

Sygn. akt: KIO 3449/22

WYROK
z dnia 9 stycznia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 stycznia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 grudnia 2022 r. przez odwołującego: **R.Z. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: Firma Handlowo-Usługowa R.Z. z siedzibą w Wągrowcu** (Kamienica 1, 62-100 Wągrowiec) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Uniwersytet Przyrodniczy w Poznaniu, Leśny Zakład Doświadczalny w Murowanej Goślinie** (ul. Rogozińska 38 62-095 Murowana Goślina), przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (Konsorcjum): **Zakład Usług Leśnych M.K., Colibers A.K. z siedzibą w Żernikach** (Żerniki 16, 64-600 Żerniki) zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie;
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego: **R.Z. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: Firma Handlowo-Usługowa R.Z. z siedzibą w Wągrowcu** (Kamienica 1, 62-100 Wągrowiec) i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego: **Uniwersytet Przyrodniczy w Poznaniu, Leśny Zakład Doświadczalny w Murowanej Goślinie** (ul. Rogozińska 38 62-095 Murowana Goślina) kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;
 - 2.3. nie uwzględnia wniosku zamawiającego o zasądzenie na jego rzecz kwoty 657 zł 04 gr (słownie: sześćset pięćdziesiąt siedem złotych cztery grosze) tytułem kosztów dojazdu na posiedzenie i rozprawę.

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 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

.....

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione w dniu 22 grudnia 2022 r. przez wykonawcę R.Z. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: Firma Handlowo-Usługowa R.Z. z siedzibą w Wągrowcu (Odwołujący) w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Uniwersytet Przyrodniczy w Poznaniu, Leśny Zakład Doświadczalny w Murowanej Goślinie na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.), [ustawa Pzp lub Pzp lub Ustawa PZP], w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Usługi z zakresu gospodarki leśnej w Nadleśnictwie Doświadczalnym Zielonka na lata 2023-2024” — Zadanie nr 3 — Leśnictwo Doświadczalne Stęszewko (nr postępowania: PZP 262.17.2022, publikacja ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 25 października 2022 nr ogłoszenia: 5880922022-PL dalej: „Postępowanie”). Odwołujący wskazał, że wnosi odwołanie w zakresie zadania 3 (...) *od niezgodnych z przepisami ustawy PZP czynności Zamawiającego, polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Wykonawcę — Konsorcjum: Zakład Usług Leśnych K.M. Colibers A.K. Żerniki 16, 64-600 Oborniki jako najkorzystniejszej oraz czynności Zamawiającego dotyczące oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1) Zakład Usług Leśnych K.M., Żerniki 16, 64-600 Oborniki, 2) Colibers A.K., Żerniki 16, 64-600 Oborniki (zwanym dalej: „Konsorcjum” lub „Wykonawcą”), mimo, że oferta Konsorcjum jest niezgodna z warunkami zamówienia”.*

(...)

IV. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu: (...) *naruszenie przepisu art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w zw. z art. 121 pkt 1 ustawy PZP w zw. z art. 118 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy PZP w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp, poprzez brak odrzucenia oferty Konsorcjum z uwagi na fakt, że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, w których Zamawiający zastrzegł obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych zadań dotyczących pozyskania drewna oraz zrywki drewna, a mimo to Konsorcjum w zakresie realizacji kluczowych zadań zaoferowało wykonawstwo z powołaniem się na udostępnione zasoby podmiotu trzeciego, który musiałby realizować ten zakres jako podwykonawca, co w konsekwencji doprowadziło do udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy PZP w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców”.*

V. Wskazując na powyższe Odwołujący wniósł o uwzględnienie niniejszego odwołania i nakazanie Zamawiającemu w zadaniu 3:

- 1) unieważnienia czynności z dnia 12 grudnia 2022 r., polegającej na wyborze oferty Konsorcjum jako najkorzystniejszej;
- 2) odrzucenia oferty Konsorcjum z uwagi na fakt, że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia,
- 3) nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert złożonych w Postępowaniu z uwzględnieniem rozstrzygnięcia Izby w zakresie żądań podanych powyżej.

Także wniósł o zasądzenie na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym również kosztów ewentualnego zastępstwa procesowego.

Stwierdził, że (...) Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia i We wniesieniu przedmiotowego odwołania oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy PZP. Odwołujący jako wykonawca usług w branży jest zainteresowany uzyskaniem zamówienia w postępowaniu organizowanym przez Zamawiającego. Jednak na skutek nieprawidłowości po stronie Zamawiającego oferta Odwołującego została sklasyfikowana na drugim miejscu w rankingu ofert. Skutkiem tego Odwołujący utracił realną możliwość pozyskania wskazanego zamówienia. W efekcie Odwołujący może ponieść szkodę polegającą na utracie korzyści wynikających z realizacji wskazanego zamówienia. Jediną możliwością uniknięcia wskazanej szkody po stronie Odwołującego jest wniesienie przedmiotowego odwołania. (...) Wobec faktu, że oferta wygrywającego Konsorcjum winna zostać odrzucona, to Odwołujący jako Wykonawca sklasyfikowany na drugim miejscu w punktacji ofert winien zostać wybrany jako składający najkorzystniejszą ofertę. Uwzględnienie odwołania spośród ofert spowoduje, że oferta Odwołującego będzie najkorzystniejsza niepodlegających odrzuceniu”.

W uzasadnieniu zarzutów wskazał w szczególności:

(...)

1. Zgodnie z przepisem art. 121 pkt 1 ustawy Pzp, Zamawiający może zastrzec obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych zadań dotyczących zamówień na roboty budowlane lub usługi.
2. W doktrynie prawa zamówień publicznych jednoznacznie przyjmuje się, że w sytuacji, gdy zamawiający zastrzeże konkretne zakresy przedmiotu zamówienia do osobistego wykonania przez wykonawcę, oświadczenie o zamiarze wykonania części zamówienia za pomocą podwykonawców stanowi merytoryczną treść oferty wykonawcy. Stanowi ono bowiem treść

zobowiązania wykonawcy dotyczącego oferowanego sposobu realizacji zamówienia, składanego w odpowiedzi na opisane przez zamawiającego w dokumentach zamówienia warunki realizacji zamówienia (tj. w tym zakresie osobiście). W przypadku zatem, gdy z treści oferty wynika zamiar powierzenia podwykonawstwa w zakresie, który w sposób jednoznaczny został przez zamawiającego zastrzeżony do osobistego wykonania przez wykonawcę, to taka oferta podlega odrzuceniu jako niezgodna z warunkami zamówienia, tj. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

3. W wyroku (...) (sygn. KIO 282/19) wskazała, że powierzenie określonego zakresu prac do wykonania przez podwykonawcę w sytuacji, gdy zamawiający w sposób jednoznaczny i precyzyjny wskazał, że jego wolą jest, aby określone Świadczenie było wykonane osobiście przez wykonawcę, stanowi niezgodność treści oferty z treścią dokumentów zamówienia polegającą na nieprawidłowym określeniu sposobu wykonania zamówienia. Jeżeli więc wykonawca wskazuje w formularzu ofertowym na zamiar powierzenia wykonania zakresu zastrzeżonego do osobistego wykonania podwykonawcy, treść oferty staje się niezgodna z treścią SWZ.

4. Powyższe stanowisko potwierdzają poglądy przedstawicieli doktryny prawa zamówień publicznych, którzy jednoznacznie wskazują, że: „Zamawiający może wymagać, aby wykonawca wykonał określone przez niego w dokumentach zamówienia kluczowe zadania osobiście, a nie przy pomocy podwykonawców, w tym podmiotów udostępniających zasoby w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu” ((...)).

5. W Postępowaniu, w zakresie objętym Odwołaniem, zachodzi właśnie ww. sytuacja.

6. Konsorcjum złożyło ofertę na wszystkie 3 zadania w przedmiotowym Postępowaniu na jednym druku oferty. Nie wskazało w ofercie, że będzie korzystać z podwykonawców. Dowód: oferta Konsorcjum (w aktach Postępowania).

7. W odróżnieniu od oferty, w dokumencie JEDZ Konsorcjum na pytanie: „Czy wykonawca zamierza zlecić osobom trzecim podwykonawstwo jakiegokolwiek części zamówienia” odpowiedziało twierdząco. Co istotne, na pytanie zawarte w JEDZ "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" — Konsorcjum również odpowiedziało twierdząco. Dowód: JEDZ Konsorcjum (w aktach Postępowania).

8. Istnieje więc niewątpliwa sprzeczność między treścią oferty a treścią oświadczenia zawartego w JEDZ, jednak z perspektywy Zamawiającego nie wzbudziła w nim żadnej wątpliwości.

9. Zamawiający w treści SWZ stosownie do treści art. 121 ustawy PZP zastrzegł obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych zadań dotyczących pozyskania drewna oraz zrywki drewna — dokonał tego w części III SWZ pkt 17.

10. Konsorcjum przedstawiło zobowiązanie podmiotu trzeciego, tj. Przedsiębiorstwa Usług Leśnych Lastech Sp. z O.o. do Oddania do dyspozycji Konsorcjum niezbędnych zasobów na Okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. Zobowiązanie dotyczyło udostępnienia zasobów w postaci pracowników:

Operatora maszyny leśnej Adama Machaja z uprawnieniami UDT nr 0/19/04231/17 z dnia 9.05.2017 r.,

Operatora maszyny leśnej Piotra Wachowiaka z uprawnieniami UDT nr 0/19/00837/08 z dnia 22.02.2008 r.

11. Jednocześnie Przedsiębiorstwo Usług Leśnych Lastech Sp. z o.o. wskazało w zobowiązaniu jako sposób wykorzystania tych zasobów przez Konsorcjum przy wykonywaniu zamówienia, obsługę maszyn leśnych. Dowód: zobowiązanie Przedsiębiorstwa Usług Leśnych Lastech Sp. z o.o. (w aktach Postępowania).

12. Zachodzi więc sytuacja, w której z jednej strony Zamawiający zastrzega wykonanie Osobiście przez wykonawcę tej części zadania jaką jest pozyskanie drewna i zrywki drewna, z drugiej zaś strony nie odrzuca oferty, z której dokumentacji wynika wprost, że do wykonania tego zakresu będą wykorzystane maszyny leśne obsługiwane przez udostępnionych przez podmiot trzeci pracowników. Wynika z tego, że Konsorcjum nie posiada potencjału do zrealizowania kluczowych zadań, zastrzeżonych przez Zamawiającego.

13. Jest to niedopuszczalne w świetle przepisów ustawy Pzp, tj. w związku z regulacjami art. 121 pkt 1 ustawy Pzp oraz art. 118 ust. 2 ustawy Pzp.

14. W wyroku Krajowej Izby Odwoławczej (...) (sygn. KIO 1816/19) Izba wskazała, że przy braku zastrzeżenia obowiązku osobistego wykonania oświadczenie dotyczące zakresu przewidywanego podwykonawstwa jest jedynie oświadczeniem technicznym, formalnym. Natomiast gdy zamawiający w dokumentach zamówienia zastrzegł obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę określonych kluczowych części zamówienia lub prac, to oświadczenie wykonawcy w tym zakresie stanowi jednak merytoryczną treść oferty (a zatem podlegającą badaniu pod kątem zgodności z dokumentami zamówienia). Dlatego też Izba podkreśliła konieczność badania treści oświadczenia wykonawcy dotyczącego zakresu podwykonawstwa, złożonego w ofercie, pod kątem zgodności z dokumentami zamówienia i wynikającą z tego sankcją odrzucenia oferty. W tym samym wyroku Izba zaznaczyła także, że w tej szczególnej sytuacji niedopuszczalna jest zmiana treści oświadczenia wykonawcy o zakresie podwykonawstwa złożonego w ofercie, w tym w drodze wyjaśnień treści oferty. Jeżeli zaś — tak jak w stanie faktycznym będącym przedmiotem niniejszego odwołania — wyjaśnienia wykonawcy co do samodzielnej realizacji prac wchodzących w zakres zamówienia pozostają w sprzeczności z treścią wskazaną w formularzu oferty, to nie mogą być one uwzględnione w toku badania i oceny ofert (podobnie m.in. wyrok ... KIO 1885/22).

15. Zgodnie z art. 118 ust. 1 ustawy PZP wykonawcy mogą — w odniesieniu do zdolności technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej — polegać na zasobach innych podmiotów udostępniających te zasoby w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji. Zasadą jest, że dla skutecznego posłużenia się tym potencjałem wykonawca zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, że faktycznie będzie dysponował udostępnionymi zasobami w trakcie realizacji zamówienia (...).

16. W przypadku gdy wykonawca korzysta potencjału w zakresie wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, realność dysponowania potencjałem została w sposób szczególny zaakcentowana, gdyż zgodnie z art. 118 ust. 2 ustawy PZP podmiot udostępniający te zasoby wręcz musi wykonywać roboty budowlane lub usługi, do realizacji których są one wymagane. Jak wskazują Autorzy komentarza do ustawy Pzp wydanego przez Urząd Zamówień Publicznych, oznacza to, że w takich sytuacjach podmioty wspierające wykonawcę muszą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia jako podwykonawcy (...).

17. Jak wskazuje się jednak w doktrynie, prawo do zastrzeżenia osobistego wykonania kluczowych zadań stanowi wyjątek od zasady swobody korzystania przez wykonawców z zasobów udostępnianych przez podmioty trzecie także na potrzeby spełnienia kryteriów kwalifikacji. W konsekwencji wyłączenie dopuszczalności podwykonawstwa w zakresie kluczowych zadań prowadzi do ograniczenia ustawowej zasady dopuszczalności korzystania z potencjału podmiotów trzecich, jednakże podyktowane jest ochroną interesu zamawiającego w szczególnych sytuacjach. Istota zastrzeżenia obowiązku osobistego wykonania najważniejszych (z punktu widzenia zamawiającego) elementów zamówienia sprowadza się do gwarancji, iż to wykonawca, z którym zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego, zweryfikowany co do swoich osobistych zdolności, wykona osobiście kluczowe zadania, z którymi wiążą się te zdolności. Powierzenie wykonania takich kluczowych elementów podwykonawcy, nawet zweryfikowanemu jako posiadający odpowiedni potencjał, ale nie będącemu wykonawcą — stroną umowy, którą wybrał w postępowaniu zamawiający — byłoby sprzeczne z ideą osobistego wykonania kluczowych zadań (...).

18. W konsekwencji, zgodnie ze stanowiskiem Urzędu Zamówień Publicznych: „W Świetle art. 118 ust 2 PZP w przypadku zamówień na roboty budowlane lub usługi możliwość polegania na zdolnościach podmiotu trzeciego w zakresie wykształcenia, kwalifikacji zawodowych oraz doświadczenia jest dana wykonawcy tylko w takim zakresie, w jakim podmiot wspierający wykonawcę wykona roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. W kontekście tego ograniczenia wymaga podkreślenia brak możliwości powołania się na wykształcenie, kwalifikacje zawodowe lub doświadczenie

podmiotu trzeciego, jeśli zamawiający zastrzegł obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych zadań dotyczących zamówienia na roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane (art 121 pkt 1 Pzp). Zastrzeżenie takiego obowiązku oznacza, że wykonawca nie ma prawa powierzyć podwykonawcy wykonania kluczowych zadań" (...).

19. Również analiza przedstawianego stanowiska z perspektywy norm dyrektywy 2014/24/UE, a zasadniczo art. 63 ust. 2 dyrektywy 2014/24/UE, daje podstawę do przyjęcia, że zastrzeżenie przez zamawiającego obowiązku osobistego wykonania w ogóle wyłącza w stosunku do tego zadania zarówno możliwość wykazania przez wykonawcę posiadania odpowiedniego wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia za pomocą zasobów innych podmiotów, jak i jego faktycznej realizacji przez podwykonawcę. Takie stanowisko również znalazło aprobatę przedstawicieli doktryny (...).

20. W podobny sposób do omawianej kwestii podchodzi orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej. W wyroku (...) (sygn. KIO 1222/17) Izba wskazała, że art. 22a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (obecnie art. 118 ust. 3 ustawy Pzp). w szczególności jego ust. 3 i 4, oraz z zasady realności udostępnienia zasobów wyrażonej m.in. w wyroku Trybunału Sprawiedliwości z dnia 7 kwietnia 2016 r. w sprawie C-324/14 Apelski wynika, że w przypadku koniecznego udziału podmiotu udostępniającego zasoby w realizacji zamówienia jako podwykonawcy zakaz podwykonawstwa w konkretnym zakresie ma wpływ na możliwość powołania się na zasoby podmiotu trzeciego dla wykazania spełnienia warunku, którego ów zakres podwykonawstwa dotyczył (podmiot ten nie będzie mógł być podwykonawcą w danym zakresie).

21. Powyższe rozumowanie potwierdza także nowsze W wyroku (...) (sygn. KIO 978/21) Krajowa Izba Odwoławcza podkreśliła, że „Zdolność zawodowa w postaci wiedzy i doświadczenia powinna być realnie udostępniona przez bezpośredni udział podmiotu udostępniającego w takiej części zamówienia lub w takim zakresie, w jaki wykonawca deklaruje udostępnienie zasobów niezbędnych do realizacji tej części lub zakresu zamówienia. Prac zastrzeżonych do osobistego wykonania nie może wykonywać wykonawca, który nie spełnia danego warunku. Wobec zastrzeżenia osobistego wykonania zamówienia przez wykonawcę kluczowych części zamówienia wykonawca powinien wykazać (w zakresie warunku) roboty/prace zrealizowane samodzielnie. Zamawiający zastrzegając obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych części zamówienia na roboty budowlane, tym samym wykluczył możliwość polegania na zasobach innego podmiotu”.

22. W świetle powyższej argumentacji należy wskazać, że Zamawiający bezpodstawnie dokonał wyboru oferty Konsorcjum jako najkorzystniejszej w Postępowaniu w sytuacji, w której jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. W takiej sytuacji, działając zgodnie

z przepisem art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP Zamawiający zobowiązany był odrzucić ofertę Konsorcjum.

(...)

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie (pismo z dnia 5/01/2023) wniósł o jego oddalenie wskazując w szczególności:

II. Przedwczesność zarzutów

(1) Niezależnie od braku podstaw faktycznych i prawnych jedynego sformułowanego przez odwołującego zarzutu odwołania (o czym w dalszej części pisma), zarzut ten powinien podlegać oddaleniu jako przedwczesny.

(2) Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego, zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5b ustawy Pzp. Jednocześnie Odwołujący nie zaskarżył zaniechania czynności wezwania Przystępującego do uzupełnienia dokumentów i nie sformułował w tym zakresie żadnego zarzutu (choćby alternatywnego).

(3) W przedmiotowym stanie faktycznym Zamawiający wezwał Przystępującego, jako wykonawcę, który złożył najkorzystniejszą ofertę, do złożenia podmiotowych środków dowodowych w trybie art. 274 ust. 1 ustawy Pzp. Było to zatem pierwsze wezwanie do złożenia wymaganych dokumentów. W przypadku, gdy podmiotowe środki dowodowe nie są wystarczające do wykazania braku podstaw do wykluczenia lub spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, zamawiający zobligowany jest do wezwania wykonawcy do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych (art. 128 ust. 1 ustawy Pzp) – wskazując konkretną wadę i przyczynę wezwania. Przy czym obowiązuje zasada jednorazowego wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów w odniesieniu do konkretnej wady.

(4) Nawet jeśli Przystępujący rzeczywiście nie wykazałby spełnienia warunków udziału w postępowaniu (której to tezie Zamawiający stanowczo się sprzeciwia), zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp dotyczący zaniechania czynności odrzucenia oferty Przystępującego, uznać należy za przedwczesny, co winno skutkować jego oddaleniem.

(5) W myśl art. 555 ustawy Pzp, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Izba nie może zatem orzekać ponad zarzuty odwołania, jak również dokonywać rozszerzającej interpretacji zarzutów, wchodząc niejako w rolę odwołującego.

(6) Nie ulega wątpliwości, że zarzut odwołania stanowi wskazanie czynności lub zaniechanej czynności zamawiającego oraz okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających jego wniesienie. Jak wskazuje się w orzecznictwie i doktrynie nie jest możliwe sformułowanie zarzutu bez ujęcia w nim zaskarżanej czynności lub zaniechania

zamawiającego. Nakazując wskazanie zaskarżonej czynności lub zaniechania, ustawodawca ustalił, że chodzi o takie działanie zamawiającego, któremu zarzuca się naruszenie prawa, czyniąc w ten sposób ze wskazania tej czynności składnik zarzutu. Zarzut obejmuje także wskazanie, jaki przepis ustawy zamawiający w ocenie odwołującego naruszył, dokonując lub rezygnując z takiej czynności (...).

(7) W wyroku (...) KIO 589/13 (...), Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że „zgodnie z treścią art. 180 ust. 3 ustawy Pzp zarzut musi być postawiony wyraźnie, to znaczy wskazywać konkretną czynność zamawiającego mającą zdaniem odwołującego naruszać przepis prawa i określić sposób jego naruszenia”. Z kolei w wyroku z 13.03.2020 r., KIO 431/20, (...), Izba orzekła, że poza treścią samego odwołania brak jest możliwości doprecyzowywania zarzutów. „Jeżeli zatem podnoszone przez odwołującego w toku rozprawy przed Izbą okoliczności nie zostały wyraźnie i wprost ujęte w treści wniesionego odwołania, to ich późniejsze wskazywanie nie może być, w świetle przepisu art. 192 ust. 7 PZP, brane przez Krajową Izbę Odwoławczą pod uwagę, choćby okoliczności te mieściły się w ramach ogólnie wskazanej podstawy faktycznej zarzutu” (...).

(8) Wydając wyrok, Izba bierze pod uwagę stan faktyczny na moment zamknięcia rozprawy. Zważywszy zatem, że Zamawiający nie wzywał Przystępującego do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w zakresie wadliwości podnoszonej w odwołaniu, zaś odwołanie nie zawiera zarzutu (choćby ewentualnego) w zakresie zaniechania czynności wezwania Przystępującego do uzupełnienia dokumentów, a tym samym naruszenia art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, zarzuty odwołania uznać należy za przedwczesne, co implikuje ich oddalenie.

(9) Powyższe stanowisko znajduje potwierdzenie w ugruntowanym orzecznictwie. Jedynie tytułem przykładu, wskazać należy na następujące, aktualne orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej: Wyrok KIO 1879/21: *„Izba ustaliła, że w postępowaniu zamawiający nie korzystał z trybu naprawczego uregulowanego w art. 128 ust. 1 p.z.p., zgodnie z którym, jeżeli podmiotowe środki dowodowe są niekompletne lub zawierają błędy zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia. Skład orzekający zaznacza, że zastosowanie trybu naprawczego jest obligatoryjne, ustawodawca nie pozostawił żadnej dowolności jednostce zamawiającej, zezwalając na rezygnację z wezwania do uzupełnienia jedynie, gdy oferta podlega odrzuceniu, bez względu na jej uzupełnienie lub poprawienie (czyli w każdym innym wypadku, kiedy ewentualne uzupełnienie/poprawienie nie spowoduje, że potencjał może zostać prawidłowo wykazany - przykładowo, kiedy dojdzie do wypełnienia hipotezy art. 226 ust 1 pkt 10 p.z.p.), albo jeżeli zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania, i żadna z tych sytuacji nie wystąpiła w rozpoznawanym sporze. W ustalonym stanie rzeczy powyższe oznacza, że przed eliminacją wykonawcy z postępowania i uznaniem, że nie wykazał on w sposób*

odpowiedni posiadania wymaganych zdolności podmiotowych, zamawiający powinien wezwać wykonawcę do uzupełnienia. (...) Wyrok KIO 279/21: „W dalszej kolejności stwierdzono, że przystępujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale IV pkt 4.3.1 lit. b SIWZ. Wykonawca nie wykazał, że posiada funkcjonującą instalację spełniającą wymagania dla instalacji komunalnych, które zostały oddane do użytkowania i posiadają wymagane decyzje pozwalające na przetwarzanie odpadów oraz znajdują się na liście Marszałka Województwa lub umowę z podmiotem posiadającym taką instalację, jak wyjaśniono wcześniej, za instalację spełniającą wymóg nie mogła być uznana instalacja P.U. Hetman sp. z o.o. w Nadarzynie. Powyższe ustalenie nie oznacza jednak, że przystępujący podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp. Zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. przed wykluczeniem z udziału w postępowaniu na tej podstawie, zamawiający zobowiązany jest wezwać przystępującego do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów celem wykazania warunku udziału w postępowaniu. Zarzut naruszenia art 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp podlegał zatem oddaleniu jako przedwczesny”. (...)

II. Brak podstawy faktycznej i prawnej zarzutów

(10) Zarzut odwołania zmierzający do zakwestionowania możliwości powołania się przez Przystępującego na potencjał podmiotu trzeciego w zakresie dysponowania określonymi osobami z powodu braku zobowiązania się tego podmiotu do wykonania części usług stanowiących przedmiot zamówienia uznać należy za oczywiście bezzasadny.

(11) Odwołujący dokonuje w istocie nadinterpretacji przepisu art. 118 ust. 2 ustawy Pzp, a także treści SWZ w zakresie warunków udziału w postępowaniu oraz możliwości polegania na potencjale podmiotu trzeciego. Zdaniem odwołującego niezależnie od przekazywanego potencjału oraz warunku udziału w postępowaniu podmiot trzeci zawsze musi uczestniczyć w wykonaniu zamówienia, a więc występować w charakterze podwykonawcy, w sytuacji gdy przedmiotem zamówienia są roboty budowlane lub usługi.

(12) Stanowisko takie jest oczywiście błędne i niezasadne. Przepisy ustawy Pzp inaczej niż domaga się tego odwołujący regulują instytucję udostępniania potencjału podmiotu trzeciego, a co za tym idzie wprowadzają różne zasady i obowiązki w zależności od charakteru potencjału podmiotu trzeciego, który jest udostępniania wykonawcy.

(13) Podnieść należy, że różnice w tym zakresie wynikają z samej wykładni językowej poprzez użycie przez ustawodawcę różnych pojęć czy terminów dla wyrażenia określonych obowiązków w tym zakresie. Zgodnie z art. 118 ust. 1 ustawy Pzp wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub

ekonomicznej podmiotów udostępniających zasoby, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków prawnych. Norma prawna zawarta w tym przepisie odnosi się wprost do warunków udziału (lub raczej ich grup) zdefiniowanych w sposób ogólny w przepisie art. 112 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy Pzp.

(14) Natomiast przepis art. 118 ust. 2 (będący przedmiotem zarzutu) posługuje się całkowicie odmienną terminologią – przy czym nie można zarzucić ustawodawcy przypadku w doborze właściwych pojęć (wówczas wykładnia przepisu nie miałaby sensu, a więc byłaby wykładnią ad absurdum). Wydaje się, że odwołujący niestety dąży do stosowania takiej wykładni w celu osiągnięcia korzystnego wyniku postępowania odwoławczego i niezasadnego pozyskania niniejszego zamówienia.

(15) Zgodnie bowiem z art. 118 ust. 2 ustawy Pzp w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonają roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. Oznacza to, że ustawodawca zawęził obowiązek wykonania usług czy robót w stosunku do niektórych warunków zamówienia, a nie wszystkich czego domaga się odwołujący. Zabieg ustawodawcy jest oczywiście celowy i zasadny mając na uwadze dotychczasowe regulacje i praktykę podmiotów uczestniczących w postępowaniach o udzielenie zamówienia. W sytuacji bowiem udostępniania przez podmiot trzeci wiedzy i doświadczenia jedynym możliwym realnym sposobem skorzystania przez wykonawcę z przymiotów innego podmiotu jest wykonanie części zamówienia.

(16) Z kolei nie ulega najmniejszych wątpliwości, że dyspozycja normy zawarta w przepisie art. 118 ust. 2 ustawy Pzp nie obejmuje swym zakresem „dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia”. Podkreślić należy, że w zakresie potencjału technicznego i osobowego praktyczny i realny sposób udostępnienia jest całkowicie odmienny od doświadczenia oraz wiedzy innego podmiotu. W takim bowiem przypadku wykonawca pozyskuje na podstawie określonego stosunku prawnego prawo do dysponowania (posługiwania się) określonym narzędziem czy też pracownikiem w celu wykonania zamówienia.

(17) W sytuacji natomiast podwykonawstwa – czego domaga się odwołujący – nie dochodziłoby bowiem do realnego przekazania potencjału. W takim przypadku to nie wykonawca, ale podwykonawca dysponowałby narzędziem czy osobą. Natomiast, zgodnie z treścią SWZ dla niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający wymagał by to wykonawca dysponował określonymi narzędziami i osobami, o których mowa w warunku udziału w postępowaniu. Jedynym zatem możliwym sposobem realnego wykazania dysponowania określonymi narzędziami czy osobami jest faktyczne ich posiadanie w okresie realizacji zamówienia, przez co należy rozumieć prawo do nieograniczonego

dysponowania zasobami na takiej samej zasadzie jak dysponuje się „własnymi zasobami”, a więc tak jak własnymi pracownikami (personelem) czy maszynami (narzędziami).

(18) Ponadto, zamawiający podkreśla, że Przystępujący samodzielnie wykazał spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenie w realizacji podobnych usług. Oznacza to, że dysponuje niezbędnym zarówno doświadczeniem, jak i wiedzą dotyczącą wykonywania tego rodzaju usług, które zostały określone w Opisie Przedmiotu Zamówienia. Nie można zatem stawiać Przystępującemu zarzutu braku znajomości specyfiki usług stanowiących przedmiot zamówienia. Wobec tego bez znaczenia jest okoliczność realizacji usług przez Przystępującego przy pomocy własnych oraz udostępnionych narzędzi oraz personelu – skoro i tak zakres usług realizowany będzie w całości przez Przystępującego.

(19) Na marginesie odwołujący w swoim zarzucie popada również w daleko idącą i niezrozumiałą konsekwencję bowiem z jednej strony kwestionuje fakt udostępnienia potencjału osobowego, ale już nie stawia tożsamego warunku w zakresie udostępnienia potencjału technicznego (narzędzi). Przystępujący bowiem również skorzystał z dyspozycji art. 118 ust. 1 ustawy Pzp i uzyskał zobowiązanie innego podmiotu do udostępnienia potencjału technicznego, tj.: Maszyna leśna harwester zrębowy, marka: John Deere, model: 1170e it4, rok produkcji: 2018, Nr VIN: 1WJ1170EPJE002620.

(20) Sposób interpretacji zakresu art. 118 ust. 2 ustawy Pzp przedstawiony powyżej przez Zamawiającego jest zgodny z poglądami doktryny i orzecznictwa KIO, np. M. Jaworska wskazuje, że „pod pojęciem zdolności technicznych lub zawodowych, o których mowa w art. 118 ust. 1 PZP, mieszczą się warunki dotyczące posiadania określonego wykształcenia lub kwalifikacji zawodowych (tj. wymaganej wiedzy), doświadczenia, dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. W odniesieniu do udostępniania potencjału w zakresie wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, art. 118 ust. 2 PZP nakłada obowiązek wykonania przez podmioty udostępniające te zasoby robót budowlanych lub usług, do realizacji których są one wymagane. Wymóg wykonania części zamówienia, z którymi wiąże się udostępniany zasób, należy rozumieć jako obowiązek faktycznego zrealizowania części zamówienia w charakterze podwykonawcy lub przy udziale wykonawcy, np. poprzez oddelegowanie przez podmiot trzeci swoich pracowników wraz z niezbędnym know-how do bezpośredniej realizacji zamówienia. Takie rozwiązanie uzasadnione jest specyfiką tych zasobów, jako integralnie związanych z danym podmiotem. Określone kwalifikacje lub wykształcenie świadczą o posiadaniu wiedzy wymaganej dla należytego wykonania zamówienia, doświadczenie zaś – o posiadaniu odpowiednich, praktycznych umiejętności, wyuczonych i ugruntowanych w praktyce. W przypadku tych zasobów brak jest zatem możliwości realnego ich przekazania, a następnie wykorzystania w trakcie świadczenia usług lub wykonywania robót budowlanych jedynie za pomocą np. szkoleń, konsultacji, doradztwa czy nadzoru. Ich

realne wykorzystanie na etapie realizacji takiego zamówienia możliwe jest wyłącznie przez wykonanie robót budowlanych lub usług, do realizacji których określone zdolnością są w postępowaniu wymagane (.....).

(21) Podobnie M. Stachowiak która wskazuje, że „zakres obowiązku udostępnienia zasobów w określonych stanach faktycznych może wzbudzać wątpliwości. W sytuacji, gdy podmiot trzeci udostępnia potencjał osobowy, czyli osoby posiadające wymagane kwalifikacje, norma nakazuje wykorzystanie tych osób do realizacji zamówienia. Trudności będą powstawać w przypadku udostępnienia doświadczenia – jeżeli wykonawca w całości wykazuje spełnienie warunku doświadczenia przez wskazanie prac referencyjnych wykonanych przez inny podmiot, to ta część zamówienia, która wymaga określonego doświadczenia, powinna być przez niego wykonywana.” –(.....).

(22) Nadto, odwołujący przywołał w treści swojego odwołania orzecznictwo Izby na poparcie swojego stanowiska. Jednakże analiza wskazanych orzeczeń prowadzi albo do wniosku, że zostały one wydane na podstawie odmiennego stanu prawnego i dotyczą w istocie całkowicie innych zagadnień prawnych aniżeli podnoszone przez odwołującego w niniejszym postępowaniu, albo są korzystne dla zamawiającego, bowiem Izba potwierdza w nich prawidłowość argumentacji zamawiającego.

(23) W wyroku KIO 1816/19 Izba rozstrzygała zagadnienie dotyczące wskazania wprost w ofercie powierzenia realizacji podwykonawcom prac zastrzeżonych do osobistego wykonania przez wykonawcę oraz próby zmiany treści tak złożonego oświadczenia poprzez wyjaśnienie treści oferty (...). Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej w sytuacji, gdy zamawiający w s.i.w.z. zastrzegł obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę określonych kluczowych części zamówienia lub prac, to treść oświadczenia wykonawcy, złożona w ofercie wykonawcy stanowi jej merytoryczną zawartość, skutkującą koniecznością badania przez zamawiającego pod kątem zgodności z s.i.w.z. i wynikającą z tego sankcją odrzucenia oferty na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. (...) W ocenie Izby, niezasadne jest również stanowisko odwołującego, co do możliwości zmiany oświadczenia złożonego w ofercie w zakresie podwykonawcy, w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Przepis ten daje bowiem zamawiającemu uprawnienie do żądania od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Skoro zatem merytoryczna treść oferty podlegająca ocenie przez zamawiającego może być jedynie wyjaśniania, a nie negocjowana, to zmiana treści oświadczenia złożonego w ofercie przez odwołującego jest niedopuszczalna.

(24) Z kolei w orzeczeniu z dnia 28 kwietnia 2021 r. KIO 978/21 Izba oceniała spełnianie przez wykonawcę dwóch warunków w kontekście zastrzeżonych kluczowych części do

osobistego wykonania przez wykonawcę, a mianowicie warunku posiadania doświadczenia w realizacji podobnych robót budowlanych oraz posiadania osób (kierownika budowy i kierownika robót). Z ustalonego stanu faktycznego wynikało, że wykonawca polegał na zdolnościach podmiotów trzecich w celu spełnienia obu ww. warunków. I w takim stanie rzeczy Izba uznała, że odwołanie okazało się skuteczne ze względu na brak wykazania spełniania warunku dotyczącego doświadczenia. Jednocześnie Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia tożsamego zarzutu, ale dotyczącego warunku dysponowania osobami. W związku z tym, wyrok KIO 978/21 stanowi idealne i bezpośrednie potwierdzenie prawidłowości czynności podjętych przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia, a mianowicie wykonawca może polegać na zdolności podmiotów trzecich w postaci dysponowania określonymi osobami (pracownikami podmiotu trzeciego) bez konieczności udziału tego podmiotu jako podwykonawcy. Nadto, z uzasadnienia wyroku KIO wynika, że tak spełniony warunek nie stoi w sprzeczności z treścią art. 121 ustawy Pzp.

III. Zarzut dotyczący naruszenia art. 121 pkt 1 – kluczowe części zamówienia

(25) W pierwszej kolejności Zamawiający podnosi fakt braku sformułowania przez odwołującego samoistnego zarzutu naruszenia art. 121 pkt 1 ustawy Pzp. Odwołujący bowiem sformułował zarzut naruszenia „art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w zw. z art. 121 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 118 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp”.

(26) Wobec tego podnieść należy, że obecnie - na etapie postępowania przed Izbą – odwołujący nie może rozszerzać zarzutu o okoliczności niewskazane w treści odwołania, jak również w zakresie doprecyzowywania już sformułowanych zarzutów.

(27) W treści zarzutu odwołujący wskazał następującą treść: „poprzez brak odrzucenia oferty Konsorcjum z uwagi na fakt, że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, w których Zamawiający zastrzegł obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych zadań dotyczących pozyskania drewna oraz zrywki drewna, a mimo to Konsorcjum w zakresie realizacji kluczowych zadań zaoferowało wykonawstwo z powołaniem się na udostępnione zasoby podmiotu trzeciego, który musiałby realizować ten zakres jako podwykonawca”.

(28) Określenie przez odwołującego zarzutu w sposób określony powyżej powoduje jego wewnętrzną sprzeczność i brak wiedzy co jest faktycznie jego przedmiotem, a więc co w rzeczywistości zarzuca odwołujący ofercie konkurencyjnej. Z jednej bowiem strony odwołujący wskazuje na fakt wykonania zastrzeżonych części zamówienia nie przez wykonawcę (Przystępującego), ale przez podwykonawcę (podmiot trzeci), a z drugiej strony przeczy temu stanowisku kwestionując brak udziału podmiotu trzeciego jako podwykonawcy w udostępnieniu potencjału.

(29) W tym zakresie zamawiający stawia zarzut niepoprawnego sformułowania zarzutu, który polega w istocie na stawianiu hipotez i to wewnętrznie sprzecznych, aniżeli kwestionowaniu czynności prawnych podjętych przez zamawiającego w zakresie oceny stanu faktycznego wynikającego z dokumentacji postępowania. Tak określony zarzut jako niemożliwy do konwalidowania na etapie postępowania odwoławczego przed Izbą oznacza skutek oddalenia odwołania. Postępowanie przed Izbą nie jest elementem procedury administracyjnej, w której za wystarczające do wszczęcia kontroli instancyjnej rozstrzygnięcia jest proste zakwestionowanie bez określania innych wymagań formalnych. W związku z tym, odwołujący nie może oczekiwać, że Izba lub inny uczestnik postępowania będzie naprawiać błędy i wady wniesionego środka zaskarżenia.

(30) Niezależnie od powyższych wywodów formalno-proceduralnych konstrukcji zarzutu odwołującego, Zamawiający stanowczo zaprzecza jakoby treść oferty Przystępującego (oraz innych dokumentów składanych przez ten podmiot) wskazywała wprost lub pośrednio na zamiar powierzenia wykonania części zamówienia, które zostały zastrzeżone jako kluczowe elementy w treści SWZ.

(31) Odwołujący przywołał w tym zakresie dokumenty JEDZ, w których treści absolutnie nie wymieniono zakresu dotyczącego pozyskania drewna lub zrywki drewna (zastrzeżone jako kluczowe elementu w SWZ). Wobec tego odwołujący albo dokonuje próby manipulacji treścią JEDZ, albo nadinterpretacji tworząc przy okazji nieprawdziwy obraz stanu faktycznego niniejszego postępowania.

(32) Wskazać również należy, że w treści formularza ofertowego Przystępujący nie zawarł informacji o zamiarze udziału jakichkolwiek podwykonawców lub powierzenia jakiegokolwiek części zamówienia podwykonawcom. Tym samym, że nie można czynić zarzutu Przystępującemu w zakresie naruszenia art. 121 ustawy Pzp, bowiem wykonawca nie wskazał w żadnym miejscu oferty zamiaru powierzenia części zamówienia w zakresie kluczowych elementów zastrzeżonych do osobistego wykonania.

(33) W związku z powyższym, brak jest podstaw do odrzucenia oferty Przystępującego ze względu na tak określony przez odwołującego zarzut, ale również ze względów merytorycznych. (...)

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpienie zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia (Konsorcjum): Zakład Usług Leśnych M.K., Colibers A.K. z siedzibą w Żernikach wnosząc o oddalenie odwołania. W piśmie procesowym z dnia Przystępujący wskazał w szczególności:

(...)

II. DYSPONOWANIE BEZPOŚREDNIE OPERATORAMI MASZYN

6. W pierwszej kolejności należy podkreślić, że Zgłaszający przystąpienie wykona osobiście zadanie w zakresie dotyczące pozyskania drewna i zrywki drewna - bez udziału podwykonawców. Zgłaszający przystąpienie będzie dysponował udostępnionymi pracownikami bezpośrednio, tj. bez udziału podmiotu udostępniającego zasoby.

7. Dysponowanie bezpośrednio zachodzi wtedy, kiedy pomiędzy wykonawcą a konkretną osobą fizyczną istnieje bezpośredni stosunek zobowiązaniowy, który pozwala na bezpośrednio wydawanie tej osobie wiążących poleceń bez udziału pośredników. W orzecznictwie podnosi się, że nie ma znaczenia, jaka konkretnie więź prawna łączy wykonawcę i daną osobę, byleby była ona bezpośrednia. Może to być umowa o pracę, zlecenie, umowa o dzieło, czy też inna umowa pomiędzy wykonawcą a osobą prowadzącą jednoosobową działalność gospodarczą (zob. wyrok (...) KIO 240/19: „Bez znaczenia pozostaje także, jaki dokładnie stosunek prawny łączy wykonawcę z tą osobą. Może to być umowa o pracę, umowa cywilnoprawna czy samozatrudnienie”). Taka osoba, którą wykonawca dysponuje bezpośrednio, nie jest również traktowana jako podwykonawca.

8. Zgłaszający przystąpienie zatrudni „udostępnione” przez podmiot trzeci osoby na podstawie umowy o pracę, tj. będzie dysponował nimi bezpośrednio. W takim przypadku nie dochodzi w ogóle do udostępnienia zasobów w zakresie operatorów maszyn w rozumieniu przepisów ustawy Pzp. Na dowód takiego stanu rzeczy Zgłaszający przystąpienie przedstawia oświadczenie podmiotu udostępniającego zasoby - Lastech, w którym podmiot udostępniający zasoby potwierdza, że „udostępnienie” operatorów maszyn będzie polegało na ich bezpośrednim zatrudnieniu przez Zgłaszającego przystąpienie. Dowód: oświadczenie Lastech [załącznik numer 1 do niniejszego pisma] - na okoliczność ustalenia, że udostępnienie zasobów w zakresie operatorów maszyn będzie w gruncie rzeczy polegało na bezpośrednim zatrudnieniu operatorów przez Zgłaszającego przystąpienie.

9. Tym samym złożenie zobowiązania do udostępnienia zasobów w zakresie operatorów maszyn było na gruncie ustawy Pzp zbędne, skoro Zgłaszający przystąpienie będzie dysponował tymi osobami bezpośrednio. Niemniej jednak, zobowiązanie do udostępnienia zasobów ma też znaczenie na gruncie obrotu cywilnego, ponieważ reguluje stosunki pomiędzy Zgłaszającym przystąpienie a podmiotem, który na chwilę obecną zatrudnia pracowników. Dzięki wpisaniu w ten dokument „udostępnienia” operatorów maszyn Zgłaszający przystąpienie oraz Zamawiający ma pewność, że obecny pracodawca operatorów maszyn, tj. podmiot udostępniający zasoby umożliwi swoim pracownikom zawarcie kolejnych stosunków zobowiązaniowych. Taki zabieg, chociaż wydaje się niepotrzebny z punktu widzenia ustawy Pzp, bywa praktykowany w obrocie gospodarczym i zabezpiecza wszystkie strony transakcji.

10. Prace związane z pozyskaniem drewna oraz zrywki drewna nie będzie więc wykonywać żaden zewnętrzny podmiot gospodarczy, w tym podmiot udostępniający zasoby, gdyż prace tę będą wykonywać dotychczasowi pracownicy Zgłaszającego przystąpienie oraz nowi „wypożyczeni” pracownicy zgłaszającego przystąpienie, którymi Zgłaszający przystąpienie będzie dysponował bezpośrednio poprzez łączącego go z nowymi pracownikami umowy o pracę. Na żadnym etapie realizacji zadania nie pojawia się więc *de facto* podwykonawca.

11. Na marginesie, wyjaśniam, że w odniesieniu do operatorów maszyn „udostępnionych” przez podmiot udostępniający zasoby Zgłaszający przystąpienie używał w wykazie usług określenia: „Zobowiązanie oddania do dyspozycji” ponieważ mylnie ujednolicił język biznesu z językiem ustawy Pzp.

12. Podobny tok rozumowania przyjmuje się również w orzecznictwie. Tytułem przykładu wskazuję wyrok Krajowej Izby Odwoławczej (...) KIO 2659/19: „Izba uznała, że referowane powyżej ustalenia zamawiającego należy uznać za co najmniej przedwczesne, ponieważ odwołujący w żadnym z postanowień swojej oferty, ani w żadnym z dokumentów załączonych do swojej oferty nie wskazywał, że podmiot trzeci udostępniający swoje zasoby, tj. M. będzie jego podwykonawcą, ani tym bardziej, że M. będzie realizował czynności, które zostały zastrzeżone przez zamawiającego do osobistej realizacji zamówienia przez wykonawców. W szczególności informacja taka nie była zawarta w ofercie, ani w zobowiązaniu o udostępnieniu zasobów przez M., które zostało załączone do oferty odwołującego. Ponadto pkt 10 formularza ofertowego, złożonego przez odwołującego, zawierał jednoznaczne stwierdzenie, że odwołujący nie zamierza korzystać przy realizacji zamówienia z pomocy podwykonawców. Tym samym Izba przyznała rację odwołującemu, iż nie wiadomo w jaki sposób zamawiający ustalił i przyjął, że odwołujący zamierza realizować kluczowe części zamówienia, zastrzeżone do osobistego wykonania przez wykonawcę, przy pomocy M. jako podwykonawcy. Istotnym było również to, że zamawiający nie zwracał się do odwołującego w trybie art. 87 ust. 1 ZamPublU o wyjaśnienie treści oferty, co wskazuje, że stanowisko zamawiającego oparte było jedynie na jego własnych założeniach”.

13. Mając na uwadze powyższe należy wskazać, że Zgłaszający przystąpienie w zakresie pozyskania drewna oraz zrywki drewna nie będzie korzystał z usług podwykonawców oraz podmiotu udostępniającego zasoby w rozumieniu ustawy Pzp, ponieważ wszystkimi operatorami maszyn Zgłaszający przystąpienie będzie dysponował bezpośrednio, tj. poprzez zawarcie z tymi osobami umów o pracę. W zakresie kluczowych części zamówienia Zgłaszający przystąpienie nie korzysta więc z podwykonawców.

III. SKUTEK EWENTUALNYCH UCHYBIEŃ

14. Jednocześnie z ostrożności procesowej wskazuje, że gdyby z jakichkolwiek powodów uznać, że na etapie postępowania powstały jakiegokolwiek uchybienia dotyczące

podmiotowych środków dowodowych Zgłaszającego przystąpienie (z czym jednak zgodzić się w żaden sposób nie można), to wskazuje, że skutkiem takiego stwierdzenia powinno być zgodnie z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp wezwanie Zgłaszającego przystąpienie odpowiednio do ich: poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie lub ewentualnie wezwanie do zastąpienia podmiotu udostępniającego zasoby innym podmiotem lub podmiotami albo wykazanie, że Zgłaszający przystąpienie samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu w trybie art. 122 ustawy Pzp.

15. W istocie bowiem niezgodność, o której pisze Odwołujący w odwołaniu, zachodzi pomiędzy podmiotowymi środkami dowodowymi a warunkami zamówienia, a nie pomiędzy ofertą a warunkami zamówienia. W ustawie Pzp brak jest podstawy prawnej dla odrzucenia oferty wykonawcy, którego złożone podmiotowe środki dowodowe są niezgodne z warunkami zamówienia, a który nie miał możliwości poprawić tych uchybień w trybie odpowiedniego przepisu ustawy Pzp.

16. Należy zwrócić uwagę, co również zauważył Odwołujący, że w ofercie Zgłaszającego przystąpienie nie znajduje się informacja o podwykonawcach. Zgłaszający przystąpienie w tym zakresie w swojej ofercie nie wskazał czy będzie korzystał czy nie będzie korzystał z usług podwykonawców. Zgłaszający przystąpienie nie złożył w tym zakresie odpowiedniego oświadczenia. Nie zachodzi więc sprzeczność pomiędzy treścią oferty, w której byłoby wskazane korzystanie z usług podwykonawców, a treścią SWZ, w której Zamawiający zastrzegł osobiste wykonanie kluczowych części zamówienia.

17. Jednocześnie na marginesie wskazuję, że jak przyjmuje się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, informacja o podwykonawcach wymagana przez Zamawiającego w formularzu ofertowym ma charakter wyłącznie informacyjny i brak wskazania tam informacji dotyczących podwykonawców nie stanowi niezgodności treści ofert z warunkami zamówienia lub innego uchybienia, które skutkowałoby bezpośrednim odrzuceniem oferty tego wykonawcy. Tytułem przykładu (...):

1) Wyrok KIO 947/20: „Podanie w ofercie nazw podwykonawców ma charakter informacyjny. W związku z czym brak podania w formularzu ofertowym informacji o podwykonawcach nie powoduje niezgodności treści oferty z treścią SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, bowiem treścią oferty jest skonkretyzowany w oparciu o informacje przedstawione przez zamawiającego w SWZ zakres zobowiązania jakie przyjmuje na siebie wykonawca. W związku z tym brak ich wskazania nie ma wpływu na decyzje podejmowane przez Zamawiającego”.

2) Wyrok KIO 1227/19: „Należy wskazać, iż skład orzekający Izby podziela przedstawione przez Zamawiającego stanowisko co do tego, iż brak wskazania w ofercie konkretnych podwykonawców nie stanowi o sprzeczności tej oferty z SIWZ”.

3) Wyrok KIO 234/17: „Regulacje podwykonawstwa w pkt XXXII SIWZ, wzór formularza oferty, postanowienia umowne w zakresie podwykonawstwa, przy uwzględnieniu specyfiki i rozmiaru zamówienia - wskazują jednoznacznie, że podwykonawstwo stanowiło ważną informację dla zamawiającego, której wymóg podania w ofercie wynika z SIWZ, jednak brak jest podstaw do przyznania oświadczeniu, czy jak w tym przypadku braku oświadczenia wykonawcy o treści żądanej w SIWZ - przymiotu treści oferty. Zatem brak podania w formularzu ofertowym żądanych informacji nie powoduje niezgodności treści oferty z treścią SIWZ w rozumieniu niezgodności tych dokumentów, o jakiej stanowi art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, skutkującej odrzuceniem oferty”.

4) Wyrok KIO 534/17: „Aby odrzucić ofertę w związku z brakiem podania nazw podwykonawców, Zamawiający musiałby tak ukształtować treść SIWZ, aby wskazanie nazw podwykonawców stanowiło treść oferty”.

18. Mając na uwadze powyższe nie sposób uznać by w jakimkolwiek wypadku wskazywane przez Odwołującego uchybienia (nawet gdyby były prawdziwe) powodowałyby bezpośrednio skutek odrzucenia oferty Zgłaszającego przystąpienie. Jak wskazuje sam Odwołujący ewentualna niezgodność, której doszukuje się Odwołujący, a która w niniejszym piśmie została zdementowana, dotyczy rozbieżności pomiędzy podmiotowymi środkami dowodowymi a warunkami zamówienia.

19. Wobec tego, Zgłaszający przystąpienie wskazuje, z daleko idącej ostrożności procesowej, że Izba w razie podzielenie argumentacji Odwołującego (która jednak jest błędna) powinna nakazać Zamawiającemu wezwanie Zgłaszającego przystąpienie do poprawy podmiotowych środków dowodowych w trybie art. 122 lub 128 ust. 1 ustawy Pzp.

20. Już na tym etapie Zgłaszający przystąpienie wskazuje, że – niezależnie od pracowników zatrudnionych na chwilę obecną przez podmiot udostępniający Lastech, a co do których podmiot udostępniający Lastech wyraził zgodę na zawarcie bezpośredniej umowy ze Zgłaszającym przystąpienie – Zgłaszający przystąpienie dysponuje również bezpośrednio swoimi zatrudnionymi wcześniej pracownikami, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu i mogą być zaangażowani do realizacji zamówienia. Dowód: Wykaz osób [załącznik numer 2 do niniejszego pisma] - na okoliczność ustalenia, że Zgłaszający przystąpienie dysponuje też własnymi pracownikami spełniającymi warunki udziału w postępowaniu (niezależnie od pracowników zatrudnionych na chwilę obecną przez podmiot udostępniający Lastech, a co do których podmiot udostępniający Lastech wyraził zgodę na zawarcie bezpośredniej umowy ze Zgłaszającym przystąpienie).

IV. BRAK KONIECZNOŚCI UDZIAŁU PODWYKONAWCÓW W PRZYPADKU UDOSTĘPNIENIA ZASOBÓW

21. Niezależnie od całej przytoczonej wyżej argumentacji wskazuje, że nawet gdyby Zgłaszający przystąpienie korzystał z zasobów podmiotu trzeciego (choć jak wskazano wcześniej jest do de facto zasób własny), to i tak nie stoi to w sprzeczności z zastrzeżeniem osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych części zamówienia. Należy bowiem wyraźnie odróżnić pojęcie podwykonawcy od pojęcia podmiotu udostępniającego zasoby. Jak wskazuje się w doktrynie: „po to są użyczane zasoby podmiotów trzecich, aby wykonawcy, którym te zasoby są udostępniane, mieli prawo angażowania podmiotu trzeciego do całości robót, w tym również robót kluczowych (...) Z kolei J. Pawelec (w: J. Pawelec, Dyrektywa 2014/23/UE, art. 63, Nb 15) wskazuje, że (...) zastrzeżenie obowiązku osobistego wykonania nie oznacza, iż z postępowania wyłączone byłyby podmioty w ogóle nieposiadające doświadczeń (na przykład spółki celowe). Zdaniem tego autora możliwe jest bowiem, że wykonawca pozyskuje wiedzę i doświadczenia niezbędne do realizacji kluczowych elementów zamówienia dzięki wsparciu udzielanemu przez podmioty trzecie, np. w ramach świadczonych usług doradczych bądź poprzez przejęcie (udostępnienie) kluczowego personelu” (...).

22. Podobne stanowisko prezentowane jest w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. Tytułem przykładu wskazuję wyrok KIO 1857/17 „Użyty w SIWZ (Rozdz. XII pkt 1) i art. 36a ZamPublU w kontekście art. 22a ZamPublU zwrot „osobiste wykonanie przez wykonawcę” należy odnosić jako zakaz do zlecania podwykonawcy a nie do powierzania podmiotowi trzeciemu” zrealizowania robót budowlanych lub usług, do realizacji których te zdolności są wymagane”. W przeciwnym wypadku zamawiający mogliby skutecznie ograniczać udostępnianie zasobów przez podmioty trzecie do określonych w SIWZ kluczowych części zamówienia na roboty budowlane a takie prawo do ograniczania powoływania się na cudze zasoby nie wynika z ustawy”.

23. Po drugie, jak wskazano wyżej, z treści oferty oraz zobowiązania do udostępnienia zasobów nie wynika by podmiot udostępniający zasoby był podwykonawcą podczas realizacji zamówienia (co pozostaje w zgodzie z wcześniejszymi wyjaśnieniami, że podmiot trzeci jedynie pozwoli na oddanie swoich pracowników do bezpośredniej dyspozycji Zgłaszającemu przystąpienie). Podmiot udostępniający zasoby nie będzie więc podwykonawcą podczas realizacji umowy. Zwłaszcza, że z treści art. 118 ust. 2 ustawy Pzp nie wynika by podmiot udostępniający zdolność w postaci pracowników musiał wykonać te roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.

V. PODSUMOWANIE

24. Zgłaszający przystąpienie realizując zadanie numer 3 nie będzie więc korzystał z podmiotu udostępniającego zasoby w rozumieniu ustawy Pzp, ponieważ pracownikami „udostępnionymi” przez podmiot trzeci będzie dysponował bezpośrednio. Zgłaszający przystąpienie realizując zadanie numer 3 nie będzie więc korzystał z podwykonawców w

zakresie kluczowych części zamówienia polegających na pozyskaniu drewna oraz zrywki drewna, co stoi w zgodzie ze złożoną ofertą.

25. Z ostrożności procesowej wskazuję, że gdyby Izba uznała, że zaszły jakieś nieprawidłowości związane z spełnieniem warunków udziału w postępowaniu lub podmiotowymi środkami dowodowymi to skutkiem stwierdzenia takich uchybień powinno być nakazanie Zamawiającemu wezwania Zgłaszającego przystąpienie do odpowiednich działań wskazanych w art. 128 ust. 1 lub art. 122 ustawy Pzp.

26. Z ostrożności procesowej wskazuję, że gdyby Izba uznała, że doszło do udostępnienia zasobów w rozumieniu ustawy Pzp to wówczas z żadnego przepisu ustawy Pzp oraz oferty Zgłaszającego przystąpienie nie wynika by podmiot trzeci miał być podwykonawcą podczas realizacji zamówienia. W takiej sytuacji Izba powinna również co najwyżej nakazać Zamawiającemu wezwać Zgłaszającego przystąpienie do odpowiednich działań wskazanych w art. 128 ust. 1 lub art. 122 ustawy Pzp.

Izba ustaliła i zważyła co następuje:

W odwołaniu podniesiony został zarzut naruszenia (...) przepisu art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w zw. z art. 121 pkt 1 ustawy PZP w zw. z art. 118 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy PZP w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp, poprzez brak odrzucenia oferty Konsorcjum z uwagi na fakt, że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, w których Zamawiający zastrzegł obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych zadań dotyczących pozyskania drewna oraz zrywki drewna, a mimo to Konsorcjum w zakresie realizacji kluczowych zadań zaoferowało wykonawstwo z powołaniem się na udostępnione zasoby podmiotu trzeciego, który musiałby realizować ten zakres jako podwykonawca, co w konsekwencji doprowadziło do udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy PZP w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców”.

Zarzut ten – niezgodności treści oferty Konsorcjum (Zakład Usług Leśnych M.K., Colibers A.K. z siedzibą w Żernikach) ze specyfikacją – wykonawca oparł na następujących okolicznościach, które w uzasadnieniu odwołania podnosi odpowiednio (w punktach):

- w pkt 8: sprzeczność między treścią oferty, a treścią oświadczenia zawartego w JEDZ Konsorcjum, która u Zamawiającego nie wzbudziła żadnej wątpliwości;
- w pkt 9: zastrzeżenie przez Zamawiającego w SWZ obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych zadań dotyczących pozyskania drewna oraz zrywki drewna — w części III SWZ pkt 17;

- w pkt 10: przedstawienie przez Konsorcjum zobowiązania podmiotu trzeciego, tj. Przedsiębiorstwa Usług Leśnych Lastech Sp. z o.o. do oddania do dyspozycji Konsorcjum niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia, które dotyczy: udostępnienia zasobów w postaci dwóch pracowników - operatorów maszyny leśnej z wymaganymi uprawnieniami;
- w pkt 11 i pkt 12: wskazanie przez Przedsiębiorstwo Usług Leśnych Lastech Sp. z o.o. (wykonawca Lastech) w zobowiązaniu jako sposób wykorzystania tych zasobów przez Konsorcjum przy wykonywaniu zamówienia, obsługę maszyn leśnych przez udostępnianych operatorów maszyn, co ma dowodzić, że Konsorcjum nie posiada potencjału do zrealizowania kluczowych zadań, zastrzeżonych przez Zamawiającego.

Izba, uwzględniając podstawy prawne i faktyczne podnoszonego zarzutu, nie podzieliła stanowiska Zamawiającego, co do przedwczesności zarzutów. Sformułowany w odwołaniu kluczowy zarzut dotyczy podstaw odrzucenia oferty Przystępującego z powodu jej *niezgodności z warunkami zamówienia (art. 226 ust.1 pkt 5 Pzp)*, a nie z warunkami podmiotowymi i czynnością wezwania wykonawcy Przystępującego (Konsorcjum: Zakład Usług Leśnych M.K., Colibers A.K. z siedzibą w Żernikach) do złożenia podmiotowych środków dowodowych w trybie art. 274 ust. 1 ustawy Pzp celem potwierdzenia (przez wykonawcę którego oferta uzyskała najwyższą liczbę punktów) wymaganych w postępowaniu warunków. Izba także stwierdza, że podnoszony odwołaniu zarzut powołuje konkretną czynność Zamawiającego podjętą zdaniem Odwołującego z naruszeniem przepis prawa i wykonawca w odwołaniu określił – jak powyżej cytowano - sposób jego naruszenia.

Rozstrzygając zatem, co do podnoszonego zarzutu Izba miała na uwadze, że wskazane w zakresie tego zarzutu przepisy stanowią:

1) art. 226 ust.1 pkt 5 Pzp:

„Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...)

5) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia; (...)

2) art. 121 pkt 1 Pzp:

„ Zamawiający może zastrzec obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych zadań dotyczących: 1) zamówień na roboty budowlane lub usługi lub (...)

3) art. 118 ust.2 Pzp:

„2. W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonają roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane”.

Zgodnie z rozdziałem III pkt 1 – 3 i 6 SWZ :

„1. Przedmiotem zamówienia są usługi z zakresu gospodarki leśnej zgodnie z art. 6 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 28 września 1991 r. o lasach obejmujące prace z zakresu hodowli i ochrony lasu, ochrony przeciwpożarowej, pozyskania i zrywki drewna, zagospodarowania turystycznego, doświadczalnictwa i dydaktyki, do wykonania na terenie Nadleśnictwa Doświadczalnego Zielonka.

2. Zakres rzeczowy przedmiotu zamówienia obejmuje sumaryczne ilości prac z zakresu hodowli i ochrony lasu, ochrony przeciwpożarowej, pozyskania i zrywki drewna, zagospodarowania turystycznego, doświadczalnictwa i dydaktyki.

3. Szczegółowy opis prac (czynności) wchodzących w skład przedmiotu zamówienia, oraz szczegółowy opis wykonywania poszczególnych prac (czynności) wchodzących w skład przedmiotu zamówienia, zawarty został w Opisie Przedmiot Zamówienia stanowiącym załącznik nr 7 do SWZ.

(...)

6. Zamawiający dokonuje podziału zamówienia na następujące części:

- Zadanie nr 1 – Leśnictwo Doświadczalne Kamińsko*
- Zadanie nr 2 – Leśnictwo Doświadczalne Potasze*
- Zadanie nr 3 – Leśnictwo Doświadczalne Stęszewko*

Zamawiający dopuszcza możliwość składania ofert częściowych na wybrane lub wszystkie części zamówienia”.

Zgodnie z kolei z punktem 17 w rozdziale III pkt 17 SWZ:

„17. Zamawiający – stosowanie do treści art. 121 ustawy Pzp - Zamawiający zastrzega obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych zadań dotyczących:

- pozyskania drewna,*
- zrywki drewna”.*

Te kluczowe części zamówienia zostały także zdefiniowane w załączniku do SWZ: w lit. A i B Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia.

Z kolei w rozdziale V odnoszącym się do podwykonawstwa Zamawiający m. in. w pkt 1 i 4 wskazał:

„1. Wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy (podwykonawcom).

2. Zamawiający wymaga, aby w przypadku powierzenia części zamówienia podwykonawcom, wykonawca wskazał w ofercie części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom oraz podał (o ile są mu wiadome na tym etapie) nazwy (firmy) tych podwykonawców”.

W myśl natomiast rozdziału VII (Warunki udziału w postępowaniu) – w zakresie spornym i mającym wpływ na rozstrzygnięcie:

„1. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu (na zasadach określonych w rozdziale VIII SWZ) oraz spełniają niżej określone warunki udziału w postępowaniu:

(...)

4) zdolności technicznej lub zawodowej:

Wykonawca spełni warunek, jeżeli:

a) wykaze, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie:

- zrealizował lub realizuje (przy czym w tym przypadku będzie uwzględniana wartość zrealizowanej części przedmiotu umowy) należycie, na podstawie jednej lub większej ilości umów, usługi z zakresu gospodarki leśnej o łącznej wartości nie mniejszej niż 2 000 000,00 zł brutto polegające na wykonywaniu prac obejmujących pozyskania i zrywki drewna,

b) wykaze, że dysponuje odpowiednimi do przedmiotu zamówienia narzędziami, tj.:

- co najmniej 1 szt. maszyny leśnej typu harwester-zrębowy (rok produkcji nie wcześniejszy niż 5 lat przed upływem terminu składania ofert)

- co najmniej 1 szt. ciągnika zrywkowego lub ciągnika przystosowanego do zrywki drewna (forwarder) - (rok produkcji nie wcześniejszy niż 5 lat przed upływem terminu składania ofert)

- co najmniej 1 szt. maszyny leśnej typu harwester-trzebieżowy (rok produkcji nie wcześniejszy niż 5 lat przed upływem terminu składania ofert)

W przypadku gdy wykonawca składa ofertę na dwa lub trzy zadania wówczas powinien wykazać dysponowaniem po dwie maszyny z każdego rodzaju określonego powyżej.

c) wykaze, że dysponuje wykwalifikowanymi osobami, które zostaną skierowane do realizacji zamówienia, tj.:

- co najmniej 2 osobami, 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 lub posiadające odpowiadające im uprawnienia wydane na podstawie poprzednio obowiązujących przepisów albo odpowiadające im uprawnienia wydane w innych Państwach Członkowskich Unii Europejskiej, dla każdej części, na którą Wykonawca składa ofertę.

- co najmniej 1 osobą nadzoru z wykształceniem leśnym wyższym, leśnym średnim lub posiadającymi dyplom ukończenia studium zawodowego świadczenia usług na rzecz leśnictwa; niezależnie od ilości części, na które Wykonawca składa ofertę;

- co najmniej 3 osobami posiadającymi uprawnienia operatora maszyn leśnych posiadającymi co najmniej 5-letni staż zawodowy (doświadczenie w wykonywaniu zadań pozyskiwania surowca drzewnego i innych produktów leśnych, wykonywania zabiegów stosowanych w gospodarce leśnej; prowadzenia i obsługi ciągnika wraz z urządzeniami doczepianymi i podwieszanymi; obsługiwania i konserwacji maszyn i urządzeń stosowanych do prac leśnych), niezależnie od ilości części, na które Wykonawca składa ofertę.

(...)

W stanie faktycznym tej sprawy oferent - Konsorcjum: Zakład Usług Leśnych M.K., Colibers A.K. z siedzibą w Żernikach w JEDZ w Sekcji C odnoszącej się do podmiotu udostępniającego zasoby (zarówno lider jak i partner) podał, że (...) wykonawca polega na zdolności innych podmiotów w celu spełnienia kryteriów kwalifikacji (...) zaznaczając okienko: TAK

Z dokumentacji sprawy wynika, że złożono trzy zobowiązania według wzoru – załącznik nr 6 do SWZ - „Zobowiązanie innego podmiotu do oddania do dyspozycji Wykonawcy/ Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie* niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia o nazwie: usługi z zakresu gospodarki leśnej w Nadleśnictwie Doświadczalnym Zielonka na lata 2023-2024”.

Takie zobowiązanie złożyła firma: (1) Przedsiębiorstwo Usług Leśnych Lastech Sp. z o.o. (...); (2) Zakład Usług Leśnych „ZUL” Julita Sudoł; (3) Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe TECH-MECH-LAS Zdzisław Sudoł.

Pierwsza z firm Lastech wskazała na udostępnienie zasobów w postaci dwóch pracowników – operatorów, a druga (ZUL Julita Sudoł) i trzecia (TECH-MECH-LAS Zdzisław Sudoł) – maszyn, które obsługiwać mają operatorzy. W każdym z tych zobowiązań wskazano na pozostawienie do dyspozycji Konsorcjum - na umowę – jako charakter stosunku jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem.

Zgodnie z Instrukcją do Sekcji C Konsorcjum przedłożyło JEDZ dla każdego z tych podmiotów. Według instrukcji:(...) dla każdego z podmiotów, których to dotyczy – odrębny formularz jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia zawierający informacje wymagane w niniejszej części sekcja A i B oraz w części III, należy wypełniony i podpisany przez dane podmioty. Należy zauważyć, że dotyczy to również wszystkich pracowników technicznych lub służb technicznych, nienależących bezpośrednio do przedsiębiorstwa danego wykonawcy, w szczególności tych odpowiedzialnych za kontrolę jakości, a w przypadku zamówień publicznych na roboty budowlane – tych, do których wykonawca będzie mógł się zwrócić o wykonanie robót budowlanych. O ile ma to

znaczenie dla określonych zdolności, na których polega wykonawca, proszę dołączyć – dla każdego z podmiotów, których to dotyczy – informacje wymagane w częściach IV i V12”

Tylko pierwsze z zobowiązań jest kwestionowane w perspektywie podnoszonego zarzutu – braku możliwości powierzenia podwykonawcy wykonania wskazanych dwóch kluczowych części zamówienia według pkt 17 rozdziału III SWZ.

Izba zwraca także uwagę, że w JEDZ tylko Sekcja C dotyczy tzw. podmiotu 3: „*C: INFORMACJE NA TEMAT POLEGANIA NA ZDOLNOŚCI INNYCH PODMIOTÓW*
Zależność od innych podmiotów: 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?”

Wskazywana przez Odwołującego w JEDZ Sekcja D dotyczy innego zagadnienia, a mianowicie Podwykonawcy [*D: INFORMACJE DOTYCZĄCE PODWYKONAWCÓW, NA KTÓRYCH ZDOLNOŚCI WYKONAWCA NIE POLEGA*
Podwykonawstwo: Czy wykonawca zamierza zlecić osobom trzecim podwykonawstwo jakiegokolwiek części zamówienia?]

Przystępujący wykonawca – jak wynika z dokumentacji - dysponuje niezbędnym zarówno doświadczeniem, jak i wiedzą dotyczącą wykonywania tego rodzaju usług, które zostały określone SWZ, samodzielnie wykazał spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenie w realizacji podobnych usług, o którym stanowi art. 112 ust.2 pkt 2 Pzp i do którego nawiązuje art. 118 ust. 1 ustawy Pzp. Przepis art. 118 ust.1 Pzp nawiązuje też do art. 112 ust. 2 w pkt 4), który odnosi się do zdolności technicznych lub zawodowych podmiotów udostępniających zasoby, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków prawnych. Niewątpliwie norma prawna zawarta w tym przepisie odnosi się wprost do warunków udziału (lub raczej ich grup) zdefiniowanych w sposób ogólny we wskazywanym art. 112 ust. 2 pkt 4 Pzp, który stanowi: „2. *Warunki udziału w postępowaniu mogą dotyczyć: (...) 4) zdolności technicznej lub zawodowej.*”. Z kolei przepis art. 118 ust. 2 (którego dotyczy zarzut) posługując się odmienną terminologią, zawiera regulację w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy. Zatem można – jak to interpretuje Zamawiający inaczej niż Odwołujący - dostrzeżyć, że ustawodawca zawęził obowiązek wykonania usług czy robót w stosunku do niektórych warunków zamówienia. Izba zwraca uwagę na wyrok SO w Szczecinie z dnia 7 marca 2018 r., w którym Sąd Okręgowy wskazał m.in. na uzasadnione obowiązywanie reguły interpretacyjnej na korzyść wykonawcy w związku z regułą

przejrzystości wynikającą z ustawy Pzp (aktualnie: art. 16), która nie pozwala na wyciąganie negatywnych konsekwencji wobec wykonawcy wskutek niedopełnienia przez niego obowiązku, który nie wynika wyraźnie, w tym przypadku, z obowiązujących przepisów prawa krajowego, ale z wykładni tych przepisów.

Niewątpliwie w przypadku robót budowlanych i usług w sytuacji regulowanej art. 121 Pzp udostępnienie przez podmiot trzeci wiedzy i doświadczenia, jedynym możliwym realnym sposobem skorzystania przez wykonawcę z przymiotów innego podmiotu jest wykonanie części zamówienia w charakterze podwykonawcy. Natomiast mając na uwadze dyspozycję normy z art. 118 ust. 2 ustawy Pzp, w zakresie potencjału technicznego i osobowego praktyczny i realny sposób udostępnienia może być – o ile nie zastrzeżono tego inaczej w SWZ - postrzegany odmiennie od doświadczenia oraz wiedzy innego podmiotu. Zatem w tym przypadku wykonawca może pozyskać na podstawie określonego stosunku prawnego prawo do dysponowania (posługiwania się) określonym narzędziem czy też pracownikiem w celu wykonania zamówienia.

Jednocześnie Izba stwierdza, że w jej w ocenie, Konsorcjum w tym stanie faktycznym, tej sprawy, wykazało realne dysponowania operatorami, albowiem Konsorcjum w okresie realizacji zamówienia, uwzględniając art. 174 (1) Kodeksu Pracy, będzie dysponowało zasobami na takiej samej zasadzie jak dysponuje się „własnymi zasobami”, a więc tak jak własnymi pracownikami (personelem). Podobnie wskazanymi narzędziami, co wynika z wyjaśnień Zamawiającego i Przystępującego. W tym przypadku Konsorcjum zatrudni na podstawie umowy o pracę „udostępnione” przez podmiot trzeci osoby, a zatem będzie dysponowało nimi bezpośrednio. Powyższe potwierdził w oświadczeniu podmiotu udostępniający zasoby - Lastech, podając, że „udostępnienie” operatorów maszyn będzie polegało na ich bezpośrednim zatrudnieniu przez Konsorcjum, deklarując w ten sposób, jak wskazywał Przystępujący, że pracodawca operatorów maszyn (podmiot udostępniający zasoby) umożliwi wskazanym pracownikom zawarcie umów - zobowiązań na czas realizacji przedmiotowego zamówienia.

Izba zwraca uwagę, że w odniesieniu do udostępniania potencjału w zakresie wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia ustawa Pzp w art. 118 ust. 3 wymaga, aby: (...) *zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji danego zamówienia lub inny podmiotowy środek dowodowy (...) potwierdzał, (...) że wykonawca realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów*”. Niewątpliwie przepis art. 118 Pzp nie dotyczy tzw. „zwykłego podwykonawstwa” o którym stanowi art. 462 ust.1 Pzp, albowiem tylko w niektórych przypadkach (nie we wszystkich) musi się łączyć z

powierzeniem realizacji części zamówienia podmiotowi trzeciemu w charakterze podwykonawcy. W art. 118 Pzp wymóg wykonania części zamówienia, z którymi wiąże się udostępniany zasób, można także rozumieć jako obowiązek zrealizowania części zamówienia przy udziale wykonawcy, przykładowo poprzez oddelegowanie przez podmiot trzeci - jak w tej sprawie - swoich pracowników wraz z niezbędnym know-how do bezpośredniej realizacji zamówienia.

Izba w konkluzji uznając niezasadność podnoszonego w odwołaniu zarzutu dotyczącego podstaw odrzucenia oferty Konsorcjum wskazuje dodatkowo na art. 122 Pzp w myśl którego: *„Jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe, sytuacja ekonomiczna lub finansowa podmiotu udostępniającego zasoby nie potwierdzają spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, zamawiający żąda, aby wykonawca w terminie określonym przez zamawiającego zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami albo wykazał, że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu”*.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz uwzględniając przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020r. poz. 2437). Izba w tej sprawie nie uwzględniła wniosku Zamawiającego o zasądzenie na jego rzecz kosztów dojazdu w kwocie 657,04 zł, których kalkulacja została przedstawiona w spisie kosztów. Jako podstawę ich ustalenia wskazano na rozporządzenie 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. Zgodnie z punktem 2 § 5 powołanego rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (rozporządzenie Pzp): *„Do kosztów postępowania odwoławczego, zwanych dalej „kosztami”, zalicza się: (...) 2) uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego, a w okolicznościach, o których mowa odpowiednio w § 7 ust. 2 pkt 2 i 3, ust. 3 i 4, § 8 ust. 2 pkt 2 i 3 oraz § 9 ust. 1 pkt 3 lit. b i pkt 4, koszty uczestnika postępowania odwoławczego, który przystąpił po stronie zamawiającego i wniósł sprzeciw, w wysokości określonej na podstawie rachunków lub spisu kosztów, złożonych do akt sprawy, obejmujące: a) koszty związane z dojazdem na wyznaczone posiedzenie lub rozprawę, (...)*. Przepisy Pzp nie wskazują w tym zakresie na przepisy powoływane przez wnioskodawcę rozporządzenia w sprawie należności przysługujących pracownikowi zatrudnionemu w państwowej lub samorządowej

jednostce sfery budżetowej z tytułu podróży służbowej. Wymagany jest według rozporządzenia Pzp spis kosztów, który w tej sprawie nie został przedłożony, co uniemożliwiało Izbie ocenę zasadności wnioskowanych wydatków poniesionych w związku z dojazdem. W tym przypadku Izba miała również na uwadze – odpowiednio - stanowisko Sądu Najwyższego wyrażone w uchwale (uchwała SN z 29.6.2016 r., III CZP 26/16) w zakresie art. 98 § 1 KPC. W tej uchwale SN podał: *„Kosztami przejazdu do sądu pełnomocnika będącego adwokatem lub radcą prawnym - jeżeli ich poniesienie było niezbędne i celowe w rozumieniu art. 98 § 1 k.p.c. - są koszty rzeczywiście poniesione”*. Co do metody ustalania SN m.in. wskazał, że rozporządzenie dotyczące podróży służbowych może (...) *mieć zastosowanie do radców prawnych w relacjach z pracodawcą, jeżeli radca prawny, zatrudniony na podstawie umowy o pracę, wykonuje obsługę prawną swego pracodawcy (art. 8 ust. 1 ustawy z dnia 6 lipca 1982 r. o radcach prawnych, jedn. tekst: Dz.U. z 2015 r., poz. 507). Zasady ustalania kosztów i rozliczeń przewidzianych w tych rozporządzeniach nie mogą być jednak przenoszone na grunt postępowania cywilnego”*. Tym samym podobnie, nie ma podstaw do stosowania według rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego (...) automatyzmu z rozporządzenia dotyczącego podróży służbowych dla ustalania przez Krajową Izbę Odwoławczą - na gruncie postępowania odwoławczego - kosztów przejazdu pełnomocnika strony w oderwaniu od kosztów poniesionych w rzeczywistości, a zatem kosztów uzasadnionych.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

.....