

## WYROK

z dnia 13 grudnia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący:** Dagmara Gałczewska-Romek  
Emilia Garbala  
Magdalena Grabarczyk

**Protokolant:** Marcin Jakóbczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 grudnia 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 grudnia 2017 r. przez **G. M., prowadzącego działalność gospodarczą p.n. MAT-BUS G. M., ul.Koziegłowska 32, 42-310 Żarki** w postępowaniu prowadzonym przez **Zespół Ekonomiczno - Administracyjny Oświaty Samorządowej w Koziegłowach, Plac Moniuszki 14, 42-350 Koziegłowy**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu oraz nakazuje dokonanie ponownego badania i oceny ofert i wezwanie Odwołującego w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp do udzielenia wyjaśnień lub/i w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

2. kosztami postępowania obciąża **Zespół Ekonomiczno - Administracyjny Oświaty Samorządowej w Koziegłowach, Plac Moniuszki 14, 42-350 Koziegłowy** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy), uiszczoną przez **G. M., prowadzącego działalność gospodarczą p.n. MAT-BUS G. M., ul. Koziegłowska 32, 42-310 Żarki** tytułem wpisu od odwołania.

2.2. zasądza od **Zespołu Ekonomiczno - Administracyjnego Oświaty Samorządowej w Koziegłowach, Plac Moniuszki 14, 42-350 Koziegłowy** kwotę **11 100 zł** (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy), stanowiącą wysokość wpisu oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika, zgodnie ze złożonymi do akt fakturami.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Częstochowie**.

**Przewodniczący:** .....

.....

.....

## Uzasadnienie

Zamawiający - Gmina i Miasto Koziegłowy, Zespół Ekonomiczno-Administracyjny Oświaty Samorządowej w Koziegłowach - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dowóz dzieci do szkół podstawowych i gimnazjów na terenie Gminy i Miasta Koziegłowy pojazdami przeznaczonymi do przewozu dzieci od dnia 01.01.2018 r. do 30.06.2018 r. oraz od 01.09.2018r. do 30.06.2019r. w formie zakupu biletów miesięcznych. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 12.10.2017r. pod nr 600697-N-2017.

W dniu 4.12.2017r. Odwołujący – M. G., prowadzący działalność gospodarczą p.n. Mat-Bus G. M. wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od czynności Zamawiającego polegającej na wykluczeniu wykonawcy z udziału w postępowaniu. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;
2. art.24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp poprzez wykluczenie wykonawcy z postępowania z naruszeniem obowiązującej procedury poprzez zaniechanie czynności opisanych poniżej w pkt. 3 i 4 oraz poprzez uznanie, że wykonawca nie spełnia warunków udziału w postępowaniu;
3. art. 26 ust. 3 w nawiązaniu do art. 22a ust. 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy do ponownego przedłożenia dokumentów, z których wynikałby fakt, iż spełnia warunki udziału w przedmiotowym postępowaniu;
4. art.85 ust.2 ustawy Pzp poprzez uznanie, że Wykonawca nie był związany ofertą, ze względu na upływ terminu związania ofertą.

Odwołujący wniósł o merytoryczne rozpoznanie sprawy i nakazanie Zamawiającemu:

1. dokonania czynności unieważnienia wykluczenia wykonawcy z postępowania i dokonania wyboru oferty wykonawcy jako spełniającej warunki określone w SIWZ i najkorzystniejszej;

alternatywnie

2. dokonania czynności unieważnienia wykluczenia Wykonawcy z postępowania i wezwania Wykonawcy do ponownego przedłożenia dokumentów, z których wynikałby fakt, iż spełnia on warunki udziału w postępowaniu;
3. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

Nie zgadzając się z decyzją Zamawiającego o unieważnieniu postępowania i wykluczeniu Odwołującego z udziału w postępowaniu, Odwołujący podniósł, że Zamawiający przed wyborem najkorzystniejszej oferty dokonał badania Wykonawcy pod kątem spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia z postępowania. Po przeprowadzonym badaniu, poprzedzonym wezwaniem Wykonawcy na podstawie art. 26 ust. 2 ustawy PZP do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw do wykluczenia z postępowania, Zamawiający uznał, iż Wykonawca nie podlega wykluczeniu z przedmiotowego postępowania oraz spełnia wszystkie określone przez Zamawiającego w SIWZ warunki udziału w postępowaniu, co w konsekwencji doprowadziło do czynności wyboru oferty Wykonawcy jako najkorzystniejszej. W dniu podpisania umowy (dzień podpisania umowy jaki wyznaczył Zamawiający, był dniem po upływie terminu związania ofertą) Zamawiający stwierdził jednak, iż Wykonawca nie spełnia warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym. Zamawiający stwierdził, iż Wykonawca nie wykazał się prawem własności do autobusów przeznaczonych do wykonywania zamówienia. Odwołujący zaznaczył, iż Zamawiający w dniu podpisania umowy wymagał od Wykonawcy okazaniem się dowodów prawa własności pojazdów, co z kolei narusza obowiązujące przepisy prawa, gdyż Wykonawca nie musi posiadać prawa własności w zakresie wymaganego przez Zamawiającego potencjału technicznego, a jedynie w przypadku, kiedy sam go nie posiada, winien udowodnić, iż dysponuje lub będzie dysponował takowym potencjałem do realizacji zamówienia. Odwołujący w ofercie oraz w dokumentach złożonych na wezwanie Zamawiającego na podstawie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp wykazał, iż taki potencjał posiada. Do oferty załączył zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobów tj. potencjału technicznego w celu realizacji zamówienia. Ze złożonego zobowiązania w sposób oczywisty wynika, iż podmiot udostępniający zasoby oddaje do dyspozycji wykonawcy 4 autobusy w pełnym zakresie, niezbędnym do realizacji zamówienia, przez cały okres obowiązywania umowy. Dodatkowo, w złożonym na wezwanie Zamawiającego, wykazie sprzętu, Odwołujący potwierdził dysponowanie 4 autobusami na zasadzie umowy dzierżawy, natomiast 1 autobus stanowi własność wykonawcy.

Odwołujący nie zgodził się z zarzutem Zamawiającego dotyczącym tytułu prawnego do dysponowania pojazdami, podniósł, że taki tytuł prawny okazał poprzez założone do oferty zobowiązanie podmiotu trzeciego do oddania do dyspozycji Wykonawcy zasobów niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego. Co więcej w wyznaczonym dniu podpisania umowy przedstawił umowy leasingu. Zaznaczył, iż Wykonawca nie miał obowiązku przedstawiania takowych umów, a wywody Zamawiającego nie mają żadnego

znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszego sporu. W odniesieniu do zarzutu braku aktualnych badań technicznych, Odwołujący nie zgodził się z twierdzeniem Zamawiającego, iż już w dniu podpisania umowy pojazdy winny mieć aktualne badania techniczne. Świadczą o tym zapisy zawarte przez Zamawiającego w SIWZ. W opisie przedmiotu zamówienia, Zamawiający w pkt. 12 określił, iż wykonanie zamówienia ma odbywać się za pomocą pojazdów w pełni sprawnych technicznie. Stan techniczny autobusów świadczących usługę musi zostać potwierdzony odpowiednimi dokumentami przeglądów technicznych. Zamawiający nie określił, kiedy takie dokumenty winny być przedstawione, skoro dopiero wykonywanie zamówienia, które rozpoczęłoby się od dnia 01.01.2018r., wymaga posiadania sprawnych technicznie pojazdów, to w dniu podpisania umowy autobusy nie musiały mieć aktualnego przeglądu technicznego. A jak Zamawiający sam zaznaczył, Wykonawca jest profesjonalistą i usługę wykonywałby zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa. Dotyczy to również wymogu posiadania aktualnych przeglądów technicznych autobusów, którymi Wykonawca wykonywałby zamówienie. Brak obowiązku przedstawienia, w dniu podpisania umowy, dokumentów potwierdzających posiadanie aktualnych przeglądów technicznych pojazdów, wynika również z zapisów części XIV SIWZ (Informacje o formalnościach, jakie powinny zostać dopełnione po wyborze oferty w celu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego). W punkcie 5 części XIV SIWZ, Zamawiający określił, iż „Przed podpisaniem umowy Wykonawca przedstawi kserokopie dowodów rejestracyjnych dla pojazdów wskazanych w Wykazie sprzętu - składanym przez Wykonawcę na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu”. W zacytowanym punkcie oraz w całej części XIV SIWZ, nie ma zapisu, który zobowiązywałby Wykonawcę do przedłożenia dokumentów potwierdzających posiadanie aktualnych przeglądów technicznych. Powyższe dowodzi, w ocenie Odwołującego, iż spełnia on warunki udziału w postępowaniu.

Zdaniem Odwołującego, w zaistniałej sytuacji, jeśli nawet Zamawiający w wyznaczonym dniu podpisania umowy stwierdził, iż wykonawca nie spełnia warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym, to winien unieważnić czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, a następnie zastosować art. 26 ust. 3 w zw. z art. 22a ust. 6 ustawy Pzp i wezwać wykonawcę do przedłożenia dokumentów potwierdzających spełnienie przez niego warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący przytoczył treść przepisów oraz opinię Urzędu Zamówień Publicznych dotyczącą relacji art. 22a ust. 6 do art. 26 ust. 3 ustawy Pzp i wskazał, że przepisy te nakładają na Zamawiającego obowiązek wezwania wykonawcy do przedłożenia określonych dokumentów lub też żądania od wykonawcy dokonania określonych czynności.

Odnosnie terminu związania ofertą Odwołujący stwierdził, że nieuzasadnione jest stanowisko Zamawiającego, iż nie dokonał czynności wezwania do uzupełnienia dokumentów, bowiem upłynął termin związania ofertą wykonawcy. Podniósł, że Zamawiający wyznaczył termin podpisania umowy na dzień 24.11.2017r., natomiast termin związania ofertą upływał dnia 23.11.2017r. W dniu 24.11.2017r. Zamawiający dokonał ponownego badania oferty, uznając niejako, że wykonawca jest nadal związany ofertą. Kierownik Zamawiającego w dniu 24.11.2017r. stwierdził, odmawiając podpisania umowy, że powziął wątpliwość co do dokumentów przedłożonych przez wykonawcę i musi zasięgnąć opinii radcy prawnego co do dalszego postępowania. W dniu 27.11.2017r. (pierwszy dzień roboczy po dniu 24.11.) Odwołujący złożył Zamawiającemu oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą o kolejne 30dni. Wskazał, że ustawa nie określa w jakim terminie wykonawca winien złożyć oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą. Czynności wykonywane przez Zamawiającego począwszy od dnia 24.11.2017r. oraz złożone oświadczenie wykonawcy o przedłużeniu terminu związania ofertą, w sposób spójny potwierdzają, iż zarówno wykonawca jak i Zamawiający czuli się tą ofertą związani. Co więcej, przez cały ten okres, na koncie Zamawiającego było przechowywane wadium. Ciągłość wadium, brak jego zwrotu przez Zamawiającego oraz brak wniosku Wykonawcy o jego zwrot, jednoznacznie sugeruje, iż Zamawiający i Wykonawca byli przez cały ten okres związani ofertą. Na poparcie swojego stanowiska Odwołujący przywołał szereg orzeczeń i uchwał Krajowej Izby Odwoławczej a także postanowienie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 24 lutego 2010 Sygn. akt SK 22/08 w przedmiocie dopuszczalności zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego po upływie terminu związania ofertą. Odwołujący wskazując na czynności dokonane przez Zamawiającego w toku tego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego podniósł, że w dokumencie „informacja o unieważnieniu” Zamawiający opisał w sposób szczegółowy, dlaczego w jego ocenie wykonawca, którego ofertę wybrał nie spełnia warunków udziału w postępowaniu i powinien podlegać wykluczeniu. Na końcu pisma doszedł do zdumiewającej konkluzji, iż skoro nie może z powodu upływu terminu związania ofertą wykluczyć wykonawcy to unieważni postępowanie, wskazując podstawę z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Odwołujący podkreślił, że przedmiotowy przepis ma zastosowanie jedynie w przypadku okoliczności leżących po stronie Zamawiającego, nie zaś wykonawcy, co oznacza, że nie ma związku z tym stanem faktycznym. W ocenie Odwołującego nie ulega także wątpliwości, że czynność dokonana przez Zamawiającego jest w istocie czynnością wykluczenia wykonawcy dokonaną z rażącym naruszeniem prawa.

Zamawiający w dniu 8 grudnia 2017r. (wpływ do Krajowej Izby Odwoławczej dnia 11 grudnia 2017r.) złożył pisemną odpowiedź na odwołanie.

**Na podstawie dokumentacji akt sprawy oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron zaprezentowane w trakcie rozprawy, Izba ustaliła, co następuje:**

Przedmiotowe postępowanie o zamówienie publiczne prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego, z zastosowaniem procedury „odwróconej”, określonej w art. 24aa ustawy Pzp.

W zakresie warunków udziału w postępowaniu odnoszących się do dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym, w rozdz. V lit c Siwz Zamawiający wskazał, że warunek zostanie uznany za spełniony jeżeli wykonawca wykaże, że dysponuje lub będzie dysponował w celu wykonania zamówienia min. 5 autobusami o liczbie miejsc siedzących co najmniej 30 każdy. Ocena potwierdzenia spełniania warunku miała zostać dokonana przez Zamawiającego na podstawie załączonego do oferty oświadczenia wykonawcy.

W rozdz. VI pkt 6 SIWZ Zamawiający podał, że przed udzieleniem zamówienia wezwie wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 5 dni terminie, aktualnych na dzień złożenia dokumentów i oświadczeń, w tym m.in.: wykazu narzędzi, wyposażenia zakładu lub urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy w celu wykonania zamówienia wraz z informacją o podstawie dysponowania tymi zasobami według załącznika nr 5 do Siwz.

W dziale XIV. 5 Siwz Zamawiający wskazał, że przed podpisaniem umowy wykonawca przedstawi kserokopie dowodów rejestracyjnych dla pojazdów wykazanych w wykazie sprzętu – składanym na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Świadczenie usług przewozu dzieci do szkół podstawowych i gimnazjów ma się odbywać w okresie od 1.01.2018 do 30.06.2018 oraz od 1.09.2018 do 30.06.2019.

Zgodnie z postanowieniami § 1 ust. 12 projektu umowy usługi przewozowe świadczone muszą być zgodnie z obowiązującymi przepisami w tym zakresie, w szczególności: zapewnienia opieki w czasie przewozu w związku z przepisami ustawy z dnia 7 września 1991r o systemie oświaty oraz z przestrzeganiem przepisów ustawy z dnia 15 listopada 1984r Prawo przewozowe oraz ustawy z dnia 6 września 2001r. o transporcie drogowym. W lit a tego postanowienia wykonawca zobowiązuje się do zapewnienia pojazdów w pełni sprawnych technicznie. Autobusy/busy zgodnie z obowiązującymi przepisami muszą spełniać warunki, które są wymagane dla autobusów szkolnych. Stan techniczny autobusów świadczących usługę musi zostać potwierdzony odpowiednimi dokumentami przeglądów technicznych. Podobnej treści postanowienie zostało podane w dziale I.12 SIWZ.

W dniu 10 listopada 2017r. Zamawiający wezwał na podstawie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp wykonawcę Mat-Bus G. M. (Odwołującego) do złożenia aktualnych dokumentów potwierdzających okoliczności o których mowa w art. 25 ust. 1, w tym m.in. wykazu narzędzi, wyposażenia zakładu lub urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy w celu wykonania zamówienia wraz z informacją o podstawie dysponowania tymi zasobami według załącznika nr 5 do Siwz. Odwołujący przedłożył w określonym przez Zamawiającego terminie stosowne dokumenty, w tym wykaz sprzętu i w dniu 17 listopada 2017r. Zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego. Pismem z dnia 23 listopada 2017r. Zamawiający wezwał Odwołującego do podpisania umowy, wyznaczając dzień 24 listopada o godz. 11.00. W piśmie wzywającym do podpisania umowy wskazał, że wykonawca winien przedstawić kserokopie dowodów rejestracyjnych dla pojazdów wykazanych w wykazie usług. W oparciu o wyjaśnienia stron oraz złożoną w aktach sprawy notatkę służbową, Izba ustaliła, że w dniu 24 listopada 2017r. nie doszło między stronami do podpisania umowy. Z treści notatki wynika, że wykonawca dostarczył 5 kserokopii dowodów rejestracyjnych, z których jeden jest własnością Odwołującego o nr rej. SMY 3XY5, dwa są użytkowane na podstawie umów dzierżawy, które wykonawca przedstawił: nr rej. STA-58519 umowa z dnia 20 maja 2017r oraz nr rej. WOT31581 umowa z dnia 25 września 2017r. Dla pozostałych dwóch autobusów o nr rej. GDA 1PS4 i SK 667HH Odwołujący przedstawił jedynie upoważnienia do korzystania wystawione przez leasingodawcę dla Zajazd Sp. z o.o. W konkluzji notatki wskazano, że w związku z brakiem dokumentów potwierdzających prawo własności do autobusów przeznaczonych do wykonywania zamówienia, podjęcie dalszych kroków wymaga konsultacji z radcą prawnym. Izba ustaliła w oparciu o założone kserokopie dowodów rejestracyjnych, że: pojazd o nr SMY 3XY5 posiada aktualne badania techniczne (ważne do dnia 7.05.2018), pojazd o nr rej. SK 667HH - termin badania technicznego upłynął 12.11.2017r., pojazd WOT 31581 posiadał na dzień podpisania umowy ważne badania techniczne do 26.11.2017r., pojazd o nr rej. STA 58519 ma aktualne badania techniczne (ważne do 8.05.2018r.), pojazd o nr rej. GDA 1PS4-termin badania technicznego upłynął 28.08.2017r. Umowy dzierżawy z dnia 20.05.2017r. oraz 25.09.2017r. dot. pojazdów WOT 31581 oraz STA 58519 zostały zawarte pomiędzy Ejlat Complex Sp. z o.o. a Zajazd Sp. z o.o., który jest podmiotem wskazanym przez Odwołującego jako podmiot trzeci, na którego zasobach w zakresie potencjału technicznego polega wykonawca (dowód: oświadczenie na zał. Nr 2 do SIWZ załączone do oferty). W § 6 umów dzierżawy wskazano, że „najemca nie może bez pisemnej zgody wynajmującego oddać pojazd do bezpłatnego używania albo w podnajem osobie trzeciej”. Ponadto Odwołujący w dniu wyznaczony na podpisanie umowy przedłożył Zamawiającemu 2 upoważnienia leasingodawców dla Zajazd Sp. z o.o.



W dniu 27 listopada 2017r. Odwołujący złożył do Zamawiającego oświadczenie, iż przedłuży termin związania swoją ofertą w przedmiotowym postępowaniu o kolejne 30 dni.

Pismem z dnia 28 listopada 2017r. Zamawiający poinformował o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. W uzasadnieniu faktycznym swojego stanowiska Zamawiający stwierdził, że w dniu podpisania umowy powziął informacje, że wykonawca nie spełnia jednak wymogów SIWZ. Żądanie ważnych dowodów rejestracyjnych konieczne jest ze względu na bezpieczeństwo przewożonych dzieci. Dowody miały być potwierdzeniem, że pojazd jest sprawny technicznie, w wykonawca posiada tytuł prawny do dysponowania pojazdami. Wykonawca nie wykazał, zdaniem Zamawiającego, że na dzień zawarcia umowy posiada jakikolwiek tytuł prawny do dysponowania pojazdami ujętymi w pkt 2-5 wykazu. Umowy najmu dotyczą dysponowania pojazdami przez Zajazd Sp. z o.o. i zawierają wyraźny zakaz udostępnienia pojazdu przez Zajazd sp. z o.o. innym podmiotom bez zgody wynajmującego. Niezależnie od braku wykazania posiadania potencjału technicznego Zamawiający wskazał, że dwa pojazdy z pkt 3 i 5 na dzień podpisania umowy nie były dopuszczone do ruchu z uwagi na brak aktualnych badań technicznych. To, w ocenie Zamawiającego stanowiło ostateczną przeszkodę do podpisania umowy. Zamawiający wskazał, że „okoliczności wskazane na wstępie tj. brak prawa do dysponowania 4 pojazdami oraz brak dopuszczenia do ruchu 2 pojazdów stanowią podstawę do wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Prawa zamówień publicznych, albowiem wbrew zapewnieniom wykonawcy, nie spełnia on warunków udziału w postępowaniu”. Z uwagi na upływ terminu związania ofertą Zamawiający wskazał, że „nie mógł wykluczyć Wykonawcy, a nawet w razie uznania dopuszczalności wykluczenia, czynność ta nie mogła prowadzić do zawarcia umowy z innym wykonawcą wobec upływu terminu związania ofertą”. W takiej sytuacji Zamawiający uznając, że nie jest możliwe zawarcie ważnej umowy z Wykonawcą, którego oferta została wybrana uznał, że zachodzi konieczność unieważnienia postępowania.

**Mając na uwadze powyższe, Izba zważyła co następuje:**

**Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.**

Izba ustaliła, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony wpis. W ocenie Izby wypełnione zostały przesłanki do wniesienia odwołania, określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy.

Nie została wypełniona żadna z przesłanek, określonych w art. 189 ust. 2 ustawy skutkująca odrzuceniem odwołania. Izba oddaliła, zgłoszony w odpowiedzi na odwołanie z dnia 8 grudnia i podtrzymany w toku posiedzenia przed Izbą, wniosek Zamawiającego o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 6 w zw. z art. 180 ust. 2 ustawy Pzp. Wniosek ten opiera się na błędnym, zdaniem Izby, przyjęciu, iż Zamawiający nie dokonał w toku postępowania o zamówienie publiczne czynności wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu, a jedynie dokonał unieważnienia postępowania, która to czynność nie mieści się w katalogu czynności, o których mowa w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp podlegających zaskarżeniu w postępowaniach o zamówienie publiczne, których wartość jest mniejsza od kwot z art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Zdaniem Izby, dla ustalenia faktycznych czynności, jakich dokonał Zamawiający w tym postępowaniu o zamówienie publiczne istotna jest nie tyle nazwa samej czynności, co jej treść i merytoryczne podstawy takiej decyzji. Z treści pisma z dnia 28.11.2017r. „informacja o unieważnieniu” wynika wprost, że Zamawiający nie tylko dokonał unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, ale także uznał, iż cyt. „brak prawa do dysponowania 4 pojazdami oraz brak dopuszczenia do ruchu 2 pojazdów stanowią podstawę do wykluczenia Wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Prawa Zamówień Publicznych”. Z uzasadnienia decyzji o unieważnieniu postępowania wynika także, iż z uwagi na upływ terminu związania ofertami Zamawiający nie mógł wykluczyć Odwołującego z udziału w postępowaniu a nawet gdyby uznać, że dopuszczalnym była czynność wykluczenia to jednak z uwagi na upływ terminu związania ofertami innych wykonawców nie jest możliwe zawarcie umowy i z tego względu Zamawiający podjął decyzję o unieważnieniu postępowania jako obarczonego niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy. Unieważnienie postępowania w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp było zatem jedynie konsekwencją stwierdzenia przez Zamawiającego braku spełnienia wymagań przez Odwołującego i jego wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp oraz upływu terminu związania ofertami. Stąd Izba nie podzieliła stanowiska Zamawiającego, iż odwołanie, które zostało złożone w postępowaniu poniżej progów unijnych, dotyczy wyłącznie czynności unieważnienia postępowania, która nie podlega zaskarżeniu w takich postępowaniach o zamówienie publiczne. Istota sporu i zarzuty odwołania sprowadzają się do nieuzasadnionego, w ocenie Odwołującego, wykluczenia go z udziału w postępowaniu na skutek uznania na etapie podpisania umowy, iż nie spełnia on wymagań w zakresie potencjału technicznego oraz że jego oferta nie wiąże i w tym zakresie odwołanie należy uznać za dopuszczalne w świetle art. 180 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Odnosząc się do samych podstaw wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu, Izba uznała, że nieuzasadnionym i nie znajdującym oparcia w wymaganiach określonych w Siwz, jest stanowisko Zamawiającego, że przedstawione w dniu podpisania umowy dowody rejestracyjne pojazdów musiały mieć aktualne na ten dzień (dzień podpisania umowy) badania techniczne. Wymaganie złożenia dowodów rejestracyjnych z aktualnymi badaniami technicznymi nie wynika z treści przywołanego wyżej postanowienia działu XIV. 5 Siwz ani żadnego innego postanowienia Siwz. Wymóg, aby wykonawca w dniu podpisania umowy dysponował pojazdami posiadającymi aktualne badania techniczne należy uznać za niecelowy, skoro świadczenie usług przewozu ma być wykonywane od 1 stycznia 2018r. To właśnie na ten dzień wykonawca musi dysponować pojazdami z aktualnymi badaniami technicznymi, aby zapewnić świadczenie usług zgodnie z wymaganymi przepisami prawa.

Istotnie, w ocenie Izby, wątpliwości Zamawiającego co do spełnienia wymagania dysponowania pojazdami mogły wzbudzić przedłożone przez Odwołującego, jakkolwiek nie wymagane w tym postępowaniu, umowy dzierżawy dwóch pojazdów zawarte ze spółką Zajazd, w których zastrzeżono możliwość podnajmu pojazdów od uzyskania pisemnej zgody wynajmującego - Ejlat Complex sp. z o.o. Możliwość udostępnienia przez podmiot trzeci - Zajazd Sp. z o.o. tych pojazdów winna być, zdaniem Izby, wyjaśniona przez Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 lub 4 ustawy Pzp. Wykonawca w tym zakresie może złożyć wyjaśnienia lub choćby przedstawić pisemną zgodę wynajmującego na dalsze udostępnienie pojazdów. Z całą pewnością okoliczność niewykazania przez Odwołującego, iż Zajazd Sp. z o.o. posiada zgodę wynajmującego na oddanie do używania albo w podnajem osobie trzeciej pojazdów nie stanowiła jednoznacznej i wystarczającej podstawy do stwierdzenia, że Odwołujący nie spełnia wymagań co do potencjału technicznego.

Niezależnie od powyższego należy zwrócić uwagę, że w sytuacji stwierdzenia - na każdym etapie postępowania o zamówienie publiczne - braku spełnienia wymagań określonych w siwz, obowiązkiem Zamawiającego jest wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do złożenia, uzupełnienia, poprawienia lub do udzielenia wyjaśnień dokumentów lub oświadczeń potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp ma charakter obligatoryjny, co oznacza, że musi on znaleźć zastosowanie przed podjęciem przez Zamawiającego ewentualnej decyzji o wykluczeniu wykonawcy z udziału w postępowaniu, który nie potwierdził okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp.

W sytuacji, gdyby Zamawiający doszedł do przekonania, że zdolności podmiotu trzeciego, na którego zasoby powołuje się Odwołujący, nie potwierdzają jednak spełnienia przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu, Zamawiający jest zobowiązany wezwać na podstawie art. 26 ust. 3 w zw. z art. 22a ust. 6 ustawy Pzp wykonawcę, aby ten w terminie wskazanym przez Zamawiającego: 1. zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami lub 2. zobowiązał się do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia i wykazania zdolności technicznych niezbędnych do realizacji zamówienia.

Niezasadnym jest także stanowisko Zamawiającego, iż z uwagi na upływ terminu związania ofertą nie jest możliwe podpisanie umowy z Odwołującym. Kwestia dopuszczalności zawarcia umowy po terminie związania ofertą, w sytuacji dokonania takiego wyboru jeszcze przed upływem terminu związania ofertą, jak to miało miejsce w analizowanym stanie faktycznym, jest w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej ugruntowana. Znalazła ona także potwierdzenie w przywołanym przez Odwołującego wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 24 lutego 2010 roku Sygn. akt SK 22/08, w którym wyrażono przekonanie, iż upływ terminu związania ofertą nie stoi na przeszkodzie zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Aktualne brzmienie art. 94 ustawy Pzp nie wiąże także zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego z terminem związania ofertą, wskazując jedynie minimalne terminy liczone od dnia przekazania informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej, po upływie których umowa może zostać zawarta. Z okoliczności sprawy wynika, że Odwołujący w rozpatrywanym postępowaniu o zamówienie publiczne, wyraził dalszą gotowość i chęć realizacji zamówienia, przedłużając w dniu 27 listopada 2017r. o kolejne 30 dni termin związania ofertą. Również sam fakt złożenia odwołania świadczy o tym, że wykonawca nadal jest zainteresowany przedmiotowym zamówieniem publicznym. W ocenie Izby nie ulega zatem wątpliwości, że oferta Odwołującego nadal wiąże i Zamawiający może dokonać jej wyboru.

Izba oceniła, że czynność wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu została dokonana z rażącym naruszeniem przepisów prawa, w konsekwencji czego nie było także podstaw do unieważnienia postępowania o zamówienie publiczne na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. W tych okolicznościach Izba uwzględniła odwołanie i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu oraz nakazała dokonanie ponownego badania i oceny ofert i wezwanie Odwołującego w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp do udzielenia wyjaśnień lub/i w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu na zasadach określonych w art. 22a ust. 6 ustawy Pzp.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 1, § 3 i § 5 ust. 2 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).

**Przewodniczący:** .....

.....

.....