

**WYROK**  
**z dnia 13 maja 2021 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodnicząca: Magdalena Grabarczyk**

**Protokolant: Adam Skowroński**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 maja 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 kwietnia 2021 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia A. Z. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Odzieżowe DRWAL A. Z. we Włocławku, Narzędzia dla Leśnictwa GRUBE sp. z o.o. w Suchym Lesie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Regionalną Dyрекcję Lasów Państwowych w Zielonej Górze działającą w imieniu własnym oraz 20 nadzorowanych nadleśnictw:

1. Lasy Państwowe Nadleśnictwo Cybinka
2. Lasy Państwowe Nadleśnictwo Brzózka
3. Lasy Państwowe Nadleśnictwo Gubin
4. Lasy Państwowe Nadleśnictwo Krosno
5. Nadleśnictwo Krzystkowice
6. Nadleśnictwo Lipinki
7. Lasy Państwowe Nadleśnictwo Lubsko
8. Nadleśnictwo Nowa Sól
9. Nadleśnictwo Sława Sł.
10. Nadleśnictwo Sulechów
11. Nadleśnictwo Świebodzin
12. Nadleśnictwo Szprotowa
13. Nadleśnictwo Torzym
14. Nadleśnictwo Wolsztyn
15. Nadleśnictwo Wymiarki
16. Nadleśnictwo Zielona Góra z s.w Wilkanowie
17. Lasy Państwowe Nadleśnictwo Babimost
18. Lasy Państwowe Nadleśnictwo Przytok
19. Nadleśnictwo Żagań
20. Nadleśnictwo Bytnica

przy udziale wykonawcy PZTL Silvapol S.A. w Poznaniu zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz wykluczenia odwołujących się wykonawców z postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) i nakazuje powtórzenie czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz czynności badania i oceny ofert;

2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołujących się wykonawców tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od zamawiającego na rzecz odwołujących się wykonawców kwotę 18.600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą zwrot kosztów postępowania poniesionych z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) w związku z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2019 poz. 2020) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

**Przewodnicząca:** .....

### **Uzasadnienie**

Zamawiający – Regionalna Dyrekcja Lasów Państwowych w Zielonej Górze działając w imieniu własnym oraz 20 nadzorowanych nadleśnictw:

1. Lasy Państwowe Nadleśnictwo Cybinka
2. Lasy Państwowe Nadleśnictwo Brzózka
3. Lasy Państwowe Nadleśnictwo Gubin
4. Lasy Państwowe Nadleśnictwo Krosno
5. Nadleśnictwo Krzystkowice
6. Nadleśnictwo Lipinki
7. Lasy Państwowe Nadleśnictwo Lubsko
8. Nadleśnictwo Nowa Sól
9. Nadleśnictwo Sława Sł.
10. Nadleśnictwo Sulechów
11. Nadleśnictwo Świebodzin
12. Nadleśnictwo Szprotowa
13. Nadleśnictwo Torzym
14. Nadleśnictwo Wolsztyn
15. Nadleśnictwo Wymiarki
16. Nadleśnictwo Zielona Góra z siedzibą w Wilkanowie
17. Lasy Państwowe Nadleśnictwo Babimost
18. Lasy Państwowe Nadleśnictwo Przytok
19. Nadleśnictwo Żagań
20. Nadleśnictwo Bytnica

– prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest dostawa sortów mundurowych leśnika na potrzeby biura RDLP i 20 nadzorowanych nadleśnictw na lata 2021 – 2022. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 24 grudnia 2020 r. pod nr 2020/S 251-628676. Wartość zamówienia jest większa niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W związku z przesłaniem przez zamawiającego informacji o wyniku postępowania wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: A. Z. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Odzieżowe DRWAL A. Z. we Włocławku, Narzędzia dla Leśnictwa GRUBE sp. z o.o. w Suchym Lesie wnieśli odwołanie 6 kwietnia 2021 r. Zachowany został termin ustawowy i obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy przez ich błędne zastosowanie i wykluczenie odwołującego z udziału w postępowaniu z powodu nie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, podczas gdy odwołujący wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu;
2. art. 26 ust. 3 i art. 26 ust. 4 Pzp przez jego niezastosowanie i zaniechanie wezwania do wyjaśnień w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego i odrzucenia jego oferty oraz o dokonanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołujący stwierdził, że z treści pisma zamawiającego nie sposób wywnioskować, czy zamawiający uznał, że odwołujący nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia i stanowi to podstawę wykluczenia. Z ostrożności procesowej odwołujący podniósł, że również w zakresie wiedzy i doświadczenia, odwołujący spełnia wymagania określone przez zamawiającego.

Zarzucił, że na podstawie oświadczenia zawartego w Jednolitym Europejskim Dokumencie Zamówienia, dalej jako JEDZ, zgodnie z którym: „Punkt zaopatrzeniowy w sorty mundurowe zlokalizowany w Zielonej Górze przy ulicy Dąbrowskiego 57 o powierzchni 170 m<sup>2</sup>, w odległości od przystanku komunikacji publicznej wynoszącej 0,35 km. Wykonawca skorzysta z punktu na podstawie umowy najmu”, zamawiający powinien uznać, że odwołujący samodzielnie wykazał spełnianie warunku udziału w postępowaniu i nie zachodziła konieczność powoływania się na udostępnianie zasobów przez podmiot trzeci. Za błędne odwołujący uznał oczekiwanie zamawiającego dotyczące wykazania przez podmiot „teoretycznie” udostępniający swoje zasoby podstawy dysponowania punktem. Podkreślił, że jeżeli zamawiający miał wątpliwości co do podstaw dysponowania punktem zaopatrzeniowym, to mógł te wątpliwości rozstrzygnąć w drodze wezwania do złożenia wyjaśnień, chociaż w świetle postanowień Pzp oraz SIWZ przepisy nie wymagają wykazania podstawy dysponowania - w tym przypadku punktem zaopatrzeniowym - przez podmiot trzeci.

Odnosząc się natomiast do wykluczenia z powodu nie wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, odwołujący wywiódł, że jeżeli zamawiający również na tej podstawie wykluczył wykonawcę, to wskazać należy, że po pierwsze odwołujący nigdy nie został wezwany do uzupełnienia JEDZ lub wykazu dostaw. Zamawiający, jeżeli uznał, że złożone dokumenty nie potwierdzają spełniania warunku udziału w postępowaniu, powinien wystosować wezwanie w tym zakresie. Po drugie, odwołujący wskazał, że dostawa realizowana na rzecz ZPUH Olsztyn spełnia wymagania zamawiającego określone w SIWZ.

Wykonawca PZTL Silvapol S.A. w Poznaniu przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i przeprowadziła rozprawę, podczas której strony i uczestnik podtrzymali dotychczasowe stanowiska.

**Izba ustaliła, co następuje:**

Zamawiający ustalił następujące warunki udziału w postępowaniu w odniesieniu do zdolności technicznej lub zawodowej:

1. W zakresie doświadczenia (rozdział 5 pkt 2 ppkt 2) lit. a) SIWZ): warunek zostanie uznany za spełniony, jeśli wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, zrealizował co najmniej 1 dostawę umundurowania dla jednostek Lasów Państwowych, wojska, policji, straży pożarnej, straży granicznej lub innych służb mundurowych, której realizacja w okresie nieprzekraczającym 12 miesięcy wyniosła nie mniej niż 1.000.000 zł brutto. Przez jedną dostawę zamawiający rozumie dostawę w ramach jednej zakończonej umowy co najmniej munduru typu „wyjściowego/galowego” oraz munduru typu „codziennego”/”terenowego”;
2. W zakresie potencjału technicznego (rozdział 5 pkt 2 ppkt 2) lit. b) SIWZ) warunek ten zostanie uznany za spełniony, jeśli wykonawca wykaże, że dysponuje lub będzie dysponował punktem zaopatrzeniowym w sorty mundurowe, z którego będzie mógł korzystać zamawiający w celu realizacji zamówienia, zlokalizowanym w Zielonej Górze w obrębie miasta w granicach administracyjnych obowiązujących do dnia 31.12.2014 r. o powierzchni co najmniej 150 m<sup>2</sup>. Położenie punktu zaopatrzeniowego w sorty mundurowe winno być również dogodne z uwagi na konieczność dojazdu środkami komunikacji publicznej np. PKS, MZK itp., tj. zlokalizowane w odległości mierzonej po drogach publicznych nie większej niż 0,5 km od przystanku.

W instrukcji wypełniania JEDZ), zawartej w rozdziale 6 pkt 1 lit a) tiret czternasty i piętnasty SIWZ, zamawiający wskazał, że:

- na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie doświadczenia, we wskazanej części JEDZ należy podać informacje na temat podmiotu, na rzecz którego dostawy zostały wykonane (ze wskazaniem nazwy i jego siedziby), terminu wykonywania dostawy (dat dziennych rozpoczęcia i zakończenia realizacji), przedmiotu oraz wartości (brutto) wykonanych dostaw.

- na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie potencjału technicznego, we wskazanej części JEDZ należy podać informacje na temat adresu punktu, jego powierzchni, odległości punktu do najbliższego przystanku komunikacji publicznej mierzonej po drogach publicznych (km) oraz podstawy dysponowania tym punktem.

Wykonawcy zobowiązani byli do oferty załączyć formularz JEDZ celem wstępnego potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw wykluczenia z postępowania.

W postępowaniu złożono dwie oferty. Zamawiający jako najkorzystniejszą ocenił ofertę odwołującego, w związku z czym przystąpił do jej badania.

Dla wykazania warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia odwołujący wskazał, umowę wykonaną w okresie 01.02.2019-31.01.2020 na rzecz Zakładu Produkcyjno-Usługowo-Handlowego Lasów Państwowych w Olsztynie o wartości 1.177.765,19 zł obejmującą dostawę munduru typu wyjściowego/galowego oraz munduru typu codziennego/terenowego. Spółka Narzędzia dla Leśnictwa GRUBE sp. z o.o. w złożonym JEDZ wskazała: „Punkt zaopatrzeniowy w sorty mundurów zlokalizowany w Zielonej Górze przy ulicy Dąbrowskiego 57 o powierzchni 170 m<sup>2</sup>, w odległości od przystanku komunikacji publicznej wynoszącej 0,35 km. Wykonawca skorzysta z punktu na podstawie umowy najmu.

Pismem z 19 lutego 2020 r. zamawiający działając na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp wezwał odwołującego do wyjaśnień. Żądał wskazania, czy daty 1.02.2019 - 31.01.2020 r. są datami rozpoczęcia i zakończenia realizacji dostawy, czy jest to jedynie okres 12 miesięcy uwzględniony do wyliczenia wymaganej wartości brutto i czy dostawy ujęte w JEDZ były realizowane w ramach jednej umowy. Ponadto zamawiający oczekiwał wyjaśnienia, czy mowa najmu wskazana jako podstawa dysponowania punktem zaopatrzeniowym została zawarta/zostanie zawarta w celu związanym wyłącznie z realizacją niniejszego zamówienia oraz na okres jego realizacji, czy jest to umowa już zawarta w związku ze stałym wykorzystywaniem przez wykonawcę wynajmowanego punktu w związku z prowadzoną działalnością gospodarczą? Pismem z 22 lutego 2021 r. odwołujący udzielił wyjaśnień. W odniesieniu do punktu zaopatrzenia wskazał, że umowa najmu zostanie zawarta po wyborze oferty odwołującego wyłącznie w celu realizacji umowy na rzecz zamawiającego.

Pismem z 5 marca 2021 r. działając na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp zamawiający wezwał odwołującego do złożenia poprawionego JEDZ dla Narzędzia dla Leśnictwa GRUBE sp. z o.o. Zamawiający uznał, że odwołujący w celu wykazania dysponowania punktem zaopatrzenia powołał się na zasoby innego podmiotu. Zamawiający żądał również złożenia JEDZ przez ten podmiot oraz zobowiązania do udostępnienia odwołującemu zasobów niezbędnych do wykonania zamówienia.

Odwołujący uzupełnił wymagane oświadczenia i dokumenty. Oświadczenie JEDZ podmiotu udostępniającego punkt zaopatrzenia nie zawiera informacji na temat podstawy dysponowania tym punktem przez podmiot udostępniający go odwołującemu.

Pismem z 24 marca 2021 r. zamawiający poinformował odwołującego o wykluczeniu go z postępowania i odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 oraz ust. 12 w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 Pzp oraz 24 ust. 4 Pzp. W uzasadnieniu wskazał, że jednym z warunków udziału w postępowaniu, zgodnie z postanowieniami pkt 2 ppkt 2 lit. b) SIWZ było dysponowanie odpowiednim punktem zaopatrzeniowym zlokalizowanym w Zielonej Górze. Odwołujący nie wykazał spełnienia tego warunku, ponieważ podmiot udostępniający zasoby w tym zakresie, w formularzu JEDZ nie podał informacji na temat podstaw dysponowania udostępnianym punktem. Zamawiający wskazał również, że dokumenty złożone przez odwołującego budzą również wątpliwości w zakresie spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganej wiedzy i doświadczenia.

W tym stanie rzeczy odwołujący wniósł odwołanie.

Prezentowane ustalenia zostały dokonane na podstawie dowodów z wymienionych dokumentów, które w formie kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem przez zamawiającego znajdują się w dokumentacji postępowania.

**Izba zważyła, co następuje:**

Zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 poz. 2020 ze zm.) do postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe. Natomiast stosownie do art. 92 ust. 2 powołanej ustawy do postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.). W związku z tym Izba rozpoznała odwołanie stosując w zakresie procedury odwoławczej przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) dalej jako: „nPzp”, natomiast do oceny zarzutów odwołania przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.).

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 505 ust. 1 nPzp. Jest wykonawcą, który złożył ofertę i ma interes w uzyskaniu danego zamówienia. Zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów powodują, że odwołujący, może ponieść szkodę w postaci utraty możliwości uznania jego oferty za najkorzystniejszą. Przesłanki wymagane ustawą zostały więc spełnione.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Okoliczności faktyczne są niesporne. Przedmiotem sporu jest ocena, czy odwołujący wykazał warunek udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania punktem zaopatrzenia w sposób wymagany przepisami ustawy oraz SIWZ. W informacji o wykluczeniu zamawiający wskazał, że ma wątpliwości co do wykazania przez odwołującego warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia bez ich skonkretyzowania. Zamawiający nie wskazał, że wyklucza odwołującego z powodu braku wykazania warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia, ani nie wskazał, co budzi jego wątpliwości lub jakiego elementu zawartego w opisie warunku odwołujący nie spełnia. Izba uznała zatem, że warunek dotyczący wiedzy i doświadczenia nie był uwzględniony przez zamawiającego jako podstawa czynności wykluczenia. Ponieważ stosownie do art. 513 pkt 1 nPzp odwołanie przysługuje wobec czynności zamawiającego, Izba rozpoznała odwołanie w odniesieniu do zarzutów adresowanych do czynności wykluczenia odwołującego z uwagi na wskazane w niej okoliczności faktyczne i prawne dotyczące dysponowaniem punktem zaopatrzenia. Nieskonkretyzowane przez zamawiającego wątpliwości nie mogą zostać uznane za okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające czynność wykluczenia.

Przepisy ustawy nie precyzują pojęć „dysponowanie bezpośrednio” oraz „dysponowanie pośrednio”. Zostały one wypracowane w orzecznictwie i odnoszą się do więzi prawnej między wykonawcą ubiegającym się o udzielenie zamówienia a zdolnościami niezbędnymi do wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, a tym samym do prawidłowego wykonania umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Izba zgodziła się z zamawiającym, że w okolicznościach sporu punkt zaopatrzeniowy stanowi zasób podmiotu trzeciego. Potwierdza to w istocie stanowisko prezentowane przez odwołującego. W przywołanym przez niego wyroku Sądu Okręgowego Warszawa - Praga w Warszawie z 8 kwietnia 2011 r. sygn. akt IV Ca180/II, sąd stwierdził że „w obrocie powszechnie spotykane jest, że poszczególne podmioty - nie będąc właścicielami rzeczy dysponują nimi przykładowo jako użytkownicy, najemcy, dzierżawcy lub też leasingobiorcy. Rzeczy te nie są jednak wtedy uznawane za zasoby osób trzecich, gdyż istnienie stosunku zobowiązaniowego uprawniającego dany podmiot do posiadania i używania danej rzeczy jest wystarczające do uznania, że dysponuje on nią w rozumieniu ustawy Pzp”. W opisanej przez sąd sytuacji wykonawca dysponuje już daną rzeczą na podstawie umowy użytkowania, najmu, dzierżawy lub leasingu, podczas gdy w okolicznościach sporu odwołujący nie zawarł jeszcze umowy najmu dotyczącej punktu zaopatrzenia. Z oświadczeń złożonych zamawiającemu wynika natomiast, że umowa taka zostanie zawarta po ewentualnym wyborze oferty odwołującego jako najkorzystniejszej. W konsekwencji na dzień złożenia oferty punkt zaopatrzenia nie może być uznany za zasób odwołującego.

W ocenie Izby odwołujący w wystarczający sposób wykazał dysponowanie punktem zaopatrzenia. Podmiot udostępniający ten zasób zobowiązał się bowiem do tego, a treść tego zobowiązania nie jest kwestionowana. Art. 22a ust. 2 Pzp stanowi, że wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów, musi udowodnić zamawiającemu, że realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów, w szczególności przedstawiając zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia. Zobowiązanie do udostępnienia zasobów jest zatem podstawowym dowodem na okoliczność dysponowania przez wykonawcę danym zasobem, a tym samym zdolnościami do prawidłowego wykonania umowy.

Izba zważyła, że brak wskazania w JEDZ podmiotu udostępniającego zasób w postaci punktu zaopatrzenia podstawy na jakiej on sam dysponuje tym punktem, nie może stanowić podstawy do uznania, że odwołujący nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu i podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp.

Po pierwsze, wbrew twierdzeniom zamawiającego, SIWZ w żadnym postanowieniu nie nakazuje wprost, aby oświadczenia podmiotu udostępniającego swój zasób były tak samo szczegółowe, jak oświadczenia wykonawcy. Przeciwnie, przywoływane przez zamawiającego postanowienia SIWZ odnoszą się wprost do wykonawcy i nie zawierają odesłania pozwalającego stosowanie ich wobec podmiotu udostępniającego swój zasób. Zamawiający nie może zatem



wywodzić z nich skutku niekorzystnego dla odwołującego.

Po drugie, art. 14 Pzp nakazuje do czynności stron postępowania o udzielenie zamówienia w zakresie nie uregulowanym przez ustawę stosować przepisy kodeksu cywilnego. Zamawiający natomiast, uznając brak wskazania podstawy dysponowania punktem zaopatrzenia przez podmiot udostępniający swój zasób, pominął regulacje prawa cywilnego zawarte w Tytule IV kodeksu cywilnego. Art. 336 k.c. stanowi, że posiadaczem rzeczy jest zarówno ten, kto nią faktycznie włada jak właściciel (posiadacz samoistny), jak i ten, kto nią faktycznie włada jak użytkownik, zastawnik, najemca, dzierżawca lub mający inne prawo, z którym łączy się określone władztwo nad cudzą rzeczą (posiadacz zależny). Zgodnie z art. 337 k.c. posiadacz samoistny nie traci posiadania przez to, że oddaje drugiemu rzecz w posiadanie zależne. Natomiast przepisy art. 339 – 341 k.c. zawierają domniemania: samoistnego posiadania, posiadania ciągłego oraz zgodności posiadania rzeczy z prawem. W związku z tym, jeśli zamawiający miał wątpliwości co do tego, że podmiot udostępniający swe zasoby odwołującemu jest posiadaczem punktu zaopatrzenia, mógł i powinien był żądać potwierdzenia tej okoliczności przez żądanie wyjaśnień. Zamawiający tego nie uczynił, lecz dokonał wykluczenia odwołującego z udziału postępowania. Czynność ta została dokonana z naruszeniem art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp. W konsekwencji uznanie oferty odwołującego za odrzuconą narusza art. 24 ust. 4 Pzp.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 522 ust. 4 art. 553 ust. 1, art. 554 ust. 1 nPzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji. O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 574 i 575 nPzp, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w kwocie 3.600 zł stosownie do z § 5 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

**Przewodniczący:** .....