

**WYROK**

Warszawa, dnia 12 lutego 2024 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

Przewodnicząca: Małgorzata Jodłowska

Protokolantka: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 stycznia 2024 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia B.M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P.B., J.M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą J.M. w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Skarb Państwa – Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Augustów

**orzeka:**

1. Oddala odwołanie
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia B.M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P.B., J.M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą J.M. 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 tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszt poniesiony przez Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika
  - 2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia B.M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P.B., J.M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą J.M. na rzecz zamawiającego Skarbu Państwa – Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Augustów kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszt poniesiony przez Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodnicząca: .....

**Sygn. akt KIO 246/24**

**UZASADNIENIE:**

Zamawiający - Skarb Państwa – Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Augustów prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn: „Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Augustów w roku 2024”, nr referencyjny: SA.270.4.2.2023.

Przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, dalej: „ustawa Pzp”.

Szacunkowa wartość zamówienia przekracza progi unijne określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ustawy Pzp

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 27 października 2023 r. pod numerem: 2023/S 208-652776.

W postępowaniu tym wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Bartosz Masiewicz prowadzący działalność gospodarczą pod firmą P.B., Jan Markowski prowadzący działalność gospodarczą pod firmą J.M. (dalej: „Odwołujący”) w dniu 22 stycznia 2024 r. wnieśli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności Zamawiającego:

1. wyborze oferty J.O. (dalej: „Wykonawca”) jako najkorzystniejszej w zakresie pakietu I.

**Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:**

2. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8) p.z.p. oraz art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) p.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy pomimo, że:
  - 2.1. Wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu w postaci zdolności technicznej, poprzez zadeklarowanie dysponowania ciągnikiem Ursus C335, nr rej. SUF 749C, nr ident. K-434120, podczas gdy Wykonawca nie dysponuje tym ciągnikiem;
  - 2.2. Wykonawca nie wykazał, iż spełnia warunek udziału w postępowaniu w postaci zdolności technicznej poprzez dysponowanie ciągnikiem Renault;
3. art. 128 ust. 1 p.z.p. poprzez dokonanie wyboru oferty Wykonawcy pomimo uprzedniego zaniechania wezwania Wykonawcy do złożenia zobowiązania w trybie art. 118 ust. 3 p.z.p., oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 5 p.z.p., a także oświadczeń i dokumentów, o których mowa w pkt 9.4 SWZ, w sytuacji, gdy z umowy dzierżawy

harwestera złożonej przez Wykonawcę wynika, że harwester nie jest zasobem własnym Wykonawcy i na potrzeby wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w postaci zdolności technicznej polega on w tym zakresie na zdolnościach J.S.

#### **Odwolujący wniósł o:**

4.nakazanie Zamawiającemu unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty na pakiet I oraz wezwania Wykonawcy do złożenia oświadczenia, o którym mowa w art. 118 ust. 3 p.z.p., art. 125 ust. 5 p.z.p., a także oświadczeń i dokumentów, o których mowa w pkt 9.4 SWZ

także o:

5.obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, w tym zasądzenie na rzecz Odwołującego równowartości kwoty wpisu oraz kosztów, o których mowa w §5.2) rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania.

Dodatkowo wniósł o:

6.dopuszczenie dowodu z wszystkich wymienionych w niniejszym piśmie dokumentów zgromadzonych przez Zamawiającego w aktach postępowania o udzielenie zamówienia, oraz dokumentów złożonych wraz z niniejszym pismem.

#### **W uzasadnieniu powyższych zarzutów i żądań Odwołujący wskazał:**

*Zarzut opisany w pkt 2.1. petitum odwołania*

Zarówno w formularzu JEDZ jak i w wykazie sprzętu podpisanym 21 grudnia 2023r., Wykonawca zadeklarował posiadanie ciągnika Ursus C335, nr rej. SUF 749C, nr. ident. K-434120. Wykonawca poinformował w obydwu dokumentach, że korzysta z tego ciągnika na zasadzie umowy dzierżawy.

Pismem z dnia 28 grudnia 2023r. Zamawiający wezwał Wykonawcę do przedstawienia wskazanej umowy dzierżawy.

Wykonawca przedstawił umowę wraz z aneksem, z której wynika, że faktycznie nie dysponuje on i nie będzie dysponował tym sprzętem. Okazuje się, że właścicielem ciągnika jest Nadleśnictwo Szczebra. W umowie datowanej na 22 lutego 2011r. wskazano przy tym, że: „Przedmiot dzierżawy wykorzystywany będzie przez Dzierżawcę wyłącznie do realizacji zadań z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Szczebra.” W aneksie do umowy dzierżawy datowanym na 22 lutego 2011r. strony uzupełniły umowę o §9 pkt 3, zgodnie z którym: „Umowa ulega automatycznemu rozwiązaniu w przypadku, gdy Dzierżawca do 30 stycznia każdego roku nie podpisze kolejnej umowy na wykonawstwo usług leśnych na terenie Nadleśnictwa Szczebra.”

Z powyższych postanowień wynika, że Wykonawca nie miał prawa dysponowania ciągnikiem na potrzeby wykonania zamówienia w Nadleśnictwie Augustów, w pierwszej kolejności ponieważ nie mógł korzystać z niego w tym Nadleśnictwie. Niezależnie jednak od tego Odwołujący wskazał, że Wykonawca złożył wykaz sprzętu, w którym zadeklarował posiadanie ciągnika w dniu 21 grudnia 2023r. Już wtedy p. O. jednak musiał mieć pełną świadomość, że nie będzie wykonawcą usług leśnych w Nadleśnictwie Szczebra w kolejnym roku, a zatem że umowa dzierżawy ciągnika wkrótce wygaśnie.

P. O. składał ofertę w ww. Nadleśnictwie wyłącznie na pakiet I i ta oferta nie została wybrana jako najkorzystniejsza. Zamawiający dokonał wyboru jeszcze w dniu 12 grudnia i ten wybór dotychczas nie uległ zmianie.

Wykonawca jest przedsiębiorcą, zawodowo trudniącym się świadczeniem usług leśnych. Umowa dzierżawy ciągnika obowiązuje od kilkunastu lat. Pan O. musiał zatem wiedzieć, jakie są jej postanowienia i jak będzie się kształtowało jego dysponowanie ciągnikiem w kolejnym roku. Tę wiedzę posiadał zarówno w chwili składania oferty w niniejszym postępowaniu, a tym bardziej w chwili składania podmiotowego środka dowodowego – wykazu usług.

Pomimo to, p. O. zdecydował się na zadeklarowanie dysponowania ciągnikiem. Tym samym, próbował wprowadzić Zamawiającego w błąd co do spełniania przez siebie jednego z warunków udziału w postępowaniu. W rezultacie, Wykonawca podlegał wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt. 8) p.z.p., a jego oferta powinna być zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) p.z.p.

*Zarzut opisany w pkt 2.2. petitum odwołania*

Wykonawca, mając zapewne świadomość treści umowy dzierżawy ciągnika, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 28 grudnia 2023r., nieoczekiwanie oświadczył, że jest właścicielem także jeszcze jednego ciągnika marki Renault. Na tę okoliczność złożył pismo datowane na 2 stycznia 2024r. W ten sposób Wykonawca z własnej inicjatywy skorzystał z jednokrotnego prawa do skorygowania złożonych przez siebie uprzednio podmiotowych środków dowodowych. Nowa deklaracja Wykonawcy jest jednak niekompletna, a zatem, nawet w przypadku nieuwzględnienia zarzutu opisanego w pkt 2.1. petitum odwołania, nie może zostać uznana za skuteczną.

Zamawiający miał precyzyjne oczekiwanie co do tego, jakie informacje wykonawcy są zobowiązani podać odnośnie posiadanych zasobów sprzętowych. Nadleśnictwo zobowiązało oferentów, aby przekazano

mu: nazwę, model, numer seryjny, numer rejestracyjny lub inne oznaczenie pozwalające na indywidualizację. Wykonawca w złożonym wykazie podał te szczegółowe dane zarówno w stosunku do dzierżawionego od Nadleśnictwa ciągnika, jak i własnego ciągnika marki Ursus. Dokonując pismem z dnia 2 stycznia 2024r. zmiany na liście urzędzeń, p. O. nie poinformował jednak o numerze rejestracyjnym kolejnego ciągnika, pomimo że jest to pojazd rejestrowany. Mając z kolei na uwadze datę umowy zakupu ciągnika, należy przyjąć, że nie nosi on numeru rejestracyjnego wskazanego w tej umowie.

Tym samym Wykonawca nie wypełnił dyspozycji pkt. 9.2.e) SWZ w zw. z treścią załącznika nr 11 do SWZ, a zatem nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w sposób, jakiego oczekiwał Zamawiający. Oferta Wykonawcy podlega tym samym odrzuceniu.

Okoliczności złożenia oświadczenia w sprawie ciągnika Renault dodatkowo potwierdzają zarzut opisany w pkt 2.1. petitum odwołania. Trzeba bowiem zauważyć, że Wykonawca zdecydował się ujawnić posiadanie tego ciągnika dopiero wtedy, kiedy dowiedział się, że będzie musiał okazać Zamawiającemu umowę dzierżawy z Nadleśnictwem Szczebra.

Do czasu, gdy p. O. otrzymał wezwanie z dnia 28 grudnia 2023r., liczył na to, że warunki wygasającej wkrótce dzierżawy nie ujawnią się.

*Zarzut opisany w pkt 3. petitum odwołania*

Celem wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, Wykonawca zadeklarował zarówno w JEDZ, jak i wykazie sprzętu, że dysponuje maszyną harwester Valmet 901.3 o nr seryjnym 311133. W obydwu dokumentach Wykonawca poinformował, że wspomnianą maszynę posiada na podstawie umowy dzierżawy. W odpowiedzi na wspomniane wcześniej pismo Zamawiającego z dnia 28 grudnia 2023r., Wykonawca przedstawił także kopię tego dokumentu.

Treść umowy wskazuje, że w odniesieniu do omawianego warunku, mamy w niniejszej sprawie do czynienia faktycznie z udostępnieniem zasobu przez podmiot trzeci na zasadzie art. 118 ust. 1 p.z.p. Zamawiający zaniechał jednak żądania od Wykonawcy złożenia stosownych zaświadczeń i dokumentów wymaganych w takim przypadku.

Odwolujący przytoczył treść art. 118 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp.

Odwolujący zwrócił uwagę, że Zamawiający ma na podstawie art. 125 ust. 5 p.z.p. obowiązek zażądać od wykonawcy powołującego się na zasoby podmiotu trzeciego, oświadczenia tego podmiotu potwierdzającego brak podstaw wykluczenia tego podmiotu oraz spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie, w jakim wykonawca powołuje się na jego zasoby. Zamawiający przeniósł powyższe zapisy ustawowe do pkt 9.4. SWZ.

Odwolujący przytoczył tezę wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 września 2022 r. w sprawie KIO 2325/22 oraz z dnia 17 lipca 2014 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1379/14.

Orzecznictwo przyjmuje, że zastosowanie przepisów dotyczących podmiotów udostępniających zasoby będzie miało miejsce w sytuacji zawarcia umowy dzierżawy, najmu lub użyczenia wyłącznie w celu wykonywania danego zamówienia.

Umowa, którą legitymuje się Wykonawca dowodzi, że jej celem było spełnienie warunków udziału w niniejszym postępowaniu i nie jest ona przejawem stałej, długofalowej współpracy stron, w której jedna z nich dzierżawi specjalistyczny sprzęt drugiej. Wynika to z następujących okoliczności:

Po pierwsze: umowa została zawarta w dniu, w którym Wykonawca podpisał ofertę złożoną Zamawiającemu i na jeden dzień przed upływem terminu składania ofert, oznaczonego na 28 listopada 2023r.

Po drugie: okres obowiązywania umowy został tak ustalony w §3, aby obejmował cały czas od dnia poprzedzającego termin składania ofert (27 listopada 2023r.) do ostatniego dnia umowy o zamówienie, którą miałby zawrzeć Wykonawca z Zamawiającym (31 grudnia 2024r.). Jest on zatem niemal w pełni zbieżny z czasem, w którym Wykonawca powinien, zgodnie z przepisami p.z.p., posiadać sprzęt do dyspozycji.

Po trzecie: wydzierżawiający nie jest podmiotem zawodowo trudniącym się wydzierżawianiem sprzętu specjalistycznego leśnego. Zawieranie takich umów nie pozostaje zatem w zakresie jego działalności, a przy najmniej nie jest jej głównym celem. Co więcej, p. Jarosław Statkiewicz od lat wykonuje na terenie Nadleśnictwa Augustów i w okolicznych rejonach usługi leśne w charakterze podwykonawcy (na tym koncentruje się jego działalność), czego dowodzi załączona faktura wystawiona w przeszłości na rzecz jednego z Odwoływających. Wedle wiedzy Odwoływających, p. Statkiewicz na takiej właśnie zasadzie w przeszłości współpracował również z Wykonawcą.

Po czwarte: wynagrodzenie ustalone w umowie jest niewspółmierne do realnych stawek rynkowych. Sugeruje ono tym samym, że wzajemne ustalenia stron w tym zakresie są fikcją. Na rynku nie są dostępne usługi dzierżawy harwesterów. Rynkowość stawki ustalonej w umowie należy zatem ocenić z perspektywy chociażby ujawnionych publicznie ofert dotyczących wielkogabarytowego sprzętu budowlanego. Przykładowo okazuje się, że miesięczne wynajęcie siedmionowej koparki kołowej to koszt rzędu kilkunastu tysięcy złotych netto. W przypadku koparek większych, których masa jest bliższa masie harwestera (kilkanaście ton), cena sięga nawet dwudziestu tysięcy złotych netto.

Potwierdzeniem nierealnych ustaleń stron omawianej umowy jest to, że koszt najmu uzyskanego przez Wykonawcę odpowiada wydatkom co najwyżej na odpłatne, czasowe korzystanie z drobnego sprzętu, np. pilarki ręcznej.

Strony, na zasadzie swobody umów, mogą kształtować treść wzajemnego stosunku prawnego wedle uznania, a Zamawiający ma ograniczone narzędzia prawne, aby taką treść kwestionować. W realiach niniejszej sprawy należy jednak wskazać, że deklarowane koszty, które Wykonawca musiałby ponosić za dysponowanie sprzętem wzmacniają przekonanie, iż wyłącznym celem zawarcia umowy było pozyskanie przez Wykonawcę zdolności złożenia oferty. W przeciwnym razie, interes wydzierżawiającego w zawarciu umowy byłyby wątpliwy i kłóciłby się z zarobkowym celem prowadzonej przez niego działalności.

W złożonej pismem z 7 lutego 2024 r. odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający nie uwzględnił zarzutów zawartych w odwołaniach i wniósł o ich oddalenie w całości.

W uzasadnieniu Zamawiający wskazał m.in.:

W zakresie niedysponowania przez J.O. ciągnikiem Ursus - J.O. zadeklarował dysponowanie ww. ciągnikiem na zasadzie dzierżawy i na wezwanie Zamawiającego przedstawił umowę dzierżawy ww. sprzętu. Obiekcje Odwołujących do treści przedstawionej umowy nie mają znaczenia. Niewątpliwie mimo kwestionowanych zapisów umowy J.O. na dzień otwarcia ofert i na dzień potwierdzenia spełnienia wymogów postępowania w zakresie sprzętu dysponował na podstawie zawartej umowy dzierżawy wspomnianym ciągnikiem. To że ta umowa ewentualnie mogłaby ulec późniejszemu rozwiązaniu nie zmienia powyższego faktu i powyższego stwierdzenia. Podobnie jak np. w przypadku umowy dzierżawy na czas nieokreślony mogłaby ona ewentualnie być rozwiązana za wypowiedzeniem.

Zamawiający określił wymogi jakie stawia w zakresie zdolności technicznej. W szczególności w pkt 9.1 a SWZ wymagał by złożyć *na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu dot. zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie potencjału technicznego – informacje nt. ilości (1) maszyn leśnych typu harvester oraz (2) ciągników zrywkowych lub ciągników przystosowanych do zrywki drewna, którymi dysponuje lub będzie dysponować Wykonawca, które należy podać w Części IV lit. C (pkt. 9) JEDZ;W pkt. 9.2.e SWZ* Zamawiający wskazał, że wykonawca którego oferta została najwyżej oceniona będzie musiał złożyć wykaz urządzeń technicznych dostępnych Wykonawcy w celu wykonania zamówienia publicznego wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi zasobami - (wzór wykazu urządzeń technicznych dostępnych Wykonawcy w celu wykonania zamówienia stanowi Załącznik nr 11 do SWZ).

Taka informacja i taki wykaz został złożony przez J.O.. Należy podkreślić, że wykonawca, zgodnie z SWZ nawet nie miał obowiązku przedkładać umowy dzierżawy. Tym bardziej nie było obowiązku wykazywania że umowa taka miałaby obowiązywać w dniu złożenia/przez cały okres wykonywania umowy. Dopiero na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 128 ustawy Prawo Zamówień Publicznych J.O. został zobligowany do wyjaśnień poprzez złożenie umów dzierżawy co też i uczynił.

Należy uznać, że nawet jeśli przedłożona umowa zawierała zapisy o jej ewentualnym wygaśnięciu to zapis ten nie zmienia faktu że wykonawca dysponował aktualnie takim urządzeniem. Co więcej taka umowa mogła być aneksowana zarówno w zakresie okresu jej trwania jak i zapisu o wykorzystywaniu przedmiotu umowy jedynie na określonym terytorium. Nie było więc powodu by dyskredytować taką umowę. Spekulacje Odwołujących na temat ewentualnego wygaśnięcia umowy wobec niewygrania dotychczas ogłoszonych przetargów w Nadleśnictwie Szczebra są jedynie spekulacjami.

Pomijając możliwość aneksowania umowy, nie można też z całą stanowczością stwierdzić że przed 30 stycznia ww. nadleśnictwo nie ogłosiło / czy nie ogłosiłoby / kolejnego przetargu powodującego przedłużenie czasu obowiązywania umowy dzierżawy.

Zamawiający podkreśla, że nie było obowiązkiem oferenta wykazanie i udokumentowanie faktu dysponowania ciągnikiem przez jakiś okres / np. do końca 2024 r. / Obowiązkiem oferenta było wykazanie dysponowania określonym sprzętem w określonym dniu i te wymogi spełnił. Podobnie zapis o możliwości wykorzystywania ciągnika na określonym terytorium nie prowadzi do stwierdzenia że J.O. nie dysponował ciągnikiem. Dysponował. To czy wykonując usługi na terenie Nadleśnictwa Augustów / przy hipotetycznym i tylko hipotetycznym założeniu że ww. zapis umowy nie zostałby zmieniony / naruszyłby warunki umowy jest inną kwestią i być może rodziłoby to określone skutki prawne pomiędzy stronami umowy, ale nie prowadzi do wniosku, że J.O. takim sprzętem nie dysponował. Dysponował. Tym samym w ocenie Zamawiającego J.O. wykazał w sposób wystarczający, że dysponuje na podstawie umowy dzierżawy sprzętem wymaganym przez Zamawiającego /ciągnikiem/. Tym bardziej nie wprowadził Zamawiającego w błąd. Wszystkie jego oświadczenia i dokumenty były prawdziwe i autentyczne.

Nawet jednak gdyby zastrzeżenia Odwołujących w zakresie dzierżawy ciągnika uznać należałoby za słuszne to i tak należałoby stwierdzić, że J.O. spełnia wymogi SWZ w zakresie dysponowania dwoma ciągnikami. Obok nie kwestionowanego dysponowania własnym ciągnikiem Ursus / wskazanym w wykazie / J.O. złożył bowiem także informacje i dokumenty że jest właścicielem ciągnika Renault.

Co prawda Odwołujący kwestionują również to prawo własności, ale zarzuty w tym zakresie nie zasługują na

uwzględnienie. Odwołujący podnoszą, że dokumentacja złożona przez J.O. w tym zakresie jest niekompletna. Podnoszą, że oferent winien złożyć informację o nazwie modelu nr seryjnym i nr rejestracyjnym lub inne oznaczenie pozwalające na indywidualizację. Po pierwsze Zamawiający wskazuje że obowiązek wskazania takich danych wynikał jedynie z wzoru oświadczenia Załącznik 11 do SWZ a nie z samej treści SWZ. Po wtóre dane te podane były jedynie z nawiasie co należy traktować jako dane przykładowe, a nie obligatoryjne. Potwierdza to też użyte przez Zamawiającego sformułowanie „lub inne oznaczenie pozwalające na indywidualizację”. Tak więc konstrukcja tego zapisu wskazuje że obowiązkiem oferentów nie było obligatoryjne wskazanie tych danych, a wskazanie danych które w sposób wystarczający „indywidualizują” sprzęt. I tak też się stało. J.O. wskazał markę model, a przede wszystkim nr nadwozia tj. cechy indywidualne sprzętu pozwalające na odróżnienie go od innych. Co najważniejsze jednak, wbrew twierdzeniom odwołujących, wskazał też nr rejestracyjny / załączając umowę w której ten nr wskazano/. Tym samym podał wszystkie dane wskazane w załączniku nr 11 do SWZ. Zamawiający nie wymagał wprost by podany nr rej. był nr aktualnym. Nie można też wykluczyć że nr rej nie został zmieniony. Istotne jest że ów /nawet nieaktualny / nr rejestracyjny jest kolejną obok np. nr nadwozia cechą / daną „pozwalającą na indywidualizację” sprzętu.

Odwołujący podnoszą też zarzuty dotyczące wskazanego przez J.O. harwestera. W szczególności twierdzą sprzęt ten nie jest de facto dzierżawiony, a udostępniany jako tzw. zasób przez osobę trzecią co rodziłoby konieczność spienienia dodatkowych wymogów przez J.O. / i udostępniającego /. Należy jednak stwierdzić, że J.O. wskazując ww. sprzęt wskazał jako zasób własny i nie powoływał się na udostępnienie zasobów osoby trzeciej. Sam fakt że ww. maszyna nie jest jego własnością, a jest przedmiotem dzierżawy nie obligowała Zamawiającego do uznania, że w tej sytuacji mamy do czynienia z udostępnieniem zasobów przez osobę trzecią. Zawarta umowa w swej treści w żaden sposób nie odwoływała się do wszczętego przez Zamawiającego postępowania o zamówienie publiczne, nie wskazywała określonego celu wykorzystania maszyny itp. Koincydencja dat zawarcia umowy i procedur przetargowych nie przesądza o twierdzeniu że dochodzi w tej sytuacji do udostępnienia zasobów przez podmiot trzeci. Podobnie obiekty Odwołujących co do treści umowy / osoby wydzierżawiającego, stawki czynszu itd./ nie przesądzą o kwalifikowaniu ww. umowy jako udostępnienia zasobu osoby trzeciej ani tym bardziej nie uprawniają do stawiania zarzutu o rzekomej fikcyjności umowy. Wbrew więc twierdzeniom Odwołujących rzeczona umowa dzierżawy nie powinna być kwalifikowana jako poleganie na zasobach podmiotu trzeciego z konsekwencjami ustawowymi przewidzianymi dla takiej sytuacji. Zamawiający przytoczył tezę wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 marca 2018 w sprawie o sygn. akt KIO 457/18.

**Krajowa Izba Odwoławcza po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron wyrażone w odwołaniu oraz w odpowiedzi na odwołanie, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje:**

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez niego szkody w wyniku kwestionowanych czynności Zamawiającego.

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego dowody niestanowiące części dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, złożone przez Odwołującego wraz z odwołaniem oraz na posiedzeniu z udziałem Stron.

**Izba ustaliła następujący stan faktyczny:**

Stan faktyczny pomiędzy Stronami nie był sporny. Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Augustów w roku 2024.

Poza sporem jest również fakt, że w postępowaniu mogli brać udział wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu i wykażą, że dysponują lub będą dysponowali m.in. co najmniej 1 szt. maszyny leśnej typu harvester oraz dwoma ciągnikami zrywkowymi lub przystosowanymi do zrywki drewna – dział 7 pkt 7.1. ppkt 4) lit. b).I) SWZ. Zgodnie z działem 9 pkt 9.2 lit. e) SWZ *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: wykaz urządzeń technicznych dostępnych Wykonawcy w celu wykonania zamówienia publicznego wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi zasobami - (wzór wykazu urządzeń technicznych dostępnych Wykonawcy w celu wykonania zamówienia stanowi Załącznik nr 11 do SWZ).*

Poza sporem jest również fakt wezwania wykonawcy J.O. do złożenia podmiotowych środków dowodowych.

Wykonawca J.O. w wykazie urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy w celu wykonania zamówienia publicznego (załącznik nr 11 do SWZ) wskazał trzy urządzenia techniczne:

Lp.	Rodzaj urządzenia	Opis urządzenia (marka, model, numer seryjny, numer rejestracyjny lub inne oznaczenie pozwalające na indywidualizację)	Podstawa dysponowania
1	Harvester	Valmet 901,3 nr. 311133	Urowa dzierżawy
2	Ciągnik przystosowany do zrywki drewna	URSUS C335, nr rej. SUF 749C, nr. ident. K-434120	Urowa dzierżawy
3	Ciągnik przystosowany do zrywki drewna	URSUS C360, nr. rej. SUE2543 nr. ident. 618300	Własność

Zamawiający pismem z dnia 28 grudnia 2023 r. wezwał, w trybie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp, wykonawcę J.O. do złożenia wyjaśnień złożonych podmiotowych środków dowodowych. Zamawiający zwrócił się do ww. wykonawcy o przedłożenie umów dzierżawy.

W odpowiedzi na wezwanie wykonawca J.O. przedłożył następujące dokumenty: umowę dzierżawy nr 17/2011 z dnia 22 lutego 2011 r. zawartej ze Skarbem Państwa – Państwowym Gospodarstwem Leśnym Lasy Państwowe Nadleśnictwo Szczerba wraz z aneksem; umowę dzierżawy harwestera z dnia 27 listopada 2023 r.; umowę sprzedaży ciągnika rolniczego marki Renault z dnia 5 października 2020r.; oświadczenie o dysponowaniu ciągnikiem rolniczym marki Renault model: 120-14 TX, nr nadwozia: 2293285.

Osią sporu między Stronami była ocena ww. dokumentów przedłożonych przez wykonawcę J.O. w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego.

Izba dała wiarę w całości dowodom z dokumentów postępowania złożonych przez Zamawiającego oraz dowodom z dokumentów złożonych przez Odwołującego gdyż nie były one przez Strony kwestionowane, a Izba nie znalazła podstaw, aby z urzędu podważać ich wiarygodność.

#### **Izba zważyła, co następuje:**

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

1.naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8) p.z.p. oraz art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) p.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy J.O.

Art. 226 ust. 1 pkt 2) lit a) b) ustawy Pzp stanowi, że *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę: a) podlegającego wykluczeniu z postępowania lub b) niespełniającego warunków udziału w postępowaniu.*

Art. 109 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp stanowi, że *Z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę: który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych.*

Jeżeli chodzi o dysponowaniem przez wykonawcę J.O. ciągnikiem Ursus C335 faktem jest, że w umowie zastrzeżono, że przedmiot dzierżawy będzie wykorzystywany do realizacji zadań z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Szczerba. Jednak należy przyznać rację Zamawiającemu, że naruszenie ewentualnie umowy dzierżawy nie stanowi o tym, że wykonawca J.O. nie dysponował ww. ciągnikiem. Na podstawie zgromadzonego materiału dowodowego nie sposób jednoznacznie uznać, że ww. wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Uprawnienie do tego typu wykluczenia materializuje się w przypadku *łączonego* wystąpienia wskazanych powyżej okoliczności. W przedmiotowej sprawie powyższego Odwołujący nie zdołał wykazać.

Nie zasadny okazał się również zarzut dotyczący dysponowania ciągnikiem Renault. Odwołujący uzasadniając zarzut w tym zakresie powołuje się jedynie na niewskazanie przez wykonawcę J.O. numeru rejestracyjnego ww. ciągnika. W treści odwołania, Odwołujący wyboldował, że Zamawiający zobowiązał oferentów aby wskazali w wykazie: nazwę, model, numer seryjny, numer rejestracyjny, pominął jednak, z nieznanymi przyczyn, dalszą część, a mianowicie: *lub inne oznaczenie pozwalające na indywidualizację*. Wykonawca J.O. wskazał numer nadwozia, Odwołujący nie kwestionował, że jest to oznaczenie, które pozwala na indywidualizację pojazdu. Nadto, numer rejestracyjny ciągnika znajduje się w umowie sprzedaży z dnia 5 października 2020 r. w pkt 1.

2.naruszenie art. 128 ust. 1 p.z.p. poprzez dokonanie wyboru oferty wykonawcy J.O. pomimo uprzedniego zaniechania wezwania Wykonawcy do złożenia zobowiązania w trybie art. 118 ust. 3 p.z.p., oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 5 p.z.p., a także oświadczeń i dokumentów, o których mowa w pkt 9.4 SWZ

Art. 118 ust. 3 ustawy Pzp stanowi, że *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.*

*Zgodnie z art. 125 ust. 1 ustawy Pzp Do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo do oferty wykonawca dołącza oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu, spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w zakresie wskazanym przez zamawiającego. Z kolei zgodnie z ust. 5 Wykonawca, w przypadku polegania na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby, przedstawia, wraz z oświadczeniem, o którym mowa w ust. 1, także oświadczenie podmiotu udostępniającego zasoby, potwierdzające brak podstaw wykluczenia tego podmiotu oraz odpowiednio spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w zakresie, w jakim wykonawca powołuje się na jego zasoby.*

Wykonawca J.O. składając ofertę nie powołał się na zasoby podmiotu trzeciego. Z umowy dzierżawy również nie można wywnioskować, że wydzierżawiający de facto udostępnia swoje zasoby. Odwołujący nie zarzucił pozorności umowy dzierżawy, naruszenia zasad współżycia społecznego, nie podniósł również, że umowa nie zawiera elementów przedmiotowo istotnych. Odwołujący zdaje się chciał aby Izba zbadała jaki był zgodny zamiar stron i cel umowy. Odwołujący nie postawił jednak w tym zakresie odpowiedniego zarzutu. Zgodnie z art. 555 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

Nie można odmówić wykonawcom prawa do decydowania na jakiej podstawie chcą dysponować określonym sprzętem, czy to na podstawie umowy dzierżawy czy też umowy najmu, czy też chcą powołać się na zasoby podmiotu trzeciego w tym zakresie. Zdaniem Izby zawarcie umowy dzierżawy/najmu urządzenia/pojazdu na czas realizacji umowy o udzielenie zamówienia publicznego nie narusza wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp. Odwołujący nie wskazał również przepisów prawa z których wynika, że wydzierżawiający powinien być podmiotem zawodowo trudniącym się wydzierżawianiem sprzętu specjalistycznego leśnego.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1) w związku z § 2 ust. 1 pkt 2) w zw. z § 5 pkt 1) oraz pkt 2) lit. b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Mając powyższe na uwadze, Izba orzekła, jak w sentencji.

Przewodnicząca: .....