

**WYROK**

**z dnia 2 października 2013 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** Klaudia Szczytowska-Maziarz

**Członkowie:** Ryszard Tetzlaff

Justyna Tomkowska

**Protokolant:** Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 października 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 września 2013 r. przez wykonawcę **Grawil Sp. z o.o., 87-800 Włocławek, ul. Komunalna 7** w postępowaniu prowadzonym przez **Zarząd Dróg Wojewódzkich w Olsztynie, 10-602 Olsztyn, ul. Pstrowskiego 28b**

przy udziale wykonawcy **S.D.T. Budownictwo Drogowe Sp. z o.o. 14-240 Susz, ul. B. Prusa 24**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. uwzględnia odwołanie, unieważnia czynność wyboru oferty najkorzystniejszej i nakazuje zamawiającemu powtórzyć czynność badania i oceny ofert, w tym nakazuje zamawiającemu wezwać wykonawcę **S.D.T. Budownictwo Drogowe Sp. z o.o. 14-240 Susz, ul. B. Prusa 24** do złożenia wyjaśnień lub uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie, że wykonawca będzie dysponował sprzętem do posypywania mieszankami piaskowo-solnymi lub solą oraz pługiem odśnieżnym,
2. kosztami postępowania obciąża **Zarząd Dróg Wojewódzkich w Olsztynie, 10-602 Olsztyn, ul. Pstrowskiego 28b** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Grawil Sp. z o.o., 87-800 Włocławek, ul. Komunalna 7** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od **Zarządu Dróg Wojewódzkich w Olsztynie, 10-602 Olsztyn, ul. Pstrowskiego 28b** na rzecz **Grawil Sp. z o.o., 87-800 Włocławek, ul. Komunalna** kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Olsztynie**.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....

## Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „Zimowe utrzymanie dróg wojewódzkich administrowanych przez RDW Nidzica w latach 2013 - 2017 z podziałem na części (8)”, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Zarząd Dróg Wojewódzkich w Olsztynie (dalej „zamawiający”) wykonawca Grawil Sp. z o.o. (dalej „odwołujący”) wniósł – w zakresie części nr 6 – odwołanie wobec czynności wadliwego badania i oceny oferty wykonawcy S.D.T. Budownictwo Drogowe Sp. z o.o. (dalej „wykonawca SDT”) oraz od będącej konsekwencją wadliwego badania i oceny ofert, czynności wadliwego wyboru oferty najkorzystniejszej.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2013/S 126-216156.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907) [dalej „ustawa Pzp”]:

1. art. 24 ust. 2 pkt 4) i art. 24 ust. 4 w związku z art. 22 ust. 1 pkt 3) i art. 26 ust. 2b, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy SDT i zaniechanie uznania jego oferty za odrzuconą, pomimo że nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania niezbędnego potencjału technicznego, tj. nie wykazał, że dysponuje sprzętem do odśnieżania, który oznaczono w pozycjach 7 i 8 tabeli Wykazu narzędzi i urządzeń technicznych załącznika do oferty jako sprzęt dzierżawiony, albowiem wykonawca ten nie przedstawił żadnych dokumentów na dowód, że będzie rzeczywiście dysponował dzierżawionym sprzętem, a w szczególności nie przedstawił żadnego pisemnego zobowiązania wydzierżawiającego (podmiotu trzeciego), z którego wynikałoby, że wydzierżawiający oddaje ten sprzęt wykonawcy SDT do korzystania na okres niezbędny do realizacji zamówienia,
2. art. 26 ust. 3, poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy SDT do złożenia dokumentów wymaganych na dowód, że będzie rzeczywiście dysponował sprzętem do odśnieżania, który oznaczono w pozycjach 7 i 8 tabeli „Wykazu narzędzi i urządzeń technicznych” - załącznika do oferty jako sprzęt dzierżawiony, a w szczególności zaniechania wezwania wykonawcy SDT do złożenia pisemnego zobowiązania wydzierżawiającego (podmiotu trzeciego), z którego wynikałoby, że wydzierżawiający oddaje ten sprzęt do korzystania na okres niezbędny do realizacji zamówienia,
3. art. 24 ust. 2 pkt 4) i art. 24 ust. 4 w związku z art. 22 ust. 1 pkt 2) i art. 26 ust. 2b, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy SDT i zaniechanie uznania jego

oferty za odrzuconą, pomimo że nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania niezbędnego doświadczenia w realizacji zamówień, to jest nie wykazał, że wykonał co najmniej jedno zamówienie obejmujące usługi zimowego utrzymania dróg o wartości nie mniejszej niż 200 tysięcy zł brutto w okresie jednego sezonu zimowego, albowiem wykonawca SDT przedstawił nieprawdziwy „Wykaz usług”, z którego wynika nieprawdziwa informacja, że wykonawca ten wykonał na zlecenie Michała L. („DROMOS” Budowa Utrzymanie Dróg i Mostów) usługi utrzymania dróg w sezonie zimowym 2011/2012 za kwotę 211.032,00 zł, podczas gdy w rzeczywistości wykonawca SDT wykonywał na zlecenie Michała L. usługi zimowego utrzymania tylko w roku 2011 i o wartości wynoszącej tylko 97 135,20 zł,

4. art. 24 ust. 2 pkt 3 i art. 24 ust. 4, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy SDT i zaniechanie uznania jego oferty za odrzuconą, pomimo że w ofercie, tj. w „Wykazie usług” przedstawił nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania – z Wykazu tego wynika nieprawdziwa informacja, że wykonawca SDT wykonał na zlecenie Michała L. („DROMOS” Budowa Utrzymanie Dróg i Mostów) usługi utrzymania dróg w sezonie zimowym 2011/2012 za kwotę 211 032,00 zł, podczas gdy w rzeczywistości wykonywał na zlecenie Michała L. usługi zimowego utrzymania tylko w roku 2011 i o wartości wynoszącej tylko 97 135,20 zł,
5. art. 26 ust. 3, poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy SDT do złożenia dokumentów wymaganych na dowód, że posiada wymagane doświadczenie w realizacji zamówień, a w szczególności poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy SDT do złożenia prawidłowego „Wykazu usług” wraz z dokumentami potwierdzającymi należyte wykonanie wykazywanych zamówień na usługi zimowego utrzymania dróg,
6. art. 24 ust. 2 pkt 4) i art. 24 ust. 4 w związku z art. 22 ust. 1 pkt 3) i art. 26 ust. 2b, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy SDT i zaniechanie uznania jego oferty za odrzuconą, pomimo że nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania niezbędnego potencjału technicznego, to jest nie wykazał, że dysponuje bazą materiałową w odległości nie większej niż 10 km od miasta Ławy, albowiem w ofercie wykazał bazę w Chełmżycy, która jest położona w odległości 12 km od Ławy,
7. art. 26 ust. 3 Pzp, zaniechanie wezwania wykonawcy SDT do złożenia dokumentów wymaganych na dowód, że będzie dysponował bazą materiałową w odległości nie większej niż 10 km od miasta Ławy,
8. art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 91 ust. 1, poprzez wadliwe badanie i ocenę ofert oraz wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu, aby:

1. unieważnił czynność oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej,

2. powtórzył czynność oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej,
3. wykluczył wykonawcę SDT z postępowania i uznał jego ofertę za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3) i 4) i art. 24 ust. 4 ustawy Pzp w związku z art. 22 ust. 1 pkt 2) i 3) ustawy Pzp,
4. dokonał wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej spośród ofert nie podlegających odrzuceniu,

względnie, aby zamawiający:

5. unieważnił czynność oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej,
6. na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wezwał wykonawcę SDT do uzupełnienia oferty, poprzez przedstawienie dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego potencjału technicznego i doświadczenia, a w szczególności poprzez przedstawienie prawidłowego „Wykazu narzędzi i urządzeń technicznych” oraz „Wykazu usług” wraz z dokumentami potwierdzającymi należyte wykonanie wykazywanych zamówień na usługi zimowego utrzymania dróg,
7. po wezwaniu wykonawcy SDT do uzupełnienia dokumentów, powtórzył czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wniósł także o przyznanie kosztów postępowania, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocników oraz dojazdów na rozprawę, według norm przepisanych.

W zakresie wymaganego potencjału technicznego odwołujący podał, że zamawiający określił warunki udziału w postępowaniu przez tabelę, w której wskazano w poszczególnych pozycjach, jakim sprzętem do zimowego utrzymania dróg wykonawca musi dysponować (str. 7 Rozdziału I SIWZ - Instrukcji dla wykonawców) oraz doprecyzował je w Rozdziale V SIWZ - Opis przedmiotu zamówienia, gdzie na stronie 4 wskazał, że wymaga, aby zamówienie zostało wykonane jednocześnie przy użyciu sprzętu własnego wykonawcy (w rodzajach i ilościach określonych tabelą) oraz sprzętu użyczonego w tym celu wykonawcy przez samego zamawiającego. Odwołujący wyjaśnił, że jednocześnie zamawiający podał w kolejnej tabeli informację, jaki sprzęt i w jakiej ilości użyczy wykonawcy, który będzie realizował zamówienie.

W ocenie odwołującego takie ukształtowanie wymagań oznacza, że niezależnie od sprzętu przeznaczonego do użyczenia przez zamawiającego każdy wykonawca starający się o zamówienie winien wykazać się posiadaniem kompletu własnego sprzętu określonego w tabeli ze strony 7 Rozdziału I SIWZ, przy czym niedopuszczalne jest wykazywanie jako własnego sprzętu, który wygrywający przetarg wykonawca otrzyma od zamawiającego w użyczenie, ponieważ zamawiający potraktował ten sprzęt jako osobną kategorię potencjału technicznego, który nie jest potencjałem własnym wykonawcy.

Odwołujący wskazał, że wykonawca SDT w załączonym do oferty „Wykazie narzędzi

i urządzeń technicznych” wykazał w pozycjach 7 i 8 posypywarkę i pług odśnieżny marki Acometis jako maszyny, którymi dysponuje na podstawie umowy dzierżawy, jednak do oferty nie zostały załączone żadne dokumenty, przy pomocy których wykonawca mógłby udowodnić, że jakiś podmiot trzeci rzeczywiście oddał mu do dyspozycji ten sprzęt na okres realizacji zamówienia na podstawie umowy dzierżawy w szczególności do oferty nie zostały dołączone pisemne zobowiązania wydierżawiającego ten sprzęt, w których wydierżawiający oddaje sprzęt do dyspozycji wykonawcy SDT.

Zdaniem odwołującego już samo to powoduje, że oferta w tym zakresie jest wadliwa i niedopuszczalne jest uznanie, że w zakresie wymaganego potencjału technicznego wykonawca SDT spełnia warunki postawione w SIWZ, toteż zamawiający winien był wykluczyć wykonawcę SDT bądź wezwać go do uzupełnienia oferty w niezbędnym zakresie.

Odwołujący przypuszcza, że być może wykonawca nie dołączył do oferty wymaganych dokumentów, ponieważ wykazał w tych pozycjach sprzęt, jaki zamawiający przewidział do użyczenia wykonawcy wygrywającemu przetarg, jednak sprzęt należący do zamawiającego nie może być wykazany przez wykonawcę jako potencjał udostępniony wykonawcy przez podmiot trzeci.

Odwołujący podał nadto, że zamawiający wymagał, aby wykonawca ubiegający się o zamówienie dysponował bazą materiałową położoną w odległości nie większej niż 10 km od miasta Ławy (str. 8-9 Rozdziału I SIWZ - Instrukcji dla wykonawców) - tymczasem w załączonym do oferty „Wykazie narzędzi i urządzeń technicznych” wykonawca SDT podał, że utworzy bazę materiałową w miejscowości Chełmżyca, która znajduje się w odległości 12 km od Ławy, co potwierdza mapa internetowa (załączono do odwołania).

W ocenie odwołującego oznacza to, że wykonawca SDT nie spełnia warunków udziału w postępowaniu i powinien być wykluczony z postępowania, a jego oferta uznana za odrzuconą.

W zakresie wymaganego doświadczenia odwołujący podał, że zamawiający wskazał, że wykonawca ubiegający się o zamówienie musi wykazać, że wykonał co najmniej jedno zamówienie obejmujące usługi zimowego utrzymania dróg o wartości nie mniejszej niż 200 tysięcy zł brutto w okresie jednego sezonu zimowego (str. 8 Rozdziału I SIWZ - Instrukcji dla wykonawców).

Odwołujący wskazał, że wykonawca SDT dołączył do swej oferty „Wykaz usług”, w którym wykazał tylko jedno zamówienie mogące spełniać tak postawiony warunek - podał, że wykonał usługi zimowego utrzymania dróg wojewódzkich na zlecenie Michała L. („DROMOS” Budowa Utrzymanie Dróg i Mostów) w całym sezonie zimowym 2011/2012 na kwotę 211 032,00 zł. Odwołujący wyjaśnił, że jednocześnie do tego Wykazu wykonawca SDT dołączył Referencje wystawione przez Michała L., z których wynika, że zleceniodawca usług potwierdza

wyłącznie należyte wykonanie usług przez wykonawcę DST zrealizowanych w 2011 roku. Zdaniem odwołującego decydujące znaczenie w tej kwestii ma treść pierwszego zdania referencji, w którym Michał L. pisze, że: „... firma SDT Budownictwo Drogowe Sp. z o.o. z siedzibą 14-240 Susz ul. B. Prusa 24 w roku 2011 była wykonawcą Zimowego Utrzymania Dróg Wojewódzkich...”. Przyznał, że z dalszej treści referencji wynika, że uczestnictwo wykonawcy SDT w utrzymaniu zimowym stanowi część większego zadania realizowanego przez Michała L. w dwóch sezonach 2011/2012 i 2012/2013, jednak – w ocenie odwołującego – nie zmienia to faktu, że treść referencji potwierdza należyte wykonywanie usług przez wykonawcę SDT wyłącznie w okresie roku 2011, a nie w całym sezonie 2011/2012.

Odwołujący podał, że zwrócił się o wyjaśnienie treści referencji do Zarządu Dróg Wojewódzkich w Olsztynie i w piśmie z dnia 5 września 2013 roku Zarząd Dróg Wojewódzkich w Olsztynie wskazał, że w 2011 roku Michał L. otrzymał od Zarządu i wykonał zlecenie na zimowe utrzymanie dróg w 2011 roku tylko na kwotę 97 135,20 zł, a co za tym idzie – zdaniem odwołującego - w żadnym wypadku nie mógł w okresie 2011 roku podzleczyć wykonania tych usług wykonawcy SDT za kwotę ponad 200 tysięcy złotych. Oznacza to wedle odwołującego, że referencje wystawione przez Michała L. potwierdzają należyte wykonanie usług przez wykonawcę SDT wyłącznie w roku 2011, a nie w całym sezonie 2011/2012, i wyłącznie na kwotę maksymalnie 97 135,20 zł toteż oferta jest w tym zakresie wadliwa i nie spełnia warunku wymaganego doświadczenia.

Odwołujący dodatkowo uznał, że treść pisma Zarządu Dróg Wojewódzkich w Olsztynie jest dowodem na to, że wykonawca SDT podał w „Wykazie usług” informacje nieprawdziwe co do wartości wykonanych przez tego wykonawcę w sezonie 2011/2012 usług zimowego utrzymania, ponieważ na rzecz Michała L. wykonał usługi zimowego utrzymania tylko na kwotę 97 135,20 zł w okresie roku 2011 roku.

W konsekwencji uznał, że zamawiający zobowiązany był wykluczyć tego wykonawcę z postępowania, czego nie uczynił i w ten sposób naruszył przepisy Pzp.

**Na podstawie dopuszczonych przez skład orzekający Izby, wskazanych poniżej dowodów, a także stanowisk stron i przystępującego zaprezentowanych w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.**

Skład orzekający Izby ustalił, że odwołującemu przysługiwało prawo do wniesienia odwołania, ponieważ wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody przez odwołującego.

W części nr 6 przedmiotowego zamówienia, której dotyczy wniesione odwołanie odwołujący

złożył ofertę z drugą w rankingu ceną (Zawiadomienie o wyniku postępowania z dnia 6 września 2013 r.), co biorąc pod uwagę fakt, że cenie zamawiający przypisał 100% znaczenie (Rozdział I pkt 11 ppkt 3 SIWZ), a zarzuty odwołania zmierzają do wykluczenia wykonawcy, który złożył ofertę uznaną przez zamawiającego za najkorzystniejszą (z najniższą ceną) oraz odrzucenia tej oferty, względnie do nakazania zamawiającemu wezwania przystępującego do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu oznacza, że uwzględnienie odwołania doprowadziłoby do unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i ponownej oceny ofert, a w konsekwencji mogłoby doprowadzić do wykluczenia wykonawcy oferty pierwotnie wybranej i odrzucenia tej oferty, a zatem dałoby odwołującemu szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia w części 6.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie następujące dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienie publicznego, przedłożonej Izbie przez zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem:

1. Specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej nadal „SIWZ”).
2. Oferty odwołującego.
3. Zawiadomienia o wyniku postępowania z dnia 6 września 2013 r., a nadto:
4. „Ustalenie odległości drogi” nr 521 od znaku Ława do znaku Chełmżyca, przedłożone przez przystępującego na rozprawie.

Zarzut zaniechania wykluczenia wykonawcy SDT i zaniechanie uznania jego oferty za odrzuconą, pomimo że nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania niezbędnego potencjału technicznego, czym zamawiający naruszył art. 24 ust. 2 pkt 4) i art. 24 ust. 4 w związku z art. 22 ust. 1 pkt 3) i art. 26 ust. 2b ustawy Pzp oraz zarzut zaniechania wezwania wykonawcy SDT do złożenia dokumentów wymaganych na dowód, że będzie rzeczywiście dysponował sprzętem do odśnieżania, który oznaczono w pozycjach 7 i 8 tabeli „Wykazu narzędzi i urządzeń technicznych” jako sprzęt dzierżawiony, czym zamawiający naruszył art. 26 ust. 3 ustawy Pzp częściowo zasługuje na uwzględnienie.

Skład orzekający ustalił, że w Rozdziale I pkt 6 ppkt 3 lit. a SIWZ w zakresie części 6 zamawiający nałożył na wykonawców ubiegających się o to zamówienie obowiązek wykazania dysponowania wskazanym w zestawieniu tabelarycznym sprzętem i urządzeniami technicznymi, tj. m.in. sprzętem do posypywania mieszankami piaskowo-solnymi lub solą „nowej generacji” (poz. 7 tabeli) oraz pługiem odśnieżnym „nowej generacji” (poz. 8 tabeli). Takie też wymagania co do sprzętu w zakresie części 6 zamówienia zamawiający wskazał w tabeli na str. 5 Opisu Przedmiotu Zamówienia



(Rozdział V SIWZ) [dalej „OPZ”] z tym, że w przypadku sprzętu do posypywania nie powtórzono określenia „nowej generacji, zaś w przypadku pługu zamiast „nowej generacji” wskazano „jednostronny”.

W celu wykazania spełniania warunku wskazanego w Rozdziale I pkt 6 ppkt 3 lit. a SIWZ (w zakresie potencjału technicznego) wykonawcy w Rozdziale I pkt 7 ppkt 2.4) zostali zobowiązani do złożenia „Wykazu narzędzi i urządzeń technicznych” (dalej „Wykaz narzędzi”), którego wzór stanowił załącznik nr 5 do Rozdziału I, tj. Instrukcji dla wykonawców). Wzór ten zawierał m.in. tabelę, której ostatnia kolumna wymagała od wykonawców podania podstawy dysponowania narzędziami i urządzeniami technicznymi.

Zamawiający zażądał także złożenia pisemnego zobowiązania innych podmiotów do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia, w celu udowodnienia, iż wykonawca będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia – w przypadku, gdy będzie polegał w szczególności na potencjale technicznym innych podmiotów - Rozdział I pkt 7 ppkt 3, 2).

Na str. 4 OPZ zamawiający wskazał: „Zamawiający wymaga, by zamówienie wykonane zostało przy użyciu:

- sprzętu własnego wykonawcy,
- sprzętu użyczonego przez zamawiającego (piaskarek i pługów),”

podając w poz. 13 i 14 zestawienia tabelarycznego sprzęt, który zamawiający użyczy dla części 6 zamówienia wraz z jego nr inwentarzowym.

W pozycji 13 wskazano: pług LLCR3.2 o nr 229/99, zaś w pozycji 14 „pług LLCR3.2 o nr 230/99.

Na str. 5 OPZ zamawiający wskazał: „Wykonawca, w ramach prowadzenia usług, zobowiązany jest mieć do dyspozycji własne środki transportu i sprzęt, w ilości i o niższej wymienionych wymaganiach, dla każdej części”. Dla części 6 zamówienia zamawiający podał (co wskazano już powyżej): „sprzęt do posypywania mieszankami piaskowo-solnymi lub solą” (poz. 7) oraz „pług odśnieżny jednostronny” (poz. 8).

W Rozdziale III zamawiający zamieścił dwa projekty umowy:

1. dla wykonawców wykonujących przedmiot zamówienia przy użyciu sprzętu własnego wykonawcy oraz sprzętu wypożyczonego od zamawiającego,
2. Dla wykonawców wykonujących przedmiot zamówienia przy użyciu wyłącznie sprzętu własnego wykonawcy.

Z zestawienia tabelarycznego, wskazującego sprzęt zamawiającego, jaki wykonawcy mieli obowiązek ująć jako sprzęt przy użyciu, którego zostanie wykonane zamówienia (str. 4 OPZ, tabela pierwsza) wynika, że sprzęt ten dotyczy realizacji 6 z 8 części przedmiotowego zamówienia, tj. części 1,3-7.

W ofercie w „Wykazie narzędzi” dla części 6 zamówienia przystępujący wskazał

m.in. „sprzęt do posypywania mieszankami piaskowo-solnymi lub solą (nowej generacji)” – poz. 7 oraz „pług odśnieżny (nowej generacji) – poz. 8, wskazując w obu przypadkach „dzierżawę” jako podstawę dysponowania.

Jednocześnie do swojej oferty przystępujący nie załączył żadnych dokumentów potwierdzających wskazaną podstawę dysponowania co do sprzętu z poz. 7 i 8 „Wykazu narzędzi”.

Skład orzekający Izby zważył:

Z tabeli pierwszej na str. 4 OPZ wynika, że w ramach części 6 zamawiający zażądał wykonania zamówienia przy użyciu dwóch pługów zamawiającego. W ramach tej części żaden inny sprzęt nie został przez zamawiającego przewidziany do użyczenia wykonawcom. Oznacza to, że na podstawie postanowień SIWZ przystępujący nie mógł wskazać sprzętu do posypywania mieszankami piaskowo-solnymi lub solą zamawiającego jako sprzętu, którym będzie dysponował. W konsekwencji przystępujący winien wykazać, że sprzęt do posypywania mieszankami piaskowo-solnymi lub solą, jaki wskazał w poz. 7 „Wykazu narzędzi” zostanie mu udostępniony przez inny podmiot (tzw. podmiot trzeci). Ponieważ jednak, o czym była mowa wyżej, żadnego dokumentu (zobowiązania) podmiotu trzeciego dotyczącego poz. 7 przystępujący do oferty nie załączył, ale i nie był wzywany przez zamawiającego do jego uzupełnienia, to zamawiający winien to uczynić, korzystając z możliwości złożenia przez przystępującego wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp lub uzupełnienia dokumentu zobowiązania / „Wykazu narzędzi” na podstawie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Wezwanie przystępującego do złożenia wyjaśnień uzasadnione jest jego oświadczeniem złożonym na rozprawie, że sprzęt do posypywania ww. mieszankami lub solą jest jego sprzętem własnym. Wyjaśnienie to będzie także wymagało złożenia przez przystępującego nowego „Wykazu narzędzi”, uwzględniającego fakt, że wskazany w poz. 7 sprzęt jest jego własnym sprzętem.

Dodatkowo skład orzekający wskazuje, że nie podziela stanowiska przystępującego wyrażonego na rozprawie, że omyłkowe wskazanie przez przystępującego „dzierżawy” jako podstawy dysponowania sprzętem zamiast wskazania, że jest to sprzęt własny kwalifikuje się do samodzielnego poprawienia przez zamawiającego.

Skład orzekający Izby nie uwzględnił zarzutu w części dotyczącej istnienia podstaw do wykluczenia przystępującego z tego powodu, że nie przedstawił żadnego pisemnego zobowiązania podmiotu trzeciego, z którego wynikałoby, że podmiot ten oddaje przystępującemu do dyspozycji sprzęt o którym mowa w poz. 8 „Wykazu narzędzi”, tj. pług odśnieżny.

W ocenie odwołującego z postanowień SIWZ wynika, że niezależnie od sprzętu

przeznaczonego do użyczenia przez zamawiającego każdy wykonawca starający się o zamówienie winien wykazać się posiadaniem kompletu własnego sprzętu, w tym sprzętu takiego, jak użyczany przez zamawiającego, tj. w przypadku części 6 także dwóch pługów.

Skład orzekający Izby stanął na stanowisku, że postanowienia SIWZ co do „wzajemnej relacji” sprzętu własnego i sprzętu wskazanego do obowiązkowego użyczenia nie były jasne. Z jednej bowiem strony zamawiający wskazał swój sprzęt do obligatoryjnego użycia przez wykonawców w realizacji zamówienia, z drugiej strony wskazał, że wykonawcy mają mieć do dyspozycji własne środki, w tym 2 pługi użyczane przez zamawiającego.

Dostrzeżenia wymaga, że żądanie przez zamawiającego, aby wykonawcy dysponowali konkretnym sprzętem w konkretnej ilości wiązać należy z oceną zamawiającego, że sprzęt taki - tak co do rodzaju, jak i ilości - zapewni zamawiającemu prawidłową realizację zamówienia przez wybranego wykonawcę, stąd jest to sprzęt niezbędny, ale i wystarczający. Co więcej, w przedmiotowym postępowaniu użyczenie sprzętu przez zamawiającego wiązało się dla wykonawców z kosztami (użyczenie w rozumieniu zamawiającego nie było bezpłatne – częścią składanego przez wykonawców, a sporządzanego wedle wzoru zamawiającego kosztorysu ofertowego był koszt dzierżawy sprzętu zamawiającego w poszczególnych latach, tj. 2013 - 2017) - koszt ten przystępujący ujął w wysokości 1 000 zł netto rocznie (łącznie za okres 5 lat - 6 150,00 zł brutto).

W ocenie składu orzekającego Izby powyższe postanowienia SIWZ rozumiane w sposób wskazany przez odwołującego oznaczałoby niczym nieuzasadnione, z punktu widzenia zapewnienia przez wykonawców potencjału technicznego, dublowanie części sprzętu niezbędnego do realizacji zamówienia, a tym samym wzrost kosztów tej realizacji, co jest sprzeczne z interesem samego zamawiającego, zwłaszcza w takim jak to postępowaniu, w którym jedynym kryterium wyboru oferty najkorzystniejszej jest „cena”.

Z tego względu skład orzekający Izby uznał, że w ramach niezbędnego sprzętu przewidzianego przez zamawiającego do realizacji przedmiotowego zamówienia przystępujący mógł wskazać pług odśnieżny (poz. 8 „Wykazu narzędzi”) przewidziany do użyczenia/wydzierżawienia przez zamawiającego.

Skład orzekający Izby stanął nadto na stanowisku, że ze względu na nałożony przez zamawiającego w postanowieniach samej SIWZ obowiązek użycia pługu odśnieżnego zamawiającego przystępujący nie miał obowiązku wykazywania dokumentów na potwierdzenie podstawy dysponowania tym pługiem. W przedmiotowym stanie faktycznym sama treść SIWZ wprowadzała pług odśnieżny zamawiającego jako sprzęt składający się na potencjał techniczny, który musi zostać użyty do realizacji zamówienia. Co istotne, podkreślić także należy, że postanowienia SIWZ nie określały, jak w tej specyficznej sytuacji, wykonawcy mają wykazywać fakt dysponowania pozyskanym sprzętem. Skład orzekający Izby podziela stanowisko przystępującego, iż wprowadzenie przez

zamawiającego wymogu uzyskiwania przez poszczególnych wykonawców od prowadzącego to postępowanie zamawiającego zobowiązania jako zobowiązania innego podmiotu mogłoby naruszać zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

Z tego względu skład orzekający Izby uznał, że w ramach niezbędnego sprzętu przewidzianego przez zamawiającego do realizacji przedmiotowego zamówienia przystępujący mógł wskazać pług odśnieżny (poz. 8 „Wykazu narzędzi”) przewidziany do użyczenia/wydzierżawienia przez zamawiającego, nie przedkładając żadnych dodatkowych niż sam „Wykaz narzędzi” dokumentów. Dokumenty te nie wprowadzałyby żadnej nowej wiedzy, gromadzonej przez zamawiającego w celu oceny dysponowania niezbędnym do realizacji zamówienia sprzętem.

Zarzut zaniechania wykluczenia wykonawcy SDT i zaniechanie uznania jego oferty za odrzuconą, pomimo że nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania niezbędnego doświadczenia w realizacji zamówień, czym zamawiający naruszył art. 24 ust. 2 pkt 4) i art. 24 ust. 4 w związku z art. 22 ust. 1 pkt 2) i art. 26 ust. 2b ustawy Pzp nie zasługuje na uwzględnienie.

Skład orzekający Izby ustalił, że zamawiający w Rozdziale I pkt 6 ppkt 1, 2) w zakresie części 6 zamówienia zażądał od wykonawców wykazania doświadczenia, tj. wykonania co najmniej jednego zamówienia obejmującego wykonanie usług zimowego utrzymania dróg w okresie jednego sezonu zimowego o łącznej wartości nie mniejszej niż 200 tys. zł brutto.

W celu wykazania spełniania ww. warunku w zakresie doświadczenia wykonawcy w Rozdziale I pkt 7 ppkt 2.2) zostali zobowiązani do złożenia „Wykazu usług” (dalej „Wykaz usług”) – zgodnie z wzorem stanowiącym załącznik nr 4 do Instrukcji dla wykonawców.

Przystępujący w „Wykazie usług” załączonym do oferty wskazał usługę zimowego utrzymania dróg wojewódzkich nr 515,520-522 o wartości brutto w sezonie 2011/2012 – ponad 211 tys. zł, zaś w sezonie 2012/2013 o wartości brutto ponad 70 tys. zł, zrealizowaną na rzecz DROMOS BUDIM z Olkusza (str. 28 oferty).

Na potwierdzenie zrealizowania wskazanej usługi przystępujący załączył referencje DROMOS Budownictwo Utrzymania Bróg i Mostów (BUDIM), w których podano: „Firma „DROMOS” BUDIM stwierdza, iż firma SDT Budownictwo Drogowe Sp. z o.o. z siedzibą (...) w roku 2011 była wykonawcą Zimowego Utrzymania Dróg Wojewódzkich w sezonie 2011/2012 oraz 2012/2013. Całkowita wartość wykonanych robót wyniosła (...). Firma DROMOS” BUDIM stwierdza, że roboty wykonano zgodnie z zasadami wiedzy technicznej, pod fachowym nadzorem oraz z należytą starannością. Równocześnie stwierdzamy, że

firma SDT Budownictwo Drogowe Sp. z o.o. jest przygotowana do wykonywania podobnych zadań”.

Odwołujący, pismem z dnia 30 sierpnia 2013 r., zwrócił się do Zarządu Dróg Wojewódzkich w Olsztynie o wyjaśnienie: „jaką wartość usług zimowego utrzymania wykonał DROMOS Budowa i Utrzymanie Dróg i Mostów w 2011 roku – z sezonu zimowego 2011-2012”, uzyskując od ww. Zarządu Rejon w Nidzicy odpowiedź, że wskazana firma „w roku 2011 wykonała na rzecz tut. Rejonu usługi zimowego utrzymania dróg na kwotę brutto 97 135,20 PLN”.

Skład orzekający Izby zważył:

W pierwszej kolejności zaakcentowania wymaga, że dokumentem potwierdzającym wykonanie usług jest sporządzany przez samego wykonawcę „Wykaz usług”. Natomiast od innego podmiotu pochodzić ma „jedynie” dowód potwierdzający należyte wykonanie wskazanych przez wykonawcę usług. W tym też kontekście należy odczytywać referencje wystawione przystępującemu przez DROMOS BUDIM.

Przesądającą o możliwości odniesienia referencji jedynie do tej części usługi, która została wykonana w 2011 roku, nie zaś do roku 2012 (sezon 2011/2012) oraz do roku 2013 (sezon 2012/2013) jest, w ocenie odwołującego, treść pierwszego zdania referencji, w którym podano: „(...) firma SDT Budownictwo Drogowe Sp. z o.o. z siedzibą 14-240 Susz ul. B. Prusa 24 w roku 2011 była wykonawcą Zimowego Utrzymania Dróg Wojewódzkich...”.

Skład orzekający Izby nie podziela tego stanowiska, ponieważ pozostaje ono w całkowitym oderwaniu zarówno od treści oświadczenia przystępującego zawartego w „Wykazie usług”, jak i od całej treści referencji, w której podobnie jak w „Wykazie usług” mowa jest nie tylko o roku 2011, ale także o 2012 i 2013 – wskazanie wszystkich tych lat znajduje się w nazwie usługi (Zimowe utrzymanie dróg wojewódzkich w sezonie 2011/2012 oraz 2012/2013), jak i przy podanych wartościach w obu powyższych sezonach („W sezonie 2011/2012 – kwota netto 195 400,00 brutto 211 032,00. W sezonie 2012/2013 – kwota netto 65 200,00 brutto 70 416,00”). Nadto, co istotne, wskazanie wartości odnoszących się do obu sezonów zostało poprzedzone zdaniem: „Całkowita wartość wykonanych robót wyniosła: (...)”, co potwierdza fakt zimowego utrzymania dróg wojewódzkich zarówno w roku 2011, 2012, jak i 2013, tj. lat „składających się” na sezon zimowy 2011/2012 i sezon 2012/2013 przez przystępującego skoro jednocześnie w treści referencji nie wskazuje się żadnego innego podmiotu, który usługę zimowego utrzymania dróg zrealizował w 2012 i 2013 roku.

Udzielona przez Zarząd Dróg Wojewódzkich w Olsztynie Rejon Dróg Wojewódzkich w Nidzicy odpowiedź nie pozostaje w żadnej sprzeczności z informacją podaną przez przystępującego w „Wykazie usług” co do wartości usługi w sezonie 2011/2012 na poziomie

powyżej 200 tys. zł brutto, ponieważ wskazuje jedynie – korespondując ściśle z pytaniem odwołującego – że wartość usługi zimowego utrzymania dróg w 2011 roku wyniosła brutto 97 135,20 zł. Odpowiedź w ogóle nie odnosi się do wartości usługi wykonanej w sezonie 2011/2012 w roku 2012, ani nie wskazuje, że wartość ta wyczerpuje wartość usług wykonanych w całym tym sezonie.

Z tego względu skład orzekający Izby uznał, że przystępujący wykazał, że legitymuje się doświadczeniem w realizacji co najmniej jednego zamówienia obejmującego wykonanie usług zimowego utrzymania dróg w okresie jednego sezonu zimowego o łącznej wartości nie mniejszej niż 200 tys. zł brutto

Zarzut zaniechania wykluczenia wykonawcy SDT i zaniechanie uznania jego oferty za odrzuconą, pomimo że w ofercie, tj. w „Wykazie usług” przedstawił nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania, czym zamawiający naruszył art. 24 ust. 2 pkt 3 i art. 24 ust. 4 ustawy Pzp oraz zarzut zaniechania wezwania wykonawcy SDT do złożenia dokumentów wymaganych na dowód, że posiada wymagane doświadczenie w realizacji zamówień, czym zamawiający naruszył art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie zasługują na uwzględnienie.

W konsekwencji oddalenia zarzutu w zakresie spełnienia przez przystępującego warunku posiadania niezbędnego doświadczenia w realizacji zamówień skład orzekający Izby uznał, że oba zarzuty nie zasługują na uwzględnienie skoro przystępujący wykazał, że legitymuje się doświadczeniem w realizacji co najmniej jednego zamówienia obejmującego wykonanie usług zimowego utrzymania dróg w okresie jednego sezonu zimowego o łącznej wartości nie mniejszej niż 200 tys. zł brutto, poprzez wskazaną w „Wykazie usług” usługę zimowego utrzymania dróg wojewódzkich nr 515, 520-522 zrealizowaną w sezonie 2011/2012 na rzecz DROMOS BUDIM o wartości 211 032,00 zł.

Zarzut zaniechania wykluczenia wykonawcy SDT i zaniechanie uznania jego oferty za odrzuconą, pomimo że nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania niezbędnego potencjału technicznego, to jest nie wykazał, że dysponuje bazą materiałową w odległości nie większej niż 10 km od miasta Ławy, czym zamawiający naruszył art. 24 ust. 2 pkt 4) i art. 24 ust. 4 w związku z art. 22 ust. 1 pkt 3) i art. 26 ust. 2b ustawy Pzp oraz zarzut zaniechania wezwania wykonawcy SDT do złożenia dokumentów wymaganych na dowód, że będzie dysponował bazą materiałową w odległości nie większej niż 10 km od miasta Ławy, czym zamawiający naruszył art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie zasługują na uwzględnienie.

Skład orzekający Izby ustalił, że zamawiający w Rozdziale I pkt 6 ppkt 3 lit. b SIWZ zażądał, aby wykonawcy wykazali, że dysponują lub będą dysponować bazami materiałowymi wraz z placami składowymi we wskazanych miejscowościach lub znajdujących się od nich w odległości nie większej niż 10 km. Dla części 6 zamówienia zamawiający wskazał miejscowość: Ława. Jednocześnie opracowany przez zamawiającego wzór „Wykazu narzędzi i urządzeń technicznych” (załącznik nr 5 do Instrukcji dla wykonawców) uwzględniał podanie przez wykonawców informacji o „posiadaniu lub utworzeniu bazy” w konkretnej miejscowości (bez wskazywania odległości dzielącej te miejscowości). W SIWZ zamawiający nie nałożył na wykonawców obowiązku załączania do oferty żadnych dokumentów na potwierdzenie, że wskazywana miejscowość znajduje się w odległości nie większej niż 10 km od – w przypadku części 6 – Ławy.

Przystępujący, podając w „Wykazie narzędzi i urządzeń technicznych” informację co do bazy, oświadczył, że utworzy taką bazę w miejscowości Chełmżyca (str. 30 oferty).

Odwołujący na potwierdzenie, że Chełmżyca znajduje się w odległości większej niż 10 km od Ławy załączył do odwołania wydruk – mapę Google – wskazówki dotyczące dojazdu z Ławy do Chełmżycy, w którym podano także, że miejscowości te dzieli odległość 12,1 km, ok. 12 minut.

W piśmie z dnia 26 września 2013 r. przystępujący oświadczył, że „Chełmżyca leży dokładnie 9 600 m od granic administracyjnych m. Ława”, zaś na rozprawie przedłożył „Ustalenie odległości drogi” (dalej „ustalenie”) dokonane przez mgr Ryszarda Osmańskiego – jak wskazano w samym ustaleniu - certyfikowanego rzeczoznawcę samochodowego, biegłego sądowego przy Sądzie Okręgowym w Olsztynie i Elblągu oraz biegłego skarbowego przy Izbie Skarbowej w Olsztynie, zawierające wniosek, iż „pomiar odległości drogi mierzony w w/w sposób od znaku z napisem Ława do znaku z napisem Chełmżyca wskazał odległość 8,8 km”. Ustalenie zawierało również opis metody dokonania pomiaru (m.in. podano markę i nr rejestracyjny pojazdu, którym dokonano pomiaru, informację o wyzerowaniu licznika dziennego, informację o wskazaniu drogomierza całkowitego, usytuowanie znaków z napisami miejscowości - nazwa ulicy, strona drogi). Do ustalenia załączono dokumentację fotograficzną.

Skład orzekający Izby zważył, że zamawiający nie wskazał sposobu pomiaru odległości dzielącej Ławę od miejscowości, jakie mieli podać wykonawcy, stąd uznać należy, że zamawiający nie wprowadził żadnych ograniczeń w tym zakresie. Co więcej, zamawiający nie nałożył obowiązku potwierdzanie odległości jakimikolwiek dokumentami.

W konsekwencji przyjąć należy, że każda metoda pomiaru, której zresztą dokumentowania zamawiający nie wymagał była dopuszczalna i, o ile wynik jej zastosowania był mniejszy niż 10 km, uprawniał wykonawcę do wskazania miejscowości jako spełniającej wymóg postanowienia Rozdziału I pkt 6 ppkt 3 lit. b SIWZ.

Przedłożone przez przystępującego ustalenie odległości (8,8 km) skład orzekający uznał za wiarygodne, a i nie pozostające w sprzeczności z odległością wskazaną przez odwołującego (12,1 km), ponieważ wynik pomiaru będzie zależny od umiejscowienia punktu początkowego w jednej miejscowości i punktu końcowego w drugiej miejscowości. Z mapy załączonej przez odwołującego informacji tych w ogóle pozyskać nie można.

Z tego względu skład orzekający Izby uznał, że zamawiający zasadnie uznał, że przystępujący utworzy bazę materiałową wraz z placem składowym w miejscowości mniejszej niż 10 km od miejscowości Iława, nie znajdując tym samym podstaw do uwzględnienia zarzutów.

Zarzut wadliwego badania i oceny ofert oraz wadliwego wyboru oferty najkorzystniejszej, czym zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 91 ust. 1 ustawy Pzp zasługuje na uwzględnienie.

W konsekwencji uznania zarzutu zaniechania wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień lub uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełniania warunku w zakresie potencjału technicznego – pozycja nr 7 „Wykazu narzędzi i urządzeń technicznych” skład orzekający Izby uznał zarzut za zasadny. Wybór oferty przystępującego w tym stanie rzeczy był co najmniej przedwczesny.



O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz stosownie do postanowień § 3 pkt 1 lit. a oraz § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie**

.....

.....