

Sygn. akt: KIO 2246/13

Sygn. akt: KIO 2264/13

## WYROK

z dnia 7 października 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Bogdan Artymowicz**

Protokolant: **Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 października 2013 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 20 września 2013 r. przez wykonawcę **Tadeusza B. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą: Przedsiębiorstwo Drogowe DROBET Tadeusz B., 76-100 Sławno, ul. Staszica 17/1**

B. w dniu 20 września 2013 r. przez wykonawcę „**PRD POL-DRÓG NOWOGARD S.A., 72-200 Nowogard, ul. Górna 2/1,**

w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa – Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w Szczecinie 70-340, Al. Bohaterów Warszawy 33,**

przy udziale:

A. wykonawcy **GRAWIL Sp. z o.o., ul. Komunalna 7, 87-800 Włocławek** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2264/13 po stronie odwołującego,

B. wykonawcy **Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego ZABERD S.A., ul. Bystrzycka 24, 54-215 Wrocław** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2264/13 po stronie zamawiającego

**orzeka:**

**A. sygn. akt KIO 2246/13**

1. oddała odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Tadeusza B. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą: Przedsiębiorstwo Drogowe DROBET Tadeusz B., 76-100 Sławno, ul. Staszica 17/1** 3, i :

- 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Tadeusza B. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą: Przedsiębiorstwo Drogowe DROBET Tadeusz B., 76-100 Sławno, ul. Staszica 17/1**, tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2 zasądza od wykonawcy **Tadeusza B. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą: Przedsiębiorstwo Drogowe DROBET Tadeusz B., 76-100 Sławno, ul. Staszica 17/1**, na rzecz zamawiającego **Skarbu Państwa – Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w Szczecinie 70-340, Al. Bohaterów Warszawy 33**, kwotę 2 275 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące dwieście siedemdziesiąt pięć złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz uzasadnione koszty noclegu.

**B. sygn. akt KIO 2264/13**

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **„PRD POL-DRÓG NOWOGARD” S.A., 72-200 Nowogard, ul. Górna 2/1**, i:
  - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **„PRD POL-DRÓG NOWOGARD” S.A., 72-200 Nowogard, ul. Górna 2/1**, tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2 zasądza od wykonawcy **„PRD POL-DRÓG NOWOGARD” S.A., 72-200 Nowogard, ul. Górna 2/1**, na rzecz zamawiającego **Skarbu Państwa – Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w Szczecinie 70-340, Al. Bohaterów Warszawy 33**, kwotę 2 275 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące dwieście siedemdziesiąt pięć złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz uzasadnione koszty noclegu..

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 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 Szczecinie.

Przewodniczący: .....

**KIO 2246/13**

**KIO 2264/13**

### **Uzasadnienie**

**KIO 2246/13**

Zamawiający, Skarb Państwa – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w Szczecinie prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest „Zimowe utrzymanie dróg w latach 2013-2016 (trzy sezony zimowe) w administracji GDDKiA Oddział w Szczecinie – 24 zadania”.

Pismem z dnia 10 września 2013 r., zamawiający poinformował o wyborze ofert najkorzystniejszych dla każdego z 24 zadań. W zakresie zadania nr 2, jako najkorzystniejsza uznana została oferta wykonawcy Ryszarda S. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Transportowo-Handlowe „LEWAR” Ryszard S. z siedzibą w Słownie [dalej także, jako „Lewar”]. W ramach zadania nr 2 zamawiający nie wykluczył żadnego wykonawcy ani nie odrzucił żadnej ze złożonych na to zadanie ofert.

Wobec powyższego działania, jak i zaniechania zamawiającego w dniu 20 września 2013 r., odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej złożył wykonawca Tadeusz B. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Drogowe DROBET Tadeusz B. z siedzibą w Sławnie [dalej także, jako „Drobet”], zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2, 3 i 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r., Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907), dalej także, jako „Pzp”, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Lewar. Odwołujący podnosił, iż oferta tego wykonawcy nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia [dalej także, jako „SIWZ”] w zakresie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym (7.2.3. SIWZ) albowiem wykonawca ten w piśmie kierowanym do zamawiającego z dnia 26 lipca br. przyznał, iż sprzęt wykazany, jako potencjał techniczny do wykonania zadania nr 2 w przedmiotowym postępowaniu, już wcześniej zadeklarował do wykonania zadania w sezonie zimowym 2013/2014. Odwołujący wskazał, iż zarzut ten dotyczy sprzętu w postaci: pługo-solarki DAF o numerze rejestracyjnym ZSL M106 oraz samochodu TATRA o numerze rejestracyjnym ZSL M825. Zdaniem odwołującego okoliczności powyższe świadczą o tym, iż wykonawca Lewar nie posiada środków technicznych niezbędnych do wykonania zadania, gdyż nie będzie w stanie tym samym sprzętem, w tym samym czasie, wykonywać jednocześnie obu zadań. W ocenie odwołującego wykazanie tego samego sprzętu, jako zabezpieczającego wykonanie dwóch różnych zadań wprowadza w błąd zamawiającego, co do posiadanego przez wykonawcę potencjału technicznego i winno być traktowane, jako czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 10 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r., o zwalczaniu nieuczciwej

konkurencji. Dalej odwołujący wywodził również, iż oferta wykonawcy Lewar zawiera rażąco niską cenę i winna być odrzucona. Do wniosku takiego odwołujący doszedł dokonując oceny tabeli elementów rozliczeniowych złożonej przez wybranego wykonawcę a w szczególności cen za zapobieganie śliskości, usuwanie śliskości jak i odśnieżania jedno i wielokrotnego. Odwołujący wskazywał, iż zamawiający przyjął wyjaśnienia wykonawcy Lewar, które w swej treści niczego nie wyjaśniały. Podnosił, iż pozostałe dwie oferty na to samo zadanie stanowiły 128% i 167% ceny zaoferowanej przez wybranego wykonawcę. Mając na względzie powyższe odwołujący wnosił o:

- 1) unieważnienie czynności zamawiającego w postaci oceny oferty wykonawcy Lewar oraz wyboru tej oferty, jako najkorzystniejszej,
- 2) nakazanie ponownego badania i oceny ofert w zadaniu nr 2 i w konsekwencji ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej dla tego zadania.

### **KIO 2264/13**

Pismem z dnia 10 września 2013 r., zamawiający poinformował o wyborze ofert najkorzystniejszych dla każdego z 24 zadań. W zakresie zadania nr 9 i nr 15, jako najkorzystniejsze zamawiający wskazał oferty złożone przez wykonawcę Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego Zaberd S.A. z siedzibą we Wrocławiu [dalej także, jako „Zaberd”].

Wobec powyższych działań w dniu 20 września 2013 r., odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej złożył wykonawca PRD POL-DRÓG NOWOGARD S.A. z siedzibą w Nowogardzie [dalej także, jako „Pol-Dróg”] zarzucając zamawiającemu naruszenie:

- 1) w zakresie zadania nr 9:
  - a) art. 7 ust. 1 Pzp w związku z naruszeniem art. 91 ust. 1 Pzp poprzez dokonanie wadliwej czynności badania i oceny ofert oraz wadliwej czynności wyboru oferty Zaberd, jako najkorzystniejszej,
  - b) art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawców Zaberd oraz Przedsiębiorstwo Budowlano-Drogowe „Rosomak” s.c. Mirosław S., Sławomir Z., [dalej także, jako wykonawca „Rosomak”], z postępowania, z uwagi na nie wykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz złożenie nieprawdziwych informacji mających lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania;
- 2) w zakresie zadania nr 15:

- a) art. 7 ust. 1 Pzp w związku z naruszeniem art. 91 ust. 1 ustawy poprzez dokonanie wadliwej czynności badania i oceny ofert oraz wadliwej czynności wyboru oferty Zaberd, jako najkorzystniejszej,
- b) art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawców Zaberd oraz Grawil Sp. z o. o. z postępowania, z uwagi na nie wykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz złożenie nieprawdziwych informacji mających lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

W uzasadnieniu odwołujący podnosił, iż zamawiający w przedmiotowym postępowaniu akceptował faktyczne ciągle uzupełnianie potencjału technicznego przez wykonawcę Zaberd, bowiem pismem z dnia 24 lipca 2013 r., wezwał go w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, do wyjaśnienia oferty o dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zadaniu nr 7, 8, 9, 10, 13 i 14. W odpowiedzi na to wezwanie wykonawca uzupełnił wykaz potencjału technicznego m.in. w zadaniu nr 9. Odwołujący podkreślał, iż uzupełnienie to w żaden sposób nie różni się od procedury wszczętej przez zamawiającego pismem z dnia 31 lipca 2013 r., gdy wezwał w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia oferty o dokumenty potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zadaniach nr 15,16,17,18, gdzie zamawiający uzupełnił m.in. wykaz potencjału technicznego w zadaniu nr 15. W ocenie odwołującego, choć wskazane wezwania mają inne podstawy prawne to ich treść jednoznacznie wskazuje na fakt, iż żądał on od wykonawcy Zaberd uzupełnienia wykazu potencjału technicznego gdyż ten złożony wraz z ofertą nie dowodził spełniania warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący wskazywał również, iż oświadczenia i wykazy złożone zamawiającemu przez wykonawcę Zaberd w dniu 26 lipca 2013 r., w sposób oczywisty zmieniają treść oświadczeń i wykazów złożonych pierwotnie, co powoduje, zdaniem odwołującego, iż nie można ich kwalifikować, jako wyjaśnień. Podobnie należy uznać w ocenie odwołującego, co do odpowiedzi wykonawcy Zaberd udzielonej na wezwanie z dnia 3 września 2013 r., gdzie złożone oświadczenia i dokumenty zawierają treści, których nigdy wcześniej nie było. Tym samym w ocenie odwołującego, wybrany w zadaniu nr 9 jak i 15 wykonawca nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu i należało go wykluczyć. Odnosząc się do zarzutu zaniechania wykluczenia wykonawcy Rosomak odwołujący wskazał, iż z posiadanej przez niego najlepszej wiedzy oświadczenie o posiadaniu przez tego wykonawcę na własność 2 sztuk pługów lemieszowych JARDS 320, 2 szt. SCHMIDT MF 5.5 oraz 2 szt. piaskarko-solarki SCHMIDT NIDO 90 nie odpowiada prawdzie. W rzeczywistości, według wiedzy odwołującego, wykonawca ten nie dysponuje powyższym sprzętem na własność, co wskazuje na złożenie przez wykonawcę Rosomak nieprawdziwych informacji mających lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, jak i na wykazanie spełniania opisanego w SIWZ warunku udziału w postępowaniu. W zakresie zadania nr 15 odwołujący

podnosił, iż wykonawca Zaberd w zakresie potencjału technicznego wskazał na dysponowanie samochodem ciężarowym Jelcz 416 o ładowności 9 ton oraz samochodem ciężarowym Mercedes 227 o ładowności 8 ton, które to są pojazdami z napędem na jedną oś, co nie odpowiada wymogom zawartym w pkt 3.3.1. Szczegółowej Specyfikacji Technicznej, Wymagania Szczegółowe (SST). Odnośnie wykonawcy Grawil Sp. z o. o. odwołujący wskazał, iż wyszczególniony przez tego wykonawcę samochód ciężarowy Mercedes 1320 o ładowności 555 kg jest pojazdem z napędem na jedną oś, co oznacza, iż nie może być kwalifikowany i brany pod uwagę jako sprzęt niezbędny do realizacji zamówienia. Ponadto wskazany przez wykonawcę Grawil Sp. z o.o. pojazd o oznaczeniu MAN 23.345 nie występuje a biorąc pod uwagę jego ładowność należy uznać, że posiada on napęd wyłącznie na jedną oś. Powyższe zdaniem odwołującego potwierdza, iż wykonawcy Zaberd i Grawil nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu, jak również złożyli nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, wskazując na rzekome spełnianie warunków udziału w postępowaniu, podczas, gdy w rzeczywistości wskazane pojazdy nie spełniają warunków i wymagań SST dla pojazdów, jakie mają być dostępne w celu realizacji zamówienia. Z ostrożności, w przypadku nie podzielenia przez Izbę wcześniejszych argumentów, odwołujący powoływał się również na konieczność wezwania wykonawców Zaberd, Rosomak i Grawil do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów celem wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Mając na względzie przedstawioną argumentację odwołujący wnosił o:

- 1) w zakresie zadania nr 9:
  - a) dokonanie ponownego badania i oceny ofert,
  - b) wykluczenie wykonawców Zaberd i Rosomak z postępowania,
  - c) dokonanie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) w zakresie zadania nr 15:
  - a) dokonanie ponownego badania i oceny ofert,
  - b) wykluczenie wykonawców Zaberd i Grawil z postępowania,
  - c) dokonanie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

**Izba ustaliła, co następuje:**

Zamawiający, Skarb Państwa – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w Szczecinie prowadzi postępowanie, w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Zimowe utrzymanie dróg w latach 2013-2016 (trzy sezony zimowe) w administracji GDDKiA Oddział w Szczecinie – 24 zadania”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 31 maja 2013 r., pod numerem 2013/S 104-178525.

Zgodnie z pkt 7.2.3. SIWZ o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Zamawiający zastrzegł, iż „Wykonawca musi mieć dostępne w celu realizacji zamówienia następujące narzędzia, wyposażenie zakładu i urządzenia techniczne:

- 1) Zadanie nr 2 – obejmujące zimowe utrzymanie drogi nr 6 na odcinku Gorzebądź – Sycewice i nr 37 Darłowo – Karwice administrowanych przez Rejon Koszalin:
  - a) nośnik+solarka+pług – min. 2,
  - b) nośniki+pługi – min 3
- 2) Zadanie nr 9 – obejmujące zimowe utrzymanie drogi nr 3 na odcinku Świnoujście – Miękowo administrowanej przez Rejon Nowogard:
  - a) nośnik+solarka+pług – min. 2,
  - b) nośnik+pług – min. 2,
- 3) Zadanie nr 15 obejmujące zimowe utrzymanie drogi nr S3 na odcinku Miękowo – Szczecin Kijewo, administrowanej przez Rejon Szczecin:
  - a) nośnik+solarka+pług – min. 2,
  - b) nośnik+pług – min. 4.

Zamawiający zastrzegł również, że „jeżeli wykonawca składa ofertę w odniesieniu do więcej niż jednej części zamówienia Zamawiający nie dopuszcza wykazania tej samej jednostki sprzętu w więcej niż jednej części zamówienia.” Zgodnie z postanowieniami pkt 14.1. SIWZ, zamawiający wskazał, iż przy dokonywaniu wyboru najkorzystniejszej oferty stosować będzie wyłącznie kryterium ceny. W szczegółowej specyfikacji technicznej (pkt 3.3.1.) zawartej w opisie przedmiotu zamówienia, zamawiający określił warunki, jakim powinien odpowiadać sprzęt do odśnieżania i usuwania śliskości. Wskazał m.in., iż nośnikami do pługów odśnieżnych mogą być samochody lub inne pojazdy samobieżne z napędem na dwie lub więcej osi i wzmocnionej ramie, która powinna umożliwiać zamocowanie do niej płyty czołowej. Układ napędowy nośnika powinien zapewniać długotrwałą pracę na niskich przełożeniach skrzyni biegów przy pełnym obciążeniu silnika. Do pługów lemieszowych lekkich winny być przeznaczone pojazdy samochodowe o ładowności do 6 t, do średnich pojazdów o ładowności od 6 ton do 8 ton z napędem na 2 lub więcej osi, do ciężkich pojazdy samochodowe o ładowności ponad 8 ton.

Ponadto Izba ustaliła, iż zamawiający w piśmie z dnia 21 czerwca 2013 r., w odpowiedzi na pytanie do SIWZ czy w formularzu 3.2. należy wyszczególnić również numery rejestracyjne, identyfikujące nośniki, zamawiający wyjaśnił, iż „w formularz 3.2., należy wskazać nazwy i parametry sprzętu na podstawie, których Zamawiający będzie mógł ocenić czy potwierdzają

one spełnianie warunków udziału w postępowaniu i z których jasno będzie wynikało, że sprzęt ten jest przypisany do jednego zadania. Mogą to być również numery rejestracyjne identyfikujące nośniki.”

Do upływu terminu składania ofert:

1) Na Zadanie nr 2 swoje oferty złożyli następujący wykonawcy:

- a) Przedsiębiorstwo Transportowo-Handlowe „LEWAR” Ryszard S. na kwotę 3.559.171,07 zł brutto,
- b) Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego Zaberd S.A. na kwotę 4.568.421,58 zł brutto,
- c) Przedsiębiorstwo Drogowe DROBET Tadeusz B. na kwotę 5.959.901,88 zł brutto,

2) Na Zadanie nr 9 swoje oferty złożyli następujący wykonawcy:

- a) Przedsiębiorstwo Budowlano-Drogowe „ROSOMAK” s.c. Mirosław S., Sławomir Z. na kwotę 5.544.144,79 zł brutto,
- b) Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego Zaberd S.A. na kwotę 4.746.330,95 zł brutto,
- c) PRD Pol-Dróg Nowogard S.A. na kwotę 6.479.154,75 zł brutto,

3) Na Zadanie nr 15 swoje oferty złożyli następujący wykonawcy:

- a) Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe „Petromot” Tadeusz D. na kwotę 4.506.122,34 zł brutto,
- b) KML Sp. z o. o. na kwotę 7.345.282,50 zł brutto,
- c) Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego Zaberd S.A. na kwotę 5.667.254,10 zł brutto,
- d) GRAWIL Sp. z o. o. na kwotę 5.950.164,25 zł brutto,
- e) TRANS-MASZ Przedsiębiorstwo Transportu i Maszyn Drogowych S.A. na kwotę 4.196.310,30 zł brutto,
- f) PRD Pol-Dróg Nowogard S.A. na kwotę 7.151.272,92 zł brutto.

Izba ustaliła również, iż pismem z dnia 24 lipca 2013 r., zamawiający zwrócił się do wykonawcy Grawil Sp. z o. o. o wyjaśnienie czy samochody marki Renault Midlum 2007, pługi Schmidt SNK 270, SNK 30, Hydrog POH3000, Ozamet OZWM32 i solarki Stratos B40, B50, OZPT6, wskazane w złożonych na poszczególne części ofertach są odrębnymi jednostkami sprzętowymi pozwalającymi na prawidłowe wykonanie przedmiotu zamówienia i o potwierdzenie, że wykonawca dysponuje 23 szt. nośników, 23 szt. pługów i 10 szt. solarek. W odpowiedzi wykonawca Grawil Sp. z o. o. wyjaśnił, iż „(...) ww. jednostki są osobnymi jednostkami sprzętowymi pozwalającymi na prawidłowe wykonywanie przedmiotu zamówienia i jednocześnie potwierdza, że dysponuje 23 szt. nośników, 23 szt. pługów i 10 szt. solarek.”

Pismem z dnia 24 lipca 2013 r., zamawiający działając na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp, zwrócił się do wykonawcy Zaberd S.A. o złożenie stosownych wyjaśnień dotyczących oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu m.in. w zakresie zadania nr 9. Zamawiający wskazał, iż „(...) w złożonej ofercie w Formularzu 3.2. – Potencjał Techniczny (poz. 1) Wykonawca wykazał, że przy realizacji zadania nr 9 i 10 będzie używał solarek SOLID L 7.0 – 376177. W związku z powyższym Zamawiający prosi o złożenie wyjaśnień, czy Wykonawca ma dostępne w celu realizacji zamówienia ww. solarki w ilości 2 szt.” W odpowiedzi wykonawca wyjaśnił, iż w przedstawionych przypadkach w tabelach znalazły się błędnie wpisane (dwukrotnie ten sam numer) numery solarek i pługów. Wykonawca wskazał, że zapis ten powstał w wyniku oczywistej omyłki pisarskiej numeracji solarek i pługów oraz załączył prawidłowo wypełnione tabele formularza 3.2. dla zadań 7, 8, 9, 10, 13 i 14.

Pismem z dnia 24 lipca 2013 r., zamawiający działając na podstawie art. 87 ust. 1 w związku z art. 26 ust. 4 Pzp zwrócił się również do wykonawcy LEWAR o złożenie wyjaśnień wskazując, iż „(...) w złożonej ofercie w Formularzu 3.2. – Potencjał Techniczny Wykonawca wykazał, że przy realizacji zadania będzie używał m.in.: samochodu spec. DAF nr rej. ZSL M106 + solarka Nido90 + pług; samochodu TATRA o nr rej. ZSL M825 + pług. W związku z otrzymaniem informacji o tym, że ww. jednostki sprzętowe są wykorzystywane przy wykonywaniu umowy do zimowego utrzymania dróg zawartej z Zachodniopomorskim rejonem Dróg Wojewódzkich w Koszalinie na lata 2011-2014, [Zamawiający] prosi o złożenie wyjaśnień, w jaki sposób ww. jednostki będą dostępne Wykonawcy w celu prawidłowej realizacji zamówienia na zadanie nr 2. W odpowiedzi wykonawca „Lewar” wyjaśnił, iż wykazany przez niego sprzęt został przeznaczony i nadal będzie przeznaczony do realizacji przedmiotowego zamówienia, zadania nr 2. Jednocześnie wyjaśnił również, iż wymieniony przez niego potencjał techniczny stanowi jego własność i zawiera więcej jednostek sprzętowych niż opisane w SIWZ. Dodatkowo wskazał, iż do wykonania umowy z Zachodniopomorskim Rejonem Dróg Wojewódzkich w Koszalinie w nadchodzącym sezonie zimowym 2013/2014 przeznaczy inny potencjał techniczny, który zostanie zakupiony.

Pismem z dnia 31 lipca 2013 r., zamawiający działając na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp wezwał wykonawcę Zaberd S.A. do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie potencjału technicznego, co do Zadania nr 15, 16, 17 i 18 brakujących w ofertach na poszczególne zadania. W odpowiedzi na wezwanie wykonawca ten przedłożył formularze 3.2. dla w/w zadań.

W dniu 3 września 2013 r., po wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 sierpnia 2013 r., (sygn. akt KIO 1961/13) zamawiający działając na podstawie art. 87 ust. 1 w związku z art. 26 ust. 4 Pzp wezwał wykonawcę Zaberd S.A. do złożenia wyjaśnień dotyczących dokumentów złożonych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w

postępowaniu w zakresie potencjału technicznego w zakresie zadań 1-24. Zamawiający wskazał, iż „(...) wykonawca na formularzu 3.2. oferty podał, np. samochód Unimog mercedes 4. Samochód ciężarowy Kamaz 6, samochód ciężarowy Renault Premium 1 itd., nie podając parametrów sprzętu. Wobec powyższego Zamawiający prosi o przypisanie do wyszczególnionych w ofercie nazw odpowiednich parametrów sprzętu na podstawie, których będzie można ocenić czy potwierdzają one spełnianie warunków udziału w postępowaniu i z których jasno będzie wynikało, że sprzęt ten jest przypisany do jednego zadania. Mogą to być również numery rejestracyjne identyfikujące nośniki.” W odpowiedzi wykonawca złożył wyjaśnienia, gdzie wskazał, iż „(...) W odpowiedzi na wymienione na wstępie pismo oraz w celu rozwiania wątpliwości Zamawiającego, pragniemy poinformować, iż przedkładamy ponownie Formularz 3.2. dla wszystkich 24 części. Wykaz ten zawiera informacje o potencjale technicznym, którym dysponujemy bezpośrednio oraz potencjałem udostępnionym nam, jako Wykonawcy do realizacji przedmiotowego zamówienia. Z ostrożności także wyjaśniamy, że przedłożony Zamawiającemu w załączeniu wykaz dla wszystkich części zamówienia sporządzony zgodnie z wzorcem zawartym w SIWZ stanowi jedynie formę precyzyjnego wyjaśnienia faktu dysponowania potencjałem technicznym oraz potwierdzenia, iż spełnia on wymagania Zamawiającego.(...) Formularze 3.2. służą udzieleniu wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 Pzp, zgodnie z wolą Zamawiającego, a nie uzupełnianiu w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Wyjaśnienia te nie zmieniają też pierwotnie złożonej oferty.”

Pismem z dnia 10 września 2013 r., zamawiający poinformował o wyborze ofert najkorzystniejszych dla każdego z 24 zadań. W zakresie zadania nr 2, jako najkorzystniejsza uznana została oferta wykonawcy Ryszarda S. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Transportowo-Handlowe „LEWAR” Ryszard S. z siedzibą w Słownie. W zakresie zadania nr 9 i nr 15, jako najkorzystniejsze zamawiający wskazał oferty złożone przez wykonawcę Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego Zaberd S.A. z siedzibą we Wrocławiu.

Powyższe ustalenia Izba uznaje za wiążące odpowiednio w zakresie postępowania o sygn. akt KIO 2246/13 jak i postępowania o sygn. akt 2264/13.

Izba ustaliła również, iż zamawiający w dniu 20 września 2013 r. wezwał wykonawców do zgłaszania przystąpień do postępowania odwoławczego wywołanego zarówno odwołaniem wniesionym przez wykonawcę Drobet jak i odwołaniem wykonawcy Pol-Dróg. W terminie określonym w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego wywołanego odwołaniem wniesionym przez Pol-Dróg po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca Zaberd S.A. stając się uczestnikiem przedmiotowego postępowania odwoławczego. Po stronie odwołującego swoje przystąpienie zgłosili: Grawil Sp. z o. o. oraz Zdzisław A. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą:

Zakład Budownictwa Ogólnego i Utrzymania Dróg „AZBUD” Zdzisław A.. Opozycję wobec przystąpienie Zdzisława A. po stronie odwołującego Pol-Dróg zgłosił zamawiający wskazując, iż przystępujący nie ma interesu w rozstrzygnięciu na korzyść strony, do której przystępuje. Izba uwzględniła opozycję zgłoszoną przez zamawiającego. Odwołanie wniesione przez odwołującego Pol-Dróg swoim zakresem obejmuje zadania 9 i 15, natomiast przystępujący Zdzisław A. złożył ofertę wyłącznie na zadanie 10. Tym samym nie ma on interesu w rozstrzygnięciu na korzyść odwołującego.

**KIO 2246/13**

**Uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia stron złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej zważył, co następuje:**

**Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.**

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 Pzp.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że odwołujący nie legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi przepis art. 179 ust. 1 P.z.p. Zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp środki ochrony prawnej określone w ustawie 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 ustawy. Izba uznała, iż odwołujący nie posiada interesu w złożeniu środków ochrony prawnej gdyż wobec sklasyfikowania jego oferty na trzeciej pozycji, jak też nie kwestionowaniu oferty sklasyfikowanej na pozycji nr 2 nie ma on możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia i tym samym nie poniesie szkody. Zarzuty podniesione w odwołaniu zmierzają wyłącznie do wyeliminowania wykonawcy Lewar i odrzucenia jego oferty, co biorąc pod uwagę fakt, że ofertę odwołującego sklasyfikowano na trzeciej pozycji w przypadku potwierdzenia się zarzutów nie dawałoby mu szansy na uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Należy wskazać, iż postępowanie odwoławcze zmierza do zniwelowania takich naruszeń ustawy P.z.p. w wyniku, których dany wykonawca nie ma możliwości uzyskania zamówienia objętego postępowaniem lub też możliwość ta

została ograniczona/utrudniona, co skutkuje powstaniem u niego szkody (także potencjalnej). Nie sposób uznać, iż z taką sytuacją mamy do czynienia w przedmiotowym postępowaniu. Odwołujący nie uzasadnia interesu we wniesieniu odwołania. Kwestionowanie zasadności wyboru oferty najkorzystniejszej i zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Lewar nie warunkuje możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia w zakresie zadania 2 gdyż w świetle przyjętych przez zamawiającego kryteriów oceny ofert, ofertę odwołującego poprzedza oferta wykonawcy Zaberd S.A. sklasyfikowana na pozycji nr 2. Izba zwraca uwagę, iż posiadanie interesu w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp winno być oceniane poprzez osiągnięcie zamierzonego celu a więc uzyskanie zamówienia. Istnienie związku przyczynowo-skutkowego pomiędzy czynnościami czy zaniechaniami zamawiającego, a szkodą, jaką poniósł lub mógł ponieść wykonawca poprzez nie uzyskanie przedmiotowego zamówienia umożliwi uznanie interesu w trybie art. 179 ust. 1 Pzp. W świetle brzmienia art. 179 ust. 1 Pzp interesu w uzyskaniu zamówienia, o którym mowa w tym przepisie, nie sposób upatrywać jedynie w czuwaniu nad prawidłowością przebiegu postępowania, jeżeli pozostaje to bez wpływu na status odwołującego w postępowaniu i możliwość uzyskania przez niego zamówienia. Należy wskazać, iż w okolicznościach przedmiotowej sprawy sytuacja odwołującego nie zmieni się, gdyż nawet w sytuacji gdyby zarzuty dotyczące oferty wykonawcy Lewar były uzasadnione to i tak korzystniejszą cenowo ofertę złożył jeszcze wykonawca Zaberd S.A., co, do którego zarzuty nie były podnoszone i tym samym nie sposób uznać, iż odwołujący poniósł lub nawet mógł ponieść szkodę. Za zasadne należy uznać stanowisko, iż dla wykazania interesu konieczne jest, co najmniej wykazanie zagrożenia, potencjalnej możliwości prowadzącej do takiego rozwoju sytuacji w dalszym przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia, że wynik danego postępowania wpłynie na sytuację podmiotu odwołującego. Odwołujący w przedmiotowym odwołaniu nie wykazał takiego zagrożenia.

Przedmiotowe przesłanki interesu w uzyskaniu zamówienia oraz szkody dotyczące wykonawcy, mają charakter materialnoprawny i muszą być spełnione kumulatywnie. Wobec nie potwierdzenia się powyższych przesłanek, przedmiotowe odwołanie należało oddalić, bez badania zasadności podniesionych w nim zarzutów. Tym samym Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy 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).

**Uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia stron i uczestnika postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej zważył, co następuje:**

**Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.**

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 Pzp, jak również Izba uznała, iż odwołujący posiada interes w złożeniu środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp gdyż w przypadku jego uwzględnienia oferta odwołującego mogłaby być uznana za najkorzystniejszą w zakresie zadania 9 i 15.

Odnosząc się do zarzutów dotyczących wykonawcy Zaberd S.A. twierdzenia odwołującego w ocenie Izby nie znajdują żadnego uzasadnienia. W pierwszej kolejności należy stwierdzić, iż wbrew twierdzeniom odwołującego, wykonawca Zaberd S.A. nie dokonywał ciągłego uzupełniania dokumentów potwierdzających potencjału technicznego. W zakresie potencjału wskazanego w ramach zadania 9 zamawiający wzywał wykonawcę Zaberd S.A. do złożenia wyjaśnień, wobec wykazania się również w zadaniu 10 tymi samymi solarkami natomiast w zakresie zadania 15 wobec brak dokumentów potwierdzających posiadanie wymaganego potencjału technicznego, do ich uzupełnienia. Przeciwnego stanowiska odwołującego nie może w ocenie Izby potwierdzać, powoływanie się przez niego na intencję zamawiającego. Skoro w pierwszym przypadku powołując się na dyspozycję art. 26 ust. 4 Pzp zamawiający wezwał wykonawcę Zaberd S.A. do złożenia wyjaśnień a w drugim do uzupełnienia brakujących dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp to tym samym brak jest podstaw do twierdzenia, że doszło do wielokrotnego uzupełniania dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie potencjału technicznego. Stanowisko takie znajduje potwierdzenie nie tylko w przywołanych przez zamawiającego podstawach prawnych, ale również w treści wezwań. Dokonując porównania treści formularza 3.2. złożonego w ramach zadania 9 pierwotnie jak i wraz z wyjaśnieniami, czy wreszcie w odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień z dnia 3 września 2013 r., należy stwierdzić, iż w odniesieniu do wykazanego potencjału technicznego w zakresie pozwalającym na stwierdzenie, że wykonawca spełnia postawiony

warunek udziału w postępowaniu treść nie uległa zmianie. We wszystkich trzech formularzach, zamawiający wykazał, iż dysponuje dla zadania 9 następującym sprzętem:

- 1) samochód Kamaz nr 5 + solarka SOLID L 7.0 – 376177 + pług Kalnik XL 503055,
- 2) samochód Kamaz 6 + solarka SOLID L 7.0 – 376180 + pług Kalnik XL 503051,
- 3) samochód Mercedes Atego 2628 7 + pług SNK 30/EPZ 10,
- 4) samochód Mercedes Atego 2628 8 + pług SNK 30/EPZ 11.

W powyższym zakresie informacje są niezmiennie. W tym miejscu należy wskazać, iż w zakresie zadania 9 celem wykazania spełniania warunku dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym zamawiający wymagał wykazania się nośniki+pługi+solarki w liczbie 2 sztuk oraz nośniki+pługi również w liczbie 2 sztuk. Mając na względzie powyższe brak jest podstaw do przyjęcia, iż wykonawca Zaberd S.A. nie wykazał spełniania powyższego warunku udziału w postępowaniu opisanego dla zadania 9. Do analogicznych wniosków Izba doszła analizując dokumenty przedłożone w zakresie zadania 15 na potwierdzenie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym. Zarówno wykaz złożony w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia, jak i wykaz załączony do wyjaśnień, w treści pozwalającej na stwierdzenie, że wykonawca Zaberd S.A., wykazał spełnianie przedmiotowego warunku, nie uległy zmianie. W obu formularzach wykonawca wskazał, iż dysponuje:

- 1) samochodem VOLVO FH 12380 + solarka SOLID L – 376185 + pług Kalnik XL 503053,
- 2) samochodem VOLVO FH 12420 \_ solarka SOLID L – 376176 + pług Kalnik XL 503052,
- 3) samochodem JELCZ 342 + pług Mosor PK 4.5, 319267,
- 4) samochodem JELCZ416 + pług Mosor 4.5, 319268,
- 5) samochodem Mercedes 1613 + pług Mosor 4.5, 319269,
- 6) samochodem Mercedes 227 + pług Mosor 4.5, 319270.

Powyższe czyni zadość wymogom postawionym przez zamawiającego, co do niezbędnego potencjału technicznego w zakresie zadania 15, tj. nośniki+pługi+solarki w liczbie 2 sztuk oraz nośniki+pługi w liczbie 4 sztuk. Tym samym, w ocenie Izby, brak jest podstaw do wykluczenia wykonawcy Zaberd S.A. w zakresie części 9 i 15 przedmiotowego postępowania, gdyż wykazał on, iż spełnia postawione przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu. Mając na względzie powyższe brak jest również podstaw do stwierdzenia, że doszło do zmiany treści oświadczeń i wykazów w zakresie informacji niezbędnych do stwierdzenia spełniania warunku dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym. Jednocześnie należało stwierdzić, iż wbrew twierdzeniom odwołującego nie doszło do złożenia przez wykonawcę Zaberd S.A. nieprawdziwych informacji. Twierdzenia

odwołującego nie zostały poparte żadną argumentacją ani dowodami i nie znajdują potwierdzenia w zebranych materiałach dowodowych.

Odnośnie zaniechania wykluczenia wykonawcy Rosomak, Izba również nie podzieliła stanowiska odwołującego. Odwołujący stwierdził jedynie, iż „z posiadanej przez niego najlepszej wiedzy” informacje o posiadaniu na własność przez w/w wykonawcę sprzętu w postaci pługów lemieszowych JARDS 320 – 2 szt., SCHMIDT MF 5.5 – 2 szt. oraz piaskarko-solarki SCHMIDT NIDO 90 – 2 szt. nie odpowiadają prawdzie. Izba wskazuje, iż zgodnie z zasadą wyrażoną w art. 6 Kodeksu cywilnego ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. Po pierwsze należy wskazać, iż na poparcie swoich twierdzeń, poza odwołaniem się do „najlepszej wiedzy odwołującego” nie przedstawił on żadnych dowodów przemawiających za słusnością postawionych zarzutów. Po drugie, nawet gdyby uznać, iż wykonawca Rosomak nie ma prawa własności do wskazanego sprzętu to nie będzie to wpływać na ocenę spełnienia warunku udziału w postępowaniu, gdyż zamawiający nie wymagał wykazania się prawem własności wykazywanego sprzętu i tym samym nie będą to informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania.

Odnosząc się do twierdzeń odwołującego, iż wykonawcy Zaberda S.A. jak i Grawil Sp. z o. o. wykazali się dysponowaniem sprzętem, który nie odpowiada warunkom, jaki powinien odpowiadać sprzęt do odśnieżania i usuwania śliskości zawartym pkt 3.3 Szczegółowej Specyfikacji Technicznej stanowiącej część Opisu Przedmiotu Zamówienia i tym samym nie wykazali spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz złożyli nieprawdziwe informacje, Izba również nie podzieliła stanowiska odwołującego. Należy wyraźnie zaznaczyć, iż czym innym jest opis przedmiotu zamówienia, zawarte w nim wymagania, co do sposobu jego realizacji a czym innym jest opis sposobu dokonania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu, który zgodnie z zasadą wyrażoną w art. 22 ust. 4 Pzp ma być związany z przedmiotem zamówienia oraz do niego proporcjonalny. W zakresie opisu sposobu dokonania oceny spełnienia warunku dysponowania potencjałem technicznym zamawiający wskazał jedynie na konieczność dysponowania dla poszczególnych zadań określoną ilością nośników, solarek, pługów. Izba wskazuje, iż nieuprawnione jest po upływie terminu składania ofert uzupełnianie opisu warunku udziału w postępowaniu o nowe, niezawarte w nim postanowienia poprzez posłużenie się wymogami dotyczącymi sposobu realizacji przedmiotowego zamówienia. W ocenie Izby brak jest przesłanek aby uznać, iż spełnienie warunku dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym mogło się odbyć wyłącznie poprzez wykazanie się sprzętem odpowiadającym warunkom zawartym w Szczegółowej Specyfikacji Technicznej stanowiącej część Opisu Przedmiotu Zamówienia. Takich postanowień brak. Tym samym nie sposób było uznać, iż wykonawcy Zaberda S.A. i Grawil Sp. z o. o. nie wykazali spełnienia warunku dysponowania

odpowiednim potencjałem technicznym i że w konsekwencji złożyli oni nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania.

Mając na względzie powyższe, za niezasadny należało również uznać zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 stawy Pzp w związku z art. 91 ust. 1 Pzp gdyż zamawiający prowadził postępowanie z zachowaniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców i dokonał wyboru ofert najkorzystniejszych w zakresie zadania nr 9 i 15 w oparciu o kryterium określone w SIWZ.

Reasumując, Izba uznała przedmiotowe odwołanie za niezasadne i orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy 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:** .....