

WYROK

z dnia 18 lutego 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 lutego 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 lutego 2016 r. przez **L. G.** w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa – Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Ustka w Ustce**

przy udziale wykonawcy **E. G.**, zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **zamawiającego**

orzeka:

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża odwołującego **L. G.** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego **L. G.** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od odwołującego **L. G.** na rzecz wykonawcy **E. G.** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164) na niniejszy wyrok,

w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia, przysługuje skarga, za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do Sądu Okręgowego w **Słupsku**.

.....

Sygn. akt: KIO 154/16

Uzasadnienie

Zamawiający - Skarb Państwa – Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Ustka w Ustce - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Leśnictw: Modlinek, Żalaski i Górsko, Karzycino i Radwanki, Pęplino i Siarkowo, Machowino i Siemianice w roku 2016.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 roku, poz. 2164), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 5 lutego 2016 roku wykonawca L. G. (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie wobec:

- 1) zaniechania przez zamawiającego wykluczenia z udziału w postępowaniu wykonawcy E. G.,
- 2) wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy E. G. .

Odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania w całości i zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania w tym kosztów zastępstwa prawnego według norm przepisanych,
- 2) nakazanie zamawiającemu unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty w części VI zamówienia z dnia 29.01.2016 r.,
- 3) nakazanie zamawiającemu wykluczenia z udziału w postępowaniu wykonawcy E. G.,
- 4) nakazanie zamawiającemu wyboru najkorzystniejszej oferty spośród ofert wykonawców niepodlegających wykluczeniu z udziału w postępowaniu.

Odwołujący wskazał, że pismem z dnia 29 stycznia 2016 r. zamawiający zawiadomił odwołującego o wyborze najkorzystniejszej oferty wskazując, że ofertą najkorzystniejszą w postępowaniu jest oferta E. G. .

Odwołujący stwierdził, że zgodnie z pkt. 6.2.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: s.i.w.z.), w postępowaniu mogli brać udział wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy P.z.p. Zamawiający wymagał, że warunek w zakresie wiedzy i doświadczenia zostanie spełniony, jeśli wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert

(a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie) dla części VI zamówienia zrealizował lub realizuje (przy czym w tym przypadku będzie liczona wartość zrealizowanej części umowy) co najmniej 1 usługę (przez usługę rozumie się wykonywanie prac na podstawie 1 umowy) polegającą na wykonywaniu prac z zakresu zagospodarowania lasu, zrywki i pozyskania drewna, na kwotę nie mniejszą niż 540 000,00 brutto zł.

W celu wykazania wskazanego warunku udziału w postępowaniu wykonawca E. G., działając na podstawie przepisu art. 26 ust. 2b ustawy P.z.p., powołała się na dysponowanie zasobami podmiotu trzeciego niezbędnymi do wykonania zamówienia. W tym celu wykonawca E. G. złożyła zamawiającemu zobowiązanie podmiotu trzeciego – K. M. . Z treści zobowiązania podmiotu trzeciego wynika, że K. M. zobowiązał się służyć zdobytym doświadczeniem przy realizacji zamówienia na rok 2016 poprzez doradztwo w całym okresie umowy - podwykonawstwo. Z treści zobowiązania podmiotu trzeciego wynika również, że K. M. z wykonawcą łączyć będzie doradztwo i konsultacje, podwykonawstwo ze strony ze strony jego firmy. Wobec niejasnej treści zobowiązania podmiotu trzeciego, pismem z dnia 26 stycznia 2016 r. zamawiający wezwał E. G. o wyjaśnienie, na czym dokładnie ma polegać doradztwo w całym okresie umowy, jaki sposób K. M. będzie służył wykonawcy zdobytym doświadczeniem przy realizacji zamówienia, czy sformułowanie doradztwo, konsultacje, podwykonawstwo należy interpretować, że - oprócz doradztwa i konsultacji – K. M. będzie podwykonawcą w zakresie usług związanych z gospodarką leśną, a jeżeli tak, to jaki zakres rzeczowy wchodzący w przedmiot zamówienia zostanie powierzony podmiotowi trzeciemu w zakresie podwykonawstwa oraz czy wykonawcę z K. M. będzie wiązał stosunek prawny, jeżeli tak to jaki. Pismem z dnia 27 stycznia 2016 r. wykonawca wyjaśnił, że treść zobowiązania podmiotu trzeciego wskazując, że podmiot trzeci będzie wykonywał część przedmiotu niniejszego zamówienia, niezastrzeżoną do samodzielnej realizacji zgodnie z pkt. 3.4. s.i.w.z. w ramach podwykonawstwa oraz, zgodnie ze swoją wiedzą i doświadczeniem, będzie służył doradztwem i konsultacjami, przez co należy rozumieć nadzór, koordynację a także szkolenia dotyczące organizacji i sposobu wykonywania usług leśnych polegających na wykonywaniu prac zakresu zagospodarowania lasu, zrywki i pozyskania drewna. Wykonawca w dalszej części pisma wyjaśnił, że w ramach podwykonawstwa podmiot trzeci: 1. będzie wykonywał zakres rzeczowy usług wchodzący w przedmiot zamówienia tj. będzie wykonywał usługi w zakresie hodowli tj. wykonywanie rabatowałków na pozycji 452B i 469E 2. będzie świadczył usługi doradztwa, konsultacji i nadzoru, koordynując organizację i sposób wykonywania usług leśnych polegających na wykonywaniu prac z zakresu zagospodarowania lasu, zrywki i pozyskania drewna, w toku całej umowy, z wyłączeniem usług zastrzeżonych dla samodzielnej realizacji zgodnie z pkt. 3.4. s.i.w.z. 3. będzie świadczył usługi szkoleniowe dotyczące organizacji i sposobu

wykonywania usług leśnych polegających na wykonywaniu prac z zakresu lasu, zrywki i pozyskania drewna dla osób bezpośrednio wykonujących przedmiot zamówienia przed rozpoczęciem prac a także w trakcie realizacji umowy.

Wedle oceny odwołującego, wykonawca, którego oferta uznana została w postępowaniu za najkorzystniejszą, podlegał wykluczeniu z udziału w postępowaniu wobec niespełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego przez zamawiającego w zakresie wiedzy i doświadczenia. Z dokumentów złożonych przez wykonawcę E. G. wynika, że prowadzi ona działalność gospodarczą w zakresie działalności rachunkowo - księgowej i doradztwa podatkowego. E. G. nie posiada żadnego doświadczenia w zakresie wykonywania usług leśnych. Wobec braku własnej wiedzy i doświadczenia w wykonywaniu usług leśnych objętych postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznej wykonawca E. G. złożyła zobowiązanie K. M. o oddaniu wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia w zakresie wiedzy i doświadczenia.

Odwołujący wskazał, że E. G. nie wykazała, że udostępnienie zasobów podmiotu trzeciego będzie realne. W ocenie odwołującego, zamawiający nie otrzymał wystarczających informacji, w jaki sposób nadzór, koordynacja i doradztwo deklarowane w zobowiązaniu będą wykonywane i w jaki sposób wiedza i doświadczenie zostanie przekazana wykonawcy podczas wykonywania rzeczowego zakresu przedmiotu zamówienia. W ocenie odwołującego, zamawiający musi znać treść łączącego podmiot trzeci i wykonawcę stosunku zobowiązaniowego, wynikających z niego praw i obowiązków, aby móc dokonać analizy czy sposób jego ukształtowania umożliwi rzeczywiste korzystanie z zasobów podmiotu trzeciego. W przeciwnym wypadku poleganie na zasobach innego podmiotu mogłoby zasadnie być ocenione jako iluzoryczne. W okolicznościach sprawy, wydaje się za uzasadniony wniosek, że zasoby w postaci wiedzy i doświadczenia mają być wykorzystane w istocie tylko w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu - a nie w celu realnego ich wykorzystania w trakcie realizacji zamówienia. Potwierdza to brak jednoznacznego i jasnego określenie zakresu dostępnych zasobów oraz sposobu ich wykorzystania. Przekazanie wykonawcy przez podmiot trzeci danego potencjału musi być realne, co podkreślał wielokrotnie w swoich orzeczeniach Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (i co jest również powtarzane w wyrokach KIO w Warszawie). Śladem tych orzeczeń w przepisie art. 63 ust. 1 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE wskazano wprost, jak to realne udostępnienie ma wyglądać - w odniesieniu do kryteriów dotyczących wykształcenia i kwalifikacji zawodowych lub dotyczących stosownego doświadczenia zawodowego, wykonawcy mogą polegać na zdolności innych podmiotów tylko wtedy, gdy te ostatnie zrealizują roboty budowlane lub usługi, odnośnie do których takie zdolności są niezbędne.

Jest to słuszne, bowiem, zdaniem odwołującego, przekazywanie wiedzy i doświadczenia, a zwłaszcza doświadczenia w postaci doradztwa, czyli porad, z których nieposiadający doświadczenia wykonawca skorzysta lub nie, nie jest realnym przekazaniem doświadczenia. Zgodnie z warunkiem udziału w postępowaniu to podmiot doświadczony ma wykonywać zamówienie, czyli i ów podmiot trzeci musi je realnie wykonywać. W opinii odwołującego, doradztwo, konsultacje czy szkolenia nie przenoszą doświadczenia, a jedynie co najwyżej wiedzę (choć i to jedynie, gdy wykonawca z owych porad skorzysta). Doświadczenie to przede wszystkim stan, o którym można stwierdzić - posługując się powszechnie używanymi określeniami - że ktoś spojrzy i wie albo ma umiejętność w rękach, widzi na oko, że coś jest dobrze/źle zrobione albo jak należy to zrobić poprawnie — nie da się tego nabyć w inny sposób niż poprzez wielokrotne powtarzanie danej czynności, czyli właśnie nabywanie doświadczenia. Poza tym odwołujący zauważył, że doświadczenie całego podmiotu (firmy), nie jest tym samym, co doświadczenie poszczególnych jego pracowników - wynika to zresztą wyraźnie z art. 22 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy P.z.p.

Odwołujący zaznaczył, że z treści zobowiązania podmiotu trzeciego o oddaniu wykonawcy do dyspozycji zasobów niezbędnych na potrzeby wykonania zamówienia nie wynika, aby podmiot trzeci zobowiązał się do podwykonawstwa w zakresie wskazanym przez E. G. w wyjaśnieniach z dnia 27 stycznia 2016 r. Wszak podmiot trzeci wskazał, że w wykonaniu zamówienia będzie uczestniczył w zakresie doradztwa w całym okresie umowy na usługę z Nadleśnictwem Ustka w roku 2016 "moje podwykonawstwo". Natomiast z treści wyjaśnień wykonawcy wynika, że rzeczowy zakres usług wchodzących w przedmiot zamówienia przypisanych do wykonania przez podmiot trzeci na zasadzie podwykonawstwa wchodzi wyłącznie wykonanie rabatowałków na pozycjach 452B i 469F (a nie ma 469 E, jak wskazał wykonawca). Zakres robót w tym zakresie - zgodnie z kosztorysem ofertowym wykonawcy (str. 3 oferty) - obejmuje 1000 mb o łącznej wartości 2.181,00 zł. netto co stanowi 0,29% całej wartości zakresu zamówienia, zakres robót w tym zakresie oznacza także, że wykonanie rabatowałków nastąpi w czasie 7,27 godziny, co wynika wprost z opisu przedmiotu zamówienia załącznik IB.VI do s.i.w.z. i kosztorysu ofertowego wykonawcy (poz. 11 kosztorysu - str. 3 oferty). Z zestawienia treści zobowiązania podmiotu trzeciego oraz treści wyjaśnień wykonawcy wywieść zatem należy wniosek, że podmiot trzeci nie będzie realizował usługi z zakresu usług leśnych w całym okresie umowy, czego konsekwencją jest brak rzeczywistego i realnego dostępu do zasobów wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego. Nie bez znaczenia w okolicznościach sprawy jest to, że siedziba podmiotu trzeciego oraz miejsce wykonywanej działalności gospodarczej określone w CEiDG na powiat tarnobrzeski, a miejscem wykonania umowy jest powiat słupecki.

W odpowiedzi na odwołanie z 11 lutego 2016 r. zamawiający oświadczył, że uwzględni w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpiła E. G. (dalej: przystępująca). Przystępująca pismem z dnia 12 lutego 2016 r. wniosła sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów odwołania.

Przystępująca w piśmie procesowym z dnia 16 lutego 2016 roku wniosła o oddalenie odwołania oraz zasądzenie na jej rzecz kosztów zastępstwa przed Izbą w wys. 3.600 zł.

Przystępująca podniosła, że zarówno obowiązujące przepisy ustawy i dyrektywy oraz orzecznictwo w zakresie polegania na wiedzy i doświadczeniu podmiotu trzeciego, w celu udowodnienia realnego dysponowania ww. zasobami udostępnionymi na potrzeby wykonania przedmiotowego zamówienia:

- nie nakazują, aby podmiot trzeci wykonywał jako podwykonawca w całości zamówienie, w odniesieniu do którego udostępnia swoją wiedzę i doświadczenie,
- nie warunkują, iż realne udostępnienie wiedzy i doświadczenia następuje jedynie wtedy, kiedy podmiot trzeci będzie wykonywał większościowy zakres przedmiotowy danego zamówienia;
- nie wskazują, iż niewystarczające jest takie udostępnienie wiedzy i doświadczenia przez podmiot trzeci, które polega na wykonaniu w charakterze podwykonawcy jedynie części zakresu przedmiotowego danego zamówienia,
- nie wskazują, iż niewystarczające jest takie udostępnienie wiedzy i doświadczenia przez podmiot trzeci, które polega na uczestniczeniu w realizacji danego zamówienie poprzez świadczenie usług doradczych, szkoleniowych, konsultacji.

W ocenie przystępującej wykazała ona, iż w sposób realny dysponuje udostępnioną wiedzą i doświadczeniem niezbędną na potrzeby wykonania przedmiotowego zamówienia bowiem

- polega na wiedzy i doświadczeniu K. M., który wykonał usługi, odnośnie do których takie zdolności są niezbędne zgodnie z opisem warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia w Części VI niniejszego zamówienia,

- zgodnie z oświadczeniami, dokumentami i wyjaśnieniami będzie dysponowała nabytą wiedzą i doświadczeniem K. M. w trakcie realizacji całego zamówienia dot. Części VI,

poprzez czynny udział ww. podmiotu w realizacji niniejszego zamówienia w charakterze podwykonawcy, poprzez:

- wykonanie części zamówienia w postaci usługi w zakresie hodowli;
- doradztwo i konsultacje, przez co należy rozumieć nadzór, koordynację, a także szkolenia dot. organizacji i sposobu wykonywania usług leśnych polegających na wykonywaniu prac z zakresu zagospodarowania lasu, zrywki i pozyskania drewna, w toku realizacji całej umowy w sprawie przedmiotowego zamówienia.

Przystępująca powołała się na orzecznictwo KIO, w tym wyrok z dnia 6 października 2015 r. sygn. akt. 2077/15, wyrok z dnia 1 czerwca 2015 r., sygn. akt. KIO 1007/15 i in.

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z pkt. 7.3 s.i.w.z, wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia, zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić Zamawiającemu, iż będzie dysponował tymi zasobami w trakcie realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia.

Dokument, z którego będzie wynikać zobowiązanie podmiotu trzeciego powinien wyrażać w sposób jednoznaczny wolę udostępnienia Wykonawcy ubiegającemu się o zamówienie, odpowiedniego zasobu, czyli wskazywać jakiego zasobu dotyczy, określać jego rodzaj, zakres, czas udostępnienia oraz inne okoliczności wynikające ze specyfiki danego zasobu.

Z treści przedstawionego dokumentu musi jednoznacznie wynikać:

- (1) zakres dostępnych Wykonawcy zasobów innego podmiotu,
- (2) sposób wykorzystania zasobów innego podmiotu przez Wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia,
- (3) charakter stosunku, jaki będzie łączył Wykonawcę z innym podmiotem,
- (4) zakresu i okres udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia,

(5) że nie udostępnił i nie będzie udostępnił tych samych zasobów innym Wykonawcą, którzy ubiegają się lub będą wykonywali usługi leśne w 2016 na terenie Nadleśnictwa Ustka, przy czym Zamawiający dopuszcza możliwość udostępnienia tych samych zasobów, gdy dotyczy to ofert składanych na tą samą część zamówienia. Wzór zobowiązania o oddaniu wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia określa załącznik nr 4 do SIWZ.

Jeżeli Wykonawca, wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 4 PZP, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b PZP, Zamawiający, w celu oceny, czy Wykonawca będzie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia oraz oceny, czy stosunek łączący Wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów, żąda ponadto dokumentu, o którym mowa w pkt 7.2. ppkt e w odniesieniu do podmiotu udostępniającego zasoby.

Jeżeli Wykonawca, wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 PZP, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, Zamawiający żąda od Wykonawcy przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów wymienionych w pkt 7.1.

Załącznik Nr 4 do s.i.w.z. zawierał wzór oświadczenia, które podmiot trzeci obowiązany był złożyć w celu wykazania udostępnienia wykonawcy swoich zasobów, o następującej treści:

"Oświadczam, ww. podmiot trzeci zobowiązuje się, na zasadzie art. 26 ust. 2b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn.: Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.) udostępnić wykonawcy przystępującemu do postępowania w sprawie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na „Wykonywanie usług leśnych w Nadleśnictwie Ustka w roku 2016” (dalej: „Postępowanie”), tj. następujące zasoby:na potrzeby spełnienia przez Wykonawcę następujących warunków udziału w postępowaniu: ...

Wykonawca będzie mógł wykorzystywać ww. zasoby przy wykonywaniu zamówienia w następujący sposób: ...

Z Wykonawcą łączyć nas będzie ...

Oświadczam, że nie udostępniłem i nie będę udostępniał zasobów opisanych powyżej innym Wykonawcom, którzy ubiegają się lub będą wykonywali usługi leśne w 2016 na terenie Nadleśnictwa Ustka."

Przystępująca wraz z ofertą złożyła oświadczenie K. M., według wzoru zawartego w załączniku nr 4 do s.i.w.z, o treści:

"Będę służył zdobytym doświadczeniem przy realizacji zamówienia na rok 2016 w Nadleśnictwie Ustka na pakiet 6 i jednocześnie oświadczam, że przekazanego przerobu na kwotę 624.432,79 zł brutto nie przekażę innej firmie startującej w przetargu w Nadleśnictwie Ustka. W roku 2016 będę brał udział w realizacji zamówienia w charakterze podwykonawcy. W wykonaniu zamówienia będziemy uczestniczyć w następującym czasie i zakresie: doradztwo w całym okresie umowy na usługę z Nadleśnictwem Ustka w roku 2016 – moje podwykonawstwo. Z wykonawcą łączyć nas będzie doradztwo, konsultacje, podwykonawstwo ze strony mojej firmy."

Pismem z dnia 26 stycznia 2016 r. zamawiający wezwał przystępującą o wyjaśnienie, na czym dokładnie ma polegać doradztwo w całym okresie umowy, w jaki sposób K. M. będzie służył wykonawcy zdobytym doświadczeniem przy realizacji zamówienia, czy sformułowanie doradztwo, konsultacje, podwykonawstwo należy interpretować, że - oprócz doradztwa i konsultacji – K. M. będzie podwykonawcą w zakresie usług związanych z gospodarką leśną, a jeżeli tak, to jaki zakres rzeczowy wchodzący w przedmiot zamówienia zostanie powierzony podmiotowi trzeciemu w zakresie podwykonawstwa oraz czy wykonawcę z K. M. będzie wiązał stosunek prawny, jeżeli tak to jaki.

Pismem z dnia 27 stycznia 2016 r. przystępująca wyjaśniła, że podmiot trzeci będzie wykonywał część przedmiotu niniejszego zamówienia, niezastrzeżoną do samodzielnej realizacji zgodnie z pkt. 3.4. s.i.w.z. w ramach podwykonawstwa oraz, zgodnie ze swoją wiedzą i doświadczeniem, będzie służył doradztwem i konsultacjami, przez co należy rozumieć nadzór, koordynację a także szkolenia dotyczące organizacji i sposobu wykonywania usług leśnych polegających na wykonywaniu prac zakresu zagospodarowania lasu, zrywki i pozyskania drewna. W ramach podwykonawstwa podmiot trzeci: 1. będzie wykonywał zakres rzeczowy usług wchodzący w przedmiot zamówienia tj. będzie wykonywał usługi w zakresie hodowli tj. wykonywanie rabatowałków na pozycji 452B i 469E 2. będzie świadczył usługi doradztwa, konsultacji i nadzoru, koordynując organizację i sposób wykonywania usług leśnych polegających na wykonywaniu prac z zakresu zagospodarowania lasu, zrywki i pozyskania drewna, w toku całej umowy, z wyłączeniem usług zastrzeżonych dla samodzielnej realizacji zgodnie z pkt. 3.4. s.i.w.z. 3. będzie świadczył usługi szkoleniowe dotyczące organizacji i sposobu wykonywania usług leśnych

polegających na wykonywaniu prac z zakresu lasu, zrywki i pozyskania drewna dla osób bezpośrednio wykonujących przedmiot zamówienia przed rozpoczęciem prac a także w trakcie realizacji umowy.

Pismem z dnia 29 stycznia 2016 r. zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty, czyli oferty złożonej przez przystępującą.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest bezzasadne.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, iż odwołujący jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p.

Istotą postępowania jest dokonanie oceny, czy złożone przez przystępującą zobowiązanie podmiotu trzeciego, K. M., potwierdza realne udostępnienie zasobów przy realizacji przedmiotowego zamówienia.

Zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy P.z.p., wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia, zdolnościach finansowych lub ekonomicznych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, że będzie dysponował tymi zasobami w trakcie realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia.

Powyższy przepis jest wynikiem wdrożenia postanowień unijnej dyrektywy klasycznej 2004/18/WE, która stanowi, że wykonawca może w określonych sytuacjach polegać na zdolnościach innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego powiązań między nimi. Musi on w takiej sytuacji dowieść, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, np. przedstawiając zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów.

Zgodnie z § 1 ust. 6 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, jeżeli wykonawca, wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy, zamawiający, w celu oceny, czy wykonawca będzie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia oraz oceny, czy stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje

rzeczywisty dostęp do ich zasobów, może żądać dokumentów dotyczących w szczególności:

- a) zakresu dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu,
- b) sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia,
- c) charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem,
- d) zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia.

Zgodnie ze stanowiskiem Sądu Okręgowego w Warszawie wyrażonym w wyroku z dnia 07.02.2011 r. Sygn. V Ca 3036/10 Lex nr 1089020, podmiot, który udostępnia swój potencjał, nie jest związany stosunkiem prawnym z zamawiającym - nie ma statusu wykonawcy w postępowaniu. Związek tego podmiotu z postępowaniem jest jedynie taki, że godzi się on na wykorzystanie swoich zdolności przez wykonawcę w celu przedstawienia ich do oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Dowód na dysponowanie zasobami innego podmiotu leży po stronie wykonawcy. Będzie to każdy dowód, który wskazuje na udostępnienie własnych zasobów przez inny podmiot wykonawcy. Ustawa jedynie jako przykład wymienia pisemne zobowiązanie podmiotu do oddania do dyspozycji wykonawcy zasobów niezbędnych na okres korzystania przy wykonywaniu zamówienia.

W ocenie Izby, przedłożone przez K. M. zobowiązanie odpowiada wymogom, o których mowa w art. 26 ust. 2b ustawy P.z.p. i potwierdza realność udostępnionych zasobów. Podkreślenia wymaga, iż zobowiązanie to zostało złożone według wymaganego przez zamawiającego wzoru, który z kolei sporządzony został stosownie do wymagań zawartych w § 1 ust. 6 pkt 2 wskazanego wyżej rozporządzenia. Zobowiązanie zawiera zatem wszystkie niezbędne informacje konieczne do ustalenia zakresu dostępnych przystępującej zasobów K. M., sposobu ich wykorzystania zasobów przy wykonywaniu zamówienia, charakteru stosunku, jaki będzie łączył przystępującą z podmiotem trzecim oraz zakresu i okresu jego udziału przy wykonywaniu zamówienia. Analiza treści przedłożonego zobowiązania wskazuje, iż przystępująca udowodniła, iż przez cały okres realizacji zamówienia będzie w sposób rzeczywisty dysponowała udostępnionymi jej zasobami w sposób wymagany ustawą i postanowieniami s.i.w.z.

Izba podkreśla, iż udostępnienie przez podmiot trzeci zasobów niezbędnych do wykonania zamówienia nie oznacza konieczności powierzenia temu podmiotowi wykonania całości lub części przedmiotu zamówienia na zasadzie podwykonawstwa. Taki wymóg nie znajduje umocowania w przepisach prawa. Ustawodawca nie narzucił podwykonawstwa jako formy współpracy pomiędzy wykonawcą a podmiotem trzecim: przepis wyraźnie wskazuje na

to, że powoływanie się na zasoby podmiotów trzecich może mieć miejsce bez względu na charakter stosunków łączących strony. Współpraca może, lecz nie musi, mieć charakter podwykonawstwa, zaś strony zgodnie z zasadą swobody umów mogą ułożyć swój stosunek prawny wedle własnego uznania, byle nie byłby on sprzeczny z ustawą, naturą stosunku prawnego czy też zasadami współżycia społecznego. Izba podziela w tym zakresie stanowisko wyrażone w wyroku z dnia 1 czerwca 2015 roku sygn. akt KIO 1007/15, zgodnie z którym dopuszczalne są także inne formy udostępnienia zasobów, chociażby w postaci konsultacji i doradztwa, za pomocą których może równie skutecznie dojść do rzeczywistego udostępnienia zasobu, jak i do czynnego udziału podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia. O spełnieniu tych warunków przesądza treść udzielonego zobowiązania i nie można stawiać odgórnie tezy o tym, że sama forma konsultacji i doradztwa nie pozwala na to, by mogło dojść do realnego przekazania przez jeden podmiot swojej wiedzy i doświadczenia na rzecz drugiego podmiotu (wykonawcy).

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak na wstępie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, w zw. z § 5 ust. 3 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku 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).

.....