

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki**

**Protokolant: Piotr Ceglowski**

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 marca 2024 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **T.S., prowadzącego w Trzcinnie działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych, T.S. oraz M.P., prowadzącego w Niekursku działalność gospodarczą pod firmą M.P., Zakład Usług Leśnych**

w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Człopa z siedzibą w miejscowości Człopa**

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **P.S., prowadzącego w Trzciance działalność gospodarczą pod firmą Usługi „EKO-LAS” P.S. oraz W.S., prowadzącego w Dzierżaninie Wielkim działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych i Transportowych, W.S.**

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **T.S., prowadzącego w Trzcinnie działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych, T.S. oraz M.P., prowadzącego w Niekursku działalność gospodarczą pod firmą M.P., Zakład Usług Leśnych** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **T.S., prowadzącego w Trzcinnie działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych, T.S. oraz M.P., prowadzącego w Niekursku działalność gospodarczą pod firmą M.P., Zakład Usług Leśnych** tytułem wpisu od odwołania, kwotę **3.600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), poniesioną przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, kwotę **520 zł 00 gr** (słownie: pięćset dwadzieścia złotych zero groszy), poniesioną przez zamawiającego tytułem noclegu, kwotę **1.626,79 zł 00 gr** (słownie: jeden tysiąc sześćset dwadzieścia sześć złotych siedemdziesiąt dziewięć groszy), poniesioną przez zamawiającego tytułem kosztów dojazdu,

2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **T.S., prowadzącego w Trzcinnie działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych, T.S. oraz M.P., prowadzącego w Niekursku działalność gospodarczą pod firmą M.P., Zakład Usług Leśnych** na rzecz **Skarbu Państwa Państwowego Gospodarstwa Leśnego Lasy Państwowe Nadleśnictwo Człopa z siedzibą w miejscowości Człopa** kwotę **5 746 zł 79 gr** (słownie: pięć tysięcy siedemset czterdzieści sześć złotych siedemdziesiąt dziewięć groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, noclegu i dojazdu na posiedzenie Izby.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

**Przewodniczący:.....**

Sygn. akt: KIO 773/24

### Uzasadnienie

Skarb Państwa Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Człopa, zwane dalej „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp” lub „Pzp”, którego przedmiotem jest wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Człopa w roku 2024 – pakiet 2.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 27 października 2023 r., Dz.U. S: 208-653827.

Wobec czynności i zaniechań zamawiającego w ww. postępowaniu w dniu 8 marca 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wnieśli odwołanie wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia **T.S., prowadzący w Trzcinnie działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych, T.S. oraz M.P., prowadzący w Niekursku działalność gospodarczą pod firmą M.P., Zakład Usług Leśnych**, zwani dalej „odwołującym”.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1)art. 226 ust. 1 pkt 2. lit. b) Pzp w zw. z art. 118 ust. 2 Pzp przez uznanie, że nie spełnia on warunku udziału w postępowaniu w postaci doświadczenia i podlega wykluczeniu z postępowania, a jego oferta podlega odrzuceniu, z powodu niezapewnienia udziału podmiotu udostępniającego zasoby w wykonaniu przedmiotu zamówienia, podczas gdy w sposób należyty wykazał on spełnienie warunku w postaci doświadczenia poprzez zagwarantowanie realnego uczestnictwa p. M.H. w realizacji usług z zakresu szkółkarstwa i nasiennictwa;
- 2)art. 128 ust. 1 i 4 Pzp przez zaniechanie wezwania go do udzielenia wyjaśnień odnośnie zobowiązania M.H. do udostępnienia zasobów, względnie do poprawienia tego dokumentu, podczas gdy w niniejszej sprawie nie doszło do wyczerpania procedury jednokrotnego wyjaśnienia lub poprawienia złożonych dokumentów, a zatem odrzucenie jego oferty było co najmniej przedwczesne;
- 3)art. 128 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wezwania P.S. i W.S. do poprawienia treści Jednolitych Europejskich Dokumentów Zamówienia w zakresie wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w postaci dysponowania osobami z wymaganymi uprawnieniami, podczas gdy ze złożonych Dokumentów Zamówienia nie wynika, jaka jest podstawa dysponowania przez ww. wykonawców wymienionymi przez nich osobami.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia jego oferty oraz wyboru oferty P.S. i W.S., a następnie powtórzenia czynności badania ofert.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podniósł, że zgodnie z pkt 7.1.4.a).II.b) SWZ, Zamawiający oczekiwał, aby wykonawcy ubiegający się o zamówienie w ramach pakietu II zadeklarowali, że dysponują doświadczeniem w postaci zrealizowania usługi z zakresu gospodarki szkółkarskiej i nasiennictwa o wartości nie mniejszej niż 200.000,00 zł brutto.

Odwołujący wskazał, że celem wykazania spełnienia tego warunku, złożył wraz z ofertą zobowiązanie do udostępnienia zasobów w postaci doświadczenia pochodzące od P.B.. Pismem z dnia 27 listopada 2023r. Zamawiający poinformował go, że otrzymał zawiadomienie P.B. o wycofaniu tego zobowiązania. W rezultacie Nadleśnictwo wezwało go do ponownego wykazania spełnienia rzeczonych warunków poprzez wskazanie innego podmiotu lub posłużenie się przez niego zasobem własnym.

Odwołujący wskazał, że udzielił odpowiedzi w dniu 30 listopada 2023r., wraz z którym złożył zobowiązanie do udostępnienia zasobów pochodzące od innego podmiotu trzeciego, tj. p. M.H.. Odwołujący podniósł, że wbrew twierdzeniom Nadleśnictwa, jest to dokument, który gwarantuje udział wskazanego przedsiębiorcy w realizacji zamówienia. Zdaniem odwołującego wykładnia tego dokumentu przeprowadzona w uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu jego oferty jest błędna, powierzchowna i nie uwzględnia całej treści deklaracji złożonej przez podwykonawcę.

Odwołujący argumentował, że jak słusznie wskazuje Nadleśnictwo, zgodnie z art. 118 ust. 2 p.z.p., w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonają usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. Zdaniem odwołującego, prawidłowo także Zamawiający wywodzi, że istota tego przepisu polega na unikaniu fasadowego udostępniania zasobów.

Odwołujący podniósł, że w niniejszej sprawie nie mamy, wbrew konkluzjom Nadleśnictwa, do czynienia z pozorowaną współpracą jego i podmiotu udostępniającego zasoby. Zdaniem odwołującego zobowiązanie M.H. do udostępnienia zasobów zostało złożone w piśmie z dnia 30 listopada 2023r. Zdaniem odwołującego p. H. w sposób jednoznaczny i stanowczy oświadczył w nim:

*„(...) deklaruję i zobowiązuję się do tego, że wezmę realny i rzeczywisty udział w wykonaniu umowy o zamówienie, tak aby moje doświadczenie zostało faktycznie wykorzystane i aby potwierdziło fakt spełnienia przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu.”*

Według odwołującego już tylko ten fragment dokumentu w sposób dostateczny przesądza, że udostępnienie zasobów odbyło się zgodnie z dyspozycją art. 118 ust. 2 p.z.p. Okazuje się bowiem, iż podwykonawca miał pełną świadomość treści tego przepisu i konieczności włączenia się przez niego w realizację umowy z Nadleśnictwem. Dlatego gotowość w tym zakresie wyartykułował jasno, w sposób korespondujący z obowiązującym prawem. Zdaniem odwołującego p. H. dał w rezultacie w rzeczonym dokumencie niewątpliwy dowód swojej chęci i powinności zaangażowania w prowadzenie szkółki leśnej, a nie tylko symulowania współpracy z nim.

Według odwołującego, pozostała treść omawianego dokumentu kompleksowo dopełnia wiążącą i skuteczną prawnie deklarację p. H.. Otóż ten wykonawca dokładnie opisał, jaki warunek udziału w postępowaniu będzie spełniony z jego pomocą:

*„zobowiązuję się na zasadzie art. 118 (...) udostępnić (...) moje zdolności techniczne i zawodowe w zakresie*

doświadczenia w wykonywaniu usług z zakresu gospodarki leśnej polegające na pracach z zakresu gospodarki szkółkarskiej o łącznej wartości przekraczającej 200 000,00 zł brutto (...).

P. H. oświadczył także, że:

„Zobowiązuję się do umożliwienia Wykonawcy współpracy ze mną na każdym etapie umowy, na każde wezwanie.”

W tym celu przedsiębiorca zadeklarował udostępnienie zasobów kadrowych i sprzętowych w celu umożliwienia Konsorcjum należytej realizacji umowy o zamówienie.

W dalszej części pisma p. H. oświadczył, że:

„W wykonywaniu zamówienia będę uczestniczył (...) w całym czasie trwania umowy.”

oraz że

„Wykonawca będzie miał w tym okresie nieograniczony dostęp do udostępnionego mu mojego zasobu wyżej opisanego.”

Odwołujący argumentował, że wbrew zarzutom Zamawiającego, trudno o bardziej kompleksową, pełną i stanowczą deklaracją współpracy. Uważał, że zobowiązanie złożone przez niego w sposób całościowy wypełnia dyspozycję art. 118 ust. 2. p.z.p., bowiem powoduje, że w zakresie, w jakim zamówienie obejmuje prowadzenie szkółki leśnej, zajmie się tym osoba posiadająca wymagane doświadczenie, zgodnie z jej własną deklaracją i intencją.

Zdaniem odwołującego Zamawiający błędnie przyjmuje, że z treści złożonego zobowiązania wynika, iż p. H. nie będzie jego podwykonawcą, a zatem nie zapewni rzeczywistego wsparcia. Powyższa konkluzja jest nielogiczna, wewnętrznie sprzeczna i nie znajduje potwierdzenia w treści samego dokumentu p. H.. Zdaniem odwołującego, zakres współpracy deklarowanej przez podmiot udostępniający zasoby jest całościowy zarówno co do:

- przedmiotu zamówienia (wyraźne nawiązanie do warunku udziału w postępowaniu),

jak i

- czasu jego realizacji (wyraźna deklaracja świadczenia usług przez okres umowy z zamawiającym).

W efekcie, dostępność podwykonawcy jest wszechstronna i rzeczywista. Dają temu najlepiej wyraz sformułowania własne p. H. zawarte w piśmie, takiej jak: „realny”, „rzeczywisty”, „faktycznie”, „na każdym etapie”, „na każde wezwanie”, „w całym czasie trwania”, „nieograniczony”.

Odwołujący argumentował, że słowa użyte przez p. H. oznaczają niewątpliwie zapewnienie obecności zasobów (kompetencji) jego przedsiębiorstwa tam, gdzie te zasoby będą potrzebne. Podwykonawca jasno w tym zakresie stwierdził, że prace na szkółce leśnej będą realizowane z udziałem jego kadry i sprzętu, a zatem z wykorzystaniem tych zasobów, w których faktycznie urzeczywistnia się wymagane doświadczenie.

Według odwołującego oczekiwane przez Zamawiającego doświadczenie w pracach szkółkarskich oznacza bowiem nic innego, jak posiadanie zdolności i umiejętności przez poszczególnych pracowników oraz samego właściciela firmy. Te właśnie osoby, jak oświadczył p. H., znajdują się na terenie Nadleśnictwa Człopa wtedy, kiedy konieczne będzie realizowanie czynności na szkółce. Kompetencje w omawianym zakresie oznaczają również posiadanie dostępu do ewentualnie wymaganego sprzętu, co także zadeklarował p. H., chociaż w tym zakresie Zamawiający sformułował odrębny warunek udziału w postępowaniu, nie będący przedmiotem niniejszego odwołania. Tak szczegółowo scharakteryzowane zasady uczestnictwa p. H. w zamówieniu oznaczają skuteczne uchylenie się od zarzutu pozorności współpracy i wymierne urzeczywistnienie wymagań ustawodawcy wynikających z art. 118 ust. 2 Pzp.

Odwołujący wskazał, że oświadczenie podmiotu udostępniającego zasoby powstało w oparciu o wzór, którego autorem jest sam Zamawiającym. Otóż w pkt 9.4.1) SWZ wskazano, że w przypadku polegania na potencjale firmy zewnętrznej, wykonawca zobowiązany jest złożyć wraz z ofertą jej zobowiązanie do udostępnienia zasobów. Miało to być oświadczenie, które „potwierdza, że stosunek łączący Wykonawcę z podmiotami udostępniającymi zasoby gwarantuje rzeczywisty dostęp do tych zasobów oraz określa w szczególności: (1) zakres dostępnych Wykonawcy zasobów podmiotu udostępniającego zasoby; (2) sposób i okres udostępnienia Wykonawcy i wykorzystania przez niego zasobów podmiotu udostępniającego te zasoby przy wykonywaniu zamówienia; (3) czy i w jakim zakresie podmiot udostępniający zasoby, na zdolnościach którego Wykonawca polega w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, zrealizuje usługi, których wskazane zdolności dotyczą.” Nadleśnictwo zaoferowało niewiążący wzór takiego dokumentu, stanowiący załącznik nr 6 do SWZ. Odwołujący wskazał, że jest to skądinąd załącznik wykorzystywany we wszystkich postępowaniach z zakresu

usług leśnych, przez wszystkie Nadleśnictwa. Właśnie tym wzorem posłużyło się Konsorcjum, w efekcie czego dokument złożony Nadleśnictwu zawiera wszystkie wymagane elementy. W przypadku p. H. doszło przy tym wręcz do mocniejszego, jeszcze bardziej stanowczego podkreślenia zamiaru i zobowiązania prawdziwego uczestnictwa w wykonaniu zamówienia. Taki efekt wywołują następujące stwierdzenia zawarte w deklaracji z dnia 30 listopada 2023r.:

*„W związku z powyższym deklaruję i zobowiązuję się do tego, że wezmę realny i rzeczywisty udział w wykonaniu umowy o zamówienie, tak aby moje doświadczenie zostało faktycznie wykorzystane i aby potwierdziło fakt spełnienia przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu.”*

Zdaniem odwołującego doszło do modyfikacji wzoru zaproponowanego przez Nadleśnictwo w kierunku, który jeszcze lepiej wypełnia dyspozycję omawianej normy prawnej.

Według odwołującego Zamawiający wydaje się dyskwalifikować jego ofertę z tego powodu, że p. H. nie zadeklarował, że będzie jego podwykonawcą. Zdaniem odwołującego żaden przepis prawa nie wymaga, aby słowo „podwykonawstwo” znalazło się w zobowiązaniu do udostępnienia zasobów. Konieczność współpracy pomiędzy wykonawcą, a podmiotem udostępniającym doświadczenie na zasadzie podwykonawstwa jest słusznym przekonaniem wynikającym z dorobku doktryny prawa. Takie poglądy są jednak wyrażane nie tyle w kontekście posługiwania się konkretną terminologią (i brakiem możliwości użycia innej, zamiennej), ale w kontekście unikania pozorności współpracy. Zdaniem odwołującego, z taką pozornością nie mamy w niniejszej sprawie do czynienia. Pan H. nie mógł bowiem zadeklarować niczego więcej, ponad to, co wskazał, aby dać lepszy wyraz swojemu, spodziewanemu zaangażowaniu w prace na szkółce. Zdaniem odwołującego decyzja Zamawiającego pomija przy tym całkowitym milczeniem dodatkowy komunikat ze strony niego, który padł w powyższym zakresie. Otóż w piśmie przewodnim z dnia 30 listopada 2023r., do którego dołączono zobowiązanie M.H., lider odwołującego poinformował jasno, że: „Wskazany podmiot będzie moim podwykonawcą w ramach realizacji Państwa zamówienia przez cały okres obowiązywania umowy.”

Zdaniem odwołującego zestawienie powyższej jego deklaracji z treścią oświadczenia p. H. nie pozostawia wątpliwości co do skuteczności udostępnionego potencjału. Zdaniem odwołującego Zamawiający bezpodstawnie obciąża go użyciem słowa „umowa o współpracy”, jako definiującego podstawę prawną włączenia się podwykonawcy w zamówienie. Otóż tak scharakteryzowana przyszła jego relacja i p. H. nie dyskwalifikuje skuteczności zobowiązania. Istota rzeczy polega bowiem nie na tytułowaniu umowy łączącej wykonawcę i podwykonawcę, ale na ustaleniu, jaka jest treść takiego kontraktu oraz jakie wzajemne prawa i obowiązki będzie on generował. Umowa mogłaby się wszakże nazywać „umową o świadczenie usług”, „umową zlecenia”, „umową o powierzeniu prac”, „umową biznesową” lub wręcz po prostu „umową”. Podmioty gospodarczą mogą w tym zakresie przyjąć dowolną terminologię, podczas gdy rozstrzygającym będzie ustalenie rzeczywistego celu i zakresu kooperacji. W ten sposób urzeczywistnia się skądinąd stosowanie art. 65 § 2 k.c.

Tym samym, odpowiadając na zastrzeżenia Nadleśnictwa dotyczące przyjętego nazewnictwa należy dojść do wniosku, że są one bezzasadne i świadczą o powierzchowności oceny Zamawiającego. P. H. zaoferował bowiem taką pomoc w realizacji zamówienia, która odpowiada wymogom art. 118 ust. 2 p.z.p.

W dalszej części uzasadnienia odwołania odwołujący podniósł, że w przypadku uznania, że oświadczenie M.H. budzi wątpliwości (czemu Odwołujący zaprzeczał), zarzuca dodatkowo Zamawiającemu, że zaniechał wezwania go do udzielenia wyjaśnień odnośnie treści tego dokumentu lub umożliwienia mu poprawienia lub uzupełnienia jego treści.

Zdaniem odwołującego przepisy art. 128 ust. 1 i art. 128 ust. 4 Pzp mają charakter bezwzględnie obowiązujący, tj. zamawiający nie może odrzucić oferty wykonawcy bez umożliwienia mu poprawienia wadliwego dokumentu lub wyjaśnienia jego treści. W literaturze przedmiotu przyjmuje się, że procedura naprawcza opisana w art. 128 ust. 1 i 4 p.z.p. dotyczy także treści zobowiązań podmiotów udostępniających zasoby. Zdaniem odwołującego, Zamawiający bezprawnie zaniechał przeprowadzenia procedury naprawczej odnośnie treści zobowiązania M.H.. Przy tym, wbrew twierdzeniom Nadleśnictwa, w postępowaniu nie wystąpił przypadek wyczerpania jednokrotnego wezwania do udzielenia wyjaśnień lub uzupełnienia. Odwołujący argumentował, że wezwanie, które wpłynęło do niego, dotyczyło wszakże samego sposobu dalszego wykazywania przez niego doświadczenia (wymiany podmiotu udostępniającego zasoby lub zaoferowania własnego zasobu). Pismo z dnia 27 listopada 2023r. nie dotyczyło tego, jaki jest zakres współpracy deklarowanej przez podwykonawcę i na ile realnie ten podwykonawca deklaruje swoje zaangażowanie. Zdaniem odwołującego nie mamy zatem do czynienia z tożsamością przedmiotu wątpliwości Nadleśnictwa wyrażonych w listopadzie i tych, które legły u podstaw zaskarżonej decyzji. Gdyby Zamawiający zwrócił się do niego w sprawie wątpliwości co do treści zobowiązania, nie naruszyłby dyspozycji art. 128 p.z.p. Zdaniem odwołującego konieczność złożenia nowego oświadczenia podmiotu udostępniającego zasoby wynika z okoliczności niezależnych od niego. Jak bowiem poinformowało Nadleśnictwo, pierwotnie zgłoszony podwykonawca P.B. wycofał się ze współpracy, nie zawiadamiając o tym skądinąd samego odwołującego. Według odwołującego, w takich okolicznościach, przyjmując za prawidłowe stanowisko Zamawiającego, poniósłby on negatywne konsekwencje w postaci utraty prawa do poprawienia dokumentów tylko z przyczyny zewnętrznej i przez siebie niezawinionej.

W dalszej części odwołania odwołujący podniósł, że niezależnie od zastrzeżeń dotyczących odrzucenia swej oferty, wskazuj, że również wybór oferty konkurencyjnej obarczony jest proceduralnym błędem. Zgodnie z treścią pkt. 7.1.4).c SWZ, Zamawiający wymagał zadeklarowania dysponowania określoną liczbą osób posiadających stosowne uprawnienia. W pkt. 9.1.a) SWZ Nadleśnictwo wskazało przy tym, jakie informacje w tym zakresie powinny zostać ujawnione w Jednolitym Europejskim Dokumentcie Zamówienia. Co się tyczy zasobów kadrowych, wykonawcy zostali zobowiązani do wskazania podstawy dysponowania wymienionymi osobami.

Zamawiający zapowiadał także konieczność złożenia wykazu osób jako jednego z podmiotowych środków dowodowych, w którym również konieczne było wskazanie podstawy dysponowania (pkt 9.2.d) SWZ). W przypadku zwycięskiego konsorcjum Zamawiający odstąpił jednak od tego wymogu na zasadzie art. 127 ust. 1 pkt 2 p.z.p. Nadleśnictwo miało tym bardziej obowiązek starannego dopilnowania treści oświadczeń, o których mowa w art. 125 p.z.p.

Odwołujący podniósł, że w Jednolitych Europejskich Dokumentach Zamówienia złożonych przez p. S. i Szczudło wymieniono nazwiska osób celem wykazania spełnienia wymaganego warunku dotyczącego personelu. Wbrew dyspozycji SWZ, nie wiadomo jednak, na jakiej podstawie konsorcjanci dysponują tymi osobami. Obydwaj oferenci posłużyli się bowiem przy podanych nazwiskach słowami „własny”, które w żaden sposób nie charakteryzują podstaw współpracy. W rezultacie Zamawiający nie uzyskał wymaganych informacji, a mimo tego zrezygnował z żądania złożenia wykazu osób oraz uznał ofertę za najkorzystniejszą.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. W odpowiedzi i w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosili przystąpienie wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia P.S., prowadzący w Trzciance działalność gospodarczą pod firmą Usługi „EKO-LAS” P.S. oraz W.S., prowadzący w Dzierżążnie Wielkim działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych i Transportowych, W.S.. Wnieśli o oddalenie odwołania. W piśmie i w trakcie rozprawy przedstawili uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

**Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji warunków zamówienia (SWZ), odpowiedzi na pytania dotyczące treści SWZ, modyfikacje SWZ, informację z otwarcia ofert, oferty wykonawców, wezwania zamawiającego kierowane do wykonawców, odpowiedzi wykonawców na ww. wezwania zamawiającego, zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej i odrzuceniu oferty odwołującego, załączniki do pism procesowych stron i uczestnika, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dokumenty złożone przez strony i uczestnika postępowania w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Art. 16 ustawy Pzp stanowi, że *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:*

- 1) *zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;*
- 2) *przejrzysty;*
- 3) *proporcjonalny.*

Art. 118 Pzp stanowi:

1. *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.*
2. *W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.*
3. *Wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby, składa, wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo odpowiednio wraz z ofertą, zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji danego zamówienia lub inny podmiotowy środek dowodowy potwierdzający, że wykonawca realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów.*
4. *Zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby, o którym mowa w ust. 3, potwierdza, że stosunek łączący wykonawcę z podmiotami udostępniającymi zasoby gwarantuje rzeczywisty dostęp do tych zasobów oraz określa w szczególności:*
  - 1) *zakres dostępnych wykonawcy zasobów podmiotu udostępniającego zasoby;*
  - 2) *sposób i okres udostępnienia wykonawcy i wykorzystania przez niego zasobów podmiotu udostępniającego te zasoby przy wykonywaniu zamówienia;*

3) czy i w jakim zakresie podmiot udostępniający zasoby, na zdolnościach którego wykonawca polega w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, zrealizuje roboty budowlane lub usługi, których wskazane zdolności dotyczą.

Art. 128 ust. 1 Pzp stanowi, że Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że:

- 1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub
- 2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

Art. 128 ust. 4 Pzp stanowi, że Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub złożonych podmiotowych środków dowodowych lub innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu.

Art. 226 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

2) została złożona przez wykonawcę: (...)

b) niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, lub

Art. 239 ust. 1 Pzp stanowi, że Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

Ustalono, że przedmiotem zamówienia jest wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Człopa w roku 2024.

Ustalono, że w SWZ zamawiający przewidział:

### 3.1. Zakres rzeczowy przedmiotu zamówienia

7) Przedmiot zamówienia został podzielony na części („Pakiet”)

Pakiet 1 – leśnictwa: Borowik, Jeleni Róg;

Pakiet 2 – leśnictwa: Brzeźniak, Dzicza (Szkółka Dzicza), Grodzisko, Przelewice;

Pakiet 3 – leśnictwa: Zamkowy Las, Mielęcin;

Pakiet 4 – leśnictwa: Jagolice, Raczyk, Zielony Stok;

Pakiet 5 – leśnictwa: Mokrzyca, Wołowe Lasy.

### 7.1. W postępowaniu mogą brać udział Wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące:

4) zdolności technicznej lub zawodowej:

a) Warunek ten, w zakresie doświadczenia, zostanie uznany za spełniony, jeśli Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich 3 lat liczonych wstecz od dnia, w którym upływa termin składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie):

II) dla Pakietu 2

zrealizował lub realizuje (przy czym w tym przypadku będzie uwzględniana wartość zrealizowanej części przedmiotu umowy), na podstawie jednej lub większej ilości umów, usługi z zakresu gospodarki leśnej o łącznej wartości nie mniejszej niż 2 700 000,00 zł brutto, w tym:

a) zrealizował lub realizuje (przy czym w tym przypadku będzie uwzględniana wartość zrealizowanej części przedmiotu umowy), na podstawie jednej lub większej ilości umów, usługi z zakresu gospodarki leśnej polegające na wykonywaniu prac z zakresu gospodarki szkółkarskiej i nasiennictwa o łącznej wartości nie mniejszej niż 200 000,00 zł brutto.

Wykonawca może wykazać spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie tego punktu:

1) na podstawie jednej kompleksowej umowy, lub

2) na podstawie kilku umów spełniających wymogi określone w niniejszym warunku udziału w postępowaniu,

przy czym: (a) w przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, co najmniej jeden z takich Wykonawców powinien wykazać usługi z zakresu gospodarki leśnej o wartości stanowiącej co najmniej 50% łącznej wartości usług wymaganej w treści niniejszego warunku, (b) w przypadku polegania na doświadczeniu podmiotów udostępniających zasoby, co najmniej jeden z takich podmiotów lub Wykonawca (a w przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - co najmniej jeden z takich Wykonawców) powinien wykazać usługi z zakresu gospodarki leśnej o wartości stanowiącej co najmniej 50% łącznej wartości usług wymaganej w treści niniejszego warunku;

c) Warunek ten, w zakresie osób skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia, zostanie uznany za spełniony, jeśli Wykonawca wykaże, że dysponuje lub będzie dysponować:

II) dla Pakietu 2

a) co najmniej 17 osobami, które ukończyły z wynikiem pozytywnym szkolenie dopuszczające do pracy z piłarką

zgodnie z § 21 rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 24 sierpnia 2006 r. w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy przy wykonywaniu niektórych prac z zakresu gospodarki leśnej (Dz. U. z 2006 r. Nr 161, poz. 1141) lub posiadające odpowiadające im uprawnienia wydane na podstawie poprzednio obowiązujących przepisów albo odpowiadające im uprawnienia wydane w innych Państwach Członkowskich Unii Europejskiej;

W przypadku, gdy Wykonawca deklaruje posiadanie 2 szt. maszyn typu harwester (informację o posiadaniu należy podać w Części IV lit. C (pkt 9) JEDZ) powyższy warunek zostanie uznany za spełniony, przy dysponowaniu co najmniej 8 osobami, które ukończyły z wynikiem pozytywnym szkolenie dopuszczające do pracy z pilarką i 2 osobami operatorami harwestera, które posiadają zaświadczenie kwalifikacyjne Urzędu Dozoru Technicznego.

- b) co najmniej 1 osobą nadzoru z wykształceniem leśnym wyższym, leśnym średnim lub posiadającą dyplom ukończenia studium zawodowego świadczenia usług na rzecz leśnictwa;
- c) co najmniej 1 osobą, która ukończyła szkolenie w zakresie pracy ze środkami chemicznymi zgodnie z rozporządzeniem Ministra Rolnictwa i Rozwoju Wsi z dnia 8 maja 2013 roku w sprawie szkoleń w zakresie środków ochrony roślin (tekst jedn. Dz. U. z 2022 r. poz. 824) lub posiadającą odpowiadające im uprawnienia wydane na podstawie poprzednio obowiązujących przepisów, które uprawniają do pracy w kontakcie ze środkami ochrony roślin albo odpowiadające im uprawnienia wydane w innych Państwach Członkowskich Unii Europejskiej.
- d) 1 osobą – kierowcą ciągnika;
- e) co najmniej 3 osobami do pracy na szkółce.

7.5. Wykonawca może w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej podmiotów udostępniających zasoby, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków prawnych, z zastrzeżeniem, że w przypadku powoływania się na zasoby podmiotu udostępniającego zasoby celem wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia, warunek określony w 7.1. ppkt 4) lit a) SWZ co najmniej jeden z takich podmiotów lub Wykonawca (a w przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – co najmniej jeden z takich Wykonawców) powinien wykazać usługi z zakresu gospodarki leśnej o wartości stanowiącej co najmniej 50% łącznej wartości usług wymaganej w treści warunku. W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia Wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonują

usługi, do realizacji, których te zdolności są wymagane.

Zamawiający ocenia, czy udostępniane Wykonawcy przez podmioty udostępniające zasoby zdolności techniczne lub zawodowe lub ich sytuacja finansowa, pozwalają na wykazanie przez Wykonawcę spełnienia warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w pkt 7.1. ppkt 3) i 4) SWZ, a także bada, czy nie zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, które zostały przewidziane w pkt 6.1.-6.4. SWZ względem Wykonawcy.

Jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe, sytuacja finansowa podmiotu udostępniającego zasoby nie potwierdzają spełnienia 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.

9.1. W celu potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia z postępowania, o których mowa

w pkt 6.1.-6.4. oraz w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w pkt 7.1. Wykonawca zobowiązany jest złożyć wraz z ofertą:

- a) oświadczenie Wykonawcy o niepodleganiu wykluczeniu i spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, złożone na formularzu jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia („JEDZ”), sporządzonego zgodnie ze wzorem standardowego formularza określonego w rozporządzeniu wykonawczym Komisji (UE) 2016/7 z dnia 5 stycznia 2016 r. ustanawiającym standardowy formularz jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (Dz. Urz. UE seria L 2016 r. Nr 3, s. 16). JEDZ stanowi dowód potwierdzający brak podstaw wykluczenia i spełnienie warunków udziału w postępowaniu, na dzień składania ofert, tymczasowo zastępujący wymagane przez Zamawiającego podmiotowe środki dowodowe. (...)

W JEDZ należy podać następujące informacje:

- na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu dot. zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie osób skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia – informacje nt. ilości (1) osób które ukończyły z wynikiem pozytywnym szkolenie dopuszczające do pracy z pilarką zgodnie z § 21 rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 24 sierpnia 2006 r. w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy przy wykonywaniu niektórych prac z zakresu gospodarki leśnej (Dz. U. z 2006 r. Nr 161, poz. 1141) lub posiadających odpowiadające im uprawnienia wydane na podstawie poprzednio obowiązujących przepisów albo odpowiadające im uprawnienia wydane w innych Państwach Członkowskich Unii Europejskiej, (2) osób nadzoru z wykształceniem leśnym wyższym, leśnym średnim lub posiadających dyplom ukończenia studium zawodowego świadczenia usług na rzecz leśnictwa oraz (3) osób, które ukończyły szkolenie w

zakresie pracy ze środkami chemicznymi zgodnie z rozporządzeniem Ministra Rolnictwa i Rozwoju Wsi z dnia 8 maja 2013 roku w sprawie szkoleń w zakresie środków ochrony roślin (tekst jedn. Dz. U. z 2022 r. poz. 824) lub posiadające odpowiadające im uprawnienia wydane na podstawie poprzednio obowiązujących przepisów które uprawniają do pracy w kontakcie ze środkami ochrony roślin albo odpowiadające im uprawnienia wydane w innych Państwach Członkowskich Unii Europejskiej, (4) a w przypadku pozyskania drewna na pozycjach z systemem mieszanym (pozyskanie drewna na pozycjach cięć, na których dopuszczalne jest wykorzystanie maszyn wielooperacyjnych) również operatorów harwesterów, jeżeli Wykonawca zamierza wykonać przedmiot zamówienia za pomocą harwesterów (5) w przypadku Pakietu 2: osób do kierowania ciągników oraz osób do pracy na szkółce które należy podać w Części IV lit. C (pkt 2) JEDZ.

We wskazanej części JEDZ należy podać informacje nt. danych personalnych (imię i nazwisko) osób skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia, zakresu wykonywanych przez nich czynności, posiadanych kwalifikacji zawodowych, uprawnień (jeżeli są wymagane) oraz podstawy dysponowania, a w stosunku do osób nadzoru należy podać również ich wykształcenie.

9.2. W celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w pkt 7.1. SWZ, Zamawiający przed wyborem najkorzystniejszej oferty, działając na podstawie art. 126 ust. 1 PZP wezwie Wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 10 dni, aktualnych na dzień złożenia następujących podmiotowych środków dowodowych:

a) wykazu usług wykonanych, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat (wstecz od dnia w którym upływa termin składania ofert), a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości brutto, przedmiotu (rodzaju wykonanych usług), dat wykonania (dat dziennych rozpoczęcia i zakończenia realizacji usług) i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie (wzór wykazu wykonanych usług stanowi Załącznik nr 9 do SWZ).

Jeżeli Wykonawca powołuje się na doświadczenie w realizacji usług, wykonywanych wspólnie z innymi Wykonawcami wykaz, o którym mowa wyżej dotyczy usług, w których wykonaniu Wykonawca ten bezpośrednio uczestniczył, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych, w których wykonywaniu bezpośrednio uczestniczył lub uczestniczy.

b) dowodów określających, czy wskazane przez Wykonawcę w wykazie usługi na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu dot. zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie doświadczenia zostały wykonane lub są wykonywane należycie, Dowodami, o których mowa powyżej są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego usługi zostały wykonane, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli Wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie Wykonawcy; w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wystawione w okresie ostatnich 3 miesięcy (wstecz od dnia, w którym upływa termin składania ofert).

d) wykaz osób, skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, posiadanych uprawnień (jeżeli są wymagane), wykształcenia (w stosunku do osób nadzoru) niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami (wzór wykazu osób skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia stanowi Załącznik nr 10 do SWZ),

9.4. Wykonawca może w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych (warunki wskazane w pkt 7.1. ppkt 4) SWZ) lub sytuacji finansowej (warunki wskazane w pkt 7.1. ppkt 3) SWZ) innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków prawnych.

Wykonawca, który polega na zdolnościach technicznych lub zawodowych (warunki wskazane w pkt 7.1. ppkt 4) SWZ) lub sytuacji finansowej (warunki wskazane w pkt 7.1. ppkt 3) SWZ) podmiotów udostępniających zasoby, składa wraz z ofertą:

1) zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji niniejszego zamówienia lub inny podmiotowy środek dowodowy potwierdzający, że Wykonawca realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów.

Zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby, o którym mowa wyżej, potwierdza, że stosunek łączący Wykonawcę z podmiotami udostępniającymi zasoby gwarantuje rzeczywisty dostęp do tych zasobów oraz określa w szczególności: (1) zakres dostępnych Wykonawcy zasobów podmiotu udostępniającego zasoby; (2) sposób i okres udostępnienia Wykonawcy i wykorzystania przez niego zasobów podmiotu udostępniającego te zasoby przy wykonywaniu zamówienia; (3) czy i w jakim zakresie podmiot udostępniający zasoby, na zdolnościach którego Wykonawca polega w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących wykształcenia, kwalifikacji

zawodowych lub doświadczenia, zrealizuje usługi, których wskazane zdolności dotyczą.

Niewiążący wzór zobowiązania do oddania wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia stanowi Załącznik nr 6 do SWZ;

9.24. Zamawiający nie wzywa do złożenia podmiotowych środków dowodowych, jeżeli:

- 1) może je uzyskać za pomocą bezpłatnych i ogólnodostępnych baz danych, w szczególności rejestrów publicznych w rozumieniu ustawy dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne (tekst jedn. Dz. U. z 2023 r. poz. 57 z późn. zm.), o ile Wykonawca wskazał w JEDZ dane umożliwiające dostęp do tych środków,
- 2) podmiotowym środkiem dowodowym jest oświadczenie, którego treść odpowiada zakresowi oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 PZP.

Kolejno ustalono także, że do upływu terminu składania ofert w zakresie pakietu nr 2 do zamawiającego wpłynęła oferta odwołującego i oferta przystępującego.

(por. informacja z otwarcia ofert, w dokumentacji postępowania przekazanej przez zamawiającego na nośniku elektronicznym).

Kolejno ustalono, że przystępujący złożył wraz z ofertą dokumenty JEDZ. W Jednolitych Europejskich Dokumentach Zamówienia złożonych przez p. S. i p. Szczudło wymieniono nazwiska osób celem wykazania spełnienia wymaganego warunku dotyczącego personelu. Obydwaj wykonawcy posłużyli się przy podanych nazwiskach słowami „własny”, na określenie zasobu.

(por. ww. dokumenty JEDZ, złożone wraz z ofertą przystępującego).

Ustalono także, że odwołujący złożył wraz z ofertą zobowiązanie do udostępnienia zasobów w postaci doświadczenia pochodzące od P.B., Usługi Leśne.

(por. zobowiązanie, złożone wraz z ofertą odwołującego, na nośniku elektronicznym przekazany przez zamawiającego).

Kolejno ustalono, że 20 listopada 2023 r. Zamawiający otrzymał oświadczenie P.B. z 19.11.2023 r., z którego treści wynikało, że podmiot ten nie wyraża zgody na wykorzystanie przez odwołującego pierwotnie udostępnionego zasobu w żadnym zakresie, w żadnym postępowaniu, oraz że nie będzie brał udziału w realizowaniu usług, których wskazane zdolności dotyczą.

(por. ww. oświadczenie, w aktach sprawy, na nośniku elektronicznym przekazany przez zamawiającego).

Kolejno ustalono, że pismem z dnia 27 listopada 2023 r. Zamawiający, działając na podstawie art. 122 Pzp wystąpił do odwołującego z żądaniem zastąpienia podmiotu udostępniającego zasoby innym podmiotem lub podmiotami lub wykazania samodzielnego spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wskazanym przez Zamawiającego w pkt 7.1. ppkt 4 lit. a) SWZ dla Pakietu 2. Zamawiający w wezwaniu poinformował odwołującego, że otrzymał zawiadomienie P.B. o wycofaniu jego zobowiązania.

(por. ww. wezwanie, na nośniku elektronicznym przekazany przez zamawiającego).

Kolejno ustalono, że w odpowiedzi na ww. wezwanie odwołujący w dniu 30 listopada 2023 r. złożył zobowiązanie z dnia 30.11.2023r. do udostępnienia zasobów pochodzące od innego podmiotu trzeciego, tj. p. M.H., M.H. Forest. W zobowiązaniu tym złożono następujące oświadczenia:

*oświadczam, że zobowiązuję się, na zasadzie art. 118 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 z późn. zm.) udostępnić wykonawcy przystępującemu do postępowania w sprawie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na „Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Człopa w roku 2024” Pakiet 2 („Postępowanie”), tj. Konsorcjum Wykonawców: w składzie*

1) Zakład Usług Leśnych T.S., Trzcinnio 4/3, 78-630 Człopa;

2) Zakład Usług Leśnych M.P., ul. Poznańska 7, 64-980 Niekursko

(dalej: „Wykonawca”), następujące zasoby:

- moje zdolności techniczne i zawodowe w zakresie doświadczenia w wykonywaniu usług z zakresu gospodarki leśnej polegające na pracach z zakresu gospodarki szkółkarskiej o łącznej wartości przekraczającej 200 000,00 zł brutto na potrzeby spełnienia przez Wykonawcę następującego warunku udziału w Postępowaniu: „W postępowaniu mogą brać udział Wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące (...) zdolności technicznej lub zawodowej: Warunek ten, w zakresie doświadczenia, zostanie uznany za spełniony, jeśli Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich 3 lat liczonych wstecz od dnia, w którym upływa termin składania ofert (...) zrealizował lub realizuje (przy czym w tym przypadku będzie uwzględniana wartość zrealizowanej części przedmiotu umowy) na podstawie jednej lub większej liczby umów, usługi z zakresu gospodarki leśnej polegające na wykonywaniu prac z zakresu gospodarki szkółkarskiej i nasiennictwa o łącznej wartości nie mniejszej niż 200 000,00 zł brutto” opisane w SWZ w pkt 7.1 . ppkt 4 lit a dla Pakietu 2. Wykonawca będzie mógł wykorzystywać ww. zasoby przy wykonywaniu zamówienia w następujący sposób: zostaną mu

oddane będące w mojej dyspozycji zasoby na potrzeby realizacji zamówienia nr SA.270.2.6.2023\_08\_01 w zakresie prac szkółkarskich. Zobowiązuję się do umożliwienia Wykonawcy współpracy ze mną na każdym etapie umowy, na każde wezwanie. Zobowiązuję się, że udostępnię Wykonawcy swoje zasoby kadrowe i sprzętowe w celu umożliwienia Wykonawcy należytej realizacji umowy o zamówienie publiczne.

W wykonywaniu zamówienia będę uczestniczył w następującym czasie i zakresie: w całym czasie trwania umowy. Wykonawca będzie miał w tym okresie nieograniczony dostęp do udostępnionego mu mojego zasobu wyżej opisanego. W związku z powyższym deklaruję i zobowiązuję się do tego, że wezmę realny i rzeczywisty udział w wykonaniu umowy o zamówienie, tak aby moje doświadczenie zostało faktycznie wykorzystane i aby potwierdziło fakt spełnienia przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu.

Z Wykonawcą będzie nas łączyła umowa o współpracy w zakresie realizacji wyżej opisanych usług.

W piśmie z dnia 30 listopada 2023 r. odwołujący oświadczył także, że „Wskazany podmiot będzie moim podwykonawcą w ramach realizacji Państwa zamówienia przez cały okres obowiązywania umowy.” (por. pismo odwołującego z dnia 30 listopada 2023 r. wraz z załącznikami, na nośniku elektronicznym przekazanym przez zamawiającego).

Następnie ustalono, że pismem z dnia 27 lutego 2024 r., zamawiający zawiadomił odwołującego o wyborze oferty przystępującego jako najkorzystniejszej w zakresie pakietu nr 2 oraz o odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) PZP.

W uzasadnieniu faktycznym czynności odrzucenia oferty odwołującego zamawiający wskazał, co następuje:

*Wykonawca nie posiadając własnego doświadczenia umożliwiającego wykazanie spełnienia*

*warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej w odniesieniu do doświadczenia skorzystał z możliwości, jaką daje art. 118 ust. 1 PZP polegając na zdolnościach technicznych lub zawodowych podmiotu udostępniającego zasoby.*

*Wykonawca załączył do oferty zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji ww. zamówienia. Podmiot udostępniający zasoby w ww. oświadczeniu wskazał, iż udostępni Wykonawcy: „zdolności techniczne i zawodowe w zakresie doświadczenia w zakresie wykonywania usług z zakresu gospodarki leśnej polegające na wykonywaniu prac z zakresu gospodarki szkółkarskiej o łącznej wartości przekraczającej 200 000,00 zł brutto”.*

*Dnia 20 listopada 2023 r. tj. 6 dni od otwarcia ofert, Zamawiający otrzymał oświadczenie ww. podmiotu, z którego treści wynikało, że podmiot ten nie wyraża zgody na wykorzystanie przez Wykonawcę pierwotnie udostępnionego zasobu w żadnym zakresie, w żadnym postępowaniu, oraz że nie będzie brał udziału w realizowaniu usług, których wskazane zdolności dotyczą.*

*W związku z powyższym, Zamawiający pismem z dnia 27 listopada 2023 r., na podstawie art. 122 PZP, wystąpił do wykonawcy z żądaniem zastąpienia podmiotu udostępniającego zasoby innym podmiotem lub podmiotami lub wykazania samodzielnego spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wskazanym przez Zamawiającego w pkt 7.1. ppkt 4 lit. a) pkt II) SWZ.*

*Wykonawca w terminie wyznaczonym na dokonanie uzupełnienia, przedłożył zobowiązanie nowego podmiotu do oddania Wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia, w postaci zdolności technicznych i zawodowych w zakresie doświadczenia w wykonywaniu usług z zakresu gospodarki leśnej polegających na pracach z zakresu gospodarki szkółkarskiej o łącznej wartości przekraczającej 200 000,00 zł brutto, a także pozostałe dokumenty dla nowego podmiotu, takie jak Oświadczenie podmiotu udostępniającego zasoby dotyczące przesłanek wykluczenia z art. 5K Rozporządzenia 833/2014 składane na podstawie art. 125 ust. 5 PZP, formularz Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia.*

*Znaczącym w niniejszej sprawie jest, że zgodnie z dyspozycją art. 118 ust. 2 PZP w odniesieniu do warunków dotyczących doświadczenia wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonują usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. Celem takiego rozwiązania jest zapewnienie Zamawiającemu, że udostępniony przez podmiot trzeci zasób rzeczywiście i realnie zostanie wykorzystany w trakcie realizacji zamówienia. Zamawiający po to bowiem konstruuje warunki udziału w postępowaniu, aby udzielić zamówienia wykonawcy, który daje rękojmię jego należytego wykonania. Jeżeli wykonawca samodzielnie nie spełnia warunku udziału w postępowaniu i powołuje się na doświadczenie innego podmiotu, to musi zapewnić realny udział tego podmiotu w realizacji zamówienia w takim zakresie, do jakiego odnosił się warunek. W przypadku zasobu dotyczącego doświadczenia zarówno prawodawca unijny, jak i ustawodawca krajowy wprowadzili daleko idące ograniczenia, a mianowicie dopuszczalność polegania na takim zasobie została uzależniona od tego, czy podmiot trzeci zrealizuje roboty budowlane i usługi do realizacji których zasób jest potrzebny. Powyższe sprowadza się w praktyce do obowiązku zapewnienia podwykonawstwa podmiotu trzeciego, które powinno być nie tylko zadeklarowane ale i egzekwowane w trakcie wykonywania zamówienia. Celem wprowadzenia tych regulacji było ograniczenie zjawiska handlu referencjami, przepisy te*

służą jednak także zapewnieniu Zamawiającemu, że udostępniony przez podmiot trzeci zasób rzeczywiście i realnie zostanie wykorzystany w trakcie realizacji zamówienia.

Z uzupełnionego zobowiązania nie wynika, aby zamówienie miało być zrealizowane zgodnie z dyspozycją art. 118 ust. 2 PZP tj. że podmiot udostępniający zasoby wykona usługi, do realizacji których udostępniane zdolności są wymagane. Brak tych informacji powoduje, że Zamawiający nie może przyjąć realności udostępnienia zasobów tego podmiotu, a tym samym że Wykonawca będzie dysponował tymi zasobami w stopniu niezbędnym do należytego wykonania zamówienia.

Podmiot udostępniający zasoby w swoim zobowiązaniu wskazał, że z Wykonawcą będzie go łączyć tylko współpraca oraz że udostępni Wykonawcy swoje zasoby kadrowe i sprzętowe, podczas gdy podmiot udostępniający zasoby powinien być podwykonawcą Wykonawcy co najmniej w zakresie adekwatnym do udostępnianych w ramach doświadczenia zasobów i okoliczność ta powinna wynikać z dokumentu zobowiązania (podmiot udostępniający zasoby powinien oświadczyć, że zrealizuje jako podwykonawca albo wspólnie z Wykonawcą usługi z zakresu gospodarki leśnej z zakresu pozyskania i zrywki drewna oraz zagospodarowania lasu o wartości adekwatnej do zakresu, w jakim wykazuje spełnienie warunku udziału w postępowaniu dot. doświadczenia). Z przepisów wynika jednoznacznie, że konieczność zrealizowania przez podmiot trzeci usługi lub roboty budowlanej jako podwykonawca dotyczy tej części przedmiotu zamówienia, do realizacji której był wymagany udostępniany zasób. Reasumując, wymóg zrealizowania części zamówienia, z którym wiąże się udostępniany zasób, należy rozumieć jako obowiązek faktycznego zrealizowania części zamówienia w charakterze podwykonawcy lub wspólnie z wykonawcą.

Zobowiązanie się podmiotu udostępniającego zasoby jedynie do współpracy i udostępnienie sprzętu oraz ludzi nie jest wystarczające do tego, by wykazać, że Wykonawca ma realny dostęp do zasobów ww. podmiotu i że w efekcie spełnia warunek udziału w postępowaniu.

Raz jeszcze należy podkreślić, że w świetle art. 118 ust. 2 PZP, dla wykazania realnego dostępu do zasobów danego podmiotu, niezbędne jest, aby podmiot ten zobowiązał się do zrealizowania tych usług, które są wymagane do spełnienia warunku udziału w postępowaniu, co w praktyce sprowadza się najczęściej do zobowiązania się do podwykonawstwa. Skoro podmiot udostępniający Wykonawcy zasoby zobowiązał się jedynie do współpracy oraz udostępnienia sprzętu oraz pracowników, to zobowiązanie takie należy uznać za wadliwe, co skutkuje koniecznością stwierdzenia, że Wykonawca nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Jednocześnie Wykonawca, wobec wycofania zobowiązania pierwszego z podmiotów udostępniającego zasoby, miał możliwość samodzielnego wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub powołanie się na zasoby nowego podmiotu. Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego zdecydował się na poleganie na zasobach nowego podmiotu. Powyższe oznacza, że Wykonawca nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia, a Zamawiający jednocześnie nie ma możliwości ponownego wezwania Wykonawcy do uzupełnienia informacji i dokumentów w tym zakresie, wobec wyczerpania jednokrotnej procedury w tym zakresie.

(por. zawiadomienie zamawiającego, w aktach sprawy, na nośniku elektronicznym przekazanym przez zamawiającego).

#### **Odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.**

Chybiony okazał się zarzut art. 226 ust. 1 pkt 2. lit. b) Pzp w zw. z art. 118 ust. 2 Pzp przez uznanie, że odwołujący nie spełnia warunku udziału w postępowaniu w postaci doświadczenia i podlega wykluczeniu z postępowania, a jego oferta podlega odrzuceniu, z powodu niezapewnienia udziału podmiotu udostępniającego zasoby w wykonaniu przedmiotu zamówienia, podczas gdy odwołujący w sposób należyty wykazał spełnienie warunku w postaci doświadczenia poprzez zagwarantowanie realnego uczestnictwa p. M.H. w realizacji usług z zakresu szkółkarstwa i nasiennictwa.

Jak wynikało z warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt 7.1. 4) a II SWZ zamawiający wskazał, że warunek ten, w zakresie doświadczenia, zostanie uznany za spełniony, jeśli Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich 3 lat liczonych wstecz od dnia, w którym upływa termin składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie):

#### **II) dla Pakietu 2**

zrealizował lub realizuje (przy czym w tym przypadku będzie uwzględniana wartość zrealizowanej części przedmiotu umowy), na podstawie jednej lub większej ilości umów, usługi z zakresu gospodarki leśnej o łącznej wartości nie mniejszej niż 2 700 000,00 zł brutto, w tym:

a) zrealizował lub realizuje (przy czym w tym przypadku będzie uwzględniana wartość zrealizowanej części przedmiotu umowy), na podstawie jednej lub większej ilości umów, usługi z zakresu gospodarki leśnej polegające na wykonywaniu prac z zakresu gospodarki szkółkarskiej i nasiennictwa o łącznej wartości nie mniejszej niż 200 000,00 zł brutto.

Jednocześnie w pkt 7.5. SWZ zamawiający wskazał, że w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia Wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonają usługi, do realizacji, których te zdolności są wymagane. Powyższe było odzwierciedleniem wymogu wynikającego z art. 118 ust. 2 Pzp. Ponieważ zaś warunek odnosił się do usługi z zakresu gospodarki leśnej polegającej na wykonywaniu prac z zakresu gospodarki szkółkarskiej i nasiennictwa, to odwołujący powinien zapewnić, aby podmiot trzeci wykonał ww. usługi.

Zdaniem Izby zamawiający prawidłowo ocenił, że odwołujący nie zapewnił aby podmiot trzeci, na którego zasoby doświadczenia się powoływał, zrealizował usługi, których wskazane zdolności dotyczą.

Wbrew twierdzeniom odwołującego, z treści zobowiązania podmiotu trzeciego, pana p. M.H., M.H. Forest nie wynikało, aby podmiot ten zobowiązał się do wykonania usług polegających na wykonywaniu prac z zakresu gospodarki szkółkarskiej i nasiennictwa. Z treści zobowiązania wynikało jedynie, że pan M.H. zobowiązuje się zaledwie do udostępnienia odwołującemu swoich zasobów kadrowych i sprzętowych w celu umożliwienia Wykonawcy należytej realizacji umowy o zamówienie publiczne. Zaś stosunek, jaki miał łączyć p.H. z odwołującym, został w zobowiązaniu określony jako umowa współpracy.

Jak wynikało z powyższego, treścią zobowiązania p.H. nie było zatem zawarcie z odwołującym umowy o podwykonawstwo w odniesieniu do usług z zakresu gospodarki szkółkarskiej i nasiennictwa.

Powyższego nie zmieniał fakt, że w zobowiązaniu tym podmiot trzeci zawarł szereg zapewnień o realnym udziale w wykonaniu zamówienia. Jednocześnie bowiem podmiot ten uszczegóławiał, że owe zapewnienia dotyczą nieograniczonego dostępu do udostępnianego zasobu, który został zdefiniowany we wcześniejszej części zobowiązania jako jedynie udostępnienie zasobu kadrowego i sprzętowego. Z kolei oddanie do dyspozycji odwołującemu jedynie zasobów kadrowych i sprzętowych było równoznaczne z tym, że podmiot udostępniający zasoby nie będzie bezpośrednio uczestniczył w realizacji zamówienia, bowiem przekaże odwołującemu jedynie ww. potencjał.

Jak słusznie wskazał zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, oświadczenie o treści „*deklaruję i zobowiązuję się do tego, że wezmę realny i rzeczywisty udział w wykonaniu umowy o zamówienie, tak aby moje doświadczenie zostało faktycznie wykorzystane i aby potwierdziło fakt spełnienia przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu.*”, nie niosło za sobą żadnych konkretnych informacji o tym, iż współpraca z odwołującym przybierze charakter podwykonawstwa ani jakiej części zamówienia to podwykonawstwo ma dotyczyć.

Jak wynika z art. 4 pkt 27) Pzp, przez umowę o podwykonawstwo należy rozumieć *umowę w formie pisemnej o charakterze odpłatnym, zawartą między wykonawcą a podwykonawcą, a w przypadku zamówienia na roboty budowlane innego niż zamówienie w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, także między podwykonawcą a dalszym podwykonawcą lub między dalszymi podwykonawcami, na mocy której odpowiednio podwykonawca lub dalszy podwykonawca, zobowiązuje się wykonać część zamówienia.*

Jak wynika z ww. przepisu treścią umowy o podwykonawstwo jest zatem zobowiązanie do wykonania przez podwykonawcę określonej części zamówienia. To podwykonawca zatem zobowiązany jest osobiście wykonać określoną część zamówienia przy pomocy także swoich zasobów kadrowych i sprzętowych.

Takich elementów przyszłej umowy o podwykonawstwo próżno było jednak szukać w treści zobowiązania p.H.. Przeciwnie, jeśli - jak utrzymuje odwołujący w odwołaniu - część zamówienia bezpośrednio miałby wykonywać podmiot trzeci M.H. Forest M.H., to nie zobowiązałby się on do udostępnienia odwołującemu swoich zasobów kadrowych oraz sprzętowych, gdyż te zasoby kadrowe i sprzętowe byłyby wykorzystywane przez sam podmiot trzeci – jako podwykonawcę - podczas wykonywania określonej części przedmiotu zamówienia.

Odwołujący nie może się także powoływać na okoliczność, że w swym piśmie przewodnim z dnia 30 listopada 2023 r., do którego załączono zobowiązanie p.H., odwołujący określił ten podmiot swym podwykonawcą.

Jak wynika z art. 118 ust. 4 pkt 3 Pzp, to z zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby powinno wynikać, czy i w jakim zakresie podmiot udostępniający zasoby zrealizuje usługi, których wskazane zdolności dotyczą. W ślad za art. 118 ust. 4 pkt 3 Pzp na obowiązek zawarcia takiej deklaracji w treści samego zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby zwrócił uwagę także zamawiający w pkt 9.4. SWZ. W tej sytuacji za niewystarczające należało uznać oświadczenie samego odwołującego zawarte w piśmie przednim z dnia 30 listopada 2023 r. Oświadczenie to pochodziło bowiem od zupełnie innego podmiotu, niż pan H..

Wobec powyższego zarzut nr 1 okazał się chybiony.

Chybiony okazał się zarzut naruszenia art. 128 ust. 4 Pzp przez zaniechanie wezwania odwołującego do

wyjaśnienia treści zobowiązania.

W ocenie Izby wezwanie do wyjaśnień można byłoby wystosować, gdyby istniejąca, pozytywna treść zobowiązania budziła jakieś wątpliwości. W analizowanej sprawie, jak wskazano wcześniej, w zobowiązaniu p.H. brakowało jego podstawowej deklaracji do wykonania określonej części przedmiotu zamówienia w charakterze podwykonawcy odwołującego, a więc obligatoryjnego elementu zobowiązania, o którym mowa w art. 118 ust. 4 pkt 3 Pzp. Zdaniem Izby, wezwanie do wyjaśnień mogłoby zostać wystosowane, gdyby tego rodzaju element znalazł się w treści zobowiązania, a jedynie budził wątpliwości. Brak tego rodzaju nie podlegał zatem wyjaśnieniu w trybie art. 128 ust. 4 Pzp.

Chybiony okazał się także zarzut naruszenia art. 128 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wezwania odwołującego do uzupełnienia prawidłowego zobowiązania celem wykazania warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia.

Jak wskazuje się w orzecznictwie Izby, wezwanie do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń składanych celem wykazania warunku stanowi wyjątek od zasady niezmienności takich dokumentów. Z tego powodu wskazuje się, że przepisy o wzywaniu do uzupełniania dokumentów muszą być interpretowane w sposób ścisły. W orzecznictwie Izby akcentuje się w konsekwencji, że zamawiający uprawniony (i jednocześnie zobowiązany) jest do wezwania do uzupełnienia brakujących oświadczeń i dokumentów celem wykazania danego warunku tylko jednokrotnie.

Zdaniem Izby zamawiający trafnie wskazał w uzasadnieniu czynności odrzucenia oferty odwołującego, że w analizowanej sprawie procedura wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentów celem wykazania spornego warunku została już raz wykorzystana.

Dostrzeżenia wymagało, że odwołujący celem wykazania tego samego warunku udziału wraz z ofertą pierwotnie złożył zobowiązanie innego podmiotu trzeciego - Usługi Leśne P.B.. Jednakże już po złożeniu oferty przez odwołującego, 20 listopada 2023 r. Zamawiający otrzymał oświadczenie P.B. z 19.11.2023 r., z którego treści wynikało, że podmiot ten nie wyraża zgody na wykorzystanie przez odwołującego pierwotnie udostępnionego zasobu w żadnym zakresie, w żadnym postępowaniu, oraz że nie będzie brał udziału w realizowaniu usług, których wskazane zdolności dotyczą.

W konsekwencji w dniu 27.11.2023 r. Zamawiający w trybie art. 122 Pzp prawidłowo wezwał odwołującego do zastąpienia ww. podmiotu innym podmiotem lub podmiotami lub wykazania samodzielnego spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie gospodarki szkółkarskiej oraz nasiennictwa oraz złożenia dokumentów wymaganych w SWZ w przypadku powołania się na potencjał nowego podmiotu trzeciego.

Pismem z dnia 30.11.2023 r. odwołujący zastąpił dotychczasowy podmiot trzecim nowym podmiotem trzecim - M.H. Forest M.H. oraz przedłożył wadliwe, jak się okazało, zobowiązanie tego podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobów.

W orzecznictwie Izby wskazuje się, że wezwanie do oświadczeń i dokumentów mogłoby zostać powtórzone tylko w sytuacji, gdyby pierwsze wezwanie okazało się wadliwe lub niepełne. Powyższe wynika z faktu, że procedura wezwania do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów musi być prawidłowa. W analizowanej sprawie pierwsze wezwanie z dnia 27 listopada 2023 r., jakie zamawiający wystosował do odwołującego, okazało się prawidłowe i pełne. Skoro podmiot pierwotnie udostępniający zasoby odwołującemu oświadczył, że nie podtrzymuje swej zgody na udostępnienie odwołującemu swych zasobów, to zamawiający działając na podstawie art. 122 Pzp prawidłowo wezwał odwołującego do samodzielnego wykazania warunku lub zastąpienia tego podmiotu trzeciego innym podmiotem trzecim udostępniającym zasoby.

Prawidłowości tego stanowiska nie zmienia fakt wskazania przez zamawiającego przepisu art. 122 Pzp jako podstawy prawnej wystosowanego wezwania do uzupełniania dokumentów z dnia 27 listopada 2023 r. Jak wskazuje się bowiem powszechnie w orzecznictwie Izby, przepis art. 122 Pzp nie stanowi odrębnej podstawy wezwania wykonawcy do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu w stosunku do podstawy przewidzianej w art. 128 ust. 1 Pzp. Powyższe wynika z faktu, że przepis art. 122 Pzp jedynie doprecyzowuje możliwe działania wykonawcy, w sytuacjach określonych w art. 128 Pzp, przy powoływaniu się na potencjał podmiotu trzeciego.

Biorąc powyższe pod uwagę zarzut naruszenia art. 128 ust. 1 ustawy Pzp należało uznać za chybiony.

Chybiony okazał się zarzut naruszenia art. 128 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wezwania przystępującego do poprawienia treści Jednolitych Europejskich Dokumentów Zamówienia w zakresie wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w postaci dysponowania osobami z wymaganymi uprawnieniami, podczas gdy ze złożonych Dokumentów Zamówienia nie wynika, jaka jest podstawa dysponowania przez ww. wykonawców wymienionymi przez nich osobami.

Stan faktyczny okazał się niesporny między stronami.

Zamawiający w warunku udziału w postępowaniu opisanym w pkt 7.1.4 lit. c dla pakietu nr 2 wymagał od wykonawcy dysponowania określonymi osobami. Jednocześnie, celem wstępnego wykazania tego warunku zamawiający wymagał w pkt 9.1. a SWZ złożenia dokumentu JEDZ, w którym należało m.in. podać informację o „podstawie dysponowania” osobami. Analogicznej informacji zamawiający wymagał także w treści wzoru wykazu osób, do którego odsyłał pkt 9.2. lit. d SWZ.

Nie było także sporne, że przystępujący złożył wraz z ofertą dokumenty JEDZ. W Jednolitych Europejskich Dokumentach Zamówienia złożonych przez p. S. i p. Szczudło wymieniono nazwiska osób celem wykazania spełnienia wymaganego warunku dotyczącego personelu. Obydwaj wykonawcy posłużyli się przy podanych nazwiskach słowami „własny”, na określenie zasobu.

Odwolujący podniósł w odwołaniu, że w oparciu o dokumenty JEDZ przystępującego nie można ustalić, na jakiej podstawie konsorcjanci dysponują tymi osobami, wskazywanymi celem wykazania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 7.1.4. lit. c SWZ. Argumentował, że obydwaj oferenci posłużyli się bowiem przy podanych nazwiskach słowami „własny”, które nie charakteryzują podstaw współpracy.

Izba stwierdziła, że oba dokumenty, to jest dokument JEDZ i wykaz osób, służyły wykazaniu warunku udziału w postępowaniu z pkt 7.1.4 lit. c SWZ. W treści tego warunku zaś zamawiający wymagał od wykonawców wykazania się dysponowaniem określonymi osobami, nie wykluczając jednak żadnej podstawy dysponowania.

Dostrzeżenia wymagało, że użycie przez przystępującego słowa „własny” na określenie podstawy dysponowania osobami wskazanymi w JEDZ oznaczało, że było to dysponowanie bezpośrednie przez przystępującego ww. osobami, w odróżnieniu od dysponowania pośredniego, w którym zasób taki byłby udostępniany przystępującemu przez podmiot trzeci. Dysponowanie bezpośrednie oznacza zaś stosunek prawny istniejący bezpośrednio pomiędzy wykonawcą a osobą (osobami), na dysponowanie którymi wykonawca się powołuje.

Jak wskazuje się w opinii UZP, na jaką powołał się zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, takim stosunkiem prawnym bezpośrednio łączącym wykonawcę z osobami może być umowa o pracę, umowa o świadczenie usług, umowa przedwstępna itd.

Jednocześnie użycie słowa „własny” na określenie zasobu oznaczało, że nie jest to dysponowanie pośrednie, z którym - na zasadzie pkt 9.4 SWZ - łączyłby się obowiązek załączenia zobowiązania podmiotu trzeciego do udostępnienia takiego zasobu.

Ponieważ w treści warunku udziału w postępowaniu próżno było szukać ograniczenia co do niektórych bezpośrednich podstaw dysponowania osobami, a jednocześnie wiadomo było, że nie jest to dysponowanie pośrednie, z którym łączyłby się dodatkowy obowiązek złożenia zobowiązania, to informacje podane przez przystępującego w dokumencie JEDZ okazały się, w okolicznościach danej sprawy, wystarczające celem wykazania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 7.1.4 lit. c SWZ. Niezależnie bowiem jaka byłaby to podstawa dysponowania bezpośredniego osobami wskazanymi przez przystępującego w JEDZ, to każda z nich prowadziła do wniosku, że warunek jest wykazany.

Wobec powyższego zarzut naruszenia art. 128 ust. 1 Pzp należało uznać za chybiony.

Stosownie do art. 553 ustawy Pzp, *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie.* Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 1 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do oddalenia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 2 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 553 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięć o charakterze merytorycznym (pkt 1 sentencji) i formalnym (pkt 2 sentencji), całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, *Krajowa Izba Odwoławcza uwzględni odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców.* W analizowanej sprawie nie stwierdzono zarzucanych naruszeń ustawy Pzp, co skutkowało oddaleniem odwołania.

Wobec powyższego, na podstawie art. 553 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp, w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Z kolei w świetle art. 575 ustawy Pzp, strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.

Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że „obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą” sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)” Jarosław Jerzykowski, *Komentarz do art.192 ustawy - Prawo zamówień publicznych*, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, LEX, 2014, wydanie VI.

W analizowanej sprawie Izba oddaliła odwołanie. Odpowiedzialność za wynik postępowania ponosił zatem odwołujący. Na koszty postępowania składał się wpis od odwołania uiszczony przez odwołującego w kwocie 15.000 zł, koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w kwocie 3.600 zł, koszty dojazdu zamawiającego na posiedzenie Izby w kwocie 1.626,79 zł, koszty noclegu pełnomocnika zamawiającego w kwocie 520 zł, ustalone na podstawie rachunków złożonych do akt sprawy.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 oraz art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 2 lit. a i b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

**Przewodniczący:.....**