

Sygn. akt: KIO 1902/18

**WYROK**

**z dnia 8 października 2018 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Luiza Łamejko**

**Jolanta Markowska**

**Agata Mikołajczyk**

**Protokolant: Piotr Cegłowski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 października 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 września 2018 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Warszawskie Przedsiębiorstwo Mostowe Mosty Sp. z o.o. Sp. k. i SUEZ Polska Sp. z o.o., ul. Marywilska 38/40, 03-228 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad, w imieniu którego działa Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie, ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Wardex Sp. z o.o., Planeta Sp. z o.o. i M. R. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Dróg Pol Roboty drogowe i remontowo - budowlane M. R., ul. Żeromskiego 112, Słupno, 05-250 Radzymin** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

- 1. Oddala odwołanie,**
- 2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Warszawskie Przedsiębiorstwo Mostowe Mosty Sp. z o.o. Sp. k. i SUEZ Polska Sp. z o.o., ul. Marywilska 38/40, 03-228 Warszawa i:**

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Warszawskie Przedsiębiorstwo Mostowe Mosty Sp. z o.o. Sp. k. i SUEZ Polska Sp. z o.o., ul. Marywilska 38/40, 03-228 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Warszawskie Przedsiębiorstwo Mostowe Mosty Sp. z o.o. Sp. k. i SUEZ Polska Sp. z o.o., ul. Marywilska 38/40, 03-228 Warszawa** na rzecz **Skarbu Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad, w imieniu którego działa Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie, ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 poz. 1579 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 Warszawie.

**Przewodniczący :** .....

.....

.....

## **Uzasadnienie**

Skarb Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad, w imieniu którego działa Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na całoroczne, kompleksowe utrzymanie dróg krajowych nr A2, S2, S8, S79 wraz z węzłami i skrzyżowaniami oraz wszystkimi elementami inżynierskimi na terenie Rejonu w Ożarowie Mazowieckim. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2017 poz. 1579 ze zm.), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 14 czerwca 2018 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod pozycją 2018/S 112-255236.

W dniu 21 września 2018 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Warszawskie Przedsiębiorstwo Mostowe Mosty Sp. z o.o. Sp. k. i SUEZ Polska Sp. z o.o. (dalej: „Odwołujący”) wnieśli do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego:

1. zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Wardex Sp. z o.o., Planeta Sp. z o.o. oraz M. R. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą „Dróg-Pol” Roboty drogowe i remontowo budowlane M. R. (dalej: „Konsorcjum Wardex”), mimo, że Konsorcjum Wardex nie wykazało spełnienia warunków udziału w postępowaniu,

2. zaniechania wykluczenia z postępowania Konsorcjum Wardex, mimo że nie wykazało, jakoby podmiot udostępniający mu zasoby, tj. spółka Awas-Serwis Sp. z o.o. (dalej: „Awas”) nie podlegała wykluczeniu z postępowania,

3. zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum Wardex, mimo że została złożona przez podmiot podlegający wykluczeniu z postępowania,

ewentualnie

4. zaniechania wezwania Konsorcjum Wardex do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, ewentualnie do złożenia wyjaśnień dotyczących zobowiązania spółki WTC Sp. z o.o. (dalej: „WTC”) z dnia 16 sierpnia 2018 r. do udostępnienia zasobów,

5. zaniechania wezwania Konsorcjum Wardex do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, ewentualnie do złożenia wyjaśnień dotyczących zobowiązania spółki Awas z dnia 1 sierpnia 2018 r. do udostępnienia

zasobów,

6. zaniechania wezwania Konsorcjum Wardex do uzupełnienia/poprawienia dokumentu Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia („JEDZ”) złożonego dla spółki Awas, ewentualnie do złożenia wyjaśnień dotyczących tego dokumentu,
7. dokonania wyboru oferty Konsorcjum Wardex jako najkorzystniejszej,
8. zaniechania dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej,
9. innych czynności i zaniechań wynikających z treści niniejszego odwołania.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

a) art. 24 ust. 1 pkt 12) ustawy Pzp w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp, art. 22 ust. 1b pkt 3) ustawy Pzp oraz art. 22a ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Konsorcjum Wardex, mimo, że nie wykazało spełnienia warunku udziału w postępowaniu w postaci dysponowania 37 pojazdami wymaganymi przez Zamawiającego zgodnie z SIWZ (wskazanymi w punktach 5, 6, 15 i 16 tabeli znajdującej się w pkt 7.2 ppkt 3) iit. c) SIWZ i opisanymi w uzasadnieniu odwołania), bowiem nie udowodniło, że zobowiązanie WTC ma charakter realny; powyższe wynika z faktu, iż zobowiązanie WTC do udostępnienia zasobów ma charakter ogólny, nie wynika z niego, jakie konkretnie pojazdy zostaną oddane do dyspozycji Konsorcjum Wardex, nie wskazuje, w jaki sposób nastąpi udostępnienie i w ramach jakiego stosunku prawnego; Konsorcjum Wardex nie udowodniło także, że podmiot udostępniający mu zasoby w postaci ww. pojazdów, tj. spółka WTC faktycznie nimi dysponuje, a co za tym idzie, że udostępnienie wynikające ze zobowiązania WTC miało realny charakter,

b) ewentualnie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp w zw. z art. 22a ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp oraz 22 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp poprzez:

zaniechanie wezwania Konsorcjum Wardex do uzupełnienia dokumentów potwierdzających, że Konsorcjum Wardex dysponuje zasobami niezbędnymi do wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu opisanymi przez Zamawiającego z SIWZ (wskazanymi w punktach 5, 6, 15 i 16 tabeli znajdującej się w pkt 7.2 ppkt 3) lit. c) SIWZ i opisanymi w uzasadnieniu odwołania), mimo, że Konsorcjum Wardex nie złożyło dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu,

ewentualnie

- zaniechanie wezwania Konsorcjum Wardex do złożenia wyjaśnień dotyczących zobowiązania WTC, w szczególności poprzez wskazanie numerów VIN lub numerów rejestracyjnych pojazdów wymienionych w zobowiązaniu WTC lub innych informacji, które pozwalałyby w sposób jednoznaczny zidentyfikować konkretne pojazdy będące przedmiotem

udostępnienia, oraz sposób, w jaki nastąpi udostępnienie pojazdów oraz stosunek prawny, w ramach którego to nastąpi, mimo że zobowiązanie WTC, co najmniej budzi istotne wątpliwości, bowiem doświadczenie życiowe wskazuje, że podmioty zajmujące się pośrednictwem w handlu pojazdami (czyli takie jak WTC) nie posiadają „od ręki”, tzn. gotowych do udostępnienia w każdej chwili pojazdów spełniających wymagania Zamawiającego, w takiej ilości jak wskazane w zobowiązaniu WTC, a co za tym idzie, że WTC, które samo nie dysponowało przedmiotowymi pojazdami na dzień 16 sierpnia 2018 r., sporządzając zobowiązanie WTC, nie zapewniło realnego udostępnienia zasobów Konsorcjum Wardex, które tym samym na dzień składania ofert nie spełniło wszystkich warunków udziału w postępowaniu,

c) art. 24 ust. 1 pkt 12) ustawy Pzp w zw. z art. 22 ust 1 pkt 2) ustawy Pzp, art. 22 ust. 1b pkt 3) ustawy Pzp oraz art. 22a ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Konsorcjum Wardex, mimo, że nie wykazało spełnienia warunku udziału w postępowaniu w postaci dysponowania 4 urządzeniami i 2 pojazdami wymaganymi przez Zamawiającego (wskazanymi w punktach 10, 11 i 12 tabeli znajdującej się w pkt 7.2 ppkt 3) lit. c) SIWZ i opisanymi w uzasadnieniu odwołania), bowiem nie udowodniło, że zobowiązanie Awas do udostępnienia zasobów ma charakter realny; powyższe wynika z faktu, iż zobowiązanie Awas do udostępnienia zasobów ma charakter ogólny, nie wynika z niego, jakie konkretnie urządzenia zostaną oddane do dyspozycji Konsorcjum Wardex, nie wskazuje, w jaki sposób nastąpi udostępnienie i w ramach jakiego stosunku prawnego; Konsorcjum Wardex nie udowodniło, że podmiot udostępniający mu ww. zasoby, tj. spółka Awas faktycznie nimi dysponuje, a co za tym idzie, że udostępnienie wynikające ze zobowiązania Awas miało charakter realny,

d) ewentualnie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp w zw. z art. 22a ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp oraz 22 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp poprzez:

- zaniechanie wezwania Konsorcjum Wardex do uzupełnienia dokumentów potwierdzających, że Konsorcjum Wardex dysponuje zasobami niezbędnymi do wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu opisanymi przez Zamawiającego z SIWZ (wskazanymi w punktach 10, 11 i 12 tabeli znajdującej się w pkt 7.2 ppkt 3) lit. c) SIWZ i opisanymi w uzasadnieniu odwołania), mimo, że Konsorcjum Wardex nie złożyło dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu,

ewentualnie

- zaniechanie wezwania Konsorcjum Wardex do złożenia wyjaśnień dotyczących zobowiązania Awas, w szczególności poprzez wskazanie numerów VIN lub numerów rejestracyjnych pojazdów wymienionych w zobowiązaniu Awas lub innych informacji, które

pozwalalaby w sposób jednoznaczny zidentyfikować konkretne zasoby będące przedmiotem udostępnienia, oraz sposób, w jaki nastąpi ich udostępnienie oraz stosunek prawny, w ramach którego to nastąpi (ewentualnie zaniechanie wezwania do złożenia wyjaśnień w ww. zakresie), mimo że zobowiązanie to nie potwierdza, że w dniu 1 sierpnia 2018 roku, tj. sporządzając zobowiązanie Awasa, Awasa dysponowało ww. zasobami, a tym samym nie potwierdza realnego udostępnienia zasobów Konsorcjum Wardex,

e) art. 24 ust. 1 pkt 12) ustawy Pzp w zw. z art. 25a ust. 1 i 2 w zw. z art. 22a ust. 1 i 2 ustawy Pzp oraz 22 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp w zw. z art. 39 KC poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Konsorcjum Wardex, mimo że nie złożyło skutecznie wraz z ofertą dokumentu JEDZ dla spółki Awasa, bowiem dokument ten został podpisany przez osobę, która wbrew jego treści (jak to wskazano w treści JEDZ: Część II: Informacje dotyczące wykonawcy, B: informacje na temat przedstawicieli wykonawcy, str. 2 dokumentu JEDZ) nie jest członkiem zarządu Awasa, a co za tym idzie, złożenie przez nią oświadczeń zawartych w JEDZ było w świetle art. 39 KC bezwzględnie nieważne,

f) ewentualnie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp w zw. z art. 25a ust. 1 i 2 w zw. z art. 22a ust. 1 i 2 ustawy Pzp oraz 22 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp w zw. z art. 39 KC poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum Wardex do uzupełnienia/poprawienia dokumentu w postaci dokumentu JEDZ (ewentualnie złożenia wyjaśnień dotyczących tego dokumentu) dla spółki Awasa, mimo że JEDZ został podpisany przez osobę, która wbrew jego treści (jak to wskazano w treści JEDZ: Część II: Informacje dotyczące wykonawcy, B: informacje na temat) nie jest członkiem zarządu Awasa, a co za tym złożenie przez nią oświadczeń zawartych w JEDZ było w świetle art. 39 KC bezwzględnie nieważne,

g) art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Wardex, pomimo iż jej treść nie odpowiada treści SIWZ ze względu na niezłożenie przez tego wykonawcę odpowiednich dokumentów, które pozwoliłyby na przeprowadzenie oceny jego oferty, a także ze względu na nie spełnienie warunków udziału w postępowaniu,

h) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 oraz ust. 4 ustawy Pzp oraz w zw. z art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp

poprzez niezapewnienie zachowania zasady uczciwej konkurencji oraz równowago traktowania wykonawców (w związku z naruszeniem ww. przepisów ustawy Pzp) z uwagi na dokonanie wyboru oferty Konsorcjum Wardex, mimo wystąpienia ww. naruszeń ustawy Pzp, co w sposób nieuprawniony uprzywilejowuje Konsorcjum Wardex.

Uzasadniając podniesione zarzuty Odwołujący argumentował w sposób następujący:

a) niewykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez Konsorcjum Wardex z uwagi na brak realnego udostępnienia zasobów przez WTC

Odwołujący zwrócił uwagę, że zgodnie z treścią SIWZ, Zamawiający sformułował rozbudowany warunek dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej, o której mowa w art. 22 ust. 1 b pkt 3) ustawy Pzp. Zamawiający wymagał bowiem, by każdy wykonawca ubiegający się o udzielenie Zamówienia dysponował 87 pojazdami lub urządzeniami spełniającymi wymagania opisane przez Zamawiającego w SIWZ. Odwołujący stwierdził, że nie ulega wątpliwości, że art. 22a ustawy Pzp dopuszcza, by w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu wykonawca polegał na zdolnościach innych podmiotów. Należy jednak pamiętać, jak zaznaczył Odwołujący, że w takiej sytuacji, wykonawca zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, że realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 22a ust. 3 ustawy Pzp obowiązkiem Zamawiającego jest poddanie ocenie czy udostępniane wykonawcy zasoby pozwalają na spełnienie przez tego wykonawcę warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący podał, że zarówno w doktrynie jak i w orzecznictwie podkreśla się, że obowiązku udowodnienia dysponowania zasobem należącym do podmiotu trzeciego nie wyczerpuje stan formalnego złożenia w poczet dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne dokumentu tytułowanego „zobowiązanie” i powielającego w swej treści brzmienie przepisu art. 26 ust. 2b (obecnie art. 22a ust. 2 ustawy Pzp). Wymagane jest udowodnienie zamawiającemu, że wykonawca na podstawie tego zobowiązania uzyska odpowiedni i wymagany zasób. Obowiązek ten wyraża postulat, by zobowiązanie niosło w swej treści takie informacje, że będzie możliwe uznanie za udowodnione uzyskanie zasobu przez wykonawcę i oddanie go do dyspozycji przez podmiot trzeci. Przy czym realność udostępnienia wykonawcy potencjału przez podmiot trzeci należy zawsze oceniać w odniesieniu do konkretnego przypadku i towarzyszących mu okoliczności udostępnienia określonych zasobów.

Oczywistym jest, zdaniem Odwołującego, że udostępnienie zasobów może mieć charakter realny jedynie wówczas, kiedy podmiot, który je udostępnia sam tymi zasobami dysponuje. Jeżeli zaś zobowiązanie odnosi się do zasobów niebędących w posiadaniu/dyspozycji podmiotu udostępniającego zasoby w momencie udostępnienia, nie można w ogóle mówić o realnym udostępnieniu zasobów. Takie zobowiązanie ma li tylko blankietowy charakter i służy jedynie „formalnemu” wykazaniu przez wykonawcę spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Interes zamawiającego (w postaci przyznania zamówienia podmiotowi spełniającemu warunki udziału w postępowaniu) nie może zostać uznany za zabezpieczony w sytuacji, w której podmiot trzeci oddaje wykonawcy do dysponowania zasoby niebędące w jego posiadaniu/dyspozycji w chwili sporządzania zobowiązania do udostępnienia zasobów. W takiej sytuacji w chwili składania ofert wykonawca nie daje zamawiającemu żadnej gwarancji dysponowania zasobami, czyli nie

spełnia warunków podmiotowych sformułowanych przez Zamawiającego. Odwołujący zwrócił uwagę na pogląd wyrażony w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej: „Dysponowanie zasobami musi być jednoznaczne i nie może wynikać z dedukcji czy domysłów zamawiającego co do tego, czy podmiot, który przedstawia zobowiązanie innego podmiotu do udzielenia odpowiedniego zasobu jest uprawniony do dysponowania nim, a także w jakim zakresie nastąpiło udzielenie potencjału innego podmiotu oraz czy podmiot udzielający odpowiednich zasobów rzeczywiście je posiada. Stwierdzenie tego dysponowania przez wykonawcę winno być bowiem konsekwencją pozytywnej oceny przez zamawiającego dowodu, jakim jest zobowiązanie podmiotu trzeciego.” (por. wyrok KIO z 20 czerwca 2017 r., sygn. akt: KIO 1134/17).

Odwołujący zauważył również, że w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej Zamawiający wymagał, by każdy z wykonawców biorących udział w postępowaniu wykazał posiadanie narzędzi i urządzeń wskazanych w tabeli znajdującej się w pkt 7.2 ppkt 3) lit. c) SIWZ („Tabela z SIWZ”). Z uwagi na fakt, że Konsorcjum Wardex nie dysponowało urządzeniami wskazanymi w następujących punktach Tabeli z SIWZ:

- 5 (samochody ciężarowe o parametrach opisanych przez Zamawiającego),
- 6 (samochody ciężarowe samowyladowawcze o parametrach opisanych przez Zamawiającego),
- 15 (nośniki pługa ciężkiego i solarki o parametrach opisanych przez Zamawiającego)
- i 16 (nośniki pługa średniego i solarki o parametrach opisanych przez Zamawiającego) Tabeli z SIWZ (po zmianach SIWZ w toku postępowania)

do oferty załączył Zobowiązanie WTC dotyczące oddania do dysponowania, aż 37 pojazdów.

W ocenie Odwołującego, zobowiązanie WTC w zakresie, w jakim opisuje udostępniane zasoby, stanowi w zasadzie wyłącznie powielenie zapisów SIWZ, w tym w szczególności OPZ, z tą różnicą, że wskazuje dodatkowo modele udostępnianych pojazdów (nie identyfikując ich jednak co do tożsamości). Odwołujący stwierdził, że zobowiązanie WTC ma charakter bardzo ogólny, nie podaje żadnych informacji, które w sposób niebudzący wątpliwości identyfikowałyby konkretne pojazdy, które WTC oddaje do dyspozycji Konsorcjum Wardex. Nie wskazuje ono również, w jaki sposób i na jakiej podstawie umownej (w ramach jakiego stosunku prawnego), to udostępnienie ma nastąpić. Odwołujący zaznaczył, że podanie ww. informacji ma istotne znaczenie dla oceny realności udostępnienia zasobów. Samo zobowiązanie do przekazania zasobu nie przesadza, jak stwierdził Odwołujący, o charakterze stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z danym podmiotem, a jest to informacja pozwalająca Zamawiającemu na ocenę, czy stosunek



łączący wykonawcę z podmiotem trzecim gwarantuje wykonawcy rzeczywisty dostęp do zasobu (por. wyrok KIO z 25 lutego 2016 r., sygn. akt: KIO 196/16).

Odwołujący podniósł, że zgodnie z informacją zamieszczoną na stronie internetowej WTC, Spółka WTC jest dealerem innego podmiotu - spółki DAF zajmującej się produkcją samochodów. Odwołujący zauważył, że samo WTC nie trudni się produkcją samochodów, oraz że pojazdy będące przedmiotem udostępnienia nie należą do kategorii produktów dostępnych „od ręki” tak jak produkty możliwe do nabycia np. w supermarkecie. Odwołujący wskazuje, że wartość jednego egzemplarza samochodu DAF model FA LF320 (czyli takiego jak zadeklarowany w zobowiązaniu WTC) wymaganego do wykonywania zadań związanych z Zimowym Utrzymaniem Dróg („ZUD”) to około 60 000 EUR (słownie: sześćdziesiąt tysięcy EUR)), czyli ok. 252 000 zł (słownie: dwieście pięćdziesiąt dwa tysiące złotych).

Odwołujący zwrócił uwagę, że jeżeli ww. cenę przemnoży się przez 37 samochodów (tyle pojazdów do ZUD zobowiązało się udostępnić Konsorcjum Wardex WTC), okazuje się, że wartość sprzętu udostępnianego Konsorcjum Wardex przez WTC to ok. 9 324 000 zł (słownie: dziewięć milionów trzysta dwadzieścia cztery tysiące złotych). Doświadczenie życiowe pokazuje, w opinii Odwołującego, że dealerzy nie „trzymają na parkingu” takich ilości, specyficznych pojazdów (bo przystosowanych do potrzeb Zamawiającego określonych w SIWZ, w tym np. wyposażonych w odpowiednie lampy sygnalizacyjne oraz przygotowane do zamontowania na nich pługów oraz solarek). Nie jest to bowiem rodzaj towaru, który przechowuje się „na magazynie” licząc na klienta „z ulicy”, który dokona dużych zakupów. Sprzedaż 37 samochodów dokonywana jest zwyczajowo na zamówienie, z reguły po dokonaniu przedpłaty co najmniej części ceny. Odwołujący stwierdził, że zrozumiałym i racjonalnym jest, że Konsorcjum Wardex nie zawarłoby wiążącej umowy zakupu ww. 37 pojazdów z WTC nie wiedząc czy Zamawiający udzieli mu zamówienia w ramach postępowania. W konsekwencji, jak uznał Odwołujący, należy z dużym prawdopodobieństwem zakładać, że Konsorcjum Wardex zamierzał kupić przedmiotowe pojazdy dopiero po ostatecznym wyborze jego oferty jako najkorzystniejszej. Nie byłoby to oczywiście sprzeczne z ustawą Pzp, gdyby w chwili udostępniania zasobów Konsorcjum Wardex, WTC samo nimi dysponowało. Zobowiązanie WTC nie potwierdza jednak, jakoby na dzień jego sporządzania WTC dysponowało 37 pojazdami oznaczonymi co do tożsamości i spełniającymi wymagania SIWZ.

Zdaniem Odwołującego, zobowiązanie WTC nie pozwala na zidentyfikowanie konkretnych egzemplarzy pojazdów będących przedmiotem udostępnienia. Taka identyfikacja mogłaby, w ocenie Odwołującego, nastąpić poprzez podanie numerów rejestracyjnych, numerów VIN, numerów produkcji lub przedstawienie innych informacji lub dokumentów indywidualizujących poszczególne pojazdy będące przedmiotem

udostępnienia. W braku takiej indywidualizacji, w ocenie Odwołującego, należy z dużą dozą prawdopodobieństwa przyjmować, że WTC nie posiadało tych pojazdów w dacie sporządzenia zobowiązania WTC. Odwołujący stwierdził, że ww. wątpliwości powinny zostać co najmniej wyjaśnione przez Konsorcjum Wardex, na którym spoczywa ciężar wykazania realności udostępnienia zasobów.

Odwołujący stwierdził również, że analizując zobowiązanie WTC Zamawiający powinien był oceniać je z uwzględnieniem wszystkich okoliczności sprawy oraz z uwzględnieniem zasad doświadczenia życiowego, dążąc do zapewnienia przestrzegania zasad uczciwej konkurencji. Zamawiający winien był w szczególności wziąć pod uwagę, że udostępnienie tak dużej liczby pojazdów (37) przez jeden podmiot wymaga zbadania czy on sam nim dysponuje. Taka weryfikacja nie jest, w opinii Odwołującego, możliwa w oparciu o treść zobowiązania WTC, stąd obowiązkiem Zamawiającego było wykluczenie Konsorcjum Wardex lub co najmniej wezwanie Konsorcjum Wardex do złożenia uzupełnienia dokumentów. Odwołujący stwierdził, że obowiązków tych Zamawiający zaniechał.

W ocenie Odwołującego, nie do pogodzenia z zasadą równego traktowania wykonawców jest sytuacja, w której wykonawca, który zgromadził sprzęt pozwalający na potwierdzenie spełniania przez niego warunków udziału w postępowaniu jest traktowany tak samo, jak ktoś, kto uzyskał jedynie „formalne” udostępnienie zasobów od podmiotu, który faktycznie tymi zasobami nie dysponuje.

Jak stwierdził Odwołujący, mimo, że Konsorcjum Wardex nie wykazało spełniania warunków udziału w postępowaniu, Zamawiający nie wykluczył Konsorcjum z postępowania. Co więcej, mimo, że zobowiązanie WTC powinno wzbudzić wątpliwości Zamawiającego, Zamawiający zaniechał dokonania wezwania na podstawie art. 22a ust. 3 oraz 4 ustawy Pzp, co potwierdza zasadność przedmiotowego zarzutu.

b) niewykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu z uwagi na brak realnego udostępnienia zasobów przez Awas

Odwołujący wskazał, że w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu Konsorcjum Wardex polegało również na zasobach spółki Awas.

Konsorcjum Wardex nie dysponowało urządzeniami wskazanymi w następujących punktach Tabeli z SIWZ:

- 10 (pojazdy do czyszczenia kanalizacji o parametrach opisanych przez Zamawiającego),
- 11 (motopompy pływające o parametrach opisanych przez Zamawiającego),
- 12 (motopompy szlamowe o parametrach opisanych przez Zamawiającego)

do oferty załączył Zobowiązanie Awas dotyczące oddania do dysponowania 6 urządzeń.

Odwołujący podniósł, że także zobowiązanie Awas załączone do oferty Konsorcjum Wardex ma charakter ogólny, nie podaje żadnych informacji, które w sposób nie budzący wątpliwości identyfikowałyby konkretne pojazdy i urządzenia, które Awas miał oddać do dyspozycji Konsorcjum Wardex (takiej jak np. numery produkcji, VIN, numer serii, etc.). Nie wskazuje ono również, w jaki sposób i na jakiej podstawie umownej (w ramach jakiego stosunku prawnego) udostępnienie zasobów ma nastąpić. Tymczasem, jak zauważył Odwołujący, nie stanowi dowodu realnego przekazania zasobu zobowiązanie do oddania zasobu do dyspozycji bez wskazania, w jaki sposób to nastąpi i w ramach jakiego stosunku prawnego. Jest to natomiast podstawowa informacja pozwalająca Zamawiającemu na ocenę, czy stosunek łączący wykonawcę z podmiotem trzecim gwarantuje rzeczywisty dostęp (por. wyrok KIO z 25 lutego 2016 r., sygn. akt: KIO 196/16). Odwołujący zaznaczył, że zobowiązanie AWAS nie potwierdza, że w dniu 1 sierpnia 2018 r., tj. sporządzając zobowiązanie Awas, Awas dysponowało ww. zasobami, a tym samym nie potwierdza realnego udostępnienia tych zasobów Konsorcjum Wardex.

c) niewykazanie braku podstaw do wykluczenia z postępowania AWAS

Odwołujący wskazał, że stosownie do dyspozycji art. 25a ust. 1 i 2 ustawy Pzp wykonawca zobowiązany jest dołączyć do oferty aktualne na dzień składania ofert oświadczenie w formie dokumentu JEDZ stanowiące wstępne potwierdzenie, że wykonawca nie podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu. Konsorcjum Wardex zobowiązane było załączyć do swojej oferty takie oświadczenia pochodzące zarówno od wszystkich członków tego konsorcjum, jak i od podmiotów, które udostępniły Konsorcjum Wardex zasoby w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Konsorcjum Wardex załączyło do oferty dokumenty JEDZ dla WTC i Awas. W odniesieniu do tego drugiego podmiotu nie może być jednak mowy o skutecznym złożeniu oświadczeń ujętych w JEDZ sporządzonym dla Awas. W imieniu Awas JEDZ został bowiem podpisany przez pana J. M., który na dzień 1 sierpnia br. (wbrew informacji zawartej w Części II: Informacje dotyczące wykonawcy, B: informacje na temat przedstawicieli wykonawcy, str. 2) nie był członkiem zarządu Awas. J. M. nie mógł więc skutecznie podpisać JEDZa jako członek zarządu Awas, jak to wynika z dokumentu JEDZ załączonego do oferty.

Odwołujący zauważył, że z art. 39 § 1 KC wynika, że inaczej niż w przypadku zawarcia umowy przez rzekomego pełnomocnika, umowa zawarta przez rzekomy organ (a więc przez osobę, która nie pełniąc funkcji organu, podszyła się pod organ osoby prawnej lub pełniąc funkcję organu, przekroczyła zakres przysługującej organowi kompetencji) jest umową nieważną bezwzględnie. Odwołujący wskazał, że art. 39 KC odnosi się wprawdzie do

zawierania umów, stwierdził jednak, że zarówno w doktrynie, jak i orzecznictwie dawno przesądzono, że z uwagi na fakt, iż żaden przepis KC nie reguluje skutków dokonania jednostronnej czynności prawnej przez fałszywy organ, do tego rodzaju sytuacji konieczne jest stosowanie wymaga art. 39 KC w drodze analogii.

Zdaniem Odwołującego, skoro w dacie podpisywania dokumentu JEDZ pan J. M. nie był członkiem zarządu, to nie mógł w takim charakterze podpisać dokumentu JEDZ. W konsekwencji, nie doszło do złożenia za Awas ważnego oświadczenia o niepodleganiu wykluczeniu z postępowania. Odwołujący zauważył, że mimo powyższego, Zamawiający nie wykluczył Konsorcjum Wardex z postępowania, ani nie wezwał go do poprawienia/wyjaśnienia treści dokumentu JEDZ dla Awas, co stanowi oczywiste naruszenie ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie Odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- a) unieważnienia czynności wyboru oferty Konsorcjum Wardex jako najkorzystniejszej;
- b) dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu, w trakcie której Konsorcjum Wardex zostanie wykluczony z postępowania ewentualnie wezwany do złożenia wyjaśnień oraz uzupełnienia/poprawienia dokumentów w postaci: zobowiązania WTC, zobowiązania Awas, dokumentu JEDZ dla Awas w zakresie wynikającym z odwołania,
- c) dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosili w dniu 26 września 2018 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Wardex Sp. z o.o., Planeta Sp. z o.o. i M. R. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Dróg Pol Roboty drogowe i remontowo - budowlane M. R..

Na rozprawie strony podtrzymały dotychczas prezentowane stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym w szczególności treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami, treść oferty złożonej przez Konsorcjum Wardex, oraz dokumentów złożonych Zamawiającemu przez Konsorcjum Wardex w dniu 10 września 2018 r., jak również stanowiska stron i uczestnika postępowania zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Izba stwierdziła, że odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Zakres zarzutów, w sytuacji ich potwierdzenia się, wskazuje na pozbawienie Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji, narażając go tym samym na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody.

Rozpoznając odwołanie w granicach podniesionych zarzutów Izba uznała, że nie podlega ono uwzględnieniu.

Za niezasadne Izba uznała zarzuty podniesione wobec treści zobowiązania do udostępnienia zasobów WTC Sp. z o.o. Izba stwierdziła, że złożone przez Konsorcjum Wardex zobowiązanie ww. podmiotu trzeciego pozwala na ocenę realności dysponowania udostępnionymi zasobami. Na skuteczność zobowiązania nie wpływa okoliczność, że pojazdy wymienione w ww. zobowiązaniu nie zostały zindywidualizowane w sposób, jakiego domaga się Odwołujący. W ocenie Izby, wskazanie na rodzaj pojazdu, model, ilość, oraz na jego szczególne cechy zgodne z wymaganymi określonymi w SIWZ, są wystarczające do stwierdzenia, że udostępnienie to jest realne. Izba miała przy tym na uwadze, że zobowiązanie to zostało złożone w konkretnym postępowaniu, którego przedmiot został w zobowiązaniu jasno określony, oraz zawiera wszystkie informacje, jakie były wymagane we wzorze opracowanym przez Zamawiającego.

Izba nie stwierdziła także podstaw do kwestionowania zobowiązania WTC Sp. z o.o. w zakresie faktycznego dysponowania przez ten podmiot udostępnionym potencjałem. Izba miała na uwadze, że przedmiotem zobowiązania jest sprzęt, a to potencjał, co do którego weryfikacja udostępnienia na etapie realizacji zamówienia jest możliwa w sposób bezpośredni. Ponadto, Izba miała na względzie takie okoliczności, jak ta, że WTC Sp. z o.o. jest autoryzowanym dealerem samochodów marki DAF działającym od kilkunastu lat w skali całego kraju, a współpraca WTC Sp. z o.o. z producentem samochodów ma charakter ciągły. Izba stwierdziła, że Odwołujący nie wykazał braku realności udostępnienia przez WTC Sp. z o.o. deklarowanych zasobów. Odwołujący skupił się na wykazaniu wartości sprzętu będącego przedmiotem udostępnienia, jak również na braku dostępności tego typu pojazdów

„od ręki”. Tymczasem, jak zauważyło Konsorcjum Wardex, oraz jak wynika to z zasad doświadczenia życiowego, ceny podane na stronie [www.otomoto.pl](http://www.otomoto.pl) nie mogą stanowić wyznacznika dla zakupu tego rodzaju pojazdów na większą skalę. Co więcej, jest to wyznacznik nieadekwatny także ze względu na okoliczność, iż WTC Sp. z o.o., jako autoryzowany dealer samochodów marki DAF, nie będzie korzystał z narzędzi, jakim są ww. strona czy jej podobne. Z tego względu, złożony na rozprawie przez Odwołującego protokół z otwarcia stron internetowych, nie stanowi dowodu potwierdzającego zasadność postawionych przez Odwołującego zarzutów. Z tego samego powodu dowodu na potwierdzenie tezy Odwołującego nie mogą stanowić także wydruki korespondencji elektronicznej z poszczególnymi sprzedawcami pojazdów. Ponadto, Odwołujący w swojej argumentacji nie uwzględnił innych niż zakup możliwości dysponowania pojazdami, jak np. najem czy leasing.

W ocenie Izby, brak jest podstaw do stwierdzenia nie wykazania przez Konsorcjum Wardex realności udostępnienia zasobów przez podmiot trzeci z uwagi na to, że WTC Sp. z o.o. w dacie sporządzenia zobowiązania nie posiadała pojazdów stanowiących przedmiot zobowiązania. Z uwagi na zasób będący przedmiotem udostępnienia, charakter współpracy WTC Sp. z o.o. z producentem, wolumen pojazdów, jakimi dysponuje miesięcznie WTC Sp. z o.o. w systemie DAF Trucks NV, Izba nie dopatrzyła się uchybień w kwestionowanym udostępnieniu zasobów. Izba przychyliła się do stanowiska Konsorcjum Wardex uznając, że przetrzymywanie 37 pojazdów na placu jeszcze przed zawarciem umowy, a następnie przez cały okres zamówienia, wobec braku pewności co do wyboru oferty Konsorcjum Wardex przez Zamawiającego, oraz w świetle okoliczności, że część pojazdów będzie włączona do realizacji zamówienia na późniejszym etapie (okoliczność bezsporna), byłoby niecelowe i generowałoby dodatkowe koszty.

Ponadto, brak jest podstaw do żądania od wykonawcy wskazania w treści zobowiązania, na jakiej podstawie umownej (w ramach jakiego stosunku prawnego) ma nastąpić udostępnienie. Zgodnie z treścią art. 22a ust. 1 ustawy Pzp, wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków prawnych.

Mając na uwadze wskazaną powyżej argumentację, Izba nie uwzględniła także zarzutów podniesionych przez Odwołującego wobec treści zobowiązania do udostępnienia zasobów Awas-Serwis Sp. z o.o.

Nie potwierdził się również zarzut dotyczący zaniechania wezwania Konsorcjum Wardex do uzupełnienia/poprawienia dokumentu JEDZ złożonego dla Awas-Serwis Sp. z o.o., ewentualnie do wezwania Konsorcjum Wardex do złożenia wyjaśnień dotyczących tego dokumentu. Izba za istotną uznała okoliczność, że pan J. M. był uprawniony do podjęcia czynności w imieniu Awas-Serwis Sp. z o.o., jako że pełni funkcję prokurenta samoistnego. Okoliczność ta możliwa była do zweryfikowania przez Zamawiającego na podstawie załączonej do oferty informacji z KRS. Wskazanie innej funkcji, wobec złożonej wraz z ofertą informacji z KRS, Izba uznała za omyłkę pozostającą bez wpływu na skuteczność podjętej czynności.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba nie stwierdziła uchybień w czynnościach Zamawiającego i nie znalazła podstaw do uwzględnienia podniesionych przez Odwołującego zarzutów.

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

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.).

**Przewodniczący :** .....

.....

.....