Sygn. akt: KIO 3722/24

WYROK

Warszawa, dnia 4 listopada 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:Monika Banaszkiewicz
Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 października 2024 r. przez wykonawcę Projbud Drogownictwo Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Białych Błotachw postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Powiat Bydgoski działający przez Zarząd Dróg Powiatowych przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy ONDE S.A. z siedzibą w Toruniu

orzeka:

1.oddala odwołanie,

2.kosztami postępowania obciąża Odwołującego i:

2.1zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Projbud Drogownictwo Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Białych Błotach tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego Powiat Bydgoski działający przez Zarząd Dróg Powiatowych tytułemwynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 174 zł 00 gr (słownie: sto siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) poniesioną przez zamawiającego Powiat Bydgoski działający przez Zarząd Dróg Powiatowych tytułem kosztów dojazdu,

2.2zasądza od wykonawcy Projbud Drogownictwo Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Białych Błotach na rzecz zamawiającego Powiatu Bydgoskiego działającego przez Zarząd Dróg Powiatowych kwotę 3 774 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące siedemset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez zamawiającego.

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

Przewodnicząca:……..

Sygn. akt: KIO 3722/23

Uzasadnienie

Zamawiający Powiat Bydgoski działający przez Zarząd Dróg Powiatowych (dalej: „Zamawiający”), prowadzi z zastosowaniem przepisów ustawy z 11 września 2019 r. prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2024 r. poz. 1320 dalej: „ustawa Pzp”) w trybie podstawowym
z negocjacjami na podstawie art. 275 pkt 2 ustawy Pzp postępowanie pod nazwą „Wykonanie nakładki bitumicznej na drodze powiatowej nr 1540C Czarże – Rafa – Ostromecko” (znak sprawy: JO-III.271.1.15.2024). Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 4 września 2024 r. pod nr 2024/BZP 00484954/01
Dnia 8 października 2024 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, w przedmiotowym postępowaniu, na podstawie art. 505 ust. 1, art. 513 pkt 1 i 2, art. 514 ust. 1, art. 515 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp odwołanie złożył wykonawca Projbud Drogownictwo Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Białych Błotach (dalej: „Odwołujący”).
Odwołanie złożono wobec czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na:
1. badaniu i ocenie ofert;
2. odrzuceniu oferty Odwołującego jako złożonej przez wykonawcę, który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 lub podmiotowego środka dowodowego potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego lub innych dokumentów lub oświadczeń,
3. wyborze przez Zamawiającego jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy ONDE S.A. z siedzibą w Toruniu (dalej: „ONDE”),
4. zaniechaniu wyboru oferty Odwołującego.
Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1.art. 226 ust. 1 pkt 2 lit c) ustawy Pzp w zw. z art. 118 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 w zw. z art. 123 ustawy Pzp poprzez odrzucenie, z naruszeniem reguł uczciwej konkurencji, oferty Odwołującego jako złożonej przez wykonawcę, który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 lub podmiotowego środka dowodowego potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego lub innych dokumentów lub oświadczeń, a to z uwagi na nieprzedłożenie przez Odwołującego wraz z ofertą zobowiązania podmiotu trzeciego - Projbud Wytwórnia Mas Bitumicznych Sp. z o.o. do udostępnienia zasobów na potrzeby wykazania spełniania przez Odwołującego warunku udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowania wytwórnią mas bitumicznych, podczas gdy Odwołujący dla wykazania spełniania tego warunku opierał się na zasobach własnych, a podmiotowy środek dowodowy potwierdzający ten fakt złożył w terminie na wezwanie Zamawiającego,
a w konsekwencji również
2. art. 239 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp, poprzez dokonanie oceny ofert wykonawcy ONDE z naruszeniem reguł uczciwej konkurencji i jej wybór jako oferty najkorzystniejszej, podczas gdy niepodlegającą odrzuceniu oferta Odwołującego była ofertą korzystniejszą (w świetle kryteriów określonych przez Zamawiającego) od wyżej wymienionej.
Odwołujący wnosił o:
1. merytoryczne rozpatrzenie oraz uwzględnienie odwołania,
2. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentacji Postępowania w całości - na okoliczności wskazane odwołaniem,
3. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów, które zostaną przedłożone w toku rozprawy, na okoliczności podane w momencie ich przedłożenia;
4. nakazanie Zamawiającemu:
4.1. unieważnienia zaskarżonych czynności:
4.1.1. wyboru oferty najkorzystniejszej
4.1.2. odrzucenia oferty Odwołującego
oraz poprzedzających je czynności badania i oceny ofert
4.2. powtórzenia czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty Odwołującego jako ważnej i niepodlegającej odrzuceniu;
5. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika, zgodnie z rachunkiem, który zostanie przedłożony na rozprawie.
Odwołujący wskazał, iż posiada interes prawny we wniesieniu odwołania jest bowiem podmiotem, który złożył ważną ofertę w postępowaniu, która była ofertą najkorzystniejszą w określonych przez Zamawiającego kryteriach. Zaskarżone czynności (względnie - zaniechania) Zamawiającego doprowadziły do odrzucenia jego oferty i wyboru oferty ONDE. Uniemożliwiło to zdaniem Odwołującego wybór jego oferty jako najkorzystniejszej. Odwołujący wskazał, że składając odwołanie dąży do unieważnienia odrzucenia jego oferty i tym samym - nakazania Zamawiającemu kontynuacji Postępowania oraz ponowienia czynności badania ofert, a w dalszej kolejności - do wyboru własnej oferty jako najkorzystniejszej. Jego interes, jak wskazał, przejawia się zatem w możliwości uzyskania zamówienia w ramach toczącego się Postępowania. Odwołujący jest bowiem jak zauważył podmiotem w pełni zdolnym i realnie zainteresowanym wykonaniem przedmiotu zamówienia, który złożył ważną ofertę. Odwołujący wskazał, że na skutek naruszenia przez Zamawiającego wskazanych powyżej przepisów ustawy Pzp, utracił możliwość zawarcia z Zamawiającym umowy na realizację zamówienia. Tym samym Odwołujący narażony jest na poniesienie szkody majątkowej w postaci utraty korzyści, jakie osiągnąłby z uzyskania zamówienia. Uwzględnienie odwołania umożliwi z kolei Odwołującemu zawarcie umowy z Zamawiającym i uzyskanie zamówienia.
Odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu wynikającego z art. 515 ust. 1 pkt 2 lit. a). Informację stanowiącą podstawę dla wniesienia odwołania Odwołujący uzyskał 3 października 2024 r. (Zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej i o odrzuceniu oferty Odwołującego). W związku z powyższym odwołanie wniesione w dniu 8 października 2024 r. należy uznać za wniesione w wymaganym zgodnie z ustawą Pzp terminie.
Wpis od odwołania w kwocie 10 000,00 złotych (dziesięć tysięcy złotych zero groszy) został uiszczony przelewem na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych. Odwołujący prawidłowo przekazał kopię odwołania Zamawiającemu oraz załączył potwierdzenie przekazania odwołania Zamawiającemu.
W uzasadnieniu zarzutów odwołania Odwołujący podał, że podstawą zaskarżonych czynności i zaniechań Zamawiającego było rzekome niewskazanie przez Odwołującego w ofercie na zamiar skorzystania z zasobów podmiotu trzeciego na potrzeby wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu – warunku zdolności technicznej i zawodowej w postaci dysponowania Wytwórnią Mas Bitumicznych (WMB) oraz niezałączenie do niej (załączenie dopiero na wezwanie Zamawiającego) zobowiązania takiego podmiotu do udostępnienia takich zasobów. Odwołujący podniósł, iż działanie Zamawiającego oparte jest na rozumieniu SWZ sprzecznym z jego literalną treścią (rozdział III, ust. 7 pkt 2 lit. d)

tiret trzecie SWZ).
Nie ulega wątpliwości według Odwołującego, iż poprzez użycie spójnika LUB Zamawiający sformułował sporny warunek jako alternatywny, a jego spełnienie możliwe było na jeden z dwóch sposobów (lub na oba łącznie- alternatywa łączna):
• poprzez dysponowanie własną WMB lub
• poprzez nawiązanie stosunku prawnego z podmiotem, który zobowiąże się do dostaw mieszanki mineralno- asfaltowej we wskazanym w SWZ czasie.
Obie postaci warunku z woli Zamawiającego zostały jak wskazał Odwołujący przy tym potraktowane jako równoważne. Jest zatem oczywiste w świetle językowych reguł wykładni tekstu prawnego (tu - quasi prawnego), iż Odwołujący, dysponujący umową z podmiotem trzecim na dostawy mieszanki na warunkach określonych w SWZ, spełnia przedmiotowy warunek. Co więcej zdaniem Odwołującego - spełnia go we własnym zakresie, albowiem to na jego rzecz realizowane będą dostawy (to bezpośrednio względem Odwołującego dostawca mieszanki zobowiązał się do realizacji dostaw). Jest to tym bardziej oczywiste, że umowa przedłożona przez Odwołującego ma szerszy wymiar i nie dotyczy wyłącznie - niniejszego postępowania. Zamawiający, jak wynika z postanowienia o odrzuceniu oferty Odwołującego, zdaje się według Odwołującego traktować postawiony przez siebie alternatywny warunek jako sposób spełnienia warunku podstawowego (dysponowania WMB) przy pomocy zasobów podmiotu trzeciego i z takiego jego rozumienia wyprowadza negatywne konsekwencje dla Odwołującego. Odwołujący wskazał, że skoro Zamawiający wyraźnie wskazał, że dla spełnienia warunku zdolności technicznej wystarczające będzie dysponowania zobowiązaniem do dostaw mieszanki - to jego pozyskanie stanowi o samodzielnym spełnieniu warunku przez Odwołującego, a nie o poleganiu na zasobach podmiotu trzeciego w rozumieniu art. 118 ustawy Pzp. Dodatkowo Odwołujący wskazał, że nawet, jeżeli Zamawiający zamierzał odmiennie uregulować sporną kwestię, to i tak sposób sformułowania warunku zawartego w SWZ nakazuje rozstrzygać wszelkie wątpliwości na korzyść Odwołującego.
Ponadto Odwołujący wskazał, iż w treści załączonych do SWZ wzorów dokumentów (formularza oferty, oświadczenia wstępnego) brak było miejsca na wskazanie, czy w zakresie któregokolwiek z warunków udziału w postępowaniu wykonawca polega na zdolności podmiotu trzeciego. W efekcie niedopuszczalne jest czynienie Odwołującemu zarzutu, iż tego rodzaju zastrzeżenia nie poczynił, skoro Zamawiający w treści narzuconych przez siebie wzorów nie stworzył takiej możliwości.
W dniu 24 października 2024 r. Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie (opatrzone datą 23 października 2024 r.), w której wniósł o:
1) oddalenie odwołania,
2) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentów w postaci:
a) Specyfikacji Warunków Zamówienia w postępowaniu numer JOIII.271.1.13.2024
b) ogłoszena o zamówieniu roboty budowlane WYKONANIE NAKŁADKI BITUMICZNEJ NA DRODZE POWIATOWE 1536 C ŁOCHOWO – LIPNIKI W MIEJSCOWOŚCI MUROWANIEC
powyższe dokumenty na fakt prowadzenia przez Zamawiającego postępowania w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego z zastosowaniem warunku udziału w postepowaniu określonego w sposób tożsamy z warunkiem określonym w niniejszym postępowaniu,
c) oferty Odwołującego się z dnia 22 sierpnia 2024 roku w postępowaniu numer JO-III.271.1.13.2024,
na fakt złożenia przez Odwołującego się oferty w postępowaniu numer JOIII.271.1.13.2024,
d) wezwania z dnia 28 sierpnia 2024 roku spółki Projbud Drogownictwo spółka z ograniczoną odpowiedzialnością do przedłożenia podmiotowych środków dowodowych,
e) pisma Projbud Drogownictwo spółka z ograniczoną odpowiedzialnością zawierającego podmiotowe środki dowodowe na fakt podmiotowych środków dowodowych złożonych przez Odwołującego,
f) pisma Zamawiającego z dnia 12 września 2024 roku w przedmiocie odrzucenia oferty spółki Projbud Drogownictwo Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w postępowaniu numer JO-III.271.1.13.2024 wraz z dowodem jego wysłania Odwołującemu w postępowaniu numer JO-III.271.1.13.2024,
na fakt odrzucenia oferty Odwołującego w postępowaniu prowadzonym pod numerem numer JO-III.271.1.13.2024, przyczyn odrzucenia oferty, powzięcia przez Odwołującego się wiedzy co do sposobu rozumienia przez Zamawiającego treści stawianych przez niego warunków udziału w postępowaniu.
3) zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, zgodnie ze spisem kosztów, który zostanie złożony na rozprawie.
Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron i uczestnika postępowania, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń, a także stanowisk stron i uczestnika postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:
Izba stwierdziła, że w zakresie zarzutów podniesionych w odwołaniu nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, odwołanie nie zawierało braków formalnych i mogło zostać rozpoznane

merytorycznie.
Izba ustaliła, że wykonawca wnoszący odwołanie wykazał interes w korzystaniu ze środków ochrony prawnej. Interes we wniesieniu odwołania wynika z faktu, iż w przypadku uwzględnienia zarzutów podniesionych w odwołaniu Odwołujący miałby szansę na uzyskanie zamówienia.
Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca ONDE S.A. z siedzibą w Toruniu. Strony nie zgłosiły zastrzeżeń co do skuteczności przystąpienia tego wykonawcy do postępowania odwoławczego, nie zgłosiły również opozycji. Izba postanowiła dopuścić wykonawcę ONDE S.A. z siedzibą w Toruniu (dalej również: „Przystępujący") do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego.
W dniu 24 października 2024 r. Przystępujący złożył pismo procesowe.
Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania, odwołania wraz z załącznikami, odpowiedzi na odwołanie złożonej przez Zamawiającego wraz z załącznikami, oświadczenia o przystąpieniu do postępowania odwoławczego, pisma procesowego z dnia 24 października 2024 r. złożonego przez Przystępującego, dowodów złożonych podczas posiedzenia i rozprawy (drogą mailową) przez Odwołującego, dowodów złożonych podczas posiedzenia przez Zamawiającego oraz dowodów złożonych podczas posiedzenia przez Przystępującego.
Biorąc pod uwagę stanowiska Stron i uczestnika postępowania odwoławczego oraz zgromadzony materiał dowodowy, Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie i podlegało oddaleniu.
W zakresie podniesionych zarzutów Izba ustaliła następujący stan faktyczny:
Zamawiający prowadzi w oparciu o ustawę Pzp w trybie podstawowym z negocjacjami na podstawie art. 275 pkt 2 ustawy Pzp postępowanie pod nazwą „Wykonanie nakładki bitumicznej na drodze powiatowej nr 1540C Czarże – Rafa – Ostromecko".
W postępowaniu oferty złożyło 7 wykonawców, oferty 3 z nich, w tym Odwołującego, zostały odrzucone.
Zgodnie z rozdziałem III ust. 7 pkt 2 lit. d) tiret trzecie SWZ:
„7. Informacja o warunkach udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia
(…)
2)O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące:
(…)
d)zdolności technicznej lub zawodowej:
(…)
- dysponuje potencjałem technicznym gwarantującym przeprowadzenie robót zgodnie z zasadami określonymi w STWiORB. W szczególności Zamawiający wymaga od Wykonawców wykazania się dysponowaniem: co najmniej jedną rozkładarką mas bitumicznych oraz Wytwórnią Mas Bitumicznych (dalej WMB) łub w przypadku gdy Wykonawca nie dysponuje WMB, bądź warunek dotyczący czasu transportu mieszanki nie jest spełniony, należy załączyć dokument innego podmiotu potwierdzający zapewnienie dostaw mieszanki mineralno-asfaltowej przy jednoczesnym spełnieniu wymogu czasu transportu mieszanki od załadunku do wbudowania (tj. 2 godziny)."
Zgodnie z rozdziałem IV ust. 5 SWZ: „W przypadku gdy Wykonawca nie dysponuje WMB (Wytwórnią Mas Bitumicznych), bądź warunek dotyczący czasu transportu mieszanki nie jest spełniony, do oferty należy załączyć dokument, sporządzony zgodnie z zapisem Rozdz. IV pkt 9 SWZ, potwierdzający zapewnienie dostaw mieszanki mineralno-asfaltowej przy jednoczesnym spełnieniu wymogu czasu transportu mieszanki od załadunku do wbudowania (tj. 2 godziny) - zobowiązanie podmiotu trzeciego."
Pismem z dnia 24 września 2024r. Zamawiający wezwał Odwołującego m.in. do przedłożenia podmiotowych środków dowodowych, w tym wykazu narzędzi, wyposażenia zakładu lub urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy w celu wykonania zamówienia publicznego wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi zasobami, w szczególności wykazania się dysponowaniem: co najmniej jedną rozkładarką mas bitumicznych oraz Wytwórnią Mas Bitumicznych (dalej WMB) - załącznik nr 5 do SWZ, w terminie do dnia 27.09.2024r.
Odwołujący w wyznaczonym terminie przedłożył wymagane dokumenty, w tym umowę - zobowiązanie podpisane 9 sierpnia 2024 r. w imieniu spółki Projbud Wytwórnia Mas Bitumicznych Sp. z .o.o. z siedzibą w Białych Błotach, w którego treści wskazano:
„PROJBUD Wytwórnia Mas Bitumicznych Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością NIP: 9671429953 z siedzibą w Białych Błotach przy ul. Nizinnej 1, 86-005 Białe Błota zobowiązuje się do zapewnienia stałych dostaw mieszanek mineralno-bitumicznych z Wytwórni Mas Bitumicznych o wydajności 240 ton/godzinę zlokalizowanej w Szubinie przy ul. Sportowej 6c na potrzeby robót drogowych firmie PROJBUD DROGOWNICTWO Sp. z o.o. z siedzibą w Białych Błotach 86-005 Białe Błota, ul. Nizinna 1, NIP: 9671430117. PROJBUD Wytwórnia Mas Bitumicznych Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością oświadcza, iż zapewni dostawy mieszanki mineralno-asfaltowej przy założeniu 2 godzin od momentu załadunku do wbudowania.

Niniejsza umowa – zobowiązanie obowiązuje do 31.12.2025 r.”
W dniu 3 października 2024r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty ONDE jako najkorzystniejszej oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego, z uwagi na nieprzedłożenie przez niego wraz z ofertą zobowiązania podmiotu trzeciego - Projbud Wytwórnia Mas Bitumicznych Sp. z o.o. do udostępnienia zasobów na potrzeby wykazania spełniania przez Odwołującego warunku udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowania wytwórnią mas bitumicznych i nie wskazanie przez niego w ofercie faktu polegania na takich zasobach, co uniemożliwiało uzupełnienie takiego dokumentu i uzasadniało odrzucenie oferty Odwołującego.
Z decyzją Zamawiającego nie zgodził się Odwołujący składając odwołanie.
Przedmiotowe postępowanie dotyczyło tego, czy Zamawiający naruszył przepisy ustawy Pzp poprzez:
- poprzez odrzucenie oferty Odwołującego jako złożonej przez wykonawcę, który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp lub podmiotowego środka dowodowego potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego lub innych dokumentów lub oświadczeń, a to z uwagi na nieprzedłożenie przez Odwołującego wraz z ofertą zobowiązania podmiotu trzeciego - Projbud Wytwórnia Mas Bitumicznych Sp. z o.o. do udostępnienia zasobów na potrzeby wykazania spełniania przez Odwołującego warunku udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowania wytwórnią mas bitumicznych, a w konsekwencji dokonanie oceny oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej.
Izba wskazuje, że zgodnie z rozdziałem III ust. 7 pkt 2 lit. d) tiret trzecie SWZ:
„7. Informacja o warunkach udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia
(…)
2)O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące:
(…)
d)zdolności technicznej lub zawodowej:
(…)
- dysponuje potencjałem technicznym gwarantującym przeprowadzenie robót zgodnie z zasadami określonymi w STWiORB. W szczególności Zamawiający wymaga od Wykonawców wykazania się dysponowaniem: co najmniej jedną rozkładarką mas bitumicznych oraz Wytwórnią Mas Bitumicznych (dalej WMB) łub w przypadku gdy Wykonawca nie dysponuje WMB, bądź warunek dotyczący czasu transportu mieszanki nie jest spełniony, należy załączyć dokument innego podmiotu potwierdzający zapewnienie dostaw mieszanki mineralno-asfaltowej przy jednoczesnym spełnieniu wymogu czasu transportu mieszanki od załadunku do wbudowania (tj. 2 godziny).”
Zdaniem Izby w przedmiotowej sprawie bezsporne między stronami było to, że Zamawiający analogiczne postanowienie zawarł we wcześniejszych postępowaniach, w których Odwołujący brał udział, jego treść była w związku z tym znana Odwołującemu. Sporne było to, czy uprawnione jest twierdzenie Odwołującego, że dla wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej opierał się na zasobach własnych, a podmiotowy środek dowodowy potwierdzający ten fakt złożył w terminie na wezwanie Zamawiającego.
Izba podziela stanowisko Przystępującego, że wymaganie z rozdziału III ust. 7 pkt 2 lit. d) tiret trzecie SWZ nie może być interpretowane w oderwaniu od postanowienia rozdziału IV ust. 5 SWZ, zgodnie z którym: „W przypadku gdy Wykonawca nie dysponuje WMB (Wytwórnią Mas Bitumicznych), bądź warunek dotyczący czasu transportu mieszanki nie jest spełniony, do oferty należy załączyć dokument, sporządzony zgodnie z zapisem Rozdz. IV pkt 9 SWZ, potwierdzający zapewnienie dostaw mieszanki mineralno-asfaltowej przy jednoczesnym spełnieniu wymogu czasu transportu mieszanki od załadunku do wbudowania (tj. 2 godziny) - zobowiązanie podmiotu trzeciego.”
Odwołujący w odpowiedzi na pismo Zamawiającego z dnia 24 września 2024 r. przedłożył żądane dokumenty, w tym dokument o nazwie umowa–zobowiązanie z dnia 9 sierpnia 2024 r. podpisany przez przedstawiciela spółki PROJBUD Wytwórnia Mas Bitumicznych Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Białych Błotach. Z dokumentu tego wynika, że podmiot ten zobowiązuje się do zapewnienia stałych dostaw mieszanek mineralno-bitumicznych z Wytwórni Mas Bitumicznych o wydajności 240 ton/godzinę zlokalizowanej w Szubinie przy ul. Sportowej 6c na potrzeby robót drogowych firmie PROJBUD DROGOWNICTWO Sp. z o.o. z siedzibą w Białych Błotach 86-005 Białe Błota, ul. Nizin 1, NIP: 9671430117. PROJBUD Wytwórnia Mas Bitumicznych Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością oświadczyła, iż zapewni dostawy mieszanki mineralno-asfaltowej przy założeniu 2 godzin od momentu załadunku do wbudowania. Wskazano, że umowa – zobowiązanie obowiązuje do 31.12.2025 r. Izba wskazuje, że nie sposób na podstawie tego dokumentu uznać, że Odwołujący we własnym zakresie spełnia warunek udziału w postępowaniu. Mieszanka będzie bowiem dostarczana przez podmiot trzeci. Przedłożony dokument w ocenie Izby stanowi zobowiązanie do udostępnienia zasobów niezbędnych do realizacji zamówienia. Nie jest to wbrew nazwie umowa, ponieważ umowa to zgodne porozumienie dwóch lub więcej stron ustalające ich wzajemne prawa i obowiązki. Powinna to być więc czynność przynajmniej dwustronna, podczas gdy w przedmiotowej sprawie mamy do czynienia z jednostronnym oświadczeniem

woli. Nie sposób uznać go za potwierdzenie wykazania posiadania przez Odwołującego zasobu własnego umożliwiającego realizację zamówienia. Odwołujący nie dysponuje bowiem na żadnej podstawie Wytwórnią Mas Bitumicznych, która byłaby zdolna do wytworzenia mieszanki. Izba zgadza się z Zamawiającym, że władztwo nad rzeczą tj. mieszanką mineralno-asfaltową do momentu dostawy ma podmiot trzeci, czas bowiem od wytworzenia do dostawy jest bardzo krótki, zdecydowanie uniemożliwiający np. przechowywanie wyprodukowanej mieszanki przez Odwołującego, a następnie jej dostarczanie w celu realizacji zamówienia. Nie można oddzielić mieszanki od jej wytwórni. PROJBUD Wytwórnia Mas Bitumicznych Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością jest dostawcą mieszanki, która będzie dostarczana Zamawiającemu. Odwołujący nie spełnia zatem samodzielnie warunku udziału w postępowaniu określonego przez Zamawiającego, był w związku z tym zobowiązany zgodnie z art. 118 ust. 3 ustawy Pzp do przedłożenia wraz z ofertą zobowiązania podmiotu trzeciego dotyczącego mieszanki mineralno-asfaltowej. W związku z tym, że tego nie uczynił Zamawiający zasadnie odrzucił jego ofertę na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy Pzp, a w konsekwencji dokonał wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej, a co za tym idzie nie naruszył art. 239 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp.

Reasumując Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie, a w działaniach Zamawiającego nie dopatrzyła się naruszenia zasad wynikających z ustawy Pzp.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 2 lit. a) i b) w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020r., poz. 2437 ze zmianami), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania odwoławczego stronę przegrywającą, czyli Odwołującego.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodnicząca: ……..