

**WYROK**  
**z dnia 4 lutego 2014 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Justyna Tomkowska**

**Protokolant: Paulina Nowicka**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 lutego 2014 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 stycznia 2014 roku przez wykonawcę **L..... G..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Leśne L..... G.....z siedzibą w Machowinie**

w postępowaniu prowadzonym przez **Lasy Państwowe - Nadleśnictwo Ustka**

**orzeka:**

**1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności unieważnienia postępowania w części 11, unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania oraz nakazuje dokonanie czynności wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp w zakresie spełniania warunku udziału odnośnie potencjału technicznego, a w przypadku gdy złożone wyjaśnienia nie będą potwierdzały spełniania warunku udziału w postępowaniu – wezwanie wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów;**

**2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego - Lasy Państwowe - Nadleśnictwo Ustka i:**

**2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez L..... G..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Leśne L..... G..... z siedzibą w Machowinie tytułem wpisu od odwołania,**

2.2. zasądza od Lasów Państwowych - Nadleśnictwa Ustka na rzecz L..... G.....  
prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Leśne L..... G.....  
z siedzibą w Machowinie kwotę 19 457 zł 00 gr (słownie: dziewiętnaście tysięcy złotych  
czterysta pięćdziesiąt siedem złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania  
odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika  
oraz dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień  
publicznych (tj. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zmianami) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni  
od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby  
Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Słupsku.

**Przewodniczący:**

## UZASADNIENIE

Dnia 15 stycznia 2014 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29.01.2004 r. Prawo zamówień publicznych (dalej „ustawa Pzp”), odwołanie złożył wykonawca L..... G..... prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Leśne Leszek Górecki z siedzibą w Machowinie.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonym o wartości szacunkowej większej niż 130.000,00 euro pn. Usługi leśne w roku 2014 w Nadleśnictwie Ustka - część 11 prowadzi Zamawiający: Skarb Państwa - Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwa Ustka. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 16 listopada 2013r. pod numerem 2013/S 223 - 388500.

Odwołanie wniesiono od niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego oraz zaniechania przez Zamawiającego czynności w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego polegających na:

1. odstąpieniu od wezwania Odwołującego się do złożenia wyjaśnień treści oferty w zakresie oferowanego sprzętu do zrywki drewna stosowego w młodszych klasach wieku i/lub/ewentualnie do złożenia dokumentów potwierdzających dysponowanie przez wykonawcę odpowiednim potencjałem technicznym - wymaganym w pkt. 7.2.3. SIWZ tj. zestawem sprzętu do zrywki drewna stosowego umożliwiającym zrywkę w młodszych klasach wieku składającym się z jednostki napędowej zagregowanej z urządzeniem pozwalającym na wykonanie zrywki metodą nasiębiemą (bez styku surowca z podłożem) wyposażonym w żuraw do załadunku i rozładunku drewna - ciągnik zagregowany z przyczepą typu jar;
2. wykluczeniu Odwołującego się w sytuacji braku podstaw faktycznych do wykluczenia w zakresie część 11
3. unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie część 11.

### Odwołujący zarzuca Zamawiającemu:

1. naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zachowanie uczciwej konkurencji równego traktowania wykonawców oraz naruszenie zasady bezstronności i obiektywizmu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego
2. naruszenie przepisu art. 26 ust. 4 i 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień treści oferty w zakresie oferowanego sprzętu do zrywki drewna stosowego w młodszych klasach wieku i/lub/ewentualnie do złożenia dokumentów

potwierdzających dysponowanie przez wykonawcę odpowiednim potencjałem technicznym - zestawem sprzętu do zrywki drewna stosowego umożliwiającym zrywkę w młodszych klasach wieku składającym się z jednostki napędowej zagregowanej z urządzeniem pozwalającym na wykonanie zrywki metodą nasiębiemą (bez styku surowca z podłożem) wyposażonym w żuraw do załadunku i rozładunku drewna - ciągnika zagregowanego z przyczepą typu jar;

3. naruszenie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez wykluczenie z postępowania wykonawcy spełniającego warunki udziału w postępowaniu;
4. naruszenie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez wskazanie podstawy faktycznej wykluczenia z udziału w postępowaniu w sposób, który uniemożliwia wywiedzenie powodu podjęcia zaskarżonej czynności przez Zamawiającego;
5. naruszenie przepisu art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez odmowę udzielenie zamówienia wykonawcy, który złożył ofertę nie podlegającą odrzuceniu, najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ;
6. naruszenie przepisu art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp publicznych poprzez unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sytuacji złożenia w postępowaniu oferty nie podlegającej odrzuceniu;
7. naruszenie przepisu art. 93 ust. 3 ustawy Pzp poprzez wskazanie podstawy faktycznej unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób, który uniemożliwia wywiedzenie powodu podjęcia zaskarżonej czynności przez Zamawiającego.

Mając na uwadze powyższe wnoszono o:

1. uwzględnienie odwołania i zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa prawnego w sprawie;
2. nakazanie Zamawiającemu uchylenie czynności unieważnienia postępowania w zakresie część 11;
3. nakazanie Zamawiającemu dokonanie ponownego badania ofert;
4. nakazanie Zamawiającemu wezwania wykonawcy Leszka Góreckiego do złożenia wyjaśnień treści oferty Odwołującego się w zakresie oferowanego sprzętu do zrywki drewna stosowego w młodszych klasach wieku i/lub/ewentualnie do złożenia dokumentów potwierdzających dysponowanie przez wykonawcę odpowiednim potencjałem technicznym - zestawem sprzętu do zrywki drewna stosowego umożliwiającym zrywkę w młodszych klasach wieku składającym się z jednostki napędowej zagregowanej z urządzeniem pozwalającym na wykonanie zrywki metodą nasiębiemą (bez styku surowca z podłożem) wyposażonym w żuraw do załadunku i rozładunku drewna - ciągnik zagregowany z przyczepą typu jar;

5. nakazanie Zamawiającemu wyboru najkorzystniejszej oferty spośród ofert nie podlegającej odrzuceniu.

Zamawiający Skarb Państwa - Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwa Ustka prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługi o wartości szacunkowej większej od wyrażonej w złotych równowartości kwoty 130.000,00 euro pn. Usługi Leśne w roku 2014 w Nadleśnictwie Ustka.

W dniu 23.12.2013 r. Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty wskazując, że w część 11 zamówienia pn. Usługi Leśne w roku 2014 w Nadleśnictwie Ustka, za ofertę najkorzystniejszą uznana została oferta wykonawcy – L..... G..... - Usługi Leśne L..... G..... w Machowinie. W dniu 8 stycznia 2014r. Zamawiający unieważnił czynności oceny i wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu między innymi

w zakresie części numer 11 wskazując, że w sprawie wszczęto postępowanie wyjaśniające. W dniu 9 stycznia 2014r. Zamawiający zawiadomił wykonawcę – L..... G..... o unieważnieniu postępowania w zakresie części 11 wskazując, że czynność unieważnienia postępowania jest konsekwencją wykluczenia Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z powodu nie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w postaci braku sprzętu do zrywki drewna stosowego w młodszych klasach wieku.

Wedle oceny wykonawcy – L..... G..... Zamawiający naruszył wskazane wyżej przepisy ustawy Pzp co miało wpływ na wynik postępowania.

Postępowanie zamawiającego polegające na wykluczeniu Odwołującego jest niezrozumiałe, wszak w dniu 23.12.2013 r. Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty wskazując, że w część 11 zamówienia za ofertę najkorzystniejszą uznana została oferta wykonawcy – L..... G..... - Usługi Leśne L..... G..... w Machowinie. Dokonany w wskazanym dniu wybór oferty Odwołującego musiał zatem oznaczać, że wykonawca spełniał warunki udziału w postępowaniu określone przez Zamawiającego w SIWZ - w tym w zakresie posiadanego potencjału technicznego polegającego między innymi na posiadaniu zestawu sprzętu do zrywki drewna stosowego umożliwiającego zrywkę w młodszych klasach wieku składającego się z jednostki napędowej zagregowanej z urządzeniem pozwalającym na wykonanie zrywki metodą nasiębiemą (bez styku surowca z podłożem) wyposażony w żuraw do załadunku i rozładunku drewna - ciągnik zagregowany z przyczepą typu jar - w ilości 1 sztuk na każde oferowane zadanie.

Odwołujący podnosi, że wykazany w załączniku numer 5 do oferty Forwarder Timberjack 81 OB spełnia wymogi zrywki w trzebieżach wczesnych tj. w 4 strefie prac, bowiem jego szerokość nie przekracza 2,6 m. Zgodnie z Zarządzeniem nr 19 Dyrektora Regionalnego Dyrektora Lasów Państwowych w Szczecinku z dnia 23.04.2012 w sprawie zasad udostępniania drzewostanów siecią szlaków operacyjnych w nadleśnictwach

nadzorowanych przez Regionalną Dyрекcyję Lasów Państwowych w Szczecinku wyżej wymieniony sprzęt spełnia warunki zrywki drewna stosowego w młodszych klasach wieku, ponieważ szlaki operacyjne w tych trzebieżach wynoszą od 3 do 4 metrów (Zarządzenie - załącznik 13 do SIWZ ), ponadto oferowany forwarder jest dopuszczony do pracy przez Urząd Dozoru Technicznego w Koszalinie co potwierdzone zostało dokumentami załączonymi do oferty L..... G..... Również w specyfikacji technicznej sprzętu ze względu na małe gabaryty producent przeznaczył wyżej wymienioną maszynę do zrywki drewna stosowego w młodszych klasach wieku metodą nasiębiemą.

Dodano także, że zgodnie z opisem w encyklopedii internetowej (wikipedia) forwarder - to wykorzystywany w leśnictwie ciągnik do nasiębiemiej zrywki drewna krótkiego (kłod i wałków). Jest to maszyna samozaładowcza. Drewno przy pomocy żurawia ładowane jest na maszynę i podczas zrywki nie ma kontaktu z podłożem. Powoduje to znaczne ograniczenie szkód pokrywy gleby podczas zrywki. Większość forwarderów może być wyposażona w montowane w miejsce kłonic kleszcze przeznaczone do zrywki półpodwieszanej dłużyc. Takie przebrojenie forwardera zmienia go w pełnowartościowy klembank (ciągnik do zrywki drewna). Niniejsze okoliczności wskazują zatem, że w stanie faktycznym sprawy Zamawiający eliminuje z postępowania - wobec braku potencjału technicznego - wykonawcę dysponującego maszyną spełniającą zapisy SIWZ. Oferowana przez Odwołującego maszyna spełnia warunek określony w pkt. 7.2.3. SIWZ na zadania częściowe nr 1 - 15: w którym Zamawiający wymaga - zestawu sprzętu do zrywki drewna stosowego umożliwiającego zrywkę w młodszych klasach wieku składającego się z jednostki napędowej zagregowanej z urządzeniem pozwalającym na wykonanie zrywki metodą nasiębiemą (bez styku surowca z podłożem) wyposażony w żuraw do załadunku i rozładunku drewna - ciągnika zagregowany z przyczepą typu jar - w ilości 1 sztuk na każde oferowane zadanie. Wskazane działanie Zamawiającego w oczywisty sposób narusza przepisy art. 24 ust. 2 pkt 4 i art. 91 ust. 1 ustawy Pzp. Nie jest bowiem dopuszczalne w świetle przepisów ustawy nie udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy spełniającemu warunki udziału w postępowaniu określone w SIWZ, którego oferta jest ofertą najkorzystniejszą spośród ofert nie podlegających odrzuceniu w sytuacji gdy nie zachodzą przesłanki do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Zaznaczono również, że okoliczności o których mowa powyżej wykonawca wskazał Zamawiającemu pismem z dnia 03.01.2014 r. - w sprawie doszło zatem do samo wyjaśnienia złożonych przez wykonawcę dokumentów - co dopuszczalne jest w świetle orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie.

W opinii Odwołującego Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów art. 26 ust. 4 i 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień treści oferty w zakresie oferowanego sprzętu do zrywki drewna stosowego w młodszych klasach

wieku i/lub/ewentualnie do złożenia dokumentów potwierdzających dysponowanie przez wykonawcę odpowiednim potencjałem technicznym - zestawem sprzętu do zrywki drewna stosowego umożliwiającym zrywkę w młodszych klasach wieku składającym się z jednostki napędowej zagregowanej z urządzeniem pozwalającym na wykonanie zrywki metodą nasiębierną (bez styku surowca z podłożem) wyposażonym w żuraw do załadunku i rozładunku drewna - ciągnik zagregowany z przyczepą typu jar.

Nie może być kwestionowane, że wobec ewentualnych wątpliwości Zamawiającego co do treści dokumentów składanych przez wykonawcę na okoliczność wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający ma obowiązek wezwać wykonawców do złożenia wyjaśnień dotyczących dokumentów lub oświadczeń i/lub/ewentualnie do uzupełnienia w wyznaczonym przez niego terminie brakujących czy błędnych oświadczeń lub dokumentów, chyba że mimo ich uzupełnienia konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Oznacza to zatem, że w aktualnym stanie prawnym, Zamawiający wzywa wykonawcę do wyjaśnienia dokumentów lub oświadczeń i/lub/ewentualnie do uzupełnienia dokumentów lub oświadczeń w każdym przypadku, a więc nie tylko wtedy, gdyby nieuzupełnienie miało skutkować unieważnieniem postępowania, chyba że mimo uzupełnienia postępowanie i tak trzeba by było unieważnić. Wskazuje się, iż wezwanie do wyjaśnień zgodnie z art. 26 ust. 4 ustawy Pzp nie zastępuje wezwania do uzupełnienia dokumentów zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Wyjaśnienia służyć mają bowiem wykładni wątpliwej dla Zamawiającego treści złożonego dokumentu. Jeżeli wynik wyjaśnień pozwoli na ustalenie, że złożone dokumenty nie są wystarczające dla potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu, Zamawiającego obciąża ustawowy obowiązek wezwania do uzupełnienia takich dokumentów zgodnie z treścią art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Wezwanie wykonawcy do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy jest czynnością obligatoryjną, bez której niedopuszczalnym jest wykluczenie wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, o ile nie zachodzą negatywne przesłanki przewidziane tym przepisem. Wezwanie do wyjaśnień, o których mowa w przepisie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp również jest czynnością obligatoryjną, jednak sam brak wyjaśnień nie może skutkować wykluczeniem wykonawcy, o ile nie poprzedzi go procedura z art. 26 ust. 3 ustawy. W stanie faktycznym sprawy odstąpienie od wezwania wykonawcy - Odwołującego się od wyjaśnienia złożonych dokumentów i/lub/ewentualnie od uzupełnienia dokumentów lub oświadczeń wskazuje na dowolne i uznaniowe działanie Zamawiającego. Takie działania i zaniechania naruszają wprost także naczelne zasady postępowania o udzielenie zamówienia publicznego - uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, bezstronności i obiektywizmu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego - określone w przepisie art. 7 ustawy. Wedle oceny Odwołującego naruszenie przez Zamawiającego przepisu art. 7 ustawy Pzp staje się bardziej oczywiste jeżeli zauważy

się, że wykluczenie Odwołującego z postępowania nastąpiło, jak podaje Zamawiający, w ramach postępowania wyjaśniającego - którego w istocie zdaniem Odwołującego nie przeprowadzono - bynajmniej do Odwołującego się nie zwracano się o wyjaśnienie ewentualnych wątpliwości.

Konsekwencją wskazanych naruszeń przepisów art. 26 ust. 4 i 3 i art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy Pzp jest unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp - pomimo braku przesłanek do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Wedle oceny Odwołującego Zamawiający naruszył także przepisy art. 24 ust. 2 pkt 3 i art. 93 ust. 3 ustawy Pzp albowiem uzasadnienie tak wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu jak i unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie zawierają uzasadnienia faktycznego pozwalającego wywieść powodów wykluczenia wykonawcy i unieważnienia postępowania.

Mając na uwadze powyższe wnoszono jak na wstępie.

Zawiadomienie o wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego odwołujący otrzymał w dniu 9 stycznia 2014r. Odwołanie wniesiono więc w ustawowym terminie. Stosownie do art. 180 ust. 5 ustawy Pzp Odwołujący przesłał Zamawiającemu kopię odwołania wraz z załącznikami. Wpis od odwołania w wymaganej wysokości został w terminie uiszczony na rachunek UZP.

Na rozprawie Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, której wnosił o oddalenie odwołania w całości jako bezzasadnego.

**Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści SIWZ, ofert złożonych w postępowaniu, wyjaśnień składanych przez wykonawcę w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, dokumentów złożonych przez Strony i włączonych w poczet materiału dowodowego, stanowisk i oświadczeń Stron zaprezentowanych pisemnie i w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:**

Ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, skierowano odwołanie na rozprawę.

W ocenie Izby, wypełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez Odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, gdyż w razie uwzględnienia zarzutów odwołania oferta

Odwołującego mogłaby zostać w wyniku ponownego badania i oceny ofert uznana za najkorzystniejszą. Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Analizując dokumentację postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego w odniesieniu do zarzutów stawianych przez Odwołującego, Izba ustaliła, co następuje:

Z zapisów ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ wynikało, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki, dotyczące dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym. Ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu Zamawiający wskazał, że uzna warunek za spełniony, jeżeli wykonawca przedłoży wykaz narzędzi i urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy usług z zakresu gospodarki leśnej w celu wykonania zamówienia wraz z informacją o podstawie dysponowania tymi zasobami. Zamawiający wymagał, aby wykonawca dysponował narzędziami i urządzeniami technicznymi, niezbędnymi przy pracach z zakresu gospodarki leśnej w postaci zestawu sprzętu do zrywki drewna stosowego umożliwiający zrywkę w młodszych klasach wieku składającego się z jednostki napędowej zagregowanej z urządzeniem pozwalającym na wykonanie zrywki metodą nasiębierną [bez styku surowca z podłożem] wyposażonego w żuraw do załadunku i rozładunku drewna - ciągnik zagregowany z przyczepą typu jar - w ilości 1 szt. na każde oferowane zadanie.

Wykonawca złożył wraz z ofertą wykaz narzędzi przeznaczonych do realizacji zadania nr 11, gdzie ujął w wykazie urządzenie Forwarder Timberjack 81 OB.

Po dokonaniu wyboru Zamawiający otrzymał od innego wykonawcy pismo, z treści którego wynikało, że wybrany wykonawca nie posiada ciągnika z pługofrezarką. Zamawiający postanowił anulować decyzję o wyborze oferty najkorzystniejszej i przeprowadzić postępowanie wyjaśniające. Nadesłane przez Zamawiającego akta postępowania nie zawierają informacji w jaki sposób owo postępowanie wyjaśniające było prowadzone.

Jednocześnie w dniu 3 stycznia 2014 roku wykonawca z własnej inicjatywy złożył wyjaśnienia, w których podkreślił że wykazany w załączniku nr 5 Forwarder Timberjack 81 OB spełnia wymogi zrywki w trzebieżach wczesnych, jego szerokość nie przekracza 2,4 m. Zgodnie z Zarządzeniem nr 19 Dyrektora RDLP w Szczecinku z dnia 22 kwietnia 2012 roku w sprawie zasad udostępniania drzewostanów siecią szlaków operacyjnych w nadleśnictwach nadzorowanych przez RDLP w Szczecinku wymieniony sprzęt spełnia warunki zrywki, ponieważ szlaki operacyjne w trzebieżach wynoszą od 3 do 4 metrów. Forwarder jest dopuszczony do pracy przez Urząd Dozoru Technicznego w Koszalinie.

Także specyfikacja techniczna dopuszcza, ze względu na małe gabaryty, maszynę do zrywki drewna stosowego w młodszych klasach wieku metodą nasiębierną.

Zamawiający postanowił wykluczyć Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy z powodu niewykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu tj. posiadania zestawu do zrywki drewna.

Dokonane ustalenia determinowały okoliczność, że odwołanie musiało zostać uwzględnione.

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie wyznaczonym do rozpoznania odwołania uznała, że przed uzyskaniem od wykonawcy wyjaśnień w zakresie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, a także brak zastosowania procedury określonej art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, w przypadku kiedy możliwe i konieczne jest zastosowanie tej procedury, decyzja o wykluczeniu wykonawcy z powodu niespełnienia warunku udziału w postępowaniu jest przedwczesna.

Sporną w sprawie jest kwestia czy wykonawca podlega wezwaniu do złożenia wyjaśnień odnośnie poziomu spełnienia warunku udziału w postępowaniu oraz kwestia możliwości uzupełnienia oświadczeń i dokumentów w zakresie wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie potencjału technicznego.

Przechodząc do rozpoznania grupy zarzutów referujących do niedoskonałości stwierdzonych przez Zamawiającego w ofercie Odwołującego w ramach złożonych dokumentów, to zauważyć należy, że zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, Zamawiający ma obowiązek wezwania wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożą wymaganych przez niego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, albo którzy złożą wymagane przez Zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

Przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp ma charakter bezwzględnie obowiązujący i nakłada na Zamawiającego nie prawo, a obowiązek wezwania do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów. Zamawiający nie może podjąć decyzji o wykluczeniu wykonawcy nie mając absolutnej pewności co do spełnienia lub niespełnienia przez niego warunków udziału w postępowaniu. Co więcej, zarówno doktryna, jak i orzecznictwo przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp interpretują jednoznacznie: jeżeli z dokumentów załączonych do oferty nie wynika, że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu, traktuje się te dokumenty i oświadczenia jak dokumenty „zawierające błąd” i mimo, że nie ma wątpliwości co do ich treści, Zamawiający winien zastosować art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Za utrwalony

w orzecznictwie należy uznać pogląd, że wezwanie musi być precyzyjne, a więc w jasny sposób musi określać jakie braki w ofercie wymagają uzupełnienia lub wyjaśnienia.

Zamawiający jest zwolniony z obowiązku wzywania do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń, jeżeli mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. W sprawie nie wykazano jednak, by zaistniała konieczność unieważnienia postępowania albo by oferta Odwołującego podlegała odrzuceniu.

Jeżeli istnieją jakiegokolwiek wątpliwości co do spełniania warunku udziału w postępowaniu przez wykonawcę, który w tym postępowaniu złożył ofertę, to obowiązkiem Zamawiającego jest wyjaśnienie tych wątpliwości także przy zastosowaniu trybu z art. 26 ust. 4 ustawy Pzp.

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający, choć miał wątpliwości czy wykonawca dysponuje odpowiednim sprzętem do wykonywania zamówienia w zadaniu nr 11, nie zastosował żadnej z procedur wyjaśniających przewidzianych ustawą Pzp. Nie może być podstawą wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przeprowadzone postępowanie wyjaśniające przez samego Zamawiającego, bez uwzględnienia i poznania stanowiska wykonawcy składającego ofertę co do zaistniałych wątpliwości. Zamawiający w toku rozprawy w żaden sposób nie umiał wytłumaczyć jak przebiegała weryfikacja spełniania warunku udziału dotyczącego obowiązku dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym przeprowadzona w ramach własnego postępowania wyjaśniającego. Zgłoszone przez innego wykonawcę wątpliwości co do oferty Odwołującego dotyczyły sprzętu w postaci ciągnika z pługofrezarką, natomiast powodem wykluczenia z postępowania był brak zestawu do zrywki drewna w młodszych klasach wieku. Choć Odwołujący z własnej inicjatywy złożył wyjaśnienia w dniu 3 stycznia 2014 roku, także dotyczące zestawu do zrywki drewna, to Zamawiający w żaden sposób (w żadnym dokumencie z postępowania) nie wyartykułował swoich wątpliwości co do wykazu sprzętu. Dopiero na rozprawie przed Izbą okazało się, że Zamawiający uważa, iż wykonawca do realizacji zamówienia w zadaniu 11 nie może lub też nie powinien używać forwardera i według wiedzy Zamawiającego forwarder nie jest ciągnikiem zagregowanym z przyczepą typu jar. Wątpliwości te nie znalazły jednak odzwierciedlenia w uzasadnieniu decyzji o wykluczeniu wykonawcy z postępowania ani w żadnym innym dokumencie z postępowania. A co ważniejsze, wykonawcy nie umożliwiono w żaden sposób zajęcia stanowiska odnośnie tej kwestii. Choć sposób rozumienia warunku ustanowionego w postępowaniu nie jest i nie może być przedmiotem rozpoznania w danym postępowaniu odwoławczym, to bez znaczenia pozostaje wiedza obu stron sporu, czy danego sprzętu można, czy też nie można używać w ramach zadania, jeżeli wiedza ta nie znajdzie potwierdzenia w dokumentacji postępowania. Za wystarczające nie można uznać złożone

przez wykonawcę z własnej inicjatywy wyjaśnienia, ponieważ de facto Zamawiający nie przedstawił danemu wykonawcy swoich wątpliwości co do sposobu spełniania przez niego warunku udziału w postępowaniu, dlaczego prezentuje stanowisko, że wykonawca warunku nie spełnia, z jakich zapisów SIWZ wynika, że za spełnienie warunku nie można uznać zaproponowanie forwardera do realizacji zamówienia. Dopiero prawidłowe wezwanie wykonawcy w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp i jednoznaczne wskazanie, dlaczego zdaniem Zamawiającego znajdujący się w ofercie Odwołującego wykaz sprzętu jest niedoskonały, może być podstawą do rozstrzygnięcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i podjęcia decyzji o wykluczeniu wykonawcy. Z tych powodów złożone przez Zamawiającego oświadczenie nadleśniczego o wymaganiach odnośnie sposobu realizacji zamówienia nie było przydatne dla rozstrzygnięcia sporu.

Dlatego też nakazano Zamawiającemu unieważnienie decyzji o wykluczeniu wykonawcy z postępowania i zastosowanie w pierwszej kolejności postępowania wyjaśniającego przewidzianego art. 26 ust. 4 ustawy Pzp w ten sposób, iż Zamawiający powinien jasno i precyzyjnie określić w wezwaniu, jakie błędy jego zdaniem zawiera wykaz narzędzi. Jeżeli uzyskane od wykonawcy wyjaśnienia będą niewystarczające dla potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu lub będą wskazywały na niespełnianie tego warunku, Zamawiający ma obowiązek zastosować procedurę przewidzianą w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, to znaczy ma obowiązek wezwać wykonawcę do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku. W ocenie składu orzekającego Izby w przedmiotowej sprawie nie istnieją bowiem jakiegokolwiek przeciwwskazania do zastosowania trybu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Stanowisko Zamawiającego, że zastosowanie procedury sanacyjnej co do oferty Odwołującego nie jest możliwe, należy uznać za błędne. Ponownie powtórzyć należy, iż Zamawiający zwolniony jest z zastosowania art. 26 ust. 3 ustawy Pzp tylko w przypadku, gdy mimo złożenia dokumentów lub oświadczeń oferta wykonawcy podlegałaby odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Na takie okoliczności Zamawiający nie wskazywał. W przedmiotowym postępowaniu, jeżeli okaże się, że po wyjaśnieniach wykonawca nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, możliwe jest wezwanie do uzupełnienia dokumentów, w ramach którego wykonawca może przecież przedstawić nowy wykaz narzędzi, wskazać, że posiada ciągnik zagregowany z przyczepą typu jar o takich właściwościach, jakich wymaga Zamawiający lub na przykład w tym zakresie skorzystać z potencjału podmiotu trzeciego.

Argumentacja przedstawiona w pierwszej części uzasadnienia orzeczenia determinowała wniosek, że Zamawiający powinien wezwać Odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp a jeżeli powyższe okaże się niewystarczającego,

do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp w sposób jednoznaczny określając jakiego rodzaju wątpliwości budzą złożone w ofercie dokumenty, a odwołanie w tym, zakresie podlegało uwzględnieniu. Zaniechanie powyższego stanowiło naruszenie przepisów Prawa zamówień publicznych wskazanych w odwołaniu.

Konsekwencją uwzględnienia odwołania w zakresie naruszenia art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp była konieczność unieważnienia decyzji Zamawiającego o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, ponieważ nie ziszczyły się przesłanki umożliwiające unieważnienie postępowania na tej podstawie. W postępowaniu złożono co najmniej jedną ofertę, której weryfikacja została przez Zamawiającego przeprowadzona w sposób niedoskonały, dlatego też procedurę badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty Odwołującego należy powtórzyć. Izba zwraca także uwagę, iż uzasadnienie o wykluczeniu z postępowania przekazane wykonawcy miało charakter lakoniczny i poza wskazaniem podstawy prawnej, nie zawierało uzasadnienia faktycznego (merytorycznego), na podstawie którego wykonawca mógłby z decyzją Zamawiającego polemizować. Przy ponownej ocenie ofert Zamawiający winien w sposób bardziej szczegółowy uzasadniać swoje decyzje.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Wobec powyższego stwierdzenie przez Izbę, iż potwierdziła się część zarzutów powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 2 pkt 2) i ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), uwzględniając wynagrodzenie pełnomocnika Odwołującego w wysokości wynikającej z faktury przedłożonej do akt sprawy oraz koszty dojazdu Strony na rozprawę przed Izbą.

**Przewodniczący:**