

WYROK
z dnia 20 stycznia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Małgorzata Gil

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 stycznia 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 stycznia 2014 r. przez wykonawcę: **H. S., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą JAGD-PARTNER H. S., Plac Lotników 7, 78-300 Świdwin** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Skarb Państwa Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe, Nadleśnictwo Połczyn, ul. 15-go Grudnia 12, 78-320 Połczyn Zdrój**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania, odrzucenia oferty odwołującego oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego,
2. kosztami postępowania obciąża **Skarb Państwa Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe, Nadleśnictwo Połczyn, ul. 15-go Grudnia 12, 78-320 Połczyn Zdrój** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **H. S., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą JAGD-PARTNER H. S., Plac Lotników 7, 78-300 Świdwin** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Skarbu Państwa Państwowego Gospodarstwa Leśnego Lasy Państwowe, Nadleśnictwo Połczyn, ul. 15-go Grudnia 12, 78-320 Połczyn Zdrój** na rzecz wykonawcy: **H. S., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą JAGD-PARTNER H. S., Plac Lotników 7, 78-300 Świdwin** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym przez Skarb Państwa Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Połczyn (dalej „zamawiający”) w trybie przetargu nieograniczonego na *Świadczenie usług leśnych na terenie Nadleśnictwa Połczyn w 2015 roku*, część zamówienia nr 15 – *Gospodarka łowiecka z gospodarką łąkowo-rolną* wykonawca H. S., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą JAGD-PARTNER H. S. (dalej „odwołujący”) złożył odwołanie, zarzucając zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.) [dalej „ustawa Pzp”]:

1. art. 89 ust. 1 pkt 3, poprzez niezgodne z prawem oraz stanem faktycznym dokonanie czynności odrzucenia oferty odwołującego,
2. art. 93 ust. 1 pkt 1, poprzez niezgodne z prawem oraz stanem faktycznym dokonanie czynności unieważnienia postępowania,
3. art. 24 ust. 2 pkt 3, poprzez zaniechanie czynności wykluczenia z postępowania Zakładu Usług Łowieckich i Leśnych R. K.,
4. art. 7 ust. 1, poprzez niezgodną z prawem, nierówną ocenę oświadczeń stanowiących, w ocenie zamawiającego dowody w sprawie,
5. art. 7 ust. 2 w związku z art. 17 ust. 1 pkt 3, poprzez zaniechanie czynności polegającej na wyłączeniu Pana R. K. z prac komisji przetargowej,
6. art. 7 ust. 3, poprzez zaniechanie czynności polegającej na udzieleniu odwołującemu zamówienia jako wykonawcy, który złożył ofertę niepodlegającą odrzuceniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego,
2. unieważnienia czynności unieważnienia postępowania,
3. wykluczenia z postępowania Zakładu Usług Łowieckich i Leśnych R. K.,
4. wyłączenia Pana R. K. z prac komisji przetargowej,
5. dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, poprzez niezgodne z prawem oraz stanem faktycznym dokonanie czynności odrzucenia oferty odwołującego odwołujący wskazał, że działania mające znamiona czynu nieuczciwej konkurencji, ustawodawca zawarł i opisał w ustawie z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2003 r. nr 153 poz. 1503 z późn. zm.), jednak po

zapoznaniu się z tym aktem prawnym odwołujący nie znalazł uzasadnienia dla czynności zamawiającego.

Odwołujący podał, że zamawiający w uzasadnieniu powołał się na art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, która to norma jest zawarta w części ogólnej przepisów, jednak zamawiający w żaden sposób nie odniósł się w uzasadnieniu do Rozdziału 2 tejże ustawy, gdzie ustawodawca opisał szczegółowo czyny nieuczciwej konkurencji.

W ocenie odwołującego to działanie zamawiającego dowodzi, iż nie znalazł on odpowiedniego czynu nieuczciwej konkurencji, którego dopuścił się odwołujący.

Podniósł, że jeżeli zamawiający zarzuca odwołującemu działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, zagrażające lub naruszające interes innego przedsiębiorcy to ma obowiązek to udowodnić.

Odwołujący stwierdził, że nie jest dowodem w sprawie oświadczenie (a w zasadzie pomówienie) innego wykonawcy biorącego udział w postępowaniu (Zakład Usług Łowieckich i Leśnych R. K.).

Według odwołującego w dokumentacji postępowania nie ma żadnego dowodu jego winy, za wyjątkiem oświadczeń, relacji i domniemań Pana R. K., tj. wykonawcy, który wcześniej uzyskiwał zamówienie w roku 2012, 2013, 2014 i miał zapewne zamiar uzyskać je w roku 2015.

Odwołujący załączył zawiadomienie o unieważnieniu postępowania oraz Wykaz usług, sporządzony przez Pana R. K. z datą 03.12.2014 r.

Odwołujący stwierdził, że w momencie otwarcia ofert Pan K. powziął informację, iż nie jest jedynym wykonawcą, a jego oferta jest drugą w kolejności ze względu na przyjęte kryterium ceny. Dodał, że cena oferty Pana K. przekracza kwotę, jaką zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia.

Odwołujący załączył wykaz wartości kwot przeznaczonych przez zamawiającego na realizację zamówienia.

Odwołujący podał, że 10.12.2014 r. zamawiający wysłał do Zakładu Usług Łowieckich i Leśnych R. K. wezwanie do uzupełnienia oferty, co – według odwołującego – spowodowało wysłanie do zamawiającego pisma go oczerniającego.

Odwołujący załączył wezwanie Zakładu Usług Łowieckich i Leśnych R. K. do uzupełnienia oferty, Wykaz usług, sporządzony przez Pana R. K. z datą 05.12.2014 r., Wykaz osób, sporządzony przez Pana R. K. z datą 03.12.2014 r. oraz Wykaz osób, sporządzony przez Pana R. K. z datą 05.12.2014 r.

Odwołujący oświadczył, że jako wykonawca ubiegający się o zamówienie, przynajmniej na tym etapie postępowania, nie zamierza oceniać oferty Zakładu Usług Łowieckich i Leśnych R. K.; pozostawia to zamawiającemu.

Odwołujący podał, że Pan R. K. 11.12.2014 r. złożył w siedzibie zamawiającego pismo, datowane na 10.12.2014 r., w którym podważył poprawność oferty odwołującego, a nadto oświadczył, iż posiada uzasadnione przypuszczenia, iż konkurencyjna wobec niego oferta przetargowa została sporządzona w oparciu o informacje uzyskane przez pracowników Nadleśnictwa Połczyn, którzy znali treść jego oferty i w sposób bezprawny informacje te udostępnił podmiotowi konkurencyjnemu.

Odwołujący załączył pismo Pana R. K. do zamawiającego z datą wpływu 11.12.2014 datowane ma 10.12.2014 r.

Odwołujący podał również, że Pan R. K. w piśmie z 11.12.2014 r. podał nazwisko jednego z pracowników zamawiającego, który wedle niego ujawnił treść jego oferty i jest zamieszany w pozbawienie go zamówienia, na dowód czego złożył oświadczenie Pana R. G., który oświadczył, iż również Panu R. K. miano składać propozycje wzięcia udziału w postępowaniu.

Pismem z 15.12.2014 r. Pan R. K. ponownie podał nazwisko pracownika zamawiającego, opisał swoje i tej osoby działania mające na celu sporządzenie jego oferty i domniemał, iż Pan M. S. mógł przekazać dane z jego wyliczeń konkurencji, a nadto stwierdził, iż Pan M. S. składał od trzech lat Panu R. K. propozycję wzięcia udziału w przetargu na prace łowieckie w Nadleśnictwie Połczyn.

W ocenie odwołującego przeciwwagą dla twierdzeń Pana R. K. jest oświadczenie Pana R. K. datowane na 24.12.2014 r., w którym Pan R. K. zaprzecza twierdzeniom Pana R. K. .

Odwołujący załączył pismo Pana R. K. do zamawiającego z 11.12.2014 r., oświadczenie Pana R. G., pismo Pana R. K. do zamawiającego z 15.12.2014 r. oraz oświadczenie Pana R. K. z 24.12.2014 r.

Odwołujący uznał, że wynikiem działań Pana R. K. było wezwanie, zarówno jego, jak i odwołującego do złożenia wyjaśnień.

Odwołujący podał, że w odpowiedzi na to wezwanie Zakład Usług Łowieckich i Leśnych R. K. odpowiedział jak powyżej, zaś odwołujący, pismem z 16.12.2014 r., złożył dokumenty potwierdzające fakt dysponowania sprzętem wymaganym przez zamawiającego do realizacji zamówienia, jak i złożył wyjaśnienia w sprawie domniemanego przez Pana R. K. czynu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący wskazał, że swoim oświadczeniem potwierdził, iż nie zna Pana R. K., nie znał przed terminem składania ofert informacji zawartych w ofercie złożonej przez Pana R.

K., jak i nie znał jego ofert z lat poprzednich. Nadto oświadczył, iż żaden z pracowników zamawiającego nie pomagał odwołującemu w przygotowaniu oferty.

W ocenie odwołującego potwierdzeniem powyższego jest Protokół ze spotkania służbowego z 18.12.2014 r., który został spisany odręcznie przez protokolanta Panią H. J., będący spisaniem przesłuchania Pana M. S. na okoliczność zdarzeń opisanych przez Pana R. K. – na podstawie zapisów tego dokumentu nie można stwierdzić, iż doszło do jakiegokolwiek zdarzenia, które można by było zdefiniować jako czyn nieuczciwej konkurencji. Wedle odwołującego zeznania Pana M. S. nie potwierdzają twierdzeń Pana R. K. .

Odwołujący zwrócił nadto uwagę na informacje zawarte w korespondencji e-mail pomiędzy radcą prawnym Panem A. K. a Panią Sekretarz E. M., w której mecenas wskazuje kierunki działania w zaistniałej sytuacji i stwierdza, że w oparciu o takie donosy, nie zawierające konkretów nie może ani wykluczyć wykonawców, ani odrzucić ofert, ani unieważnić przetargu.

Dodał, że uwzględniając sugestię mecenasa należałoby wykluczyć z postępowania Zakład Usług Łowieckich i Leśnych R. K. w oparciu o art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Odwołujący załączył wezwanie do złożenia wyjaśnień skierowane do Zakładu Usług Łowieckich i Leśnych R. K. z 15.12.2014 r., wezwanie do złożenia wyjaśnień skierowane do odwołującego z 15.12.2014 r., odpowiedź odwołującego na wezwanie stanowiące z 16.12.2014 r., Protokół ze spotkania służbowego z 18.12.2014 r., korespondencję e-mail pomiędzy radcą prawnym Panem A. K. a Panią Sekretarz E. M. .

Niezrozumiałym dla odwołującego jest zarzut naruszenia art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 2 pkt 7a ustawy Pzp. Odwołujący oświadczył, że nie podjął żadnych czynności w celu zapoznania się z kosztorysami, na podstawie których zamawiający szacował wartość zamówienia. Podniósł, że miał prawo ubiegać się o tę informację na mocy ustawy z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej (tj. Dz. U. z 2014 r. poz. 782) – „Każda informacja o sprawach publicznych stanowi informację publiczną w rozumieniu ustawy i podlega udostępnieniu i ponownemu wykorzystaniu na zasadach i w trybie określonych w niniejszej ustawie”. „Każdemu przysługuje, z zastrzeżeniem art. 5, prawo dostępu do informacji publicznej, zwane dalej „prawem do informacji publicznej”.

Jako absurdalny uznał odwołujący zarzut zamawiającego, iż dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji, poprzez zapoznanie się, przed terminem otwarcia ofert z ofertą Zakładu Usług Łowieckich i Leśnych R. K. . Oświadczył, że nie zapoznał się z ofertą Zakładu Usług Łowieckich i Leśnych R. K. przed terminem otwarcia ofert oraz, że nikt nie przekazał mu informacji w niej zawartych.

Podniósł, że oferta Pana R. K. została sporządzona 03.12.2014 r., zaś jak wynika z Zawiadomienia o unieważnieniu Postępowania do ujawnienia oferty doszło w dniu 28 listopada 2014 r., to jest na 5 dni przed jej sporządzeniem. Zdaniem odwołującego, 28.11.2014 r. nie można było jeszcze mówić o ofercie. Wskazał, że informacje te były we władaniu Pana R. K. i to na nim spoczywał obowiązek takiego ich przechowywania, aby nie doszło do ich ujawnienia.

Podniósł, że do odtajnienia oferty może dojść w momencie, kiedy jest ona oddana zamawiającemu, na którym – od tego momentu – spoczywa obowiązek jej zabezpieczenia przed ujawnieniem aż do terminu otwarcia ofert.

Podniósł, iż mając na względzie fakt, iż Pan R. K. udostępnił informacje osobie trzeciej dobrowolnie, to w żaden sposób nie można mówić, iż informacja ta była tajemnicą przedsiębiorstwa, a tym bardziej nie można mówić tutaj o odtajnieniu oferty. Podkreślił, że dane do odwołującego nie dotarły.

Załączył Formularz Oferty Zakładu Usług Łowieckich i Leśnych R. K. .

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, poprzez niezgodne z prawem oraz stanem faktycznym dokonanie czynności unieważnienia postępowania odwołujący wskazał, iż mając na uwadze, że odrzucenie jego oferty jest niezgodne z prawem oraz stanem faktycznym oraz, iż przy uwzględnieniu odwołania czynność odrzucenia oferty odwołującego będzie musiała być unieważniona, to w postępowaniu zostanie nadal jedną ważną ofertą i będzie możliwe wyłonienie wykonawcy oraz udzielenie zamówienia toteż wygasną przesłanki co do unieważnienia postępowania.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie czynności wykluczenia z postępowania Zakładu Usług Łowieckich i Leśnych Roman Kołodziej odwołujący wskazał, iż „Czynem nieuczciwej konkurencji jest rozpowszechnianie nieprawdziwych lub wprowadzających w błąd wiadomości o swoim lub innym przedsiębiorcy albo przedsiębiorstwie, w celu przysporzenia korzyści lub wyrządzenia szkody.” (art. 14. ust. 1. ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji).

W ocenie odwołującego na mocy art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp zamawiający ma obowiązek wykluczenia wykonawcy, który złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Mając na uwadze fakt – wywodził odwołujący – iż odrzucenie jego oferty jest niezgodne z prawem oraz stanem faktycznym oraz mając na uwadze, iż przy uwzględnieniu odwołania czynność odrzucenia oferty odwołującego została dokonana przez zamawiającego na podstawie nieprawdziwych lub wprowadzających w błąd wiadomości o odwołującym, a czynność ta dokonana była przez Pana R. K. w celu przysporzenia

korzyści lub wyrządzenia szkody odwołującemu, to należy uznać, iż zamawiający zobowiązany jest do wykluczenia z postępowania Zakładu Usług Łowieckich i Leśnych R. K. .

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez niezgodną z prawem, nierówną ocenę oświadczeń stanowiących, w ocenie zamawiającego, dowody w sprawie odwołujący wskazał, że zamawiający uznał jego działanie jako czyn nieuczciwej konkurencji w oparciu o pisma przesłane przez Pana R. K., podnosząc jednocześnie, iż uzasadnienie zawarte w Zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania nie wykazuje, że zamawiający wziął przy ocenie pod uwagę Protokół ze spotkania służbowego z dnia 18 grudnia 2014 r., czy Odpowiedź odwołującego z dnia 16 grudnia 2014 r. na pismo zamawiającego z dnia 15 grudnia 2014 r., a także oświadczenia Pana M. S. .

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 7 ust. 2 ustawy Pzp w związku z art. 17 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie czynności polegającej na wyłączeniu Pana R. K. z prac komisji przetargowej odwołujący podał, że Pan R. K. w postępowaniu pełni funkcję przewodniczącego komisji przetargowej, jest Zastępcą Nadleśniczego w Państwowym Gospodarstwie Leśnym Lasy Państwowe, Nadleśnictwo Polczyn, jest właścicielem psów myśliwskich a zarazem ich podkładaczem na polowaniach zbiorowych oraz świadczy Panu R. K. usługi związane z wynajmem psów myśliwskich na polowania zbiorowe oraz jest ich Podkładaczem na tych polowaniach.

Jako dowody odwołujący załączył:

1. wydruk ze strony internetowej Polskiego Związku Łowieckiego – Zarząd Okręgowy w Koszalinie,
2. wydruk ze strony internetowej zamawiającego.

Podniósł, że na mocy art 17 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp osoby wykonujące czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia podlegają wyłączeniu, jeżeli przed upływem 3 lat od dnia wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia pozostawały w stosunku pracy lub zlecenia z wykonawcą lub były członkami organów zarządzających lub organów nadzorczych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, a zarazem na podstawie art. 17 ust. 3 ustawy Pzp czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia podjęte przez osobę podlegającą wyłączeniu po powzięciu przez nią wiadomości o okolicznościach wyłączenia powtarza się, z wyjątkiem otwarcia ofert oraz innych czynności faktycznych niewpływających na wynik postępowania.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 7 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie czynności polegającej na udzieleniu odwołującemu zamówienia jako wykonawcy niepodlegającemu wykluczeniu, który złożył ofertę zgodnie z przepisami ustawy Pzp, niepodlegającą odrzuceniu odwołujący wskazał, że jestem wykonawcą niepodlegającym wykluczeniu, a jego oferta nie podlega odrzuceniu i jest ofertą najkorzystniejszą.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przedłożonej Izbie przez zamawiającego przy piśmie z dnia 12 stycznia 2014 r. w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, Odpowiedzi zamawiającego na odwołanie – pismo z dnia 19 stycznia 2015 r., zeznań świadka Pana R. K., złożonego przez zamawiającego *Zawiadomienia o możliwości popełnienia przestępstwa z dnia 12 stycznia 2015 r. (do Prokuratury Rejonowej w Białogardzie), a także stanowisk stron, zaprezentowanych w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.*

Zarzut niezgodnego z prawem oraz stanem faktycznym dokonania czynności odrzucenia oferty odwołującego, czym zamawiający naruszył przepis art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Pismem z dnia 22 grudnia 2014 r. – *Zawiadomienie o unieważnieniu postępowaniu* – zamawiający poinformował odwołującego, że unieważnia postępowanie w zakresie części 15 na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Podał, że w tej części zamówienia wpłynęły 2 oferty:

1. Zakładu Usług Łowieckich i Leśnych R. K. z ceną 588 873,20 zł,
2. odwołującego z ceną 544 686,27 zł.

Zamawiający podał także w ww. *Zawiadomieniu*, że

„W dniu 11.12.2014 r. do Nadleśnictwa Połczyn wpłynęło pismo oferenta R. K. informujące o działaniach mających znamiona nieuczciwej konkurencji. Przeprowadzone postępowanie wyjaśniające przez Zamawiającego doprowadziło do ustalenia, że oferta złożona przez R. K. została sporządzona przez pracownika Nadleśnictwa Połczyn w dniu 28 listopada 2014 r. na domowym komputerze, tegoż pracownika – pomimo, że pracownik ten w dniu 26 listopad 2014 r. otrzymał od Kierownika Zamawiającego wyraźny zakaz jakiegokolwiek współpracy z tym Wykonawcą przy sporządzaniu oferty. Wspomniany pracownik Zamawiającego równocześnie współpracował z drugim oferentem tj. H. S., któremu przekazał informacje dotyczącą oferty R. K. .

Wymieniony pracownik Nadleśnictwa nie wykonywał bezpośrednio czynności związanych z przygotowaniem prowadzonego postępowania, jednakże ze względu na powiązania rodzinne istnieje wysokie prawdopodobieństwo, iż mógł on poznać stawki zawarte w kosztorysie inwestorskim i właśnie, dlatego obaj Wykonawcy z nim współpracowali. (...)

Działania obu Wykonawców, którzy złożyli oferty w niniejszym postępowaniu wskazują, że obaj oni dopuścili się czynów nieuczciwej konkurencji. W stosunkach gospodarczych, które dopuszczają konkurencyjność działań, istotą działalności gospodarczej jest zabieganie o korzyści ekonomiczne zgodnie z zasadą konkurencyjności. Niestety w niniejszej sprawie mechanizm rywalizacji między Wykonawcami wskazuje, iż ich działanie było sprzeczne z prawem oraz z dobrymi obyczajami tj. z uczciwością kupiecką. (...) Obaj wymienieni wcześniej Wykonawcy poprzez współpracę z pracownikiem Zamawiającego i chęć poznania stawek zawartych w kosztorysie inwestorskim zamierzali uzyskać informacje nie podlegające ujawnieniu w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i w ten niedozwolony sposób uzyskać przewagę konkurencyjną nad innymi potencjalnymi Wykonawcami. Dodatkowo czyn nieuczciwej konkurencji stanowiło zapoznanie się przez H. S. z ofertą R. K., gdyż naruszało to interes tego ostatniego i było niezgodne z art. 96 ust. 3 PZP zgodnie z którym oferta przetargowa jako załącznik do protokołu jest jawna dla innych uczestników postępowania dopiero z momentem otwarcia ofert. (...)

Poza ofertami złożonymi przez wymienionych wcześniej wykonawców, nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu, co skutkuje unieważnieniem postępowania w oparciu o przepis art. 93 ust. 1 pkt 1 PZP'.

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby przypomina, że zgodnie z przepisem art. 180 ust. 1 ustawy Pzp odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Objętą przedmiotowym odwołaniem czynnością zamawiającego podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia jest czynność odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Tego rodzaju czynność jest szczególnie istotna w toku postępowania ze względu na fakt, że eliminacja oferty wykonawcy z postępowania, poprzez jej odrzucenie, niweczy cel, dla którego oferta ta została złożona, tj. uzyskanie danego zamówienia. Ustawodawca dał temu wyraz w art. 9 ust. 1 ustawy Pzp, ustanawiając w postępowaniu o udzielenie zamówienia zasadę pisemności, ale także dodatkowo – ze względu na wagę czynności – w art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, obligując zamawiającego do podania wykonawcy, którego ofertę odrzucił uzasadnienie faktyczne i prawne.

Powyższe oznacza, że odwołaniem może zostać objęta czynność zamawiającego o konkretnym, wskazanym przez zamawiającego w pisemnym stanowisku uzasadnieniu prawnym i faktycznym, nie zaś czynność o innym, nieujawnionym w pisemnym stanowisku uzasadnieniu, ponieważ mielibyśmy wówczas do czynienia z odwołaniem dotyczącym wprowadzie czynności tego samego rodzaju (czynność odrzucenia oferty), ale jednak z czynnością inną, nie dokonaną przez zamawiającego (a tylko wobec czynności dokonanej przez zamawiającego przysługuje odwołanie), ale z „wykreowaną” przez odwołującego się wykonawcę – poprzez przypisanie zamawiającemu innego uzasadnienia – czynnością.

Uwzględniając powyższe skład orzekający Izby wskazuje, że poddana ocenie Izby zgodność czynności zamawiającego, polegającej na odrzuceniu oferty odwołującego, z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych, opierać się może wyłącznie na pisemnym stanowisku zamawiającego, uzasadniającym podjęcie tej czynności (odwołanie nie może wykraczać poza to stanowisko – art. 180 ust. 1 ustawy, a w konsekwencji Izba nie może orzekać poza dopuszczalne ustawowo zarzuty – art. 192 ust. 7 w zw. z art. 180 ust. 1 ustawy Pzp).

W przedmiotowej sprawie zamawiający, uzasadniając czynność odrzucenia oferty odwołującego powołał się na przeprowadzone przez siebie postępowanie wyjaśniające, które – jak się wydaje – zamawiający podjął ze względu na pismo Pana R. K. z dnia 11 grudnia 2014 r. („informujące o działaniach mających znamiona nieuczciwej konkurencji”).

Jednak zamawiający nie wskazał nawet tego, jakie działania zostały przez niego podjęte w ramach owego postępowania wyjaśniającego i jakie dowody w jego ramach zgromadził. Nie wskazał w konsekwencji, na jakiej konkretnie podstawie (jakich dokumentach, innych dowodach) oparł się, formułując swoje wnioski, co do tego, że:

1. oferta złożona przez Pana R. K. została sporządzona przez pracownika Nadleśnictwa Połczyn w dniu 28 listopada 2014 r. na domowym komputerze tego pracownika,
2. ten sam pracownik współpracował z Panem H. S.,
3. ten sam pracownik współpracował z Panem R. K. w zakresie szerszym niż sporządzenie dla Pana R. K. oferty,
4. Pana R. K. i Pana H. S. cechowała „chęć” poznania stawek zawartych w kosztorysie inwestorskim i „zamiar” uzyskania przewagi nad innymi potencjalnymi wykonawcami,
5. Pan H. S. zapoznał się z ofertą Pana R. K.;

skład orzekający Izby zwraca przy tym uwagę, że zamawiający wskazał w tym przypadku na niezgodność z art. 96 ust. 3 ustawy Pzp pomimo, że przepis ten dotyczy ofert złożonych zamawiającemu, a zamawiający twierdzi, że do

zapoznania się przez Pana H. S. z ofertą Pana R. K. doszło niejako „za pośrednictwem” pracownika Nadleśnictwa Połczyn, który – jak stwierdził zamawiający w ww. zawiadomieniu – „nie wykonywał bezpośrednio czynności związanych z przygotowaniem prowadzonego postępowania i jak wynika z Zarządzenia nr 32 Nadleśniczego Nadleśnictwa Połczyn z dnia 28 października 2014 r. nie był członkiem Komisji Przetargowej w przedmiotowym postępowaniu.

W ocenie składu orzekającego Izby nie można także istnienia wysokiego prawdopodobieństwa poznania informacji służbowych (stawki zawarte w kosztorysie) uzasadnić wyłącznie samym faktem istnienia powiązań rodzinnych między dwoma osobami (zamawiający nie skazał nawet, o jakie powiązania chodzi). Oznaczałoby to w istocie przyjęcie istnienia domniemania, że informacje służbowe, jakimi dysponuje dana osoba są znane innym osobom powiązanych z tą osobą więzami rodzinnymi.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia skład orzekający Izby uznał, że zamawiający nie miał podstaw do odrzucenia oferty odwołującego, ponieważ nie poparł swoich ustaleń i twierdzeń, które legły u podstaw tak dotkliwej dla odwołującego czynności odrzucenia jego oferty żadnym odniesieniem do konkretnych dowodów pozyskanych w przeprowadzonym przez siebie postępowaniu wyjaśniającym, co zmusza do oceny czynności zamawiającego jako dokonanej w oderwaniu od okoliczności występujących w przedmiotowej sprawie.

Fakt, że odwołującemu – na jego wniosek z dnia 24 grudnia 2014 r. – zamawiający udostępnił całość dokumentacji postępowania nie zmienia w żaden sposób uzasadnienia zawartego w *Zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania*, stanowiącego podstawę odrzucenia oferty odwołującego, odzwierciedlającą dokonaną przez zamawiającego czynność.

W toku rozprawy zamawiający starał się rozszerzyć podstawy faktyczne odrzucenia oferty odwołującego, formułując zarzut zawiązania przez Panów: H. S., R. K. oraz M. S. nieformalnego konsorcjum i wykazać ten fakt, co skład orzekający Izby pominął, ponieważ z oczywistych względów (zamawiający nie wskazał tego w *Zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania*) zarzut ten nie został objęty odwołaniem, a Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu (art. 192 ust. 7 ustawy Pzp).

Skład orzekający Izby dodatkowo wskazuje, że postępowanie przed Izbą nie stanowi kontynuacji badania i oceny ofert przez zamawiającego, jak i nie może służyć konwalidacji czynności uprzednio podjętych przez zamawiającego.

Zarzut dokonania czynności unieważnienia postępowania z naruszeniem art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp potwierdził się.

W konsekwencji uznania, że zamawiający nie miał podstaw do odrzucenia oferty odwołującego skład orzekający Izby uznał, że potwierdził się zarzut unieważnienia postępowania z naruszeniem art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp skoro zamawiający nadal dysponuje niepodlegającą odrzuceniu, z przyczyn wskazanych w *Zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania* z dnia 22 grudnia 2014 r., ofertą odwołującego.

Zarzut zaniechania czynności wykluczenia z postępowania Zakładu Usług Łowieckich i Leśnych R. K., czym zamawiający naruszył przepis art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp skład orzekający Izby pozostawił bez rozpoznania.

Na posiedzeniu odwołujący cofnął ten zarzut, toteż skład orzekający Izby pozostawił zarzut bez rozpoznania.

Zarzut nierównej oceny oświadczeń stanowiących, w ocenie zamawiającego, dowody w sprawie, czym zamawiający naruszył przepis art. 7 ust. 1 ustawy Pzp nie potwierdził się.

Odwołujący załączył do odwołania szereg pozyskanych od zamawiającego dokumentów (dowody 1-18), jednak skład orzekający Izby nie mógł uznać – poza dokumentem prywatnym – pismem Pana R. K. z dnia 11 grudnia 2014 r. – że dokumenty te stanowiły dowody, na których zamawiający oparł swoją decyzję o odrzuceniu oferty odwołującego, ponieważ nic takiego nie wynika z *Zawiadomienia o unieważnieniu postępowania*, w szczególności nie jest wiadomym, czy i które z tych dokumentów oraz jakie miały znaczenie dla dokonanej przez zamawiającego czynności odrzucenia oferty odwołującego (np. czy zamawiający w ogóle uwzględnił wyjaśnienia odwołującego z dnia 16 grudnia 2014 r., a jeśli tak, to jak i dlaczego je tak ocenił).

Zarzut zaniechania czynności, polegającej na wyłączeniu Pana R. K. z prac komisji przetargowej, czym zamawiający naruszył art. 7 ust. 2 w zw. z art. 17 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp nie potwierdził się.

Poza sporem był fakt, że Panu R. K. jako sprawującemu funkcję Zastępcy Nadleśniczego Nadleśnictwa Połczyn powierzono w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia funkcję Przewodniczącego Komisji Przetargowej. Wynika to wprost z Zarządzenia nr 32 Nadleśniczego Nadleśnictwa Połczyn z dnia 28 października 2014 r.

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne.

Odwołujący twierdził, że „Pan R. K. świadczy Panu R. K. „usługi związane z wynajmem psów myśliwskich na polowania zbiorowe oraz jest ich Podkładaczem na tych polowaniach”.

Swoje twierdzenie o świadczeniu obecnie (jak zaznaczono powyżej odwołujący użył czasu teraźniejszego) ww. usług przez Pana R. K. dla Pana R. K. odwołujący pozostawił jednak gołosłownym, ponieważ złożone przez odwołującego w odniesieniu do tego zarzutu dowody (wydruki ze stron internetowych) dotyczyły jedynie tego, że Pan R. K. wg stanu na dzień 31 grudnia 2014 r. na stronach Polskiego Związku Łowieckiego – Zarządu Okręgowego w Koszalinie został wskazany jako osoba „świadcząca usługi w zakresie postrzazków” i jest posiadaczem psów „do poszukiwania postrzazków” oraz tego, że Pan R. K. jest Zastępcą Nadleśniczego Nadleśnictwa Połczyn, co – jak wskazano powyżej – było bezsporne.

Domagając się nakazania wyłączenia wskazanej osoby z prac Komisji Przetargowej odwołujący nie udowodnił jednak, że rzeczywiście Pan R. K. świadczy obecnie na rzecz Pana R. K. (wykonawcy, który obok odwołującego złożył w przedmiotowym postępowaniu ofertę) jakiegokolwiek usługi, czy to na podstawie stosunku pracy lub zlecenia, czy jakiegokolwiek innej podstawie.

Dodatkowo skład orzekający Izby wskazuje, że podstawa wyłączenia z art. 17 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp dotyczy okresu przed dniem wszczęcia postępowania (przeszłości), a istnienie podstaw do wyłączenia z powodu świadczenia aktualnie usług przez Przewodniczącego Komisji Przetargowej na rzecz wykonawcy, który złożył ofertę winno być przez zamawiającego badane w świetle art. 17 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Z powyższych względów skład orzekający Izby, rozpoznając zarzut w jego granicach, uznał, że zarzut nie potwierdził się.

Zarzut zaniechania czynności, polegającej na udzieleniu odwołującemu zamówienia jako wykonawcy niepodlegającemu wykluczeniu, który złożył ofertę zgodnie z przepisami ustawy Pzp, niepodlegającą odrzuceniu, czym zamawiający naruszył przepis art. 7 ust. 3 ustawy Pzp nie potwierdził się.

Skład orzekający Izby wskazuje, że udzielenie wykonawcy zamówienia publicznego następuje, poprzez zawarcie pomiędzy zamawiającym a wykonawcom odpłatnej umowy na (w tym przypadku) daną usługę (art. 2 pkt 13 ustawy Pzp).

Jednak zgodnie z art. 192 ust. 6 ustawy Pzp Izba nie może nakazać zamawiającemu zawarcia umowy.

Jednocześnie skład orzekający Izby wskazuje, że czynność udzielenia zamówienia musi być poprzedzona czynnością wyboru oferty danego wykonawcy jako oferty najkorzystniejszej i tylko takiemu wybranemu zgodnie z przepisami ustawy Pzp wykonawcy zamawiającemu wolno udzielić zamówienia (art. 7 ust. 3 ustawy Pzp).

Zamawiający nie dokonał czynności wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Dodatkowo skład orzekający Izby wskazuje, że od każdej czynności podjętej przez zamawiającemu innym wykonawcom przysługuje prawo wniesienia odwołania. Fakt, że w przedmiotowym postępowaniu, poza ofertą odwołującego, oferta drugiego z wykonawców zostało skutecznie odrzucona (wykonawca nie zakwestionował czynności odrzucenia jego oferty w drodze środka ochrony prawnej – odwołania) nie usprawiedliwia pominięcia przez zamawiającego czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, poprzedzonej ponowioną czynnością badania i oceny ofert.

Ponieważ potwierdziły się dwa z objętych odwołaniem zarzutów skład orzekający Izby orzekł jak w sentencji, uwzględniając odwołanie.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1 lit. a oraz pkt 2 lit. b 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).

Przewodniczący: