

Sygn. akt: KIO 836/17

WYROK

z dnia 12 maja 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Kisiel

Protokolant: Mateusz Zientak

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 10 maja 2017 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 kwietnia 2017 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **1. A. G. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą G. A. A.M. T. z siedzibą w (...), 2. S. T., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą T. S. D. z siedzibą w Ć.** w postępowaniu prowadzonym przez **P. T.-H. U. „I.” Sp. z o.o. z siedzibą w B.**

orzeka:

1. oddała odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **1. A. G. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą G. A. A.M. T. z siedzibą w (...), 2. S. T., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą T. S. D. z siedzibą w Ć. i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **1. A. G. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą G. A. A.M. T. z siedzibą w (...), 2. S. T., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą T. S. D. z siedzibą w Ć** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.3. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **1. A. G. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą G. A. A.M. T. z siedzibą w (...), 2. S. T., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą T. S. D. z siedzibą w Ć** na rzecz **P. T. –H.-U. „I.” Sp. z o.o. z siedzibą w B.** kwotę **270 zł 00 gr** (słownie: dwieście siedemdziesiąt złotych, zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Katowicach.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

P. T.-H.-U. „I.” Sp. z o.o. z siedzibą w B.(dalej: „Zamawiający”), na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia, pt. „Najem maszyn w zakresie robót drogowych oraz środków transportowych wraz z obsługą”.

Szacunkowa wartość przedmiotowego zamówienia jest niższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu o numerze (...) - 2017 zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 15 marca 2017 r.

W dniu 18 kwietnia 2017 r. wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. A. G. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą G. A. A.M. T. z siedzibą w (...), 2. S. T., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą T. S. D. z siedzibą w Ć. (dalej: „Odwołujący”) zostali powiadomieni, w formie elektronicznej przez Zamawiającego o wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp oraz odrzuceniu oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp. W tym samym dniu Zamawiający, w formie elektronicznej, poinformował Odwołującego o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp, ponieważ cena oferty z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

W dniu 24 kwietnia 2017 r. Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności Zamawiającego, polegających na:

1. wykluczeniu na podstawie art 24 ust 1 pkt 16 ustawy Odwołującego, pomimo braku podstaw do dokonania tej czynności;
2. odrzuceniu na podstawie art. 89 ust 1 pkt 5 ustawy oferty Odwołującego, pomimo braku podstaw do dokonania tej czynności.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy:

1. art 24 ust 1 pkt 16 ustawy, przez jego błędne zastosowanie, a w konsekwencji przyjęcie, iż Odwołujący działając z zamiarem lub rażąco niedbale, wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu lub spełnia warunki udziału w postępowaniu, mimo iż okoliczności takich nic można wywieść ze stanu faktycznego niniejszej sprawy;
2. art. 89 ust 1 pkt 5 ustawy, przez jego błędne zastosowanie, a w konsekwencji przyjęcie, iż oferta Odwołującego winna zostać odrzucona, mimo iż nie można odnaleźć podstaw do dokonania takiej czynności;
3. art 92 ust 1 pkt 2 i pkt 3 ustawy, przez jego niezastosowanie, a w konsekwencji nie przedstawienie pełnego uzasadnienia faktycznego i prawnego informacji o wykluczeniu i odrzuceniu oferty wykonawcy, przez co Odwołujący nie posiada wiedzy na temat rzeczywistej podstawy wykluczenia bądź odrzucenia jego oferty go z postępowania;
4. art 26 ust 4 ustawy, przez jego niezastosowanie, a w konsekwencji zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie wątpliwości, które miał Zamawiający odnośnie dokumentów złożonych wraz z ofertą oraz dokumentów złożonych w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 11 kwietnia 2017 r.;
5. art 26 ust 3 ustawy, przez jego niezastosowanie, a w konsekwencji zaniechanie wezwania Odwołującego do udzielenia wyjaśnień w zakresie oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, złożonych wraz z ofertą oraz dokumentów, złożonych w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 11 kwietnia 2017 r., pomimo posiadania przez Zamawiającego wątpliwości co do ich treści i kompletności.

Odwołujący wnosił o:

- uwzględnienie odwołania w całości;
- unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania;
- unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego z postępowania;
- unieważnienie czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego;
- nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności oceny i wyboru ofert niepodlegających odrzuceniu (w tym wezwania do wyjaśnień w przypadku powzięcia

wątpliwości odnośnie treści oświadczeń i dokumentów złożonych przez Odwołującego);

- obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania.

W uzasadnieniu Odwołujący wyjaśniał, że złożył ofertę dnia 24 marca 2017 r. W dniu 3 kwietnia 2017 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty, tj. oferty Odwołującego. Następnie w dniu 10 kwietnia 2017 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców o unieważnieniu czynności oceny i wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 3 kwietnia 2017 r. i o ponownej ocenie i wyborze najkorzystniejszej oferty.

W dniu 11 kwietnia 2017 roku Zamawiający skierował do Odwołującego wezwanie do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 26 ust 4 ustawy „w związku z powzięciem informacji w dniu 10 kwietnia 2017 r., dotyczącej złożenia przez Konsorcjum firm [...] nieprawdziwych oświadczeń potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu przetargowym ZP-2/2017” Mając na uwadze powyższe, Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących złożonych dokumentów i oświadczeń w ofercie przetargowej, a to „do złożenia dokumentów potwierdzających, że wykazane w oświadczeniu pojazdy (Załącznik na 11 do SIWZ o dysponowaniu sprzętem [...]), faktycznie są w dyspozycji Wykonawcy. W celu spełnienia powyższego Zamawiający wzywa do złożenia dowodów rejestracyjnych wykazanych pojazdów bądź polis obowiązkowego ubezpieczenia komunikacyjnego lub dokumentów uprawniających do poruszania się pojazdem po drogach”.

W dniu 12 kwietnia 2017 r. Odwołujący złożył wyjaśnienia, dołączając do nich żądane przez Zamawiającego dokumenty.

W dniu 18 kwietnia 2017 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o wykluczeniu go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy oraz odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy podając, iż „wezwał Wykonawcę do złożenia dokumentów potwierdzających, że wykazany sprzęt w oświadczeniu Wykonawcy [..] jest w jego dyspozycji i stanowi własność Wykonawcy - zgodnie z treścią oświadczenia”. Jednocześnie Zamawiający stwierdził, iż w jego ocenie Odwołujący złożył w ofercie informacje nieprawdziwe, wprowadzające w błąd Zamawiającego. Wskazał, iż Odwołujący w ofercie stwierdził, iż dysponuje sprzętem niezbędnym do wykonania usługi, a sposób jego dysponowania określił jako własność. Zarzuty Zamawiającego sprowadziły się do dwóch pozycji - pozycji 5 oraz pozycji 6 wykazu, w których Odwołujący wpisał dwa podnośniki koszone - marki S. (rok produkcji 1989) oraz marki M. (rok produkcji 2000). Z kolei do wyjaśnień załączył dowody rejestracyjne pojazdów M. (rok produkcji 1994) oraz J. (rok

produkcji 1993) — pojazd typu żuraw samochodowy. W przedstawionych dowodach rejestracyjnych w polu dane posiadacza pojazdu/ właściciela pojazdu wpisano J. T. S. Zamawiający błędnie wywiódł, iż ze złożonych dokumentów wynika, że Wykonawca nie dysponuje na własność wskazanym sprzętem.

Zdaniem Odwołującego z taką argumentacją oraz sposobem postępowania przez Zamawiającego nie można się zgodzić.

1. Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp

Zgodnie z treścią normy art 24 ust 1 pkt 16 ustawy Zamawiający wyklucza z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub niżącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej "kryteriami selekcji", lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów.

Mając na uwadze ratio legis wprowadzonej nowelizacji w opinii Odwołującego wskazać należy, iż stosując powyższy przepis Zamawiający obowiązany jest do wykazania (udowodnienia):

1. strony podmiotowej czynu (zamierzone działanie lub rażące niedbalstwo),
2. strony przedmiotowej czynu (wprowadzenie w błąd przy przedstawieniu informacji zatajenie informacji, niemożność przedstawienia dokumentów),
3. zakresu przedmiotowego informacji (informacje o niepodleganiu wykluczeniu, informacje o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu).

W ocenie Odwołującego powyższemu obowiązkowi Zamawiający nie sprostał. Zamawiający wystosował do Odwołującego wezwanie w trybie art 26 ust. 4 ustawy ogólne w swojej treści wezwanie do przedstawienia konkretnych dokumentów, dotyczących wskazanych przez wykonawcę pojazdów, iż faktycznie są w dyspozycji wykonawcy. Zamawiający błędnie więc wskazuje w piśmie dot. wykluczenia Odwołującego, iż wzywał go do złożenia dokumentów potwierdzających, iż zadeklarowany sprzęt jest w jego dyspozycji i stanowi własność wykonawcy — zgodnie z treścią oświadczenia.

Odwołujący twierdził, że mając na uwadze powyższe wezwanie złożył wymagane przez Zamawiającego dokumenty, dotyczące wskazanych w wykazie pojazdów.

Zamawiający opiera swoją argumentację na przedstawionych przez Odwołującego dowodach rejestracyjnych, z których dwa złożone zostały dla pojazdów:

- 1) M.(tok produkcji 1994) — podnośnik koszowy
- 2) J. (rok produkcji 1993) - pojazd typu żuraw samochodowy a w polu dane posiadacza pojazdu/właściciela pojazdu wpisano J. T. S.

W związku z powyższym, zdaniem Odwołującego, decyzja Zamawiającego co do wykluczenia Odwołującego z postępowania podjęta została przedwcześnie, w sposób arbitralny i bez rozważenia wszystkich okoliczności sprawy.

Po pierwsze wskazać należy, iż w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, otrzymał on podwójnie dowód rejestracyjny pojazdu matki M. oraz pojedynczy dowód rejestracyjny pojazdu marki J., który nie został uprzednio wskazany przez Odwołującego w wykazie sprzętu.

Odwołujący podnosił, że powyższe powinno nasunąć Zamawiającemu wątpliwości, które winien on wyjaśnić w trybie przewidzianym ustawą, a nie podejmować decyzje o wykluczeniu wykonawcy z postępowania.

Po drugie wskazywał, iż dowód rejestracyjny pojazdu nie jest dokumentem przeznaczonym do wykazania stanu posiadania pojazdu, ale (zgodnie z przepisem art. 71 ustawy z dnia 20 czerwca 1997 roku Prawo o ruchu drogowym, Dz. U. z 2017 r. poz. 128 j.t. ze zm.) dokumentem stwierdzającym dopuszczenie do ruchu. Samo więc zapoznanie się z dokumentem - dowodem rejestracyjnym nie przesadza o stosunkach własnościowych dotyczących pojazdu. W związku z powyższym Zamawiający winien więc powstałe po jego stronie wątpliwości wyjaśnić w trybie przewidzianym ustawą.

Po trzecie Zamawiający nie może wykluczyć sytuacji, w której wykonawca biorący udział w postępowaniu, w sytuacji gdy sam nie spełnia warunków udziału w postępowaniu może polegać na zasobach podmiotu trzeciego, które są mu na potrzeby danego postępowania udostępniane.

Mając na uwadze powyższe - w przypadku wątpliwości co do złożonych dokumentów Zamawiający winien podjąć dalej idące kroki w celu wyjaśnienia rzeczywistej sytuacji Odwołującego w postępowaniu i ustalić, czy przedstawione na wezwanie Zamawiającego pojazdy są w posiadaniu wykonawcy, czy też są mu udostępniane przez podmiot trzeci - w takim wypadku winien wezwać wykonawcę w trybie przewidzianym w art. 26 ust. 3 ustawy do złożenia odpowiedniego dokumentu (np. zobowiązania do udostępnienia zasobów), a nie podejmować decyzje o wykluczeniu Odwołującego z postępowania.

Wobec tego zdaniem Odwołującego Zamawiający arbitralnie i przedwcześnie podjął decyzję o wykluczeniu Odwołującego z postępowania, bez rozpoznania istoty sprawy.

Ratio legis wprowadzonego nowelizacją przepisu art 24 ust 1 pkt 16 sprowadza się do celowego wprowadzenia Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, iż spełnia on warunki udziału w postępowaniu.

W niniejszej sprawie nie mamy do czynienia ze spełnieniem podstawowych przesłanek umożliwiających zastosowanie powyższej podstawy wykluczenia.

Zgodnie z rozdziałem 5.1 siwz, pkt 3.2 - warunkiem udziału w postępowaniu było dysponowanie do realizacji zadania wskazanym przez Zamawiającego sprzętem.

Mając na uwadze powyższe warunkiem udziału w postępowaniu nie jest (wymagany przez Zamawiającego do wskazania w załączniku nr 11 do siwz) ani rok produkcji, ani sposób dysponowania sprzętem.

W związku z powyższymi informacjami, że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu, sprowadza się do informacji na temat samego sprzętu, a nie do informacji o podstawach dysponowania czy nie też informacji o dacie jego produkcji, bowiem Zamawiający w warunku udziału w postępowaniu nie zawarł ani wiążących wykonawców zaleceń dotyczących określonego „wieku” pojazdów ani wymagań dotyczących określonych stosunków właścicielskich w odniesieniu do sprzętu (np. konieczności posiadania sprzętu na własność czy też wykluczenia możliwości korzystania ze sprzętu będącego przykładowo w leasingu).

Przyjęcie zapatrywania odmiennego prowadziłoby do absurdu, zgodnie z którym Zamawiający mógłby wymagać od wykonawców podania w tego rodzaju załącznikach wielu irrelevantnych dla postępowania informacji (w tym np. koloru czy przebiegu pojazdu), jednocześnie nie zamieszczając odpowiadających im warunków udziału w postępowaniu — a następnie wykluczać za podanie jakichkolwiek informacji, które byłyby niezgodne z ustalonym przez Zamawiającego stanem faktycznym.

Przyjęcie takiej wykładni powyższego przepisu prowadziłoby również do niemożliwości zastosowania ani regulacji z art. 26 ust. 3 ustawy, ani przepisu art. 26 ust. 4 ustawy, bowiem każda sytuacja, w której z załączonego oświadczenia dotyczącego spełniania warunków udziału w postępowaniu, wynikałby choćby najmniejszy błąd wykonawcy — obligowałaby zamawiających do wykluczenia takiego wykonawcy z postępowania, a nie wzywania do poprawienia, uzupełnienia lub wyjaśnienia powstałych wątpliwości, nie dawałaby nawet możliwości do wyjaśnienia we własnym zakresie przez Zamawiających jakiegokolwiek omyłki (w tym pisarskiej czy rachunkowej) na podstawie dostarczonych przez wykonawców

dokumentów, co wynika z kategoriycznego brzmienia obligatoryjnej przesłanki wykluczenia wykonawcy wskazanej w przepisie art 24 ust 1 pkt. 16 ustawy.

W związku z powyższym, Odwołujący zakładając, iż przyczyna wykluczenia zasadza się na uznaniu przez Zamawiającego, iż pojazdy M. oraz J. nie stanowią jego własności, wskazuje iż nawet przyjęcie takiego zapatrywania nie prowadziłoby ex lege do ziszczenia się przesłanek wskazanych w normie art 24 ust 1 pkt 16 ustawy. Posiadanie bowiem pojazdów na własność nie stanowi warunku udziału w postępowaniu. W instrukcji do wypełnienia załącznika nr 11 do siwz Zamawiający wskazał, iż przez sposób dysponowania sprzętem rozumie dysponowanie przez samego wykonawcę lub przez podmiot udostępniający zasoby. W związku z tym Zamawiający dopuszczał wypełnienie tabeli w różny sposób, nie wskazując enumeratywnie rodzajów jej uzupełnienia.

Mając na uwadze powyższe — wykonawcy mogli w pole sposób dysponowania sprzętem wpisać przykładowo: „dysponowanie bezpośrednie”, „posiadanie”, „własność”, „sprzęt należący do wykonawcy” — w celu wyjaśnienia, iż będą oni na potrzeby realizacji włądać pojazdami bez pośrednictwa jakiegokolwiek innego podmiotu albo zamieścić w tabeli przykładowe oznaczenia „dysponowanie pośrednie”, „udostępnienie”, „sprzęt należący do podmiotu trzeciego użyczającego zasoby” - dla wykazania, iż na etapie realizacji osoba trzecia udostępni im posiadane przez siebie pojazdy.

Niemniej jednak wskazanie w tabeli sposobu dysponowania sprzętem ma dla Zamawiającego jedynie charakter informacyjny, bowiem wykonawcy mają prawo do zastąpienia wskazanego sprzętu przez inny, a także zastąpienia wskazanego pierwotnie sprzętu nowym — udostępnionym przez podmiot trzeci, w przypadku gdyby okazało się, że sprzęt wskazany pierwotnie nie spełnia warunków udziału w postępowaniu.

W związku z powyższym Odwołujący w tabeli wskazał, iż dysponowanie sprzętem będzie dysponowaniem bezpośrednim. Odwołujący zawarł bowiem dnia 20 marca 2017 r. z Panem J. T. S., prowadzącym działalność gospodarczą pod firmą S. J. Usługi Ciężkim Sprzętem Budowlanym, umowę przedwstępną sprzedaży pojazdów, które spełniają warunki udziału w postępowaniu w liczbie większej niż wymagana przez Zamawiającego.

W związku z tym Odwołujący nie wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji iż spełnia warunki udziału w postępowaniu, bowiem:

a) warunki udziału w postępowaniu spełnia - posiada wymagany przez Zamawiającego sprzęt,

b) wszelkie informacje zawarte w tabeli znajdującej się w załączniku nr 11 są informacjami prawdziwymi.

W ocenie Odwołującego decyzja Zamawiającego o wykluczeniu Odwołującego z postępowania wywołana była jedynie wątpliwościami Zamawiającego, które ten winien wyjaśnić w przewidziany ustawą sposób.

Dalej wskazać należy, iż wezwanie Zamawiającego do wyjaśnień z dnia 11 kwietnia 2017 r. w zakresie oczekiwanego przez Zamawiającego kierunku wyjaśnień nie zostało sformułowane w sposób precyzyjny, a podana w piśmie o wykluczeniu z dnia 18 kwietnia 2017 r. informacja o rzekomej treści wezwania do wyjaśnień nie znajduje odzwierciedlenia w stanie faktycznym sprawy.

Zamawiający wezwał Odwołującego wyłącznie do wykazania, że pojazdy są w dyspozycji wykonawcy a nie jak formułuje to w piśmie z dnia 18 kwietnia 2017 r. jest w jego dyspozycji i stanowi własność wykonawcy.

Odwołujący wskazywał, że zgodnie z jednolitą linią orzecniczą Izby wezwania Zamawiającego winny być formułowane w sposób precyzyjny, tylko tak bowiem Zamawiający może uzyskać wiedzę w zakresie pozostającym w obszarze jego zainteresowań. To nie wykonawca ma „domyślać się” intencji Zamawiającego odnośnie oczekiwanej odpowiedzi na wezwanie do udzielenia wyjaśnień.

W związku z faktem, iż Zamawiający wezwał Wykonawcę do złożenia określonych w wezwaniu z dnia 11 kwietnia 2017 r. dokumentów, Odwołujący uczynił zadość powyższemu obowiązkowi. W przypadku dalszych wątpliwości Zamawiający winien powyższe wyjaśnić, a nie arbitralnie wykluczyć Odwołującego z postępowania uznając, że odpowiedź Odwołującego na wezwanie nie wyjaśnia precyzyjnie wszelkich kwestii pozostających dla Zamawiającego niepewnymi.

Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 24 listopada 2016 r. (KIO 2098/16) każde wezwanie, a w szczególności wezwanie do wyjaśnień winno być precyzyjne i określać treść pytania, jego cel, czego dotyczy, tj. jakiego dokumentu oraz jakich zagadnień (zob. również wyrok KIO z dnia 1 lutego 2017 roku, KIO 87/17).

2. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp

Odwołujący wyjaśniał, że zgodnie z przywołaną normą Zamawiający odrzuca ofertę, jeśli została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub niezaproszonego do składania ofert

Ustalona linia orzecznicza Izby wskazuje, iż przesłanka ta znajduje zastosowanie jedynie w postępowaniach wieloetapowych, w których po złożeniu wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu czy też oferty wstępnej, może nastąpić wykluczenie wykonawcy z postępowania i tenże wykonawca (uprzednio) przez Zamawiającego wykluczony złożyłby następnie ofertę w ramach kolejnego etapu procedury (zob. przykładowo wyrok KIO z dnia 29 listopada 2016 r., KIO 2154/16; wyrok KIO z dnia 16 listopada 2016 roku, KIO 2075/16; wyrok KIO z dnia 15 lutego 2016 roku, KIO 113/16; wyrok KIO z dnia 15 stycznia 2016 roku, KIO 3/16; wyrok KIO z dnia 21 maja 2015 roku, KTO 950/15).

Jak wskazuje się w przywołanym powyżej orzecznictwie, przesłanka odrzucenia oferty wskazana w art 89 ust. 1 pkt 5 ustawy nie znajduje zastosowania w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego.

W niniejszej sytuacji oferta Odwołującego została złożona przez podmiot, który nie został z postępowania wykluczony, a postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego, w związku z tym niedopuszczalne jest podjęcie przez Zamawiającego czynności polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego.

3. Zarzut naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 2 i 3 Pzp

Niezależnie od powyższego, Odwołujący podnosił, iż zgodnie z przywołanymi przepisami na Zamawiającym spoczywa obowiązek poinformowania wykonawców o wykonawcach wykluczonych oraz wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, podając jednocześnie uzasadnienie faktyczne, uzasadnienie prawne oraz powody odrzucenia oferty.

Zgodnie z wyrokiem Izby z dnia 1 lutego 2017 r. (KIO 87/17), wykonawca nie może domyślać się przesłanek wykluczenia go z postępowania. Zamawiający powinien w sposób precyzyjny i rzeczowy oraz bezpośredni wyjaśnić w uzasadnieniu przyczynę wykluczenia wykonawcy z postępowania. Podobna sytuacja wygląda w przypadku wezwania do uzupełnienia. W przeciwnej sytuacji uniemożliwia to obronę wykonawcy podjętą na drodze postępowania odwoławczego.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający nie dopełnił ciężącego na nim obowiązku precyzyjnego i rzeczowego wskazania podstaw wykluczenia Odwołującego z postępowania oraz podstaw odrzucenia oferty Odwołującego z postępowania.

W informacji o wykluczeniu z dnia 18 kwietnia 2017 r. Zamawiający ograniczył się do zreferowania stanu faktycznego (z podaniem błędnego brzmienia treści uprzedniego wezwania do wyjaśnień z dnia 11 kwietnia 2017 r.) oraz stwierdzeniu, iż w opinii Zamawiającego Odwołujący złożył w ofercie przetargowej informacje nieprawdziwe, wprowadzające w błąd Zamawiającego. Nie wskazał jednak w jaki sposób informacje te miały dotyczyć spełniania warunków udziału w postępowaniu (lub braku podstaw wykluczenia), a także w jaki sposób (poprzez rzekome podanie informacji nieprawdziwych) Odwołujący w rzeczywistości nie spełnia warunków udziału w postępowaniu Zamawiający nie wykazał również (nie udowodnił), iż rzekome podanie informacji nieprawdziwych wiązałoby się z jakimkolwiek zawinieniem Odwołującego (zamierzone działanie lub rażące niedbalstwo).

Odnosnie podstawy odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający poprzestał jedynie na wskazaniu przepisu Pzp, powstrzymując się od jakichkolwiek wyjaśnień zarówno faktycznych, jak i prawnych - pomimo faktu, iż w przesłance wskazanej w art 89 ust 1 pkt 5 ustawy, na którą powołuje się Zamawiający wskazano de facto dwie odrębne przesłanki odrzucenia oferty (wykonawca wykluczony z udziału w postępowaniu - wykonawca niezaproszony do składania ofert).

Zgodnie z wyrokiem Izby z dnia 26 września 2016 r. (KIO 1710/16) przepis art 92 ust. 1 pkt 2 Pzp stanowi realizację zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznej, takich jak jawność postępowania oraz równe traktowanie wykonawców i zachowanie uczciwej konkurencji, nakłada na zamawiającego obowiązek podania wykonawcom podstaw faktycznych odrzucenia oferty jednocześnie z przekazaniem informacji o wybrane oferty najkorzystniejszy, a po stronie wykonawcy kształtuje prawo do uzyskania pełnej i rzetelnej wiedzy na temat przyczyn odrzucenia oferty. To na podstawie informacji przekazanej zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp wykonawca po pierwsze podejmuje decyzję, czy skorzystać ze środków ochrony prawnej, a po drugie - jakie zarzuty sformułować w odwołaniu i w jaki sposób polemizować ze stanowiskiem zamawiającego). Uzasadnienie faktyczne zawiadomienia o odrzuceniu oferty powinno wyczerpująco obrazować jakie przyczyny legły u podstaw decyzji zamawiającego, tak aby wykonawca, gdy oceny zamawiającego nie podziela, mógł się do wskazanych przez Zamawiającego chybień ustosunkować. Nieprzedstawienie pełnego uzasadnienia odrzucenia oferty, niepodanie wykonawcy podstaw faktycznych tej czynności (zakresu nieprawidłowości i przyczyn, dla których Zamawiający uznaje je za mające

znaczenie merytoryczne) i powoływanie się na nie dopiero w toku postępowania odwoławczego, stanowi naruszenie art. 92 ust 1 pkt 2 Pzp. Podstawy faktyczne odrzucenia oferty nie mogą pozostawać w sferze domysłów wykonawcy, ale muszą być mu wprost zakomunikowane (zob. również wyrok KIO z dnia 9 września 2016 roku, KIO 1573/16; wyrok KIO z dnia 2 sierpnia 2016 roku, KIO 1346/16).

Odwołujący twierdził, że nie posiada pełnej wiedzy na temat podstaw wykluczenia go z postępowania, a także nie posiada jakiegokolwiek wiedzy na temat podstaw odrzucenia jego oferty.

Nadmienić należy również, iż wskazana przez Zamawiającego podstawa wykluczenia wskazana w art 24 ust 1 pkt 16 ustawy, w jasny sposób rozkłada ciężar dowodu wskazanych w niej okoliczności skutkujących wykluczeniem wykonawcy z postępowania.

Odwołujący twierdził, że przez podjęcie a priori decyzji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania Zamawiający nie jest uprawniony do zwolnienia się od ciężaru dowodowego wykazania (udowodnienia) powyższych okoliczności uprawniających go do wykluczenia wykonawcy z postępowania.

Zdaniem Odwołującego w niniejszej sprawie Zamawiający nie wykazał (nie udowodnił), ani jakiegokolwiek zawinienia, ani faktu wprowadzającego w błąd przedstawienia informacji, ani związku pomiędzy przekazanymi informacjami a wykazaniem spełniania warunków udziału w postępowaniu.

De facto Zamawiający nie wskazał nawet, o jakie (z wskazanych powyżej okoliczności) mu chodzi, a więc które konkretnie (spośród wskazanych w nawiasach) zarzuty stawia Odwołującemu, przez co ochrona prawna Odwołującego została przez Zamawiającego mocno ograniczona.

4. 5. Zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 i 4 Pzp

Odwołujący twierdził, iż Zamawiający nie dokonał całościowego rozpoznania istoty sprawy, ale swoją arbitralną decyzję o wykluczeniu Odwołującego z postępowania podjął li tylko w oparciu o własne wątpliwości wyprowadzone z błędnie i niecałkowicie ustalonego stanu faktycznego zaistniałego w niniejszym postępowaniu.

W związku z faktem, iż Zamawiający powziął wątpliwości co do treści oświadczenia stanowiącego załącznik nr 11 do siwz w związku ze złożonymi dokumentami i oświadczeniami Odwołującego w odpowiedzi na wezwanie z dnia 11 kwietnia 2017 r., Zamawiający błędnie

przyjął, iż wszelkie wątpliwości jest w stanie rozwiązać sam. Następnie w wyniku błędnego rozstrzygnięcia posiadanych wątpliwości Zamawiający wykluczył Odwołującego oraz odrzucił ofertę Odwołującego.

Zdaniem Odwołującego takie postępowanie Zamawiającego nie może zostać uznane za właściwe.

Zgodnie z treścią przepisów art 26 ust 3 oraz art 26 ust 4 ustawy, jeżeli oświadczenia lub dokumenty potwierdzające okoliczności, o których mowa w art 25 ust 1 budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa, do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym (art. 26 ust 3 PZP) oraz zamawiający wzywa także, w wyznaczanym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art 25 ust. 1 (zob. art 26 ust 4 Pzp).

Kategoryczność sformułowania powyższych przepisów („wzywa”), skonfrontowana przykładowo ze swoistą dowolnością w sformułowaniu art. 87 ust 1 ustawy („zamawiający może żądać od wykonawców”) wskazuje, iż jakiegokolwiek wątpliwości Zamawiającego odnośnie dokumentów i oświadczeń potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu muszą być przez zamawiającego rozwiane poprzez zastosowanie konstrukcji wyjaśnień przewidzianej w art 26 ust 3 bądź art. 26 ust 4 ustawy. W przypadku jakichkolwiek wątpliwości niedopuszczalne jest samodzielne ich rozwiewanie przez Zamawiającego, czemu wyraz daje sformułowanie wzywa, a nie sformułowanie „może wezwać” (zob. również wyrok KIO z dnia 9 czerwca 2016 roku, KIO 905/16; wyrok KIO z dnia 12 stycznia 2016 roku, KIO 2820/16).

W szczególności podjęcie decyzji o wykluczeniu z udziału w postępowaniu bądź odrzuceniu oferty danego wykonawcy poprzedzone musi być wszechstronną analizą opartą o kolejne wyjaśnienia wykonawcy. Zgodnie z wyrokiem Izby z dnia 19 września 2016 r. (KIO 1633/16) zamawiający jest zobowiązany do wykluczenia wykonawcy z postępowania wyłącznie w przypadku ustalonego ponad wszelką wątpliwość umyślnego przekazania w postępowaniu nieprawdziwych informacji, mając świadomość szkodliwego skutku swego zachowania i celowo do niego zmierzając.

Odwołujący podnosił, że w niniejszym postępowaniu nie została spełniona żadna z powyższych przesłanek wykluczenia Odwołującego z postępowania. W niniejszej sprawie zasadnym jest przywołanie wyroku Izby z dnia 6 września 2016 r. (KIO 1511/16; KIO 1512/16), zgodnie z którym Zamawiający powinien najpierw sprawdzić albo wyjaśnić kwestie, co do których brak mu rozeznania (np. nic o nich nie wie) i dopiero w przypadku uznania, że przedłożone dokumenty nie potwierdzają spełniania warunków udziału w postępowaniu wzywać do ich uzupełnienia. Za równie niedopuszczalne należy uznać wprowadzanie

wykonawcy w błąd, co do rzeczywistych intencji Zamawiającego oraz znaczenia i sekwencji czynności podejmowanych przez niego w postępowaniu.

Z kolei zgodnie z uchwałą Izby z dnia 12 listopada 2015 r. (KIO/KU 59/15) jako naruszające art 26 ust 4 p.z.p. uznaje się zaniechanie wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie dokumentu, jeżeli okoliczności budzące wątpliwości prowadzą następnie do wykluczenia wykonawcy z postępowania (por. również wyrok KIO z dnia 20 października 2014 r. KIO 2175/14: charakter przypisu art. 26 ust. 3 p.z.p. jest obligatoryjny i stanowi warunek sine qua non wszelkich działań eliminacyjnych w stosunku do każdego z uczestników postępowania przetargowego).

Co do możliwości wielokrotnego wzywania do wyjaśnień wypowiadała się Izba na przykład w wyrokach KIO 1165/16, KIO 1879/15, KIO 2303/15; KIO 1348/14, stwierdzając iż nie ma zakazu wzywania więcej niż jeden raz do wyjaśnień w trybie art 26 ust 4 p.z.p., jeśli pierwotne wyjaśnienia nadal budziły wątpliwości (zob. wyrok KIO z dnia 9 lipca 2014 roku, KIO 1348/14).

W przypadku więc jakichkolwiek wątpliwości Zamawiającego obowiązany jest on do wezwania Odwołującego do wyjaśnień treści złożonych przez niego oświadczeń oraz dokumentów, celem usunięcia wewnętrznej prima facie sprzeczności pomiędzy nimi.

W dniu 10 maja 2017 r. w toku posiedzenia Izby z udziałem stron Zamawiający złożył w formie pisemnej odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o oddalenie odwołania w całości jako niezasadnego.

Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez Zamawiającego, dowody oraz stanowiska i oświadczenia stron złożone w pismach procesowych i na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp, według którego środki ochrony prawnej określone w ustawie przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Izba po rozpoznaniu zgłoszonych zarzutów uznała, że odwołanie podlega oddaleniu.

1. Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp

Po zbadaniu materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie Izba stwierdziła, że zgłoszony zarzut należy uznać za niezasadny.

Zgodnie z rozdziałem 5.1 siwz, pkt 3.2 - warunkiem udziału w postępowaniu było dysponowanie do realizacji zadania wskazanym przez Zamawiającego sprzętem, w tym: podnośnik koszowy o wysięgu minimum 18 m – 1 szt., podnośnik koszowy o wysięgu minimum 27 m – 1 szt.

Z ustaleń Izby wynika, że Odwołujący w oświadczeniu, sporządzonym na podstawie załącznika nr 11 do siwz w tabeli w kolumnie „Sposób dysponowania sprzętem” dla sprzętu we wszystkich 13-tu pozycjach podał „Własność”. Ponadto w następujących wierszach: podano:

- „Lp. 5 Podnośnik koszowy o wysięgu 18 m : S. - 1 jednostka, Rok produkcji 1989”,
- „Lp. 6 Podnośnik koszowy o wysięgu 27 m : M. - 1 jednostka, Rok produkcji 2000”.

W treści oferty brak jest zobowiązania jakiegokolwiek podmiotu do oddania Odwołującemu do dyspozycji zasobów potrzebnych do realizacji zamówienia.

Na wezwanie Zamawiającego z dnia 11 kwietnia 2017 r. Odwołujący złożył wyjaśnienia, że dysponuje do realizacji zadania wymaganym sprzętem. Załączył również żądane przez Zamawiającego dokumenty w postaci m. in.: dowodów rejestracyjnych pojazdów, polis obowiązkowego ubezpieczenia komunikacyjnego. Dla pojazdów opisanych w pkt 5 i 6 oświadczenia (str. 7 oferty) nie przedłożono żadnych dokumentów, potwierdzających fakt posiadania ich na własność przez Odwołującego. W dokumentach przekazanych Zamawiającemu wykonawca złożył dowody rejestracyjne dla pojazdów:

- 1) M. (rok produkcji 1994) — podnośnik do prac konserwacyjnych
- 2) J. (rok produkcji 1993) - pojazd typu żuraw samochodowy

W polu dane posiadacza pojazdu/właściciela pojazdu wpisano „J.T. S.”.

W uzasadnieniu decyzji o wykluczeniu Odwołującego z prowadzonego postępowania (pismo z dnia 18 kwietnia 2017 r.) Zamawiający wskazał, m. in.: „ze złożonych dokumentów

wynika, że Wykonawca nie dysponuje na własność wskazanym sprzętem w Załączniku nr 11 stanowiącym treść oferty. Ze złożonych wyjaśnień wynika, że właścicielem pojazdów wymaganych przez Zamawiającego jest inny podmiot Pan T. S.. Poświadczenie Wykonawcy, że dysponuje wymaganym sprzętem do robót drogowych i środków transportowych jest nieprawdziwe i wprowadza w błąd Zamawiającego”.

W toku rozprawy Odwołujący przedłożył „Przedwstępną umowę sprzedaży” z dnia 20 marca 2017 r. zawartą pomiędzy J. S., prowadzącym działalność gospodarczą pod firmą S. J. U. C. S. B. (Sprzedający) a A. G., prowadzącym działalność pod firmą G. A. A.M. T. (Kupującym). W § 1 ust. 1 podano: „Sprzedający oświadcza, iż jest właścicielem następujących pojazdów: (dalej jako: POJAZDY):

- a. podnośnika do prac konserwacyjno – montażowych marki S., rok produkcji 1990 o nr rejestracyjnym (...)
- b. podnośnika do prac konserwacyjnych marki M., rok produkcji 1994, o nr rejestracyjnym (...) (...)”.

W § 2 ust. 2 podano: „Zawarcie przyrzeczonej umowy sprzedaży nastąpi w terminie wskazanym przez Kupującego na pierwsze wezwanie Kupującego, w terminie 30 dni od doręczenia wezwania do sprzedaży Pojazdów Sprzedającemu na adres wskazany w komparycji umowy.

Spór między Stronami dotyczył czynności Zamawiającego, polegającej na wykluczeniu Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp w kontekście jej prawidłowości.

Odnosząc się do tak zakreślonych ram sporu za pierwszorzędne należy uznać dokonanie wykładni art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp. Zgodnie z powołanym przepisem z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający wyklucza wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że wykonawca nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria selekcji, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów.

W celu wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie ww. przepisu Zamawiający jest zobowiązany każdorazowo zbadać, czy w okolicznościach danej sprawy,

ziściły się przesłanki zastosowania art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp. Łączne wystąpienie opisanych przesłanek uprawnia Zamawiającego do wykluczenia wykonawcy z postępowania.

Jak wynika z powyższego wykluczenie wykonawcy może nastąpić w wyniku wprowadzenia zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że wykonawca nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria selekcji, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów. Ustawodawca wprost wskazuje na sytuację, gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd.

Dla właściwej wykładni przepisu art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp należy odwołać się do pojęć, do których interpretowany przepis odsyła, a więc do pojęcia zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa.

Pojęcie zamierzone działania nie wymaga szerszego omówienia a jedynie wskazania, że jest to świadomie zachowanie się podmiotu, zmierzające do wywołania określonych skutków.

Natomiast w zakresie pojęcia rażącego niedbalstwa Izba prezentuje tożsame stanowisko do tego wyrażonego w uzasadnieniu wyroku Izby z 1 czerwca 2015 r., zapadłym w sprawie o sygn. akt: KIO 758/15, w który Izba stwierdziła: *„Rażące niedbalstwo odnosi się do naruszenia elementarnych reguł prawidłowego zachowania się w danej sytuacji lub nieprzestrzegania podstawowych zasad ostrożności. Ma to być szczególnie negatywna, naganna ocena postępowania dłużnika; stopień naganności postępowania, które drastycznie odbiega od modelu właściwego w danych warunkach [wyrok SN z 22 kwietnia 2004 r. w spr. II CK 142/03]. Jak wskazano w wyroku SN z 10 marca 2004 r. w spr. IV CK 151/03: „Przypisanie określonej osobie niedbalstwa uznaje się za uzasadnione wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika należytej staranności. Przez rażące niedbalstwo rozumie się natomiast niezachowanie minimalnych (elementarnych) zasad prawidłowego zachowania się w danej sytuacji. O przypisaniu pewnej osobie winy w tej postaci decyduje więc zachowanie się przez nią w określonej sytuacji w sposób odbiegający od miernika staranności minimalnej”*.

Izba stała na stanowisku, że przeprowadzone postępowanie dowodowe doprowadziło do potwierdzenia wystąpienia przesłanek opisanych w art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp.

Z treści specyfikacji jasno wynika, że warunkiem udziału w postępowaniu było dysponowanie przez wykonawcę określonym sprzętem, w tym: podnośnikiem koszowym o wysięgu minimum 18 m – 1 szt. oraz podnośnikiem koszowy o wysięgu minimum 27 m – 1 szt.

Nie było sporne między stronami, że Zamawiający treścią siwz dopuścił możliwość polegania przez wykonawcę na potencjalne technicznym innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków. W takim przypadku wykonawca był zobowiązany udowodnić Zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia.

Izba stwierdziła, że z treści oświadczenia (str. 7 oferty) wprost wynika, że Odwołujący jest właścicielem wszystkich pojazdów wskazanych w treści oświadczenia, w tym również pojazdów z pkt 5 i 6 oświadczenia, tj. podnośnika koszowego o wysięgu 18 m : S. - 1 jednostka, Rok produkcji 1989 oraz podnośnika koszowego o wysięgu 27 m : M. - 1 jednostka, Rok produkcji 2000. Odwołujący nie załączył do oferty żadnego dokumentu z którego wynikałoby, że będzie korzystał z potencjału innego podmiotu. W szczególności Odwołujący nie załączył żadnego pisemnego zobowiązania tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia.

Izba wskazuje, że informacja podana przez Odwołującego w treści powołanego oświadczenia, iż jest on właścicielem pojazdów, opisanych w pkt 5 i 6 nie jest prawdziwa. Potwierdził to również pośrednio sam Odwołujący w toku rozprawy, który twierdził, że na podstawie umowy przedwstępnej dysponował pojazdami wskazanymi w punkcie 5 i 6 wykazu. Natomiast w kolumnie „sposób dysponowania sprzętem” wpisano „własność”, ponieważ na podstawie tej umowy Odwołujący dysponował tym sprzętem już jako właściciel, ponieważ ponosił wszelkie koszty związane z tymi pojazdami. Dlatego też do oferty nie został dołączony zobowiązanie do udostępnienia potencjału i dokonano odpowiednich wpisów w załączniku nr 11.

Izba stanęła na stanowisku, że argumentacje prezentowaną przez Odwołującego należy uznać za błędną. Jest rzeczą oczywistą i powszechnie wiadomą, że zawarcie umowy przedwstępnej nie przenosi prawa własności określonej rzeczy. Wiedza taka jest wiedzą ogólnie dostępną i powszechnie występującą w zwyczajnych stosunkach międzyludzkich, które często odwołują się do tego typu umów. Ponadto podkreślenia wymaga, że już z samej treści powołanej umowy przedwstępnej wynika, że zawarcie umowy ostatecznej nastąpi w

terminie późniejszym (§ 2 ust. 2 umowy). Dlatego też nie sposób uznać za wiarygodne wyjaśnień Odwołującego, który jest podmiotem profesjonalnie świadczącym usługi na rynku usług, że z uwagi na to sposób dysponowania uważał, że uprawniony jest do złożenia oświadczenia, że jest właścicielem sprzętu opisanego w pkt. 5 i 6 tabeli.

Izba zwraca uwagę, że w takim przypadku Odwołujący mógł chociażby wpisać w kolumnie „Sposób dysponowania sprzętem”, że zawarł umowę przedwstępną zakupu określonych pojazdów, czego jednak nie uczynił, a zamiast tego podał nieprawdziwą informację, że jest właścicielem przywołanych powyżej pojazdów. W ocenie Izby działanie takie nosi znamiona rażącego niedbalstwa, gdyż wiedza o tym, czy Odwołujący jest właścicielem danego pojazdu jest wiedzą elementarną i podstawową. Nie sposób uznać, że Odwołujący nie wiedział, że nie jest właścicielem pojazdów opisanych w pkt. 5 i 6, a jedynie ma prawo dysponowania nimi w określony sposób, np. Odwołującemu nie przysługiwało prawo zbycia pojazdów, które to jest prawem immanentnym właściciela określonej rzeczy.

Za błędną należy uznać także argumentację Odwołującego, zasadzającą się na spełnieniu warunku udziału w postępowaniu za pomocą potencjału innego podmiotu. W takim przypadku Odwołujący zobowiązany był udowodnić Zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia. W omawianym stanie faktycznym Odwołujący tego nie uczył, gdyż nie przedłożył wraz z ofertą żadnego dokumentu z którego wynikałoby, że będzie korzystał z potencjału technicznego innego podmiotu, w szczególności nie złożył pisemnego zobowiązania podmiotu do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia. Wobec tego Zamawiający był uprawniony do uznania, że Odwołujący zamierza wykazać spełnienie warunku udziału w postępowaniu za pomocą własnych zasobów.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba potwierdziła kumulatywne wypełnienie się przesłanek opisanych w art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp, skutkujące wykluczeniem Odwołującego z postępowania.

2. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp

Izba podziela stanowisko i argumentacje Odwołującego, zawartą w odwołaniu, a także w powołanych przez Odwołującego orzecznictwie Izby.

Izba jednak zwraca uwagę, że w zakresie czynności odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający co prawda podał błędną podstawę prawną, tzn. art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp, podczas gdy w rozpoznawanym przypadku zastosowanie ma przepis art. 24 ust. 4 Pzp. Jednakże, w ocenie Izby, nie ma żadnych wątpliwości, że Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego w następstwie wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp.

Wobec tego Izba uznała, że podanie błędnej podstawy prawnej czynności odrzucenia oferty Odwołującego nie przesądza w tym przypadku o wadliwości samej czynności odrzucenia oferty. Wobec tego Izba uznała zgłoszony zarzut za niezasadny.

3. Zarzut naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 2 i 3 Pzp

Po zbadaniu treści zawiadomienia z dnia 18 kwietnia 2017 r. o wykluczeniu Odwołującego z postępowania Izba uznała zarzuty naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 2 i 3 Pzp za niezasadny.

Izba wskazuje, że dla rozpoznania zasadności zgłoszonych zarzutów niezbędnym jest odwołanie się do treści przepisu art. 92 ust. 1 pkt 2 i 3 Pzp.

Zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 2 i 3 Pzp Zamawiający informuje niezwłocznie wszystkich wykonawców o wykonawcach, którzy zostali wykluczeni oraz o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, powodach odrzucenia oferty – podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

Biorąc pod uwagę powyżej wskazać należy, że ustawodawca treścią art. 92 ust. 1 ust. 2 i 3 Pzp nałożył na Zamawiającego obowiązek niezwłocznego poinformowania wszystkich wykonawców o wykonawcach, którzy zostali wykluczeni oraz o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, powodach odrzucenia oferty, wraz z podaniem uzasadnienia faktycznego i prawnego.

W kontekście powyższych rozważań Izba doszła do przekonania, że treść informacji z 18 kwietnia 2017 r. spełnia wymagania art. 92 ust. 1 pkt 2 i 3 Pzp, ponieważ w jej treści Zamawiający podał uzasadnienie faktyczne i prawne dokonanych czynności. W treści ww. pisma na str. 1 i 3 Zamawiający powołał się na podstawę prawną, natomiast na str. 1 i 2 zawarł uzasadnienie faktyczne dokonywanych czynności.

Izba nie podziela stanowiska Odwołującego, który twierdził, że Zamawiający nie podał wszystkich niezbędnych informacji w zakresie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania czy też odrzucenia jego oferty. Izba zgadza się z Odwołującym w kwestii tego,

ze zawiadomienie z dnia 18 kwietnia 2017 r. nie było wzorcowe w swej treści. Jednak w ocenie Izby powołana treść pisma jest wystarczająca do tego, aby wykonawca mógł prawidłowo sformułować zarzuty, czemu zresztą dał wyraz w treści odwołania.

4.5. Zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 i 4 Pzp

Wobec potwierdzenia przez Izbę niezasadności zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp stwierdzić należy, Odwołujący został skutecznie wykluczony z postępowania, z uwagi na wprowadzenie w błąd przy przedstawianiu informacji zawartych w oświadczeniu o dysponowaniu sprzętem przez Odwołującego. Podkreślenia wymaga, że w takim przypadku nie może być mowy o zastosowaniu względem wykonawcy procedur przewidzianych w art. 26 ust. 3 i 4 Pzp, ponieważ ustawodawca dąży do eliminowania z postępowania nierzetelnych wykonawców. Tym samym w omawianym przypadku przepisy art. 26 ust. 3 i 4 Pzp nie mają zastosowania.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 2 lit. b), § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: