

WYROK

Warszawa, 27 czerwca 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: Anna Chudzik

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 26 maja 2025 r. przez wykonawcę PG Ekotech Sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach,

w postępowaniu prowadzonym przez Polską Grupę Górniczą S.A. z siedzibą w Katowicach,

orzeka:

1. Oddala odwołanie:

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę PG Ekotech Sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach 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 oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;

2.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych 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:.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Polska Grupę Górniczą S.A. – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia pn. *Usługi sprzętem ciężkim w zakresie obsługi zwałów węgla i sprzedaży drobnicowej dla Polskiej Grupy Górniczej S.A. Oddział KWK Sośnica w okresie 24 miesięcy z podziałem na zadania* Wartość zamówienia jest większa niż progi unijne. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 217453-2025.

Wykonawca PG Ekotech Sp. z o.o. wniósł 26 maja 2025 r. odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

1.art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie całej oferty PRO-DIGGER SERVICES T.Ś. (dalej: PRO-DIGGER), mimo że oferta dotknięta jest nieusuwalnymi brakami, ujawnione wady nie zostały poprawione, a te poprawione zawierają wadliwości powodujące, że nie sposób ich uznać za merytoryczne i prawidłowe;

2.art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty PRO-DIGGER, pomimo zaistnienia przesłanki określonej wyżej wymienionym przepisem, ponieważ:

a.oferta nie spełnia wymagań SWZ;

b.oferta obarczona była i nadal jest rażąco niską ceną – w tej sprawie jawnie wychodzi, że mogło dojść do porozumienia pomiędzy Zamawiającym a wykonawcą celem złożenia niskiej oferty i wpłynięcia na pozostałych wykonawców w ramach aukcji elektronicznej;

c.wykonawca nie wykazał, aby spełnił przesłanki umożliwiające korzystanie ze sprzętu podmiotów zewnętrznych, a w tym zakresie wadliwości dalece wykraczają poza możliwość ich konwalidowania;

3.art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty PRO-DIGGER pomimo zaistnienia przesłanki określonej wyżej wymienionym przepisem, ponieważ:

- a.oferta w zakresie zadania numer 2 obejmującego spycharki zawierała wadliwości, których nie można konwalidować na obecnym etapie postępowania, w tym również konwalidacja ich na podstawie złożonych wyjaśnień była nieskuteczna; w ramach SWZ wprost określono wymogi techniczne dla spycharek, których wykonawca nie spełnił przedłożonymi do oferty dokumentami i zapewnieniami osób trzecich;
- b.złożone wyjaśnienia doprowadziły do zmiany pierwotnie złożonej oferty, gdyż wykonawca do tych wyjaśnień przedłożył nowe dokumenty, których nie było złożonych wraz z ofertą;
- c.wykonawca wprowadził Zamawiającego i podmioty biorące udział w postępowaniu w błąd co do dysponowania sprzętem spełniającym wymagania Zamawiającego;
- 4.art. 128 ustawy Pzp, poprzez jego wadliwe zastosowanie i błędne uznanie, że złożone wyjaśnienia w kształcie, w jakim zostały złożone przez PRO-DIGGER były prawidłowe, w sytuacji kiedy doprowadziły one do zmiany oferty pierwotnie złożonej;
- 5.art. 16 pkt 1, 2 i 3 ustawy Pzp, poprzez niezapewnienie zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania, przejrzystości i proporcjonalności – co doprowadziło do dopuszczenia PRO-DIGGER do udziału w aukcji elektronicznej;
- 6.art. 16 pkt 1, 2 i 3 w zw. z art. 128 ustawy Pzp, poprzez niezapewnienie zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania, przejrzystości i proporcjonalności – co doprowadziło do dopuszczenia PRO-DIGGER do udziału w aukcji elektronicznej, pomimo tego, że zauważone przez Odwołującego nieścisłości, następnie nieudolnie konwalidowane przez wykonawcę, doprowadziły do zaistnienia sytuacji, w której pierwotną ofertą PRO-DIGGER wprowadził Zamawiającego oraz pozostałych wykonawców w błąd, że jego oferta spełnia wymagania stawiane przepisami prawa oraz SWZ;
- 7.art. 16 pkt 1, 2 i 3 w zw. z art. 128 ustawy Pzp, poprzez wadliwe odstąpienie od wezwania ww. wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie wszystkich ujawnionych wadliwości, a jednocześnie wybiórcze potraktowanie przez Zamawiającego zgłoszonych przez Odwołującego wadliwości;
- 8.art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty PRO-DIGGER jako niezgodnej z warunkami zamówienia, co doprowadziło do realizacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem zasad konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności dopuszczenia PRO-DIGGER do udziału aukcji elektronicznej;
- unieważnienia aukcji elektronicznej oraz jej powtórzenia po uprzednim odrzuceniu oferty PRO-DIGGER;
- unieważnienia czynności dopuszczenia PRO-DIGGER do udziału aukcji elektronicznej w zakresie Zadania 2;
- odrzucenia oferty PRO-DIGGER w zakresie Zadania 2;
- w przypadku przeprowadzenia aukcji elektronicznej planowanej na 27 maja 2025 r. w zakresie Zadania numer 2 – unieważnienie aukcji oraz jej powtórzenia.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie wskazać należy, że Izba dostrzega podnoszone przez Zamawiającego nieprawidłowości w sformułowaniu zarzutów odwołania, polegające na braku spójności okoliczności faktycznych oraz okoliczności prawnych stanowiących podstawy zarzutów odwołania. Odwołujący sformułował zarzuty dotyczące niezgodności oferty PRO-DIGGER z warunkami zamówienia, niedopuszczalnej zmiany treści tej oferty, a także zaoferowania rażąco niskiej ceny, zarzucając przy tym Zamawiającemu naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Z kolei z uzasadnienia odwołania wynika, że istotą zarzutów jest, obok rażąco niskiej ceny, niespełnianie przez wykonawcę PRO-DIGGER warunków udziału w postępowaniu, przy jednoczesnym braku jakichkolwiek okoliczności, które można by zakwalifikować jako niezgodność oferty z warunkami zamówienia, rozumianą jako zaoferowanie świadczenia nieodpowiadającego pod względem przedmiotowym wymaganiom Zamawiającego. Niezależnie jednak od ww. wskazanych niespójności i oczywiście błędnej kwalifikacji prawnej Izba stwierdziła, że na podstawie uzasadnienia odwołania można ustalić

właściwy zakres zarzutów i ich podstawy faktyczne, zatem popełnione błędy nie mogą powodować oddalenia zarzutów z powodów formalnych.

Izba po merytorycznym rozpoznaniu zarzutów stwierdziła, że odwołanie jest w całości niezasadne.

Po pierwsze, nie zasługują na uwzględnienie zarzuty dotyczące niewykazania przez PRO-DIGGER za pomocą użytych zasobów spełniania warunków dotyczących dysponowania sprzętem wymaganym dla obu zadań.

Izba ustaliła w tym zakresie następujący stan faktyczny:

Przedmiotem zamówienia są usługi sprzętem ciężkim w zakresie obsługi zwałów węgla i sprzedaży drobnicowej dla Polskiej Grupy Górniczej S.A. Oddział KWK Sośnica w okresie 24 miesięcy z podziałem na zadania: Zadanie nr 1 – ładowarki, Zadanie nr 2 – spycharki (część I załącznika nr 1 do SWZ – Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia).

W części V pkt 4 SWZ Zamawiający określił m.in. następujące warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej:

- w okresie ostatnich 3 lat przed terminem składania ofert (a jeśli okres prowadzenia działalności jest krótszy to w tym okresie) wykonał, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonuje, co najmniej usługi polegające na obsłudze sprzętem ciężkim otwartych składowisk materiałów sypkich, m.in. przemieszczaniu, zwałowaniu, zagęszczaniu i ładowaniu, np. węgla, odpadów wydobywczych, na wartość łączną brutto co najmniej 2 000 000,00 zł, niezależnie od liczby zadań, na które wykonawca składa ofertę.
- dysponuje następującymi urządzeniami lub wyposażeniem zakładu w celu wykonania zamówienia: dla zadania nr 1: (1) minimum 3 szt. ładowarek o mocy min. 110 kW, poj. łyżki min. 3,0 m³, kołowych, z wagą bez legalizacji – wraz z operatorem, z monitoringiem; dla zadania nr 2: (1) minimum 2 szt. spycharek o mocy min. 150 kW, pojemność lemiesza min. 7,0 m³ – wraz z operatorem, z monitoringiem.

Zgodnie z postanowieniami części XVIII SWZ:

- 1.Zamawiający zastosuje procedurę odwróconą badania i oceny ofert, o której mowa w art. 139 ustawy Pzp.
- 2.Po złożeniu ofert Zamawiający dokona badania i oceny ofert, w tym poprawy omyłek zgodnie z art. 223 ustawy Pzp.
- 3.Po przeprowadzaniu aukcji elektronicznej oraz ustaleniu, która z ofert została najwyżej oceniona, Zamawiający zgodnie z art. 126 ustawy Pzp wezwie Wykonawcę, który złożył tę ofertę do przedstawienia JEDZ oraz podmiotowych środków dowodowych.

Wykonawca PRO-DIGGER złożył wraz z ofertą zobowiązania do udostępnienia zasobów:

- OLKOP Hurtownia Olejów i Paliw G.K. w zakresie sprzętu tj. Komatsu D65Px-18 KMT0D127KHA090811 oraz OLKC Sp. z o.o. w zakresie sprzętu tj. Komatsu D65EX-17 KMT0D117V01001202 (zadanie 2);

Zgodnie z treścią zobowiązania:

2) Sposób i okres udostępnienia Wykonawcy i wykorzystania przez niego zasobów przy wykonywaniu zamówienia:

Wymieniony powyżej sprzęt udostępnimy w okresie o którym mowa w par. 5 istotnych postanowień umowy (str. 73 SWZ nr sprawy 412500445)

3) Zakres i okres naszego udziału przy wykonywaniu zamówienia:

Nasz udział będzie polegać wyłącznie na udostępnieniu Wykonawcy ww. sprzętu w ww. okresie czasu.

4) Zrealizujemy następujące roboty wchodzące w zakres przedmiotu zamówienia: NIE DOTYCZY

W związku z powyższym oddajemy Wykonawcy do dyspozycji ww. zasoby w celu korzystania z nich przez Wykonawcę, w przypadku wyboru jego oferty w przedmiotowym postępowaniu i udzielenia mu zamówienia, przy wykonaniu przedmiotu zamówienia.

- D.P., Warmia D.P. do oddania do dyspozycji zasobów niezbędnych do realizacji zamówienia: VOLVO L180F;

Zgodnie z treścią zobowiązania:

2) Sposób i okres udostępnienia Wykonawcy i wykorzystania przez niego zasobów przy wykonywaniu zamówienia:

Wymieniony powyżej sprzęt udostępnimy w okresie o którym mowa w par. 5 istotnych postanowień umowy (str. 73 SWZ nr sprawy 412500445)

3) Zakres i okres naszego udziału przy wykonywaniu zamówienia:

Nasz udział będzie polegać wyłącznie na udostępnieniu Wykonawcy ww. sprzętu w ww. okresie czasu.

4) Zrealizujemy następujące roboty wchodzące w zakres przedmiotu zamówienia: NIE DOTYCZY

W związku z powyższym oddajemy Wykonawcy do dyspozycji ww. zasoby w celu korzystania z nich przez Wykonawcę, w przypadku wyboru jego oferty w przedmiotowym postępowaniu i udzielenia mu zamówienia, przy wykonaniu przedmiotu zamówienia.

Zamawiający 13 maja 2025 r. skierował do ww. wykonawcy wezwanie: do wyjaśnienia Zobowiązania innego podmiotu do oddania do dyspozycji Wykonawcy zasobów niezbędnych do wykonania zamówienia w zakresie spełnienia przez jednostkę sprężetową Komatsu D65Px-18 KMT0D127KHA090811 wymaganych parametrów, w szczególności osiąganie przez wskazane spycharki wymaganej pojemności lemiesza. O ile sprzęt objęty zobowiązaniem podmiotu trzeciego nie spełniałby wymagań określonych w warunku – proszę o wyjaśnienie w jaki sposób warunek ten zostanie spełniony. Jeżeli będzie to spełnienie na podstawie udostępnienia sprzętu przez ten sam podmiot trzeci (ale innego sprzętu) lub inny podmiot trzeci – proszę na podstawie art. 128 ust. 1 Pzp o uzupełnienie (złożenie) zobowiązania zawierającego wszystkie wymagane art. 118 ust 4pkt 1) i 2) Pzp informacje.

Wykonawca przedstawił następujące wyjaśnienia:

(...) w wymaganym przez zamawiającego okresie realizacji przedmiotu umowy spycharka Komatsu D65PX-18 KMT0D127KHA090811 będzie spełniała wszystkie wymogi zamawiającego, a w tym w zakresie mocy "min. 150 kW" i "pojemności lemiesza min. 7,0 m³". W kwestii "mocy min. 150 kW" potwierdza to tabliczka znamionowa sprzętu (w zał.) W kwestii pojemność lemiesza "minimum 7,0 m³" wyjaśniam, że posiadam również pisemną (art. 78 ustawy kodeks cywilny z dnia 23 kwietnia 1964 r. tekst jednolity z dnia 21 czerwca 2024 r. Dz.U. z 2024 r. poz. 1061) zgodę podmiotu udostępniającego ww. sprzęt (OLKOP Hurtownia Oleśń i Paliw G.K.) na dostosowanie ww. spychacza do wymogów zamawiającego tj. stricte na zamontowanie osprzętu w postaci lemiesza powyżej 7 m³. Ww. usługę wykona podmiot profesjonalnie realizujący takie prace tj. HeviTech sp. z o.o. z siedzibą w Gądkach (). W załączeniu zdjęcie ww. tabliczki oraz oświadczenia firm OLKOP i HeviTech.

Pismem z 19 maja 2025 r. Zamawiający skierował do PRO-DIGGER następujące wezwanie do wyjaśnienia Zobowiązania innego podmiotu do oddania do dyspozycji Wykonawcy zasobów niezbędnych do wykonania zamówienia w zakresie spełnienia przez jednostkę sprężetową Komatsu D65EX-17 KMT0D117V01001202 wymaganych parametrów, w szczególności osiąganie przez wskazane spycharki wymaganej pojemności lemiesza. O ile sprzęt objęty zobowiązaniem podmiotu trzeciego nie spełniałby wymagań określonych w warunku – proszę o wyjaśnienie w jaki sposób warunek ten zostanie spełniony. Jeżeli będzie to spełnienie na podstawie udostępnienia sprzętu przez ten sam podmiot trzeci (ale innego sprzętu) lub inny podmiot trzeci – proszę na podstawie art. 128 ust. 1 Pzp o uzupełnienie (złożenie) zobowiązania zawierającego wszystkie wymagane art. 118 ust 4pkt 1) i 2) Pzp informacje.

Wykonawca przedstawił następujące wyjaśnienia:

(...) w wymaganym przez zamawiającego okresie realizacji przedmiotu umowy spycharka Komatsu D65EX-17 KMT0D117V01001202 będzie spełniała wszystkie wymogi zamawiającego, a w tym w zakresie mocy "min. 150 kW" i "pojemności lemiesza min. 7,0 m³". W kwestii "mocy min. 150 kW" potwierdza to tabliczka znamionowa sprzętu (w zał.) W kwestii pojemność lemiesza "minimum 7,0 m³" wyjaśniam, że posiadam również pisemną (art. 78 ustawy kodeks cywilny z dnia 23 kwietnia 1964 r. tekst jednolity z dnia 21 czerwca 2024 r. Dz.U. z 2024 r. poz. 1061) zgodę podmiotu udostępniającego ww. sprzęt (OLKOP Sp. z o.o.) na dostosowanie ww. spychacza do wymogów zamawiającego tj. stricte na zamontowanie osprzętu w postaci lemiesza powyżej 7 m³. Ww. usługę wykona podmiot profesjonalnie realizujący takie prace tj. HeviTech sp. z o.o. z siedzibą w Gądkach (<https://www.hevitech.com/uslugi/>). W załączeniu zdjęcie ww. tabliczki oraz oświadczenia firm OLKOP i HeviTech.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b i c ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, lub 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.

Stosownie do art. 118 ust. 1 ustawy Pzp, wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej podmiotów udostępniających zasoby, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków prawnych.

Art. 118 ust. 3 ustawy Pzp stanowi, że wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji podmiotów

udostępniających zasoby, składa, wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo odpowiednio wraz z ofertą, zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji danego zamówienia lub inny podmiotowy środek dowodowy potwierdzający, że wykonawca realizujący zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów.

Odnosząc się do kwestii skutecznego powołania się na zasoby innych podmiotów w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu dla obu zadań, podkreślić należy, że warunki udziału w postępowaniu Zamawiający określa w ogłoszeniu o zamówieniu i SWZ. Ocena spełniania warunków, w tym w przypadku polegania na zasobach innego podmiotu, nie można być dokonywana pod kątem wymagań niewyrażonych w ww. dokumentach. Zarzuty podniesione przez Odwołującego oparte są natomiast na takiej interpretacji warunków udziału w postępowaniu, która nie ma oparcia w ich brzmieniu nadanym przez Zamawiającego.

W odniesieniu do zadania 1 Odwołujący podniósł, że wykonawca PRO-DIGGER przedstawił zobowiązanie innego podmiotu do udostępnienia ładowarki Volvo L 180 F, która wbrew wymaganiom Zamawiającego nie posiada wagi. Powyższą tezę Odwołujący wywodzi z dokumentacji technicznej Volvo Construction Equipment, w świetle której ww. sprzęt nie jest wyposażony w wagę. Odwołujący pomija jednak, że w treści warunku Zamawiający nie wymagał, aby była to waga montowana fabrycznie i wprost wskazał, że oczekuje wyposażenia sprzętu w wagę bez legalizacji. Izba podziela zatem stanowisko Zamawiającego, że brak wzmianki o wadze w dokumentacji producenta nie może być podstawą uznania, że sprzęt nie spełnia wymagań określonych w warunku udziału w postępowaniu, może on być bowiem być dostosowany do wymagań tych poprzez zainstalowanie wagi bez legalizacji.

W odniesieniu do zadania 2 Odwołujący podniósł, że lemiesz w spycharkach, których dotyczy zobowiązanie do udostępnienia, nie mają wymaganej pojemności. Zauważyć jednak należy, że Zamawiający wezwał wykonawcę PRO-DIGGER, na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp, do wyjaśnienia zobowiązania w tym zakresie. Złożone wyjaśnienia z 13 i 19 maja 2025 r. potwierdzają, że spycharki te zostaną wyposażone przez profesjonalny podmiot, za zgodą właściciela, w lemiesz o wymaganej pojemności. Powyższe zostało potwierdzone oświadczeniami ww. podmiotów. Co istotne, w świetle warunku udziału w postępowaniu modyfikacja taka jest dopuszczalna, Zamawiający nie wymagał bowiem, aby spycharki były sprzętem oryginalnym, o fabrycznej konfiguracji.

Za oczywiście niezasadne należy uznać twierdzenie, że powyższe wyjaśnienia i oświadczenia doprowadziły do zmiany treści oferty. Podkreślenia wymaga, że Odwołujący kwestionuje prawidłowość dokumentu składanego na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, a ustawa w odniesieniu do takich dokumentów wprost przewiduje możliwość uzupełniania i wyjaśnienia. Art. 128 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w, podmiotowych środkach dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, a zgodnie z art. 128 ust. 4 ustawy Pzp zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści tych dokumentów. Odwołujący zdaje się nie czynić rozróżnienia między treścią oferty (zobowiązaniem wykonawcy co do cech i sposobu spełnienia świadczenia), która musi pozostać niezmienna, od spełniania warunków udziału w postępowaniu, tj. sytuacji podmiotowej wykonawcy. Niezależnie od powyższego, w ocenie Izby w rozpoznawanej sprawie doszło jedynie do wyjaśnienia złożonych zobowiązań, gdyby jednak nawet doszło do zmiany polegającej na usunięciu błędów czy braków przedstawionych zobowiązań, byłoby to działaniem dopuszczonym ustawą.

Odnosząc się do wniosku Odwołującego o przeprowadzenie dowodu z przedstawionej przez niego opinii prywatnej, a także dowodu z opinii biegłego z zakresu budowy maszyn, Izba stwierdziła, że oba wnioski dowodowe są nieprzydatne dla rozstrzygnięcia sprawy. Wnioski te odnoszą się do okoliczności wykraczających poza treść warunku udziału w postępowaniu oraz okoliczności, co do których ocena zgodności z warunkiem nie wymaga wiadomości specjalnych. Zauważyć należy, że Zamawiający nie określił wymagań dotyczących bezpieczeństwa czy świadectw dopuszczenia urządzeń ani nie wymagał sprzętu oryginalnego, zatem w świetle sformułowanego warunku wymiana lemiesz jest dopuszczalna.

Nie można zgodzić się z Odwołującym, że skoro ze złożonych oświadczeń wynika, że modyfikacja sprzętu dopiero ma zostać dokonana, to na dzień składania ofert wykonawca PRO-DIGGER nie spełniał warunku udziału w postępowaniu. Istotne jest, że wykonawca zapewnił sobie dysponowanie takim zmodyfikowanym sprzętem na czas realizacji zamówienia. Nie ma też wątpliwości, że poleganie na zasobach innych podmiotów dla celów spełniania warunków udziału w postępowaniu ze swej natury na etapie składania ofert ma charakter zobowiązania na przyszłość. Jak wskazano w publikacji Urzędu Zamówień Publicznych pn *Prawo zamówień publicznych. Komentarz* (wyd. 2021 r.): *W myśl art. 118 ust. 3 Pzp wykonawca, który zamierza polegać na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby, musi złożyć, wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo odpowiednio*

wraz z ofertą, zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby do oddaniu mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji danego zamówienia lub inny podmiotowy środek dowodowy potwierdzający, że wykonawca, realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów. Warunkiem koniecznym i zarazem wystarczającym do powołania się na zasoby podmiotu trzeciego jest potwierdzenie, że wykonawca, realizując zamówienie, będzie rzeczywiście dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów. Z powyższego wynika, iż wykonawca na etapie kwalifikacji podmiotowej nie musi jeszcze posiadać wymaganych zasobów ani nimi dysponować. Gdyby wykonawca był w posiadaniu niezbędnych urządzeń lub narzędzi na podstawie umowy najmu lub dzierżawy, nie musiałby korzystać ze zdolności innych podmiotów, ponieważ samodzielnie byłby w stanie spełnić warunki udziału w postępowaniu. Cytowany przepis dotyczy sytuacji, w której wykonawca, przewidując możliwość uzyskania zamówienia, wchodzi w relacje prawne z innymi podmiotami w celu uzyskania na przyszłość zasobów niezbędnych do realizacji umowy. Nie mając pewności, czy jego oferta okaże się najkorzystniejsza, wykonawca nie „inwestuje” w zasoby, co do których nie ma pewności, czy zostaną wykorzystane. Powyższą argumentację Izba w całości podziela.

Odnosząc się do oświadczenia HeviTech Sp. z o.o. o udzieleniu 1 miesiąca gwarancji na wymianę lemiesza, to Odwołujący – jak sam wskazał – jedynie na marginesie podniósł, że PRO-DIGGER SERVICES T.Š. do swoich wyjaśnień przedłożył oświadczenie firmy HeviTech Sp. z o.o. dające gwarancję jedynie na 1 miesiąc (jeden miesiąc) co nie może się ostać w ramach prowadzonego Zamówienia. Izba więc również jedynie na marginesie wskazuje, że Odwołujący nie podał żadnego postanowienia SWZ, które określałoby wymagania w zakresie gwarancji.

Izba nie podziela stanowiska Odwołującego, że zobowiązania podmiotów udostępniających zasoby są wadliwe, gdyż nie zawierają minimalnych wymaganych elementów. Zgodnie z art. 118 ust. 4 ustawy Pzp obowiązek podmiotu udostępniającego zasoby określa w szczególności: 1) zakres dostępnych wykonawcy zasobów podmiotu udostępniającego zasoby; 2) sposób i okres udostępnienia wykonawcy i wykorzystania przez niego zasobów podmiotu udostępniającego te zasoby przy wykonywaniu zamówienia; 3) czy i w jakim zakresie podmiot udostępniający zasoby, na zdolnościach którego wykonawca polega w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, zrealizuje roboty budowlane lub usługi, których wskazane zdolności dotyczą. Z przedstawionych przez PRO-DIGGER zobowiązań wynikają sprzęt, na jaki okres i w jakim celu będzie udostępnione. Nie wiadomo, co Odwołujący ma na myśli twierdząc, że w zobowiązaniach *brak jest jakichkolwiek składowych udostępnienia*. Z kolei niewskazanie konkretnego stosunku zobowiązaniowego nie świadczy o wadliwości zobowiązania, istotne jest samo istnienie takiego stosunku. Stosownie do art. 118 ust. 1 Pzp możliwość udostępnienia zasobów jest niezależna od charakteru prawnego stosunku łączącego wykonawcę z podmiotem trzecim. Odnosząc się natomiast do zarzutu, że w odniesieniu do zadania 1 *nie określono liczby ładowarek, określono jedynie VOLVO L180F, które nie spełnia wymogów stawianych przez SWZ*, wskazać należy, że postępowanie jest prowadzone z zastosowaniem tzw. procedury odwróconej, co oznacza, że podmiotowe środki dowodowe będą składane przez wykonawcę, którego oferta okaże się najkorzystniejsza po przeprowadzeniu aukcji elektronicznej. Na obecnym etapie postępowania Zamawiający dysponuje jedynie zobowiązaniami do udostępnienia zasobów, które – stosownie do art. 118 ust. 3 ustawy Pzp – musiały zostać złożone wraz z ofertą. Należy jednak mieć na uwadze, że ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu będzie dokonywana z uwzględnieniem kompletu dokumentów. Jeżeli zobowiązanie do udostępnienia sprzętu czytane łącznie z wykazem urządzeń nie będzie jasne co do liczby ładowarek będących zasobem użyczonym, Zamawiający będzie miał możliwość wezwania wykonawcy do uzupełnienia lub wyjaśnienia podmiotowych środków dowodowych na podstawie odpowiednio art. 128 ust. 1 lub ust. 4 ustawy Pzp.

Odnosząc się do kwestii spełniania przez wykonawcę PRO-DIGGER warunku dotyczącego doświadczenia, to Odwołujący jedynie na marginesie zanegował posiadanie przez ww. wykonawcę wymaganego doświadczenia, wskazując, że działa on od 2023 r., co powoduje wątpliwości co do spełniania warunku doświadczenia. Trudno stwierdzić, w jakim celu Odwołujący przedstawił tego typu stwierdzenia *na marginesie*, z pewnością nie może to być uznane za prawidłowo sformułowany zarzut, sprowadza się to bowiem jedynie do wyrażenia wątpliwości Odwołującego. Podkreślenia wymaga również, że wobec zastosowania w przedmiotowym postępowaniu procedury odwróconej, kwestia spełniania tego warunku nie była na obecnym etapie postępowania badana.

Za oczywiście niezasadny należy uznać zarzut dotyczący rażąco niskiej ceny oferty wykonawcy PRO-DIGGER. Pomijając błędną kwalifikację prawną tego zarzutu w petitum odwołania, wskazać należy, że nie został on skonkretyzowany co do podstaw faktycznych i jest całkowicie gołosłowny. Odwołujący ograniczył się jedynie do stwierdzenia, że *wartość brutto w kwocie 11 935 137,66 złotych w żadnej mierze nie może zostać uznana za adekwatną do zakresu zamówienia, który uznać trzeba za istotnie obszerny* i przytoczył fragmenty uzasadnień wyroków Izby. Ponadto Odwołujący całkowicie pominął, że ww. wykonawca nie był wzywany do złożenia wyjaśnień dotyczących zaferowanej ceny, co samo w sobie przesądza o niemożliwości odrzucenia oferty z uwagi na rażąco niską cenę.

Wobec niestwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, odwołanie podlegało oddaleniu.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 8 ust. 2 pkt 1 , stosownie do wyniku postępowania obciążając kosztami Odwołującego.

Przewodnicząca:.....