

WYROK

z dnia 30 stycznia 2017 roku Krajowa Izba Odwoławcza - w

składzie:

Przewodniczący: **Katarzyna Prowadzisz** Protokolant: **Sylvia Jankowska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 stycznia 2017 roku, w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 stycznia 2017 roku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie tj. K. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Leśnych „Elitelas” K. M. z siedzibą w Rozalinie (pełnomocnik) oraz J. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą J. P. Zakład Usług Leśnych z siedzibą w Głogowie Małopolskim oraz Usługi Leśne i Ogrodnicze Elitelas Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Durdach

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Skarb Państwa – Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Głogów w Głogowie Małopolskim

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia L. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą L. K. Firma Usługowo – Handlowo – Produkcyjna z siedzibą w Zielonce (pełnomocnik) oraz Z. D. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma Usługowo – Handlowo – Produkcyjna Z&D Zakład Usług Leśnych Z. D. z siedzibą w Przewrotnym zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 38/17 po stronie Zamawiającego

1. Oddala odwołanie.

orzeka

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie tj. K. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Leśnych „Elitelas” K. M. z siedzibą w Rozalinie

(pełnomocnik) oraz J. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą J. P. Zakład Usług Leśnych z siedzibą w Głogowie Małopolskim oraz Usługi Leśne i Ogrodnicze Elitelas Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Durdach i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie tj. K. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Leśnych „Elitelas” K. M. z siedzibą w Rozalinie (pełnomocnik) oraz J. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą J. P. Zakład Usług Leśnych z siedzibą w Głogowie Małopolskim oraz Usługi Leśne i Ogrodnicze Elitelas Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Durdach tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie tj. K. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Leśnych „Elitelas” K. M. z siedzibą w Rozalinie (pełnomocnik) oraz J. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą J. P. Zakład Usług Leśnych z siedzibą w Głogowie Małopolskim oraz Usługi Leśne i Ogrodnicze Elitelas Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Durdach na rzecz Zamawiającego Skarbu Państwa – Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Głogów w Głogowie Małopolskim kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 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 Rzeszowie.

Przewodniczący:.....

UZASADNIENIE

Zamawiający Skarb Państwa – Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Głogów w Głogowie Małopolskim prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą „Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Głogów w latach 2017-2018”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2 listopada 2016 roku pod numerem 2016/S/211-384427.

2 stycznia 2017 roku działając na podstawie art. 180 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zmianami; dalej: „ustawa” lub „Pzp”) Odwołujący wniósł odwołanie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności i zaniechań Zamawiającego w postępowaniu „Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Głogów w latach 2017-2018” w zakresie Pakietu nr 3, która to czynność polegała na wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy, którego oferta powinna być odrzucona.

W związku z podjętą czynnością i zaniechaniami czynności przez Zamawiającego w postępowaniu Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

–czynność wyboru dla Pakietu 3 ww. zamówienia publicznego oferty konsorcjum firm:

F.U.H.P. L. K., Zielonka 64, 36- 130 Raniżów i F.U.H.P. Z&D ZAKŁAD USŁUG LEŚNYCH D. Z. 36-003 Przewrotne 245,

–zaniechanie odrzucenia oferty dla Pakietu 3 zamówienia .. publicznego na

„Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Głogów w latach 2017-2018” jako najkorzystniejszej oferty konsorcjum firm: F.U.H.P. L. K., Zielonka 64, 36- 130 Raniżów i F.U.H.P. Z&D ZAKŁAD USŁUG LEŚNYCH D. Z. 36-

3Przewrotne 245, pomimo, iż oferta nie odpowiadała treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie zdolności zawodowej (strona 15 SIWZ ust.III lit. b) w związku z pkt 6.5 strona 17 SIWZ), co do powtórzenia dla dwóch Pakietów (3 i 4) niniejszego Zamówienia, jako osoby nadzorującej, tej samej osoby tj. Z. D., mimo wyraźnego zakazu ze strony Zamawiającego,

–zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej oferty dla Pakietu 3

zamówienia publicznego na „Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Głogów w latach 2017-2018”.

Odwołujący wskazał na naruszenie następujących przepisów:

–art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez nieodrzuconie oferty konsorcjum firm: F.U.H.P. L. K., Zielonka 64, 36-130 Raniżów i F.U.H.P. Z&D ZAKŁAD USŁUG LEŚNYCH D. Z., 36-

003 Przewrotne 245, wbrew treści tego przepisów, choć wyraźnie niezgodnie z Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia dla realizacji Pakietów 3 i 4 wskazana była ta sama osoba, Z. D., z wykształceniem leśnym do nadzoru, choć na stronie 17 w ust. 6.5 w/w Specyfikacji znajduje się literalny zakaz: *Jeśli Wykonawca ubiega się o udzielenie kilku Pakietów zamówienia to nie może celem wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, wskazać tego samego doświadczenia, tego samego potencjału technicznego, tych samych osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, ani tych samych środków finansowych lub zdolności kredytowej w więcej niż jednym Pakiecie;*

–art. 91 ust. 1 ustawy przez to, iż Zamawiający nieprawidłowo wybrał jego zdaniem ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert nie uwzględniający literalnego brzmienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia tj. ust 6.5. strona 17 SIWZ,

–art. 91 ust. 1 poprzez to, iż nie wybrał zgodnie z brzmieniem tego przepisu oferty Odwołującego, choć to ona była najkorzystniejsza i zgodna z SIWZ;

–art.7 ust. 1 i 3 poprzez wybór oferty F.U.H.P. L. K., Zielonka 64, 36-130 Raniżów i

F.U.H.P. Z&D ZAKŁAD USŁUG LEŚNYCH D. Z. 36-003 Przewrotne 245 z naruszeniem zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy.

Odwołujący wniósł o:

–nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności badania i oceny ofert oraz czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty konsorcjum firm: F.U.H.P. L. K., Zielonka 64, 36-130 Raniżów' i F.U.H.P. Z&D ZAKŁAD USŁUG LEŚNYCH D. Z. 36- 003 Przewrotne 245 na realizację Pakietu 3 w/w Zamówienia,

–zastosowanie przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 91 ust. 1 ustawy i odrzucenie oferty konsorcjum firm: F.U.H.P. L. K., Zielonka 64, 36-130

Raniżów i F.U.H.P. Z&D ZAKŁAD USŁUG LEŚNYCH D. Z. 36-003 Przewrotne 245

ze względu na brak zgodności z SIWZ,

–zbadanie i dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej dla Pakietu nr 3 w/w zamówienia oferty Odwołującego;

–zasądzenie kosztów postępowania na rzecz Odwołującego, w tym ewentualnych kosztów zastępstwa procesowego

a także uiszczonych kosztów odwołania;
–dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu ze:

~Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, a w szczególności warunków opisanych i dotyczących osób nadzorujących dla Pakietu 3 i 4 tj. ust. III lit.b) (stron 15), ust. IV lit.b) (strona 16) oraz zakazu zgłaszania tych samych osób w więcej niż jednym Pakiecie tego zamówienia ust 6.5. (str. 17) na okoliczność, iż zamawiający w swojej Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wymagał dla realizacji Pakietu 3 oraz Pakietu 4 w niniejszym zamówieniu do nadzoru po jednej osobie z wykształceniem leśnym wyższym lub średnim i jednocześnie zastrzegł, że osoba ta nie może być wskazywana w więcej niż w jednym Pakiecie,

~Ofert zgłoszonych przez konsorcjum firm: F.U.H.P. L. K., Zielonka 64, 36-130 Raniżów i F.U.H.P. Z&D ZAKŁAD USŁUG LEŚNYCH D. Z. 36- 003 Przewrotne 245

na realizację Pakietu 3 oraz Pakietu 4 w/w Zamówienia w zakresie Części IV: Kryteria kwalifikacji, gdzie zarówno dla Pakietu 3 jak i Pakietu 4 zgłoszony został jako osoba do nadzoru z odpowiednim wykształceniem Z. D. dla obu tych Pakietów na okoliczność nieuwzględniania przez Zamawiającego, że zaistniała przesłanka do odrzucenia oferty konsorcjum firm: F.U.H.P. L. K., Zielonka 64, 36-130 Raniżów i

F.U.H.P. Z&D ZAKŁAD USŁUG LEŚNYCH D. Z. 36-003 Przewrotne 245 na realizację Pakietu 3 i Pakietu 4 w/w Zamówienia i dokonania nieprawidłowego badania, oceny i wyboru oferty, która naruszała zarówno przepisy ustawy, jak i SIWZ, w zakresie dopuszczenia dla realizacji każdego z nich Z. D., co jest niezgodne z ust.6.5. SIWZ(strona 17);

~Zawiadomienie Zamawiającego z dnia 23 grudnia 2016 r. dotyczące rozstrzygnięcia przetargu na okoliczność wyłonienia dla realizacji Pakietu 3 i Pakietu 4 jako najkorzystniejszej oferty konsorcjum firm: F.U.H.P. L. K., Zielonka 64, 36-130 Raniżów i F.U.H.P. Z&D ZAKŁAD USŁUG LEŚNYCH D. Z. 36- 003 Przewrotne 245

na realizację w/w Zamówienia i dokonania nieprawidłowego badania, oceny i wyboru oferty, która naruszała zarówno przepisy ustawy, jak i SIWZ.

Odwolujący wskazał, że posiada interes w rozstrzygnięciu odwołania, wyjaśniając, zgodnie z treścią art. 179 ust. 1 ustawy ma interes w uzyskaniu niniejszego zamówienia oraz może ponieść szkodę na skutek naruszenia przez Zamawiającego. Podkreślenia wymaga, że oferta Odwołującego nie została odrzucona i była najkorzystniejsza wg. prawidłowo stosowanych kryteriów wyboru określonych przez Zamawiającego w SIWZ dla Pakietu 3 nin. zamówienia. Wymaga podkreślenia, że szkodą, jaką Odwołujący może ponieść jest możliwa utracona korzyść z tytułu ewentualnego nie zawarcia umowy, przy czym oferta jego nie została odrzucona, a różnica w punktacji między ofertą Odwołującego się a ofertą wybranego konsorcjum firm: F.U.H.P. L. K., Zielonka 64, 36-130 Raniżów i F.U.H.P. Z&D ZAKŁAD USŁUG LEŚNYCH D. Z. 36-003 Przewrotne 245 wynosiła zaledwie 0,2 punktu na 100 możliwych

Odwolujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty:

Skarb Państwa Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Głogów w trybie przetargu nieograniczonego dokonał rozstrzygnięcia w postępowaniu o zamówienie publiczne na „Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Głogów w latach 2017- 2018” Pakiet I, Pakiet 2, Pakiet 3, Pakiet 4 i Pakiet S prowadzony w trybie przetargu nieograniczonego (nr post.: SA.270.65.2016). W postępowaniu tym, wyłącznie co do Pakietu 3, startował Odwołujący oraz konsorcjum firm: F.U.H.P. L. K., Zielonka 64, 36-130 Raniżów i F.U.H.P. Z&D ZAKŁAD USŁUG LEŚNYCH D. Z. 36-003

Przewrotne 245 co do Pakietu 3, Pakietu 4 i Pakietu S.

W dniu 23 grudnia 2016 r. Odwołujący uzyskał zawiadomienie o rozstrzygnięciu, gdzie okazało się, że dla jego oferta była gorsza od oferty wybranej zaledwie o 0,2 punktu na 100 możliwych.

W dniu 28 grudnia 2016 r. po przejrzeniu całości akt postępowania okazało się, że Zamawiający dokonał wyboru oferty konsorcjum firm: F.U.H.P. L. K., Zielonka 64, 36-130 Raniżów i F.U.H.P. Z&D ZAKŁAD USŁUG LEŚNYCH D. Z. 36-003 Przewrotne 245 pomimo, że podmiot ten zgłosił tę samą osobę – Z. D. - dla realizacji zadań z Pakietu 3 oraz jednocześnie z Pakietu 4, co zostało wyraźnie zakazane na stronie 17 w ust. 6.5 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, gdzie znajduje się literalny zakaz co do tego typu praktyki: *Jeśli Wykonawca ubiega się o udzielenie kilku Pakietów zamówienia to nie może celem wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, wskazać tego samego doświadczenia, tego samego potencjału technicznego, tych samych osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, ani tych samych środków finansowych lub*

zdolności kredytowej w więcej niż jednym Pakiecie.”. Zarówno dla Pakietu 3 (str. 15 SIWZ), jak i dla Pakietu 4 (str. 16 SIWZ), Zamawiający wymagał osobno osoby z wykształceniem leśnym wyższym lub średnim do sprawowania nadzoru nad realizacją zadań w ramach każdego z tych Pakietów.

Konsorcjum firm: F.U.H.P. L. K., Zielonka 64, 36-130 Raniżów i F.U.H.P. Z&D ZAKŁAD USŁUG LEŚNYCH D. Z. 36-003 Przewrotne 245 pomimo, że zgłosiło tę samą osobę – Z. D.

-dla realizacji zadań z Pakietu 3 oraz jednocześnie z Pakietu 4 w postępowaniu dla realizacji obu tych Pakietów zostało wybrane jako podmiot z najlepszymi ofertami, mimo ewidentnego i oczywistego naruszenia warunków, jakie stawiało SIWZ Zamawiającego.

W ocenie Odwołującego przeprowadzenie postępowania przez Zamawiającego nie tylko naruszyło w bezpośredni sposób wyżej wskazane przepisy ustawy oraz warunki SIWZ, ale godzi w zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wszystkich uczestników postępowania realizowanego w trybie przetargu publicznego nieograniczonego.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 roku, poz. 2164 ze zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 2 stycznia 2017 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu, co Strony potwierdziły na posiedzeniu z ich udziałem.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust. 1 ustawy – *Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy* - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie przesłaną przez Zamawiającego a także stanowiska i oświadczenia złożone ustnie do protokołu, jak również zawarte w pismach.

Zamawiający, 16 stycznia 2017 roku przesłał do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej pismo z dnia 16 stycznia 2016 roku *Odpowiedź na odwołanie* wraz z załącznikami. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Uczestnik postępowania odwoławczego przesłał do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 26 stycznia 2017 roku pismo z dnia 26 stycznia 2017 roku *Pismo procesowe*. Uczestnik postępowania odwoławczego wniósł o oddalenie odwołania.

Odwołujący przesłał do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 30 stycznia 2017 roku pismo z dnia 30 stycznia 2017 roku *Pismo procesowe*. Odwołujący podtrzymał odwołanie.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

I.

Na wstępie Izba działając zgodnie z art. 196 ust. 4 ustawy, podaje podstawy prawne z przytoczeniem przepisów prawa odnośnie rozstrzygnięcia zarzutów odwołania podnoszonych przez Odwołującego:

-art. 7 ust. 1 ustawy - *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.*

-art. 7 ust. 3 ustawy – *Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.*

-art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy - *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust.2 pkt 3 .*

-art. 91 ust. 1 ustawy - *Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.*

II.

Na podstawie art. 191 ust. 2 ustawy *wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan*

rzeczy ustalony w toku postępowania. Na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy – *Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy.* Przepis ten nakłada na Strony postępowania obowiązek, który zarazem jest uprawnieniem Stron, wykazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne.

Podkreślenia wymaga w tym miejscu, że postępowanie przez Izbą stanowi postępowanie kontradiktoryjne, czyli

sporne, a z istoty tego postępowania wynika, że spór toczą Strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne.

Powołując w tym miejscu regulację art. 14 ustawy *do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej* przechodząc do art. 6 Kodeksu cywilnego ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne należy wskazać, że właśnie z tej zasady wynika reguła art. 190 ust 1 ustawy. Przepis art. 6 Kodeksu cywilnego wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne; *ei incumbit probatio qui dicit non qui negat (na tym ciąży dowód kto twierdzi a nie na tym kto zaprzecza)*.

Izba wskazuje, że postępowanie odwoławcze jest odrębnym od postępowania o udzielenie zamówienia publicznego postępowaniem, które ma na celu rozstrzygnięcie powstałego pomiędzy Stronami sporu. W trakcie postępowania odwoławczego to Odwołujący kwestionuje podjęte przez Zamawiającego decyzje w zakresie oceny ofert i wykonawców w postępowaniu, nie zgadza się z podjętymi czynnościami lub zaniechaniem określonych działań, tak więc zgodnie z regułą płynącą z art. 190 ustawy to na Odwołującym ciąży ciężar dowiedzenia, że stanowisko Zamawiającego jest nieprawidłowe. Izba wskazuje w tym miejscu na wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 19 marca 2009 roku sygn. akt X Ga 32/09, w którym to orzeczeniu Sąd wskazał między innymi *Ciężar udowodnienia takiego twierdzenia spoczywa na tym uczestniku postępowania, który przytacza twierdzenie o istnieniu danego faktu, a nie na uczestniku, który twierdzeniu temu zaprzecza (...)*.

III.

Izba ustaliła:

Postępowanie o udzielenie zamówienia w przedmiocie „Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Głogów w latach 2017-2018”. prowadzone jest przez Zamawiającego w częściach, z podziałem na pięć pakietów:

- Pakiet 1 – leśnictwa: Bratkowice, Krzywa;
- Pakiet 2 – leśnictwa: Budy, Czarna, Kłapówka;
- Pakiet 3 – leśnictwa: Bór, Wysoka;
- Pakiet 4 – leśnictwa: Hucisko, Turza;
- Pakiet S – szkółka Sokółów.

Odwołanie dotyczy czynności Zamawiającego podjętych w zakresie Pakietu nr 3. Izba ustaliła następujący

stan faktyczny sprawy:

- w dniu 23 grudnia 2016 roku Zamawiający ogłasza wynik postępowania również w zakresie Pakietu nr 3,
- w dniu 2 stycznia 2017 roku Odwołujący składa przedmiotowe odwołanie od czynności i zaniechań Zamawiającego z dnia 23 grudnia 2016 roku. Odwołanie podlegało uzupełnieniom braków formalnych.
- w dniu 16 stycznia 2017 roku Zamawiający unieważnił czynność badania, oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w Pakiecie nr 3; o czynności tej Zamawiający powiadomił wykonawców składających oferty w postępowaniu.

Odwołującego w trakcie posiedzenia z udziałem stron złożył oświadczenie: *odwołanie wniesione jest od czynności wyboru oferty w dniu 23.12.2016 i zaniechania czynności odrzucenia oferty, co znalazło wyraz w czynności z dnia 23.12.2016 r..* Odwołujący podtrzymał odwołanie w całości.

Izba zważyła:

Zgodnie z przepisem art. 191 ust. 2 ustawy, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Stosownie do przepisu art. 191 ust. 2 ustawy, wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania.

Izba, mając na uwadze przywołany przepis art. 191 ust. 2 ustawy, wzięła pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, a zatem na moment wyrokowania w sprawie.

Izba wskazuje, że kwestionowane przez Odwołującego w odwołaniu naruszenia wynikające z podjętych czynności i zaniechań zostały zniesione przez Zamawiającego czynnością z dnia 16 grudnia 2017 roku, gdzie Zamawiający unieważnił czynność badania, oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu

z dnia 23 grudnia 2016 roku – co oznacza, że nie tylko zarzucane w odniesieniu do tego wyboru naruszenia przepisów prawa, ale przede wszystkim sama czynność kwestionowana w odwołaniu, utraciły swój byt.

Izba podkreśla, że orzeczenie winno rozstrzygać o zarzutach żądaniach kierowanych wobec kwestionowanych czynności, a wpływając na ocenę zarzutów stawianych w odwołaniu. Podkreślenia wymaga, że Izba nie może pominąć w dniu wyrokowania tych czynności, które wydarzyły się w postępowaniu o udzielenie zamówienia już po wniesieniu odwołania, a które mają znaczenie dla jego prawidłowego rozpoznania i wyrokowania. W tej sprawie, na moment wydania orzeczenia, kwestionowane w odwołaniu: czynność wyboru oferty najkorzystniejszej dla Pakietu 3; zaniechanie odrzucenia w Pakiecie nr 3 oferty wykonawcy wybranego do realizacji zamówienia, pomimo że oferta ta nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ) w zakresie zdolności zawodowej (strona 15

SIWZ ust.III lit. b) w związku z pkt 6.5 strona 17 SIWZ) z uwagi na wskazanie w Pakiecie 3 i Pakiecie 4 jako osoby nadzorującej, tej samej osoby tj. Zbigniewa Dziubka, mimo wyraźnego zakazu ze strony Zamawiającego; jak również zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej oferty dla Pakietu nie istnieją - zostały przez Zamawiającego unieważnione.

Izba podkreśla z całą stanowczością, że wyeliminowanie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 23 grudnia 2016 r. czyni bezprzedmiotowymi wszystkie zarzuty sformułowane wobec wyboru, badania oceny oferty wskazanego wykonawcy.

Izba podkreśla, że Zamawiający unieważnił w dniu 16 stycznia 2017 roku zarówno czynność wyboru oferty najkorzystniejszej jak również poprzedzające je czynności badania i oceny ofert złożonych w tym postępowaniu. Jednocześnie należy podkreślić, że Zamawiający nie uwzględnił odwołania z dnia 2 stycznia 2017 roku ani w całości ani w części, co oświadczył w trakcie rozprawy. Nieuprawniona tym samym jest argumentacją Odwołującego referująca do „uwzględnienia odwołania, jako niewyczerpującego wszystkich zarzutów odwołania”. Obowiązujący przepis art. 186 ust. 2 oraz ust. 3a ustawy w sposób jasny i precyzyjny określa, że Zamawiający może dokonać czynności uwzględnienia odwołania w całości lub w części, jednakże czynności te muszą zostać dokonane przez Zamawiającego, tj. musi zostać złożone przez Zamawiającego stosowne oświadczenie, bowiem czynność taka Zamawiającego rodzi skutki w postępowaniu zarówno dla Zamawiającego jak i wykonawców. Izba podkreśla, że Odwołujący nie wskazał jaki to przepis zobowiązuje Zamawiającego do uwzględnienia odwołania; Izba wskazuje, że nie istnieje taki przepis, a uwzględnienie zarzutów odwołanie jest prawem Zamawiającego. Jednocześnie należy mieć na uwadze, że na gruncie obowiązujących przepisów, brak jest podstaw do przyjęcia, że złożenie odwołania zawiesza w jakikolwiek sposób możliwość podejmowania przez Zamawiającego czynności w postępowaniu. Żaden przepis nie stoi temu na przeszkodzie, a przeciwnie – ustawa wymaga przeprowadzenia postępowania w sposób odpowiadający przepisom, co oznacza, że należy przyznać Zamawiającemu prawo do podejmowania wszelkich działań podejmowanych w celu naprawienia wadliwych czynności. Zamawiający w rozpoznawanej sprawie skorzystał właśnie z takiej możliwości, podjął działania mające na celu eliminację z postępowania o udzielenie zamówienia nieprawidłowości, które zostały ujawnione przez wniesienie odwołania przez Odwołującego, jednakże zarzutów odwołania nie uwzględnił.

Izba wskazuje również, że w dniu 16 stycznia 2016 roku Zamawiający dokonał również ponownie czynności badania i oceny ofert oraz dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu; ten wybór oferty najkorzystniejszej jest nowym, innym wyborem stanowi nową czynność Zamawiającego – niewątpliwie czynność, która nie była objęta odwołaniem z dnia 2 stycznia 2016 roku.

Izba podkreśla, że rozstrzyganie o zarzutach dotyczących unieważnionej czynności nie może wpłynąć w żaden sposób na wynik postępowania - który aktualnie wyraża się w ponowionym wyborze najkorzystniejszej oferty (z dnia 16 stycznia 2017 roku) – bowiem podstawa wniesienia odwołania na dzień wyrokowania nie istnieje.

W tym miejscu Izba, za uzasadnieniem orzeczenia z 9 stycznia 2015 roku sygn. akt KIO 2763/14, stawia pytanie, „jakie znaczenie i skutek oceny o zasadności zarzutów kierowanych wobec uchylonej czynności, miałyby rozstrzygnięcie Krajowej Izby Odwoławczej, jeśli jednocześnie już funkcjonuje w postępowaniu ponowiona czynność Zamawiającego, zastępująca tę, o której rozstrzygnięto. Krajowa Izba Odwoławcza – w myśl art. 192 ust. 7 ustawy – Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, a w myśl § 34 ust. 1 *rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań* (Dz.U. Nr 48 poz.

280 ze zm.), orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej zawiera w przypadku wyroku m.in. rozstrzygnięcie o żądaniach odwołującego. Oznacza to zatem, że Krajowa Izba Odwoławcza, rozstrzygając o zarzutach danego odwołania, kierowanego wobec uchylonej na moment jego rozpoznania czynności, nie może w swym rozstrzygnięciu oceniać

czynności, wobec której nie postawiono zarzutów oraz odpowiadających im żądań. Niezależnie zatem od rozstrzygnięcia o zarzutach dotyczących unieważnionej czynności, ponowiona czynność, w razie jej niezakwestionowania, byłaby w takim wypadku ważną i funkcjonującą obok wydanego rozstrzygnięcia. Należy zatem uznać, że także zasada koncentracji środków ochrony prawnej przemawia za uznaniem, że jakakolwiek ocena czynności i zaniechań Zamawiającego w danym postępowaniu winna odnosić się jedynie do tych czynności, jakie istnieją na moment wydania orzeczenia. W innym wypadku mogłoby dojść do sytuacji, że w danym postępowaniu będą istniały równocześnie zdublowane czynności, z których żadnej nie sposób będzie przyznać prymatu. Zasada koncentracji środków ochrony prawnej przemawia zatem za uznaniem, że nie jest właściwą oceną czynności już nieistniejącej, unieważnionej przez Zamawiającego, jeśli w postępowaniu mamy do czynienia z ponowioną czynnością wyboru najkorzystniejszej oferty, poprzedzoną badaniem i oceną ofert, w ramach której podjęto czynności uzupełnienia określonych

dokumentów a rezultat tych czynności oraz ich oceny nie może podlegać ocenie w tym postępowaniu odwoławczym.”

W obliczu powyższego Izba wskazuje, że popieranie odwołania przez Odwołującego było niezasadne. Uwzględniając powyżej przedstawione ustalenia i wywoły Izby, Izba odwołanie oddaliła.

Jedynie na marginesie Izba wskazuje, że inne regulacje ustawowe odnoszą się do badania wykonawcy w zakresie wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu w oparciu o zawarte w SWIZ wymagania Zamawiającego, a innych okoliczności - instytucji Prawa zamówień publicznych dotyczy podnoszenie niezgodności treści oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia czy też naruszenie przepisów dotyczących kryteriów oceny ofert.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust.

3 pkt. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zmianami).

Przewodniczący:.....