

Sygn. akt: KIO 2145/16

WYROK
z dnia 28 listopada 2016 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Sylwia Jankowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 listopada 2016 roku, w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 listopada 2016 roku przez wykonawcę Rolmex-M. Spółka jawna z siedzibą w Kielcach

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Wielkopolski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Poznaniu

przy udziale wykonawców S. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą S. M. Komunalny.PI – wspólnik spółki cywilnej z siedzibą w Solcu oraz P. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Komunalny.PI wspólnik spółki cywilnej P. P. z siedzibą w Solcu, działających w spółce cywilnej pod nazwą Komunalny.pl zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2145/16 po stronie Zamawiającego

orzeka

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Rolmex-M. Spółka jawna z siedzibą w Kielcach i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Rolmex-M. Spółka jawna z siedzibą w Kielcach tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza od wykonawcy Rolmex-M. Spółka jawna z siedzibą w Kielcach na rzecz Zamawiającego Wielkopolski Zarząd Dróg wojewódzkich w Poznaniu kwotę 4 126,00 zł 55 gr (słownie: cztery tysiące sto dwadzieścia sześć złotych pięćdziesiąt pięć groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 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 Poznaniu.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający Wielkopolski Zarząd Dróg wojewódzkich w Poznaniu prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego w przedmiocie *Dostawa: Część 1 dziewięciu ciągników rolniczych fabrycznie nowych o roku produkcji 2015 lub 2016 wyposażonych w komplet urządzeń składający się z: uniwersalnego wysięgnika z głowicą do koszenia, kosiarki bijakowej tylno-bocznej, ładowacza czołowego z widłami do palet i łyżką do materiałów sypkich; Część 2: dziewięciu przyczep rolniczych*

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2016 S/170-305700.

14 listopada 2016 roku działając na podstawie art. 180 ust. 1 w związku z art. 182 ust. 1 pkt. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zmianami; dalej: „ustawa” lub „Pzp”) Odwołujący wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego podjętych w postępowaniu lub zaniechania czynności, do której Zamawiający na podstawie ustawy, tj.:

- czynność wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty wykonawcy Komunalny.pl spółka cywilna P. P., S. M. [dalej: „Komunalny.pl”] w części numer 1,
- zaniechanie czynności odrzucenia oferty wykonawcy Komunalny.pl, ewentualnie zaniechanie czynności wezwania wykonawcy Komunalny.pl do uzupełnienia dokumentów homologacji oraz deklaracji zgodności,
- zaniechanie czynności wezwania wykonawcy Komunalny.pl do uzupełnienia dowodów określających czy dostawy wykonane przez wykonawcę i wymienione w jednolitym dokumencie w Części IV Sekcja C zostały wykonane należycie,
- zaniechanie czynności wykluczenia wykonawcy Komunalny.pl.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 91 ust. 1 ustawy w związku z art. 7 ust. 1 oraz ust. 3 ustawy przez wybór jako najkorzystniejszej w części numer 1 oferty wykonawcy Komunalny.pl podczas gdy oferta ta nie jest ofertą najkorzystniejszą,
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Komunalny.pl w zakresie części numer 1, podczas gdy wykonawca ten przedstawił

nieprawidłowe dokumenty homologacji oraz deklaracji zgodności, które to dokumenty stanowiły treść oferty wykonawcy; ewentualnie zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy przez zaniechanie czynności wezwania wykonawcy Komunalny.pl do uzupełnienia dokumentów homologacji oraz deklaracji zgodności, podczas gdy wykonawca ten przedstawił nieprawidłowe dokumenty,

- 3) art. 26 ust. 3 ustawy przez zaniechanie wezwania wykonawcy Komunalny.pl do uzupełnienia dowodów określających czy dostawy wykonane przez wykonawcę i wymienione w jednolitym dokumencie w Części IV Sekcja C zostały wykonane należyście, podczas gdy dowody te nie potwierdzają spełnienia wymagań określonych przez Zamawiającego,
- 4) art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Komunalny.pl podczas gdy wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Odwołujący wniósł o:

- 1) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w części numer 1,
- 2) nakazanie Zamawiającemu ponowne badanie i ocenę ofert w części numer 1,
- 3) nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty wykonawcy Komunalny.pl w zakresie części numer 1, ewentualnie nakazanie Zamawiającemu wezwania wykonawcy Komunalny.pl do uzupełnienia dokumentów homologacji oraz deklaracji zgodności,
- 4) nakazanie Zamawiającemu wezwania wykonawcy Komunalny.pl do uzupełnienia dowodów określających czy dostawy wykonane przez wykonawcę i wymienione w jednolitym dokumencie w Części IV Sekcja C zostały wykonane należyście,
- 5) nakazanie Zamawiającemu wykluczenia wykonawcy Komunalny.pl,
- 6) obciążenie kosztami postępowania Zamawiającego oraz zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwoty 15.000 zł stanowiącej koszty poniesione z tytułu wpisu, a także kwoty wskazanej przez Odwołującego na rozprawie według przedłożonych na niej dokumentów.

Odwołujący wskazał, że posiada interes w rozstrzygnięciu odwołania, wyjaśniając, że jest zainteresowany udzieleniem przedmiotowego zamówienia i w tym celu złożył ofertę, której treść odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W postępowaniu w zakresie części numer 1 zostały złożone dwie oferty - Odwołującego oraz wykonawcy

Komunalny.pl Gdyby Zamawiający nie zaniechał czynności, do których był zobowiązany, odrzuciłby ofertę wykonawcy Komunalny.pl, ewentualnie wezwałby tego wykonawcę do uzupełnienia prawidłowych dokumentów oraz wykluczył tego wykonawcę z postępowania. W wyniku tego Odwołujący uzyskałby lub potencjalnie miałby szansę uzyskać przedmiotowe zamówienie. Tym samym w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Odwołujący poniósł szkodę.

Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty:

Odwołujący wskazał, że zarzuty jakie postawił Zamawiającemu w odwołaniu, dzielą się na dwie grupy: (1) zarzuty związane z homologacją oraz deklaracjami zgodności oraz (2) zarzuty związane z dowodami określającymi, że dostawy zostały wykonane należycie.

W zakresie zarzutów związanych z homologacją oraz deklaracjami zgodności:

Odwołujący wskazał, że zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia Zamawiający wymagał w zakresie części numer 1 dostawy dziewięciu ciągników rolniczych oraz osprzętu do nich. Jako osprzęt Zamawiający określił trzy urządzenia:

- uniwersalny wysięgnik z głowicą do koszenia,
- kosiarkę bijakową tylnoboczną,
- ładowacz czołowy z widłami do palet i łyżką do materiałów sypkich.

Zamawiający określił, że ciągniki mają być wyposażone między innymi w dokument świadectwa homologacji na terytorium RP, a osprzęt do ciągników ma być wyposażony w deklaracje zgodności z normami UE.

W rozdziale XIII Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ) zawarto opis sposobu przygotowania ofert. W punkcie 13.1 Zamawiający podał, że wraz z ofertą powinny być złożone między innymi: opis oferowanego sprzętu z podaniem nazwy i typu oraz ich parametrów (podpunkt 5) oraz kserokopia świadectwa homologacji (tam gdzie wymagana [czyli dla ciągnika]) i deklaracja zgodności z normami UE (tam gdzie wymagana [czyli dla osprzętu do ciągnika]) (podpunkt 6).

W przedmiotowym postępowaniu ofertę złożył wykonawca Komunalny.pl. Zaoferował on dostawę ciągnika o nazwie handlowej T954 oraz następującego osprzętu: uniwersalnego wysięgnika z głowicą do koszenia o nazwie handlowej Ferri 7XV 50, kosiarki bijakowej tylnobocznej o nazwie handlowej Ferri ZMTE1600, ładowacza czołowego z widłami do palet i łyżką do materiałów sypkich o nazwie handlowej TUR 220.

Jako część oferty został dołączony dokument homologacji dla ciągnika T954 wystawione przez Hydro-Masz Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowe. Producentem tego ciągnika jest

spółka Tong Yang Moolsan Co. Ltd. z siedzibą w Korei Południowej. Dokument homologacji nie jest podpisany. Zawiera w miejsce podpisu wydrukowane komputerowo nazwisko Z. S. . W tym zakresie dokument homologacji nie może zostać uznany za prawidłowy. Dla ważności dokumentu wymagany jest podpis upoważnionej osoby. Podpis nie może zostać zastąpiony przez wydruk komputerowy. Podpis upoważnionej osoby potwierdza, że dana osoba zapoznała się z dokumentem, zna jego treść oraz przyjmuje za niego odpowiedzialność. W tym zakresie osoba podpisująca dokument homologacji powinna przyjąć na siebie odpowiedzialność, że ciągnik jest zgodny z wymaganiami prawnymi obowiązującymi na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Brak prawidłowo podpisanej homologacji powoduje, że Zamawiający nie może mieć pewności, czy zaoferowany ciągnik spełnia odpowiednie wymogi. Ponadto należy wskazać, że świadectwo homologacji zgodnie z ogólnymi zasadami powinno być wystawione przez producenta. Tymczasem dołączone świadectwo wystawione jest przez Hydro-Masz Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowe, które nie jest producentem tego ciągnika.

Odwołujący wskazał, że dla wysięgnika (osprzęt numer 1) oraz kosiarki (osprzęt numer 2) nie zostały do oferty wykonawcy Komunalny.pl dołączone wymagane przez SIWZ deklaracje zgodności. W ofercie znajduje się wyłącznie jeden dokument w języku angielskim z logiem „Ferri”. Ten dokument nie może jednak zostać uznany za deklarację zgodności, ponieważ nie ma elementów konstytutywnych dla uznania go za deklarację zgodności, czyli między innymi oznaczenia wyrobu, numeru, czy chociażby podpisu. Jest to dokument nie wypełniony, który jest prawdopodobnie jedynie wzorem deklaracji zgodności, którą stosuje producent spółka Ferri S.R.L. z siedzibą we Włoszech. Nie można jednak na jego podstawie stwierdzić, jakiego produktu dotyczy. Ponadto należy wskazać, że jest to tylko jeden dokument, podczas gdy wykonawca zaoferował dwa rodzaje osprzętu (to znaczy wysięgnik oraz kosiarkę) o nazwie handlowej Ferri. Brak również tłumaczenia tego dokumentu na język polski. Zgodnie z normą prawną wynikającą z § 16 ust. 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2016 r. poz. 1126) [dalej: „rozporządzenie w sprawie dokumentów”]: dokumenty sporządzone w języku obcym są składane wraz z tłumaczeniem na język polski. Tłumaczenie nie jest wymagane, jeżeli Zamawiający wyraził zgodę, o której mowa w art. 9 ust. 3 ustawy. Ponadto Zamawiający w rozdziale 13 podpunkt 13.9. SIWZ wyraźnie określił, że oferta powinna być sporządzona w języku polskim, z zachowaniem formy pisemnej pod rygorem nieważności. Każdy dokument składający się na ofertę powinien być czytelny. W związku z powyższym (abstrahując

oczywiście od bezzasadności dołączenia wspomnianego dokumentu, jako nie zawierającego cech deklaracji zgodności), skoro ten dokument został złożony w postępowaniu, powinno zostać również złożone jego tłumaczenie na język polski.

Dla ładowacza (osprzęt numer 3) dołączona została deklaracja zgodności wystawiona przez PPUH „Pomarol” S.A. W tym zakresie deklaracja zgodności jest prawidłowa.

Odwołujący podniósł również, że w formularzu ofertowym, stanowiącym załącznik do SIWZ, znalazło się rozróżnienie na ofertę (i załączniki do oferty) oraz dokumenty składane wraz z ofertą. Te pierwsze są traktowane jako treść oferty. W związku z tym nie jest możliwe ich uzupełnienie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy. Wykonawca Komunalny.pl w formularzu ofertowym wyraźnie określił, że kserokopie homologacji oraz deklaracje zgodności traktuje jako załączniki do oferty, stanowiące jej integralną część. W związku z powyższym nie można ww. dokumentów uzupełnić. Zgodnie z art. 87 ust. 1 ustawy w toku badania i oceny ofert Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między Zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust.1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Z kolei zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3.

Odwołujący stwierdził, że wykonawca Komunalny.pl przedstawił nieprawidłowe świadectwo homologacji dla zaoferowanego ciągnika i nie przedstawił deklaracji zgodności dla uniwersalnego wysięgnika z głowicą do koszenia oraz kosiarki bijakowej tylna-bocznej, a także nie załączył tłumaczenia do dokumentu w języku angielskiego z logiem „Ferr”. Dokumenty te stanowiły treść oferty wykonawcy, w związku z czym nie podlegają uzupełnieniu. Oferta wykonawcy podlega odrzuceniu jako niezgodna z treścią SIWZ. W przypadku gdyby jednak Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że ww. dokumenty nie stanowiły treści oferty, wykonawca Komunalny.pl powinien zostać wezwany do uzupełnienia prawidłowych dokumentów.

W zakresie zarzutów związane z dowodami określającymi, że dostawy zostały wykonane należycie.

Odwołujący wskazał, że druga część zarzutów w odwołaniu związana jest z dowodami określającymi, że dostawy, które przedstawił wykonawca Komunalny.pl, zostały wykonane należycie. Zgodnie z rozdziałem 6 podpunkt 6.2.3. SIWZ, Zamawiający postawił następujący wymóg w części 1: Wykonawca musi wykazać się wiedzą i doświadczeniem polegającymi na wykonaniu (zakończeniu) w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu

składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy— w tym okresie zrealizował dostawę min. 9 szt. ciągników rolniczych wraz z osprzętem.

Z kolei w rozdziale 7 podpunkt 7.7.1. SIWZ Zamawiający określił, że na wezwanie Zamawiającego Wykonawca zobowiązany jest złożyć następujące oświadczenia lub dokumenty: w celu potwierdzenia dla każdej z części spełniania przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu dowody określające czy dostawy wykonane przez wykonawcę i wymienione w jednolitym dokumencie w Części IV Sekcja C („realizacja dostaw określonego rodzaju”) zostały wykonane należycie.

Wykonawca Komunalny.pl w Jednolitym Europejskim Dokumencie Zamówienia podał w zakresie zadania numer 1 realizację dziewięciu dostaw ciągników wraz z osprzętem:

- 1) Ciągnik rolniczy TYM T1003 + ładowacz + osprzęt - odbiorca W. S.,
- 2) Ciągnik rolniczy TYM T1054 + kosiarka wysięgnikowa Ferri TXV 60 - odbiorca Zarząd Dróg Powiatowych w Przemyślu,
- 3) Ciągnik TYM TE50 + osprzęt - odbiorca Impel Cleaning sp. z o.o.,
- 4) Ciągnik rolniczy TYM T854 + osprzęt - odbiorca Warmińsko - Mazurski Urząd Wojewódzki,
- 5) Ciągnik rolniczy TYM T754 + osprzęt - odbiorca Impel Cleaning sp. z o.o.,
- 6) Ciągnik rolniczy TYM T903 + osprzęt - odbiorca Impel Ceaning sp. z o.o.,
- 7) Ciągnik rolniczy TYM TE50 + osprzęt - odbiorca Impel Cleanig sp. z o.o.,
- 8) Ciąg rolniczy TYM T754 + osprzęt - odbiorca Lubelski Zarząd Obsługi Przejść Granicznych w Chełmie,
- 9) Ciąg rolniczy TYM 954 + osprzęt - odbiorca Zakład Kowalsko – Ś. W. W. .

Odwołujący wskazał, że w dniu 26 października 2016 r. Zamawiający wezwał tego wykonawcę w trybie art. 26 ust. 2 ustawy podając, że wykonawca musi wykazać się wiedzą i doświadczeniem polegającym na wykonaniu (zakończeniu) w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie zrealizował dostawę min. 9 ciągników rolniczych wraz z osprzętem. W odpowiedzi na to wezwanie wykonawca Komunalny.pl przedstawił w zakresie zadania numer 1 dziewięć protokołów przekazania sprzętu (protokołów odbioru).

Odwołujący podniósł, że zgodnie z § 2 ust. 4 pkt 2 rozporządzenia w sprawie dokumentów w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający może żądać następujących dokumentów: *wykazu dostaw lub usług*

wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi były wykonywane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wydane nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Rozporządzenie wprost określa, że należy dołączyć dowody, że dostawy zostały wykonane należycie. Dowodami są referencje lub też inne dokumenty, ale jeżeli zostały wystawione przed podmiot, na którego rzecz dostawy zostały wykonane. W niniejszym stanie faktycznym wykonawca Komunalny.pl nie załączył referencji. Nie są to również dokumenty wystawione przez odbiorców dostaw. Protokół przekazania sprzętu, ze swojej natury, zwykle pochodzi od dostawcy, a nie od odbiorcy produktu. Ponadto inny jest cel tych dokumentów. Protokół przekazania sprzętu ma za zadanie jedynie potwierdzić, że produkt został przekazany. Nie jest natomiast wykluczone, że w produkcie pojawią się jakieś wady - już po przekazaniu sprzętu (np. wady ukryte, które można zdiagnozować dopiero po pewnym okresie użytkowania sprzętu). Dlatego protokół przekazania nie może zostać uznany za dowód potwierdzający, że dostawy zostały wykonane należycie. W protokołach brak jest wymaganego przez rozporządzenie w sprawie dokumentów określenia, że „dostawy zostały wykonane należycie”. Wskazać też należy, że na większości poświadczeń nie można rozszyfrować, kto dokładnie podpisał ten dokument. Wiąże się to również z tym, że inne osoby dokonują podpisu na protokołach odbioru, a inne na referencjach. W tym pierwszym przypadku są to zazwyczaj szeregowi pracownicy odbiorcy (np. pracownicy magazynu), którzy dokonują jedynie prostego poświadczenia, że towar został faktycznie dostarczony, bez potwierdzania jego jakości. Z kolei w drugim przypadku (referencji) są one podpisywane przez osoby uprawnione do reprezentacji odbiorcy. W tym drugim przypadku wystawienie referencji następuje już po dokładnym zbadaniu produktu, kiedy można jednoznacznie

stwierdzić, że dana dostawa została wykonana należycie.

Szczególłą uwagę należy zwrócić na dostawę numer 8. Dostawa numer 8 miała miejsce na rzecz Lubelskiego Zarządu Obsługi Przejść Granicznych w Chełmie. W wykazie dostaw wykonawca Komunalny.pl zadeklarował, że dostawa dotyczyła ciągnika rolniczego TYM T754 wraz z osprzętem. Tymczasem w protokole przejęcia dostaw wskazane jest jedynie, że przedmiotem odbioru był tylko ciągnik, bez żadnego osprzętu. Odwołujący dotarł do postępowania, którego dotyczyła ta dostawa. Było to postępowanie prowadzone w trybie zapytania ofertowego (poniżej 30.000 euro) pod nazwą „Doposażenie służb granicznych - Zakup sprzętu do utrzymania czystości - ciągnik rolniczy”. Dokumentacja dotycząca tego postępowania znajduje się na stronie internetowej Zamawiającego pod adresem:

<http://www.Jzopg.bip.mbnet.pl/zamowienia/zamowienia-30tvseur/268-wielofunkcvinv-ciagnik-rolniczv-przeznaczonv-do-utrzmrania-przeiezdności-oraz-czvtstosci-terenu-drogowego-przeiscia-granicznego-w-hrebennem>.

Odwołujący załączył również zapytanie ofertowe oraz załącznik numer 1 do niego (opis przedmiotu zamówienia) do odwołania. W załączniku numer 1 wyraźnie wskazano, że przedmiotem zamówienia jest wielofunkcyjny ciągnik rolniczy przeznaczony do utrzymania przejezdności oraz czystości terenu drogowego przejścia granicznego w Hrebennem. W opisie przedmiotu zamówienia nie wskazano, żeby przedmiotem zamówienia miał być również osprzęt do tego ciągnika. Z kolei zaznaczono, że dostarczony ciągnik ma współpracować w pełnym zakresie z osprzętem będącym na wyposażeniu DPG w Hrebennem oraz szczegółowo określono jaki osprzęt jest już na wyposażeniu Zamawiającego. Potwierdza to, że przedmiotem zamówienia był wyłącznie ciągnik, bez żadnego osprzętu. Taki wniosek można również wysnuć z protokołu przejęcia dostaw, gdzie również wskazany jest wyłącznie ciągnik. Jedyne miejsce, gdzie w zakresie tej dostawy wskazany jest ciągnik wraz z osprzętem, to oświadczenie wykonawcy Komunalny.pl w JEDZ.

Dowodzi powyższe w ocenie Odwołującego, że wykonawca Komunalny.pl nie spełnił wymogu legitymowania się odpowiednim doświadczeniem.

Po pierwsze, żaden z przedstawionych dokumentów nie może zostać uznany za spełniający wymagania rozporządzenia w sprawie dokumentów. Gdyby jednak nawet uznać, że dokumenty te spełniają wymagania formalne, to z całą pewnością nie można uznać dostawy oznaczonej numer 8 za prawidłową. Zamawiający wprost wymagał bowiem dostawy ciągnika wraz z osprzętem, podczas gdy wykonawca w zakresie dostawy numer 8 zrealizował wyłącznie dostawę ciągnika (bez żadnego osprzętu).

Niezależnie od powyższych rozważań Odwołujący wskazał, że wykonawca Komunalny.pl podając w formularzu nieprawidłową informację, że w zakresie dostawy numer 8 zrealizował dostawę ciągnika z osprzętem wprowadził Zamawiającego w błąd. Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej "kryteriami selekcji", lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów. Nie ulega wątpliwości, że działanie wykonawcy było zamierzone. Wiedział, że nie jest w stanie spełnić wymogu realizacji aż dziewięciu dostaw wraz z osprzętem. Z tego powodu ubarwił swoje doświadczenie informując Zamawiającego, że oprócz dostawy ciągnika dostarczył również osprzęt do niego, licząc, że Zamawiający nie zwróci uwagi na tę niezgodność. Taka sytuacja w całości wypełnia znamiona zamierzonego wprowadzenia w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 roku, poz. 2164 ze zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 14 listopada 2016 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu, co Strony potwierdziły na posiedzeniu z ich udziałem.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy – *Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy* - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Zamawiający wskazał, że Odwołujący nie posiada interesu we wniesieniu odwołania ponieważ, kwota jaką Zamawiający może wydatkować na realizację zamówienia jest mniejsza od ceny oferty Odwołującego i kwoty tej Zamawiający nie będzie miał możliwości zwiększyć – na tą okoliczność Zamawiający przedstawił oświadczenie z dnia 24 listopada 2016 r. podpisane przez Zastępcę Dyrektora zawierające informację ze wskazaniem kwoty jaką może przeznaczyć Zamawiający na realizację zamówienia. Również uczestnik postępowania odwoławczego wskazał na brak interesu po stronie Odwołującego z uwagi na to, że Odwołujący nie może dostarczyć ciągników, które wskazał w ofercie – na tą okoliczność złożył oświadczenie z 15 listopada 2016 r. wydane przez Hydro-masz Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Brzeźnie, z którego wynika, że Odwołujący nie ma prawa do świadczenia sprzedaży i serwisu ciągników TYM oraz nie ma prawa do świadczenia i udzielania gwarancji na ciągniki marki TYM na terenie Rzeczypospolitej Polskiej.

Izba wskazuje, że legitymacja do wniesienia odwołania warunkowana jest koniecznością poszukiwania ochrony prawnej przed nieuzasadnionym pozbawieniem udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, uzyskania takiego zamówienia. Odwołanie stanowi środek ochrony prawnej skierowany na zmianę sytuacji wykonawcy w danym postępowaniu a interes Odwołującego oceniany jest na moment wniesienia odwołania. Podniesienie przez Zamawiającego oraz uczestnika postępowania odwoławczego, że Odwołujący nie posiada interesu we wniesieniu odwołania wskazuje na brak zrozumienia po ich stronie mechanizmów ustawy Prawo zamówień publicznych. Słusznie wskazał Odwołujący w trakcie rozprawy, że w przypadku środków finansowych jakie zabezpieczył Zamawiający na realizację zamówienia argumentacja ta jest przedwczesna, ponieważ dopiero w sytuacji, gdyby oferta Odwołującego została wybrana w postępowaniu to Zamawiający mógłby dokonywać czynności z powołaniem się na posiadane środki na realizację zamówienia; tym samym wskazać należy, że na dzień rozpoznania tego odwołania argumentacja Zamawiającego jest przedwczesna. W odniesieniu do argumentów uczestnika postępowania odwoławczego to równie i w tym zakresie argumentacja nie znajduje uzasadnienia dla wykazania braku interesu we wniesieniu odwołania na tym etapie postępowania o udzielenie zamówienia, zauważyć bowiem należy, że oferta Odwołującego została oceniona przez Zamawiającego jako prawidłowa, w tym zakresie nie były wnoszone żadne środki ochrony prawnej a Odwołujący w sposób należyty wniósł odwołanie. Ewentualna argumentacja, jakiej użył uczestnik postępowania jest również przedwczesna i mogłaby się materializować w sytuacji podniesienia zarzutów w stosunku do oferty

Odwołującego. Podkreślenia wymaga również, że uznanie czy oferta spełnia wymagania Zamawiającego, czy możliwa jest realizacja zamówienia należy do Zamawiającego. Dopiero następnie te czynności mogą być kwestionowane przez innych wykonawców jak również mogą zostać poddane kontroli w postępowaniu odwoławczym.

Uwzględniając powyższe Izba nie uznała argumentacji przedstawionej przez Zamawiającego i uczestnika postępowania i uznała, że Odwołujący posiadał interes we wniesieniu przedmiotowego odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawców S. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą S. M. Komunalny.PI – wspólnik spółki cywilnej z siedzibą w Solcu oraz P. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Komunalny.PI wspólnik spółki cywilnej P. P. z siedzibą w Solcu, działających w spółce cywilnej pod nazwą Komunalny.pl, którzy zgłosili swoje przystąpienie w dniu 14 listopada 2016 roku (poniedziałek) w wyniku wezwania do jego zgłoszenia w dniu 10 listopada 2016 roku.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie a także stanowiska i oświadczenia Stron i uczestnika postępowania odwoławczego złożone ustnie do protokołu.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

I.

Na wstępie Izba działając zgodnie z art. 196 ust. 4 ustawy, podaje podstawy prawne z przytoczeniem przepisów prawa odnośnie rozstrzygnięcia zarzutów odwołania podnoszonych przez Odwołującego:

- art. 7 ust. 1 ustawy – *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości oraz w ustępie 3 tego przepisu – Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy,*

- z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust.2 pkt 3*

- art. 91 ust. 1 ustawy – *Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.*

- art. 26 ust. 3 ustawy - *Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.*

- art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy – *Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się: wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej „kryteriami selekcji”, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów.*

II.

Na podstawie art. 191 ust. 2 ustawy *wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania.* Na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy – *Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy.* Przepis ten nakłada na Strony postępowania obowiązek, który zarazem jest uprawnieniem Stron, wykazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne. Postępowanie przez Izbę stanowi postępowanie kontradyktoryjne, czyli sporne a z istoty tego postępowania wynika, iż spór toczą Strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą

określone skutki prawne. Powołując w tym miejscu regulację art. 14 ustawy *do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej* przechodząc do art. 6 Kodeksu cywilnego *ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne* należy wskazać, iż właśnie z tej zasady wynika reguła art. 190 ust 1 ustawy. Przepis art. 6 Kodeksu cywilnego wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne; *ei incubit probatio qui dicit non qui negat (na tym cięży dowód kto twierdzi a nie na tym kto zaprzecza)*.

Izba wskazuje, że postępowanie odwoławcze jest odrębnym od postępowania o udzielenie zamówienia publicznego postępowaniem, które ma na celu rozstrzygnięcie powstałego pomiędzy Stronami sporu. W trakcie postępowania odwoławczego to Odwołujący kwestionuje podjęte przez Zamawiającego decyzje w zakresie oceny ofert i wykonawców w postępowaniu, nie zgadza się z podjętymi czynnościami lub zaniechaniem określonych działań, tak więc zgodnie z regułą płynącą z art. 190 ustawy to na Odwołującym ciąży ciężar dowiedzenia, że stanowisko Zamawiającego jest nieprawidłowe. Izba wskazuje w tym miejscu na wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 19 marca 2009 roku sygn. akt X Ga 32/09, w którym to orzeczeniu Sąd wskazał między innymi *Ciężar udowodnienia takiego twierdzenia spoczywa na tym uczestniku postępowania, który przytacza twierdzenie o istnieniu danego faktu, a nie na uczestniku, który twierdzeniu temu zaprzecza (...). Aktywność we wnioskowaniu dowodów winien wykazywać zwłaszcza odwołujący, gdyż w większości przypadków to on będzie wywodził z faktu skutki prawne.*

III.

W zakresie zarzutów związanych ze świadectwem homologacji oraz deklaracjami zgodności z normami UE – Izba uznała zarzuty za niezasadne.

Izba ustaliła:

Zgodnie ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ) pkt 13 *Opis sposobu przygotowania ofert* Zamawiający wskazał:

13.1 Wraz z ofertą powinny być złożone:

6) Kserokopia świadectwa homologacji (tam gdzie wymagana) i deklaracja zgodności

z normami UE (tam gdzie wymagana)

Zgodnie pkt 4 SWIZ – *Przedmiot zamówienia* Zamawiający wymagał w ppkt. 4.1.: Dostarczone ciągniki muszą być wyposażone w następujące dokumenty: - *świadcstwo homologacji na terenie RP, deklaracja zgodności normami UE na osprzęt do ciągników,*

Izba zważyła:

W zakresie dokumentów świadectwa homologacji Odwołujący w trakcie rozprawy przyznał rację Zamawiającemu, ale nie cofnął zarzutu.

Podkreślenia wymaga, że stanowisko Zamawiającego jak i uczestnika postępowania odwoławczego wskazywało na to, że na etapie złożenia oferty niemożliwym jest złożenie świadectwa homologacji dla konkretnego oferowanego ciągnika, ponieważ w opisie przedmiotu zamówienia Zamawiający wymagał zaoferowania nowych fabrycznie ciągników, a dla takich maszyn świadectwo homologacji wystawiane jest po wyprodukowaniu, ponieważ w świadectwie homologacji zawarty jest nr VIN (numer podwozia). Zamawiający nie wymagał podania w ofercie roku produkcji oferowanych ciągników.

Izba zaznacza, że Zamawiający wymagał dostarczenia świadectwa homologacji wraz z ciągnikiem. Wskazane w punkcie 13.1 ppkt 6 SWIZ wymaganie złożenia świadectwa homologacji należy uznać za warunkowe co oznacza, że materializuje się owy obowiązek w przypadku istnienia ww. dokumentu. Znamiennym jest również to, że Zamawiający nie wymagał składania wraz z ofertą wzorów świadectw homologacji. Podkreślenia wymaga również, że jeżeli świadectwo homologacji dla oferowanych ciągników na dzień złożenia oferty nie istnieje, to nie ma możliwości jego złożenia i nie może być wymagane. Taki stan rzeczy potwierdza zachowanie zarówno Odwołującego jak i uczestnika postępowania odwoławczego, którzy nie złożyli w ofertach świadectw homologacji a jedynie wzory tych dokumentów, co więcej załączone przez nich do ofert dokumenty stanowią kopię tego samego dokumentu.

Dodatkowo Izba wskazuje, że jeżeli jakieś postanowienia SWIZ byłyby niejednoznaczne, bądź niemożliwe z przyczyn obiektywnych do spełnienia – co w tym przypadku potwierdzili zarówno Odwołujący, Zamawiający jak i uczestnik postępowania odwoławczego - to ich interpretacja musi być dokonywana z korzyścią dla wykonawców. W rozpoznawanym przypadku w sposób ewidentny widać, że obaj wykonawcy tj. zarówno Odwołujący jak i uczestnik postępowania odwoławczego w sposób jednoznaczny zrozumieli postanowienia SIWZ. Jednakże w ocenie Izby, w przypadku gdy nie istnieją na dzień składania oferty

świadczenia homologacji to wykonawca w przedmiotowym postępowaniu nie był zobowiązany do składania jakichkolwiek wzorów tych dokumentów. Odwołujący nie wykazał w postępowaniu, że takie dokumenty tj. świadectwa homologacji dla ciągników oferowanych przez uczestnika postępowania odwoławczego są w jego posiadaniu, tym samym w ocenie Izby nie wykazał, że doszło do naruszenia postanowień SWIZ.

W zakresie załączenia do oferty deklaracji zgodności z normami UE dla osprzętu, powyżej zamieszczona argumentacja pozostaje aktualna. Podkreślić należy, że wystawienie tych dokumentów, podobnie jak w przypadku świadectw homologacji, możliwe jest dopiero po wyprodukowaniu danego osprzętu. Na uwagę zasługuje również i w tym zakresie, że także Odwołujący do oferty załączył wzory deklaracji zgodności a nie deklaracje zgodności z normami UE dla oferowanego osprzętu. Takie też wzory załączył uczestnik postępowania odwoławczego, przy czym dwa z oferowanych osprzętów miały pochodzić od jednego producenta i dlatego załączył jeden wzór deklaracji zgodności z normami UE. Izba ponownie zaznacza, że nie było w SWIZ wymagania złożenia wzorów deklaracji zgodności z normami UE dla osprzętu, dlatego też nie można stawić zarzutów w stosunku do tak złożonych dokumentów. Izba wskazuje, że wbrew twierdzeniu Odwołującego, załączony do oferty uczestnika postępowania odwoławczego dokument pochodzący od PPUH „Pomarol” S.A. nie stanowi deklaracji zgodności z normami UE dla danego oferowanego sprzętu. To również jest wzór dokumentu, w którym nie zostały podane takie dane jak numer fabryczny, model, rok produkcji, numer deklaracji, data wystawienia (sporządzenia).

Również w tym przypadku Odwołujący nie wykazał, że deklaracje zgodności z normami UE dla osprzętu oferowanego przez uczestnika postępowania odwoławczego są w jego posiadaniu, tym samym nie wykazał, że doszło do naruszenia postanowień SWIZ.

W ocenie Izby podnoszona przez Odwołującego argumentacja wydaje się być przygotowana jedynie na potrzeby tego postępowania odwoławczego ponieważ sam Odwołujący nie załączył żadnych dokumentów, tj. ani świadectwa homologacji dla ciągników ani deklaracji zgodności z normami UE dla osprzętu do złożonej oferty, co w sposób jednoznaczny pokazuje, że sam również na tym etapie nie dysponował takimi dokumentami. Odwołujący nie wykazał również na podstawie jakich postanowień SWIZ wykonawcy zobowiązani byli do załączenia wzorów ww. dokumentów do oferty jednocześnie budując w oparciu o te dokumenty zarzuty. Na marginesie Izba wskazuje, że ww. dokumenty nie stanowią treści oferty a więc istniałaby możliwość ich uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3

ustawy, o ile oczywiście należałoby je uzupełniać.

W zakresie zarzutów związanych z dowodami określającymi,
że dostawy zostały wykonane należyście.

Izba ustaliła:

Zgodnie z pkt 6 SIWZ – *Warunki udziału w postępowaniu i sposób dokonywania oceny ich spełnienia* w ppkt 6.2.3. SIWZ – *Zdolność techniczna* Zamawiający wskazał:

Część 1 a) Wykonawcy: Wykonawca musi wykazać się wiedzą i doświadczeniem polegającymi na wykonaniu (zakończeniu) w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy— w tym okresie zrealizował dostawę min. 9 szt. ciągników rolniczych wraz z osprzętem.

W pkt 7 SWIZ – *Wykaz oświadczeń i dokumentów wymaganych dla potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia oraz potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu* w ppkt 7.7.1. SIWZ – *W celu potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia Wykonawcy z udziału w postępowaniu: a) dowody określające czy dostawy wykonane przez wykonawcę i wymienione w jednolitym dokumencie w Części IV Sekcja C („realizacja dostaw określonego rodzaju”) zostały wykonane należyście.*

Uczestnik postępowania odwoławczego na wezwanie Zamawiającego przedstawił dokumenty tj. protokoły, które wskazywały na realizację poszczególnych dostaw oraz odnosiły się do wykonanych czynności w trakcie dostawy / odbioru sprzętu. W ocenie Odwołującego dokumenty te nie potwierdzają należytej realizacji zamówienia, są podpisane przez osoby szeregowo oraz cel tych dokumentów jest inny niż referencji.

Izba wskazuje, że legitymacja spełnienia warunku wynika z oświadczenia złożonego przez wykonawcę w jednolitym dokumencie w *Części IV Sekcja C („realizacja dostaw określonego rodzaju”)* oraz dokumentach złożonych na wezwanie Zamawiającego. Zamawiający oceniając spełnienie warunku udziału w postępowaniu zobowiązany jest do badania złożonych dokumentów łącznie, tzn. badanie informacji zawartych w jednolitym dokumencie wraz z informacjami zawartymi w referencjach bądź innych dokumentach załączonych przez wykonawcę. Nieuprawnionym byłoby dokonywanie oceny tychże dokumentów rozłącznie, tym bardziej, że treść referencji bądź innych dokumentów przedstawionych na wezwanie nie została określona w obowiązujących przepisach, a jej zakres zależy każdorazowo od

podmiotu, który tę referencję, bądź inny dokument wystawia. W tym miejscu Izba zwraca uwagę na Rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 26 lipca 2016 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz.U. z 2016 poz.1126) zgodnie z § 2 ust. 4 *W celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający może żądać następujących dokumentów: 2) wykazu dostaw lub usług wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi były wykonywane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wydane nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.*

Wskazać należy, że nie są zdefiniowane w treści rozporządzenia wymagania w zakresie obowiązku zamieszczenia w składanych dokumentach potwierdzających należyte wykonanie dostawy szczegółowej informacji o przedmiocie wykonanej umowy. Zamawiający nie może żądać od wykonawcy aby z dokumentów sporządzonych przez osoby trzecie wynikało coś więcej poza wymaganiami określonymi w rozporządzeniu, informacje takie mogą wynikać jedynie z oświadczenia wykonawcy. Podkreślenia wymaga, że ze złożonych dokumentów wynikać musi potwierdzenie należytego wykonania dostawy. Jednocześnie nie zostało określone w rozporządzeniu, że w dokumentach składanych ma zostać użyty zwrot „należycie”, każde sposób wykazania prawidłowości, poprawności, zgodności, kompletności dokonanej dostawy należy uznać za prawidłowy. Oświadczenie dotyczące należytego wykonania dostawy nie musi się sprowadzać do wystawienia referencji, bowiem to tylko jeden ze sposobów potwierdzenia należytego wykonania dostawy. Jak również nie można się zgodzić z tym, że referencja jest wystawiana później niż protokół, nigdzie

w obowiązujących przepisach nie ma bowiem zawartej takiej regulacji, która nakazuje bądź zabrania wystawienia referencji w określonym terminie, co prowadzi do wniosku, że może być ona wystawiona również w dniu dostawy. Z obowiązujących przepisów nie wynika również, że referencje musi podpisać osoba uprawniona do reprezentacji odbiorcy dostawy (np. prezes, prokurent), co nie czyni również referencji dokumentem bardziej lub mniej wiarygodnym. Wskazać należy, że ten kto podpisuje protokół odbioru niewątpliwie jest uprawniony do występowania w imieniu odbiorcy dostawy, a bez znaczenia dla sprawy pozostaje to, że jest to szeregowy pracownik odbiorcy. Izba zaznacza, że Odwołujący nie podniósł zarzutu, nie argumentował, że protokoły nie zostały podpisane bądź podpisane zostały przez osoby nieuprawnione, a nie sposób wywieść takiej argumentacji ze stwierdzenia Odwołującego, „że na większości poświadczeń nie można rozszyfrować, kto dokładnie podpisał ten dokument”.

W ocenie Izby Odwołujący nie odniósł się do treści protokołów a jedynie posłużył się ogólnym stwierdzeniem, że te nie zawierają określenia, że dostawy zostały wykonane należycie, co w ocenie Izby nie zasługuje na uwzględnienie. Podkreślenia wymaga, że niezmiennie w doktrynie i orzecznictwie ugruntowane jest, że dokumenty przedstawiane na potwierdzenie należytej realizacji dostawy pochodzą od podmiotów nie będących uczestnikami postępowania o udzielenie zamówienia, tym samym nie sposób wymagać aby stanowiły „przekalkowanie” treści zawartych w rozporządzeniu. Izba nie podziela również argumentacji Odwołującego, że protokoły zostały przygotowane przez dostawcę dlatego nie są dokumentami wystawionymi przez odbiorców. Warto wskazać, że Odwołujący sam w treści odwołania (w zakresie zarzutów dotyczących świadectwa homologacji i deklaracji zgodności z normami UE) wskazywał, że dla ważności dokumentu niezbędny jest podpis, a osoba, która dokument podpisała potwierdza, że się z nim zapoznała i bierze za niego odpowiedzialność. Izba uznała, że dokumenty (protokoły) pochodzą od podmiotów, na rzecz których dokonywane były dostawy, co zostało potwierdzone podpisami na dokumentach, których to podpisów Odwołujący nie kwestionował. Odwołujący nie kwestionował, że któryś z protokołów nie pochodzi od wskazanego w nim odbiorcy. Nadmienić należy również, że określenie odnoszące się do wystawienia dokumentów przez podmiot na rzecz, którego dostawa została zrealizowana nie dotyczy sytuacji, w której ktoś inny fizycznie przygotowuje druk dokumentu do wypełnienia lecz odnosi się do takich okoliczności, w których to inny podmiot świadczy o wykonaniu dostawy przez jakiś podmiot na rzecz odbiorcy.

Izba uznała, że w tym zakresie nie doszło do naruszenia obowiązujących regulacji prawnych i nie ma podstaw do wzywania uczestnika postępowania odwoławczego do uzupełniania

dokumentów potwierdzającą należytą realizację wskazanych dostaw.

Odnosnie dostawy na rzecz Lubelskiego Zarządu Obsługi Przejść Granicznych w Chełmie, przedmiotem zgodnie z dokumentem jednolitym była dostawa ciągnika rolniczego TYM T754 wraz z osprzętem, jednocześnie w dokumencie złożonym na potwierdzenie należytego wykonania tej dostawy wskazano, że przedmiotem odbioru był tylko ciągnik. W ocenie Izby założenie, na którym oparł swoją argumentację Odwołujący jest nieprawidłowe ponieważ Zamawiający nigdzie nie zdefiniował co rozumie przez „osprzęt” w określonym warunku; co istotne sam Odwołujący przyznał w trakcie rozprawy, że nie ma takiej definicji (definicji osprzętu). Nie sposób odnosić sformułowanie „wraz z osprzętem” jedynie do takiego osprzętu jaki jest zamawiany przez Zamawiającego w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia i wskazany w opisie przedmiotu zamówienia, bowiem nie odniósł się do tego sam Zamawiający w treści SWIZ. Odwołanie się do opisu przedmiotu zamówienia tak jak tłumaczył to Odwołujący, musiałoby prowadzić do wniosku, że tylko dostawy z takim samym osprzętem jaki zamawia Zamawiający potwierdzałyby spełnienie warunku, ale taki wniosek jest nieuprawniony. Zamawiający, uwzględniając brzmienie warunku, w zasadzie pozostawił otwartą ścieżkę dla wykonawców do wykazania jego spełnienia, bowiem nie określił minimalnych wymagań co do rodzaju i ilości osprzętu. Tak więc, w ocenie Izby każda dostawa ciągnika z osprzętem będzie potwierdzała spełnienie wymagań Zamawiającego co do postawionego warunku. Zamawiający w swojej argumentacji odwołał się do słownikowego określenia słowa „osprzęt” tj. *pomocnicze wyposażenie urządzenia technicznego*. Zamawiający zwrócił również uwagę, odnosząc się do dokumentów załączonych przez Odwołującego do odwołania - opis przedmiotu zamówienia ciągnika dla Lubelskiego Zarządu Obsługi Przejść Granicznych w Chełmie - i odnosząc się do punktu *hydraulika*, Zamawiający wskazał, że został zamontowany osprzęt - przedni TUZ; również osprzęt stanowi klimatyzacja oraz wyposażenie dodatkowe (obciążenie osi przedniej, lampa błyskowa ostrzegawcza, manualny suwliwy zaczep transportowy oraz zaczep polowy dolny). Uczestnik postępowania odwoławczego przedstawił oświadczenie Hydro-masz Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Brzeźnie, że TUZ przedni stanowi osprzęt dodatkowy, posiada inne od ciągnika numery fabryczne. Również z przedstawionego oświadczenia Lubelskiego Zarządu Obsługi Przejść Granicznych w Chełmie wynika, że ciągnik został dostarczony z dodatkowym osprzętem. Profesjonalizm wykonawców powinien mieć w szczególności odzwierciedlenie w ich działaniach, tym samym trudno uznać za takie działanie Odwołującego, bowiem skoro przedni TUZ posiada

inny, własny numer fabryczny to dla każdego podmiotu trudniącego się sprzedażą ciągników oczywistym powinno być, że jest to osprzęt.

W ocenie Izby z powyższego w sposób jednoznaczny wynika, że Zamawiający prawidłowo dokonał oceny złożonych dokumentów, tym samym nie doszło o wprowadzenia Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu. Uczestnik postępowania odwoławczego wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu.

W zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy - Izba uznała, że działanie Zamawiającego było zgodne z obowiązującymi przepisami i nie naruszyło zasady zamówień publicznych w tym w szczególności podnoszonych przez Odwołującego zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji. Zasada równego traktowania wykonawców, jak podniósł to Sąd Okręgowy w Bydgoszczy *oznacza jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania, bez stosowania przywilejów, ale także środków dyskryminujących wykonawców ze względu na ich właściwości. Jej przestrzeganie polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji, nie zaś na jednakowej ocenie wykonawców* (porównaj: Postanowienie Sądu Okręgowego w Bydgoszczy z 17 marca 2008 roku sygn. akt VIII Ga 22/08). Zasada równego traktowania wykonawców wskazuje więc na obowiązek jednakowego traktowania wykonawców bez ulg i przywilejów zaś zasada zachowania uczciwej konkurencji związana jest z obowiązkami jakie nakłada ustawodawca na Zamawiającego w czasie przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielnie zamówienia w tym dokonania rzetelnej oceny ofert (porównaj: Wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach z 22 kwietnia 2008 roku sygn. akt X Ga 25/08).

Zasada udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy określona w art. 7 ust. 3, uwzględniając znaczenie powyżej przywołanych zasad oraz racjonalność przepisów, dotyczy zakazu dokonywania cesji praw lub przejęcia długów na rzecz podmiotów lub przez podmioty nieuczestniczące w postępowaniu o zamówienie publiczne. Tym samym Zamawiający, wywodząc to z zasady legalizmu działania Zamawiającego, zobowiązany jest do udzielenia zamówienia wykonawcy, który uczestniczył w postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego oraz został wybrany zgodnie z przepisami ustawy – w rozpoznawanej sprawie nie doszło do naruszenia wskazanej zasady.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 3 pkt. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie *wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania* (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zmianami).

Przewodniczący:.....