

WYROK
z dnia 12 lutego 2016 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kawa

Protokolant: Aneta Górniak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 lutego 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 stycznia 2016r. przez **Odwolującego** – Przedsiębiorstwo Usługowo - Handlowe KOPBUD B.R. Berest 90, 33-380 Krynica Zdrój , w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego** – Nadleśnictwo Nawojowa, Nawojowa 229, 33-335 Nawojowa

orzeka:

1. oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego - Przedsiębiorstwo Usługowo - Handlowe KOPBUD B.R. Berest 90, 33-380 Krynica Zdrój i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego Przedsiębiorstwo Usługowo - Handlowe KOPBUD B.R. Berest 90, 33-380 Krynica Zdrój, tytułem wpisu od odwołania,

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Nowym Sączu**.

Przewodniczący:

1

UZASADNIENIE

Nadleśnictwo Nawojowa, 33-335 Nawojowa 229, dalej zwane także „Zamawiającym” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „*Usługi z zakresu gospodarki leśnej w Nadleśnictwie Nawojowa w latach 2016-2019*”.

Zamówienie zostało podzielone na 13 części, każdy z wykonawców mógł złożyć ofertę na więcej niż jedna część.

W dniu 20 stycznia Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty na część 6 - usługi z zakresu gospodarki leśnej - Leśnictwo Kotów. Za najkorzystniejszą została uznana oferta złożona przez Zakład Usługowo- Handlowy B.A.z siedzibą we Frycowej nr 283. Równocześnie Zamawiający poinformował, że wykluczył z postępowania wykonawcę Przedsiębiorstwo Usługowo - Handlowe KOPBUD B.R. Berest 90, 33-380 Krynica Zdrój oraz odrzucił złożoną przez tego wykonawcę ofertę. Wykonawca ten, dalej zwany także „Odwolującym” w dniu 29 stycznia 2016 roku wniósł od powyższej czynności Zamawiającego odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

We wniesionym odwołaniu zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1/ art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy prawo zamówień publicznych poprzez nieustatkiwne wykluczenie oferty B.R. z przetargu nieograniczonego pod nazwą „Usługi z zakresu gospodarki leśnej w Nadleśnictwie Nawojowa w latach 2016-2019” części nr 6 leśnictwa Kotów z uwagi na niespełnienie warunku udziału w przetargu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia, w sytuacji gdy skarżąca uzyskała pisemne zobowiązanie Ł.B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Usługi Leśne i przewozowe Ł.B. z siedzibą w Tyliczu, że zgodnie art. 26 ust. 2b ustawy prawo zamówień publicznych, w przetargu pod nazwą „Usługi z zakresu gospodarki leśnej w Nadleśnictwie Nawojowa w latach 2016-2019” może ona polegać na jego wiedzy i doświadczeniu przy wykonywaniu usług z zakresu gospodarki

leśnej oraz przedstawiła pisemne umowy użyczenia koni i pił łańcuchowych i z tego powodu spełniła wymaganie zawarte w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie wiedzy i doświadczenia oraz wymaganych zasobów;

2/ art. 91 ust. 1 ustawy prawo zamówień publicznych poprzez wybór oferty Zakładu Usługowo-Handlowego B.A. z siedzibą w Frycowej, która nie była najkorzystniejsza, przy założeniu, że oferta B.R. nie powinna zostać wykluczona z przetargu, przy uwzględnieniu kryteriów oceny, jest korzystniejsza od oferty wybranej.

Podnosząc powyższe zarzuty wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na *wykluczeniu oferty B.R.* z postępowania przetargowego, zasądzenie na rzecz Odwołującej kosztów postępowania wg norm

2

przepisanych wraz z kosztami zastępstwa adwokackiego oraz wniósł o przeprowadzenie dowodu z przesłuchania strony i świadków.

Uzasadniając zarzut niezasadnego wykluczenia Odwołującego z postępowania podano, że jednym z warunków uczestnictwa w przetargu było wykazanie się posiadaniem wiedzy i doświadczenia w zakresie usług gospodarki leśnej polegającego na wykonaniu w okresie 3 lat przed ogłoszeniem przetargu, usług z zakresu gospodarki leśnej o wartości co najmniej 450.000 zł. Firma Odwołującej w okresie 3 lat przed ogłoszeniem przetargu wykonywała w ramach swojej działalności gospodarczej usługi z zakresu gospodarki leśnej, lecz wartość tych usług była niższa, niż wskazana w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Dlatego też celem wykazania spełniania przedmiotowego warunku Odwołujący działając w oparciu o art. 26 ust. 2b ustawy prawo zamówień publicznych oparł się na wymaganej wiedzy i doświadczeniu jakie posiada w zakresie gospodarki leśnej inny przedsiębiorca tj. Ł.B., który prowadzi działalność gospodarczą pod firmą Usługi Leśne i Przewozowe Ł.B. z siedzibą w Tyliczu.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z możliwością jaką daje przepis art. 26 ust. 2b ustawy prawo zamówień publicznych B.R. uzyskała od Ł.B. pisemne zobowiązanie, że przy realizacji zadań z zakresu gospodarki leśnej będzie mogła polegać na jego wiedzy i doświadczeniu. Oświadczenie to zostało dołączone wraz z innymi dokumentami do oferty złożonej przez B.R. w przedmiotowym przetargu.

Zamawiający, Nadleśnictwo Nawojowa trzykrotnie wzywał B.R. do złożenia wyjaśnień w sprawie w zakresie podstawy i możliwości dysponowania sprzętem i zwierzętami niezbędnymi do wykonywania zadań z zakresu gospodarki leśnej oraz do wyjaśnienia jaki stosunek prawny będzie łączył ją oraz przedsiębiorcę udzielającego jej wiedzy i doświadczenia w tym przetargu.

Skarżąca trzykrotnie opowiadała na wezwania Zamawiającego szczegółowo wyjaśniając, że z Ł.B. łączy ją ustna umowa, że w przypadku wygrania przez nią przetargu na wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej w Nadleśnictwie Nawojowa w części nr 6, w leśnictwie Kotów, Ł.B. przez cały okres wykonywania zamówienia przez Odwołującą, będzie wspomagał ją wiedzą poprzez nadzór, doradztwo i przekazywanie niezbędnych instrukcji co do sposobu wykonywania poszczególnych czynności. Współuczestnictwo Ł.B. w wykonaniu zadań z przetargu miało polegać na jego merytorycznym nadzorze nad prowadzonymi pracami.

Zobowiązanie współuczestnictwa w wykonywaniu prac objętych przetargiem Ł.B. potwierdził w formie pisemnego oświadczenia, które zostało dołączone do dokumentacji przetargowej.

Pomimo złożonych przez B.R. obszernych wyjaśnień, potwierdzonych dokumentami, Zamawiający na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 *wykluczył ofertę B.R.* uznając, że nie spełnia

3

warunków udziału w przetargu w zakresie wiedzy i doświadczenia. Zamawiający podał, że wyjaśnienia B.R. nie przekonały go, że będzie ona dysponowała zasobami podmiotów użyczających w okresie realizacji zadania. Wobec tego czynność wykluczenia Odwołującego z postępowania jest niezasadna, gdyż Zamawiający nie ma prawa w sposób dowolny odmówić wiarygodności dokumentów jakie zostały złożone do przetargu, a mianowicie podpisanemu przez Ł.B. oświadczeniu o możliwości polegania na jego wiedzy i doświadczeniu oraz pisemnych umów użyczenia koni i sprzętu, które miały być wykorzystane przy realizacji zadań objętych przetargiem. Nadto podniósł, że w specyfikacji

istotnych warunków zamówienia brak było informacji, że dla wykazania spełnienia warunków uczestnictwa w przetargu konieczne jest dysponowanie umowami zawartymi z podmiotami współuczestniczącymi w wykonywaniu zadań, w formie pisemnej.

Rekapitulując powyższe wywody Odwołujący stwierdził, że Zamawiający w sposób nieuzasadniony i bezpodstawny uznał, że Odwołujący nie spełnia warunków uczestnictwa w przetargu w zakresie wiedzy i doświadczenia i *niezasadnie wykluczył jej ofertę z przetargu*.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie. Wskazał między innymi na fakt, że w rozdziale nr 8 SIWZ opisującym warunki udziału w postępowaniu Zamawiający określił, że wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia, zdolnościach finansowych lub ekonomicznych innych podmiotów na zasadzie określonej w art. 26 ust. 2 b Pzp. Dla ułatwienia przedłożenia takiego zobowiązania, a w szczególności dla zawarcia w nim wszystkich niezbędnych elementów umożliwiających Zamawiającemu ocenę takiego zobowiązania, Zamawiający jako załącznik do SIWZ zamieścił wzór takiego zobowiązania.

Odwołujący w tym postępowaniu złożył niekompletną ofertę, gdyż brakowało w niej dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunku posiadania wiedzy i doświadczenia. Wobec tego Zamawiający wezwał wykonawcę do ich złożenia. W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp wykonawca przedłożył zobowiązanie podmiotu udostępniającego mu swoje zasoby na druku sporządzonym przez siebie, który był bardzo lakoniczny i nie dawał możliwości Zamawiającemu stwierdzenia, czy wykonawca będzie realnie dysponował zasobami innych podmiotów. Ponadto ze złożonego zobowiązania nie wynikało do jakiej części zamówienia (zamówienie było podzielone na 13 części) i na jaki okres podmiot trzeci udostępni swoje zasoby w zakresie wiedzy i doświadczenia.

Zamawiający wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień i w odpowiedzi na to wezwanie Odwołujący podał, że z podmiotami udostępniającymi mu swoje zasoby do wykonania zadania łączą go umowy ustne bez przedstawienia ich treści oraz załączył sporządzone przez siebie załączniki do zobowiązań innych podmiotów w zakresie potencjału technicznego. Zamawiający uznał, że wykonawca nie jest uprawniony do sporządzenia załączników, do zobowiązań innych podmiotów ponieważ nie były one poparte żadnym

4

upoważnieniem z ich strony i wezwał ponownie wykonawcę do złożenia wyjaśnień.

Wykonawca w odpowiedzi przedłożył umowy użyczenia potencjału technicznego przez co udowodnił Zamawiającemu, że realnie będzie nim dysponował przy wykonaniu zadania.

W odniesieniu do potrzeby udowodnienia Zamawiającemu, że wykonawca realnie będzie dysponował potencjałem firmy Usługi Leśne i Przewozowe Ł.B. w zakresie warunku udziału wiedzy i doświadczenia, Zamawiający stwierdził, że złożonymi wyjaśnieniami wykonawca nie wykazał, że będzie realnie dysponował tymi zasobami, ponieważ podmiot udostępniający nadal nie określił do jakiej części zamówienia udostępni swoje zasoby, na jaki okres i w jaki sposób będzie uczestniczył w wykonywaniu zadania. Ponadto Odwołujący nadal uchylał się od przedstawienia na piśmie treści rzekomej umowy ustnej wiążącej go z podmiotem Usługi Leśne i Przewozowe Ł.B. mającym udostępnić zasoby z zakresu wiedzy i doświadczenia.

Zamawiający ponadto wskazał, że został powiadomiony ustnie przez innych wykonawców biorących udział w postępowaniu, że firma Usługi Leśne i Przewozowe Ł.B. nie udostępniła swoich zasobów Odwołującemu do wykonania zadania na część nr 6 - dotyczącej Leśnictwa Kotów. Nadto Pan Ł.B. ustnie potwierdził tą informację po ogłoszeniu wyników postępowania w obecności pracownika Nadleśnictwa.

Biorąc pod uwagę powyższe Zamawiający postanowił wykluczyć wykonawcę z postępowania za brak wykazania spełnienia warunku posiadania wiedzy i doświadczenia określonego w SIWZ. Wynikało to w szczególności z powodu, że Odwołujący nie wykazał realności i rzeczywistości udostępnionego potencjału przez podmiot trzeci.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron postępowania przedstawione na piśmie i do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy Izba uznała iż zarzut niezasadnego wykluczenia odwołującego z postępowania nie potwierdził się i wobec tego odwołanie zostało oddalone.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Jednocześnie Izba stwierdziła, że wypełniona została przez Odwołującego materialno-prawna przesłanka posiadania interesu w uzyskaniu zamówienia, określona w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Osią sporu w przedmiotowej sprawie była kwestia czy Odwołujący w sposób prawidłowy i wystarczający wykazał spełnienie warunku udziału w zakresie wiedzy i

5

doświadczenia i tym samym czy dokonane wykluczenie z postępowania było zasadne. Zgodnie z rozdziałem VIII pkt 2b SIWZ Zamawiający dla spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia wymagał, aby wykonawca wykazał „*że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy to w tym okresie) wykonał usługi o charakterze odpowiadającym przedmiotowi zamówienia tj. prac z zakresu pozyskania i zrywki drewna, zagospodarowania lasu (dotyczy części nr 1-12) oraz usług z zakresu szkółkarstwa leśnego z zakrytym systemem korzeniowym na substracie (dotyczy części nr 13) na kwotę brutto nie mniejszą niż 450 tys złotych*”.

Poza sporem pomiędzy stronami był fakt, że Odwołujący nie posiadał wystarczającego doświadczenia i wiedzy w zakresie wymaganego w SIWZ warunku. Niewątpliwym jest także fakt, że Odwołujący samodzielnie wykonywał szereg robót częściowo objętych przedmiotem zamówienia, ale ich wartość była niższa niż ustalona w SIWZ. Dlatego też dla możliwości wykazania spełnienia ww. warunku Odwołujący skorzystał w trybie przepisu art. 26 ust.2a Pzp z zasobów podmiotu trzeciego, przedkładając w tym zakresie zobowiązanie firmy Usługi Leśne i Przewozowe Ł.B. z Tylcza.

Stwierdzić należy także – co zostało jednoznacznie ustalone w trakcie rozprawy, że powyższe zobowiązanie nie zostało przedłożone wraz z ofertą, lecz dopiero w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego wystosowane w trybie art. 26 ust.3 Pzp z dnia 9 grudnia 2015 roku.

Przed dokonaniem oceny złożonego zobowiązania wskazać należy, że zgodnie z treścią art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. wykonawca może polegać między innymi na wiedzy i doświadczeniu, innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić Zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia.

Powyższe oznacza, iż wykonawca celem udowodnienia Zamawiającemu dysponowania zasobami niezbędnymi do realizacji danego zamówienia, o ile korzysta z doświadczenia podmiotów trzecich, zobowiązany jest do przedłożenia stosownego oświadczenia lub innego dokumentu w formie pisemnego zobowiązania.

Powyższy przepis jest wynikiem wdrożenia postanowień unijnej dyrektywy klasycznej 2004/18/WE, która stanowi, że wykonawca może w stosownych sytuacjach polegać na zdolnościach innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego powiązań między nimi. W tej materii wskazać należy chociażby na wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 7 lutego 2011 roku Sygn. V Ca 3036/10, a także na wyrok Sądu Okręgowego w Słupsku z dnia 5 maja 2014 roku sygn. akt IV Ca 175/14, gdzie sąd stwierdził, iż „Jeżeli wykonawca

6

zamierza polegać na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b Pzp, zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, że będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia”. Również za wyrokiem KIO z dnia 25 kwietnia 2014 r. sygn. akt KIO 715/14 stwierdzić należy, że w świetle art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, warunkiem koniecznym dla skutecznego powołania się na zasoby innych podmiotów, jest wykazanie, że zostaną one realnie udostępnione. Aby ocenić realność tego udostępnienia niezbędne jest przede wszystkim wskazanie formy, w jakiej to udostępnienie nastąpi.

Co do zasady zaangażowanie podmiotu udostępniającego może przybrać różnorakie formy, jak np. przekazania know-how, konsultacje, doradztwo, szkolenia itp. To, jaka forma udostępnienia zasobów jest wystarczająca i zagwarantuje faktyczne przekazanie potencjału niezbędnego do realizacji zamówienia, jest oceniane przez Zamawiającego w odniesieniu do

konkretnego zamówienia, jego złożoności i specyfiki oraz zakresu i specyfiki udostępnianych zasobów. Niewykluczone są więc, zdaniem Izby, sytuacje, w których realne przekazanie potencjału może zostać zagwarantowane tylko np. poprzez podwykonawstwo.

Wskazać tutaj należy na jednolitą w tym zakresie - po wejściu w życie *rozporządzenia z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane* (Dz. U. z 2013 r., poz. 231) linię orzeczniczą KIO, zgodnie z którą przekazanie potencjału musi mieć charakter faktyczny, pozwalający na realne wykorzystanie wiedzy i doświadczenia w toku realizacji zamówienia. Wobec tego złożenie ogólnego oświadczenia, bez wykazania w jaki sposób udostępnienie wiedzy i doświadczenia nastąpi, jest niewystarczające do stwierdzenia, że wykonawca wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu (por wyroki KIO o sygn. KIO 2819/13; KIO 2292/13; KIO 2745/13; KIO 792/14). Dodać równocześnie należy, że dysponowanie zasobami podmiotu trzeciego musi wynikać z przedstawionych dowodów w sposób jednoznaczny i nie może być przedmiotem dedukcji czy domysłów zamawiającego. Brak wskazania formy i zakresu udostępnienia zasobów należy uznać za udostępnienie pozorne skutkujące niewykazaniem przez wykonawcę spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt przedmiotowej sprawy stwierdzić należy, że z przedłożonego zobowiązania podmiotu firmy Usługi Leśne i Przewozowe Ł.B. z Tylicza w żaden sposób nie wynika w jakiej formie, na jaki okres czasu oraz na jaką część zamówienia zasób wiedzy i doświadczenia tego podmiotu jest przekazywany. Zgodnie z treścią art. 26 ust.2b Pzp zobowiązanie podmiotu udostępniającego dany zasób musi przybrać formę pisemną. Tym samym wszelkie niezbędne ww. elementy zobowiązania, także muszą być wyrażone w tej formie. Nie jest dopuszczalna inna forma, w tym kopia dokumentu potwierdzona za zgodność z oryginałem, czy jakaś umowa ustna. Jakiegokolwiek rzekome umowy ustne pomiędzy Odwołującym, a udostępniającym zasób, jeśli nawet - jak

7

twierdzi Odwołujący faktycznie miały miejsce, to nie mają żadnego znaczenia zarówno dowodowego w sprawie, jak i potwierdzającego uzyskanie danego zasobu.

Z całą mocą należy podkreślić, że instytucja udostępnienia zasobów z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp nie służy „papierowemu” wykazywaniu spełnienia warunków udziału, przy pomocy podmiotów trzecich jedynie w celu uzyskania zamówienia, lecz jest silnie związana z realnym dysponowaniem zasobami podmiotów trzecich na etapie realizacji zamówienia. Realność udostępnienia zasobów podmiotu trzeciego winno być wykazane z taką samą dozą pewności, jak doświadczenia własne wykonawcy.

Podać należy także iż w związku z faktem, że Odwołujący nie złożył wraz z ofertą przedmiotowego zobowiązania podmiotu trzeciego to Zamawiający mógł tylko w trybie art. 26 ust.3 Pzp, wezwać go do jego przedłożenia. Natomiast biorąc pod uwagę możliwość tylko jednokrotnego wzywania wykonawcy trybie art. 26 ust.3 Pzp, to Zamawiający nie miał prawa i możliwości żądania jego uzupełnienia poprzez ponowne wezwanie w tym samym zakresie. Wszelkie dodatkowe informacje przekazane Zamawiającemu co do treści tego zobowiązania nie mogą mieć charakteru dokumentu uzupełniającego zobowiązanie, gdyż następowałoby to z naruszeniem zasady jednokrotności wezwania. Za wyrokiem KIO z 17 sierpnia 2015 roku stwierdzić należy, że *wykonawca wezwany do uzupełnień zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp powinien mieć świadomość, że zamawiający – zgodnie z utrwalonym orzecznictwem i stanowiskiem doktryny – czyni takie wezwanie tylko jednokrotnie. Dlatego żadne braki w ofercie, które były wykazane w wezwaniu do uzupełnienia, nie mogą być później uzupełnione, a więc z tego wynika, że wykonawca powinien w odpowiedzi na pierwsze wezwanie uzupełnienie wykonać w sposób pełny*. Inna byłaby sytuacja gdyby Odwołujący złożył przedmiotowe zobowiązanie wraz z ofertą, gdyż wtedy Zamawiający byłby zobowiązany w wezwaniu do precyzyjnego wskazania braków złożonego zobowiązania podmiotu trzeciego.

W zakresie tego zarzutu odniesienia wymagają także kolejne kwestie zaistniałe w tym postępowaniu. Otóż Odwołujący podniósł, że Zamawiający nie ma racji zarzucając brak wskazania formy i czasookresu udziału podmiotu użyczającego potencjał w realizacji zamówienia, gdyż w odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień Odwołujący złożył załącznik do zobowiązania z 3 grudnia 2015 r. firmy Usługi Leśne i Przewozowe Ł.B. z Tylicza z którego wynikało, że cyt. „Zobowiązanie z dnia 3 grudnia 2015 r. do udzielenie pomocy w zakres wiedzy i doświadczenia przy realizacji zadania „Usługi z zakresu

gospodarki leśnej w Nadleśnictwie Nawojowa w latach 2016- 2019” dotyczy zadania nr 3, Leśnictwa Florynka, zadania nr 5 Leśnictwa Berest i zadania nr 6 Leśnictwa Kotów. Zobowiązanie do udzielenia wiedzy i doświadczenia będzie realizowane poprzez prowadzenie bezpośredniego nadzoru nad wykonywanymi pracami leśnymi, udzielaniu wykonawcy porad, niezbędnych instrukcji i wskazówek co do wykonywania poszczególnych

8

czynności z zakresu gospodarki leśnej. Zobowiązanie do udzielenia wiedzy i doświadczenia dotyczy całego okresu wykonywania zadań tj. lat 2016-2019”.

Na wstępie zauważyć należy po pierwsze iż powyższy załącznik nie zawiera daty ani dodatkowych informacji, z których wynikałoby spełnianie wymogów z art. 26 ust.3 Pzp iż złożone uzupełnione dokumenty potwierdzają spełnianie warunku udziału w postępowaniu na termin składania ofert. Ponadto przedmiotowy załącznik został podpisany przez wykonawcę – Odwołującego, co czyni go nieprzydatnym w sprawie. Za wyrokiem z 11 sierpnia 2014 roku sygn. KIO 1557/14 stwierdzić należy, że *nie jest dopuszczalne zastąpienie elementu zobowiązania, określającego wskazanie charakteru udziału podmiotu udostępniającego wiedzę i doświadczenie w wykonywaniu zamówienia, wyjaśnieniem własnym wykonawcy. Element ten powinien bowiem wynikać wprost z treści samego zobowiązania (bądź innego dokumentu, o którym mowa w art. 26 ust. 2 b ustawy) i nie może być zastąpiony czynnością czy wyjaśnieniem wykonawcy, który z tego zobowiązania korzysta. Takie zobowiązanie może złożyć tylko podmiot udostępniający zasoby, gdyż to jego zobowiązanie wykonawca przedstawia na spełnienie warunków udziału w postępowaniu i to zobowiązanie ocenia Zamawiający na spełnienie wymagań a art. 26 ust. 2b ustawy Pzp.*

Kolejną kwestią, która wystąpiła w zakresie zarzutu wykluczenia Odwołującego z postępowania, dotyczyła stanowiska Zamawiającego zawartego w odpowiedzi na odwołanie, że Odwołujący nie posiadał udzielonych zasobów na część 6 zamówienia, a więc na część objętą przedmiotowym odwołaniem. Zamawiający podał, że Pan Ł.B. ustnie potwierdził Zamawiającemu, że nie udostępnił swoich zasobów do wykonania zadania na część nr 6 - Usługi obejmującej Leśnictwo Kotów.

Udostępnienie dotyczyło części 5 obejmującej leśnictwo Berest. Na tą okoliczność Zamawiający złożył także pisemne oświadczenie ww. podmiotu udzielającego zasobów Odwołującemu, które wpłynęło do Zamawiającego 5 lutego 2016 roku o treści, cyt. „Oświadczam, że złożone przeze mnie zobowiązanie innego podmiotu z dnia 3.12.2015 do udostępnienia mojej wiedzy i doświadczenia w realizacji zadania pn. „ Usługi z zakresu gospodarki leśnej w Nadleśnictwie Nawojowa w latach 2016-2019” udzielonego Przedsiębiorstwu Usługowo-Handlowemu „KOPBUD” B.R. dotyczyło tylko wykonywania usług leśnych w Leśnictwie Berest (część nr 5 zamówienia). Wszelka próba załączenia mojego zobowiązania do usług wykonywanych w innym leśnictwie (innej części zamówienia) jest nadużyciem Przedsiębiorstwa „KOPBUD” B.R., ponieważ nie będę uczestniczył w żadnej formie w wykonywaniu innych zadań”.

Nawiązując do powyższego stwierdzić należy, że Odwołujący złożył ofertę na trzy części zamówienia. Złożone zobowiązanie nie wskazywało której części dotyczy, natomiast w końcowym jego fragmencie umieszczono uwagę, cyt.” *W przypadku z korzystania z wiedzy, doświadczenia, technicznego, osób zdolnych do wykonywania potencjału*

9

zamówienia lub zdolności finansowych, przez jedną firmę, powyższe zobowiązanie jest drukiem wielokrotnego wykorzystania”.

Trudno oprzeć się refleksji, że traktowanie zobowiązania podmiotu mającego między innymi wykazać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, jako druku wielokrotnego wykorzystania mogącego być załączanym do różnych części zamówienia, bez wiedzy i zgody podmiotu je udostępniającego, stanowi ewidentne nadużycie, zmierzające do obejścia tej instytucji prawa zamówień publicznych, mające na celu wybór wykonawcy, który zarówno nie posiada doświadczenia własnego ani prawidłowo udzielonych zasobów innego podmiotu. Przyjęcie takiej interpretacji prowadziłoby do ukształtowania w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego fikcji w wykazywaniu spełniania warunków udziału.

Odnosząc się całościowo do powyższego Izba stwierdza, że w przedmiotowym postępowaniu Odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, gdyż po pierwsze nawet gdyby uznać, że miał prawo dysponować przedłożonym zobowiązaniem

podmiotu trzeciego to i tak to zobowiązanie nie spełniało wymagań ustawowych, a po drugie biorąc pod uwagę treść pisma - oświadczenia podmiotu firmy Usługi Leśne i Przewozowe Ł.B. udostępniającego zasoby stwierdzić należało, że Odwołujący zasobów tych na część 6 nie uzyskał. Tym samym Zamawiający zasadnie wykluczył Odwołującego z postępowania.

Odnosnie podnoszonych w odwołaniu kwestii co do podobnej formy udostępnienia zasobów w zakresie wykazania dysponowania potencjałem technicznym i nie kwestionowania tego udostępnienia przez Zamawiającego Izba stwierdza, że jest to kwestia niemogąca być objętą orzekaniem, gdyż Odwołujący został wykluczony z postępowania tylko z powodu nie wykazania się spełnianiem warunku udziału w zakresie wiedzy i doświadczenia, a nie potencjału technicznego.

Ponadto Izba zauważa, że w informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty Zamawiający stwierdził, że wyklucza wykonawcę KOPBUD z postępowania, a nadto stwierdził, że odrzuca złożoną ofertę i to na innej podstawie niż art. 24 ust.4 Pzp. Jednakże Odwołujący w odwołaniu nie podniósł w sposób wymagany przez przepis art. 180 ust.3 Pzp zarzutu niezasadnego odrzucenia jego oferty. Ten brak zakwestionowania odrzucenia oferty uniemożliwił Izbie rozpatrzenia tego zarzutu (art. 192 ust.7 Pzp). Podkreślić należy, że zgodnie z przepisem art. 192 ust.2 Pzp Izba może uwzględnić odwołanie tylko wtedy, kiedy stwierdzone naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy może mieć wpływ na wynik postępowania. Wpływ na wynik w świetle powyższego przepisu należy rozumieć, jako możliwość zmiany stanowiska Zamawiającego w sposób, który pozwoliłby Odwołującemu uzyskać zamówienie. W tej ww. sytuacji czynność Zamawiającego o odrzuceniu oferty pozostałaby w mocy.

10

Wskazać należy, że Izba nie uwzględniła wniosku o przesłuchanie świadków i strony gdyż ustalony stan faktyczny był niesporny, wynikał on z dokumentacji postępowania i złożonego przez Zamawiającego oświadczenia firmy Usługi Leśne i Przewozowe Ł.B..

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania i ustalenia, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust.2 i 192 ust. 2 i 3 pkt.1 ustawy Pzp,

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt.1a) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238).

Przewodniczący

11