

**WYROK**

**z dnia 3 czerwca 2015 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Ewa Sikorska**

**Protokolant: Paweł Puchalski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 czerwca 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 maja 2015 r. przez **Plus Express Spółkę Jawną B. J., W. S. w Cedrach Wielkich** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Elbląg w Elblągu**

**orzeka:**

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu – **Gminie Elbląg w Elblągu** – unieważnienie czynności unieważnienia odwołania, unieważnienie czynności wykluczenia wykonawcy **Plus Express Spółka Jawna B. J., W. S. w Cedrach Wielkich**, unieważnienie czynności uznania oferty tego wykonawcy za odrzuconą i dokonania jej ponownej oceny.

2. kosztami postępowania obciąża **Gminę Elbląg w Elblągu** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną **Plus Express Spółkę Jawną B. J., W. S. w Cedrach Wielkich** tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza od **Gminy Elbląg w Elblągu** na rzecz **Plus Express Spółki Jawnej B. J., W. S. w Cedrach Wielkich** kwotę **7 704 zł 78 gr** (słownie: siedem tysięcy siedemset cztery złote siedemdziesiąt osiem groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, dojazdu na posiedzenie Izby i opłaty skarbowej od pełnomocnictwa.

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

.....

**Sygn. akt: KIO 1031/15**

## Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Elbląg w Elblągu – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dowożenie dzieci z terenu Gminy Elbląg do szkół podstawowych i gimnazjów poprzez zakup biletów w roku szkolnym 2015/2016 i 2016/2017.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 roku, poz. 907 ze zmianami), zwanej dalej ustawą Pzp.

W dniu 18 maja 2015 r. przez wykonawca Plus Express Spółka Jawna B. J., W. S. w Cedrach Wielkich (dalej: odwołujący) wniosła odwołanie wobec czynności zamawiającego, polegającej na wykluczeniu odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu:

1. nieuzasadnione i jednocześnie niewłaściwe zastosowanie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez wezwanie Odwołującego do złożenia dokumentu potwierdzającego spełnienie warunków udziału w postępowaniu, tj. pisemnego zobowiązania podmiotu, który na podstawie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp miał udostępnić wykonawcy swoje zasoby, mimo że odwołujący taki dokument przedłożył wraz z ofertą; przy czym wezwanie zamawiającego sformułowane zostało w sposób nieprecyzyjny, bez podania wad dokumentu podlegających konwalidowaniu.
2. z ostrożności: sprzeczność czynności zamawiającego z art. 25 ust. 1 ustawy Pzp oraz § 7 ust. 1 zd. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane poprzez żądanie złożenia dokumentu, jaki nie był niezbędny do przeprowadzenia postępowania, mianowicie pisemnego zobowiązania podmiotu, który na podstawie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp miał udostępnić wykonawcy swoje zasoby na formularzu;
3. sprzeczność czynności zamawiającego z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w związku z art. 7 PZP poprzez nieuzasadnione uznanie przez zamawiającego, że odwołujący nie wykazał, by na dzień składania ofert spełniał warunki udziału w postępowaniu i wykluczeniu go z postępowania oraz uznaniu oferty odwołującego za odrzuconą.

Odwołujący wniosł o uwzględnienie odwołania oraz:

1. nakazanie unieważnienia czynności zamawiającego polegającej na unieważnieniu postępowania w oparciu o art. 93 ust. 1 ustawy Pzp, bowiem w postępowaniu nie zaszła żadna z przesłanek wymienionych w tym przepisie;
2. nakazanie unieważnienia czynności zamawiającego wykluczenia odwołującego z postępowania i uznania oferty odwołującego za odrzuconą;
3. nakazanie unieważnienia czynności zamawiającego wezwania do złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie zobowiązania odwołującego do przedłożenia pisemnego zobowiązania podmiotu, który na podstawie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp miał udostępnić wykonawcy swoje zasoby;
4. nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności badania ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego;
5. rozstrzygnięcie o kosztach postępowania według norm przepisanych z uwzględnieniem kosztów poniesionych z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz opłaty skarbowej od pełnomocnictwa.

Odwołujący podniósł, że w toku postępowania oferty złożyło czterech wykonawców, z których każdy został wezwany do ich uzupełnienia o wskazane przez zamawiającego dokumenty lub do złożenia wyjaśnień. Odwołujący zgodnie z żądaniem zamawiającego miał uzupełnić ofertę o następujące dokumenty:

1. pisemne zobowiązanie podmiotu, który na podstawie art, 26 ust. 2b ustawy Pzp zobowiązuje się oddać do dyspozycji wykonawcy swoje zasoby na potrzeby wykonania zamówienia będącego przedmiotem postępowania;
2. dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę nie mniejszą niż 200 000,00 zł
3. dokumenty potwierdzające, że autobusy wskazane w załącznikach do oferty posiadają ważne i aktualne na dzień składania ofert pakiety ubezpieczeń AC i NNW.

Odwołujący stwierdził, że uzupełnił ofertę o wymienione wyżej dokumenty, przy czym zobowiązanie podmiotu udzielającego swoich zasobów dołączył jako dokument sporządzony według wzorca zamawiającego, opatrzony datą 5 maja 2015 r. Zamawiający dokonując czynności badania ofert, stwierdził, że odwołujący nie wykazał, by spełniał warunki udziału w postępowaniu w dniu upływu terminu składania ofert, bowiem przedłożone w toku uzupełnienia dokumentacji przetargowej zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia

swoich zasobów Wykonawcy, opatrzone zostało datą późniejszą (5 maja 2015 r.) niż termin składania ofert (23 kwietnia 2015 r.). Z uwagi na to, że pozostali wykonawcy również nie wykazali w ocenie zamawiającego spełnienia warunków udziału w postępowaniu, zostali wykluczeni z postępowania, a cała procedura unieważniona

Zdaniem odwołującego czynności zamawiającego polegające na: wezwaniu z dnia 4 maja 2015 r. do uzupełnienia dokumentów, wykluczeniu odwołującego z postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą oraz - w konsekwencji wykluczenia pozostałych wykonawców - unieważnienia postępowania, były sprzeczne z przepisami ustawy Pzp oraz rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane - w szczególności § 7 ust. 1 zd. 1.

Odwołujący podniósł, że spośród wszystkich ofert złożonych w toku postępowania jedynie oferta odwołującego spełniała wszystkie wymagania zamawiającego. Dotyczy to w szczególności pojazdów, które miały służyć do realizacji zamówienia, a które wyłącznie w wypadku oferty odwołującego spełniały określone w SIWZ wymagania. Odwołujący — już poza trybem postępowania - wystosował do zamawiającego pismo ze swoim stanowiskiem wobec ofert pozostałych wykonawców.

Odwołujący podniósł, że ewentualne ustalenie, że zamawiający niezasadnie wykluczył odwołującego z postępowania, skutkować powinno nakazaniem unieważnienia czynności unieważnienia postępowania oraz wykluczenia odwołującego i ponownego badania ofert, czego efektem może być uzyskanie przez odwołującego zamówienia publicznego. Z kolei szkoda, jaką może ponieść odwołujący wyraża się w utracie korzyści, które może uzyskać spółka w razie uzyskania zamówienia publicznego, co pozostaje w związku z zarzucanymi zamawiającemu naruszeniami przepisów. Wyczerpuje to materialnoprawną przesłankę wniesienia odwołania określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Zdaniem odwołującego nieuzasadnione było wyzwanie go do przedłożenia pisemnego zobowiązania podmiotu trzeciego - w tym wypadku SCANIA Polska S.A. - do udzielenia odwołującemu swoich zasobów na potrzeby realizacji zamówienia. Dokument tej treści, wystawiony w dniu 21 kwietnia 2015 r., a więc przed końcowym terminem składania ofert, został złożony wraz z ofertą odwołującego i zdaniem odwołującego nie było żadnych podstaw do jego pominięcia przez zamawiającego oraz żądania ponownego wykazania, że wykonawca będzie dysponował potencjałem innego podmiotu w zakresie niezbędnym do realizacji zamówienia. Oświadczenie SCANIA Polska S.A. w sposób niebudzący wątpliwości dokumentuje zobowiązanie tego podmiotu do udzielenia odwołującemu trzech autobusów o określonych parametrach dla celów postępowania o udzielenie zamówienia i jego realizacji.

Dokument poprzez wskazanie numeru publikacji ogłoszenia o postępowaniu precyzuje jakiego postępowania dotyczy, nadto wymienia zamawiającego i wykonawcę. Oświadczenie zostało podpisane przez osobę uprawnioną do złożenia tego rodzaju oświadczenia woli w imieniu SCANIA Polska S.A. na podstawie pełnomocnictwa udzielonego przez osoby upoważnione do reprezentacji tej spółki.

Odwołujący stwierdził, że zamawiający – mimo niewątpliwej treści oświadczenia podmiotu trzeciego i zachowania warunków formalnych tego dokumentu – wezwał odwołującego w istocie do ponownego przedłożenia dokumentu analogicznej treści. Zamawiający nie sprecyzował przy tym na czym polega wada oświadczenia złożonego wraz z ofertą. Tymczasem wezwanie do uzupełnienia oferty wykonawcy o dokument, który został już złożony wraz z ofertą, powinno - w myśl tezy wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 stycznia 2015 r. sygn. KIO 2701/14 - „precyzować, wady jakie w nim stwierdził zamawiający, aby wykonawca wiedział, w jakim kierunku powinno iść to uzupełnienie. ”

Z uwagi na brak wskazania przez zamawiającego, jakiego uchybienia dopatrył się w oświadczeniu SCANIA Polska S.A., odwołującemu pozostaje jedynie do mnie mywać, że mogło ono - w ocenie zamawiającego - polegać na nieprzedłożeniu dokumentu sporządzonego według określonego wzorca, bądź też wątpliwości co do jego treści. Niezależnie od stanowiska zamawiającego w tej kwestii, odwołujący podkreślił, że w jego ocenie wezwanie do uzupełnienia dokumentów w zakresie oświadczenia podmiotu, z którego zasobów zamierzał korzystać odwołujący, było przede wszystkim nieuzasadnione, w dalszej kolejności zaś nieprecyzyjne

Odwołujący stwierdził, że prawdopodobną przyczyną żądania uzupełnienia oferty było nieprzedłożenie zobowiązania podmiotu trzeciego według wzorca oczekiwanego przez Zamawiającego. Odwołujący zarzuca wobec tego naruszenie przepisów precyzujących rodzaj i formę dokumentów, jakich może żądać zamawiający w toku postępowania. Przepisy ustawy Prawo Zamówień Publicznych i wydane w ich wykonaniu rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów (...) nie stawiają wykonawcom wymogu doręczania dokumentów sporządzonych według określonych wzorców. Ich formę precyzuje natomiast § 7 rozporządzenia, wskazując, że mogą to być zarówno oryginały jak i poświadczane za zgodność kpie - za każdym razem zachowana musi być zatem cecha pisemności dokumentu. Zdaniem odwołującego nie wyklucza to możliwości posługiwania się przez zamawiających określonymi przez siebie wzorcami czy formularzami, jednak niedopełnienie tego warunku nie może prowadzić do wykluczenia oferenta z postępowania, a nawet nie powinno być poczytywane za brak czy wadę i tym samym podlegać uzupełnieniu na żądanie zamawiającego.

Odwołujący zwrócił uwagę, że sam zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w rozdziale VI pkt 7 w odniesieniu do formy dokumentów doprecyzował w podpunkcie 2 obowiązek legitymowania się przez wykonawców oryginałami lub poświadczonymi kopiami. Dotyczy to także - zgodnie z podpunktem 8 pkt 7 rozdz. VI SIWZ szeregu dokumentów potwierdzających czy wykonawca będzie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia. Zamawiający zalecił zgodnie z rozdz. X pkt 10 SIWZ przekazywanie dokumentów określonych w rozdziale VI SIWZ według wzorów stanowiących załączniki do specyfikacji tam, gdzie jak wynika z jej treści, jest to niezbędne. Rozdz. VI pkt 7 ppkt 8 nie wymienia żadnego załącznika, zgodnie z którym określone w tym miejscu SIWZ dokumenty miałyby być sporządzone. Zamawiający zatem nawet nie oczekiwał złożenia pisemnego oświadczenia innego podmiotu do udostępnienia zasobów według swojego wzorca, co ma zresztą i tak marginalne znaczenie wobec stanowiska, że zobowiązanie takie nie byłoby skuteczne, jako niemające oparcia w przepisach.

Jeśli natomiast, w ocenie Gminy Elbląg, przedłożone przez odwołującego oświadczenie budziło wątpliwości w zakresie jego treści, to zamawiający winien w zobowiązaniu do uzupełnienia dokumentacji sprecyzować na czym polegał stwierdzony brak. Tymczasem z wezwania zamawiającego z dnia 4 maja 2015 r. wynikało, że wykonawca powinien przedłożyć cyt.: „pisemne zobowiązanie podmiotu, który na podstawie art. 26 ust. 2b PZP zobowiązuje się oddać do dyspozycji Wykonawcy swoje zasoby (autokary wskazane w załączniku nr 7 poz. 1-3) na potrzeby wykonania zamówienia będącego przedmiotem postępowania.” Zacytowana treść wezwania Zamawiającego jest zbieżna z treścią SIWZ i choć różni się nieznacznie użytymi sformułowaniami, to bez wątpienia nie stanowi doprecyzowania treści specyfikacji (por. rozdz. V pkt 3 SIWZ: „Wykonawca (...) zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia). Odwołujący spełnił omawiany warunek udziału w postępowaniu sformułowany w SIWZ, składając wraz z ofertą oświadczenie SCANIA Polska S.A. z dnia 21 kwietnia 2015 r. Jeśli, zdaniem zamawiającego, jego treść nie odpowiadała temu warunkowi, a zatem dysponowanie odpowiednimi zasobami przez wykonawcę nie zostało udowodnione dostatecznie bądź też w ogóle, zamawiający powinien doprecyzować na czym polegał brak pisma.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 2 czerwca 2015 roku wniósł o oddalenie odwołania. Stwierdził, że w trakcie badania ofert stwierdził, że odwołujący, wypełniając załącznik nr 7 do SIWZ (Wykaz autokarów) użył stwierdzenia „Będzie

dysponował, załączając dokument, który w opinii zamawiającego jest jedynie oświadczeniem bez pokrycia, a nie potwierdzeniem oddania zasobów (autokary) na potrzeby realizacji zamówienia będącego przedmiotem postępowania. Wobec tego zamawiający, działając zgodnie z art. 26 ust. 3 oraz art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie tego warunku udziału w postępowaniu, tj. pisemnego zobowiązania podmiotu udostępniającego swoje zasoby. Odwołujący przedłożył nowy dokument, tj. pisemne zobowiązanie podmiotu udostępniającego swoje zasoby (autokary wskazane w załączniku nr 7 poz. 1-3) na potrzeby wykonania zamówienia będącego przedmiotem postępowania z datą wystawienia 5 maja 2015 roku.

W odniesieniu do zarzutu, który nie był niezbędny do przeprowadzenia postępowania, zamawiający wskazał, że skorzystał z zapisów art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Nakłada ona na wykonawcę zobowiązanie do udowodnienia zamawiającemu, iż będzie dysponował tymi zasobami w trakcie realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia. Ponieważ odwołujący nie przedstawił w ofercie takiego dokumentu został poproszony o jego uzupełnienie. Zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, uzupełnione dokumenty muszą potwierdzać spełnianie warunków udziału w postępowaniu nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert, tj. 23 kwietnia 2015 roku, a odwołujący złożył dokument z datą 5 maja 2015 roku. Wobec tego zamawiający uznał, że odwołujący nie spełnił warunku udziału w postępowaniu.

Zamawiający zauważył, że odwołujący w żadnym momencie trwania postępowania nie podnosił kwestii nieuprawnionego żądania dokumentu. Po otrzymaniu wezwania do uzupełnienia dokumentów, odwołujący poprosił zamawiającego o udostępnienie złożonej oferty, celem jej uzupełnienia.

Zamawiający podniósł, że odwołujący rozmyślnie złożył ofertę, w której wyraził jedynie gotowość do skorzystania z zasobów innego wykonawcy w przypadku wygrania przetargu. Dodatkowo zamawiający wskazał, że odwołujący nie wystąpił do Wójta Gminy Elbląg o wydanie stosownych zezwoleń na wykonywanie przewozów na liniach komunikacji regularnej i specjalnej. W ocenie zamawiającego działania odwołującego potwierdzają tezę o jego nierzetelności.

#### **Izba ustaliła, co następuje:**

Termin składania ofert wyznaczony został na 23 kwietnia 2015 roku.

Zgodnie z rozdz. VI pkt 7 ppkt 8 lit. a specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), w przypadku, gdy wykonawca, wykazując spełnianie warunków, o których mowa w

art. 22 ust. 1 ustawy, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy, zamawiający, w celu oceny, czy wykonawca będzie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia oraz oceny, czy stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów, zobowiązany jest dołączyć do oferty pisemne zobowiązanie (oryginał) tych podmiotów do oddania wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów zawierające w szczególności:

- zakres dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu,
- sposób wykorzystania zasobów innego podmiotu przez wykonawcę przy wykonywaniu zamówienia
- charakter stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem,
- zakres i okres udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia.

Zamawiający opracował wzór wykazu pojazdów niezbędnych do realizacji zamówienia, stanowiący załącznik nr 7 do SIWZ, o treści:

„Wykaz pojazdów niezbędnych do realizacji zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego na „Dowożenie dzieci z terenu Gminy Elbląg do szkół podstawowych i gimnazjów poprzez zakup biletów w roku szkolnym 2015/2016 i 2016/2017”. W zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym wymaganym do realizacji zamówienia oświadczam/y, że posiadam/y w pełni sprawny sprzęt wyszczególniony poniżej”

W dalszej części wykazu zawarta była tabela, w której należało wyspecyfikować sprzęt oraz wskazać czy wykonawca dysponuje, czy będzie dysponował wskazanym sprzętem.

Ponadto zamawiający opracował wzór zobowiązania podmiotu trzeciego do udostępnienia wykonawcy wiedzy i doświadczenia, potencjału technicznego, osób zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolności finansowych na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia o treści:

„Występując w imieniu..... ja (my) niżej podpisany (i) ....., świadomy (mi) odpowiedzialności karnej, wynikającej z art. 233 Kodeksu karnego za składanie fałszywych zeznań oświadczam(y), że oddajemy do dyspozycji Wykonawcy, tj. .... niezbędne przy wykonaniu zamówienia zasoby, tj.:

- wiedzę i doświadczenie,
- potencjał techniczny,
- osoby zdolne do wykonania zamówienia,
- zdolności finansowe – w załączeniu przedstawiam(y) informację banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, w której podmiot przeze mnie (nas) reprezentowany posiada rachunek potwierdzający wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową (informacja musi być wystawiona nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert),

na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia, którego przedmiotem są usługi w zakresie: Dowożenia dzieci z terenu gminy Elbląg do szkół podstawowych i gimnazjów w roku szkolnym 2015/2016 i 2016/2017 wynikającego z przetargu nieograniczonego organizowanego przez Gminę Elbląg OW.4464.02/2015.

Odwołujący złożył wraz z ofertą wykaz pojazdów niezbędnych do realizacji zamówienia, w której wyszczególnił 7 pojazdów. W odniesieniu do pojazdów wskazanych w poz. 1-3 wykazu wykazał 3 pojazdy marki Scania A30 i wskazał, że pojazdami tymi będzie dysponował na podstawie użyczenia od Scania Polska.

Jednocześnie odwołujący złożył zobowiązanie Scania Polska SA w Starej Wsi do przekazania wskazanych pojazdów na potrzeby przetargu nieograniczonego organizowanego przez Gminę Elbląg Nr 52425/2015 firmie Plus Express S.j. B. J., W. S. zarejestrowanej w Cedrach Wielkich. Scania Polska SA oświadczyła, że pojazdy posiadają na dzień składania ofert pełny pakiet ubezpieczeń OC, AC, NNW dla każdego pojazdu. Zobowiązanie nie zostało złożone ściśle wg wzoru sporządzonego przez zamawiającego.

Pismem z dnia 4 maja 2015 roku zamawiający wezwał odwołującego do uzupełnienia następujących dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu:

1. Pisemne zobowiązanie podmiotu, który na podstawie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp zobowiązuje się oddać do dyspozycji wykonawcy swoje zasoby (autokary wskazane w załączniku nr 7 poz. 1-3) na potrzeby wykonania będącego przedmiotem postępowania,
2. Dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę nie mniejszą niż 200.000 PLN,

3. Dokument potwierdzający, że autobusy wykazane w załączniku nr 7 poz. 4, 5 i 6 posiadają ważne i opłacone na dzień składania ofert pakiety ubezpieczeń AC i NNW dla każdego pojazdu.

Zamawiający zobowiązał odwołującego do złożenia wskazanych wyżej dokumentów do dnia 8 maja 2015 roku. Wskazał, że – zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp – uzupełnione dokumenty muszą potwierdzać spełnianie warunków udziału w postępowaniu nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert. Nieusunięcie określonych wyżej braków spowoduje odrzucenie oferty zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Ponadto zamawiający poinformował, że – zgodnie z art. 46 ust. 4a – zamawiający zatrzyma wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca, w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3, nie złoży dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1, chyba że udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie.

W odpowiedzi na wezwania odwołujący złożył zobowiązanie Scania Polska SA, w której podmiot ten, świadomy odpowiedzialności karnej, wynikającej z art. 233 Kodeksu karnego za składanie fałszywych zeznań, oświadcza, że oddaje do dyspozycji odwołującego niezbędne przy wykonaniu zamówienia zasoby, tj. potencjał techniczny (Autobusy Scania Higer – 3 szt.) na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia, którego przedmiotem są usługi w zakresie dowożenia dzieci z terenu gminy Elbląg do szkół podstawowych i gimnazjów w roku szkolnym 2015/2016 i 2016/2017 wynikającego z przetargu nieograniczonego organ ozwanego przez Gminę Elbląg OW.4464.02/2015. Oświadczenie zostało złożone według wzoru sporządzonego przez zamawiającego i opatrzone zostało datą 5 maja 2015 roku.

Pismem z dnia 13 maja 2015 roku zamawiający poinformował odwołującego o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, ponieważ nie złożono żadnej oferty nie podlegającej odrzuceniu.

Zamawiający stwierdził, że wobec faktu wykluczenia z postępowania wszystkich wykonawców i uznania ich ofert za odrzucone, unieważnił postępowanie.

Zamawiający poinformował o przyczynach wykluczenia wykonawców z postępowania o udzielenie zamówienia. W przypadku odwołującego wskazał, że w wyniku wezwania do uzupełnienia dokumentów, odwołujący przedłożył pisemne zobowiązanie podmiotu, który na podstawie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp zobowiązuje się oddać do dyspozycji wykonawcy swoje zasoby (autokary wskazane w załączniku nr 7 poz. 1-3) na potrzeby wykonania zamówienia będącego przedmiotem postępowania z datą wystawienia 5 maja 2015 roku. Zgodnie zaś z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, uzupełnione dokumenty muszą potwierdzać spełnianie warunków

udziału w postępowaniu nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert, tj. 23 kwietnia 2015 roku.

**Izba zważyła, co następuje:**

Odwołanie jest zasadne.

W pierwszej kolejności Izba uznała, że odwołujący jest uprawniony do wnoszenia środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Istotą postępowania jest rozstrzygnięcie, czy zamawiający zasadnie wykluczył odwołującego z postępowania z uwagi na niewykazanie przez niego warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący wraz z ofertą złożył wykaz pojazdów, za pomocą których miał realizować przedmiotowe zamówienie. Trzy ze wskazanych siedmiu pojazdów miały być udostępnione odwołującemu przez podmiot trzeci – Scania Polska SA. Odwołujący złożył wraz z ofertą zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia wskazanych pojazdów na potrzeby przedmiotowego postępowania. W ocenie zamawiającego dokument ten nie potwierdzał spełniania przez odwołującego warunków udziału w postępowaniu, w związku z czym zamawiający wezwał wykonawcę do uzupełnienia zobowiązania podmiotu trzeciego stosownie do art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Podkreślenia wymaga, że zamawiający – wzywając odwołującego do uzupełnienia dokumentu – w żaden sposób nie sprecyzował, dlaczego złożone przez odwołującego zobowiązanie podmiotu trzeciego (Scania Polska SA) uznał za wadliwe lub zawierające błędy. W dokumencie z dnia 4 maja 2015 roku wezwał jedynie odwołującego do uzupełnienia pisemnego zobowiązania podmiotu, który na podstawie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp zobowiązuje się oddać do dyspozycji wykonawcy swoje zasoby (autokary wskazane w załączniku nr 7 poz. 1-3) na potrzeby wykonania zamówienia będącego przedmiotem postępowania. Zamawiający nie poinformował, jakich oczekuje informacji lub oświadczeń.

Faktem jest, że uzupełniony dokument opatrzony jest datą późniejszą niż dzień w którym upłynął termin składania ofert, jednakże – w ocenie Izby – wystosowane do odwołującego wadliwe wezwanie do uzupełnienia oferty, nie może rodzić dla niego negatywnych skutków w postaci wykluczenia go z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

O tym, jakie braki dostrzegł zamawiający w zobowiązaniu złożonym przez odwołującego wraz z ofertą, zamawiający poinformował dopiero w odpowiedzi na odwołanie. Podniósł mianowicie, że odwołujący, wypełniając załącznik nr 7 do SIWZ (wykaz autokarów), użył

stwierdzenia: „Będzie dysponował”. Argument ten został przez zamawiającego podtrzymany podczas rozprawy, gdzie zamawiający wskazał, że ustawodawca zobowiązuje wykonawców do tego, by w dniu składania ofert dysponowali sprzętem, a nie składali oświadczenie, że dopiero będą dysponować.

Argumentację zamawiającego należy uznać za chybioną. Po pierwsze zaznaczyć należy, że argument ten pojawił się dopiero w postępowaniu odwoławczym przed Krajową Izbą Odwoławczą. Zamawiający nie podniósł go na etapie oceny ofert, dokonywania czynności wezwania odwołującego do uzupełnienia oferty oraz wykluczenia odwołującego z powodu niewykazania przez niego spełniania warunków udziału w postępowaniu. Wykonawca nie może zatem ponosić konsekwencji z powodu niewskazania przez zamawiającego, na czym polega wadliwość jego oferty. Bez znaczenia jest przy tym podana przez zamawiającego na rozprawie informacja, że odwołujący wiedział, w jakim zakresie ma uzupełnić dokument, ponieważ dowiedział się o tym w rozmowie w pracownikiem zamawiającego. Zgodnie z art. 9 ust. 1 ustawy Pzp postępowanie o udzielenie zamówienia, z zastrzeżeniem wyjątków określonych w ustawie, prowadzi się z zachowaniem formy pisemnej. Ponadto – w myśl art. 27 ust. 1 ustawy Pzp w postępowaniach o udzielenie zamówienia oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje zamawiający i wykonawcy przekazują, zgodnie z wyborem zamawiającego, pisemnie, faksem lub drogą elektroniczną. Z powyższego wynika, że komunikacja pomiędzy wykonawcami a zamawiającymi, dokonana w innej formie jest niedopuszczalna i nie wywołuje żadnych skutków dla uczestników postępowania.

Po drugie Izba wskazuje na treść art. 26 ust. 2b zd. 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym wykonawca polegający na zasobach podmiotu trzeciego zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował tymi zasobami w trakcie realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia.

Z powyższego wynika, że wykonawca nie musi udowadniać, że w dniu, w którym upływa termin składania ofert, dysponuje zasobem podmiotu trzeciego, ale że będzie nim dysponował w trakcie realizacji zamówienia. W tym zakresie wskazany przepis jest jasny i nie wymaga szczegółowej wykładni. Odmienna interpretacja zarówno byłaby wykładnią *contra legem*, jak również nie byłaby uzasadniona ze względów praktycznych i gospodarczych. Trudno oczekiwać od wykonawców, by dysponowali cudzymi zasobami w dniu wyznaczonym na składanie ofert w sytuacji, gdy nie mogą mieć pewności, z kim zostanie zawarta umowa, w jakim terminie to nastąpi oraz kiedy przystąpią do realizacji zamówienia.

Izba podkreśla, że nie badała, czy zobowiązanie podmiotu trzeciego, złożone przez odwołującego wraz z ofertą, spełnia inne wymogi formalne. Izba bada jedynie prawidłowość czynności zamawiającego, w zakresie objętym zarzutami odwołania. Jeżeli zamawiający, dokonując ponownej oceny ofert, stwierdzi, iż zobowiązanie zawiera błędy, może ponownie wezwać wykonawcę do złożenia dokumentu w wyznaczonym terminie. Co prawda, z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej (zob. np. wyrok z dnia 20 lipca 2012 r., sygn. akt KIO 1418/12) i stanowiska doktryny wynika, że zamawiający może tylko raz wezwać do uzupełnienia dokumentu na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, jednakże ewentualne odstępianie od zasady jednokrotnego wezwania do uzupełnienia może uzasadniać uprzedni, wadliwy sposób wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów (zob. np. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 23 grudnia 2009 roku, sygn. akt KIO/UZP 1774/09).

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

Izba nie uwzględniła wniosku odwołującego o zasądzenie na jego rzecz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika. Stosownie do art. 192 ust. 10 *in principio* ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku Nr 113, poz. 759 ze zm.) strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku. O tym, czym są koszty postępowania odwoławczego rozstrzyga § 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania. I tak – w myśl wzmiankowanego przepisu – do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się wpis oraz uzasadnione koszty stron postępowania w wysokości określonej na podstawie przedłożonych rachunków, obejmujące w szczególności koszty związane z dojazdem na wyznaczoną rozprawę lub rozprawy (posiedzenie lub posiedzenia) Izby oraz wynagrodzenie pełnomocników, jednak nie wyższe niż kwota 3 600 zł.

Z powyższego wynika, iż warunkiem przyznania zwycięskiej stronie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika jest złożenie do akt sprawy rachunków określających ich wysokość. Ze złożonego rachunku wynika bowiem kwota, jaką strona poniosła z tego tytułu i tylko taką kwotę Izba może zasądzić na jej rzecz. Fakt nie złożenia rachunku nie oznacza także, że stronie należy przyznać kwotę 3 600 zł, ponieważ jest to maksymalna, nie minimalna kwota, jaka może być zasądzona na rzecz strony. W tym zakresie wskazane wyżej rozporządzenie różni się od innych regulacji, np. w sprawach opłat za czynności adwokatów czy radców prawnych, które określają wysokość stawek minimalnych, należnych pełnomocnikowi co najmniej w tej wysokości, bez konieczności udowadniania ich poniesienia. Rozporządzenie z dnia 15 marca 2010 roku nie określa minimalnego

wynagrodzenia należnego pełnomocnikowi, co oznacza, że strona w każdym przypadku musi wykazać, że poniosła koszty, o których przyznanie wnosi.

Odwołujący się w przedmiotowym postępowaniu nie złożył wymaganych rachunków, a zatem Izba nie przyznała na jego rzecz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Biorąc powyższe pod uwagę orzeczono jak w sentencji.

.....