

Sygn. akt: KIO/UZP 73/09

**Wyrok**  
**z dnia 29 stycznia 2009 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska**

**Członkowie: Ryszard Tetzlaff**  
**Renata Tubisz**

**Protokolant: Paulina Zalewska**

po rozpoznaniu na ~~posiedzeniu~~/ rozprawie\* w dniu ~~Aw dniach~~\* 29 stycznia 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum : TEERAG – ASDAG Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Wybrzeże Gdyńskie 6a, TEERAG – ASDAG Aktiengesellschaft z siedzibą w Austrii w Wiedniu, Absbergasse 47 i INTOP Warszawa sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Wiertnicza 108** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie, ul. Mińska 25** protestu ~~/protestów~~\* z dnia **24 grudnia 2008 r.**

przy udziale **Mota-Engil Polska S.A. z siedzibą w Krakowie, ul. Wadowicka 8W, Mota-Engil Engenharia a Construacao S.A. z siedzibą w Portugalii, w Porto, Rua do Rego Lameiro 38** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

**orzeka:**

**1 . oddala odwołanie,**

2. kosztami postępowania obciąża **Konsorcjum : TEERAG – ASDAG Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Wybrzeże Gdyńskie 6a, TEERAG – ASDAG Aktiengesellschaft z siedzibą w Austrii w Wiedniu, Absbergasse 47 i INTOP Warszawa sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Wiertnicza 108**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574.zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Konsorcjum : TEERAG – ASDAG Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Wybrzeże Gdyńskie 6a, TEERAG – ASDAG Aktiengesellschaft z siedzibą w Austrii w Wiedniu, Absbergasse 47 i INTOP Warszawa sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Wiertnicza 108**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy sześćset sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Konsorcjum : TEERAG – ASDAG Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Wybrzeże Gdyńskie 6a, TEERAG – ASDAG Aktiengesellschaft z siedzibą w Austrii w Wiedniu, Absbergasse 47 i INTOP Warszawa sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Wiertnicza 108** na rzecz **Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie, ul. Mińska 25**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kosztów zastępstwa przez pełnomocnika
- 3) dokonać wpłaty kwoty **0 zł 0 gr** (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty **15 426 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum : TEERAG – ASDAG Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Wybrzeże Gdyńskie 6a, TEERAG – ASDAG Aktiengesellschaft z siedzibą w Austrii w Wiedniu, Absbergasse 47 i INTOP Warszawa sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Wiertnicza 108**

### **U z a s a d n i e**

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego na budowę obwodnicy Mszczonowa w ciągu drogi krajowej nr 50 od km 2 + 920 do km 9 + 220 – Etap II zostało wszczęte przez Zamawiającego Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie, ul. Mińska 25 ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej za numerem 2008/S 194-256739 w dniu 7 października 2008r.

W dniu 19 grudnia 2008r. Zamawiający dokonał oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i poinformował wykonawców o ocenach spełniania tych warunków oraz przekazał zaproszenie do składania oferty. Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz) wskazał, że do składania ofert zaprosi 15 wykonawców, którzy uzyskali najwyższą liczbę punktów w ramach dokonanej oceny. Wykonawca Konsorcjum : TEERAG – ASDAG Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Wybrzeże Gdynskie 6a, TEERAG – ASDAG Aktiengesellschaft z siedzibą w Austrii w Wiedniu, Absbergasse 47 i INTOP Warszawa sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Wiertnicza 108, zwany dalej Odwołującym znalazł się na 16 pozycji w ramach oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Odwołujący w dniu 24 grudnia 2008r. na tę czynność Zamawiającego wniósł protest zarzucając Zamawiającemu, że czynności spełniania warunków udziału w postępowaniu dokonał z naruszeniem art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 2 pkt 2, art. 24 ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (DZ. U. t.j. z 2007r. nr 223 poz. 1655 ze zm. z 2008r. nr 171 poz. 1058 – dalej ustawy) poprzez niedokładne sprawdzenie oświadczeń wykonawców :

1. Konsorcjum: Mota-Engil Polska S.A., Mota-Engil Engenharia a Construcacao S.A., J&P-AVAX S.A. i Mostostal Warszawa S.A.,
2. Konsorcjum: Johann Bunte Bauunternehmung GmbH&Co i Hentschke Bau GmbH, złożonych na formularzu – załącznik nr 3 do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu „Potencjał techniczny“ i niewłaściwą ocenę warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, dokonanie sprawdzenia oświadczeń wykonawców pod względem zgodności z rzeczywistym stanem faktycznym informacji przedstawionych na wskazanym formularzy, w szczególności w odniesieniu do pozycji dotyczącej wytwórni mieszanki mineralno-bitumicznej, dokonanie ponownej oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.

W uzasadnieniu protestu Odwołujący wskazał, że ma interes prawny we wniesieniu protestu, gdyż w wyniku oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu zajął 16 pozycję, a gdyby Zamawiający prawidłowo ocenił i zweryfikował złożone oświadczenia, Odwołujący uzyskałby wyższą lokatę i zostałby zaproszony do składania ofert, a tym samym miałby szansę na uzyskanie zamówienia. Podniósł, że w sekcji III.2.8 ogłoszenia o zamówieniu Zamawiający żądał w ramach potencjału technicznego dysponowania wytwórnią (otaczarką) mas bitumicznych o pracy cyklicznej o wydajności 120t/h, co znalazło swoje odzwierciedlenie w załączniku nr 3 do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu „Potencjał techniczny”, gdzie Zamawiający nakazał wskazać formę dysponowania tym sprzętem pod kątem posiadania sprzętu w technologicznie uzasadnionej odległości od miejsca realizacji

zamówienia, pozwalającej na faktyczne skierowanie wskazanego sprzętu do wykonania zamówienia. Zdaniem protestującego wskazani wyżej wykonawcy złożyli nieprawdziwe oświadczenia o posiadaniu wytwórni, a w szczególności wskazali, że są właścicielami takiego sprzętu, co jest niezgodne z rzeczywistością. Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy podanie przez wykonawcę informacji nieprawdziwych powinno skutkować jego wykluczeniem z postępowania, czego Zamawiający zaniechał, a więc naruszył zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy. Protest został podpisany przez pełnomocnika Odwołującego z dnia 24 października 2008r. popisanego przez wszystkich członków wchodzących w skład Konsorcjum Odwołującego, zgodnie z reprezentacją ujawnioną w odpisach z dokumentów rejestrowych spółek załączonych do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Pełnomocnictwo załączono do protestu i obejmuje ono w pkt 6 uprawnienie do wnoszenia środków ochrony prawnej i reprezentowania Odwołującego w postępowaniu protestacyjno – odwoławczym. Zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu protestu i wezwał ich do udziału w postępowaniu protestacyjnym pismem z dnia 29 grudnia 2008r. przesłanym faksem w dniu 30 grudnia 2008r.

Do postępowania protestacyjnego przystąpili :

1. w dniu 31 grudnia 2008r. Konsorcjum Konsorcjum: Mota-Engil Polska S.A. z siedzibą w Krakowie, ul. Wadowicka 8W, Mota-Engil Engenharia e Construcao S.A. z siedzibą w Portugalii, w Porto, Rua do Rego Lameiro 38 wnosząc o oddalenie protestu, wskazując na swój interes prawny w przystąpieniu polegający na tym, że oferta Przystępującego Mota-Engil jest zgodna z wymogami prawa i powinna brać udział w postępowaniu przetargowym. W uzasadnieniu przystąpienia Przystępujący Mota-Engil podniósł, że jest właścicielem szybko montowalnej otaczarki WMB „Benninghoven” TBA 160/200 o wydajności 160 t/h, co wykazał w formularzu „Potencjał techniczny”, a zarzuty Odwołującego są nieprawdziwe i nie poparte jakimkolwiek dowodem uprawdopodobniającym choćby przedstawioną proteście tezę. Przystąpienie zostało podpisane przez członka zarządu Pedro F. i prokurenta Piotra M. Kopia przystąpienia została przekazana Odwołującemu.

2. w dniu 2 stycznia 2009r. Konsorcjum Mirbud S.A. z siedzibą w Skierniewicach, ul. Unii Europejskiej 18, MOSTMAR Marcin i Grzegorz Marcinków sp. j. z siedzibą w Pietrzykowicach, Zarzecz, ul. Łęgowa 1 wnosząc o uwzględnienie protestu oraz wskazując na swój interes prawny w przystąpieniu, gdyż w ramach preselekcji zajął 15 pozycję i zakwalifikował się do dalszego etapu postępowania, ale w wyniku uwzględnienia protestu ma szansę na zajęcie lepszej pozycji, a tym samym większą możliwość uzyskania zamówienia. Przystąpienie podpisała prezes zarządu Halina M. Kopia przystąpienia została przekazana Odwołującemu.

3. w dniu 2 stycznia 2009r. Konsorcjum KARMAR S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Taborowa 16, Firma Handlowo-Produkcyjno- Usługowa Machpol Machulski Andrzej z siedzibą w Płońscy, ul. Murawki 26, MOST sp. z o.o. z siedzibą w Sopocie, ul. Kujawska 51A, TRAKT sp. z o.o. z siedzibą w Piekoszowie, ul. Górki Szczukowskie 1 wnosząc o uwzględnienie protestu i wskazując na swój interes prawny w przystąpieniu, gdyż Przystępujący KARMAR na skutek wadliwie zaniechanych czynności Zamawiającego został pozbawiony możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia. Przystąpienie zostało podpisane przez Dyrektora ds. rozwoju Kazimierza K. działającego w oparciu o pełnomocnictwo udzielone przez prezesa zarządu Włodzimierza B.

W dniu 6 stycznia 2009r. J&P-AVAX S.A. złożył pismo, w którym oświadczyło, że przyłącza się do postępowania protestacyjnego oraz wskazał, że złożył wymagane oświadczenie we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz, że na wyraźne wezwanie Zamawiającego może zorganizować jego oględziny lub przedłożyć stosowne dokumenty.

W dniu 8 stycznia 2009r. Zamawiający rozstrzygnął protest i oddalił go w całości. Wskazał na treść swojego żądania zawartego w sekcji III.2.3 ogłoszenia o zamówieniu, oraz powołał się na fakt, iż żądał potwierdzenia spełnienia warunku w postaci oświadczenia wykonawcy. Wskazani w proteście wykonawcy złożyli takie oświadczenia, z których wynika, że spełniają postawiony warunek, a Zamawiający nie miał żadnych podstaw, aby kwestionować złożone oświadczenia. Podniósł, że Odwołujący powołał się jedynie na swoją wiedzę, a to nie pozwalało Zamawiającemu na uwzględnienie protestu.

W dniu 16 stycznia 2009r. Odwołujący wniósł odwołanie podtrzymując zarzuty podniesione w proteście, rozszerzył podstawę zarzutów o art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy oraz wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu,
- dokonania sprawdzenia oświadczeń wykonawców pod względem zgodności z rzeczywistym stanem faktycznym informacji przedstawionych na wskazanym formularzy, w szczególności w odniesieniu do pozycji dotyczącej wytwórni mieszanki mineralno-bitumicznej,
- dokonania ponownej oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.

W uzasadnieniu odwołanie wskazał, że nie zgadza się ze stanowiskiem Zamawiającego, gdyż Zamawiający nie podjął żadnych czynności zmierzających do weryfikacji złożonych oświadczeń, choćby przez dodatkowe wyjaśnienia, a jedynie jeden z wykonawców w odpowiedzi na protest poinformował, że posiada wytwórnię na własność, ale nie podał jej lokalizacji, co ma znaczenie dla realizacji zamówienia. Zamawiający wykazał się, w ocenie Odwołującego, beztrąską, pomimo tego, że obowiązek wyjaśnienia kwestii związanych ze złożeniem nieprawdziwego oświadczenia jest bezsporny w orzecznictwie. Na poparcie swojej argumentacji wskazał na wyrok Izby z dnia 9 stycznia 2008r. sygn. akt KIO/UZP

42/07, z dnia 22 lutego 2008r. sygn. akt KIO/UZP 99/08 oraz wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 9 września 2003r. sygn. akt V Ca 1477/03. Wskazał, że Zamawiający posiadając wiedzę z zakresu budowy dróg powinien wiedzieć, że wytwórnia mieszanki mineralno-bitumicznej musi znajdować się w technologicznie uzasadnionej odległości a jej uruchomienie wymaga licznych i czasochłonnych uzgodnień i decyzji. Odwołujący podał rodzaje najważniejszych, jego zdaniem, decyzji jakie wykonawca zobowiązany jest pozyskać, oraz wskazał na czasookres pozyskiwania danego dokumentu. Podniósł, że zignorowanie przez Zamawiającego niezgodności ze stanem faktycznym złożonych oświadczeń, narusza uczciwą konkurencję oraz zasadę równego traktowania wykonawców. Zamawiający, wedle Odwołującego, nie ma też prawa samowolnie pominąć zgłoszonych zastrzeżeń do przedstawionych oświadczeń, co wynika ze stanowiska orzecznictwa Izby z dnia 5 marca 2008r. sygn. akt KIO/UZP 141/08. Odwołanie zostało podpisane tak jak protest, a kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu w dniu 16 stycznia 2009r. W dniu 19 stycznia 2009r. Zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania i wezwał ich do udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 23 stycznia 2009r. do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpiło Konsorcjum Mota Engel wnosząc o oddalenie odwołania, wskazując na swój interes prawny oraz podtrzymując stanowisko zawarte w przystąpieniu do postępowania protestacyjnego. W uzasadnieniu powołał się na fakt złożenia wyjaśnień w dniu 5 stycznia 2009r. Przystąpienie zostało podpisane przez dwóch członków zarządu Fernando F. B. i Pedro F. Kopia przystąpienia została doręczona Zamawiającemu i Odwołującemu przed otwarciem posiedzenia.

**Izba ustaliła następujący stan faktyczny :**

Zamawiający w sekcji III.2.3. ogłoszenia o zamówieniu publicznym w ramach zdolności technicznej w ppkt. 2 wymagał wykazu urządzeń i narzędzi, jakimi będzie dysponował wykonawca niezbędnych dla realizacji przedmiotu zamówienia, na formularzu zgodnym z treścią załącznika nr 3. Wykaz musi potwierdzać spełnienie warunku, o którym mowa w pozycji „Minimalny poziom ewentualnie wymaganych standardów pkt II.3. Przez minimalny poziom ewentualnie wymaganych standardów w zakresie urządzeń i sprzętu Zamawiający wskazał, że wykonawca musi dysponować jednostkami sprzętu wystarczającymi do realizacji zamówienia. Wykonawca musiał przedstawić we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oświadczenie, że będzie dysponował sprzętem wymienionym poniżej przy czym spełnienie tego warunku nie zwolni wyłonionego Wykonawcy z obowiązku zapewnienia pozostałego sprzętu niezbędnego do prawidłowego i terminowego zrealizowania zamówienia :

1. równiarki min 100kW – 2 szt.,
2. koparki małe do 1,0 m<sup>3</sup> – 2 szt.

3. ładowarki min 2 m<sup>3</sup> – 2 szt.
4. żuraw samojezdny min 60t – 1 szt.
5. spycharka min 250 kW – 2 szt.,
6. frezarka o szerokości roboczej min 1 m – 1 szt.
7. układarka mas bitumicznych z automatycznym sterowaniem poziomu niwelety – min 120 t/h o zmiennej szerokości roboczej do 11 m – 1 szt.
8. wytwórnia (otarczarka) mieszanki mineralno-bitumicznej o pracy cyklicznej, wydajności min 120t/h – 1 szt.,
9. skraplarka samochodowa pojemności 5000 l – 1 szt.
10. szczotka mechaniczna – szt
11. sprzęt do zagęszczania ;
  - a) walce gładkie min. 10t – 3 szt.,
  - b) walec okołkowany min 10 t – 1 szt.
  - c) walce wibracyjne tandemowe – min 8 t – 1 szt.
  - d) walce ogumione min 12 t – 2 szt.
  - e) samojezdny jednobębnowy walec wibracyjny min 16 t – 1 szt.

Zamawiający wskazał ponadto, że wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie przedmiotowego zamówienia muszą wykazać, że łącznie spełniają powyższe wymagania.

Zamawiający we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu w wymaganiach dotyczących przygotowania wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu w pkt 8 zawarł wymaganie załączenia do wniosku wykazu urządzeń i narzędzi, jakimi będzie dysponował wykonawca niezbędnych dla realizacji przedmiotu zamówienia, na formularzu zgodnym z treścią załącznika nr 3. Wykaz musiał potwierdzać spełnienie warunku, o którym mowa w ogłoszeniu. Załącznik nr 3 zawierał wzór wykazu i Zamawiający oczekiwał w tym zakresie złożenia oświadczenia o treści „składając wniosek o dopuszczenie do udziału w przetargu ograniczonym na „budowę obwodnicy Mszczonowa w ciągu drogi krajowej nr 50 od km 2 + 920 do km 9 + 220 – Etap II” oświadczamy, że będziemy dysponować następującymi, jednostkami sprzętowymi, które skierujemy do realizacji zamówienia:”

Poniżej tego oświadczenia znajdowała się tabela składająca się z kolumn :

1. wyszczególnienie sprzętu – zgodnie z ogłoszeniem,
2. liczba jednostek do realizacji zamówienia,
3. forma dysponowania.

Kwestionowani przez Odwołującego wykonawcy złożyli następujące oświadczenia w ramach załącznika nr 3 do wniosku :

1. Mota-Engil Polska S.A. z siedzibą w Krakowie, ul. Wadowicka 8W, Mota-Engil Engenharia a Construção S.A. z siedzibą w Portugalii, w Porto, Rua do Rego Lameiro 38 – str. 9 - wytwórnia mieszanki mineralno-bitumicznej o pracy cyklicznej, wydajności min 120t/h WMB

„Benninghoven” TBA 160/200 o wyd. 160t/h, liczba jednostek do realizacji zamówienia – 1, forma dysponowania - własny

2. J&P-AVAX S.A. z siedzibą w Grecji w Atenach, Amarousiuo-Halandroi Street 16 - str. 238 oferty – wytwórnia mieszanki mineralno-bitumicznej o pracy cyklicznej, wydajności min 120t/h, liczba jednostek do realizacji zamówienia – 1, forma dysponowania - własność

3. Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Konstruktorska 11A – str. 47 – wytwórnia (otaczarka) mieszanki mineralno-bitumicznej o pracy cyklicznej, wydajności min 120t/h kontenerowa wytwórnia mas bitumicznych marki LINTEC typ CSD 3000 o mieszanii cyklicznym wyposażona w automatyczny dozownik stabilizatora oraz z możliwością podgrzewania kruszywa, szt. 1 parametry techniczne – wydajność maksymalna 240t/h, silos gotowej mieszanki o pojemności 270t, izolowany termicznie i podgrzewany, liczba jednostek do realizacji zamówienia – 1, forma dysponowania - własność

5. Konsorcjum: Johann Bunte Bauunternehmung GmbH&Co z siedzibą w Papenburg Hauptkanal links 88 i Hentschke Bau GmbH z siedzibą w Niemczech, w Bautzen, Zeppelinstrasse 15 – str. 174 wytwórnia mieszanki mineralno-bitumicznej o pracy cyklicznej, wydajności min 120t/h WMB sterowana automatycznie Ammann Universal Super Quick 240 t/h, rok produkcji 2006, 240 t/h, liczba jednostek do realizacji zamówienia – 1, forma dysponowania – własność.

W dniu 31 grudnia 2008r. Zamawiający wezwał wykonawców, których oświadczenia zostały zakwestionowane w proteście do wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy dotyczących formy dysponowania sprzętem wskazanym w załączniku „Potencjał techniczny” oraz wymienionym w proteście zakreślając termin do udzielenia wyjaśnień do dnia 6 stycznia 2009r. godz. 11:00.

W dniu 5 stycznia 2009r. wykonawca Konsorcjum MOTA-Engil wyjaśniło, że jest właścicielem szybko montowalnej otaczarki WMB „Bennighoven” TBA 160/2000 o wyd. 160 t/h i załączyło wyciąg z rejestru środków trwałych sporządzony na dzień 31.12.2008r., z którego wynika, że środek został wprowadzony do ewidencji w dniu 30 czerwca 2005r.

W dniu 5 stycznia 2009r. Konsorcjum Johann Bunte Bauunternehmung GmbH&Co przedłożyło fakturę od firmy Amman – Asphalt GmbH stanowiącą potwierdzenie zakupu wytwórni mas bitumicznych.

W dniu 5 stycznia 2009r. Mostostal Warszawa S.A. złożyło wyjaśnienia, że wskazana otaczarka jest własnością tego wykonawcy w wyniku wykonania opcji odkupu na podstawie Ogólnych Warunków Leasingu nr Mostostal W-wa/WA/13630/2003 z dnia 19 maja 2003r. i załączyło w tym zakresie zaświadczenie leasingodawcy.

**Izba zważyła, co następuje :**

Izba nie stwierdziła zaistnienia przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 187 ust. 4 ustawy.



Izba stwierdziła, że Odwołujący ma interes prawny we wniesieniu odwołania, gdyż jego wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu został sklasyfikowany na pierwszej pozycji spośród wniosków wykonawców, który nie zostali zaproszeni do składania ofert. Zatem w przypadku uznania, że Zamawiający nieprawidłowo dokonał czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w odniesieniu do któregośkolwiek z wykonawców zaproszonych do składania ofert, a więc zgodnie z żądaniem Odwołującego, Odwołujący miałby szansę na uzyskanie zaproszenia do udziału w postępowaniu i w konsekwencji na uzyskanie zamówienia publicznego. Tym samym Izba uznała, że została spełniona przesłanka materialnoprawna z art. 179 ust. 1 ustawy.

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego, że czynności badania spełniania warunków udziału w postępowaniu dokonał z naruszeniem art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 2 pkt 2, art. 24 ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (DZ. U. t.j. z 2007r. nr 223 poz. 1655 ze zm. z 2008r. nr 171 poz. 1058 – dalej ustawy) poprzez niedokładne sprawdzenie oświadczeń wykonawców :

1. Konsorcjum: Mota-Engil Polska S.A., Mota-Engil Engenharia a Construção S.A.,
2. J&P-AVAX S.A.,
3. Mostostal Warszawa S.A.,
4. Konsorcjum: Johann Bunte Bauunternehmung GmbH&Co i Hentschke Bau GmbH, złożonych na formularzu – załącznik nr 3 do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu „Potencjał techniczny“ i niewłaściwą ocenę warunków udziału w postępowaniu.

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Zgodnie z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Zamawiający ma prawo postawić warunek dysponowania potencjałem technicznym niezbędnym do wykonania zamówienia. Wykonawcy mogą w tym zakresie wykazać się potencjałem własnym, lub potencjałem innych podmiotów. W tym drugim przypadku mają obowiązek przedstawić pisemne zobowiązanie tych podmiotów do udostępnienia potencjału technicznego. Zamawiający taki warunek postawił wskazując wprost jakie urządzenia i sprzęt uznaje za niezbędny dla prawidłowej realizacji zamówienia. Wartość szacunkowa w przedmiotowym postępowaniu przekracza równowartość kwoty 5 150 000 euro, a zatem zgodnie z art. 26 ust. 1 ustawy Zamawiający miał obowiązek żądać od wykonawców przedłożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Ustawodawca działając na podstawie legitymacji ustawowej zawartej w art. 25 ust. 2 ustawy określił rodzaje dokumentów jakich może żądać Zamawiający od wykonawców w celu potwierdzenia warunków udziału w postępowaniu. Katalog tych dokumentów ma charakter

zamknięty, co oznacza, że Zamawiającemu nie wolno jest żądać w celu potwierdzenia warunków udziału w postępowaniu, innych dokumentów niż wynikające z rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U.06.87.605 zm. Dz.U.08.188.1155). W § 1 ust. 2 pkt 2 i 3 ustawodawca wskazał rodzaje dokumentów, które mogą być żądane na potwierdzenie dysponowania potencjałem technicznym i są to :

- wykaz niezbędnych do wykonania zamówienia narzędzi i urządzeń, którymi dysponuje lub będzie dysponował wykonawca;
- pisemne zobowiązanie innych podmiotów do udostępnienia niezbędnych do wykonania zamówienia narzędzi i urządzeń.

Przy czym Izba zaznacza, że wymóg żądania pisemnego zobowiązania innych podmiotów do udostępnienia niezbędnych do wykonania zamówienia narzędzi i urządzeń nie ma zastosowania w przedmiotowym postępowaniu, gdyż postępowanie to toczy się w związku z ogłoszeniem z dnia 7 października 2008r., a więc przed wejściem w życie ustawy z dnia 4 września 2008r. – o zmianie ustawy Prawo Zamówień Publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2008r. nr 171 poz. 1058) i nie mieści się w katalogu przepisów mających zastosowanie od chwili wejścia w życie tej ustawy (24 października 2008r.) określonych w art. 4 ust. 1 tej ustawy.

W przedmiotowym stanie faktycznym żądanie pisemnego zobowiązania innych podmiotów do udostępnienia niezbędnych do wykonania zamówienia narzędzi i urządzeń nie byłoby nawet wymagane, gdyż wszyscy wykonawcy, których wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, Odwołujący uznał za wadliwie zbadane, oświadczyli, że posiadają wytwórnie mas mineralno-bitumicznych na własność. W tej sytuacji Zamawiający nie mógł żądać od wykonawców innego dokumentu jak wykazu niezbędnych do wykonania zamówienia narzędzi i urządzeń, którymi dany wykonawca dysponuje. W szczególności Zamawiający nie mógł żądać przedstawienia innych dokumentów np. w postaci faktury zakupu, umowy sprzedaży, wykazu środków trwałych, z których wynikałoby, że wykonawcy są rzeczywiście właścicielami wytwórni. Takie działanie Zamawiającego byłoby rażącym naruszeniem ustawy i prowadziło do żądania dokumentów zbędnych, a więc utrudniających uczciwą konkurencję. Ponadto Zamawiający w sekcji III.2.3 nie zawarł żądania wykazania się sprzętem lub urządzeniami niezbędnymi do wykonania zamówienia zlokalizowanymi w technologicznie uzasadnionej odległości od miejsca realizacji robót. Posługiwanie się normami, aprobatami technicznymi, czy też innymi technicznymi systemami odniesienia ma zastosowanie w przypadku opisu przedmiotu zamówienia – art. 30 ustawy, natomiast ustawodawca nie nałożył na Zamawiającego obowiązku posługiwania się takimi rozwiązaniami przy konstruowaniu warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający ma natomiast obowiązek

określić warunek kierując się następującymi wytycznymi ustawowymi – nie utrudnianiem uczciwej konkurencji i adekwatnością do przedmiotu zamówienia. Adekwatność do przedmiotu zamówienia nie może być rozumiana jako obowiązek określenia warunku na tożsamym stopniu skomplikowania, co przedmiot zamówienia. Adekwatność to raczej obowiązek odniesienia wymogu do przedmiotu zamówienia w sposób nie nakładający na wykonawcę wyższych wymogów niż niezbędne do realizacji przedmiotu zamówienia. Brak jest natomiast ustawowego zakazu określenia warunku mniej wymagającego, niż przedmiot zamówienia. W przedmiotowej sprawie taka sytuacja miała właśnie miejsce. Jak wynika z treści ogłoszenia oraz konsekwentnych i niesprzecznych wyjaśnień Zamawiającego na rozprawie, Zamawiający nie oczekiwał, że wykonawcy będą dysponowali wytwórnią na datę składania wniosków o dopuszczenia, ani także, że posiadają lub zapewnią lokalizację wytwórni w odległości technologicznie uzasadnionej, a więc wedle twierdzeń Odwołującego, w takiej, która umożliwiłaby transport masy bitumicznej z wytwórni do miejsca wykonywania robót w czasie 2 godzin. Odwołujący na etapie przed składaniem wniosków o dopuszczenie do udziału nie wyjaśnił tej kwestii z Zamawiającym, ani nie składał środków ochrony prawnej na treść ogłoszenia, co oznacza, że zaakceptował warunek w brzmieniu podanym przez Zamawiającego. Obecnie twierdzenia Odwołującego są raczej jego subiektywnym przekonaniem o tym jakie warunki powinien spełnić wykonawca ubiegający się o przedmiotowe zamówienia, niż znajdują pokrycie, w literalnym brzmieniu warunku z sekcji III.2.3 ogłoszenia. Izba zatem uznała, że żądanie Zamawiającego dotyczące złożenia wykazu niezbędnych narzędzi i urządzeń było prawidłowe i znajdowało umocowanie w § 1 ust. 2 pkt 3 cyt. rozporządzenia oraz przepisach art. 22 ust. 1 pkt 2, art. 25 ust. 1 oraz art. 26 ust. 1 ustawy.

Zamawiający bez uzasadnionych wątpliwości nie ma prawa kwestionować prawdziwości złożonych wykazów. Natomiast to Odwołujący miał interes prawny w tym, aby wykazać, że złożone wykazy zawierają informacje nieprawdziwe lub nierzetelne, gdyż uwzględnienie jego zarzutu prowadziłoby do zaproszenia go do składania ofert, a więc umożliwiło uzyskanie zamówienia. W takiej sytuacji, to na Odwołującym z mocy art. 188 ust. 1 ustawy i art. 6 kc stosowanym odpowiednio na podstawie art. 14 ustawy ciążył obowiązek przedstawienia dowodu na poparcie swoich twierdzeń. Takich dowodów jednakże Odwołujący nie przedstawił ani w proteście, ani w odwołaniu. Nie powołał choćby faktu nie możliwości uzyskania decyzji środowiskowych, co do lokalizacji wytwórni w rejonie odległym o 2 h jazdy od miejsca prowadzenia prac budowlanych, z uwagi na brak terenów nadających do takiej lokalizacji, brak możliwości dzierżawy gruntów na tym terenie, szczególne postanowienia miejscowych planów zagospodarowania terenu uniemożliwiające zmontowanie i prowadzenie produkcji w takim właśnie obszarze, a nadto nie wykazał, że brak stosownej decyzji środowiskowej w obszarze określonym normą skutować będzie niemożnością

realizacji umowy, a więc jej nieważnością. Odwołujący powołał się jedynie na swoją wiedzę w tym zakresie. Taka argumentacja pozostaje jednak w sferze okoliczności nieudowodnionych i nie poddaje się weryfikacji, zwłaszcza, że fakt, że dany przedsiębiorca jest właścicielem konkretnego sprzętu oraz, że uzyskał lub uzyska decyzję środowiskową nie należy do ani do faktów znanych Izbie z urzędu, ani do faktów powszechnie znanych, a tylko te dwie kategorie faktów zwalniają z obowiązku przedstawienia dowodu zgodnie z art. 188 ust. 5 ustawy. Izba uznała, że Zamawiający nie naruszył art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 2 pkt 2, art. 24 ust. 4 ustawy

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy podniesiony w kontekście powyższego zarzutu.

Zarzut ten nie został zgłoszony na etapie protestu, a na podstawie art. 191 ust. 3 ustawy Izba nie ma kompetencji do rozpoznania zarzutów nie zgłoszonych w proteście. W tej sytuacji Izba pozostawiła zarzut bez rozpoznania.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sporu na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy.

Za uzasadnione koszty Zamawiającego z tytułu zastępstwa przez pełnomocnika Izba uznała kwotę 3 600 zł na podstawie przedłożonego rachunku stosownie do § 4 ust. 1 pkt 2 b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania.(Dz. U. nr 128 poz. 886) z ograniczeniem do kwoty 3600zł. jako maksymalnego wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy na niniejszy wyrok /~~postanowienie~~\* -  
w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa  
Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego **w Warszawie**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....