

WYROK
z dnia 3 sierpnia 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś

Protokolant: Krzysztof Wasilewski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 sierpnia 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 lipca 2016 r. przez wykonawcę **„POL-DRÓG DRAWSKO POMORSKIE” S.A., Drawsko Pomorskie**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Zielonej Górze,**

orzeka:

- 1. oddala odwołanie;**
- 2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę „POL-DRÓG DRAWSKO POMORSKIE” S.A., i**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną wykonawcę „POL-DRÓG DRAWSKO POMORSKIE” S.A., Drawsko Pomorskie,
 - 2.2. zasądza od wykonawcy „POL-DRÓG DRAWSKO POMORSKIE” S.A., Drawsko Pomorskie na rzecz zamawiającego Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Zielonej Górze, Zielona Góra kwotę 3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164, z późn. zm.) na wyrok – w terminie 7 dni od dnia

jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Zielonej Górze**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Zielonej Górze – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „*Zimowe utrzymanie dróg krajowych administrowanych przez GDDKiA w Zielonej Górze w sezonie 2016-2017-2018 z podziałem na 4 części zamówienia*”, w zakresie części nr 2 (Rejon Nowa Sól), na podstawie ustawy Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej „ustawa Pzp”, „ustawa”, lub „Pzp”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 15/04/2016 r. nr 2016/S 074-129566.

Wartość zamówienia – usługa – jest większa niż kwota określona w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Wykonawca „POL-DRÓG DRAWSKO POMORSKIE” S.A. z siedzibą w Drawsku Pomorskim – odwołujący w postępowaniu odwoławczym – wniósł odwołanie od czynności i zaniechania zamawiającego podjętych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, zarzucając zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp: art. 7 ust. 1; art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 26 ust. 2b, art. 26 ust. 3; art. 91 ust. 1 i innych wskazanych w treści odwołania.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: konsorcjum – lider J.Ł. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Transportowo-Sprzętowych J.Ł., partner: E.K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Transportowy i Ogólnobudowlany E.K., i powtórzenia czynności oceny ofert, z unieważnieniem decyzji o wykluczeniu odwołującego z postępowania, co – przy uwzględnieniu kryteriów oceny ofert przyjętych w postępowaniu – winno skutkować uznaniem za najkorzystniejszą oferty złożonej przez odwołującego.

Uzasadnienie odwołania. Zgodnie z SIWZ przedmiot zamówienia obejmuje zimowe utrzymanie dróg krajowych administrowanych przez GDDKiA w Zielonej Górze w sezonie 2016-2017-2018 z podziałem na 4 części zamówienia. W części nr 2, obejmującej teren Rejonu Nowa Sól – drogi o łącznej długości 135 874,0 km (sezon 2016-2017) oraz 88,276 km (sezon 2017-2018), zostały złożone trzy oferty, w tym oferta odwołującego z ceną 2 249

099,70 zł brutto oraz z maksymalnie punktowanym w ramach drugiego kryterium oceny ofert terminem płatności, wynoszącym 30 dni.

W zakresie warunków podmiotowych udziału wykonawców w postępowaniu, zamawiający określił m.in. warunki dotyczące dostępnego dla wykonawcy sprzętu niezbędnego do wykonania zamówienia.

Zgodnie z SIWZ pkt 7.3: *o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące: dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia:*

a) Potencjał techniczny; wykonawca dysponuje lub będzie dysponował w celu realizacji zamówienia niżej wymienionymi urządzeniami technicznymi; nie dopuszcza się by przy realizacji zamówienia jedna jednostka sprzętowa pracowała na więcej niż 1 części; nie dopuszcza się wskazania tej samej jednostki sprzętu w liczbie większej niż 1 szt. sprzętu w ramach 1 części.

CZĘŚĆ NR 2: Rejon Nowa Sól: A) Samochód ciężarowy o ładowności min. 10 Mg pod solarę i pług, minimalna liczba jednostek: 8; B) Samochód ciężarowy o ładowności min. 14 Mg pod solarę i pług, minimalna liczba jednostek: 3; C) Samochód samowładowczy o ładowności min. 10,0 Mg pod solarę i pług, minimalna liczba jednostek: 2; D) Równiarka z lemieszem gumowym, minimalna liczba jednostek: 2; E) Ładowarka o pojemności łyżki min. 0,60 m³, minimalna liczba jednostek: 2; F) Ładowarka duża o ładowności od 4 do 6 m³, minimalna liczba jednostek: 2.

Zgodne z SIWZ obowiązkiem wykonawców ubiegających się o zamówienie było w celu wykazania spełniania warunku, złożenie wraz z ofertą następujących dokumentów:

8.2.4. Wykaz narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy usług lub robót budowlanych w celu wykonania zamówienia wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi zasobami, na formularzu zgodnym z treścią Formularza 3.4. („Potencjał techniczny”). Wykaz musi potwierdzać spełnienie warunku, o którym mowa w pkt 7.2.3) a) IDW.

W zakresie dotyczącym możliwości wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu potencjałem podmiotu trzeciego w trybie art. 26 ust. 2b Pzp, zamawiający wskazał w SIWZ:

8.2.5. W sytuacji, gdy wykonawca polega na wiedzy i doświadczeniu, osobach zdolnych do wykonania zamówienia, potencjale technicznym, zdolnościach finansowych i ekonomicznych innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, zobowiązany jest udowodnić, że będzie dysponował tymi zasobami w trakcie realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia.

8.2.6. Jeżeli wykonawca wykazując spełnianie warunku, o którym mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, zamawiający w celu oceny, czy wykonawca będzie dysponował tymi zasobami w trakcie realizacji zamówienia oraz oceny, czy stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów, żąda dokumentów dotyczących w szczególności: a) zakresu dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu; b) sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia; c) charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem; d) zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia.

Propozycję treści dokumentu (zobowiązania) stanowi formularz 3.4. – „Zobowiązanie do oddania do dyspozycji Wykonawcy niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia”.

W złożonej ofercie, odwołujący na Formularzu ofertowym w zakresie przewidywanego podwykonawstwa wskazał: 7. ZAMÓWIENIE ZREALIZUJEMY sami*/przy udziale podwykonawców w następującym zakresie: 7.1. zwalczanie śliskości zimowej, usuwanie śniegu, ustawienie i demontaż siatki p/śnieżnej (zakres powierzonych części zamówienia).

W zakresie warunku dotyczącego dysponowania niezbędnym sprzętem w celu realizacji zamówienia, odwołujący skorzystał w trybie art. 26 ust. 2b Pzp z potencjału podmiotu trzeciego – firmy „STANBUD” Sp. z o.o., Łądek Zdrój.

W związku z powyższym, uwzględniając przewidywane wzięcie udziału w realizacji zamówienia przez wskazany podmiot, zostały złożone wraz z ofertą m.in. następujące wymagane w SIWZ dokumenty odnoszące się do tego podmiotu: 1. s. 8 oferty Formularz 3.1.1.a) o braku podstaw wykluczenia „STANBUD” Sp. z o.o. z postępowania; 2. s. 37-38 oferty Formularz 3.5 – pisemne zobowiązanie „STANBUD” Sp. z o.o. w trybie art. 26 ust. 2b Pzp.

W zakresie spełnienia warunku dysponowania wymaganym sprzętem odwołujący wraz z ofertą złożył wymagane dokumenty, tj. Wykaz sprzętu jakim dysponuje zgodnie z Formularzem 3.4 do SIWZ.

Formularz 3.4. – odwołujący zamieścił w uzasadnieniu odwołania kopię wykazu sprzętu liczącego 19 pozycji (dwie tabele), z wyszczególnieniem rodzaju sprzętu, ładowności, nr rejestracyjnych i podaniem podstawy do dysponowania – wskazując we wszystkich pozycjach: „umowa użyczenia, dysponowanie pośrednie”.

Odwołujący wskazał, że wykaz powyższy został wypełniony zgodnie z SIWZ oraz wymaganiami rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. poz. 231). Wykaz złożony wraz z ofertą potwierdza

spełnianie warunków udziału w postępowaniu: – identyfikuje sprzęt, który jest przeznaczony do wykonania zamówienia ze wskazaniem jego numeru rejestracyjnego, a także zawiera potwierdzenie, że zidentyfikowany w wykazie sprzęt ma wymagane przez zamawiającego parametry techniczno-użytkowe, jak również, wskazana jest w nim wymagana, zgodnie z rozporządzeniem, podstawa dysponowania przez wykonawcę.

Zgodnie ze złożonym wykazem podano, że podstawą dysponowania będzie umowa użyczenia (jedna z możliwych form dysponowania sprzętem zgodnie z wzorem formularza zamawiającego), a także zamieszczono wskazanie, że dysponowanie to będzie miało charakter dysponowania pośredniego (co było spójne).

Powyższe korespondowało z formułą wg, której wykonawca uzyskuje potencjał od podmiotu trzeciego tj. „STANBUD” Sp. z o.o., gdzie jak to wynika z treści zobowiązania, podmiot ten (s. 37 oferty): *Zobowiązuję się do oddania nw. zasobów na potrzeby wykonania zamówienia: sprzęt i osoby zdolne do wykonania zamówienia, zgodnie z formularzem 3.3 i 3.4.*

W tej sytuacji zupełnie niepotrzebnie i jak pokazują dalsze czynności w postępowaniu zbędnie, wraz z ofertą został złożony po raz drugi wykaz sprzętu także na Formularzu 3.4 (s. 44 oraz 45 oferty) tym razem podpisany przez podmiot trzeci, tj. „STANBUD” Sp. z o.o. Dokument ten, co podkreślił odwołujący, ani nie był wymagany przez SIWZ ani też nie służy zgodnie z powołanym rozporządzeniem ocenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Dowodem spełnienia warunku w zakresie dysponowania określonym sprzętem jest wyłącznie wykaz sprzętu wypełniony i podpisany przez samego wykonawcę.

Dokument załączony na s. 35 i 36 oferty, został wypełniony prawidłowo, dowodził spełnienia warunków udziału w postępowaniu, był sporządzony i podpisany przez wykonawcę, tak jak tego wymaga rozporządzenie. Dodatkowo jego treść korespondowała z treścią zobowiązania podmiotu trzeciego złożonego wraz z ofertą.

Podsumowując, już na podstawie złożonego wraz z ofertą wykazu sprzętu jakim dysponuje wykonawca możliwa była pozytywna ocena spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Istotą problemu było niezrozumienie, tak w przypadku odwołującego jak i podmiotu trzeciego, pojęcia „dysponowanie bezpośrednie” i „dysponowanie pośrednie” potencjałem. Na marginesie, także sam zamawiający już w treści formularza 3.4 popełnił błąd – zgodnie z opisem kolumny D, w Tabeli 3.4, zamawiający wymagając podania podstawy dysponowania wykazaniem sprzętem opisał: *Podstawa do dysponowania osobami (np. własność umowa użyczenia, itd.)***

Powyższe jest istotne z tego powodu, że pojęcie dysponowania bezpośredniego i pośredniego zasadniczo ma swoje źródło w opinii Prezesa UZP – *Dopuszczalność żądania przez zamawiającego przedstawienia przez wykonawcę dokumentów podmiotowych dotyczących podmiotu trzeciego* – gdzie pojęcie to pojawiło się w kontekście bezpośredniego

bądź pośredniego dysponowania potencjałem osobowym. Rozróżnienie to było potrzebne w związku ze specyfiką udostępnienia tego właśnie potencjału – potencjału kadrowego, w przypadku osób sprawujących kierownicze funkcje w robotach budowlanych, które to osoby często są osobami tzw. samozatrudnionymi i mogą bezpośrednio udostępniać swoje zasoby dla spełniania warunków udziału i wykonywać zamówienie na podstawie umowy łączącej je bezpośrednio z wykonawcą. W tym ostatnim przypadku UZP nazywa tę kategorię zobowiązania bezpośrednim, co z kolei oznacza, że podmiot ten nie ma statusu podmiotu trzeciego w trybie art. 26 ust. 2b Pzp i w tej sytuacji nie jest konieczne składanie wraz z ofertą zobowiązania dla tego podmiotu.

Jak wynika z powyższego, zasadniczo kategoria pośrednie/bezpośrednie dysponowanie nie ma żadnego znaczenia w odniesieniu do potencjału technicznego, który jest udostępniany dla spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Powołane rozporządzenie wymaga od wykonawców wyłącznie wskazania podstawy dysponowania sprzętem, nie wymagając dodatkowej identyfikacji w kontekście bezpośredniego czy też pośredniego dysponowania.

Odwołujący wypełnił w ofercie tabelę 3.4 wykazu sprzętu prawidłowo – zgodnie zarówno z SIWZ, rozporządzeniem jak i w sposób komplementarny ze złożonym zobowiązaniem podmiotu trzeciego. Zestawienie tabeli 3.4 sporządzonej przez wykonawcę s. 35-36 oferty z treścią zobowiązania podmiotu trzeciego s. 37-38 potwierdza, że ma miejsce dysponowanie na podstawie umowy cywilno-prawnej. Powyższe zaś jest wystarczające dla możliwości powoływania się na potencjał podmiotu trzeciego.

Jak wynika ze złożonego wraz z ofertą, zbędnego i jak okazuje się wadliwie zrozumianego oświadczenia, podmiot trzeci na s. 44 oraz 45 oferty złożył własny wykaz sprzętu na formularzu 3.4. Z dokumentu wynika, że dla poz. 1-8 oraz 14 i 15 wykazu jest to jego własny sprzęt, zaś w odniesieniu do pozostałych pozycji podstawą dysponowania jest umowa użyczenia i dysponowanie pośrednie.

Zamawiający po zapoznaniu się z ofertą wezwał odwołującego w dniu 23.06.2016 r. w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia m.in. dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 7.2.3 b) IDW – dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia – Potencjał techniczny i Potencjał kadrowy – dotyczy Części nr 2 (Rejon Nowa Sól).

Zamawiający wezwał odwołującego do złożenia prawidłowych dokumentów, w tym dokumentu zawierającego jednoznaczne opisy, wskazując, że zobowiązanie powinno pochodzić od innego podmiotu, na którego zasobach wykonawca polega wykazując spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

W odpowiedzi, odwołujący pismem z dnia 29.06.2016 r., w wyznaczonym terminie, przedłożył zamawiającemu wyjaśnienia oraz uzupełnienia dokumentów, w których stwierdził m.in., że:

- w załączonych do oferty załącznikach 3-4 „Potencjał techniczny” popełniliśmy oczywisty błąd, sugerując się tym, że powyższe zasoby uzyskamy od podwykonawcy. Nasze porozumienie z podwykonawcą jednoznacznie określa, że udostępnia nam zasoby opisane w załącznikach 3-3 „Potencjał kadrowy” oraz 3-4 „Potencjał techniczny” i wymagane w SIWZ, do bezpośredniej dyspozycji. W załączeniu przesyłamy poprawione ww. załączniki wskazujące na bezpośrednie dysponowanie zasobami;
- nasz podwykonawca P.S. – firma „STANBUD” Sp. z o.o. oświadczył, że opisując (wypełniając załączniki) potrzebne do oświadczenia o udostępnieniu nam zasobów, również popełnił błąd. W kolumnie F załączników 3-3 i 3-4 zamiast wpisać, że na podstawie umów, które zawarł z innymi podmiotami na użyczenie sprzętu (9 jednostek) oraz kierowców i operatorów (10 osób), uzyskał powyższe zasoby do bezpośredniej dyspozycji, wpisał omyłkowo, że będzie dysponował nimi pośrednio. Jedynie bezpośrednie dysponowanie pozyskanymi zasobami przez firmę „STANBUD” Sp. z o.o. było podstawą do udzielenia nam udostępnienia zasobów. W załączeniu przesyłamy poprawione załączniki, w których jednoznacznie podmiot określił, że zasoby, które nam udostępnia są w jego bezpośredniej dyspozycji i do bezpośredniej dyspozycji nam je udostępnia.

Powyższe potwierdza zupełne niezrozumienie przez wykonawcę i podmiot trzeci pojęcia „bezpśrednie dysponowanie” i, że zasadniczo uzupełnienia wprowadziły w tej sytuacji zbędne zamieszanie. Wykaz ponownie złożony przez wykonawcę (jak wskazuje powyższy wywód zbędnie), wskazuje na bezpośrednie dysponowanie sprzętem przy jednoczesnym wykazaniu, że następuje to wskutek zobowiązania do udostępnienia. Powyższe potwierdza, że wykonawca źle zrozumiał pojęcie bezpośredniego dysponowania.

Skoro odwołujący złożył, zarówno pierwotnie jak i w wyniku uzupełnienia, zobowiązanie do udostępnienia całego sprzętu niezbędnego do wykonania zamówienia od podmiotu trzeciego, to już zestawienie tych faktów wskazuje, że mamy do czynienia z umową cywilno-prawną jako podstawą udostępnienia sprzętu, podmiot trzeci będzie podwykonawcą zamówienia (co wprost wynika z treści zobowiązania i formularza ofertowego).

W tej sytuacji już na etapie pierwotnie złożonych dokumentów wraz z ofertą, jak również uzupełnionych, wykonawca spełniał warunek udziału w postępowaniu, który wskazuje na wymóg wykazania się dysponowaniem sprzętem. Wskazana w wykazie podstawa na jakiej dysponowanie będzie realizowane, ma służyć tylko jednemu celowi, ocenie czy w tym zakresie konieczne będzie zobowiązanie podmiotu trzeciego. Zatem skoro

sprzęt jest udostępniony wykonawcy na podstawie zobowiązania podmiotu trzeciego, to jest to jedna z dopuszczalnych form wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Jak wynika z powyższych ustaleń odwołującego, zasadniczo już na etapie złożonej oferty wykaz 3.4 złożony przez wykonawcę był wypełniony w sposób poprawny, wskazując na fakt uzyskania dostępu do wymienionego sprzętu na podstawie umowy cywilno-prawnej (użyczenie) od podmiotu trzeciego. To z kolei kwalifikuje się do ew. kategorii „dysponowania pośredniego”, tj. na podstawie zobowiązania. Jedynie takiej informacji oczekuje ustawodawca w rozporządzeniu i tylko takich w konsekwencji może oczekiwać zamawiający. Dodatkowo w trybie art. 26 ust. 2e Pzp solidarna odpowiedzialność podmiotu trzeciego powstaje wskutek nieudostępnienia zasobów bez względu na rodzaj tych zasobów i podstawę dysponowania nimi przez podmiot trzeci, co potwierdza wprost treść zobowiązania podmiotu trzeciego zarówno złożona w ofercie jak i uzupełniona (zgodnie z wzorem zamawiającego Druk 3.5) w brzmieniu: *Oświadczam, że jestem świadomy, że w przypadku szkody zamawiającego powstałej wskutek nieudostępnienia ww. zasobów odpowiadam wobec zamawiającego solidarnie z ww. wykonawcą. Moja odpowiedzialność wygasa jeżeli nieudostępnienie przedmiotowych zasobów nastąpiło na skutek okoliczności, za które nie ponoszę winy.*

Zgodnie z decyzją o rozstrzygnięciu postępowania z dnia 6.07.2016 r., zamawiający po opisanu stanu faktycznego sprawy na s. 4 stwierdził, że wykonawca złożył m.in.

2) oryginał zobowiązania podmiotu trzeciego – podwykonawcy „STANBUD” Sp. z o.o. – do udostępnienia potencjału kadrowego i technicznego oraz oryginał załącznika do zobowiązania podpisany przez prezesa „STANBUD” Sp. z o.o. – formularz 3.4. – „Potencjał techniczny”, w którym w pozycji 12 w kolumnie D („podstawa do dysponowania”) znajduje się opis „umowa użyczenia dysponowanie pośrednie”, który wskazuje, że „STANBUD” Sp. z o.o. sam będzie od kogoś używał sprzęt żeby udostępnić wykonawcy.

Poza tym, z załącznika do zobowiązania (formularza nr 3.4. złożonego przez „STANBUD” Sp. z o.o.) wynika, że „STANBUD” Sp. z o.o. udostępnia samochód ciężarowy o ładowności 10 Mg pod solarkę i pług o nr rej. DKL 9814 (pozycja nr 3 wykazu), a wykonawca w swoim formularzu 3.4. – „Potencjał techniczny” wskazuje, że w realizacji zamówienia będzie brał udział samochód o nr rej. DKL LC 05 (pozycja nr 3 wykazu), którym dysponuje na podstawie zobowiązania do udostępnienia, przy czym nie załączył zobowiązania do udostępnienia tej jednostki.

Odwołujący wskazał, analogicznie jak to przedstawiał w stosunku do formularza 3.4 złożonego niepotrzebnie wraz z ofertą podpisanego przez podmiot trzeci, uzupełnienie zawiera zbędny i niewymagany przez Pzp wykaz sprzętu podpisany przez podmiot trzeci, który nie był potrzebny i nie mógł wręcz stanowić podstawy oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.

W tej sytuacji badanie treści tego dokumentu w stosunku do dokumentu wymaganego i niezbędnego dla oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu jest niepotrzebne, bowiem nie jest on dokumentem, który służy dla oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu, gdyż jak to wykazywano powyżej dokumentem takim może być jedynie wykaz złożony przez wykonawcę.

W konsekwencji podany w poz. nr 3 uzupełnionego wykazu podmiotu trzeciego omyłkowo nr rejestracyjny pojazdu DKL 9814 (pojazd o takich numerach rejestracyjnych nie jest pojazdem w dyspozycji podmiotu trzeciego co potwierdza dodatkowo wadliwość wpisania danych), nie zmienia oświadczenia własnego wykonawcy z tabeli 3.4, która zawiera poprawnie zidentyfikowane pojazdy w szczególności samochód z poz. 3, który zgodnie z tabelą wykonawcy – zarówno złożoną pierwotnie jak i uzupełnioną, jest to pojazd o nr rejestracyjnym DKL LC05, tj. spełniający warunki udziału w postępowaniu.

W tej sytuacji omyłkowy numer rejestracyjny zawarty w dokumencie, który nie stanowi podstawy dla oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu, zdaniem odwołującego, nie może stanowić podstawy do wykluczenia go z postępowania.

Mając powyższe na względzie, odwołujący wniósł jak na wstępie.

Zamawiający, w odpowiedzi na odwołanie, wniósł o: oddalenie odwołania w całości, obciążenie kosztami postępowania odwoławczego odwołującego, w tym z tytułu zastępstwa przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Odnosząc się do zarzutów ujętych w odwołaniu – zastrzegając jednocześnie możliwość zaprezentowania dodatkowej lub rozbudowanej argumentacji na rozprawie, wskazał, co następuje:

I. Odwołujący zarzucił zamawiającemu: naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp, nie wskazał w treści odwołania w jaki sposób zamawiający dopuścił się naruszenia normy prawnej, jak również nie umotywował postawionego zarzutu, ograniczając się do wskazania przepisu ustawy Pzp. Sformułowany w ten sposób zarzut jest nieprawidłowy, zamawiający nie może domyślać się co jest podstawą zarzutu. Powyższe uniemożliwia ustosunkowanie się do zarzutu, ewentualnie naprawienie popełnionego błędu – wyrok KIO z 30.01.2014 r., sygn. KIO 71/14.

Zamawiający wskazał, że zgodnie z treścią art. 180 ust. 3 ustawy Pzp zarzut musi być postawiony wyraźnie, wskazując konkretną czynność zamawiającego, która w ocenie odwołującego narusza przepis prawa – stanowisko KIO wynikające z orzeczenia z dnia 11 kwietnia 2013 r., sygn. akt KIO 589/13.

Ponadto, abstrahując od oceny formy postawionego zarzutu, jak również braku jego umotywowania, zamawiający zaznaczył, że odwołujący podniósł w odwołaniu samodzielny zarzut naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający zauważył, że

w orzecznictwie podnosi się, że samodzielny zarzut naruszenia przepisu art. 7 ustawy Pzp ma zbyt ogólny charakter (wyrok KIO z dnia 21 września 2012 r., sygn. akt KIO 1918/12 oraz wyrok KIO z dnia 18 czerwca 2012 r., sygn. akt KIO 1133/12) i jako taki nie zasługuje na uwzględnienie. Samo powoływanie się na naruszenie ogólnych zasad wynikających z przepisu art. 7 ustawy Pzp sprawia, że nie można mówić o skutecznie postawionym zarzucie. Koniecznym jest zatem podniesienie przez odwołującego zarzutu naruszenia konkretnego przepisu ustawy Pzp w związku z przepisem art. 7 ustawy Pzp, przy czym niezbędnym elementem jest także uzasadnienie zarzutu, czyli dokładne i precyzyjne wykazanie okoliczności na jego poparcie. Naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp jako zasady ujętej w przepisie ma charakter pomocniczy, „wspierający” i winno być podnoszone jedynie jako uzupełnienie zarzutu naruszenia konkretnych przepisów ustawy Pzp. Zasada uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ma ogólny charakter i konkretyzuje się dopiero w pozostałych przepisach ustawy Pzp, które cechuje większy stopień szczegółowości i które – dzięki temu – gwarantują nefaworyzowanie żadnego z podmiotów ubiegających się o udzielenie zamówienia. Stąd też postawienie zarzutu naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców nie powinno stanowić samodzielnego, odrębnego stwierdzenia, co ma miejsce w tej sprawie, ale powinno być wykazywane pomocniczo, jako konsekwencja naruszenia innego przepisu ustawy Pzp. Podobne stanowisko wyrażono w wyroku z dnia 12 marca 2015 r., KIO 352/15.

Zamawiający wskazał, że pod rządami poprzedniej ustawy, regulującej materię zamówień publicznych, na wykonawcy korzystającym ze środków ochrony prawnej, ciążył obowiązek wskazania naruszenia przez zamawiającego określonych w ustawie zasad udzielania zamówienia. Jednak obecnie odwołujący nie musi wykazywać naruszenia jakiegokolwiek zasady zamówień publicznych, zwłaszcza biorąc pod uwagę powyższy wywód.

Samo powołanie się na naruszenie jedynie przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp jest zarzutem zbyt ogólnym, niezasługującym na uwzględnienie, tym bardziej, że odwołujący w stawianym zarzucie, jak również w uzasadnieniu odwołania w żaden sposób nie rozwinął twierdzenia o rzekomym naruszeniu przepisu. Brak jest jakiegokolwiek określenia czynności wskazującej na nierówne (różne) traktowanie różnych podmiotów w analogicznych stanach faktycznych, a tym bardziej uzasadnienia dla trafności zarzutu w tym przedmiocie.

Podsumowując, zarzut naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp nie zasługuje na uwzględnienie.

II. Ponadto, odwołujący zarzucił zamawiającemu: naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy Pzp. Podobnie jak w przypadku zarzutu wywodzonego z art. 7 ustawy Pzp, odwołujący również nie wskazał konkretnego czynu zamawiającego, który świadczyłby o naruszeniu normy art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, jak również nie umotywował w treści uzasadnienia stawianego zarzutu. Dlatego też wskazana wyżej argumentacja,

zamawiającego odnośnie braku zasadności dla zarzutu wywodzonego z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, odnosi się również bezpośrednio do zarzutu naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

Przepis, którego naruszenie zarzuca odwołujący w odwołaniu, art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, nakazuje zamawiającemu kierowanie się przy ocenie ofert kryteriami określonymi w SIWZ, a więc jak w tym przypadku ceną i terminem zapłaty. Takimi kryteriami posłużył się zamawiający przy ocenie ofert wszystkich wykonawców, w tym oferty odwołującego. W związku z tym należy postawić pytanie odwołującemu, jakie, jego zdaniem, zamawiający zastosował kryteria oceny ofert? Odwołujący nie odniósł się w żaden sposób w treści odwołania do stawianego zarzutu wyboru oferty, która nie jest tą najkorzystniejszą spośród niepodlegających odrzuceniu. Zamawiający nie może domyślać się co jest podstawą zarzutu, gdy odwołujący przedstawia uzasadnienie, które nie odnosi się do zarzutu naruszenia przepisu. Powyższe uniemożliwia zamawiającemu ustosunkowanie się do zarzutu, ewentualnie naprawienie popełnionego błędu.

Oferta wykonawcy Konsorcjum: Zakład Usług Transportowo-Sprzętowych Ł.J. oraz Zakład Transportowy i Ogólnobudowlany E.K., spełnia przesłanki najkorzystniejszej oferty w rozumieniu art. 2 pkt 5 ustawy Pzp. Wykonawca zaoferował najdłuższy termin zapłaty i w kryteriach oceny ofert uzyskał najwyższą liczbę punktów, a zatem zaoferował zamawiającemu obiektywnie najkorzystniejsze warunki. Zamawiający wybrał ofertę najkorzystniejszą ekonomicznie, bo przedstawiającą najkorzystniejszy bilans ceny i terminu zapłaty, ze wszystkich złożonych ofert. Oferta wykonawcy jest ofertą wybraną zgodnie z przepisami ustawy Pzp, w tym przepisem art. 7 ust. 3 ustawy Pzp. W związku z powyższym nie można czynić zamawiającemu zarzutu, że nie wybrał oferty najkorzystniejszej, tym samym nie mógł naruszyć przepisu art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

III. Ponadto, odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie norm zawartych w art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 26 ust. 2b, art. 26 ust. 3 Pzp, Wskazane normy przewidują uprawnienie zamawiającego do żąda od wykonawcy dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, jak również wezwania wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert.

Zgodnie z postanowieniami SIWZ, w sytuacji gdy wykonawca polega przy wykonaniu zadania na wiedzy i doświadczeniu innego podmiotu, jest zobowiązany dostarczyć zamawiającemu dokument zawierający pisemne zobowiązanie podmiotów do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia. Zamawiający w celu oceny czy wykonawca rzeczywiście będzie dysponował zasobami innego podmiotu, może go wezwać do przesłania m.in. dokumentu zawierającego zakres dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu. Odwołujący wraz z ofertą złożył dokument zawierający wykaz sprzętu znajdujący się w zasobach „STANBUD” Sp. z o.o.; pomimo braku stosownego wezwania przez zamawiającego. Odwołujący złożył kolejny wykaz sprzętu, podpisany przez podmiot trzeci, tzn. „STANBUD” Sp. z o.o., w którym zostało wskazane, że podstawą dysponowania sprzętu przez „STANBUD” Sp. z o.o. jest „umowa użyczenia dysponowanie pośrednie”, co wskazuje na udostępnianie jednostek sprzętowych przez jeszcze inny podmiot.

Zamawiający nie może zgodzić się z argumentacją odwołującego, że dokument zawierający wykaz sprzętu, podpisany przez podmiot trzeci, na którego zasoby powołuje się odwołujący, nie może podlegać ocenie zamawiającego. Twierdzenie dotyczące tego, że tylko i wyłącznie dokument podpisany przez wykonawcę jest „ważny” – jest chybione. Należy uwzględnić, że szereg dokumentów nie wymaga podpisu wykonawcy (jak np. zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobów wykonawcy czy też dokument dotyczący wadium jak np. Gwarancja bankowa albo ubezpieczeniowa).

Przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (dalej jako: „rozporządzenie”), nie zawierają ograniczenia, na które powołuje się odwołujący. Fakt, że dokument nie został podpisany przez wykonawcę nie skutkuje tym, że zamawiający nie może poddać go ocenie na okoliczność spełnienia warunku w zakresie dysponowania określonym sprzętem wymaganym w SIWZ – żaden przepis prawa, ani postanowienia SIWZ nie wyłączają możliwości przedstawiania zobowiązania do udostępnienia od podmiotu, który samodzielnie sam zasobem nie dysponuje.

W związku z tym, powyższy wykaz podpisany przez „STANBUD” sp. z o.o. zachowuje walor dokumentu zgodnie z rozporządzeniem i jako taki podlega ocenie zamawiającego. Zamawiający podniósł, że dorobek orzecznicy KIO wskazuje, że to na wykonawcy spoczywa ryzyko zamieszczania w treści składanej oferty poszczególnych dokumentów. Powyższe wynika z wyroku KIO z dnia 27 sierpnia 2009 r. sygn. akt. KIO/UZP 1041/09, KIO/UZP 1063/09. W orzeczeniu KIO słusznie argumentuje, że zamawiający nie może w sposób selektywny oceniać dokumentacji złożonej przez odwołującego w postępowaniu. Skoro wykonawca przedłożył 2 wykazy, to zamawiający nie mógł wiedzieć, który z nich jest

"właściwy" oraz przedstawia rzeczywisty potencjał odwołującego. Tym bardziej, biorąc pod uwagę fakt, że przedłożono również zobowiązanie do oddania zasobów w określonym kształcie. W związku z tym, zamawiający kierując się zasadą pisemności i profesjonalizmem uczestników postępowania, przyjął składane oświadczenia zgodnie z ich literalnym brzmieniem, tj. wykonawca na spełnienie warunku udziału w postępowaniu przedłożył dokument z zasobami będącymi w dyspozycji „STANBUD” Sp. z o.o. na podstawie umowy użyczenia czyli nie bezpośrednio w dyspozycji „STANBUD” Sp. z o.o.

Nie można zgodzić się z twierdzeniem, że wykaz sprzętu będącego w dyspozycji odwołującego nie powinien podlegać ocenie zamawiającego, gdyż został złożony bez uprzedniego wezwania do złożenia takiego dokumentu, które było przewidziane w postanowieniach SIWZ. Stanowisko zamawiającego w tej kwestii potwierdza wyrok KIO o sygn. akt 9/15.

Zamawiający, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wezwał wykonawcę do złożenia prawidłowej dokumentacji w wyznaczonym terminie. Powyższe działanie jest obowiązkiem zamawiającego w świetle ustawy Pzp, jeżeli zachodzą ustawowe przesłanki do wezwania. Wezwanie do złożenia wymaganej dokumentacji, wystosowane przez zamawiającego, było skonstruowane prawidłowo, co nie jest kwestionowane przez odwołującego. Niemniej jest to działanie o charakterze jednorazowym, pod rygorem wykluczenia wykonawcy z postępowania. Zamawiający dokonał wszelkich starań i w sposób prawidłowy zrealizował ciążące na nim obowiązki.

Odwołujący jest profesjonalistą, w związku z czym jego staranność powinna być oceniana z uwzględnieniem tego faktu. To w interesie wykonawcy leży czuwanie w trakcie prowadzonego postępowania m.in. nad należytym wykazaniem spełnienia warunków wymaganych przez zamawiającego w SIWZ. Ocenę powinności zachowania przez odwołującego szczególnej staranności, która wymagana jest od profesjonalisty potwierdza orzecznictwo KIO w wyroku z dnia 10.04.2015 r., sygn. akt. KIO 604/15.

Zgodnie z art. 38 ustawy Pzp odwołujący miał możliwość zwrócenia się do zamawiającego o wyjaśnienie treści SIWZ. Zadawanie pytań zwykle się uważać jedynie za uprawnienie wykonawcy. Odmiennie wykładni dokonał jednak Sąd Najwyższy w wyroku z 5 czerwca 2014 r. w sprawie o sygn. akt. IV CSK 626/2013, w którym wskazał na znaczenie art. 38 ustawy Pzp w kontekście przepisów Kc wyznaczających ogólne reguły wykonania zobowiązań. W ocenie Sądu Najwyższego art. 38 ustawy Pzp w związku z art. 354 § 2 Kc w okolicznościach konkretnego zamówienia publicznego nie tylko daje wykonawcy uprawnienie, ale także nakłada na niego obowiązek zwrócenia się do zamawiającego o wyjaśnienie treści SIWZ. Zaniechanie tej powinności może być podstawą zarzucenia wykonawcy niedochowania należytej staranności wymaganej od przedsiębiorcy przez art. 355 § 2 Kc.

Podobnie w odniesieniu do otrzymywanych od zamawiającego wezwań w toku postępowania na etapie po otwarciu ofert. *„Nic nie stoi na przeszkodzie, aby w momencie otrzymania od zamawiającego wezwania do uzupełnienia dokumentów, wykonawca upewnił się, że prawidłowo odczytuje wymagania zamawiającego.(...)”* – w wyroku KIO sygn. akt 1471/15 – tym samym jeśli sama czynność wezwania w trybie i na zasadzie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie była zrozumiała dla odwołującego – winien choćby podjąć próbę wyjaśnienia – skąd zamawiający wywiódł obowiązek wezwania do uzupełnienia oferty odwołującego. Na skutek wezwania odwołujący przedstawił dokumenty i oświadczenia, które nie mogły prowadzić do innej czynności jak tylko wykluczenia odwołującego z postępowania – i tak też zamawiający uczynił.

Wykonawca wezwany do uzupełnień zgodnie z art. 26 ust. 3 p.z.p. powinien mieć świadomość, że zamawiający czyni takie wezwanie tylko jednokrotnie. Dlatego żadne braki w ofercie, które były wykazane w wezwaniu do uzupełnienia, nie mogą być później uzupełnione, a więc z tego wynika, że wykonawca powinien uzupełnienie wykonać w sposób pełny (KIO – sygn. akt 1436/15).

Reasumując, w ocenie zamawiającego, odwołujący w żadnym razie nie wykazał w odwołaniu naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy w sposób, który w kontekście przepisu art. 192 ustawy Pzp pozwalałby na uwzględnienie odwołania. Tym samym odwołanie winno być oddalonym w całości, o co wniósł zamawiający.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i wykonawcy zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego, Izba ustaliła, że informacja o odwołaniu wraz z kopią odwołania zostały przesłane wykonawcy zgłaszającemu przystąpienie do postępowania odwoławczego w dniu 19 lipca 2016 r. Zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego z dnia 19 lipca 2016 r. zostało wniesione w dniu 21 lipca 2016 r. przez pełnomocnika adwokata Piotra Haładudę. W treści zgłoszenia wskazano podmiot zgłaszający przystąpienie: J.Ł. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Transportowo-Sprzętowych J.Ł.. Do zgłoszenia załączono pełnomocnictwo udzielone adwokatowi P.H. przez J.Ł. w dniu 17 kwietnia 2014 r., w okresie, w którym J.Ł. nie był ustanowionym pełnomocnikiem wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Pełnomocnictwo zostało udzielone w sprawach dotyczących prowadzonej przez J.Ł. działalności gospodarczej, przed wszystkimi organami wymiaru sprawiedliwości, osobami fizycznymi i prawnymi. Ofertę złożyli w postępowaniu

wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: J.Ł. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Transportowo-Sprzętowych J.Ł. oraz E.K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą K.E. Zakład Transportowy i Ogólnobudowlany. Przystąpienie nie zostało zgłoszone przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, lecz wyłącznie przez wykonawcę: J.Ł. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Transportowo-Sprzętowych J.Ł..

Drugie zgłoszenie przystąpienia z dnia 20 lipca 2016 r. (wniesione w dacie jak wyżej), w którego treści wskazano, że przystępującym jest konsorcjum w skład, którego wchodzi dwóch przedsiębiorców: J.Ł. i E.K., prowadzących działalności gospodarcze – zostało podpisane przez J.Ł. Zakład Usług Transportowo-Sprzętowych J.Ł., do którego nie dołączono żadnego dowodu, że J.Ł. działa w imieniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Zgłoszenie przystąpienia zostało wniesione przez jednego przedsiębiorcę w sytuacji, gdy ofertę złożyło dwóch przedsiębiorców, jako wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia.

Izba uznała, że w przedstawionych okolicznościach, nie zostały spełnione przesłanki skutecznego przystąpienia do postępowania odwoławczego, określone w art. 185 ust. 2 i 3 Pzp, zatem przedsiębiorca J.Ł. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Transportowo-Sprzętowych J.Ł., zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, nie stał się uczestnikiem tego postępowania.

Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania, zatem rozpoznała odwołanie na rozprawie (art. 189 ust. 4 ustawy).

Odwołujący spełnia przesłanki legitymacji czynnej do wniesienia odwołania, określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołanie rozpoznane – w granicach zarzutów przedstawionych w odwołaniu (art. 192 ust. 7 Pzp – zakaz orzekania co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu), dotyczących czynności zamawiającego podjętych w postępowaniu i zaniechania czynności, do których zamawiający był zobowiązany na podstawie ustawy (art. 180 ust. 1 Pzp), z uwzględnieniem obowiązku stron postępowania odwoławczego wynikającego z art. 190 ust. 1 ustawy, do przedstawiania dowodów dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne, aż do zamknięcia rozprawy oraz obowiązku Izby rozstrzygnięcia w wyroku o żądaniach odwołującego (§ 34 ust. 1 pkt 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań – Dz. U. z 2014 r. poz. 964)

– podlega oddaleniu.

Stan faktyczny sprawy został przedstawiony w stanowiskach stron, odpowiednio w odwołaniu i odpowiedzi na odwołanie, powtórzonych z niezbędnymi skrótami w pierwszej

części uzasadnienia, nie jest, co do zasady, sporny. Spór dotyczy oceny prawnej czynności odwołującego i zamawiającego.

Przepis art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy zobowiązuje zamawiającego do wykluczenia wykonawcy z postępowania, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, m.in. warunku określonego w art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy dotyczącego dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym.

Przepis art. 26 ust. 2b ustawy uprawnia wykonawcę do polegania na potencjale technicznym innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków, wskazując, że wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, że będzie dysponował tymi zasobami w trakcie realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia.

Przepis § 1 ust. 6 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (którego adresatem jest wyłącznie zamawiający i wymóg określony w rozporządzeniu ma zastosowanie wówczas, gdy został zamieszczony w SIWZ), uprawnia zamawiającego – w celu ustalenia, czy wykonawca polegający na zasobach innego podmiotu będzie dysponował tymi zasobami w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia oraz oceny, czy stosunek łączący wykonawcę z tym podmiotem gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów – do żądania dokumentów dotyczących w szczególności: zakresu dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu; sposobu wykorzystania przez wykonawcę zasobów innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia; charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem; zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia.

Żądania odpowiadające treści przepisów, zamawiający zamieścił w SIWZ: *Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków* – rozdział 1 Instrukcja dla wykonawców (IDW), pkt 7.2 ppkt 3. dysponowanie odpowiednim potencjałem technicznym, Część 2: Rejon Nowa Sól; zamawiający wyszczególnił wymagane: samochody, ładowarki i równiarki, w sumie 19 pojazdów. Zgodnie z pkt 8.2.4 SIWZ dowodem potwierdzającym dysponowanie potencjałem technicznym miał być: *Wykaz narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy usług w celu wykonania zamówienia wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi zasobami na formularzu 3.4 (Potencjał techniczny)*. Zamawiający zamieścił wymóg: *Wykaz musi potwierdzać spełnianie warunku, o którym mowa w pkt 7.2.3 a) IDW*. W formularzu 3.4 należało: w kolumnie B uzupełnić opis podając tonaż oferowanych pojazdów, w dalszych kolumnach: C – podać nr rejestracyjny pojazdu, E – wskazać podstawę do dysponowania

(np. własność umowa użyczenia, itd.), należało wpisać także czy dysponowanie bezpośrednio czy pośrednio (udostępnienie przez inny podmiot).

Formularz 3.5 stanowił wzór zobowiązania do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia, z zastrzeżeniem możliwości zastosowania zamiast formularza innych dokumentów opisanych w formularzu, z uwzględnieniem treści § 1 ust. 6 pkt 2 rozporządzenia, o którym mowa wyżej.

Odwołujący złożył z ofertą formularz 3.4 podając w kolumnie D dla wszystkich 19 oferowanych pojazdów jednakowy opis dysponowania: „*umowa użyczenia dysponowanie pośrednie*”. W załączonym formularzu 3.5 prezes zarządu „STANBUD” Sp. z o.o., zgodnie z wzorem tego formularza zobowiązał się do oddania ww. zasobów na potrzeby wykonania zamówienia Sprzęt (...) zgodnie z formularzem (...) 3.4 do dyspozycji (odwołującego). W załączonym formularzu 3.4 podmiot udostępniający zasoby – „STANBUD” Sp. z o.o. – wskazał pojazdy wymienione w poz. 1-8, 14-15 jako własne, w poz. 9-13, 16-19 „*umowa użyczenia dysponowanie pośrednie*”.

Zamawiający wezwał odwołującego (pismo z dnia 23-06-2016 r.) na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy do uzupełnienia dokumentów, wskazując spośród innych zakresów do uzupełnienia, także pkt 3: dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 7.2.3 b) IDW – dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym (...). W obszernym uzasadnieniu pisma zamawiający podał, że podmiot udostępniający zasoby wskazał w formularzu 3.4 dla 9 udostępnionych pojazdów dysponowanie „*umowa użyczenia dysponowanie pośrednie*”. Odwołujący nie udowodnił, że będzie dysponował udostępnionym potencjałem technicznym, ponieważ z dokumentów nie wynika, że podmiot udostępniający nimi dysponuje. Wskazał też na wymóg złożenia pisemnego zobowiązania podmiotu udostępniającego zasób, zamiast złożonej z ofertą kopii.

Odwołujący złożył wyjaśnienia wraz z nowymi dokumentami. W wyjaśnieniach wskazał, że zarówno odwołujący, jak i podmiot udostępniający potencjał techniczny, popełnili błędy w formularzach złożonych z ofertą. Odwołujący złożył nowy formularz 3.4 z opisem, że dysponuje pojazdami na podstawie „*zobowiązanie do udostępnienia dysponowanie bezpośrednie*” (19 pojazdów wymienionych w wykazie), natomiast podmiot udostępniający zasób opisał, że udostępnia 10 pojazdów własnych (poz. 1-8, 14-15), 8 pojazdów na podstawie „*umowa użyczenia dysponowanie bezpośrednie*”, 1 pojazd (poz. 12) „*umowa użyczenia dysponowanie pośrednie*”. Ponadto podmiot udostępniający, w nowym formularzu w przeciwieństwie do złożonego wraz z ofertą, nie udostępnił pojazdu wskazanego w poz. 3 wykazu odwołującego (DKL LC 05), udostępniając pojazd (DKL 9814), którego, jak wyjaśniono na rozprawie, podmiot udostępniający zasób nie posiada.

Zamawiający wykluczył odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, uznając ofertę za odrzuconą na podstawie ust. 4 wskazanego artykułu.

W uzasadnieniu podał, że odwołujący nie wykazał, że dysponuje 8 (jak w warunku) samochodami ciężarowymi o ładowności min. 10 Mg pod solarkę i pług oraz 2 (jak w warunku) samochodami samowładowymi o ładowności min. 10,0 Mg pod solarkę i pług. W obszernym przedstawieniu okoliczności, zamawiający wskazał na przeprowadzoną procedurę uzupełniania błędnych dokumentów złożonych z ofertą oraz w konsekwencji zaoferowanie przez odwołującego pojazdu udostępnionego przez inny podmiot („STANBUD” Sp. z o.o.), który sam będzie od kogoś użyczał ten pojazd, by udostępnić go odwołującemu. Poza tym wskazał, że odwołujący oferuje w poz. 3 wykazu pojazd DKL LC 05 udostępniony przez podmiot udostępniający zasób, nie załączając jednak zobowiązania tego podmiotu. „STANBUD” Sp. z o.o. udostępnił na podstawie załączonego nowego zobowiązania, w przeciwieństwie do udostępnienia złożonego z ofertą, inny pojazd DKL 9814.

Na rozprawie odwołujący podtrzymał zarzuty i żądania przedstawione w odwołaniu, przyznając w toku rozprawy, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia popełniono błędy również w dokumentach złożonych na wezwanie na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy. Wobec wyczerpania trybu uzupełnienia oświadczeń i dokumentów wskazanego w ustawie, wniósł o nakazanie wyjaśnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy.

Zamawiający oponując przeciwko żądaniu złożonemu na rozprawie, wskazał na braki: uzasadnienia zarzutów i żądań przedstawionych w odwołaniu, staranności profesjonalnego wykonawcy w przygotowaniu dokumentacji niezbędnej w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zwłaszcza w sytuacji, gdy odwołujący korzysta w całości z zasobów innego podmiotu nie tylko w zakresie potencjału technicznego oraz dowodowe – nieprzedłożenie jakiegokolwiek dowodu, wytworzonego chociażby na potrzeby toczącego się postępowania, w celu stwierdzenia faktów, z których odwołujący wywodzi skutki prawne, np. potwierdzenia odpowiedniego organu rejestracyjnego odnośnie posiadanego stanu pojazdów.

Oceniając powyższe Izba uznała, że odwołujący zgodnie z wymaganiami opisanymi w SIWZ, w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym, złożył wykaz pojazdów (formularz 3.4. Potencjał techniczny). Odwołujący polega w całości wymagania zamawiającego na potencjale technicznym innego podmiotu („STANBUD” Sp. z o.o.) w rozumieniu art. 26 ust. 2b ustawy. Złożył zobowiązanie tego podmiotu – formularz 3.5 i formularz 3.4. Dokumenty te stanowią integralną całość jako zobowiązanie innego podmiotu. W formularzu 3.5 podmiot udostępniający zamieścił oświadczenie o oddaniu do dyspozycji odwołującego zasobu, natomiast w wykazie udostępnianego potencjału technicznego (pojazdów samochodowych), przedstawionym w formularzu 3.4 wyszczególnił zasoby jakie oddaje do dyspozycji odwołującego. Wykaz pojazdów podmiotu udostępniającego zasób w formularzu 3.4 jest dopełnieniem zobowiązania o udostępnieniu pojazdów samochodowych, lecz nie

odpowiadającym w pełni oświadczeniu odwołującego, zarówno co do zobowiązania w pierwotnej wersji złożonej z ofertą, jak również w powtórnej złożonej na wezwanie zamawiającego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy. Przepis ten stanowi – *zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, (...) albo, którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy (...), do ich złożenia w wyznaczonym terminie (...)*. Wezwanie jest jednokrotne w tym samym zakresie.

W doktrynie i orzecznictwie ugruntował się pogląd, że dysponowanie zasobami innego podmiotu musi wynikać z przedstawionych dowodów w sposób jednoznaczny i nie może być przedmiotem dedukcji czy domniemania. Na podstawie dokumentów przedstawionych w celu potwierdzenia rzeczywistego dostępu do zasobów innego podmiotu, zamawiający musi mieć możliwość jednoznacznego ustalenia, że wykonawca będzie dysponować sprzętem w sposób rzeczywisty (wyrok KIO z dnia 25 kwietnia 2014 r., sygn. akt KIO 715/14), a realność udostępnienia nie może być pozostawiona domysłom (wyrok z dnia 8 maja 2013 r., sygn. akt KIO 953/13).

W uchwale Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 grudnia 2013 r., sygn. akt KIO/KD 113/13 Izba wskazała, że przepis art. 26 ust. 2b ustawy Pzp stawia wymaganie, by wykonawca udowodnił zamawiającemu, że odpowiednim, wymienionym w tym przepisie zasobem będzie dysponował. W sytuacji korzystania przez wykonawcę z możliwości posiłkowania się zasobami innego podmiotu, obowiązek wykazania przez wykonawcę spełnienia warunku został wzmocniony – ustawodawca zastrzegł w tym wypadku obowiązek już nie wykazania, ale udowodnienia.

Nie ulega wątpliwości, że dysponowanie wymienionymi w przepisie zasobami musi być jednoznaczne i nie może wynikać z wnioskania czy wykonawca, który przedstawia zobowiązanie innego podmiotu do udostępnienia odpowiedniego zasobu, rzeczywiście nim dysponuje, a także w jakim zakresie nastąpiło przekazanie udostępnionego potencjału. Jeśli zobowiązanie innego podmiotu do oddania do dyspozycji wykonawcy odpowiedniego zasobu wymaga podjęcia zabiegów interpretacyjnych w celu ustalenia jego treści, w zakresie udostępnienia zasobu, to nie sposób uznać za udowodnione jego udostępnienie. Stwierdzenie oddania wykonawcy zasobu należącego do innego podmiotu winno być konsekwencją dokonania przez zamawiającego pozytywnej oceny dowodu, jakim jest zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasób.

Udowodnienie dysponowania zasobem należącym do innego podmiotu, o którym mowa w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, jak wskazała dalej Izba, to nie wyczerpanie stanu

formalnego – złożenie dokumentu tytułowanego „zobowiązanie” i powielającego w swej treści przepis art. 26 ust. 2b ustawy, ale udowodnienie zamawiającemu, że wykonawca na podstawie tego dowodu, jakim jest zobowiązanie uzyska odpowiedni zasób, stanowisko to znajduje też potwierdzenie w wyroku KIO z 8 lutego 2013 r., sygn. akt 160/12.

Zamawiający jest nie tylko uprawniony, ale zobowiązany do oceny, czy na podstawie złożonych przez wykonawców zobowiązań (lub innych odpowiednich dokumentów) nastąpiło udowodnienie dysponowania zasobem wymienionym w tym dokumencie.

W wyroku z dnia 7 lutego 2011 r., sygn. akt V Ca 3036/10, Sąd Okręgowy w Warszawie, orzekł w przedmiocie udostępniania zasobów następująco: *Dowód na dysponowanie zasobami innego podmiotu leży po stronie wykonawcy. Będzie to każdy dowód, który wskazuje na udostępnienie wykonawcy własnych zasobów przez inny podmiot. Ustawa jedynie jako przykład wymienia pisemne zobowiązanie podmiotu do oddania do dyspozycji wykonawcy zasobów niezbędnych na okres korzystania przy wykonywaniu zamówienia.*

Na podstawie powyższego, należało uznać, że nie jest sprzeczne z ustawą stanowisko zamawiającego, że odwołujący nie wykazał pewnego, realnego dysponowania pojazdami w sposób wymagany w SIWZ.

Przepis 26 ust. 4 ustawy stanowi o wezwaniu wykonawcy do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, jednak należy podkreślić, że wobec obowiązku wykonawcy udowodnienia zamawiającemu rzeczywistego udostępnienia zasobu, nie ma możliwości zastąpienia braku wykazania realności udostępnienia wyjaśnieniem, w sytuacji, gdy podmiot udostępniający dwukrotnie nie potwierdził udostępnienia zgodnego z oświadczeniem odwołującego. Uzyskanie zgodności oświadczeń odwołującego i podmiotu udostępniającego zasób wymaga zmiany oświadczeń.

W wyroku Izby z dnia 13 września 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1863/10 wskazano, że *„Wyjaśnienia podające treść, której w ogóle nie ma w dokumencie lub oświadczeniu stanowią de facto – jego uzupełnienie”.*

Zasługuje na uwagę stanowisko zamawiającego co do aktywności dowodowej w sprawie, a mianowicie braku chociażby uprawdopodobnienia przez odwołującego faktów w celu wywołania wątpliwości zamawiającego, co do nie wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu.

Reasumując, Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, wobec nie wykazania naruszenia przepisów ustawy wskazanych w odwołaniu.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do jego wyniku, z uwzględnieniem przepisów 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). Izba zaliczyła do kosztów postępowania odwoławczego wpis uiszczony przez odwołującego w kwocie 15 000 zł oraz zasądziła na rzecz zamawiającego uzasadnione koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3 600 zł, na podstawie rachunku przedłożonego do akt sprawy.

Przewodniczący: