

Sygn. akt KIO/UZP 155 /09

**WYROK**  
z dnia 24 lutego 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący:** Ewa Jankowska

**Członkowie:** Marek Koleśnikow  
Sylwester Kuchnio

**Protokolant:** Jadwiga Ząbek

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **20 lutego 2009 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Wojciecha Gawła „WGB” Firma Usługowo-Handlowa Wojciech Gaweł ul. Obrońców Węgierskiej Górki 20A, 34-350 Węgierska Górka** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Państwowe Gospodarstwo Leśne - Lasy Państwowe - Nadleśnictwo Węgierska Górka ul. Zielona 62, 34-350 Węgierska Górka** protestu z dnia **23 stycznia 2008 r.**

przy udziale XXX zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego się oraz XXX - po stronie zamawiającego\*.

**orzeka:**

**1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienie wykluczenia Wojciecha Gawła – „WGB” Firma Usługowo-Handlowa Wojciech Gaweł, 34-350 Węgierska Górka, ul. Obrońców Węgierskiej Górki 20A z postępowania o udzielenie zamówienia i dokonanie ponownej oceny ofert**

**2. Kosztami postępowania obciąża Państwowe Gospodarstwo Leśne - Lasy Państwowe - Nadleśnictwo Węgierska Górka ul. Zielona 62, 34-350 Węgierska Górka i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Wojciecha Gawła „WGB” Firma Usługowo-Handlowa Wojciech Gaweł ul. Obrońców Węgierskiej Górki 20A, 34-350 Węgierska Górka;**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **8 422 zł 00 gr** (słownie: osiem tysięcy czterysta dwadzieścia dwa złote zero groszy) przez **Państwowe Gospodarstwo Leśne - Lasy Państwowe - Nadleśnictwo Węgierska Górka ul. Zielona 62, 34-350 Węgierska Górka** na rzecz **Wojciecha Gawła „WGB” Firma Usługowo-Handlowa Wojciech Gaweł ul. Obrońców Węgierskiej Górki 20A, 34-350 Węgierska Górka** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na posiedzenie;
- 3) dokonać wpłaty kwoty **XXX** (słownie: **XXX**) przez **XXX** na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;
- 4) dokonać zwrotu kwoty **10 426 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Wojciecha Gawła „WGB” Firma Usługowo-Handlowa Wojciech Gaweł ul. Obrońców Węgierskiej Górki 20A, 34-350 Węgierska Górka.**

## **Uzasadnienie**

Zamawiający –Państwowe Gospodarstwo Leśne – Lasy Państwowe – Nadleśnictwo Węgierska Górka, ul. Zielona 62, 34-350 Węgierska Górka – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem są prace z zakresu zagospodarowania, hodowli, ochrony lasu, pozyskania i zrywki na 2009 rok.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 roku Nr 223, poz. 1655 oraz z 2008 roku Nr 171 poz. 1058), zwanej dalej „ustawą – Pzp”.

Ogłoszenie o wszczęciu postępowania opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2008/S 208-276439.

Pismem z dnia 23 stycznia 2009 roku złożonym do Zamawiającego w dniu 23 stycznia 2009 roku Pan Wojciech Gawęł, prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „WGB” Firma Usługowo – Handlowa Wojciech Gawęł, ul. Obrońców Węgierskiej Górki 20A, 34-350 Węgierska Górka, zwany dalej „Odwołującym” złożył protest do na czynność Zamawiającego, polegającą na wykluczeniu go z postępowania w zakresie części nr 3 przedmiotu zamówienia, tj. leśnictwa Boracza, o której powziął wiadomość w dniu 13 stycznia 2009 roku.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

- a) naruszenie art. 181 ust. 1 pkt 3, ust. 2 i ust. 5 ustawy – Prawo zamówień publicznych poprzez dokonanie zaskarżonych niniejszym protestem czynności przed rozpoznaniem odwołania Odwołującego złożonym do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w Warszawie od rozstrzygnięcia z dnia 29 grudnia 2008 roku protestu z dnia 22 grudnia 2008 roku, pomimo że zarzuty podniesione w odwołaniu mają istotny wpływ na dalsze czynności Zamawiającego
- b) naruszenie art. 24 ust. 1 pkt. 10 oraz ust. 3 i 4 w związku z art. 22 ust. 1 pkt 1 i 2 oraz art. 36 ust. 1 pkt 5 ustawy - Pzp poprzez nie uznanie złożonych stosownie do zapisów określonych w SIWZ dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu,

- c) naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy - Pzp w zw. z art. 6 kc, polegające na niewykazaniu przesłanek uzasadniających wykluczenie protestującego z postępowania oraz
- d) naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy – Pzp przez przeprowadzenie postępowania w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję oraz równe traktowanie wykonawców,
- e) naruszenie art. 22 ust. 1 ustawy - Pzp przez redakcję warunków udziału w postępowaniu w sposób sprzeczny z art. 22 ust. 1 ustawy,
- f) naruszenie art. 22 ust. 2 ustawy – Pzp przez określenie warunków udziału w postępowaniu w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję.
- g) naruszenie art. 92 ust. 1 pkt 1 ustawy – Pzp poprzez niedokonanie uzasadnienia wyboru oferty uznanej za najkorzystniejszą i nie streszczenie jej oceny.

Odwołujący wniósł o:

1. Unieważnienie czynności polegającej na wykluczeniu Odwołującego z postępowania przetargowego w zakresie części 3 Zamówienia,
  2. Powtórzenie czynności badania i oceny ofert w zakresie części 3 Zamówienia,
  3. Dokonanie ponownego wyboru wykonawcy stosownie do kryteriów określonych w SIWZ z uwzględnieniem oferty Odwołującego w zakresie części 3 Zamówienia,
- lub ewentualnie o:
4. unieważnienie postępowania w trybie art. 93 ust. 1 pkt. 7 w wyniku rozpatrzenia przez zamawiającego, czy brak jednoznacznych i szczegółowych zapisów w SIWZ stosownie do art. 36 ust. 1 pkt. 5 ustawy – Pzp nie stanowi wady uniemożliwiającej zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W uzasadnieniu protestu Odwołujący podniósł, iż w dniu 13 stycznia 2009 r. został poinformowany, iż został wykluczony z postępowania przetargowego na usługi z zakresu gospodarki leśnej w Nadleśnictwie Węgierska Górką w 2009 r. w części 3 z powodu nie spełnienia warunków udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, w zw. z art. 22 ust. 1, pkt 1 i 2, a nadto o wyborze jako najkorzystniejszej oferty firmy „DRWAL” s.c. Kupczak Adam, Bednarz Marian, Maślanka Tomasz, 34-350 Węgierska Górką, Żabnica, ul. Cicha 15.

Odwołujący podniósł, że ma interes prawny we wniesieniu protestu, ponieważ w przypadku nie wykluczenia go z postępowania dla części 3 – leśnictwa Boracza, jego oferta – stosownie do kryteriów określonych w SIWZ – uznana zostanie za najkorzystniejszą

W ocenie Odwołującego pismo z dnia 12 stycznia 2009 r. informujące o wykluczeniu wykonawcy z postępowania przetargowego nie spełnia przesłanek art. 24 ust. 3 i 4 ustawy -

Pzp. Przepis art. 24 ust. 3 ustawy – Pzp nakazuje zawiadomić wykonawców o ich wykluczeniu z postępowania i określa, że zawiadomienie to ma obowiązkowo zawierać uzasadnienie faktyczne i prawne. W piśmie przywołana jest podstawa prawna, brak jest uzasadnienia faktycznego oraz informacji o odrzuceniu oferty wykonawcy wykluczonego. W piśmie wymieniono co prawda dokumenty określone w punkcie 9 ppkt 1,2 i 4 SIWZ, jednak zamawiający nie wskazał, jakie zastrzeżenia posiada w odniesieniu do tych dokumentów, których dokumentów ewentualnie brakuje, bądź które są niekompletne.

Zdaniem Odwołującego ciężar dowodu istnienia przesłanek wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy – Pzp spoczywa na Zamawiającym, stosownie do art. 6 Kodeksu cywilnego.

Odwołujący podkreślił, że Zamawiający usiłując uzasadnić wykluczenie Odwołującego, odwołał się do treści załączników nr 7 do oferty nr 21 w odniesieniu do wykazu sprzętu objętego załącznikiem nr 6 oraz Katalogu Norm Czasu Pracy dla Prac Leśnych określającego normy czasu pracy w roboczogodzinach na 1m<sup>3</sup> drewna.

Zamawiający zatem nie wprost wiąże ilość osób posiadających kwalifikacje pilarza z ilością sprzętu wymaganego dla realizacji danego zadania, jednakże w SIWZ w pkt 8.1 Zamawiający stawia warunek posiadania przez osoby, które będą wykonywać zadanie z zakresu pozyskania drewna uprawnień pilarza, jednak w całej SIWZ nie wskazuje wymagań co do ilości osób, jakimi musi dysponować Wykonawca, poprzestając na wskazaniu ilości pilarek w pkt. 8.3 SIWZ. Brak jest jakichkolwiek zasad logicznego rozumowania, które nakazują przyjąć, iż wymagana liczba sprzętu – pilarek – ma odpowiadać w stosunku 1:1 ilości osób z uprawnieniami pilarza, zwłaszcza, że jedna pilarka może być kolejno obsługiwana przez kolejnych pilarzy.

Odwołujący podniósł, iż w treści SIWZ w punkcie 8 (str. 3) Zamawiający opisał warunki udziału w postępowaniu oraz sposób dokonywania oceny spełnienia tych warunków. W podpunkcie 1 Zamawiający określił, że w zakresie zadań 1 -13 osoby, które będą wykonywać zadanie z zakresu pozyskiwania drewna muszą posiadać uprawnienia pilarza. Zarówno w punkcie 8 jak i w punkcie 9 (str. 5 SIWZ), który to punkt opisuje dokumenty konieczne do przedłożenia w celu potwierdzenia spełnienia warunków wymienionych w punkcie 8, zamawiający nie określił minimalnej, wymaganej liczby pracowników posiadających uprawnienia pilarza. Mając na uwadze charakter zamówienia obejmującego wykonanie usługi sukcesywnie, na podstawie odrębnych zleceń (§ 3 punkt 3 wzoru umowy) w okresie pełnego roku kalendarzowego w treści SIWZ ani w umowie nie określono harmonogramu rzeczowo-finansowego poszczególnych zleceń. Tak więc na etapie składania ofert brak jest informacji o okresach i odpowiednich do tego wymaganiach minimalnych ilości pracowników posiadających uprawnienia pilarza, nie można więc wykluczyć, że mogą zaistnieć sytuacje, gdy tę samą pilarkę spalinową może obsługiwać kilku pracowników

posiadających oczywiście wymagane uprawnienia do jej obsługi: Nie można również wykluczyć sytuacji, że jeden pracownik może w określonym czasie (nie jednocześnie) obsługiwać kilka pilarek. Potwierdza to wynikający z SIWZ fakt, pomimo iż zamawiający określił dla poszczególnych części zamówienia minimalne wymagane ilości sprzętu (punkt 8 ppkt. 3 str. 3 i 4 SIWZ) to nie zaznaczył i nie oznacza to, że powinien każdej jednostce sprzętu przypisać przynajmniej 1 pracownika posiadającego odpowiednie uprawnienia. Pracownicy wykonujący tego typu usługi zatrudnieni w firmie "WGB" Firma Usługowo-Handlowa Wojciech Gaweł posiadają uprawnienia i przeszkolenia do pracy na różnych jednostkach sprzętowych, a wykorzystują to w zależności od potrzeby sytuacji. W treści punktu 9 ust. 4 (str. 6 SIWZ) oraz odpowiednio w załączniku nr 7 Zamawiający nie określił minimalnej ilości pracowników posiadających uprawnienia pilarza. W związku z powyższym załącznik nr 7 jest złożony stosownie do treści SIWZ, a uznanie, że wykonawca nie spełnia warunków zamówienia w tym zakresie jest bezpodstawne i nie zasadne.

Ponadto Odwołujący wskazał, iż w treści SIWZ w punkcie 8 ppkt 2 (str. 3) Zamawiający określił, iż o zamówienie mogą się ubiegać wykonawcy, którzy posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie, tj. w okresie 3 ostatnich lat wykonali co najmniej 3 zamówienia o "podobnym charakterze" w sposób należyty. Zamawiający nie zdefiniował pojęcia: "o podobnym charakterze". A pojęcie to jest odmienne od np. pojęć: tożsame, takie same, podobne lub zbliżone. Zamawiający nie określił również minimalnej wartości indywidualnej bądź łącznej wymaganych podobnych zadań. Co prawda w załączniku nr 5 (pkt 9 ppkt 2 SIWZ str. 5) żądał wykazu wykonanych usług z podaniem m.in. ich wartości, ale w załączniku tym brak było dookreślenia "o podobnym charakterze" oraz nie wskazano wartości minimalnej dla wymienionych usług jakie będzie brał pod uwagę Zamawiający w kwalifikacji wykonawcy. W związku z powyższym załącznik nr 5 jest złożony stosownie do treści SIWZ. Na tej podstawie nieprawym i nieuzasadnionym jest twierdzenie Zamawiającego, że Wykonawca nie spełnia w tym zakresie wymogów SIWZ. Zarówno w dokumentacji przetargowej, jak i w piśmie z dnia 16 grudnia 2008 r. Zamawiający nie wskazał, jaka wartość przedstawionych w załączniku nr 5 zadań "kwalifikuje" wykonawcę do udziału w postępowaniu.

W tym kontekście uzasadnienie zawarte w piśmie z dnia 13 stycznia 2009 roku nie spełnia kryteriów uzasadnienia prawnego, a uzasadnienie faktyczne sprowadza się do wskazania Kodu CPV prac objętych zamówieniem i nie popartego żadną analizą stwierdzenia, że wskazanych w załączniku nr 5 do oferty Odwołującego prac nie można – zdaniem Zamawiającego – uznać za prace o charakterze podobnym do prac zamawianych, wymienionych w SIWZ. Za takie uzasadnienie faktyczne nie może być także uznane stwierdzenie Zamawiającego, zgodnie z którym „wobec tego, zdaniem Zamawiającego, oferent nie wykazał doświadczenia wymaganego wg SIWZ”.

W ocenie Odwołującego powyższe okoliczności stanowią podstawę do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy - Pzp w związku z art. 146 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Następnie Odwołujący wskazał, iż w punkcie 8 ppkt 3 (str. 3 SIWZ) Zamawiający określił, iż o zamówienie mogą się ubiegać wykonawcy, którzy „posiadają” niezbędny potencjał techniczny i osobowy do wykonania zamówienia, tj. minimum posiadają następującą ilość narzędzi i urządzeń. Zdaniem Odwołującego zapis ten jest sprzeczny z obowiązującą treścią art. 22 ust. 1 pkt. 2 ustawy, w którym ustawodawca uprawnił do ubiegania się o udzielenie zamówienia wykonawców, którzy posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz „dysponują” potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia lub przedstawiają pisemne zobowiązanie innych podmiotów do udostępnienia potencjału technicznego i osób zdolnych do wykonania zamówienia. Zapis ten nie został oprotestowany po opublikowaniu SIWZ, gdyż Odwołujący uznał, że nie zwalnia to Zamawiającego ze znajomości prawa, w myśl znanej od czasów prawa rzymskiego zasady: "ignorantia iuris nocet". Zgodnie z przepisem art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy – Pzp nie można wymagać, aby wykonawca posiadał potencjał techniczny. W związku z tym, że art. 336 K.c. precyzyjnie definiuje w przedmiotowym zakresie wyraz posiadanie, Zamawiający nie może posługiwać się innymi definicjami. W ocenie Odwołującego postawienie warunku odbiegającego od unormowanego ustawowo w art. 22 ust. 1 pkt 1.4 ustawy - Pzp jest sprzeczne z przepisami ustawy i postępowanie obciążone takim błędem winno podlegać unieważnieniu.

Z uwagi na fakt, iż Zamawiający nie doprecyzował, jakie warunki muszą spełniać wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego, nie mógł wykluczyć Odwołującego z postępowania wobec nie spełniania przez niego tychże warunków. Zdaniem Odwołującego wykluczenie go na podstawie nie opisanych szczegółowo i jednoznacznie w SIWZ warunków udziału stanowi pogwałcenie fundamentalnej zasady równości w zamówieniach publicznych. Odwołujący podkreślił, iż zaskakującym w jego ocenie jest wykluczenie go z postępowania przetargowego. Z uzasadnienia pisma z dnia 16 grudnia 2008 r. wynika, iż wykluczenie to miało miejsce jedynie w zakresie części 3, przy jednoczesnym wyborze jego oferty za najkorzystniejszą w zakresie części nr 15. Odwołujący wskazał, iż w zakresie obu czynności przedłożył jako załączniki do oferty identyczne w treści wymagane w SIWZ dokumenty oraz wykazy zrealizowanych dotychczas zamówień, osób, za pomocą których będzie wykonywać zamówienie.

W ocenie Odwołującego Zamawiający zobowiązany jest rozważyć, czy brak opisu sposobu dokonywania oceny spełnienia warunków, co powoduje brak możliwości zweryfikowania posiadanych przez wykonawców uprawnień czy też niezbędnego do należytego wykonania zamówienia publicznego potencjału technicznego, kadrowego i finansowego oraz wiedzy i

doświadczenia, nie stanowi niezgodności z przepisami ustawy – Pzp i nie powinien stanowić przesłanki unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy – Pzp.

Odwołujący zwrócił też uwagę, iż Zamawiający dokonał zaskarżonych niniejszym protestem czynności pomimo, że Odwołujący wniósł w dniu 09.01.2009r. Do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w Warszawie odwołanie od rozstrzygnięcia z dnia 29.12.2008r. (doręczone w dniu 06.01.2009r.) protestu jaki złożył Odwołujący w dniu 22.12.2008r. Termin rozpoznania tegoż odwołania wyznaczony został na dzień 27 stycznia 2009r. , a rozstrzygnięcie to ma istotne znaczenie dla dalszych czynności Zamawiającego w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Odwołujący dla podkreślenia istotnego związku pomiędzy rozpoznaniem opisanego wyżej odwołania, a czynnościami Zamawiającego zaskarżonymi protestem podkreślił, iż w piśmie z dnia 29.12.2008 r Zamawiający poinformował, że uwzględnił protest, ale dotyczy to tylko żądania 2, które stanowi bezpośrednią konsekwencję uwzględnienia żądania 1 Odwołującego. Zamawiający nie unieważnił decyzji o wykluczeniu (żądanie 1) i nie poinformował, czy powtórzenia badania, oceny i wyboru wykonawcy dokona z udziałem oferty odwołującego (żądanie 3). Zamawiający ponadto nie zwrócił uwagi, że protest nie dotyczył "czynności badania i oceny ofert", lecz Odwołujący złożył protest wobec czynności Zamawiającego polegającej na wykluczeniu z postępowania przetargowego jego firmy: "WGB" Firma Usługowo-Handlowa Wojciech Gaweł, ul. Obrońców Węgierskiej Górki 20A, 34-350 Węgierska Górka -Pismo z dnia 16 grudnia 2008 r. (ozn. spr. 2710-25/08). W piśmie informującym o rozstrzygnięciu protestu Zamawiający po raz kolejny wskazał na nie znajomość treści ustawy Pzp lub celowo interpretował treść ustawy Pzp na niekorzyść wykonawcy. Zamawiający odniósł się do "zarzutów" wynikających z protestu, uwzględniając tylko dwa z sześciu zarzutów. Z nieznanymi wykonawcy przyczyn Zamawiający nie odniósł się do "żądań" wskazanych w proteście stosownie do art. 180 ust. 8 ustawy Pzp. Pomimo tego Zamawiający pismem z dnia 5.01.2009 r wyznaczył termin powtórzenia czynności "badania i oceny ofert oraz wyboru wykonawcy" na dzień 9.01.2009 r tj. przed ostatecznym rozstrzygnięciem protestu.

Zamawiający, zdaniem Odwołującego, a wbrew dyspozycji art. 92 ust. 1 pkt. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych nie dokonał uzasadnienia wyboru najkorzystniejszej oferty i nie dokonał jej streszczenia, w których to elementach przedstawiłby ofertę wybranego Wykonawcy, streścił jej ocenę pod kątem jej nie odrzucenia czy też nie wykluczenia Wybranego Wykonawcy, poprzestając jedynie na stwierdzeniu "Wykonawca, który złożył wybraną ofertę spełnił wszystkie warunki określone w specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej SIWZ), a zaproponowana przez niego cena mieści się w kwocie



przewidzianej przez Zamawiającego na przedmiotowe zamówienie. Wyżej wymienioną ofertę wybrano jako jedyną pozostałą po wykluczeniu z postępowania pozostałych oferentów".

Odwołujący, uzasadniając wskazane zarzuty, powołał się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, zespołów arbitrów, sądów powszechnych, a także na opinie doktryny.

Zamawiający w przepisany terminie 10 dni nie rozstrzygnął protestu Odwołującego. Odwołujący, powołując się na treść art. 183 ust. 3 ustawy – Pzp, zgodnie z którym brak rozstrzygnięcia protestu w terminie ustawowym uznaje się za jego oddalenie, w dniu 6 lutego 2009 roku wniósł odwołanie do Prezesa Zamówień Publicznych. W odwołaniu podtrzymał zarzuty, wnioski i argumenty wyrażone w proteście.

Pismem z dnia 3 lutego 2009 roku oznaczonym „zawiadomienie o rozstrzygnięciu protestu” Zamawiający poinformował Odwołującego, iż uwzględni protest w całości i unieważni postępowanie w oprotestowanym zakresie, w części nr 3 zamówienia w całości. W uzasadnieniu Zamawiający powołał się na wyrok KIO z dnia 28 stycznia 2009 roku KIO/UZP 60/09 i uznał, że kontynuowanie postępowania w oparciu o SIWZ, która w świetle przytoczonego orzeczenia zawiera wskazane w uzasadnieniu nieprawidłowości, mogłoby prowadzić do ewentualnych kolejnych protestów i odwołań, uznanych przez Krajową Izbę Odwoławczą za skuteczne. W praktyce zatem mogłoby to uniemożliwić skuteczne zawarcie umowy na realizację oprotestowanego zamówienia.

Ponadto, pismem z dnia 10 lutego 2009 roku, Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o umorzenie postępowania w sprawie.

W odpowiedzi Zamawiający podniósł, iż protest z dnia 23 stycznia 2009 roku rozstrzygnął w ten sposób, że protest uwzględnił w całości i unieważnił postępowanie.

W uzasadnieniu wskazał, że protest rozstrzygnął w dniu 3 lutego 2009 roku, albowiem w tym postępowaniu, co do tych samych zagadnień i tych samych okoliczności, toczyło się postępowanie odwoławcze sygn. akt KIO/UZP/60/09. Wyrok w tej sprawie Zamawiający otrzymał w dniu 3 lutego 2009 roku i w tym samym dniu rozstrzygnął złożony protest korzystnie dla Odwołującego się.

Zamawiający stwierdził, że Odwołujący się wniósł pierwszy protest na czynności Zamawiającego w dniu 23 grudnia 2008 roku żądając alternatywnie: 1) unieważnienia wykluczenia go z postępowania, powtórzenia czynności badania i oceny ofert, dokonania ponownego wyboru ofert albo 2) unieważnienia postępowania w oprotestowanym zakresie. W dniu 29 grudnia 2008 roku Zamawiający zawiadomił Odwołującego się o uwzględnieniu jego protestu, tj. w całym zakresie pierwszego z ww. żądań alternatywnych. Wynika to jednoznacznie z wysłanego do Odwołującego się zawiadomienia z dnia 29 grudnia 2008

roku o rozstrzygnięciu protestu, w którym Zamawiający informuje, że w wyniku uwzględnienia protestu powtórzy badanie ofert, ocenę ofert i wybór wykonawcy.

Zdaniem Zamawiającego jest rzeczą oczywistą, że wykluczenie oferenta następuje po zbadaniu jego oferty. Skoro zatem Zamawiający uwzględniając protest, postanowił powtórzyć m.in. badanie złożonych ofert, to oznaczało to także ponowne zbadanie, czy Odwołujący się spełnia wszystkie warunki udziału w postępowaniu, a zatem oznaczało unieważnienie oprotestowanego wykluczenia. Stanowisko Zamawiającego potwierdzają także zapisy ustawy – Pzp. W art. 92 ustawy – Pzp określono, że Zamawiający zawiadamia o wyborze najkorzystniejszej oferty, zawierając m.in. informację o wykonawcach, którzy zostali wykluczeni z postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego wraz z uzasadnieniem faktycznym i prawnym. Zawiadomienie następuje niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty, a więc już po badaniu i ocenie ofert. Wobec powyższego, skoro Zamawiający uwzględnił protest Zamawiającego w całości (uwzględnił wszystkie zgłoszone żądania z alternatywy pierwszej), to na podstawie art. 183 ust. 5 pkt 1 ustawy – Pzp zobowiązany był do niezwłocznego powtórzenia oprotestowanych czynności. Powtórzenie to nastąpiło w dniu 9 stycznia 2008 roku, a więc na 3 dni przed otrzymaniem od Odwołującego się zawiadomienia o złożeniu odwołania, które wpłynęło do Zamawiającego w dniu 12 stycznia 2009 roku.

Realizując więc w dniu 9 stycznia 2009 roku rozstrzygnięcie protestu z dnia 29 grudnia 2008 roku Zamawiający nie mógł wiedzieć o złożonym odwołaniu, był natomiast zobowiązany przez ustawę do określonego działania.

Zamawiający nadmienił, że nie jest uzasadnione twierdzenie Odwołującego się dotyczące oceny uwzględnienia protestu, które można uznać za całkowite gdy uznane zostaną wszystkie żądania i zarzuty zawarte w proteście. Art. 183. ust. 5 pkt 1 ustawy – Pzp stanowi bowiem jednoznacznie, że ocena uwzględnienia dotyczy tylko zgłoszonych żądań (a nie żądań i zarzutów), a ta przesłanka niezwłocznego powtórzenia czynności została spełniona.

Zamawiający podniósł ponadto, że o prowadzeniu postępowania, od którego wyniku Odwołujący się złożył protest i odwołanie, zgłaszał już w uzasadnieniu odpowiedzi na odwołanie w sprawie KIO/UZP 60/09. W rozstrzygnięciu tej sprawy KIO nie wytknęła Zamawiającemu nieprawidłowości w tym zakresie.

### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:**

Przedmiotem zamówienia jest wykonanie usług z zakresu gospodarki leśnej w Nadleśnictwie Węgierska Górka, podzielonych na 15 części. Zamawiający dopuścił możliwość składania przez wykonawców po jednej ofercie na każdą część zamówienia.

Zgodnie z pkt. 8 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zatytułowanym „Opis warunków udziału w postępowaniu oraz sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków”, o zamówienie dla części nr 3 – leśnictwa Boracza, mogli ubiegać się wykonawcy, którzy:

- 1) posiadają uprawnienia do wykonywania czynności związanych z przedmiotem zamówienia, tj. na części zadania 1 – 13 osoby, które będą wykonywać zadanie z zakresu pozyskania drewna, muszą posiadać uprawnienia pilarza;
- 2) posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie do wykonywania zamówienia, tj. w okresie ostatnich 3 lat wykonali co najmniej 3 zamówienia o podobnym charakterze w sposób należyty;
- 3) posiadają niezbędny potencjał techniczny i osobowy do wykonania zamówienia, tj. minimum posiadają niezbędny potencjał techniczny i osobowy do wykonania zamówienia, tj. minimum posiadają następującą ilość narzędzi i urządzeń własnych lub cudzych:
  - 15 sztuk pilarek spalinowych
  - 4 sztuki ciągników przystosowanych do zrywki
  - 10 sztuk koni zrywkowych.

Stosownie do pkt. 9 specyfikacji wykonawcy, w celu potwierdzenia spełnienia warunków wymienionych w pkt. 8, obowiązani byli złożyć:

- 1) dokumenty stwierdzające, że osoby, które będą wykonywać zamówienie, posiadają wymagane uprawnienia, tj. uprawnienia pilarza
- 2) wykaz wykonanych w okresie ostatnich 3 lat usług z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców oraz dokumenty potwierdzające, że usługi te zostały wykonane należyście (np. referencje, protokoły odbioru)
- 3) wykaz niezbędnych do wykonania zamówienia narzędzi i urządzeń, jakie posiada wykonawca
- 4) wykaz osób i podmiotów, które będą wykonywać zamówienie wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji oraz zakresu wykonywanych przez nich czynności  
a także dokumenty potwierdzające brak podstaw do wykluczenia wykonawcy stosownie do art. 24 ust. 1 ustawy – Pzp.

Odwołujący do złożonej przez siebie oferty załączył wykaz osób i podmiotów, które będą wykonywać zamówienia lub będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, z którego wynika, oraz zaświadczenia o posiadaniu uprawnień pilarza. Z dokumentów tych wynika, że uprawnienia pilarza posiadają dwie osoby.

Odwołujący przedstawił również wykaz zamówień zrealizowanych w ciągu 3 lat odpowiadających swoim rodzajem i wartością dostawom lub usługom stanowiącym

przedmiot zamówienia, wykaz niezbędnych do wykonania zamówienia narzędzi i urządzeń oraz inne dokumenty wymagane przez Zamawiającego.

Pismem z dnia 12 stycznia 2009 roku, które Odwołujący otrzymał 13 stycznia 2009 roku Zamawiający poinformował, iż w wyniku powtórzonych na skutek uznanego protestu w dniu 9 stycznia 2009 roku o godz. 8.00 czynności Zamawiającego w zamówieniu pod nazwą Usługi z zakresu gospodarki leśnej w Nadleśnictwie Węgierska Górka w 2009 roku – część nr 3 – Leśnictwo Boracza” obejmujących badanie i ocenę ofert oraz wybór wykonawcy, wybrano ofertę firmy „DRWAL” s.c. Kupczak Adam, Bednarz Marian, Maślanka Tomasz, 34-350 Węgierska Górka, Żabnica, ul. Cicha 15.

Zamawiający stwierdził, iż wykonawca, który złożył wybraną ofertę, spełnił wszystkie warunki określone w SIWZ, a zaproponowana przez niego cena mieści się w kwocie przewidzianej przez Zamawiającego na przedmiotowe zamówienia. Wyżej wymienioną ofertę wybrano jako jedyną pozostałą po wykluczeniu z postępowania pozostałych oferentów, tj. Konsorcjum reprezentowane przez Jana Dziedzic, ul. Prymasa Stefana Wyszyńskiego 72 Cisiec 34-350 Węgierska Górka oraz WGB Firma Usługowo – Handlowa Wojciech Gaweł, ul. Obrońców Węgierskiej Górka 20A 34-350 Węgierska Górka. Wykonawcy ci zostali wykluczeni z postępowania z następujących powodów:

Konsorcjum reprezentowane przez Jana Dziedzic nie spełniło warunku udziału w postępowaniu w zakresie wadium.

Odwołujący został natomiast wykluczony z przedmiotowego postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 10 w zw. Z art. 22 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy – Pzp z powody nie spełnienia warunków udziału w postępowaniu określonym w SIWZ, zgodnych z ustawą - Pzp i aktem wykonawczym do tej ustawy, tj. Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać Zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane.

W szczególności nie zostały spełnione następujące warunki:

Ust. 8 pkt 3 SIWZ stanowi:

„O zamówienie mogą się ubiegać Wykonawcy, którzy posiadają uprawnienia do wykonywania czynności związanych z przedmiotem zamówienia, tj. na części zadania od nr 1 – 13 osoby, które będą wykonywać zadanie z zakresu pozyskania drewna muszą posiadać uprawnienia pilarza”

Rozmiar zadań rzeczowych objętych zamówieniem określono w SIWZ, w formularzu cenowym oferty. Liczba pracowników przedstawiona przez Odwołującego w załączniku nr 7 do oferty nr 21, odniesiona do wykazanego w załączniku nr 6 sprzętu, nie spełnia warunków określonych w SIWZ, ponieważ Katalog Norm Czasu Pracy Dla Prac Leśnych wprowadzony Zarządzeniem nr 99 Dyrektora Generalnego Lasów Państwowych z dnia 23 listopada 2003

roku, określający normy pracy w roboczogodzinach na 1 m<sup>3</sup> drewna i Badania Środowiska Pracy na stanowisku Drwal Operator maszyn i urządzeń leśnych wykonane w dniu 16 lipca 2008 roku (nr sprawozdania 139/RMS/07/2008), z których wynika dopuszczalny czas ekspozycji na drgania nie większy niż 180 min na zmianę roboczą, określają maksymalną wydajność pilarza przy pozyskaniu drewna pilarką spalinową. Oferent wykazał w załączniku nr 7 do oferty dziewięciu pilarzy, przy czym w dokumentacji ofertowej załączył jedynie zaświadczenia potwierdzające kwalifikacje drwala operatora pilarki dla łącznie dwóch osób. Wspomnianych dwóch pilarzy nie spełnia wymagań podanych w SIWZ dla części nr 3 – leśnictwo Boracza, albowiem nie jest w stanie obsłużyć 15 pilarek spalinowych, stosując się do wspomnianego katalogu norm czasu pracy dla prac leśnych oraz Badania Środowiska Pracy na stanowisku Drwal Operator Maszyn i Urządzeń Leśnych. Ponadto wspomniani pracownicy posiadający uprawnienia pilarza, tj. Panowie N. Jan i K. Franciszek, są wykazani jako pracownicy również w ofercie nr 20, złożonej przez WGB Firmę Usługowo – Handlową Wojciech Gaweł na część 15 zamówienia, dotyczą prac na składnicy (manipulacja, myślowanie, łupanie 10000 m<sup>3</sup> drewna), co dodatkowo wskazuje na niemożliwość wykonania zamówienia dla części nr 3 – leśnictwa Boracza. Zdaniem Zamawiającego przy pomocy osób i środków wymienionych w ofercie nr 21, niemożliwe staje się wykonanie zakresu rzeczowego zamówienia, a więc spełnienie warunków określonych przez Zamawiającego w SIWZ.

Ust. 8 pkt 2 SIWZ stanowi:

„O zamówienie mogą się ubiegać Wykonawcy, którzy posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie do wykonania zamówienia, tj. w okresie ostatnich 3 lat wykonywali co najmniej 3 zamówienia o podobnym charakterze w sposób należyty”. Odwołujący w ofercie oraz jej uzupełnieniu wykazał zrealizowane przez siebie zamówienia, które jego zdaniem potwierdzają posiadanie niezbędnej wiedzy i doświadczenia do realizacji zamówienia Nadleśnictwa Węgierska Górka. Opierając się na Słowniku Zamówień Publicznych, prac wymienionych przez Odwołującego w załączniku nr 5 do oferty, tj. prac:

- pielęgnacja zieleni,
- wycinka drzew i cięcia pielęgnacyjne na potrzeby drogowe,
- wykonanie i remonty szlaków zrywkowych,
- remonty dróg,
- wykonanie i remont składnicy

nie można, zdaniem Zamawiającego, uznać za prace o charakterze podobnym do prac zamawianych, wymienionych w SIWZ, tj. prac:

Kod CPV	Nazwa
77200000-2	Usługi leśnictwa
77210000-5	Usługi pozyskiwania drewna

77211000-2	Usługi uboczne związane z pozyskiwaniem drewna
77212000-4	Transport dłużyc na terenie lasów
77211300-5	Usługi selekcji drzew
77211500-7	Usługi pielęgnacji drzew
77211600-8	Sadzenie drzew
77230000-1	Usługi doraźne dotyczące leśnictwa
77231000-8	Usługi gospodarki leśnej

Wobec powyższego, w ocenie Zamawiającego, Odwołujący się nie wykazał doświadczenia wymaganego w SIWZ.

W konsekwencji Zamawiający uznał, na podstawie złożonych dokumentów odniesionych do wymagań wynikających ze specyfiki swego zamówienia, uznał, że Odwołujący nie spełnił wymagań podanych w SIWZ. W tym stanie rzeczy Odwołujący winien zostać wykluczony z udziału w postępowaniu.

Czynność ponownej oceny ofert nastąpiła w dniu 9 stycznia 2009 roku, przy czym Zamawiający zaznaczył, iż dokonał powtórzenia złożonych ofert wskutek uznania protestu Odwołującego z dnia 22 grudnia 2009 roku. Zasadnicze znaczenie dla niniejszej sprawy ma fakt, iż protest Odwołującego z dnia 22 grudnia 2008 roku Zamawiający uwzględnił częściowo, zaś części zarzutów protestu nie uznał, na co Odwołujący w dniu 14 stycznia 2009 roku wniósł odwołanie do Prezesa Zamówień Publicznych. Wyrokiem z dnia 28 stycznia 2009 roku wydanym w sprawie KIO/UZP 60/09 Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie i nakazała Zamawiającemu dokonanie unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienie wykluczenia Wojciecha Gawła – WGB Firma Usługowo – Handlowa Wojciech Gawł, 34-350 Węgierska Górka, ul. Obrońców Węgierskiej Górka 20A z postępowania o udzielenie zamówienia i dokonanie ponownej oceny ofert.

Na czynność Zamawiającego Odwołujący wniósł protest do Zamawiającego, a następnie – odwołanie od rozstrzygnięcia protestu do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

**Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania: specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a także biorąc pod uwagę wyjaśnienia i stanowiska stron złożone podczas rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:**

Odwołanie jest zasadne.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że Odwołujący posiada interes prawny w złożeniu środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy – Pzp. Czynność

Zamawiającego polegająca na wykluczeniu Odwołującego z postępowania skutkuje bowiem uznanie oferty Odwołującego za odrzuconą, stosownie do przepisu art. 24 ust. 4 ustawy – Pzp.

W ocenie Izby zarzut naruszenia art. 183 ust. 1 pkt 3 i ust. 2 ustawy – Pzp należy uznać za słuszny.

W myśl art. 183 ust. 1 pkt 3 ustawy – Pzp Zamawiający rozstrzygna jednocześnie wszystkie protesty dotyczące wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia, odrzucenia ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty – w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, negocjacji bez ogłoszenia i zapytania o cenę w terminie 10 dni od upływu ostatniego z terminów na wniesienie protestu. Stosownie do ust. 2 protest inny niż wymieniony w ust. 1 zamawiający rozstrzyga w terminie 10 dni od dnia jego wniesienia.

W przedmiotowym postępowaniu Odwołujący się wniósł protest w dniu 23 stycznia 2009 roku. Wobec powyższego Zamawiający obowiązany był rozstrzygnąć protest nie później niż w dniu 2 lutego 2009 roku. Zamawiający sam przyznaje, że rozpoznał protest w dniu 3 lutego 2009 roku.

Ponieważ rozstrzygnięcie protestu jest oświadczeniem woli (zmierza do wywołania skutków prawnych), termin określony ustawą oznacza czas, w którym oświadczenie o rozstrzygnięciu protestu musi być złożone, tak aby adresat mógł zapoznać się z jego treścią (por. art. 61 k.c.). Przekroczenie terminu na rozstrzygnięcie protestu uznaje się za oddalenie protestu, o czym stanowi art. 183 ust. 3 ustawy – Pzp. Późniejsze doręczenie rozstrzygnięcia protestu nie zmienia tej kwalifikacji. Wprowadzenie reguły interpretacyjnej, uznającej bierne zachowanie zamawiającego jako oddalenie protestu, chroni wykonawców, gdyż ewentualna beczynność w zakresie rozpoznania protestu otwiera im drogę do wniesienia środka odwoławczego. Upływ terminu na rozstrzygnięcie protestu powoduje rozpoczęcie biegu terminu do wniesienia odwołania.

Uchybienie terminowi przewidzianemu na rozstrzygnięcie protestu nie może również usprawiedliwiać fakt, iż Zamawiający dopiero w dniu 3 lutego 2009 roku otrzymał za pomocą faksu odpis wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 stycznia 2009 roku w sprawie KIO/UZP 60/09, dotyczącej tego samego postępowania o udzielenie zamówienia. Jeżeli Zamawiający uzależniał swoją decyzję od treści wskazanego wyżej wyroku, mógł się z nią zapoznać już w dniu 28 stycznia 2009 roku, tj. w dniu ogłoszenia wyroku. Ogłoszenie wyroku, poprzez podanie jego sentencji i uzasadnienia, nastąpiło – stosownie do przepisu art. 192 ust. 3 zd. 2 ustawy – Pzp – na posiedzeniu jawnym. Nieobecność Zamawiającego na ogłoszeniu nie jest podstawą do powoływania się teraz przez niego na nieznaną treść wyroku.

Zarzut naruszenia Zamawiającego art. 183 ust. 5 ustawy – Pzp należy uznać za zasadny. W myśl tego przepisu Zamawiający, w przypadku uwzględnienia protestu, powtarza oprotestowaną czynność lub dokonuje czynności bezprawnie zaniechanej:

- 1) niezwłocznie – jeżeli uwzględnił wszystkie zgłoszone żądania;
- 2) po ostatecznym rozstrzygnięciu protestu – jeżeli co najmniej jedno ze zgłoszonych żądań nie zostało uwzględnione.

Rozpoznając protest, zamawiający ustosunkowuje się do podniesionych zarzutów oraz żądań zawartych w proteście. Jeżeli stwierdza zasadność zarzutów wskazanych w proteście, to wówczas protest uznaje, a w efekcie uznania powtarza czynność dokonaną z naruszeniem zasad ustawowych albo dokonuje czynności bezpodstawnie zaniechanej. Jeżeli natomiast wedle stanowiska zamawiającego zarzuty zawarte w proteście nie znajdują uzasadnienia, czyli nie zachodzą materialnoprawne przesłanki zasadności protestu to wówczas protest oddala. Protest może zostać częściowo uwzględniony, a w części oddalony, jeżeli podstawę faktyczną protestu stanowiło kilka czynności (zaniechań) zamawiającego (np. nieodrzczenie kilku ofert). Zakres takiego rozstrzygnięcia zamawiający powinien szczegółowo oznaczyć. Od częściowego oddalenia protestu, w części oddalonej przez zamawiającego, protestującemu służy odwołanie.

Zamawiający rozstrzygnął protest Odwołującego z dnia 22 grudnia 2008 roku pismem z dnia 29 grudnia 2008 roku w ten sposób, że protest uwzględnił w zakresie zarzutów obejmujących naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy – Pzp w zw. z art. 6 K.c., polegające na nie wykazaniu przesłanek uzasadniających wykluczenie Odwołującego z postępowania oraz naruszenie art. 92 ustawy – Pzp poprzez nie zawiadomienie Odwołującego o wyborze najkorzystniejszej oferty w zakresie części nr 3 oraz nie zawiadomienie Odwołującego o wyborze jego oferty jako najkorzystniejszej w zakresie części nr 15. Pozostałych zarzutów Zamawiający nie uznał.

Zamawiający nie unieważnił decyzji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania (czego żądał Odwołujący się) i nie unieważnił badania i oceny ofert. Wskazał jedynie, iż w jego ocenie uwzględnione zarzuty uzasadniają powtórzenie postępowania od momentu badania i oceny złożonych ofert. Zamawiający nie poinformował, czy powtórzenie badania, oceny i wyboru wykonawcy dokona z udziałem oferty Odwołującego się.

W rozstrzygnięciu protestu Zamawiający winien był dokładnie określić swoje stanowisko wobec treści protestu – zarówno zarzutów Odwołującego się, jaki i jego żądań. Odwołujący nie powinien domyślać się, czy jego żądania zostały przez Zamawiającego uwzględnione, czy też nie. W szczególności nie można wywodzić, iż Zamawiający uwzględnił zgłoszone przez Odwołującego się żądania, ponieważ niezwłocznie powtórzył czynności. Skład



orzekający Izby zwraca uwagę, iż jedną z zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest zasada pisemności. Zamawiający obowiązany jest kontaktować się z wykonawcami na piśmie i zasada ta dotyczy również rozstrzygnięcia przez Zamawiającego protestów złożonych w trakcie postępowania. O decyzji Zamawiającego Odwołujący się winien powziąć wiadomość z pisma zawierającego rozstrzygnięcie protestu, a nie z czynności dokonywanych przez Zamawiającego w następstwie podejmowanych przez niego decyzji.

Wobec powyższego uznanie, że Zamawiający w niniejszej sprawie uwzględnił wszystkie zgłoszone żądania, należy uznać za bezpodstawne. W tej sytuacji Zamawiający – stosownie do treści art. 183 ust. 5 pkt 2 – winien powtórzyć oprotestowaną czynność dopiero po ostatecznym rozstrzygnięciu protestu, czyli w tym przypadku po wydaniu wyroku przez Krajową Izbę Odwoławczą (art. 182 ust. 2 pkt 3 ustawy – Pzp). Ponieważ wyrok został wydany w dniu 28 stycznia 2009 roku, zaś powtórzenie czynności przez Zamawiającego nastąpiło w dniu 9 stycznia 2009 roku, naruszenie przez Zamawiającego art. 183 ust. pkt 2 ustawy – Pzp nie budzi wątpliwości.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 10 oraz ust. 3 i 4 w zw. Z art. 22 ust. 1 pkt 1 i 2 oraz art. 36 ust. 1 pkt 5 ustawy – Pzp, Izba uznała, że zarzut ten jest słuszny i zasługuje na uwzględnienie.

Istotnym dla niniejszej sprawy jest fakt, że Zamawiający, opisując warunki udziału w postępowaniu oraz sposób dokonywania oceny spełnienia tych warunków, nie sprecyzował minimalnej wymagań zarówno co do ilości pracowników posiadających uprawnienia pilarza, jak również co do ilości i wartości zrealizowanych przez wykonawców zamówień „o podobnym charakterze”.

Zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 5 ustawy – Pzp, specyfikacja istotnych warunków zamówienia powinna zawierać opis warunków udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków.

Specyfikacja istotnych warunków zamówienia powinna zatem zawierać opis warunków, jakie stawia zamawiający w granicach art. 22 ust. 1 ustawy – Pzp w celu zapewnienia, że wybrany wykonawca będzie zdolny do wykonania zamówienia - będzie posiadał uprawnienia do wykonywania czynności objętych przedmiotem zamówienia (jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień), odpowiednie doświadczenie i wiedzę, potencjał techniczny, ekonomiczny i finansowy, a także będzie dysponował osobami zdolnymi do wykonania zamówienia oraz że nie zachodzą w stosunku do niego okoliczności skutkujące wykluczeniem z postępowania (art. 24). W specyfikacji zamawiający powinien sprecyzować warunki zamówienia na tyle dokładnie, żeby wykonawca przed przystąpieniem do sporządzania oferty mógł zweryfikować, czy spełnia warunki. Ustawa w zakresie

merytorycznego kształtowania warunków pozostawia zamawiającemu pewną swobodę, jednak wyraźnym ograniczeniem tej swobody jest nakaz przestrzegania zasady uczciwej konkurencji, a w związku z tym obowiązek takiego kształtowania warunków, aby zagwarantować dostęp do zamówienia podmiotom zdolnym do jego wykonania.

Zamawiający obowiązany jest też do podania sposobu, w jaki będzie oceniał spełnianie postawionych przez siebie warunków. Ocena spełniania warunków powinna być dokonana na podstawie złożonych przez wykonawcę oświadczeń lub dokumentów. Zamawiający w specyfikacji powinien dokładnie określić, jakie oświadczenia lub dokumenty powinien złożyć wykonawca oraz w jakiej formie powinien je przedstawić. W tym zakresie zamawiający związany jest przepisami art. 25 i 26 ustawy - Pzp, może więc żądać jedynie dokumentów i oświadczeń niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, skorelowanych z postawionymi warunkami.

Określenie warunków udziału w postępowaniu jest jedną z najważniejszych czynności zamawiającego, która ma bezpośredni wpływ na wynik postępowania i musi być precyzyjnie określona już w ogłoszeniu i nie podlega modyfikacji w toku postępowania.

W niniejszym przypadku Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia określił warunki udziału w postaci m. in. wymogu posiadania uprawnień pilarza przez osoby, które będą wykonywać zadanie z zakresu pozyskania drewna, wykonania w sposób należyty co najmniej 3 zamówień o podobnym charakterze oraz posiadania odpowiedniego potencjału technicznego, tj. 15 sztuk pilarek spalinowych, 4 sztuk ciągników przystosowanych do zrywki, 10 sztuk koni zrywkowych. Ocena, czy dany wykonawca spełnia powyższe warunki, następować miała na podstawie złożonych wykazów.

Analiza treści dokumentów złożonych w toku postępowania przez Odwołującego się pozwala na wniosek, iż spełnił on warunki opisane przez Zamawiającego.

W ocenie Izby stanowisko Zamawiającego polegające na uznaniu, iż Odwołujący się nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, należy uznać za nieuprawnione. Zamawiający nie określił bowiem w specyfikacji minimalnej wymaganej ilości pilarzy, nie sprecyzował również, co rozumie pod pojęciem „zamówienia podobne”. W ocenie Izby brak sprecyzowania warunków nie może oznaczać uznaniowego sposobu oceny jego spełniania.

Wymagania dotyczące ilości pilarzy pojawiły się dopiero w piśmie z dnia 12 stycznia 2009 roku, w którym to piśmie Zamawiający poinformował Odwołującego się o wykluczeniu go z postępowania o udzielenie zamówienia. Zamawiający odwołuje się tam do treści Katalogu Norm Czasu Pracy Dla Prac Leśnych wprowadzonym zarządzeniem nr 99 Dyrektora Generalnego Lasów Państwowych., określającego normy czasu pracy w roboczogodzinach na 1 m<sup>3</sup> drewna i Badania Środowiska Pracy na stanowisku Drwal

Operator maszyn i urządzeń leśnych, z których wynika dopuszczalny czas ekspozycji na drgania nie większy niż 180 minut na zmianę roboczą i które określają maksymalną wydajność pilarsza przy pozyskaniu drewna pilarką spalinową.

Działanie Zamawiającego stanowi naruszenie przepisu art. 36 ust. 1 pkt 5 ustawy – Pzp, zgodnie z którym specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawiera opis warunków udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków oraz art. 38 ust. 4 ustawy – Pzp stanowiący o możliwości zmiany treści specyfikacji. W ocenie Izby pismem z dnia 12 stycznia 2009 roku Zamawiający dokonał nieuprawnionej zmiany treści specyfikacji, modyfikując sposób dokonywania oceny spełniania warunków przez wykonawcę.

Wymagania Zamawiającego wyrażone w specyfikacji są wiążące zarówno dla Zamawiającego, jak i wykonawców biorących udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Ich zmiana jest możliwa wyłącznie w przypadkach i na warunkach określonych w ustawie. Przez złożenie oferty nawiązuje się między wykonawcą a zamawiającym stosunek przetargowy oparty na akceptacji postanowień siwz. Wykonawcy biorący udział w postępowaniu mają prawo oczekiwać, że złożone przez nich oferty, oświadczenia i dokumenty zostaną ocenione wyłącznie na podstawie wymagań zawartych w siwz. Odpowiednio zobowiązaniem Zamawiającego jest dokonanie oceny jedynie na podstawie sformułowanych w siwz zasad i wymagań. Obowiązek przestrzegania na każdym etapie postępowania postanowień siwz jest nie tylko wyrazem formalizmu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Stanowi również realizację zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wynikającej z art. 7 ust. 1 Pzp.

Powyższa argumentacja dotyczy również zawartej w dalszej części pisma z dnia 12 stycznia 2009 roku interpretacji pojęcia prac o podobnym charakterze. Zamawiający nie sprecyzował bowiem co rozumie pod pojęciem „zamówienia podobne”. W ocenie Izby brak sprecyzowania warunków nie może oznaczać uznaniowego sposobu oceny jego spełniania.

W świetle powyższego, Izba nie stwierdziła okoliczności, które stanowiłyby podstawę do wykluczenia Odwołującego się z postępowania. Zamawiający nie wykazał, że Odwołujący się nie spełnia warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt. 8 SIWZ.

Nadto Izba stwierdziła, iż subiektywna ocena spełnienia warunków udziału w postępowaniu, bez wskazania sposobu dokonywania takiej oceny, stoi w sprzeczności z zasadą równego traktowania wykonawców oraz zachowania uczciwej konkurencji.

Zarzut dotyczący wykluczenia Odwołującego z postępowania z powodu niespełnienia warunku udziału w postępowaniu, tj. naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 10 oraz ust. 3 i 4, art. 22 ust. 1 pkt 1 i 2 oraz art. 7 ust. 1 ustawy – Pzp należało tym samym uznać za uzasadniony.

Krajowa Izba Odwoławcza nie uwzględniła natomiast zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 92 ust. 1 pkt 1 ustawy – Pzp poprzez nie dokonanie uzasadnienia

wyboru najkorzystniejszej oferty i nie dokonanie jej streszczenia, w których to elementach Zamawiający przedstawiłby ofertę wybranego wykonawcy, streścił jej ocenę pod kątem jej nie odrzucenia czy też nie wykluczenia wybranego wykonawcy, poprzestając na stwierdzeniu, iż „wykonawca, który złożył wybraną ofertę spełnił wszystkie warunki określone w SIWZ, a zaproponowana przez niego cena mieści się w kwocie przewidzianej przez Zamawiającego na przedmiotowe zamówienie oraz że wyżej wymienioną ofertę wybrano jako jedyną pozostałą po wykluczeniu z postępowania poszczególnych oferentów.

W myśl art. 92 ust. 1 pkt 1 ustawy – Pzp niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający zawiadamia wykonawców, którzy złożyli oferty, o wyborze najkorzystniejszej oferty, podając nazwę (firmę), siedzibę i adres wykonawcy, którego ofertę wybrano oraz uzasadnienie jej wyboru, a także nazwy (firmy), siedziby i adresy wykonawców, którzy złożyli oferty wraz ze streszczeniem oceny i porównania złożonych ofert zawierającym punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację.

W ocenie Izby informacja zawarta w piśmie z dnia 12 stycznia 2009 roku jest wystarczająca i czyni zadość wymaganiom zawartym w cytowanym wyżej przepisie. Ustawodawca nie wymaga bowiem, by Zamawiający dokonywał streszczenia oferty, lecz streszczenia oceny ofert i ich porównania. Ponieważ Zamawiający odrzucił dwie ze złożonych ofert, nie zaistniała konieczność dokonywania porównania ofert.

Z uwagi na powyższe należało orzec jak w sentencji niniejszego wyroku.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych stosownie do wyniku postępowania. Izba uwzględniła koszty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego w wysokości 3 599,00 zł, na podstawie faktury złożonej do akt sprawy oraz koszty dojazdu pełnomocnika Odwołującego na posiedzenie Izby w wysokości 249,00 zł, stosownie do brzmienia § 4 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze zm.).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) na niniejszy wyrok w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Bielsku-Białej**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....