

WYROK

z dnia 10 stycznia 2017 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Aleksandra Zielonka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 stycznia 2017 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 grudnia 2016 roku przez wykonawcę **Towarowa 33 Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Straż Miejską m.st. Warszawy z siedzibą w Warszawie**

przy udziale wykonawcy **M. T. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą AUTO MAX M. T. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża **Odwołującego wykonawcę Towarowa 33 Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego wykonawcę Towarowa 33 Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 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

Dnia 27 grudnia 2016 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 180 ust. 1 w związku z art. 179 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm., zwanej dalej „ustawą Pzp”), odwołanie złożył wykonawca spółka TOWAROWA 33 Spółka z o.o. z siedzibą w Warszawie (zwany dalej „Odwołującym”).

Postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Obsługę techniczną pojazdów Straży Miejskiej m.st. Warszawy w 2017 roku” prowadzi Zamawiający: Straż Miejska m.st. Warszawy w Warszawie.

Odwołujący wskazał, że działania i zaniechania Zamawiającego wymienione w odwołaniu naruszają interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia. Poprzez odrzucenie oferty Odwołującego oraz brak jej oceny w kryteriach oceny ofert Odwołujący utracił możliwość uzyskania zamówienia. Oferta Odwołującego jest ofertą przedstawiającą najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego określonych przez Zamawiającego w SIWZ.

Zamawiającemu zarzucono naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego jako niezgodnej w swej treści z treścią SIWZ;
2. art. 22a ust. 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego, aby w terminie określonym przez Zamawiającego zastąpił podmiot na zasobach, którego polegał Odwołujący potwierdzając spełnianie warunków potencjału technicznego innym podmiotem lub podmiotami, lub zobowiązał się do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia, jeżeli wykaże zdolności techniczne lub zawodowe;
ewentualnie
3. art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu.

Odwołujący wnosil o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
3. wezwania Odwołującego aby w określonym terminie zastąpił podmiot na zasobach, którego polegał potwierdzając spełnianie warunków potencjału technicznego innym podmiotem lub podmiotami lub zobowiązał się do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia, jeżeli wykaże zdolności techniczne lub zawodowe, albo do uzupełnienia dokumentów w oparciu o art. 26 ust. 3 ustawy Pzp;

4. powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z udziałem oferty Odwołującego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 26 października 2016 r. pod numerem 2016/S 207-375545. Wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę złożenia odwołania Odwołujący powziął dnia 15 grudnia 2016 r., tj. w dniu zapoznania się z przesłanym przez Zamawiającego tego samego dnia (w formie mailowej) zawiadomieniem o wyborze najkorzystniejszej oferty i odrzuceniem oferty Odwołującego. Odwołujący przekazał Zamawiającemu kopię odwołania w ustawowym terminie i uiścił wpis od odwołania w wymaganej wysokości na wskazany rachunek bankowy.

W uzasadnieniu podniesiono, że Zamawiający prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest obsługa techniczna pojazdów Straży Miejskiej m.st. Warszawy w 2017 roku. Zamówienie podzielone zostało na dwie części (zadania). Do Zamawiającego wpłynęły 3 oferty, w tym w części I (Zadanie 1) oferta Odwołującego oraz oferta Auto Max M. T. .

W toku badania i oceny ofert pismem z dnia 8 grudnia 2016 r., działając na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp Zamawiający wezwał Odwołującego m.in. do „złożenia prawidłowego zobowiązania podmiotu trzeciego, wystawionego przez POL-MOT Auto S.A. ul. Połczyńska 126, 01-303 Warszawa, z którego wynika, iż podmiot trzeci udostępnił Wykonawcy stanowisko do wykonania napraw koła pojazdu oraz wymiany sezonowej i samochodowy podnośnik najazdowy o udźwigu 4 ton”. Wyjaśniając okoliczności wezwania Zamawiający wskazał m.in., że złożone wraz z ofertą zobowiązanie jest niekompletne i nieprawidłowe, nie zawiera wszystkich wymaganych przez Zamawiającego elementów, a co za tym idzie nie może zostać uznane za podstawę skutecznego udostępnienia potencjału. Uznając udostępnienie potencjału za nieskuteczne, Zamawiający ograniczył się jednak jedynie do wezwania do złożenia konkretnego dokumentu (zobowiązania), pochodzącego od konkretnego podmiotu (POL-MOT Auto S.A.) o określonej przez Zamawiającego treści.

W odpowiedzi na wezwanie Odwołujący przesłał zobowiązanie POL-MOT Auto S.A. zawierające wszystkie wymagane przez Zamawiającego elementy. Odwołujący zaznaczył, że nie zmienił się zakres udostępnienia zasobów. Uzupelnieniu uległo jedynie samo zobowiązanie w zakresie elementów wskazanych przez Zamawiającego. Udzielając odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia zobowiązania Wykonawca uznał, że w ocenie Zamawiającego sam fakt i zakres udostępnienia zasobów nie budzi wątpliwości. Doprecyzowania wymagają:

- okres na jakie zostanie udostępniony zasób;
- sposób wykorzystania zasobu przez Odwołującego;
- stosunki prawne jakie będą łączyć Odwołującego z podmiotem trzecim.

Po przeanalizowaniu treści zobowiązania Zamawiający zdecydował o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp z uwagi na niezgodność

jej treści z treścią SIWZ. Uzasadnieniem zastosowania tej podstawy prawnej jest fakt, że ze zobowiązania POL-MOT Auto S.A. wynika, iż: „ (...) samochody Zamawiającego będą dostarczane do i od zasobu przez Wykonawcę na jego koszt i na lawecie” oraz „ (...) koła i opony Zamawiającego będą dostarczane od i do zasobu przez Wykonawcę na jego koszt.” Zamawiający zauważył również, że ze zobowiązania wynika, iż udostępnione zasoby w postaci stanowiska do wykonania napraw kół pojazdów oraz samochodowego podnośnika najazdowego o udźwigu 4 ton znajdują się w Stacji Obsługi POL-MOT Auto S.A., a zatem ze zobowiązania „wyraźnie wynika, iż świadczenie usług będzie odbywać się w dwóch lokalizacjach” mimo, że Odwołujący w formularzu oferty oświadczył, że posiada warsztat/stację obsługi zlokalizowaną na terenie dzielnicy Wola, przy ul. Towarowej 33, w której będą świadczone usługi obsługi technicznej wchodzące w zakres przedmiotu zamówienia. Zamawiający dodał, że zgodnie z treścią SIWZ Rozdział III „Opis przedmiotu zamówienia” punkt 4 Zadanie nr 1 „Wykonawca musi dysponować jednym warształem/stacją obsługi, który będzie miejscem świadczenia obsługi technicznej dla Zadania nr 1, zlokalizowanym na terenie jednej z następujących dzielnic m.st. Warszawy: BEMOWO, WOLA, OCHOTA, ŻOLIBORZ”.

W zakresie zaniechania zastosowania art. 22a ust. 6 oraz ewentualnie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp Odwołujący zaznaczył, że postępowanie Zamawiającego na etapie badania i oceny ofert należy uznać za prawidłowe. W pierwszej kolejności Zamawiający skorzystał z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w celu ustalenia sposobu wykorzystania zasobów Stacji Obsługi POL-MOT Auto S.A. Wezwał zatem do przedstawienia konkretnego dokumentu - zobowiązania tego podmiotu do oddania do dyspozycji zasobów, w zakresie niezbędnym do ustalenia prawidłowości udostępnienia zasobu.

W odpowiedzi na to wezwanie Odwołujący przedstawił zobowiązanie Stacji Obsługi POL- MOT Auto S.A., z którego wynika, że koła, opony i samochody Zamawiającego będą wożone na miejsce, w którym znajduje się udostępniony zasób.

Na tej podstawie Zamawiający uznał, że udostępniony zasób nie jest prawidłowy i wystarczający do potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Wprawdzie Zamawiający nie wskazał bezpośrednio, że nie uznał warunku za spełniony, jednak warunek jest na tyle ściśle powiązany ze sposobem realizacji zamówienia, że podane przez Zamawiającego uzasadnienie faktyczne, oznacza de facto, że Zamawiający uznał brak potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Jeśli zatem nie został spełniony warunek udziału w postępowaniu w zakresie udostępnionego zasobu, zastosowanie znajdzie art. 22a ust. 6 ustawy Pzp, który wskazuje, że jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe lub sytuacja ekonomiczna lub finansowa, podmiotu, o którym mowa w ust. 1, nie potwierdzają spełnienia przez wykonawcę warunków

udziału w postępowaniu lub zachodzą wobec tych podmiotów podstawy wykluczenia, zamawiający żąda, aby wykonawca w terminie określonym przez zamawiającego:

- 1) zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami lub
- 2) zobowiązał się do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia, jeżeli wykaże zdolności techniczne lub zawodowe lub sytuację finansową lub ekonomiczną, o których mowa w ust. 1.

Wskazany przepis kreuje po stronie Zamawiającego obowiązek (nie możliwość) zażądania zmiany podmiotu trzeciego lub osobistego potwierdzenia spełnienia warunku w sytuacji, gdy udostępniony zasób nie jest wystarczający dla jego spełnienia. Zdaniem Zamawiającego ze zobowiązania do udostępnienia zasobów pochodzącego od Stacji Obsługi POL-MOT Auto S.A. wynika, że nie wszystkie urządzenia wymienione w warunku są umiejscowione w jednym warsztacie/stacji obsługi. W związku z tym Zamawiający powinien uznać, że Odwołujący nie potwierdził spełnienia warunku udziału w postępowaniu i zastosować art. 22a ust. 6 ustawy Pzp. Przepis ten, kreuje odrębną, niezależną od art. 26 ust. 3 ustawy Pzp podstawę żądania Zamawiającego. Przepis ten wprowadza regulację szczególną w stosunku do art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, stosowaną w sytuacji powoływania się przez wykonawców na zasoby podmiotu trzeciego. W związku z tym niezależnie od tego, czy Zamawiający korzystał wcześniej z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w zakresie wezwania do uzupełniania zobowiązania do oddania do dyspozycji, czy też nie - w sytuacji stwierdzenia braku spełnienia warunku w związku z nieskutecznym lub nieprawidłowym udostępnieniem zasobów zastosowanie znajdzie art. 22a ust. 6 ustawy Pzp. Skorzystanie z dyspozycji tego przepisu nie oznacza powtórnego wezwania do uzupełnienia dokumentów w tym samym zakresie. Po pierwsze art. 22a ust. 6 stanowi odrębną, niezależną podstawę prawną wezwania. Po wtóre, korzystając z art. 26 ust. 3, Zamawiający wezwał do uzupełnienia w tak wąskim zakresie, że możliwe byłoby również ponowne skorzystanie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Jak podkreśla KIO w wyroku z dnia 18 sierpnia 2016 r. (sygn. akt KIO 815/16): *„Odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2). ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) następuje wyłącznie wówczas, kiedy treść oferty nie odpowiada treści SIWZ, przy czym przez „treść oferty” rozumie się ofertę w sensie ścisłym, a więc - w pewnym uproszczeniu - zakres oferowanego świadczenia powinien odpowiadać opisowi przedmiotu zamówienia. W zakresie „treści oferty” nie mieści się zatem ewentualne niespełnienie warunków udziału w postępowaniu.”*

Tymczasem Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Zgodnie z treścią tego przepisu Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art.

87 ust. 2 pkt 3. Treść SIWZ to przede wszystkim zawarty w opisie przedmiotu zamówienia opis potrzeb i wymagań zamawiającego, które mają być zaspokojone w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia przez zawarcie i zrealizowanie z należytą starannością umowy w sprawie zamówienia publicznego, a treść oferty to jednostronne zobowiązanie wykonawcy do wykonania oznaczonego świadczenia, które zostanie zrealizowane na rzecz zamawiającego, jeśli oferta złożona przez wykonawcę zostanie uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu i zostanie z nim zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. O niezgodności treści oferty z treścią SIWZ można mówić w sytuacji, gdy oferta nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia w ten sposób, że nie zapewnia realizacji go w całości. Sformułowania „treść oferty” i „treść siwz” jednoznacznie wskazują na aspekt merytoryczny obu dokumentów (tak: KIO w wyroku z dnia 29 sierpnia 2008r., sygn. akt KIO/UZP 847/08, KIO/UZP 851/08).

Zamawiający może dokonać odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jedynie w sytuacji ustalenia w sposób nie budzący wątpliwości, że oferta wykonawcy nie zapewnia realizacji zamierzonego i opisanego w SIWZ celu, a oferowane świadczenie nie odpowiada wyrażonym w treści SIWZ wymaganiom (tak: KIO w wyroku z dnia z 16 stycznia 2012r., sygn. akt KIO 22/12).

Zamawiający wskazał, że „ze zobowiązania wynika, iż udostępnione zasoby w postaci stanowiska do wykonania napraw kół pojazdów oraz samochodowego podnośnika najazdowego o udźwigu 4 ton znajdują się w Stacji Obsługi POL-MOT Auto S.A., a zatem ze zobowiązania „wyraźnie wynika, iż świadczenie usług będzie odbywać się w dwóch lokalizacjach” mimo, że Odwołujący w formularzu oferty oświadczył, że posiadany warsztat/stację obsługi zlokalizowaną na terenie dzielnicy Wola, przy ul. Towarowej 33, w której będą świadczone usługi obsługi technicznej wchodzące w zakres przedmiotu zamówienia.” Na uwagę zasługuje fakt, że o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ Zamawiający zdecydował oceniając treść zobowiązania podmiotu trzeciego do udostępnienia potencjału technicznego, nie zaś na podstawie oceny oświadczenia Odwołującego w ofercie. Co więcej, treści zobowiązania do udostępnienia potencjału Zamawiający dał pierwszeństwo przed oświadczeniem Odwołującego zawartym w ofercie. Zobowiązanie podmiotu trzeciego może być jedynie postrzegane przez pryzmat potwierdzenia spełniania przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu. Zobowiązanie takie nie kreuje bowiem bezpośredniej relacji zobowiązaniowej pomiędzy podmiotem trzecim a Zamawiającym. Uznanie, że zobowiązanie jest wadliwe może prowadzić jedynie do uznania, że Odwołujący nie potwierdził spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Niezależnie od tego, jaka część oferty stała się podstawą oceny, należy podkreślić, że na gruncie SIWZ nie jest możliwe, aby Odwołujący jednocześnie potwierdził spełnianie

warunku posiadania potencjału technicznego i nie potwierdził prawidłowego sposobu realizacji zamówienia, gdyż spełnianie warunku i sposób spełnienia świadczenia odnoszą się to tego samego postanowienia SIWZ.

Warunek udziału w postępowaniu, Rozdział VI pkt 1 ppkt 2)

Zamawiający uzna warunek za spełniony jeżeli Wykonawca wykaże, że dysponuje warsztatem/stacją obsługi zlokalizowanym na terenie jednej z następujących dzielnic m. st. Warszawy: BEMOWO; WOLA, OCHOTA, ŻOLIBORZ i wyposażonym w minimum:

- sześć stanowisk wyposażonych w podnośniki elektryczne lub/i hydrauliczne przystosowane do obsługi pojazdów samochodowych;
- dwa stanowiska wyposażone w podnośniki najazdowe o minimalnej nośności 3,5 tony przystosowane do obsługi pojazdów dostawczych gwarantujące bezpieczne podnoszenie pojazdów nie powodując uszkodzenia nadwozia a w szczególności progów i podciągów;
- komputer diagnostyczny z oprogramowaniem;
- dwa stanowiska do wykonywania napraw kół pojazdu oraz wymiany sezonowej ogumienia, wyposażone w montażownię, wyważarkę;
- oprzyrządowanie do ustawiania geometrii pojazdu;
- urządzenie specjalistyczne do obsługi i naprawy klimatyzacji;
- regały przystosowane do przechowywania opon lub kół uniemożliwiające odkształcanie się boków i czoła opon, mogące przechować łącznie min. 520 szt. opon lub kół;
- stanowisko wyposażone w niezbędne urządzenia do mycia ciśnieniowego gorącą wodą karoserii i podwozia pojazdu oraz do czyszczenia wnętrza pojazdu lub myjnię wyposażoną w niezbędne urządzenia do mycia ciśnieniowego gorącą wodą karoserii i podwozia pojazdu oraz do czyszczenia wnętrza pojazdu znajdującą się na terenie warsztatu/stacji obsługi lub w bezpośrednim sąsiedztwie;

Sposób spełnienia świadczenia, Rozdział III pkt 2 ppkt 2)

Warsztat/stacja obsługi musi spełniać normy technologiczne producenta pojazdu i być wyposażony(-a) w stanowiska i urządzenia o których mowa w Rozdziale VI pkt 1 ppkt 2) SIWZ.

Jeśli Zamawiający przyjmuje, że wyposażenie wskazane w Rozdział VI pkt 1 ppkt 2) musi być zlokalizowane w tym warsztacie/stacji obsługi, o którym mowa w Rozdziale III pkt 2 ppkt 2) to nie jest możliwe jednoczesne przejęcie potwierdzenia spełniania warunku poprzez udostępnienie części wyposażenia zakładu.

Nieporozumienie w zakresie oceny wynika z faktu, że odrzucając ofertę Odwołującego, Zamawiający nie porównał treści oferty z treścią SIWZ, ale dwa elementy tej

samej oferty. Następnie sprzeczność tę zinterpretował na niekorzyść Odwołującego. Takie działanie Zamawiającego nie znajduje oparcia w przepisach PZP. Zamawiający w pierwszej kolejności powinien użyć wszelkich dostępnych środków (przewidzianych w ustawie PZP) w celu usunięcia wątpliwości wynikających z treści oferty, a dopiero - jeśli takie działania nie przyniosą skutku - ustalić, który z elementów oferty jest wiążący i na tej podstawie dokonać oceny oferty w świetle treści SIWZ.

Warto zaznaczyć, że postanowienia SIWZ można interpretować różnorako. Zgodnie z Rozdziałem III punkt 2 ppkt 2) SIWZ: „Warsztat/stacja obsługi musi spełniać normy technologiczne producenta pojazdu i być wyposażony(-a) w stanowiska i urządzenia, o których mowa w Rozdziale VI pkt 1 ppkt 2) SIWZ”. Taki wymóg SIWZ może być rozumiany w różny sposób. Ponieważ nie ma wprost odniesienia do wszystkich elementów wyposażenia wskazanych w Rozdziale VI pkt 1 lit b) SIWZ, dopuszczalna jest również interpretacja, zgodnie z którą warsztat/stacja obsługi musi spełniać normy technologiczne producenta pojazdu i być wyposażony(-a) w takie stanowiska i urządzenia, o których mowa w Rozdziale VI pkt 1 ppkt 2) SIWZ, które są niezbędne do wykonania zamówienia zgodnie z normami technologicznymi producenta.

Tymczasem Zamawiający przyjął jedną tylko z możliwych interpretacji (taką, która jest najmniej korzystna dla Odwołującego) i na tej podstawie odrzucił jego ofertę, co stanowi naruszenie jednej z podstawowych zasad Pzp - zasadę uczciwej konkurencji.

Odwołujący nie kwestionuje dopuszczalności interpretacji zastosowanej przez Zamawiającego (wskazującej na konieczność umiejscawiania wszystkich elementów zakładu w jednym warsztacie/stacji obsługi). Niemniej jednak Odwołujący oświadcza, że gdyby Zamawiający zastosował art. 22a ust. 6 Pzp i zażądał przedstawienia innego podmiotu trzeciego lub samodzielnego potwierdzenia spełniania warunku - Odwołujący potwierdziłby samodzielne spełnianie warunku. W tych okolicznościach Zamawiający nie miałby wątpliwości również w zakresie zgodnego z SIWZ sposobu spełnienia świadczenia.

Zamawiający stawiając określone warunki udziału w postępowaniu musi robić to w sposób precyzyjny i jednoznaczny, tak by umożliwić wykonawcy prawidłowe złożenie oferty. Tym bardziej nie może interpretować postanowień zawartych w SIWZ w sposób arbitralny, a w tym na niekorzyść wykonawcy (tak KIO w wyroku z dnia 20 czerwca 2016 r., sygn. akt 965/16).

Na uwagę zasługuje również fakt, że wskazane wyżej działania i zaniechania Zamawiającego doprowadziły do wyboru jako najkorzystniejszej oferty, której cena przekracza kwotę, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Kwota podana podczas otwarcia ofert opiewa na 879 000,00 zł. Tymczasem cena wybranej oferty to 1 038 960,00 zł. Cena oferty Odwołującego (845 000,00 zł) mieści się w budżecie przewidzianym przez Zamawiającego i jest niemal 200 000 zł niższa od oferty wybranej.

Podstawowe znaczenie dla publicznej gospodarki finansowej mają zasady celowego, racjonalnego i oszczędnego wydatkowania środków publicznych. Zgodnie ze stanowiskiem doktryny w tym przedmiocie pod pojęciem „celowości dokonywania wydatków” należy rozumieć zapewnienie zgodności działań jednostki w zakresie dokonywania wydatków z jej celami statutowymi, optymalizację zastosowanych metod i środków, ich adekwatności dla osiągnięcia założonych celów oraz przyjętych kryteriów oceny realizacji celów i zadań. Jest to wybór przez dysponenta środków publicznych takiego sposobu finansowania zadań, który prowadzi do najbardziej efektywnego gospodarowania środkami publicznymi. „Celowość” oznacza też nakaz wydatkowania publicznych środków pieniężnych jedynie dla osiągnięcia wytyczonego celu społecznego lub gospodarczego. Wydatkowanie publicznych środków finansowych powinna cechować ponadto „skuteczność” i „efektywność”. Skuteczność definiuje się jako uzyskanie optymalnej relacji między wyznaczonymi celami i żądaniami, a osiągniętymi efektami ich realizacji. Zgodnie z wyrokiem Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 11 sierpnia 2006 r., sygn. akt IX Ga 137/06: Prawo zamówień publicznych chroni bowiem z jednej strony interes Zamawiającego (interes publiczny), z drugiej nakazuje przestrzegać zasady równego traktowania potencjalnych wykonawców i uczciwej konkurencji.

W niniejszym postępowaniu Zamawiający nieprawidłowo stosując przepisy ustawy PZP doprowadził do naruszenia interesu gospodarczego po stronie samego Zamawiającego (poprzez wybór oferty, która nie była najkorzystniejsza w świetle przyjętych kryteriów) i naruszenia zasady równego traktowania wykonawców (poprzez zaniechanie zastosowania przepisów, które zobowiązują Zamawiającego do wezwania do złożenia odpowiednich dokumentów). Doprowadziło to do wyboru oferty o niemal 200 000,00 zł droższej za ten sam wolumen usług.

Z uwagi na powyższe Odwołujący wnosil jak na wstępie.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści SIWZ, ofert złożonych w postępowaniu stanowisk i oświadczeń Stron i Uczestnika postępowania zaprezentowanych pisemnie i w toku rozprawy, dowodów złożonych na rozprawie w włączonych w poczet materiału dowodowego, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Na wstępie ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, Izba skierowała odwołanie na rozprawę.

Następnie Izba ustaliła, że Odwołujący – jako wykonawca, którego oferta, w przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania, może zostać wybrana jako najkorzystniejsza – spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, w tym zaniechanie wykonania czynności, do których był zobowiązany, może spowodować poniesienie przez niego szkody, polegającej nieuzyskaniu zamówienia.

Do postępowania odwoławczego przystąpił po stronie Zamawiającego wykonawca Marcin Traczyk prowadzący działalność gospodarczą pod firmą AUTO MAX M. T. z siedzibą w Warszawie, wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Przystąpienie uznano za skuteczne.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której przedstawił wyczerpującą argumentację faktyczno-prawną przemawiającą w jego ocenie za oddaleniem odwołania w całości.

Na podstawie przesłanej przez Zamawiającego dokumentacji postępowania, Izba ustaliła co następuje:

Odwołujący w odwołaniu prawidłowo przytoczył treść warunku udziału w postępowaniu dotyczącą wymaganego potencjału technicznego oraz istotne z punktu widzenia zarzutów odwołania elementy opisu przedmiotu zamówienia w zakresie wymagań związanych ze sposobem świadczenia usług.

Odwołujący w ofercie złożył Jednolity Europejski Dokument Zamówienia w swoim imieniu (dalej jako „JEDZ”), JEDZ podmiotu trzeciego udostępniającego zasoby wskazane w części IIC własnego JEDZ oraz zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia potencjału technicznego w zakresie wskazanym w JEDZ. JEDZ podmiotu trzeciego nie był podpisany. Ze złożonego zobowiązania wynikało, że na podstawie umowy między Odwołującym a podmiotem udostępniającym zasób podmiot ten zobowiązuje się do oddania do dyspozycji Odwołującemu niezbędnych zasobów do korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia na okres do 31/12/2017 roku. Wykaz udostępnianego wyposażenia obejmował stanowisko do wykonywania napraw koła pojazdu oraz wymiany sezonowej ogumienia wyposażone między innymi w montażownicę i wyważarkę oraz samochodowy podnośnik najazdowy o udźwigu 4 ton.

Izba ustaliła, że Zamawiający w dniu 8 grudnia 2016 roku w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wezwał Odwołującego do złożenia prawidłowego zobowiązania podmiotu trzeciego, wystawionego przez POL-MOT Auto S.A. z siedzibą w Warszawie, z którego wynika, iż podmiot trzeci udostępni wykonawcy stanowisko do wykonania napraw koła pojazdu oraz wymiany sezonowej i samochodowy podnośnik najazdowy o udźwigu 4 ton, a także uzupełnienia Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia w zakresie części IV.C pkt 9) oraz pkt 2 lub 6. Uzupełnione dokumenty miały wykazywać, czy Odwołujący rzeczywiście ma zamiar korzystać z potencjału technicznego podmiotu trzeciego, w jaki sposób będzie przebiegało udostępnienie i sposób świadczenia usług i czy w rezultacie Odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu. Zamawiający podkreślił w wezwaniu, że zobowiązanie nie wskazuje okresu na jaki zasoby zostaną udostępnione, ogranicza się do wskazania daty końcowej 31/12/2017, ponadto nie wskazuje w jaki sposób zostaną wykorzystane zasoby innego podmiotu przy realizacji zamówienia, a ściślej ujmując gdzie zlokalizowane będą stanowiska do wykonania napraw koła pojazdu i wymiany sezonowej oraz gdzie będzie zlokalizowany samochodowy podnośnik. Zobowiązanie nie podaje także jakie stosunki prawne będą łączyły wykonawcę z podmiotem trzecim oraz jaka będzie forma władania przez wykonawcę udostępnionym zasobem. Ponadto Wykonawca nie wypełnił JEDZ w części, w której należało wpisać jakimi narzędziami, wyposażeniem zakładu i urządzeniami technicznymi będzie dysponował, aby potwierdzić spełnianie warunku udziału z Rozdziału VI pkt 1b SIWZ oraz nie wypełniono części JEDZ związanej ze skierowaniem osób do realizacji zamówienia z odpowiednimi kwalifikacjami zawodowymi określonego w Rozdziale VI pkt 1c SIWZ.

Odwołujący uzupełnił w wyznaczonym terminie dokumenty załączając zobowiązanie podmiotu trzeciego wystawione przez POL-MOT Auto S.A. z siedzibą w Warszawie, JEDZ Odwołującego oraz JEDZ podmiotu trzeciego. Ze złożonego zobowiązania wynikało, że udostępniony zostaje zasób wymieniony w pierwotnym zobowiązaniu na okres od 01/01/2017 do końca realizacji umowy, tj. do 31/12/2017. Zasób zlokalizowany jest w Stacji Obsługi POL-MOT Auto S.A. przy ul. Połczyńskiej 125 w Warszawie (sposób wykorzystania zasobu przez Wykonawcę). Zasób będzie użytkowany przez uprawnionych pracowników Wykonawcy, koła i opony/samochody Zamawiającego będą dostarczane i odbierane do i od zasobu przez Wykonawcę na jego koszt. W zakresie stosunków prawnych, jakie będą łączyły podmiot trzeci i Wykonawcę wskazano umowę i odpłatne użyczenie zasobu.

Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, gdyż jej treść w zakresie sposobu realizacji zamówienia nie odpowiada treści SIWZ. W złożonym zobowiązaniu było napisane, że: „(...) samochody Zamawiającego będą

dostarczane do i od zasobu przez Wykonawcę na jego koszt na lawecie”. W zobowiązaniu było również napisane, iż udostępniane zasoby znajdują się pod adresem ul. Połczyńska 125 w Warszawie. A więc ze złożonego zobowiązania wyraźnie wynika, że świadczenie usług odbywać będzie się w dwóch lokalizacjach, mimo że w formularzu oferty Wykonawca oświadczył, że posiada warsztat/stację obsługi zlokalizowaną na terenie dzielnicy Wola m.st. Warszawy, przy ul. Towarowej 33, w której świadczone będą usługi obsługi technicznej wchodzące w zakres przedmiotu zamówienia. Zgodnie z treścią SIWZ Rozdział III „Opis przedmiotu zamówienia” punkt 4 zadanie nr 1 Wykonawca miał dysponować jednym warsztatem/stacją obsługi, który będzie miejscem świadczenia obsługi technicznej dla zadania nr 1, zlokalizowanym na terenie jednej z następujących dzielnic: Bemowo, Wola, Ochota, Żoliborz.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie nie mogło zostać uwzględnione.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3.

Skład orzekający Izby podziela utrwalony w doktrynie i orzecznictwie pogląd, że zarówno treść SWZ, jak i treść oferty stanowią merytoryczne postanowienia oświadczeń woli odpowiednio: zamawiającego, który w szczególności przez opis przedmiotu zamówienia oświadcza jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, oraz wykonawcy, który jednostronnie zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru złożonej przez siebie oferty jako najkorzystniejszej. Wobec tego, co do zasady, to porównanie zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia z opisem przedmiotu zamówienia zawartym w SIWZ przesądza o tym, czy treść złożonej oferty odpowiada treści SIWZ. Nie budzi również wątpliwości, że z uwagi na odpłatny charakter zamówień publicznych, nieodzownym elementem treści oferty jest określenie ceny za jaką wykonawca zobowiązuje się wykonać zamawiane świadczenie. Jednakże zakres wymaganej treści oferty ustala Zamawiający przez wskazanie w SIWZ elementów, z których ma się składać oświadczenie woli wykonawcy. Z tego względu w doktrynie i orzecznictwie ugruntowany jest również pogląd, że w zakresie zastosowania przesłanki z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp mieści się również sporządzenie oferty w inny sposób, niż żądał tego zamawiający, o ile niezgodność taka dotyczy elementów treści oferty w aspekcie formalnym i materialnym, choć nie może tu chodzić wyłącznie o niezgodność sposobu spełnienia tych

aspektów (por. J. Pieróg w: Prawo zamówień Publicznych. Komentarz, wyd. C.H. Beck, Warszawa 2009).

Przy ocenie adekwatności treści oferty do wymagań Zamawiającego określonych w SIWZ i innych dokumentach składających się na dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, uwzględnia się również zawodowy charakter działalności wykonawcy i zwiększone w związku z tym oczekiwania, co do jego profesjonalizmu, obejmującego znajomość przepisów prawa i warunków prowadzenia działalności, w tym realiów danego segmentu rynku.

Z zapisów SIWZ jednoznacznie wynika, że Zamawiający zobligował wykonawców w zakresie sposobu realizacji zamówienia do wykonywania obowiązków umownych w zakresie opisanym w umowie w jednej stacji/jednym warsztacie, który będzie miejscem świadczenia obsługi technicznej dla pojazdów Zamawiającego, wskazując dodatkowo dzielnice, w których dana stacja/dany warsztat mają być zlokalizowane.

Odwołujący w ofercie przedstawił dokumenty, z których z jednej strony wynikało, że świadczenie usług odbywało będzie się w siedzibie Odwołującego przy ul. Towarowej 33 w Warszawie (Wola), z drugiej zaś strony przedstawił zobowiązanie podmiotu trzeciego, z którego wynikało, że część niezbędnych do obsługi pojazdów urządzeń zostanie Odwołującemu udostępniona bez określenia w złożonych dokumentach zasad współpracy podmiotów i w innej lokalizacji. Z dokumentów wynikało bowiem, że podmiot udostępniający zasoby prowadzi działalność gospodarczą jest przy ul. Połczyńskiej w Warszawie (Bemowo). Taka sytuacja w ocenie składu orzekającego Izby słusznie wzbudziła u Zamawiającego wątpliwości co do sposobu realizacji zamówienia zgodnego z zapisami SIWZ. W ocenie Izby Zamawiający prawidłowo wezwał Odwołującego do złożenia zobowiązania podmiotu trzeciego, z którego wynikały będą zasady określające sposób wykorzystania udostępnianego potencjału oraz możliwość realnego wykorzystywania tego potencjału przy realizacji usług. Formułując treść wezwania Zamawiający kierował się materiałami zgromadzonymi w ofercie Odwołującego, ta bowiem determinuje zakres i sposób działania strony zamawiającej. Zamawiający może odwoływać się jedynie do oświadczeń i innych dokumentów złożonych przez danego wykonawcę, nie jest natomiast uprawniony do wnioskowania na podstawie dostępnych informacji o intencjach wykonawcy, które towarzyszyły mu przy składaniu oferty. To wykonawca decyduje o kształcie własnej oferty w odniesieniu do zawartych tam oświadczeń woli i potwierdzających dane oświadczenia dokumentów podmiotowych i przedmiotowych.

W odpowiedzi na wystosowane przez Zamawiającego wezwanie Odwołujący złożył nowe zobowiązanie i dokumenty podmiotowe dla podmiotu trzeciego (JEDZ tego podmiotu), na podstawie których jednoznacznie wywodzić można było, iż Odwołujący będzie świadczył

usługi w sposób niezgodny treścią SIWZ, mianowicie w dwóch lokalizacjach, znajdujących się w dwóch różnych dzielnicach Warszawy, skoro w zobowiązaniu napisano, iż samochody Zamawiającego będą dostarczane do i od zasobu przez wykonawcę i na jego koszt do stacji podmiotu trzeciego przy ul. Połczyńskiej w Warszawie. Ponownie podkreślić należy, iż to Odwołujący zdecydował o treści składanego zobowiązania. Trudno zgodzić się z tezą prezentowaną przez Odwołującego na rozprawie, że nie ma on wpływu zarówno na treść, jak i sposób udostępnienia wymaganego zasobu. To przecież wykonawca samodzielnie wybiera partnera, z którym na określonych zasadach ubiegał będzie się o zamówienie publiczne lub na którego zasobach polegał będzie w przypadku braku własnego doświadczenia lub też innych elementów podmiotowo istotnych dla Zamawiającego. To dany wykonawca i podmiot trzeci decydują o kształcie łączącego ich stosunku prawnego, który jednocześnie nie może być oderwany od zasad określonych przez Zamawiającego w SIWZ, te bowiem decydują o „właściwości” składanej oferty. Z drugiej strony Zamawiający oceniając prawidłowość oferty w aspekcie podmiotowym i przedmiotowym kierować może się jedynie dokumentami przedstawionymi przez Wykonawcę. Jeżeli zaś ze złożonych przez Odwołującego dokumentów wynikało, że niezbędne i wymagane do prawidłowej realizacji świadczenia zasoby znajdują się w dwóch różnych lokalizacjach na terenie Warszawy, to Zamawiający prawidłowo zdecydował o konieczności odrzucenia takiej oferty, jako niezgodnej w swej treści z treścią SIWZ. Za Zamawiający także powtórzyć należy, iż w żadnym dokumencie postępowania nie odniósł się on do kwestii spełnienia lub niespełnienia przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu.

Odnosząc się do zaniechania zastosowania przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 ustawy Pzp i ponownego wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów, dostrzeżenia wymaga okoliczność, iż Odwołujący błędnie upatruje możliwości naprawienia błędów własnej oferty przez instytucję uzupełnienia dokumentów. Zamawiający skorzystał w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, w wyniku czego uzyskał wszystkie niezbędne do oceny oferty dokumenty. Treść dokumentów i oświadczeń pierwotnie znajdujących się w ofercie i uzupełnionych w wyniku wezwania była spójna, jednoznaczna i nie rodziła dalszych wątpliwości. Okoliczność, iż z dokumentów tych wynikał niezgodny z opisem przedmiotu zamówienia sposób spełnienia świadczenia jest wynikiem działań samego Odwołującego. Odwołujący wiedział lub przynajmniej wiedzieć powinien, że Zamawiający wymaga świadczenia usług przy użyciu określonych urządzeń w jednej lokalizacji. Odwołujący zaś konsekwentnie przedstawiał i składał dokumenty, z których wynikało, że niezbędne do realizacji przedmiotu zamówienia urządzenia znajdować będą się w dwóch odrębnych lokalizacjach. Izba nie znalazła podstaw, które umożliwiałyby Zamawiającemu w takiej sytuacji ponowne zastosowanie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Zamawiający wzywa bowiem do uzupełnienia, złożenia, poprawienia dokumentów lub

udzielenia wyjaśnień, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu. Słusznie Odwołujący podkreślał, iż odróżnić należy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego etap oceny podmiotowej oferty skoncentrowany na ocenie spełniania przez danego wykonawcę warunków udziału w postępowaniu od etapu oceny oferty pod względem przedmiotowym zgodności z opisem przedmiotu zamówienia. W przedmiotowym postępowaniu mieliśmy do czynienia ze specyficzną sytuacją, gdzie opis przedmiotu zamówienia pośrednio odwoływał się do ustalonych warunków udziału w postępowaniu. Nie oznacza to jednak, że Zamawiający mógł po raz kolejny skorzystać z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Odwołujący wezwany był do naprawienia błędów wynikających z jego oferty, samodzielnie i konsekwentnie zdecydował jednak wskazywać, że świadczenie usług będzie odbywało się w dwóch lokalizacjach. Umożliwienie zatem Zamawiającemu ponowne skorzystanie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp stawiałoby Odwołującego w uprzywilejowanej sytuacji w stosunku do innych wykonawców i umożliwiałoby naprawienie błędów oferty płynących z działań własnych wykonawcy. Odrzucenie oferty Odwołującego nie było efektem zaniechania zastosowania art. 26 ust. 3 ustawy Pzp ale efektem poczynań samego Odwołującego.

Odwołujący wskazywał także, że obowiązkiem Zamawiającego było zastosowanie nowej regulacji prawnej art. 22a ust. 6 ustawy Pzp umożliwiającej wykonawcy składającemu ofertę zastąpienie podmiotu trzeciego niespełniającego warunków albo zobowiązanie się przez wykonawcę do osobistego wykonania zamówienia. Jak słusznie zauważył na rozprawie Przystępujący zupełnie inny jest cel wprowadzenia danej regulacji prawnej. Przepis ten umożliwiać ma ochronę interesów wykonawcy pozostającego w błędzie co do potencjału podmiotu, na którym polega. Zatem nie dotyczy on sytuacji jak w przedmiotowym postępowaniu, bowiem doszłoby do promowania wykonawców, którzy posiłkują się potencjałem podmiotu trzeciego, którzy od momentu złożenia oferty łącznie z podmiotem trzecim nie spełniają pierwotnie wymagań Zamawiającego, a którzy mogliby w wyniku ponownego wezwania do uzupełnienia dokumentów wykazywać spełnianie warunków udziału w postępowaniu po terminie składania ofert. Z tych także powodów za wiarygodne dowody spełniania przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu nie mogły zostać uznane złożone przez Odwołującego na rozprawie kopie faktur potwierdzające zakup niezbędnych do wykonywania zamówienia urządzeń. Zakupy te datowane są po terminie składania ofert, a to właśnie ta data jest cezurą, na którą wszyscy wykonawcy muszą wykazać spełnianie konkretnych, ustalonych warunków, aby można było wywodzić dochowanie zasadom równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Gdyby Odwołujący w tym terminie samodzielnie spełniał warunki udziału w postępowaniu, nie zachodziłaby konieczność posiłkowania się potencjałem podmiotu trzeciego. Zastosowanie

zaś art. 22a ust. 6 ustawy Pzp w przedmiotowej sytuacji doprowadziłoby do niedozwolonej zmiany treści oferty.

Zamawiający wykazał również, że nie doszło do naruszenia zasady gospodarności, co mogłoby spowodować negatywne skutki dla gospodarki finansowej Zamawiającego. Zamawiający podał jaką kwotę może przeznaczyć na realizację zadania w części 1 i części 2. Po dodaniu wartości ofert wybranych w obu zadaniach Zamawiający wyda kwotę 1 642 644,00 zł, która mieści się w jego budżecie (1 656 000,00 zł).

Z tych powodów odwołanie podlegało oddaleniu w całości.

Zgodnie z art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. W świetle prawidłowego zastosowania przepisów ustawy Pzp odwołanie nie mogło zostać uwzględnione.

Mając powyższe na uwadze orzeczono, jak w sentencji wyroku.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i ust. 10 ustawy Pzp, a także w oparciu o § 5 ust. 3 pkt 1 i § 5 ust 4 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. Nr 41, poz. 238), tj. stosownie do wyniku postępowania, obciążając kosztami postępowania Stronę Odwołującą.

Przewodniczący:

.....