

Sygn. akt: KIO 55/17

**WYROK
z dnia 24 stycznia 2017 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Daniel Konicz

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 stycznia 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 stycznia 2017 r. przez Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – D.G. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą p. D.G. z siedzibą w (...), T.O. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą U.L. T.O. z siedzibą w (...), M.K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą F.U.M. M.K. z siedzibą w (...), M.S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Z.U.L. M.S. z siedzibą w (...), A.K. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą U.L. i T. A.K. z siedzibą w (...), w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Skarb Państwa – Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe – Nadleśnictwo Świerczyna,

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę w łącznej wysokości 4.221,00 zł (słownie: cztery tysiące dwieście dwadzieścia jeden złotych 00/100) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika i kosztów związanych z dojazdem na wyznaczoną rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2015.2164 j.t. 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 Koszalinie.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt KIO 55/17

Uzasadnienie

Skarb Państwa – Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe – Nadleśnictwo Świerczyna (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2015.2164 j.t. ze zm.), zwanej dalej „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z podziałem na części na wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Świerczyna w roku 2017 (znak sprawy SA.270.38.2016), zwane dalej: „Postępowaniem”.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 5 listopada 2016 r. pod nr 2016/S 214-389837.

W dniu 29 grudnia 2016 r. Zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w Postępowaniu o wyborze ofert najkorzystniejszych, za które, w części II, IV i V uznane zostały oferty złożone przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – R.Ł. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Z.U.L. R.Ł. z siedzibą w (...), S.J. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą U.L. S.J. z siedzibą w (...), K.A. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Z.U.L. K.A. z siedzibą w (...), W.K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Z.U.L. W.K. z siedzibą w (...), W.G. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą U.L. W.G. z siedzibą w (...), A.G. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Z.U.L. A.G. z siedzibą w (...) (dalej „Konsorcjum”) oraz o odrzuceniu ofert wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – D.G. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą p. D.G. z siedzibą w Niechcicach, T.O. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą U.L. T.O. z siedzibą w Niechcicach, M.K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą F.U.M. M.K. z siedzibą w Mirosławcu, M.S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Z.U.L. M.S. z siedzibą w Dębolicach, A.K. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą U.L. i T. A.K. z siedzibą w Wierchowiu, zwanych dalej „Odwołującym”.

W dniu 9 stycznia 2017 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (dalej „Izba”) wpłynęło odwołanie, w którym zarzucono Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1, art. 22a ust. 2 i 3, art. 22d ust. 2, art. 24 ust. 1 pkt 12, 16 i 17, art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp przez:

1. niezgodne z obowiązującym prawem odrzucenie ofert Odwołującego złożonych na części I – V zamówienia, które zgodnie ze swoją treścią nie podlegają odrzuceniu;

- w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp może to spowodować szkodę u Odwołującego w zakresie braku możliwości uzyskania zamówienia mimo posiadania odpowiednich możliwości umożliwiających realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości,
2. prowadzenie Postępowania w sposób naruszający zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. przywrócenie ofert Odwołującego złożonych na części I – V zamówienia do oceny i przeprowadzenie ich prawidłowej oceny,
2. przeprowadzenie ponownej oceny ofert, która – zdaniem Odwołującego – wykaże konieczność odrzucenia ofert Konsorcjum.

Odwołujący wskazał, że jedną z zaskarżonych czynności Zamawiający odrzucił jego oferty na części I – V zamówienia. Celem umożliwienia wykazania, iż to oferty Odwołującego w końcowej fazie okażą się najkorzystniejsze niezbędnym jest przywrócenie ofert Odwołującego do oceny, jako spełniające warunki udziału w Postępowaniu. Dotyczy to szczególnie części IV i V zamówienia, dla których już na moment składania odwołania Odwołujący może wykazać, że Konsorcjum nie posiada wymagalnych zdolności z uwagi na zaangażowanie zasobów technicznych (lub zawodowych) w inne przedsięwzięcia gospodarcze, co może mieć negatywny wpływ na realizację zamówienia (podstawa prawna art. 22d ust. 2 Pzp).

Zamawiający uzasadniając odrzucenie ofert Odwołującego ograniczył się jedynie do stwierdzenia, że „w ofercie załączono błędny formularz OFERTA”. Tym samym dla Odwołującego jest oczywiste, iż Zamawiający kierował się przy ocenie ofert ich formą a nie treścią.

W nawiązaniu do powyższego Odwołujący stwierdził, że ugruntowane orzecznictwo wskazuje, że przy ocenie ofert należy kierować się zasadą, iż zamawiający ocenia treść złożonych ofert a nie ich formę. Użyte przez ustawodawcę w treści art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp sformułowania „treść oferty” i „treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia („SIWZ”)” jednoznacznie wskazują na aspekt merytoryczny obu dokumentów. Treść SIWZ to przede wszystkim zawarty w opisie przedmiotu opis potrzeb i wymagań zamawiającego, które mają być zaspokojone w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia przez zawarcie i zrealizowanie z należytą starannością umowy w sprawie zamówienia publicznego. Treść oferty to jednostronne zobowiązanie wykonawcy do wykonania oznaczonego świadczenia, które zostanie zrealizowane na rzecz zamawiającego, jeśli oferta złożona przez wykonawcę zostanie uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu i zostanie z nim zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego.

Z treści złożonych Zamawiającemu dokumentów wynika jednoznacznie, jakie Odwołujący złożył oferty. Mimo złożenia formularzy ofertowych w kształcie odmiennym od oczekiwań Zamawiającego Odwołujący złożył skutecznie swoje oferty, ponieważ w złożonym i podpisanym dokumencie zawarł wszystkie niezbędne informacje oczekiwane przez Zamawiającego celem umożliwienia jej oceny zgodnie z SIWZ.

Odwołujący podkreślił, że oświadczenia woli, wobec braku szczegółowych w tym zakresie regulacji w przepisach Pzp, należy interpretować zgodnie z postanowieniami K.c., stosownie do art. 14 Pzp. W tym zakresie właściwym zatem jest odwołanie się do art. 65 § 1 K.c., z którego wynika, że oświadczenie należy tłumaczyć tak, jak tego wymagają zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje, ze względu na okoliczności, w których było składane. Z kolei naczelne zasady postępowania o udzielenie zamówienia publicznego sprowadzają się między innymi do przyjęcia założenia, iż ofertę wykonawcy należy oceniać jako złożoną w dobrej wierze, przygotowaną w sposób racjonalny (co nie wyklucza pewnych dopuszczalnych pomyłek w jej przygotowaniu i złożeniu) i zmierzającą do uzyskania zamówienia zgodnie z warunkami określonymi w SIWZ, jak i w sposób przyjęty i wyrażony przez wykonawcę. Zamawiający powinien zatem tak interpretować i oceniać oferty wykonawców, aby w ramach obowiązujących przepisów Pzp w pierwszej kolejności dążyć do ich utrzymania w postępowaniu.

Odwołujący podkreślił, że powyższa konkluzja w pełni koresponduje z naczelnym celem Pzp, jakim jest zapewnienie racjonalnego i sprawnego wydatkowania środków publicznych. Przywołanych zasad oceny i interpretacji ofert nie przekreślają formalne i materialne przewidziane ustawą ograniczenia swobody umów, w szczególności wymóg pisemności oferty. Oznacza to zatem, iż w przypadku wątpliwości co do treści czy znaczenia oświadczenia woli jest możliwa ich interpretacja i wyjaśnienie z uwzględnieniem innych okoliczności, niż sama treść czy oznaczenie dokumentu zawierającego oświadczenie woli. Tym samym przy ocenie skuteczności danego oświadczenia woli stosowane mogą być ogólne reguły wykładni oświadczeń woli nakazujące uwzględnienie zarówno zasad współżycia społecznego, jak i kontekstu sytuacyjnego, w jakim oświadczenie jest składane.

Biorąc pod uwagę powyższe oraz odnosząc się do wyrażonego w art. 82 ust. 2 Pzp wymogu formy pisemnej

dla sporządzenia oferty (przy czym jest to forma zastrzeżona pod rygorem nieważności), należy równocześnie stwierdzić, że Pzp nie określa żadnych szczególnych wymagań dotyczących formy pisemnej. Zasadnym jest zatem odwołanie się do zasad wynikających z przepisów prawa cywilnego (art. 14 Pzp). W myśl przepisu art. 78 § 1 K.c. do zachowania formy pisemnej wystarcza złożenie własnoręcznego podpisu na dokumencie obejmującym treść oświadczenia woli.

W ocenie Odwołującego nie ulega wątpliwości, że sens oświadczenia woli wyrażonego w postaci pisemnej ustala się przyjmując za podstawę wykładni przede wszystkim tekst dokumentu. W przedmiotowej sprawie jest to formularz ofertowy złożony przez Odwołującego. W procesie wykładni zawartych w tym dokumencie treści zasadnicze znaczenie należy nadać językowym regułom znaczeniowym. Odwołanie się do reguł językowych nie może stanowić jednak wyłącznej podstawy do ustalenia sensu złożonego przez stronę oświadczenia woli. Wykładania oświadczenia woli powinna również uwzględniać cel w jakim zostało ono złożone oraz kontekst sytuacyjny. Okoliczności te mają doniosłość dla zrekonstruowania treści myślowych wyrażonych w oświadczeniu woli i pozwalają ustalić właściwy sens tego oświadczenia, niekiedy odmienny od dosłownego brzmienia formularza jaki przygotował Zamawiający. Również inne zachowania przejawione przez strony *ex post* mogą wskazywać na sposób rozumienia złożonego oświadczenia woli. Przy wykładni oświadczenia woli postuluje się w doktrynie życzliwą interpretację wspomagającą uznanie czynności prawnej za ważną. Stosowanie takiej dyrektywy oznacza preferowanie takiego znaczenia oświadczenia woli, które pozwala na utrzymanie czynności prawnej i uznanie jej za zgodnej z prawem. Za przyjęciem takiej reguły przemawia przede wszystkim okoliczność, że z istoty swojej oświadczenie woli składane są po to, aby wywołać określone skutki prawne.

Z całokształtu dokumentacji Postępowania można przyjąć, że intencją Odwołującego było złożenie ofert na warunkach określonych w SIWZ. Ponadto, kierując się zasadami logiki, brak jest podstaw do przyjęcia, że racjonalny przedsiębiorca nie zobowiązuje się do wykonania określonego, oczekiwanego przez Zamawiającego, zadania, składając nie tylko podpisaną ofertę, ale i kosztorys ofertowy zgodny co do swej wartości nie tylko z formularzem ofertowym, ale i z postanowieniami SIWZ.

Odwołujący podał, że celem przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp jest niedopuszczenie do wyeliminowania z postępowania ofert zawierających niewielkie błędy. Aby powyższy cel został osiągnięty, przepis ten nie może być interpretowany zawężająco. Podkreślił ponadto, że Zamawiający może dokonać odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jedynie w sytuacji ustalenia w sposób niebudzący wątpliwości, że oferowane świadczenie nie odpowiada wyrażonym w treści SIWZ wymaganiom.

Wyjaśnił następnie, że oferta nieodpowiadająca treści i SIWZ to taka oferta, która w sposób odmienny, niż zostało to w niej ujęte, redaguje istotne postanowienia umowy, wprowadzając zmiany, np. w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, sposobu jego świadczenia, jak również terminu realizacji przedmiotu zamówienia. Mając na względzie treść art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp wskazać należy, że ustawodawca nie warunkuje możliwości poprawienia omyłek w zależności od ich ilości, ale kładzie nacisk na ich istotność.

Przy czym, przepis ten nie określa enumeratywnego katalogu możliwych do poprawienia niezgodności i posługuje się nieostrą kategorią „istotności” jako granicy dopuszczalnych zmian treści oferty. Przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp nie wskazuje rodzaju omyłek, zatem obejmuje wszelkie niezamierzone, błahie pomyłki, niedopatrzienia, błędy niezamierzone, opuszczenia, drobne różnice niebędące świadomym pominięciem określonych w SIWZ wymogów. Przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp dotyczy wyłącznie niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, a *contrario* przyjąć należy, że nie ma podstaw do odrzucenia oferty, której wyłącznie forma jest niezgodna z postanowieniami zawartymi w SIWZ.

Należy także wskazać, że Zamawiający zarzucający wybranie nieodpowiedniego druku (popętnienie omyłki) przez Odwołującego sam nie potrafił w dokumentach Postępowania utrzymać jednoznacznych zapisów, stąd można w nim zauważyć liczne omyłki Zamawiającego określające załączniki. Ta sytuacja spowodowała także omyłki Odwołującego, niemające jednak wpływu na oświadczenia jego woli.

Jako przykład omyłek można wskazać, iż Zamawiający na swojej stronie internetowej opisał w następujący sposób załączniki:

załącznik_nr_1_kosztorys_ofert._68.pdf pobierz załącznik_nr_1a_oferta_pakiet_i_v_68.pdf
pobierz załącznik_nr_1c_do_siwz_68.pdf pobierz załącznik_nr_2_do_siwz_68.pdf pobierz
oferta_do_siwz_pakiet_i_v.pdf pobierz

Z kolei w pkt 21 SIWZ Zamawiający opisał poszczególne załączniki w sposób odmienny:

załącznik nr 1 – formularz oferty na pakiet I-V załącznik nr 1a –
formularz oferty na pakiet VI załącznik nr 1A – kosztorys ofertowy

załącznik nr 1B – opis przedmiotu zamówienia

załącznik nr 1C – opis technologii wykonawstwa prac leśnych

Jak widać powyżej całkowicie brak jest spójności i należytej staranności po stronie Zamawiającego. Można na przykład zauważyć, że na stronie internetowej do pobrania przez wykonawców wcale nie występuje druk opisany w SIWZ: załącznik nr 1 – formularz oferty na pakiet I-V.

Wobec powyższego Odwołujący oczekuje przywrócenia jego oferty w Postępowaniu z uwagi na brak podstaw do jej odrzucenia

Następnie Odwołujący oświadczył, że przynajmniej dla części IV i V już na moment składania odwołania może wykazać, Konsorcjum którego oferty zostały wybrane jako najkorzystniejsze nie posiada wymagalnych zdolności z uwagi na zaangażowanie zasobów technicznych lub zawodowych wykonawcy w inne przedsięwzięcia gospodarcze wykonawcy co może mieć negatywny wpływ na realizację zamówienia (podstawa prawna art. 22d ust. 2 Pzp).

Dla części IV i V W.S. oddaje do dyspozycji członkowi Konsorcjum ciągnik URSUS 1614 nr rej. PCT 58M8. Ciągnik ten jest zaangażowany jako zasób technicznych w innym przedsięwzięciu gospodarczym wykonawcy, co może mieć negatywny wpływ na realizację zamówienia. Ciągnik ten został wykazany do realizacji zadania w 2017 r. w Nadleśnictwie Człopa, na część 3 zamówienia. Ta sytuacja wskazuje co najmniej na konieczność przeprowadzenia badania w zakresie art. 22a ust. 3 Pzp, a w konsekwencji zastosowania art. 22d ust. 2 Pzp.

Z ostrożności procesowej wydaje się także konieczne zbadanie powyższej sytuacji z punktu widzenia art. 24 ust. 16 i 17 Pzp. Zdaniem Odwołującego podanie w ofercie sprzętu, który jest zaangażowany w inne przedsięwzięcia gospodarcze jeśli nie jest zamierzonym działaniem to przynajmniej jest to lekkomyślność lub niedbałość wykonawcy. Takim działaniem wykonawca wprowadza Zamawiającego w błąd i to w zakresie, który ma istotny wpływ na jego decyzję, to jest wybór oferty najkorzystniejszej.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł – po pierwsze – o jego odrzucenie, po drugie, z ostrożności procesowej – o oddalenie odwołania.

Uzasadniając wniosek o odrzucenie odwołania Zamawiający wskazał na uchybienie przez Odwołującego przepisom postępowania przez złożenie odwołania przez osobę do tego nieupoważnioną oraz błędne oznaczenie Zamawiającego.

Zgodnie z przepisem § 4 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz.U.2014.964 j.t. ze zm.), zwanego dalej „Rozporządzeniem”, odwołanie zawiera imię i nazwisko lub nazwę (firmę) oraz miejsce zamieszkania lub siedzibę zamawiającego oraz numer telefonu lub faksu oraz adres poczty elektronicznej zamawiającego. Zamawiający zauważył, że w odwołaniu występują zarówno uchybienia formalne (w postaci braku wskazania numeru telefonu lub faksu oraz adresu poczty elektronicznej zamawiającego), jak również uchybienie, które nie może zostać zakwalifikowane jako brak formalny – nieprawidłowe określenie Zamawiającego, którym nie Nadleśnictwo Świerczyna, a Skarb Państwa. Dodał, że jednostka organizacyjna, jaką jest Nadleśnictwo Świerczyna może być stroną w postępowaniu jedynie w przypadku, gdy przepisy prawa przyznają zdolność do bycia stroną takiego postępowania (np. w ramach stosunku pracy – *vide* art. 3 K.p.).

Zamawiający zwrócił uwagę na materialnoprawną konstrukcję zakładającą jednolitość Skarbu Państwa jako osoby prawnej, która na płaszczyźnie właściwej reprezentacji przewidzianej w art. 67 § 2 K.p.c. wywiera ten skutek, że niezależnie od wielości wskazanych przez stronę państwowych jednostek organizacyjnych lub organów, z których działalnością wiąże się dochodzone roszczenie, stroną pozwaną zawsze jest Skarb Państwa, a nie wskazane jednostki. W związku z powyższym na zasadzie przepisu art. 185 ust. 7 Pzp w zw. z art. 13 § 2 i art. 67 § 2 K.p.c., jako Zamawiającego w odwołaniu należało oznaczyć „Skarb Państwa – Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Świerczyna”.

Zamawiający stwierdził, że opisane uchybienie nie jest brakiem formalnym, a brak legitymacji po stronie pozwanej skutkuje odrzuceniem odwołania z dwóch przyczyn:

1. na podstawie przepisu art. 185 ust. 7 Pzp w zw. z art. 13 § 2 i art. 199 § 1 pkt 3

K.p.c. (*mutatis mutandis*) Izba odrzuci odwołanie jeżeli jedna ze stron nie ma zdolności sądowej,

2. na podstawie przepisu art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp w przypadku następnej zmiany oznaczenia Zamawiającego na prawidłową, ponieważ prawidłowe określenie Zamawiającego po 9 stycznia 2017 r. powoduje, że wniesienie odwołania należy datować od tego właśnie dnia; z daleko posuniętej ostrożności procesowej Zamawiający wskazał, że istotą takiego sprostowania byłaby w rzeczywistości zmiana podmiotowa, a z tego względu Izba nie może dokonać samodzielnego sprostowania oznaczenia Zamawiającego.

Zamawiający podkreślił, że Odwołujący w pełni świadomie oznaczył Zamawiającego inaczej, aniżeli stanowi SIWZ, która w pkt 1 (nazwa i adres Zamawiającego) informuje, że Zamawiającym jest Skarb Państwa – Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Świerczyna. Zaznaczył, że Odwołujący jest podmiotem profesjonalnym, od którego wymaga się większej (niż np. od konsumenta) staranności w działaniu. Z tej też przyczyny należy ocenić, że błędne oznaczenie Zamawiającego w odwołaniu było w pełni świadome i zamierzone. Zamawiający sformułował przypuszczenie, że Odwołujący również tu stwierdził błąd w treści SIWZ i stąd wynika samowolna zmiana przyjętej nomenklatury.

Zamawiający stwierdził ponadto, że nie stanowią *numerus clausus* przesłanki odrzucenia odwołania wskazane w przepisie art. 189 ust. 2 Pzp. Jakkolwiek stanowią one *lex specialis* w stosunku do przepisów K.p.c., to jednak w zakresie nieuregulowanym w Pzp stosuje się przepisy kodeksowe o procesie (na podstawie przepisu art. 185 ust. 7 Pzp w zw. z art. 13 § 2 K.p.c.). Jako, że Pzp milczy na temat zdolności procesowej (sądowej) stron postępowania i skutków jej braku, to należy stosować odpowiednie przepisy K.p.c.

Zamawiający zwrócił również uwagę na oznaczenie Odwołującego oraz przyjęte zasady reprezentacji. Podkreślił, że na pierwszy rzut oka widać, że Odwołującym ma być konsorcjum, którego stronami nie są osoby prawne. Niemniej jednak Odwołujący oznaczył uczestników konsorcjum ich firmą. Takie działanie jest nieprawidłowe i powinno ulec sprostowaniu przed przystąpieniem do dalszego procedowania. Przede wszystkim konsorcjantami są osoby fizyczne, które prowadzą działalność gospodarczą pod firmą, a nie same firmy. Wobec powyższego Zamawiający w *petitum* dokonał sprostowania formuły przyjętej przez Odwołującego i prawidłowo oznaczył Odwołującego.

Zamawiający dodał, że do odwołania nie dołączono żadnego umocowania dla D.G., które umocowuje go do działania w postępowaniu odwoławczym w imieniu współkonsorcjantów. Odwołujący jest również oznaczony w dwóch miejscach – w jednym jest to sam D.G., a na samej górze pierwszej strony odwołania jest to konsorcjum. Zamawiający zauważył, że tylko w tym pierwszym przypadku Odwołujący został oznaczony zgodnie z brzmieniem § 4 ust. 1 pkt 1 Rozporządzenia. Przepis ten wymaga aby podać imię, nazwisko lub nazwę (firmę), miejsce zamieszkania lub siedzibę, numer telefonu lub faksu oraz adres poczty elektronicznej odwołującego oraz imię i nazwisko przedstawiciela. Z uwagi na fakt, że prawidłowo został oznaczony jedynie D.G., a do odwołania nie został dołączony żaden dokument stwierdzający jego umocowanie do działania w imieniu współkonsorcjantów (a tym bardziej, że nie została uiszczona opłata skarbową od każdego z tych pełnomocnictw), należy domniemywać, że jedyną osobą zainteresowaną wniesieniem odwołania był lider konsorcjum – D.G. Wobec tego Zamawiający oświadczył, że kwestionuje jakoby D.G. miał interes prawny w samodzielnym występowaniu z odwołaniem. Uczestniczenie po stronie Odwołującego wyłącznie D.G. jest sprzeczne z zasadami procesu cywilnego, które mają tutaj zastosowanie, ponieważ niedopuszczalne jest korzystanie ze środków ochrony prawnej przez pojedynczych członków konsorcjum. Jako, że na podstawie przepisu art. 185 ust. 7 Pzp w zw. z art. 13 § 2 K.p.c. w niniejszej sprawie zastosowanie znajdują również przepisy o tzw. prekluzji procesowej – wszelkie twierdzenia przeciwnie Odwołującego jako spóźnione winny zostać pominięte przez Izbę.

Odnosząc się do zarzutów odwołania Zamawiający zwrócił uwagę, że mimo ogólnego sformułowania zarzutu naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 Pzp Odwołujący nie wskazuje w jaki sposób Zamawiający rzekomo naruszył dyspozycję tego przepisu. Podkreślił, że wszystkich wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia dotyczyły dokładnie takie same reguły, które określała (ta sama dla wszystkich) SIWZ, a Odwołujący nie kwestionował w żaden sposób tych okoliczności. W ocenie Zamawiającego nie stanowi naruszenia przepisu art 7 ust. 1 Pzp kwestia związana z brakiem skorzystania z możliwości (a nie obowiązków) przewidzianych przez ustawodawcę w przepisach Pzp.

Odnosząc się do art. 7 ust. 1 Pzp nie sposób pominąć zasady przejrzystości, zgodnie z którą postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zawiera jasne reguły i istnieją środki do weryfikacji prawidłowości ich stosowania, a Zamawiający podejmuje przewidywalne decyzje na podstawie częściowej ustalonych kryteriów, które zapewniają zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Wszystkie wymagania stawiane przez ustawodawcę w przepisie art. 7 ust. 1 Pzp zostały spełnione. Odwołujący formułując uzasadnienie odwołania nie zakwestionował stosowania przez Zamawiającego którejkolwiek z przesłanek opisanych w przepisie art. 7 ust. 1 Pzp, wobec czego zarzut ten jest całkowicie nieuzasadniony i jako taki nie może zostać uznany za oparty na obiektywnym stanie faktycznym towarzyszącym Postępowaniu.

Zamawiający stwierdził, że na wstępie odwołania znajduje się szeroka, acz nieprawidłowa argumentacja Odwołującego odnosząca się do podstawy odrzucenia złożonej przez niego oferty. Podał, że nieprawdą jest, że w piśmie informującym o odrzuceniu przedmiotowej oferty z dnia 29 grudnia 2016 r. ograniczył się jedynie do

stwierdzenia, że oferty dla pakietów I, II, III, IV i V odrzucono ponieważ „w ofercie załączono błędny formularz »OFERTA«”. Zdanie to nie jest prawdziwe przede wszystkim z tej przyczyny, że wyrwano je z kontekstu, a całość informacji zawarta w przedmiotowym piśmie prezentowała się następująco:

„Odrzucono ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 (jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3). W ofercie załączono błędny formularz »OFERTA«”.

Odwolujący otrzymał jednoznaczną informację o przyczynie odrzucenia polegającej na tym, że treść oferty nie odpowiada treści SIWZ. Zdanie drugie przedmiotowej informacji nabiera więc (jako kontynuacja informacji przekazanej w zdaniu pierwszym) całkowicie odmiennego znaczenia, niż znaczenie prezentowane przez Odwołującego. Przede wszystkim to właśnie z pierwszego zdania wynika, że ocenie podlegała treść oferty zawarta w formularzu „OFERTA”, a nie jej forma.

Zamawiający stwierdził, że różnica treści zawartych w formularzach złożonym przez Odwołującego oraz formularzu wymaganym dla części zamówienia, na które Odwołujący złożył ofertę jest na tyle znacząca, że nie pozwalała przyjąć takiej oferty. Owa niezgodność treści polegała na tym, że Odwołujący złożył oświadczenia o samodzielności wykonywania czynności z zakresu prac w przechowalni i wyluszczeni nasion oraz plantacjach nasiennych, podczas gdy przedmiotem zamówienia były czynności z zakresu hodowli lasu – w zakresie czyszczeń wczesnych (CW) oraz czyszczeń późnych (CP). Z żadnego elementu oferty nie wynika oświadczenie Odwołującego dotyczące samodzielności wykonywania czynności w zakresie czyszczeń. Brak złożenia oświadczenia o tej treści, jako jednego z podstawowych

w procesie udzielania zamówienia, nie pozwala na przyjęcie oferty, chociażby z uwagi na brak możliwości porównania tej oferty z ofertami innych wykonawców, którzy złożyli je w sposób prawidłowy. W związku z tym, że takie oświadczenie (wymagane przez Zamawiającego zgodnie z treścią SIWZ) nie zostało przez Odwołującego złożone należało odrzucić ofertę na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Tego faktu nie kwestionuje również Odwołujący, który stworzył jedynie teorię dotyczącą rzekomego analizowania przez Zamawiającego formy, a nie treści dokumentów złożonych przez niego w Postępowaniu. Zdaniem Zamawiającego Odwołujący ma pełną świadomość złożenia nieprawidłowego oświadczenia (niezgodnego z treścią SIWZ) i tego nie kwestionuje.

Odnosząc się do kwestii wykładni oświadczeń woli Zamawiający wskazał, że tekst dokumentu i językowe reguły znaczeniowe stanowią podstawę wykładni oświadczeń w nim zawartych. Jeśli złożone oświadczenia są niejasne, to sięgnąć należy do okoliczności towarzyszących ich złożeniu, a w odniesieniu do woli stron, ich zamiarów i celów, które stwierdzone być mogą pozadokumentowymi środkami dowodowymi. Jeśli wykonawca składając ofertę złożył oświadczenie woli, które nijak się ma do opisu przedmiotu zamówienia, ale jest jasne, a jego treść nie rodzi wątpliwości, to nie można dokonać wykładni odwrotnej i z korzyścią dla takiego wykonawcy zakładać jego „dobrej woli przy składaniu oferty”. W ten sposób właśnie mogłoby dojść do naruszenia przepisu art. 7 Pzp przez traktowanie wykonawców niedbałych, składających oświadczenia całkowicie odbiegające od opisu przedmiotu zamówienia, na równi z tymi, którzy złożyli oferty odpowiadające treści SIWZ.

Niezależnie od intencji Odwołującego, nie sposób przyjąć oferty zawierającej oświadczenia dotyczące jednego rodzaju prac, podczas gdy opis przedmiotu zamówienia dotyczy prac całkowicie odmiennych.

Zamawiający zauważył, że Odwołujący nie zarzucił naruszenia przepisu art. 65 K.c. w zw. z art. 14 Pzp, a cała eksplika uzasadnienia dotycząca wykładni oświadczeń woli ma się nijak do uchybień wskazanych przez Odwołującego w *petitum* odwołania.

Odwolujący dokonał również niewłaściwej interpretacji przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Odmawia on zamawiającemu prawa do składania oświadczeń woli za wykonawcę. Oświadczenie woli w zakresie samodzielności wykonania prac z zakresu hodowli lasu polegających na wykonywaniu prac z zakresu czyszczeń wczesnych lub czyszczeń późnych zawiera dwa istotne dla oferty elementy:

- 1.oświadczenie o samodzielności wykonania określonych prac,
- 2.oświadczenie o gotowości wykonawcy do wykonania tych prac.

Niewątpliwie jest to więc istotna zmiana treści oferty wyłączająca możliwość zastosowania przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Zamawiający zwrócił uwagę, że Odwołujący formułując zarzuty odwołania nie wskazał wśród nich naruszenia ww. przepisu, co również powoduje, że uzasadnienie odbiega od sformułowanych przez Odwołującego uchybień, jakich rzekomo dopuścił się Zamawiający. Wśród zarzutów próżno szukać również art. 87 ust. 1 Pzp.

W dalszej części uzasadnienia Odwołujący odnosi się do zarzutów wskazanych w treści *petitum* odwołania.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu brak skorzystania z możliwości uznania, że „wykonawca nie posiada wymaganych zdolności, jeśli zaangażowanie zasobów technicznych lub zawodowych wykonawcy w inne przedsięwzięcia gospodarcze wykonawcy może mieć negatywny wpływ na realizację zamówienia”. Ustawodawca przewidział w tym zakresie swobodę zamawiającego. Użycie wyrażenia „może” nie powoduje konieczności skorzystania z rozwiązania, o którym mowa w przepisie art. 22d ust. 2 Pzp. Odpowiednie środki dyscyplinujące wykonawcę przewidziane zostały we wzorze umowy stanowiącym załącznik i integralną część SIWZ. Zgodnie z umową wszelkie ujemne skutki nieprawidłowego wykonywania umowy są obwarowane karami umownymi, które obliczono w taki sposób, aby gwarantować prawidłowe wykonanie zamówienia w terminie lub też odpowiednio zdyscyplinować wykonawcę. Rozwiązania umowne zapewniając bezpieczeństwo ekonomiczne Zamawiającego powodują że korzystanie z możliwości przewidzianej w art. 22d ust. 2 Pzp mogłoby zostać potraktowane jako nadmierna ostrożność. Z uwagi na fakt, że ustawodawca uzależnił skorzystanie z dyspozycji tego przepisu od woli Zamawiającego, a w treści SIWZ nie przewidziano, że Zamawiający będzie korzystał z tej możliwości, to zarzut naruszenia przepisu art. 22d ust. 2 Pzp jest chybiony.

Zamawiający zasygnalizował, że nie zastrzegł w SIWZ, że sprzęt wykazywany przez wykonawców ma służyć wyłącznie do prac będących przedmiotem zamówienia. Brak takiego zastrzeżenia powoduje, że nie można czynić wykonawcy zarzutu zamierzonego działania lub niedbalstwa wprowadzającego Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji. Z tej też przyczyny wykluczone jest zastosowanie przepisu art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp w celu wykluczenia takiego wykonawcy.

Nie można również twierdzić, że taki wykonawca nie wykazał spełniania warunków udziału w Postępowaniu. Zamawiający wymagał wszak jedynie dysponowania tego rodzaju sprzętem. Organizacja pracy przy wykorzystaniu maszyn w taki sposób, aby zamówienie zostało wykonane, należy do wykonawcy. W przypadku braku możliwości prawidłowego wykonania powierzonych prac zastosowanie znajdują środki dyscyplinujące wskazane w umowie.

Ostatnim spośród przepisów, co do których Odwołujący sformułował zarzut w *petitum* odwołania jest przepis art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp. Przepis ten mówi, że Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Odwołujący nie wskazał jednak, o którego wykonawcę chodzi, a w kontekście powyższych ustaleń należy wskazać, że w stosunku do wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza nie zaszły okoliczności powodujące wykluczenie go z Postępowania.

Zamawiający stwierdził, że pomimo pewnych nieścisłości w nazwach plików umieszczonych na jego stronie internetowej każdy plik (w tym każdy formularz) w nagłówku zawiera informację o tym do jakiej części zamówienia się odnosi. Nadto, w przypadku powzięcia wątpliwości przez Odwołującego, mógł on skierować do Zamawiającego pytanie w tym zakresie z prośbą o wyjaśnienie, który plik należy złożyć w postępowaniu objętym zamiarem ofertowania.

Zamawiający zaznaczył, że zgodnie z treścią przepisu art. 192 ust. 7 Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Jako że Odwołujący wskazał naruszone przepisy *in principio* odwołania, to Izba ustosunkowując się do treści żądania sformułowanego w odwołaniu powinna wziąć pod uwagę jedynie te przepisy, z których uczyniono Zamawiającemu zarzut naruszenia Pzp. Zamawiający zwrócił uwagę, że w tym zakresie posłużenie się w uzasadnieniu odwołania innymi przepisami (np. art. 87 ust. 2 pkt 3 lub 89 ust. 1 pkt 2 Pzp) bez wyraźnego wskazania ich naruszenia przez Zamawiającego nie jest zarzutem i nie powoduje automatycznej możliwości „stworzenia” zarzutu naruszenia tego przepisu przez organ orzekający.

Na rozprawie strony podtrzymały przedstawioną powyżej argumentację wnosząc jak dotychczas.

Odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z treści dwóch wykazów urządzeń technicznych złożonych przez wykonawców W.S. i Cz.B. w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez zamawiającego

–Skarb Państwa – Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe – Nadleśnictwo Krzyż

–na okoliczność polegania przez Konsorcjum na zasobach zaangażowanych w inne przedsięwzięcia gospodarcze.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy omówiony w dalszej części uzasadnienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron zawarte w przytoczonych powyżej pismach procesowych, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.

Skład orzekający stwierdził, że Odwołujący jest legitymowany, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 Pzp, do wniesienia odwołania.

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania.

W zakresie pierwszej ze wskazanych przez Zamawiającego okoliczności (nieprawidłowe oznaczenie

Zamawiającego), przedstawionej w odwołaniu koncepcji dotyczącej konieczności zastosowania przepisu art. 199 § 1 pkt 3 Pzp (na podstawie odesłania zawartego w art. 185 ust. 7 Pzp w zw. z art. 13 § 2 K.p.c.) należy przeciwstawić, biorąc pod uwagę okoliczności przedmiotowej sprawy, wniosek płynący z art. 187 ust. 3 zd. drugie Pzp, zgodnie z którym brakiem możliwości nadania odwołaniu biegu i jego rozpoznania przez Izbę (a tym bardziej odrzucenia takiego środka ochrony prawnej) nie są objęte sytuacje kwalifikowane jako oczywiste niedokładności, z którą w przedmiotowej sprawie, w odniesieniu do oznaczenia Zamawiającego, mamy do czynienia. Na marginesie skład orzekający zauważa, że także Zamawiający w korespondencji przesyłanej wykonawcom nie posługuje się swoją pełną nazwą, której brak wskazania w odwołaniu miałby przesądzać o konieczności jego odrzucenia.

W odniesieniu do drugiej z okoliczności mających stanowić podstawę odrzucenia odwołania (brak umocowania D.G. do działania w imieniu i na rzecz pozostałych wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia oraz błędne oznaczenie Odwołującego) skład orzekający wskazuje, że w braku pełnomocnictwa do działania w imieniu i na rzecz odwołującego się konsorcjum D.G. wezwany został przez Prezesa Izby, na podstawie art. 187 ust. 3 Pzp, pismem z dnia 11 stycznia 2017 r., do uzupełnienia braków formalnych w postaci dokumentu pełnomocnictwa.

W wykonaniu ww. wezwania D.G. przedstawił umowę konsorcjum z dnia 1 grudnia 2016 r., z której wynika jego umocowanie do działania w imieniu i na rzecz wszystkich jego członków (zob. § 4 ust. 1. ww. umowy).

Nie jest również tak, jakoby wniesieniem odwołania zainteresowany był tylko D.G., o czym świadczyć miałyby określenie go mianem Odwołującego w nagłówku odwołania (str. 1). Uszło uwadze Zamawiającego, że – po pierwsze – wspomnianemu oznaczeniu towarzyszy wzmianka, że D.G. jest liderem konsorcjum, po drugie zaś – że właściwe oznaczenie Odwołującego, korespondujące zarówno z powyższym stwierdzeniem, jak i z treścią umowy konsorcjum z dnia 1 grudnia 2016 r., znajduje się w lewym górnym rogu str. 1 odwołania.

Mając na względzie powyższe Izba uznała, że odwołanie podlega rozpoznaniu na rozprawie.

W konsekwencji Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z treści SIWZ wraz z załącznikami, ofert Odwołującego na części 1-5 zamówienia, ofert Konsorcjum na części II, IV i V zamówienia, zawiadomienia o odrzuceniu oferty Odwołującego i o wyborze ofert najkorzystniejszych (pisma Zamawiającego z dnia 29 grudnia 2016 r.), dokumentu załączonego do odwołania (formularz JEDZ wykonawcy W.S. złożony w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – Skarb Państwa – Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe – Nadleśnictwo Człopa) i dokumentów złożonych przez Odwołującego na rozprawie. Na ich podstawie skład orzekający doszedł do przekonania, że stan faktyczny nie jest przedmiotem zawisłego przed Izbą sporu i nie wymaga odrębnego omówienia ponad te okoliczności, które zostały przytoczone powyżej.

Rozpoznając sprawę w ... granicach podniesionych zarzutów Izba stwierdziła, że odwołanie należało oddalić.

Na wstępie skład orzekający podkreśla, że nie podziela stanowiska Zamawiającego w kwestii zaniechania sformułowania w odwołaniu zarzutów naruszenia przepisów art. 87 ust. 2 pkt 3 i art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Zdaniem Izby sprowadzało się ono w istocie do kwestionowania możliwości sformułowania zarzutu odwołania w miejscu innym niż jego *petitum*, podczas gdy ani z przepisu art. 180 ust. 3 Pzp, ani z § 4 ust. 1 pkt 6 Rozporządzenia zakaz taki nie wynika. Istotą zarzutu jest bowiem przytoczenie przepisu prawa i okoliczności faktycznych mających uzasadniać jego naruszenie, nie zaś jego wyartykułowanie w określonej części pisma procesowego. Lektura odwołania prowadzi do wniosku, że Odwołujący kwestionuje m.in. odrzucenie jego ofert jako rzekomo niezgodnych z SIWZ wskazując, że Zamawiający w rzeczywistości nie oceniał treści ofert, a ich formę oraz podnosząc, że ujawnione niezgodności ofert z SIWZ mogły być zakwalifikowane i poprawione jako inne omyłki z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Ergo, Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez jego niewłaściwe zastosowanie i art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp przez jego niezastosowanie, co doprowadziło ostatecznie do odrzucenia jego ofert. Zrekonstruowane w ten sposób zarzuty podlegały rozpoznaniu obok innych zarzutów sformułowanych w *petitum* odwołania.

Nie potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp i art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Odwołujący pozostawał w błędnym przekonaniu, jakoby wyłączną przyczyną odrzucenia jego ofert było ich złożenie na niewłaściwym formularzu (oferty na części I-V złożone zostały na formularzu przeznaczonym dla części 6 zamówienia). W rzeczywistości – wobec różnic w opisach przedmiotu zamówienia dla części I-V i części VI – doszło do takiego zniekształcenia oświadczenia woli Odwołującego, którego poprawienie wymagałoby naruszenia ograniczenia wynikającego z drugiego z przywołanych przepisów. *Ad casum* zakres niezgodności treści oferty z SIWZ dotyczył istotnych elementów jej treści, a związanych nie tylko ze sposobem realizacji zamówienia (zarówno w aspekcie form zatrudnienia osób wykonujących daną część zamówienia, jak i osobistego wykonania ich) i podlegających również ocenie w pozacenowych kryteriach oceny ofert.

W kontekście prowadzonych rozważań nie można pominąć okoliczności, że błędne wskazanie rodzajów czynności objętych deklaracjami z pkt 9 i 10 formularzy ofert składanych na części I-V zamówienia uniemożliwiało, zdaniem składu orzekającego, dokonanie oceny w kryteriach pozacenowych zgodnie z zasadami określonymi w pkt 14.2 SIWZ. Zamawiający przewidział w nich bowiem alternatywę w postaci przyznania, bądź nieprzyznania punktów w tych kryteriach, ograniczającą się wyłącznie do sytuacji, odpowiednio, złożenia, bądź niezłożenia deklaracji dotyczących czynności stanowiących przedmiot zamówienia w danej części. Nie została natomiast przewidziana okoliczność zadeklarowania wykonywania czynności innych niż objęte daną częścią zamówienia, a z taką właśnie sytuacją mamy do czynienia w odniesieniu do ofert Odwołującego. Nie mogło się zatem ostać stanowisko Odwołującego, w świetle którego jedyną ewentualną konsekwencją popełnienia omyłek, które stanowiły podstawę odrzucenia ofert, mogłoby być nieprzyznanie im punktów w kryteriach pozacenowych.

Nie można było przy tym, zgodnie z oczekiwaniem Odwołującego, odstąpić od literalnej wykładni oświadczenia woli, skupiając się wyłącznie na intencjach towarzyszących złożeniu ofert w Postępowaniu. Skład orzekający uznał za trafną w tym zakresie argumentację Zamawiającego, zgodnie z którą w sytuacji złożenia oświadczenia woli, którego treść nie budzi wątpliwości nie ma potrzeby sięgania do okoliczności towarzyszących jego złożeniu tylko z tej przyczyny, że nie przystaje ona do oczekiwań Zamawiającego.

Okolicznością, która nie miała znaczenia dla rozstrzygnięcia o omawianych zarzutach był eksponowany przez Odwołującego brak spójności i należytej staranności w kwestii oznaczania załączników do SIWZ. Abstrahując od okoliczności, że każdy dokument (w tym formularz) należy oceniać nie po jego nazwie, a treści, to Zamawiający nie kwestionował omyłkowego charakteru ujawnionych niezgodności ofert Odwołującego z treścią SIWZ, a możliwość ich poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Podsumowując, Izba uznała poprawienie ofert zgodnie z intencją Odwołującego za niedopuszczalne, jako wywołujące istotne zmiany w ich treści. Tym samym Zamawiający prawidłowo odrzucił oferty Odwołującego, nie dopuszczając się naruszenia przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 i art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Jakkolwiek omówione powyżej zarzuty nie zostały uwzględnione wypada jednak wskazać Zamawiającemu, że uzasadnienie odrzucenia ofert Odwołującego powinno zawierać bardziej rozbudowaną argumentację, jako że posłużenie się wyłącznie

stwierdzeniem, że oferty podlegają odrzuceniu jako niezgodne z SIWZ z uwagi na załączenie błędnego formularza oferty nie stanowiło podania kompletnej przyczyny podjęcia przez Zamawiającego zaskarżonych odwołań decyzji.

Nie potwierdził się również zarzut naruszenia przepisu art. 22a ust. 2 i 3, art. 22d ust.

2 i art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp polegający na zaniechaniu wykluczenia Konsorcjum z Postępowania z uwagi na brak wykazania spełniania warunków udziału w Postępowaniu wyrażający się poleganiem na zdolności technicznej (zasobie, tu – ciągniku marki Ursus 1614 o nr rej. PCT 58M8) innego podmiotu, który to zasób – z uwagi na zaangażowanie go w inne przedsięwzięcia gospodarcze – nie został udostępniony realnie, a nadto sytuacja ta może mieć negatywny wpływ na realizację zamówienia.

Przed wszystkim Izba stwierdziła, że z samego faktu zaangażowania zasobu przeznaczonego do realizacji zamówienia w inne przedsięwzięcia gospodarcze nie można wywodzić, że wywrze to negatywny skutek na jego wykonanie. Ustawodawca dopuszcza takie sytuacje, czego dowodem jest przepis art. 22d ust. 2 Pzp, przyznając jednocześnie zamawiającemu możliwość wyeliminowania wykonawcy z postępowania w opisanej powyżej sytuacji. Realizacja tego uprawnienia uzależniona jest jednak od stwierdzenia przesłanki określonej jako możliwość wywarcia negatywnego wpływu na realizację zamówienia. Jeżeli zamawiający nie dojdzie do takiego wniosku, nie będzie miał podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisu art. 22d ust. 2 Pzp.

Ad casum rolę Odwołującego, jako stawiającego zarzut oparty m.in. na ww. przepisie, było wskazanie na takie okoliczności dotyczące spornego zasobu, które aktualizowałyby przesłankę z art. 22d ust. 2 *in fine* Pzp. Odwołujący ograniczył się jednak wyłącznie do wskazania innych zamówień, w wykonanie których zasób m a zostać zaangażowany (przy czym bezsporne jest tylko wykorzystanie pojazdu dodatkowo w Nadleśnictwie Człopa, bowiem przedstawione przez Odwołującego na rozprawie dokumenty określały jedynie markę i model ciągnika, bez wskazania na cechy identyfikujące konkretny egzemplarz, jak chociażby nr rejestracyjny), czego nie można uznać za niewystarczające.

W zakresie zarzuconego Zamawiającemu naruszenia art. 22a ust. 2 i 3 Pzp w uzasadnieniu odwołania nie sposób doszukać się argumentów przemawiających za stwierdzeniem okoliczności, o których mowa w ww.

przepisach. Przyjmując nawet założenie, że sytuacja opisana w art. 22d ust. 2 Pzp jest przejawem pozorności w udostępnieniu zasobu (co nie stanowi uzasadnienia dla zarzutu naruszenia art. 22 ust. 3 Pzp, odnoszącego się – w płaszczyźnie zasobów – nie do realności ich udostępnienia, a do ich zdatności do wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu), to – jak wspomniano

–samo jej wystąpienie nie oznacza jeszcze konieczności wykluczenia wykonawcy z powodu braku realności udostępnienia mu zasobu.

Następstwem powyższych ustaleń musiało być stwierdzenie o braku naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp.

Nie mogły się również ostać pozbawione szerszego uzasadnienia zarzuty naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp. Odwołujący – poza przytoczeniem poglądów doktryny dotyczących zakresu zastosowania wspomnianych przepisów – nie przedstawił argumentów przemawiających za koniecznością wykluczenia Konsorcjum na jednej ze wskazywanych podstaw. Ze względów omówionych powyżej nie było wystarczające powołanie się na zasób, który ma być również wykorzystany przy realizacji innych zamówień publicznych, a tylko na taką okoliczność wskazał Odwołujący uzasadniając naganne działania konkurenta.

W konsekwencji nie mógł być również uwzględniony zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp, jako że w przedmiotowej sprawie nie doszło do zrealizowania przesłanek objętych tym przepisem.

Mając na uwadze powyższe orzeczono, jak w pkt 1 sentencji wyroku.

O kosztach postępowania odwoławczego (pkt 2 sentencji wyroku) orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy

§ 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. a i b 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.2010.41.238).

Przewodniczący:.....