

WYROK

z dnia 05 stycznia 2016. r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Aneta Górniak

po rozpoznaniu na rozprawie dnia 05 stycznia 2016 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 grudnia 2015 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum EKO-LAS w składzie**

1. **D. K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Ciągnikiem Rolniczym Usługi Leśne D. K. z siedzibą w Nowej Rudzie;**
2. **Z. P. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Leśne Z. P. z siedzibą w Nowej Rudzie;**
3. **N. P. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Usługi Leśne N. P. z siedzibą w Nowej Rudzie;**
4. **M. P. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zrywka i pozyskiwanie drewna M. P., z siedzibą w Nowej Rudzie;**
5. **J. K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Leśne J. K., z siedzibą w Jugowie;**
6. **Z. T. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Usługi Leśne Z. T. z siedzibą w Kłodzku;**
7. **K. K. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Usługi Leśne K. K. z siedzibą w Kłodzku;**
8. **M. M. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Restaurant Serwis M. M. z siedzibą w Bożkowie;**
9. **K. R. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Firma handlowo-Usługowa K. R., z siedzibą w Nowej Rudzie;**
10. **A. A. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Usługi Leśne A. A., z siedzibą w Srebrnej Górze;**

11. L. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi leśne L. S., z siedzibą w Jugowie;
12. B. J. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe B. J., z siedzibą w Bożkowie;
13. T. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Pozyskiwanie i sadzenie drzew T. S. z siedzibą w Nowej Rudzie;
14. P. T. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Leśne P. T. z siedzibą w Nowej Rudzie;
15. M. P. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Leśne M. P., z siedzibą w Wambierzycach;
16. B. R. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Usługi leśne B. R., z siedzibą w Ząbkowicach Śląskich;
17. Ł. B. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Leśne Ł. B. z siedzibą w Wojborzu;
18. A. C. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Gospodarcze prace leśne A. C., z siedzibą w Nowej Rudzie;
19. H. D. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi leśne ścinka zrywka H. D., z siedzibą w Woliborzu;
20. J. J. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Las serwis J. J., z siedzibą w Wojborzu;
21. J. J. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Leśne J. J., z siedzibą w Łącznej;
22. G. K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Leśne G. K., z siedzibą w Wojborzu;
23. D. P. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Leśne D. P., z siedzibą w Polanicy Zdrój;
24. M. K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Leśne M. K., z siedzibą w Nowej Rudzie

w postępowaniu prowadzonym przez Państwowe Gospodarstwo Leśne, Lasy Państwowe Nadleśnictwo Jugów

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się udzielenie zamówienia **Konsorcjum EKO-LAS w składzie:**

1. **D. K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Ciągnikiem Rolniczym Usługi Leśne D. K. z siedzibą w Nowej Rudzie;**
2. **Z. P. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Leśne Z. P. z siedzibą w Nowej Rudzie;**
3. **N. P. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Usługi Leśne N. P. z siedzibą w Nowej Rudzie;**
4. **M. P. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zrywka i pozyskiwanie drewna M. P., z siedzibą w Nowej Rudzie;**
5. **J. K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Leśne J. K., z siedzibą w Jugowie;**
6. **Z. T. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Usługi Leśne Z. T. z siedzibą w Kłodzku;**
7. **K. K. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Usługi Leśne K. K. z siedzibą w Kłodzku;**
8. **M. M. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Restaurant Serwis M. M. z siedzibą w Bożkowie;**
9. **K. R. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Firma handlowo-Usługowa K. R., z siedzibą w Nowej Rudzie;**
10. **A. A. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Usługi Leśne A. A., z siedzibą w Srebrnej Górze;**
11. **L. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi leśne L. S., z siedzibą w Jugowie;**
12. **B. J. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe B. J., z siedzibą w Bożkowie;**
13. **T. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Pozyskiwanie i sadzenie drzew T. S. z siedzibą w Nowej Rudzie;**
14. **P. T. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Leśne P. T. z siedzibą w Nowej Rudzie;**
15. **M. P. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Leśne M. P., z siedzibą w Wambierzycach;**
16. **B. R. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Usługi leśne B. R., z siedzibą w Ząbkowicach Śląskich;**

17. **Ł. B** prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Leśne Ł. B, z siedzibą w Wojborzu;
18. **A. C.** prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Gospodarcze prace leśne A. C., z siedzibą w Nowej Rudzie;
19. **H. D.** prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi leśne ścinka zrywka H. D., z siedzibą w Woliborzu;
20. **J. J.** prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Las serwis J. J., z siedzibą w Wojborzu;
21. **J. J.** prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Leśne J. J., z siedzibą w Łącznej;
22. **G. K.** prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Leśne G. K., z siedzibą w Wojborzu;
23. **D. P.** prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Leśne D. P., z siedzibą w Polanicy Zdrój;
24. **M. K.** prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Leśne M. K., z siedzibą w Nowej Rudzie

i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Konsorcjum EKO-LAS** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 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 Świdnicy.**

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

W dniu 14 grudnia 2015 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 180 w zw. z art. 179 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2013, poz. 907 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, odwołanie złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm w składzie:

1. Usługi Ciągnikiem Rolniczym Usługi Leśne - D. K.,
 2. Usługi Leśne - Z. P.,
 3. Usługi Leśne - N. P.,
 4. Zrywka i pozyskiwanie drewna - M. P.,
 5. Usługi Leśne - J. K.,
 6. Usługi Leśne - Z. T.,
 7. Usługi Leśne - K. K.,
 8. Restaurant Serwis - M. M.,
 9. Firma handlowo-Usługowa - K. R.,
 10. Usługi Leśne - A. A.,
 11. Usługi leśne - L. S.,
 12. Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe - B. J.,
 13. Pozyskiwanie i sadzenie drzew - T. S. ,
 14. Usługi Leśne - P. T.,
 15. Usługi Leśne - M. P.,
 16. Usługi leśne - B. R.,
 17. Usługi Leśne - Ł. B,
 18. Usługi Gospodarcze prace leśne - A. C.,
 19. Usługi leśne ścinka zrywka - H. D.,
 20. Las serwis - J. J.,
 21. Usługi Leśne - J. J.,
 22. Usługi Leśne - G. K.,
 23. Usługi Leśne - D. P.,
 24. Usługi Leśne - M. K.,
- reprezentowani przez pełnomocników: M. M., N. P., T. S., L. S., w dalszej części zwani „Odwołującym” lub „Konsorcjum Las”.

Postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego o wartości szacunkowej powyżej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, którego przedmiotem jest wykonanie usług z zakresu wykonywania gospodarki leśnej na terenie

nadleśnictwa Jugów w roku 2016 prowadzi Zamawiający: Państwowe Gospodarstwo Leśne, Lasy Państwowe, Nadleśnictwo Jugów.

Odwołanie wniesiono od postanowień specyfikacji warunków zamówienia (dalej SWIZ) sporządzonej w postępowaniu.

Podstawą prawną wniesienia odwołania jest naruszenie przez Zamawiającego następujących artykułów ustawy Pzp:

1. art. 29 ust. 4 pkt 4 w zw. z art. 7 - przez zobowiązanie wykonawców do zatrudnienia swych pracowników na podstawie stałych umów o pracę i przedłożenia tychże umów (pkt 14.2 ust. 2, pkt. 15.1 ust. 7 SWIZ), co powoduje zaniżenie stawek roboczogodziny, pomimo konieczności wykazania przez wykonawcę również uprawnień pracowników (§ 11 ust. 2, 5, 6, 9 Umowy- załącznik nr 9 do SWIZ) oraz możliwość nakładania przez Zamawiającego na wykonawcę kar umownych z tego tytułu opisanych w § 12 ust. 1 pkt f, g, h, i umowy (załącznik nr 9 do SWIZ), jak również uzależnienia wyboru oferty przez Zamawiającego od zatrudnienia pracowników na umowy stałe przez wykonawcę;
2. art. 30 - poprzez określenie w SWIZ (pkt 15.1 ust. 6) konieczności przedłożenia umowy o współpracę zawartej z firmą posiadająca uprawnienia do odbioru i utylizacji absorbentów skażonych olejami, jak również zobowiązanie wykonawcy do stosowania olei biodegradowalnych do smarowania urządzeń przy jednoczesnej możliwości nakładania przez Zamawiającego na wykonawcę kar umownych z tego tytułu opisanych w § 12 ust. 1 pkt j, k, l oraz § 13 ust. 3 umowy (załącznik nr 9 do SWIZ);
3. art. 32 w zw. z art. 7 - poprzez zamieszczenie w SWIZ (pkt 15.1 ust. 4) obowiązku zawarcia przez każdego członka Konsorcjum polisy od odpowiedzialności cywilnej na kwotę nie mniejszą niż 100.000 zł z jednoczesnym zobowiązaniem wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy w wysokości 2% ceny łącznej dla danej części zamówienia (pkt 17.2 SWIZ) oraz konieczności przedłożenia przez wykonawców informacji z banku potwierdzającej wysokość posiadanych środków lub zdolności kredytowej wykonawcy (pkt 7.2 e SWIZ)

Zarzucając powyższe Odwołujący wnosił o:

1. uwzględnienie odwołania w całości;
2. nakazanie Zamawiającemu zmiany postanowień SIWZ w sposób zapewniający zgodność powołanych przepisów ustawy Pzp w szczególności poprzez:
 - ustalenie braku obowiązku zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę osób wykonujących czynności w trakcie realizacji zamówienia na usługi z zakresu gospodarki leśnej,
 - zmianę sposobu oceny i porównania ofert (pkt 14.2 ust. 2 SWIZ) dotyczący oceniania przez zamawiającego realizacji przedmiotu zamówienia za pomocą osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę;

- podniesienie stawek roboczogodziny przez Zamawiającego tak aby umożliwić wykonawcy spełnienie warunków zatrudnienia na umowę o pracę;
- usunięcie ze specyfikacji pkt 15.1 ust. 6 zobowiązującego wykonawcę do zawarcia umowy z firmą posiadającą uprawnienia do odbioru i utylizacji absorbentów skażonych olejami;
- zmianę uprawnień zamawiającego do naliczenia kar umownych i ich wysokości określonych § 12 ust. 1 pkt f, g, h, i;
- zmianę pkt 15.1 ust. 6 poprzez określenie, iż w przypadku konsorcjum wymóg nie dotyczy każdego z jego członków;
- zmianę pkt 17.2 SWIZ poprzez ustalenie innego rodzaju i formy zabezpieczenia;
- wykreślenie z postanowień SWIZ obowiązku określonego punktem 7.2 e;
- wykreślenie z postanowień SWIZ zapisów dotyczących zobowiązania wykonawcy do utylizacji opakowań po środkach chemicznych.

Konsorcjum Las wskazało, że zamierza złożyć w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego ofertę na wykonanie zamówienia wobec czego posiada legitymację czynną do złożenie odwołania.

W uzasadnieniu podniesiono, że Zamawiający przez określenie SWIZ sporządzonej w postępowaniu naruszył wskazane przepisy ustawy Pzp.

Przed wszystkim należy wskazać, że opis przedmiotu zamówienia stanowi kluczowy element przygotowanej przez Zamawiającego dokumentacji przetargowej. Nie może on być ogólny, szacunkowy i niedookreślony, jak również przenoszący na wykonawców składających oferty ciężaru jego dookreślenia przy jednoczesnym dokonywaniu późniejszych zmian w realizacji zamówienia przez Zamawiającego.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie art. 7, 29, 30 i 32 ustawy Pzp. Ustawa w artykułach tych nakazuje aby postępowanie o udzielenia zamówienia publicznego prowadzone było w sposób przejrzysty, z zastosowaniem zasady równego traktowania wykonawców na każdym etapie postępowania. Zamawiający w każdym stadium postępowania obowiązany jest stosować się do przepisów ustawy, zaś postanowienia SWIZ zdaniem Odwołującego prowadzić mogą do wykluczenia konkurencyjnych wykonawców, jak również do wymuszenia na wykonawcy pewnych zachowań, które prowadzą do poniesienia przez niech znacznych dodatkowych kosztów, które brane pod uwagę prowadzą do ustalenia zaniżonych roboczogodzin i mogą spowodować odrzucenie oferty Odwołującego.

Wymuszenie obowiązku zatrudnienia pracowników wykonawcy na podstawie stałej umowy o prace w przypadku wykonywania zleceń sezonowych niesie bowiem szereg znacznych kosztów i obowiązków ciążących z tego tytułu na wykonawcy. Przyjmując wynagrodzenie brutto 1 pracownika w minimalnej określonej wysokości, wykonawca musi

ponieść dodatkowe koszty wynikające z tegoż zatrudnienia w następujących (szacunkowych) wysokościach:

- Umowa o pracę - 2.110,68 zł brutto;
 - Szkolenie BHP - 700,00 zł; (60 zł na miesiąc)
 - Zakup obuwia letniego i zimowego - 260,00 zł;
 - Zakup ubrania roboczego letniego i zimowego - 555,00 zł;
 - Zakup kasku i ochraniaczy słuchu - 200,00 zł;
 - Zakup ubrania, butów i rękawic antyprzycięciowych -1.215,00 zł;
 - Zakup rękawic - 25,00 zł; (na miesiąc)
 - Wypłata ekwiwalentu za pranie - 80,00 zł (na miesiąc)
 - Zapewnienie posiłków regeneracyjnych -100,00 zł (na miesiąc)
 - Koszty paliwa za dowóz pracownika
 - Koszty utrzymania maszyn i urządzeń technicznych obsługiwanych przez pracownika
- Łączny koszt stworzenia stanowiska pracy wynosi 4.605,68 zł.

Zamawiający w ofercie ustalił, iż koszt jednej roboczogodziny (przy założeniu warunków zatrudnienia i 168 godzin miesięcznej pracy) wynosi 16,00 zł netto (168 godzin x 16,0 zł = 2.688,00 zł netto). Wykonawca zaś podnosi, że aby spełnić warunki narzucone przez Zamawiającego w specyfikacji SWIZ i mając na uwadze wyliczenia faktycznych kosztów zatrudnienia (powyżej) stawka w minimalnej wysokości musi wynosić o wiele więcej - w ocenie Odwołującego co najmniej 28,00 zł netto (4.606,00:168 godzin). Powyżej wyliczone koszty faktyczne zatrudnienia 1 pracownika uniemożliwiają wykonawcy - Odwołującemu się złożenia sensownej i atrakcyjnej zarazem oferty na wykonanie zamówienia oraz ustalenia kwoty roboczogodziny.

Należy zaznaczyć że w ocenie Odwołującego stawki na pozyskanie i zrywkę drewna są również zaniżone, co uniemożliwia należyte wykonanie usług z tym związanych.

Ponadto Zamawiający zapewnił sobie również prawo nakładania na wykonawcę kar umownych opisanych w § 12 ust 1 pkt f, g, h, i, co w rezultacie prowadzi do konkluzji, iż wykonawca - oferent zostaje przymuszony do zatrudnienia pracowników i okazania stosowanych umów o pracę, zaś w przypadku „braku wskazania w formularzu oferty przyjęcia przez wykonawcę zobowiązania do realizacji przedmiotu umowy przy pomocy osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę będzie uznawane jako nieprzyjęcie takiego zobowiązania a oferta uzyska 0 punktów w ramach kryterium oceny ofert.”(pkt 14.2 SWIZ).

Należy również wskazać, iż Zamawiający wymaga od wykonawcy realizacji zamówienia zgodnie z obowiązującymi w PGL Lasy Państwowe szczegółowymi uregulowaniami (§ 13 umowy, zał. Nr 9 do SWIZ) przez co zatrudnienie pracownika posiadającego znaczne kwalifikacje na najniższej płacy będzie niemożliwe. Wykonawca będzie zatem ponosił koszty przewyższające możliwość złożenia intratnej oferty, jak również

utraci punkty, przez co oferta może zostać odrzucona - takie postępowanie narusza art. 7 ustawy Pzp.

Odwołujący podnosi, że chcąc zatrudnić pracowników na umowę o pracę zgodnie z wymaganiami Zamawiającego i Kodeksem Pracy nie jest w stanie dokonać tego uwagi na zaniżoną przez Zamawiającego stawkę roboczogodziny, która wynosi 16,00 zł netto + 8 zł VAT.

Niezależnie od powyższego Zamawiający w SWIZ nałożył na wykonawcę obowiązek przedłożenia umowy o współpracę zawartej z firmą posiadającą uprawnienia do odbioru i utylizacji absorbentów skażonych olejami, jak również zobowiązał wykonawcę do stosowania olei biodegradowalnych do smarowania urządzeń. Zamawiający zastrzegło sobie również prawo nakładania na wykonawcę kar umownych z tego tytułu opisanych w § 12 ust. 1 pkt j, k, l oraz § 13 ust. 3 umowy - co również narusza art. 7 ustawy Pzp.

Z powyższymi postanowieniami trudno się zgodzić, należy bowiem wskazać, iż w latach poprzednich Zamawiający dostarczał wykonawcy środki chemiczne, jak również zapewniał utylizację ich opakowań i odpadów. Przerzucenie kosztów powyższego na wykonawcę powoduje znaczne dodatkowe koszty, przy założeniu ile razy będzie następował odbiór odpadów, które nie wymagają specjalnej procedury związanej z ich utylizacją oraz konieczność zawarcia umowy o współpracę, a nie na przykład przedstawienia przez wykonawcę dokumentu z utylizacji.

Odwołujący wskazuje iż nie jest w stanie również spełnić wymogu Zamawiającego co do zastosowania we wszystkich urządzeniach i maszynach wykorzystanych do realizacji zamówienia olei biodegradowalnych, mat chłonnych, zastawów do pochłaniania olei albowiem uzależnione jest to przede wszystkim od warunków technicznych urządzeń i maszyn używanych przez wykonawcę, wobec czego nakładanie na wykonawcę kar umownych opisanych w § 12 ust. 1 pkt j, k, l umowy (zał. nr 9 do SWIZ) nie znajduje uzasadnienia w przypadku braku możliwości zastosowania powyższego w konkretnych maszynach, pojazdach czy też urządzeniach, w których nie można tego rodzaju olei zastosować.

Odwołujący się podnosi również, że Zamawiający wymaga zarówno zabezpieczenia w znacznej wysokości zdeponowanego w:

- Pieniądzu;
- Poręczeniu bankowym;
- Gwarancji bankowej
- Gwarancji ubezpieczeniowej
- Poręczeniu podmiotu o których mowa w art. 6b ust. 5 pkt 2 ustawy z dnia 9.11.2000r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości, jak również zdeponowania tegoż

zabezpieczenia przez cały okres trwania umowy (pkt 17 SWIZ) w wysokości 2% ceny łącznej dla danej części zamówienia.

W przypadku Odwołującego, który zamierza złożyć ofertę na trzy z pięciu pakietów, które kolejno wynoszą: pakiet nr 1 - 1.798.900,00 zł, pakiet nr 2 - 1.945.800,00 zł i pakiet nr 3 - 2.051.800,00 zł - łącznie 5.796.500 zł, wymaga się od wykonawcy zabezpieczenia w wysokości 115.930,00 zł zdeponowanych u Zamawiającego na cały okres umowy.

Jednocześnie Zamawiający zobowiązuje Odwołującego, który jest konsorcjum firm do przedłożenia przez każdego członka Konsorcjum polisy od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności objętej umową na kwotę nie mniejszą niż 100.000 zł na cały okres trwania umowy. Wymaga zatem zawarcia 25 polis na kwotę nie mniejszą niż 100.000 zł (tj. minimum sumarycznie na kwotę 2.500.000 zł), co wydaje się być nieracjonalne, biorąc pod uwagę możliwość przyjęcia ofert przez Zamawiającego od wykonawcy - jednoosobowej firmy, której obowiązkiem będzie wykonanie takiego samego zakresu zamówienia przy przedłożeniu jednej polisy na kwotę 100.000 zł. Takie postępowanie narusza zasady określone art. 7 ustawy Pzp.

Zamawiający zobowiązuje również wykonawców do przedłożenia przez wykonawców informacji z banku potwierdzającej wysokość posiadanych środków lub zdolności kredytowej wykonawcy (pkt. 7.2 e SWIZ), co w ocenie Odwołującego nosi negatywne znamiona, przy ustaleniu wcześniejszych zastrzeżeń.

Odwołujący podnosił, iż wymogi określone przez Zamawiającego uniemożliwią przedstawienie atrakcyjnej oferty na wykonanie zamówienia, przez co w opinii Odwołującego zostają naruszone zasady swobodnej konkurencji określone w art. 7 ustawy Pzp. Zamawiający określając wartość zamówienia nie wziął bowiem w ogóle pod uwagę dodatkowych wymogów związanych z podniesieniem znacznych dodatkowych kosztów przez wykonawcę, które rzutują na określenie wartości oferty, jak również wysokość roboczogodziny, stanowiącej podstawę wysokości złożonej oferty.

Wskazać również należy, iż Zamawiający w dniu 1.12.2015r. dokonał unieważnienia postępowania wszczętego w dniu 20.10.2015r. dotyczącego tego samego zakresu usług, w którym jedynym oferentem był Odwołujący, albowiem „ceny złożonych ofert przewyższają kwoty które zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia”. Fakt ten prowadzi do konkluzji, iż złożenie ponownie oferty przez Konsorcjum skutkować będzie jej kolejnym odrzuceniem, nawet w przypadku braku konkurencji. Jednakże SWIZ uniemożliwia oferentowi złożenie propozycji, jakiej oczekuje Zamawiający, trudno bowiem złożyć ofertę, która przyniesie potencjalnemu wykonawcy straty, nie zyski.

W opisanej sytuacji prawnej i faktycznej uznać należy, iż Odwołujący miał już realne szanse na wygranie przedmiotowego przetargu we wszystkich trzech pakietach, do których przystępował, gdyż ceny zaproponowane na wykonanie zleconych usług były bardzo

korzystne i konkurencyjne. Mimo to oferta ta została odrzucona (nawet w przypadku braku oferty konkurencyjnej), zaś wykonawca nie jest w stanie przy tak określonych przez Zamawiającego wymogach zaproponować lepszej oferty.

Wobec powyższego złożenie odwołania przez Konsorcjum Las stało się konieczne i jest w pełni uzasadnione.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której przedstawił szeroką argumentację przemawiającą w jego ocenie za oddaleniem odwołania w całości.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści SIWZ oraz załączników do SIWZ, treści ogłoszenia o zamówieniu, a także stanowisk i oświadczeń Stron postępowania zaprezentowanych pisemnie i w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Skład orzekający Izby ustalił że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający do jego złożenia. Należy bowiem wskazać, że środki ochrony prawnej określone w ustawie Pzp przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Na etapie postępowania o udzielenie zamówienia przed otwarciem ofert, np. w przypadku odwołań czy skarg dotyczących postanowień ogłoszenia i SIWZ przyjęć należy, iż każdy wykonawca deklarujący zainteresowanie uzyskaniem danego zamówienia posiada jednocześnie interes w jego uzyskaniu (za wyrokiem KIO z dnia 04.10.2010 r., sygn. akt: KIO 2036/10).

Izba dokonując ustaleń faktycznych odnośnie przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treści SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu wzięła pod uwagę wynikające z odwołania, odpowiedzi na odwołanie oraz rozprawy postanowienia SIWZ i ogłoszenia, stwierdzając zarazem, że stan faktyczny pomiędzy Stronami nie był sporny, a przedmiotem sporu była ocena tego stanu faktycznego w świetle obowiązującego prawa.

Izba ustaliła, że:

Zgodnie z Zasadami ogólnymi realizacji przedmiotu zamówienia Wykonawca będzie zobowiązany do stosowania oleju biodegradowalnego do sprzętu hydraulicznego i do smarowania pił łańcuchowych oraz zestawów do pochłaniania oleju w urządzeniach eksploatowanych na terenie lasów. Na każde żądanie Zamawiającego Wykonawca

zobowiązany będzie przedstawić faktury zakupowe oleju wraz z „Kartą charakterystyki preparatu niebezpiecznego” potwierdzającego stopień biodegradowalności kupionego oleju, adekwatnie do ilości m³ pozyskanego drewna. Zamawiającemu służyć będzie prawo do weryfikacji olei używanych do smarowania układów tnących, a Wykonawca zobowiązany będzie udostępnić Zamawiającemu możliwość pobrania próbek oleju w ilości niezbędnej do przeprowadzenia badań jego parametrów. Wykonawca podczas wykonywania prac zobowiązany będzie posiadać odpowiednie zestawy do pochłaniania oleju, które znajdują się na wyposażeniu urządzeń mechanicznych (harvester, forwarder, ciągnik, przyczepa z urządzeniem dźwigowym i inne, oraz pilarki w miejscu ich tankowania), a których użytkowanie może spowodować skażenie środowiska olejem podczas wykonywania prac w lesie oraz podczas dojazdu i powrotu z powierzchni roboczej. Dopuszcza się posiadanie i używanie przez pilarzy kanistrów z bezpiecznymi końcówkami (dozownikami), uniemożliwiającymi rozlanie oleju i mieszanki paliwowej (przelanie) podczas tankowania pilarki (zastępczo za maty pochłaniające olej i paliwo).

Zamawiający ustalił, że warunek udziału w postępowaniu w odniesieniu do sytuacji finansowej, zostanie spełniony, jeśli Wykonawca wykaże, że dysponuje środkami finansowymi lub zdolnością kredytową nie mniejszą niż:

- a) dla części I 150 000,00 zł
- b) dla części II 165 000,00 zł
- c) dla części III 175 000,00 zł
- d) dla części IV 38 000,00 zł
- e) dla części V 3 500,00 zł

i potwierdzi powyższe przez złożenie informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową Wykonawcy, wystawianą nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert. Jeżeli z uzasadnionej przyczyny Wykonawca nie może przedstawić dokumentów dotyczących sytuacji finansowej i ekonomicznej wymaganych przez Zamawiającego, może przedstawić inny dokument, który w wystarczający sposób potwierdza spełnianie opisanego przez Zamawiającego warunku.

Z postanowień SIWZ oraz wzoru umowy wynika także, że jeżeli Wykonawca w ofercie zobowiąże się wykonywać przedmiot zamówienia przy pomocy osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę, to gwarantuje, że osoby wykonujące przedmiot zamówienia będą zatrudnione na podstawie umowy o pracę w rozumieniu Kodeksu pracy. Obowiązek realizacji przedmiotu zamówienia przy pomocy osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę dotyczy również realizacji zamówienia przy pomocy podwykonawców.

Zgodnie natomiast z Rozdziałem 14 SIWZ przy wyborze ofert Zamawiający będzie się kierował następującymi kryteriami oceny ofert:

1) Cena – 80 %,

2) Realizacja przedmiotu zamówienia za pomocą osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę – 20 %.

W ramach kryterium „Realizacja przedmiotu zamówienia przy pomocy osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę” oceniane będzie przyjęcie przez Wykonawcę zobowiązania do realizacji przedmiotu zamówienia za pomocą osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę w rozumieniu przepisów Kodeksu pracy. Właściciel firmy (pracodawca), spełniający warunek posiadania kwalifikacji, traktowany będzie jak osoba zatrudniona na umowę o pracę. Zasady realizacji tego zobowiązania oraz zasady odpowiedzialności za jego niewykonanie zostały opisane we wzorze umowy stanowiącym załącznik do SIWZ. Zobowiązanie to dotyczyć będzie następujących osób przewidzianych do realizacji w poszczególnych częściach zamówienia:

Część I pilarz lub operator harwestera – minimum 12 pełnych etatów

Część II pilarz lub operator harwestera – minimum 13 pełnych etatów

Część III pilarz lub operator harwestera – minimum 12 pełnych etatów

Część IV pracownik fizyczny – minimum 6 pełnych etatów

Część V pracownik fizyczny – minimum 1 pełny etat

Część VI pilarz – minimum 1 etat

Wykonawca zamieści informacje o przyjęciu na siebie zobowiązania do realizacji przedmiotu umowy przy pomocy osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę w formularzu oferty (załącznik 1 do SIWZ). Brak wskazania w formularzu oferty przyjęcia przez Wykonawcę zobowiązania do realizacji przedmiotu umowy przy pomocy osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę będzie uznawane jako nieprzyjęcie takiego zobowiązania, a oferta uzyska 0 pkt w ramach niniejszego kryterium oceny ofert. Oferta Wykonawcy, który wskaże tam, iż zaciągnie takie zobowiązanie otrzyma 20 pkt.

Dla pakietów nr IV – szkółka leśna; kryterium zatrudnienia na umowę o pracę dotyczy osób posiadających doświadczenie – przepracowały minimum 2 lata na szkółce leśnej produkującej materiał sadzeniowy na potrzeby Lasów Państwowych w oparciu o ustawę o leśnym materiale rozmnożeniowym z dnia 07 czerwca 2001 r. Dopuszcza się zwiększenie liczby pracowników o osoby zatrudnione na innej zasadzie.

Dla pakietu nr V Leśnictwo Wojbórz plantacja nasienna – kryterium zatrudnienia na umowę o pracę dotyczy osób posiadających aktualne zaświadczenie o ukończeniu szkolenia w zakresie stosowania środków ochrony roślin (zgodnie z art. 74 ustawy z dnia 18 grudnia 2003 r. o ochronie roślin).

Przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego, Wykonawca, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą zobowiązany będzie przedłożyć kopię umowy (zobowiązanie o współpracy) zawartą z firmą posiadającą uprawnienia do odbioru i utylizacji absorbentów skażonych olejami (w przypadku Wykonawcy wykonującego zabiegi z użyciem środków chemicznych umowa musi obejmować odbiór oraz utylizację zbędnych bądź przeterminowanych środków chemicznych, opakowań po nich itp.). W zakresie określonym w SIWZ Wykonawca będzie musiał także przedłożyć kopie umów o pracę, w przypadku, gdy w ofercie zobowiązał się realizować przedmiot zamówienia przy pomocy osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę.

22 grudnia 2015 roku Zamawiający dokonał zmiany zapisów SIWZ w pkt 15.1. ust. 4 oraz w § 13 ust. 5 załącznika nr 9.1 poprzez usunięcie wymogu przedłożenia przez każdego z członków konsorcjum polisy od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności objętej umową na kwotę nie mniejszą niż 100 000 zł na cały okres jej obowiązywania.

Zgodnie z nowym brzmieniem pkt 15.1 ust. 4 SIWZ przed zawarciem umowy wykonawca, będzie usiał przedłożyć kopię potwierdzoną za zgodność z oryginałem polisy od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności objętej umową na kwotę nie mniejszą niż 100 000 zł na cały okres jej obowiązywania. Natomiast § 13 ust. 5 wzoru umowy stanowi, że wykonawca obowiązkowo musi posiadać ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności objętej umową na kwotę nie mniejszą niż 100 000 zł na cały okres jej obowiązywania.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Z uwag natury ogólnej dostrzeżenia wymaga w ślad za orzecznictwem, że: *"(...) zasada wyrażona w przepisie art. 7 Pzp nie może być interpretowana w taki sposób, że wymaga dopuszczenia wszystkich zainteresowanych zamówieniem a wybór produktu, który należy zaoferować w ramach danego zamówienia, pozostawiony jest wykonawcom"* (tak wyrok KIO z 22.03.2012 r., sygn. akt: KIO 471/12). Zaś: *"Obowiązek przestrzegania reguł określonych w art. 29 ust. 1 i 2 Pzp nie oznacza, że zamawiający nie ma prawa określić przedmiotu zamówienia w sposób uwzględniający jego potrzeby i aby uzyskać oczekiwany efekt, nawet jeśli wyklucza to możliwość dopuszczenia do realizacji zamówienia wszystkich wykonawców działających na rynku. Prawem zamawiającego jest takie opisanie przedmiotu zamówienia, którego realizacja zaspokoi w najszerszym kontekście określone potrzeby społeczne"* (tak wyrok KIO z 28.03.2014 r., sygn. akt: KIO 486/14).

Rozpoznając przedmiotowe zarzuty, dostrzeżenia wymaga, iż Zamawiający opisując warunki przetargu, w pierwszej kolejności ma za zadanie, a wręcz za obowiązek w taki sposób je ukształtować, aby spełniały jego (zamawiającego) cel, który musi wykazywać się szczególną dbałością o racjonalne wydatkowanie środków publicznych. Oczywiście istotnym elementem jest również takie opisanie warunków kontraktowych, które nie naruszają zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Również opis przedmiotu zamówienia, warunków udziału w postępowaniu czy wreszcie kryteriów oceny ofert, musi pozostawać w zgodności z obowiązującymi przepisami.

Analiza zgromadzonego materiału dowodowego w sprawie, a w szczególności wyjaśnienia Zamawiającego, prowadzi do stwierdzenia, że Zamawiający ustalił warunki udziału w postępowaniu oraz wyznaczył warunki kontraktowe, w sposób, który nie utrudnia wykonawcom dostępu do przedmiotowego zamówienia i daje możliwość skonstruowania konkurencyjnej oferty. Ustalonych warunków nie można uznać za nadmierne i nieadekwatne do celu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jakim jest wybór wykonawcy gwarantującego należyte wykonanie umowy, posiadającego odpowiednie doświadczenie, a jednocześnie proponującego Zamawiającemu ofertę korzystną ekonomicznie.

Nie sposób zgodzić się z Odwołującym, że Zamawiający naruszył art. 29 ust. 4 pkt 4 ustawy Pzp. Na podstawie tej regulacji Zamawiający może przy opisie przedmiotu zamówienia ustalić wymagania związane z realizacją zamówienia przy wykorzystaniu zatrudnienia osób na podstawie umowy o pracę. Tymczasem w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający dokonując opisu przedmiotu zamówienia z tego uprawnienia nie skorzystał. Przywołane przez Odwołującego postanowienia SIWZ dotyczące możliwości zatrudnienia osób wykonujących czynności w trakcie realizacji zamówienia na podstawie umowy o pracę związane są z ustalonym przez Zamawiającego pozacenowym kryterium oceny ofert (realizacja przedmiotu zamówienia za pomocą osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę – 20%). Zatem postanowienia te wcale nie obligują wykonawcy do zatrudniania osób wyłącznie przy zastosowaniu uregulowań prawa pracy ale dają jedynie wykonawcy możliwość zadeklarowania takiego rodzaju zatrudnienia, jeżeli chce on uzyskać wyższą punktację przy ocenie ofert. Poza tym postanowienia te Zamawiający zawęził do określonej liczby i grupy osób, które mają wykonywać określone czynności. Ponadto Zamawiający nie zawęził ustalonego kryterium jedynie do długoterminowych umów o pracę, możliwe jest wykorzystanie innego rodzaju umów, które tworzą stosunek pracowniczy, zgodny z przepisami prawa pracy ale nie są jednocześnie umowami zawieranymi na czas nieokreślony. Zamawiający w tym zakresie pozostawił wykonawcom pełną dowolność.

Wbrew także twierdzeniom Odwołującego, brak wskazania w formularzu oferty przyjęcia zobowiązania do realizacji przedmiotu umowy przy pomocy osób zatrudnionych na

podstawie umowy o pracę nie będzie oznaczał, że oferta takiego wykonawcy zostanie w postępowaniu odrzucona. Oferta taka zostanie przez Zamawiającego oceniona ale nie uzyska ona dodatkowych punktów w pozacenowym kryterium, co jeszcze nie oznacza, że taki wykonawca nie ma szans na uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Jednocześnie wszystkie dodatkowe obowiązki w postaci wymogu złożenia kopii umów o pracę przed zawarciem umowy o udzielenie zamówienia publicznego, czy też możliwość naliczania kar umownych w ustalonej wysokości w przypadku niewywiązywania się z tego obowiązku dotyczyć będzie jedynie wykonawcy, który zadeklarował zatrudnienie na podstawie umowy o pracę, a nie każdego wykonawcy.

Nie można natomiast odmówić Zamawiającemu możliwości ustalenia kryterium oceny ofert odnoszącego się do aspektów społecznych, taki bowiem cel przyświecał ustawodawcy przy wprowadzaniu regulacji z tym zagadnieniem związanych. Regulacje te miały poprawiać sytuację osób wykonujących de facto obowiązki pracownicze będąc zatrudnionymi na podstawie innych umów, niż umowy wynikające z kodeksu pracy. Zamawiający wprowadzając takie kryterium nie naruszył zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Jednocześnie Zamawiający uprawniony jest do kontroli przestrzegania tych zobowiązań przez wykonawcę i dyscyplinowania nierzetelnego wykonawcy przez naliczanie kar umownych, których wysokość nie ma charakteru nadmiernego.

Ustawodawca we wprowadzonym przepisami ustawy z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 1232) art. 91 ust. 2 ustawy Pzp, określił - w przykładowym katalogu kryteriów oceny ofert - kryteria społeczne. Brak jest jakichkolwiek wątpliwości, że kryterium odnoszące się do aspektu zatrudniania osób do realizacji przedmiotu zamówienia na podstawie umowy o pracę stanowi wypełnienie aspektów społecznych określonych przez ustawodawcę, w szczególności w oparciu o treść uzasadnienia do projektu tej ustawy.

Kryterium opisane przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu, choć ma walor podmiotowy, ale odnosi się do przedmiotu zamówienia, tj. do pracowników realizujących niniejsze zamówienie publiczne. Zamawiający bowiem nie będzie dokonywał oceny ofert z uwzględnieniem generalnego zatrudnienia u danego wykonawcy, lecz zatrudnienia w określonej ilości osób, które faktycznie będą wykonywać konkretne czynności (określone w SIWZ) w ramach niniejszego zamówienia. Dopuszczenie aspektu podmiotowego w ramach kryteriów oceny ofert (ilości pracowników) z racji zaliczenia usług leśnych do usług niepriorytetowych - w świetle art. 5 ust. 1 ustawy Pzp, który dopuszcza odstępianie przy tego rodzaju usługach od zakazu ustalania przez zamawiającego kryteriów oceny ofert na podstawie właściwości wykonawcy (art. 91 ust. 3 ustawy Pzp) - jest również legalne. Tak więc z punktu widzenia obowiązujących przepisów prawa zastosowanie wskazanego

kryterium oceny ofert jest legalne i tym samym prawnie dopuszczalne. W ocenie Izby kryterium to nie utrudnia także konkurencji w postępowaniu.

Zauważyć końcowo należy, iż przyjęta przez Zamawiającego przy szacowaniu wartości zamówienia stawka za roboczegodzinę nie jest stawką, którą w sposób bezwzględny musi w ofercie przyjąć wykonawca. Jeżeli wykonawca uważa, że stawka ta jest za niska i nie uwzględnia ona wszystkich niezbędnych kosztów, które zobowiązany będzie ponieść wykonawca, stawkę tę należy ustalić w odpowiedniej wysokości. Jak słusznie w odwołaniu zauważył Odwołujący, Zamawiający zmuszony był unieważnić już jedno tożsamo przedmiotowe postępowanie właśnie z powodu złożenia ofert, których cena przewyższała budżet Zamawiającego. Obowiązkiem wykonawcy jest złożenie oferty, w której cena została skalkulowana w ten sposób, że zapewnia ona należyte wykonanie zamówienia, przy przyjęciu wszystkich założeń poczynionych w SIWZ, obowiązkiem zaś Zamawiającego jest zabezpieczenie odpowiedniej kwoty, która jest adekwatna do obowiązków nałożonych na wykonawców i opisanych w przedmiocie zamówienia w SIWZ.

Co do obowiązku przedłożenia umowy o współpracę z firmą posiadającą uprawnienia do odbioru i utylizacji absorbentów skażonych olejami, jak też obowiązku stosowania przez wykonawców olei biodegradowanych do urządzeń i możliwości nakładania przez Zamawiającego kar umownych za niedotrzymywanie tych zobowiązań, to zauważyć należy, iż zgodnie ze stanowczym oświadczeniem pełnomocnika Zamawiającego złożonym na rozprawie przed Izbą obowiązek odbioru i utylizacji absorbentów skażonych dotyczył będzie jedynie tych środków chemicznych szkodliwych dla środowiska, które wykonawca samodzielnie zakupi i będzie stosował w niektórych pakietach (*„Zamawiający przywołuje pkt 15.1 pkt 6 SIWZ i oświadcza stanowczo, iż zobowiązanie umowne do odbioru i utylizacji zbędnych bądź przeterminowanych środków chemicznych i opakowań w przypadku wykonawcy wykonującego zabiegi z użyciem tych środków dotyczy jedynie sytuacji, w której wykonawca samodzielnie zakupuje dane środki chemiczne”* – z protokołu rozprawy). W przypadku środków dostarczanych przez Zamawiającego, do Zamawiającego następował będzie zwrot zużytych opakowań i Zamawiający samodzielnie dokonywał będzie ich utylizacji. Zatem zobowiązania do przedstawienia odpowiedniej umowy na utylizację środków niebezpiecznych nie można uznać za zobowiązanie nadmierne, czy też niezwiązane z przedmiotem zamówienia lub też zobowiązanie, na którego wykonanie wykonawca nie ma wpływu. Można byłoby tak uznać, gdyby Zamawiający żądał utylizacji materiałów, które sam dostarcza wykonawcy, ponieważ powyższe oznaczałoby przerzucenie na wykonawcę odpowiedzialności za materiały, na dobór i jakość których wykonawca nie miałby żadnego wpływu.

Biorąc pod uwagę przedstawioną przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie okoliczność, że podlega on procesowi certyfikacji według standardów określonych przez FSC oraz PEFC, a także że w SIWZ wskazano, iż wykonawca, który realizował będzie zamówienie musi realizować je z zachowaniem zasad ochrony środowiska i szeregiem wymienionych w SIWZ regulacji wewnętrznych obowiązujących w strukturze organizacyjnej Zamawiającego, obowiązku stosowania olei biodegradowanych nie można uznać za przekraczający normy art. 29 i 30 ustawy Pzp. Przepisy ustawy Pzp nie zabraniają Zamawiającemu żądać określonych dokumentów przed zawarciem umowy, od wykonawcy, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą, jeżeli jest to uzasadnione potrzebami Zamawiającego. Zamawiający zaś nie może sobie pozwolić na utratę posiadanych certyfikatów jakościowych, może zatem wymagać, aby przedmiot zamówienia realizowany był przy zachowaniu odpowiednich norm jakościowych. Niewątpliwie może być tak, że powyższe wymogi powodują zwiększenie kosztów po stronie wykonawcy, ale konieczność poniesienia tych kosztów powinna być wkalkulowana w cenę oferty, z czego również Zamawiający powinien sobie zdawać sprawę szacując wartość zamówienia i zabezpieczając kwotę na realizację tego zamówienia.

Odnosząc się do zarzutu wymagania zawarcia przez każdego członka konsorcjum polisy od odpowiedzialności cywilnej na określoną kwotę, Izba zauważa, że w dniu 22 grudnia 2015 roku Zamawiający dokonał stosowanej korekty zapisów SIWZ. W obecnym brzmieniu specyfikacji obowiązkiem posiadania polisy od odpowiedzialności cywilnej obarczony został wykonawca, co w przypadku konsorcjów oznacza możliwość przedłożenia polisy przez któregokolwiek członka konsorcjum. Zamawiający zatem uczynił zadość żądaniom Odwołującego. Z uwagi, że okoliczność ta miała miejsce przed rozpoczęciem rozprawy przed Izbą, powyższe nie powodowało konieczności uwzględnienia odwołania. Zapisy specyfikacji, których prawidłowość kwestionował Odwołujący w momencie orzekania przez Izbę już nie funkcjonują, stanowią treść historyczną SIWZ, a w ocenie Izby wykonana przez Zamawiającego zmiana zapisów czyni zadość, zarówno żądaniom Odwołującego, jak i przepisom prawa.

Zupełnie bezpodstawne były żądania Odwołującego wykreślenia zapisów związanych z koniecznością wniesienia przed zawarciem umowy zabezpieczenia należytego wykonania umowy w wysokości 2% ceny łącznej dla danej części zamówienia. W pierwszej kolejności zauważyć należy, iż możliwość żądania zabezpieczenia należytego wykonania umowy przewidują przepisy art. 147 do 151 ustawy Pzp. W świetle tych przepisów Zamawiający może żądać od wybranego wykonawcy zabezpieczenia należytego wykonania umowy w celu pokrycia roszczeń z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy. Ustawa

określa również formy, w jakich owo zabezpieczenie może być stworzone. Ustalono także procentowe progi, w których Zamawiający może się poruszać. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający skorzystał z uprawnienia wniesienia zabezpieczenia, niezależnie od obowiązku posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej. Przepisy ustawy Pzp takiego kształtowania stosunku Zamawiający-Wykonawca nie zabraniają. Ponadto Zamawiający w SIWZ określił formy zabezpieczenia w sposób odpowiadający regulacjom ustawowym. Ustalony próg procentowy jest najniższym z możliwych i został wartościowo odniesiony do każdej z cen łącznych dla danej części zamówienia, co również należało uznać za działania prawidłowe. Pomijając okoliczność, że Odwołujący wskazał, że swoimi działaniami Zamawiający naruszył w tym zakresie art. 32 ustawy Pzp, a więc przepis odnoszący się do szacowania wartości zamówienia, a nie odniesiono się w odwołaniu do przepisów związanych z możliwością ustalenia zabezpieczenia należytego wykonania umowy, Izba w działaniach Zamawiającego w tym zakresie nie dopatryła się jakichkolwiek uchybień. Tłumaczenie Odwołującego, że obowiązek wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy niewątpliwie podwyższa koszty oferty pewnie należy uznać za odpowiadające prawdzie, nie jest to jednak okoliczność, która czyni postanowienia SIWZ nieprawidłowymi. Poza tym koszty ustanowienia zabezpieczenia wykonawca może uwzględnić w cenie całkowitej oferty. Nie jest także możliwe dopuszczenie ustanowienia zabezpieczenia w innej formie, ponieważ jak już w uzasadnieniu orzeczenia zauważono, Zamawiający może poruszać się w granicach ustawowych form, a te innej formy, niż określone w SIWZ, nie przewidują. Takie same wymagania w zakresie zabezpieczenia należytego wykonania umowy ustalone zostały dla wszystkich wykonawców zainteresowanych danym postępowaniem i każdy wykonawca ubiegający się o dane zamówienie, tych obowiązków przed zawarciem umowy będzie musiał dopełnić. Zgodnie zaś z art. 46 ust. 5 ustawy Pzp niewniesienie wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy skutkuje koniecznością zatrzymania przez Zamawiającego wadium.

W kwestii sformułowania zarzutu nieprawidłowego żądania przedłożenia przez wykonawców informacji z banku potwierdzającej wysokość posiadanych środków lub zdolność kredytową, dostrzeżenia w pierwszej kolejności wymaga okoliczność, że Odwołujący zakwestionował treść pkt 7.2.e SIWZ (dotyczącą warunku) ale formalnie nie wskazał na naruszenie art. 22 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Cała oś argumentacji Odwołującego skoncentrowała się na art. 32 ustawy Pzp związanym z zasadami ustalania wartości szacunkowej zamówienia, nie odnosił się On do ustalenia warunku udziału w postępowaniu w sposób nadmierny. Z tych powodów także zarzut podlegał oddaleniu. Na rozprawie zaś Odwołujący wskazywał, że w zakresie badania zdolności finansowej wykonawcy

wystarczające powinno być złożenie wraz z ofertą oświadczenia potwierdzającego spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Dostrzeżenia wymaga, że Zamawiający uprawniony i zobowiązany jest do takiego ustalenia poziomu i opisanie warunków udziału w postępowaniu, aby gwarantowały mu one wybór rzetelnego wykonawcy, zdolnego do należytego wykonania zobowiązania umownego. Zgodnie z art. 22 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące sytuacji ekonomicznej i finansowej. Zamawiający prowadząc postępowanie zobowiązany jest do zweryfikowania, czy każdy z wykonawców w takiej sytuacji, gwarantującej należyte wykonanie zamówienia poprzez zabezpieczenie odpowiedniej kwoty finansowej lub przez posiadanie zdolności kredytowej w odpowiedniej wysokości się znajduje. Badanie tej zdolności (wiarygodności ekonomicznej) odbywać może się na podstawie określonego rodzaju dokumentów, których katalog ustalony został w Rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawców, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r., poz. 231). Zamawiający nie przekroczył zasad określonych tym katalogiem w odniesieniu do rodzaju dokumentu, jakiego może żądać.

Nie można również nie zauważyć, że Odwołujący nie zakwestionował proporcjonalności samego warunku. Biorąc pod uwagę wartość szacunkową poszczególnych części oraz wysokość wymaganego przez Zamawiającego zabezpieczenia finansowego dla każdej z tych części, Izba doszła do przekonania, że ustalony przez Zamawiającego warunek jest związany z przedmiotem zamówienia, do tego przedmiotu proporcjonalny. Ponadto, zgodnie z art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, w przypadku postępowań, których wartość przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, Zamawiający żąda od wykonawców dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Jeżeli więc Zamawiający określił pewien warunek udziału w postępowaniu, to zgodnie z przywołaną regulacją, z uwagi na wartość i tryb prowadzonego postępowania, zobligowany jest do wymagania od wykonawców określonych dokumentów. Dlatego też żądania Odwołującego w tym zakresie należało uznać za bezzasadne.

Mając na uwadze powyższe ustalenia i stanowisko składu orzekającego, Izba nie dopatrzyła się naruszenia przepisów wymienionych przez Odwołującego w petitum odwołania i orzekła jak w sentencji. Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie, a czynności lub zaniechania Zamawiającego nie miały i nie mogły mieć wpływu na wynik postępowania. Zamawiający nie naruszył zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego określonych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, tj. zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 pkt 1) oraz ust. 4 w zw. z § 3 pkt 2) 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: