Sygn. akt KIO 2746/15

WYROK
z dnia 12 stycznia 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś
Protokolant: Paulina Zielenkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 stycznia 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 grudnia 2015 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o dzielenie zamówienia:

1. **K.K., Firma Produkcyjno-Usługowo-Handlowa K.K., Radawie, ul.** Żwirowa **1, 46-048 Zębowice;**
2. **E.M., Zakład Usług Leśnych „Bór" E.M., Wojciechów, ul. Zdroje 1/1, 46-300 Olesno;**
3. **L.T., Zakład Usług Leśnych i Remontowych L.T., ul. Kardynała St. Wyszyńskiego 129, 42-700 Lubliniec**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Olesno, ul. Gorzowska 74, 46-300 Olesno**

przy udziale wykonawcy: **I.P., Zakład Usług Leśnych GREENLAS I.P., ul. Ligota Oleska 43, 46-331 Radłów,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1) oddala odwołanie;
2) kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o dzielenie zamówienia: 1. K.K., Firma Produkcyjno-Usługowo-Handlowa K.K., Radawie, ul. Żwirowa 1, 46-048 Zębowice; 2. E.M., Zakład Usług Leśnych „Bór" E.M., Wojciechów, ul. Zdroje 1/1, 46-300 Olesno; 3. L.T., Zakład Usług Leśnych i Remontowych L.T., ul. Kardynała St. Wyszyńskiego 129, 42-700 Lubliniec, 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 dzielenie zamówienia: 1. K.K., Firma Produkcyjno-Usługowo-Handlowa K.K., Radawie, ul. Żwirowa 1, 46-048 Zębowice; 2. E.M., Zakład Usług Leśnych „Bór" E.M., Wojciechów, ul. Zdroje 1/1, 46-300 Olesno; 3. L.T., Zakład Usług Leśnych i Remontowych L.T., ul. Kardynała St. Wyszyńskiego 129, 42-700 Lubliniec tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o dzielenie zamówienia: 1. K.K., Firma Produkcyjno-Usługowo-Handlowa K.K., Radawie, ul. Żwirowa 1, 46-048 Zębowice; 2. E.M., Zakład Usług Leśnych „Bór" E.M., Wojciechów, ul. Zdroje 1/1, 46-300 Olesno;
3. L.T., Zakład Usług Leśnych i Remontowych L.T., ul. Kardynała St. Wyszyńskiego 129, 42-700 Lubliniec na rzecz zamawiającego: Gospodarstwo Leśne Lasy Nadleśnictwo Olesno, Państwowe Państwowe ul. Gorzowska 74, 46-300 Olesno kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący: ……

Sygn. akt KIO 2746/15

Uzasadnienie

Zamawiający - Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Olesno - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Usługi *z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Olesno w roku 2016",* o wartości przekraczającej progi unijne, na podstawie ustawy Prawo zamówień publicznych, zwanej Pzp, ustawa lub ustawa Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Suplemencie do Dziennika Urzędowego U.E. w dniu 31 października 2015 r., nr 2015/S 212-386388.

Odwołujący - wykonawcy wspólnie ubiegający się o dzielenie zamówienia: K.K., Firma Produkcyjno-Usługowo-Handlowa K.K.; E.M., Zakład Usług Leśnych „Bór" E.M.; L.T., Zakład Usług Leśnych
i Remontowych L.T., którego oferta została oceniona na drugim miejscu
w zadaniu nr 3 - wniósł odwołanie od czynności badania i oceny ofert, a także wyboru oferty najkorzystniejszej w zadaniu nr 3 złożonej przez wykonawcę I.P., Zakład Usług Leśnych GREENLAS I.P., zwanej wykonawcą lub GREENLAS.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów Pzp:

1) art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 24 ust. 4 przez jego niezastosowanie i uznanie, że wykonawca wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu, wynikającego z pkt 9.3 w zw. z pkt 9.2 ppkt e SIWZ w odniesieniu do podmiotu udostępniającego zasoby na zasadzie art. 26 ust. 2b Pzp, a w konsekwencji braku wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu i uznania jego oferty za odrzuconą;
2) art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 24 ust. 4 przez jego niezastosowanie i uznanie, że wykonawca wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu wynikającego z pkt 9.3 w zw. z pkt 9.2 ppkt e SIWZ w odniesieniu do wykonawcy, a w konsekwencji brak wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu i uznania jego oferty za odrzuconą;
3) naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 24 ust. 4 przez jego niezastosowanie i uznanie, że wykonawca wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu wynikającego z pkt 8.2 lit. c ppkt III SIWZ, a w konsekwencji brak wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu i uznania jego oferty za odrzuconą;
4) art. 87 ust. 1 zd. 2 w zw. art. 7 ust. 1 przez działanie Zamawiającego polegające na dopuszczeniu przez wykonawcę zmiany treści oferty, która polegała na złożeniu przez wykonawcę nowego dokumentu w postaci wykazu maszyn i urządzeń dostępnych wykonawcy (załącznik 11_3 do SIWZ);
5) art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 przez wybór oferty w oparciu o kryteria oceny ofert odmienne od wskazanych w SIWZ, czym Zamawiający naruszył zasady uczciwej

konkurencji i dokonał wyboru oferty *de facto* niebędącej ofertą najkorzystniej, rażąco naruszając przepisy ustawy Pzp;
6) naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 24 ust. 4 przez jego niezastosowanie i uznanie, że wykonawca wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu wynikającego z pkt 8.2 lit. e SIWZ, a w konsekwencji brak wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu i uznania jego oferty za odrzuconą.

Interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia został naruszony, ponieważ oferta Odwołującego powinna być uznana za ofertę najkorzystniejszą.

Odwołujący wniósł o:

1) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert i wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego;
2) zaliczenie w poczet materiału dowodowego dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez Zamawiającego, którą w części, dodatkowo Odwołujący składa wraz z odwołaniem;
3) obciążenie Zamawiającego w całości kosztami postępowania, w tym kosztami wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600,00 zł i nakazanie ich zwrotu na rzecz Odwołującego.

Uzasadnienie odwołania.

Zamówienie zostało podzielone na części, Odwołujący złożył ofertę na jedną część - zadanie nr 3.

Odwołujący uznał, że czynność badania i oceny ofert oraz wybór oferty najkorzystniejszej jest niezgodny z przepisami Pzp, z przyczyn wskazanych niżej.

I. Uzasadnienie zarzutu nr 1:

Wykonawca nie spełnił warunku z pkt 9.3 w zw. z pkt 9.2 ppkt e SIWZ, zgodnie z którym *„(...) Zamawiający w celu oceny, czy Wykonawca będzie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia oraz oceny, czy stosunek łączący Wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów,* żąda *ponadto dokumentu, o którym mowa w pkt 9.2 ppkt e w odniesieniu do podmiotu udostępniającego zasoby (...).”* Pkt 9.2 ppkt e wskazuje, że do oferty należy załączyć informację banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzające wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową Wykonawcy, wystawioną nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert. Warunek został przewidziany również w ogłoszeniu o zamówieniu w pkt 8 (str. 14). Wykonawca wskazał, jako podwykonawców, na których zasoby powołał się na zasadzie art. 26 ust. 2b Pzp, następujące podmioty: Zakład Usługowo-Handlowy K.W., Usługi Leśne S.W.,

---

Zakład Usług Leśnych M.P..

Do wszystkich wskazanych podmiotów, znajduje zastosowanie warunek określony w pkt 9.3 w zw. z pkt 9.2 ppkt e SIWZ oraz w ogłoszeniu o zamówieniu. Przesądza o tym treść wyżej przytoczonego opisu SIWZ, stanowiący, że w odniesieniu do podmiotu udostępniającego zasoby, tj. w odniesieniu do K.W., S.W. oraz M.P., wykonawca zobowiązany jest przedłożyć dokument, o którym mowa w pkt 9.2 ppkt e SIWZ.

Podwykonawcy - S.W. oraz M.P. w ogóle nie przedłożyli dokumentacji, która mogłaby potwierdzać spełnienie wymogu. Brak jest w ofercie informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzających wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolności kredytowej podwykonawców, wystawionej nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert. Dokument został przedłożony jedynie w odniesieniu do podwykonawcy K.W. (załącznik nr 51 do oferty). Wykonawca przedkładając dokument w postaci zaświadczenia Banku PKO BP z dnia 14 października 2015 r. - str. nr 51 oferty nr 3 - miał świadomość istnienia obowiązku w odniesieniu do podwykonawców udostępniających zasoby na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b Pzp.

Dokument został przedstawiony wyłącznie w odniesieniu do jednego z podwykonawców, tj. wyłącznie wobec K.W., a nie wobec wszystkich podwykonawców udostępniających zasoby na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b Pzp. Wykonawca uchybił wymogom przewidzianym w pkt 9.3 w zw. z pkt 9.2 ppkt e SIWZ.

Z uwagi na powyższe, wykonawca I.P. powinna podlegać wykluczeniu z udziału w postępowaniu.

nie wykazał się ponadto spełnieniem udziału M.P. warunku w postępowaniu zarówno na zadanie nr 3, jak i na zadanie nr 1. Wymóg w postaci obowiązku przedłożenia informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, odnosił się do każdego zadania osobno, co oznacza, że M.P. zobowiązany był do posiadania zdolności kredytowej lub środków na rachunku bankowym odnośnie zadania nr 3 - w kwocie 392.000,00 zł, natomiast odnośnie zadania nr 1 - w kwocie 527.000,00 zł.

II. Uzasadnienie zarzutu nr 2.

Wykonawca nie spełnił wymogu przewidzianego w pkt 9.3 w zw. z pkt 9.2 ppkt e SIWZ. Przedkładając jedynie opinię bankową z dnia 24 listopada 2015 r. nie spełnił warunku, bowiem dokument w postaci opinii z dnia 24 listopada 2015 r. nie potwierdza zarówno wysokości posiadanych środków finansowych wykonawcy jak i jego zdolności kredytowej.

Pismo zawiera jedynie krótką wzmiankę, wskazującą, że *„bank ma możliwość udzielenia ww. podmiotowi kredytu do wysokości 392.000,00 zł”,* co nie jest równoznaczne z wykazaniem

posiadania zdolności kredytowej. Wykazanie posiadania zdolności kredytowej winno nastąpić przez przedłożenie dokumentu, z którego treści w sposób niebudzący wątpliwości, tj. w sposób jednoznaczny będzie wynikać, że konkretny podmiot posiada zdolność kredytową, co mogłoby nastąpić wyłącznie przez posłużenie się zwrotem: *„(...) posiada zdolność kredytową".* Użycie tego sformułowania nie przesądzałoby jeszcze o wysokości zdolności kredytowej. Wykazanie wysokości zdolności kredytowej może nastąpić wyłącznie przez wskazanie, że konkretny wykonawca posiada zdolność kredytywą w kwocie (...) zł bądź, że posiada zdolność kredytową, co najmniej w kwocie (...) zł. Przedłożona opinia zawierająca jedynie zwrot, że *„bank ma możliwość udzielenia ww. podmiotowi kredytu do wysokości 392.000,00 zł",* oznacza, że bank udzielając kredytu np. w kwocie 50.000 zł spełni wymóg zawarty w opinii, gdyż udzielenie kredytu w każdej kwocie poniżej bądź równej kwocie 392.000,00 zł będzie zgodne z treścią dokumentu. Przedłożony dokument w postaci opinii banku nie spełnia wymogu przewidzianego w pkt 9.3 w zw. z pkt 9.2 ppkt e SIWZ, nie potwierdza: a) posiadania zdolności kredytowej; b) wysokości ewentualnej zdolności kredytowej.

Ponadto przedłożony dokument jest jedynie opinią banku, a nie innym dokumentem potwierdzającym w sposób niebudzący wątpliwości, że wykonawca dysponuje zdolnością kredytową. Wykonawca I.P. powinna podlegać wykluczeniu z udziału w postępowaniu.

III. Uzasadnienie zarzutu nr 3 i nr 4.

A. Brak dysponowania przez wykonawcę potencjałem technicznym na dzień złożenia oferty, również brak realnego udostępnienia potencjału technicznego podmiotu trzeciego.

Żaden z podwykonawców, na których zasoby powołał się wykonawca na zasadzie art. 26 ust. 2b Pzp: K.W., S.W., M.P., nie określił pierwotnie jakiego rodzaju sprzęt zamierza udostępnić. Powyższe nie zostało sprecyzowane w żadnym dokumencie, a w szczególności w załączniku nr 8 do SIWZ. Z treści załącznika wynika jedynie, że dwa podmioty, tj. K.W. oraz S.W. zobowiązały się udostępnić sprzęt, niemniej w żadnym miejscu w ofercie nie zostało określone jakiego rodzaju sprzęt dany podmiot miałby udostępnić. Z pkt 9.3 SIWZ wynika, że udostępnienie niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zadania ma mieć charakter rzeczywisty. Ponadto sam Zamawiający wskazywał w wyjaśnieniach, że udostępnienie zasobów, w tym sprzętu, musi gwarantować faktyczne i realne udostępnienie.

Zamawiający, pismem z dnia 30 listopada 2015 r., wezwał wykonawcę na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia dokumentów w tym zakresie.

W odpowiedzi na wezwanie, wykonawca przedstawił dokumentację, w szczególności

pisma podmiotów: S.W., K.W. oraz M.P. opatrzone datą 20.11.2015 r. W pismach zostało wskazane jakiego sprzętu jako potencjału technicznego udostępniają podwykonawcy oraz jednoznacznie wskazano, które osoby (pracownicy) zostaną udostępnione wykonawcy w ramach udostępnienia niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia. Na skutek złożonych pism, Zamawiający dokonał wyboru ofert i jako najkorzystniejszą wybrał ofertę wykonawcy Izabeli Pluskoty.

B. Brak zobowiązania M.P. do oddania wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów technicznych. M.P. nie zobowiązał się na dzień złożenia ofert do oddania wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia w postaci potencjału technicznego (sprzętu). Przesądza o tym treść załącznika nr 8 do SIWZ, w którym M.P. zobowiązał się udostępnić następujące zasoby: *„wiedzę, przeroby, doświadczenie."* Po wezwaniu przez zamawiającego (pismo z dnia 30 listopada 2015 r.), wykonawca przedłożył dokument, z którego wynika, że udostępnia wykonawcy na zasadzie art. 26 ust. 2b piły motorowe. W ocenie odwołującego, wykonawca nie był uprawniony, do tego aby na skutek wezwania w trybie art. 26 ust. 3 Pzp oświadczyć o zamiarze wykorzystania sprzętu, którego na dzień składania ofert nie zamierzał wykorzystać od M.P., bądź też którym na dzień składania ofert nie dysponował.

Odwołujący wskazał wyroki: z dnia 14 kwietnia 2015 r., KIO 630/15; z dnia 28 sierpnia 2014 r., sygn. akt KIO 1670/14.

Wykonawca nie wykazał, aby na dzień złożenia ofert dysponował piłami motorowymi, wskazanymi w załączniku nr 11_3 do SIWZ.

C. Brak wykazania sprzętu w postaci pługofrezarki oraz urządzenia do przygotowania gleby w bruzdy, w bruzdy z pogłębiaczem i bruzdy z wywyższeniem (załącznik nr 11_3 do SIWZ). Załącznik jest konsekwencją opisów SIWZ, a w szczególności pkt 8.2 lit. c SIWZ

Zamawiający wskazał, że warunek w zakresie dysponowania potencjałem technicznym zostanie spełniony, jeśli wykonawca wykaże, że dysponuje - dla zadania nr 3: *„b. co najmniej 2 kompl. pługów 2-odkładnicowych do przygotowania gleby w bruzdy, w bruzdy z pogłębiaczem i bruzdy z wywyższeniem, (...) d. co najmniej 1 szt. ciągników wraz z urządzeniem do naorywania wałków."*

W konsekwencji, wykonawcy zobowiązani byli do dokonania opisu urządzenia, za pomocą którego będą wykonywać prace (vide: załącznik nr 11_3 do SIWZ). W szczególności Zamawiający wskazał w kolumnie załącznika nr 11_3 do SIWZ, że wykonawca zobowiązany jest do dokonania opisu rodzaju urządzenia za pomocą, którego będzie wykonywał poszczególne prace, tj. zrywkę drewna, przygotowanie gleby w bruzdy, wykonywanie mechanicznego rozdrabniania powierzchni zrębowych, naorywanie wałków.

Z kolei z treści załącznika nr 4 do SIWZ - Opis technologii wykonawstwa prac

leśnych, tj. z pkt 1.3.4 wynika, że Zamawiający określił, że urządzeniem do naorywania wałków jest pługofrezarka (rodzaj sprzętu).

Z powyższego wynika, że oświadczenie o rodzaju sprzętu oraz jego ilości, wymaganego do wykonania określonego rodzaju prac stanowi treść oferty, bowiem wykonanie określonych prac leśnych możliwe jest jedynie przy zastosowaniu specjalistycznego sprzętu, który został wskazany przez Zamawiającego.

Zamawiający, pismem z dnia 30 listopada 2015 r., na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp, wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień dot. załącznika nr 11_3 w zakresie wykazu maszyn i urządzeń dostępnych wykonawcy dla zadania nr 3. Wezwanie dotyczyło wyłącznie żądania wyjaśnienia, czy maszyny w postaci pługów LPZ posiadają nr rejestracyjne bądź jakieś inne dane umożliwiające weryfikację sprzętu.

W odpowiedzi wykonawca wyjaśnił, że ww. pługi nie posiadają numerów rejestracyjnych, jak również numerów seryjnych. Przede wszystkim jednak, wykonawca przedłożył nowy wykaz maszyn i urządzeń, twierdząc, że dokonuje jedynie poprawy nazwy pługa talerzowego na pługofrezarkę. W istocie jednak, wykonawca zmienił treść oferty, bowiem oświadczył, że będzie dysponować nowym sprzętem do wykonania zadania przygotowania gleby w bruzdy, w bruzdy z pogłębiaczem i bruzdy w wywyższeniem, dodając sprzęt w postaci pogłębiaczy i naorywaczy wywyższenia. Jednocześnie wykonawca przez dodanie innego sprzętu nieujętego w pierwotnym załączniku nr 11_3, a mianowicie przez dodanie pługofrezarki jako sprzętu niezbędnego do wykonania prac w postaci naorywania wałków, oświadczył że będzie dysponować nowym sprzętem. Jako wymagany do tej pracy rodzaj urządzenia, tj. ciągnik wraz z urządzeniem do naorywania wałków, I.P. wskazała pierwotnie ciągnik zetor 8441 oraz pług talerzowy. Tymczasem pług talerzowy nie służy do naorywania wałków.

Z powyższego wynika, że wykonawca nie wykazał, aby na dzień złożenia oferty dysponował sprzętem do wykonania zadań w postaci przygotowania gleby w bruzdy, w bruzdy z pogłębiaczem i bruzdy z wywyższeniem (pozycja 2 Załącznika nr 11_3 do SIWZ), jak również zadania w postaci naorywania wałków (pozycja 4 Załącznika nr 11_3 do SIWZ).

Abstrahując od faktu, że w takiej sytuacji Zamawiający nie może nawet wezwać wykonawcy do uzupełnienia braków w przedmiotowym zakresie, Odwołujący stwierdził, że wykonawca samowolnie zmienił treść oferty. Uznał, że wskazanie konkretnego rodzaju urządzenia oferowanego sprzętu stanowi merytoryczną treść oferty przez samo jego zaoferowanie lub brak zaoferowania, jak również wskazanie nazwy urządzenia oraz jego opisu (podobnie KIO w wyroku z dnia 28 marca 2011 r., sygn. akt 542/11). Przedmiotowe informacje określają wprost przedmiot oferty i składają się na jej treść.

D. Piły motorowe.

Wykonawca nie wskazał w treści załącznika nr 11_3 do SIWZ, że był właścicielem bądź dysponował sprzętem w postaci siedmiu pił motorowych. Wykonawca zobowiązany był wskazać zamawiającemu, że sprzęt który miałby służyć wykonaniu zadania stanowi jego własność bądź, że będzie on tym sprzętem dysponował. Jak wynika z treści załącznika 11_3 do SIWZ, wykonawca spełnił powyższy obowiązek jedynie w odniesieniu do piły Dolmar (2 szt.) oraz jednej z pił marki Makita, model: DCS 6401. Nie spełnił obowiązku odnośnie sprzętu w postaci pozostałych pił motorowych, tj. piły marki Makita (model: DB 5200, DBS

6401, DCS 230T), Stihl, Dolmar, Jonsered - łącznie sześciu pił.

Trudno traktować uchybienie wykonawcy w kategoriach omyłki, bowiem wykonawca składając oświadczenie w przedmiocie własności bądź dysponowania określonymi piłami, miał świadomość, że obowiązek dotyczy wszystkich, a nie tylko niektórych pił. Brak jest racjonalnego wytłumaczenia związanego z faktem braku oświadczenia w odniesieniu do sześciu ww. pił motorowych.

Odwołujący uznał, że wykonawca nie wykazał, że na dzień złożenia oferty dysponował sprzętem w postaci pił motorowych, tj. piły marki Makita (model: DB 5200, DBS 6401, DCS 230T), Stihl, Dolmar, Jonsered. W konsekwencji wykonawca nie spełnił warunku udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia przewidzianego w pkt 8.2 lit. c SIWZ - dla zadnia nr 3 lit. e. Zamawiający wymagał, aby wykonawca na dzień złożenia ofert wykazał się dysponowaniem 9 sztuk pił motorowych. Zamawiający nie może wezwać wykonawcy do uzupełnienia braków w tym zakresie, gdyż wykaz ten został już raz uzupełniony przez wykonawcę, a jego ponowne uzupełnienie stanowiłoby rażące naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 Pzp.

Zatem, wykonawca nie wykazał spełnienia warunku, i jest to brak, który nie podlega konwalidacji zgodnie z ustawą Pzp, co oznacza, że wykonawca powinien podlegać wykluczeniu.

E. Zadanie nr 1 oraz zadanie nr 2.

Dla oceny, czy wykonawca I.P. rzeczywiście dysponuje niezbędnym potencjałem technicznym do realizacji zadania nr 3, istotne znaczenie ma fakt, że wykonawca ten - w ramach tego samego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego - złożył ofertę na zadania nr 1 oraz nr 2. W ofertach tych wykonawca nie wykazał, że sprzęt, który zamierza wykorzystać do realizacji zadania nr 3 w postaci pługów LPZ (sprzęt służący przygotowaniu gleby) oraz pił motorowych, nie jest tożsamy
z tym, który miałby zostać użyty do realizacji zadania nr 1 oraz nr 2.

Zamawiający czuwając nad udzieleniem zamówienia zgodnie z przepisami prawa, zobowiązany był wezwać wykonawcę do wskazania, czy sprzęt np. w postaci pługa LPZ nie będzie służył również wykonaniu zadania nr 1 oraz 2, tym bardziej, że oferta na zadanie nr 3,

---

a w szczególności załącznik nr 11_3 do SIWZ nie zawierała numerów rejestracyjnych, czy też numerów seryjnych pługa. Wykonawca nie uzupełnił tego pola, pomimo że był do tego zobowiązany i miał tego świadomość, tym bardziej, że w ofercie nr 4 na zadanie nr 1 w załączniku nr 11_1 do SIWZ wykonawca wskazał numer pługa LPZ jako nr „17, 11, 43." Zamawiający uczynił zadość wezwaniu, niemniej jeśli wykonawca rzeczywiście nie dysponował nr rejestracyjnym lub seryjnym pługa, zobowiązany był do podania jakichkolwiek cech bądź numerów, czy też przedstawienia ewidencji środków trwałych bądź innej dokumentacji, które pozwoliłyby zidentyfikować dany sprzęt, tym bardziej, że treść kolumny zatytułowana została: „nr rejestracyjny, nr seryjny, itp."

Podobnie wskazanie przez wykonawcę sprzętu w postaci pił motorowych może sugerować, że wykonawca zamierza wykonywać pracę na różnych zadaniach przy pomocy tego samego sprzętu. Niektóre piły jak np. Makita DCS 6401 wykonawca umieścił zarówno w ofercie nr 3 na zadanie 3 (załącznik nr 11_3 do SIWZ), jak i ofercie nr 4 na zadanie nr 1 (Załącznik nr 11_3 do SIWZ). Tym samym, wykonawca nie wykazał, że zadania będą wykonywane przy użyciu innych pił motorowych, tym bardziej, że jak opisano wyżej (...) wykonawca w załączniku nr 11_3 do SIWZ w kolumnie: „podstawa do dysponowania maszynami i urządzeniami technicznymi" nie wskazał, czy piła motorowa stanowi jego własność, czy też tylko będzie nią dysponować.

Powyższe ma istotne znaczenie, bowiem z opisu warunków udziału w postępowaniu oraz opisu sposobu dokonywania oceny spełnienia tych warunków (pkt 8 SIWZ), jak również z treści pytań i odpowiedzi opublikowanych na stronie Zamawiającego wynika, że niedopuszczalnym jest korzystanie w zadaniach częściowych z tego samego potencjału technicznego. Mianowicie w pkt 8.2 lit. c Zamawiający wskazał, że w sytuacji, gdy wykonawca złoży ofertę na więcej niż jedno zadanie, warunek dysponowania potencjałem technicznym musi być spełniony dla każdego zadania osobno.

W odpowiedzi na pytanie dotyczące treści SIWZ, Zamawiający zaznaczył, że skoro Zamawiający planuje zlecanie prac do wykonania w ramach poszczególnych części zamówienia jednocześnie, to dysponowanie potencjałem technicznym jest konieczne na każdym etapie realizacji umowy. Z tego względu udostępnienie innemu wykonawcy na

podstawie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp potencjału technicznego wykazanego przez udostępniającego do realizacji jednego z zadań częściowych, będzie uznawane przez Zamawiającego za wadliwe, gdyż nie będzie gwarantowało faktycznego dysponowania tym potencjałem przez okres wykonywania prac. Podobnie na pytanie o treści: *„Czy Zamawiający uzna spełnienie warunków udziału w przetargu sytuację, gdy kilku Wykonawców wykaże te same niezbędne do wykonania zadania zasoby udostępnione przez tych samych podwykonawców, bądź tego samego podwykonawcę.”,* Zamawiający udzielił odpowiedzi, że

skoro fundamentalną zasadą związaną ze stosowaniem możliwości bazowania na potencjale podmiotu trzeciego jest fakt, że takie udostępnienie musi gwarantować realny i faktyczny sposób przekazania oddawanego potencjału, w sytuacji, gdy podmiot trzeci zobowiązuje się udostępnić dany potencjał kilku wykonawcom w ramach tego samego zadania częściowego, to zobowiązanie to zostanie uznane za prawidłowe, ponieważ tylko jeden z wykonawców zawrze z Zamawiającym umowę na realizację tego zadania częściowego, i tylko jemu dany potencjał zostanie udostępniony. W sytuacji natomiast, gdy podmiot trzeci udostępni ten sam potencjał wykonawcom do realizacji różnych części zamówienia, takie zobowiązanie nie będzie gwarantowało faktycznego i realnego udostępnienia, i będzie wadliwe.

W konsekwencji spełnianie warunku udziału w postępowaniu wykazane w oparciu o te zobowiązania (w zakresie wszystkich wykonawców, którzy do oferty załączą takie wadliwe zobowiązanie) zostanie ocenione negatywnie.

Odwołujący stwierdził, że I.P. nie wykazała, że podmioty, na których zasoby - na zasadzie art. 26 ust. 2b Pzp - powoływała się, udostępniły sprzęt w postaci pługa LPZ oraz piły motorowej Makita na potrzeby wykonania zamówienia.

Odwołujący wskazał wyroki: z dnia 28 sierpnia 2014 r., sygn. akt KIO 1670/14; z dnia 29 grudnia 2014 r.; z dnia 11 sierpnia 2014 r., sygn. akt 1557/14.

Odwołujący uznał, że wykonawca - I.P. - nie udowodnił zamawiającemu, że będzie dysponował zasobami w postaci pługa LPZ oraz pił motorowych.

Zdaniem Odwołującego, wykonawca powinien zostać wykluczony z udziału w postępowaniu, w oparciu o art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, ze względu na niewykazanie spełnienia warunku, o którym mowa w art. 22 ust. 1 pkt 3 w sposób przewidziany w art. 26 ust. 2b Pzp.

IV. Uzasadnienie zarzutu nr 5.

Zamawiający nie dostrzegł różnicy pomiędzy kryteriami związanymi z dopuszczeniem do udziału w postępowaniu odnośnie wymogu, dotyczącego dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, a kryteriami wyboru oferty najkorzystniejszej, w szczególności związanymi z przyznawaniem punktacji na skutek zatrudnienia przez wykonawcę osób na podstawie umowy o pracę.

Wybór oferty najkorzystniejszej na podstawie kryteriów oceny ofert należy odróżnić od oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 Pzp. Dokonanie przez zamawiającego oceny podmiotowej wykonawcy następuje wcześniej niż czynność wyboru oferty najkorzystniejszej. Są to czynności względem siebie odrębne wywołujące odmienne skutki prawne.

Zamawiający przedstawił w pkt 8 SIWZ opis warunków udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełnienia tych warunków. W pkt 8.2 lit. c SIWZ

Zamawiający wskazał, że w postępowaniu mogą brać udział wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, dotyczące dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. W dalszej kolejności (str. 8/9 SIWZ), Zamawiający uznał, że warunek dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia zostaje spełniony, jeśli wykonawca wykaże, że dysponuje - dla zadania nr 3:

a. co najmniej 7 osobami, które ukończyły z wynikiem pozytywnym szkolenie dopuszczające do pracy z pilarką;
b. co najmniej 2 osobami nadzoru z wykształceniem leśnym wyższym lub średnim leśnym;
c. co najmniej 1 osobą do pełnienia dyżurów na wieży przeciwpożarowej.

Zamawiający nie postawił warunku udziału wykonawców w postępowaniu polegającego na dysponowaniu osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, zatrudnionymi na podstawie umowy o pracę. Niemniej wymóg zaistniał na dalszym etapie, tj. na etapie

wyboru najkorzystniejszej oferty, czyli już po spełnieniu warunków udziału w postępowaniu. Warunek ten miał na celu wybór oferty najkorzystniejszej, spośród ofert złożonych przez podmioty, które uprzednio zostały uznane za zdolne do realizacji zadania publicznego.

Wykonawca chcący uzyskać dodatkową ilość punktów za wykazanie zatrudnienia osób wykonujących pracę na podstawie umowy o pracę, zobowiązany był wykazać, że to on jako wykonawca zatrudni osoby, które zostały ujęte w załączniku nr 10_3 do SIWZ, zawierającym wykaz osób i podmiotów, które będę uczestniczyć w wykonaniu zamówienia. Wykonawca wykazał zatrudnienie jedynie dwóch osób, tj. D.B. (poz. 12) oraz B.K. (poz. 13). Nie powinien otrzymać dodatkowej punktacji zarówno za zatrudnienie pracowników, jak i za zatrudnienie wykwalifikowanego nadzoru.

Pozostałe osoby wskazane przez wykonawcę pochodziły od podmiotów trzecich i zostały udostępnione na podstawie art. 26 ust. 2b Pzp. Natomiast przepis ten znajduje zastosowanie wyłącznie na etapie oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu, co jednoznacznie wynika z jego brzmienia, wskazującego, że udostępnieniu podlega: wiedza i doświadczenie, potencjał techniczny, osoby zdolne do wykonania zamówienia, zdolności finansowe lub ekonomiczne, czyli elementy składające się na warunki, o których mowa w art. 22 ust. 1 Pzp.

Zatem, potencjał „obcy" nie może być brany pod uwagę przy przyznaniu punktów ofercie najkorzystniejszej.

Powyższe wynika z treści SIWZ, która w wielu miejscach przewiduje wymóg zatrudnienia pracowników bezpośrednio przez wykonawcę:

a) Opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, a zatem po dopuszczeniu do udziału w postępowaniu, został zawarty w pkt 17 SIWZ. W pkt 17.2 lit. c (str. 21 SIWZ) Zamawiający wskazał, że: •Wykonawca zamieści informacje o osobach

zatrudnionych na podstawie umowy o pracę zgodnie z formularzem „oferta" i załącznikiem (...) 10_3; •Oferta Wykonawcy, który wskaże osoby zatrudnione na podstawie umowy o pracę dla min. 7 pilarzy (drwali motorniczych) otrzyma 10 pkt; •W dalszej kolejności SIWZ przewiduje, że wykonawca musi wykazać zatrudnienie na dzień otwarcia ofert; •ilość punktów jaka zostanie przyznana Wykonawcy za zatrudnienie na „umowę o pracę" pracowników z wykształceniem (...),

b) Informacja o formalnościach, jakie powinny zostać spełnione po wyborze oferty w celu zawarcia umowy, została zawarta w pkt 18 SIWZ. Zgodnie z pkt 18.2 lit. f, wykonawca, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą zobowiązany jest (...) przedłożyć kopie umów o pracę w przypadku, gdy wykonawca w ofercie zobowiązał się realizować przedmiot zamówienia przy pomocy osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę. Z powyższego wynika, że wykonawca nie był zobowiązany do zatrudniania jakichkolwiek pracowników celem dopuszczenia go do udziału w zamówieniu, niemniej gdy zobowiązał się realizować przedmiot zamówienia przy pomocy osób zatrudnionych, to muszą to być osoby zatrudnione przez wykonawcę.

Opis kryteriów, którymi zamawiający się kierował przy wyborze oferty, a zatem po dopuszczeniu do udziału w postępowaniu, został zawarty w pkt 17 SIWZ. Realizacja przedmiotu zamówienia za pomocą osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę, stanowiła 10% oceny oferty, co oznacza, że wykonawca za wykazanie powyższej przesłanki mógł uzyskać 10 punktów.

Zatrudnienie na umowę o pracę wykwalifikowanego nadzoru stanowiło 5% oceny oferty i wykonawca za wykazanie spełnienia powyższej przesłanki mógł uzyskać 5 punktów. W pkt 17 ppkt c (str. 21/22 SIWZ), Zamawiający sprecyzował, że ilość punktów jaka zostanie przyznana wykonawcy za zatrudnienie na umowę o pracę pracowników z wykształceniem minimum średnim leśnym: 0 pkt - za zatrudnienie 2 osób, 1 pkt - za zatrudnienie 3 osób, 5 pkt - za zatrudnienie 4 i więcej osób.

Odwołujący odwołał się posiłkowo do orzecznictwa KIO, odnoszącego się do przetargu ograniczonego - wyrok z dnia 5 listopada 2010 r., sygn. akt KIO 2287/10, sygn. akt KIO 2307/10 (wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie, z dnia 7 lutego 2011 r., sygn. akt V Ca 3036/10 - oddalający skargę); wyrok z dnia 7 listopada 2011 r., sygn. akt KIO/2255/11, KIO/2260/11, KIO/2283/11, gdzie Izba uznała, że niedopuszczalne jest posługiwanie się zasobami należącymi do podmiotu trzeciego z wykorzystaniem regulacji zawartej w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp tylko po to, by uzyskać korzystniejszą pozycję w ramach oceny stopnia spełniania warunku udziału w postępowaniu dla celów zakwalifikowania się do grona

wykonawców, których zamawiający zaprosi do złożenia ofert na podstawie art. 51 ust. 2 ustawy Pzp. W ocenie Izby już wykładnia literalna przepisu wskazuje na zakres jego

zastosowania.

Do takiego wniosku skłania także wykładnia celowościowa art. 26 ust. 2b Pzp. Celem uchwalenia powyższego przepisu było wdrożenie postanowień art. 47 ust. 2 oraz art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18/WE oraz zwiększenie konkurencyjności postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. Postanowienia te dopuszczają poleganie wykonawcy przy wykazywaniu spełniania warunków na zdolnościach innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi powiązań. Taki cel przepisu wprowadzonego nowelizacją ustawy z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. z 2009 r., Nr 206, poz. 1591), wynika również z uzasadnienia do nowelizacji ustawy Pzp. Tym samym celem ustawodawcy było umożliwienie większej liczbie wykonawców wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Jednakże przyjęcie założenia, że zastosowanie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp wykracza poza minimalny zakres warunków udziału w postępowaniu i dopuszczenie możliwości „użyczania" zasobów przez wykonawców jedynie dla podwyższenia punktacji i wyeliminowania konkurencji, mogłaby prowadzić do zaburzenia celu, w jakim implementowano do krajowego ustawodawstwa przepis art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Sprzyjałoby to zjawisku premiowania wykonawców nie tyle posiadających najlepsze doświadczenie, co potrafiących pozyskać z rynku największą liczbę udostępnianych zasobów i tworzeniu konkurencji pozornej.

Odwołujący wskazał, że skoro niedopuszczalne i niezgodne z art. 26 ust. 2b Pzp jest wykorzystywanie potencjału podmiotu trzeciego do oceny wykonawców na potrzeby sporządzenia listy podmiotów zaproszonych do składania ofert, to tym bardziej potencjał taki nie może być brany pod uwagę przy ocenie punktowej samej oferty.

Wobec powyższego, skoro wykonawca wykazał zatrudnienie wyłącznie dwóch pracowników tj. D.B. oraz B.K., to tym samym, nie powinien otrzymać dodatkowej punktacji za zatrudnienie pracowników. Abstrahując od faktu, że oferta zawierała braki, które powinny skutkować wykluczeniem wykonawcy, to uznać należy, że gdyby takowych braków nie zawierała, to w konsekwencji oferta wykonawcy I.P. nie powinna otrzymać 15 punktów, lecz powinna zostać oceniona na 85 punktów, co oznaczałoby, że oferta ta nie powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza, gdyż oferta Odwołującego uzyskała punktację 96 punktów i to ona powinna zostać wybrana.

VI. Uzasadnienie zarzutu nr 6.

Zamawiający przewidział w pkt 8.2 lit. e SIWZ obowiązek posiadania opłaconej polisy w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia. Wykonawca przedłożył polisę OC, niemniej nie przedstawił dowodu opłacenia polisy. Z treści przedłożonej polisy (k. 56 oferty) wynika, że na dzień jej wystawienia nie została ona

opłacona, a płatność ma nastąpić przelewem.

Zamawiający zobowiązany był wezwać wykonawcę do wykazania, czy na dzień złożenia oferty opłacił polisę, a w konsekwencji do wykazania, że spełnił wymóg udziału w postępowaniu.

Abstrahując od treści pkt 8.2 lit. e SIWZ, wymóg znajduje uzasadnienie również w treści § 1 ust. 1 pkt 11 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. poz. 231). Ustawodawca zastrzegł obowiązek przedłożenia opłaconej polisy (arg. z § 1 ust. 1 pkt 11 ww. rozporządzenia), co wymaga wykazania spełnienia świadczenia obciążającego ubezpieczającego, wynikającego z umowy ubezpieczenia (art. 805 kc). W związku z powyższym, wymóg opłacenia polisy OC powinien być wypełniony na dzień upływu terminu składania ofert. Późniejsze wypełnienie tego obowiązku (opłata polisy) nie może być uznane za spełnianie warunku udziału w postępowaniu, nawet - jeśli w świetle obowiązujących przepisów prawa, przede wszystkim przepisów kodeksu cywilnego - później polisa ubezpieczeniowa zostanie przez dany podmiot opłacona, a tym samym ochrona ubezpieczeniowa danego wykonawcy obowiązuje, czy też wstecznie obowiązywała w momencie składania wniosku o dopuszczenie do udziału

w postępowaniu (por. wyrok KIO z dnia 10.08.2011 r., sygn. akt KIO 1623/11, wyrok z dnia 6.12.2011 r., sygn. akt KIO 2537/11). Nie można więc uznać za „opłaconą" w rozumieniu przepisów rozporządzenia polisy, której termin płatności jest odroczony i upływa po terminie otwarcia ofert.

W sytuacji, gdy fakt opłacenia składek nie wynika z samej treści polisy, wykonawca powinien załączyć do polisy inny dokument potwierdzający odprowadzanie stosownych składek (np. wyciąg z konta bankowego, rachunek itp.). W braku potwierdzenia w samym dokumencie polisy jej opłacenia, zamawiający powinien w trybie art. 26 ust. 3 Pzp wezwać wykonawcę do przedłożenia dokumentu potwierdzającego opłacenie polisy pod rygorem wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (wyrok KIO z dnia 5 marca 2012 r., sygn. akt KIO 223/12 KIO 248/12 KIO/UZP 261/12, wyrok KIO z dnia 16 czerwca 2011 r., sygn. akt KIO/UZP 1151/11). Wykonawca nie będzie podlegał wykluczeniu, gdy na wezwanie zamawiającego przedstawi dokumenty potwierdzające fakt opłacenia polisy przed upływem terminu składania ofert lub wniosków.

Zamawiający nie uczynił zadość powyższemu obowiązkowi, a zatem zarzut jest uzasadniony.

Czynność Zamawiającego polegająca na wyborze najkorzystniejszej oferty dotknięta jest szeregiem poważnych uchybień, co czyni zasadnym nakazanie jej unieważnienia i wybór jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

W odpowiedzi na odwołanie zamawiający wniósł o: 1) oddalenie odwołania, 2) w sytuacji zastępstwa Zamawiającego w toku rozprawy - orzeczenie zwrotu kosztów postępowania na rzecz Zamawiającego w kwocie 3 600,00 zł.

Uzasadnienie pisma. Zamawiający nie zgodził się z zarzutami przedstawionymi w odwołaniu i wskazał, że czynności Zamawiającego podjęte w toku postępowania odpowiadają prawu.

Przedmiot zamówienia zgodnie z pkt 4 w zw. z pkt 3.1. SIWZ został podzielony na 3 części (zadania). Odwołujący złożył ofertę tylko na zadanie nr 3, tym samym legitymowany jest do wniesienia odwołania tylko w tym zakresie - art. 179 ust. 1 Pzp.

I. Zarzut nr 1 - art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 24 ust. 4 Pzp.
Odwołujący twierdzi, że wykonawca, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza - Zakład Usług Leśnych GREENLAS I.P. (dalej GREENLAS), powołując się na zasoby podmiotów trzecich - Krystyny Wyciąg, S.W. oraz M.P., na podstawie pkt 9.3 SIWZ zobowiązany był do przedłożenia dokumentów, o których mowa w pkt 9.2 ppkt e SIWZ w odniesieniu do tych podmiotów, tj. informację banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzające wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wystawioną nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert.

Zamawiający podkreślił, że pełnomocnik Odwołującego powołując się na treść SIWZ pominął jego istotną część, która przesądza, że zarzuty podnoszone w odwołaniu są bezpodstawne. Wbrew twierdzeniom Odwołującego, Zamawiający zgodnie z pkt 9.3 *in fine* SIWZ wymagał: *„Jeżeli Wykonawca, wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 4 PZP, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b PZP Zamawiający, w celu oceny, czy Wykonawca będzie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia oraz oceny, czy stosunek łączący Wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów,* żąda *ponadto dokumentu, o którym mowa w pkt 9.2 ppkt e w odniesieniu do podmiotu udostępniającego zasoby."*

Wymóg przedłożenia informacji banku lub SKOK potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową w odniesieniu do podmiotu udostępniającego zasoby dotyczył wyłącznie wykonawców, którzy bazując na zasobach podmiotów trzecich wykazywali spełnianie warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej. Pośród zasobów jakie inne podmioty oddały do dyspozycji GREENLAS brak jest tych, o których mowa w art 24 ust. 1 pkt 4 Pzp. Wykonawca GREENLAS w złożonej ofercie wykazał samodzielne spełnianie warunku sytuacji ekonomicznej i finansowej. Skoro

---

wykonawca w tym zakresie nie polegał na zasobach podmiotów trzecich, to nie miał

obowiązku przedkładać w odniesieniu do nich dokumentu, o którym mowa w pkt 9.2 ppkt e SIWZ. Bez znaczenia pozostaje przy tym okoliczność, że dokument został złożony przez wykonawcę GREENLAS w odniesieniu do podmiotu trzeciego - K.W.. Na wykonawcy nie spoczywał w tym zakresie obowiązek, a fakt dołączenia takiego dokumentu w żadnej mierze nie wpływa na ważność oferty.

Powyższe przesądza, że zarzut odwołującego nr 1 nie polega na prawdzie. Nie sposób przy tym rozstrzygnąć, czy odwołujący intencjonalnie manipuluje treścią SIWZ, cytując wybiórczo jej postanowienia, chcąc w ten sposób wpłynąć na mające zapaść rozstrzygnięcie, czy też niedokładnie zapoznał się z treścią SIWZ zarówno na etapie składania ofert, jak i na etapie odwołania.

II. Zarzut nr 2 - art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 24 ust. 4 Pzp.

Argumentacja Odwołującego sformułowana na poparcie zarzutu nr 2 może budzić co najmniej zdziwienie, bowiem pozostaje w sprzeczności nie tylko z zasadami logiki i doświadczenia życiowego, ale również z powszechnie obowiązującymi przepisami ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe (Dz. U. z 2015, poz. 128), dalej Prawo bankowe. Skoro bank w wystawionym przez siebie dokumencie wskazał, że ma możliwość udzielenia wykonawcy GREENLAS kredytu do wysokości 392.000,00 zł, to właśnie na taką kwotę określa zdolność kredytową tego podmiotu. Wynika to wprost z art. 70 ust. 1 Prawa bankowego, zgodnie z którym bank uzależnia przyznanie kredytu od zdolności kredytowej kredytobiorcy, przez którą to zdolność natomiast rozumie się zdolność do spłaty zaciągniętego kredytu wraz z odsetkami w terminach określonych w umowie. Zgodnie z pkt 9.2 ppkt e SIWZ, będącym *de facto* powtórzeniem § 1 ust. 1 pkt 10 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów (...) dokument wystawiony ma potwierdzać tę okoliczność, a nie ją stwierdzać. Sformułowanie użyte w dokumencie z całą pewnością potwierdza, że zdaniem banku, zdolność kredytowa wykonawcy wynosi 392.000,00 zł, bowiem gdyby była ona niższa to w oparciu o art. 70 ust. 1 Prawa bankowego, bank nie mógłby oświadczyć, że ma możliwość udzielenia kredytu do tej kwoty. Jednocześnie należy zwrócić uwagę, że zatytułowanie omawianego dokumentu jako „opinii" nie ma żadnego znaczenia dla prawidłowego wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu przez wykonawcę GREENLAS, a polemika Odwołującego w tym zakresie dotyka wyłączenie sfery semantycznej. Próżno szukać przy tym przyczyny, z jakiej Odwołujący uzurpuje sobie prawo do określenia „prawidłowego" sformułowania, jakie winien zawierać dokument wystawiony przez dany bank.

Naprowadzone powyżej okoliczności powodują, że zarzut Odwołującego należy ocenić jako pozbawiony podstaw.

III. Zarzut nr 3 i 4 - art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 24 ust. 4, art. 87 ust. 1 zd. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp.

A. Brak dysponowania przez wykonawcę potencjałem technicznym na dzień złożenia oferty.

Zarzut podnoszony przez Odwołującego w tej części należy uznać za niezrozumiały. Jak sam Odwołujący wskazał, Zamawiający oceniając pierwotnie złożone przez wykonawcę GREENLAS zobowiązania podmiotów trzecich udzielone w trybie art. 26 ust. 2b Pzp uznał je za wadliwe. Tym samym obowiązkiem Zamawiającego, któremu uczynił zadość, było wezwanie wykonawcy GREENLAS do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp przez przedłożenie prawidłowych zobowiązań podmiotów udostępniających zasoby (pismo Zamawiającego z dnia 30 listopada 2015 r.). Wskutek wezwania wykonawca GREENLAS uzupełnił żądane dokumenty, opatrzone datą sprzed dnia otwarcia ofert - 20 listopada 2015 r., zatem mogły one służyć do wykazania przez tego wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu. Z istoty wezwania do uzupełnienia dokumentów wynika, że złożone w wyniku jego wykonania „nowe" dokumenty różnią się od tych wadliwych złożonych pierwotnie. Zatem czynności podejmowane przez Zamawiającego należy ocenić jako prawidłowe i pozostające w zgodzie z przepisami Pzp.

B. Brak zobowiązania M.P. do oddania wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów technicznych.

Jak wskazano (pkt III lit. A) przedłożone przez wykonawcę GREENLAS, w wyniku uzupełnienia, zobowiązania podmiotów trzecich, opatrzone były datą 20 listopada 2015 r. Oznacza to, że na dzień składania ofert wykonawca GREENLAS spełniał warunek udziału w postępowaniu w zakresie potencjału technicznego opierając się na zasobach podmiotów

trzecich w trybie art. 26 ust. 2b Pzp, w tym między innymi M.P.. Z punktu widzenia Zamawiającego istotne jest, aby zobowiązanie było opatrzone datą wcześniejszą, aniżeli dzień składania ofert oraz aby gwarantowało faktyczne i rzeczywiste udostępnienie zasobów. Tak też było w tym postępowaniu, wobec czego Zamawiający nie miał i nie ma podstaw, by kwestionować dokumenty złożone przez wykonawcę GREENLAS. Wykonawca ten był w pełni uprawniony do przedłożenia Zamawiającemu dokumentu wystawionego przez Mariusza Pluskotę zawierającego jego zobowiązanie do oddania do dyspozycji potencjału również w zakresie sprzętu. Istotny był w tej sytuacji moment (data), z którym M.P. zobowiązał się oddać do dyspozycji swój potencjał. Powyższe oznacza, że wykonawca GREENLAS na mocy udzielonych mu zobowiązań, na dzień składania ofert, dysponował niezbędnym sprzętem.

C. Brak wykazania sprzętu w postaci pługofrezarki oraz urządzenia do przygotowania gleby w bruzdy, w bruzdy z pogłębiaczem i bruzdy z wywyższeniem (załącznik nr 11_3

SIWZ).

Wbrew twierdzeniom Odwołującego, dokumenty składane przez wykonawców na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, takie jak wykaz sprzętu (załącznik nr 11-3 do SiWZ) nie są częścią oferty. Zgodnie z cywilistycznym znaczeniem za ofertę należy rozumieć oświadczenie woli wykonawcy zawarcia umowy z zamawiającym, w którym jednocześnie wykonawca określa istotne postanowienia umowy, m.in. przez zaakceptowanie warunków określonych przez zamawiającego w SIWZ. Zgodnie ze stanowiskiem orzecznictwa dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu, w tym także brak podstaw do wykluczenia, nie stanowią w gruncie rzeczy treści oferty w rozumieniu art. 66 k.c. i nie są jej elementem. Potwierdzeniem takiego poglądu jest wyrok KIO z dnia 2 lutego 2015 r. (KIO 103/15), w którym Izba stwierdziła, że dokumenty podmiotowe nie są częścią oświadczenia woli wykonawcy zmierzającego do zaciągnięcia zobowiązania w określonym kształcie i zakresie, nie są treścią oferty. Tym samym w toku prowadzonego postępowania nie może być mowy o zmianie treści oferty przez wykonawcę GREENLAS wskutek przedłożenia poprawionego wykazu sprzętu na uprzednie wezwanie Zamawiającego. W dalszej części omawianego zarzutu Odwołujący kwestionuje dopuszczalność uzupełnienia przez wykonawcę GREENLAS wykazu maszyn i urządzeń, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do złożenia wyjaśnień co do pierwotnie złożonego wykazu, w trybie art. 26 ust. 4. Krajowa Izba Odwoławcza wyraża diametralnie odmienny pogląd, wskazujący nie tylko na uprawnienie do uzupełnienia dokumentów przez wykonawcę bez uprzedniego wezwania, ale również zwalniające zamawiającego z wykonania obowiązku na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp w zakresie uzupełnionych już dokumentów. W tym miejscu wystarczające jest przytoczenie przykładów z ugruntowanego w tym zakresie orzecznictwa, zamawiający wskazał wyroki: KIO/UZP 1551/10; KIO 1169/11; KIO 1654/11.

Podsumowując Zamawiający stwierdził, że wykonawca GREENLAS mógł z własnej inicjatywy, bez wezwania na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, uzupełnić dokument w postaci wykazu sprzętu, a takie uzupełnienie nie może być traktowane jako zmiana treści oferty, bowiem jak już wskazano wyżej okoliczności wykazywane na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu nie są częścią oferty.

D. Piły motorowe.

Odwołujący zarzucił, że wykonawca GREENLAS w treści załącznika nr 11_3 do SIWZ w kolumnie pn. *„podstawa do dysponowania maszynami i urządzeniami technicznymi”* nie wskazał wymaganych informacji odnośnie 6 pił motorowych. Zamawiający przyznaje, że rubryka ta nie została przez wykonawcę uzupełniona, niemniej w żadnej mierze okoliczność ta nie prowadzi do wniosku, że wykonawca GREENLAS nie spełnił warunku udziału

w postępowaniu odnośnie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym. Całościowa i kompleksowa ocena oferty wykonawcy i załączonych do niej dokumentów pozwala na ustalenie, że piły motorowe - Makita DCS 5200, Makita DCS 6401, Makita DCS 230T, Stihl 036, Dolmar PSG 100, Jonsered 2145 - nie są własnością wykonawcy, ale pozostają w jego dyspozycji na mocy udostępnienia potencjału technicznego w trybie art. 26 ust. 2b Pzp przez przedsiębiorcę Mariusza Pluskotę (zobowiązanie z dnia 20 listopada 2015

r.). Tym samym Zamawiający miał pełną wiedzę na temat podstaw do dysponowania sprzętem przez wykonawcę GREENLAS. Oznacza to, że uchybienie nie wpływa na fakt wykazania przez tego wykonawcę spełniania warunków w zakresie potencjału technicznego.

E. Zadanie nr 1 oraz zadanie nr 2

Argumenty podnoszone w tej części przez Odwołującego również nie zasługują na uwzględnienie. W toku postępowania nie zachodzi tożsamość sprzętu wskazanego przez wykonawcę GREENLAS na poszczególne zadania. Po wezwaniu ze strony Zamawiającego wykonawca GREENLAS wyjaśnił, że wskazane w wykazie pługi nie posiadają numerów seryjnych, co nie jest rzeczą niespotykaną. Zamawiający dokonując rzetelnej analizy i oceny poszczególnych ofert na każde z trzech zadań sprawdził oraz upewnił się, że żaden ze wskazanych przez wykonawców sprzęt nie został „zdublowany", tj. ten sam sprzęt nie został wykazany na inne zadania. Dlatego Zamawiający nie był zobligowany, a wręcz nie miał podstaw do wzywania wykonawcy GREENLAS do złożenia wyjaśnień czy wskazany sprzęt nie jest tym samym co opisany w wykazie na zadanie nr 1. Tryb wyjaśniania odnosi się do usuwania wątpliwości Zamawiającego. Skoro takie nie zaistniały, to brak było podstaw do wdrożenia tej procedury w tym zakresie. Okoliczność, którą przytacza Odwołujący, że pługi LPZ wskazane w wykazie na zadanie nr 1 przez konsorcjum wykonawców posiadają pewne numery identyfikacyjne tylko potwierdzają stanowisko Zamawiającego. Skoro sprzęt na zadanie nr 1 posiada numery seryjne, to z całą pewnością jest sprzętem innym niż ten wskazany na zadanie nr 3, który tych numerów nie ma.

Odnosząc się natomiast do kwestii tej samej natury, ale dotyczącej piły motorowej Makita DCS 6401, znajdującej się zarówno w wykazie (Załącznik nr 11_3 do SIWZ) złożonym przez konsorcjum wykonawców na zadanie nr 1 jak i przez wykonawcę GREENLAS na zadanie nr 3, Zamawiający stwierdza, że w tym przypadku również nie może być mowy o tożsamości sprzętu dla wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu z prostych przyczyn. Po pierwsze, numer DCS 6401 nie jest numerem seryjnym lub innym numerem identyfikacyjnym, a stanowi jedynie oznaczenie modelu. Występowanie w dwóch różnych wykazach piły tego samego modelu, w żadnym wypadku nie przesądza, że jest to ten sam sprzęt. Działający w sektorze usług leśnych przedsiębiorcy posiadają znaczną ilość sprzętu, a Zamawiający nie może wymagać, aby każdy z wykonawców posługiwał się

odrębnym modelem danego urządzenia. Po drugie, warunkiem udziału w postępowaniu ustanowionym przez Zamawiającego w pkt 8.2 c ppkt 1 lit. f w zakresie potencjału technicznego na zadanie nr 1, było między innymi dysponowanie 8 sztukami pił motorowych. Okoliczność ta ma niebagatelne znaczenie w świetle wykazu sprzętu złożonego przez konsorcjum wykonawców na zadanie nr 1. W wykazie konsorcjum wykonawców wskazało łącznie 10 sztuk pił motorowych. Zamawiający oceniając czy konsorcjum wykonawców spełnia ustanowiony warunek, w celu zapewnienia uczciwej konkurencji oraz równego traktowania, a także uwzględniając postanowienia SIWZ, nie brał pod uwagę piły motorowej Makita DCS 6401 mając na względzie, że została ona już wskazana przez wykonawcę GREENLAS na zadanie nr 3.

Powyższe powoduje, że warunek dysponowania potencjałem technicznym został przez wykonawcę GREENLAS spełniony, a nie jest to przy tym ten sam potencjał, który został wykazany na zadanie nr 1 i 2.

IV. Zarzut nr 5 - art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp.

Wbrew stanowisku Odwołującego, Zamawiający w żadnym fragmencie SIWZ nie wskazał, że kryterium zatrudniania na podstawie umowy o pracę odnosi się bezpośrednio do wykonawcy. Żaden z cytatów SIWZ zamieszczonych przez Odwołującego na stronie 16 odwołania nie może prowadzić do wniosku, że Zamawiający wymagał, aby to wykonawca był pracodawcą osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę. Z punktu widzenia Zamawiającego jest to całkowicie irrelewantne, gdyż intencją wprowadzenia klauzuli społecznej w zakresie kryterium, była wyższa ocena oferty tych wykonawców, którzy zamierzają wykonywać przedmiot zamówienia przy pomocy osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę niezależnie od podmiotu zatrudniającego. Zamawiający, na etapie sporządzenia SIWZ, zamierzał premiować posługiwanie się osobami zatrudnionymi na umowę o pracę w ogólności, która ze swojej natury gwarantuje stabilność zatrudnienia. Oznacza to, że Zamawiający nie wymagał dla spełnienia tego kryterium, aby to dany wykonawca był podmiotem zatrudniającym osoby wymienione w wykazie, Zamawiający nie odwoływał się tutaj do właściwości samego wykonawcy, ale wprowadził kryterium o charakterze

społecznym, mające popularyzować umowę o pracę jako najwłaściwszą formę zatrudnienia. Takie działanie Zamawiającego należy ocenić pozytywnie, jako zmierzające do „uporządkowania" rynku pracy oraz zminimalizowania występowania na nim „umów śmieciowych", Przyjęte kryterium ukierunkowane było zatem na osoby pracujące w szeroko pojętym sektorze usług leśnych, i nie stawiało wymogu aby to dany wykonawca był pracodawcą tych osób. Bazowanie przez wykonawców w tym zakresie na zasobach podmiotów trzecich, Zamawiający uznaje za w pełni prawidłowe i zgodne z jego intencją. Należy ponadto podkreślić, że wprowadzona klauzula społeczna jest w pełni zgodna z art. 91

ust. 2 Pzp.

W sytuacji gdyby Izba nie podzieliła poglądu zaprezentowanego wyżej, z daleko posuniętej ostrożności, Zamawiający podnosi, że orzecznictwo KIO, na które powołuje się Odwołujący zapadło w odmiennym stanie faktycznym, gdyż dotyczyło przetargu ograniczonego, którego natura i specyfika jest odmienna od przetargu nieograniczonego. Jednakże nawet stosując posiłkowo orzeczenia odnoszące się do przetargu ograniczonego, Zamawiający zdecydowanie podkreśla, że wbrew twierdzeniom Odwołującego, KIO nie wyklucza możliwości korzystania z potencjału podmiotów trzecich dla wykazania spełniania dodatkowych kryteriów oceny. Na poparcie tej tezy wystarczające jest wskazanie wyroków KIO: z dnia 13 stycznia 2011 r. (KIO 2816/10; KIO 14/11); z dnia 23 lipca 2012 r. (KIO 1409/12; KIO 1428/12).

Opisane powyżej okoliczności powodują, że zarzut nr 5 również należy uznać za chybiony, bowiem czynności podejmowane przez Zamawiającego było prawidłowe.

V. Zarzut nr 6 - art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 24 ust. 4 Pzp.

W toku postępowania wykonawca GREENLAS złożył polisę OC potwierdzającą, że jest on objęty ubezpieczeniem odpowiedzialności cywilnej na kwotę 550.000,00 zł, tj. zgodnie z wymogiem zawartym w pkt 8.2 lit e SIWZ. Jednocześnie wykonawca, wraz z ofertą złożył również oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu określonych w art. 22 ust. 1 Pzp oraz oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia. Przedłożona polisa OC oraz przedmiotowe oświadczenia w ocenie Zamawiającego potwierdzają, że wykonawca GREENLAS spełnia warunek udziału w postępowaniu postawiony w SIWZ. Jednocześnie należy podkreślić, że wykonawca GREENLAS w załączeniu do pisma z dnia 28 grudnia 2015 r., co prawda po wniesieniu odwołania, ale jednak doręczył z ostrożności postępowania na ręce Zamawiającego dowód opłacenia polisy OC.

Wykonawca w przytoczonym piśmie oświadczył, że na dzień otwarcia ofert spełniał warunek posiadania opłaconej polisy do wymaganej kwoty, czego potwierdzeniem jest polecenie przelewu zaksięgowane w dniu 25 listopada 2015 r. Całościowa analiza oferty wykonawcy GREENLAS doprowadziła Zamawiającego do przekonania, że spełnia on warunek posiadania opłaconej polisy OC.

W ocenie Odwołującego Zamawiający powinien był wezwać wykonawcę GREENLAS do uzupełnienia dowodu opłacenia polisy w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Gdyby Izba w toku postępowania podzieliła ten pogląd, to Zamawiający pragnie zwrócić uwagę na linię orzeczniczą KIO, która dodatkowo przemawia za uznaniem zarzutu Odwołującego za bezzasadny, wyroki KIO: z dnia 4 sierpnia 2010 r. (KIO/UZP 1551/10); z dnia 3 stycznia 2011 r. (KIO 2723/10). Jak wskazano wyżej wykonawca GREENLAS przedłożył dowód opłacenia polisy OC. Tym samym zarzut Odwołującego w tym zakresie jest obecnie

bezprzedmiotowy. Uwzględnienie zarzutu mogłoby prowadzić wyłącznie do nakazania Zamawiającemu przez Izbę wezwania wykonawcy GREENLAS do uzupełnienia dokumentu w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Tymczasem dokument ten jest już w posiadaniu Zamawiającego, co powoduje, że ewentualne wzywanie do jego uzupełnienia byłoby nonsensem i przejawem nadmiernego formalizmu. Formalizm postępowania nie może być stawiany ponad cel, dla którego prowadzone jest dane postępowanie. Takie stanowisko znajduje poparcie w orzecznictwie KIO, m.in. w wyrokach: z dnia 21 grudnia 2011 r. (KIO 2616/11); z dnia 22 marca 2012 r., sygn. akt KIO 466/12. Opisane powyżej okoliczności powodują, że i tym razem zarzut Odwołującego należy ocenić jako nietrafiony, a jego dalsze procedowanie należy uznać za bezprzedmiotowe.

VI. Podsumowanie.

Zdaniem Zamawiającego żaden z zarzutów podniesionych przez Odwołującego nie zasługuje na uwzględnienie. Szeroka argumentacja zaprezentowana w odpowiedzi na odwołanie dowodzi, że wszelkie czynności podejmowane przez Zamawiającego pozostają w zgodzie z przepisami.

Zamawiający załączył do odpowiedzi na odwołanie pismo wykonawcy z dnia 28.12.2015 r. z załącznikiem, którym jest dowód opłaty polisy złożonej z ofertą.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołujący jest legitymowany czynnie do wniesienia odwołania. Składając ofertę na zadanie nr 3, wyraził zainteresowanie uzyskaniem zamówienia. Naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy może spowodować poniesienie szkody przez odwołującego. Zatem, odwołujący, co do zasady, wykazał ziszczenie się przesłanek ustawowych, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp.

Wykonawca - I.P., Zakład Usług Leśnych GREENLAS I.P. - zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, w wyniku skutecznego przystąpienia zgodnie z treścią przepisów art. 185 ust. 2 i 3 Pzp, stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Odwołanie wraz z załącznikami oraz kopia dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma przekazywane przez Izbę w związku z wniesionym odwołaniem, stanowią akta sprawy odwoławczej - § 8 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie

regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań. (Dz. U. z 2014 r. poz. 964).

Izba rozpoznała odwołanie na rozprawie w granicach zarzutów przedstawionych w odwołaniu, dotyczących czynności i zaniechania czynności przez zamawiającego, w zadaniu nr 3, w którym odwołujący jest wykonawcą w wyniku złożenia oferty (art. 192 ust. 7 w zw. z art. 179 ust. 1 Pzp).

Orzekając, Izba miała na uwadze, że odwołujący wnosząc odwołanie wskazuje czynności zamawiającego podjęte w postępowaniu o udzielenie zamówienia i zaniechania czynności, do których zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy (art. 180 ust. 1 Pzp), natomiast wydając wyrok Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust. 2 Pzp).

Postępowanie odwoławcze jest postępowaniem kontradyktoryjnym, zgodnie z którym strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy (art. 190 ust. 1 Pzp). Dowodami są w szczególności dokumenty, zeznania świadków, opinie biegłych oraz przesłuchanie stron (ust. 3).

Uwzględniając wynik postępowania dowodowego, Izba oddaliła odwołanie, wobec faktu, że uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia (art. 192 ust. 2 Pzp), rozumiany jako wybór najkorzystniejszej oferty.

Wykonawca I.P. uczestnicząc w postępowaniu o udzielenie zamówienia polega na zasobach innych podmiotów na podstawie art. 26 ust. 2b Pzp - wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym oraz osobach zdolnych do wykonania zamówienia.

Wykonawca złożył z ofertą podwójne zobowiązania: K.W., S.W. i M.P. - przedsiębiorców prowadzących działalności gospodarcze - o oddaniu wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia - datowane: 26.11.2015 r. (załącznik nr 8 do SIWZ) i 20.11.2015 r. Treść zobowiązań z 26.11.2015 r. brzmi: podmiot udostępnia „wiedzę, doświadczenie, przeroby; osoby zdolne do wykonania zamówienia zatrudnione na umowę o pracę; sprzęt" - K.W. i S.W. oraz „wiedzę, przeroby, doświadczenie" - M.P.. Treść trzech zobowiązań z 20.11.2015 r. wskazuje oddanie do dyspozycji wykonawcy w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu i przez okres realizacji umowy - potencjału technicznego, osób zdolnych do wykonania zamówienia, wiedzy i doświadczenia, sytuacji ekonomicznej i

finansowej.

24

Wykonawca złożył z ofertą wykaz maszyn i urządzeń dostępnych wykonawcy, z dnia 26.11.2015 (załącznik nr 11_3 do SIWZ) przedstawiający 10 pozycji maszyn i urządzeń oraz wykaz osób i podmiotów, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia, z dnia 26.11.2015 r. (załącznik nr 10_3 do SIWZ), przedstawiający 14 pozycji, w tym 13 osób zatrudnionych na podstawie umów o pracę, 1 na podstawie umowy zlecenia.

Zamawiający wezwał wykonawcę pismami z dnia 30.11.2015 r.:

1) na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp *„do przedłożenia poprawnych zobowiązań, z treści których będzie wynikało faktyczne udostępnienie zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia, tj. z treści zobowiązania musi jednoznacznie wynikać, które osoby z imienia i nazwiska) zostaną udostępnione."* W treści wezwania zamawiający wskazał, że *„Niewiadomą są również informacje na temat sprzętu, jakim wykonawca dysponuje. Zamawiający nie jest w stanie zweryfikować, który podmiot udostępnia konkretny sprzęt do wykonania zamówienia.";*
2) na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp *„do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, w szczególności dot. załącznika nr 11_3 w zakresie wykazu maszyn i urządzeń dostępnych wykonawcy, dla zadania nr 3. Z załączonego dokumentu wynika, że Wykonawca (…) posiada 2 pługi dwuodkładnicowe „LPŻ". Proszę o złożenie wyjaśnienia, czy wymienione sprzęty posiadają nr rejestracyjne, bądź jakieś inne dane umożliwiające Zamawiającemu weryfikację sprzętu."*

Wykonawca złożył w dniu 3 grudnia 2015 r.:

1) na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp trzy zobowiązania z dnia 20.11.2015 r. osób: K.W., S.W. i M.P., w których przedsiębiorcy zobowiązali się do oddania wykonawcy zasoby niezbędne w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu i do korzystania z nich przez cały okres wykonania umowy: wiedzę i doświadczenie, potencjał techniczny i osoby zdolne do wykonania zamówienia - K.W. i S.W.; M.P. udostępnił wiedzę i doświadczenie oraz potencjał techniczny.
   Zasoby zostały opisane - referencje z wykonanych zamówień, osoby z imienia, nazwiska i zawodu, sprzęt z nazwy i oznaczeń technicznych;
2) na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp wyjaśnienie: *„dwa pługi dwuodkładnicowe „LPŻ" nie posiadają nr rejestracyjnych jak również nr seryjnych. Z ostrożności postępowania wskazujemy, że brak nr rejestracyjnego czy też seryjnego wymienionego sprzętu nie ma* żadnego *wpływu na spełnienie lub niespełnienie jakiegokolwiek warunku w niniejszym postępowaniu. W załączeniu przedkładam nowy wykaz maszyn i urządzeń z poprawioną nazwą pług talerzowy na pługofrezarka oraz nr sprzętu."*

W załączniku (nr 11_3 do SIWZ) - wykaz maszyn i urządzeń dostępnych

25

---

wykonawcy, załączonym do wyjaśnień, wykonawca przedstawił również 10 pozycji sprzętu, w pozycji 2 do poprzedniego opisu urządzenia „Pługi LPŻ" dodał „z pogłębiaczami i naorywaczem wywyższenia"; w pozycji 4 zamiast poprzedniego opisu „Pługofrezarka" podał „Pług talerzowy."

Przepisy art. 26 ust. 2b, ust. 3 i ust. 4 Pzp stanowią:

2b. Wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia.

3. Zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie,

chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert.

4. Zamawiający wzywa także, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1.

Przepis art. 25 ust. 1 Pzp stanowi:

1. W postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie:

1) warunków udziału w postępowaniu,

2) przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego

- zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert.

Z przedstawionych przepisów wynika, że korzystanie z zasobów innych podmiotów

w zakresie opisanym w art. 26 ust. 2b ustawy jest prawem wykonawców. Wykonawcy zobowiązani są do wykazania tego faktu w sposób wynikający z ustawy i ewentualnie uszczegółowiony przez zamawiającego (ogłoszenie o zamówieniu/specyfikacja istotnych warunków zamówienia - w granicach ustawy). Z kolei zamawiający jest zobowiązany wezwać wykonawcę na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp do złożenia oświadczeń lub dokumentów w tym zakresie, w przypadku nie złożenia ich w określonym terminie (wraz z ofertą) lub złożenia zawierających błędy - w sposób wynikający z wezwania zamawiającego, które powinno odpowiadać treści przepisu art. 26 ust. 3 Pzp - w praktyce przyjęto jednorazowość wezwania w konkretnym zakresie. Wezwanie na podstawie wskazanego przepisu ma zastosowanie również do oświadczeń i dokumentów, o których mowa w art. 26 ust. 2b Pzp.

Zamawiający jest także zobowiązany do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, o których stanowi przepis art. 26 ust. 4 Pzp - w praktyce nie wskazano ograniczeń co do krotności wezwania wykonawcy.

W zakresie składania uzupełnień lub wyjaśnień z inicjatywy wykonawcy, zgodnie ze stanowiskiem przyjętym w orzecznictwie wskazanym przez zamawiającego, wykonawca nie ponosi negatywnych skutków z tego tytułu, brak jest podstaw prawnych do wykluczenia wykonawcy z postępowania lub odrzucenia jego oferty. Badając i oceniając ofertę w takiej sytuacji zamawiający nie może pominąć złożonego oświadczenia lub dokumentu, zważając jednak na zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Zobowiązania innych podmiotów udostępniające zasoby służące potwierdzaniu spełniania warunków udziału w postępowaniu, wykazy sprzętu oraz osób, są to dokumenty i oświadczenia tzw. podmiotowe, o których stanowią przepisy art. 25 ust. 1 pkt 1 Pzp. Przepisy art. 26 ust. 3 i ust 4 Pzp zobowiązują zamawiającego do uzupełniania (składania w przypadku niezłożenia lub złożenia w miejsce zawierających błędy) i wyjaśniania dokumentów składanych wraz z ofertami zarówno potwierdzających: -spełnianie warunków udziału w postępowaniu (oświadczenia lub dokumenty podmiotowe), -przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego (oświadczenia lub dokumenty przedmiotowe).

Oświadczenia lub dokumenty złożone na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, nie stanowią zmiany oferty, nie stanowią one treści oferty, lecz są składane wraz z ofertą; tworzą ofertę w szerokim rozumieniu pojęcia oferta, jako zbiór oświadczenia woli wykonawcy składającego ofertę sensu *stricto* oraz wszelkich innych wymaganych oświadczeń i dokumentów - połączonych w całość i składanych zamawiającemu w wyznaczonym miejscu i czasie.

Konsekwencją złożenia oświadczeń i dokumentów na podstawie wskazanego

przepisu jest obowiązek zamawiającego zbadania i oceny oferty wykonawcy z uwzględnieniem złożonych na wezwanie oświadczeń lub dokumentów zamiast błędnych złożonych pierwotnie wraz z ofertą.

Niezasadne jest stanowisko odwołującego, że ocena oświadczeń i dokumentów złożonych na wezwanie zamawiającego na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp - zobowiązania trzech przedsiębiorców udostępniających zasoby i deklarujących udział w realizacji zamówienia jako podwykonawcy, nie zmienia stanu faktycznego w sprawie wykonawcy Izabeli Pluskoty i poprzednie zobowiązania uznane przez zamawiającego jako błędne, są oceniane na równi z nowymi lub wręcz jako jedyne wiążące.

Spełnianie warunków udziału w postępowaniu jest oceniane na podstawie nowych zobowiązań, które poza sprecyzowaniem zakresów wskazanych w wezwaniu zamawiającego, co do istoty, nie są odmienne. Podnieść należy, że pierwotne zobowiązania z 20.11.2015 r. przedstawiały opisy udostępnianych zasobów niemal w ścisłym związku z określeniami zamieszczonymi w art. 22 ust. 1 pkt 2-4 Pzp.

Zobowiązania złożone na wezwanie nie wskazują udostępnienia zasobów w zakresie zdolności finansowych.

Odnośnie złożonego w odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień, nowego wykazu maszyn i urządzeń, Izba wskazuje, że jest to dodatkowe oświadczenie wykonawcy, które zamawiający uwzględnia w toku badania i oceny ofert. Izba uznaje za zasadne stanowisko przyjęte w orzecznictwie, m.in. wskazanym przez zamawiającego: *co do zasady, nawet bez wezwania ze strony zamawiającego, gdy* ***„Wykonawca,*** *stwierdzi, iż zachodzą w stosunku do niego okoliczności wskazane w art. 26 ust. 3 p.z.p., uprawniony jest do uzupełnienia dokumentów."* - KIO/UZP 1551/10. *„Wezwanie do uzupełnienia dokumentów lub oświadczeń jest czynnością zastrzeżoną dla jednak nie zawiera zakazu zamawiającego, p.z.p. samodzielnego uzupełniania dokumentu lub oświadczenia, o którym mowa w art. 25 ust. 1 p.z.p. przez wykonawcę. Zamawiający nie ma podstawy prawnej do zwrotu wykonawcy dokumentu lub oświadczenia złożonego bez wezwania, nie ma także podstawy do odmowy dokonania oceny złożonego dokumentu."* - KIO 1169/11. *„Chociaż wykonawca samodzielnie, bez oczekiwania na wezwanie zamawiającego, przedłożył nowy wykaz, mógł być on uwzględniony przy ocenie spełniania warunku udziału w postępowaniu."* - KIO 1654/11.

Ad 1 i 2. Zarzuty naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 24 ust. 4 Pzp przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy z postępowania, a tym samym uznanie, że wykonawca wykazał spełnianie warunku udziału w postępowaniu, wynikającego z pkt 9.3

w zw. z pkt 9.2 ppkt e SIWZ, tj. złożył informację banku potwierdzającą zdolność kredytową wykonawcy - w odniesieniu do siebie i podmiotów udostępniających zasoby na podstawie art. 26 ust. 2b Pzp.

Wskazane przepisy stanowią, że zamawiający wyklucza wykonawcę z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a jego ofertę uznaje za odrzuconą, jeżeli wykonawca nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Zamawiający wymagał w pkt 8.2 d dla zadania nr 3 w odniesieniu do sytuacji ekonomicznej i finansowej, wykazania dysponowania przez wykonawcę środkami finansowymi lub zdolnością kredytową nie mniejszą niż 392.000,00 zł. Dokumentem potwierdzającym spełnianie warunku miała być, zgodnie z opisem pkt 9.2 e SIWZ, informacja banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, wystawiona w odpowiednim okresie opisanym w SIWZ lub w razie przeszkód w przedstawieniu takiego dokumentu, inny dokument potwierdzający spełnianie warunku.

W pkt 9.3 SIWZ opisującym wymagania wobec wykonawcy polegającego na zasobach innych podmiotów, zamawiający wskazał, że wykonawca wykazujący spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 Pzp, polegający na zasobach innych podmiotów na podstawie art. 26 ust. 2b Pzp, które będą brały udział w realizacji części zamówienia, zobowiązany jest do przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów, dokumentów wymienionych w pkt 9.1.

Wykonawca I.P. złożyła wraz z ofertą opinię bankową Banku Spółdzielczego w Zawadzkiem z dnia 24 listopada 2015 r. (str. 52 oferty), w której Bank zamieścił informację *„I.P. (…) posiada w naszym Banku rachunek bieżący, który nie jest obciążony tytułami egzekucyjnymi. Obroty na rachunku za okres od 01.01.2015 r. do 31.10.2015 r.*

wyniosły kwotę sześciocyfrową średnią. *Współpraca Banku z klientką układa się wzorowo i nie budzi* żadnych *zastrzeżeń, firma jest wiarygodnym partnerem. Bank ma możliwość udzielenia w/w podmiotowi kredytu do wysokości 392.000,00 zł."*

Dokument nazwany „Opinią bankową" zawiera wszelkie informacje wymagane przez zamawiającego - wskazuje wielkość obrotów rachunku, potwierdza zdolność kredytową wykonawcy w zakresie żądanej kwoty. Nazwa dokumentu banku nie ma znaczenia, zamawiający w ślad za określeniem wskazanym w § 1 ust. 1 pkt 10 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, słusznie powtórzył w SIWZ opis żądanego dokumentu jako „Informacja banku." Treść opinii zawierająca żądaną informację, że *„Bank ma możliwość udzielenia w/w podmiotowi kredytu do wysokości 392.000,00 zł",* potwierdza wymaganą zdolność kredytową nie mniejszą niż 392.000,00 zł.

Zgodnie z art. 70 ust.1 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe (Dz. U. z 2015 r. poz.128, z późn. zm.) *„Bank uzależnia przyznanie kredytu od zdolności kredytowej kredytobiorcy. Przez zdolność kredytową rozumie się zdolność do spłaty zaciągniętego kredytu wraz z odsetkami w terminach określonych w umowie. Kredytobiorca jest obowiązany przedłożyć na* żądanie *banku dokumenty i informacje niezbędne do dokonania oceny tej zdolności."*

Z przepisu wynika, że deklaracja banku przyznania kredytu w określonej kwocie jest potwierdzeniem zdolności kredytowej klienta w tej wysokości.

Przedstawione w odwołaniu rozważania na temat sformułowań, jakich powinien użyć bank oraz wskazanie, że opis do wysokości 392.000,00 zł oznacza rożną kwotę poniżej wskazanej, nie mogą odnieść oczekiwanego skutku w postaci nakazania wykluczenia wykonawcy z postępowania, bo opinia spełnia wymagania, co do żądanej informacji. Podkreślić należy, że w przypadku nawet nieuznania spełniania warunku udziału w postępowaniu, zamawiający miałby obowiązek wezwania wykonawcy do złożenia potwierdzenia spełniania warunku, zgodnie z przepisem art. 26 ust. 3 w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 1 Pzp i w zw. z pkt 8.2 lit. d III oraz pkt 9.2 lit. e SIWZ. Żądanie odwołującego - nakazania wykluczenia wykonawcy z postępowania ze skutkiem uznania oferty za odrzuconą, jest bezpodstawne.

Zarzut dotyczący podwykonawców - S.W. i M.P. -zgodnie z przedstawionym wyżej brakiem podstaw do żądania od wykonawcy informacji bankowych dotyczących innych podmiotów, które nie udostępniają zasobów w postaci zdolności finansowych - jest bezprzedmiotowy.

Ad 3 i 4. Naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 24 ust. 4 Pzp przez jego niezastosowanie i uznanie, że wykonawca wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu wynikającego z pkt 8.2 lit. c ppkt III SIWZ, a w konsekwencji brak wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu i uznania jego oferty za odrzuconą

oraz

art. 87 ust. 1 zd. 2 w zw. art. 7 ust. 1 przez działanie zamawiającego polegające na dopuszczeniu przez wykonawcę zmiany treści oferty, która polegała na złożeniu przez wykonawcę nowego dokumentu w postaci wykazu maszyn i urządzeń dostępnych wykonawcy (załącznik 11_3 do SIWZ).

A. Zarzut nie znajduje uzasadnienia. Odwołujący wskazując, że żaden z podwykonawców nie określił w pierwotnym zobowiązaniu złożonym przez wykonawcę z ofertą, jakiego rodzaju sprzętu udostępni wykonawcy, w sytuacji, gdy na wezwanie

zamawiającego na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, wykonawca złożył w dniu 3 grudnia 2015 r. nowe zobowiązania podmiotów udostępniających zasoby na podstawie art. 26 ust. 2b Pzp, jest zarzutem wywodzącym się z dokumentów, które nie stanowiły podstawy badania i oceny oferty.

B. podobnie jak w pkt A, z tą różnicą, że zarzut dotyczy podwykonawcy M.P.. Wykonawca złożył w dniu 3 grudnia 2015 r. na wezwanie zamawiającego na podstawie

art. 26 ust. 3 Pzp nowe zobowiązanie, w którym zaoferował udostępnienie potencjału technicznego w postaci pilarek spalinowych: Makita DCS 5200 i DCS 6401, Stihl 036, Dolmer PSG 100, Jonsered 2145, Makita DCS 230T, DCS 6401 - łącznie 7 pilarek, oddając je do dyspozycji wykonawcy I.P.. Podwykonawca był uprawniony i zobowiązany do przedłożenia (za pośrednictwem wykonawcy) nowego zobowiązania wobec przez zakwestionowania zamawiającego zobowiązania złożonego z ofertą. Zamawiający był zobowiązany do uwzględnienia, w toku badania i oceny oferty, nowego zobowiązania.

C. W pkt 8.2 lit c III dla zadania nr 3 lit. b i d - zamawiający żądał wykazania dysponowania potencjałem technicznym, co najmniej: (b) 2 kmpl. pługów dwuodkładnicowych do przygotowania gleby w bruzdy, w bruzdy z pogłębiaczem i bruzdy z wywyższeniem; (d) 1 szt. ciągników wraz z urządzeniem do naorywania wałków.

Wskazany sprzęt, obok innego niekwestionowanego w odwołaniu, wykonawca wykazał w załączniku nr 11_3 do SIWZ (wzór zamawiającego) w postaci tabeli wypełnionej przez wykonawcę, złożonym wraz z ofertą.

Drugi wykaz złożony w dniu 3 grudnia 2015 r., w odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień dotyczących 2 pługów (art. 26 ust. 4 Pzp), w którym wykonawca uzupełnił w stosunku do pierwotnego w poz. 2 opis pługów LPŻ o wyrazy „z pogłębiaczami i naorywaczem" oraz poz. 4 zmienił opis „Pług talerzowy" na „Pługofrezarka", nie stanowi zmiany treści oferty. Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego, że wykaz maszyn i urządzeń dostępnych wykonawcy stanowi treść oferty. Ustawodawca określił dysponowanie odpowiednim potencjałem technicznym, jako warunek udziału wykonawcy w postępowaniu (art. 22 ust. 1 pkt 3 Pzp). Zamawiający zamieszczając w SIWZ opisy - w pkt 8 „Opis *warunków udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków*" (pkt 8.2 lit. c III dla zadania nr 3 - dysponowanie odpowiednim potencjałem technicznym …); w pkt 9 „Informacje *o oświadczeniach i dokumentach, jakie mają dostarczyć wykonawcy",* pkt 9.2 lit. c „wykaz *urządzeń technicznych dostępnych Wykonawcy wraz z informacją o podstawie dysponowania zasobami (załącznik nr 11, tj. 11_1 do 11_3 do SIWZ"* - jednoznacznie zgodnie z ustawą wskazał charakter oświadczeń i dokumentów, jako potwierdzających

spełnianie warunków udziału w postępowaniu (oświadczenia i dokumenty o charakterze podmiotowym).

Złożenie ponownego wykazu z inicjatywy wykonawcy znajduje uzasadnienie w orzecznictwie Izby, jako czynność dopuszczalna, z zastrzeżeniem jednakże, że wykonawca wyczerpuje możliwości wezwania go przez zamawiającego do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów w tym zakresie. Sama czynność jak wskazano wyżej nie stanowi podstawy do eliminacji wykonawcy z postępowania. Na rozprawie wykonawca - przystępujący wyjaśnił, że wymaganym urządzeniem do naorywania wałków jest pług talerzowy. W drugim wykazie dokonał zmiany chcąc doprecyzować urządzenie, w sytuacji gdy posiada na własność pług talerzowy i pługofrezarkę.

Odnośnie poz. 2 wykazu, wykonawca był wezwany do wskazania nr rejestracyjnych pługów, bądź wskazania jakichś innych danych umożliwiających weryfikację sprzętu. Wykonawca podał w wyjaśnieniach, że pługi nie posiadają nr rejestracyjnych czy też nr seryjnych, natomiast w wykazie opisał pługi dodając wyrazy „z pogłębiaczami i naorywaczem wywyższenia".

Reasumując, Izba nie stwierdziła na podstawie opisu przedstawionego w uzasadnieniu podstaw do nakazania wykonawcy odwołania, wykluczenia z postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą.

D. Piły motorowe.

W pierwotnym wykazie maszyn i urządzeń wykonawca potwierdził wpisując w ostatniej kolumnie tabeli wyraz „tak", że dysponuje siedmioma piłami motorowymi. W drugim wykazie takiego wyrazu nie zamieścił, załączył jednakże zobowiązanie M.P., w którym podwykonawca zaoferował udostępnienie potencjału technicznego w postaci pilarek spalinowych: Makita DCS 5200 i DCS 6401, Stihl 036, Dolmer PSG 100, Jonsered 2145, Makita DCS 230T, DCS 6401 - łącznie 7 pilarek, oddając je do dyspozycji wykonawcy I.P..

Zarzut odwołującego sprowadza się jednak do faktu, że wykonawca w pierwotnym wykazie wpisał jeden raz „tak", a opis urządzenia przedstawił w pięciu

pozycjach, wskazując 7 pił motorowych. W świetle przedstawionych opisów, zarzut nie znajduje uzasadnienia.

E. Zarzut dotyczący zadań nr 1 i nr 2, mimo że w treści nawiązuje do zadania nr 3, został pominięty jako nieuzasadniony interesem odwołującego w uzyskaniu zamówienia w tych zadaniach i poniesieniem szkody.

Ad 5. Zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 przez wybór oferty w oparciu o kryteria oceny ofert odmienne od wskazanych w SIWZ, czym zamawiający naruszył zasady uczciwej konkurencji i dokonał wyboru oferty *de facto*

32

---

niebędącej ofertą najkorzystniejszą, rażąco naruszając przepisy ustawy Pzp.

Zarzut sprowadza się do kwestionowania oceny oferty wykonawcy z zastosowaniem kryteriów oceny ofert przewidzianych w pkt 17.1 lit. b i c; b - realizacja przedmiotu zamówienia za pomocą osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę - waga 10% [C2] oraz - zatrudnienie na umowę o pracę wykwalifikowanego nadzoru - waga 5% [C3].

W pkt 17.2 lit. c SIWZ zamawiający opisał sposób oceny oferty (przyznanie punktów) z tytułu zatrudnienia osób do realizacji zamówienia na podstawie umowy o pracę oraz z tytułu zatrudnienia na umowę o pracę pracowników z wykształceniem minimum średnim leśnym. W jednym i drugim opisie wskazał, że wykonawca musi wykazać zatrudnienia na dzień otwarcia ofert oraz, że w kryterium zatrudnienia osób na umowę o pracę nie będzie uznawał osób fizycznych prowadzących działalność gospodarczą oraz wspólników spółek osobowych.

Wykonawca wykazał w załączniku nr 10_3 do SIWZ osoby, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia - zatrudnione na podstawie umowy o pracę - 13. Odwołujący uznał, że z opisów zamieszczonych w SIWZ, zacytowanych w uzasadnieniu odwołania, wynika, że zatrudnienie osób na podstawie umowy o pracę punktowane na podstawie kryteriów oceny ofert, dotyczy wyłącznie zatrudnienia osób bezpośrednio przez wykonawcę. Zdaniem odwołującego, nie mogą być brane pod uwagę osoby zatrudnione na podstawie umowy o pracę, udostępnione w takim charakterze przez inne podmioty na podstawie art. 26 ust. 2b ustawy. Podkreślił przy tym, że zatrudnienie na podstawie umowy o pracę nie było warunkiem udziału w postępowaniu, lecz tylko kryterium oceny ofert - co wynika z opisów SIWZ. Sytuację tę porównał do punktacji warunków podmiotowych wykonawców w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu ograniczonego.

Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego. Z treści SIWZ nie wynika takie ograniczenie. Zamawiający wskazując, że w kryterium zatrudnienia osób na umowę o pracę nie będzie uznawał osób fizycznych prowadzących działalność gospodarczą oraz wspólników spółek osobowych, wyznaczył dopuszczalne granice uznania zatrudnienia punktowanego. Wyłączył tylko osoby fizyczne prowadzące działalność gospodarczą oraz wspólników spółek osobowych. Podnieść należy, że udostępnienie przez wykonawców osób zdolnych do wykonania zamówienia, dotyczy nie tylko etapu oceny ofert w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu, ale także etapu oceny ofert w celu wyboru oferty najkorzystniejszej i realizacji zamówienia, co jest istotą realnego udostępniania zasobów, wynikającego z przepisu art. 26 ust. 2b Pzp oraz treści zobowiązań podwykonawców.

33

W wyroku z dnia 6 grudnia 2012 r., II CA 757/12, Sąd Okręgowy w Piotrkowie Trybunalskim orzekł: z treści art. 26 ust. 2b Pzp wynika, że zarówno zasoby, którymi wykonawca dysponuje bezpośrednio, jak i zasoby osób trzecich udostępnione wykonawcy, powinny być jednakowo brane pod uwagę zarówno na etapie spełniania warunków udziału w postępowaniu, jak i przy najwyższej ocenie stopnia spełniania tych warunków. Ustawodawca w art. 26 ust. 2b Pzp nie odnosi się do możliwości polegania na zasobach podmiotu trzeciego tylko w zakresie warunków minimalnych udziału w postępowaniu.

Sąd Okręgowy w Katowicach w wyroku z dnia 13 września 2012 r., XIX Ga 461/12, orzekł: 1. Posłużenie się zasobami osób trzecich w rozumieniu przepisu art. 26 ust. 2b p.z.p. może mieć miejsce nie tylko na potrzeby wykazania warunków brzegowych

udziału w postępowaniu, których niespełnienie skutkuje wykluczeniem z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wykazanie tych zasobów może przekraczać również i tę bazową granicę udziału w postępowaniu celem zwiększenia atrakcyjności oferty, uatrakcyjnienia jej, czy też uzyskania wyższej pozycji w rankingu wykonawców.
2. Należy odróżnić w sposób dychotomiczny warunki udziału w postępowaniu, gdyż określają one art. 22, 23 i art. 26 p.z.p., od opisu sposobu dokonywania oceny ich spełniania. Przepisy art. 48 ust. 2 pkt 6 i 10 p.z.p. nie zakazują w jednakowy sposób dokonywać oceny wniosków wykonawców, którzy posiłkują się zasobami podmiotów trzecich. Ustalenie zasad oceny należy tylko i wyłącznie do zamawiającego.

Zarzut nie znajduje uzasadnienia.

Ad 6. Zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 24 ust. 4 przez jego niezastosowanie i uznanie, że wykonawca wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu wynikającego z pkt 8.2 lit. e SIWZ, a w konsekwencji brak wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu i uznania jego oferty za odrzuconą.

Przepis § 1 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, stanowi, że w celu oceny spełniania przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej „ustawą", zamawiający może żądać następujących dokumentów: 11) opłaconej polisy, a w przypadku jej braku, innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia.

Zamawiający w opisie warunku wskazał w pkt 8.2 lit. e SIWZ, że jest nim posiadanie opłaconej polisy, a w przypadku jej braku innego dokumentu 34

---

potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej na kwotę: dla zadania nr 3 - 550 000,00 zł, w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia. Nie żądał złożenia polisy wraz z ofertą, nie zamieszczając tego dokumentu w pkt 9 Informacji o oświadczeniach i dokumentach, jakie mają dostarczyć wykonawcy. W pkt 9.16 SIWZ zastrzegł, że brak lub niewłaściwa forma jakiegokolwiek z wymienionych w tym punkcie dokumentów, spowoduje wykluczenie wykonawcy z postępowania. Wykonawca złożył z ofertą polisę nr 908537190293 (TUIR WARTA S.A.) na sumę gwarancyjną 550.000,00 zł, z informacją: składka płatna jednorazowo, termin płatności 02.12.2015 r., kwota 694,00 zł.

Wykonawca przedstawił dowód dokonania przelewu na rzecz TUIR WARTA S.A., Tytuł operacji: Polisa nr 908537190293, data operacji i data księgowania - 25.11.2015 r., w kwocie 694,00 zł. Dokument ten został przedłożony zamawiającemu w dniu 29 grudnia 2015 r., następnie złożony do akt sprawy wraz z odpowiedzią na odwołanie.

Wykonawca w dacie upływu terminu składania ofert był objęty ubezpieczeniem od odpowiedzialności cywilnej i posiadał opłaconą polisę.

Zamawiający, nie mając podstawy w wykazie żądanych dokumentów, nie wezwał wykonawcy do przedstawienia dowodu opłacenia polisy. Wykonawca samodzielnie przedłożył taki dowód zamawiającemu.

Wobec przedłożenia dowodu potwierdzającego posiadanie opłaconej polisy, zarzut jest bezprzedmiotowy, zważywszy na fakt, że w przypadku negatywnej oceny wskazanych czynności, Izba nie miałaby podstaw nakazania zamawiającemu wezwania wykonawcy na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp do złożenia omawianego dokumentu, wobec braku tego dokumentu w wykazie żądanych w SIWZ oświadczeń i dokumentów. Ponadto, dokument ten jest w posiadaniu zamawiającego od dnia 29 grudnia 2015 r.

Wskazanie w treści zarzutu braku wykluczenia wykonawcy z postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą, traktowane w kategoriach żądania, jest pozbawione podstawy faktycznej i prawnej, skoro zamawiający nie żądał złożenia opłaconej polisy lecz jej posiadania.

Zamawiający uznał, że *„Wykonawca GREENLAS przedłożył dowód opłacenia polisy OC. Tym samym zarzut Odwołującego w tym zakresie jest obecnie bezprzedmiotowy. Uwzględnienie zarzutu mogłoby prowadzić wyłącznie do nakazania Zamawiającemu przez Izbę wezwania Wykonawcy GREENLAS do uzupełnienia dokumentu w trybie art. 26 ust. 3 p.z.p. Tymczasem dokument ten jest już w posiadaniu*

Zamawiającego, co powoduje, iż ewentualne wzywanie do jego uzupełnienia byłoby nonsensem i przejawem nadmiernego formalizmu. Formalizm postępowania nie może być stawiany ponad cel, dla którego prowadzone jest dane postępowanie." Wskazał stosowne

35

orzecznictwo Izby sanujące taki stan rzeczy.

Izba przychyla się do stanowiska przedstawionego w orzecznictwie, wskazuje jednak, że na zgodnie z treścią SIWZ brak byłoby podstaw do nakazania zamawiającemu wezwania wykonawcy do złożenia opłaconej polisy na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp. Przepis ten dotyczy oświadczeń lub dokumentów, których złożenie było wymagane w SIWZ.

Oceniając powyższe, Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp wobec braku przesłanek zastosowania przepisu ust. 2 tego artykułu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do jego wyniku, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), zaliczając do kosztów postępowania odwoławczego wpis uiszczony przez odwołującego i zasądzając na rzecz zamawiającego uzasadnione koszty postępowania poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, na podstawie rachunku przedłożonego do akt sprawy.

Przewodniczący: ……

36