

**WYROK**  
**z dnia 9 listopada 2017 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:**       **Monika Kawa-Ogorzałek**

**Protokolant:**           **Piotr Cegłowski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 listopada 2017 r. w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 października 2017 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: B. P. Sp. z o.o. (...), Z. U.** prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą **PHU U. Z. U., (...), W. Sp. z o.o. (...)**,

w postępowaniu prowadzonym przez **Mazowiecki Zarząd Dróg Wojewódzkich w W., (...)**.

**orzeka:**

1. Oddala odwołanie;
2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

**KIO 2249/17**

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

Mazowiecki Zarząd Dróg Wojewódzkich w W. (dalej: „Zamawiający”) prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”) w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Świadczenie usług przy zimowym utrzymaniu dróg wojewódzkich na terenie województwa mazowieckiego, w sezonie zimowym 2017/2018, z podziałem na 29 części”.

W dniu 16 października 2017 r. Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty dla części nr 16. Na powyższą czynność Zamawiającego Konsorcjum: B. P. Sp. z o.o., Z. U. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą PHU U. Z. U. i W. Sp. z o.o. (dalej: „Odwołujący”) wniosło odwołanie, zarzucając naruszenie:

1. art. 24 ust 1 pkt 12 w zw. z art. 22a ust. 1 i 2 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp - poprzez niewykluczenie z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcy D. W., mimo iż nie udowodnił on Zamawiającemu, że w toku realizacji zamówienia będzie dysponował zasobami podmiotu, na którego zdolnościach technicznych polega w zakresie dostarczenia sprzętu, o jakim mowa w punkcie 5.2 SIWZ (równiarki oraz ładowarki mające być oddane do dyspozycji Wykonawcy na podstawie umowy użyczenia z nieokreślonym podmiotem),

*ewentualnie*

2. art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 25a ust. 3 Pzp - poprzez nieodrzućenie oferty wykonawcy D. W. mimo jej sprzeczności z treścią ustawy, która wymaga złożenia Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (JEDZ) dotyczącego podmiotów, na których zasobach technicznych (równiarki oraz ładowarki) zamierzał polegać,

*ewentualnie, w przypadku uznania powyższych zarzutów za zbyt daleko idących*

3. art. 26 ust. 3 i 4, a ewentualnie art. 26 ust. 1 Pzp oraz § 9 ust. 2 Rozporządzenia Ministra Rozwoju w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 25a ust. 3 w zw. z art. 22a ust. 1 i 2 Pzp - poprzez:

a) niewezwanie wykonawcy D. W. do sprecyzowania treści Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia, w którym to zawarł sprzeczne ze sobą informację, w jednym miejscu wskazując, że nie będzie polegał na zasobach podmiotów trzecim w celu spełnienia kryteriów kwalifikacji (część II, rozdział C), natomiast w innym, że podstawą dysponowania sprzętu - równiarki wraz z pługiem czołowym dwustronnym oraz ładowarki będzie umowa użyczenia zawarta z nieokreślonym podmiotem trzecim,

b) niewezwanie wykonawcy D. W. do złożenia Jednolitych Europejskich Dokumentów Zamówienia dotyczących podmiotów, na których zasobach technicznych (równiarki oraz ładowarki) zamierzał polegać.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o:

1. unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na wyborze najkorzystniejszej oferty dla Części 16 i dokonanie czynności polegającej na wykluczeniu z udziału w postępowaniu Wykonawcy D. W.,

*ewentualnie*

2. unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na wyborze najkorzystniejszej oferty dla Części 16 i dokonanie czynności polegającej na odrzuceniu oferty Wykonawcy D. W.,

*ewentualnie*

3. unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na wyborze najkorzystniejszej oferty dla Części 16 i zobowiązanie Zamawiającego do wykonania zaniechanej czynności, tj. wezwania Wykonawcy D. W. do usunięcia rozbieżności w JEDZ ora do złożenia JEDZ dla podmiotów, na których zasobach technicznych zamierzał polegać.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że wykonawca D. W., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą P. U. „C. Ś.” D. W., złożył ofertę na wykonanie części 16 przedmiotowego zamówienia publicznego. W części II, rozdział C wskazał, że nie będzie polegał na zdolności innych podmiotów w celu spełnienia kryteriów kwalifikacji. Jednocześnie w załączniku do pisma z dnia 9 października 2017 r. wskazał, że będzie dysponował równiarką wraz z pługiem czołowym dwustronnym (1 sztuka) oraz ładowarką (2 sztuki) na podstawie użyczenia od podmiotu trzeciego.

Zdaniem Odwołującego się, po pierwsze, powyższe powoduje, że treść oferty Wykonawcy zawiera sprzeczności. Po drugie, uznając oświadczenie o wykorzystaniu części sprzętu na podstawie umowy użyczenia za prawdziwe stwierdził, że Wykonawca nie spełnił warunków udziału w postępowaniu w związku z nieudowodnieniem faktycznej możliwości dysponowania zasobami podmiotu trzeciego. Mimo powyższego, nie został on wykluczony z udziału w postępowaniu ani jego oferta nie została odrzucona, a w rezultacie została wybrana jako najkorzystniejsza.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 2 ust. 1 pkt 2 Pzp o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu. Te dotyczyć mogą, między innymi, zdolności technicznej (art. 22 ust. 1b pkt 3 Pzp). Na mocy natomiast art. 22a ust. 1 Pzp wykonawca może w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu (...) polegać na zdolnościach technicznych (...) innych podmiotów. Jeśli taka sytuacja ma miejsce, wykonawca ma obowiązek udowodnić zamawiającemu, że realizując zamówienie będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów, w szczególności przedstawiając zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia.

W punkcie 5.2 SIWZ dla przedmiotowego zamówienia, Zamawiający wskazał, że warunki udziału w postępowaniu spełnia wykonawca, który dysponuje odpowiednimi urządzeniami, w tym równiarką wraz z pługiem czołowym dwustronnym (1 sztuka) oraz ładowarką (2 sztuki). W punkcie 6. SIWZ podano z kolei, że wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu lub jego części polegać na zdolnościach technicznych (..) innych podmiotów (..). Wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów, musi udowodnić Zamawiającemu, że realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami podmiotów, w szczególności przedstawiając zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia oraz przedstawiając Zamawiającemu (wymienione) dokumenty. W związku z tym, że wykonawca w istocie będzie polegał na zasobach technicznych innych podmiotów, a mimo tego zaniechał przedstawienia wymaganych przez Zamawiającego dokumentów, uznać należy, że nie spełnia on warunków udziału w postępowaniu. Z tego to względu winien on być wykluczony na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp.

Ewentualnie, na wypadek gdyby powyższe rozumowanie zostało uznane za wadliwe, Odwołujący wskazał, że przepis art. 25a ust. 3 pkt 1 Pzp, który stanowi, że Wykonawca, który powołuje się na zasoby innych podmiotów, w celu wykazania braku istnienia wobec nich podstaw wykluczenia oraz spełnienia, w zakresie, w jakim powołuje się na ich zasoby, warunków udziału w postępowaniu składa także jednolite dokumenty dotyczące tych podmiotów. Tymczasem, wykonawca w treści swojej oferty ani w pismach wyjaśniających nie wskazał nawet z jakimi konkretnie podmiotami zamierza zawrzeć umowę użyczenia wskazanego wyżej sprzętu. Tym bardziej więc nie złożył dotyczących ich JEDZ. Wobec powyższego oferta wykonawcy może być uznana za sprzeczną z ustawą, a co za tym idzie winna być odrzucona na podstawie art. 89 ust 1 pkt 1 Pzp. Z ostrożności jeszcze wskazuję, że niezłożenie ww. dokumentów dla podmiotów trzecich może powodować uznanie, że wykonawca nie spełnił warunków udziału w postępowaniu, a co za tym idzie może być on wykluczony na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp.

Odwołujący wskazał następnie, że jeśli KIO uznałaby, że wniosek o unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej i wykluczenie Wykonawcy albo odrzucenie jego oferty jest zbyt daleko idący, zasadnym jest pochylenie się nad zarzutem wskazanym w punkcie 3. petitum. Zgodnie z art. 25 ust. 1 pkt 1, w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców oświadczeń lub dokumentów. Te winny być wskazane, między innymi, w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Jak już wyżej podano, w punkcie 6. SIWZ, Zamawiający zawarł zobowiązanie do złożenia wyszczególnionych tam dokumentów w przypadku polegania przez wykonawcę na zdolnościach innych podmiotów. Ponadto, również art 25a

ust. 3 Pzp obliguje wykonawców do złożenia JEDZ dla podmiotów trzecich. Co więcej, zgodnie z § 9 ust. 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, Zamawiający żąda od wykonawcy, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów na zasadach określonych w art 22a ustawy, przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów wymienionych w § 5 pkt 1 -9. Zobowiązanie do przedstawienia przez wykonawcę odpowiednich i istotnych oświadczeń i dokumentów wynika z art. 26 ust. 3 Pzp (ewentualnie art. 26 ust, 1, stosowany wyłącznie do wezwań Wykonawcy, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą).

W związku z tym, mając na względzie fakt, że piśmie z dnia 9 października 2017 r. Wykonawca przyznał, iż będzie korzystał z części sprzętu na podstawie użyczenia od podmiotów trzecich (poleganie na zasobach technicznych), należało przed wyborem jego oferty jako najkorzystniejszej sformułować wezwanie do przedłożenia wymaganych dokumentów, to jest, przede wszystkim, JEDZ dla podmiotów trzecich oraz innych, potwierdzających zawiązanie stosunku prawnego, na mocy którego Wykonawca faktycznie będzie dysponował powierzonym mu sprzętem. Z tego to powodu podjęcie przez Zamawiającego czynności polegającej na wyborze najkorzystniejszej oferty było przedwczesne, gdyż winno być poprzedzone wezwaniem Wykonawcy do przedstawienia wymaganych prawem dokumentów.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, jak również oświadczenia i stanowiska stron złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:**

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba ustaliła również wystąpienie przesłanek z art. 179 ust. 1 Pzp, tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez Odwołującego szkody w wyniku kwestionowanej czynności Zamawiającego.

**Odnosząc się do podniesionych zarzutów Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego.**

W pierwszej kolejności należało stwierdzić, iż wbrew twierdzeniom Odwołującego, wykonawca D. W., wykazując spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym, nie powoływał się na dysponowanie potencjałem podmiotu trzeciego. Niewątpliwie wykonawca ten w wykazie sprzętu, jako podstawę dysponowania równiarką oraz ładowarkami wskazał użyczenie, co nie oznacza automatycznie powołania się na potencjał podmiotu trzeciego. Zgodnie z dyspozycją art. 22a ust. 1 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. Wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów, musi udowodnić zamawiającemu, że realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów, w szczególności przedstawiając zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia (ust. 2).

Odnosząc się do przedmiotowego stanu faktycznego w ocenie Izby brak jest przesłanek, które pozwalałyby stwierdzić, iż wykonawca D. W. posłużył się potencjałem podmiotu trzeciego. Przyjęcie argumentacji Odwołującego musiałoby prowadzić do stwierdzenia, iż z udostępnieniem potencjału podmiotu trzeciego nie mielibyśmy do czynienia jedynie w przypadku wykazania się przez wykonawcę prawem własności wymaganego sprzętu.

Należy zauważyć, iż stosownie do art. 710 kodeksu cywilnego przez umowę użyczenia użyczający zobowiązuje się zezwolić biorącemu, przez czas oznaczony lub nieoznaczony, na bezpłatne używanie oddanej mu w tym celu rzeczy. Tym samym w ocenie Izby umowa użyczenia zapewniała wykonawcy D. W. wystarczający tytuł do dysponowania wskazanymi sprzętami, tj. ładowarkami oraz równiarką. Izba wskazuje, iż wobec istnienia bezpośredniego uprawnienia wykonawcy do dysponowania rzeczą (równiarka i ładowarki) brak jest podstaw do uznania, iż rzeczy te stanowią potencjał innego podmiotu w rozumieniu art. 22a ust. 1 i 2 Pzp.

Należy zwrócić uwagę, iż powszechnym jest, że wykonawcy nie będąc właścicielami rzeczy dysponują nimi np. jako użytkownicy, najemcy, dzierżawcy czy leasingobiorcy. W ocenie 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 Pzp i nie będzie to wówczas dysponowanie potencjałem podmiotu trzeciego. Zdaniem Izby, aby można było mówić o udostępnieniu potencjału przez podmiot trzeci w rozumieniu art. 22a ust. 1 Pzp

należałoby wykazać, iż np. użyczenie rzeczy związane jest z realizacją tego konkretnego zamówienia publicznego na okres niezbędny do jego wykonania.

Mając na względzie powyższe Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego, uznając, iż Zamawiający prawidłowo uznał, iż wykonawca D. W. wykazał spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie potencjału technicznego. Tym samym brak było podstaw do wykluczenia go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp jak i uznania jego oferty za odrzuconą.

Jednocześnie mając na względzie powyższe za niezasadny należało również uznać zarzut naruszenia art. 25a ust. 3 oraz art. 26 ust. 1, ust. 3 i ust. 4 Pzp. Skoro jak wskazano powyżej ładowarki oraz równiarka były w bezpośrednim użytkowaniu przez wykonawcę D. W., to tym samym w ocenie Izby nie były one zasobem udostępnianym na potrzeby realizacji przedmiotowego zamówienia, a w konsekwencji wykonawca nie był zobowiązany do składania oświadczenia w trybie art. 25a ust. 3 pkt 1 ustawy. Tym samym mogły służyć wykazaniu spełniania warunku udziału w postępowaniu i Zamawiający prawidłowo w tym zakresie zbadał ofertę wykonawcy D. W. i w konsekwencji prawidłowo uznał, że wykonawca ten dysponował ładowarkami i równiarką.

Z powyższych względów na uwzględnienie nie zasługiwał również zarzut dotyczący naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp.

Mając na względzie powyższe, uwzględniając dyspozycję art. 192 ust. 1 ustawy Pzp Izba orzekła, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2017 r. poz. 47).

**Przewodniczący:** .....