

**WYROK**  
z dnia 20 grudnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff**

**Protokolant: Mikołaj Kraska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **16 grudnia 2022 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **05 grudnia 2022 r.** przez wykonawcę: **M. M. I. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Skup, Sprzedaż Transport Drewna M. I., 43-470 Istebna 736** w postępowaniu prowadzonym przez **Gmina Istebna, 43-470 Istebna 1000**

przy udziale wykonawcy **URBACZKA Sp. z o.o., 43-476 Jaworzynka 953** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 108 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710) poprzez nie przedłożenie przez Przystępującego: **URBACZKA Sp. z o.o., 43-476 Jaworzynka 953** dokumentu, tj. informacji z Krajowego Rejestru Karnego potwierdzającej brak orzeczenia zakazu ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego wobec jego spółki **i nakazuje Zamawiającemu - Gmina Istebna, 43-470 Istebna 1000:** unieważnienie czynności wyboru oferty

najkorzystniejszej 24.11.2022 r. w zadaniu 4, powtórzenie czynności badania i oceny ofert w zadaniu 4, w ramach której nakazuje Zamawiającemu Gmina Istebna, 43-470 Istebna 1000 wezwanie w trybie art. 128 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710) Przystępującego URBACZKA Sp. z o.o., 43-476 Jaworzynka 953 do przedstawienia informacji z Krajowego Rejestru Karnego potwierdzającej brak orzeczenia zakazu ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego wobec jego spółki, z uwagi na potwierdzenie się zarzutu we wskazanym w sentencji zakresie i brak wyczerpania instytucji wezwania do uzupełnienia we wskazanym zakresie.

2. W pozostałym zakresie oddała odwołanie.
3. kosztami postępowania obciąża **Gminę Istebna, 43-470 Istebna 1000** i:
  - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **M. M. I. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Skup, Sprzedaż Transport Drewna M. I., 43-470 Istebna 736** tytułem wpisu od odwołania,
  - 3.2 zasądza od **Gminy Istebna, 43-470 Istebna 1000** na rzecz **M. M. I. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Skup, Sprzedaż Transport Drewna M. I., 43-470 Istebna 736** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu kosztów wpisu i wydatków pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust.1 i 580 ust.1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

**Przewodniczący:**

.....

## Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „*Utrzymanie dróg w sezonie zimowym 2022/2023*” (Numer referencyjny: RI.271.1.25.2022), zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 16.09.2022 r. pod nr 2022/S 179-506119 przez Gmina Istebna, 43-470 Istebna 1000 zwana dalej: „*Zamawiającym*”. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710), zwana dalej: „*NPzp*” albo „*PZP*” albo „*ustawy pzp*”.

W dniu 24.11.2022 r. (e-mailem) Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej m.in. w zadaniu 4: URBACZKA Sp. z o.o., 43-476 Jaworzynka 953 zwana dalej: „*URBACZKA Sp. z o.o.*” albo „*Urbaczka sp. z o.o.*” albo „*Przystępującym po stronie Zamawiającego*”. Drugą pozycję w rankingu zajęła oferta M. M. I. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Skup, Sprzedaż Transport Drewna M. I., 43-470 Istebna 736 zwana dalej: „*Skup, Sprzedaż Transport Drewna M. I.*” albo „*Odwołującym*”.

Dnia 05.12.2022 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) odwołanie względem czynności z 24.11.2022 r. złożył Skup, Sprzedaż Transport Drewna M. I. Stwierdził, iż wobec niezgodnych z ustawą pzp czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na:

1. Zaniechaniu wykluczenia wykonawcy Urbaczka sp. z o.o. z siedzibą w Jaworzynce podczas gdy nie wykazał on braku podstaw do wykluczenia oraz nie przedłożył dokumentów potwierdzających brak orzeczenia zakazu ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego;
2. Zaniechaniu wykluczenia wykonawcy Urbaczka sp. z o.o. z siedzibą w Jaworzynce podczas gdy wprowadził on Zamawiającego w błąd co do spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej;
3. Wyborze oferty Urbaczka sp. z o.o. jako najkorzystniejszej w sytuacji gdy powinna ona zostać odrzucona ze względu, na fakt że została złożona przez wykonawcę, który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu i podlega wykluczeniu

Co w efekcie stanowiło naruszenie art. 16 ust. 1, art. 108 ust. 1 pkt 4), art. 109 ust. 1 pkt 8), art. 123, art. 124 pkt 1), art. 128 ust. 4 i 5, art. 226 ust. 1 pkt 1) lit. a) i b) ustawy pzp.

Wnosił o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w zadaniu 4;
2. Ponownego badania i oceny ofert w Zadaniu 4;
3. Odrzucenia oferty Urbaczka sp. z o.o.;
4. Wyboru w Zadaniu 4 oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Wnosił o przeprowadzanie dowodów z dokumentów znajdujących się w aktach postępowania przetargowego, zawartych w treści niniejszego Odwołania, a także z przesłuchania świadka p. M. I., zamieszkały (...), mail: (...), nr telefonu: (...) w celu wykazania okoliczności wskazanych w treści niniejszego odwołania.

Wnosił o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa prawnego wg norm przepisanych.

W dniu 14 października 2022 r. Zamawiający dokonał modyfikacji w rozdziale 7 SWZ i pkt 7.1.3. otrzymał brzmienie: „7.1.3 Zamawiający przewiduje wykluczenia Wykonawcy z udziału w postępowaniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 1 ,4, 5, 7 -10 uPzp (tzw. przesłanki wykluczenia fakultatywne).”

Warunki udziału w postępowaniu nie zostały zmienione i tak w pkt 7.2.4. SWZ w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej Zamawiający wskazał, że:

*„Warunek ten zostanie spełniony, jeżeli Wykonawca dysponuje sprzętem który posłuży do wykonania usługi dla każdej części zamówienia tj.:*

*Zadanie 1 - Pojazd z pługiem, dmuchawą oraz posyparką o mocy co najmniej 100 KM -1 szt.*

*Zadania 2 - Pojazd z pługiem i posyparką o mocy co najmniej 100 KM - 1 szt. Pojazd z pługiem oraz dmuchawą o mocy co najmniej 70 KM -1 szt.*

*Zadanie 3 - Pojazd z pługiem, dmuchawą oraz posyparką o mocy co najmniej 100 KM -1 szt.*

*Zadanie 4 - Pojazd z pługiem i posyparką o mocy co najmniej 100 KM - 1 szt. Pojazd z pługiem i dmuchawą o mocy co najmniej 70 KM - 2 szt.*

*Zadanie 5 - Pojazd z pługiem o mocy co najmniej 70 KM - 1 szt. Pojazd z pługiem oraz dmuchawą o mocy co najmniej 70 KM - 2 szt.*

*Zadanie 6 - Pojazd z pługiem, posyparką oraz dmuchawą o mocy co najmniej 70 KM - 1 szt. Pojazd z pługiem o mocy co najmniej 70 KM, 1 szt.*

*Zadanie 7 - Pojazd z pługiem oraz dmuchawą o mocy co najmniej 70 KM -1 szt.*

*Zadanie 8 - Pojazd z pługiem i posyparką o mocy co najmniej 70 KM - 1 szt. Pojazd z pługiem oraz dmuchawą o mocy co najmniej 70 KM -1 szt.*

*Zadanie 9 - Pojazd z pługiem oraz posyparką o mocy co najmniej 150 KM - 1 szt. Pojazd z pługiem o mocy co najmniej 70 KM - 2 szt. Pojazd z pługiem oraz posyparką przystosowany do odśnieżania chodników -1 szt.*

*Zadanie 10 - Pojazd z pługiem oraz dmuchawą o mocy co najmniej 70 KM -1 szt. Pojazd z pługiem o mocy co najmniej 70 KM - 2 szt.*

*Zadanie 11 - Pojazd z pługiem, posyparką oraz dmuchawą o mocy co najmniej 90 KM -1 szt. Pojazd z pługiem o mocy co najmniej 70 KM -1 szt.*

*Zadanie 12 - Pojazd z pługiem, posyparką i dmuchawą o mocy co najmniej 80 KM -1 szt.*

*Zadanie 13 - Pojazd z pługiem, posyparką oraz dmuchawą o mocy co najmniej 80 KM -1 szt."*

Zamawiający dokonał podziału zamówienia na 13 części, w tym Część IV - drogi we wsi Istebna o łącznej długości- 19,65 km, szacunkowa liczba przejazdów w sezonie zimowym 35, na którą ofertę złożył Odwołujący. Oprócz oferty Odwołującego dla Części IV ofertę złożył także wykonawca Urbaczka sp. z o.o.

Już po otwarciu ofert, Odwołujący po zweryfikowaniu konkurencyjnej oferty powziął uzasadnione wątpliwości co do prawidłowości oferty Urbaczka sp. z o.o., w szczególności w zakresie spełniania przez tego wykonawcę warunków udziału w postępowaniu. W piśmie do Zamawiającego z dnia 31.10.2022 r. Odwołujący wskazał na uzasadnione wątpliwości jakie powinna wzbudzić oferta Urbaczka sp. z o.o. poczynając od treści oświadczenia JEDZ, poprzez spełnianie przez tego wykonawcę warunków udziału w postępowaniu. Wykonawca Urbaczka sp. z o.o. złożył ofertę obejmującą zadania od 1 do 4. Należy mieć natomiast na względzie, że Zamawiający w SWZ postawił warunki udziału w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, w których dla poszczególnych zadań wymagał dysponowania sprzętem, który posłuży do wykonania usługi dla każdej części zamówienia, zatem wykonawca powinien dysponować co najmniej 7 pojazdami, zgodnymi z wymaganiami SWZ.

Zgodnie z wiedzą posiadaną przez Odwołującego wykonawca Urbaczka sp. z o.o. nie posiada takiej ilości pojazdów, co znalazło potwierdzenie w podmiotowych środkach dowodowych, które wykonawca złożył na wezwanie Zamawiającego z dnia 9 listopada 2022 r. W wykazie narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych dla części 4 zamówienia wykonawca wskazał dwa pojazdy (Zetor nr rej SCI 3477P i Kubota SCI 4114P) i jako podstawę dysponowania nimi podał użyczenie. W tym miejscu należy także podkreślić, że wykonawca zadeklarował w JEDZ i ofercie, że osobiście spełnia warunki udziału w postępowaniu i nie polega w tym zakresie na zdolności technicznej podmiotu udostępniającego zasoby. Treść wykazu i oferty, w kontekście wcześniej zgłaszanych przez Odwołującego wątpliwości, powinna co najmniej wzbudzić czujność Zamawiającego, który w takiej sytuacji powinien dołożyć dodatkowej staranności w procesie badania oferty Urbaczka sp. z o.o. Faktycznie też Zamawiający pismem z dnia 22 listopada 2022 r. wezwał wykonawcę do uzupełnienia wykazu, jednak wskazał tylko na konieczność wykazania wyposażenia pojazdów w pługi, posyparki i dmuchawy, całkowicie pomijając fakt, że wykonawca wykazał pojazdy nie będące jego własnością, podczas gdy wcześniej oświadczył

że osobiście spełnia warunki udziału. Następnie w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych wykonawca złożył wykaz, w którym dla części 4 wskazał cztery pojazdy będące jego własnością, jednak w miejsce pojazdów Zetor nr rej. SCI 3477P i Kubota SCI 4114P wpisano Zetor nr rej. SCI 3S15 oraz Mercedes Benz nr rej. T 2731 oraz dodano Mercedesa Benz SP 489EK. Tym samym wykonawca samodzielnie dokonał istotnej zmiany w wykazie podając inne pojazdy, niż w pierwotnie. Zamawiający jednak w żaden sposób nie próbował wyjaśnić tej różnicy i z naruszeniem przepisów dokonał wyboru oferty.

W tym miejscu podkreślił, że w ocenie Odwołującego działanie Urbaczka sp. z o.o. było wprowadzeniem Zamawiającego w błąd ponieważ zgodnie z posiadaną wiedzą pojazdy, których własność wskazał wykonawca nie należą do niego, a do K.G. Wskazał, że Odwołujący działa na rynku lokalnym już od 25 lat, zatem ma wiedzę co do panującej na nim konkurencji, jak i zasobów jakimi dysponują poszczególni wykonawcy. Należy mieć przy tym na względzie, że w większości wykonawcy znają się nawet osobiście, niejednokrotnie współpracują w ramach konsorcjów lub podwykonawstwa. Sytuacja panująca na lokalnym, jednak niewielkim rynku jest dobrze znana podmiotom działającym w obrębie Gminy i jej sąsiedztwie (w większości to gminy liczące ok. 8-12 tys. mieszkańców). Z tego też względu Odwołującemu wiadome jest, że Urbaczka sp. z o.o. nie dysponuje pojazdami wskazanymi w wykazie, jak również że Zetor nr rej. SCI 3S15 jest własnością K.G. Ta druga okoliczność znajduje potwierdzenie w fakcie, że K.G. wspomniany pojazd wykorzystuje przy realizacji zamówienia publicznego na rzecz Lasów Państwowych, gdyż jego oferta została wybrana w postępowaniu na Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Wisła w roku 2022", na Pakiet III (Leśnictwo Olza) zn.spr.: ZG.270.5.2021.MM. Zamówienie to jest realizowane do końca 2022 r. i do jego realizacji jest wykorzystywany (i był także w terminie składania ofert w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - Gminę Istebna oraz później) pojazd Zetor nr rej. SCI 3S15. W załączeniu Odwołujący przekazuje formularz oferty, JEDZ oraz wykaz sprzętu złożone przez K.G. we wspomnianym postępowaniu prowadzonym przez Nadleśnictwo Wisła. Zgodnie z tymi dokumentami, to właśnie K.G. jest właścicielem ciągnika Zetor.

Odwołujący już w październiku sygnalizował Zamawiającemu możliwe nieprawidłowości, co powinno wzmocnić czujność Zamawiającego. Warto w tym miejscu podkreślić, że w świetle przepisów ustawy pzp zamawiający nie może żądać od wykonawcy konkretnych dokumentów - dowodów, potwierdzających okoliczności co do których zachodzą wątpliwości, gdyż to wykonawca ma obowiązek w ramach wyjaśnień takie dowody przedłożyć. Zamawiający zaniechał wyjaśnienia treści oferty i oświadczeń złożonych przez wykonawcę, choć Odwołujący wskazywał na konkretne uchybienia, jak również podnosił okoliczności, które powinny zostać uwzględnione w toku badania oferty. Odwołujący

wskazuje także, że wystąpił do z wnioskiem do Centralnej Ewidencji Pojazdów, w celu przedłożenia stosownej informacji w zakresie właściciela pojazdów Zetor nr rej. SCI 3S15, Mercedes Benz nr rej T 2731 i Mercedesa Benz SP 489EK. na poparcie zarzutu w zakresie wprowadzenia w błąd Zamawiającego, przy czym ze względu na terminy rozpoznania wniosku zostanie ona przedłożona niezwłocznie po jej otrzymaniu.

Co więcej, pomimo że Zamawiający pismem z dnia 9 listopada 2022 r. wezwał wykonawcę do złożenia informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie dotyczącym podstaw wykluczenia wskazanych w art. 108 ust. 1 pkt 1, 2 i 4 ustawy pzp, Urbaczka sp. z o.o. nie przedłożyła dokumentu, który potwierdza że wobec spółki nie orzeczono zakazu ubiegania się o zamówienie publiczne. Ponadto dokument JEDZ spółki, również zawierał oświadczenia, które mogły świadczyć o zaistnieniu podstaw wykluczenia, ponieważ wykonawca wskazał, że nie będzie w stanie przedstawić dokumentów potwierdzających brak zaległości w płatnościach publicznoprawnych. Konieczność żądania podmiotowych środków dowodowych nie zależy od decyzji zamawiającego. Konsekwencją powyższego jest obowiązek żądania złożenia informacji z KRK na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia w zakresie przesłanki z art. 108 ust. 1 pkt 1, 2 i 4 ustawy pzp. Zaświadczenia z KRK, a właściwie informacje z tego Rejestru, są podmiotowymi środkami dowodowymi, stosownie do § 2 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z 23.12.2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy. Wskazane środki dowodowe służą potwierdzeniu przez wykonawców braku podstaw wykluczenia. Zakres tych środków, które winien wykonawca będący spółką z ograniczoną odpowiedzialnością uzależniony od treści żądania wyrażonego przez zamawiającego Mając na uwadze, że w przedmiotowym postępowaniu zamawiający żądał przedłożenia przez wykonawcę podmiotowych środków dowodowych w postaci informacji z KRK w zakresie podstaw wykluczenia wskazanych art. 108 ust. 1 pkt 1, 2 i 4 ustawy pzp, Urbaczka sp. z o.o. winien złożyć te informacje w stosunku do:

- urzędującego członka zarządu, urzędującego członka rady nadzorczej oraz prokurentów (jeśli zostali ustanowieni) - w celu wykazania braku podstawy wykluczenia, o której mowa w art. 108 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp, - samej spółki banku spółdzielczego - w celu wykazania braku podstawy wykluczenia, o której mowa w art. 108 ust. 1 pkt 4 ustawy pzp.

Pomimo wezwania wykonawca nie przedłożył informacji dotyczącej podmiotu zbiorowego - spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, przez co nie wykazał braku podstawy wykluczenia, o której mowa w art. 108 ust. 1 pkt 4 ustawy pzp, a pomimo to Zamawiający dokonał wyboru oferty. Warto także podkreślić, że Zamawiający w żaden sposób nie odniósł się do nieprawidłowości w dokumencie JEDZ złożonym przez Urbaczka sp. z o.o., na które wskazywano w piśmie z dnia 31.10.2022 r.



Wyżej opisane okoliczności bezsprzecznie wskazują, że Zamawiający dokonał czynności wyboru oferty z naruszeniem szeregu przepisów ustawy p.z.p. W odniesieniu do oświadczenia Urbaczka sp. z o.o. w zakresie własności pojazdów, które nie należą do spółki należy podkreślić, że przedłożenie wykazu stanowiło wprowadzenie i było wynikiem zamierzonego działania (pierwotnie wykonawca wymienił w wykazie inne pojazdy), a co najmniej rażącego niedbalstwa. Bez wątpienia też wprowadzenie w błąd co do spełniania warunków udziału w postępowaniu miało istotny wpływ na decyzję co do wyboru oferty najkorzystniejszej, ponieważ skutek przedstawienia nieprawdziwych informacji, Zamawiający uznał, że Urbaczka sp. z o.o. spełnia warunek zdolności technicznej. Udzielenie zamówienia publicznego powinno nastąpić z zachowaniem zasady równego traktowania wykonawców. Niezbędne jest zatem wyeliminowanie wykonawców, którzy w toku postępowania przedstawiają informacje wprowadzające zamawiającego w błąd, a w związku z tym mogące stanowić podstawę podjęcia przez niego niewłaściwej czynności. Do informacji, które wprowadzają zamawiającego w błąd, należy zaliczyć takie informacje, które nie są zgodne z rzeczywistością, istniejącym stanem faktycznym. Są to więc informacje nieprawdziwe, oddające fałszywie stan faktyczny, który ma znaczenie dla danego postępowania. Na skutek podania takich informacji zamawiający pozostaje w błędzie, czyli ma mylne wyobrażenie o rzeczywistości lub też nie ma jakiegokolwiek wyobrażenia o niej (taką definicję błędu podaje Z. Radwański [w:] System prawa prywatnego, t. 1, Prawo cywilne - część ogólna, red. M. Safjan, Warszawa 2008, s. 397). Do takiej sytuacji doszło w przedmiotowym postępowaniu. Wskazać także należy, że dla zmaterializowania się przesłanki określonej w art. 109 ust. 1 pkt 8) ustawy pzp wystarczy, że nieprawdziwe informacje zostały przedstawione w toku postępowania i mogły potencjalnie wpłynąć na podejmowanie decyzji (wyrok KIO z 13.07.2020 r., KIO 1077/20; wyrok KIO z 3.02.2020 r., KIO 104/20). Zamierzone działanie będzie miało miejsce wtedy, kiedy wykonawca wie, że nie spełnia jednego z warunków udziału w postępowaniu a pomimo tego składa wprowadzające w błąd oświadczenie, że ten warunek spełnia. Pojęcie „zamierzone działanie” wymaga wykazania, że jest to świadome zachowanie się podmiotu, zmierzające do wywołania określonych skutków. Bez wątpienia w przedmiotowym postępowaniu wykonawca działał umyślnie - z zamiarem wprowadzenia zamawiającego w błąd - świadczyć może o tym choćby zmiana dokonana w wykazie, ponieważ już na tym etapie wykonawca miał świadomość, że nie spełnia samodzielnie warunków udziału w postępowaniu, przez co powołał się na użyczane pojazdy, a następnie ponieważ nie mógł powoływać się na potencjał udostępniony przez inny podmiot, podał nieprawdziwą informację o własności innych pojazdów. Nawet jeśli przyjąć, że działanie to nie było zamierzone, to należy je uznać za rażące niedbalstwo, ponieważ nie można zapominać, że miernikiem oceny przewidywania sprawcy co do prawidłowości lub nieprawidłowości działania w przypadku zamówień

publicznych powinno być zachowanie należytej staranności ustalanej z uwzględnieniem zawodowego charakteru działalności prowadzonej przez wykonawcę. Oznacza to, że od przedsiębiorcy wymagana jest szczególna staranność wyrażająca się większą zapobiegliwością, rzetelnością, dokładnością w działaniu, itd. Za takiego profesjonalistę należy również uznać, co do zasady, wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego. Należyta staranność profesjonalisty nakłada na wykonawcę, który składa ofertę, dokumenty i oświadczenia we własnym imieniu, aby upewnił się, czy deklarowany w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości. Podmiot będący profesjonalistą bez wątpienia powinien wiedzieć jakie posiada pojazdy w swoim majątku.

W wyroku z dnia 1 lutego 2019 r., KIO 45/19, Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że zawarta w przepisach przesłanka wprowadzenia zamawiającego w błąd polega na przedstawieniu przez wykonawcę nieprawdziwych informacji, czyli zaistnienia sprzeczności pomiędzy treścią dokumentu złożonego przez wykonawcę, a rzeczywistością. Stan ten zaistnieje, gdy przedstawione zostaną informacje obiektywnie nieprawdziwe, niezgodne z rzeczywistym stanem rzeczy, który ma znaczenie dla danego postępowania. W przedmiotowej sprawie oświadczenie Urbaczka sp. z o.o. nie znajduje odzwierciedlenia w stanie faktycznym, ponieważ pojazd wymieniony w wykazie należy do K.G.

Podkreślił, że przypadku przesłanek związanych z przedstawieniem nieprawdziwych informacji wprowadzających w błąd nie zachodzą podstawy do uzupełnienia dokumentów, które informacje te zawierają na podstawie art. 128 ust. 1 p.z.p. Jak zauważyła Izba w wyroku KIO z 8.06.2020 r., KIO 600/20: *„Jeżeli wykonawca winny jest wprowadzenia w błąd nieprawdziwym oświadczeniem lub dokumentem, nie można jednocześnie twierdzić, że takie oświadczenie lub dokument zawiera błędy dotyczące braku potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu”*.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego naruszenia przepisów ustawy pzp w zakresie w jakim Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, w sytuacji gdy wykonawca którego oferta została uznana za najkorzystniejszą nie przedstawił wymaganych podmiotowych środków dowodowych a mianowicie informacji KRK odnoszącej się do podmiotu zbiorowego - Urbaczka sp. z o.o. w zakresie podstawy wykluczenia określone w art. 108 ust. 1 pkt 4) ustawy pzp, podkreślić należy że zamawiający w postępowaniu o udzielenie zamówienia o wartości równej lub przekraczającej progi unijne obowiązany jest do żądania podmiotowych środków dowodowych dotyczących braku podstaw do wykluczenia. Konieczność żądania podmiotowych środków dowodowych nie zależy od decyzji zamawiającego. Konsekwencją powyższego jest obowiązek żądania złożenia informacji z KRK na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia w zakresie przesłanki z art. 108 ust. 1 pkt 1, 2 i 4 ustawy pzp. Tym samym zaniechanie Zamawiającego może prowadzić

do wniosku, że wykonawca nie wykazał braku podstaw do wykluczenia, a wybór oferty nastąpił z naruszeniem przepisów ustawy pzp.

Reasumując przedstawioną w niniejszym piśmie argumentację, opisany stan faktyczny oraz uzasadnienie na gruncie utrwalonej linii orzeczniczej, należy stwierdzić, że:

1. Wykonawca Urbaczka sp. z o.o. nie wykazał braku podstaw do wykluczenia oraz wprowadził Zamawiającego w błąd zatem jego oferta podlega odrzuceniu;
2. Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, pomimo że wykonawca Urbaczka sp. z o.o. nie złożył informacji z Krajowego Rejestru Karnego dotyczącego spółki, choć w wezwaniu z dnia 9 listopada 2022 r. wskazano jakich podmiotowych środków dowodowych wymaga Zamawiający.
3. W związku z powyższym, celem konwalidacji naruszenia przepisów ustawy pzp, Zamawiający zobowiązany jest do unieważnienia czynności wyboru oferty Urbaczka sp. z o., a następnie jej odrzucenia.

Zamawiający w dniu 07.12.2022 r. (e-mailem) wezwał wraz kopią odwołania, w trybie art. 524 NPzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 09.12.2022 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) URBACZKA Sp. z o.o. zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. W konsekwencji Izba uznała skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego: URBACZKA Sp. z o.o. Stwierdził, że: *„(...)Wykonawca (...) zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego w dokumentacji postępowania złożył w terminie ofertę na realizację zadania w ramach części 1, 2, 3 i 4. Wykonawca złożył zgodnie z wymaganiami podmiotowe środki dowodowe, tj. JEDZ w zakresie określonym przez Zamawiającego oraz formularz ofertowy stanowiący załącznik nr 1 do specyfikacji warunków zamówienia. W przypadku zadania nr 4 zostały złożone dwie oferty: Urbaczka Sp. z o.o. z Jaworzynki oraz oferta firmy Skup, Sprzedaż Transport DREWNA M. I. z Istebnej. Oferta złożona przeze mnie opiewała na dużo niższą kwotę aniżeli oferta złożona przez konkurencyjnego Wykonawcę. Przed otwarciem Zamawiający zgodnie z zapisami ustawy Prawo zamówień publicznych, na stronie internetowej prowadzonego postępowania, zamieścił informację o kwocie jaką zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia w części 4, tj. 150 500,00 zł. Odwołujący zaoferował w złożonej ofercie kwotę przewyższającą oczekiwania Zamawiającego, oferując realizację zadania za 162 996,75 zł. Natomiast oferta przedstawiona przez firmę Urbaczka Sp. z o.o., którą reprezentuję, klasowała się na poziomie 122 500,00 zł. Kwota zawiera się w wartości określonej przez Zamawiającego,*

*i w mojej ocenie, jest kwotą oszacowaną realnie zapewniającą wykonanie opisywanej części zamówienia. Zgodnie z przyjętą formułą oceny ofert Zamawiający dokonał klasyfikacji złożonych ofert i w następstwie wezwał Wykonawcę z ofertą korzystniejszą pod względem przyjętych kryteriów oceny ofert do złożenia podmiotowych środków dowodowych w dniu 09.11.2022 r. Zgodnie ze złożonym wezwaniem firma Urbaczka Sp. z o.o. w odpowiedzi przekazała we wskazanym terminie wymagane dokumenty Zamawiającemu. Jednym z nich był załącznik nr 7 do swz, tj. wykaz narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych dostępnych Wykonawcy do realizacji zamówienia wraz z informacją o podstawie dysponowania tymi zasobami. Firma Urbaczka Sp. z o.o. posiada duży park maszynowy, który z pewnością jest w stanie zabezpieczyć wykonanie zadań wskazane przez Zamawiającego w części 1, 2, 3 i 4, bez konieczności korzystania z tych samych pojazdów na każdym z wymienionych zadań. Jestem również mieszkańcem gminy Istebna i znam tutejsze realia pogodowe, ukształtowanie terenu i warunki w jakich wykonywane są zadania stanowiące przedmiot zamówienia. Zadania, do których przystąpiliśmy (część 1,2 i 3) są niemniej wymagające jak teren określony w zadaniu nr 4 i nieprawdą jest stwierdzenie, że firma Urbaczka Sp. z o.o. z Jaworzynki nie posiada doświadczenia do wykonania tego zadania, jak przedstawił to Odwołujący.*

*Z uwagi na powyższe stwierdzam, iż jestem w pełni świadomy zagrożeń i problemów związanych z wykonaniem zadań, do których przystąpiłem w przedmiotowym postępowaniu. Spełniam wszystkie warunki stawiane przez Zamawiającego, co potwierdziłem złożonymi dokumentami. Zamawiający dokonał właściwego wyboru oferty korzystniejszej, zarówno pod względem formalnym jak i prawnym, zgodnie z przyjętymi kryteriami. (...)*

Dnia 12.12.2022 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) Skup, Sprzedaż Transport Drewna M. I. złożył pismo Odwołującego zawierającego wniosek dowodowy o zobowiązanie do przedstawienia przez Przystępującego dowodów rejestracyjnych pojazdów Zetor nr rej. SCl 3S15, Mercedes Benz nr rej T 2731 oraz Mercedes Benz SP 489EK. Wniosek został podpisany tak jak odwołanie.

W dniu 13.12.2022 r. (drogą elektroniczną) Izba na mocy zarządzenia w trybie art. 536 Pzp wezwała Przystępującego do przedłożenia kopii dowodów rejestracyjnych pojazdów zgodnie z wnioskiem Odwołującego.

W dniu 15.12.2022 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) Zamawiający wobec wniesienia odwołań do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. art. 521 NPzp, odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o oddalenie odwołania w całości.

Zamawiający opublikował ogłoszenie o zamówieniu publicznym określając przedmiot zamówienia tj. zimowe utrzymanie dróg na terenie Gminy Istebna o łącznej długości 201,65 km. Zamówienie będzie realizowane w poszczególnych sołectwach Zamawiającego tj. w Istebnej, Jaworzynce i Koniakowie w podziale na zadania, stanowiące jeden rejon odśnieżania. W poszczególnych zadaniach ustalono dwie kolejności odśnieżania, które wynikają ze znaczenia komunikacyjnego poszczególnych dróg. Zamówienie obejmuje:

- a) odśnieżanie dróg na całej szerokości,
- b) usuwanie śliskości zimowej dróg przez posypywanie materiałami (piaskiem, mieszanką solą drogową) w miejscach niebezpiecznych takich jak: skrzyżowania dróg, podjazdy, zjazdy, duże spadki dróg, w okolicach szkół, przystanków autobusowych,
- c) wywóz śniegu z parkingów oraz innych miejsc ustalonych przez wyznaczonego pracownika Urzędu Gminy,
- d) prace porządkowe po zakończeniu akcji zimowej lub w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego, polegające na usunięciu z dróg i poboczy materiałów uszorstniających w terminie 14 dni po zakończeniu akcji zimowej. Zamówienie zostało podzielone na 13 części, część IV została określona następująco: drogi we wsi Istebna o łącznej długości-19,65 km, szacunkowa liczba przejazdów w sezonie zimowym 35.

W wyniku przeprowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w trybie przetargu nieograniczonego, o którym mowa w art. 132 Pzp, w zadaniu pod nazwą „Utrzymanie dróg w sezonie zimowym 2022/2023” dokonano wyboru najkorzystniejszych ofert złożonych przez wykonawców dla poszczególnych części zamówienia i tak dla zadania 4 wybrano wykonawcę: URBACZKA Sp. z o.o. z/s w Jaworzynce 43-476 Jaworzynka 953, którego oferta opiewała na łączną kwotę brutto 122 500,00 zł, punktacja przyznana przez Zamawiającego wg kryterium określonego przez Zamawiającego dla ww. zadania wyniosła 100 pkt tj. cena 60 pkt i czas wprowadzenia gotowości zimowej od jej zgłoszenia przez Zamawiającego 40 pkt, przy czym wybrany wykonawca zadeklarował gotowość w czasie 1 godziny od jej zgłoszenia przez Zamawiającego do wprowadzenia/podjęcia gotowości zimowej. Do zadania 4 ofertę złożył również Odwołujący - M. M. I. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Skup, Sprzedaż Transport Drewna M. I. z/s w Istebnej, 43-470 Istebna 736. Oferta odwołującego się opiewała na łączną kwotę brutto 162 996,75 zł; punktacja przyznana przez Zamawiającego wg kryterium określonego przez Zamawiającego dla ww. zadania wyniosła 85,10 pkt tj. cena 45,10 pkt i czas wprowadzenia gotowości zimowej od jej zgłoszenia przez Zamawiającego 40 pkt, przy czym Odwołujący zadeklarował gotowość w czasie 1 godziny od jej zgłoszenia przez Zamawiającego do wprowadzenia/podjęcia gotowości zimowej.

Z dokonaniem przez Zamawiającego rozstrzygnięciem w zakresie wyboru najkorzystniejszej oferty dla części 4 Odwołujący nie zgodził się i złożył odwołanie.

Zamawiający z przedstawionymi przez Odwołującego zarzutami w odwołaniu w całości się nie zgadza wskazując na następujące okoliczności.

Zamawiający w pkt 7.2 SWZ określił warunki udziału w postępowaniu wskazując, iż o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, określone przez Zamawiającego spośród warunków, o których mowa w art. 112 ust. 2 Pzp, dotyczące: zgodnie z pkt 7.2.4 SWZ zdolności technicznej lub zawodowej; i tak dla zadania 4 były to: pojazd z pługiem i posyparką mocy co najmniej 100 KM - 1 szt; pojazd z pługiem i dmuchawą o mocy co najmniej 70 KM - 2 szt. Wykonawca Urbaczka Sp. z o.o. w dniu 22/11/2022 r. przedłożył Zamawiającemu wykaz aktualny na dzień złożenia, w którym potwierdził spełnienie powyższego wymogu. Jednocześnie wskazuję iż Zamawiający wymagał wskazania podstawy dysponowania zasobem technicznym, a nie dokumentów potwierdzających własność zasobu technicznego. Dlatego też Zamawiający nie miał podstaw do odrzucenia oferty Urbaczka Sp. z o.o. W celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, wykonawca może polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej podmiotów udostępniających zasoby, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków prawnych (art. 118 ust. 1 Pzp). Tak więc to na wykonawcy ciąży obowiązek udowodnienia, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, a Zamawiający na podstawie przedłożonych środków dowodowych, o ile ich wymagał, powinien potwierdzić ich spełnianie. W niniejszej sprawie Zamawiający wymagał wskazania podstawy dysponowania zasobem technicznym, a nie dokumentów potwierdzających własność zasobu technicznego.

Zwrócił uwagę np. na wyrok KIO z 17.07.2014 r., KIO 1379/14, LEX nr 1499130 (zachowujący co do istoty aktualność), w którym Izba wskazała, że podanie przez wykonawcę jako podstawy dysponowania autobusami - umowy leasingu nie oznacza automatycznie powołania się na potencjał podmiotu trzeciego. Zdaniem Izby przyjęcie takiej argumentacji musiałoby prowadzić do stwierdzenia, że z udostępnieniem potencjału podmiotu trzeciego nie mielibyśmy do czynienia jedynie w przypadku wykazania się przez wykonawcę prawem własności wymaganego sprzętu (autobusów). Tym samym umowa leasingu zapewnia wykonawcy wystarczający tytuł do dysponowania wskazanymi autobusami. Wobec istnienia bezpośredniego uprawnienia wykonawcy do dysponowania rzeczą brak jest zatem podstaw do uznania, że rzeczy te stanowią potencjał innego podmiotu. Powszechnie jest, że wykonawcy, nie będąc właścicielami rzeczy, dysponują nimi np. jako użytkownicy, najemcy, dzierżawcy czy leasingobiorcy. W ocenie Zamawiającego przyjmującego stanowisko Izby istnienie takiego stosunku zobowiązaniowego, który uprawnia wykonawcę do władania rzeczą, korzystania z niej w sposób zgodny z jej przeznaczeniem, używania jej, będzie wystarczające do uznania, że dysponuje nią

w rozumieniu Prawa zamówień publicznych i nie będzie to wówczas dysponowanie zasobami podmiotu trzeciego. Zdaniem Izby, aby można było mówić o udostępnieniu potencjału przez podmiot trzeci, należałoby wykazać, że np. najem rzeczy związany jest z realizacją tego konkretnego zamówienia publicznego na okres niezbędny do jego wykonania. W realiach niniejszej sprawy podnoszona przez Odwołującego kwestia własności pojazdu podmiotu trzeciego tj. p. G. nie ma związku z możliwością realizacji zamówienia publicznego przez Urbaczka Sp. z o.o.

Ponadto zwrócił uwagę na stanowisko wyrażone w zachowującym co do istoty aktualność wyroku KIO z 24.10.2017 r., KIO 2098/17, LEX nr 2407325, zgodnie z którym „podmiot trzeci udostępniający swoje zasoby techniczne (sprzęt, narzędzia) może dysponować udostępnianym sprzętem nie tylko jako posiadacz samoistny (właściciel), ale także jako posiadacz zależny (najemca, dzierżawca, zastawnik). Innymi słowy, okoliczność, na jakich zasadach podmiot trzeci dysponuje sprzętem, który udostępnia wykonawcy do realizacji zamówienia, jest bez znaczenia dla oceny, czy udostępniony potencjał techniczny ma charakter realny. Istotne przy ocenie udostępnianego wykonawcy zasobu w postaci narzędzi i sprzętu jest wykazanie, czy będzie on faktycznie temu podmiotowi dostępny na czas realizacji zamówienia”. W realiach niniejszej sprawy wykonawca Urbaczka Sp. z o.o. wykazała, iż posiada zasoby techniczne umożliwiające jej wykonanie przedmiotu zamówienia publicznego, do którego złożyła ofertę tj. w zakresie realizacji zadania 4 w ww. postępowaniu.

W dalszej kolejności Zamawiający wskazał, iż w zakresie art. 108 ust 1 pkt 4 Pzp Spółka Urbaczka Sp. z o.o. przedłożyła oświadczenie, zgodnie z załącznikiem nr 5 do SWZ. Nadto zgodnie z przepisem art. 201 § 1 Ksh - spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością reprezentuje zarząd. Zamawiający wskazuje, że Urbaczka Sp. z o.o. według Informacji odpowiadającej odpisowi aktualnemu z REJESTRU PRZEDSIĘBIORCÓW dla nr KRS: 0000544531 ma jednoosobowy zarząd, który reprezentuje Prezes Spółki Pan Wiesław Urbaczka. Oświadczenie oraz Informacją z KRK są dokumentami potwierdzającymi, że ani wobec Spółki, ani względem jej członka zarządu nie orzeczono zakazu ubiegania się o zamówienia publiczne na mocy prawomocnego orzeczenia sądu, jak również nie zastosowano względem nich środka zapobiegawczego określonego w art. 276 Kpk.

Katalog podmiotowych środków dowodowych składanych na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia został określony w § 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z 23/12/2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy - dalej r.s.p.ś.d. Katalog ten ma charakter zamknięty, co oznacza, że celem zbadania braku podstaw wykluczenia zamawiający może żądać wyłącznie podmiotowych środków dowodowych opisanych w § 2 r.s.p.ś.d. Co istotne, jedynym dokumentem potwierdzającym

brak podstaw wykluczenia, o których mowa w art. 108 ust. 1 pkt 1 i 2 p.z.p. jest informacja z Krajowego Rejestru Karnego - informacji z Krajowego Rejestru Karnego, w przypadku spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, wymaga się od następujących osób: urzędującego członka organu zarządzającego lub nadzorczego, lub prokurenta. Zgodnie z § 2 ust. 1 pkt 7 r.s.p.ś.d.: "W celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, Zamawiający może żądać następujących podmiotowych środków dowodowych: oświadczenia wykonawcy o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp, w zakresie podstaw wykluczenia z postępowania wskazanych przez zamawiającego, o których mowa w:

- a) art. 108 ust. 1 pkt 3 Pzp,
- b) art. 108 ust. 1 pkt 4 Pzp, dotyczących orzeczenia zakazu ubiegania się o zamówienie publiczne tytułem środka zapobiegawczego,
- c) art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp, dotyczących zawarcia z innymi wykonawcami porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji,
- d) art. 108 ust. 1 pkt 6 Pzp.

Stosowne dokumenty w zakresie podmiotowych środków dowodowych składanych na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia działający w imieniu Spółki Urbaczka Sp. z o.o. przedłożył Zamawiającemu, potwierdzając tym samym brak podstaw do wykluczenia Spółki Urbaczka Sp. z o.o. w ww. postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

W zakresie dot. dokumentu JEDZ Zamawiający nie wymagał przedłożenia zaświadczenia od Naczelnika Urzędu Skarbowego, ani Zakładu Ubezpieczeń Społecznych o niezaleganiu w opłacaniu składek, także zaznaczenie przez Wykonawcę tego punktu w JEDZ, nie miało dla Zamawiającego znaczenia w tymże postępowaniu.

W dniu 15.12.2022 r. (drogą elektroniczną) Przystępujący w odpowiedzi na wniosek dowodowy Odwołującego złożył pismo procesowe wraz kopiami dowodów rejestracyjnych pojazdów (3 z 4). Pismo oraz dowody zostało przesłane, z adresu emaliowego wskazanego we wniosku dowodowym, przez P.Z. osobę ujawnioną i umocowaną do samodzielnej reprezentacji zgodnie z załączonym do zgłoszenia przystąpienia dokumentem rejestrowym. Stwierdził, że: „*W nawiązaniu do otrzymanego pisma w załączeniu przesyłam kopie dowodów rejestracyjnych pojazdów: Mercedes Benz nr rej T 2731, Mercedes Benz SP 489EK oraz Mercedes Benz Axor nr rej SCI 94395. Co do pojazdu Zetor nr rej. SCI 3S15, pragnę poinformować, iż w zakresie wymienionego pojazdu prowadziłem rozmowy z właścicielem urządzenia celem jego nabycia. Zgodnie z przeprowadzonymi negocjacjami właściciel wyżej wymienionego podpisał ze mną umowę przedwstępną w zakresie zakupu ciągnika w dniu 21.10.2022 r.*



*Po terminie otwarcia ofert w postępowaniu dotyczącym utrzymania dróg w sezonie zimowym 2022/2023, tj. 25.10.2022 r. godz. 11:00, poinformowałem właściciela opisywanego pojazdu o tym, że oferta złożona przez firmę URBACZKA Sp. z o.o. z Jaworzynki jest ofertą najkorzystniejszą z pośród ofert złożonych w ramach zadania nr 4.*

*W dniu 09.11.2022 r. otrzymałem od Zamawiającego wezwanie do złożenia podmiotowych środków dowodowych i oświadczeń. W odpowiedzi przesałem we wskazanym w dniu 18.11.2022 r. stosowne dokumenty do Zamawiającego.*

*Kolejno, w dniu 22.11. 2022 r. otrzymałem od Zamawiającego wezwanie do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w zakresie załącznika nr 7 do swz.*

*W tym samym dniu przekazałem Zamawiającemu odpowiedź zawierającą wykaz urządzeń w ramach zadań, na które złożyłem ofertę. Po złożeniu dokumentów, właściciel pojazdu Zetor nr rej. SCl 3S15, z nieznanymi mi powodów, oświadczył, iż odstępuje od zawartej wcześniej umowy przedwstępnej i nie jest zainteresowany zbyciem wymienionego urządzenia. W efekcie nie mogłem nabyć ciągnika Zetor, co jednak nie powoduje, iż nie spełniam warunku określonego przez Zamawiającego w zakresie części 4, tj. posiadania pojazdu z pługiem i posyparką o mocy 100 KM w ilości 1szt., pojazd z pługiem i dmuchawą o mocy co najmniej 70 KM – ilość 2 sztuki.*

*W wykazie (załącznik nr 7 do swz) przedstawiłem w sumie 4 pojazdy, które zamierzałem zabezpieczyć w celu realizacji zadania w części nr 4, pomimo iż Zamawiający wymagał tylko 3 urządzeń. Tak jak już wcześniej deklarowałem, reprezentowana przeze mnie firma Urbaczka Sp. z o.o. posiada duży park maszynowy, który w zakresie urządzeń wymaganych do realizacji zadań związanych z utrzymaniem dróg w sezonie zimowym w pełni gwarantuje terminową i należyłą realizację zamówienia.”.*

**Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron (Przystępujący nieobecny) złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.**

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 NPzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 505 ust. 1 NPzp, uprawniający do jego złożenia. Odwołujący w rankingu złożonych ofert zajął drugie miejsce, w wypadku więc potwierdzenia zarzutów, ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Skład orzekający Izby, działając zgodnie z art. 542 ust. 1 NPzp, dopuścił w niniejszej sprawie dowody z: dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego w formie elektronicznej, w tym w szczególności postanowień Specyfikacji Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SWZ”, zmianą SWZ z 14.10.2022 r., oferty Przystępującego wraz z dokumentem JEDZ, wezwania w trybie art. 126 ust.1 NPzp z 09.11.2021 r. do złożenia dokumentów i oświadczeń dla zadania nr 1, 2, 3 i 4, odpowiedzi z 18.11.2022 r. na w/w wezwanie (m.in. zawierającej wykaz wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy w celu wykonania zamówienia publicznego wraz z informacją o podstawie do dysponowania dla części 1,2, 3 i 4, oświadczenie Wykonawcy o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 /JEDZ/, w zakresie podstaw wykluczenia z postępowania wskazanych przez Zamawiającego, informacje z KRK dotyczącą urzędującego członka zarządu, w tym wypadku Prezesa Zarządu), wezwania w trybie art. 128 ust.1 NPzp z 22.11.2021 r. do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych – dotyczył wykazu wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych, odpowiedzi z 22.11.2022 r. na w/w wezwanie – zawierającej nowy wykaz wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych dla części 3 i 4 oraz informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej w zakresie zadania 4.

Izba zaliczyła również w poczet materiału dowodowego załączone do odwołania przez Odwołującego na okoliczności wskazane w piśmie:

- 1) Informacja z 30.10.2022 r. o podejrzeniu niezgodności oferty oraz braku spełnienia warunków udziału i konieczności podjęcia czynności wyjaśniających przez Zamawiającego zgodnie z ustawą Prawo zamówień publicznych w związku z ofertą złożoną przez firmę Urbaczka Sp. z o. o. dla zadania nr 4;
- 2) Wydruk dokumentu JEDZ p. K. G. złożony w postępowaniu Nadleśnictwa Wisła;
- 3) Wydruk wykazu sprzętu p. K. G. złożony w postępowaniu Nadleśnictwa Wisła;
- 4) Wydruk oferty w postępowaniu Nadleśnictwa Wisła;
- 5) Potwierdzenia złożenia wniosku do CEP (3 sztuki).

W poczet materiału dowodowego Izba zaliczyła także przesłane przez Przystępującego w odpowiedzi na wniosek dowodowy Odwołującego – wraz z pismem przewodnim:

- 1) Kopie dowodu rejestracyjnego Nr SCI 94395;
- 2) Kopie dowodu rejestracyjnego Nr SCI Y9ØØ;
- 3) Kopie dowodu rejestracyjnego Nr SCN 32.

W poczet materiału dowodowego Izba złożone na rozprawie przez Zamawiającego:

- 1) Kopie dokumentu w języku niemieckim z pieczętką Starostwa Powiatowego w Cieszynie nr rejestracyjny SCN 32, z Nr VIN 40612010028704 z Decyzja tego starostwa z 02.12.2022 r. zawierającą takie same numery VIN oraz nr rejestracyjny;
- 2) Kopie dwóch dokumentów w języku niemieckim z pieczętką pierwszego z nich (faktura) Starostwa Powiatowego w Cieszynie nr rejestracyjny SCI Y9ØØ, z Nr VIN WDB4271Ø21W182544;
- 3) Kopie dokumentu w języku niemieckim pojazdu o Nr rejestracyjnym ZE-490HS;
- 4) Kopie umowy przedwstępnej sprzedaży pojazdu ZETOR, Nr nadwozia 106411128, Nr rejestracyjny SCI 3515;
- 5) Kopie dokumentu w języku niemieckim pojazdu o Nr rejestracyjnym SP-489EK, z Nr VIN 40612010028704;
- 6) Kopie dokumentu w języku niemieckim pojazdu o Nr rejestracyjnym T 2731, Z Nr VIN WDB4271Ø21W182544.

Izba dopuściła na wniosek Odwołującego z odwołania dowód z przesłuchania świadka p. M. I. na podstawie art. 540 ust. 1 Pzp na okoliczności wskazane w treści odwołania, tj. dotyczące tego iż wskazane w obu wykazach wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych, czyli pojazdów – ZETORY nie są własnością Przystępującego.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także stanowisko wynikające ze złożonych pism, tj. odwołania, przystąpienia, odpowiedzi na odwołanie Zamawiającego, pisma Przystępującego złożonego wraz z zawnioskowanymi przez Odwołującego dowodami, stanowiska i oświadczenia stron złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się generalnie do podniesionych w treści odwołania zarzutów, stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje częściowo na uwzględnienie, a w pozostałym zakresie podlegało oddaleniu.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie do przedmiotowego odwołania:

Izba przywołuje stan faktyczny wynikający z treści odwołania, przystąpienia, odpowiedzi na odwołanie Zamawiającego, oraz pisma Przystępującego złożonego wraz z zawnioskowanymi przez Odwołującego dowodami.

Do pozostałych kwestii Izba odniesie się w ramach poszczególnych zarzutów.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 552 ust.1 NPzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową, po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału (art. 542 ust. 1 NPzp), Izba stwierdziła co następuje.

Odnosnie zarzutu pierwszego, Izba uznała w/w zarzut za podlegający uwzględnieniu.

Izba uwzględniła zarzut nie przedłożenia dokumentu, tj. informacji z KRK dotyczącej braku zakazu ubiegania się ze strony spółki, czyli braku podstaw wykluczenia w rozumieniu art. 108 ust.1 pkt 4 Pzp (podmiotu zbiorowego). Należy zauważyć, że Zamawiający żądał w specyfikacji na stronie 9 przedłożenia informacji z KRK, m.in. na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 4 Pzp, jak i miało miejsce wyraźne wezwanie w tym zakresie z dnia 09.11.2022 r., mimo to taki dokument nie został złożony. Z kolei oświadczenie Wykonawcy o aktualności informacji zawartych w JEDZ-u także w tym zakresie jest niewystarczające w postępowaniach powyżej progów unijnych.

Jednakże niniejsze naruszenie ma charakter usuwalny, z uwagi także na oddalenie pozostałych zarzutów odwołania skierowanych wobec Przystępującego i możliwość wezwania w tym zakresie do uzupełnienia, wobec nie wyczerpania instytucji wezwania do uzupełnienia (wezwanie do uzupełnienia które miało miejsce w postępowaniu miało miejsce jedynie w zakresie wykazu wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych, czyli pojazdów), które nie miało miejsca w tym zakresie.

Dodatkowo, Izba wskazuje, iż był złożony informacje z KRK dotyczącą urzędującego członka zarządu, w tym wypadku Prezesa Zarządu, ale nie złożono informacja z KRK dotyczącą spółki Przystępującego.

W zakresie dot. dokumentu JEDZ Zamawiający nie wymagał przedłożenia zaświadczenia od Naczelnika Urzędu Skarbowego, ani Zakładu Ubezpieczeń Społecznych o niezaleganiu w opłacaniu składek.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Oдноśnie zarzutu drugiego, Izba uznała w/w zarzut za podlegający oddaleniu.

Oдноśnie zarzutów wprowadzenia w błąd i zarzutów będących jego pochodną, to podlegają one, jak zostało to już wskazane na wstępie, oddaleniu.

Po pierwsze, na podstawie pierwszego wykazu pojazdów dla zadania 4 Zamawiający nie miał podstaw do wykluczenia Przystępującego z udziału w postępowaniu, czy też wezwania do wyjaśnień w zakresie podnoszonym przez Odwołującego, tj. potwierdzenia podstaw dysponowania. Pojazdy Zetor oraz Kubota zostały użyczone, czyli mamy do czynienia z dysponowaniem bezpośrednim (podstawą do dysponowania pojazdem, niezbędnym do wykonania zamówienia publicznego Wykonawcy jest posiadanie przez tego Wykonawcę tytułu prawnego do pojazdu tj. własność, umowa użyczenia, umowa leasingu, dzierżawa). Nie było konieczności składania zobowiązania podmiotu trzeciego o udostępnieniu. Nadto, Zamawiający nie wymagał postanowieniami SWZ dodatkowych dokumentów na potwierdzenie własności lub dysponowania bezpośredniego, tylko pośredniego.

Odnosnie wykazu pojazdów dla zadania 4 uzupełnionego. Na podstawie całości dowodów złożonych w sprawie Izba uznała, że nie miało miejsce wprowadzenie w błąd. Po pierwsze, Przystępujący przesłał kopie dowodów rejestracyjnych pojazdów, które jak oświadczył w piśmie przewodnim do nich dotyczyły pojazdów wskazanych w uzupełnionym wykazie. Przy czym, Odwołujący na rozprawie zakwestionował pojazdy w pozycjach od 2 do 4 wykazu, nie zgłaszał ostatecznie zastrzeżeń do pojazdu w poz. 1 wykazu.

Odnosnie pojazdu z poz. 2 wykazu Zamawiający przedłożył na rozprawie dowody, które jednoznacznie identyfikują pojazd o określonym numerze rejestracyjnym (takim samym jak w kopii dowodu rejestracyjnego złożonego przez Przystępującego) z określonym numerem nadwozi VIN. Dokumenty pochodzą ze Starostwa Cieszyńskiego lub są przez to starostwo parafowane i identyfikują pojazd z numerem rejestracyjnym SCN 32. Podobnie z pojazdem z poz. 3 wykazu – parafowane przez starostwo, identyfikują numer nadwozi VIN, jak i identyfikują pojazd z numerem rejestracyjnym SCI Y900. W konsekwencji Izba, brak tłumaczenia dokumentów w języku niemieckim, uznała za okoliczność ambiwalentną, gdyż zostały te dokumenty ocenione przez Starostwo Powiatowe w Cieszynie i przez nie parafowane w kontekście numerów rejestracyjnych. Nadto, jak wskazuje orzecznictwo (*"Odnosnie zaś pozostałych dwóch ofert potwierdziło się ustalenie, iż zostały złożone w języku obcym bez tłumaczenia na język polski. Jednakże powyższe nie oznaczało konieczności automatycznego pominięcia tych dowodów przy analizie wyjaśnień odwołującego. Należało przyznać rację odwołującemu, że nie podlegały tłumaczeniu na język polski takie informacje jak: 1) nazwa produktu; 2) nazwa producenta; 3) nazwa dystrybutora; 4) opis produktu; 5) cena. Zdaniem Izby powyższe elementy były możliwe do odczytania przez zamawiającego niezależnie od tego, czy dokument został przetłumaczony na język polski, czy też nie. Wynikało to z faktu, że nazwa produktu, nazwa producenta czy nazwa dystrybutora były nazwami własnymi, które nie podlegały w ogóle tłumaczeniu na język polski. Również opis produktu częściowo nie podlegał tłumaczeniu. Jak bowiem słusznie wskazał odwołujący, nie podlegają tłumaczeniu określenia techniczne czy jednostki miary, na przykład określenie "TB" oznaczające "terabajt", którymi zamawiający również posługiwał się w treści SWZ. Wreszcie nawet bez tłumaczenia na język polski można było odczytać ceny, które w ofertach zostały przedstawione za pomocą liczb (a nie za pomocą słów) oraz międzynarodowych symboli walut takich jak EUR czy GBP, wskazujących na walutę Euro czy funta brytyjskiego. Wobec powyższego, w omówionym wyżej zakresie, przedstawione oferty mogły i powinny zostać ocenione przez zamawiającego. Automatyczna odmowa oceny tych ofert z powołaniem się na brak przedstawienia tłumaczenia na język polski nie była zatem uzasadniona."* (za wyrokiem KIO z 04.11.2021 r., sygn.. akt: KIO 3173/21) tłumaczenie nie jest konieczne jeśli mamy do czynienia elementami technicznymi,

czy też informacjami które nawet bez tłumaczenia na język polski można było odczytać, w tym wypadku numerem nadwozia, numery rejestracyjne pojazdów których identyfikacja jest bezsprzeczna i nie wymaga tłumaczenia. Przy czym, Izba przyporządkowała niniejsze dowody do pojazdu z poz. 2 i 3 nie tylko dlatego, że tak wynika ze stanowiska Przystępującego (pisma przewodniego) załączonego wraz z kopiami dowodów rejestracyjnych, ale także wobec złożenia kolejnych dowodów przez Zamawiającego na rozprawie, a otrzymanych od Przystępującego. Wynika z nich bezsprzecznie, iż pojazd z poz. 3 wykazu miał przed rejestracją w Polsce numer rejestracyjny T 2731, czyli taki jak we wskazanym uzupełnionym wykazie pojazdów. Nadto, pojazd z poz. 2 miał przed rejestracją w Polsce numer rejestracyjny SP-489 EK. Izba niniejsze ustalił poprzez przyporządkowanie numerów nadwozia VIN, które w tych dodatkowych dowodach są takie same, jak w dokumentach obcojęzycznych sygnowanych przez Starostwo Powiatowe w Cieszynie i kopiach polskich dowodów rejestracyjnych przesłanych przez Przystępującego. Do dokonaniach tych ustaleń nie jest konieczne tłumaczenie. W konsekwencji dopuszczając niniejsze dokumenty złożone przez Zamawiającego mimo braku ich przetłumaczenia z języka niemieckiego, uznając iż chodzi o dane techniczne, czy też informacjami które nawet bez tłumaczenia na język polski można było odczytać takie, jak numer VIN i numer rejestracyjny spornych pojazdów poza Polską. W ocenie Izby, w konsekwencji własność Przystępującego pojazdów z poz. 2 i 3 uzupełnionego wykazu pojazdów jest bezsprzeczna, zostały one nabyte poza terytorium Polski w Unii Europejskiej.

Względem pojazdu ZETOR (poz. 4) wskazanego w uzupełnionym wykazie pojazdów, Zamawiający złożył kopię przedwstępnej umowy sprzedaży, na którą wskazywał Przystępujący w swoim piśmie przewodnim do dowodów, tj. kopii dowodów rejestracyjnych. Izba w konsekwencji wzięła tą okoliczność pod uwagę, jak i fakt, że została wykazana własność trzech z czterech pojazdów w uzupełnionym wykazie pojazdów, a warunek określał konieczność wykazania się trzema pojazdami. W rezultacie nieprawdziwa informacja i wprowadzenie w błąd w zakresie pojazdu ZETOR nie miało wpływu na wynik, stąd oddalenie zarzut.

Odnośnie zeznań świadka, nie wniosły one do sprawy istotnych faktów, biorąc pod uwagę, że pierwszy ZETOR (w pierwotnym wykazie pojazdów dla zadania 4) był podany jako użyczenie, zaś drugi w kolejnym uzupełnionym wykazie pojazdów był przez jego właściciela przyrzeczony do sprzedaży Przystępującemu (na podstawie przedwstępnej umowy sprzedaży), o czym świadek nie miał wiedzy. Przy czym, okoliczność ta ostatecznie nie ma wpływu na wynik. Nadto, świadek nie miał też wiedzy o planach biznesowych p. K.G., co do jego parku maszynowego i dokonanych przez Przystępującego zakupach określonych pojazdów.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnośnie zarzutu trzeciego, Izba uznała w/w zarzut za podlegający uwzględnieniu, z uwagi na uwzględnienia zarzutu pierwszego, gdyż zarzut trzeci ma charakter wynikowy.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy Izba uwzględniła odwołanie w zakresie zarzutu wskazanego w sentencji wyroku na podstawie art. 553 zdanie pierwsze, art. 554 ust. 1 pkt 1 i ust. 3 pkt 1 lit. a) b) Pzp oraz orzekła, jak w sentencji.

Jednocześnie obciążając kosztami Zamawiającego i zasądając od niego na rzecz Odwołującego kwoty 15 000,00 zł tytułem zwrotu kosztów wpisu oraz 3 600,00 zł tytułem zwrotu wydatków pełnomocnika na podstawie dowodu uiszczenia wpisu i złożonych rachunków, uznając że zaistniały podstawy określone w § 7 ust. 5 rozporządzenia wskazanego poniżej do odstąpienia od stosunkowego rozdzielnia kosztów. Jednocześnie w odniesieniu do kosztów Izba dodatkowo podkreśla, że mimo uwzględnienia jednego zarzutu (trzeci ma charakter wynikowy), ma on elementarny charakter. Nadto, Izba wzięła pod uwagę sposób dowodzenia przez Zmawiającego który miał miejsce na rozprawie.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 557 Pzp oraz art. 575 Pzp, z uwzględnieniem postanowień Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

**Przewodniczący:** .....