

WYROK

z dnia 17 grudnia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski
Małgorzata Stręciwilk
Marek Szafraniec

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 grudnia 2012r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 grudnia 2012r. przez wykonawcę Mobilis Sp. z o. o., Mościska 4a, 05-080 Izabelin w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Urząd Miasta Bartoszyce, ul. Boh. Monte Cassino 1, 11-200 Bartoszyce

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego: Mobilis Sp. z o. o. i czynności odrzucenia jego oferty, a także nakazuje Zamawiającemu Urząd Miasta Bartoszyce, ul. Boh. Monte Cassino 1, 11-200 Bartoszyce dokonanie ponownej oceny złożonych ofert;

2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego: Urząd Miasta Bartoszyce, ul. Boh. Monte Cassino 1, 11-200 Bartoszyce i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Mobilis Sp. z o. o., Mościska 4a, 05-080 Izabelin tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Zamawiającego: Urzędu Miasta Bartoszyce, ul. Boh. Monte Cassino 1, 11-200 Bartoszyce na rzecz Mobilis Sp. z o. o., Mościska 4a, 05-080 Izabelin kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Olsztynie.

Przewodniczący:

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający: Urząd Miasta Bartoszyce, ul. Boh. Monte Cassino 1 11-200 Bartoszyce wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na świadczenie usług komunikacji miejskiej na terenie Bartoszyca.

Ogłoszenie o zamówieniu: ogłoszenie w sprawie Postępowania o udzielenie Zamówienia zostało opublikowane na witrynie TED/BZP pod numerem: 2012-132281.

Otwarcie ofert nastąpiło w dniu 5 listopada 2012r.

W dniu 23 listopada 2012 r. Zamawiający zawiadomił Spółkę o: wykluczeniu Spółki z Postępowania o udzielenie Zamówienia, odrzuceniu oferty Spółki oraz o wyborze najkorzystniejszej oferty tj. oferty wykonawcy: „DELUX” Przewozy Turystyczno-Pasażerskie Handel-Usługi ~~D.....~~ ~~K.....~~ spółka jawna.

Usunięto: Deluga

Usunięto: Krzysztof

Nie zgadzając się z powyższymi czynnościami Zamawiającego Odwołujący Mobilis Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Mościska 4a, 05-080 Izabelin w dniu 3 grudnia 2012r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od niezgodnych z przepisami Prawa Zamówień Publicznych czynności Zamawiającego polegających na:

1) wykluczeniu Odwołującego z przedmiotowego postępowania o udzielenie Zamówienia ze względu na to, że jak podał Zamawiający - Wykonawca pomimo wezwania nie uzupełnił dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu - na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 4 w związku z art. 22 ust 1 pkt. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp;

2) odrzuceniu oferty Odwołującego ze względu na to, że Odwołujący został wykluczony z Postępowania o udzielenie Zamówienia - na podstawie art. 24 ust. 4 Prawa Zamówień Publicznych;

3) wyborze do realizacji zamówienia, jako najkorzystniejszej oferty, oferty wykonawcy „DELUX” Przewozy Turystyczno-Pasażerskie Handel-Usługi ~~D.....~~ ~~K.....~~ spółka jawna.

Usunięto: Deluga

Usunięto: Krzysztof

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że poprzez wskazane powyżej czynności Zamawiający naruszył przepisy art. 7 ustawy Pzp., art. 24 ust 2 pkt 4 ustawy Pzp w związku z art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, art. 25 ustawy Pzp oraz art. 26 ust 2b ustawy Pzp w związku z § 1 ust. 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty

mogą być składane.

Wobec powyższego Odwołujący wnosił o:

1. Uchylenie decyzji Zamawiającego o wykluczeniu Odwołującego z Postępowania o udzielenie Zamówienia;
2. Uchylenie decyzji Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego;
3. Uchylenie decyzji Zamawiającego o wyborze do realizacji zamówienia, jako najkorzystniejszej oferty, oferty wykonawcy: „DELUX” Przewozy Turystyczno-Pasażerskie Handel-Usługi ~~D.....K.....~~ spółka jawna;
4. Nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert wraz z uwzględnieniem oferty Odwołującego;
5. Zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa prawnego w postępowaniu.

Usunięto: Deluga

Usunięto: Krzysztof

Zwrócił uwagę, że w treści SIWZ w rozdziale V ust 1 pkt 3 Zamawiający wskazał, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia oraz, że wymagane jest wykazanie w tym zakresie przez wykonawcę:

- sześciu pojazdów przystosowanych do przewozu osób w komunikacji miejskiej nie starszych niż 15 lat z czego trzy o ilości miejsc powyżej 50,
- trzech osób odpowiedzialnych za kierowanie usługami,
- ośmiu kierowców posiadających odpowiednie kwalifikacje i min trzyletnie doświadczenie na stanowisku kierowcy komunikacji miejskiej.

Zauważył również, że w dniu 3 października 2012 r. i 16 października 2012 r. Zamawiający dokonał zmian w przywołanej wyżej treści rozdziału V ust 1 pkt 3 SIWZ, a zmiana istotna w przedmiotowym dla przedmiotowego odwołania polegała na wprowadzeniu przez Zamawiającego wymogu wykazania przez wykonawcę, że dysponuje bazą samochodową zlokalizowaną na terenie świadczenia usługi wyposażoną w podstawowy sprzęt naprawczy.

Odwołujący podniósł, że w dniu 05 listopada 2012 roku złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia dołączając do niej wszelkie załączniki, oświadczenia i dokumenty/informacje wymagane zgodnie z SIWZ oraz Prawem Zamówień Publicznych, a wśród dokumentów dołączonych przez niego do oferty znalazło się m.in. oświadczenie spółki Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Bartoszycach S.A. z siedzibą w Bartoszycach („PKS Bartoszyce”), z którego wynikało, że Odwołujący - zgodnie z wymogiem

SIWZ - dysponuje bazą samochodową zlokalizowaną na terenie świadczenia usługi, wyposażoną w podstawowy sprzęt naprawczy.

Wskazał również na okoliczność, że w dniu 14 listopada 2012 r. Zamawiający wezwał go do uzupełnienia dokumentów w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w tym w zakresie:

a) wykazania przez Odwołującego bazy samochodowej zlokalizowanej na terenie świadczenia usługi wyposażonej w podstawowy sprzęt naprawczy - w tym przypadku, jako podstawę prawną Zamawiający podał pkt 2 SIWZ.

b) dokumentów, o których mowa w pkt a.3) oraz pkt od b.1).- do b.5) SIWZ dotyczących podmiotu, na zasobach, którego Spółka polega przy ubieganiu się o zamówienie - w tym przypadku, jako podstawę prawną Zamawiający podał pkt h6 SIWZ stosownie do którego jeżeli wykonawca wykazując spełnienie warunków, o których mowa w pkt C i D (tj. warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt. 1) do 3) (jeśli chodzi o pkt C w SIWZ) i art. 22 ust. 1 pkt) 4 ustawy Pzp (jeśli chodzi o pkt D w SIWZ), przy czym należy zauważyć, że zarówno w pkt C jak i D w SIWZ, polega na zasobach innych podmiotów' zobowiązany jest wykazać, że w stosunku do tych podmiotów brak jest podstaw wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia poprzez złożenie razem z ofertą dokumentów wymienionych w pkt. a.3 oraz pkt od b. 1) do b.5) dotyczących każdego z tych podmiotów o ile podmioty te będą brały udział w realizacji zamówienia.

Zaznaczył przy tym, że Zamawiający nie przewidział wymogu przedłożenia przez wykonawców jakichkolwiek dokumentów potwierdzających dysponowanie bazą samochodową zlokalizowaną na terenie świadczenia usługi wyposażoną w podstawowy sprzęt naprawczy.

Twierdził przy tym, że w piśmie z dnia 21 listopada 2012 r. ustosunkował się do powyższego wezwania Zamawiającego jednoznacznie oświadczając (w zakresie określonym w pkt a) i b) powyżej), że:

- Odwołujący samodzielnie spełnia warunek udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia i w tym zakresie nie będzie się opierał się na jakimkolwiek potencjale podmiotów trzecich.
- Odwołujący dysponował na dzień złożenia oferty zorganizowaną przez siebie bazą samochodową wyposażoną w podstawowy sprzęt naprawczy zgodnie z wymogami SIWZ.
- spółka PKS Bartoszyce nie będzie brała udziału w realizacji żadnej części przedmiotowego zamówienia.
- w świetle powyższych oświadczeń Odwołujący wskazał, że nie jest wymagane przedstawienie Zamawiającemu dokumentów, o których mowa w pkt. a.3) oraz pkt od b.1) do b.5) SIWZ dotyczących PKS Bartoszyce objętych wezwaniem Zamawiającego.

Jednocześnie podniósł, że dołączył do powyższego oświadczenia kopię umowy dzierżawy z dnia 02 listopada 2012 r. zawartej przez Odwołującego z PKS Bartoszyce, która jak twierdzi potwierdza zorganizowanie i tym samym dysponowanie przez Odwołującego jeszcze przed terminem składania ofert bazą samochodową zlokalizowaną na terenie świadczenia usługi wyposażoną w podstawowy sprzęt naprawczy.

Według Odwołującego z oświadczeń i dokumentów przedstawionych przez Odwołującego w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia, a w szczególności z treści oświadczenia z dnia 21 listopada 2012 r. oraz umowy dzierżawy zawartej przez Odwołującego z PKS Bartoszyce wynika, że zorganizował i dysponował samodzielnie na dzień składania ofert, bazą samochodową zgodnie z SIWZ i w tym celu Odwołujący przedstawił umowę dzierżawy z dnia 02 listopada 2012 r, a wcześniej (na etapie składania ofert) przedstawił w tym zakresie oświadczenie PKS Bartoszyce.

Zdaniem Odwołującego nie było żadnych podstaw do przyjęcia, że dzierżawienie przez Odwołującego nieruchomości, jako element zorganizowania przez niego bazy samochodowej spełniającej warunki SIWZ jest jednoznaczne z korzystaniem z potencjału wydzierżawiającego w rozumieniu art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, bowiem wykonawca, w każdym postępowaniu może samodzielnie organizować zaplecze techniczne nabywając lub uzyskując prawo do korzystania z jego elementów na podstawie różnych tytułów prawnych i nie można przyjmować, że w każdym przypadku takie korzystanie jest objęte dyspozycją art. 26 ust. 2b ustawy Pzp.

Podniósł, że co do zasady, czym innym jest samodzielne spełnienie przez wykonawcę warunków SIWZ w formie zorganizowania bazy na dzień składania ofert z wykorzystaniem różnych prawnych podstaw, na jakich to zorganizowanie nastąpiło (m.in. na podstawie dzierżawy placu takiej bazy), a czym innym jest poleganie w tym zakresie na zasobach podmiotu trzeciego w przyszłości i nieorganizowanie bazy, jako że taka baza istniałaby lub byłaby zorganizowana przez podmiot trzeci.

Niezrozumiałym dla Odwołującego jest narzucenie przez Zamawiającego obowiązku korzystania z zasobów PKS Bartoszyce przy realizacji przewozów przy użyciu sześciu autobusów w Bartoszycach, podczas gdy Odwołujący w oparciu o własne zasoby każdego dnia realizuje przewozy miejskie w Warszawie, Krakowie, Bydgoszczy i Amsterdamie, przy użyciu pięciuset czterestu autobusów w ruchu.

Zwrócił uwagę na fakt, że Odwołujący, jako właściciel PKS Bartoszyce jest również pośrednio właścicielem wszystkich nieruchomości i wyposażenia tego PKS-u, a więc w sensie ekonomicznym można przyjąć, że dla realizacji przewozów sześcioma autobusami w Bartoszycach Spółka korzysta z własnej bazy samochodowej, w której ma pełne zaplecze techniczne dla ponad dwustu autobusów.

Przyznał, że pod względem prawnym jednak Odwołujący i PKS Bartoszyce są samodzielnymi i odrębnymi spółkami, więc dlatego zawarta została i przedstawiona w postępowaniu umowa na dzierżawę części zaplecza technicznego PKS Bartoszyce, pod organizację bazy samochodowej Odwołującego dla sześciu autobusów, które mają wykonywać przewozy miejskie w Bartoszycach.

Podkreślił, że Zamawiający nie wskazał w SIWZ żadnych warunków, jakie przedmiotowa baza ma spełniać, nie wskazał również żadnych dokumentów, na podstawie, których ma nastąpić stwierdzenie spełnienia przedmiotowego warunku.

W związku z tym – w ocenie Odwołującego - w pełni wystarczające były oświadczenia złożone przez niego w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia w treści pisma z dnia 21 listopada 2012r., że nie będzie polegał na zasobach podmiotu trzeciego.

Dodatkowo wskazał, że zostało to potwierdzone przez Odwołującego poprzez przedstawienie Zamawiającemu umowy dzierżawy obowiązującej jeszcze przed terminem składania ofert, z której wynikało, że Odwołujący zorganizował bazę samochodową i w tym celu dzierżawi jedynie miejsca parkingowe dla 7 (siedmiu) autobusów (tj. miejsca parkingowe dla sześciu autobusów służących do wykonania przewozów zgodnie z SIWZ oraz dodatkowo jedno miejsce parkingowe dla autobusu rezerwowego) oraz miejsce do przechowywania podstawowego sprzętu naprawczego Odwołującego wraz z jednoczesnym umożliwieniem Odwołującemu przez PKS Bartoszyce korzystania przez Odwołującego z jednego stanowiska naprawczego, myjni samochodowej oraz stacji paliw posadowionych na dzierżawionej nieruchomości.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający nie miał żadnych podstaw prawnych przyjmować - wbrew wyraźnemu złożonemu oświadczeniu - że Odwołujący będzie polegał na potencjale podmiotu trzeciego, bowiem takie uznanie jest niedopuszczalną ingerencją Zamawiającego w treść oferty Odwołującego i w konsekwencji sprzeczne z prawem.

Jeżeli Zamawiający przy stwierdzeniu, że spółka nie spełnia warunku posiadania bazy opierał się na innych - nieznanym Odwołującemu i nie określonych w SIWZ - kryteriach/warunkach (np. co do rodzaju i formy dokumentów potwierdzających dysponowanie bazą), to nie mogą mieć one żadnego negatywnego wpływu na sytuację wykonawcy, albowiem Zamawiający nie określił ich w żaden sposób.

Zaznaczył przy tym, że jak wynika z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia, oferta firmy „DELUX” Przewozy Turystyczno-Pasażerskie Handel-Uслуги ~~D.....K.....~~ spółka jawna w zakresie spełnienia wymogu SIWZ dotyczącego dysponowania bazą samochodową zawiera wyłącznie oświadczenie ww. podmiotu, że posiada taką bazę bez poparcia jakimikolwiek dodatkowymi dokumentami.

Usunięto: Deluga

Usunięto: Krzysztof

Powyższe stanowi przypadek nierównego traktowania wykonawców przez Zamawiającego i może świadczyć o jednostronnie ukierunkowanym zachowaniu Zamawiającego, jeżeli chodzi o wybór wykonawcy w tym postępowaniu.

Stwierdził, że w świetle powyższego Zamawiający nie miał podstaw do przyjęcia, że Odwołujący nie spełnił warunku SIWZ dotyczącego wykazania bazy samochodowej zlokalizowanej na terenie świadczenia usługi wyposażonej w podstawowy sprzęt naprawczy

Wywodził, że jeżeli Odwołujący w oświadczeniu z 21 listopada 2012 roku m.in stwierdził jednoznacznie, że spółka PKS Bartoszyce nie będzie brała udziału w realizacji żadnej części przedmiotowego zamówienia to dalsze procedowanie w tym zakresie przez Zamawiającego było

beprzedmiotowe i pozbawione podstawy prawnej.

Zwrócił przy tym uwagę, że co do zasady nie można stawiać znaku równości pomiędzy poleganiem na zasobach osób trzecich w rozumieniu art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, a uczestnictwem tych osób w realizacji zamówienia, inaczej nie miałyby sensu wprowadzanie do ustawodawstwa art. 26 ust. 2b, o którym mowa powyżej.

Zasadą jest według twierdzenia Odwołującego, że podmiot, na którego zasobach się polega nie może być uznany za realizujący jakkolwiek część zamówienia.

Podkreślił, że w przypadku Odwołującego, z charakteru (specyfiki) zamówienia objętego SIWZ (tj. świadczenie usług w zakresie autobusowego przewozu osób w komunikacji miejskiej) wynika, że jakiegokolwiek poleganie przez wykonawcę na potencjale podmiotów trzecich w formie korzystania z bazy samochodowej nie może stanowić realizacji części zamówienia przez podmioty trzecie.

Zaznaczył, że sam Zamawiający definiując pojęcie przedmiotu zamówienia w treści SIWZ w żaden sposób nie odniósł się do kwestii „bazy samochodowej”, jako elementu przedmiotu zamówienia, podając np. w rozdziale III pkt 1 SIWZ, że: Przedmiotem Zamówienia jest świadczenie usługi transportu zbiorowego komunikacji miejskiej w zakresie dowozów pasażerskich w godzinach 500- 1830- łączna długość kursów dziennych na wszystkich liniach w dni robocze wynosi około 552km, w dni świąteczne i wolne od pracy około 130km

Z powyższego jednoznacznie – w ocenie Odwołujący - wynika, że nie miał żadnego prawnego obowiązku dostarczenia dokumentów wskazanych w treści wezwania Zamawiającego z dnia 21 listopada 2012 r. W związku z tym Zamawiający nie mógł na tej podstawie wykluczyć Odwołującego z Postępowania o udzielenie Zamówienia.

Powołał się także na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, powołując się na podobne stany faktyczno – prawne.

Podniósł, że oferta złożona przez Odwołującego w postępowaniu o udzielenie zamówienia i bezpodstawnie wykluczona przez Odwołującego opiewa na cenę w kwocie brutto 1.810.769,04 zł, natomiast oferta złożona przez drugiego wykonawcę i wybrana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą tj. oferta spółki „DELUX” Przewozy Turystyczno-Pasażerskie Handel-Uslugi D.....K..... spółka jawna (tj. spółki dotychczas realizującej tożsame zamówienie na rzecz Zamawiającego) opiewa na cenę w kwocie brutto 2.408.821,20 zł. (kwota w wysokości brutto 2.450.000,00 zł została podana przez Zamawiającego przed otwarciem ofert, jako kwota, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia).

Usunięto: Deluga

Usunięto: Krzysztof

W świetle powyższego zauważył, że nie jest realizowany przez Zamawiającego cel zamówień publicznych, jakim jest racjonalne i gospodarne wydatkowanie środków publicznych.

W dniu 12 grudnia 2012r. wykonawca: „DELUX” Przewozy Turystyczno-Pasażerskie Handel-Usługi ~~D..... K.....~~ spółka jawna zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, które jednak z uwagi na przekroczenie terminu ustawowego na jego wniesienie zostało przez Izbę uznane za bezskuteczne.

Usunięto: Deluga

Usunięto: Krzysztof

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść ogłoszenia i Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia oraz zmian do SIWZ, oferty Odwołującego, zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, wezwania Zamawiającego do uzupełnienia dokumentów z dnia 14 listopada 2012r i odpowiedzi Odwołującego na to wezwanie z dnia 21 listopada 2012r., umowy dzierżawy z dnia 2 listopada 2012r., jak również na podstawie złożonych na rozprawie przez strony i uczestnika wyjaśnień Izba postanowiła odwołanie uwzględnić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba stwierdziła naruszenie przez Zamawiającego przepisu art. 7, art. 24 ust. 2 pkt 4 w związku z art. 22 ust.1 pkt 3 oraz art. 25, art. 26 ust. 2b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113 poz. 759 z póź. zm.) i § 1 ust. 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. nr 226, poz. 1817).

Istotnymi zagadnieniami wymagającymi rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie były między innymi kwestie czy Zamawiający miał prawo wykluczenia wykonawcy ze skutkiem odrzucenia jego oferty z powodu niewykazania przez niego spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Izba ustaliła, że Zamawiający wykluczył Odwołującego z przedmiotowego postępowania z powodu nieuzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu dotyczących wskazania przez wykonawcę bazy samochodowej zlokalizowanej na terenie świadczenia usługi wyposażonej w podstawowy sprzęt naprawczy, a także dokumentów potwierdzających spełnianie warunków podmiotowych przez podmiot udzielający Odwołującemu potencjału technicznego do wykonania przedmiotu zamówienia.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że zgodnie z art. 25 ust. 1 ustawy Pzp w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania.

W zdaniu drugim w punkcie 2 tego przepisu ustawodawca przyjął, że oświadczenia i dokumenty potwierdzające spełnianie między innymi warunków udziału w postępowaniu zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert.

Z ustaleń Izby wynika, że Zamawiający w ogłoszeniu o przetargu nie podał jakiegokolwiek informacji dotyczącej warunków dysponowania przez wykonawców bazą transportową na terenie świadczenia usługi wyposażonej w podstawowy sprzęt naprawczy oraz nie wskazał, jakich dokumentów będzie żądał w celu potwierdzenia tej okoliczności.

Z tego powodu należy uznać, że Zamawiający w ogóle nie ustanowił powyższego warunku podmiotowego, który dawałby mu podstawę do żądania od Odwołującego przedłożenia dokumentów potwierdzających dysponowanie przedmiotową bazą czy to w ramach zasobów własnych czy też w warunkach posłużenia się przez Odwołującego potencjałem technicznym osób trzecich.

Wymaga również zauważenia, że wprowadzona przez Zamawiającego w Komunikacie II z dnia 16 października 2012r. zmiana SIWZ, niezależnie od braku jej publikacji w ogłoszeniu nie może być uznana przez Izbę za skutecznie dokonaną, także z uwagi na jej nieprecyzyjność.

Zamawiający w komunikacie tym zamieścił treść wskazanego warunku dotyczącego bazy transportowej, wskazując w tymże komunikacie, że takie postanowienie zostało już zamieszczone w SIWZ „tak jest” z przywołaniem treści warunku, a nie wskazując jakie postanowienie powinno się tam znaleźć („powinno być” – puste miejsce).

Potwierdzeniem okoliczności, że Zamawiający nie wprowadził takiego warunku do SIWZ jest również okoliczność braku zmiany postanowień SIWZ w zakresie dokumentów, które miały potwierdzać spełnianie warunku udziału w postępowaniu.

Z powyższych względów Zamawiający nie był uprawniony do zastosowania dyspozycji przepisu art. 26 ust. 3 i art. 26 ust. 2b ustawy Pzp w rozpoznawanym zakresie, skoro w nie wprowadził w ogłoszeniu o zamówieniu, jak i *de facto* w treści SIWZ przedmiotowej zmiany.

Skoro Zamawiający nie określił warunku udziału w postępowaniu nie był uprawniony do wzywania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów, a w konsekwencji nie był uprawniony do wykluczenia Odwołującego z postępowania.

Na marginesie należy zauważyć tylko, że nawet gdyby przyjąć, że warunek dotyczący bazy transportowej został przez Zamawiającego opisany, a także przyjmując twierdzenie Zamawiającego, że Odwołujący wykazała spełnienie warunku korzystając z potencjału podmiotu trzeciego nieuprawnione byłoby wzywanie do uzupełnienia dokumentów podmiotowych przez Odwołującego od tegoż podmiotu z uwagi na to, że z treści oświadczenia tego podmiotu nie wynika, iż miałby on uczestniczyć w realizacji zamówienia, a powyższe jedynie usprawiedliwia żądanie

dokumentów podmiotowych od podmiotu trzeciego w świetle § ust. 2 przywołanego rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie dokumentów. Powyższe jednak z racji uznania przez Izbę, że warunku podmiotowego w zakresie potencjału technicznego co do bazy transportowej zamawiający de facto nie opisał, nie miało znaczenia przy podjęciu przedmiotowego rozstrzygnięcia.

Z tych wszystkich powodów działanie Zamawiającego w stosunku do Odwołującego należy potraktować również za sprzeczne zasadą równości i konkurencyjności uczestników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W tym stanie rzeczy, uznając, iż stwierdzone powyżej naruszenia przepisów ustawy Pzp miały lub mogą mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, Izba na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, postanowiła odwołanie uwzględnić.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, 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).

Przewodniczący:

.....

.....