

Sygn. akt: KIO 2273/19

WYROK
z dnia 25 listopada 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Monika Szymanowska**

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 listopada 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 listopada 2019 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia konsorcjum K. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą K.W. Usługi Sprzętowo-Transportowe w Niepli oraz J.S. i D. S. prowadzących działalność gospodarczą jako wspólnicy spółki cywilnej pod firmą STAN-BRUK S.C. w Krośnie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Miasto Krosno przy udziale wykonawcy Armanco Sp. z o.o. w Krośnie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania odwoławczego obciąża konsorcjum K. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą K.W. Usługi Sprzętowo-Transportowe w Niepli oraz J. S. i D. S. prowadzących działalność gospodarczą jako wspólnicy spółki cywilnej pod firmą STAN-BRUK S.C. w Krośnie i zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez powyższych tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Krośnie.

Przewodniczący:

.....

U z a s a d n i e

wyroku z dnia 25 listopada 2019 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 2273/19

Zamawiający – Gmina Miasto Krosno, ul. Lwowska 28a, 38-400 Krosno, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Zimowe utrzymanie dróg i chodników w sezonie zimowym” 2019/2020 i 2020/2021”, podzielone na pięć części, o ogłoszeniu o zamówieniu publicznym opublikowanym w dniu 2 września 2019 r. pod numerem 2019/S 168-411189 w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, zwane dalej jako „postępowanie”.

Izba ustaliła, że postępowanie na usługę, o wartości powyżej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.) zwanej dalej jako „p.z.p.”, jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego.

W dniu 31 października 2019 r. dokonano wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, zaś w dniu 8 listopada 2019 r. odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego w postępowaniu, w zakresie części trzeciej, wnieśli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego – konsorcjum: K. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą K.W. Usługi Sprzętowo-Transportowe, Niepla 135, 38-203 Szebnie oraz J. S. i D. St. działających jako wspólnicy spółki cywilnej pod firmą STAN-BRUK S.C., ul. Pużaka 5, 38-400 Krosno, dalej zwani jako „odwołujący”.

Odwołujący we wniesionym środku zaskarżenia postawił zamawiającemu następującego zarzuty (pisownia oryginalna):

1. powierzenie wykonania części III w/w zamówienia Wykonawcy: ARMANCO Sp. z o.o., ul. Lwowska 17, 38-400 Krosno pomimo nie spełnienia przez tego Wykonawcę wymagania określonego w art. 45 ust. 3 Prawa Zamówień Publicznych, a także w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej SIWZ) § XII pkt 1 w/w zamówienia, tj. nie wniesienia wadium w kwocie 5.000 tyś. PLN na rachunek wskazany przez Zamawiającego przed upływem terminu składania ofert, tj. do dnia 3 października 2019 r. godz. 10:00. Z informacji przekazanych nam przez pracowników Gminy Miasta Krosna według wydruków z Banku w/w wadium zostało zaksięgowane na rachunku wskazanym przez Zamawiającego 03.10.2019 r. o godz. 21.22.04;
2. niesłuszne przyznanie dodatkowych punktów przy ocenie oferty: Zamawiający zaoferował w kryterium oceny ofert (art. 91 ust. 1 ustawy PZP) przyznanie przy ocenie ofert 15 punktów wykonawcy, który podstawą dodatkowy sprzęt i sprzęt ten należało następnie wykazać na wezwanie Zamawiającego w formularzu „wykaz sprzętu” wraz z podstawowym sprzętem wymaganym do wykonania części III w/w zamówienia. Z dokumentów jakie Zamawiający udostępnił nam wynika, że Wykonawca ARMANCO

Sp. z o.o., zaznaczył w formularzu „Oferta” zobowiązanie do podstawienia dodatkowego sprzętu, jednak w załączniku „wykaz sprzętu”, który dostarczył na wezwanie Zamawiającego wymienił jedynie sprzęt podstawowy w ilości: pługo-posypywarka 1 szt., mikrociągnik z pługiem 1 szt., bez sprzętu dodatkowego, co oznacza, że dodatkowym sprzętem jednak nie dysponuje. W związku z powyższym Zamawiający nie powinien przyznać dodatkowych punktów. Mimo poświadczenia przez Wykonawcę w formularzu „Oferta” nieprawdy (art. 24 ust. 17 PZP), Zamawiający przyznał Wykonawcy ARMANCO Sp. z o.o. dodatkowe 15 punktów, a to dało mu 100 pkt w ostatecznej ocenie oferty;

3. Wykonawca ARMANCO Sp. z o.o. nie posiada stosownego do w.w zamówienia kodu PKD o nr 81.29.Z w swoim KRS, co świadczy o tym, że do tej pory nie prowadził działalności polegającej na zimowym utrzymaniu dróg i chodników wraz z prowadzeniem całodobowego dyżuru dyspozytorskiego i koordynowaniem akcji czynnej. Z uwagi na to, że Zamawiający nie wyszczególnił w treści SIWZ, że Wykonawca ma posiadać referencje świadczące o tym, iż posiada doświadczenie w wykonywaniu tak specyficznego i odpowiedzialnego zadania, jakim jest zimowe utrzymanie dróg i chodników, zasadnym byłoby kierowanie się wpisem w KRS o rodzaju działalności prowadzonej przez Wykonawcę - by nie narażać życia i zdrowia mieszkańców Gminy Krosno w wyniku nieumiejętnie prowadzonej akcji zimowej, a w wypadku braku w/w wpisu powinno się uniemożliwić występowanie takiemu Wykonawcy o udzielenie mu wspomnianego zamówienia.

Wobec powyższego odwołujący wniósł o: uwzględnienie odwołania, ponowne rozpatrzenie ofert przez zamawiającego i odrzucenie oferty wykonawcy Armanco Sp. z o.o. w Krośnie, jako niespełniającej wymagań określonych w ustawie p.z.p. oraz w SIWZ. Wniesiono także o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z oferty wykonawcy Armanco Sp. z o.o. w Krośnie i załącznika „wykaz sprzętu”, który został złożony przez tego wykonawcę na wezwanie zamawiającego. Ponadto wniesiono o zasądzenie na rzecz odwołującego od zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu wniesionego środka ochrony prawnej odwołujący podniósł co następuje.

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania, ponieważ jest wykonawcą, który złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu. Natomiast w wyniku naruszenia przez zamawiającego wyżej wskazanych przepisów ustawy, interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku – w przypadku prawidłowego działania zamawiającego wykonawca Armanco Sp. z o.o. w Krośnie zostałby wykluczony z postępowania, a jego oferta uznana za odrzuconą, zaś oferta odwołującego zostałaby

uznana za najkorzystniejszą. Tym samym na skutek niezgodnych z ustawą działań zamawiającego odwołujący poniósł szkodę, polegającą na nieudzieleniu mu zamówienia.

Dalej odwołujący wskazał, że art. 45 ust. 3 p.z.p., a także SIWZ, wyraźnie precyzują termin i sposób wniesienia wadium. Obowiązkiem zamawiającego jest sprawdzenie, czy wadium zostało zaksięgowane na wyznaczony przez niego rachunek w wymaganym terminie oraz bezwzględne odrzucenie oferty wykonawcy, który tego warunku nie spełnił. W ocenie odwołującego takie działanie jest oparte także na konieczności zapewnienia pozostałym wykonawcom, którzy prawidłowo wypełnili obowiązek wniesienia wadium, prawa do uczciwej konkurencji, jak również aby zapewnić zamawiającemu wykonywanie usługi przez wykonawcę stosującego się do zasad prawa w zakresie udzielania zamówień publicznych.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący przytoczył także fragment uchwały Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 01.02.19 sygn. akt KIO/KD 8/19, dotyczącej zastrzeżeń do kontroli nr UZP/DKZP/WKZ5/421/27(8)/18/KO.

Skład orzekający wskazuje, że tak określone, na podstawie art. 180 ust. 3 p.z.p., zarzuty określiły zakres sporu objętego kognicją Izby, w ramach przedmiotowego postępowania. Zgodnie bowiem z art. 192 ust. 7 p.z.p. Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie zostały podniesione w odwołaniu, a zatem *a contrario* musi orzec co do tych zarzutów, które w odwołaniu zostały zawarte.

Izba zaznacza dalej, że zgodnie z orzecznictwem Sądu Najwyższego to nie podanie podstawy prawnej, a uzasadnienie faktyczne jest niezbędne do skutecznego złożenia środka zaskarżenia. Natomiast po upływie zawitego terminu na wniesienie odwołania nie jest dopuszczalne zarówno formułowanie, jak i podnoszenie dodatkowych, nowych okoliczności, które nie znalazły się w treści wniesionego środka ochrony prawnej. Zwięźle przedstawienie zarzutów, określenie żądania oraz wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych, uzasadniających wniesienie odwołania, powinno nastąpić już w chwili składania odwołania (art. 180 ust. 3 p.z.p.). Natomiast wykonawca, będący profesjonalnym uczestnikiem rynku zamówień publicznych, winien mieć na względzie, że brak wskazania wszystkich okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy, na których opiera postawione zamawiającemu zarzuty, jest jego obowiązkiem procesowym, wynikającym z przepisów prawa – przede wszystkim w jego własnym interesie. Zakres kognicji Krajowej Izby Odwoławczej i związanie bezpośrednio z zarzutami, które odwołujący stawia zachowaniu zamawiającego, został wielokrotnie potwierdzony przez orzecznictwo Sądu Najwyższego i sądów powszechnych (tak Sąd Najwyższy w Uchwale z 17.02.2016 r. sygn. akt III CZP 111/15, Sąd Okręgowy w Gliwicach w wyroku z 29.06.2009 r. sygn. akt X Ga 110/09, Sąd Okręgowy w Gdańsku w wyroku z 25.05.2012 r. sygn. akt XII Ga 92/12).

Pismem z dnia 14.11.2019 r. zamawiający przekazał Izbie odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie w całości, oceniając postawione zarzuty jako bezzasadne.

Skład orzekający dopuścił do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę Armanco Sp. z o.o., ul. Lwowska 17, 38-400 Krosno (dalej zwanego jako „przystępujący”), zgłaszającego przystąpienie po stronie zamawiającego. Izba stwierdziła, że wykonawca spełnił przesłanki określone w art. 185 ust. 2 i 3 p.z.p. Przystępujący przedstawił swoje stanowisko procesowe w formie pisemnej.

Krajowa Izba Odwoławcza – po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu i odpowiedzi na odwołanie, konfrontując je z zebrany w sprawie materiałem dowodowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przedstawioną w postaci elektronicznej przez zamawiającego, w szczególności po weryfikacji postanowień ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ, złożonych ofert i korespondencji prowadzonej w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk stron, złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy – ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład rozpoznający spór ustalił, iż odwołanie mieści się w zakresie przedmiotowym ustawy p.z.p., zostało wniesione przez podmiot uprawniony, a także dotyczy materii określonej w art. 180 ust. 1 p.z.p., zatem podlega kognicji Krajowej Izby Odwoławczej.

Izba ustaliła dalej, że odwołanie podlega rozpoznaniu zgodnie z art. 187 ust. 1 p.z.p. i nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 p.z.p., a których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania *meritum* sprawy. Skład orzekający stwierdził również, że odwołujący posiada legitymację materialną do wniesienia środka zaskarżenia, określoną w art. 179 ust. 1 p.z.p.

Krajowa Izba Odwoławcza dokonała oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 192 ust. 2 p.z.p., który stanowi, że Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Skład orzekający – po dokonaniu ustaleń poczynionych na podstawie dokumentacji postępowania przedstawionej przez zamawiającego, biorąc pod uwagę zakres sprawy, określony przez okoliczności faktyczne podniesione w odwołaniu – stwierdził, że sformułowane przez odwołującego zarzuty nie znajdują oparcia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie. W ocenie Izby całość zebranego materiału procesowego wskazuje, w sposób

niebudzący wątpliwości, że zamawiający prawidłowo zbadał i ocenił ofertę przystępującego jako ofertę najkorzystniejszą w postępowaniu.

W przedmiocie zarzutu braku prawidłowego zabezpieczenia wadium oferty przystępującego skład rozpoznający spór stwierdził co następuje.

Izba wskazuje, że zgodnie z art. 45 ust. 3 p.z.p. wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert, zaś w oparciu o art. 45 ust. 7 p.z.p. wadium wnoszone w pieniądzu wpłaca się przelewem na rachunek bankowy wskazany przez zamawiającego. Wadium zostanie wniesione w sposób prawidłowy, o ile w wyznaczonym terminie nastąpi uznanie rachunku zamawiającego w wymaganej kwocie, co winno zabezpieczać ofertę w taki sposób, że zamawiający może zatrzymać wadium, gdy będą ku temu zachodziły uzasadnione podstawy. Jak trafnie wskazał Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 4 stycznia 1995 r. sygn. akt: III CZP 164/94 „Spełnienie świadczenia bezgotówkowego następuje w dniu uznania rachunku bankowego wierzyciela, chyba że strony postanowiły inaczej”. Zatem to fakt znajdowania się właściwej kwoty pieniężnej na rachunku zamawiającego, przed upływem terminu na składanie ofert, przesądza o właściwym i skutecznym wniesieniu wadium.

Istotą rozpoznawanego zarzutu była ocena kiedy nastąpiło uznanie rachunku bankowego zamawiającego kwotą wadium przystępującego. Odwołujący, w oparciu o bankowy dokument elektroniczny, podnosił, że wadium zaksięgowano w dniu 03.10.2019 r. o godz. 21:22:04, co powinno powodować odrzucenie oferty przystępującego. Natomiast zamawiający wskazywał, że jego rachunek został uznany właściwą kwotą przed terminem na składanie ofert, a wskazywany przez odwołującego termin zaksięgowania przelewu wynika z błędu w systemie informatycznym banku, który spowodował zaksięgowanie z opóźnieniem, podczas gdy w rzeczywistości kwota wadium była w dyspozycji zamawiającego w dniu 02.10.2019 r., tj. przed upływem terminu na składanie ofert.

Skład orzekający ustalił, że zamawiający, zgodnie z lit. c pkt 1 rozdziału XII SIWZ pn. wadium i termin związania ofertą, wymagał wniesienia przed upływem terminu na składanie ofert (03.10.19 r. do godz. 10:00) wadium w wysokości 5 000,00 zł.

Dalej Izba wskazuje, że z materiału procesowego w postaci zaświadczenia Santander Bank Polska S.A. z dnia 15.10.2019 r. wynika, że bank otrzymał potwierdzenie otrzymania przelanych środków przez bank odbiorcy o godzinie 21:22:15 w dniu 02.10.2019 r. Następnie ustalono, że zamawiający zwrócił się pismem z dnia 05.11.2019 r. do banku Polska Kasa Opieki S.A. z prośbą o udzielenie informacji w przedmiocie szczegółów księgowania przelewu przystępującego. W piśmie tym wskazano, że występuje rozbieżność co do daty wskazanej jako data od której pieniądze były w dyspozycji zamawiającego i datą wskazaną w tzw. wtórniku, na który wskazywał odwołujący. W odpowiedzi na powyższe bank PKO udzielił informacji, że ww. przelew został istotnie zaksięgowany na rachunku w dniu 03.10.2019 r., natomiast data waluty dla tej transakcji to 02.10.2019 godzina 21:22 – była to faktyczna data

wpływu na rachunek odbiorcy. W materiale procesowym znajduje się także korespondencja elektroniczna, która potwierdza ww. ustalenia.

Z opisanych powyżej dowodów, które są ze sobą spójne i wzajemnie się uzupełniają, niezbicie wynika, że uznanie rachunku jednostki zamawiającej nastąpiło zgodnie z twierdzeniami zamawiającego i przystępującego, czyli dnia 02.10.2019 r. Odwołujący nie wywiódł żadnego kontrdowodu, który można byłoby przeciwstawić przedłożonym dokumentom, a w związku z tym, że były one spójne nie było podstaw do tego, aby odmówić im wiarygodności.

Zarówno z zaświadczenia wystawionego przez bank Santander, jak i z informacji z banku PKO wynika, że środki finansowe znalazły się na rachunku zamawiającego w dniu 2 października 2019 r. Rozbieżność w tych datach wynika z wykorzystania technologii omijającej tzw. sesje systemu bankowości, który jest wykorzystywany przez banki. Technologia ta nierzadko skutkuje księgowaniem późniejszym, niż data faktycznego uznania rachunku odbiorcy konkretną kwotą (co zwykle następuje natychmiast) – stąd niezwykle istotną datą jest data waluty danej operacji – tu: przelewu. Warto w tym miejscu zwrócić uwagę na regulację ustawy z dnia 19 sierpnia 2011 r. o usługach płatniczych (Dz. U. z 2019, poz. 659 ze zm.), który to akt prawny w art. 2 pkt 4 definiuje datę waluty jako „moment w czasie, od którego lub do którego dostawca nalicza odsetki od środków pieniężnych, którymi obciążono lub uznano rachunek bankowy”. Powyższe należy odczytywać w kontekście art. 25 pkt 5 ww. ustawy, zgodnie z którym niezwłocznie po wykonaniu transakcji płatniczej dostawca odbiorcy dostarcza lub udostępnia odbiorcy informacje o dacie waluty zastosowanej przy uznaniu rachunku. Zdarzenie to jest kluczowe, ponieważ determinuje kiedy fizycznie, materialnie, środki są dla odbiorcy dostępne – od kiedy jego bank wchodzi w ich „posiadanie” – nawet jeśli informacje, o których mowa w art. 25 ww. ustawy nie „nadały” jeszcze za transferem finansowym. Były to jedyne okoliczności istotne dla sprawy – jedynie pobocznie wskazać należy, że dla rozstrzygnięcia bez znaczenia pozostaje jaki system został wykorzystany przez przystępującego (czy był to BlueCash, czy inny), istotny jest bowiem jedynie rezultat operacji finansowej. Upraszczając, istotna jest okoliczność czy środki finansowe znalazły się na rachunku bankowym zamawiającego w terminie, czy nie. Wszystkie kwestie poboczne nie mają dla rozstrzygnięcia większego znaczenia.

Ponadto, jak trafnie podnosi się w doktrynie „Poza datą operacji można wyróżnić datę księgowania oraz datę waluty, przy czym obie z tych dat mogą mieć inne nazewnictwo w ramach poszczególnych banków lub SKOK-ów. Jednak problem ze wskazaniem właściwej daty może pojawić się wówczas, gdy na dokumencie zwanym wyciągiem bankowym pojawia się tylko jedna data – data księgowania. W tym miejscu należy zwrócić szczególną uwagę na fakt, że data operacji i data księgowania (data ujęcia przez bank lub SKOK na koncie danej transakcji finansowej) nie zawsze będą tożsame. Takie sytuacje zdarzają się najczęściej

w przypadku dokonywania płatności przy użyciu kart płatniczych lub kredytowych, oraz w przypadku przelewów zlecanych do wykonania po godzinie zamknięcia sesji przychodzącej lub wychodzącej systemu Elixir, które są indywidualne dla poszczególnych banków. W takich sytuacjach na wyciągu bankowym, w przypadku wskazywania tylko jednej daty przez bank lub SKOK, pojawia się w większości przypadków data księgowania, a nie data operacji”. (por. B. A., S. M., E-kontrola podatkowa i jednolity plik kontrolny, WKP 2018, system informacji prawnej LEX).

W związku z powyższym, w istocie nie ma w przedstawionych dokumentach żadnych sprzecznych informacji – banki, operujące w siatce pojęciowej ustawy o usługach płatniczych, zgodnie wskazują, że datą waluty był dzień 2 października 2019 r. – a zatem, że to tego dnia rachunek zamawiającego został uznany. Fakt, że informacje za tym przelewem finansowym nie nadały, pozostaje w zasadzie nieistotny. Nie sposób zatem jest mówić w sprawie nie tylko o przyznaniu przez zamawiającego, że sporne wadium wpłynęło po terminie – co usiłował wywodzić odwołujący w oparciu o treść pisma zamawiającego z dnia 05.11.2019 r. – a co z tego pisma nie wynika, ale nie występują tu nawet żadne rozbieżności. Zamawiający, co zrozumiałe, nie będąc biegłym w arkanach ustawy o usługach płatniczych i funkcjonowaniu systemu rozliczeniowego wykorzystywanego przez banki do rozliczania zdematerializowanych przesunięć środków finansowych, zwrócił się o wyjaśnienie swoich wątpliwości do banku prowadzącego jego rachunek bankowy. Wątpliwości te zostały wyjaśnione – choć należy przyznać, że w sposób mało czytelny dla podmiotów innych, niż profesjonaliści prowadzący działalność bankową.

W istocie zatem, mając na uwadze wyżej wywiedzione okoliczności, wydaje się, że odwołujący oparł swoje przekonanie o zasadności odwołania nie tyle na faktach – te bowiem w świetle zgromadzonego materiału dowodowego żadnego sporu budzić nie mogły – a na swoim mylnym wyobrażeniu, co do tego, które zdarzenie z perspektywy prawidłowości wniesienia wadium jest kluczowe. Kiedy tym zdarzeniem w ocenie Izby jest materialna możliwość dysponowania określoną kwotą pieniężną przez zamawiającego i zgromadzony materiał dowodowy nie nasuwa wątpliwości, że kwotą tą zamawiający mógł dysponować przed upływem terminu na składanie ofert. W konsekwencji, skład orzekający stwierdził, że postawione zamawiającemu zarzuty nie znalazły oparcia w żadnych dowodach, a to przeważało o uznaniu zarzutu za bezzasadny.

Jedynie dodatkowo Izba wskazuje, za wyrokiem Sądu Okręgowego w Olsztynie z dnia 21 maja 2010 r., sygn. akt: IX Ca 297/10, którego ocenę skład orzekający podziela, że „termin wniesienia – zgodnie z art. 45 p.z.p. – oznacza uznanie kwoty wadium przez rachunek zamawiającego. (...) Przy czym należy odróżnić fakt wniesienia wadium od udokumentowania jego wniesienia. Zamawiający winien mieć pewność, że wadium zostało wniesione w chwili otwarcia ofert, czyli, aby istniała możliwość sprawdzenia stanu konta przez zamawiającego.

Inaczej rzecz ujmując, należy stwierdzić, że słowo wniesienie oznacza uznanie kwoty wadium przez rachunek zamawiającego”.

Mając na uwadze powyższe Krajowa Izba Odwoławcza oddaliła zarzut nr 1 z *petitum* odwołania.

W zakresie zarzutu nieprawidłowego przyznania przystępującemu punktów w pozacenowym kryterium oceny ofert „sprzęt użyty do realizacji zamówienia” Izba wskazuje co następuje.

Skład orzekający ustalił, iż zgodnie z pkt 2 rozdziału XVII SIWZ pn. kryteria oceny ofert, zamawiający wskazał, że przyzna wykonawcom dodatkowe punkty (15%) w kryterium sprzętu, który dodatkowo zostanie użyty do realizacji zamówienia. Dla części III postępowania można było uzyskać punkty, o ile wykonawca zaoferuje dodatkowo: pługo-posypywarkę, ciągnik z pługiem i dwa mikrociągniki z pługiem. Zamawiający zaznaczył także, że dodatkowe punkty otrzyma się za wykonywanie zamówienia przy pomocy całego dodatkowego sprzętu.

Izba ustaliła dalej, że koresponduje to z treścią formularza oferty (ustanowionego w rozdziale XIII SIWZ pn. opis sposobu przygotowania ofert), gdzie – w treści załącznika nr 4c do SIWZ, w pkt 2 oferty – wykonawcy zobowiązani byli wskazać, czy oferują dodatkowy sprzęt, tj. oświadczano tak lub nie, dla możliwości wykonywania zamówienia przy użyciu dodatkowego sprzętu. Zamawiający, w zakresie sprzętu ocenianego w kryterium, oprócz zaznaczenia słowa „tak”/„nie” w pkt 2 oferty, nie żądał od wykonawców żadnych innych dokumentów, bądź oświadczeń.

Odwołujący podnosił, że punkty w kryterium sprzętu zostały przyznane przystępującemu przez zamawiającego w sposób nieprawidłowy, bowiem w złożonym przez tego wykonawcę wykazie sprzętu brak jest dodatkowego sprzętu, ocenianego w kryterium oceny ofert z pkt 2 rozdziału XVII SIWZ.

Zarzut ten nie mógł zostać przez Izbę uwzględniony, ponieważ oparto go na błędnym przekonaniu strony – wbrew treści dokumentacji postępowania – że wykaz sprzętu, który wykonawcy składali na udowodnienie posiadania odpowiedniego potencjału zawodowego, powinien zawierać także sprzęt określony w kryterium oceny ofert. Umknęło uwadze odwołującego, że zgodnie z treścią SIWZ przedmiotowy wykaz jest składany na potwierdzenie wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadanej zdolności technicznej, co wynika z treści lit. a pkt 1.1. rozdziału VI SIWZ. Zatem rzeczony wykaz stanowi środek dowodowy na wykazanie, że wykonawca spełnia warunek legitymowania się odpowiednim potencjałem z ppkt 3 pkt 1.3. rozdziału IV SIWZ, tj. „Zamawiający uzna powyższy warunek za spełniony o ile wykonawca wykaże, że dysponuje lub będzie dysponował następującym sprzętem do realizacji zamówienia: część III utrzymanie zimowe chodników i dróg obręb Polanka i Turaszówka: pługo-posypywarka 1 szt., mikrociągnik z pługiem min. 1 szt.”. Skoro zatem wykaz sprzętu składany jest w konkretnym celu, czyli na potwierdzenie

spełnienia warunku udziału w przetargu (zgodnie z art. 25 ust. 1 pkt 1 p.z.p. w zw. z § 2 ust. 4 pkt 3 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2016, poz. 1126 ze zm.)), trudno zgodzić się ze stroną, że wykaz urzędzeń winien posiadać jakiegokolwiek inne, niezwiązane z warunkiem zdolności technicznej, informacje.

Skład orzekający wskazuje dalej, że aby skutecznie twierdzić, iż zamawiający w sposób nieprawidłowy przyznał przystępującemu punkty w kryterium sprzętu, bowiem w jego wykazie urzędzeń nie ma tych, które oceniano w kryterium, najpierw odwołujący powinien wykazać – w oparciu o treść dokumentacji postępowania – że zamawiający żądał wskazania w spornym wykazie urzędzeń, które oceniano w pozacenowym kryterium sprzętu do realizacji zamówienia. Odwołujący tej okoliczności nie wykazał i nie byłby w stanie tego zrobić, ponieważ jego twierdzenia w zakresie celu i funkcji wykazu sprzętu są sprzeczne z brzmieniem SIWZ. Jak wskazano powyżej z przywołanej treści dokumentacji postępowania wyraźnie wynika, że sporny wykaz ma udowodnić posiadanie pługo-posypywarki i mikrociągnika z pługiem, czyli urzędzeń wskazanych w warunku udziału w postępowaniu, a nie urzędzeń ocenianych w kryterium oceny ofert.

Usiłowanie nałożenia na konkurencję odwołującego obowiązku przedłożenia wykazu sprzętu ocenianego w kryterium, wbrew treści SIWZ, ma raczej charakter spóźnionej polemiki z brzmieniem dokumentacji postępowania, pod pozorem podnoszenia zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 91 ust. 1 p.z.p. Kiedy w odniesieniu do ewentualnych – pozornych, bądź rzeczywistych – wątpliwości co do treści, czy zakresu stawianych przez zamawiającego wymogów i sposobu ich weryfikacji, wykonawcy mają prawo zwrócić się do zamawiającego w trybie art. 38 ust. 1 p.z.p. o ich wyjaśnienie. Ponadto, mając na uwadze możliwość wniesienia środków ochrony prawnej, w odniesieniu do regulacji dokumentacji postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza rozpatrując odwołanie od czynności zamawiającego wszelkie zarzuty kierowane do treści SIWZ uznaje za spóźnione – nie jest bowiem możliwe obejście terminu na wniesienie odwołania, poprzez formułowanie zarzutów co do brzmienia SIWZ na etapie, na którym wykonawca uzna, że zarzuty, które mógł zgłosić wcześniej (i na których zgłoszenie we właściwym trybie termin upłynął) stały się w jego subiektywnej ocenie istotne, bowiem życzyłby sobie w sposób znacznie szerszy, niż żądano tego w dokumentacji postępowania, zweryfikować urzędzenia konkurencji.

Skład orzekający zwraca uwagę również, że odwołujący nie zdecydował się na próbę podważenia oświadczenia przystępującego zawartego w ofercie, że wykonawca sprzęt oceniany w kryterium posiada. Wskazano na naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 17 p.z.p., ale nie zaferowano w odwołaniu żadnych twierdzeń, które Izba mogłaby zweryfikować – odwołanie w tym zakresie jest merytorycznie puste. Odwołujący ograniczył się do wskazania, że

przystępujący nie dysponuje sprzętem, za który dostał dodatkowe punkty w kryterium oceny ofert, ponieważ nie ma go w wykazie urządzeń, złożonym na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

W konsekwencji powyższego Krajowa Izba Odwoławcza oddaliła zarzut nr 2 z *petitum* odwołania, jako nieposiadający uzasadnionych podstaw.

Zarzut braku posiadania przez przystępującego kodu PKD nr 81.29.Z w odpisie z KRS, postawiony w pkt 3 *petitum* odwołania również został przez Izbę oddalony.

Izba ustaliła, że w dokumentacji postępowania zamawiający nie postawił takiego wymagania i odwołujący nie wykazał okoliczności przeciwnej. Pomijając już samą możliwość ustanowienia wymogu posiadania określonego kodu we właściwym rejestrze (pomijając także kwestię, że kod PKD – Polskiej Klasyfikacji Działalności, zgodnie z rozporządzeniem wydanym z delegacji zawartej w art. 40 ust. 2 ustawy z dnia 29 czerwca 1995 r. o statystyce publicznej (Dz. U. z 2019, poz. 649 ze zm.), ma znaczenie statystyczne), Izba wskazuje, że zamawiający – zgodnie z pkt 1.1. rozdziału IV SIWZ – nie ustanowił warunku dotyczącego posiadania odpowiednich uprawnień do prowadzenia działalności zawodowej (art. 22 ust. 1b pkt 1 p.z.p.). Zatem w oparciu o brzmienie SIWZ brak jest nie tylko możliwości wykluczenia wykonawcy z tego powodu, ale nie ma żadnych podstaw do podejmowania próby weryfikacji, czy przystępujący spełnia wymóg, którego brak zarzucał mu odwołujący, tj. czy na potrzeby statystyki publicznej ujawnił on wobec GUS dany typ prowadzonej działalności. Skład rozpoznający spór wskazuje dalej, że również w zakresie tego zarzutu adekwatny oraz aktualny pozostaje wcześniejszy wywód Izby o spóźnionej na obecnym etapie polemice z treścią SIWZ i należy krótko podsumować, że po otwarciu ofert – wykonawców, zamawiającego i Izbę, wiąże treść dokumentacji postępowania, której nie można już zmienić. Jeżeli odwołujący uznaje za konieczne spełnienie dodatkowych wymogów do prawidłowego wykonywania przedmiotu zamówienia, zastrzeżenie takie powinien wносить we właściwym trybie i terminie, czyli skorzystać z możliwości zadawania pytań do treści SIWZ w tym przedmiocie, lub wnieść odwołanie wobec ukształtowania warunków przetargu, zaś obecnie twierdzenia takie są twierdzeniami spóźnionymi. Trudno jednakże byłoby wywodzić, że ujawnienie dla potrzeb statystycznych prowadzenia danego typu działalności ma na tyle duże znaczenie, że mogłoby przesądzać o braku możliwości realizacji zamówienia przez podmiot, który jej prowadzenia nie ujawnił.

Wypada także podkreślić, że to odwołujący, pomimo treści wiążącej dokumentacji postępowania, usiłował nakładać na przystępującego dodatkowe wymagania, których nie ma w treści SIWZ. Kiedy żądanie złożenia w postępowaniu informacji, do których nie obliguje wykonawcy brzmienie SIWZ, stanowiłoby naruszenie naczelnych zasad zamówień publicznych, określonych w art. 7 ust. 1 p.z.p., z których wyprowadzić należy także zakaz

retroaktywnego pogarszania sytuacji niektórych wykonawców, w szczególności w zakresie próby nakładania na nich obowiązków, które nie wynikają z warunków przetargu.

Ponadto skład orzekający wskazuje, że w poczet materiału dowodowego sprawy zostały włączone złożone przez przystępującego dowody w postaci listy banków, do których można wykonać przelew systemu BlueCash oraz trzy fotografie, tym niemniej w ocenie Izby dowody są nieprzydatne dla ustalenia faktów związanych z rozpoznawanym sporem, ponieważ nie dotyczą okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 p.z.p. Izba uwzględniła odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Brak potwierdzenia zarzutów wskazanych w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym nie została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 p.z.p.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego wydano na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 p.z.p., tj. stosownie do wyniku postępowania – obciążając odwołującego, jako stronę przegrywającą, kosztami postępowania odwoławczego, na które zgodnie z § 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. z 2018 r. poz. 972) złożył się uiszczony przez stronę wpis od odwołania.

Przewodniczący:

.....