

Sygn. akt: KIO 231/23

WYROK

z dnia 13 lutego 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Michał Pawłowski

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 lutego 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 stycznia 2023 r. przez odwołującego – wykonawcę prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą DREW POL S. D. z siedzibą w Warze w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Skarb Państwa – Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Brzozów

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego i:
 - 2.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 977 zł 80 gr (piętnaście tysięcy dziewięćset siedemdziesiąt siedem złotych osiemdziesiąt groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz koszty poniesione przez

zamawiającego tytułem dojazdu na rozprawę i diet w czasie podróży krajowej pracowników zamawiającego.

- 2.2. Zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 4 577 zł 80 gr (cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt siedem złotych osiemdziesiąt groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, dojazdu na rozprawę oraz diet w czasie podróży krajowej pracowników zamawiającego.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Skarb Państwa – Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Brzozów, zwany dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710, ze zm.), zwanej dalej „ustawą PZP”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: *„wykonanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Brzozów w roku 2023”*.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 24 października 2022 r., pod numerem 2022/S 208-585218.

W dniu 25 stycznia 2023 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) wykonawca prowadzący działalność gospodarczą pod firmą DREW POL S. D. z siedzibą w Warze, zwany dalej „Odwołującym”, wniósł odwołanie na niezgodne z przepisami ustawy PZP czynności Zamawiającego podjęte w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz na zaniechania czynności w przedmiotowym postępowaniu, do których Zamawiający był obowiązany na podstawie przepisów ustawy PZP, które polegały na:

- 1) odrzuceniu oferty złożonej przez Odwołującego w zakresie części VII przedmiotu zamówienia oraz wyborze – jako oferty najkorzystniejszej w zakresie tej części zamówienia – oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Konsorcjum: wykonawcę prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Usługi Leśne A. R. z siedzibą w Turzy, wykonawcę prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Usługi Leśne DREWMAX M. R. z siedzibą w Turzy, wykonawcę prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych R. G. z siedzibą w Przysietnicy i wykonawcę prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą D. T. Zakład Usług Leśnych z siedzibą w Przysietnicy, zwanych dalej jako „Konsorcjum Przysietnica”,

- 2) odrzuceniu oferty złożonej przez Odwołującego w zakresie części XI przedmiotu zamówienia oraz wyborze – jako oferty najkorzystniejszej w zakresie tej części zamówienia – oferty złożonej przez wykonawcę prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą M. G. Zakład Usług Leśnych i Transportowych, Chów i Hodowla Bydła Mlecznego z siedzibą we wsi Wujskie, zwanego dalej jako „wykonawca G. M.”,
- 3) zaniechaniu odrzucenia oferty Konsorcjum Przysietnica złożonej w zakresie części VII przedmiotu zamówienia pomimo niezłożenia w wyznaczonym terminie podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia, tj. odrzucenia tej oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy PZP,
- 4) zaniechaniu wezwania wykonawcy G. M. do złożenia podmiotowych środków dowodowych w trybie art. 128 ust. 1 ustawy PZP.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów prawa:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b i c ustawy PZP poprzez wadliwe odrzucenie oferty złożonej przez Odwołującego w zakresie części VII oraz części XI przejawiające się w uznaniu, że Odwołujący nie spełnił warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej (tj. nie wykazał dysponowania minimalną ilością potencjału technicznego do realizacji zamówienia), podczas gdy w rzeczywistości Odwołujący spełnił wszelkie wymagania postanowione przez Zamawiającego oraz wszelka wymagana dokumentacja w tym zakresie została przedłożona Zamawiającemu we właściwym terminie (zarzut nr 1),
- 2) art. 65 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks Cywilny, zwanego dalej jako „k.c.”, w zw. z art. 123 ustawy PZP polegające na błędnym uznaniu, iż ze złożonego przez Odwołującego oświadczenia z dnia 19 grudnia 2022 r. wynika, iż w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej Odwołujący powołuje się na zasoby podmiotu trzeciego, podczas gdy z tego oświadczenia wprost wynika, iż sprzęt przeznaczony do wykonania przedmiotu zamówienia, na podstawie przedłożonych wraz z oświadczeniem umów użyczenia, jest w bezpośredniej dyspozycji Odwołującego, a tym samym Odwołujący nie naruszył zakazu określonego w art. 123 ustawy PZP (zarzut nr 2),
- 3) art. 126 ust. 2 w zw. z art. 16 ustawy PZP poprzez naruszenie zasad uczciwej

konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, przejawiające się w wadliwym i wprowadzającym w błąd wezwaniu do złożenia dokumentów w sytuacji, gdy z poprzednio złożonych dokumentów – wbrew ocenie Zamawiającego – nie wynika, że Odwołujący na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej powoływał się na zasoby podmiotów trzecich, a tym samym skierowanie do Odwołującego kolejnego wezwania do złożenia dokumentów, było niezgodne z przepisami ustawy PZP (zarzut nr 3),

- 4) art. 139 ust. 3 w zw. z art. 239 ust. 1 ustawy PZP poprzez dokonanie ponownego badania i oceny ofert pozostałych wykonawców, kwalifikacji podmiotowej wykonawcy, a w konsekwencji wybór jako najkorzystniejszych ofert innych wykonawców, podczas gdy w stosunku do ofert złożonych przez Odwołującego nie zaistniały przesłanki odrzucenia, a oferty Odwołującego zostały uznane – w pierwszej kolejności – za najkorzystniejsze, a sam Odwołujący spełnia warunki pozytywnej kwalifikacji podmiotowej (zarzut nr 4),
- 5) art. 128 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 16 ustawy PZP poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy G. M. do złożenia podmiotowego środka dowodowego na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia w postaci dowodu określającego, czy wskazane przez tego wykonawcę w wykazie usługi na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie doświadczenia zostały wykonane lub są wykonywane należycie, podczas gdy dokument przedłożony przez tego wykonawcę został przekazany jako dokument elektroniczny niezawierający podpisu osoby uprawnionej, a przedłożony bez zachowania tych wymagań dokument został uznany przez Zamawiającego za prawidłowy (zarzut nr 5),
- 6) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit c ustawy PZP w zw. z art. 16 ustawy PZP skutkujące zaniechaniem odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum Przysietnica w zakresie części VII, podczas gdy Konsorcjum nie złożyło w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie podmiotowego środka dowodowego w postaci zaświadczenia z Zakładu Ubezpieczeń Społecznych, o którym mowa w pkt 9.3 lit. d Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej jako „SWZ”), podczas gdy dokumenty przedłożone przez Konsorcjum nie zostały przekazane w postaci elektronicznej i opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, ani jako cyfrowe odwzorowanie tego dokumentu opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, a przedłożone bez

zachowania tych wymagań dokumenty zostały uznane za prawidłowe (zarzut nr 6).

W związku z podniesionymi zarzutami Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu:

- 1) w zakresie części VII zamówienia unieważnienie czynności wyboru oferty złożonej przez Konsorcjum Przysietnica, unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego, powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz powtórzenie czynności dokonania kwalifikacji podmiotowej Odwołującego oraz nakazanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum Przysietnica,
- 2) w zakresie części XI zamówienia unieważnienie czynności wyboru oferty złożonej przez wykonawcę G. M., unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego, powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz powtórzenie czynności dokonania kwalifikacji podmiotowej Odwołującego.

Ponadto Odwołujący złożył wniosek o zasądzenie na swoją rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika, a także dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentacji postępowania przetargowego.

W uzasadnieniu zarzutów nr 1 – 4 odwołania Odwołujący wskazał, że odrzucenia ofert Odwołującego złożonej zarówno w zakresie części VII zamówienia, jak i w zakresie części XI zamówienia, zostało dokonane sprzecznie z przepisami ustawy PZP, a w konsekwencji również każda z czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie tych części zamówienia została dokonana nieprawidłowo, albowiem wybrano oferty, które w świetle regulacji ustawy PZP nie były najkorzystniejsze. Odwołujący zauważył, że wskazana przez Zamawiającego podstawa odrzucenia ofert Odwołującego, czyli art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b) i c) ustawy PZP, dotyczy sytuacji, kiedy ofertę złożył wykonawca niespełniający warunków udziału w postępowaniu lub który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy PZP, lub podmiotowego środka dowodowego potwierdzającego brak podstaw wykluczenia lub spełniania warunków udziału w postępowaniu lub innych dokumentów i oświadczeń. Natomiast Odwołujący zaznaczył, że złożone przez niego dokumenty potwierdzały spełnianie warunków udziału

w postępowaniu, w szczególności w zakresie zdolności technicznej, a także nie był zobowiązany do składania innych dokumentów, na których niezłożenie zwrócił uwagę Zamawiający.

Odwołujący podkreślił, że ze złożonych przez niego ofert w zakresie części VII i części XI zamówienia nie wynika, aby na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu Odwołujący powołał się na zasoby podmiotu trzeciego, ponieważ Odwołujący nie wskazał na tą okoliczność ani w złożonej ofercie, ani nie zaznaczył takiego stwierdzenia w JEDZ. Poza tym Odwołujący w wyjaśnieniach złożonych na wezwanie Zamawiającego z dnia 14 grudnia 2022 r. wytłumaczył, że *„sprzęt wykazany w ofercie (...) w pakiecie VII i XI jest przedmiotem użyczenia, czego potwierdzeniem są załączone umowy użyczenia”*. Według opinii Odwołującego zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej powszechnym jest, że wykonawcy nie będąc właścicielami rzeczy dysponują nimi jako użytkownicy, najemcy, dzierżawcy czy leasingobiorcy. Istnienie takiego stosunku zobowiązaniowego, który uprawnia wykonawcę do władania rzeczą, korzystania z niej w sposób zgodny z jej przeznaczeniem, używania jej, będzie wystarczające do uznania, że dysponuje nią w rozumieniu przepisów ustawy PZP i nie będzie to wówczas dysponowanie potencjałem podmiotu trzeciego. Na tą okoliczność Odwołujący powołał się na wyroki Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 lipca 2014 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1379/14, z dnia 26 marca 2018 r. w sprawie o sygn. akt 457/18 i z dnia 24 września 2020 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2172/20. Ponadto Odwołujący podał, że w wyroku z dnia 24 września 2020 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2172/202 Krajowa Izba Odwoławcza wprost przyjęła, że umowa użyczenia stanowi wystarczający tytuł do stwierdzenia, że wykonawca bezpośrednio dysponuje rzeczą w rozumieniu ustawy PZP. Takie właśnie stanowisko, biorąc pod uwagę treść wezwania z dnia 14 grudnia 2022 r., zdaniem Odwołującego pierwotnie przedstawił Zamawiający, albowiem napisał w wezwaniu: *„co jasno nie wskazuje czy sprzęt jest własnością Wykonawcy lub jest przedmiotem np. umowy leasingu, dzierżawy, najmu, użyczenia etc. czy też Wykonawca będzie jedynie dysponował wymienianym sprzętem polegając na zdolnościach podmiotów trzecich. Jeżeli Wykonawca nie jest właścicielem (lub np. leasingobiorcą, dzierżawcą, najemcą, biorącym w użyczenie) tylko polega na zdolnościach technicznych w celu spełniania warunku wskazane w pkt 7.1 ppkt 4 SWZ, Zamawiający wzywa do złożenia (...)”*. Wobec tego w oparciu o złożone przez Odwołującego dokumenty, w tym złożone na wezwanie Zamawiającego oświadczenie oraz umowy użyczenia dotyczące urządzeń przeznaczonych do realizacji przedmiotu zamówienia w zakresie części VII oraz części XI zamówienia należało przyjąć, że Odwołujący spełnia wszystkie warunki udziału w postępowaniu w zakresie tych części określone

w SWZ, a tym samym złożone przez niego oferty powinny zostać przez Zamawiającego wybrane jako najkorzystniejsze.

Odwołujący podniósł również, że – wbrew twierdzeniom Zamawiającego zawartym w treści jego wezwania z dnia 3 stycznia 2023 r. – w oświadczeniu z dnia 19 grudnia 2022 r. Odwołujący nie powołał się na zasoby podmiotu trzeciego w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. Zgodnie z regulacją art. 65 § 1 k.c. oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. Odwołujący podkreślił, że w żadnych ze złożonych do daty tego wezwania dokumentach nie wskazywał na zasoby podmiotu trzeciego, w tym zwłaszcza nie powołał się na tą okoliczność w złożonej ofercie. Według Odwołującego za taką okoliczność, wbrew ocenom Zamawiającego, nie sposób uznać powoływanie się na umowy użyczenia skoro, jak sam początkowo wskazywał też Zamawiający, dysponowanie potencjałem technicznym na podstawie umowy użyczenia traktowane jest na równi z bezpośrednim dysponowaniem tym potencjałem przez wykonawcę. Nie można zatem uznać, jak w zawiadomieniu o wyborze oferty z dnia 18 stycznia 2023 r. wskazuje Zamawiający, że to Odwołujący naruszył normę z art. 123 ustawy PZP, w świetle której wykonawca nie może, po upływie terminów składania ofert, powoływać się na zdolności lub sytuację podmiotów udostępniających zasoby, jeśli na etapie składania ofert nie polegał on w danym zakresie na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby. Odwołujący podkreślił, że z treści ofert złożonych w ramach części VII i części XI zamówienia wypływa całkowicie odmienny wniosek – w złożonych ofertach na część VII i część XI zamówienia Odwołujący wcale nie polegał na zdolnościach podmiotu trzeciego, co podtrzymał przedkładając zgodnie z wezwaniem Zamawiającego dokumenty, a w szczególności oświadczenie własne z dnia 19 grudnia 2022 r. oraz zawarte umowy użyczenia. Jednocześnie działanie Zamawiającego określone w wezwaniu z dnia 4 stycznia 2023 r., w którym ten błędnie uznał, że Odwołujący powołał się na zasoby podmiotu trzeciego, a tym samym wezwał go do złożenia wskazanych w pkt 9.4 ppkt 1 SWZ dokumentów, Odwołujący ocenia w kategoriach wprowadzenie go w błąd przez Zamawiającego, które miało na celu doprowadzenia do takiego działania w toku postępowania, które finalnie skutkowało odrzuceniem ofert złożonych przez Odwołującego. Złożenie przez omyłkę dokumentów na ostatnie z wezwań Zamawiającego przez Odwołującego doprowadziło do złożenia dokumentów, które pozostają w sprzeczności z treścią oferty i uprzednio złożonymi dokumentami, a które były wystarczające do wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. W ocenie Odwołującego Zamawiający, kierując do niego

wezwanie z dnia 4 stycznia 2023 r., naruszył zasadę prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji. Naruszenie przepisów ustawy PZP w zakresie odrzucenia ofert Odwołującego jego zdaniem doprowadziło też w konsekwencji do naruszenia art. 139 ust. 3 w zw. z art. 239 ust. 1 ustawy PZP poprzez dokonanie ponownego badania i oceny ofert pozostałych wykonawców, kwalifikacji podmiotowej wykonawcy, a w konsekwencji wyboru jako najkorzystniejszych ofert innych wykonawców, podczas gdy w stosunku do ofert złożonych przez Odwołującego nie zaistniały przesłanki odrzucenia, a oferty Odwołującego zostały uznane w pierwszej kolejności za najkorzystniejsze, a sam Odwołujący spełnia warunki pozytywnej kwalifikacji podmiotowej.

W uzasadnieniu zarzutu nr 5 odwołania Odwołujący wskazał, że na podstawie art. 126 ust. 1 ustawy PZP w dniu 12 stycznia 2023 r. Zamawiający wezwał wykonawcę G. M. do złożenia w terminie do dnia 23 stycznia 2023 r. aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych. Wśród złożonych dokumentów wykonawca G. M. w zakresie części XI zamówienia złożył między innymi referencje wystawione przez samego Zamawiającego. Odwołujący zauważył, że zaświadczenie to zostało przedłożone jako dokument w formie elektronicznej, który został podpisany wyłącznie przez wykonawcę, a na dokumencie tym znajduje się adnotacja o podpisie elektronicznym osoby upoważnionej do jego wystawienia. Odwołujący zauważył, że zgodnie z regulacją § 6 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie: *„W przypadku gdy podmiotowe środki dowodowe (...) zostały wystawione przez upoważnione podmioty inne niż wykonawca jako dokument elektroniczny, przekazuje się ten dokument”*. Zdaniem Odwołującego przekazane przez wykonawcę G. M. w zakresie części XI zamówienia referencje zostały przekazane jako dokument niepełny, czyli bez faktycznego podpisu osoby uprawnionej. I pomimo, że dokument ten nie spełniał wymagań określonych w powszechnie obowiązujących przepisach prawa, to według Odwołującego Zamawiający sprzecznie z przepisami ustawy PZP oraz zapisami SWZ uznał go za prawidłowy. Odwołujący uważa, że Zamawiający zaniechał obowiązku wynikającego z art. 128 ust. 1 ustawy PZP w zakresie wezwania tego wykonawcy do złożenia podmiotowych środków dowodowych i w sposób wadliwy ostatecznie przyjął, że wykonawca G. M. wykazał brak podstaw wykluczenia. Takie działanie Zamawiającego Odwołujący ocenił jako naruszające zasadę

równego traktowania wykonawców oraz uniemożliwiający zapewnić uczciwą konkurencję, gdzie wobec jednego z wykonawców Zamawiający nie stosuje wymagań określonych w powszechnie obowiązujących przepisach prawa.

W uzasadnieniu zarzutu nr 6 odwołania Odwołujący wskazał, że pismem z dnia 12 stycznia 2023 r. Zamawiający wystosował wezwanie do Konsorcjum Przysietnica do złożenia w terminie do dnia 23 stycznia 2023 r. podmiotowych środków dowodowych. Konsorcjum Przysietnica wśród złożonych dokumentów w zakresie części VII zamówienia złożyło m. in. zaświadczenie z Zakładu Ubezpieczeń Społecznych z dnia 22 grudnia 2022 r. o niezaleganiu w opłacaniu składek przez członka Konsorcjum A. R. oraz podobne zaświadczenie z dnia 31 października 2022 r. wystawione dla członka Konsorcjum M. R. Zaświadczenia te zostały przedłożone w formie dokumentu opatrzonego adnotacją „podpisano podpisem elektronicznym” z dodatkowym podpisem elektronicznym złożonym przez wykonawcę. Odwołujący zwrócił uwagę na to, że zgodnie z zapisami pkt 9.14 SWZ podmiotowe środki dowodowe, w tym oświadczenie, o którym mowa w art. 117 ust. 4 ustawy PZP oraz zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby, niewystawione przez upoważnione podmioty, oraz pełnomocnictwo przekazuje się w postaci elektronicznej i opatruje się kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Natomiast zgodnie z pkt 9.15 SWZ *„w przypadku gdy podmiotowe środki dowodowe, w tym oświadczenie, o którym mowa w art. 117 ust. 4 PZP, oraz zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby, niewystawione przez upoważnione podmioty lub pełnomocnictwo, zostały sporządzone jako dokument w postaci papierowej i opatrzone własnoręcznym podpisem, przekazuje się cyfrowe odwzorowanie tego dokumentu opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, poświadczającym zgodność cyfrowego odwzorowania z dokumentem w postaci papierowej”*. Poświadczenia zgodności cyfrowego odwzorowania z dokumentem w postaci papierowej, o którym mowa w pkt 9.15 SWZ, dokonuje w przypadku podmiotowych środków dowodowych – odpowiednio wykonawca, wykonawca wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia lub podmiot udostępniający zasoby, w zakresie podmiotowych środków dowodowych, które każdego z nich dotyczą. Wymagania te są powieleniem wymagań w zakresie podmiotowych środków dowodowych określonych w rozporządzeniu Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy. W dniu 18 stycznia 2023 r. Zamawiający wezwał Konsorcjum Przysietnica w zakresie części VII zamówienia *„do przesłania podmiotowych środków dowodowych sporządzonych jako dokument*

elektroniczny do przekazania tego dokumentu. Wykonawca przesłał bowiem zaświadczenie o niezaleganiu w opłacaniu składek z Zakładu Ubezpieczeń Społecznych O/Tarnów dla Pana A. R. oraz M. R. przesłał w formie odwzorowania elektronicznego poświadczonego przez Wykonawcę, a nie jako dokument elektroniczny". W odpowiedzi na to wezwanie, w piśmie z dnia 18 stycznia 2023 r. wykonawca Konsorcjum Przysietnica w zakresie części VII zamówienia wskazał, iż „załączył zaświadczenie o niezaleganiu w opłacaniu składek z Zakładu Ubezpieczeń Społecznych O/Tarnów dla A. R. i M. R. w formie dokumentu elektronicznego oraz w formie odwzorowania elektronicznego poświadczonego przez Wykonawcę. Dokumenty elektroniczne zostały przesłane dokładnie w takiej formie jaką Wykonawca ma możliwość pobrać z indywidualnej elektronicznej skrzynki odbiorczej na Platformie Usług Elektronicznych (PUE) ZUS. W załączeniu ponownie przesyłam elektroniczne zaświadczenie z ZUS O/Tarnów o niezaleganiu w opłacaniu składek dla A. R. i M. R.". Do swojego pisma Konsorcjum w zakresie części VII zamówienia jeszcze raz załączyło poprzednio złożone dokumenty, natomiast z raportu z weryfikacji podpisu wynika, iż dokumenty te zostały podpisane wyłącznie odpowiednio przez panów A. R. i M. R., czyli w sposób niespełniający wymaga określonych w obowiązujących powszechnie przepisach prawa. W ocenie Odwołującego Konsorcjum Przysietnica w zakresie części VII zamówienia pomimo wezwania do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych nie złożyło w wyznaczonym terminie podmiotowych środków dowodowych potwierdzających brak podstaw wykluczenia, a okoliczność ta zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy PZP stanowi obligatoryjną przesłankę odrzucenia oferty tego wykonawcy. Natomiast Zamawiający zaniechał tej czynności w postępowaniu. Według Odwołującego takie działanie Zamawiającego stanowi naruszenie zasady równego traktowania wykonawców i nie zapewnia zachowania zasady uczciwej konkurencji, skoro w stosunku do jednego z wykonawców Zamawiający nie stosuje wymagań określonych w powszechnie obowiązujących przepisach prawa.

Uwzględniając akta sprawy odwoławczej, w tym w szczególności dokumenty przedłożone przez strony, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego wyrażone w pismach i złożone podczas rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została spełniona żadna z przesłanek negatywnych wynikająca z art. 528 ustawy PZP, która uniemożliwiałaby

merytoryczne rozpoznanie odwołania.

Izba stwierdziła też, że wypełnione zostały wskazane w art. 505 ust. 1 ustawy PZP ustawowe przesłanki istnienia interesu Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów.

Izba stwierdziła, że przystąpienia do postępowania odwoławczego zgłoszone przez Konsorcjum Przysietnica i wykonawcę G. M. po stronie Zamawiającego nie były skuteczne. Do zgłoszenia przystąpienia wniesionego przez lidera Konsorcjum Przysietnica pana A. R. nie zostało załączone pełnomocnictwo konsorcjalne, które upoważniałoby tego wykonawcę do występowania w imieniu pozostałych wykonawców będących członkami Konsorcjum w postępowaniu odwoławczym przed Krajową Izbą Odwoławczą, natomiast wykonawca G. M. przesłał swoje zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego za pośrednictwem pełnomocnika radcy prawnego M. Ż.-M., która również nie była umocowana do reprezentowania go w postępowaniu odwoławczym przed Krajową Izbą Odwoławczą. Jeszcze przed ogłoszeniem wyroku w niniejszej sprawie wykonawca G. M. złożył pismo, w którym wyraził „sprzeciw”, do tego „stanowczy”, w którym zakwestionował odmowę dopuszczenia go do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego jako uczestnika z uwagi na nienależyte umocowanie. Jednocześnie wykonawca ten wytłumaczył, że osobiście złożył elektroniczny podpis pod pismem będącym zgłoszeniem przystąpienia do postępowania odwoławczego, zaś radca prawny M. Ż.-M. jedynie wysłała je do Krajowej Izby Odwoławczej ze swojego adresu poczty elektronicznej, ale nie jako jego pełnomocnik. On sam natomiast nie ma wiedzy na temat sposobu komunikacji z Krajową Izbą Odwoławczą i dlatego korzysta z poczty elektronicznej radcy prawnego M. Ż.-M. i akceptuje fakt przesyłania przez nią pism, które sam podpisuje. W pierwszej kolejności Izba wskazuje, że ustawie PZP nie jest znana instytucja „sprzeciwu” wobec czynności dokonanych przez Przewodniczącego w odniesieniu do stwierdzenia przez Krajową Izbę Odwoławczą braku skuteczności przystąpienia zgłoszonego do postępowania odwoławczego. Zgodnie z regulacją art. 523 ust. 1 ustawy PZP sprzeciw może wnieść uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, ale tylko wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości albo w części. Zatem na gruncie przepisów ustawy PZP w postępowaniu wywołanym odwołaniem instytucja „sprzeciwu” odnosi się tylko i wyłącznie do czynności podejmowanych

przez uczestnika postępowania odwoławczego w odniesieniu do czynności zamawiającego związanych z uwzględnieniem zarzutów odwołania. W dalszej kolejności podnieść należy, że ustawie PZP nie jest również znane pojęcie osoby przekazującej zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego, ani też pojęcie osoby użyczającej swojego profilu zaufanego do kontaktu z Krajową Izbą Odwoławczą poprzez elektroniczną Platformę Usług Administracji Publicznej (ePUAP). Podkreślić należy, że podmioty gospodarcze uczestniczące w przetargach publicznych powinny znać się nie tylko na regulacjach prawnych obowiązujących w branży, w której na co dzień funkcjonują, ale również na przepisach prawnych z zakresu zamówień publicznych i procedur odwoławczych. Wymaga tego profesjonalizm, którego należy oczekiwać od każdego przedsiębiorcy, a tym bardziej od takiego przedsiębiorcy, który ma zamiar wchodzić w relacje gospodarcze z podmiotami publicznymi i osiągać zysk dzięki środkom publicznym. Skoro do zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego wniesionego przez ePUAP zostało załączone pełnomocnictwo wystawione przez wykonawcę G. M., to Krajowa Izba Odwoławcza nie miała podstaw do przyjęcia, iż osoba będąca profesjonalnym pełnomocnikiem, która za pomocą swojego profilu zaufanego wysłała pismo do Izby poprzez ePUAP, legitymuje się pełnomocnictwem pochodzącym od wykonawcy oraz zgłasza w jego imieniu przystąpienie do postępowania odwoławczego, jednak nie jest tym pełnomocnikiem.

Izba rozpoznając sprawę uwzględniła akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z regulacją § 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r., poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2 rozporządzenia, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Prezesa Izby w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła również stanowiska prezentowane na rozprawie przez obie strony postępowania oraz uwzględniła stanowisko prezentowane przez Zamawiającego w jego odpowiedzi na odwołanie z dnia 3 lutego 2023 r. i jej uzupełnieniu z dnia 7 lutego 2023 r.

Izba wydała na rozprawie postanowienie o dopuszczeniu dowodu z akt sprawy odwoławczej oraz z dokumentów złożonych przez strony jako załączniki do ich pism oraz dokumentów złożonych przez Odwołującego na rozprawie, w tym:

- Elektronicznego Poświadczenia Weryfikacji podpisów elektronicznych złożonych przez pracowników ZUS w odniesieniu do dwóch zaświadczeń złożonych przez członków Konsorcjum Przysietnica,
- umowy użyczenia z dnia 21 grudnia 2021 r. zawartej pomiędzy R. T. jako użyczającym a wykonawcą D. S. jako biorącą w użyczenie wraz z Elektronicznymi Poświadczeniami Weryfikacji,
- umowy użyczenia z dnia 21 grudnia 2021 r. zawartej pomiędzy W. T. jako użyczającym a wykonawcą D. S. jako biorącą w użyczenie wraz z Elektronicznymi Poświadczeniami Weryfikacji.

Izba uznała wiarygodność oraz moc dowodową dokumentów znajdujących się w aktach sprawy odwoławczej. W odniesieniu do umów użyczenia zawartych przez Odwołującego z R. i W. T. Izba uznała, że jako dokumenty prywatne stanowią one jedynie dowód tego, że osoby podpisane pod umowami złożyły oświadczenia zawarte w treści tych umów. Nie wynika z tych dokumentów długofalowa współpraca między tymi podmiotami. Umowy użyczenia z dnia 2 listopada 2022 r., które złożono w postępowaniu przetargowym, zostały zawarte w celu umożliwienia Odwołującemu uzyskania zamówienia w zakresie pakietu VII i XI. Natomiast obie umowy z dnia 21 grudnia 2021 r., które złożono dopiero w postępowaniu odwoławczym, według oceny Izby zostały wygenerowane w celu uwiarygodnienia istnienia stałej, dłuższej współpracy gospodarczej między Odwołującym a panami T. – na potrzeby postępowania przed Izbą.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Na podstawie art. 552 ust. 1 ustawy PZP Izba wydając wyrok bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego.

Zamawiający – Skarb Państwa – Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Brzozów działając w trybie przepisów ustawy PZP prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „*wykonanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Brzozów w roku 2023*”. Numer referencyjny tego zamówienia to SA.270.1.5.2022.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 24 października 2022 r., pod numerem 2022/S 208-585218.

Zgodnie z pkt 3.1 ppkt 1 i 2 SWZ przedmiotem zamówienia są usługi z zakresu gospodarki leśnej zgodnie z określeniem w art. 6 ust. 1 pkt. 1 ustawy z dnia 28 września 1991 r. o lasach (Dz. U. z 2022 r., poz. 672, ze zm.) obejmujące prace z zakresu hodowli i ochrony lasu, ochrony przeciwpożarowej, pozyskania i zrywki drewna oraz zagospodarowania turystycznego, gospodarki łąkowo – rolnej, selekcji drzew, gospodarki szkółkarskiej, do wykonania na terenie Nadleśnictwa Brzozów w roku 2023, zgodnie z zakresem rzeczowym prac wynikającym z Załącznika nr 2 do SWZ. Zgodnie z pkt 3.1 ppkt 7 SWZ zamówienie zostało podzielone na 16 części zwanych „pakietami”, a wykonawca może złożyć ofertę na jeden lub większą ilość pakietów. Jednocześnie oferta złożona na dany pakiet musi jednakże obejmować cały zakres prac przewidzianych w SWZ dla tego pakietu. Pakiet VII obejmuje leśnictwo Przysietnica, natomiast pakiet XI obejmuje leśnictwo Liszna.

W rozdziale 7 pkt 7.1 ppkt 4 lit. b SWZ Zamawiający określił warunki udziału w postępowaniu – w zakresie zdolności technicznej i zawodowej warunek ten, w zakresie potencjału technicznego, w odniesieniu do pakietu VII i pakietu XI zostanie uznany za spełniony, jeśli wykonawca wykaże, że dysponuje lub będzie dysponować: co najmniej 1 sztuką maszyn leśnych typu harwester, z zastrzeżeniem, że alternatywnie zamiast maszyn leśnych typu harwester wykonawca może wykazać dysponowaniem odpowiednią ilością osób, które ukończyły z wynikiem pozytywnym szkolenie dopuszczające do pracy z pilarką zgodnie z § 21 rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 24 sierpnia 2006 r. w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy przy wykonywaniu niektórych prac z zakresu gospodarki leśnej (Dz. U. z 2006 r., Nr 161, poz. 1141) lub posiadające odpowiadające im uprawnienia wydane na podstawie poprzednio obowiązujących przepisów albo odpowiadające im uprawnienia wydane w innych Państwach Członkowskich Unii Europejskiej (szczegóły dotyczące ilości osób posiadających ww. uprawnienia zostały opisane

w warunku w pkt 7.1 ppkt 4 lit. c pkt I lit. a SWZ), a także co najmniej dwie sztuki ciągników zrywkowych lub ciągników przystosowanych do zrywki drewna.

W dniu 2 listopada 2022 r. Odwołujący złożył oferty na 3 części zamówienia: część III, część VII i część XI. Zgodnie z treścią oferty złożonej w zakresie części VII zamówienia Odwołujący zaoferował cenę za realizację tej części zamówienia w wysokości 484 601 zł 40 gr (czterysta osiemdziesiąt cztery tysiące sześćset jeden złotych czterdzieści groszy). Natomiast zgodnie z treścią złożonej oferty w zakresie części XI zamówienia Odwołujący zaoferował cenę za realizację tej części zamówienia w wysokości 749 488 zł 68 gr (siedemset czterdzieści dziewięć tysięcy czterysta osiemdziesiąt osiem złotych sześćdziesiąt osiem groszy). W odniesieniu do obydwu ofert w formularzu ofertowym Odwołujący nie wskazał zakresów rzeczowych, wchodzących w skład przedmiotu zamówienia, które zamierza zlecić podwykonawcom, jak również nie wskazał podwykonawców, na zasoby których powoływał się w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. W złożonym wraz z ofertami dokumencie JEDZ Odwołujący w części II tego dokumentu w zakresie określenia „Czy wykonawca polega na zdolności innych podmiotów w celu spełnienia kryteriów kwalifikacji określonych poniżej w części IV oraz (ewentualnych) kryteriów i zasad określonych poniżej w części V?” zaznaczył „NIE”.

W dniu 15 listopada 2022 r. w odniesieniu do części III, VII i XI zamówienia Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia w terminie do dnia 28 listopada 2022 r. aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych, tj. wykazu wykonanych usług, wykazu osób, wykazu urządzeń technicznych, informacji z KRK, oświadczenia wykonawcy w zakresie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP, zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego, zaświadczenia z ZUS, odpisu z KRS lub CEIDG, oświadczenia wykonawcy według wzoru określonego w Załączniku nr 8 do SWZ. Odwołujący na wezwanie Zamawiającego przedłożył żądane dokumenty w odniesieniu do części III, VII i XI zamówienia. W wykazie urządzeń technicznych w odniesieniu do części VII zamówienia Odwołujący podał, że dysponuje dwoma ciągnikami rolniczymi SKIDER przystosowanymi do zrywki drewna, zaś w rubryce „podstawa dysponowania” napisał „pełna dyspozycyjność sprzętu do realizacji zamówienia”. Natomiast w wykazie urządzeń technicznych w odniesieniu do części XI zamówienia Odwołujący podał, że dysponuje trzema ciągnikami rolniczymi SKIDER przystosowanymi do zrywki drewna, zaś w rubryce „podstawa dysponowania” napisał „pełna dyspozycyjność sprzętu do realizacji

zamówienia”.

Następnie w dniu 14 grudnia 2022 r. Zamawiający działając w trybie art. 128 ust. 1 ustawy PZP wezwał Odwołującego do wyjaśnień w zakresie złożonego wykazu urządzeń technicznych. Zamawiający w swoim wezwaniu napisał, że: „Wykonawca w złożonym wykazie na pytanie o postawę dysponowania sprzętem technicznym oświadczył cytując: „Pełna **dyspozycyjność** sprzętu do realizacji zamówienia” co jasno nie wskazuje czy sprzęt jest własnością Wykonawcy lub jest przedmiotem np. umowy leasingu, dzierżawy, najmu, użyczenia etc. czy też Wykonawca będzie jedynie dysponował wymienianym sprzętem polegając na zdolnościach podmiotów trzecich. Jeżeli Wykonawca nie jest właścicielem (lub np. leasingobiorcą, dzierżawcą, najemcą, biorącym w użyczenie) tylko polega na zdolnościach technicznych w celu spełniania warunku wskazane w pkt 7.1 ppkt 4 SWZ, Zamawiający wzywa na podstawie art. 126 ust. 2 do złożenia (...)”.

W odpowiedzi na to wezwanie Odwołujący przedłożył wymagane dokumenty, w tym umowę użyczenia jednego ciągnika rolniczego przystosowanego do zrywki drewna i jednego ciągnika leśnego, którą zawarł w dniu 2 listopada 2022 r. z R. T. na okres od 1 stycznia do 31 grudnia 2023 r. (§ 3 umowy) oraz umowę użyczenia dwóch ciągników rolniczych przystosowanych do zrywki drewna i jednego ciągnika leśnego, którą zawarł w dniu 2 listopada 2022 r. z W. T. na okres od 1 stycznia do 31 grudnia 2023 r. (§ 3 umowy). Ponadto Odwołujący oświadczył w dniu 19 grudnia 2022 r., że sprzęt wykazany w ofercie w pakiecie VII i XI jest przedmiotem użyczenia, na potwierdzenie czego załączył dwie umowy użyczenia, oraz że w związku z tym oświadczył, że sprzęt ten jest w pełnej dyspozycyjności wykonawcy na czas trwania zamówienia.

Następnie w wezwaniu z dnia 3 stycznia 2023 r. Zamawiający wskazał, że w złożonym na wezwanie oświadczeniu z dnia 19 grudnia 2022 r. Odwołujący oświadczył, że będzie polegał na zdolnościach technicznych R. T. oraz W. T. Wykonawca może w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, polegać na zdolnościach technicznych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków prawnych. W związku z tym Zamawiający wezwał Odwołującego na podstawie art. 126 ust. 2 ustawy PZP do złożenia wskazanych w pkt. 9.4 ppkt 1 SWZ dokumentów. Odwołujący uczynił zadość wezwaniu

Zamawiający i złożył żądane dokumenty.

W dniu 19 stycznia 2023 r. Zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w przetargu o wyborze oferty najkorzystniejszej w odniesieniu do każdej z części zamówienia.

W zakresie pakietu VII zamówienia jako najkorzystniejsza została wybrana oferta Konsorcjum Przysietnica, które za wykonanie tej części zamówienia zaoferowało cenę 503 533 zł 80 zł (pięćset trzy tysiące pięćset trzydzieści trzy złote osiemdziesiąt groszy). Natomiast w zakresie pakietu XI zamówienia jako najkorzystniejsza została wybrana oferta wykonawcy G. M., który za wykonanie tej części zamówienia zaoferował cenę 784 069 zł 20 gr (siedemset osiemdziesiąt cztery złote sześćdziesiąt dziewięć złotych dwadzieścia groszy).

Oferty Odwołującego złożone w zakresie pakietu VII i pakietu XI zostały przez Zamawiającego odrzucone na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) i c) ustawy PZP. W uzasadnieniu odrzucenia ofert Odwołującego Zamawiający podał, że: *„Wykonawca nie wykazał, że dysponuje minimalną ilością potencjału technicznego do realizacji zamówienia. Wykonawca w ofercie nie wykazał podwykonawców, na których będzie się powoływał, w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Natomiast w złożonych na wezwanie podmiotowych środkach dowodowych dotyczących wykazu urządzeń technicznych dostępnych Wykonawcy powołał się na zasoby podmiotów trzecich. Zgodnie z art. 123 ustawy z 11 września 2019 r. Prawa zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 z późn. zm.) Wykonawca nie może, po upływie terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert, powoływać się na zdolność lub sytuację podmiotów udostępniających zasoby, jeżeli na etapie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert nie polegał on w danym zakresie na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby. Wobec powyższego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b i c ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 z późn. zm.) Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez Wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, lub który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzającego brak podstaw wykluczenia lub spełnienie warunków udziału w postępowaniu, lub innych dokumentów lub oświadczeń”*.

Członkowie Konsorcjum Przysietnica, tj. wykonawcy A. R. i M. R. złożyli w toku postępowania w

formie elektronicznej dwa zaświadczenia z ZUS z dnia 22 grudnia 2022 r. i 31 października 2022 r. potwierdzające, że nie mieli zaległości w opłacaniu składek ZUS. Zaświadczenia te były podpisane przez upoważnionych pracowników ZUS, tj. panią K. N. i panią I. D., co wynika z Elektronicznych Poświadczeń Weryfikacji.

Wykonawca G. M. na wezwanie Zamawiającego z dnia 12 stycznia 2023 r. złożył podpisane przez Nadleśniczego Nadleśnictwa Brzozów referencje z dnia 27 października 2022 r., z których treści wynika, że wykonawca ten wykonywał prace z zakresu usług leśnych w 2022 r. na łączną kwotę 677 532 zł 25 gr, zakres prac obejmował pozyskanie i zrywkę drewna oraz zagospodarowanie lasu, natomiast na podstawie oceny jakości wykonanych usług Nadleśnictwo Brzozów stwierdziło, że usługi zostały wykonane należycie i terminowo.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Po przeprowadzeniu rozprawy i zapoznaniu się z pisemnymi i ustnymi stanowiskami stron Izba rozpoznała merytorycznie odwołanie złożone przez Odwołującego – wykonawcę prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą DREW POL S. D. z siedzibą w Warze i uznała, że odwołanie to nie zasługuje na uwzględnienie.

W zakresie zarzutów nr 1 – 4 odwołania

Z uwagi na fakt, że zarzuty nr 1, 2, 3 i 4 odwołania są ze sobą bardzo ściśle powiązane, co wynika też z samej systematyki odwołania, Izba odniesie się do nich łącznie.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy PZP Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu.

Zgodnie zaś z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy PZP Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę, który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym

mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń.

Art. 65 k.c. stanowi, że oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje (§ 1). W umowach należy raczej badać, jaki był zgodny zamiar stron i cel umowy, aniżeli opierać się na jej dosłownym brzmieniu (§ 2).

Art. 123 ustawy PZP stanowi, że wykonawca nie może, po upływie terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert, powoływać się na zdolności lub sytuację podmiotów udostępniających zasoby, jeżeli na etapie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert nie polegał on w danym zakresie na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby.

Według art. 126 ust. 2 ustawy PZP jeżeli jest to niezbędne do zapewnienia odpowiedniego przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia, zamawiający może na każdym etapie postępowania, w tym na etapie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub niezwłocznie po ich złożeniu, wezwać wykonawców do złożenia wszystkich lub niektórych podmiotowych środków dowodowych aktualnych na dzień ich złożenia.

Art. 16 ustawy PZP normuje podstawowe zasady rządzące polskim prawem zamówień publicznych. W świetle tego przepisu Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny.

Art. 139 ust. 3 ustawy PZP stanowi, że jeżeli wobec wykonawcy, o którym mowa w ust. 1, zachodzą podstawy wykluczenia, wykonawca ten nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, nie składa podmiotowych środków dowodowych lub oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, zamawiający dokonuje ponownego badania i oceny ofert pozostałych wykonawców, a następnie dokonuje kwalifikacji podmiotowej wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona, w zakresie braku podstaw wykluczenia oraz spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Zgodnie z art. 239 ust. 1 ustawy PZP Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na

podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

Krajowa Izba Odwoławcza po przeanalizowaniu materiału zgromadzonego w aktach sprawy odwoławczej doszła do przekonania, że decyzja Zamawiającego o odrzuceniu oferty wykonawcy D. S. była uzasadniona w stanie faktycznym tej sprawy. W ocenie Izby Zamawiający słusznie stwierdził, że przedłożone przez Odwołującego dwie umowy użyczenia, obie datowane na dzień 2 listopada 2022 r., świadczą właśnie o tym, że Odwołujący wziął w użyczenie od swoich kontrahentów wartościowe maszyny rolnicze jedynie w związku z dążeniem do uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego od Nadleśnictwa Brzozów. Krajowa Izba Odwoławcza stoi na stanowisku, że nie można wykluczyć sytuacji, że umowa użyczenia zostanie zawarta przez wykonawcę wyłącznie w celu wykonywania danego zamówienia publicznego i na jego okres realizacji, co wskazuje na korzystanie z potencjału podmiotu trzeciego (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 września 2020 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2172/20, z dnia 7 grudnia 2017 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2473/17 oraz z dnia 17 lipca 2014 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1379/14). Jednocześnie nawet z czynności samego Odwołującego podjętych w toku postępowania przetargowego wynika, że potwierdził on, iż przy realizacji zamówienia będzie korzystał z zasobów podmiotów trzecich, albowiem na żądanie Zamawiającego załączył podmiotowe środki dowodowe odnoszące się do jego kontrahentów, tj. panów R. i W. T., w tym m. in. zobowiązanie tych podmiotów trzecich do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji przedmiotowego zamówienia. Dopiero w odwołaniu Odwołujący próbował wytłumaczyć się, że Zamawiający w sposób wadliwy zinterpretował złożony przez niego wykaz urządzeń technicznych oraz dwie umowy użyczenia i wywiódł z treści tych dokumentów niewłaściwy wniosek, że Odwołujący przy wykonaniu tego konkretnego zamówienia zamierza korzystać z zasobów udostępnionych mu przez innych wykonawców. Następnie zaś Odwołujący stwierdził, że to właśnie wezwaniem Zamawiającego z dnia 14 grudnia 2022 r. i przede wszystkim kolejnym wezwaniem z dnia 3 stycznia 2023 r., które zostały skierowane do niego w trybie art. 126 ust. 2 ustawy PZP, został on wprowadzony przez Zamawiającego w błąd odnośnie konieczności złożenia aktualnych podmiotowych środków dowodowych dotyczących także panów R. i W. T., którzy udostępnili mu swój sprzęt rolniczy. Zważywszy na treść wezwania Zamawiającego, który sformułował swoje wezwanie jasno i czytelnie – w sposób warunkowy, tj. *„Jeżeli Wykonawca nie jest właścicielem (lub np. leasingobiorcą, dzierżawcą, najemcą, biorącym w użyczenia) tylko polega na zdolnościach technicznych w celu spełnienia warunku wskazanego w pkt. 7.1. ppkt 4 SWZ, Zamawiający*

wzywa na podstawie art. 126 ust. 2 do złożenia (...)”, nie może być mowy o tym, że każdy typowy, przeciętny uczestnik postępowań przetargowych również miałby problemy ze zrozumieniem istoty tego wezwania. W ocenie Izby nie budzi wątpliwości, że na podstawie tego wezwania obowiązek złożenia podmiotowych środków dowodowych dotyczących podmiotów trzecich aktualizuje się dopiero wtedy, gdy wykonawca w rzeczywistości polega na zasobach takich podmiotów. Skoro Odwołujący przy tak sformułowanym wezwaniu zdecydował się jednak na dostarczenie Zamawiającemu kompletu oczekiwanych dokumentów, to jego zachowanie nie może być oceniane w oderwaniu od dokonanych przez niego czynności i w innych kategoriach niż właśnie jako przyznanie się wprost do tego, że rzeczywiście podmioty trzecie udostępniły mu swoje zasoby, aby mógł on wykazać, że spełnia warunki udziału w tym postępowaniu w zakresie zdolności technicznych. Odwołujący podniósł zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 65 § 1 k.c., ale w uzasadnieniu odwołania nie wyjaśnił w ogóle, które dyrektywy wykładni oświadczeń woli miały zostać naruszone przez Zamawiającego w procesie interpretacji składanych przez Odwołującego oświadczeń. Należy wskazać, że w literaturze cywilistycznej przyjmuje się, że *„Ważnym kryterium oceny oświadczenia woli w procesie jego wykładni są okoliczności, w których zostało ono złożone. Chodzi o te okoliczności towarzyszące złożeniu oświadczenia woli, które stanowią dla niego tzw. kontekst sytuacyjny (tło) i które pozostają w związku ze znaczeniem wyrażeń językowych użytych przez składającego oświadczenie woli. Okoliczności te mają doniosłość dla zrekonstruowania treści myślowych wyrażonych w oświadczeniu woli i pozwalają ustalić właściwy sens tego oświadczenia, niekiedy odmienny od dosłownego jego brzmienia. Przy dokonywaniu wykładni oświadczeń woli znaczenie mają tylko zewnętrzne, poznawalne okoliczności jego złożenia, a nie subiektywne przekonanie osoby składającej to oświadczenie (...) Do najważniejszych pozajęzykowych okoliczności branych pod uwagę przy wykładni oświadczeń woli zalicza się na ogół: przebieg negocjacji stron, przebieg ich dotychczasowej współpracy, dotychczasową praktykę w kwestii rozliczeń, zachowanie stron, ich doświadczenie, profesjonalizm oraz rozumienie tekstu, okoliczności sporządzenia lub odbioru tekstu pisanego, powszechne znaczenie nadawane postanowieniom i wyrażeniom w danej branży itp.”* [A. Kidyba (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom I. Część ogólna*, Wydawnictwo Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2012, komentarz do art. 65, teza 8]. To właśnie wykładnia językowa oświadczenia Odwołującego z dnia 19 grudnia 2022 r., w szerokim kontekście innych jego czynności, w tym złożenia dokumentów odnoszących się do sytuacji podmiotowej jego kontrahentów użyczających mu ciągniki rolnicze, prowadzi do logicznego wniosku, że złożone przez Odwołującego umowy użyczenia bezsprzecznie wykazują, że będzie on chciał korzystać z zasobów podmiotów

trzecich w trakcie realizacji zamówienia. W tych okolicznościach, skoro Odwołujący dopiero po złożeniu swojej oferty przyznał, że realizując przedmiotowe zamówienie będzie wykorzystywał drogocenne maszyny rolnicze będące de facto zasobami udostępnionymi mu przez podmioty trzecie, decyzja Zamawiającego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b i c ustawy PZP była trafna. W tej sytuacji nie można też uwzględnić zarzutu odwołania zmierzającego do wykazania, że Zamawiający w sposób bezpodstawny zastosował art. 123 ustawy PZP uznając, że wykonawca D. S. już po upływie terminu składania ofert powołała się na zdolności podmiotów udostępniających jej zasoby w sytuacji, gdy na etapie składania ofert nie polegała ona w tym zakresie na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby. Nie zostało również w ogóle wykazane przez Odwołującego, że Zamawiający dopuścił się naruszenia dyrektyw wykładni oświadczeń woli wynikających z art. 65 § 1 k.c. w procesie wykładni oświadczeń składanych przez Odwołującego.

Wobec powyższego nie można również stwierdzić, aby Zamawiający naruszył art. 126 ust. 2 ustawy PZP, tym bardziej że w świetle tego przepisu kompetencja do żądania od wykonawców podmiotowych środków dowodowych jest jego podstawowym uprawnieniem jako gospodarza postępowania przetargowego, które może realizować według własnego uznania na każdym jego etapie, tj. w razie stwierdzenia, że jest to niezbędne do zapewnienia odpowiedniego przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W konsekwencji braku naruszenia przez Zamawiającego art. 126 ust. 2 ustawy PZP nie doszło również do naruszenia zasad określonych w art. 16 ustawy PZP.

Nie doszło też do naruszenia art. 139 ust. 3 ustawy PZP. Skoro Zamawiający słusznie uznał, że Odwołujący nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, zaś jego ofertę należy odrzucić z tej właśnie przyczyny, to niezbędnym okazało się ponowne dokonanie czynności badania i oceny w postępowaniu ofert pozostałych wykonawców, w tym ofert Konsorcjum Przysietnica i wykonawcy G. M., a później dokonanie kwalifikacji podmiotowej wykonawców, których oferty zostały najwyżej ocenione, w zakresie braku podstaw wykluczenia oraz spełniania warunków udziału w postępowaniu. W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy PZP, to Odwołujący nie wykazał w ogóle, że Zamawiający w toku postępowania dokonał oceny ofert niezgodnie z ustalonymi przez siebie kryteriami albo aby w sposób niewłaściwy zastosował wybrane przez siebie kryteria oceny ofert. Samo ogólnikowe wskazywanie w treści odwołania, że w toku

badania i oceny ofert doszło do bezzasadnego odrzucenia oferty jednego wykonawcy, a co następnie skutkowało wyborem oferty kolejnego wykonawcy w rankingu ofert, nie jest wystarczające, aby móc skutecznie postawić zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy PZP.

Mając powyższe na uwadze Izba uznała za nieuzasadnione zarzuty nr 1, 2, 3 i 4 odwołania.

W zakresie zarzutu nr 5 odwołania

Zgodnie z art. 128 ust. 1 ustawy PZP jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że: 1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub 2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

W świetle art. 16 ustawy PZP Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny.

Zarzuty te również okazały się być bezzasadne. Wbrew temu, co twierdzi Odwołujący w swoim odwołaniu, referencje wystawione wykonawcy G. M. przez Nadleśnictwo Brzozów znajdowały się już w dokumentacji przetargowej, albowiem zostały dołączone przez Zamawiającego, który wystawił te referencje w dniu 27 października 2022 r. Kopia tych referencji została załączona do oferty wykonawcy G. M. złożonej w dniu 3 listopada 2022 r. Zamawiający słusznie powołał się w odpowiedzi na odwołanie na treść art. 127 ust. 2 ustawy PZP, zgodnie z którym wykonawca nie jest zobowiązany do złożenia podmiotowych środków dowodowych, które zamawiający posiada, jeżeli wykonawca wskaże te środki oraz potwierdzi ich prawidłowość i aktualność. Wykonawca G. M. powołał się na te referencje załączając ich kopię do swojej oferty. Oczywistym jest również to, że były one zarówno prawidłowe, jak i aktualne, skoro zostały wystawione przez samego Zamawiającego i to zaledwie tydzień wcześniej. Z uwagi na to nie było podstaw do wzywania wykonawcy G. M. w trybie art. 128 ust. 1 ustawy PZP. Skoro nie doszło do naruszenia tego przepisu ustawy PZP, to nie może być również mowy o naruszeniu zasad unormowanych w art.

16 ustawy PZP.

Mając powyższe na względzie zarzuty dotyczące naruszenia art. 128 ust. 1 w zw. z art. 16 ustawy PZP nie mogły zostać przez Izbę uwzględnione.

W zakresie zarzutu nr 6 odwołania:

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit c ustawy PZP Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę, który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń.

Art. 16 ustawy PZP stanowi, że Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny.

Powyższe zarzuty także nie znalazły uznania w oczach Izby. Odwołujący twierdził w odwołaniu, że oferta Konsorcjum Przysietnica powinna zostać odrzucona, albowiem dwa zaświadczenia z ZUS o niezaleganiu w opłacaniu składek nie zostały przekazane ani w postaci elektronicznej i jednocześnie nie zostały opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, ani jako cyfrowe odwzorowanie tego dokumentu opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Jednakże Odwołujący nie dostrzega, że dwaj członkowie Konsorcjum – panowie A. R. i M. R. zaświadczenia z ZUS o niezaleganiu w opłacaniu składek otrzymali w formie elektronicznej i w takiej też formie złożyli je Zamawiającemu. Nie było podstaw do zastosowania regulacji pkt 9.15 SWZ, albowiem obydwie zaświadczenia z ZUS nie zostały złożone w formie papierowej. Zostało też potwierdzone przez Zamawiającego, że dokumenty te są prawidłowe, gdyż do odpowiedzi na odwołanie Zamawiający załączył dwa Elektroniczne Poświadczenia Weryfikacji, które potwierdziły, że podpisy elektroniczne pod zaświadczeniami złożyli uprawnieni pracownicy ZUS. Skoro we wskazanym zakresie nie doszło do naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit c ustawy PZP chybiony okazał się być też zarzut dotyczący naruszenia art. 16 ustawy PZP.

Mając powyższe na uwadze zarzuty dotyczące naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c w zw. z art.

16 ustawy PZP zostały przez Izbę oddalone.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, tj. na podstawie art. 557, art. 574-576 ustawy PZP oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437). Z uwagi na oddalenie odwołania w całości Izba zasądziła od Odwołującego na rzecz Zamawiającego zwrot kosztów postępowania odwoławczego w postaci wydatków na wynagrodzenie pełnomocnika, dojazd na rozprawę oraz diet w czasie podróży krajowej dwóch pracowników Zamawiającego, uznając wszystkie te koszty poniesione przez Zamawiającego za celowe i uzasadnione. Wydatek poniesiony przez Zamawiającego na wynagrodzenie pełnomocnika w wysokości 3 600 zł 00 gr nie przekraczał kwoty wynikającej z regulacji § 5 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania. Wydatek na paliwo w związku z dojazdem na rozprawę w wysokości 887 zł 80 gr nie przekraczał kwoty określonej na podstawie regulacji § 2 ust. pkt 1 lit. b Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 25 marca 2002 r. w sprawie warunków ustalania oraz sposobu dokonywania zwrotu kosztów używania do celów służbowych samochodów osobowych, motocykli i motorowerów niebędących własnością pracodawcy. Natomiast wydatek na diety dwóch pracowników Zamawiającego w czasie podróży krajowej w wysokości 90 zł 00 gr nie przekraczał kwoty określonej na podstawie regulacji § 7 ust. 1 Rozporządzenia Ministra Pracy i Polityki Społecznej z dnia 29 stycznia 2013 r. w sprawie należności przysługujących pracownikowi zatrudnionemu w państwowej lub samorządowej jednostce sfery budżetowej z tytułu podróży służbowej.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący: