

WYROK

z dnia 23 lutego 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący : Agnieszka Trojanowska

Protokolant : Małgorzata Wilim

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **23 lutego 2011 r.** w Warszawie odwołania z **17 lutego 2011 r.** wniesionego przez wykonawcę **Taxus SI Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Płomyka 56 A** w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa, Dyrektora Generalnego Państwowego Gospodarstwa Leśnego Lasy Państwowe, Regionalna Dyrekcja Lasów Państwowych w Szczecinie, ul. Słowackiego 2**

przy udziale **Biura Urządzania Lasu i Geodezji Leśnej z siedzibą w Sękocinie Starym, ul. Leśników 21**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1) oddala odwołanie;

2) Kosztami postępowania obciąża Taxus SI Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Płomyka 56 A i nakazuje:

- 1) zaliczyć w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez Taxus SI Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Płomyka 56 A tytułem wpisu od odwołania**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 4 749 zł 92 gr (słownie: cztery tysiące siedemset czterdzieści dziewięć złotych dziewięćdziesiąt dwa grosze) przez Taxus SI Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Płomyka 56 A na rzecz Skarbu Państwa, Dyrektora Generalnego**

Państwowego Gospodarstwa Leśnego Lasy Państwowe, Regionalna Dyrekcja Lasów Państwowych w Szczecinie, ul. Słowackiego 2 stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu zastępstwa prawnego i kosztów dojazdu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 i Nr 161, poz. 1078) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Szczecinie**.

.....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie projektów planów urządzenia lasu dla Nadleśnictw : Drawno, Kłodawa, Łobez wraz z prognozą oddziaływania tych planów na środowisko zostało wszczęte przez zamawiającego Skarb Państwa, Dyrektora Generalnego Państwowego Gospodarstwa Leśnego Lasy Państwowe, Regionalna Dyrekcja Lasów Państwowych w Szczecinie, ul. Słowackiego 2 ogłoszeniem w siedzibie i na stronie internetowej zamawiającego w dniu oraz opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 29 grudnia 2010r. za numerem 2010/S 252-388177.

W dniu 7 lutego 2011r. zamawiający dokonał modyfikacji ogłoszenia i siwz w zakresie warunku wiedzy i doświadczenia stanowiąc, że

„- w przypadku gdy wykonawca składa ofertę na jedną część zamówienia powinien wykazać, iż w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie wykonał co najmniej jeden projekt planu urządzenia lasu dla obiektów powyżej 13 400 hektarów wraz z prognozą oddziaływania tego projektu na środowisko,

- w przypadku gdy wykonawca składa ofertę na dwie lub trzy części zamówienia powinien wykazać, iż w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie wykonał co najmniej dwa projekty planu urządzenia lasu dla obiektów powyżej 13 400 hektarów wraz z prognozami oddziaływania tych projektów na środowisko”, dokonał także zmiany terminów w zakresie wadium terminu składania i otwarcia ofert.

Ogłoszenie o tej modyfikacji zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 11 lutego 2011r. za numerem 2011/S 29-046743.

W dniu 17 lutego 2011r. odwołujący wniósł odwołanie zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 7, art. 186 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2010r. nr 113 poz. 759 ze zm.- dalej ustawy) oraz art. 14 ustawy w związku z art. 70¹ § 4 i 354 kc poprzez opisanie sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w sposób nieodpowiadający żądaniu odwołania z dnia 18 stycznia 2011r. uwzględnionego przez zamawiającego oraz art. 7, art. 22 ust. 4 ustawy oraz art. 44 ust. 2 ustawy w związku z pkt 2 preambuły Dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. Urz. UE.L. 2004 nr 134 str. 114) poprzez opisanie sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, w

sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Wniósł o nakazanie zamawiającemu dokonania modyfikacji opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia poprzez powrót do pierwotnego brzmienia tego opisu zawartego w ogłoszeniu o zamówieniu.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący przedstawił rys historyczny zmian dokonywanych przez zamawiającego w ogłoszeniu z przytoczeniem treści postanowień siwz, a nadto podniósł, że zamawiający jedynie pozornie wypełnił obowiązek dokonania modyfikacji siwz, zgodnie z żądaniem odwołującego zawartym w pierwszym odwołaniu, gdyż modyfikacje z dnia 1 lutego 2011r. zniweczył kolejną modyfikacją z dnia 7 lutego 2011r. Tym samym treść czynności modyfikacji ogłoszenia z dnia 11 lutego 2011r. została ukształtowana, według odwołującego, w taki sposób, że formalnie jest zgodna z ustawą, ale w rzeczywistości zmierza do zrealizowania celu sprzecznego z treścią ustawy i godzi to w skuteczność orzeczeń Izby. Obowiązek zamawiającego zachowania się zgodnie z uwzględnionym żądaniem pierwotnego odwołania jest, zdaniem odwołującego, także wymogiem art. 70¹§ 4 kc.

Odwołujący podniósł, że opis sposobu dokonania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu w brzmieniu ze zmiany ogłoszenia w dniu 11 lutego 2011r. jest sprzeczny z zasadą równego traktowania i proporcjonalności warunku do przedmiotu zamówienia. Podniósł, że zgodnie z art. 19 a ustawy z dnia 28 września 1991r. o lasach w brzmieniu ustalonym po dniu 1 stycznia 2006 r. oraz przy uwzględnieniu wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 26 marca 2006r. sygn. akt K 29/06 uchylającego art. 21a ust. 1 pkt 4 ustawy o lasach plany urządzania lasu mogą wykonywać podmioty, które uzyskały zezwolenie ministra właściwego ds. środowiska. Jest to zatem działalność reglamentowana i przed wydaniem decyzji w tym przedmiocie podmiot ubiegający się o zezwolenie poddawany jest szczegółowej weryfikacji dotyczącej m. In. kwalifikacji personelu zatrudnianego u wnioskodawcy oraz posiadanego przez niego wyposażenia w sprzęt. W chwili obecnej zezwolenie posiada 6 podmiotów, z czego dwa zakończyły działalność, a Taxus spółka cywilna nigdy nie wykonał żadnego planu urządzania lasu. W tej sytuacji w przedmiotowym postępowaniu mogą konkurować jedynie odwołujący Biuro Urządzania Lasu i Geodezji Leśnej z siedzibą w Warszawie oraz Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „KRAMEKO” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie. Na dowód czego odwołujący przedłożył wyciąg ze strony internetowej Ministerstwa Środowiska dotyczący wykazu podmiotów, które posiadają zezwolenie Ministra Środowiska na wykonywanie planów urządzania lasu oraz własny wniosek o wydanie zezwolenia na wykonywanie planów urządzania lasu, w którym zawarte są informacje o osobach wykonujących i nadzorujących prace urzędzeniowe z informacjami na temat ich kwalifikacji, stażu pracy oraz zakresu

wykonywanych czynności a także opis wyposażenia technicznego i informacja o doświadczeniu wnioskodawcy – odwołującego i decyzję z dnia 4 lipca 2008r. obejmująca zezwolenie nr 1/08 zezwalające odwołującemu na wykonywanie planów urządzania lasu na terenie Rzeczypospolitej Polskiej. Wskazał, że skoro krąg wykonawców jest już znacznie ograniczony nieuzasadnione jest jego dalsze ograniczanie poprzez wskazanie minimalnego obszaru dla którego miałyby być wykazywane doświadczenie w sporządzaniu planów urządzania lasu, zwłaszcza, że według odwołującego areał lasu, dla którego sporządza się plan urządzania lasu nie przesądza o stopniu trudności całego przedsięwzięcia. Wskazał także na uzasadnienie wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 26 marca 2006r. sygn. akt K 29/06, gdzie Trybunał stwierdził, że ustawodawca w art. 19a ustawy o lasach wprowadził zaostrzoną administracyjną reglamentację wykonywania usług sporządzania planów urządzania lasów dalej idącą nawet niż wymogi dla usługi systemu planów ochrony parków narodowych i rezerwatów przyrody. Według odwołującego, niedopuszczalne jest wymaganie doświadczenia tożsamego z przedmiotem zamówienia, co w jego ocenie znajduje oparcie także w orzecznictwie Izby – wyrok z dnia 17 września 2009r. sygn. akt KIO/UZP 1135/09 i z dnia 29 marca 2009r. sygn. akt KIO/UZP 269/09. Wskazał, że za proporcjonalne do przedmiotu zamówienia i nienaruszające zasady równego traktowania wykonawców można uznać jedynie wymaganie ubiegania się o zamówienie przez wykonawców, którzy posiadają zezwolenie oraz po jego uzyskaniu wykonywali plany urządzania lasu. Wskazał, że zamawiający biorąc pod uwagę wielkość zamówienia mógł postawić wymagania dotyczące ilości odpowiednio wykwalifikowanych osób czy sprzętu, czego nie uczynił. Odwołanie podpisał w imieniu odwołującego Bogusław Popis wiceprezes zarządu odwołującego upoważniony do jednoosobowej reprezentacji zgodnie z odpisem z KRS załączonym do odwołania. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 17 lutego 2011r. faksem.

W dniu 18 lutego 2011r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania i wezwał ich do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 21 lutego 2011r. do postępowania zgłosił swój udział wykonawca - Biuro Urządzania Lasu i Geodezji Leśnej z siedzibą w Sękocinie Starym, ul. Leśników 21 opowiadając się po stronie zamawiającego i wnosząc o oddalenie odwołania oraz wskazując na swój interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego, gdyż posiada zezwolenie Ministra Środowiska i spełnia postawione przez zamawiającego wymogi, a tym samym może złożyć ofertę w postępowaniu. Zgłoszenie zostało podpisane przez Dyrektora uprawnionego do reprezentacji przystępującego zgodnie z odpisem z KRS załączonym do zgłoszenia przystąpienia.

Kopia przystąpienia została przekazana odwołującemu i zamawiającemu w dniu 21 lutego 2011r. faksem.

W dniu 22 lutego 2011r. zgłaszający przystąpienie wniósł pismo, w którym przedstawił uzasadnienie wniosku o oddalenie odwołania oraz powołał dowody z wykazu powierzchni nadleśnictw, wykazu powierzchni lasów Skarbu Państwa nie będących w zarządzie Lasów Państwowych, informacji szefa produkcji zgłaszającego przystąpienie z dnia 22 lutego 2011r. oraz informacji Regionalnej Dyrekcji Lasów Państwowych w Zielonej Górze o nienależnym wykonaniu zamówienia przez odwołującego. W uzasadnieniu zgłaszający przystąpienie podniósł, że planu urządzenia lasów wykonywane dla nadleśnictw mają inną skalę i specyfikę, a Lasy Państwowe tworzą i aktualizują wymagania i procedury właściwe dla tej specyfiki. Jest przyjętą praktyką, że w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia, na wykonanie planów urządzenia lasu dla nadleśnictwa żąda się wykonania zamówienia zgodnie z powołanymi aktami wewnętrznymi i ustaleniami. Są to instrukcje i wytyczne uzupełniające ogólnie obowiązujące przepisy, dla potrzeb lasów będących w zarządzie tej państwowej jednostki organizacyjnej. Sporządzenie projektów planów urządzenia lasu zgodnie z tymi dokumentami cechuje się zdecydowanie większym stopniem złożoności w przypadku lasów zarządzanych przez PGL LP niż w przypadku lasów Skarbu Państwa zarządzanych przez inne jednostki. Ponadto, oprócz różnic jakościowych, pomiędzy planem urządzenia lasu sporządzanym dla jednostek PGL LP, a innych jednostek zarządzających lasami Skarbu Państwa, istnieje znacząca różnica w powierzchni. Wskazał, że sam fakt uzyskania zezwolenia na prowadzenie działalności polegającej na sporządzaniu planów urządzenia lasu nie daje gwarancji należytego wykonania zamówienia, gdyż podstawą wydawania zezwolenia było doświadczenie uzyskane w latach 2003 – 2006, a więc ponad trzy lata przed upływem terminu składania ofert, nadto podczas postępowania o wydanie zezwolenia nie badano warunków wykonywania prognoz oddziaływania na środowisko, co jest przedmiotem niniejszego zamówienia. Podkreślił także, iż dla lasów będących w zarządzie Lasów Państwowych przepisy przewidują szczególne obowiązki co do zakresu i stopnia szczegółowości informacji wymaganej w prognozie oddziaływania planu na środowisko.

Przystępujący podniósł, że prawem i obowiązkiem każdego zamawiającego jest takie określenie warunków udziału w postępowaniu, aby podmioty, które mogą ubiegać się o zamówienie publiczne dawały gwarancję należytego wykonania zamówienia, z tym ustawowym zastrzeżeniem, że opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Stąd też zamawiający może żądać, aby wykonawcy posiadali doświadczenie w wykonaniu zamówienia tego samego rodzaju. Zamawiający chce dokonać zlecenia projektów planów urządzenia lasu właśnie dla nadleśnictw, dlatego oczekuje wykazania się doświadczeniem w opracowywaniu konkretnie takiego dokumentu. Przystępujący podkreślił,

że stanowisko odwołującego jest wewnętrznie sprzeczne, gdyż z jednej strony podnosi, że areal lasu nie przesądza o trudności przedsięwzięcia, a z drugiej wskazuje, że większy areal wymaga większej ilości ludzi i sprzętu. Wskazał, że wedle jego wiedzy odwołujący nie ma wystarczającego doświadczenia, gdyż sporządzał palny i prognozy jedynie dla lasów o obszarze około 40ha, podczas gdy obszar przewidziany dla niniejszego zamówienia jest wielokrotnie większy, a postawiony warunek określony został na poziomie 64% niniejszego zamówienia, 80% przeciętnego nadleśnictwa w Polsce, 73% przeciętnego nadleśnictwa podległego zamawiającemu. Przystępujący podkreślił, że fakt niedysponowania przez wykonawcę doświadczeniem wymaganym przez zamawiającego nie oznacza naruszenia zasady uczciwej konkurencji i w tym zakresie powołał wyrok z 7 kwietnia 2007r. Sądu Okręgowego w Nowym Sączu sygn. akt III Ca 88/09, wyrok Izby z dnia 25 czerwca 2010r. sygn. akt KIO/UZP1095/10, z dnia 29 stycznia 2010r. sygn. akt KIO/UZP 1862/09. Powołał także wyrok Izby z dnia 11 lutego 2011r. sygn. akt KIO/173/11, cytując obszernie wywody uzasadnienia i wskazując, że w jego ocenie wyrok ten zapadł w analogicznym stanie faktycznym. Przystępujący podniósł, że zarzuty odwołującego dotyczące naruszenia przez zamawiającego przepisów kodeksu cywilnego są niezasadne, gdyż ustawa PZP w tym zakresie odmiennie reguluje stan prawny w art. 38 ust. 4 ustawy niż kodeks cywilny. Ponadto odnośnie zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 186 ust. 2 ustawy przystępujący podniósł, że zarzuty odwołania odwołującego z dnia 18 stycznia 2011r. na mocy art. 186 ust. 3 ustawy nie były przedmiotem merytorycznego rozpoznania przez Izbę, a postanowienie nie zawierało nakazu dokonania czynności, ani nie nadawało się do egzekucji. Przystępujący podkreślił, że trwałość czynności uznanej przez zamawiającego, nie podlega ochronie prawnej i w takim przypadku odwołującemu służy prawo ponownego wniesienia odwołania na czynność niezgodną z ustawą. Według przystępującego zamawiający stanął przed problemem wyważenia interesu odwołującego oraz interesu publicznego, jakim jest możliwość należytego wykonania zamówienia przez wykonawców i w tym zakresie pożądana jest merytoryczna ocena przez Izbę czynności i argumentów uczestników, w ocenie przystępującego, odwołujący nie wykazał, że dobierając warunki udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia naruszono zasadę równego traktowania wykonawców.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny :

Izba dopuściła dowód z dokumentacji postępowania w tym z ogłoszenia o zamówieniu z dnia 29 grudnia 2010r., specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami, modyfikacji ogłoszenia i siwz z dnia 8 stycznia 2011r., odwołania odwołującego z dnia 18 stycznia 2011r., zgłoszenia przystąpienia z dnia 24 stycznia 2011r., odpowiedzi na

odwołanie z dnia 24 stycznia 2011r., postanowienia Izby z dnia 28 stycznia 2011r. w sprawie sygn. akt KIO/107/11 oraz modyfikacji siwz z dnia 1 lutego 2011r., modyfikacji ogłoszenia i siwz z dnia 7 lutego 2011r. oraz publikacji ogłoszenia z dnia 11 lutego 2011r., wyjaśnień zamawiającego z dnia 8 lutego 2011r., wykazu podmiotów posiadających zezwolenie na sporządzanie planów urządzenia lasu, wniosku odwołującego o wydanie zezwolenia w tej sprawie, decyzji – zezwolenia nr 1/08 z dnia 4 lipca 2008 r., wykazu powierzchni nadleśnictw, wykazu powierzchni lasów Skarbu Państwa nie będących w zarządzie Lasów Państwowych, protokołu posiedzenia komisji założeń planu – projekt Regionalnego Zarządu Infrastruktury w Szczecinie.

Izba oddaliła wniosek dowodowy o dopuszczenie dowodu z informacji szefa produkcji zgłaszającego przystąpienie z dnia 22 lutego 2011r., gdyż nie służy on udowodnieniu okoliczności mających istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia oraz informacji Regionalnej Dyrekcji Lasów Państwowych w Zielonej Górze o nienależnym wykonaniu zamówienia przez odwołującego, gdyż wniosek ten został cofnięty przez przystępującego.

Izba ustaliła, co następuje :

W opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 29 grudnia 2010r. za numerem 2010/S 252-388177 w sekcji III.2.1 i sekcji III.2.3 zamawiający postawił wymogi dotyczące opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunku wiedzy i doświadczenia o następującej treści :

„- w przypadku gdy wykonawca składa ofertę na jedną część zamówienia powinien wykazać, iż w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie wykonał co najmniej jeden projekt planu urządzenia lasu wraz z prognozą oddziaływania tego projektu na środowisko,

- w przypadku gdy wykonawca składa ofertę na dwie lub trzy części zamówienia powinien wykazać, iż w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie wykonał co najmniej dwa projekty planu urządzenia lasu wraz z prognozami oddziaływania tych projektów na środowisko”

W dniu 8 stycznia 2010r. zamawiający dokonał zmiany treści sekcji III.2.1. tj. wymogów zamawiającego w zakresie sytuacji podmiotowej wykonawców oraz sekcji III.2.3 w zakresie wymogów dotyczących zdolności technicznej doprecyzowując, że wymaga doświadczenia w wykonaniu projektu planu urządzenia lasu dla konkretnego podmiotu tj. dla nadleśnictwa.

Odwołujący - Taxus SI Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Płomyka 56 A, zgodnie z art. 181 ust. 1 Pzp przesłał do zamawiającego

informację o niezgodnej z przepisami ustawy czynności podjętej przez zamawiającego. Czynnością tą było dokonanie 08.01.2010 r. modyfikacji opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, zawartego w ogłoszeniu w sekcji III pkt 2.1 ppkt 2.

W dniu 18 stycznia 2011r. odwołujący wniósł odwołanie i podniósł, że zamawiający naruszył:

- 1) art. 49 Traktatu Ustanawiającego Wspólnoty Europejskie oraz art. 44 ust. 1, w związku z pkt 2 Preambuły Dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. Urz. UE.L 2004 Nr 134, str. 114), poprzez opisanie sposobu oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu, w zakresie wiedzy i doświadczenia, w sposób dyskryminujący wykonawców ze względu na kraj pochodzenia;
- 2) art. 7, art. 22 ust. 4 ustawy oraz art. 44 ust 2, w związku z pkt 2 preambuły Dyrektywy 2004/18/WE poprzez opisanie sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wniósł o nakazie zamawiającemu dokonanie modyfikacji opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, poprzez powrót do brzmienia tego opisu zawartego w pierwotnym ogłoszeniu o zamówieniu.

Odwołanie podpisał w imieniu odwołującego Bogusław Popis wiceprezes zarządu odwołującego upoważniony do jednoosobowej reprezentacji zgodnie z odpisem z KRS załączonym do odwołania. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu.

W dniu 24 stycznia 2011r. do postępowania zgłosił swój udział wykonawca - Biuro Urządzania Lasu i Geodezji Leśnej z siedzibą w Sękocinie Starym, ul. Leśników 21 opowiadając się po stronie zamawiającego i wnosząc o oddalenie odwołania oraz wskazując na swój interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego.

W tym samym dniu zamawiający poinformował o uwzględnieniu w całości zarzutów postawionych w odwołaniu.

W dniu 27 stycznia 2011 r. przystępujący Biuro Urządzania Lasu i Geodezji Leśnej złożył oświadczenie o nie wniesieniu sprzeciwu wobec uwzględnienia całości zarzutów odwołania przez zamawiającego.

W dniu 28 stycznia 2011r. Izba wydała postanowienie w sprawie sygn. akt KIO/107/11 o umorzeniu postępowania w trybie art. 186 ust. 3 ustawy.

W dniu 1 lutego 2011r. zamawiający w związku z uwzględnieniem zarzutów oraz postanowieniem Izby postanowił zmienić opis warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia tj. pkt 7.2. ppkt. 2 siwz zastępując dotychczasową treść

„- w przypadku gdy wykonawca składa ofertę na jedną część zamówienia powinien wykazać, iż w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie wykonał co najmniej jeden projekt planu urządzenia lasu dla nadleśnictwa wraz z prognozą oddziaływania tego projektu na środowisko,

- w przypadku gdy wykonawca składa ofertę na dwie lub trzy części zamówienia powinien wykazać, iż w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie wykonał co najmniej dwa projekty planu urządzenia lasu dla nadleśnictwa wraz z prognozami oddziaływania tych projektów na środowisko”

Brzmieniem pierwotnym ogłoszenia z dnia 29 grudnia 2010r. tj. usuwając wymóg dotyczący nadleśnictw.

Wraz z dokonaną modyfikacją siwz zamawiający postanowił także przedłużyć termin składania ofert.

W dniu 7 lutego 2011r. zamawiający dokonał modyfikacji ogłoszenia i siwz w zakresie warunku wiedzy i doświadczenia stanowiąc, że

„- w przypadku gdy wykonawca składa ofertę na jedną część zamówienia powinien wykazać, iż w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie wykonał co najmniej jeden projekt planu urządzenia lasu dla obiektów powyżej 13 400 hektarów wraz z prognozą oddziaływania tego projektu na środowisko,

- w przypadku gdy wykonawca składa ofertę na dwie lub trzy części zamówienia powinien wykazać, iż w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie wykonał co najmniej dwa projekty planu urządzenia lasu dla obiektów powyżej 13 400 hektarów wraz z prognozami oddziaływania tych projektów na środowisko”, dokonał także zmiany terminów w zakresie wadium terminu składania i otwarcia ofert.

Ogłoszenie o tej modyfikacji zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 11 lutego 2011r. za numerem 2011/S 29-046743.

W pkt. 3.4 lit. p siwz zamawiający podał powierzchnię nadleśnictw na dzień 1 grudnia 2010r. tj. Nadleśnictwo Drawno 21 162,16 ha, Nadleśnictwo Kłodawa 17 905, 52 ha, Nadleśnictwo Łobez 22 912,32 ha. Jednocześnie zamawiający przewidział możliwość składania ofert

częściowych dla każdego z nadleśnictw. Informacje dotyczące powierzchni nadleśnictw zamawiający potwierdził w wyjaśnieniach z dnia 8 lutego 2011r.

Z dokumentu – zestawienie powierzchni leśnej nadleśnictw na dzień 31.12.2009r. wynika, że największą powierzchnię leśną ma nadleśnictwo Krzystkowice tj. 30 507,48 ha, zaś najmniejszą LOS Puszczykowo 0,99 ha, natomiast drugim w kolejności pod względem wielkości nadleśnictwem jest Nowy Targ - 5 127 ha. Natomiast spośród lasów nie będących w zarządzie PGL LP największe jest LZD Siemianowice – 5 639 ha, a najmniejsze Krzeszowice – 0,90 ha.

Z protokołu posiedzenia Komisji Założeń Planu – Projekt Rejonowego Zarządu Infrastruktury wynika, że podstawą prawną i merytoryczną sporządzenia planu urządzenia lasu ma być m. In. Instrukcja urządzania lasu – stanowiąca załącznik do Zarządzenia nr 43 Dyrektora Generalnego Lasów Państwowych z 18 kwietnia 2003r. zmieniona Zarządzeniem nr 12 z dnia 9 lutego 2009r. Powierzchnia gruntów KWP Kołobrzeg wynosi 35,8065 ha. Z pkt 7 protokołu wynika, że zastosowanie metody inwentaryzacji zasobów drzewnych obowiązującej w instrukcji urządzenia lasu nie da się zastosować z powodu nieobjęcia lasów zarządzanych przez Rejonowy Zarząd Infrastruktury bazą danych, a także z uwagi na to, że przyjęty przez instrukcję sposób liczenia powierzchni próbnych uwzględnia przeciętną wielkość obrębu leśnego w Lasach Państwowych, a obszar KWP znacznie od tej powierzchni odbiega (ok. 36 ha)

Izba zważyła, co następuje :

Izba nie dopatrzyła się zaistnienia przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 ustawy, które mogłyby skutkować odrzuceniem odwołania.

Izba uznała, że odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż posiada zezwolenie Ministra Środowiska uprawniające go do sporządzania planów urządzenia lasów, a zatem jest uprawniony do wykonywania usług będących przedmiotem zamówienia. Oznacza to, że ma potencjalną możliwość złożenia oferty i uzyskania zamówienia, a ukształtowany przez zamawiającego w wyniku zmiany ogłoszenia z dnia 11 lutego 2011r. opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunku wymaganego doświadczenia powoduje, że odwołujący traci możliwość uzyskania zamówienia i z tego względu może też ponieść szkodę w postaci utraty zysku zakładanego w przypadku udzielenia mu zamówienia publicznego. Tym samym Izba uznała, że przesłanka materialnoprawna dopuszczalności odwołania z art. 179 ust. 1 ustawy została spełniona.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7, art. 186 ust. 2 ustawy oraz art. 14 ustawy w związku z art. 70¹ § 4 i 354 kc poprzez opisanie sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w sposób nieodpowiadający żądaniu odwołania z dnia 18 stycznia 2011r. uwzględnionego przez zamawiającego

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. W szczególności nietrafne jest powoływanie się odwołującego na przepisy ustawy kodeks cywilny poprzez odesłanie art. 14 ustawy. Art. 14 ustawy zezwala na zastosowanie wprost przepisów kodeksu cywilnego jedynie w sytuacji, gdy przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych nie stanowią inaczej. Art. 70¹ § 4 kc nie może mieć zatem zastosowania w przedmiotowej sprawie, skoro ustawa Pzp w art. 38 ust. 4, 4a, 4b, 6 ustawy zezwala zamawiającemu na zmianę postanowień siwz, w tym również tych, które odnoszą się do opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunku i określa zasady i termin dokonywania takich zmian. W tej sytuacji nie można przyjąć, że zamawiający jest zobowiązany od chwili udostępnienia warunków, zgodnie z ogłoszeniem przetargu, postępować zgodnie z postanowieniami ogłoszenia, a także warunków przetargu. Ustawa kształtuje związek zamawiającego postanowieniami ogłoszenia w taki sposób, że zamawiający jest nimi związany każdorazowo do czasu, kiedy nie zaistnieją przesłanki dokonania zmiany ogłoszenia czy siwz na zasadach, warunkach i w terminie określonym w art. 38 ust. 4 – 6 ustawy. Z tego względu, skoro art. 70¹ kc nie ma zastosowania w postępowaniu o zamówienie publiczne, gdyż ustawa te kwestie reguluje inaczej, to zamawiający nie mógł dopuścić się naruszenia art. 70¹ § 4 kc z związku z art. 14 ustawy. Również Izba nie dopatrzyła się naruszenia przez zamawiającego art. 354 kc w związku z art. 14 ustawy, gdyż art. 354 kc nie ma zastosowania na etapie przed zawarciem umowy. Art. 354 kc dotyczy obowiązku określonego zachowania się strony stosunku zobowiązaniowego na etapie wykonania tego stosunku czyli po zawarciu umowy. Izba nie podziela argumentacji odwołującego, że sam fakt, iż w art. 186 ust. 2 zd. 2 ustawy nałożono na zamawiającego obowiązek wykonania czynności zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu, powoduje powstanie zobowiązania cywilnoprawnego, które nadawałoby się do wykonania w rozumieniu art. 354 kc. Przede wszystkim postanowienie o umorzeniu postępowania na skutek uwzględnienia odwołania przez zamawiającego nie jest rozstrzygnięciem co do istoty sprawy, a jedynie orzeczeniem opartym o uznanie roszczenia procesowego odwołującego. Ustawodawca nie przewidział żadnych mechanizmów kontroli przez Izbę w toku wydania postanowienia dopuszczalności, czy zgodności z prawem takiego uznania. Izba ma obowiązek wydać postanowienie w trybie art. 186 ust. 2 ustawy, gdy zajądą dwie przesłanki – zamawiający uznał w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu i w terminie do postępowania odwoławczego nie przystąpił żaden wykonawca. Izba uznała także, iż zamawiający nie naruszył art. 186 ust. 2 ustawy, gdyż dokonał zmiany postanowień

ogłoszenia i siwz w brzmieniu z dnia 8 stycznia 2011r. poprzez usunięcie w dniu 1 lutego 2011r. określenia „dla nadleśnictw” w opisie sposobu dokonywania oceny spełniania warunku wiedzy i doświadczenia. Tym samym zamawiający wykonał dokładnie to, do czego się zobowiązał w odpowiedzi na odwołanie z dnia 24 stycznia 2011r. Modyfikacja siwz z dnia 1 lutego 2011r. w pełni odpowiadała żądaniom odwołującego zawartym w odwołaniu z dnia 18 stycznia 2011r. W tej sytuacji Izba uznała, że zamawiający wykonał czynność modyfikacji treści ogłoszenia i siwz w postępowaniu zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu, a tym samym nie naruszył art. 186 ust. 2 ustawy. Na marginesie jedynie należy podnieść dwie okoliczności. Po pierwsze umorzenie postępowania nastąpiło na podstawie art. 186 ust. 3 ustawy, gdyż w terminie zgłosił swój udział przystępujący i złożył oświadczenie o nie wnoszeniu sprzeciwu, a zatem prawidłowe wskazanie podstawy prawnej zarzutu powinno wskazywać na art. 186 ust. 3 ustawy, co nie zmienia w żaden sposób stanowiska Izby, iż nawet w przypadku tak określonej podstawy prawnej zarzutu, zamawiający nie naruszył art. 186 ust. 3 ustawy. Możliwość złożenia odpowiedzi na odwołanie, w której zamawiający uwzględnia zarzuty i wydanie w konsekwencji tej czynności postanowienia o umorzeniu postępowania, nie powoduje powstania ustawowego zakazu dalszej modyfikacji treści ogłoszenia czy siwz. Jednakże ustawodawca zapewnił w tym zakresie wykonawcom możliwość kontroli postępowania poprzez wnoszenie odwołań. Z możliwości tej odwołujący skorzystał wnosząc odwołanie będące przedmiotem rozstrzygnięcia w niniejszej sprawie. Nie jest to jednak odwołania od czynności zamawiającego wykonanej niezgodnie z żądaniem odwołującego lecz od nowej czynności w postępowaniu, która nie była przedmiotem zaskarżenia, ani czynności dyspozytywnej zamawiającego, jaką jest możliwość uwzględnienia odwołania w całości. Tym samym Izba nie dopatrzyła się w działaniu zamawiającego naruszenia art. 186 ust. 2 ustawy. Odwołujący nie wykazał naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy w związku z naruszeniem art. 186 ust. 2 ustawy i art. 70¹ § 4 kc i 354 kc w związku z art. 14 ustawy. Izba uznała, że powyższy zarzut nie znalazł odzwierciedlenia w stanie faktycznym sprawy i zgromadzonym materiale dowodowym.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7, art. 22 ust. 4 ustawy oraz art. 44 ust. 2 dyrektywy w związku z pkt 2 preambuły Dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. Urz. UE.L. 2004 nr 134 str. 114) poprzez opisanie sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Art. 44 ust. 2 dyrektywy stanowi, że instytucje zamawiające mogą żądać od kandydatów i oferentów spełnienia wymagań dotyczących minimalnych zdolności, a zakres informacji oraz minimalne zdolności wymagane w przypadku konkretnych zamówień muszą być związane i proporcjonalne do przedmiotu zamówienia. Treść zatem tego przepisu nie pozostaje w sprzeczności z treścią art. 22 ust. 4 ustawy. Nadto Dyrektywa 2004/18/WE została implementowana do prawa krajowego, a odwołujący nie stawia zarzutu wadliwej implementacji, a zatem zastosowanie mają przepisy prawa krajowego. Izba przypomina jedynie, że dyrektywa jest aktem prawnym, który wiąże państwo członkowskie, co do celu, natomiast sposób osiągnięcia tego celu dyrektywa w dużej mierze pozostawia swobodzie państwa członkowskiego. Tym samym zarzut naruszenia implementowanej dyrektywy może być podnoszony jedynie w sytuacji, gdy w ocenie skarżącego, sposób implementacji przyjęty przez państwo członkowskie nie zapewnia osiągnięcia celu dyrektywy. Odwołujący takiej argumentacji nie przedstawił. Izba uznała, że zarzut w tym zakresie jest niezasadny.

Odnosnie zarzutów naruszenia przez zamawiającego art. 7 i art. 22 ust. 4 ustawy poprzez opisanie sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, to Izba ustaliła, że wymaganie wykazania się wykonaniem projektów planów urządzenia lasu dla obiektów powyżej 13 400 ha każdy zostało ukształtowane na poziomie niższym niż obszary obiektów, które mają być objęte zamawianymi projektami planów urządzenia lasu, co wynika wprost z pkt 3.4 siwz. Bezsporne jest także pomiędzy stronami, iż dopuszczalne jest wykazanie się doświadczeniem w sporządzaniu projektów planów urządzenia lasów wykonywanych na zlecenie podmiotów państwowych jak i prywatnych, a także wykonywanych na obszarach nadleśnictw, ale także innych skupisk leśnych nie znajdujących się w obszarze działania Państwowego Gospodarstwa Leśnego Lasy Państwowe. Zamawiający wyjaśnił na rozprawie, że niewystarczające jest wykazanie się doświadczeniem w wykonywaniu projektów uproszczonych planów urządzenia lasu. Strony nie kwestionują także, iż powierzchnie lasów nieznajdujące się w zarządzie PGL LP są wielokrotnie mniejsze niż będące przedmiotem niniejszego zamówienia. Z mocy ustawy o lasach tj. art. 18 ust. 4 wynika, co powinien obejmować plan urządzenia lasu i dotyczy to

1) opisu lasów i gruntów przeznaczonych do zalesienia, w tym:

a) zestawienia powierzchni lasów, gruntów przeznaczonych do zalesienia oraz lasów ochronnych,

b) zestawienia powierzchni lasów z roślinnością leśną (uprawami leśnymi) według gatunków drzew w drzewostanie, klas wieku, klas bonitacji drzewostanów oraz funkcji lasów;

2) analizy gospodarki leśnej w minionym okresie;

- 2a) program ochrony przyrody;
- 3) określenia zadań, w tym w szczególności dotyczących:
 - a) ilości przewidzianego do pozyskania drewna, określonego etatem miąższościowym użytków głównych (rębnych i przedrębnych),
 - b) zalesień i odnowień,
 - c) pielęgnowania i ochrony lasu, w tym również ochrony przeciwpożarowej,
 - d) gospodarki łowieckiej,
 - e) potrzeb w zakresie infrastruktury technicznej.

Zgodnie z art. 19 a ustawy o lasach wykonywanie planów urządzenia lasów jest działalnością reglamentowaną, dopuszczalną jedynie dla podmiotów posiadających zezwolenie Ministra Środowiska. Minister Środowiska prowadzi rejestr zezwoleń zawierający informacje o wnioskach i decyzjach w sprawach zezwoleń. Dane zawarte w rejestrze są jawne i na dzień składania odwołania w tym rejestrze ujawnionych jest 6 podmiotów. Sama okoliczność, że podmioty mające świadczyć usługi projektowania planów urządzenia lasu podlegają sprawdzeniu i weryfikacji na etapie nadawania im uprawnień do wykonywania określonego rodzaju działalności nie przesądza jeszcze o tym, że zamawiający na skutek tej weryfikacji otrzymuje gwarancję należytego wykonania zamówienia, ani nie odbiera zamawiającemu prawa sprawdzenia wykonawcy pod względem posiadanej wiedzy i doświadczenia. Należy bowiem zauważyć, że ustawodawca rozgraniczył warunek posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności (art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy) od warunku posiadania wiedzy i doświadczenia (art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy). Tym samym fakt, iż jedynie określona – wąska w przedmiotowej sprawie grupa wykonawców, może zamówienie wykonać, gdyż posiada do tego stosowne uprawnienia, nie może być traktowany jako podstawa dla pozbawienia zamawiającego możliwości dalszej weryfikacji kandydata na zleceniobiorcę. Ustawodawca wprost w art. 22 ust. 4 ustawy zawarł dyrektywę interpretacyjną, czym ma kierować się zamawiający przy opisie sposobu dokonania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu i wskazał dwa takie elementy tj. związek z przedmiotem zamówienia, co nie jest sporne w sprawie i proporcjonalność do przedmiotu zamówienia. Kwestią sporną jest właśnie to, czy postawienie wymogu wykazania się doświadczeniem w wykonaniu projektu planu urządzenia lasu dla obiektów powyżej 13 400 ha jest nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia. Izba uznała, że takiego zarzutu postawić nie można. W szczególności odwołujący nie zaprzeczył twierdzeniu przystępującego, że dla obiektów o powierzchni powyżej 10 000ha znajdujących się w zarządzie PGL LP wymagane jest sporządzenie planu urządzenia lasu obejmującego szczegółowe pozycje takie jak np. mapy walorów przyrodniczych, mapy funkcji lasu, mapy terenów łowieckich, mapy dla leśniczych. Wymogi takie wynikają z zarządzenia Dyrektora Generalnego PGL LP nr 43 z dnia 18 kwietnia 2003r. ze zm. i w przedmiotowej sprawie to

zarządzenie będzie również miało zastosowanie do wykonania przedmiotowego zamówienia, na co wprost wskazał zamawiający w pkt. 3.4 lit. f siwz. Oznacza to, że obszar obiektu ma znaczenie dla zakresu opracowania będącego przedmiotem wykazywanego doświadczenia. Izba dała też wiarę zamawiającemu i przystępującemu, co do ich oświadczeń, że wykonanie projektu planu urządzenia lasu w zależności od powierzchni obiektu różni się także pod względem organizacyjnym tj. zaangażowania ludzi i sprzętu. Tym samym skoro zamawiający określił opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu na poziomie około 30% niższym niż wymagany dla najmniejszej części zamówienia, oraz związanym z przedmiotem zamówienia, to w ocenie Izby zachował proporcjonalność, o której mowa w art. 22 ust. 4 ustawy. Dodatkowo stanowisko zamawiającego znalazło potwierdzenie w dowodzie przedłożonym przez odwołującego tj. w protokole z posiedzenia Komisji Założeń Planu Rejonowego Zarządu Infrastruktury w Szczecinie, gdyż jak wynika z tego dokumentu areał leśny KPW Kołobrzeg to ok. 36ha i między innymi z powodu tak małej powierzchni nie możliwe było zastosowanie wprost Instrukcji urządzenia lasu stanowiącej załącznik do zarządzenia nr 43. O odmienności tego zlecenia, w stosunku do przedmiotu zamówienia, poza powierzchnią świadczy także brak kategorii ochronności, brak danych z zakresu gospodarowania lasem w ubiegłym okresie, a dodatkowe elementy tj. zagospodarowanie łowieckie, zagospodarowanie rekreacyjne, ochrona przeciwpożarowa czy ochrona przyrody mają być oparte o plan urządzenia lasu dla Nadleśnictwa Gościnnno. Dokument ten stanowi potwierdzenie stanowiska przystępującego o nieproporcjonalności zakresu opracowań wykonywanych dla lasów o niewielkiej powierzchni.

Izba nie dopatrzyła się w działaniu zamawiającego naruszenia art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 4 ustawy i art. 44 ust. 2 w związku z pkt. 2 preambuły dyrektywy 2004/18/WE.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp w zw. z § 3 pkt 2 lit. a i b oraz § 5 ust. 3 pkt. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) oraz Izba uwzględniła koszty zamawiającego z tytułu zastępstwa prawnego i kosztu dojazdu na rozprawę (§ 5 ust. 3 pkt 1 cyt. Rozporządzenia).

Przewodniczący :

.....