

Sygn. akt: KIO 106/13

WYROK
z dnia 4 lutego 2013 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Katarzyna Prowadzisz**

Członkowie: **Andrzej Niwicki**
Anna Packo

Protokolant: **Paulina Nowicka**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 lutego 2013 roku, w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 stycznia 2013 roku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Zakład Usług Leśnych R..... G..... z siedzibą w miejscowości Bukowo 8, 78-220 Tychowo oraz Usługi Leśne S..... T..... z siedzibą w miejscowości Pobądz 21, 78-220 Tychowo w postępowaniu prowadzonym przez Skarb Państwa Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Tychowo z siedzibą przy ulicy Leona Mroczkiewicza 3B, 78-220 Tychowo

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Zakład Usług Leśnych R..... G..... z siedzibą w miejscowości

Bukowo 8, 78-220 Tychowo oraz Usługi Leśne S..... T..... z siedzibą w miejscowości Pobądz 21, 78-220 Tychowo i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Zakład Usług Leśnych R..... G..... z siedzibą w miejscowości Bukowo 8, 78-220 Tychowo oraz Usługi Leśne S..... T..... z siedzibą w miejscowości Pobądz 21, 78-220 Tychowo tytułem wpisu od odwołania;

2.2 zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Zakład Usług Leśnych R..... G..... z siedzibą w miejscowości Bukowo 8, 78-220 Tychowo oraz Usługi Leśne S..... T..... z siedzibą w miejscowości Pobądz 21, 78-220 Tychowo na rzecz Zamawiającego Skarb Państwa Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Tychowo z siedzibą przy ulicy Leona Mroczkiewicza 3B, 78-220 Tychowo kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione zastępstwa prawnego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Koszalin.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Sygn. akt: KIO 106/13

UZASADNIENIE

Zamawiający Skarb Państwa Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Tychowo z siedzibą przy ulicy Leona Mroczkiewicza 3B, 78-220 Tychowo prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą *Usługi z zakresu gospodarki leśnej w Nadleśnictwie Tychowo w 2013 r.* opublikowanego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 20 listopada 2012 roku pod numerem 2012/S 223-367638.

Pismem z 7 stycznia 2013 roku Zamawiający zamieścił w dniu 8 stycznia 2013 roku na stronie internetowej a następnie przesłał do Odwołującego informację o wyborze najkorzystniejszej oferty. Zamawiający powiadomił Odwołującego, że ofertą najkorzystniejszą dla zadania nr 3 jest oferta wykonawcy R..... M..... prowadzący działalność gospodarczą Usługi Leśne R..... M..... z siedzibą Manowo 7A/11, 76-015 Manowo, która to oferta uzyskała 100 punktów w wyniku dokonanej przez Zamawiającego oceny ofert na podstawie obowiązujących kryteriów oceny ofert.

18 stycznia 2013 roku Odwołujący, działając na podstawie art. 180 i następnych ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, nr 113 poz. 759 z późn. zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), złożył do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie w zakresie Zadania nr 3 i zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy przez zaniechanie wykluczenia R..... M..... z udziału w postępowaniu,
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 2, 5 i 6 ustawy przez zaniechanie czynności odrzucenia oferty R..... M.....
- 3) art. 91 ust. 1 ustawy przez dokonanie wyboru oferty R..... M..... jako najkorzystniejszej w sytuacji gdy wykonawca podlegała wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy a jego oferta odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy oraz art. 24 ust. 4 ustawy,
- 4) art. 26 ust. 3 i 4 ustawy, przez zaniechanie czynności wezwania wykonawcy R..... M..... do uzupełnienia dokumentów i udzielenia wyjaśnień,
- 5) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy, przez nie respektowanie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o:

- 1) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty na zadanie nr 3 zamówienia,
- 2) wykluczenie wykonawcy R..... M..... na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy,

- 3) odrzucenia oferty wykonawcy R..... M..... na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i pkt 5 ustawy,
- 4) nakazanie powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w tym oferty Odwołującego, przyznanie odwołującemu kosztów postępowania, związanych z postępowaniem odwoławczym na podstawie faktury złożonej na rozprawie.

Odwołujący następująco uzasadnił stanowisko:

Zamawiający 9 stycznia 2013 roku zawiadomił pisemnie Odwołującego o wyborze jako najkorzystniejszej oferty R..... M..... w przetargu nieograniczonym na „Usługi z zakresu gospodarki leśnej w Nadleśnictwie Tychowo w 2013 r.” Zadanie nr 3 - Znak postępowania NA-2710-111-102/12. Postępowanie prowadzone było w trybie dla postępowań o wartości zamówienia przekraczającej kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący, których oferta oceniona została jako druga w kolejności dla zadania nr 3 dokonali analizy oferty R..... M..... z uwzględnieniem dokumentów uzupełnionych po wezwaniu Zamawiającego dokonanym w trybie art. 26 ust. 3 ustawy stwierdzając, iż dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty dla zadania nr 3 Zamawiający dokonał z uwzględnieniem oferty podlegającej odrzuceniu oraz wykonawcy podlegającego wykluczeniu. Dodatkowo Odwołujący stwierdził, iż Zamawiający dokonał czynności przewidzianych w art. 26 ust. 3 i 4 ustawy jedynie częściowo - zaniechując tych czynności w stosunku do części występujących braków oferty R..... M.....

1. Warunkiem udziału w postępowaniu zgodnie z pkt 8.1.b Specyfikacji Istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) dla zadania nr 3 było wykazanie posiadania wiedzy i doświadczenia do wykonania zamówienia dla usługi dotyczących gospodarki

leśnej o wartości prac nie mniejszej niż łącznie w kwocie 590.000 zł, wykazywanym w formularzu stanowiącym załącznik nr 5 do SIWZ. Istotnym elementem tego formularza był obowiązek wykonawców określenia numeru części zamówienia dla którego wykazywane wykonane usługi będą przypisane. Zamawiający pismem z 17 grudnia 2012 r. w trybie art. 26 ustawy wezwał R..... M....., wobec stwierdzenia złożenia oświadczenia wg wzoru stanowiącego załącznik nr 5 do SIWZ z błędami (brak określenia nr zadania dla którego wykaz został złożony, do uzupełnienia oferty m.in. o prawidłowo wypełniony wykaz wg wzoru stanowiącego załącznik nr 5 do SIWZ. Wykonanie wezwania miało nastąpić do 27 grudnia 2012 r. W ocenie Odwołującego, R..... M..... złożył poprawiony wykaz wg wzoru określonego w zał. Nr 5 po terminie (brak daty wpływu), a treść złożonego wykazu uzasadniała uznanie, iż R..... M..... nie spełnia warunków udziału w postępowaniu dla zadania nr 3, w którym m.in. oferta R..... M..... uznana została za najkorzystniejszą. Zgodnie ze złożonym poprawionym wykazem wg wzoru określonego w załączniku nr 5 wykaz wykonanych usług dotyczył wyłącznie zadań nr 1, 2 i 8 a nie zadania nr 3. W ocenie Odwołującego oferta R..... M..... dla zadania nr 3 nie pozwalała uznać tego wykonawcy za spełniającego warunki udziału w tej części postępowania, bowiem nie zawierała wykazu zgodnie z załącznikiem nr 5 i pomimo wezwania Zamawiającego tego braku wykonawca nie usunął. W ocenie Odwołującego to uzasadnia zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy przez zaniechanie wykluczenia R..... M..... z udziału w postępowaniu dla zadanie nr 3.

2. Warunkiem udziału w postępowaniu zgodnie z pkt 8c SIWZ dla zadania nr 3 było dysponowanie odpowiednim potencjałem technicznym do wykonania tej części zamówienia, wykazywanym w formularzu stanowiącym załącznik nr 6 do SIWZ, obejmującym:
 - przegubowy ciągnik specjalistyczny do zrywki drewna dłuźycowego metodą półpodwieszoną lub nasiębiemą albo ciągnik rolniczy o mocy min. 80 KM

posiadający napęd na dwie osie oraz wyposażony we wciągarkę linową i płytę lub łyżkę mygłującą, którym można dokonywać zrywki drewna dłużycowego metodą półpodwieszoną: - minimum szt. 2

– zestaw sprzętu do zrywki drewna stosowego składający 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 typu Forwarder lub ciągnik zagregowany z przyczepą typu Jar - minimum szt. 2.

Istotnym elementem tego formularza był obowiązek wykonawców określenia numeru części zamówienia, dla którego określone urządzenia techniczne będą użyte, bowiem zgodnie z SIWZ dla każdej z części zamówienia, wykonawcy mieli używać innych urządzeń. Zamawiający pismem z 17 grudnia 2012 r. w trybie art. 26 ustawy wezwał R..... M....., wobec stwierdzenia złożenia oświadczenia wg wzoru stanowiącego załącznik nr 6 do SIWZ z błędami, do uzupełnienia oferty m.in. o prawidłowo wypełniony wykaz wg wzoru stanowiącego załącznik nr 6 do SIWZ. W ocenie Odwołującego się R..... M..... złożył poprawiony wykaz wg wzoru określonego w zał. Nr 6 po terminie (brak daty wpływu), a treść złożonego wykazu uzasadniała uznanie, iż R..... M..... nie spełnia warunków udziału w postępowaniu dla zadania nr 3, w którym m.in. oferta Ryszarda Madej uznana została za najkorzystniejszą. Zgodnie ze złożonym poprawionym wykazem wg wzoru określonego w załączniku nr 6 wykaz urządzeń technicznych w pozycjach 10-13 nie wskazywał numerów zadań dla których urządzenia te mają być użyte. W ocenie Odwołującego oferta R..... M..... dla zadania nr 3 nie pozwalała uznać tego wykonawcy za spełniającego warunki udziału w tej części postępowania bowiem nie zawierała prawidłowo i kompletnie wypełnionego wykazu zgodnie z załącznikiem nr 6 w sposób uniemożliwiający ustalenie dla jakiej części zadania urządzenia wskazane w pozycjach 10-13 będą użyte i pomimo wezwania Zamawiającego tego braku wykonawca nie usunął. W ocenie

Odwołującego to uzasadnia zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy przez zaniechanie wykluczenia R..... M..... z udziału w postępowaniu dla zadanie nr 3.

3. Zgodnie z pkt 9.1 SIWZ jeżeli wykonawca, wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, Zamawiający żąda od wykonawcy przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów potwierdzających brak podstaw wykluczenia, tj. oświadczeń o braku podstaw do wykluczenia zgodnie z zał. nr 9 do SIWZ. Wykonawca R..... M..... w ofercie określił, iż 40% zamówienia na wykonanie zadania nr 3 powierzy podwykonawcy i złożył do oferty własne oświadczenie wg wzoru w załączniku nr 9 do SIWZ „Oświadczenie podwykonawcy” o braku podstaw do wykluczenia w trybie art. 24 ustawy nie określając osoby podwykonawcy i składając oświadczenie w imieniu własnym a nie podwykonawcy. Zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia. Pomimo tego, iż R..... M..... wskazał, iż 40 % zamówienia (część nr 3) wykona przy udziale podwykonawcy Zamawiający nie zażądał wykazania okoliczności, o których mowa w art. 26 ust. 2b ustawy. Zamawiający pismem z 17 grudnia 2012 r. ani żadnym innym nie żądał od R..... M..... uzupełnienia oferty o prawidłowo wypełnione oświadczenie wg załącznika nr 9 do SIWZ i wykazania okoliczności, o których mowa w art. 26 ust. 2b ustawy przez co Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy.

4. Ponadto zamawiający naruszył także art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy, który stanowi, że Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli oferta zawiera błędy w obliczeniu ceny. Załącznik do oferty R..... M..... złożony zgodnie ze wzorem z załącznika nr 2 do SIWZ „Formularz Cenowy Oferty” zawiera w pozycjach TR-ŚMIECI, OCHRP, OCHRONA, PPOŻ i Ogółem wartość oferty błędy, poprawione ręcznie niezgodnie z warunkami określonymi w poz. 14.2 SIWZ (parafowane własnoręcznie przez podpisującego ofertę). Część oferty R..... M..... na wykonanie zamówienia w części III stanowiąca Formularz Cenowy Oferty jako wypełniony niezgodnie z SIWZ i zawierający błędy w obliczeniu ceny nie poprawione zgodnie z warunkami SIWZ uzasadnia zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 i art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy.

Reasumując wskazane w odwołaniu okoliczności faktyczne uzasadniają w ocenie Odwoływającego naruszenie wskazanych na wstępie przepisów ustawy.

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

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, nr 113 poz. 759 z późn. zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem 18 stycznia 2013 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu, co potwierdza dołączona do odwołania informacja.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – *Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują*

wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie a także stanowiska i oświadczenia Stron złożone ustnie do protokołu.

Zamawiający pismem z 24 stycznia 2013 roku (1 luty 2013 - prezentata na piśmie) złożył *Odpowiedź na odwołanie*, Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, nr 113 poz. 759 z późn. zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), *Izba uwzględniła odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.* Izba dokonawszy oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów biorąc pod uwagę stanowiska Stron przedstawione na rozprawie stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołanie dotyczy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą *Usługi z zakresu gospodarki leśnej w Nadleśnictwie Tychowo w 2013 r. Zadanie nr 3 – leśnictwo Kurozwęcz.*

W zakresie zarzutu odwołania niewykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu przez Wykonawcę R..... M..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Leśne R..... M..... (dalej: Wykonawca) a określonego przez Zamawiającego w punkcie 8.1.b Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ) dla zadania nr 3 Izba uznała zarzut za niezasadny.

Izba ustaliła, że w punkcie 8.1.b SIWZ Zamawiający określił następujące wymaganie: *wykonawcy dla każdej części zamówienia wykażą wykonanie w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym terminie, minimum 2 usług dotyczących gospodarki leśnej, w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia, oraz wartości prac nie mniejszej niż łącznie w kwocie: (...) – część zamówienia nr 3 (leśnictwo Kurozwęcz) – 590 000 zł, - część zamówienia nr 4 (leśnictwo Dargiń) – 510 000 zł (...) a także załączą dokumenty potwierdzające, że usługi te zostały wykonane należycie.*

Wykonawca na wezwanie Zamawiającego z 17 grudnia 2012 roku złożył do Zamawiającego 24 grudnia 2012 roku dokumenty do uzupełnienia jakich wzywał Zamawiający (data wpływu na piśmie, numer kontroli wpływu 151/12). Wykonawca złożył *Wykaz wykonanych usług w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składani ofert* zgodnie z wzorem stanowiącym Załącznik nr 5 do SWIZ. Wykonawca w kolumnie *Nr części zamówienia* podał dla usługi zrealizowanej na rzecz Nadleśnictwa Manowo w 2010r. (wartość 725 953,10 zł) część zamówienia 2 i 8, dla usługi zrealizowanej dla Nadleśnictwa Manowo w 2011r. (wartość 317 350,19 zł) część zamówienia 8, dla usługi zrealizowanej na rzecz Nadleśnictwa Tychowo w 2011r. (wartość 495 858,44 zł), dla usługi na rzecz Nadleśnictwa Manowo w 2012r. (wartość 487 663,60 zł) część zamówienia 8. Zamawiający pismem z 7 stycznia

2013 roku powiadomił Wykonawcę, że dokonał poprawy oczywistej omyłki pisarskiej w uzupełnionych dokumentach, które wpłynęły w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, ponieważ w podane zostały numery zadań niezgodne z numerami części zamówienia, na które została złożona oferta Wykonawcy.

Wykonawca R..... M..... prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Leśne R..... M..... złożył ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia dla Zadania nr 3 i Zadania nr 4.

W ocenie Izby, w rozpoznawanej sprawie, Wykonawca wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu dla Zadania nr 3 jakie określił w punkcie 8.1.b SIWZ Zamawiający, tym samym czynność Zamawiającego oceny Wykonawcy w tym zakresie była prawidłowa i Zamawiający nie naruszył art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy *Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy: (...) nie wykazali spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez zaniechanie wykluczenia Wykonawcy R..... M..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Leśne R..... M..... z udziału w postępowaniu dla Zadanie nr 3. Należy zaznaczyć, że wykazane przez tego Wykonawcę zrealizowane usługi w okresie od 2010 roku do 2012 roku odpowiadają wymaganiom Zamawiającego w zakresie przedmiotu świadczonych usług oraz wartościowo spełniają postawiony warunek. Po pierwsze Wykonawca złożył ofertę dla Zadania 3 i Zadania 4, co wynika jednoznacznie z całej oferty tego Wykonawcy natomiast w uzupełnionym wykazie podał on numery zadań, w których nie składał oferty (1, 2, 8). Po drugie, niezależnie od tego jak Zamawiający dokonałby poprawy w kolumnie *Nr części zamówienia*, tzn. w jaki sposób, w jakiej konfiguracji przypisałby wykazaną usługę do danego zadania (3 lub 4) wykazane w tym dokumencie usługi potwierdzają spełnienie warunku udziału w postępowaniu przez Wykonawcę.*

W zakresie zarzutu odwołania niewykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu przez Wykonawcę R..... M..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Leśne R..... M..... (dalej: Wykonawca) a określonego przez Zamawiającego w punkcie 8.1.c Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ) dla zadania nr 3 Izba uznała zarzut za niezasadny.

Izba ustaliła, że w punkcie 8.1.c SIWZ Zamawiający określił następujące wymaganie: *dysponują odpowiednim potencjałem technicznym do wykonania zamówienia (...); w przypadku uczestnictwa w postępowaniu dotyczącym części zamówienia: nr (...)3, 4, (...) wykonawcy dla każdej części zamówienia wykażą urządzenia dostępne wykonawcy usług w celu realizacji zamówienia: - przegubowy ciągnik specjalistyczny do zrywki drewna dłużycowego metodą półpodwieszoną lub nasiębiemą albo ciągnik rolniczy o mocy min. 80 KM posiadający napęd na dwie osie oraz wyposażony we wciągarkę linową i płytę lub łyżkę mygłującą, którym można dokonywać zrywki drewna dłużycowego metodą półpodwieszoną: - minimum szt. 2; zestaw sprzętu do zrywki drewna stosowego składający 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 typu Forwarder lub ciągnik zagregowany z przyczepą typu Jar - minimum szt. 2.*

Wykonawca na wezwanie Zamawiającego z 17 grudnia 2012 roku złożył do Zamawiającego 24 grudnia 2012 roku dokumenty do uzupełnienia jakich wzywał Zamawiający (data wpływu na piśmie, numer kontroli wpływu 151/12). Zamawiający wzywał Wykonawcę do uzupełnienia dokumentu *Wykaz urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy w celu realizacji zamówienia* wskazując, że w złożonym w ofercie załączniku nie podano numerów części zamówienia. Wykonawca złożył *Wykaz urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy w celu realizacji zamówienia* zgodnie z wzorem stanowiącym Załącznik nr 6 do SIWZ. Wykonawca w kolumnie *Nr części zamówienia* przypisał poszczególne urządzenia enumeratywnie wliczone w wykazie do poszczególnych zadań, odpowiednio do Zadania

nr 3 i Zadania nr 4 z wyjątkiem pozycji 10 – 13, przy których nie podał numerów zadań. Wykonawca 27 grudnia 2012 roku złożył Zamawiającemu (data wpływu na piśmie, numer kontroli wpływu 154/2012) kolejny dokument tj. *Wykaz urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy w celu realizacji zamówienia* zgodnie z wzorem stanowiącym Załącznik nr 6 do SIWZ. Zamawiający pismem z 7 stycznia 2013 roku powiadomił Wykonawcę, że *uzupełnione w różnych terminach wykazy urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy w celu realizacji zamówienia, zostały przy dokonywaniu oceny, zsumowane.*

W ocenie Izby, w rozpoznawanej sprawie, Wykonawca wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu dla Zadania nr 3 jakie określił w punkcie 8.c SIWZ Zamawiający, tym samym czynność Zamawiającego oceny Wykonawcy w tym zakresie była prawidłowa i Zamawiający nie naruszył art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy przez zaniechanie wykluczenia Wykonawcy R..... M..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Leśne R..... M..... z udziału w postępowaniu dla Zadanie nr 3. Należy zaznaczyć, że zarzut Odwołującego dotyczy braku wskazania, przypisania numerów zadań do pozycji 10-13 w uzupełnionym 24 grudnia 2012 roku zł Wykazie urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy w celu realizacji zamówienia. Podnosząc w odwołaniu brak przypisania zadań do czterech pozycji ww. wykazu, Odwołujący nie wskazał w jaki sposób brak przypisania pozycji wpływa na niespełnienie warunku udziału w postępowaniu przez Wykonawcę. Zamawiający w piśmie *Odpowiedź na odwołanie* wykazywał, że Wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu (zarówno dla Zadania nr 3 i dla Zadania nr 4) a urządzenia techniczne wskazane w punktach kwestionowanych przez Odwołującego nie stanowiły wymaganego do wykazania spełnienia warunku sprzętu technicznego. W ocenie Izby zarzut podniesiony przez Odwołującego nie potwierdził się a warunek udziału w postępowaniu została potwierdzony, do oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu nie były wymagane urządzenia wykazane w punktach od 10 do 13.

W zakresie zarzutu odwołania niewezwania Wykonawcy R..... M..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Leśne R..... M..... (dalej: Wykonawca) w trybie art. 26 ust. 3 ustawy do uzupełnienia oświadczenia zgodnie z załącznikiem nr 9 do SIWZ dla zadania nr 3 - Izba uznała zarzut za niezasadny.

Izba ustaliła, że w punkcie 8.1.d SIWZ Zamawiający określił następujące wymaganie: *Wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. Zamawiający powtórzył powyższą treść w punkcie 9.1. i dodając: *Jeżeli wykonawca, wykazując spełnienie warunków, o których mowa w art. 22 ust.1 ustawy, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, zamawiający żąda od wykonawcy przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów potwierdzających brak podstawy wykluczenia, tj. oświadczeń o braku podstaw do wykluczenia (zał. Nr 9 do SIWZ).**

Wykonawca do oferty dołączył Zobowiązanie M..... S..... do oddania do dyspozycji Wykonawcy na czas trwania zamówienia ciągnika LKT 80 oraz dwóch przyczep typu Jar z żurawiem. Ze zobowiązania wynika jednoznacznie, że podmiot ten zobowiązuje się do oddania Wykonawcy do dyspozycji wymienionych powyżej urządzeń co znajduje również odzwierciedlenie w uzupełnionych dokumentach zawierających wykaz sprzętu technicznego (według załącznika nr 6 do SIWZ), z którego wynika, że wymienione wyżej urządzenia zostały oddane Wykonawcy do dyspozycji na podstawie umowy użyczenia. Z treści

Formularz oferty nie wynika w jakiej części zamówienia Wykonawca zleci realizację zamówienia podwykonawcy, natomiast Wykonawca podał zgodnie z wymaganiem Zamawiającego zakres części zamówienia, które wykona podwykonawca: 40 % zamówienia. Stosownie do postanowienia art. 26 ust. 2b ustawy wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić Zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia. Oświadczenie podmiotu trzeciego, aby mogło być uznane za dowód potwierdzający dysponowanie zasobami tego podmiotu, musi posiadać zarówno stosowną treść, z której będzie wynikało, że podmiot ten zobowiązał się do udostępnienia wykonawcy określonych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia, jak i formę pisemną oraz dla swej skuteczności musi także zostać złożone przez osobę/osoby uprawnione do reprezentowania podmiotu trzeciego w powyższym zakresie.

Zgodnie z rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817) § 1 ust. 2 wykonawca wykazując spełnienie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy, a podmioty te brały udział w realizacji części zamówienia, zamawiający może żądać od wykonawcy przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów wymienionych w § 2 (rozporządzenia). Zobowiązanie złożone przez M..... S..... zwiera jednoznaczne oświadczenie, z którego nie wynika nic ponad to, że oddaje on do dyspozycji na czas trwania zamówienia wykazane w zobowiązaniu urządzenia techniczne. Nie wynika z żadnej części oferty, kto będzie podwykonawcą i jaki zakres prac będzie powierzony podwykonawcy.

Odwołujący nie wykazał również, że realizacja zamówienia w Zadaniu nr 3 powierzona zostanie w 40 % podwykonawcy (nie stanowiło to zarzutu odwołania) co podnosi w odwołaniu. Wykonawca ma możliwość korzystania z podwykonawstwa, co nie oznacza, że podmiot który oddał do dyspozycji swoje urządzenia jest automatycznie podwykonawcą. Zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy – *Zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert.* Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy z powodu niewzwania Wykonawcy do uzupełnienia oświadczenia zgodnie z załącznikiem nr 9 do SIWZ, jednocześnie Odwołujący nie wykazał żadnych dowodów wskazujących na konieczność tego wezwania.

Zarzut odwołania dotyczący naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy stanowiącego, że *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli (...) zawiera błędy w obliczeniu ceny* Izba uznała za niezasadny.

Zamawiający pismem z 17 grudnia 2012 roku powiadomił Wykonawcę, że zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy dokonał poprawienia oczywistych omyłek rachunkowych w Formularzu cenowym oferty dla Zadania nr 3. Zamawiający wyjaśnił w piśmie *Odpowiedź na odwołanie*,

że adnotacje dokonane ołówkiem na formularzu oferty zostały naniesione przez członka komisji przetargowej w celu weryfikacji błędnych wyliczeń, co znalazło następnie odzwierciedlenie w piśmie skierowanym do Wykonawcy w 18 grudnia 2012 roku.

W świetle powyższego nie znajduje uzasadnienia argumentacja Odwołującego, ponieważ nie były dokonywane przez Wykonawcę w Formularzu cenowym oferty dla Zadania nr 3 żadne poprawki. Nie znajduje uzasadnienia również podnoszony przez Odwołującego argument naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy.

Reasumując powyższe Izba uznała, że nie został naruszony żaden ze wskazanych przez Odwołującego na wstępie odwołania przepisów ustawy, bowiem nie zostało wykazane przez Odwołującego dokonanie bądź zaniechanie czynności przez Zamawiającego, które wypełniłyby przesłanki przepisów. Odwołujący nie wykazał naruszenia, poza wcześniej już omówionymi, również art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy – *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust.2 pkt 3 oraz art. 91 ust. 1 ustawy - Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.* W zakresie zarzutu naruszenia art. 91 ust 1 ustawy Izba nie stwierdzała dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie innych, niż określone w SIWZ kryteriów oceny ofert. Odwołujący nie podniósł żadnych okoliczności faktycznych wskazujących na nieprawidłowość dokonania oceny ofert w kontekście ustalonych kryteriów oceny ofert, czyli zastosowania bądź niezastosowania przez Zamawiającego ustalonych kryteriów oceny ofert. W zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy - *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców* oraz art. 7 ust. 3 ustawy – *Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy,* Izba uznała, iż działanie Zamawiającego było zgodne z obowiązującymi przepisami i nie naruszało zasad zamówień publicznych w tym w szczególności podnoszonych przez Odwołującego zasadę równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji. Zasada równego traktowania wykonawców, jak podniósł to Sąd Okręgowy w Bydgoszczy *oznacza jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania,*

bez stosowania przywilejów, ale także środków dyskryminujących wykonawców ze względu na ich właściwości. Jej przestrzeganie polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji, nie zaś na jednakowej ocenie wykonawców (porównaj: Postanowienie Sądu Okręgowego w Bydgoszczy z 17 marca 2008 roku sygn. akt VIII Ga 22/08). Zasada równego traktowania wykonawców wskazuje więc na obowiązek jednakowego traktowania wykonawców bez ulg i przywilejów zaś zasada zachowania uczciwej konkurencji związana jest z obowiązkami jakie nakłada ustawodawca na Zamawiającego w czasie przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w tym dokonania rzetelnej oceny ofert (porównaj: Wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach z 22 kwietnia 2008 roku sygn. akt X Ga 25/08). Zasada udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy określona w art. 7 ust. 3, uwzględniając znaczenie powyżej przywołanych zasad oraz racjonalność przepisów, dotyczy zakazu dokonywania cesji praw lub przejęcia długów na rzecz podmiotów lub przez podmioty nieuczestniczące w postępowaniu o zamówienie publiczne. Tym samym Zamawiający, wywodząc to z zasady legalizmu działania Zamawiającego, zobowiązany jest do udzielenia zamówienia wykonawcy, który uczestniczył w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz został wybrany zgodnie z przepisami ustawy.

Na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy – *Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy.* Przepis ten nakłada na Strony postępowania obowiązek, który zarazem jest uprawnieniem Stron, wykazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne. Postępowanie przed Izbą stanowi postępowanie kontradiktoryjne, czyli sporne a z istoty tego postępowania wynika, iż spór toczą Strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne.

Powołując w tym miejscu regulację art. 14 ustawy *do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej* przechodząc do art. 6 Kodeksu cywilnego *ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne, należy wskazać, iż właśnie z tej zasady wynika reguła art. 190 ust 1 ustawy. Przepis art. 6 Kodeksu cywilnego wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne; ei incubit probatio qui dicit non qui negat (na tym ciąży dowód kto twierdzi a nie na tym kto zaprzecza)*. To na Odwołującym ciążył obowiązek dowiedzenia, że twierdzenia zawarte w odwołaniu są zadane i na ich podstawie Zamawiający dokonał nieprawidłowej oceny oferty Wykonawcy. Odwołujący nie zajął żadnego stanowiska poza podtrzymaniem argumentacji z odwołania.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, stanowi szczególną formę prowadzącą do zawarcia umowy w sprawie realizacji danego zamówienia, kreowane jest przez obowiązujące przepisy prawa dla tej dyscypliny i zobowiązuje tymi przepisami wszystkich uczestników tego systemu. Szczególna regulacja postępowań o udzielenie zamówienia publicznego zobowiązuje Zamawiających do takiego działania oraz korzystania z praw jakie przypisuje mu ustawa, które to działanie doprowadzi do obiektywnie najkorzystniejszego rozstrzygnięcia postępowania i zapewni jednocześnie poszanowanie zasad prawa zamówień publicznych oraz interesów wszystkich uczestników procesu udzielania zamówień publicznych.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 2 pkt. 1 i § 6 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)

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....