Sygn. akt: KIO 1289/23

WYROK

z dnia 23 maja 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:Danuta Dziubińska

Protokolant:Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 maja 2023 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 maja 2023 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: **L. D.** prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą: **Firma Usługowo-Produkcyjno-Handlowa GEO-LAS L. D., K. M** prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą: **WooDrwal K. M.,** Jadachy 417, 39-442 Jadachy w postępowaniu prowadzonym przez **Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Sucha** ul Zamkowa 7, 34-200 Sucha Beskidzka

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: **P. W.** prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą: **F.H.U.P P. W., E. M.** prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą: **E. M., S. E.** prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą: **S. E. Zakład Usług Leśnych, S. R.** prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą: **S. R. Firma Usługowo-Handlowa,** Chyżne 43, 34-481 Chyżne zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołanie** i nakazuje zamawiającemu dokonanie unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz przeprowadzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego**;**
2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego, i:
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
   2.2. zasądza od zamawiającego: **Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Sucha** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: **L. D.** prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą: **Firma Usługowo-Produkcyjno-Handlowa GEO-LAS L. D., K. M** prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą: **WooDrwal K. M.** kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu wpisu uiszczonego przez odwołującego oraz wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy).

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (teks jednolity Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) na niniejszy wyrok -
w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Warszawie**.

Przewodniczący:……

Sygn. akt: KIO 1289/23

U z a s a d n i e n i e

Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Sucha (dalej: „Zamawiający") prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (dalej: „Pzp"), postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Sucha w roku 2023 – pakiet 02 Tarnawa* numer referencyjny: Nr ZG.270.6.2023. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej numer 2023/S 055-160408.

Zamawiający 26 kwietnia 2023 roku udostępnił wykonawcom wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum: L. D., prowadzący działalność pod nazwą F.U.P.H. GEO-LAS L. D., K. M., prowadząca działalność pod nazwą WoodDrwal K. M. (dalej: „Odwołujący") protokół z prowadzonego postępowania w zakresie Pakietu 02 Tarnawa,

sporządzony na druku ZP-PN, w treści którego w pkt 14 została zawarta informacja o odrzuceniu złożonej przez nich oferty.

Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności odrzucenia jego oferty, w którym zarzucił Zamawiającemu w zakresie Pakietu 02 Tarnawa naruszenie przepisów:

1)art. 226 ust. 1 pkt 2b Pzp poprzez błędne przyjęcie, iż oferta Odwołującego podlega odrzuceniu, mimo iż Odwołujący wykazał zasoby techniczne i zawodowe w postaci konia użyczonego na podstawie długoterminowej umowy;

2)ewentualnie, gdyby Izba nie zgodziła się z zarzutem nr 1 - naruszenie art. 128 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie wezwania do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych.

Wskazując na powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania:

1)ponownego badania i oceny ofert w tym unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego w zakresie Pakietu 02 Tarnawa;

2)unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz powtórzenia oceny ofert wskutek którego oferta Odwołującego zostanie uznana za ważną;

3)wyboru oferty Odwołującego w Pakiecie 02 Tarnawa jako oferty najkorzystniejszej, zgodnie z zasadami określonymi w specyfikacji warunków zamówienia;

4)ewentualnie w sytuacji nieuznania zarzutu nr 1 - nakazanie Zamawiającemu wezwania do uzupełnienia na podstawie art. 128 ust. 1 Pzp podmiotowych środków dowodowych, które są błędne.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał m.in., że powziął wiedzę o odrzuceniu jego oferty z treści udostępnionego 26 kwietnia 2023 roku protokołu ZP-PN. Stąd też dzień ten został przez niego przyjęty jako początek biegu terminu do wniesienia odwołania stosownie do art. 515 ust. 3 Pzp.

Zdaniem Odwołującego uznając, iż nie spełnia warunków udziału w postępowaniu co skutkuje odrzuceniem oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 litera b) Pzp Zamawiający naruszył fundamentalne zasady określone w art. 16 Pzp, nie zapewniając jednocześnie obiektywizmu przy badaniu i ocenie ofert. W protokole postępowania zostało wskazane:

Odwołujący wskazał, że w Specyfikacji warunków zamówienia (dalej: „SWZ”), w Rozdziale 7 pn. Warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w ppkt 7.4b litera c) wskazano, iż warunek, w zakresie potencjału technicznego, zostanie uznany za spełniony, jeśli Wykonawca wykaże, że dysponuje lub będzie dysponować: c) co najmniej jednym koniem do prowadzenia zrywki drewna oraz stwierdził, że wraz z ofertą zostały złożone oświadczenia dla obu konsorcjantów z art. 125 ust. 1 Pzp potwierdzające fakt spełniania warunku udziału w postępowaniu, w szczególności fakt posiadania w dyspozycji bezpośredniej konia. W treści JEDZ członka konsorcjum WooDrwal K. M., informacja o dysponowaniu koniem na podstawie umowy użyczenia została wpisana, jednak omyłkowo w nieprawidłowej pozycji formularza.

Następnie Odwołujący podał, że 5 kwietnia 2023 roku został wezwany przez Zamawiającego do złożenia wyjaśnień w zakresie zapisów w JEDZ członka konsorcjum WooDrwal K. M., w szczególności dotyczących kwestii konia. W piśmie z 6 kwietnia 2023 roku zostały złożone wyjaśnienia potwierdzające fakt dysponowania wymaganym zasobem technicznym i zawodowym w postaci konia oraz wyjaśnienie omyłkowego wpisania wymaganej informacji w niewłaściwej pozycji formularza JEDZ.

W dalszej kolejności Odwołujący stwierdził, że zgodnie z art. 16 Pzp Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, w sposób przejrzysty oraz proporcjonalny. Szczególnie istotny jest tu etap zarówno opisu kryteriów kwalifikacji podmiotowej (warunki udziału), jak też jednoznacznego wskazania w treści wezwania czego Zamawiający oczekuje od wykonawcy. Są to najistotniejsze elementy postępowania, od których zależy możliwość ubiegania się o zamówienie oraz możliwość złożenia oferty. Ukształtowana w postępowaniu treść SWZ jest wiążąca nie tylko dla wykonawców oraz Zamawiającego. Zamawiającemu na etapie badania i oceny ofert nie wolno swobodnie interpretować postanowień specyfikacji i odstępować od ustanowionych wymogów (w tym ich zawężać czy rozszerzać), prowadziłoby to bowiem do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców. Na etapie badania i oceny ofert niedopuszczalne jest dokonywanie jakichkolwiek zmian w zakresie interpretacji wymogów SWZ, czy też dokonywania badania i oceny ofert poprzez stawianie nowych wymagań z pominięciem wymagań narzuconych treścią SWZ. W pierwszej kolejności należy podnieść, iż zgodnie z ustawową definicją przez podmiotowe środki dowodowe należy rozumieć środki służące potwierdzeniu braku podstaw wykluczenia, spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, z wyjątkiem oświadczenia własnego wykonawcy o niepodleganiu wykluczeniu, spełniania warunków

udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp (art. 7 pkt 17 Pzp). Katalog środków dowodowych potwierdzających brak podstaw wykluczenia określony w rozporządzeniu w sprawie podmiotowych środków dowodowych wydanym na podstawie art. 128 ust. 6 Pzp jest katalogiem zamkniętym. Zamawiający wymienił w pkt. 9.1 oraz 9.2 SWZ wymogi odnoszące się do oświadczeń oraz podmiotowych środków dowodowych, jakich wymaga od wykonawców w celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia z postępowania. W odniesieniu do informacji zawartych w JEDZ koniecznym było: *We wskazanej części JEDZ należy podać informacje nt. rodzaju urządzeń zgodnie z pkt. 7.1. ppkt 4) lit b) WZ, tj. maszyna leśna forwarder lub przyczepa zrywkowa umożliwiająca mechaniczny załadunek, ciągnik zrywkowy lub ciągnik przystosowany do zrywki drewna, oraz koń; ich opis tj. marka, model, podstawy dysponowania oraz numer seryjny, numer rejestracyjny lub inne oznaczenie pozwalające na indywidualizację,* zaś w zakresie podmiotowych środków dowodowych należało złożyć: *wykaz urządzeń technicznych dostępnych Wykonawcy w celu wykonania zamówienia publicznego wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi zasobami - (wzór wykazu urządzeń technicznych dostępnych Wykonawcy w celu wykonania zamówienia stanowi Załącznik nr 11 do SWZ).*Nie wymagano przedstawienia żadnych innych dokumentów czy dowodów potwierdzających fakt dysponowania zasobami technicznymi i zawodowymi. Po pierwsze, rozporządzenie wykonawcze nie umożliwia wymagania podmiotowych środków dowodowych w postaci umów sprzedaży, leasingu, użyczenia, dzierżawy czy najmu, po drugie Zamawiającemu nie wolno wymagać dokumentu, który byłby zbędny. Pozostawałoby to w sprzeczności z zasadą proporcjonalności. Odrzucenie oferty Odwołującego oparte na bezzasadnej ocenie Zamawiającego, iż zasoby w postaci konia nie są dostępne Odwołującemu, ponieważ nie złożył umowy użyczenia jest zdecydowanie niesłuszne i nadmierne.

Odwołujący zauważył, iż obaj konsorcjanci posiadają odpowiednie zaplecze techniczne i zawodowe pozwalające na sprawną realizację umów z zakresu gospodarki leśnej. Wymagany zasób w postaci konia został wskazany, podano dokładne informacje pozwalające na zidentyfikowanie konia ARGO nr paszportu 616 010 53 01872 18, zaś fakt, iż jest on najmowany przez jednego z konsorcjantów w żaden sposób nie stoi w sprzeczności z prawem do dysponowania zasobem technicznym. Mamy do czynienia z dysponowaniem bezpośrednim (podstawą do dysponowania koniem, niezbędnym do wykonania zamówienia publicznego Wykonawcy jest posiadanie przez tego Wykonawcę tytułu prawnego tj. własność, umowa użyczenia, umowa leasingu, dzierżawa). Nie było konieczności składnia umowy czy zobowiązania podmiotu, który oddał konia w użyczenie. Nadto, Zamawiający nie wymagał w SWZ dodatkowych dokumentów na potwierdzenie własności lub dysponowania bezpośredniego, tylko pośredniego. Odwołujący wykazał, iż posiada zasoby techniczne umożliwiające mu wykonanie przedmiotu zamówienia publicznego, do którego złożył ofertę.

Z ostrożności procesowej Odwołujący zauważył, iż Zamawiający wezwał konsorcjum firm do wyjaśnienia oświadczenia zawartego w JEDZ, natomiast nie wzywano Odwołującego do uzupełnienia zawierających błędy dokumentów. Art. 128 ust. 1 oraz ust. 4 Pzp przewiduje obowiązek dodatkowego wezwania wykonawcy do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia niezłożonych, niekompletnych lub zawierających błędy dokumentów lub oświadczeń. Celem przepisu jest ograniczenie sytuacji, w których prawidłowa merytorycznie oferta musi być odrzucona z powodu braków lub błędów w złożonych dokumentach. Art. 128 ust. 1 Pzp przenosi art. 56 ust. 3 dyrektywy klasycznej. Zgodnie z art. 56 ust. 3 dyrektywy klasycznej, jeżeli informacje lub dokumentacja, które mają zostać złożone przez wykonawców, są lub wydają się niekompletne lub błędne, lub gdy brakuje konkretnych dokumentów, instytucje zamawiające mogą – chyba że przepisy krajowe wdrażające dyrektywę klasyczną stanowią inaczej – zażądać, aby dani wykonawcy złożyli, uzupełnili, doprecyzowali lub skompletowali stosowne informacje lub dokumentację w odpowiednim terminie, pod warunkiem że takie żądania zostaną złożone przy pełnym poszanowaniu zasad równego traktowania i przejrzystości. UZP podkreśla w Komentarzu do PZP, iż dotyczy on zarówno sytuacji, w której dokument nie został złożony, jak i sytuacji, w której jest on błędny czy niekompletny. Tym samym w pełni prawidłowym byłoby działanie Zamawiającego, który wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień (wezwanie z dnia 5 kwietnia 2023 r., dowód nr 3). W pełni prawidłowym było również udzielenie odpowiedzi na wezwanie wraz ze złożeniem wyjaśnień. Nawet gdyby przyjąć, iż złożony podmiotowy środek dowodowy zostałby uznany za błędny czy niekompletny zasadnym byłoby wezwanie do jego uzupełnienia. Zamawiający wezwał Odwołującego do wyjaśnienia, potwierdzenia faktu dysponowania potencjałem technicznym w postaci konia celem wyeliminowania wątpliwości ewentualnego użyczenia zasobów od podmiotów trzecich (w rozumieniu art. 118 Pzp), a wymaganie złożenia dodatkowych dowodów, nie wymaganych zapisami dokumentów zamówienia, jest niedopuszczalne.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie.

W uzasadnieniu Zamawiający wskazał m.in., że w postępowaniu zostały złożone dwie oferty: przez konsorcjum L. D., prowadzącego działalność pn. F.U.P.H. GEO-LAS L. D. i K. M., prowadzącej działalność pn. Firma WOODRWAL K. M oraz przez konsorcjum składające z czterech podmiotów P. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą F.H.U.P, E. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą E. M., S. E. prowadzącego działalność gospodarczą

pod firmą S. E., Zakład Usług Leśnych oraz S. R. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą S. R. FIRMA USŁUGOWO-HANDLOWA. Cena pierwszej oferty wynosiła 889.794,72 złotych brutto, natomiast drugiej 992.595,2 złotych brutto. Zamawiający postanowił przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę 1.044.989,93 złotych brutto. W toku badania ofert ustalił, że JEDZ jednego z konsorcjantów, którzy złożyli najniższą ofertę nie został wypełniony prawidłowo. W związku z powyższym pismem z dnia 5 kwietnia 2023 wezwał Wykonawcę do uzupełnienia dokumentu JEDZ poprzez udzielenie odpowiedzi na pytanie w części II.A Informacje na temat wykonawcy na str. 3 JEDZ pytanie Jeżeli dotyczy, czy wykonawca jest wpisany do urzędowego wykazu zatwierdzonych wykonawców lub posiada równoważne zaświadczenie. Ponadto wezwał do wyjaśnienia sposobu uzupełnienia JEDZ w części IV.C pkt 7 dotyczącej stosowania środków zarządzania środowiskowego i ewentualnej poprawy. Zamawiający zażądał sprecyzowania warunków umowy użyczenia, np. poprzez przedłożenia umowy, jeśli została zawarta, w celu ustalenia charakteru umowy oraz ewentualnego zbadania czy faktycznie to inny podmiot trzeci, który nie może brać udziału w postępowaniu udostępnia konia. Wykonawca w odpowiedzi z dnia 6 kwietnia 2023 r. nie przedłożył poprawionego dokumentu JEDZ, jedynie wyjaśnił w jaki sposób należałoby poprawić omyłki. Jednocześnie Wykonawca potwierdził, że niezbędne jest wskazanie szczegółowych warunków użyczenia konia, jednak w swoich wyjaśnieniach takich warunków nie wymienił, m.in. nie wyjaśnił od kogo użyczony jest koń, na jaki okres koń jest użyczany, czy jedynie na potrzeby niniejszego postępowania. W szczególności, że tego samego konia deklarował inny Wykonawca w innym postępowaniu. Zamawiający miał wątpliwości czy Wykonawca faktycznie będzie dysponował koniem w ramach umowy użyczenia, czy może inny podmiot faktycznie będzie zapewniał konia. Wykonawca pomimo wezwania nie uzupełnił dokumentu JEDZ oraz nie wskazał istotnych warunków umowy, w tym nie wskazał z kim została zawarta umowa. Tym samym uniemożliwił Zamawiającemu na podstawie art. 128 ust. 5 Pzp samodzielne ustalenie bezpośrednio od podmiotu użyczającego na jakich zasadach została zawarta umowa. Zamawiający uznał, że Wykonawca nie wykazał w sposób należy, że dysponuje potencjałem technicznym, dlatego rozpoczął badania kolejnej oferty. W dniu 19.04.2023 r. wezwał Wykonawców do złożenia na podstawie art. 126 ust. 1 Pzp dokumentów, a następnie do ich uzupełnienia. Zamawiający do tej pory nie dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty. Zatem zgodnie z art. 253 ust. 1 pkt 2 Pzp Zamawiający nie miał możliwości ani obowiązku informować o odrzuceniu oferty oraz uzasadniać takiej decyzji.

W ocenie Zamawiającego odwołanie złożone 8 maja 2023 r. jest przedwczesne, ponieważ w postępowaniu nie doszło jeszcze do wyboru ofert, a zatem Zamawiający nie dokonał również czynności polegającej na poinformowaniu o odrzuceniu ofert oraz na stosownym uzasadnieniu takiej decyzji. Z uwagi na to, że nie doszło jeszcze do wyboru najkorzystniejszej oferty Odwołujący nie może mieć pewności, że faktycznie dojdzie do odrzucenia jego oferty, ponieważ przed dokonaniem czynności wyboru oferty Zamawiający nie podjął jeszcze ostatecznej i wiążącej decyzji o odrzuceniu oferty. Zgodnie z art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a odwołanie może zostać wniesione w terminie 10 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. W tym przypadku informacja o odrzuceniu może zostać opublikowana dopiero po wyborze najkorzystniejszej oferty zgodnie z art. 253 ust. 1 pkt 2 Pzp. Zatem Odwołujący nie złożył odwołania w terminie. Jak słusznie zauważono w Wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 maja 2022 r. w sprawie o sygnaturze KIO 1132/22: „Przepisy art. 253 ust. 1 PZP. służą temu, aby wykonawca miał szansę skutecznego zakwestionowania czynności Zamawiającego, co nie jest możliwe lub poważnie utrudnione, gdy nie zna powodów jej podjęcia lub miałby się o nich dowiedzieć dopiero w toku postępowania odwoławczego.” Podobnie w wyroku z dnia z dnia 8 lutego 2022 r. Krajowa Izba Odwoławcza w sprawie o sygnaturze KIO 178/22, słusznie zauważyła, w jakim czasie wykonawcy są uprawnieni do złożenia odwołania, wskazując, że: „Skoro ustawodawca jako moment poinformowania każdego z wykonawców, którzy złożyli oferty o punktacji przyznanej pozostałym wykonawcom ubiegającym się o uzyskanie tego samego zamówienia wskazał moment "niezwłocznie po wyborze oferty najkorzystniejszej", a jednocześnie zamawiający wypełniając dyspozycję art. 253 ust. 1 p.z.p. przekazał informacje o punktacji w zakresie kryteriów pozacenowych przyznanej pozostałym wykonawcom wraz z informacją o wyborze oferty najkorzystniejszej, to od tego właśnie momentu bieg rozpoczyna termin na wniesienie odwołania od czynności zamawiającego polegającej na przyznaniu punktacji w zakresie kryteriów pozacenowych pozostałym ofertom. W tej bowiem dacie wykonawcom ubiegającym się o uzyskanie zamówienia została przekazana informacja o czynności zamawiającego mogącej stanowić podstawę do wniesienia odwołania w postaci punktacji (liczby punktów otrzymanej w poszczególnych kryteriach) przyznanej ofertom złożonym przez pozostałych wykonawców w kryteriach pozacenowych.” W efekcie zdaniem Zamawiającego nie zostały spełnione przesłanki z art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a w związku z art. 513 pkt 1 PzpP, tj. Wykonawca nie został jeszcze poinformowany o czynności Zamawiającego, którą można by uznać za niezgodną z przepisami ustawy, od której może złożyć odwołanie, a zatem odwołanie należy uznać za przedwczesne i bezprzedmiotowe na tym etapie. Informacja zawarta w protokole postępowania nie jest ostateczna i do chwili dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty i poinformowaniu o odrzuceniu ofert Zamawiający może w toku badania ofert zmienić decyzję co do odrzucenia oferty. Dodatkowo odnosząc się do zarzutu, że Zamawiający nie poinformował go o

odrzuceniu oferty, w efekcie ustalił termin na wniesienie odwołania zgodnie z art. 515 ust. 3 pkt 1 Pzp należy uznać za nieuzasadniony i nieprawidłowy. W art. 253 ust. 1 pkt 2 PZP wyraźnie wskazano, kiedy Zamawiający jest zobowiązany do poinformowania o odrzuceniu oferty. W efekcie w sprawie nie może mieć zastosowania termin określony zgodnie z art. 515 ust. 3 pkt 1 Pzp. W efekcie odwołanie winno zostać oddalone w całości jako przedwczesne.

Następnie na wypadek, gdyby Izba uznała, że odwołanie zostało złożone w terminie, Zamawiający stwierdził, że zgodnie z SWZ, fakt dysponowania odpowiednim potencjałem należało wykazać składając odpowiednie oświadczenie w Części IV lit. C (pkt 9) JEDZ. Żaden z Odwołujących w odpowiedniej rubryce JEDZ nie wykazał, że dysponuje koniem oraz jaka jest postawa jego dysponowania. W związku z powyższym Zamawiający wezwał Wykonawcę na podstawie art. 128 ust. 1 i 4 do wyjaśnień i uzupełnienia oświadczeń zawartych w JEDZ. Jednocześnie Zamawiający wyraźnie wskazał jakie braki zawiera oświadczenie Odwołującego. Odwołujący mógł odpowiednio uzupełnić oświadczenia zawarte w JEDZ lub wyjaśnić, że oświadczenia są prawidłowe. Jednocześnie z uwagi na charakter umowy użyczenia Zamawiający wezwał do dodatkowych wyjaśnień w postaci wskazania przez Odwołujących treści umowy, w celu ustalenia czy Wykonawca faktycznie dysponuje koniem, ponieważ Zamawiający posiadał wiedzę, że przedmiotowym koniem również na podstawie umowy użyczenia dysponuje inny podmiot. W związku z powyższym zgodnie z art. 116 ust. 2 Pzp Zamawiający był uprawniony do oceny czy wykonawca posiada deklarowaną zdolność techniczną. Wykonawca potwierdził, że złożył oświadczenia w sposób nieprawidłowy, jednak nie poprawił tych oświadczeń w dokumencie JEDZ, poprzez złożenie prawidłowo uzupełnionego dokumentu JEDZ. Dodatkowo Odwołujący nie wykazał żadnych szczegółowych warunków dysponowania koniem, m.in. z kim została zawarta umowa użyczenia, czy na cały okres trwania umowy, w jakim zakresie Odwołujący będzie mógł dysponować koniem przy wykonywaniu umowy. W szczególności, że Zamawiający posiadał wiedzę, że przedmiotowy koń może być wykorzystywany również przez inny podmiot do prac o podobnym charakterze. Zatem poczynienie stosownych ustaleń było również konieczne w celu potwierdzenia, że koń nie będzie nadmiernie eksploatowany. Dodatkowo dopiero po zapoznaniu się z treścią warunków umowy pomiędzy stronami Zamawiający miałby możliwość ustalić czy faktycznie Odwołująca dysponowała potencjałem technicznym, czy może realnie to inny podmiot dysponował potencjałem technicznym zgodnie z art. 118 ust. 1 Pzp. W związku z tym, że Odwołujący nie wskazał nawet podmiotu, z którym została zawarta umowa Zamawiający nie miał możliwości dokonać samodzielnie ustaleń na podstawie art. 128 ust. 5 Pzp. Zamawiający zwrócił uwagę, że w odwołaniu zamiennie wskazano, że koń miał być użyczany lub wynajmowany, co wskazuje, że Odwołujący nie wie na jakiej zasadzie dysponuje koniem, w efekcie potwierdza wątpliwości Zamawiającego, że koniem faktycznie dysponuje jakiś podmiot trzeci, na którego zasoby nie powołał się Odwołujący.

Zamawiający podał, że w związku z brakiem wyjaśnień oraz nieuzupełnieniem oświadczeń w JEDZ, Zamawiający nie miał możliwości ponownego wezwania Odwołujących do uzupełnienia tych samych braków. Dodatkowo z uwagi na niewskazanie podmiotu, który miał użyczyć konia Zamawiający nie miał możliwości poczynienia samodzielnych ustaleń czy Odwołujący faktycznie dysponuje potencjałem technicznym oraz nie mógł ocenić realnej zdolności technicznej Odwołujących. W związku z powyższym Zamawiający musiał rozważyć odrzucenie oferty i z tej przyczyny rozpoczął badanie kolejnej oferty. Zgodnie z art. 253 ust. 1 pkt 1 Pzp ostatecznie o odrzuceniu oferty Odwołujący zostanie poinformowany po wyborze najkorzystniejszej oferty, gdzie decyzja Zamawiającego zostanie stosownie uzasadniona, do tego czasu Zamawiający ma jeszcze potencjalnie możliwość ponownie zbadać ofertę i ustalić, że jednak nie wystąpiły podstawy do odrzucenia oferty. W związku z tym, że termin na wniesienie odwołania jeszcze się nie rozpoczął Odwołujący nie był uprawniony do wniesienia odwołania, dlatego winno ono podlegać oddaleniu w całości jako bezzasadne. Dodatkowo żądania wyrażone w Odwołaniu nie mogą zostać spełnione, ponieważ nie doszło jeszcze do wyboru najkorzystniejszej oferty.

W piśmie z 22 maja 2023 r. Odwołujący przedstawił swoje stanowisko w sprawie zawierające polemikę z argumentacją Zamawiającego przedstawiona w odpowiedzi na odwołanie. Odwołujący wskazał w nim m.in., że Zamawiający w SWZ nie wprowadził zakazu wykorzystania potencjału technicznego przy realizacji innych usług, niż objęte daną częścią zamówienia, że przywoływany przez Zamawiającego przepis art. 116 ust. 2 Pzp ma zastosowanie w przypadku sprzeczności interesów i nie ma zastosowania w sytuacji, gdy zasoby będą wykorzystywane przy realizacji innego zamówienia dla tego samego zamawiającego. Odwołujący podniósł, że wobec istnienia po jego stronie bezpośredniego uprawnienia do dysponowania rzeczą brak jest podstaw do przyjęcia, że stanowi ona potencjał podmiotu trzeciego. Powszechnym jest bowiem, że wykonawcy, nie będąc właścicielem rzeczy, dysponują nią np. jako użytkownicy, najemcy, dzierżawcy czy leasingobiorcy.

Do pisma zostało złączone oświadczenie właściciela konia o imieniu i numerze paszportu wskazanym w JEDZ o jego użyczeniu na czas nieoznaczony p. K. M. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą WooDrwal K. M. z prawem wykorzystywania go do prowadzenia prac z zakresu gospodarki leśnej z 23 marca 2023 r.

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania, przekazanej przez Zamawiającego oraz załączone do złożonego w sprawie ww. pisma Odwołującego.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając odwołanie, uwzględniając dokumentację postępowania oraz stanowiska zaprezentowane w sprawie przez Strony i Przystępującego, a także zgromadzone dowody, ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie nie zawiera braków formalnych. Wpis w prawidłowej wysokości został wniesiony w ustawowym terminie. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 528 Pzp.

Wykazując swoje uprawnienie do skorzystania w postępowaniu ze środków ochrony prawnej, Odwołujący wskazał m.in., że gdyby Zamawiający w sposób prawidłowy dokonał badania ofert mógłby ustalić, że oferta Odwołującego spełnia wymogi określone w SWZ w zakresie warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący nie powinien zostać wykluczony a jego oferta winna zostać uznana za ważną, bowiem wyjaśnił okoliczności dysponowania wymaganym potencjałem technicznym. Tym samym oferta Odwołującego jako ważna oraz najkorzystniejsza w postępowaniu uzyskałaby zamówienie publiczne. W związku z powyższym, Odwołujący może ponieść szkodę powstałą w wyniku naruszenia przepisów ustawy przez Zamawiającego, polegającą na nie udzieleniu Odwołującemu przedmiotowego zamówienia publicznego.

W ocenie Izby Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do skorzystania w przedmiotowym postępowaniu ze środków ochrony prawnej stosownie do przepisu art. 505 ust. 1 Pzp.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: P. W. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą: F.H.U.P P. W., E. M. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą: E. M., S. E. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą: S. E. Zakład Usług Leśnych, S. R. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą: S. R. Firma Usługowo-Handlowa (dalej łącznie: „Przystępujący") wypełniając wymogi ustawowe zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, stając się uczestnikiem postępowania.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności w ocenie Izby stwierdzenia wymaga, iż wbrew stanowisku Zamawiającego, odwołanie nie jest przedwczesne.

Odwołujący wniósł odwołanie w ustawowym terminie, licząc od daty otrzymania informacji o podjętej przez Zamawiającego czynności odrzucenia jego oferty. Wprawdzie informację w tym zakresie powziął z treści protokołu postępowania, o który - jak ustalono - wystąpił przed przekazaniem przez Zamawiającego informacji o tej czynności, stosownie do art. 253 ust. 1 Pzp, to jednak treść tego protokołu jednoznacznie wskazuje, że Zamawiający dokonał czynności odrzucenia oferty Odwołującego i co jego zdaniem było powodem jej podjęcia.

Zasada jawności i przejrzystości postępowania wymaga realizowania przez Zamawiającego obowiązku informacyjnego, w który wpisuje się obowiązek przekazania informacji, o których mowa w art. 253 ust. 1 Pzp po wyborze najkorzystniejszej, jednak w sytuacji gdy w analizowanym postępowaniu Zamawiający zawiadomił Odwołującego o odrzuceniu jego oferty w inny sposób, niż przewiduje to ww. przepis, tj. przesyłając protokół postępowania, w którym co do zasady sukcesywnie, wraz z poszczególnymi czynnościami podejmowanymi w ramach procedowania, zamieszcza się stosowne informacje, a zatem stanowi on dokument potwierdzający przebieg postępowania, to należy uznać, że odwołanie wniesione w terminie liczonym od daty otrzymania tego protokołu, tj. 26 kwietnia 2023 r., nie jest wniesione przedwcześnie.

W takim przypadku znajduje bowiem zastosowanie przepis art. 515 ust. 3 Pzp, zgodnie z którym: *Odwołanie w przypadkach innych niż określone w ust. 1 i 2 wnosi się w terminie: 1) 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia, w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne; 2) 5 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia, w przypadku zamówień, których wartość jest mniejsza niż progi unijne.* Jak wskazano w komentarzu do ww. art. ustawy Prawo zamówień publicznych pod redakcją H. Nowaka, M. Winiarza (UZP, wyd. z 2021 i 2023) przepis ten ma zastosowanie m.in. do czynności zamawiającego, co do których zamawiający nie przesłał wykonawcy zawiadomienia o ich dokonaniu.

W analizowanym przypadku Zamawiający dokonał odrzucenia oferty Odwołującego, na co wskazuje treść protokołu postępowania, z którego wynika, że czynność ta została przez niego dokonana i co o tym zdecydowało. W związku z tym Odwołujący powziął wiadomość o tej czynności i motywach Zamawiającego. Nie jest przy tym sporne, że po jej dokonaniu Zamawiający nie wykonywał czynności wobec oferty Odwołującego, lecz podejmował czynności związane z badaniem oferty Przystępującego, tj. drugiej z dwóch ofert złożonych w postępowaniu. Okoliczność, iż Zamawiający nie przekazał wykonawcy informacji o odrzuceniu jego oferty zgodnie z art. 253 ust.1 Pzp, bowiem - jak ustalono - nie dokonał jeszcze wyboru najkorzystniejszej oferty, nie oznacza, że Odwołujący nie wszedł w jej posiadanie.

Tym samym, w okolicznościach analizowanej sprawy, Odwołujący zasadnie przyjął, że stosownie do art. 515 ust. 3 Pzp termin na wniesienie przedmiotowego odwołania, należy liczyć od powzięcia przez tego wykonawcę informacji o odrzuceniu jego oferty, tj. od daty udostępnienia mu podpisanego ze strony Zamawiającego protokołu postępowania, w którym ta czynność została jednoznacznie odnotowana.

Na marginesie wskazania wymaga, że nie można wykluczyć, że Zamawiający, który obecnie twierdzi, że odwołanie jest przedwczesne, w razie wniesienia przez Odwołującego odwołania dopiero po wyborze najkorzystniejszej oferty, zasadnie podnosiłby, że jest ono spóźnione wobec faktu powiadomienia Odwołującego o czynności odrzucenia jego oferty za sprawą przekazania temu wykonawcy treści protokołu postępowania o określonej treści. Odwołanie nie dotyczy bowiem np. zaniechania odrzucenia oferty konkurencyjnej, lecz dokonania czynności odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego, o której podjęciu wykonawca ten powziął informację od Zamawiającego.

Następnie stwierdzenia wymaga, że w ocenie Izby argumentacja Zamawiającego przedstawiana na poparcie decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego jest chybiona.

Za Odwołującym wskazania wymaga, że Zamawiający wskazał w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego:

Z ww. uzasadnienia wynika, że Zamawiający uznał, że złożone przez Odwołującego wyjaśnienia dotyczące użyczenia konia, wskazanego w JEDZ na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu, w których wykonawca ten oświadczył, że koniem dysponuje członek konsorcjum w sposób bezpośredni na podstawie użyczenia, nie są dla niego satysfakcjonujące, nie wyjaśniając przy tym dlaczego tak uznaje, i stwierdzając, że wezwanie do wyjaśnień jest jednokrotne, odrzucił ofertę Odwołującego z uwagi na brak spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania koniem.

Z kolei w toku postępowania odwoławczego Zamawiający prezentował stanowisko, że pismo z 5 kwietnia 2023 r. stanowiło wezwanie do uzupełnienia JEDZ, wyrażając przy tym pogląd, że w ww. wezwaniupozostawił wykonawcy możliwość wyboru, tj. albo wytłumaczy poruszone w piśmie kwestie, albo uzupełni dokument JEDZ.Zamawiający podał również, że w wezwaniu wskazał na szczegółowe warunki użyczenia konia, przyznając jednocześnie, że taka umowa mogła jeszcze nie być zawarta i stwierdzając, że mogłoby to być oświadczenie, takie jak zostało przedłożone przez Odwołującego za pismem datowanym na 22 maja 2023 r., albo chociażby byłby wskazany właściciel konia oraz na jaki czas została zawarta umowa użyczenia. Zamawiający wyjaśnił, że chciał pozyskać wiedzę czy w kwestii konia nie zachodzi przypadek dysponowania zasobem podmiotu trzeciego, albo czy konsorcjant – p. K. M. – nie ukrywa tego, że w rzeczywistości członkiem konsorcjum jest jej małżonek, albo jest on podmiotem, który faktycznie dysponuje tym potencjałem technicznym. Powyższe Zamawiający chciał ustalić w sposób niebudzący wątpliwości z uwagi na to, że w innym postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego, tj. na pakiet Jasień, małżonek p. K. M. złożył oświadczenie o dysponowaniu koniem o tym samym paszporcie i imieniu, w którym to postępowaniu jego oferta została odrzucona. Zamawiający wyjaśnił jednocześnie, że oferta ta została odrzucona 9 marca 2023 r. a wykonawca ten nie wniósł odwołania na tę czynność, dodając, że oświadczenie p. K. M. w JEDZ dotyczące dysponowania koniem zostało złożone 30 marca 2023 r. Wskazał także, że zgodnie z art. 116 ust. 2 Pzp był uprawniony do oceny czy wykonawca posiada deklarowaną zdolność techniczną.

W związku z powyższym w pierwszej kolejności zauważenia wymaga, że ww. sekwencja zdarzeń wskazuje, że obecnie zgłaszane obawy Zamawiającego dotyczące wykorzystanie konia przez małżonka powódki w innym postępowaniu, nawet pomijając fakt, że byłoby to postępowanie realizowane na rzecz tego samego Zamawiającego, są nieuzasadnione. Skoro oferta złożona przez męża powódki została skutecznie odrzucona w pakiecie Jasień, to nie będzie on realizował tego zamówienia. Z kolei ani z oferty ani z JEDZ Odwołującego nie wynika, aby wykonawca ten miał korzystać z potencjału podmioty trzeciego. W związku z tym także w tym aspekcie argumentacja Zamawiającego nie jest trafiona.

Następnie stwierdzenia wymaga, że wbrew stanowisku Zamawiającego zaprezentowanemu w postępowaniu odwoławczym, nie jest tak, że w sytuacji, gdy pismo zawierało wezwanie do wyjaśnień, wykonawca zamiast wyjaśnień miałby złożyć nowy JEDZ i to ze skutkiem odrzucenia jego oferty w razie nieuzupełnienia tego dokumentu. Obowiązkiem

wykonawcy jest bowiem zastosowanie się do wezwania Zamawiającego, które powinno być precyzyjne i jasno określać oczekiwania Zamawiającego. Z braku wyrażenia przez Zamawiającego swoich rzeczywistych intencji w skierowanym do wykonawcy wezwaniu, nie mogą być wyciągane dla wykonawcy negatywne konsekwencje, w postaci odrzucenia jego oferty.

Pismo z 5 kwietnia 2023 r. zostało przekazane wykonawcy w brzmieniu:

Na podstawie art. 128 ust 1 i 4 ustawy Prawo Zamówień Publicznych z dnia 29.01.2004r (Dz.U.2022 poz.1710 z późn.zm) Nadleśnictwo Sucha wzywa Pana do złożenia wyjaśnień odnośnie zapisów w JEDZ członka konsorcjum WOODRWAL K M.:

1.W części II.A Informacje na temat wykonawcy na str 3 JEDZ pytanie Jeżeli dotyczy, czy wykonawca jest wpisany do urzędowego wykazu zatwierdzonych wykonawców lub posiada równoważne zaświadczenie (np. w ramach krajowego systemu (wstępnego) kwalifikowania)? pozostawione jest bez odpowiedzi.

2.W części IV.C Zdolność techniczna i zawodowa w pkt 7 wykonawca wykazuje konia ARGO jako środek zarządzania środowiskowego. Ze złożonej oferty oraz zapisów JEDZ wynika, że konsorcjum nie korzysta z zasobów innego podmiotu w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, natomiast określając podstawę dysponowania koni w JEDZ członka konsorcjum WOODRWAL K. M. wpisano „umowa użyczenia". Wyjaśnienia wymagają więc szczegółowe warunki użyczenia konia oraz wyjaśnienia dotyczące w jaki sposób koń stanowi środek zarządzania środowiskowego.

Stosownie wyjaśnienia wraz z kopią umowy użyczenia (w przypadku jej sporządzenia) należy złożyć w terminie do dnia 11.04.2023r. za pośrednictwem platformy Josephine.

W złożonej 6 kwietnia 2023 r. odpowiedzi, Odwołujący wskazał: *W odpowiedzi na pismo Zamawiającego z dnia 05.04.2023 r. przedstawiam niniejszym wyjaśnienia.*

Ad 1. „W części II.A Informacje na temat wykonawcy na str 3 JEDZ pytanie Jeżeli dotyczy, czy wykonawca jest wpisany do urzędowego wykazu zatwierdzonych wykonawców lub posiada równoważne zaświadczenie (np. w ramach krajowego systemu (wstępnego) kwalifikowania)? pozostawione jest bez odpowiedzi."

W ww. fragmencie JEDZ omyłkowo nie została zaznaczona opcja "nie dotyczy". W Polsce nie został wprowadzony taki wykaz krajowego systemu (wstępnego) kwalifikowania.

Ad. 2. W części IV.C Zdolność techniczna i zawodowa w pkt 7 wykonawca wykazuje konia ARGO jako środek zarządzania środowiskowego. Ze złożonej oferty oraz zapisów JEDZ wynika, że konsorcjum nie korzysta z zasobów innego podmiotu w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, natomiast określając podstawę dysponowania koni w JEDZ członka konsorcjum WOODRWAL K. M. wpisano „umowa użyczenia". Wyjaśnienia wymagają więc szczegółowe warunki użyczenia konia oraz wyjaśnienia dotyczące w jaki sposób koń stanowi środek zarządzania środowiskowego.

*Niniejszym wyjaśniam, że informacja nt. konia ARGO nr paszportu 616 010 53 01872 18 (podana w celu potwierdzenia spełniania warunku określonego w pkt 7.1.4. lit. b) SWZ) omyłkowo znalazła się w części IV.C rubryka 7 oświadczenia JEDZ tego członka konsorcjum. Powinna być ona wpisana w tej części, ale w rubryce 3. Koń nie stanowi środka zarządzania środowiskowego, ale potencjał techniczny wykonawcy, potwierdzający spełnienie wymogu dysponowania co najmniej jednym koniem do prowadzenia zrywki drewna. Koniem tym członek konsorcjum tj. firma Woodrwal K. M. dysponuje w sposób bezpośredni, na podstawie umowy użyczenia, którą firma ta ma zawartą z właścicielem tego zwierzęcia. To powoduje, że koń ten stanowi zasób własny tego członka konsorcjum (por. np. wyroki KIO: z dnia 10 maja 2022 r., KIO 1065/22, z dnia 9 listopada 2020 r., KIO 2664/20, z dnia 9 grudnia 2010 r., KIO 2558/10, z dnia 19 czerwca 2013 r., KIO 1362/13, z dnia 18 października 2016 r., KIO 1856/16 czy z dnia 5 sierpnia 2020 r., KIO 1636/20). Możemy z niego korzystać do wykonywania prac takich, jak objęte przedmiotowym zamówieni*em.

Powyższe wskazuje, że wbrew obecnym twierdzeniom Zamawiającego, oczekiwał on wyjaśnień w przedstawionym zakresie. W piśmie nie ma żądania uzupełnienia ww. dokumentów. Wykonawca złożył wyjaśnienia, w których odniósł się do obydwu poruszonych w wezwaniu kwestii. W zakresie pkt 2 zostało wyjaśnione, że koń nie stanowi środka zarządzania środowiskowego, a informacja o nim w tej pozycji JEDZ została przedstawiona omyłkowo oraz zostało wskazane, że członek konsorcjum Odwołującego dysponuje bezpośrednio koniem na podstawie umowy użyczenia, zawartej z właścicielem konia.

W okolicznościach analizowanej sprawy zaznaczenia wymaga, że art. 226 ust. 1 pkt 2b Pzp zawiera przesłankę odrzucenia oferty wykonawcy będącego skutkiem niespełnienia warunków udziału w postępowaniu. Stwierdzenie w tym przedmiocie może nastąpić w wyniku przeprowadzenia badania spełniania przez wykonawcę warunków udziału w

postępowaniu, określonych w dokumentach zamówienia. Następuje to w oparciu o oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp oraz w oparciu o podmiotowe środki dowodowe, przewidziane w SWZ spośród wymienionych w rozporządzeniu wydanym na podstawie art. 128 ust. 6 Pzp.

Zamawiający w pkt 7.1 ppkt 4b lit. c) SWZ określił, żew zakresie potencjału technicznego warunek zostanie uznany za spełniony, jeśli Wykonawca wykaże, że dysponuje lub będzie dysponować: c) co najmniej jednym koniem do prowadzenia zrywki drewna.

Zgodnie z pkt 7.2 SWZ ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu dokonana zostanie zgodnie z formułą „spełnia" / „nie spełnia" w oparciu o informacje zawarte w dokumentach i oświadczeniach, o których mowa w rozdziale 9.

Stosownie do pkt 9 ppkt 2 lit. e) SWZ, w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu określonych w pkt 7.1 SWZ Zamawiający wezwie wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona na podstawie art. 126 ust. 1 Pzp do złożenia wykazu urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy zgodnie z załącznikiem nr 11.

Wykaz przedstawiony w załączniku nr 11 do SWZ zawiera:

L.p.	**Rodzaj urządzenia**	**Opis urządzenia** **(marka, model, numer seryjny, numer rejestracyjny lub inne oznaczenie pozwalające na indywidualizację)**	**Podstawa dysponowania**

Nie ma sporu co do tego, że Zamawiający nie wzywał Odwołującego do przedłożenia podmiotowych środków dowodowych na podstawie art. 126 ust. 1 Pzp, który służy dopełnieniu art. 125 Pzp. Weryfikacja JEDZ stanowi bowiem wstępny etap kwalifikacji podmiotowej wykonawcy. Oznacza to, że Zamawiający dokonał odrzucenia oferty Odwoujacego na ww. podstawie bez przeprowadzenia pełnego badania jego oferty pod względem podmiotowym.

Wbrew temu co Zamawiający stwierdził w protokole postępowania, wyjaśnienia składane stosownie do art. 128 ust. 4 Pzp, dotyczące np. treści złożonego w postępowaniu JEDZ mogą być składane wielokrotnie, a ich brak lub niewystarczająca zawartość nie skutkują odrzuceniem oferty wykonawcy, lecz mogą skutkować wezwaniem o naprawienie błędu takiego dokumentu w trybie art. 128 ust. 1 Pzp.

Tymczasem Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego jedynie w oparciu o otrzymane od tego wykonawcy wyjaśnienia JEDZ, które w zakresie dotyczącym konia uznał za niekompletne. Zwraca przy tym uwagę, że Zamawiający nie zakwestionował danych identyfikujących konia, które zostały podane w JEDZ przez Odwołującego, a jedynie nastąpiło to w innym miejscu, niż do tego przewidziane.

W okolicznościach analizowanej sprawy Zamawiający mógł wystąpić o dodatkowe informacje, jeżeli z sobie znanych powodów uznawał taką potrzebę. W wezwaniu Zamawiający nie wskazał bowiem jakich konkretnie informacji w odniesieniu do konia oczekuje i dlaczego w przypadku tego konia podanie w JEDZ jego imienia i numeru paszportu nie są wystarczające do jego identyfikacji w świetle treści SWZ i opracowanego przez niego załącznika nr 11, gdzie nie ma kolumny przeznaczonej dla podania właściciela konia, a jedynie jest kolumna do wstawienia informacji o podstawie dysponowania i taka podstawa została podana przez Odwołującego. Samo wskazanie w wezwaniu na istotne postanowienia umowy użyczenia w sytuacji, gdy, jak to Zamawiający określił w SWZ, wykonawca miał wykazać, że „dysponuje lub będzie dysponować" m.in. spornym koniem, nie oznacza, że wyjaśnienia złożone przez wykonawcę zawierające informację o omyłce co do miejsca przedstawienia w JEDZ danych identyfikujących konia, stanowią podstawę do odrzucenia oferty Odwołującego. Tym bardziej, że jak Zamawiający przyznał na rozprawie, taka umowa nie musiała być zawarta, że mogłoby to być oświadczenie właściciela, jakie zostało załączone do pisma Odwołującego złożonego w toku postępowania odwoławczego.

Okoliczność, iż jak wskazuje argumentacja Zamawiającego przedstawiona w postępowaniu odwoławczym, wyjaśnienia w zakresie dysponowania koniem nie były dla niego wystarczające, bowiem z innego postępowania wiedział, że dysponowanie tym samym koniem wykazywał inny wykonawca (mąż członka konsorcjum Odwołującego), również nie oznacza, że wystąpiła podstawa do odrzucenia oferty Odwołującego. Po pierwsze dlatego, że jak wyżej wskazano, wbrew stanowisku Zamawiającego to uzupełnienie dokumentów jest jednokrotne, zaś wyjaśnienia mogą być powtórzone, zwłaszcza, gdy w pierwszym wezwaniu do ich złożenia Zamawiający nie wyraził swoich wątpliwości związanych z ww. przedstawionym dysponowaniem koniem w innym postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego przez męża członka konsorcjum p. K. M.. Nadto, niezależnie od tego, że chodziło o postępowanie prowadzone przez tego samego Zamawiającego, oferta tego wykonawcy w tym innym postępowaniu, jak zostało ustalone na rozprawie, została skutecznie odrzucona przed terminem składania ofert w analizowanym postępowaniu. Trudno zatem przyjąć istnienie ewentualnego konfliktu interesów. Po drugie, z żadnego dokumentu składanego przez Odwołującego nie wynika, że

korzysta on z potencjału podmiotu trzeciego. Odwołujący w JEDZ wskazał na korzystanie z konia na podstawie umowy użyczenia, a zatem na bezpośrednie dysponowanie nim, a nie na to, że stanowi on potencjał innego podmiotu. W związku z tym trudno przyjąć argumentację Zamawiającego w tym zakresie. Po trzecie, jeśli Zamawiający, jak obecnie twierdzi, oczekiwał stosownego uzupełnienia dokumentów, to powinien był to wyraźnie w wezwaniu wskazać, a tego nie uczynił. Wezwanie do uzupełnienia dokumentów podmiotowych jest jednokrotne i m.in. dlatego wymaga precyzji w wyartykułowaniu swoich oczekiwań przez Zamawiającego, tak, aby wykonawca miał jasność, co budzi zastrzeżenia Zamawiającego i mógł to naprawić.

Mając na uwadze powyższe, Izba nakazała Zamawiającemu dokonanie unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz przeprowadzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty tego wykonawcy. Zamawiający powinien to uczynić z poszanowaniem przepisów Pzp oraz treści opracowanej przez siebie SWZ, która jest wiążąca w postępowaniu nie tylko dla wykonawców, ale też dla Zamawiającego.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, *Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców.* W analizowanej sprawie stwierdzono naruszenia przepisów Pzp, które mogło mieć wpływ na wynik postępowania, co musiało skutkować uwzględnieniem odwołania.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 553 zdanie pierwsze Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Zgodnie z art. 557 Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.* Izba uwzględniła odwołanie. W związku z tym odpowiedzialność za wynik postępowania ponosi Zamawiający.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 i art. 575 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437). Izba uwzględniła wniosek Odwołującego o zasądzenie na jego rzecz kosztów dojazdu na posiedzenie i rozprawę oraz wynagrodzenia pełnomocnika do wysokości zgodnej z ww. rozporządzeniem. W pozostałym zakresie Izba nie uwzględniła wniosku kosztowego Odwołującego, uznając go za bezzasadny.

Przewodniczący: ……