

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Wojciechowska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 7 kwietnia 2025 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 marca 2025 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego w Konsorcjum firm: Silesia Invest sp. z o.o. Szmitka Kamiński sp. k. z siedzibą w Gliwicach oraz Eta Eurodrogi sp. z o.o. z siedzibą w Dąbrowie Górniczej** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego Zarząd Dróg Miejskich w Gliwicach**

przy udziale **wykonawcy Przedsiębiorstwo Remontów Ulic i Mostów S.A. z siedzibą w Gliwicach** głaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego w Konsorcjum firm: Silesia Invest sp. z o.o. Szmitka Kamiński sp. k. z siedzibą w Gliwicach oraz Eta Eurodrogi sp. z o.o. z siedzibą w Dąbrowie Górniczej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert,

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Zarząd Dróg Miejskich w Gliwicach i

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego w Konsorcjum firm: Silesia Invest sp. z o.o. Szmitka Kamiński sp. k. z siedzibą w Gliwicach oraz Eta Eurodrogi sp. z o.o. z siedzibą w Dąbrowie Górniczej tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego,

2.2. zasądza od zamawiającego Zarządu Dróg Miejskich w Gliwicach na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego w Konsorcjum firm: Silesia Invest sp. z o.o. Szmitka Kamiński sp. k. z siedzibą w Gliwicach oraz Eta Eurodrogi sp. z o.o. z siedzibą w Dąbrowie Górniczej kwotę 23 600 zł 00 gr (dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

Sygn. akt KIO 1074/25

Uzasadnienie

Zamawiający – Zarząd Dróg Miejskich w Gliwicach - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. 2024 r., poz. 1320 z późn. zm. – dalej „ustawa pzp”), pn. „*Utrzymanie dróg publicznych na terenie miasta Gliwice*”, oznaczenie sprawy: ZDM-ZPU.26.24.2024. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 20 grudnia 2025 r., numer publikacji ogłoszenia: 783354-2024, numer wydania Dz.U. S: 248/2024.

W dniu 21 marca 2025 r. odwołanie wnieśli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego w Konsorcjum firm: Silesia Invest sp. z o.o. Szmitka Kamiński sp. k. z siedzibą w Gliwicach oraz Eta Eurodrogi sp. z o.o. z siedzibą w Dąbrowie Górniczej – dalej Odwołujący. Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz czynności odrzucenia oferty Odwołującego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy pzp w zw. z art. art. 118 ust. 3 ustawy pzp w zw. z art. 123 ustawy pzp w zw. z art. 16 pkt 1-3 ustawy pzp przez bezzasadne odrzucenie oferty Odwołującego i uznanie, że Konsorcjum Silesia Invest nie spełnia samodzielnie warunku udziału w postępowaniu odnoszącego się do zdolności technicznej i zawodowej, o którym mowa w Rozdziale 9 ust. 4 pkt 3 ppkt 20) SWZ, a tym samym, że wykonawca zobowiązany był do złożenia wraz z ofertą zobowiązania podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobów dotyczącego mieszanki mineralno - asfaltowej, mimo iż Odwołujący dysponuje zasobami w celu potwierdzenia spełniania ww. warunku udziału w postępowaniu samodzielnie i bezpośrednio oraz wykazał to w sposób zgodny z przepisami.

2. art. 239 ust. 1 ustawy pzp w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy pzp przez dokonanie wyboru oferty Przedsiębiorstwa

Remontów Ulic i Mostów S.A. wykonawcy w sposób niezgodny z przepisami ustawy, ponieważ nie jest to oferta najkorzystniejsza.

Odwołujący w oparciu o wyżej wskazane zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania, jak również nakazanie Zamawiającemu

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
3. powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem zarzutów postawionych w odwołaniu;
4. dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący uzasadniając zarzuty odwołania wskazał, że Zamawiający Rozdziale 9 ust. 4 pkt 3 ppkt 20) SWZ sformułował następujący warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej: „Wykonawca musi dysponować niżej wymienionymi pełnosprawnymi narzędziami, urządzeniami i wyposażeniem: (...) 20) Wytwórnia mas bitumicznych o wydajności min. 200t/h - 1 szt. (...)” W odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 126 ust. 1 ustawy pzp podmiotowych środków dowodowych Konsorcjum Silesia Invest złożyło wykaz narzędzi/ wyposażenia zakładu/ urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy (załącznik nr 9), w którym w poz. 20 tabeli wskazano m.in. „dysponowanie na podstawie umowy o współpracy pomiędzy Wykonawcą i producentem masy bitumicznej zgodnie z wymogiem SWZ.” Zamawiający w dniu 21 lutego 2025 r. wezwał Odwołującego na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy pzp do uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego potwierdzającego spełnianie warunku udziału w postępowaniu, tj. wykazu narzędzi/ wyposażenia zakładu/ urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy. W uzasadnieniu wezwania Zamawiający stwierdził, że w przypadku poz. 20 umowa o współpracy wskazuje, że w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu wykonawca polega na potencjale podmiotu trzeciego, a zobowiązanie nie zostało dołączone do oferty. W odpowiedzi na ww. wezwanie Konsorcjum Silesia Invest wskazało, że dysponuje na podstawie stosownej umowy samodzielnie i bezpośrednio wytwórnią mas bitumicznych, a zatem nie było zobowiązane dołączając do oferty zobowiązania do udostępnienia zasobów. Jednocześnie Odwołujący uzupełnił wykaz narzędzi/ wyposażenia zakładu/ urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy, wskazując w poz. 20 na następujące informacje: „umowa cywilnoprawna upoważniająca Wykonawcę do korzystania z wytwórni zgodnej z wymaganiami SWZ.” W dniu 11 marca 2025 r. Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy pzp w zw. z art. 118 ust. 3 ustawy pzp w powiązaniu z art. 123 ustawy pzp stwierdzając, że: „Wykonawca sam wskazuje, że zapewnia sobie dostęp do zasobów wytwórni, co za tym idzie podmiot trzeci bierze udział w wytwarzaniu mieszanki mineralno-bitumicznej. Nie można oddzielić mieszanki od jej wytwórni. Władztwo nad rzeczą tj. mieszanka mineralno-bitumiczna do momentu wyprodukowania i dostawy ma podmiot trzeci. Wykonawca nie spełnia zatem samodzielnie warunku udziału w postępowaniu określonego przez Zamawiającego, w związku z tym zobowiązany był zgodnie z art. 118 ust. 3 ustawy PZP do przedłożenia wraz z oferta zobowiązania podmiotu trzeciego dotyczącego mieszanki mineralno-asfaltowej. W związku z tym, że tego nie uczynił Zamawiający odrzuca jego ofertę na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy pzp.”

W odniesieniu do powyższego Odwołujący wskazał, że Zamawiający błędnie interpretuje, iż w celu samodzielnego wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu wykonawca nie może dysponować wytwórnią mas bitumicznych na podstawie umowy cywilnoprawnej. Mimo, iż wykonawca może nie być właścicielem wytwórni (producentem) może na podstawie umowy cywilnoprawnej zagwarantować sobie bezpośredni dostęp do tego typu zakładu i zapewnić ciągłość dostaw mieszanki mineralno-bitumicznej. Odwołujący zwrócił uwagę na fakt, że wezwanie Zamawiającego z dnia 21 lutego 2025 r. dotyczyło również innych pozycji wykazu i analogicznego zagadnienia – Zamawiający zauważył, że w poz. 9,12,15,17 i 18 wykazu dysponowanie sprzętem występuje na podstawie „użyczenia”, co także w jego ocenie wskazywało na dysponowanie pośrednie i poleganie na zasobach podmiotu trzeciego. Nie tylko własność określonego zasobu jest dysponowaniem bezpośrednim, ale również inne formy dysponowania, w tym na podstawie umów cywilnoprawnych niezmiennających podmiotu właściciela. Istotne jest czy wykonawca ma zagwarantowany na podstawie określonego stosunku prawnego bezpośredni dostęp do określonych zasobów. Powyższe stanowisko nie budzi wątpliwości interpretacyjnych w doktrynie (powołał się na: red. Marzena Jaworska, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, 2025, Legalis) oraz wyrok KIO z dnia 21 lutego 2024 r. KIO 285/24). W odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów Odwołujący potwierdził Zamawiającemu, że odniesieniu do poz. 20 wykazu (narzędzi/ wyposażenia zakładu/ urządzeń technicznych) umowa, którą miał na myśli wypełniając pierwotnie wykaz, jest umową cywilnoprawną upoważniającą Wykonawcę do bezpośredniego korzystania z wytwórni bitumicznej.

Podmiot, który jest właścicielem wytwórni nie jest podmiotem trzecim udostępniającym zasoby. Wykonawca na podstawie umowy zapewnia sobie korzystanie z wytwórni oraz bezpośredni dostęp do wytwarzanych tam zasobów. Korzystanie z zasobów wiąże się najczęściej z udziałem podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia. W niniejszej sprawie na podstawie umowy Wykonawca zapewnia sobie dostęp do odpowiedniego wyposażenia i ciągłość dostaw masy bitumicznej oraz samodzielnie realizuje przedmiot zamówienia. Odwracając nieco sytuację, dostawca materiałów budowlanych nie jest podwykonawcą, a wyłącznie dostawcą, ponieważ nie realizuje samodzielnie żadnej części zamówienia. Producent sprzętu czy określonego wyposażenia nie jest uważany za podwykonawcę, ponieważ to Wykonawca realizuje przedmiot zamówienia zgodnie z wymaganiami SWZ. Zamawiający dopuszcza i akceptuje sytuację, w której do dysponowania bezpośredniego dochodzi na podstawie różnych stosunków prawnych – w wykazie Konsorcjum Silesia Invest jest wskazana powyżej umowa użyczenia (poz. 9,12,15,17 i 18), ale również najmu (poz. 21 – plac składowy do przechowywania materiałów stanowiących własność Zamawiającego). Niezrozumiałe jest zatem przyjęcie, że jedynie wytwórnia mas bitumicznych nie może być przedmiotem dysponowania na podstawie umowy bez zmiany podmiotu właścicielskiego – warunek w zakresie wytwórni jest analogiczny do pozostałego wyposażenia, którego dysponowaniem ma wykazać się wykonawca w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający całkowicie błędnie również w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego stwierdził, że „Wykonawca nie spełnia zatem samodzielnie warunku udziału w postępowaniu określonego przez Zamawiającego, w związku z tym zobowiązany był zgodnie z art. 118 ust. 3 ustawy PZP do przedłożenia wraz z ofertą zobowiązania podmiotu trzeciego dotyczącego mieszanki mineralno-asfaltowej.” Zamawiający podniósł nawet, że władztwo nad rzeczą do momentu wyprodukowania i dostawy ma podmiot trzeci. Przedmiotem warunku udziału w postępowaniu nie jest jednak władztwo nad rzeczą tj. mieszanką mineralno-asfaltową, a „wytwórnia mas bitumicznych o wydajności min. 200t/h”. Wykonawca zobowiązany był wykazać, że będzie dysponował wytwórnią mas bitumicznych w celu zapewnienia ciągłości dostaw wskazanego materiału. Gdyby przedmiotem warunku była określona ilość mas bitumicznych to nie może budzić wątpliwości fakt, że literalna treść warunku powinna być sformułowana w inny sposób. Co więcej Odwołujący wskazał, że zgodnie z Rozdziałem 22 ust. 8 SWZ, który dotyczy formalności przed podpisaniem umowy w sprawie zamówienia publicznego: „8) w przypadku, gdy Wykonawca oświadczył w wykazie potencjału technicznego (zał. nr 9), że będzie dysponował WMB, przed podpisaniem umowy przedłoży dokument (np. umowa zawarta pomiędzy Wykonawcą a producentem masy bitumicznej) potwierdzający zapewnienie ciągłości dostaw masy bitumicznej w okresie realizacji zamówienia.” Zamawiający w informacji o odrzuceniu oferty Konsorcjum Silesia Invest nie odniósł się do ww. postanowienia SWZ. Z jego treści jednoznacznie wynika, że dokument dotyczący dysponowania WMB (wytwórnią mas bitumicznych) jest dokumentem wymaganym na etapie formalności przed podpisaniem umowy. Wykonawca przygotowując ofertę przyjął, że to jest dokument wymagany w celu potwierdzenia dysponowania (bezpośrednio) zasobami zapewniającymi wykonanie zamówienia i skoro Zamawiający wymaga go przed podpisaniem umowy to na tym etapie będzie weryfikować podstawę dysponowania. Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 10 maja 2022 KIO 1065/22 Krajowa Izba Odwoławcza badała podobną sytuację i rozstrzygnęła ją na korzyść wykonawcy. Co również istotne, w rozdziale 22 ust. 8 SWZ Zamawiający określił, że umowa składana przed podpisaniem umowy ma zapewniać wykonawcy ciągłość dostaw masy bitumicznej w okresie realizacji zamówienia. Postanowienia SWZ nie mogą być interpretowane oddzielnie, a łącznie. Skoro istotą weryfikacji w tym obszarze jest zapewnienie ciągłości dostaw masy bitumicznej to tego typu umowa odnosząca się do wytwórni masy bitumicznej nie może być rozumiana jako umowa przewidująca udział podmiotu trzeciego w wykonaniu zamówienia. Wykonawca ma zapewnić ciągłość dostaw w celu prawidłowego wykonania umowy. Wymaganie w takim przypadku, aby producent był jednocześnie wskazany jako podmiot trzeci jest nieproporcjonalne i bezzasadne. Przedmiotem zamówienia jest utrzymanie dróg publicznych na terenie miasta Gliwice, a nie wytwarzanie określonych materiałów. Materiał w postaci masy bitumicznej jest istotny dla wykonania zamówienia, ale wykonawca robót budowlanych w tym zakresie ma mieć zapewniony do niego dostęp, a nie być jego producentem. Tym samym, fakt, że producent bierze udział w wytwarzaniu mieszanki mineralno – bitumicznej nie oznacza, że jest podmiotem trzecim udostępniającym zasoby na podstawie art. 118 ustawy pzp. Podmiotowe środki dowodowe złożone przez Wykonawcę są prawidłowe, w szczególności Konsorcjum Silesia Invest zapewniło sobie bezpośrednie dysponowanie wymaganym wyposażeniem, urządzeniami i narzędziami. Czynność odrzucenia oferty Odwołującego była zatem podjęta niezgodnie z przepisami pzp, ponieważ Konsorcjum Silesia Invest w sposób zgodny z przepisami

oraz zgodny z wymaganiami SWZ (w szczególności Rozdziałem 22 ust. 8 SWZ) wykazało spełnianie warunków udziału w postępowaniu. W szczególności, Odwołujący nie był zobowiązany do złożenia wraz z ofertą zobowiązania podmiotu trzeciego potwierdzającego dysponowanie zasobami, skoro na podstawie umowy cywilnoprawnej zapewnia sobie ciągłość dostaw mieszanki masy bitumicznej w okresie realizacji zamówienia, a zatem samodzielnie spełnia sformułowany w SWZ warunek w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, jak również samodzielnie wykona umowę w tym obszarze.

W dniu 3 kwietnia 2025 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie wniesionego odwołania w całości. W złożonej odpowiedzi oraz na rozprawie przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swojego stanowiska.

Ponadto w dniu 3 kwietnia 2025 r. pismo procesowe ze stanowiskiem w sprawie złożył Przystępujący wnosząc o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, co następuje:

Izba ustaliła, że odwołanie czyni zadość wymogom proceduralnym zdefiniowanym w Dziale IX ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, tj. odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Izba ustaliła, że nie zaistniały przesłanki określone w art. 528 ustawy pzp, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 505 ust. 1 i 2 ustawy pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy pzp.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego zgłosił skuteczne przystąpienie wykonawca Przedsiębiorstwo Remontów Ulic i Mostów S.A. z siedzibą w Gliwicach.

Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania, odwołanie wraz z załącznikami, odpowiedź na odwołanie wraz z załącznikami, zgłoszenie przystąpienia wraz z załącznikami, pismo procesowe Przystępującego oraz dowody złożone przez Odwołującego w dniu 7 kwietnia 2025 r. (oświadczenie Prezesa Zarządu Drogopol sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach z dnia 7 kwietnia 2025 r., KRS Drogopol sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach, specyfikacja wytwórni mas bitumicznych).

Na podstawie tych dokumentów, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody złożone przez strony i uczestnika postępowania w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła:

Odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

W zakresie podniesionych zarzutów Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

- pkt 9.4.3 SWZ: „Wykonawca musi dysponować niżej wymienionymi pełnosprawnymi narzędziami, urządzeniami i wyposażeniem: (...) 20) Wytwórnia mas bitumicznych o wydajności min. 200t/h - 1 szt. (...) W przypadku podmiotów działających wspólnie potencjał dotyczący posiadania narzędzi, urządzeń i wyposażeniem podlega sumowaniu.”

- w załączniku nr 9 do SWZ Zamawiający wymagał wskazania m.in.: „Podstawa dysponowania (należy wpisać np.: własność, dzierżawa, użyczenie).”

- „22. Informacje o formalnościach, jakie powinny zostać dopełnione po wyborze oferty w celu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego (...) 7) przed podpisaniem umowy, wykonawca okaże przedstawicielom zamawiającego plac składowy (magazynowy), o którym mowa w rozdz.9 pkt.3 i przedłoży dokument potwierdzający tytuł prawny do tego terenu (np. odpis księgi wieczystej potwierdzającej własność lub prawo wieczystego użytkowania, akt notarialny, umowę dzierżawy, umowę użyczenia), 8) w przypadku, gdy Wykonawca oświadczył w wykazie potencjału technicznego (zał. nr 9), że będzie dysponował WMB, przed podpisaniem umowy przedłoży dokument (np. umowa zawarta pomiędzy Wykonawcą a producentem masy bitumicznej) potwierdzający zapewnienie ciągłości dostaw masy bitumicznej w okresie realizacji zamówienia.”

Izba ustaliła, że wraz z ofertą Odwołujący nie złożył zobowiązania podmiotu trzeciego o udostępnieniu zasobów i nie wskazał takiego podmiotu w JEDZ.

W dniu 31 stycznia 2025 r. Zamawiający na podstawie art. 126 ust. 1 ustawy pzp wezwał Odwołującego do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych.

W odpowiedzi Odwołujący złożył m.in. wykaz narzędzi, w którym w odniesieniu do wytwórni mas bitumicznych wskazał podstawę dysponowania: „Dysponowanie na podstawie umowy o współpracy pomiędzy Wykonawcą i producentem masy bitumicznej zgodnie z wymogiem SWZ.”

W dniu 21 lutego 2025 r. Zamawiający skierował do Odwołującego wezwanie: „Zgodnie z art. 128 ust. 1 ustawy (...) wzywam Państwa do uzupełnienia następujących podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu:

- wykazu narzędzi/wyposażenia zakładu/urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy tj. zał nr 9 do SWZ

Wykonawca na wezwanie Zamawiającego złożył wykaz narzędzi (zał nr 9), w którym w pozycji pod lp. 9, 12, 15, 17, 18 wskazał jako podstawę dysponowania sprzętem - użyczenie, a w pozycji pod lp. 20 wskazał dysponowanie na podstawie umowy o współpracy. Taki sposób dysponowania wskazuje jednoznacznie, iż Wykonawca w celu spełnienia warunku udziału w postępowaniu polega na zdolnościach technicznych podmiotów, które będą mu udostępniać odpowiednie zasoby. Przy takim stanie rzeczy Wykonawca powinien złożyć razem z ofertą odpowiednie dokumenty określone w punkcie 1 1.1) SWZ tj. między innymi zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby, a tego nie zrobił. Co więcej, razem z ofertą zostały złożone dwa dokumenty JEDZ obydwu konsorcjantów, gdzie każdy z nich oświadczył, że nie podlega wykluczeniu z postępowania, spełnia kryteria kwalifikacji tj. warunki udziału w postępowaniu oraz że nie polega na zdolnościach innych podmiotów w celu spełnienia kryteriów kwalifikacji. Ponieważ zgodnie z zapisem art. 123 ustawy PZP (...) oraz zgodnie z przypisem punktu 1 1.1) SWZ, w takiej sytuacji Wykonawca musi sam potwierdzić spełnienie przez siebie warunku udziału w postępowaniu. W związku z powyższym Wykonawca zostaje wezwany do uzupełnienia wykazu narzędzi/wyposażenia zakładu/urządzeń technicznych tj. zał nr 9 do SWZ, w taki sposób, aby potwierdzał spełnienie warunku udziału w postępowaniu przez samego Wykonawcę potwierdzając jednocześnie oświadczenia zawarte w formularzach JEDZ złożonych przez konsorcjantów.”

Odwołujący wraz z pismem z dnia 26 lutego 2025 r. uzupełnił wykaz narzędzi i wskazał m.in.: „III. W odniesieniu do tak sformułowanego wezwania pragniemy przede wszystkim wyjaśnić, że założenie poczynione przez Zamawiającego o korzystaniu w zakresie wymienionego wyposażenia z zasobów podmiotu trzeciego jest błędne, ponieważ Wykonawca dysponuje niezbędnymi zasobami samodzielnie i bezpośrednio. IV. W zakresie poz. 9, 12, 15, 17 i 18 wykazu Wykonawca wskazał w podstawie dysponowania „użyczenie” nie dlatego, że polega na zasobach podmiotu trzeciego tylko z powodu precyzyjnego określenia stosunku prawnego, na podstawie którego bezpośrednio dysponuje wskazanym wyposażeniem. Umowa użyczenia nie stanowi o poleganiu przez Wykonawcę na zasobach podmiotu trzeciego, a potwierdza (analogicznie jak np. leasing czy najem), że określony sprzęt leży w bezpośrednim dysponowaniu przez Wykonawcę. Stanowisko Wykonawcy znajduje potwierdzenie ugruntowanym orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, zgodnie z którym: (...) V. Ponadto, w kolumnie 4 tabeli wykazu narzędzi/ wyposażenia zakładu/ urządzeń technicznych Zamawiający w opisie wskazał: „Podstawa dysponowania (należy wpisać np.: własność, dzierżawa, użyczenie)” – Wykonawca zastosował się do ww instrukcji, jednak pod określeniem „użyczenie” nie miał na myśli korzystania z zasobów podmiotu trzeciego (postużyłby się wówczas sformułowaniem „zasób udostępniony”), a umowę użyczenia gwarantującą mu bezpośredni dostęp do sprzętu, który jest niezbędny do wykonania przedmiotu zamówienia. Sam Zamawiający określając w tabeli ww podstawy dysponowania odsyłał do pojęć (umów) z kodeksu cywilnego a nie miał na myśli dysponowanie pośrednie (na podstawie udostępnienia zasobów w trybie art. 118 Pzp) lub bezpośrednio. Innymi słowami zasobami określonymi w ww pozycjach wykazu Wykonawca dysponuje bezpośrednio na podstawie umów wskazanych w ostatniej kolumnie tabeli. Na marginesie Wykonawca wskazuje, iż Zamawiający nie kwestionuje poz. 21 tj. dysponowania zasobem na podstawie umowy najmu, czyli sam dopuszcza, iż bezpośrednio dysponowanie zasobami mogło być oparte na umowie zbliżonej swoim charakterem do umowy użyczenia. VI. W odniesieniu do poz. 20 wykazu narzędzi/ wyposażenia zakładu/ urządzeń technicznych Wykonawca również wskazuje, że umowa o współpracy, którą ma na myśli, jest umową cywilnoprawną upoważniającą Wykonawcę do bezpośredniego korzystania z wytwórni bitumicznej. Podmiot, który jest właścicielem wytwórni nie jest podmiotem trzecim udostępniającym zasoby. Wykonawca na podstawie umowy zapewnia sobie korzystanie z wytwórni oraz bezpośredni dostęp do wytwarzanych tam zasobów – analogicznie jak w przypadku określonym powyżej Wykonawca nie musi być właścicielem wyposażenia/ urządzenia/ narzędzia, aby mieć bezpośredni dostęp do zasobów. Korzystanie z zasobów wiąże się najczęściej z udziałem podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia. W niniejszej sprawie na podstawie umowy Wykonawca zapewnia sobie dostęp do odpowiedniego wyposażenia i ciągłość dostaw masy bitumicznej oraz samodzielnie realizuje przedmiot zamówienia.

Producent sprzętu czy określonego wyposażenia nie jest uważany za podwykonawcę, ponieważ to Wykonawca realizuje przedmiot zamówienia zgodnie z wymaganiami SWZ. Per analogia można również wskazać przykład zawarcia umowy o współpracy (np. B2B) z osobą prowadzącą jednoosobową działalność gospodarczą – w takim przypadku również nie mamy do czynienia z tzw. samo-udostępnieniem, a z bezpośrednim dostępem do zasobów VII. Co więcej, zgodnie z pkt 22 ppkt 8 SWZ „8) w przypadku, gdy Wykonawca oświadczył w wykazie potencjału technicznego (zał. nr 9), że będzie dysponował WMB, przed podpisaniem umowy przedłoży dokument (np. umowa zawarta pomiędzy Wykonawcą a producentem masy bitumicznej) potwierdzający zapewnienie ciągłości dostaw masy bitumicznej w okresie realizacji zamówienia.” Wykonawca przygotowując ofertę zasugerował się ww. postanowieniem i przyjął, że to jest dokument wymagany w celu potwierdzenia dysponowania (bezpośrednio) zasobami zapewniającymi wykonanie zamówienia, oraz że ten dokument jest wymagany na etapie przed podpisaniem umowy w sprawie zamówienia publicznego. VIII. Nie może zatem budzić wątpliwości fakt, że podmiotowe środki dowodowe złożone przez Wykonawcę są prawidłowe, w szczególności Wykonawca zapewnił sobie bezpośrednie dysponowanie wymaganym wyposażeniem, urządzeniami i narzędziami. Tym samym Wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu, co oświadczył w złożonych wraz z ofertą JEDZ oraz potwierdził w złożonych podmiotowych środkach dowodowych. IX. Wychodząc naprzeciw wezwaniu Zamawiającego w załączeniu przedkładamy uzupełniony wykaz narzędzi/ wyposażenia zakładu/ urządzeń technicznych, w którym dla poz. 9, 12, 15, 17 i 18 wskazano „umowa użyczenia” zamiast „użyczenie”, a dla poz. 20 wskazano umowa cywilnoprawna upoważniająca Wykonawcę do korzystania z wytwórni zgodnej z wymaganiami SWZ zamiast „Dysponowanie na podstawie umowy o współpracy pomiędzy Wykonawcą i producentem masy bitumicznej zgodnie z wymogiem SWZ”.

Pismem z dnia 11 marca 2025 r. Zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego i odrzuceniu oferty Odwołującego: „Na podstawie art. 253 ust. 1 pkt 2) ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych w imieniu zamawiającego informuje, że w niniejszym postępowaniu odrzucono:

a) ofertę nr 2 złożoną przez firmę Konsorcjum firm: Silesia Invest Sp. z o.o. Szmitka Kaminski Sp.k. Przemysłowa 8, 41-600 Świątchłowice ETA EUODROGI Sp. z o.o. Perla 5A, 41-300 Dabrowa Górnicza

Uzasadnienie: Uzasadnienie prawne: Zamawiający informuje, iż na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit c) ustawy PZP w zw. z art. 118 ust. 3 ustawy PZP w powiązaniu z art. 123 ustawy PZP odrzuca ofertę wykonawcy konsorcjum firm Silesia Invest Sp. z o.o. Szmitka Kaminski Sp.k. Jana Sieminskiego 18-20 44-100 Gliwice ETA EUODROGI Sp. z o.o. Per 5A 41-300 Dabrowa Górnicza. (...) Uzasadnienie faktyczne: Do upływu terminu składania ofert tj. do dnia 29.01.2025 r. do godz. 10:00 wpłynęły 2 oferty. Zamawiający w dniu 31.01.2025 r. wezwał Konsorcjum firm Silesia Invest Sp. z o.o. Szmitka Kaminski Sp.k. i ETA EUODROGI Sp. z o.o do złożenia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz podmiotowych środków dowodowych potwierdzających brak podstaw wykluczenia z udziału w postępowaniu. Wykonawca na wezwanie Zamawiającego złożył wykaz narzędzi (zał nr 9), w którym w pozycji pkt. 20 Wytwórnia mas bitumicznych o wydajności min. 200t/h wskazał - dysponowanie na podstawie umowy o współpracy. Taki sposób dysponowania wskazuje jednoznacznie, iż Wykonawca w celu spełnienia warunku udziału w postępowaniu polega na zdolnościach technicznych podmiotów, które będą mu udostępniać odpowiednie zasoby (w tym przypadku mieszkankę mineralno - bitumiczną). Przy takim stanie rzeczy Wykonawca powinien złożyć razem z ofertą odpowiednie dokumenty określone w punkcie 11.1) SWZ tj. między innymi zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby, a tego nie zrobił. Co więcej, razem z oferta zostały złożone dwa dokumenty JEDZ obydwu konsorcjantów, gdzie każdy z nich oświadczył, że nie podlega wykluczeniu z postępowania, spełnia kryteria kwalifikacji tj. warunki udziału w postępowaniu oraz że nie polega na zdolnościach innych podmiotów w celu spełnienia kryteriów kwalifikacji. Ponieważ zgodnie z zapisem art. 123 ustawy PZP, cyt.: „Art. 123. Wykonawca nie może, po upływie terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert, powoływać się na zdolności lub sytuacje podmiotów udostępniających zasoby, jeżeli na etapie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert nie polegał on w danym zakresie na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby.” oraz zgodnie z przypisem punktu 11.1) SWZ, w takiej sytuacji Wykonawca musi sam potwierdzić spełnienie przez siebie warunku udziału w postępowaniu. W związku z powyższym Wykonawca został wezwany w dniu 21.02.2025 r. do uzupełnienia wykazu narzędzi tj. zał. nr 9 do SWZ, w taki sposób, aby potwierdził spełnienie warunku udziału w postępowaniu przez samego Wykonawcę potwierdzając jednocześnie oświadczenia zawarte w formularzach JEDZ złożonych przez konsorcjantów. Konsorcjum w odpowiedzi na wezwanie odnosząc się do poz. 20 wykazu narzędzi ponownie wskazuje, że posiada umowę o współpracy upoważniająca wykonawcę do bezpośredniego korzystania z wytwórni oraz informuje, iż na podstawie umowy zapewni sobie korzystanie z wytwórni i bezpośredni dostęp

do wytwarzanych tam zasobów. Wykonawca sam wskazuje, że zapewnia sobie dostęp do zasobów wytwórni, co za tym idzie podmiot trzeci bierze udział w wytwarzaniu mieszanki mineralno-bitumicznej. Nie można oddzielić mieszanki od jej wytwórni. Władztwo nad rzeczą tj. mieszanką mineralno-bitumiczną do momentu wyprodukowania i dostawy ma podmiot trzeci. Wykonawca nie spełnia zatem samodzielnie warunku udziału w postępowaniu określonego przez Zamawiającego, w związku z tym zobowiązany był 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 odrzuca jego ofertę na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy PZP.”

Przedmiotem sporu w niniejszej sprawie była ocena prawidłowości odrzucenia oferty Odwołującego w oparciu o podstawy prawne i faktyczne wskazane przez Zamawiającego w piśmie z dnia 11 marca 2025 r., a dotyczące warunku dysponowania wytwórnią mas bitumicznych, w zakresie, którego Zamawiający uznał, że wykonawca powinien był spełnić warunek powołując się na zasoby podmiotu trzeciego. Odwołujący podnosił, że w odniesieniu do warunku ww. potencjału technicznego będzie zgodnie z oświadczeniem dysponował wytwórnią mas bitumicznych na podstawie umowy cywilnoprawnej co nie jest tożsame z poleganiem na potencjale podmiotu trzeciego i oznacza samodzielne spełnienie warunku. Analiza dokumentacji postępowania i materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie doprowadziła Izbę do przekonania, że czynność Zamawiającego odrzucenia oferty Odwołującego była niezasadna z kilku powodów.

Na wstępie wskazania wymaga, że Izba ocenia prawidłowość dokonanych przez Zamawiającego czynności w oparciu o uzasadnienie tych czynności, postanowienia SWZ oraz dokumenty i wyjaśnienia składane przez Odwołującego w postępowaniu. W tym kontekście Izba zauważa, że Zamawiający postawił warunek dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym, w tym wytwórnią mas bitumicznych wymagając, aby wykonawcy złożyli na potwierdzenie spełnienia tego warunku: „wykaz narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy w celu wykonania zamówienia publicznego wraz z informacją o podstawie dysponowania tymi zasobami o treści ZAŁĄCZNIKA NR 9 do SWZ.”(pkt 11.3 tiret 2 SWZ). W załączniku nr 9 Zamawiający wymagał wskazania podstawy dysponowania wskazując przykładowo, że może to być własność, dzierżawa, użyczenie. Stwierdzenie, że „należy wpisać np.: (...)” przesądza więc, że było to wskazanie jedynie przykładowe i wykonawca mógł powołać się na inne formy dysponowania. Analiza powyższych postanowień SWZ prowadzi do jednoznacznego wniosku, że Zamawiający nie zastrzegł, aby dysponowanie wytwórnią mas bitumicznych mogło zostać wykazane jedynie przez dysponowanie pośrednie (poleganie na zasobach podmiotu trzeciego) i bezpośrednio ograniczone wyłącznie do własności bez możliwości wykazania innych form dysponowania bezpośredniego uprawniających do korzystania z rzeczy (np. dzierżawa). Wręcz przeciwnie, z dokumentów zamówienia wynika, że również taka forma dysponowania została dopuszczona.

Dalej podnieść należy, że Odwołujący pierwotnie w wykazie narzędzi dla wytwórni mas bitumicznych powołał się na dysponowanie: „na podstawie umowy o współpracy pomiędzy Wykonawcą i producentem masy bitumicznej zgodnie z wymogiem SWZ.”Zamawiający nie wezwał Odwołującego do sprecyzowania tytułu prawnego do dysponowania ww. wytwórnią i założył, że takie wskazanie jego zdaniem oznacza zaangażowanie właściciela wytwórni w realizację zamówienia i stanowi poleganie na zasobach podmiotu trzeciego. Mając na względzie, że Odwołujący nie złożył wraz z ofertą zobowiązania podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobu Zamawiający wezwał Wykonawcę do samodzielnego spełnienia warunku. Odwołujący w odpowiedzi wyjaśnił, że warunek spełnia samodzielnie na podstawie umowy cywilnoprawnej zapewniającej możliwość korzystania z wytwórni, dostęp do odpowiedniego wyposażenia i ciągłość dostaw mas bitumicznych. W wyjaśnieniach podkreślono, że Wykonawca samodzielnie będzie realizował zamówienia. Jak wynika z decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego, Zamawiający wyjaśnienia Wykonawcy oraz poprawiony wykaz narzędzi pominął powołując się na umowę o współpracy i uznając jak pierwotnie, że taki sposób dysponowania: „wskazuje jednoznacznie, iż Wykonawca w celu spełnienia warunku udziału w postępowaniu polega na zdolnościach technicznych podmiotów, które będą mu udostępniać odpowiednie zasoby (w tym przypadku mieszankę mineralno-bitumiczną). Przy takim stanie rzeczy Wykonawca powinien złożyć razem z ofertą odpowiednie dokumenty określone w punkcie 11.1) SWZ tj. między innymi zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby, a tego nie zrobił.”Wbrew stanowisku wynikającemu z informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego, Wykonawca nie wyjaśnił, że będzie dysponować tylko masą mineralno – bitumiczną, ale że na podstawie umowy cywilnoprawnej będzie uprawniony do korzystania z wytwórni, jej wyposażenia i samodzielnie zrealizuje zamówienie, w tym w zakresie ciągłości dostaw ww. masy. Z decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego trudno wywieść przyczyny, dla których Zamawiający tych wyjaśnień nie przyjął przedstawiając własne wyobrażenie o tym, w jaki sposób Wykonawca powinien wykazać spełnienie warunku ograniczając ten sposób wyłącznie do własności i polegania na zasobach podmiotu trzeciego, a które to ograniczenie nie znajduje odzwierciedlenia w treści dokumentów zamówienia. Podkreślenia wymaga, że Izba ocenia prawidłowość czynności Zamawiającego przez pryzmat przedstawionego uzasadnienia, w tym okoliczności faktycznych, które jak w niniejszej sprawie, Zamawiający powołuje jako okoliczności przemawiające za odrzuceniem oferty Odwołującego. W tym kontekście Izba zauważa, że Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty nie wskazał z jakiej właściwie przyczyny

uznał, że Wykonawca powinien był wykazać się potencjałem podmiotu trzeciego. Uzasadnienie odnosi się do umowy o współpracy, co zostało przez Odwołującego doprecyzowane w wyjaśnieniach i uzupełnieniu wykazu narzędzi. Zamawiający nie miał więc podstaw do uznania, że właściciel wytwórni mas bitumicznych będzie zaangażowany w realizację zamówienia. Już z tych powodów odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Dalej podnieść należy, że dopiero w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający uzewnętrznił faktyczny powód, dlaczego uznał, że warunek dotyczący dysonowania wytwórni mas bitumicznych powinien zostać spełniony przez wykazanie dysponowania własnością bądź poleganiem na zasobach podmiotu trzeciego. Zamawiający wskazał, że: „*Uchodzi jednak uwagi Odwołującego to, że wytwórnia mas bitumicznych jest instalacją w rozumieniu przepisu art. 3 pkt 6) ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. Prawo ochrony środowiska, zgodnie z którym przez instalację rozumie się: a) stacjonarne urządzenie techniczne; b) zespół stacjonarnych urządzeń technicznych powiązanych technologicznie, do których tytułem prawnym dysponuje ten sam podmiot i położonych na terenie jednego zakładu; c) budowle niebędące urządzeniami technicznymi ani ich zespołami, o ile (w przypadkach a-c) ich eksploatacja może spowodować emisję w rozumieniu tej ustawy.*” I Dalej: „*O ile zatem WBM ujmowana przedmiotowo jako przedsiębiorstwo bądź jego zorganizowana część może być przedmiotem obrotu (w tym np. dzierżawy przedsiębiorstwa) to skuteczne dysponowanie nią (w rozumieniu Prawa zamówień publicznych) w ramach zasobów własnych (np. na podstawie umowy dzierżawy) wymaga spełnienia dodatkowych wymogów prawnych, w tym legitymowania się przez dysponenta pozwoleniami tzw. sektorowymi oraz zezwoleniami odpadowymi. Pozwolenie (zezwolenie) takie winien posiadać prowadzący instalację; jeśli zatem prowadzącym instalację na podstawie umowy o współpracę z jej właścicielem jest Odwołujący to spoczywa na nim obowiązek dysponowania pakietem stosownych zezwoleń środowiskowych i odpadowych.*” Zamawiający powołał się na konieczność uzyskania „*pozwoleń na wprowadzanie gazów lub pyłów do powietrza zgodnie z art. 181 ust. 1 pkt 1 Prawa ochrony środowiska (...) jak również z posiadaniem zezwoleń na przetwarzanie odpadów.*”

Abstrahując od okoliczności, że Zamawiający nie postawił w SWZ żadnych obostrzeń w zakresie form dysponowania potencjałem technicznym – wytwórni mas bitumicznych oraz że w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego powyższych okoliczności nie powoływał to zdaniem Izby, Zamawiający nie miał podstaw do stwierdzenia, że Odwołujący wyżej wskazanych wymogów nie spełni. Zamawiający przyznał bowiem, że wytwórnia może być przedmiotem obrotu – na podstawie umowy dzierżawy, która niewątpliwie jest umową cywilnoprawną – jak wskazał Odwołujący w wykazie narzędzi. Dodatkowo Zamawiający podkreślił, że Wykonawca powinien dysponować pakietem zezwoleń środowiskowych i odpadowych, ale nie jest wiadome na jakiej podstawie Zamawiający uznał, że Wykonawca tych wymogów nie dopełni. Zamawiający również w odpowiedzi na odwołanie wskazuje na umowę o współpracy, która w jego ocenie nie jest wystarczająca dla wykazania spełnienia warunku z uwagi na ww. wymogi, niemniej jednak Odwołujący zmodyfikował oświadczenie z wykazu narzędzi. Słusznie podnosił także na rozprawie Odwołujący, że Zamawiający nie postawił warunku dotyczącego posiadania ww. zezwoleń i nie wymagał ich wykazania na etapie postępowania. Nie badał również czy Przystępujący takimi zezwoleniami dysponuje. Zamawiający nie miał więc podstaw do stwierdzenia, że jedynym możliwym sposobem wykazania warunku potencjału technicznego było w przypadku Odwołującego poleganie na zasobach podmiotu trzeciego, a przy tym sprzecznego z oświadczeniem Wykonawcy w postępowaniu, że będzie dysponował wytwórni mas bitumicznych na podstawie umowy cywilnoprawnej. Odwołujący powołał się na art. 189 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. Prawo ochrony środowiska (t. j. Dz. U. z 2024 r. poz. 54 z późn. zm.) i wskazał, że: „*1. Podmiot, który staje się prowadzącym instalację lub jej oznaczoną część, przejmuje prawa i obowiązki wynikające z pozwoleń dotyczących tej instalacji lub jej oznaczonej części. 2. Podmiot, o którym mowa w ust. 1, występuje niezwłocznie z wnioskiem o zmianę pozwoleń w zakresie oznaczenia prowadzącego instalację.*” Zamawiający nie przewidział w postępowaniu obowiązku wykazania się takimi pozwoleniami więc nie miał podstaw do pewnego założenia, że Odwołujący tych wymogów nie spełni.

Izba zauważyła, że w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wskazał ponownie niezasadnie na umowę o współpracy o nieznanej treści. Odwołujący podał w wykazie jako podstawę dysponowania umowę cywilnoprawną, co było wystarczające na tym etapie, gdyż Zamawiający nie wymagał żadnych dodatkowych informacji, a tym bardziej przedstawienia jakichkolwiek umów na potrzeby spełnienia warunku. Punkt 22.8 SWZ wskazuje na takie formalności, ale przed podpisaniem umowy: „*8) w przypadku, gdy Wykonawca oświadczył w wykazie potencjału technicznego (zał. nr 9), że będzie dysponował WMB, przed podpisaniem umowy przedłoży dokument (np. umowa zawarta pomiędzy Wykonawcą a producentem masy bitumicznej) potwierdzający zapewnienie ciągłości dostaw masy bitumicznej w okresie realizacji zamówienia.*” Dowód złożony przez Odwołującego w postępowaniu odwoławczym jedynie dodatkowo potwierdza, że Wykonawca będzie dysponował wytwórni mas bitumicznych na podstawie umowy dzierżawy. Przystępujący odnosząc się do tego dowodu stwierdził za Zamawiającym, że jest to dowód spóźniony i gdyby Zamawiający nim dysponował to być może odmienna byłaby ocena oferty Odwołującego. Ponownie więc Izba podkreśla, że Wykonawca nie był zobowiązany do składania umów celem wykazania spełnienia warunku. Zamawiający odrzucając ofertę Odwołującego

poczynił daleko idące założenia (z których tylko część uzewnętrznił w uzasadnieniu decyzji), niewynikające ze złożonych przez Wykonawcę w postępowaniu oświadczeń, a wyłącznie takie oświadczenia, a nie umowy czy pozwolenia były wymagane w postępowaniu. Ze złożonego dowodu – oświadczenia Prezesa Zarządu Drogpol sp. z o. o. z dnia 7 kwietnia 2025 r. wynika natomiast, że ww. w dniu 14 stycznia 2025 r., a więc przed dniem składania ofert, zawarł umowę zobowiązującą z Odwołującym: „do zawarcia umowy dzierżawy wytwórni mas bitumicznych położonej w Piekarach Śląskich (ul. Konarskiego 3). Na podstawie ww. umowy dzierżawy Silesia Invest spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Szmítka Kamiński sp. k. ma bezpośredni dostęp do wytwórni, korzystanie z niej oraz pobieranie pożytków (mieszkanek masy bitumicznej) przez cały okres realizacji zamówienia. Na podstawie ww. umowy jesteśmy zobowiązani do zawarcia umowy dzierżawy po wyborze oferty najkorzystniejszej konsorcjum Silesia Invest spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Szmítka Kamiński sp. k. oraz ETA EURODROGI sp. z o.o., a przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego.” Wykonawca zapewnił sobie zatem dostęp do potencjału technicznego przed złożeniem oferty. Jak już Izba wskazała, powyższe oświadczenie stanowi wyłącznie dodatkowe potwierdzenie oświadczenia już wynikającego z wykazu narzędzi. Nie jest też tak jak podnosił Zamawiający, że wskazano w ww. dowodzie wyłącznie na zobowiązanie do zawarcia umowy dzierżawy, a więc na moment składania ofert Wykonawca nie dysponował potencjałem technicznym, gdyż umowa dzierżawy nie została zawarta. Jak wynika z SWZ, ale również Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U. z 2020 r., poz. 2415): „§ 9. 1. W celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej, zamawiający może, w zależności od charakteru, znaczenia, przeznaczenia lub zakresu robót budowlanych, dostaw lub usług, żądać następujących podmiotowych środków dowodowych: 10) wykazu narzędzi, wyposażenia zakładu lub urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy w celu wykonania zamówienia publicznego wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi zasobami.” Wykonawca wskazuje więc w wykazie potencjał techniczny, który jest dla niego dostępny na dzień składania ofert i podaje podstawę dysponowania. Nie oznacza to, że umowy docelowe jako tytuły prawne dysponowania muszą być już zawarte na dzień składania ofert. Wykonawca ma jedynie zabezpieczyć ten potencjał techniczny w taki sposób, aby był on dla niego dostępny. Słusznie na rozprawie podnosił Odwołujący podając za przykład warunek dotyczący potencjału osobowego, gdzie wykonawca wskazuje w wykazie osób podstawę dysponowania np. umowę o pracę co nie oznacza, że na dzień składania ofert takie umowy muszą już zostać sfinalizowane, skoro wykonawca nie może być pewny, że jego oferta zostanie wybrana jako najkorzystniejsza. Wykonawca ma zapewnić sobie dostęp do danego potencjału i wskazać na jakiej podstawie będzie nim dysponował w trakcie realizacji zamówienia. Jak Izba wskazała w uchwale z dnia 6 listopada 2019 r., sygn. akt: KIO/KD 66/19: „Po pierwsze, na pełną aprobatę zasługuje przedstawione w informacji o wyniku kontroli stanowisko dotyczące rozróżnienia bezpośredniego i pośredniego dysponowania przez wykonawcę osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Nie ulega wątpliwości, że decydujące znaczenie ma w tej kwestii to, czy podstawą dysponowania jest stosunek prawny istniejący bezpośrednio pomiędzy wykonawcą a osobą mającą wykonać zamówienie, czy też stosunek prawny między wykonawcą a podmiotem, który taką osobą dysponuje. W pierwszej z tych sytuacji mamy do czynienia z dysponowaniem bezpośrednim, którego podstawą mogą być zarówno umowy o pracę, jak i inne umowy o charakterze cywilnoprawnym, w tym umowy przedwstępne, zobowiązujące do wykonania określonych usług lub dzieła w przypadku, gdy wykonawca uzyska zamówienie. Nie jest więc tak, że dysponowanie bezpośrednio ma miejsce tylko w sytuacji, gdy strony łączą stosunek pracy lub inny trwały stosunek cywilnoprawny, mający już w dacie składania ofert formę docelową. Wystarczające jest wykazanie, że wykonawca ma zapewnione dysponowania określonymi osobami. Jeżeli więc zostało wykazane, że wykonawca ARTOP umówił się z osobami mającymi pełnić funkcję projektantów, że w przypadku wyboru jego oferty zawrą umowę o dzieło, to należy stwierdzić, że wykazał bezpośrednio dysponowanie tymi osobami. Sposób dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia określa wykonawca w dokumentach składanych wraz z ofertą i stosownie do stosunków prawnych nawiązanych z innymi podmiotami. Jeżeli wykonawca oświadcza w ofercie, że podstawą dysponowania określoną osobą będzie zawarta bezpośrednio z tą osobą umowa o dzieło, do zawarcia której taka osoba się zobowiązała – jak to miało miejsce w analizowanej sprawie – to Zamawiający nie ma podstaw, aby wbrew wyraźnemu oświadczeniu wykonawcy, przyjmować, że będzie to stosunek prawny innego rodzaju. (...) Należy więc stwierdzić, że nie ma żadnego oparcia w złożonych dokumentach twierdzenie Zamawiającego, jakoby wykonawca nie dysponował bezpośrednio trzema osobami wskazanymi w wykazie, a dysponowanie to miało cechy korzystania z potencjału podmiotu trzeciego. (...) Nie ma również znaczenia fakt, że na etapie realizacji zamówienia przez tego innego wykonawcę określone czynności zostały wykonane przez osoby zatrudnione w przedsiębiorstwie projektanta. Podkreślić należy, że to wykonawca organizuje swoją współpracę z innymi podmiotami, stosownie do swoich potrzeb i relacji biznesowych i wykazuje Zamawiającemu, w jaki sposób pozyskał wymagany do realizacji zamówienia potencjał. Skoro wykonawca oświadcza i udowadnia, że będzie dysponował projektantami na podstawie zawartych bezpośrednio z nimi umów o dzieło, to nie sposób twierdzić, że wbrew tym oświadczeniom i dowodom jest inaczej, tylko dlatego, że inny

wykonawca w inny sposób zapewnił sobie dostęp do wymaganego potencjału. Tym bardziej niezasadne jest ocenianie oświadczeń i dokumentów przedstawionych w postępowaniu przetargowym przez pryzmat sposobu, w jaki inny wykonawca realizował następnie zamówienie. O spełnieniu warunku udziału w postępowaniu decydują bowiem oświadczenia i dokumenty przedstawione przez konkretnego wykonawcę na konkretnym etapie postępowania o udzielenie zamówienia.” Jakkolwiek powołana uchwała dotyczy warunku odnoszącego się do potencjału kadrowego to jednak potwierdza, że wykonawca wskazuje w wykazie na dostępność potencjału, którego docelowa forma dysponowania – w niniejszej sprawie – umowa dzierżawy nie musi być już zawarta na dzień składania ofert. Zamawiający wbrew oświadczeniom Wykonawcy uznał, że w zakresie potencjału technicznego – wytwórni mas bitumicznych – Wykonawca powinien był polegać na zasobach podmiotu trzeciego bądź wykazać ten potencjał jako swoją własność. Zdaniem Izby takie stanowisko nie zasługuje na uwzględnienie również w kontekście postanowień SWZ dotyczących ustanowionego warunku potencjału technicznego, jak i w świetle uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego, dlatego Izba stwierdziła, że zarzuty odwołania potwierdziły się i nakazała unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego.

Mając na względzie powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 575 oraz art. 574 ustawy pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 7 ust. 1 pkt 1 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 ze zm.) zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez Odwołującego i koszty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego oraz zasądzając od Zamawiającego na rzecz Odwołującego koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania w wysokości 20 000,00 zł i wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600,00 zł na podstawie faktury Vat złożonej przez Odwołującego na rozprawie.

Przewodniczący: