

**Sygn. akt: KIO 2754/14**  
**KIO 2755/14**  
**KIO 2756/14**  
**KIO 2757/14**  
**KIO 2758/14**

**WYROK**  
**z dnia 15 stycznia 2015 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Daniel Konicz**

**Protokolant: Marta Polkowska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 stycznia 2015 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 grudnia 2014 r. przez:

1. wykonawcę D. T. (T.) prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych D. T., Szklarka Radnicka 17, 66-600 Krosno Odrzańskie,
2. wykonawcę K. Ł. (Ł.) prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych mgr inż. K. Ł., Węgrzynice 3, 66-213 Skąpe,
3. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – R. I. (IBSZ), T. I. (I.) prowadzących działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych s.c. R. I., T. I., Skórzyn 17, 66-614 Maszewo,
4. wykonawcę F. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Handlowo-Usługowy F. S., Bytnica 44a, 66-630 Bytnica,
5. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – A. W. (W.), R. W. (W.) prowadzących działalność gospodarczą pod firmą ZUL s.c. A. W., R. W., Grabin 21b, 66-630 Bytnica,

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – Skarb Państwa – Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe – Nadleśnictwo Bytnica, Bytnica 160, 66-630 Bytnica,

**orzeka:**

1. uwzględnia wszystkie odwołania i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w częściach 1-6, 8, 10-11, 13-15, podjętej w dniu 18 grudnia 2014 r.,
2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego – Skarb Państwa – Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe – Nadleśnictwo Bytnica, Bytnica 160, 66-630 Bytnica i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 75.000,00 zł (słownie: siedemdziesiąt pięć tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez:

- wykonawcę D. T. (T.) prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych D. T., Szklarka Radnicka 17, 66-600 Krosno Odrzańskie,
- wykonawcę K. Ł. (Ł.) prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych mgr inż. K. Ł., Węgrzynice 3, 66-213 Skąpe,
- wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – R. I. (I.), T. I. (I.) prowadzących działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych s.c. R. I., T. I., Skórzyn 17, 66-614 Maszewo,
- wykonawcę F. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Handlowo-Usługowy F. S., Bytnica 44a, 66-630 Bytnica,
- wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – A. W. (W.), R. W. (W.) prowadzących działalność gospodarczą pod firmą ZUL s.c. A. W., R. W., Grabin 21b, 66-630 Bytnica,

tytułem wpisów od odwołań,

2.2. zasądza od Zamawiającego – Skarbu Państwa – Państwowego Gospodarstwa Leśne Lasy Państwowe – Nadleśnictwa Bytnica, Bytnica 160, 66-630 Bytnica na rzecz:

- wykonawcy D. T. (T.) prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych D. T., Szklarka Radnicka 17, 66-600 Krosno Odrzańskie,
- wykonawcy K. Ł. (Ł.) prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych mgr inż. K. Ł., Węgrzynice 3, 66-213 Skąpe,
- wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – R. I. (I.), T. I. (I.) prowadzących działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych s.c. R. I., T. I., Skórzyn 17, 66-614 Maszewo,
- wykonawcy F. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Handlowo-Usługowy F. S., Bytnica 44a, 66-630 Bytnica,

– wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – A. W. (W.),  
R. W. (W.) prowadzących działalność gospodarczą pod firmą ZUL s.c. A. W., R.  
W., Grabin 21b, 66-630 Bytnica,

kwoty po 18.600,00 zł (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych 00/100) każda  
stanowiące koszty postępowania odwoławczego poniesione przez wykonawców  
z tytułu wpisów od odwołań i wynagrodzeń pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień  
publicznych (Dz.U.2013.907 j.t. ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego  
doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do  
Sądu Okręgowego w Zielonej Górze.

**Przewodniczący:** .....

**Sygn. akt: KIO 2754/14**

**KIO 2755/14**

**KIO 2756/14**

**KIO 2757/14**

**KIO 2758/14**

### **Uzasadnienie**

Zamawiający – Skarb Państwa – Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe – Nadleśnictwo Bytnica, Bytnica 160, 66-630 Bytnica prowadzi postępowanie o zawarcie umowy ramowej stosując odpowiednio przepisy o przetargu ograniczonym, którego przedmiotem jest ustalenie warunków dotyczących wykonywania usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Bytnica w latach 2015-2018 (znak sprawy: ZU-2711-1/14), zwane dalej „Postępowaniem”. Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2013.759 j.t. ze zm.), zwanej dalej „Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 19 kwietnia 2014 r., pod nr 2014/S 136904.

W dniu 18 grudnia 2014 r. Zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w Postępowaniu o jego unieważnieniu w częściach 1-11 i 13-15 powołując się na okoliczność, że jest ono dotknięte niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Powyższa czynność zaskarżona została odwołaniami wniesionymi do Prezesa Izby w dniu 23 grudnia 2014 r. przez:

1. wykonawcę D. T. (T.) prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych D. T., Szklarka Radnicka 17, 66-600 Krosno Odrzańskie – dot. części 3-5,
2. wykonawcę K. Ł. (Ł.) prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych mgr inż. K. Ł., Węgrzynice 3, 66-213 Skąpe – dot. części 6, 11, 13,
3. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – R. I. (I.), T. I. (I.) prowadzących działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych s.c. R. I., T. I., Skórzyn 17, 66-614 Maszewo – dot. części 14,
4. wykonawcę F. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Handlowo-Usługowy F. S., Bytnica 44a, 66-630 Bytnica – dot. części 2, 8, 10,
5. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – A. W. (W.), R. W. (W.) prowadzących działalność gospodarczą pod firmą ZUL s.c. A. W., R. W., Grabin 21b, 66-630 Bytnica – dot. części 1 i 15,

zwanymi dalej łącznie „Odwołującymi”.

W identycznych w swej treści odwołaniach zarzucono Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 186 ust. 2 Pzp gdyż uwzględniając odwołania na uprzednio podjętą czynność unieważnienia postępowania Zamawiający nie wykonał zgodnie z dyspozycją Pzp swojego obowiązku polegającego na cofnięciu oświadczenia woli w tym przedmiocie w sposób zgodny z żądaniami zawartymi we wcześniejszych odwołaniach,
2. art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, tj. zasady równego traktowania wykonawców przez prowadzenie Postępowania w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję,
3. art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp, tj. unieważnienie Postępowania bez podstawy prawnej,
4. art. 146 ust. 1 Pzp przez niewłaściwą wykładnię i zastosowanie, ponieważ Zamawiający ww. przepis podał jako podstawę unieważnienia Postępowania w kumulacji z przepisem wskazanym wyżej, w pkt 3, o czym świadczy zakończenie pisma Zamawiającego z dnia 18 grudnia 2014 r. o unieważnieniu Postępowania,
5. art. 5 K.c. i art. 58 § 1 i 2 K.c. w zw. z art. 14 Pzp przez bezprawne dokonanie czynności sprzecznej z ustawą lub mającej na celu jej obejście,
6. art. 22 w zw. z art. 8 ust. 2 Konstytucji RP, która stanowi, że ograniczenia wolności działalności gospodarczej są dopuszczalne tylko w drodze ustawy i tylko ze względów na ważny interes publiczny,
7. art. 17 ust. 3 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych,
8. pozostałych przepisy Pzp znajdujących się w treści uzasadnienia odwołań.

W świetle przedstawionych zarzutów Odwołujący wnieśli o uwzględnienie odwołań i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia Postępowania (cofnięcia oświadczenia woli o unieważnieniu Postępowania), kontynuowania Postępowania oraz zaproszenia Odwołujących do złożenia ofert.

Odwołujący wyjaśnili, że są legitymowani do wnoszenia środków ochrony prawnej, ponieważ działanie Zamawiającego polegające na bezprawnym unieważnieniu Postępowania bez podstawy prawnej uniemożliwia ubieganie się finalnie o zamówienie publiczne na zasadach równości i uczciwej konkurencji. Złożone przez nich wnioski o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu zostały zweryfikowane pozytywnie, w konsekwencji czego mieli oni zostać zaproszeni do złożenia ofert. Zmiana decyzji Zamawiającego doprowadzi do stworzenia Odwołującym realnych szans w ubieganiu się o zamówienie publiczne, którym są zainteresowani. Podali również, że spełniona została

przesłanka w postaci wyrządzenia Odwołującym szkody w wymiarze utraconych zarobków i utraconych korzyści, na jakie liczyli w związku z ekspektatywą zawarcia z Zamawiającym umów.

Tytułem wstępu Odwołujący zasygnalizowali, że dla oceny dopuszczalności postępowania Zamawiającego istotna jest okoliczność, że unieważnił on Postępowanie po raz drugi – pierwszy raz dokonał tego w dniu 21 listopada 2014 r. Na czynność tą Odwołujący wnieśli już odwołania do Prezesa Izby, które to zostały uwzględnione w całości pismem z dnia 10 grudnia 2014 r. (sygn. akt KIO 2525/14, KIO 2527/14, KIO 2528/14, KIO 2529/14 i KIO 2530/14). Zamawiający stwierdził wówczas, że „[...]Podnosząc te zarzuty Wykonawcy szczególną uwagę zwrócili na zarzut naruszenia art. 93 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie podania uzasadnienia faktycznego i prawnego dokonanej czynności unieważnienia postępowania. Wskazując na powyższe odwołujący wnieśli o uwzględnienie odwołania i o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania (cofnięcia oświadczenia woli o unieważnieniu postępowania), w ślad za tym o nakazanie Zamawiającemu kontynuowania postępowania i nakazanie dokonania czynności zaproszenia wykonawców, w tym odwołujących, do złożenia oferty. Mając na uwadze powyższe, Zamawiający niniejszym oświadcza, że uwzględnia w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu i wykona czynność unieważnienia swojego oświadczenia o unieważnieniu przedmiotowego postępowania, przekazanego wykonawcom w dniu 21.11.2014 r., celem dalszego prowadzenia postępowania w zakresie i granicach jakie stawiają przepisy prawa, wykonując czynności jakie są dopuszczalne i możliwe w ustalonym stanie faktycznym.[...]”.

Odwołujący podali, że we wcześniejszych odwołaniach jako jeden z wielu zarzutów postawili także zarzut naruszenia art. 93 ust. 3 Pzp), niemniej Zamawiający w swoim oświadczeniu z dnia 10 grudnia 2014 r. stanowiącym odpowiedzi na odwołanie oświadczył, że uwzględnia wszystkie podniesione zarzuty. Różnica bowiem pomiędzy wcześniejszymi odwołaniami (uwzględnionymi w całości), a odwołaniami z dnia 23 grudnia 2014 r. polega tylko na tym, iż tym razem Odwołujący nie podnoszą dodatkowo zarzutu o niedostatecznym uzasadnieniu faktycznym i prawnym.

Odwołujący skonstatowali, że naruszony został w powyższy sposób przepis art. 186 ust. 2 Pzp, który stanowi wyraźnie, że zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Przepis ten pociąga za sobą ten skutek procesowy, że zamawiający w ewentualnym kolejnym postępowaniu odwoławczym nie może poszukiwać ochrony, a odwołanie z tej przyczyny winno zostać uwzględnione. Zamawiający nie wykonał zatem swojego ustawowego obowiązku, natomiast dokonał czynności pozornej,

bowiem w rzeczywistości uwzględnił tylko jeden zarzut, a to dotyczący samego uzasadnienia zaskarżonej uprzednio decyzji o unieważnieniu Postępowania. Odwołujący stwierdzili, że skutkiem powyższego jest tylko to, że ewentualnie skład orzekający Izby może uwzględnionych zarzutów nie rozpatrywać poprzez samodzielne prowadzenie postępowania dowodowego w tej części, a uwzględnienie odwołań potraktować jako „przyznanie się” przez Zamawiającego do podnoszonych zarzutów i skupić się na rozpatrzeniu tych które uwzględnione nie zostały. W konsekwencji działania Zamawiającego objęte są wprost kodeksowym pojęciem dokonania czynności mającej na celu obejście prawa i naruszającej zasady współżycia społecznego, co na podstawie art. 14 Pzp w zw. z art. 58 § 1 i 2 K.c. nie korzysta z ochrony prawa i jest czynnością nieważną.

Uzasadniając zarzut naruszenia przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp odwołujący argumentowali, jak niżej.

W pierwszeństwie wskazali, że Zamawiający nie dokonał prawidłowej analizy ciężaru gatunkowego stwierdzonych wad Postępowania. Zawsze bowiem może być i tak, że pomimo ewentualnych uchybień należą one do tak zwanych naruszeń bezskutkowych. Podali, że wada, o której mowa w art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp musi istnieć w momencie podejmowania decyzji o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Ze względu na charakter normy prawnej wyrażonej w tym przepisie decyzji o unieważnieniu postępowania zamawiający nie może podjąć na podstawie domniemań i przypuszczeń, tym bardziej jeżeli istnieje realne prawdopodobieństwo, że zamówienie będzie wykonane zgodnie z wymaganiami zamawiającego. Wyjaśnili ponadto, że nie każde naruszenie przepisów Pzp, nawet jeśli nie jest możliwe do usunięcia, stanowi okoliczność uzasadniającą unieważnienie umowy na podstawie art. 146 ust 6 Pzp, a zarazem unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp.

Odwołujący zwrócili uwagę, że Zamawiający w ramach tzw. uzasadnienia faktycznego poinformował wykonawców, że decyzję o unieważnieniu Postępowania wymusiła dokonana u niego kontrola przeprowadzona przez organy wewnętrzne jednostek nadrzędnych wobec Zamawiającego, niemniej pozostających w strukturze Lasów Państwowych, a nie będących organami kontroli państwowej czy Prezesem UZP. Konstatacja o negatywnym wyniku kontroli, której ustalenia nie mają w żadnym stopniu charakteru prawomocnego, ostatecznego i wiążącego lub „powszechnie obowiązującego” nie oznacza, że kontrolujący rzeczywiście mieli rację. Z faktu, że zamawiający negatywnie przeszedł kontrolę swoich „zwierzchników” nie wynika obowiązek jakoby automatycznego unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na gruncie przepisów Pzp, tym bardziej że jak Zamawiający stwierdza w zakończeniu pisma z dnia 18 grudnia 2014 r. „[...]Jako Kierownik Zamawiającego, niezależnie od własnych poglądów i ocen

prawnych, uwzględniając stanowisko organów kontroli, unieważniam postępowania[...]”. Wynika z tego ponadto, że Zamawiający zarzutów kontrolujących jawnie nie podzielał, gdyż składał od nich zastrzeżenia i opinie prawne.

Odnosząc się kolejno do przyczyn unieważnienia Postępowania wyrażonych w piśmie z dnia 18 grudnia 2014 r. w punktach od 1 do 8 Odwołujący stwierdzili, co następuje:

#### Ad 1

Odwołujący zakwestionowali stwierdzenie, że Zamawiający nie miał prawa ustalić warunku udziału w Postępowaniu w następującej postaci: „[...]osoby będące w zasobach wykonawcy wykonujące prace pilarką spalinową winny posiadać uprawnienia do posługiwania się tym narzędziem[...]”. Zamawiający niezasadnie stwierdził, że w ten sposób doszło do wadliwego wskazania jednostki redakcyjnej art. 22 Pzp, ponieważ pierwotnie wymóg ten przypisano jako implementację ppkt 1, podczas gdy powinien on referować do ppkt 3. Odwołujący stwierdzili, że Zamawiający nie kwestionuje w ten sposób postawionego warunku (co do zasady ani jego treści), a wyraźnie wskazuje, że tylko oparł jego umocowanie na niewłaściwym przepisie Pzp. Podkreślili przy tym, że Zamawiający nie precyzuje jednak co z tego wynika i czy ma to wpływ na wynik Postępowania. Odwołujący ocenili, że jest to typowy przykład tzw. bezskutkowego „podmienienia okoliczności”, których jednak Zamawiający co do zasady mógł wymagać od wykonawcy z tym tylko, że opisane one zostały w innym miejscu przepisu niż to zapisano. Dowodem na okoliczność słuszności stanowiska Odwołujących (tj. że komentowane postanowienie ma postać dopuszczalnego prawem warunku w postaci wymaganego od wykonawców dysponowania potencjałem kadrowym) jest fakt, iż w ogłoszeniu o zamówieniu w sekcji VII pkt 3 ppkt 4 (str. 12) Zamawiający żądał złożenia dokumentu w postaci wykazu osób uprawnionych do wykonywania prac pilarką spalinową.

#### Ad 2 i 3

Druga i trzecia z okoliczności podniesionych przez Zamawiającego miałyby dotyczyć rzekomo wadliwie wystylizowanego warunku udziału w Postępowaniu polegającego na wymaganym doświadczeniu w zakresie zakładania upraw metodą Sobańskiego.

Zamawiający stwierdził *ex cathedra*, że niniejszy warunek został rzekomo sformułowany w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Osąd swój oparł jak można wyczytać z odwołania o „teorię słownikową i matematyczną”. Pierwsza jego zdaniem wynika z tego co przeczytał on w słowniku języka polskiego (wyd. PWN, Warszawa 1968), w którym wyjaśniono: „[...]proporcjonalny, tj. mający określony stosunek części do całości, wyrażający określony stosunek do jakiejś wielkości, zachowujący proporcje[...]”. Zdaniem Odwołujących analiza przytoczonej definicji słownikowej nie stanowi ani



należytego, ani prawidłowego uzasadnienia dla czynności unieważnienia Postępowania.

Z kolei teoria matematyczna, zdaniem Zamawiającego, polega na porównaniu wartości szacunkowej zamówienia z wartością wcześniej wykonanych na rzecz Zamawiającego usług metodą Sobańskiego oraz prognozą ilości usług, które mają być wykonywane w latach 2015-2018. Odwołujący stwierdzili, że – po pierwsze – Zamawiający dokonuje porównania teoretycznego z prognozą, a nie w oparciu o dane pewne, a po drugie porównanie takie jest oderwane od istoty tego warunku.

Odwołujący wyjaśnili, że „metoda Sobańskiego” jest częścią przedmiotu zamówienia, tym samym doświadczenie w jej wykorzystaniu dla realizacji przedmiotu zamówienia mogło w sposób notoryjny znaleźć się w warunkach udziału w Postępowaniu, a rzekoma nieproporcjonalność nie ma miejsca. Metoda Sobańskiego jest metodą rekomendowaną i wysoce wyrafinowaną, posiadającą bogatą literaturę, umocowaną naukowo, tym samym pominięcie jej w wymaganym od wykonawcy doświadczeniu winno być poczytane jako działanie, które nie daje rękojmi wyłonienia wykonawcy, należycie zrealizuje przedmiot zamówienia. Co najważniejsze, u metoda ta wykorzystywana jest u Zamawiającego od 2004 r. Znamiennym jest, że proporcjonalność polega nie tylko na tym, że jakiś obszar opisany przedmiotem zamówienia jest np. wartościowo lub obszarowo największy. Proporcjonalność polega także i na tym, że jeżeli jakiś element przedmiotu zamówienia jest przysłowiowym „języczkiem u wagi” od którego zależy prawidłowe wykonanie przedmiotu zamówienia, wobec czego może znaleźć się w treści warunku.

Ad. 4.

W zakresie rzekomego nieprawidłowego ograniczenia warunku udziału w Postępowaniu dla części 15 zamówienia (Szkółka leśna Smolary Bytnickie) Zamawiający stwierdził, że niewłaściwie sformułował ten warunek przez jego zawężenie do posiadania doświadczenia w termoterapii jednego gatunku nasion, tj. dębów, podczas gdy w Lasach Państwowych termoterapii poddaje się także nasiona buka. Analizując argumentację Zamawiającego Odwołujący doszli do przekonania, że sam Zamawiający dostrzega jednak fakt, że doświadczenie w termoterapii nasion drzew jest czymś ważnym i istotnym dla prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia, powinno stanowić zatem warunek udziału w Postępowaniu, czym zaprzeczył argumentacji omówionej w pkt 2 i 3. Zdaniem Odwołujących co najwyżej Zamawiający uważa, że należało w treści komentowanego warunku dopuścić doświadczenie w termoterapii buka. Zarzut taki jest nieuzasadniony, a to z tej przyczyny, że proces termoterapii nasion buka dokonywany jest w specjalistycznych ośrodkach Lasów Państwowych, a w Nadleśnictwie Bytnica takowej się nie dokonuje, ani też nie dokonuje się uprawy lasu metodą termoterapii nasion buka.

Ponadto, co istotne, wykonawcy którym zamówienie zostanie udzielone proces termoterapii wykonują w oparciu o sprzęt będący własnością Zamawiającego, a w warunkach Nadleśnictwa Bytnica przy użyciu urządzenia QUETERM Q-1 możliwe jest wykonywanie wyłącznie termoterapii nasion dębu. Najważniejsze jednak jest to, że proces termoterapii nasion buka jest dokonywany w odmienny sposób i powszechnie stosowaną technologią jest wyłącznie technologia dla nasion dębów szypułkowego i bezszypułkowego, a co za tym idzie o ograniczeniu konkurencji nie może być mowy.

Ad 5

Odwołujący wskazali, że Zamawiający odnośnie tej podstawy unieważnienia Postępowania napisał, iż postawiony warunek udziału w Postępowaniu polegający na dysponowaniu osobami zdolnymi do wykonania zamówienia narusza art. 22 ust. 1 pkt 3 i ust. 4 Pzp.

Odwołujący zauważyli, że Zamawiający nie uzasadnił dlaczego tak uważa, ani też nie opisał na czym ma polegać stwierdzona nieproporcjonalność warunku do opisu przedmiotu zamówienia oraz jak szeroki jest obszar owej nieproporcjonalności. Zamawiający stwierdził wyłącznie, iż jego zdaniem nieprawidłowo nie dopuścił możliwości, aby wykonawcy spełnili postawiony warunek za pośrednictwem podmiotów trzecich, które złożyłyby im zobowiązanie do udostępnienia zasobów osobowych.

Zdaniem Odwołujących Zamawiający dokonał niewłaściwej wykładni i zastosowania art. 22 ust. 1 Pzp, ponieważ ma on prawo, a nawet obowiązek ustalić takie warunki udziału w Postępowaniu, które dają gwarancję należytego wykonania zamówienia na przyszłość. Zważyć bowiem należy, że postawione w ogłoszeniu o zamówieniu warunki były adekwatne do specyfiki przedmiotu zamówienia i zapobiegały patologiom na rynku usług leśnych, tym samym – w ocenie Odwołujących – taka stylizacja warunku była dopuszczalna i pożądana. Zamawiający pominął art. 22 ust. 5 Pzp, który pozwala żądać aby wykonawca gwarantował wykonanie zamówienia pod względem rzetelności, kwalifikacji i efektywności. To decyduje o fakcie, że tylko wykonawcy którzy posiadają pracowników, czy to zatrudnionych na podstawie umowy o pracę lub w oparciu o inne formy zatrudnienia będą w stanie rzeczywiście wykonać zadania, co bez więzi pomiędzy wykonawcą składającym ofertę, a „ludźmi dokonującymi czynności w lesie” jest niemożliwe. Jeżeli zatem, co można domniemywać, Zamawiający zakwestionował treść ogłoszenia z uwagi na obowiązek posiadania przez wykonawcę ludzi zatrudnionych na podstawie umowy o pracę lub inne formy zatrudnienia to zarzut ten jest także z powodu, że konieczność ukształtowania stosunków pracy lub stosunków opartych o inne formy zatrudnienia powstanie dopiero gdy Zamawiający będzie podpisywał umowę ramową z wykonawcą wybranym w Postępowaniu,

a nie w momencie złożenia wniosku o dopuszczenie go do złożenia oferty. Nadto, co znamienne, w treści ogłoszenia mowa jest w sekcji VII, pkt 3, ppkt 3 (str. 11) o tym, że wykonawca ma w wykazie osób podać „informacje o podstawie dysponowania tymi osobami”. Zatem na czas złożenia wniosku obowiązek nałożony ogłoszeniem będzie spełniony, gdy wykonawcy złożą wykaz osób które będą (na przyszłość) zatrudnione przy realizacji zamówienia publicznego.

Ad 6

W ocenie Odwołujących żądanie złożenia dokumentów w postaci wykazu osób zatrudnionych w oparciu o powyżej opisane modele współpracy oraz żądanie dostarczenia dokumentów potwierdzających posiadanie uprawnień do posługiwania się pilarkami spalinowymi stanowi w istocie powtórzenie zarzutów postawionych wcześniej.

Co prawda Zamawiający nie opisuje dlaczego tak uważa (ograniczył się wyłącznie do stwierdzenia, że nie jest to dokument niezbędny), tym niemniej Odwołujący sformułowali przypuszczenie, że być może Zamawiającemu chodziło o to, że jeżeli ocenił jako niedopuszczalny warunek dysponowania osobami zatrudnionymi na podstawie umowy o pracę, bądź inne formy zatrudnienia, to za niedopuszczalne uznał także żądanie wykazu tych osób. Na okoliczność, że nie mamy tutaj do czynienia z naruszeniem przepisów Pzp Odwołujący wskazali na argumentację zawartą w pkt 5 wniesionych odwołań.

Odpowiednio należy, w ocenie Odwołujących, potraktować argument Zamawiającego, że niewłaściwym było żądanie załączenia do wniosków dokumentów dotyczących uprawnień do pracy na pilarkach spalinowych. Postawę Zamawiającego Odwołujący odczytali w ten sposób, iż rzekomo żądanie opisane w ogłoszeniu było nadmierne w stosunku do ewentualnego żądania zwykłych oświadczeń o posiadaniu odpowiednich uprawnień. Niemniej, zdaniem Odwołujących, nie ma to żadnego znaczenia dla wyniku Postępowania, gdyż osoba która posiada uprawnienia może je w tym samym momencie „okazać — zamieszczając je we wniosku” lub na taką okoliczność złożyć oświadczenie. Nie ma zatem jakichkolwiek konsekwencji prawnych dla „zamiennego potraktowania tych dokumentów”, wobec czego ewentualne uznanie tego za naruszenie Pzp byłoby naruszeniem bezskutkowym.

Odwołujący zakwestionowali pogląd, że Zamawiającemu nie wolno było żądać opłaconej polisy OC wraz z dowodem opłacenia tej polisy. Zamawiający nie tłumaczy swojego poglądu, tym niemniej – jak można domniemywać – jego zdaniem chodzi o niedopuszczalność żądania dowodów opłacenia polisy. Niniejszy zapis ogłoszenia należy odczytywać właśnie w ten sposób, iż wykazać należy to o czym mowa w rozporządzeniu z dnia 19 lutego 2013 r., czyli wykazać należy sam fakt opłacenia polisy. Dzieje się tak samo

w każdym przypadku gdy wymaganym dokumentem jest polisa OC, bez względu czy na końcu zdania poświęconego polisie dopisany zostałby nawias (o dowodach jej opłacenia), czy nawias ten zostałby pominięty.

Ad 7

Odnośnie rzekomo wadliwego ustalenia tzw. kryteriów pozacenowych Odwołujący zakwestionowali stanowisko Zamawiającego, który stwierdził, że naruszają one zasadę równości i uczciwej konkurencji i zasadę proporcjonalności.

W kwestii proporcjonalności Zamawiający ponownie nie podał argumentacji i uzasadnienia, a poprzestał na pustym zarzucie. Natomiast odnośnie naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równości Zamawiający ograniczył się do przywołania orzeczenia ETS dotyczącego odmiennego stanu faktycznego i prawnego (nie dotyczyło ono usług niepriorytetowych), tym samym nie może ono stanowić wzorca oceny dla niniejszej sprawy.

Odwołujący wskazali, że przedmiot zamówienia należy do tzw. usług niepriorytetowych, o których mowa w art. 5 Pzp, tym samym nie stosuje się do niego zakazu ustalania kryteriów oceny ofert na podstawie właściwości wykonawcy. Z uwagi na powyższe Zamawiający dokonał wadliwej wykładni i zastosowania art. 5 Pzp. W ocenie Odwołujących zastosowane kryteria oceny są adekwatne do przedmiotu zamówienia tak co do ich treści, jak i nadanej im wagi. Pozwalają wyłonić wykonawcę, którzy rzetelnie i efektywnie będzie wykonywał zamówienia oraz dysponuje wszelkimi środkami logistycznymi, rzeczowymi, ludzkimi „na miejscu” co jest szczególnie istotne przy wykonywaniu tak specyficznych usług jak usługi leśne.

Odwołujący podkreślili, że na etapie Postępowania, gdy Zamawiający nie dokonał jeszcze uszczegółowienia tych kryteriów nie sposób twierdzić, że samo ich sformułowanie daje asumpt do unieważnienia Postępowania. Zdaniem Odwołujących z faktu, że Zamawiający punktuje lokalizację siedziby wykonawcy nie wynika, że określona grupa wykonawców nie może złożyć oferty. Miejsce siedziby w przypadku usług leśnych jest natomiast synonimem dostępności tego wykonawcy, który w warunkach leśnych musi w wielu przypadkach reagować natychmiast w związku ze zdarzeniami losowymi, czy pogodowymi, a tylko tacy wykonawcy, którzy zlokalizowali swój potencjał na miejscu będą temu mogli sprostać temu wymaganiu. Logiczne jest, aby ten fakt premiować za pomocą dodatkowej liczby punktów.

Tak samo ma się sprawa z drugim kryterium, czyli liczbą pracowników wykonawcy zamieszkałych w obrębie wyliczonych w ogłoszeniu gmin. Uzasadnienie jest tutaj zbieżne z tym, co napisano powyżej

Także ciężar wagi procentowej 10% każdego z kryterium wskazuje, że kryteria te nie

ograniczają uczciwej konkurencji i są uzasadnione specyfiką tego rodzaju usług niepriorytetowych.

Ad 8

Odnośnie rzekomo wybiórczego udzielania odpowiedzi na zadane pytania, czy złożone wnioski stanowisko Zamawiającego Odwołujący ocenili jako nieprawidłowe. Niemniej jeżeli dotyczy on wszelkich pism złożonych „po terminie na zadawanie pytań” to Zamawiający nie ma prawnego obowiązku takowych odpowiedzi udzielać, a może to robić gdy uzna, że ciężar gatunkowy poruszonego problemu tego wymaga. Nie ma to jednak nic wspólnego z wybiórczym i nierównym traktowaniem wykonawców. Z uwagi na powyższe stwierdzona przez Zamawiającego wada Postępowania jest *contra legem* i z uwagi na naruszenie art 5 i art 58 § 1 i 2 K.c. w zw. z art. 14 Pzp jest nieważna. Na marginesie Odwołujący zauważyli, że przepisy Pzp nie znają instytucji zapytań do treści ogłoszenia o zamówieniu (pomimo tego ich nie zabraniają, a zamawiający może na nie odpowiedzieć z własnej inicjatywy, gdy uzna to za stosowne), a więc dalsze rozważania na temat tego zarzutu są zbyteczne.

Podobnie w przypadku ewentualnych skarg „o charakterze nieformalnym” zamawiający nie ma obowiązku reagowania na nie, albowiem każdy wykonawca niezadowolony z treści dokumentów Zamawiającego mógł wnieść przysługujący mu środek ochrony prawnej w postaci odwołania, czego jednak nikt nie uczynił.

Na rozprawie Odwołujący podtrzymali argumentację zawartą we wniesionych odwołaniach wnosząc o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z: akt postępowania kontrolnego które prowadzone było u Zamawiającego, w szczególności z treści zastrzeżeń Zamawiającego do protokołu kontroli, zapytań skierowanych do Zamawiającego oraz Regionalnej Dyrekcji Lasów Państwowych w Szczecinie wraz z odpowiedziami, publikacji pod nazwą „Ekonomiczne aspekty metody Sobańskiego”, dwóch opinii prawych sporządzonych na zlecenie Zamawiającego przez prawników Grupy Doradczej Sienna na potrzeby postępowania kontrolnego oraz tabeli nr 1 – „Zestawienie faktycznych ilości (ha) i wartości (PLN netto) wykonanych usług metodą Sobańskiego w nadleśnictwie Bytnica w latach 2011-2013” i tabeli nr 2 – „ Porównanie wartości (PLN netto) wykonanych usług związanych z metodą Sobańskiego do wartości wszystkich usług w nadleśnictwie Bytnica w latach 2011-2013” – na okoliczność prawidłowości i zasadności sformułowania warunku udziału w Postępowaniu odnoszącego się do metody Sobańskiego, z treści zestawienia faktycznych ilości i wartości usług wykonanych metodą Sobańskiego w latach 2011-2013, z treści opinii doktora J. S. z Polskiej Akademii Nauk na okoliczność, że u Zamawiającego nie jest możliwe prowadzenie termoterapii nasion buka.

Zamawiający na rozprawie wniósł o oddalenie wszystkich odwołań podtrzymując argumentację zawartą w piśmie z dnia 18 grudnia 2014 r. informującym o unieważnieniu Postępowania.

Stwierdził, że uwzględnił odwołania wniesione na poprzednią czynność unieważnienia Postępowania, ponieważ powziął wątpliwość, czy sprawy te zostaną przez Izbę rozpoznane merytoryczne w takim zakresie, który pozwoliłby mu na ocenę zasadności podanych podstaw unieważnienia Postępowania.

W zakresie wniosków dowodowych Odwołujących Zamawiający stwierdził, że dokumentacja postępowania kontrolnego nie stanowi części dokumentacji Postępowania, a jedynie tło dla rozpoznawanych spraw.

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

Izba stwierdziła, że Odwołujący posiadają interes w uzyskaniu zamówienia kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp.

W zakresie istotnym dla rozstrzygnięcia sprawy, na podstawie dokumentacji Postępowania ustalono, że przedmiotem zamówienia jest ustalenie warunków dotyczących wykonywania usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Bytnica w latach 2015-2018, w tym: mechanicznego przygotowania gleby, zagospodarowania lasu, pozyskiwania i zrywki drewna mało-, średnio- i wielkowymiarowego, ręcznych i mechanicznych prac na szkółce leśnej oraz usług z zakresu łowiectwa i gospodarki łąkowo-rolnej (pkt III.1 ogłoszenia o zamówieniu zamieszczonego na tablicy ogłoszeń Zamawiającego, zwanego dalej „Ogłoszeniem”). Z powodów organizacyjno-technicznych zamówienia podzielone zostało na 15 części, zwanych również pakietami usług, wyszczególnionych w pkt III.2 Ogłoszenia.

Jednym z warunków udziału w Postępowaniu, określonego mianem posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania, było zobowiązanie wykonawców, aby osoby będące w ich zasobach, a wykonujące prace pilarką spalinową, posiadały uprawnienia do posługiwania się tym narzędziem. Zamawiający stwierdził, że uzna ów warunek za spełniony, jeżeli wykonawca dysponuje pracownikami, którzy ukończyli szkolenie drwali-operatorów pilarek spalinowych z wynikiem pozytywnym, zgodnie z przepisami rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 24 sierpnia 2006 r. w sprawie bezpieczeństwa

i higieny pracy przy wykonywaniu niektórych prac zakresu gospodarki leśnej (Dz.U.2006.161.1141), zwanego dalej „Rozporządzeniem” (pkt VI.1 Ogłoszenia). Z opisanym warunkiem skorelowane było sformułowane w pkt VII.3.4), VII.3.5) i VII.3.6) Ogłoszenia żądanie przedstawienia wykazu osób uprawnionych do wykonywania prac pilarką spalinową, które będą uczestniczyć w realizacji zamówienia oraz oświadczeń, że osoby te posiadają wymagane uprawnienia i wreszcie dokumentów w powyższym zakresie.

W warunkach udziału w Postępowaniu dla części 1-11, w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia, Zamawiający sformułował wymóg, aby wykonawca wykazał, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał w sposób należyty usługi w zakresie zakładania upraw metodą Sobańskiego o jakości bardzo dobrej w ilościach wskazanych w tabeli zamieszczonej pod treścią warunku (*vide* pkt VI.2.2) Ogłoszenia. Z kolei, w odniesieniu do pakietu 12, warunek dotyczył wykazania wykonania w sposób należyty usługi w zakresie mechanicznego przygotowania gleby pod uprawy zakładane metodą Sobańskiego o określonej powierzchni (pkt VI.2.3) Ogłoszenia).

Ponadto Zamawiający sformułował warunek udziału w Postępowaniu w zakresie potencjału technicznego i osób zdolnych do wykonania zamówienia, zgodnie z którym wykonawcy mieli dysponować określoną dla każdej części zamówienia liczbą osób zatrudnionych w oparciu o umowę o pracę na czas nieokreślony lub określony, ale nie krótszy niż przewidywany czas trwania umowy ramowej, bądź w oparciu o inne formy zatrudnienia, z tożsamym zastrzeżeniem dotyczącym czasu ich trwania, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia (pkt IV.3.2 Ogłoszenia). W tym celu zobowiązani zostali do złożenia wykazu osób zatrudnionych w oparciu o umowy o pracę lub inne formy zatrudnienia (pkt VII.3.3) Ogłoszenia).

Zamawiający w pkt VI.4.1) Ogłoszenia ustanowił również warunek dotyczący sytuacji ekonomicznej i finansowej wykonawców oczekując od wykonawców posiadania opłaconej polisy ubezpieczeniowej od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej, wskazując na minimalne sumy ubezpieczenia dla każdej części zamówienia. W konsekwencji, w pkt VII.3.8) Ogłoszenia Zamawiający żądał od wykonawców przedstawienia opłaconej polisy wraz z dowodem jej opłacenia).

W wyniku zmiany treści Ogłoszenia dokonanej w dniu 8 maja 2014 r. Zamawiający sformułował dodatkowy warunek udziału w Postępowaniu dotyczący posiadania wiedzy i doświadczenia dla części 15 zamówienia. Polegał on na tym, że wykonawca zobowiązany został do wykazania, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania

wniosków o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał w sposób należyty usługi w zakresie termoterapii co najmniej 10 ton nasion dębów (patrz pkt 1 ogłoszenia z dnia 8 maja 2014 r. o zmianie Ogłoszenia wywieszonego na tablicy ogłoszeń Zamawiającego).

W pkt X.1 Ogłoszenia Zamawiający sformułował następujące kryteria oceny ofert: kryterium 1: stawki godzinowe netto przy wykonywaniu prac wzmiankowanych powyżej – 70%, kryterium 2: lokalizacja siedziby wykonawcy – 10%, kryterium 3 – liczba osób zatrudnionych w oparciu o umowę o pracę na czas nieokreślony lub określony, ale nie krótszy niż przewidywany czas trwania umowy ramowej, bądź w oparciu o inne formy zatrudnienia, z tożsamym zastrzeżeniem dotyczącym czasu ich trwania, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia – 10%, kryterium 4 – liczba pracowników wykonawcy zamieszkałych w obrębie określonych gmin – 10%.

W dniu 9 maja 2014 r. do Zamawiającego wpłynęło pismo od pełnomocnika jednego z potencjalnych wykonawców, w którym wytknięto szereg okoliczności, stanowiących w ocenie autora korespondencji (profesjonalnego pełnomocnika w postaci radcy prawnego) naruszenia przepisów Pzp i sformułowano żądanie ich usunięcia. Zamawiający pozostawił to pismo bez odpowiedzi. Z kolei dnia 16 maja 2014 r. Zamawiający otrzymał wniosek o wyjaśnienie treści Ogłoszenia, na który odpowiedział w dniu 19 maja 2014 r., zamieszczając treść odpowiedzi na swojej stronie internetowej i tablicy ogłoszeń w siedzibie Zamawiającego.

W terminie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu (tj. do dnia 20 maja 2014 r.) wpłynęły wnioski od 9 wykonawców, obejmujące wszystkie części na które podzielone zostało zamówienie (łącznie 19 wniosków – pkt 7.3 protokołu postępowania w trybie przetargu ograniczonego, według stanu na dzień 5 stycznia 2015 r., zwanego dalej „Protokołem”). Zamawiający dokonał oceny wniosków wykluczając z Postępowania 2 wykonawców, natomiast pozostałych weryfikując pozytywnie (pisma z dnia 8 lipca 2014 r. informujące o niezakwalifikowaniu się do udziału w Postępowaniu lub o wynikach oceny spełniania warunków udziału w Postępowaniu). Wobec okoliczności, że jedyny wykonawca, który złożył ofertę na część 12 zamówienia został wykluczony Zamawiający, w dniu 9 lipca 2014 r., dokonał unieważnienia Postępowania w tym zakresie (pkt 17 Protokołu).

W dniach od 2 do 11 lipca 2014 r. Dyrektor Regionalnej Dyrekcji Lasów Państwowych w Zielonej Górze przeprowadził u Zamawiającego kontrolę Postępowania. W protokole kontroli doraźnej z dnia 8 lipca 2014 r. powołany do przeprowadzenia kontroli zespół stwierdził szereg naruszeń przepisów Pzp, które *de facto* stały się następnie przesłankami



do unieważnienia Postępowania. Zamawiający złożył obszerne zastrzeżenia skierowane do zespołu kontrolującego (pismo Zamawiającego z dnia 17 lipca 2014 r.), a następnie, po ich negatywnym rozpatrzeniu (odpowieź na zastrzeżenia z dnia 12 sierpnia 2014 r.) do Dyrektora Regionalnej Dyrekcji Lasów Państwowych w Zielonej Górze (pismo Zamawiającego z dnia 28 sierpnia 2014 r.). W konsekwencji powołana została komisja odwoławcza, która – orzeczeniem z dnia 7 listopada 2014 r. – nie uwzględniła w całości zastrzeżeń Zamawiającego. W wystąpieniu pokontrolnym z dnia 17 listopada 2014 r. Kierownik Zamawiającego został zobowiązany do poinformowania Dyrektora Regionalnej Dyrekcji Lasów Państwowych w Zielonej Górze o działaniach podjętych w celu usunięcia stwierdzonych naruszeń prawa lub o przyczynach nie podjęcia takich działań.

W dniu 21 listopada 2014 r. Zamawiający unieważnił Postępowanie powołując się na przepis art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 6 Pzp. W uzasadnieniu faktycznym tej decyzji Zamawiający powołał się lakonicznie na omówione w dalszej części uzasadnienia nieusuwalne wady uniemożliwiające zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, które oparł w całości na ustaleniach zespołu kontrolującego zawartych w protokole z dnia 8 lipca 2014 r.

Od powyższej czynności, w dniu 28 listopada 2014 r., wniesione zostały odwołania m.in. przez Odwoływających (sprawy o sygn. akt KIO 2525/14, KIO 2526/14, KIO 2527/14, KIO 2528/14, KIO 2529/14, KIO 2530/14). Zamawiający w odpowiedziach na odwołania z 10 grudnia 2014 r. uwzględnił zawarte w nich zarzuty w całości. Następnie, w dniu 18 grudnia 2014 r. Zamawiający po raz kolejny unieważnił Postępowanie powołując się ponownie na te same wady prowadzonej procedury, przywołując tym razem na ich uzasadnienie argumentację zawartą w odpowiedzi na zastrzeżenia do protokołu kontroli z dnia 12 sierpnia 2014 r.

W ustalonym stanie faktycznym wszystkie odwołania zasługiwały na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności należało odnieść się do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 186 ust. 2 Pzp, ponieważ w tym Odwoływający upatrywali samodzielnej podstawy uwzględnienia odwołań. Wobec tego Izba wskazuje, że komentowany przepis ma charakter proceduralny, za czym przemawiają przynajmniej dwa względy. Po pierwsze – został on umiejscowiony w Dziale VI Pzp zawierającym uregulowania dotyczące środków ochrony prawnej, po drugie zaś nie sposób nie zauważyć, że treść art. 186 ust. 2 Pzp skorelowana została z jedną z podstaw odrzucenia odwołania wynikającej z art. 189 ust. 2 pkt 5 *in fine* Pzp. Logiczny jest zatem wniosek, że kwestie związane z naruszeniem przez zamawiającego przepisu art. 186 ust. 2 Pzp rozstrzygane są

na etapie formalnej kontroli odwołania, bowiem przesądzają o możliwości (bądź jej braku) merytorycznego rozpoznania go przez Izbę. W sytuacji, w której stwierdzone zostanie, że kolejne odwołanie dotyczy czynności wykonanych, powtórzonych, czy też unieważnionych zgodnie z żądaniami zawartymi w uprzednio uwzględnionym odwołaniu nie ma możliwości poddania ich merytorycznej kontroli w postępowaniu odwoławczym. W takim wypadku postępowanie odwoławcze kończy się na etapie posiedzenia niejawnego wydaniem stosownego postanowienia (argument z przepisu art. 189 ust. 3 Pzp). Z kolei jeżeli okoliczności sprawy wskazują, że zamawiający nie uczynił zadość żądaniom uwzględnionego przez niego odwołania, a tym samym naruszył przepis art. 186 ust. 2 Pzp, czynności podjęte przez niego po uznaniu zasadności poprzedniego środka ochrony prawnej, choćby były tożsame z czynnościami uprzednio zaskarżonymi, poczytywać należy za nowe czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, które stanowić mogą podstawę do poddania ich merytorycznej ocenie w postępowaniu odwoławczym.

Jedynie na marginesie można zauważyć, że – wbrew zapatrywaniom Odwołujących – Zamawiający nie był bezwzględnie związany wszystkimi żądaniami zawartymi w uwzględnionych odwołaniach. *Ratio legis* przepisu art. 186 ust. 2 Pzp należy bowiem upatrywać w przywróceniu czynnościom zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zgodności z przepisami Pzp, nie zaś w kreowaniu kolejnych jego naruszeń będących efektem uwzględnienia żądań nie znajdujących oparcia w ustawie. Trzeba mieć również na względzie, że uwzględnienie odwołania musi być czynnością racjonalną i przemyślaną, co oznacza, że zamawiający decydując się na nią winien przeanalizować żądania zawarte w odwołaniu i poddać je ocenie przez pryzmat Pzp. Zamawiający, który pomimo formalnego uwzględnienia odwołania nie czyni zadość wyrażonym w nim oczekiwaniom wykonawcy naraża się zasadniczo na skutek w postaci przedłużenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, bowiem działanie sprzeczne ze złożonym wcześniej oświadczeniem w przedmiocie uwzględnienia odwołania otwiera – jak wspomniano – możliwość merytorycznego rozpoznania w postępowaniu odwoławczym.

W konsekwencji, przepis art. 186 ust. 2 Pzp nie stanowi – wbrew zapatrywaniom Odwołujących – materialnoprawnej podstawy uwzględnienia odwołania.

Co zaś dotyczy zarzutu naruszenia art. 5 K.c. w zw. z art. 58 § 1 i 2 K.c. w zw. z art. 14 Pzp Izba wskazuje, że przepis art. 58 K.c. przewiduje nieważność bezwzględną czynności prawnej (przy czym tok wyводу Odwołujących wskazuje, że sankcją tą dotknięta ma być czynność kolejnego unieważnienia Postępowania) i gdyby tak było, to wydanie orzeczenia w niniejszej sprawie, w którym ocenie Izby poddana zostałaby czynność nieistniejąca *ipso iure*, byłoby zbędne. Z kolei powołany przez Odwołujących przepis art. 5

K.c. odnosić należy do sfery stosunków prywatnoprawnych, do których nie należą relacje nawiązywane pomiędzy zamawiającymi, a wykonawcami w procedurach udzielania zamówień publicznych. Wobec powyższego zarzut ten nie został uwzględniony.

W zakresie związanym z decyzją o unieważnieniu Postępowania Izba generalnie wskazuje, że takie zakończenie procedury udzielania zamówienia publicznego powinno być wyjątkiem od zasady, zgodnie z którą prowadzi ona do wyboru wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego (por. przepis art. 2 pkt 7a Pzp). Wobec tego przesłanki unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego muszą być interpretowane ściśle, co ma szczególne znaczenie w przypadku podstawy wskazanej w art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp, ma ona bowiem charakter otwarty.

Odnosząc się *stricte* do wskazanej przez Zamawiającego podstawy unieważnienia Postępowania należy pamiętać, że z uwagi na wspomnianą konstrukcję omawianego przepisu, uniemożliwiająca w istocie stworzenia zamkniętego katalogu wad uzasadniających unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zamawiający ma obowiązek przeanalizowana wszczętej procedury nie tylko pod kątem wad wymienionych w art. 146 ust. 1 Pzp, ale także mieszczących się w dyspozycji przepisu art. 146 ust. 6 Pzp. Trzeba mieć jednak na uwadze, że w aktualnym stanie prawnym możliwości unieważnienia postępowania z powołaniem się na niemożliwą do usunięcia wadę mającą wpływ na zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy zostały przez ustawodawcę, w świetle literalnego brzmienia art. 146 znacząco ograniczone. Wskazuje to na konieczność daleko idącej ostrożności przy powoływaniu się na inne, niż wskazane w art. 146 ust. 1 Pzp, podstawy nieważności względnej umowy. Stwierdzona przez zamawiającego wada postępowania musi być nie tylko niemożliwa do usunięcia, ale wskazywać na dokonanie czynności lub zaniechanie jej dokonania, które miało lub mogło mieć wpływ na jego wynik.

*Ad casum*, wbrew zapatrywaniom Odwoływających, Zamawiający za podstawę unieważnienia Postępowania przyjął przepis art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp, co wyraził w pierwszym akapicie pisma z dnia 18 grudnia 2014 r. Przywołanie w jego treści przepisu art. 146 ust. 1 Pzp miało, w ocenie Izby, na celu wyłącznie podkreślenie pojemności zastosowanej przesłanki. Brak jest podstaw do przyjęcia, że Zamawiający wiązał opisane w powołanej korespondencji wady Postępowania z okolicznościami uzasadniającymi unieważnialność umowy w sprawie zamówienia publicznego wynikającymi ze wspomnianego przepisu. Nawet gdyby jednak tak było, a podstawą unieważnienia Postępowania były inne niż wskazane w art. 146 ust. 1 Pzp wady, to nie wpływałoby to w żaden sposób na możliwość identyfikacji przez Odwoływających przyczyn podjęcia przez Zamawiającego takiej decyzji. Podstaw unieważnienia postępowania w sprawie zamówienia publicznego (czy, szerzej – wszelkich czynności/zaniechań zamawiającego) nie należy poszukiwać z ograniczeniem do

przytaczanych przepisów Pzp. W konsekwencji, sformułowany w odwołaniach zarzut naruszenia przepisu art. 146 ust. 1 Pzp była zatem chybiony.

Stosunkowo szerokie zakreślenie obszaru poszukiwań podstaw unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie może jednak iść w parze ze wskazywaniem na jakiegokolwiek jego wady. Przepis art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp *expressis verbis* odnosi się wyłącznie do wad nieusuwalnych, których występowanie czyni zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego obiektywnie niemożliwym. Trzeba mieć również na uwadze fakt, że okoliczności te – jak wspomniano – muszą występować łącznie, nie jest zatem wystarczające stwierdzenie, że na danym etapie Postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie jest możliwe ich usunięcie w inny sposób, niż przez jego unieważnienie, na co powoływał się Zamawiający. Konieczne jest zweryfikowanie ciężaru gatunkowego takich wad, może się bowiem okazać, że mimo ich istnienia nie wpływają ani na prawidłowość prowadzonej procedury, ani na jej wynik. Istotne jest przy tym, że ciężar udowodnienia podstaw unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego spoczywa na zamawiającym.

Przechodząc do poszczególnych wad Postępowania, opisanych w piśmie z dnia 18 grudnia 2014 r., Izba stwierdziła, że żadna z nich nie uzasadniała podjęcia zaskarżonej odwołaniami czynności. Zostaną one omówione zgodnie z systematyką przyjętą przez Zamawiającego.

Jedynie na marginesie Izba wskazuje, że choć nie sposób nie zauważyć, że przyczyny unieważnienia Postępowania stanowiły następstwo ustaleń dokonanych w toku wewnętrznej kontroli u Zamawiającego, a zaskarżona czynność – konsekwencję zobowiązania nałożonego na Kierownika Zamawiającego przez kierownictwo jednostki nadrzędnej, tym niemniej ocenie poddany mógł być wyłącznie sposób procedowania Zamawiającego, jako gospodarza Postępowania.

#### **1. Błędne sformułowanie warunku udziału w Postępowaniu w zakresie posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności – pkt 1 odwołań**

Izba podzieliła zapatrywanie Odwołujących, że opisana przez Zamawiającego wada Postępowania polegała w istocie li tylko na oparciu sformułowanego warunku na niewłaściwym przepisie Pzp, ponieważ kwestia możliwości jego postawienia nie była w ogóle podnoszona. Nie może ulegać wątpliwości, że przepis art. 22 ust. 1 pkt 1 Pzp dotyczy sytuacji, w której prowadzenie działalności niezbędnej do wykonania przedmiotu zamówienia podlega ustawowej reglamentacji. W zakresie tym nie mieszczą się uprawnienia do posługiwania się pilarkami spalinowymi, które powinny posiadać osoby będące w zasobach wykonawcy. Wiązać je należy z warunkiem udziału w Postępowaniu dotyczącym

dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia (art. 22 ust. 1 pkt 3 Pzp), w ramach którego można żądać m.in. informacji na temat kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia, którymi powinny legitymować się osoby, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia (por. § 1 ust. 1 pkt 7 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, Dz.U.2013.231, zwanego dalej „Rozporządzeniem w sprawie rodzajów dokumentów”).

Postępowanie było zatem niewątpliwie dotknięte wadą, jednak nie uzasadniała ona decyzji o jego unieważnieniu. Sam Zamawiający nie wskazał w ogóle jaki miałby być jej wpływ (choćby potencjalny) na wynik Postępowania, wobec czego oparcie na omawianej okoliczności zaskarżonej decyzji poczytywać należy za nadmierny formalizm, który wszakże nie jest nadrzędnym celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Izba miała przy tym na względzie, że żaden z wykonawców nie został wykluczony z Postępowania z uwagi na niespełnianie tego warunku.

## **2. Warunek udziału w Postępowaniu dotyczący doświadczenia w zakładaniu upraw metodą Sobańskiego (dotyczy części 1-11 zamówienia) – pkt 2 i 3 odwołań**

W ocenie Izby Zamawiający bezpodstawnie przyjął, że sformułowany w pkt IV.2.2 Ogłoszenia warunek udziału w Postępowaniu jest nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Uzasadniając zajęte stanowisko oparł się w przeważającej mierze na przytoczeniu sformułowanych w orzecznictwie Izby definicji proporcjonalności, w których położony został akcent na znaczenie słownikowe i matematyczne tego pojęcia. Nie kwestionując zasadności rozpatrywania proporcjonalności warunku w kontekście wskazanych powyżej aspektów (z zastrzeżeniem, że w każdej sprawie ich znaczenie powinno być ustalane indywidualnie) trzeba powiedzieć, że dla oceny tej przesłanki znaczenie powinny mieć nie tylko słownikowe definicje, czy matematyczne proporcje, ale także cel, jakim zamawiający kierował się wszczynając postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie jest wszczynane tylko dlatego, że zamawiający posiada określoną sumę środków pieniężnych do zagospodarowania, ale w celu zaspokajania konkretnych potrzeb, mających wymiar – jak w niniejszej sprawie, biorąc pod uwagę profil działalności Zamawiającego – wymiar powszechny.

Podobnie jak przy opisie przedmiotu zamówienia zamawiający ma prawo do formułowania nawet wysokich, restrykcyjnych wymagań, o ile znajdują one oparcie w jego uzasadnionych potrzebach, tak w przypadku warunków udziału w postępowaniu jest on

uprawniony do takiego ich określenia, które pozwoli na wyłonienie wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia w stopniu najwyższym. W ramach tej kompetencji zamawiający może ograniczyć krąg potencjalnych wykonawców i stwierdzenie tej okoliczności nie uzasadnia jeszcze zarzutu nieproporcjonalności warunku udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

W rozpoznawanych sprawach nie było sporne między stronami, że zakwestionowana metoda jest specjalistycznym sposobem hodowli lasu praktykowanym przez szereg nadleśnictw w Polsce, a u Zamawiającego stosowanym od 2004 r., przy akceptacji przez jednostkę nadrzędną i przynoszącym efekty (także finansowe), które nie pozostają nie zauważone na zewnątrz (*vide* zapytania pełnomocnika Odwołujących z dnia 28 grudnia 2014 r. do Zamawiającego i Regionalnej Dyrekcji Lasów Państwowych w Szczecinie wraz z odpowiedziami i publikacja pn. „Ekonomiczne aspekty metody Sobańskiego”). Skoro zatem celem Zamawiającego było kontynuowanie gospodarki leśnej przy jej użyciu, to nie sposób było odmówić mu uprawnień do kwalifikowania do udziału w Postępowaniu podmiotów mających określone doświadczenie w jej stosowaniu, ponieważ to one dają gwarancję prawidłowości realizacji przedmiotu zamówienia, a taki jest właśnie cel stawiania warunków udziału w Postępowaniu (por. art. 22 ust. 5 zd. pierwsze Pzp).

Odnosząc się natomiast do przytoczonej przez Zamawiającego definicji słownikowej Izba wskazuje, że uzasadnienie zaskarżonej czynności w ogóle nie zawiera wyjaśnienia dlaczego Zamawiający uznał sformułowany przez siebie warunek za nieadekwatny do rozmiaru i wielkości przedsięwzięcia, ograniczając się w istocie do przytoczenia fragmentu uzasadnienia wyroku Izby z innej sprawy. Wobec powyższego Izba stwierdza, że warunek proporcjonalny, z uwagi na brak możliwości zdefiniowania go wyrażonym liczbowo stosunkiem części do całości zamówienia, oznacza tyle, co warunek niewygórowany. Istotne jest przy tym, że Zamawiający w żaden sposób nie wykazał tak rozumianego braku proporcjonalności warunku, ani też aby miała ona wpływ na wynik Postępowania.

Co zaś dotyczy proporcjonalności w sensie matematycznym, na której to skupił się Zamawiający Izba wzięła pod uwagę, że nie jest zasadne jej ustalanie przez proste porównanie wartości usług zrealizowanych w latach ubiegłych do wartości zamówienia. Trudno jest bowiem w takim przypadku uchwycić procentową granicę oddzielającą proporcjonalność danego warunku od jego nieproporcjonalności. Nawet jeśli wspomniany współczynnik jest niewielki (przy czym, z uwagi na bogactwo stanów faktycznych, otwarta pozostaje kwestia znaczenia takiego pojęcia), to nie sposób nie zauważyć, że może on dotyczyć istotnej części zamówienia, uzasadniającej oparcie na niej warunku udziału w Postępowaniu.

Niezależnie od powyższego Izba miała na względzie, że Zamawiający – uzasadniając naruszenie wymogu proporcjonalności w sensie matematycznym – posłużył się nierzetelnymi danymi dotyczącymi wartości usług zrealizowanych metodą Sobańskiego w latach 2011-2013. Odwołujący przedstawili bowiem dowody dające podstawę do przyjęcia, że nie wynosiła ona niespełna 50 tys. zł, a niemalże 1 mln zł oraz że wartość usług wykonanych u Zamawiającego metodą Sobańskiego w latach 2011-2013 do wszystkich usług zrealizowanych u niego w tym okresie jest kilkudziesięciokrotnie wyższa niż to przedstawiono w treści uzasadnienia unieważnienia Postępowania (argument z treści sporządzonych przez Zamawiającego na użytek postępowania kontrolnego) i wynosiła średnio 12%, w miejsce podanych 0,2%.

Jedynie na marginesie można zauważyć, że nawet potencjalny wykonawca, który działając przez pełnomocnika złożył pismo informujące Zamawiającego o naruszeniu przepisów Pzp (korespondencja z dnia 9 maja 2014 r.) nie sformułował pośród wielu zarzutów także i tego, który dotyczyłby warunków udziału w Postępowaniu dotyczących metody Sobańskiego.

Reasumując, stwierdzona przez Zamawiającego wada Postępowania nie potwierdziła się.

### **3. Warunek udziału w Postępowaniu dotyczący doświadczenia w zakresie mechanicznego przygotowania gleby pod uprawy zakładane metodą Sobańskiego (dotyczy części 12 zamówienia) – pkt 2 i 3 odwołań**

Jakkolwiek Izba dostrzega, że Zamawiający w treści pisma z dnia 18 grudnia 2014 r. sformułował uzasadnienie dla unieważnienia Postępowania w części 12, odnoszące się do warunku związanego z metodą Sobańskiego, tym niemniej nie było to w ogóle konieczne. Z pkt 17 Protokołu wynika bowiem, że omawiana część unieważniona została w dniu 9 lipca 2014 r. na podstawie przepisu art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp, ponieważ nie wpłynął na nią żaden wniosek o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu od wykonawcy niepodlegającego wykluczeniu.

W konsekwencji nie mogły zostać uwzględnione zarzuty Odwołujących dotyczące części 12 zamówienia, którym *nota bene* nie towarzyszył żaden wniosek w jej zakresie, a to z uwagi na brak interesu w ich formułowaniu – żaden z Odwołujących nie złożył oferty na tą część zamówienia.

### **4. Warunek udziału w Postępowaniu dotyczący posiadania doświadczenia w zakresie termoterapii nasion dębu (dotyczy części 15 zamówienia) – pkt 4 odwołań**

W odniesieniu do tej wady Postępowania Izba miała na względzie, że ofertę na część 15 zamówienia złożyli tylko wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia

– A. W., R. W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą ZUL s.c. A. W., R. W. i tylko w odniesieniu do nich zarzut mógł zostać uwzględniony. Pozostali Odwołujący nie mieli natomiast interesu w jego podnoszeniu, co nie miało jednak wpływu na ostateczny wynik postępowania odwoławczego.

Izba nie podzieliła zapatrywania Zamawiającego, jakoby sformułowany w ogłoszeniu o zmianie Ogłoszenia z dnia 8 maja 2014 r. warunek w zakresie doświadczenia był nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia z uwagi na pominięcie w jego treści istotnego, w ocenie Zamawiającego, elementu. Znamienna jest okoliczność, że w tym zakresie Zamawiający zrezygnował nawet z próby zdefiniowania ujawnionej nieproporcjonalności oraz wyjaśnienia jej wpływu na wymóg prowadzenia Postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, nie wspominając już nawet o wskazaniu wpływu na wynik Postępowania.

W istocie to właśnie sformułowanie warunku obejmującego swą treścią doświadczenie w termoterapii nasion buka doprowadziłoby do naruszenia zasady proporcjonalności. Trzeba mieć bowiem na uwadze, że w toku postępowania odwoławczego udowodnione zostało, że u Zamawiającego nie wykonuje się w ogóle takich zabiegów (*vide* złożona przez Odwołujących opinia dr J. S.), co – przy ujęciu go w opisie sposobu dokonywania oceny spełniania warunku udziału w Postępowaniu – rodziłoby wątpliwość co do jego związania z przedmiotem zamówienia, prowadząc w ten sposób do naruszenia przepisu art. 22 ust. 4 Pzp. W konsekwencji opisanie omawianego warunku przez odniesienie go do doświadczenia w termoterapii dwóch gatunków drzew byłoby nadmierne w stosunku do przedmiotu zamówienia, który w warunkach Zamawiającego obejmować mógł wyłącznie jeden z nich, a zatem nieproporcjonalne. Zamawiający osiągnąłby w ten sposób *de iure et facto* rezultat odwrotny do oczekiwanego.

Reasumując, stwierdzona przez Zamawiającego wada Postępowania nie potwierdziła się.

#### **5. Warunek udziału w Postępowaniu dotyczący dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia – pkt 5 odwołań**

Zdaniem Izby chybiona była argumentacja Zamawiającego, że warunek sformułowany w pkt VI.3.2) Ogłoszenia wyłączał możliwość posłużenia się potencjałem podmiotów trzecich w celu wykazania jego spełniania oraz dyskryminował niewymienione w jego treści więzi łączące wykonawcę i osoby zdolne do wykonania zamówienia.

Odnosnie pierwszego z wymienionych powyżej aspektów Izba wskazuje, że nie jest w istocie wiadome na czym Zamawiający oparł swoje ustalenie. Jeżeli podstawą takiego zapatrywania był brak w treści SIWZ postanowienia odpowiadającego przepisowi art. 26 ust.



2b Pzp, to rozumowanie takie jest błędne. Przeciwnie zapatrywanie prowadzioby do wniosku, że o ile zamawiający nie posłuży się w treści SIWZ określonymi przepisami Pzp (bądź po prostu nie wpisze do SIWZ ich treści, co jest częstą praktyką), to regulacje pominięte nie obowiązują w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, z czym zgodzić się nie sposób. W związku z tym potwierdzenie istnienia tej wady wymagałoby wskazania postanowienia SIWZ, które *explicite* wyłącza uprawnienie do polegania na potencjale podmiotu trzeciego, czego Zamawiający nie uczynił. Przeciwnie – chociażby z treści omawianego warunku i użytego w nim słowa „dysponować” wynika, że mogą to być osoby tworzące potencjał własny wykonawcy, jak i oddane do dyspozycji przez podmiot trzeci.

Natomiast w zakresie rzekomego ograniczenia dopuszczalnych form współpracy wykonawców z osobami zdolnymi do wykonania zamówienia Izba stwierdziła, że wniosek Zamawiającego pomijał wynikającą z treści warunku możliwość oparcia się o inne formy zatrudnienia niż umowa na czas nieokreślony lub określony. Dopuszczalne były zatem, w ocenie Izby, wszelkie formy umożliwiające faktyczne zaangażowanie danej osoby w realizację zamówienia, bowiem – jak trafnie argumentowali Odwołujący – zatrudnienie nie musi mieć charakteru pracowniczego. Zamawiający – poza powołaniem się na wyrok sądu okręgowego, w którym wyjaśniono relacje pojęć „dysponuje”, „zatrudnia”, czy „jest związany umową” – nie wyjaśnił na czym konkretnie polegać ma rzekome dyskryminacyjne traktowanie niesformalizowanych przejawów dysponowania zasobem osobowym.

Także analiza pozostałych postanowień SIWZ nie pozwalała na uwzględnienie stanowiska Zamawiającego. Przykładowo, w treści warunku dotyczącego posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności Zamawiający posłużył się ogólnym określeniem „osób będących w zasobach wykonawcy”, bez wskazania na jakąkolwiek formę wchodzenia w skład owych zasobów. Ponadto, w treści załączników nr 5 i 6 do Ogłoszenia Zamawiający wymagał wskazania podstaw dysponowania osobami, które będą uczestniczyć w realizacji zamówienia bez wskazania na konkretne jego formy.

Reasumując, stwierdzona przez Zamawiającego wada Postępowania nie potwierdziła się.

## **6. Żądanie dokumentów niewymienionych w treści Rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów – pkt 6 odwołań**

Izba stwierdziła, że w zakresie dokumentu wskazanego w pkt VII.3.6) Ogłoszenia (dokumentu potwierdzającego posiadanie uprawnień do posługiwania się pilarkami spalinowymi) Zamawiający przekroczył uprawnienie wynikające z przepisu art. 25 ust. 1 pkt 1 Pzp, bowiem wykroczył poza katalog dokumentów, których zamknięty katalog sformułowano

w przepisach Rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów. W tym zakresie powinien był poprzestać na oświadczeniu na powyższą okoliczność, którego złożenia *nota bene* żądał (pkt VII.3.5) Ogłoszenia), ewentualnie oprzeć się na informacjach wynikających z wykazu osób, w którym, w kol. 5, wykonawcy mieli wskazać na przygotowanie zawodowe/uprawnienia osób, które będą uczestniczyć w realizacji zamówienia.

Powyższe naruszenie nie mogło jednak przesądzać o konieczności unieważnienia Postępowania, mimo iż opisana wada miała charakter nieusuwalny. Nie była ona bowiem na tyle poważna, aby niweczyć możliwość zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Strony nie pozostawały w sporze co do okoliczności, że posługiwanie się pilarkami spalinowymi wymaga ukończenia kursu i uzyskania zaświadczenia, zgodnie z przepisami Rozporządzenia. Wykonawca, będący profesjonalnym uczestnikiem obrotu gospodarczego musi mieć tego świadomość, stąd – wskazując określoną osobę jako pilarza – nie powinien mieć trudności w przedstawieniu dokumentu stwierdzającego posiadanie uprawnień w miejsce, czy obok oświadczenia.

Nie mogła się również ostać argumentacja Zamawiającego dotycząca niedopuszczalności żądania wykazu osób. Wyszedł on bowiem z założenia, że dokument ten składany będzie na potwierdzenie spełniania warunku udziału w Postępowaniu o niedozwolonej treści, która została omówiona powyżej, a zatem dotyczyć będzie wyłącznie osób zatrudnionych w oparciu o określone modele współpracy. Należy jednak zauważyć, że rozstrzygające znaczenie dla kwestii dopuszczalności żądania określonego dokumentu nie ma jego nazwa, a cel jakemu ma służyć, warunek udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, na potwierdzenie którego jest składany oraz zakres informacji z niego wynikających. W niniejszej sprawie omawiany dokument referował do warunku udziału dotyczącego potencjału kadrowego, a rodzaj danych nim objętych skorelowany był z przepisem § 1 ust. 1 pkt 7 Rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów i obejmował informacje na temat podstaw dysponowania wymienionymi w nim osobami (kol. 3), zakresu wykonywanych przez nie czynności (kol. 4), czy kwalifikacji zawodowych (kol. 5).

Przejawem nieuzasadnionego formalizmu było z kolei zapatrywanie na dopuszczalność żądania dowodów opłacenia polisy. Nie ulega wątpliwości, że dokumentem jakiego może żądać Zamawiający od wykonawców jest opłacona polisa. Okoliczność, czy i w jakim zakresie została od niej uiszczona składka ubezpieczeniowa podlega badaniu zamawiającego na etapie podmiotowej weryfikacji wykonawców, bowiem składana w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego polisa ma potwierdzać, że wykonawca jest w stanie udźwignąć finansowe obciążenie związane z zawarciem umowy ubezpieczenia na wymaganą przez zamawiającego sumę ubezpieczenia. Wobec tego nie sposób twierdzić, że oczekiwanie przedstawienia dowodu opłacenia polisy nie znajduje oparcia w przepisach

Rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów. Gdyby tak było, to zamawiający pozbawiony byłby w ogóle możliwości zweryfikowania czy złożony dokument odpowiada wymogom powołanego aktu wykonawczego, o ile informacja o opłaceniu składki w pełnej wysokości (bądź w wysokości rat wymagalnych) nie wynikałaby z treści samej polisy. Niezależnie od tego trzeba mieć także na uwadze okoliczność, że przedstawienie dowodu opłacenia polisy jest wtórne w stosunku do obowiązku posiadania opłaconej polisy.

Reasumując, stwierdzona przez Zamawiającego wada Postępowania potwierdziła się jedynie częściowo, co jednak nie uzasadniało podjęcia zaskarżonej odwołaniami decyzji.

## **7. Pozacenowe kryteria oceny ofert – pkt 7 odwołań**

Nie miał racji Zamawiający twierdząc, że nie był uprawniony do sformułowania pozacenowych kryteriów oceny ofert dotyczących miejsca siedziby wykonawcy, czy miejsca zamieszkania personelu.

Abstrahując od okoliczności, że przedmiot zamówienia stanowią usługi niepriorytetowe, w stosunku do których zniesiony został zakaz ustalania kryteriów oceny ofert na podstawie właściwości wykonawców (por. art. 5 ust. 1 Pzp), czego nie wolno utożsamiać z dowolnością w ich formułowaniu, to w specyficznym przypadku, jakim są szeroko pojęte usługi leśne zasadne jest premiowanie wykonawców, których zasoby techniczne i kadrowe znajdują się w sąsiedztwie miejsc, w których przedmiot zamówienia będzie wykonywany. Trafnie, zdaniem Izby, argumentowali Odwołujący, że takie kryteria znajdują oparcie m.in. w potrzebie szybkiej reakcji na zdarzenia losowe, czy zmieniające się warunki pogodowe, co powoduje, że pożądana jest sytuacja, w której wykonawca jest w stanie w krótkim czasie zmobilizować niezbędny potencjał i tym samym przystąpić szybciej do realizacji usług, niż miałyby to miejsce w przypadku podmiotu, którego siedziba, bądź zasoby kadrowe oddalone są od miejsca świadczenia.

Nie bez znaczenia jest również okoliczność, że waga każdego z tych kryteriów nie była decydująca (po 10%) oraz że kryteria owe zostaną doprecyzowane na etapie przekazania wykonawcom treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Nie sposób na tym etapie formułować kategoriycznych ocen, że samo ustanowienie tych kryteriów odniesie jakikolwiek wpływ na wynik Postępowania, ponieważ nie wyłączały one możliwości ubiegania się o udzielenie zamówienia przez jakąkolwiek grupę podmiotów.

Reasumując, stwierdzona przez Zamawiającego wada Postępowania nie potwierdziła się.

## **8. Selektywne udzielanie odpowiedzi na korespondencję wykonawców w toku Postępowania – pkt 8 odwołań**

Izba nie podzieliła stanowiska Zamawiającego z następujących przyczyn.

Po pierwsze – przepisy Pzp nie znają instytucji wniosków o wyjaśnienie treści ogłoszenia o zamówieniu. Nie oznacza to wprawdzie, że wykonawcy nie mogą takich wniosków składać, tym niemniej decyzja o ich rozpatrzeniu i jego sposobie należy do wyłącznej kompetencji zamawiającego. Nałożony na niego wymóg prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z należytą starannością wywoływać może potrzebę udzielenia stosownych wyjaśnień, nie można jednak bezwzględnie wymagać, aby zamawiający – skorzystawszy raz z takiego uprawnienia – miał obowiązek prowadzenia korespondencji z każdym wykonawcą, zwłaszcza takim, który nie tyle ma wątpliwości dotyczące treści ogłoszenia o zamówieniu, ile po prostu jest niezadowolony z jego kształtu.

Po drugie, o czym już wspomniano powyżej, stwierdzone przez Zamawiającego przypadki nierównego traktowania wykonawców dotyczyły odmiennych rodzajowo sytuacji. Pismo z dnia 16 maja 2014 r. wskazywało, że jego autor ma szereg wątpliwości dotyczących treści Ogłoszenia, podczas gdy korespondencję z dnia 9 maja 2014 r. potraktować należało jako zapowiedź odwołania, o czym świadczy jej końcowy fragment mówiący o możliwości podjęcia stosownych kroków prawnych. Co istotne, zostało ono złożone przez profesjonalnego pełnomocnika, który winien mieć świadomość, że ustawową formą kwestionowania treści Ogłoszenia jest złożenie odwołania w określonym terminie i formie, nie zaś próba wywierania na Zamawiającego nacisku metodami nieznanymi przepisom Pzp.

*Ergo* brak odpowiedzi na taką korespondencję nie może być poczytywany za naruszenie przepisów Pzp, wobec czego stwierdzona przez Zamawiającego wada Postępowania nie potwierdziła się.

Obok przedstawionych powyżej względów należy mieć na uwadze, że żaden z wykonawców nie został wykluczony z Postępowania z uwagi na rzekomo wadliwe elementy Ogłoszenia, ani że – o czym była również mowa przy omawianiu niektórych z powyższych zagadnień – nie został udowodniony jakikolwiek (nawet potencjalny) wpływ stwierdzonych uchybień na przebieg i wynik Postępowania (kwalifikację podmiotową wykonawców). Ponadto, co także jest nie bez znaczenia, w Postępowaniu nie skorzystano ze środków ochrony prawnej. Izba podkreśla, że okoliczności te należy odczytywać łącznie z poglądami wyrażonymi we wcześniejszej części niniejszego uzasadnienia.

Na podstawie wszystkich przytoczonych okoliczności Izba stwierdziła, że uzasadnione jest unieważnienie czynności unieważnienia Postępowania w częściach, na które oferty złożyli Odwołujący. Mając jednak na względzie fakt, że identyczne przyczyny legły u podstaw unieważnienia Postępowania w częściach 7 i 9 oraz względu na obowiązek równego traktowania wszystkich wykonawców, niezależnie od okoliczności skorzystania ze

środków ochrony prawnej przez niektórych z nich, rozstrzygnięcie zawarte w pkt 1 sentencji orzeczenia powinno dotyczyć niepodzielnie także unieważnienia Postępowania w częściach, na które odwołań nie złożono, a które unieważnione zostały z tożsamyh przyczyn, co omówione w uzasadnieniu.

Izba nie uwzględniła natomiast dalej idących żądań Odwołujących, w szczególności dotyczących zaproszenia ich do składania ofert. Oczywistym jest, że Zamawiający po unieważnieniu czynności unieważnienia Postępowania zobligowany będzie do jego kontynuowania, tym niemniej wytyczanie przez Izbę określonego kierunku dalszej procedury uznano za nieuzasadnione. Nie można bowiem wykluczyć sytuacji, że ujawnią się inne okoliczności stanowiące przeszkodę do dalszego prowadzenia Postępowania, które to nie były przedmiotem postępowania prowadzonego przed Izbą (np. istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć, co stanowi odrębną przesłankę do unieważnienia Postępowania). W takiej sytuacji nakazywanie Zamawiającemu dokonania określonych czynności w kontynuowanym Postępowaniu spowodować mogłoby problem z wykonalnością orzeczenia. Izba stanowczo wskazuje przy tym, że o ile nie zachodzą okoliczności uniemożliwiające dalsze procedowanie Zamawiający winien kontynuować Postępowanie w kierunku wyboru ofert najkorzystniejszych, ponieważ unieważnienie procedury w oparciu o przesłanki wskazane w piśmie z dnia 18 grudnia 2014 r. nie znajdowało oparcia w przepisach Pzp.

Izba pozostawiła bez rozpoznania zarzuty dotyczące naruszenia art. 22 w zw. z art. 8 ust. 2 Konstytucji RP oraz art. 17 ust. 3 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych z uwagi na brzmienie przepisu art. 192 ust. 2 Pzp. W jego świetle Izba orzeka o uwzględnieniu odwołania w sytuacji, gdy stwierdzi naruszenie przepisów Pzp (nie zaś przepisów innych aktów normatywnych, czy ustawy zasadniczej), które miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tak bowiem należy tłumaczyć użyte w treści powołanego przepisu słowo „ustawa”.

O kosztach postępowania odwoławczego (pkt 3 sentencji orzeczenia) orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 1 i 2 lit. b) 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.2010.41.238). Wynagrodzenie pełnomocnika Odwołujących zostało zasądzone dla każdej ze spraw oddzielnie i w wysokości maksymalnej wynikającej z przepisów powołanego aktu normatywnego, z uwagi na brak regulacji przewidującej możliwość miarkowania ich

wysokości w takich przypadkach.

**Przewodniczący:** .....