich

wynikają. Zamawiający naruszył ustanowione przez siebie zasady i przyznał punkty w kryterium „Sprzęt” wykonawcom, którzy nie wskazali w formie pisemnej w ofertach, iż dysponują sprzętem na podstawie stosunku prawnego wymaganego przez Zamawiającego.

Przy tym błędne jest stanowisko zamawiającego, że niezachowanie formy pisemnej nie pozbawia mocy umów, na podstawie których uczestnicy przetargu mieli dysponować sprzętem. Brak wymagań kc co do formy pisemnej pod rygorem nieważności np. dla umów najmu czy dzierżawy, nie ma znaczenia z punktu widzenia Pzp, bowiem art.82 ust.2 Pzp wskazuje, iż: „Ofertę składa się, pod rygorem nieważności, w formie pisemnej”. Należy zatem wszelkie składniki oferty w rozumieniu przedmiotowym (dokumenty, załączniki itd.) jak i w znaczeniu funkcjonalnym (zobowiązania wykonawcy oraz elementy składające się na kryteria oceny ofert) składać w formie pisemnej (art.82 ust.2 Pzp, art.66 § 1kc).

Działanie Zamawiającego stanowiło naruszenie:

a) art.91 ust.1 w zw. z art.82 ust. 2 Pzp i art.66 § 1 kc przez przyznanie

"T

zaskarżonym ofertom punktów w kryterium „Sprzęt.

b) art.7 ust.1 Pzp przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę

uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców przy zachowaniu wymagań postawionych przez Zamawiającego

Zdaniem Skarżącego uznanie przez KIO, że treść załącznika nr 5 nie wymagała i nie pozwalała na wskazanie przez wykonawcę stosunku prawnego, na podstawie którego dysponował sprzętem, jest sprzeczne z treścią SIWZ oraz załącznika nr 5.2. Wykonawca winien, zgodnie z SIWZ posiadać sprzęt, na własność, na podstawie umowy leasingu, dzierżawy lub najmu. Ocena punktowa miała zostać dokonana na podstawie danych zawartych w „Wykazie narzędzi”, sporządzonym wg załącznika nr 5. W wykazie pod tabelą po słowie „Uwaga” zamieszczono: „Z załącznika ma wynikać, iż wykonawca dysponuje sprzętem zgodnie z zapisami SIWZ. W ofercie musi znajdować się informacja o podstawie dysponowania przedstawionymi zasobami”. Wymagając podania informacji Zamawiający nie sprecyzował sposobu takiego wskazania. Łącznie opis warunków punktacji kryterium „Sprzęt” oraz treść wzoru załącznika nr 5.2 wskazuje, iż wymagana informacja była konieczna dla przyznania punktacji. Wzór załącznika nr 5.2 do SIWZ nie miał charakteru wiążącego pod względem formalnym, a skoro Zamawiający nie wskazał sposobu podania tej informacji, wykonawcy mogli wzór zmienić wpisując do tego załącznika podstawę dysponowania sprzętem w postaci jednego z wymaganych 4 stosunków prawnych, albo wpisać tą podstawę w zobowiązaniach podmiotów trzecich do udostępnienia sprzętu, ewentualnie w innym miejscu ofert..

Gdyby Skarżący wiedział, że Zamawiający nie będzie przestrzegał własnych wymagań co do punktacji sprzętu, przedstawiłby o wiele więcej maszyn użyczonych przez inne podmioty, za które uzyskałby punkty i mógłby wygrać przetarg. Art.7 Pzp nakłada obowiązek przestrzegania zasady uczciwej konkurencji, wobec czego Skarżący wykazał w ofercie tylko taki sprzęt, który literalnie spełnia wymagania Zamawiającego. Zamawiający pomimo jasnych i czytelnych warunków punktacji w w/w kryterium oceny ofert, w istocie rzeczy zaniechał zbadania zwycięskiej oferty pod kątem, czy spełnia owe wymagania.

Co do części 2 zamówienia:

Zamawiający w punkcie 7.2.C dla części II pkt 8 SIWZ wymagał, aby wykonawcy spełnili warunek udziału w postępowaniu przez dysponowanie „plugiem frezowym z pogłębiaczem”. Wykonawca wybrany w części II załączył „Wykaz narzędzi”, w którym nie wykazał „plugu frezowego z pogłębiaczem”, a wykazał jedynie „plug aktywny” (udostępniony przez firmę Agro-Las), który jest innym urządzeniem. KIO nie uwzględniła odwołania Skarżącego co do części 2, wskazując na oświadczenie producenta -firmy Skraw-Met (błędnie uznanego za producenta) z pominięciem oświadczenia prawdziwego producenta, firmy Adamex, który stwierdził, iż plug jego produkcji TPF-1 nie jest plugiem frezowym.

Oparła się też na opinii biegłego, który jest pracownikiem Lasów Państwowych, a

więc podlegał wykluczeniu. Ponadto biegły podczas przesłuchania na rozprawie stwierdził, iż nie posiada wiedzy odnośnie dopuszczania pługów do obrotu na terenie UE po wstąpieniu do Wspólnoty przez Polskę oraz iż nie wie, czy badany pług był dopuszczony do obrotu i czy posiadał znak CE, bez którego żadna osoba na terenie UE nie ma prawa posługiwania się i dysponowania tą maszyną. Okoliczność ta została ujawniona dopiero po wniesieniu odwołania, co również uzasadniało wniosek o dodatkową opinię biegłego z zakresu budowy maszyn rolniczych z uwzględnieniem Ustawy o systemie oceny zgodności (oddalony przez KIO).

Podnosząc powyższe zarzuty skarżący wniósł o:

1) zmianę wyroku przez uwzględnienie odwołania co do części 1,2 i 4,

2) zasądzenie na rzecz Skarżącego zwrotu kosztów postępowania za obie instancje, 3) przeprowadzenie dowodów pominiętych przez KIO, tj. z przesłuchania świadków : Wiesława Szczudło, Doroty Szczudło, Elżbiety Pawlak, Edyta Kunycz oraz opinii biegłego z zakresu budowy maszyn rolniczych, na okoliczność, iż pług aktywny z pogłębiaczem TPF-1 produkcji firmy Adamex nie jest pługiem frezowym, jakiego żądał Zamawiający w 7.2.C dla części II pkt 8 SIWZ /str. 13 SIWZ/.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

skarga nie jest uzasadniona.

Co do części I i IV zamówienia:

Skargę w tej części uznać należy za nieuzasadnioną.

Nie budzi wątpliwości, iż zamawiający w wskazał w SIWZ, iż warunkiem uczestnictwa w postępowaniu przetargowym było dysponowanie przez wykonawcę sprzętem wyszczególnionym w SIWZ. Dla samego uczestnictwa w postępowaniu bez znaczenia była podstawa dysponowania przez wykonawcę sprzętem wymaganym przez SIWZ. Ujmując rzecz z tego punktu widzenia Sąd podziela stanowisko KIO, która stwierdziła, iż podniesiony w odwołaniu zarzut naruszenia art.26 ust.2 pzp uznać należy za chybiony. Zgodnie z powoływana normą Jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, zamawiający może żądać dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu". Skoro podstawa prawna dysponowania sprzętem nie była warunkiem udziału w postępowaniu, norma powyższa nie w ogóle znajduje zastosowania w niniejszej sprawie.

Stosunek prawny, na podstawie którego wykonawca wymaganym sprzętem dysponował istotny był jedynie dla oceny jego oferty pod kątem wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie ze wskazaniami działu 14.2 SIWZ. W zapisach zawartych w tym dziale zamawiający wskazał rzeczywiście, iż istotnym dla oceny punktowej oferty jest dysponowanie przez wykonawcę określonym rodzajem maszyn na podstawie 4 stosunków prawnych (własność, leasing, hajem, dzierżawa). Wskazał przy tym, iż ocena punktowa oferty w tym zakresie dokonana zostanie „na podstawie danych zawartych w „Wykazie narzędzi, wyposażenia...” sporządzonym wg załącznik nr 5.. do SIWZ”. dział 14.2 SIWZ nie wskazuje żadnych innych dokumentów, które łącznie z załącznikiem nr 5 mogłyby stanowić podstawę punktacyjnej oceny ofert w kryterium „sprzęt”.

Zatem rozważenia wymaga, jakie obowiązki nakładał na wykonawców załącznik nr 5 dla wykazania, iż wymieniony w nim sprzęt winien skutkować przyznaniem ofercie określonej liczby punktów wyliczonej zgodnie z działem 14.2 SIWZ.

Zgodnie z formularzem tego załącznika i zawartymi pod nim adnotacjami wyjaśniającymi, wykonawca miał w nim wymienić sprzęt oraz wskazać jedną z dwu możliwych opcji „własny \ oddany do dyspozycji”. W treści formularza zamawiający nie przewidział pola na wskazanie podstawy prawnej „oddania [sprzętu] do dyspozycji” wykonawcy przez podmioty trzecie. Uznać zatem należy, iż - wbrew stanowisku skarżącego- nie żądał szczegółowego wykazania podstawy prawnej dysponowania sprzętem, a jedynie wskazania, czy wykonawca posługiwał będzie się sprzętem własnym, czy sprzętem innych podmiotów. W tym zakresie oferty złożone do części I i IV przez wybranych przez zamawiającego wykonawców spełniły warunki uprawniające do naliczenia punktów w kryterium „sprzęt”.

Skarżący podnosi jednak, iż wyjaśnienia zamieszczone pod formularzem pod adnotacją „uwaga” jednoznacznie zobowiązywały wykonawców do wykazania podstawy prawnej dysponowania sprzętem „zgodnie z zapisami SIWZ”. Rzecz jednak w tym, iż ten fragmentaryczny zapis, na który powołuje się skarżący, nie jest już tak jednoznaczny w świetle wyjaśnień zawartych w dalszej części objaśnień. Przede wszystkim zapis zdania 1. adnotacji „uwaga” wskazuje, iż „podstawa dysponowania sprzętem zgodnie z zapisami SIWZ” wynikać ma z treści samego załącznika nr 5. Przy sformułowaniu załącznika nr 5 zamawiający za istotną z punktu widzenia SIWZ informację uznał jednakże jedynie wskazanie, czy sprzęt jest sprzętem własnym wykonawcy, czy sprzętem „oddanym do dyspozycji”. Istotnym jest przy tym, iż w przypadku sprzętu nie stanowiącego własności wykonawcy zamawiający jednoznacznie stwierdził w zdaniu 2. uwag, iż „wykonawca może polegać na potencjale technicznym innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wymagał jednak, aby wykonawca w takim przypadku „przedstawił pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów”. Tak sformułowane wymagania stanowią cytat regulacji ustawowej zawartej w art.26 ust.2 b pzp. Z treści uwag nie wynika zatem obowiązek wykazania zamawiającemu przez wykonawcę, że korzystanie przez niego ze sprzętu opierać się będzie na którymkolwiek z praw wymienionych w dziale 14.2 SIWZ, a jedynie wykazanie znacznie szerszych uprawnień do „dysponowania” sprzętem na czas trwania ewentualnego kontraktu- o ile sprzęt nie stanowi własności wykonawcy.

Na podstawie tak skonstruowanej treści oferty zamawiającego (treści działu 14.2 SIWZ i treści załącznika nr 5) brak podstaw do przyjęcia, iż wykonawcy zobowiązani byli udowodnić zamawiającemu, iż sprzętem dysponują na podstawie któregośkolwiek ze stosunków prawnych wskazanych w 14.2 SIWZ (w tym i prawa własności) i brak podstaw do przyjęcia, iż zamawiający uprawniony był do żądania od wykonawców w tym zakresie wyjaśnień, czy też uzupełnienia oferty.

Warto zresztą zwrócić uwagę, iż skarżący tak w odwołaniu, jak i w skardze wniesionej na orzeczenie KIO jednoznacznie obciążając wykonawcę obowiązkiem wykazania okoliczności, które wykraczają poza obligatoryjną treść załącznika ustaloną przez zamawiającego, nie wskazuje jednocześnie, iż obowiązkiem zamawiającego było (na podstawie jakiegokolwiek normy pzp) zażądanie od wykonawców składających oferty wyjaśnienia podstaw dysponowania sprzętem i przedłożenia stosownych umów lub też dowodów własności sprzętu (bo i w tym zakresie deklaracja wykonawców nie musiała być prawdziwa).

Nie wydaje się przy tym, aby samo wskazanie w formularzu załącznika nr 5, czy też w treści oświadczeń osób trzecich skonkretyzowanego stosunku prawnego, na podstawie którego wykonawca dysponował sprzętem, stanowiłoby dostateczną podstawę przyznania punktów, nadal bowiem byłaby to wyłącznie nieudokumentowana deklaracja wykonawcy, której zamawiający nie mógł zweryfikować z braku stosownych narzędzi prawnych.

Jeżeli tak- zamawiający zobowiązany i uprawniony był do dokonania oceny ofert wyłącznie na podstawie danych zawartych w ustalonym przez siebie załączniku nr 5 oraz dołączonych przez wykonawcę zobowiązań innych podmiotów do „dysponowania” sprzętem wskazanym w tym załączniku. Dopiero odmienne żądanie zamawiającego, sprowadzające się do odmowy przyznania punktów w kryterium sprzęt wyłącznie tym wykonawcom, którzy nie wykazali, że dysponują tym sprzętem na podstawie najmu, dzierżawy lub leasingu byłoby naruszeniem ustalonych przez siebie zasad i naruszeniem art.7 pzp, bowiem prowadziłoby np. do niezasadnego

uprzywilejowania tych wykonawców, którzy nie byli zobowiązani do udowodnienia, iż zadeklarowany sprzęt stanowi ich własność.

Za chybiony uznać należy zarzut naruszenia art.82 ust.2 pzp, który stanowi, iż ofertę składa się, pod rygorem nieważności, w formie pisemnej. W takim bowiem zakresie, w jakim zamawiający żądał wykazania określonych okoliczności, oferty wybranych wykonawców wymóg pisemności wypełniły.

W konsekwencji uznać zatem należy, iż w toku postępowania dotyczącego wyboru najkorzystniejszej oferty co do części I i IV zamówienia, zamawiający- kierując się ustalonymi przez siebie kryteriami i opierając się na ustalonych przez siebie procedurach, nie naruszył dyspozycji art.91 ust.1 pzp.

Powyższe skutkować musi uznaniem skargi za nieuzasadnioną.

Co do części II zamówienia:

Również w odniesieniu do tej części skargę uznać należy za nieuzasadnioną.

Nie jest sporne, iż warunkiem uczestnictwa w przetargu było dysponowanie przez

wykonawcę „plugiem frezowym z pogłębiaczem”, a także, iż Krzysztof Goliński, którego wybrał Zamawiający wskazał w ofercie, iż dysponuje „plugiem aktywnym z pogłębiaczem”. Spornym było, czy wskazany przez K. Golińskiego plug spełniał warunki wskazane w SIWZ, a w konsekwencji, czy ten wykonawca mógł wziąć udział w przetargu zgodnie z zasadami wynikającymi z punktu 7.2.c dla części II pkt 8 SIWZ. Orzekając o oddaleniu odwołania skarżącego w tej części Izba uznała, na podstawie opinii biegłego, zgromadzonych przez niego materiałów dodatkowych, a także własnej analizy, iż plug aktywny z pogłębiaczem jest tożsamy z plugiem frezowym z pogłębiaczem.

Sąd orzekający w niniejszej sprawie zgadza się z tą konstatacją Izby. Przede wszystkim stwierdzić należy, iż również zdaniem Sądu brak było podstaw do wyłączenie biegłego powołanego przez Izbę do wydania opinii stanowiącej dowód w sprawie na podstawie podnoszonych przez Skarżącego zarzutów. Sam fakt zatrudnienia biegłego w państwowej jednostce organizacyjnej Lasów Państwowych (innej, aniżeli jednostka ogłaszająca przetarg) nie stanowi podstawy uznania, iż opinia biegłego nie będzie obiektywna. Pomijając już nawet standardy etyczne obowiązujące biegłych sądowych, Skarżący nie wskazał nawet przesłanek, które miałyby wpłynąć na brak obiektywizmu biegłego- ani jakiegos szczególnego powiązania biegłego z Zamawiającym, ani nawet korzyści, jakie niekorzystna dla Skarżącego opinia biegłego mogłaby przysporzyć Zamawiającemu.

Nie podważa wiarygodności opinii biegłego fakt, iż nie był on w stanie odpowiedzieć na pytania Skarżącego o ewentualną zgodność spornego sprzętu z zasadami dopuszczania maszyn do obrotu wynikającymi z ustawy o systemie oceny zgodności. Pomijając już, iż zarzut taki nie został wyartykułowany w odwołaniu, zatem nie mógł być przedmiotem oceny Izby i nie został poddany ocenie biegłego, okoliczność ta nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia sporu. Ustawa skierowana jest do wprowadzających sprzęt do obrotu, a nie do podmiotów sprzętu używających. Rodzi zatem odpowiedzialność wprowadzającego do obrotu, nie stanowi jednak o nieważności umów dotyczących sprzętu niecertyfikowanego. Brak certyfikatu nie pozbawia przy tym sprzętu jego walorów użytkowych i nie wpływa na jego klasyfikację w rozumieniu zaliczenia go do określonego typu maszyn. Zważyć przy tym należy, iż Zamawiający nie wymagał wykazania przez wykonawców posiadania certyfikatu, na który powołuje się Skarżący, a sam skarżący w odwołaniu o przeprowadzenie takiego dowodu nie wnosił, choć dowód ten ma (wlg skarżącego) istotne znaczenie dla ustalenia, czy sporny plug może formalnie w ogóle zostać zgłoszony i brany pod uwagę przy ocenie punktowej i choć być może dokument taki pozwoliłby ustalić rodzaj

zgłoszonego przez Krzysztofa Golińskiego sprzętu.

Sąd podziela stanowisko Izby, która uznała, że opinia biegłego (oparta na jego wiedzy specjalistycznej) i dodatkowych materiałach źródłowych, jest rzetelna i przekonywująca. Biegły uznał, iż wskazany przez Krzysztofa Golińskiego plug spełnia wymogi pluga frezowego z pogłębiaczem. To stanowisko biegłego znajduje potwierdzenie w przedstawionych przez niego wraz z opinią materiałach dodatkowych. Z materiałów tych wynika nie tylko, iż każdy plug frezowy jest plugiem aktywnym (opinia Uniwersytetu Poznańskiego), ale także, iż nazwy „plug frezowy” i plug aktywny” używane są w środowisku producentów, sprzedawców, użytkowników i zleceńodawców - w odniesieniu do maszyn służących do prac leśnych- zamiennie. W tym właśnie kontekście rozważać należy oświadczenie Krystyny Łotyszonek załączone do opinii, które stanowi potwierdzenie, iż wytwórcy plugów również utożsamiają te dwa różne określenia maszyn do prac leśnych. Stan taki potwierdza też oświadczenie firmy Agro-Las udostępniającej Krzysztofowi Golińskiemu sporne urządzenie.

Pewne wątpliwości mogłyby powstawać w związku z nazewnictwem maszyny określanej jako glebofrezarka lub frez leśny (pismo Uniwersytetu Poznańskiego i OTL w Jarocinie). Jednakże Zamawiający przesłał Izbie zdjęcia spornego urządzenia i jego tabliczki znamionowej. Izba nie dopuściła dowodu z tych zdjęć, istotnym jest jednak, że Skarżący nie zakwestionował, iż widoczne na nich urządzenie nie jest plugiem, a rodzajem maszyny określanej jako glebofrezarka lub frez leśny.

W opozycji do opinii biegłego i zebranych przez niego materiałów, stoi oświadczenie firmy Adamex. Rzecz jednak w tym, iż ani z oświadczenia Krzysztofa Golińskiego, ani z oświadczenia udostępniającego- Agro-Las nie wynika, iżby urządzenie wskazane przez stojącego do przetargu Krzysztofa Golińskiego

wyprodukowane zostało rzeczywiście przez firmę Adamex. Brak też w aktach sprawy dowodów przesądających, iż producentem spornego urządzenia jest Przemysław Adamczak (Adamex). Z oświadczenia tego nie wynika, czy dotyczy ono spornej maszyny, wynika jedynie, iż urządzenie oznaczone symbolem TPF-1 nie jest pługiem frezowym, co zresztą sprzeczne jest z oświadczeniem innego producenta -Krystyny Łotyszonek. Zważywszy zaś na brak ustalonych ustawowo lub zwyczajowo określeń maszyn do prac leśnych, na podstawie owego oświadczenia nie sposób uznać, że maszyna pozostająca w dyspozycji Krzysztofa Golińskiego, nie jest pługiem wymaganym przez Zamawiającego, a innym rodzajem urządzenia zaopatrzonego w część nazywana frezem i że jako taka nie jest przydatna do wykonywania prac przewidzianych objętych udzieleniem zamówienia. Z tych też względów oświadczenie, na które powołuje się Skarżący nie ma istotnego znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy, istotnym jest również, iż treść oświadczenia nie może zastąpić dowodu bezpośredniego z zeznań świadka, a o ewentualne dopuszczenie dowodu z zeznań Przemysława Adamczaka, jako producenta spornego sprzętu, skarżący nie wnosił.

Sąd oddalił wnioski dowodowe skarżącego zawarte w skardze o dopuszczenie dowodu z zeznań świadków i opinii biegłego z zakresu budowy maszyn na okoliczność, iż pług aktywny z pogłębiaczem TPF-1 produkcji firmy Adamex nie jest pługiem frezowym, jakiego żądał zamawiający.

Wśród wnioskowanych świadków skarżący nie powołał Przemysława Adamczaka prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „Adamex”, który miałby być producentem spornego urządzenia, a zeznania innych osób (w tym uczestników skarżącego Konsorcjum) uznać należy za nieprzydatne do wykazania tej okoliczności, jako iż osoby te nie są producentami spornego sprzętu, a skarżący nie wykazał, iż dysponują one szczególną wiedzą fachową w tym zakresie. Zwrócić należy przy tym uwagę, iż o przesłuchanie wskazanych w skardze świadków Konsorcjum wnioskowało

w postępowaniu przed KIO, jednak zeznania tychże osób dowodzić miały zupełnie innej okoliczności, a mianowicie stanowić miały dowód, iż Krystyna Łotyszonek mówiła, iż nie wykonała tabliczki znamionowej zamontowanej na spornym urządzeniu. Słusznie zatem KIO wniosku tego nie uwzględniła.

Brak również było podstaw do uwzględnienia wniosku o dopuszczenie dowodu z opinii innego biegłego dla ustalenia, czy pług aktywny z pogłębiaczem jest pługiem frezowym z pogłębiaczem. Sam fakt niezadowolenia z negatywnego dla strony wydzwieku opinii biegłego nie stanowi podstawy ponawiania dowodu z opinii. Skarżący- poza złożeniem oświadczenia Przemysława Adamczaka (Adamex) o niewielkich (co wskazano powyżej) walorach dowodowych, nie podważył skutecznie żadnym innym dowodem wiarygodności opinii sporządzonej w postępowaniu przed KIO.

Ostatecznie zwrócić też należy uwagę na inną okoliczność, która -zdaniem Sądu- ma przesądzające znaczenie. Jeżeli bowiem, co wykazane zostało opinią biegłego i opiniami prywatnymi sporządzonymi dla Zamawiającego, w środowisku kontrahentów usług leśnych, określenia „pług frezowy z pogłębiaczem” i „pług aktywny z pogłębiaczem” stosowane są zamiennie, zamawiający, a nie wykonawca ponosi konsekwencje niewystarczająco precyzyjnego określenia warunków udziału w przetargu.

Jedynie na marginesie stwierdzić należy, iż ustawodawca konsekwentnie ogranicza zakres postępowania odwoławczego przed KIO, jak i postępowania wywołanego skargą na orzeczenie KIO wniesioną do sądu, jedynie do tych zarzutów, które zawarte zostały w odwołaniu.(art.192 ust.7 i art.198f ust.4 pzp). Tym samym nie dozwala na ingerowanie z urzędu w tok postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nawet w przypadku, gdyby organy rozstrzygające spór dostrzegły inne, aniżeli podniesione w odwołaniu, uchybienia przepisom ustawy o zamówieniach publicznych. Zatem unieważnienie czynności zamawiającego lub zawartej przez niego umowy dopuszczalne jest, jednakże jedynie w oparciu o uznanie podnoszonych w odwołaniu zarzutów za uzasadnione i to przy zastrzeżeniu, iż naruszenie przepisów ustawy tj. prawa zamówień publicznych było istotne, bowiem miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia (art.192 ust.2 i 3 pzp).

Mając na uwadze powyższe należało skargę oddalić, jako nieuzasadnioną na podstawie art.198f ust.1 pzp.

O kosztach postępowania skargowego Sąd Okręgowy orzekł na podstawie art.98, 107 i 108 kpc, obciążając skarżących, jako stronę przegrywającą spór przed instancją odwoławczą, obowiązkiem zwrotu zamawiającemu i interwenientom ubocznym poniesionych przez nich kosztów zastępstwa procesowego w/g stawek przewidzianych w § 6 pkt 7 w zw z § 13 ust.1 pkt 1 rozporządzenia Min.Spr. z dnia

28.09.2002r. w sprawie opłat za czynności adwokackie oraz ponoszenia przez Skarb
Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu
(Dz.U.02.163.1348).

Za zgodność z oryginałem
Sekretarz Sądu