

WYROK

Warszawa, dnia 21 lutego 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 stycznia 2024 r. przez wykonawcę: **K. W. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą K. W., Wrocki 86, 87-400 Golub-Dobrzyń** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Skarb Państwa - Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Golub-Dobrzyń, Konstancjewo 3A, 87-400 Golub-Dobrzyń,**

orzeka:

- 1. oddala odwołanie;**
- 2. kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę: K. W. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą K. W., Wrocki 86, 87-400 Golub-Dobrzyń, i:**
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: K. W. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą K. W., Wrocki 86, 87-400 Golub-Dobrzyń tytułem wpisu od odwołania,**
 - 2.2 zasądza kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) od wykonawcy: K. W. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą K. W., Wrocki 86, 87-400 Golub-Dobrzyń na rzecz zamawiającego: Skarb Państwa - Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Golub-Dobrzyń, Konstancjewo 3A, 87-400 Golub-Dobrzyń, stanowiącą koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.**

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za

pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie -
Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający, Skarb Państwa - Państwowe Gospodarstwo Leśny Lasy Państwowe Nadleśnictwo Golub-Dobrzyń, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej „Pzp” w przedmiocie: „Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Golub-Dobrzyń w roku 2024”. Zamówienie zostało podzielone na Pakiety nr I-XX. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2023/S 208-660511 w dniu 30 grudnia 2023 r.

Pismem z dnia 18 stycznia 2024 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty w pakiecie XVIII – oferty złożonej przez wykonawcę A. W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych A. W. z siedzibą w Jeżewie. Zamawiający wskazał, że żadna z ofert złożonych w postępowaniu nie podlegała odrzuceniu.

Wykonawca, K. W. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą K. W. z siedzibą w Golubiu-Dobrzyniu, na podstawie art. 513 pkt 1 i 2 Pzp, wniósł odwołanie wobec:

1. czynności wyboru oferty najkorzystniejszej - oferty Zakładu Usług Leśnych A. W. złożonej w postępowaniu - dla pakietu XVIII;
2. zaniechania czynności wykluczenia wykonawcy Zakład Usług Leśnych A. W. z postępowania - dla pakietu XVIII;
3. zaniechania czynności odrzucenia oferty wykonawcy Zakład Usług Leśnych A. W. - dla pakietu XVIII

Odwołujący wyjaśnił, że jest przedsiębiorcą prowadzącym działalność gospodarczą w zakresie robót leśnych. Odwołujący złożył w przedmiotowym postępowaniu ofertę. Wskazana w odwołaniu czynność Zamawiającego w postaci wyboru oferty Zakładu Usług Leśnych A. W. oraz zaniechanie wykluczenia Zakładu Usług Leśnych A. W. z postępowania, naraża Odwołującego na szkodę w postaci możliwości utraty zarobku – spodziewanego zysku z tytułu uzyskania i realizacji zamówienia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 16 pkt 1 Pzp, poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, w szczególności skutek wyboru oferty Zakładu Usług Leśnych A. W., pomimo istnienia podstaw prawnych i faktycznych do wykluczenia tego wykonawcy z w/w postępowania;

2. art. 109 ust. 1 pkt 8) oraz pkt 10) Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenie wykonawcy Zakład Usług Leśnych A. W. z w/w postępowania, pomimo wprowadzenia Zamawiającego przez w/w wykonawcę w błąd oraz przedstawienia Zamawiającemu przez w/w wykonawcę informacji wprowadzających w błąd;
3. art. 118 ust. 3 Pzp, poprzez wybór oferty Zakładu Usług Leśnych A. W., pomimo niezłożenia przez w/w wykonawcę wraz z ofertą zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji danego zamówienia lub inny podmiotowy środek dowodowy potwierdzający, że wykonawca realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tego podmiotu;
4. art. 123 Pzp, poprzez wybór oferty Zakładu Usług Leśnych A. W., pomimo powołania się przez w/w wykonawcę na zdolności lub sytuację podmiotów udostępniających zasoby po terminie składania ofert, podczas gdy na etapie składania ofert wykonawca nie polegał w danym zakresie na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby;
5. art. 125 ust. 5 Pzp, poprzez wybór oferty Zakładu Usług Leśnych A. W., pomimo niezłożenia przez wykonawcę wraz z ofertą, oświadczenia podmiotu udostępniającego zasoby, potwierdzającego brak podstaw wykluczenia tego podmiotu oraz odpowiednio spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w zakresie, w jakim wykonawca powołuje się na jego zasoby;
6. art. 226 ust. 1 pkt 2) lit a) Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Zakładu Usług Leśnych A. W., pomimo tego, że wykonawca ten podlegał wykluczeniu;
Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:
 - unieważnienia decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty;
 - wykluczenia z postępowania wykonawcy - Zakład Usług Leśnych A. W.;
 - powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej;oraz zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

Wykonawca Zakład Usług Leśnych A. W. złożył dnia 13 listopada 2023 r. ofertę w przedmiotowym postępowaniu – dla pakietu XVIII. W formularzu ofertowym (zał. nr 1 do SWZ) nie zostały wskazane podmioty, na których zasoby w/w wykonawca powoływał się w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu (w rozumieniu art. 118 Pzp).

Analogicznie, podmioty takie nie zostały wskazane w formularzu jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (JEDZ) z dnia 13 listopada 2023 r. (zał. 4 do SWZ). Co więcej, w część II, w punkcie C formularza JEDZ w/w wykonawca wyraźnie zaznaczył, że nie polega na zdolności innych podmiotów w celu spełnienia kryteriów kwalifikacji z części IV oraz V formularza JEDZ.

W oświadczeniu w/w wykonawcy z dnia 13 listopada 2023 r. dotyczącym przesłanek wykluczenia, składanego na podstawie art. 125 ust. 1 Pzp (zał. nr 5 do SWZ), w/w wykonawca nie podał danych podmiotów, na których zasoby w/w wykonawca powoływał się w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Dnia 7 grudnia 2023 r. Zamawiający wezwał w/w wykonawcę do złożenia wyjaśnień dotyczących dokumentu JEDZ. W odpowiedzi na wezwanie, wykonawca złożył poprawiony dokument JEDZ (datowany na dzień 10 grudnia 2023 r.), w którym po raz kolejny wyraźnie wskazał, że nie polega na zdolności innych podmiotów w celu spełnienia kryteriów kwalifikacji.

Pismem z dnia 11 grudnia 2023 r., Zamawiający wezwał w/w wykonawcę do złożenia podmiotowych środków dowodowych, w tym wykazu urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy w celu wykonania zamówienia publicznego wraz z informacją o podstawie dysponowania tymi zasobami (zał. nr 11 do SWZ). W odpowiedzi na to wezwanie, w/w wykonawca złożył taki wykaz (datowany na dzień 19 grudnia 2023 r.), wskazując w nim, że 2 urządzenia, tj. Harvester i Forwarder, zostały mu użyczone.

Dnia 12 stycznia 2024 r. Zamawiający wezwał w/w wykonawcę (w trybie art. 128 ust. 4 Pzp) do wyjaśnień w zakresie dysponowania urządzeniami. Na wezwanie to w/w wykonawca odpowiedział pismem z dnia 16 stycznia 2024 r., wskazując, że na dzień przetargu zawarł ustną umowę użyczenia Harwestera i Forwardera z Zakładem Usług Leśnych P. K. Do pisma załączona została też umowa użyczenia ze wskazanym podmiotem, datowana na dzień 15 stycznia 2024 r.

Dnia 18 stycznia 2024 r. Zamawiający przekazał uczestnikom postępowania w pakiecie XVIII informację o wyborze oferty w/w wykonawcy, jako najkorzystniejszej.

Zdaniem Odwołującego, w/w czynność wyboru oferty Zakładu Usług Leśnych A. W. w pakiecie XVIII jest niezgodna z przepisami Pzp. Zamawiający zaniechał bowiem wykluczenia w/w wykonawcy z postępowania i w konsekwencji nie odrzucił jego oferty, pomimo istnienia ku temu wyraźnych podstaw.

Odwołujący wskazał, że w/w wykonawca powinien podlegać wykluczeniu z postępowania w oparciu o pkt 6.6.2 ppkt 7) oraz 9) SWZ w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8) oraz pkt 10) Pzp. W SWZ Zamawiający przewidział, że postępowaniu mogą brać udział wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia w okolicznościach, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 1-5 i 7- 10 Pzp. Co więcej, z brzmienia SWZ wynika, że intencją Zamawiającego było wykluczenie wykonawcy, który:

1. w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te

informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych; lub

2. w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Tymczasem z opisanego wcześniej stanu faktycznego wynika, że w/w wykonawca albo w zamierzony sposób wprowadził Zamawiającego w błąd odnośnie spełnienia warunku dysponowania odpowiednim sprzętem (i poleganiu w tym zakresie na zasobach podmiotu trzeciego), albo co najmniej zataił te informacje.

W chwili składania oferty w/w wykonawca wyraźnie wskazywał i oświadczał, że nie będzie polegać na zdolności innych podmiotów w celu spełnienia kryteriów kwalifikacji, co znalazło odzwierciedlenie w złożonych wraz z ofertą dokumentach (w tym formularzu JEDZ). Dopiero na etapie składania wyjaśnień wskazał, że Harwester i Forwarder (a więc sprzęt, bez którego wykonawca nie będzie w stanie wykonać zamówienia) zostały mu użyczone. Co więcej, w/w wykonawca wskazał w wyjaśnieniach z dnia 16 stycznia 2024 r., że taki stan rzeczy (opieranie się na zasobach osoby trzeciej) istniał „na dzień przetargu (tj. 14.11.2023 r.)”. Oznacza to, że albo na dzień składania oferty (13 listopada 2023 r.) w/w wykonawca nie dysponował urządzeniami niezbędnymi do wykonania zamówienia i mimo to złożył ofertę, albo wiedział, że będzie opierał się na zasobach innego podmiotu, a mimo to w składanych dokumentach przetargowych nie wykazał tego faktu.

W pierwszym przypadku mamy do czynienia z zamierzonym wprowadzeniem Zamawiającego w błąd (lub co najmniej rażącym niedbalstwem), w drugim zaś z co najmniej zatajeniem informacji przez wykonawcę. Oba przypadki, w świetle postanowień SWZ oraz art. 109 Pzp powinny skutkować wykluczeniem w/w wykonawcy z postępowania i odrzuceniem jego oferty. Opisane zachowanie w/w wykonawcy obejmuje informacje, które mają rzeczywisty wpływ na ocenę podmiotową tegoż wykonawcy, ergo stanowią podstawę do wykluczenia. Wykluczeniu podlega wykonawca, który zataił informacje o niespełnianiu warunków udziału w postępowaniu, kryteriów selekcji i braku podstaw wykluczenia poprzez złożenie fałszywego oświadczenia bądź informacje mające wpływ na ocenę okoliczności mających świadczyć o spełnianiu warunków. Zdaniem Odwołującego, zachowanie w/w wykonawcy wypełnia znamiona obu przesłanek wykluczenia go z postępowania.

Ponadto, jeżeli w/w wykonawca wiedział, że będzie polegał na zasobach innego podmiotu, to wraz z ofertą, złożyć powinien zobowiązanie takiego podmiotu do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji danego zamówienia lub inny podmiotowy środek dowodowy potwierdzający, że wykonawca realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tego podmiotu (zob. art. 118 ust. 3 Pzp). Złożyć powinien również wraz z ofertą – oświadczenie podmiotu udostępniającego zasoby,

potwierdzające brak podstaw wykluczenia tego podmiotu oraz odpowiednio spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w zakresie, w jakim wykonawca powołuje się na jego zasoby (zob. art. 125 ust. 5 Pzp). Dokumenty takie nie zostały przez w/w wykonawcę złożone, pomimo wymogu wynikającego z SWZ oraz przepisów Pzp. Trzeba też pamiętać, że właśnie użyczenie urządzeń w rozumieniu art. 710 i nast. kodeksu cywilnego (KC) jest przykładem dysponowania zasobami innego podmiotu w rozumieniu art. 118 Pzp (zob. m.in. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, red. Marzena Jaworska, Dorota Grześkowiak-Stojek, Julia Jarnicka, Agnieszka Matusiak, Legalis 2023, komentarz do art. 118).

Zgodnie z art. 123 Pzp, 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 (wyrok KIO z dnia 12 maja 2023 r. KIO 1189/23).

Jeżeli w/w wykonawca oświadczył 13 listopada 2023 r. – w co najmniej 3 dokumentach (w tym w ofercie i formularzu JEDZ) – że nie powołuje się na zdolności lub sytuację podmiotów trzecich udostępniających zasoby, to uzyskanie przez Zamawiającego informacji o użyczeniu w/w wykonawcy Harwestera i Forwardera powinno prowadzić do wykluczenia tego wykonawcy z postępowania (w oparciu o 226 ust. 1 pkt 2) lit a) Pzp). Niewykluczenie w/w wykonawcy z postępowania i nieodrzućenie jego oferty stanowiło zaniechanie Zamawiającego, które doprowadziło do wyboru oferty w/w wykonawcy. Tym samym doszło do naruszenia art. 16 pkt 1 Pzp, poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 15 lutego 2024 r. wniósł o oddalenie odwołania w całości. Zamawiający podniósł, że Odwołujący błędnie zakłada, iż wykonawca - Zakład Usług Leśnych A. W., po terminie składania ofert, tj. po dniu 14 listopada 2023 r., w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej powołał się na zasoby podmiotu trzeciego. Odwołujący błędnie zakłada, że doszło do ziszczenia się przesłanek, skutkujących wykluczeniem wykonawcy - Zakład Usług Leśnych A. W. z postępowania, a w konsekwencji odrzuceniem jego oferty.

Zamawiający wskazał, że zamówienie zostało podzielone na części tzw. Pakiety – zgodnie z zapisami Rozdziału 3 pkt 3.1. ppkt 7 SWZ. Łącznie było 19 Pakietów. Odwołanie dotyczy tylko jednego Pakietu tj. Pakietu nr XVIII – pakiet harwesterowy leśnictwo Radziki. Każdy z potencjalnych wykonawców mógł złożyć ofertę na jeden lub większą ilość Pakietów.

Zgodnie z rozdziałem 7 SWZ ust. 7.1. pkt. 4) lit. b), w postępowaniu mogą brać udział wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące m.in. dysponowania potencjałem technicznym w postaci sprzętu wymaganego przez Zamawiającego, odpowiednio dla każdego pakietu.

W zakresie Pakietu XVIII Zamawiający wskazał, że wykonawcy muszą wykazać, że dysponują lub będą dysponować co najmniej:

- a) 1 szt. maszyny leśnej typu harwester,
- b) 2 szt. pilarek spalinowych,
- c) 1 szt. ciągnika zrywkowego lub ciągnika przystosowanego do zrywki drewna,
- d) 1 przyczepką samozaładowczą do zrywki nasiębieiernej drewna.

Wykonawca - Zakład Usług Leśnych A. W. złożył podmiotowe środki dowodowe, tj. oświadczenie wstępne JEDZ, w którym podał, że dysponuje własnym potencjałem technicznym. Wykazany potencjał techniczny został przedstawiony przez wykonawcę w ramach dwóch pakietów XVIII i XX.

W dniu 10.12.2023 r. wykonawca, na wezwanie Zamawiającego, przedstawił zmieniony JEDZ, w którym jedynie doprecyzował, że dysponuje częścią wymaganego sprzętu na podstawie użyczenia – *jednak nie wskazał, że jest to użyczenie w ramach polegania na zasobach podmiotu trzeciego*. A zatem uznać należało, że wykonawca wskazał jedynie precyzyjnie formę i sposób dysponowania sprzętem, tj. wskazał, że w zakresie tego konkretnego sprzętu (Harwester i Forwarder) ma zawartą umowę użyczenia.

Zgodnie z brzmieniem art. 112 ust. 2 pkt. 4) Pzp, warunki udziału w postępowaniu mogą dotyczyć m.in. zdolności technicznej lub zawodowej wykonawcy. W odniesieniu do zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający może określić warunki dotyczące m.in. wymaganego potencjału technicznego wykonawcy (tj. np. sprzętów lub różnego rodzaju urządzeń), umożliwiającego realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości (art. 116 ust. 1 ustawy Pzp).

W celu wykazania dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym Zamawiający może żądać od wykonawców wykazu narzędzi, wyposażenia zakładu lub urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy w celu wykonania zamówienia publicznego wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi zasobami – tak § 9 ust. 1 pkt. 10 Rozporządzenia z dnia 23 grudnia 2020 r. Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz.U. z 2020 r. poz. 2415).

Deklarując dysponowanie wymaganym potencjałem technicznym wykazywanym na potrzeby spełnienia warunku udziału w postępowaniu, wykonawca może w wykazie sprzętu wskazać, że dysponuje nim bezpośrednio lub pośrednio. A zatem wykonawca w celu wykazania, że spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie posiadanego sprzętu

mógł posiłkować się potencjałem podmiotu trzeciego, ale również mógł wykazać, że samodzielnie dysponuje sprzętem np. na podstawie umowy użyczenia, umowy najmu, umowy leasingu itp., co nie oznacza, że musiał angażować podmiot, z którym ma zawartą umowę użyczenia do realizacji zamówienia i składać jego zobowiązanie do oddania niezbędnych zasobów do dyspozycji wykonawcy.

Jak słusznie zauważył Sąd Okręgowy Warszawa – Praga w Warszawie „*Podział ten opiera się na zróżnicowanym charakterze więzi prawnej między wykonawcą ubiegającym się o udzielenie zamówienia a posiadanymi przez niego zdolnościami. Dysponowanie bezpośrednio w tym przypadku polega na możliwości korzystania z zasobów jak właściciel, najemca, dzierżawca, leasingobiorca na potrzeby prowadzonej przez wykonawcę działalności. Dysponowanie pośrednio oznacza korzystanie przez wykonawcę z zasobów udostępnianych przez podmiot trzeci, na zasadach określonych w art. 118 PZP, niezależnie od charakteru stosunków między wykonawcą a podmiotem udostępniającym zasób, ale na potrzeby i okres wykonania konkretnego zamówienia. Ponadto Sąd Okręgowy Warszawa – Praga w Warszawie stwierdził, że "w obrocie powszechnie spotykane jest, że poszczególne podmioty – nie będąc właścicielami rzeczy dysponują nimi przykładowo jako użytkownicy, najemcy, dzierżawcy lub też leasingobiorcy. Rzeczy te nie są jednak wtedy uznawane za zasoby osób trzecich, gdyż istnienie stosunku zobowiązaniowego uprawniającego dany podmiot do posiadania i używania danej rzeczy jest wystarczające do uznania, że dysponuje on nią w rozumieniu ustawy pzp"* (wyr. SO w Warszawie z 8.4.2011 r., IV Ca 180/11, Legalis). – tak Zamówienia publiczne. Akty wykonawcze. Komentarz red. Marzena Jaworska, rok wyd. 2023. Podobnie wskazała KIO w wyroku z dnia 28 sierpnia 2018 r. KIO 1539/18 oraz w wyroku z dnia 10 maja 2022 r. KIO 1065/22. Warto również zwrócić uwagę na wyrok z dnia 17 lipca 2014 r. (KIO 1379/14) (zachowujący co do istoty aktualność), w którym Izba wskazała, że podanie przez wykonawcę jako podstawy dysponowania umowy leasingu – nie oznacza automatycznie powoływania się na potencjał podmiotu trzeciego.

Odnosząc powyższe do oferty i podmiotowych środków dowodowych złożonych przez wykonawcę, należy zauważyć, że nie zadeklarował on korzystania z zasobów podmiotu udostępniającego zasoby ani nie przedstawił zobowiązania tego podmiotu wraz z ofertą, ponieważ dysponował samodzielnie tym sprzętem na podstawie umowy użyczenia. W niniejszej sprawie mamy do czynienia z tzw. bezpośrednim dysponowaniem sprzętem. Brak jest zatem podstaw do uznania, że sprzęt ten stanowi potencjał innego podmiotu. Wykonawca zatem nie był zobowiązany do powoływania się na zasoby podmiotu trzeciego i składania m.in. zobowiązania do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów tego podmiotu.

Istnienie takiego stosunku zobowiązaniowego (umowa użyczenia), który uprawnia wykonawcę – Zakład Usług Leśnych A. W. do władania rzeczą, korzystania z niej w sposób

zgodny z przeznaczeniem, używania jej – jest wystarczające do uznania, że dysponuje nią w rozumieniu ustawy Pzp i nie jest to dysponowanie zasobami podmiotu trzeciego.

Zamawiający wskazał, że nie ma możliwości żądania od wykonawcy przedłożenia umowy użyczenia, bowiem nie stanowi ona dokumentu, którego może żądać Zamawiający w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Natomiast Zamawiający może wezwać Wykonawcę do wyjaśnień podmiotowego środka dowodowego, tj. wykazu sprzętu w trybie art. 128 ust. 4 Pzp, co też Zamawiający uczynił i pismem z dnia 12 stycznia 2024 r. wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień w zakresie realnego dysponowania sprzętem.

Wykonawca pismem z dnia 16 stycznia 2024 r. wyjaśnił, że posiadał ustną umowę użyczenia sprzętu na dzień składania ofert i załączył również pisemną umowę użyczenia zawartą dnia 15 stycznia 2024 r.

Zamawiający podkreślił, że umowa użyczenia nie została zawarta w związku z prowadzonym postępowaniem i konkretnie na cele realizacji zamówienia, ale z jej treści jasno wynika, że jest ona zawarta na czas nieokreślony, a Odwołujący w odwołaniu nie wykazał, że wykorzystanie przez wykonawcę sprzętu związane jest z realizacją tego konkretnego zamówienia na okres jego wykonywania. W tym miejscu na uwagę zasługuje wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 września 2022 r. (KIO 2352/22), w którym Izba podkreśliła, że *„dla oceny istotne jest ustalenie, czy stosunek najmu został nawiązany w celu ubiegania się o udzielenie zamówienia, czy też w związku ze stałym wykorzystywaniem przez wykonawcę wynajmowanych pojazdów”*.

Nie jest zatem prawdą, jak twierdzi Odwołujący, że *„wykonawca sam wskazał taki stan rzeczy (opierania się na zasobach osoby trzeciej)”*. Wykonawca w złożonych wyjaśnieniach wskazał, że dysponuje sprzętem na podstawie umowy użyczenia, czego nie należy równać z dysponowaniem zasobami podmiotu trzeciego. Z tego też względu zarzut Odwołującego nie znajduje uzasadnienia i oparcia w złożonych wraz z ofertą dokumentach i wyjaśnieniach wykonawcy.

Zdaniem Zamawiającego, Odwołujący dokonuje na etapie postępowania odwoławczego interpretacji rozszerzającej, odbiegającej od brzmienia przepisów ustawy Pzp i złożonych w postępowaniu dokumentów i wyjaśnień, prowadzącej do mylnego wniosku, że na etapie badania i oceny ofert doszło do powołania się na zasoby podmiotu trzeciego w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone przez strony postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał posiadanie legitymacji uprawniającej do wniesienia odwołania, stosownie do dyspozycji art. 505 ust. 1 Pzp.

Przedmiotem postępowania jest „Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Golub-Dobrzyń w roku 2024”. Zamówienie zostało podzielone na Pakiety nr I-XX. Wykonawcy mogli złożyć ofertę na jeden lub większą ilość Pakietów. Wykonawca - Zakład Usług Leśnych A. W. złożył ofertę na Pakiet XVIII i XX.

Zgodnie z postanowieniem zawartym w pkt 7.1.4.lit. b SWZ, w postępowaniu mogą brać udział wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące m.in. dysponowania potencjałem technicznym w postaci sprzętu wymaganego przez Zamawiającego, odpowiednio dla każdego Pakietu.

W zakresie Pakietu XVIII (i tożsamo - Pakietu XX) Zamawiający wskazał, że warunek w zakresie potencjału technicznego zostanie uznany za spełniony, jeśli wykonawca wykaże, że dysponuje lub będzie dysponować, co najmniej:

- a) 1 szt. maszyny leśnej typu harwester,
- b) 2 szt. pilarek spalinowych,
- c) 1 szt. ciągnika zrywkowego lub ciągnika przystosowanego do zrywki drewna,
- d) 1 przyczepką samozaładowczą do zrywki nasiębniernej drewna.

Zgodnie z pkt 7.3 SWZ, *„Jeżeli Wykonawca ubiega się o udzielenie zamówienia na kilka Pakietów, nie może celem wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu wskazywać w więcej niż jednym Pakiecie:*

- 1) wartości tego samego doświadczenia,*
- 2) tych samych osób przewidzianych do realizacji zamówienia do pełnienia takich samych funkcji, przy czym Zamawiający dopuszcza, aby osoba nadzoru oraz osoba, która ukończyła szkolenie w zakresie pracy ze środkami chemicznymi zgodnie z rozporządzeniem Ministra Rolnictwa i Rozwoju Wsi z dnia 8 maja 2013 roku w sprawie szkoleń w zakresie środków ochrony roślin (tekst jedn. Dz. U. z 2022 r. poz. 824) lub posiadające odpowiadające im uprawnienia wydane na podstawie poprzednio obowiązujących przepisów które uprawniają do pracy w kontakcie ze środkami ochrony roślin albo odpowiadające im uprawnienia wydane w innych Państwach Członkowskich Unii Europejskiej, była wskazywana w więcej niż w jednym Pakiecie;*

- 3) tego samego potencjału finansowego.”*

W pkt 7.6 SWZ Zamawiający przewidział, że „Oceniając zdolność techniczną lub zawodową Wykonawcy, Zamawiający działając na podstawie art. 116 ust. 2 PZP może, na każdym etapie postępowania, uznać, że Wykonawca nie posiada wymaganych zdolności, jeżeli posiadanie przez Wykonawcę sprzecznych interesów, w szczególności zaangażowanie zasobów technicznych lub zawodowych Wykonawcy w inne przedsięwzięcia gospodarcze Wykonawcy może mieć negatywny wpływ na realizację zamówienia.”

W pkt 9.1.lit.a SWZ, Zamawiający wymagał: „na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu dot. zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie potencjału technicznego – informacje nt. ilości (1) maszyn leśnych typu harwester oraz (2) ciągników zrywkowych lub ciągników przystosowanych do zrywki drewna, którymi dysponuje lub będzie dysponować Wykonawca, które należy podać w Części IV lit. C (pkt 9) JEDZ; We wskazanej części JEDZ należy podać informacje nt. rodzaju urządzeń zgodnie z pkt. 7.1. ppkt 4) lit b) SWZ, tj. maszyna leśna typu harwester, ciągnik zrywkowy lub ciągnik przystosowany do zrywki drewna, ich opis tj. marka, model, podstawy dysponowania oraz numer seryjny, numer rejestracyjny lub inne oznaczenie pozwalające na indywidualizację.”

W pkt 6.2 SWZ Zamawiający przewidział możliwość wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia w okolicznościach, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 1-5 i 7- 10 Pzp.

Wykonawca - Zakład Usług Leśnych A. W. złożył w ofercie oświadczenie wstępne JEDZ, w którym podał, że dysponuje własnym potencjałem technicznym, wykazując spełnianie warunku udziału, zgodnie z SWZ. Wskazany przez ww. wykonawcę ten sam potencjał techniczny został przedstawiony przez wykonawcę w ramach dwóch Pakietów tj. XVIII i XX na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej - potencjał techniczny.

W części II pkt C formularza JEDZ wykonawca wyraźnie zaznaczył, że nie polega na zdolności innych podmiotów w celu spełnienia kryteriów kwalifikacji z części IV oraz V formularza JEDZ. W formularzu ofertowym (zał. nr 1 do SWZ) wykonawca również nie wskazał podmiotów, na których zasoby ww. wykonawca powołuje się w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu (w rozumieniu art. 118 Pzp).

Pismem z dnia 7 grudnia 2023 r. Zamawiający wezwał wykonawcę Zakład Usług Leśnych A. W. do złożenia wyjaśnień dotyczących podanych informacji w JEDZ dla potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie potencjału technicznego, którym wykonawca dysponuje. Zamawiający powołał się na treść postanowienia pkt. 7.6 Specyfikacji Warunków Zamówienia w związku z art. 116 ust. 2 Pzp, zgodnie z którym, zamawiający może na każdym etapie postępowania uznać, że wykonawca nie posiada wymaganych zdolności, jeżeli posiadanie przez wykonawcę sprzecznych

interesów, w szczególności zaangażowanie zasobów technicznych lub zawodowych wykonawcy w inne przedsięwzięcia gospodarcze wykonawcy może mieć negatywny wpływ na realizację zamówienia.

W dniu 10 grudnia 2023 r. wykonawca, na wezwanie Zamawiającego, przedłożył poprawiony dokument JEDZ w Pakiecie XVIII, w którym oświadczył, że dysponuje częścią wymaganego sprzętu (Harvester i Forwarder) na podstawie umowy użyczenia.

W dniu 11 grudnia 2023 r. Zamawiający wezwał ww. wykonawcę do złożenia, aktualnych na dzień złożenia, podmiotowych środków dowodowych, w tym m.in. wykazu urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy w celu wykonania zamówienia publicznego wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi zasobami - (wzór wykazu urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy w celu wykonania zamówienia stanowi Załącznik nr 11 do SWZ).

W dniu 19 grudnia 2023 r. wykonawca Zakład Usług Leśnych A. W. złożył wymagane dokumenty, w tym załącznik nr 11 do SWZ – wykaz urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy w celu wykonania zamówienia publicznego, w którym wskazał urządzenia: harvester i forwarder, którymi dysponuje na podstawie umowy użyczenia.

Pismem z dnia 12 stycznia 2024 r. Zamawiający wezwał wykonawcę do wyjaśnienia złożonego ww. podmiotowego środka dowodowego, tj. wykazu urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy w celu wykonania zamówienia - w zakresie realnego dysponowania sprzętem przez wykonawcę (załącznik nr 11).

Wykonawca Zakład Usług Leśnych A. W. wyjaśnił, pismem z dnia 16 stycznia 2024 r., że na dzień przetargu (tj. 14 listopada 2023r.) posiadał umowę ustną użyczenia sprzętu z firmą Zakład Usług Leśnych P. K. Jako potwierdzenie tej okoliczności przedstawił zawartą w dniu 15 stycznia 2024 r. umowę użyczenia ww. sprzętu w formie pisemnej.

W danym stanie faktycznym Izba zważyła, jak poniżej:

Dysponowanie wymaganym potencjałem technicznym wykazywanym na potrzeby spełniania warunku udziału w postępowaniu, może mieć charakter bezpośredni lub pośredni. Dysponowanie potencjałem technicznym - sprzętem własnym lub np. na podstawie umowy użyczenia, umowy najmu, umowy leasingu itp. stanowi dysponowanie samodzielne (bezpośrednie), a tym samym nie stanowi korzystania z zasobów podmiotu trzeciego w rozumieniu art. 118 Pzp. Wykonawca na podstawie umowy użyczenia danej rzeczy jest uprawniony do korzystania z cudzej rzeczy samodzielnie, w sposób zgodny z jej przeznaczeniem, ponosi bieżące koszty związane z korzystaniem z tego sprzętu.

Ponadto, należy zauważyć, że umowa użyczenia może zostać zawarta w dowolnej formie. Do użyczenia może dojść np. w zwykłej formie pisemnej, formie dokumentowej (np. poprzez email, czy sms), w formie ustnej, a także nawet w sposób dorozumiany (poprzez

udostępnienie rzeczy do korzystania i brak domagania się zapłaty wynagrodzenia za korzystanie z tej rzeczy).

Od dysponowania bezpośredniego należy odróżnić dysponowanie pośrednie, z którym mamy do czynienia wówczas, gdy sprzęt jest wykorzystywany do realizacji zamówienia, ale pozostaje w gestii podmiotu trzeciego, który udostępnia ten sprzęt wykonawcy na potrzeby realizacji danego zamówienia. Potwierdzeniem tego rodzaju dysponowania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest zobowiązanie podmiotu trzeciego do oddania do dyspozycji danemu wykonawcy określonego sprzętu na potrzeby realizacji danego zamówienia, w przypadku gdy oferta tego wykonawcy zostanie wybrana jako najkorzystniejsza w danym postępowaniu. Jest to zobowiązanie dotyczące przyszłości - wykonawca w momencie składania oferty posiada swojego rodzaju przyrzeczenie podmiotu trzeciego, że dany sprzęt zostanie mu udostępniony. Jest to rozwiązanie umożliwiające wykonawcy, który sam nie dysponuje sprzętem wymaganym w postępowaniu, wykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu i ubieganie się o udzielenie zamówienia publicznego.

W danym stanie faktycznym w niniejszym postępowaniu, Izba uznała za niezasadny zarzut naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 8) oraz pkt 10) Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Zakład Usług Leśnych A. W. z postępowania.

Zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych. Zgodnie z pkt 10 tego ustępu, zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Izba stwierdziła, że Odwołujący nie wykazał żadnej z przesłanek, o których mowa w powyższych przepisach. W szczególności Odwołujący nie wykazał, że jakiegokolwiek informacje podane przez wykonawcę w złożonych w postępowaniu dokumentach są nieprawdzie, tj. nie są zgodne z rzeczywistością. Podkreślić należy, że wykonawca Zakład Usług Leśnych A. W., w świetle złożonych w postępowaniu dokumentów – środków podmiotowych – nie powoływał się na zasoby podmiotu trzeciego w celu wykazania, że spełnia warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie potencjału technicznego. Skoro ww. wykonawca nie zamierzał polegać na

zasobach podmiotu trzeciego, to nie miał obowiązku złożenia Zamawiającemu zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji danego zamówienia lub innego podmiotowego środka dowodowego potwierdzającego, że wykonawca realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami podmiotu, o którym mowa w art. 118 ust. 3 Pzp lub też oświadczenia podmiotu udostępniającego zasoby, potwierdzającego brak podstaw wykluczenia tego podmiotu oraz odpowiednio spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie, w jakim wykonawca powołuje się na jego zasoby, stosownie do art. 125 ust. 5 Pzp. Zarzut naruszenia art. 125 ust. 5 Pzp należało uznać za bezpodstawny.

Niezasadny jest w tych okolicznościach zarzut naruszenia art. 123 Pzp, poprzez wybór oferty złożonej przez Zakład Usług Leśnych A. W. w Pakiecie XVIII jako najkorzystniejszej, pomimo powołania się przez ww. wykonawcę na zdolności lub sytuację podmiotów udostępniających zasoby po terminie składania ofert, podczas gdy na etapie składania ofert ww. wykonawca nie polegał w danym zakresie na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby. W szczególności należy podkreślić, że dysponowanie sprzętem na podstawie umowy użyczenia nie jest równoznaczne z powoływaniem się na zasoby podmiotu trzeciego. Jak wynika z treści przedstawionej przez ww. wykonawcę umowy użyczenia, nie została ona zawarta w związku z prowadzonym postępowaniem, została zawarta już wcześniej w formie ustnej i zgodnie z jej treścią przedstawioną w formie pisemnej - obowiązuje na czas nieokreślony. Wykonawca na podstawie tej umowy samodzielnie dysponuje sprzętem wymaganym w niniejszym postępowaniu w Pakiecie XVIII. Odwołujący niezasadnie zatem twierdził, że wykonawca - Zakład Usług Leśnych A. W., po terminie składania ofert w postępowaniu tj. po dniu 14 listopada 2023 r., w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, powołał się na zasoby podmiotu trzeciego, a jednocześnie nie złożył oświadczenia o korzystaniu z zasobów podmiotu trzeciego dla wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz nie złożył zobowiązania podmiotu trzeciego do oddania mu do dyspozycji zasobów w celu realizacji przedmiotowego zamówienia.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba stwierdziła, że zarzuty odwołania nie znajdują oparcia w złożonych wraz z ofertą dokumentach i wyjaśnieniach złożonych przez wykonawcę Zakład Usług Leśnych A. W. ani w materiale dowodowym zgromadzonym w aktach sprawy. W ocenie Izby, brak jest podstaw do uznania, że wykonawca Zakład Usług Leśnych A. W. powinien podlegać wykluczeniu z postępowania w oparciu o pkt 6.6.2 ppkt 7) oraz 9) SWZ w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8) oraz pkt 10) Pzp. W danym stanie faktycznym niezasadny jest zatem zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2) lit a) Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Zakład Usług Leśnych A. W., gdyż wykonawca nie podlega wykluczeniu z postępowania.

Reasumując, Izba stwierdziła, że czynność Zamawiającego polegająca na wyborze oferty wykonawcy - Zakład Usług Leśnych A. W. – złożonej w Pakiecie XVIII nie narusza przepisów wskazanych w ramach zarzutów postawionych w odwołaniu. Tym samym nie doszło do naruszenia przez Zamawiającego art. 16 pkt 1 Pzp, poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji.

Uwzględniając powyższy stan rzeczy, ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) oraz § 5 pkt 1 oraz § 8 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. z 2020 r. 2437).

Przewodniczący: