

WYROK
z dnia 11 lutego 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Grzegorz Matejczuk

Protokolant: Wojciech Świdwa

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 lutego 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 stycznia 2016 r. przez **Odwołującego – Fenix SR Sp. z o.o., ul. Władysława Broniewskiego 22a / lok. 33, 01-771 Warszawa**, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego – Gminę Świętochłowice reprezentowaną przez Prezydenta Miasta Świętochłowice, ul. Katowicka 54, 41-600 Świętochłowice**,

przy udziale wykonawcy – **ROADS Sp. z o.o., ul. Karola Miarki 40, 41-902 Bytom**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **Zamawiającego**,

orzeka:

1. **oddala odwołanie;**
2. kosztami postępowania obciąża **Odwołującego**, i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych, zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od **Odwołującego** na rzecz **wykonawcy – ROADSp. z o.o., ul. Karola Miarki 40, 41-902 Bytom**, kwotę **3 600 zł 00** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą zwrot kosztów postępowania odwoławczego poniesionych z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2015.2164 j.t.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Katowicach.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Świętochłowice – prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych – dalej: Pzp lub Ustawa; postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na *„Bieżące utrzymanie oznakowania pionowego i urządzeń bezpieczeństwa ruchu drogowego oraz odnowa oznakowania poziomego na drogach będących w zarządzie Prezydenta Miasta Świętochłowice”*.

Wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Pismem z dnia 25 stycznia 2016 r. Zamawiający zawiadomił o wyborze oferty najkorzystniejszej – ROADS Sp. z o.o., ul. Karola Miarki 40, 41-902 Bytom – oraz o wykluczeniu z postępowania wykonawcy Fenix SR Sp. z o.o., ul. W. Broniewskiego 22A/33, 01-771 Warszawa, na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp.

W dniu 29 stycznia 2016 r., Odwołujący – Fenix SR Sp. z o.o., ul. Władysława Broniewskiego 22a / lok. 33, 01-771 Warszawa – wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności Zamawiającego, tj. wykluczenia Odwołującego z postępowania oraz wyboru oferty najkorzystniejszej wykonawcy ROADS Spółka z o.o. ul. Karola Miarki 40, 41- 902 Bytom, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów:

- 1) art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 26 ust. 2 b Ustawy w zw. z treścią § 1 ust. 6 oraz § 3 ust.4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U.2013.231) (dalej: „rozporządzenie”) poprzez niezgodne z przepisami Ustawy uznanie, że Odwołujący nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, pomimo iż Odwołujący należycie i zgodnie z wymaganiami zawartymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia udowodnił, iż będzie dysponował zasobami innych podmiotów w trakcie realizacji zamówienia przedkładając Zamawiającemu pisemne zobowiązania tych podmiotów we właściwej formie oraz o właściwej treści wraz z dokumentami podmiotowymi dotyczącymi tych podmiotów;
- 2) z ostrożności: naruszenie art. 26 ust. 3 oraz art. 26 ust. 4 Ustawy poprzez zaniechanie przez Zamawiającego czynności wezwania do złożenia wyjaśnień lub uzupełnienia treści dokumentów załączonych do oferty Odwołującego w postaci

zobowiązań do udostępnienia potencjału technicznego udostępnionych przez Firmę Wielobranżową „Zebra2” S. R., z ostrożności zaniechanie przez Zamawiającego czynności wezwania do złożenia wyjaśnień lub uzupełnienia treści dokumentów załączonych do oferty Wykonawcy ROADS dotyczących zobowiązania do udostępnienia potencjału technicznego;

- 3) naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 Ustawy poprzez dokonanie szeregu czynności jedynie w stosunku Odwołującego, w tym wykluczenia Odwołującego za brak wskazania w treści zobowiązania do udostępnienia zasobu technicznego informacji, których rzekomo Zamawiający wymagał, mając świadomość, że treść uzupełnionych przez Odwołującego zobowiązania jest niemalże identyczna z treścią zobowiązania do udostępnienia zasobu technicznego przedstawionego przez wykonawcę ROADS, a co skutkowało wyborem oferty najkorzystniejszej wykonawcy ROADS niezgodnie z przepisami Ustawy.

Na podstawie powyższych zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

- a. unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty,
- b. unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego,
- c. dokonanie ponownej czynności badania i oceny ofert,
- d. dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania, w odniesieniu do stanowiska Zamawiającego o nie wykazaniu spełnienia warunków udziału w postępowaniu, Odwołujący podniósł, że:

Dnia 25 stycznia 2016 r. Zamawiający przekazując Odwołującemu informację o wykluczeniu z postępowania wraz z zawiadomieniem o wyborze najkorzystniejszej oferty poinformował Odwołującego o wykluczeniu z postępowania Odwołującego na podstawie art. 24 ust.2 pkt 4, art.24 ust.4 Ustawy, gdyż zdaniem Zamawiającego nie wykazał on spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym, dokonując, jako najkorzystniejszej wyboru oferty wykonawcy ROADS. Odwołujący wskazał, że już sama treść uzasadnienia faktycznego/opisu czynności podjętych przez Zamawiającego zawarta w ww. informacji o wykluczeniu z postępowania oraz zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty, które poczynawszy od słów „W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający wskazał w ogłoszeniu...”, skończywszy na „...ponieważ nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu.” - wskazuje na nielogiczne, niespotykane postępowanie Zamawiającego, nacechowane chęcią odrzucenia oferty Odwołującego lub wykluczenia go z postępowania.

Biorąc pod uwagę treść opisu stanu faktycznego (informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 25.01.2015 r.) wskazanego poniżej Odwołujący zgadza się z twierdzeniem Zamawiającego, że *„Z treści oferty wynika, że Wykonawca korzysta z zasobów Firmy Wielobranżowa „Zebra 2” S. R. tj. z frezarki do usuwania oznakowania poziomego oraz samojezdnej malowarki”*. Wykonawca zgadza się również z opisem Zamawiającego, iż: *„Zamawiający zarówno w treści ogłoszenia o zamówieniu jak i w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia wskazał, że jeżeli Wykonawca, wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, zobowiązany jest do przedstawienia (załączenia do oferty) w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów tj. oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia: odpisu z centralnej ewidencji i informacji o działalności gospodarczej, zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego oraz zaświadczenia właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych. Zamawiający w dniu 10.12.2016 r. wezwał Wykonawcę do uzupełnienia wskazanych powyżej dokumentów W wyznaczonym terminie Wykonawca nie uzupełnił wymaganych dokumentów, tylko w miejsce żądanych uzupełnił dokumenty innego podmiotu udostępniającego zasoby w zakresie wiedzy i doświadczenia”*.

W odniesieniu do powyższego Odwołujący wskazał, że Zamawiający w swych wywodach pomija istotną treść § 3 ust.4 rozporządzenia w brzmieniu *„Jeżeli wykonawca, wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, zamawiający może żądać od wykonawcy przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów wymienionych w ust. 1-3”*, który wskazuje, że obowiązek dostarczenia dokumentów podmiotowych realizuje się jedynie wtedy, gdy podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia. Nie sposób uznać, że poprzez udostępnienie zasobu w postaci frezarki do usuwania oznakowania poziomego oraz samojezdnej malowarki (dowód: kopie zobowiązań do udostępnienia potencjału technicznego z ofert wykonawcy ROADS i Odwołującego), jakkolwiek podmiot zobowiązuje się do wzięcia udziału w realizacji części zamówienia. Jediną częścią zamówienia, w której będzie brała udział Firma Wielobranżowa „Zebra2” S. R. jest nadzór nad wykonywaniem zleconych prac i odbiorami. Wydaje się być przy tym oczywistym, że podmiot udostępniający zasoby w postaci maszyn nie bierze udziału w realizacji zamówienia, a jedynie je udostępnia na czas realizacji zamówienia, co ma istotne znaczenia jeżeli chodzi możliwość żądania dokumentów podmiotowych przez Zamawiającego. O braku udziału podmiotu udostępniającego potencjał techniczny w realizacji części zamówienia świadczy choćby treść

Zobowiązania do udostępnienia zasobów technicznych zarówno Odwołującego jak i wykonawcy ROADS, które w żaden sposób nie wskazują na udział w realizacji części zamówienia. Zachowanie Zamawiającego jest tym bardziej dziwne, biorąc pod uwagę, że Wykonawca ROADS również korzysta z zasobu technicznego innego podmiotu, przy czym w formularzu ofertowym ROADS nie wskazał, że owo udostępnienie wiąże się, z udziałem podmiotu trzeciego w realizacji przedmiotu zamówienia, na dowód powyższego Odwołujący załącza *„Zobowiązanie do udostępnienia niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia”*, na podstawie którego P.W. Zwyżka M. L. oddaje do dyspozycji wykonawcy ROADS potencjał techniczny, tj. podnośnik koszowy - 1 szt. do wykonania zamówienia. Z prostego porównania treści zobowiązań do udostępnienia potencjału technicznego Odwołującego oraz zobowiązania do udostępnienia potencjału technicznego ROADS wynika, że oba podmioty udostępniają zasób *„do wykonania zamówienia”*, *„dla potrzeb realizacji”* zamówienia, nie biorą udziału w realizacji części zamówienia. Odwołujący podniósł również, że w przeciwieństwie do Odwołującego wykonawca ROADS nie został wezwany do złożenia wyjaśnień odnośnie treści złożonego zobowiązania do udostępnienia potencjału technicznego, czy też treści wypełnionego formularza ofertowego.

Powyższe zatem potwierdza, że nie uprawnionym jest twierdzenie Zamawiającego leżące u podstaw wykluczenia wykonawcy z niniejszego postępowania, jakoby: *„Wykonawca nic uzupełniając dokumentów podmiotowych innego podmiotu z zasobów którego Wykonawca korzysta w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym - Firmy Wielobranżowej „Zebra 2” S. R. nie wykazał, iż podmiot ten nic podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 ustawy”*, ponieważ, tak jak w przypadku powołania się przez wykonawcę ROADS na zasoby P.W. Zwyżka M. L. Odwołujący nie był obowiązany do dostarczenia dokumentów podmiotowych podmiotu udostępniającego zasoby techniczne.

Dowodami na kompletnie niezrozumiałe i niemające oparcia w przepisach ustawy zachowania Zamawiającego są również czynności podjęte w wyniku ponownej oceny ofert przytoczone poniżej, biorąc pod uwagę, iż w niniejszym postępowaniu zostały złożone jedynie dwie oferty, a przedmiot zamówienia miał być świadczony od 1 stycznia 2016 r.: *„Zamawiający podczas ponownej czynności badania ofert zauważył również, że Wykonawca nic załączył do oferty zobowiązań innych podmiotów do udostępnienia zasobów w postaci podnośnika koszowego, samochodu przystosowanego do przewozu osób, narzędzi i części zamiennych marki Mercedes 600 o nr rejestracyjnym SB 7472L oraz układarki mas chemoutwardzalnych - „Plastomarker”. W związku z tym Zamawiający pismem nr*

ZPU.271.23.2015.14.2016 z dnia 14.01.2016 r. wezwał wykonawcę do uzupełnienia tych zobowiązań.

W dniu 19.01.2016 r. Wykonawca uzupełnił zobowiązania innych podmiotów tj.:

1. zobowiązanie S. F. prowadzącej działalność pod firmą A.U.S. „EUROVIA” S. F.. 08-330 Pajęczno, ul. Wiśniowa 11/3 do udostępnienia sprzętu tj.: podnośnika koszowego firmie: DATA RnD sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na okres korzystania z nich przy realizacji zamówienia publicznego udzielonego w zw. z pn. „Bieżące utrzymanie oznakowania pionowego i urządzeń bezpieczeństwa ruchu drogowego oraz odnowa oznakowania poziomego na drogach będących w zarządzie Prezydenta Miasta Świętochłowice”, w tym na okres od 5.12.2015 r. do 31.12.2017 r.

2. zobowiązanie D. K. prowadzącego działalność pod firmą D. K. ul. Broniewskiego 22a/33, 01-771 Warszawa do udostępnienia sprzętu tj.: samochodu przystosowanego do przewozu osób narzędzi i części zamiennych - 1szt. Marki Mercedes 609 o numerze rejestracyjnym SB 74T2L firmie: DATA RnD sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na okres korzystania z nich przy realizacji zamówienia publicznego udzielonego w zw. z pn. „Bieżące utrzymanie oznakowania pionowego i urządzeń bezpieczeństwa ruchu drogowego oraz odnowa oznakowania poziomego na drogach będących w zarządzie Prezydenta Miasta Świętochłowice”, w tym na okres od 5.12.2015 r. do 31 12.2017 r.

3. zobowiązanie S. F. prowadzącej działalność pod firmą A.U.S. „EUROVIA” S. F.. 98-330 Pajęczno, ul. Wiśniowa 11/3 do udostępnienia sprzętu tj.: układarki mas chemoutwardzalnych „Plastomarker” firmie: DATA RnD sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na okres korzystania z nich przy realizacji zamówienia publicznego udzielonego w zw. z pn. „Bieżące utrzymanie oznakowania pionowego i urządzeń bezpieczeństwa ruchu drogowego oraz odnowa oznakowania poziomego na drogach będących w zarządzie Prezydenta Miasta Świętochłowice”, w tym na okres od 5.12.2015 r do 31 12.2017 r.

Stosownie do brzmienia art. 26 ust. 2b ustawy, wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów- na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. Oznacza to, że z przedłożonych przez wykonawcę dokumentów musi wynikać, jakie zasoby i na jakich zasadach będą przez podmiot trzeci udostępnione.

W treści uzupełnionych przez Wykonawcę zobowiązań brak jest informacji o sposobie przekazania Wykonawcy zasobów. Z treści zobowiązań nie wynika, czy podmiot udostępniający w ogóle posiada tytuł prawny do korzystania z posiadanego zasobu, oraz na jakiej podstawie zasób ten zostanie przekazany Wykonawcy, czy będzie to umowa najmu, dzierżawy, użyczenia lub inna forma współpracy”.

W odniesieniu do powyższego Odwołującego argumentował, że ciężko byłoby znaleźć uzasadnienie, dlaczego Zamawiający nie dokonał oceny ofert w jednym czasie, w sposób kompletny i należyty, za wszelką cenę próbując wykluczyć Odwołującego z ww. postępowania. Niestety, tak jak w przypadku wykluczenia Wykonawcy ze względu na rzekomo niewłaściwą formę wydruku z centralnej ewidencji i informacji o działalności gospodarczej Zamawiający wykazuje się nie wiedzą na temat przepisów Ustawy, lub po raz kolejny podejmuje próbę wykluczenia Odwołującego z postępowania, szukając jakiegokolwiek możliwego pretekstu, tym razem powołując się na art. 26 ust.2 b Ustawy oraz §1 ust.6 pkt 2 rozporządzenia o treści *„Jeżeli wykonawca, wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy, zamawiający, w celu oceny, czy wykonawca będzie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia oraz oceny, czy stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów, może żądać: 2) dokumentów dotyczących w szczególności: a) zakresu dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu, b) sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia, c) charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem, d) zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia”.*

Odwołujący podniósł następnie, że powyższa treść przepisu, co prawda wskazuje na możliwość żądania przez Zamawiającego określonych informacji, o których mowa w treści lit. a- c, jednakże jak wskazuje utrwalona linia orzecznicza, w tym wyrok KIO z dnia 13 marca 2014 r., sygn. akt KIO 383/14, możliwe jest to jedynie w przypadku, gdy Zamawiający określi zakres takich informacji w sposób jasny i czytelny dla wykonawców w SIWZ. W ww. postępowaniu Zamawiający nie określił takich informacji, stąd nie było możliwym żądanie od wykonawców informacji, o których mowa w treści uzasadnienia informacji o wykluczeniu Odwołującego. Powyższe wskazuje, że nie słuszne są twierdzenia Zamawiającego, że informacje o których mowa w § 1 ust.6 pkt 2 Rozporządzenia rzekomo miały znaleźć się w treści zobowiązań do udostępnienia potencjału technicznego (*„W treści uzupełnionych przez Wykonawcę zobowiązań brak jest informacji o sposobie przekazania Wykonawcy zasobów. Z treści zobowiązań nie wynika, czy podmiot udostępniający w ogóle posiada tytuł prawny do*

korzystania z posiadanego zasobu, oraz na jakiej podstawie zasób ten zostanie przekazany Wykonawcy, czy będzie to umowa najmu, dzierżawy, użyczenia lub inna forma współpracy”).

Odwołujący podkreślił ponadto, że rzeczą niewytłumaczalną jest fakt, że w treści załączonego jako dowód Zobowiązania do udostępnienia zasobu technicznego dla Wykonawcy ROADS nie znajdują się informacje, których rzekomo żądał Zamawiający, wskazujące tytuł prawny do korzystania z posiadanego zasobu, oraz na jakiej podstawie zasób ten zostanie przekazany Wykonawcy. Pomimo tego Zamawiający nie wezwał Wykonawcy ROADS do złożenia wyjaśnień dotyczących załączonego zasobu, ani nie wezwał do uzupełnienia takiego dokumentu.

Powyższe, w sposób nie budzący wątpliwości jednoznacznie wskazuje, że Zamawiający nadinterpretował, czy w sposób błędny interpretował przepisy Ustawy i rozporządzenia, co w konsekwencji doprowadziło do naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 26 ust. 2 b Ustawy w zw. z treścią § 1 ust. 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U.2013.231) poprzez wykluczenie Odwołującego i wybór najkorzystniejszej oferty ROADS, gdyż Odwołujący ponad wszelką wątpliwość udowodnił spełnienie warunków udziału w postępowaniu.

W odniesieniu do braku wezwania do złożenia wyjaśnień lub uzupełnienia zobowiązań do udostępnienia potencjału technicznego, Odwołujący argumentował, że Zamawiający wskazuje w sposób nieuzasadniony, jak zostało udowodnione powyżej, iż brak jest w treści uzupełnionych zobowiązań (wskazanych poniżej) treści, których rzekomo żądał i rzekomo miał prawo żądać od Odwołującego. (*„1. zobowiązanie S. F. prowadzącej działalność pod firmą A.U.S. „EUROVIA” S. F.. 08-330 Pajęczno, ul. Wiśniowa 11/3 do udostępnienia sprzętu tj.: podnośnika kosowego firmie: DATA RnD sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na okres korzystania z nich przy realizacji zamówienia publicznego udzielonego w zw. z pn. „Bieżące utrzymanie oznakowania pionowego i urządzeń bezpieczeństwa ruchu drogowego oraz odnowa oznakowania poziomego na drogach będących w zarządzie Prezydenta Miasta Świętochłowice”, w tym na okres od 5.12.2015 r. do 31.12.2017 r. 2. zobowiązanie D. K. prowadzącego działalność pod firmą D. K. ul. Broniewskiego 22a/33, 01-771 Warszawa do udostępnienia sprzętu tj.: samochodu przystosowanego do przewozu osób narzędzi i części zamiennych - 1szt. Marki Mercedes 609 o numerze rejestracyjnym SB 74T2L firmie: DATA RnD sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na okres korzystania z nich przy realizacji zamówienia publicznego udzielonego w zw. z pn. „Bieżące utrzymanie oznakowania pionowego i urządzeń bezpieczeństwa ruchu drogowego oraz odnowa*

oznakowania poziomego na drogach będących w zarządzie Prezydenta Miasta Świętochłowice", w tym na okres od 5.12.2015 r. do 31 12.2017 r. 3. zobowiązanie S. F. prowadzącej działalność pod firmą A.U.S. „EUROVIA” S. F.. 98-330 Pajęczno, ul. Wiśniowa 11/3 do udostępnienia sprzętu tj.: układarki mas chemoutwardzalnych „Plastomarker” firmie: DATA RnD sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na okres korzystania z nich przy realizacji zamówienia publicznego udzielonego w zw. z pn. „Bieżące utrzymanie oznakowania pionowego i urządzeń bezpieczeństwa ruchu drogowego oraz odnowa oznakowania poziomego na drogach będących w zarządzie Prezydenta Miasta Świętochłowice", w tym na okres od 5.12.2015 r do 31 12.2017 r.”

Odwołujący wskazał jednocześnie, że owe 3 zobowiązania do udostępnienia potencjału technicznego, które Odwołujący uzupełnił w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 14.01.2016 r. (pismo nr ZPU.271.23.2015.14.2016) nie są jedynymi zobowiązaniami, które zostały złożone przez Odwołującego w przedmiotowym postępowaniu, gdyż pierwotnie do oferty zostały złożone dwa zobowiązania do udostępnienia zasobów technicznych od Firmy Wielobranżowej Zebra 2 S. R. 41-902 Bytom, ul. Siemianowicka 98. Pomijając fakt, że Zamawiający mając jedynie dwie oferty do sprawdzenia (w postępowaniu, w którym nie żądał od wykonawców skomplikowanych dokumentów, które podlegają wnikliwej ocenie) podczas pierwszej czynności badania ofert dziwnym trafem nie zauważył braku trzech zobowiązań do udostępnienia potencjału technicznego Odwołującego i nie wezwał Odwołującego do ich uzupełnienia pismem nr ZPU.271.23.711.2015 z dnia 10.12.2015 r., to w kontekście treści art. 26 ust.3 i 4 Ustawy oraz bezpodstawnych twierdzeń Zamawiającego jakoby uzupełnione przez Odwołującego zobowiązania do udostępnienia potencjału technicznego nie zawierały treści rzekomo wymaganej przez Zamawiającego nie znajduje żadnego uzasadnienia, z punktu widzenia błędnej logiki przyjętej przez Zamawiającego brak zwrócenia się w wezwaniu z dnia 10.12.2015 r., lub w wezwaniu z dnia 14.01.2016 r. do uzupełnienia zobowiązań do udostępnienia zasobów technicznych od Firmy Wielobranżowej Zebra 2 S. R. 41-902 Bytom, ul. Siemianowicka 98 o treść, której rzekomo żądał Zamawiający. Przy czym Odwołujący pragnie wskazać, że w wezwaniu z dnia 14.01.2016 r. Zamawiający nie wskazał, jaka ma być według niego dokładna treść takiego zobowiązania, a w stosunku do niemal identycznej treści zobowiązania przedstawionego przez Wykonawcę ROADS przy powoływaniu się na zasoby P.W. Zwyżka M. L. nie miał żadnych uwag, nie wzywał do uzupełnienia dokumentów, czy też składania wyjaśnień na podstawie art. 26 ust.3 lub 26 ust. 4 Pzp.

Odwołujący podniósł następnie, że skutkiem dokonania przez Zamawiającego szeregu niezrozumiałych z punktu widzenia logiki postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz przepisów Ustawy i rozporządzenia czynności i zaniechań czynności jest w niniejszym postępowaniu prosty wniosek, iż Zamawiający od początku nie zważając na przepisy Ustawy, czy rozporządzenia zmierzał do wyboru Wykonawcy, który dotychczas realizował przedmiotowe zamówienie, tzn. Wykonawcy ROADS. Zarówno w przypadku:

- a) treści wezwania do uzupełnienia dokumentów z dnia 10.12.2015 r., które jak wynika z treści Odwołania oraz Informacji o wykluczeniu z postępowania oraz Zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 25.01.2016 r. było niekompletne;
 - b) nieudolnej próby wykluczenia Odwołującego ze względu na rzekomo niewłaściwą formę wydruku z centralnej ewidencji i informacji o działalności gospodarczej, która to forma powszechnie od kilku lat nie budzi wątpliwości pod kątem zgodności z Ustawą i rozporządzeniem;
 - c) treści wezwania z dnia z dnia 10 grudnia 2015 r. do uzupełnienia 3 zobowiązań podmiotu trzeciego do udostępnienia potencjału technicznego;
 - d) treści zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz informacji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania z dnia 25 stycznia 2016 r.;
 - e) czy też treści wezwań do wyjaśnień, np. wezwanie do w z dnia 13.01.2016 r.
- wynika sprzeczność i niekonsekwencja działań Zamawiającego.

Z dokumentacji przekazanej przez Zamawiającego i uzyskanej przez Odwołującego podczas wglądu do treści złożonych w dniu 17 grudnia 2015 r. wynika, że wykonawca ROADS został wezwany jedynie do złożenia oświadczenia dotyczącego przynależności do grupy kapitałowej i wbrew logice przyjętej przez Wykonawcę w treści uzasadnienia do zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz Informacji o wykluczeniu nie został wezwany do uzupełnienia treści przedstawionego do oferty zobowiązania do udostępnienia zasobu technicznego firmy P.W. Zwyżka M. L.. Wydaje się, że jest na to prosta odpowiedź, Zamawiający doskonale wie, że nie żądał w SIWZ, aby wykonawcy wskazali w treści zobowiązań do udostępnienia potencjału technicznego informacji, których rzekomo wymagał Zamawiający, w postaci tytułu prawnego do korzystania z posiadanego zasobu oraz wskazania podstawy prawnej, w związku z którą zasób ten zostanie przekazany Wykonawcy, gdyż w związku przekazaniem takiego zasobu nie wiąże się jakkolwiek udział takiego podmiotu w realizacji części zamówienia, a co za tym idzie nie ma zastosowania treść przepisu §3 ust. 4 rozporządzenia. Takie celowe działania Zamawiającego zmierzające do wykluczenia Odwołującego za wszelką cenę, podczas, gdy w podobnym stanie faktycznym w stosunku do wykonawcy ROADS nie były podejmowane jakiegokolwiek

czynności w sposób klarowny wskazuje na złamanie przez Zamawiającego podstawowej zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, określonej w art. 7 ust. 1 Ustawy, a co za tym idzie prowadzi do naruszenia art.7 ust. 3 Ustawy.

Podkreślono także, że Odwołujący spełnił wszystkie wymogi Zamawiającego sprecyzowane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, podporządkował się również wszelkim wezwaniom do uzupełnienia dokumentów oraz złożenia wyjaśnień, tym samym udowodnił spełnienie warunków udziału w postępowaniu i w sposób nieuprawniony został wykluczony na podstawie art. 24 ust.2 pkt.4 Ustawy. Ponadto, mając na uwadze, że rozpoczęcie realizacji przedmiotu zamówienia miało nastąpić od 1 stycznia 2016 r., a dotychczas zamówienie realizuje wykonawca ROADS za cenę znacznie wyższą niż zaoferowana przez Odwołującego wydaje się, że biorąc pod uwagę, jak już to zostało wcześniej przytoczone w piśmie „przeciąganie” postępowania, w tym procesie oceny dwóch nieskomplikowanych pod względem konstrukcji ofert, mające na celu za wszelką cenę wykluczenie z postępowania Odwołującego, nie służy interesowi publicznemu i nie wypełnia przesłanek wydatkowania środków publicznych wskazanych art. 44 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz.U.2009.157.1241), a co za tym idzie może skutkować odpowiedzialnością za naruszenie dyscypliny finansów publicznych wskazanej w ustawie z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz.U.2013.168).

W odpowiedzi z dnia 9 lutego 2016 r. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania, przedstawiając argumentację na rzecz zajętego stanowiska.

Kolejnym pismem datowanym na 10 lutego 2016 r., Zamawiający oświadczył o uwzględnieniu w całości zarzutów odwołania.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca ROADS Sp. z o.o., ul. Karola Miarki 40, 41-902 Bytom. Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonego przystąpienia i dopuściła ww. wykonawcę do udziału w postępowaniu w charakterze uczestnika.

Przystępujący na posiedzeniu wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia w całości zarzutów odwołania.

Na rozprawie Odwołujący podtrzymał stanowisko wskazując m.in. na: zmienne stanowisko Zamawiającego, co potwierdza tylko nierzetelność działań Zamawiającego. Podkreślono, że jeżeli Zamawiający chciałby określić dane, które musiały znaleźć się w zobowiązaniu, to powinien to jasno wskazać w specyfikacji. W wykazie firmy ROADS

znajduje się informacja o podstawie dysponowania (umowa dzierżawy), zamawiający mając podobny wykaz Odwołującego, nie wezwał do uzupełnienia dokumentów, co potwierdza, że nie traktował wykonawców w sposób równy. Argumentowano, że przy ofercie złożono 2 zobowiązania firmy R., a potem 3 na wezwanie Zamawiającego. Podkreślono przy tym brak wezwania do uzupełnienia w kwestii, jaki charakter łączy strony zobowiązań złożonych przy ofercie, a Zamawiający wiedząc, że ma załączone do oferty 2 zobowiązania nie wezwał do uzupełnienia dokumentów. Zwrócono uwagę, że podstawą wykluczenia było niewykazanie potencjału technicznego. Ponadto Odwołujący wskazywał, że trzeba odróżnić zamianę podmiotu udostępniającego od potencjału technicznego oraz że istotne jest to, że Zamawiającemu złożono zobowiązanie, w którym oświadczone o przekazaniu sprzętu. Zamawiający mógł żądać określonej treści zobowiązania, ale tylko gdy wskazał to w specyfikacji. Podniesiono także, że w wezwaniach Zamawiający nie precyzował, jakich danych oczekuje w ramach uzupełnienia. Ponadto argumentowano, że udostępnienie zasobów przez podmiot trzeci nie musiało wiązać się z udziałem w realizacji zamówienia. Wskazano na § 3 ust. 4 rozporządzenia, gdzie prawodawca odnosi się do części zamówienia, a nie zamówienia w całości. Podniesiono, że nie było obowiązku złożenia dokumentów podmiotowych dla ZEBRA 2, bo ZEBRA 2 nie będzie brała udziału w tej części zamówienia w zakresie w jakim chodzi o udostępnienie sprzętu. Podkreślono, że kwestią kluczową jest rozumienie § 3 ust. 4 rozporządzenia. Ponadto wskazywano, że oświadczenie o udostępnieniu sprzętu do dyspozycji jest jasne, a nawet jeżeli Zamawiający mógł mieć wątpliwości, to powinien wezwać do złożenia wyjaśnień. Oświadczone także, że podmiot ZEBRA 2 będzie brał udział w części zamówienia, w zakresie wskazanym w formularzu. Podwykonawstwo będzie dotyczyło wiedzy, doświadczenia, doradztwa, nadzoru nad wykonywaniem zleconych prac i odbieraniem (vide: protokół z rozprawy).

Przystępujący podniósł m.in., że Zamawiający wycofał się z pierwszego stanowiska ze względów pragmatycznych tj. z uwagi na koszty. Co do tezy odwołującego o obowiązku wskazania w specyfikacji szczegółowej treści, które powinny znaleźć się w zobowiązaniu, to jest to teza błędna. Z samego art. 26 ust. 2b Pzp wynika, że ma być to taki dowód, z którego wynika realność dysponowania potencjałem i dowodzenie jest po stronie wykonawcy. Wskazano na § 1 ust. 6 rozporządzenia, gdzie są wymienione elementy, które powinny znaleźć się w zobowiązaniu, żeby zamawiający mógł ocenić realność i nie jest wystarczające powielenie treści art. 26 ust. 2b Pzp, który jest samodzielną podstawą do żądania udowodnienia. Zarzucono, że Odwołujący wychodzi poza zakres zarzutów wskazanych w punkcie 2 lit. b odwołania, które dotyczyły zobowiązań ZEBRA 2. Podkreślono także, że Odwołujący trzykrotnie konsekwentnie podtrzymywał stanowisko o

udziale ZEBRA 2 w realizacji zamówienia. Zamawiający mógł więc żądać dokumentów podmiotowych ZEBRA 2 i to było podstawą wezwania do uzupełnienia. Skoro odwołujący konsekwentnie podtrzymywał, że ZEBRA 2 będzie brał udział w realizacji zamówienia i udostępnia sprzęt w trybie art. 26 ust. 2b Pzp, to powinien udostępnić dokumenty podmiotowe. Zmieniając podmiot trzeci Odwołujący uzupełnił tylko w jednym zakresie, tj. w zakresie wiedzy i doświadczenia. Argumentowano także, że Odwołujący ponosi konsekwencje swoich zaniedbań oraz, że z jakichś powodów ZEBRA 2 podjęła decyzję o udziale w realizacji zamówienia i to wykonawca objął treścią swojej oferty, konsekwentnie to potwierdzając. Wskazano również, że nie można sobie wyobrazić sytuacji, gdy podwykonawca nie brałby udziału w realizacji części zamówienia. To była własna decyzja wykonawcy, że przewidywał udział ZEBRA 2 w realizacji części zamówienia. Ponadto wskazano, że Zamawiający wyczerpał procedurę z art. 26 ust. 3 Pzp oraz, że Zamawiający nie może w trybie art. 26 ust. 4 Pzp wyjaśniać, co kryje się pod pojęciem „udostępnienie”, bo to oświadczenie podmiotu trzeciego, a nie wykonawcy. Dodatkowo wskazano, że jeżeli zobowiązanie wymaga interpretacji, to nie jest to zobowiązanie prawidłowe i nie jest dowodem na realne udostępnienie zasobów. Podniesiono także, że jeżeli ZEBRA 2 miałaby w tej samej części wykonywać zamówienie jako podwykonawca, co podmiot udostępniający ostatecznie wiedzę i doświadczenie, to należałoby uznać, że zobowiązania te są pozorne, że tylko formalnie powołano zobowiązania drugiego podmiotu, skoro ten sam zakres i tak miałby wykonywać podmiot ZEBRA 2 (vide: protokół z rozprawy).

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Rozpoznając odwołanie Izba w pierwszej kolejności stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, a Odwołujący posiada legitymację do wniesienia odwołania wymaganą w art. 179 ust. 1 Pzp.

Przy rozstrzygnięciu sprawy Izba kierowała się dyrektywami wynikającymi z art. 190 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne, jak również z art. 192 ust. 7 Pzp w myśl, którego Izba nie może orzekać, co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

Po przeprowadzeniu rozprawy, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron postępowania, Izba uznała, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Stan faktyczny sprawy nie stanowił istoty sporu. Izba przyjęła w ramach dokonywanych ustaleń okoliczności faktyczne przedstawiane przez Odwołującego oraz Przystępującego dotyczące sekwencji poszczególnych wezwań skierowanych przez Zamawiającego do Odwołującego, zmiany na etapie wyjaśnień podmiotu udostępniającemu Odwołującemu zasób w postaci wiedzy i doświadczenia wraz z uzupełnieniem zasobu w postaci potencjału technicznego, jak również kwestii udziału, w charakterze podwykonawcy, pierwotnie wskazanego podmiotu udostępniającego wiedzę i doświadczenie.

Zgodnie z rozdziałem 5 pkt 1.2 SIWZ, Zamawiający w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia zastrzegł, że wykonawca musi wykazać, że wykonał, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych w okresie trzech lat przed upływem terminu składania ofert, jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej jedną usługę polegającą na bieżącym utrzymaniu oznakowania pionowego i urządzeń bezpieczeństwa ruchu drogowego o wartości wynoszącej nie mniej niż 150.000 zł brutto (1.2.1); w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy niż 5 lat to za okres prowadzenia działalności, zrealizował jedną robotę budowlaną polegającą na odnowie oznakowania poziomego, o wartości wynoszącej nie mniej niż 100.000 zł brutto. W zakresie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym wykonawca musiał wykazać, że dysponuje lub będzie dysponował odpowiednim sprzętem, który zagwarantuje wykonanie usług objętych przedmiotem zamówienia, tj. co najmniej – 1 podnośnikiem koszowym, 1 samochodem przystosowanym do przewozu osób, narzędzi i części zamiennych, 1 śrutownicą lub frezarką do usuwania oznakowania poziomego, 1 samojedną malowarką, 1 układarką mas chemoutwardzalnych (1.3.1.) W rozdziale 6 SIWZ Zamawiający zastrzegł, że jeżeli wykonawca wykazuje spełnienie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, zobowiązany jest do przedstawiania (załączenia do oferty) w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów wymienionych w punktach 1, 2, 3, 4.

W tym miejscu Izba wskazuje, że całość argumentacji Odwołującego dotycząca treści specyfikacji, w tym warunków udziału w postępowaniu, pozostawała bez znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy, gdyż była to argumentacja bądź wykraczająca poza dopuszczalny zakres zaskarżenia regulowany przepisem art. 180 ust. 2 Pzp, bądź spóźniona – a tym samym niedopuszczalna na tym etapie postępowania. Odwołujący nie korzystał przy tym z prawa przewidzianego w art. 181 ust. 1 Pzp i dopiero na etapie rozstrzygnięcia postępowania podniósł argumentację nakierowaną na zdyskredytowanie zapisów

specyfikacji. Za pozbawiony wartości dowodowej oraz znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy Izba uznała dowód złożony ze specyfikacji, na okoliczności dotyczące warunków udziału w postępowaniu w innych postępowaniach przetargowych oraz sugerujący możliwość działania w celu obejścia ustawy.

W treści oferty Odwołujący oświadczył, że powierza Firmie Wielobranżowej „Zebra 2” S. R., wykonanie zamówienia podwykonawcy w zakresie: wiedza, doświadczenie, doradztwo, nadzór nad wykonywaniem zleconych prac i odbiorami.

Odwołujący samodzielnie nie dysponował wymaganą wiedzą i doświadczeniem oraz zasobami technicznymi. W celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu Odwołujący załączył zobowiązanie ww. podmiotu do udostępnienia zasobu w postaci wiedzy i doświadczenia oraz zobowiązanie do udostępnienia do dyspozycji sprzętu w postaci frezarki do usuwania oznakowania poziomego dróg oraz malowarki samojezdnej. W każdym z tych zobowiązań w części dotyczącej charakteru stosunku wykonawcy z udostępniającym wskazano: umowa cywilnoprawna. W złożonym wykazie narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych wykonawca w zakresie informacji o podstawie dysponowania podał „udostępnienie”.

Pismem z dnia 10 grudnia 2015 r., Zamawiający działając w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, wezwał Odwołującego m.in. do uzupełnienia tzw. dokumentów podmiotowych dla firmy „Zebra 2”, wskazując w wezwaniu, że z formularza ofertowanego wynika, iż firma ta występująca w postępowaniu jako inny podmiot w myśl przepisu art. 26 ust. 2b będzie brała czynny udział w postępowaniu.

W odpowiedzi z dnia 13 grudnia 2015 r., Odwołujący nie złożył dokumentów podmiotowych dla ww. podmiotu, natomiast załączył zobowiązanie do udostępnienia wiedzy i doświadczenia innego podmiotu – Zakładu Usługowo-Produkcyjnego F. S. – i dla tego nowo wskazanego podmiotu załączył wymagane dokumenty podmiotowe.

Pismem z dnia 13 stycznia 2016 r., Zamawiający działając w trybie art. 87 ust. 1 Pzp wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień, wskazując, że Odwołujący zmienił podmiot udostępniający zasoby w zakresie wiedzy i doświadczenia, a jednocześnie zakres podwykonawstwa wynikający z treści oferty i zakres udostępnienia zasobów wynikający z zobowiązania nowo wskazanego podmiotu trzeciego jest identyczny. Tym samym, Zamawiający wezwał do złożenia wyjaśnień dotyczących powodów zmiany treści oferty w zakresie podwykonawstwa. W odpowiedzi pismem z dnia 15 stycznia 2016 r. Odwołujący wskazał, że nie dokonał zmiany oświadczenia zawartego w formularzu ofertowym. Podniesiono, że zamiarem wykonawcy było właśnie powierzenie prac w zakresie określonym

w tabeli w formularzu ofertowym firmie „Zebra 2”, jako podwykonawcy, jednakże nie jest to podmiot, na którego zasoby wykonawca powołuje się na zasadzie art. 26 ust. 2b Pzp.

Pismem z dnia 14 stycznia 2016 r., Zamawiający działając na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, wezwał Odwołującego do złożenia zobowiązań dotyczących udostępnienia potencjału technicznego w zakresie podnośnika kosztowego, samochodu przystosowanego do przewozu osób, narzędzi i części zamiennych oraz układarki mas chemoutwardzalnych. Odwołujący bowiem wskazując w treści oferty na korzystanie w powyższym zakresie z zasobów podmiotu trzeciego nie załączył przy ofercie zobowiązań odnoszących się do ww. zasobów technicznych.

W odpowiedzi pismem z dnia 19 stycznia 2016 r. Odwołujący złożył zobowiązania podmiotów trzecich dotyczące udostępnienia ww. sprzętu – w tym zobowiązanie Pana D. K. do oddania do dyspozycji samochodu marki Mercedes 609 nr rej. SB 7472L.

Pismem z dnia 20 stycznia 2016 r. Zamawiający zwrócił się do Urzędu Miejskiego w Bielsku-Białej z prośbą o udzielenie informacji, czy ww. samochód jest wpisany w ewidencji i czy Pan D. K. jest jego właścicielem. Pismem z dnia 21 stycznia 2016 r., Urząd Miejski w Bielsku-Białej poinformował, że według tut. Bazy danych o pojazdach ww. samochód jest zarejestrowany na inną osobę, ponadto wskazano, że od dnia 30 grudnia 2015 r. w depozycie Urzędu znajduje się dowód rejestracyjny przedmiotowego pojazdu, zatrzymany przez Policję za usterki techniczne.

Pismem z dnia 21 stycznia 2016 r., Zamawiający ponownie zwrócił się, w trybie art. 87 ust. 1 Pzp, do Odwołującego z prośbą o informację, czy firma „Zebra 2” będzie podwykonawcą w przedmiotowym zamówieniu. W odpowiedzi pismem z dnia 22 stycznia 2016 r. Odwołujący wskazał, że wciąż aktualna jest decyzja biznesowa o powierzeniu części przedmiotu zamówienia podwykonawcy „Zebra 2”. Wskazano także, że udział w realizacji części przedmiotu zamówienia podwykonawcy „Zebra 2” nie wyklucza udziału w realizacji zamówienia podmiotu, który udostępnił zasoby – Zakładu Usługowo-Produkcyjnego F. S..

Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Stosownie do art. 24 ust. 4 Pzp, ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą.

W ocenie Izby Zamawiający w sposób prawidłowy i uzasadniony okolicznościami faktycznymi sprawy wykluczył Odwołującego z postępowania. Izba w całości podzieliła argumentację Zamawiającego zawartą w uzasadnieniu wykluczenia, jak również

argumentację Przystępującego przedstawioną na rozprawie, przyjmując je w konsekwencji za własną.

W uzasadnieniu wykluczenia Odwołującego z postępowania Zamawiający wskazał, że wykluczył wykonawcę ponieważ nie wykazał spełnienia warunków udziału w zakresie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym. Jednocześnie, co istotne, Zamawiający wskazał w dalszej części uzasadnienia, że wykonawca nie uzupełnił wymaganych dokumentów podmiotowych firmy „Zebra 2”, tylko w miejsce żądanych uzupełnił dokumenty innego podmiotu udostępniającego zasoby w zakresie wiedzy i doświadczenia. Tym samym wykonawca nie uzupełniając dokumentów podmiotowych dla firmy „Zebra 2”, z zasobów którego korzysta w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym – firmy „Zebra 2” – nie wykazał, że podmiot ten nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 ustawy. Wobec powyższego Zamawiający w wyniku ponownej czynności badania i oceny oferty stwierdził, iż wykonawca nie spełnia warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym, ponieważ podmiot z zasobów którego korzysta wykonawca podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 ustawy.

Jak wynika z powyższego, Zamawiający pomimo zamiany podmiotu udostępniającego wiedzę i doświadczenie, uznał, że tzw. dokumenty podmiotowe winny były zostać złożone także dla podmiotu pierwotnie wskazanego w ofercie (Zebra 2), gdyż podmiot ten – niezależnie od wskazania w jego miejsce Zakładu Usługowo-Produkcyjnego F. S., jako podmiotu udostępniającego zasób w postaci wiedzy i doświadczenia, wymaganego dla uznania spełnienia warunków udziału w postępowaniu – nadal pozostaje podmiotem, z którego zasobów Odwołujący korzysta w celu wykazania spełnienia tych warunków (w zakresie potencjału technicznego, gdyż udostępnienie tego zasobu pozostało aktualne pomimo zamiany w zakresie zasobu wiedzy i doświadczenia) oraz podmiot ten jest podmiotem mającym brać czynny udział w realizacji części zamówienia (zgodnie z konsekwentnymi oświadczenia Odwołującego, jako podwykonawca).

Izba podziela powyższe stanowisko i ocenę, że zamiana w zakresie udostępnienia wiedzy i doświadczenia nie zwolniła wykonawcy z obowiązku złożenia dokumentów podmiotowych dla firmy „Zebra 2” (pomimo, że ostatecznie korzystanie z zasobów dla wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu miało ograniczyć się tylko do udostępnienia dwóch wymaganych sprzętów), a skoro tak, to wykonawca – który sam ukształtował swoją ofertę w ten sposób, że przewidywał udział tego podmiotu w realizacji części zamówienia, jako podwykonawcy – winien był załączyć wymagane dokumenty, czego nie uczynił.

Argumentacja Odwołującego skupiła się na dowodzeniu, że udostępnienie sprzętu nie wymaga wzięcia udziału w realizacji części zamówienia, gdyż podmiot udostępnia jedynie maszyny na czas realizacji zamówienia i ma to istotne znaczenie, jeżeli chodzi o możliwość żądania dokumentów podmiotowych. Teza ta, o ile generalnie słuszna, nie przystaje jednak do okoliczności niniejszej sprawy, w której wykonawca sam zdecydował o udziale firmy „Zebra 2” w realizacji części zamówienia i zaoferował to w treści swojej oferty, konsekwentnie podtrzymując zamiar udziału tego podmiotu w wyjaśnieniach składanych na etapie badania oferty. Argumentację Odwołującego można sprowadzić do twierdzenia, że skoro ostateczne korzystanie z zasobu w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu zamyka się w udostępnieniu maszyn (co samo w sobie nie wymaga udziału podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia) to tym samym, niezależnie od tego, że wykonawca przewiduje czynny udział podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia (firmy Zebra 2) i nadal korzysta w pewnym zakresie (węższym niż pierwotnie) z zasobów tego podmiotu trzeciego po to, by wykazać spełnienie warunków, to jednak nie musi składać dokumentów podmiotowych dla tego podmiotu trzeciego (Zebra 2), gdyż co prawda, pomimo, że podmiot ten ma czynnie uczestniczyć w realizacji części zamówienia, to samo udostępnienie zasobu dotyczy ostatecznie zasobu, który ze swej natury nie wymaga już zobowiązania się przez podmiot trzeci do wzięcia udziału w realizacji części zamówienia.

Izba nie znalazła podstaw do uznania powyższego kierunku argumentacji. Stosownie do § 3 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U.2013.231), jeżeli wykonawca, wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, zamawiający może żądać od wykonawcy przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów wymienionych w ust. 1-3.

Jeżeli wykonawca sam nie potrafi wykazać spełnienia warunków udziału w postępowaniu i posługuje się w tym celu zasobem podmiotu trzeciego, który jednocześnie ma brać udział w realizacji części zamówienia, to po to została wprowadzona konstrukcja prawna zawarta w przywołanym § 3 ust. 4 rozporządzenia, żeby do faktycznej realizacji zamówienia publicznego były dopuszczane (podobnie, jak sami wykonawcy) tylko takie podmioty, które cechują się respektowaniem ważnych dla prawodawcy wartości (m.in. w postaci niezalegania ze składkami na ubezpieczenie i podatkami), i które potrafią wylegitymować się przed zamawiającym dokumentami potwierdzającymi fakt przestrzegania tych wartości. Powołany przepis § 3 ust. 4 rozporządzenia nie uzależnia prawa do żądania

tw. dokumentów podmiotowych od tego, czy rodzaj przekazywanego zasobu charakteryzuje się w ujęciu generalnym możliwością jego udostępnienia bez jednoczesnej konieczności udziału w realizacji części zamówienia. Jeżeli wykonawca otrzymuje w ramach udostępnienia sprzęt od podmiotu trzeciego do wykorzystania na etapie realizacji zamówienia to oczywiście nie jest tu konieczny udział tego podmiotu trzeciego w realizacji części zamówienia, a tym samym nie aktualizuje się wskazany § 3 ust. 4 rozporządzenia. W niniejszej sprawie stan faktyczny przedstawia się jednak odmiennie i z tego względu odwoływanie się do tego, że samo udostępnienie sprzętu jest rodzajowo takim udostępnieniem, które nie wiąże się z udziałem podmiotu udostępniającego w realizacji części zamówienia, nie mogło odnieść oczekiwanego przez Odwołującego skutku. Odwołujący zamierzał bowiem korzystać ze sprzętu podmiotu trzeciego i jednocześnie przewidywał udział tego podmiotu w realizacji części zamówienia. To własnymi oświadczeniami, zawartymi przede wszystkim w treści oferty, Odwołujący doprowadził do zaktualizowania się obowiązków wynikających z § 3 ust. 4 rozporządzenia. Istotne z punktu widzenia tego przepisu jest bowiem to, czy wykonawca polega na zasobie danego podmiotu w celu wykazania spełnienia warunków oraz czy podmiot ten ma brać udział w realizacji części zamówienia. Te dwie przesłanki zostały spełnione w odniesieniu do oferty Odwołującego, a tym samym winien on załączyć dokumenty podmiotowe dla firmy „Zebra 2”. W konsekwencji, w świetle § 3 ust. 4 rozporządzenia jeżeli podmiot trzeci bierze udział w realizacji części zamówienia to nie może mieć przesądzającego znaczenia, że ostateczne udostępnienie zasobów dotyczy zasobów, których przekazanie (z uwagi na rodzaj tych zasobów) nie wymaga generalnie udziału podmiotu trzeciego. Istotne są okoliczności danej sprawy, a nie to, czy udostępniany zasób można zakwalifikować do kategorii zasobów nie wymagających udziału podmiotu trzeciego. Jeżeli, tak jak w sprawie niniejszej, podmiot, dzięki któremu wykonawca wykazuje spełnienie warunków udziału w postępowaniu, ma jednocześnie – zgodnie z wolą Odwołującego – brać udział w realizacji zamówienia, to wykonawca winien był złożyć dla tego podmiotu wymagane dokumenty podmiotowe.

W ocenie Izby, jeżeli podmiot udostępniający zasób bierze udział w realizacji części zamówienia, to nie można także uzależniać zastosowania § 3 ust. 4 rozporządzenia od tego, czy rodzaj zasobów udostępnianych wykonawcy w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, pokrywa się z tym, co na etapie realizacji zamówienia ma wykonywać ten podmiot trzeci. Przenosząc to na grunt niniejszej sprawy, nie mogło mieć znaczenia dla kierunku rozstrzygnięcia, że podmiot trzeci miał (na etapie kwalifikacji) tylko udostępnić maszyny, a na etapie realizacji zamówienia miał już wykonywać inne czynności (odpowiadające przy tym czynnościom objętych zobowiązaniem do udostępniania wiedzy i

doświadczenia pierwotnie złożonym przy ofercie i dodatkowo, pokrywające się z czynnościami przewidzianymi dla podmiotu, którego zobowiązanie Odwołujący złożył w ramach uzupełnienia dokumentów). Przyjęcie optyki Odwołującego mogłoby doprowadzić do podważenia celu i istoty konstrukcji przewidzianej w § 3 ust. 4 rozporządzenia. Oferenci mogliby się zwolnić z obowiązku wykazywania przed zamawiającym respektowania przez podmioty – włączone przez oferentów do faktycznego wykonywania zamówienia (z uwagi na ich udział w realizacji zamówienia) – wskazanych powyżej obowiązków, m.in. dotyczących nie zalegania z podatkami i składkami na ubezpieczenia, tylko poprzez same twierdzenia, że zasoby wykorzystywane do przejścia kwalifikacji (wykazania spełnienia warunków udziału) nie należą do kategorii zasobów wymagających udziału, podczas gdy rzeczywiście na etapie realizacji zamówienia podmioty te uczestniczyłyby już w wykonywaniu zamówienia. Jak wskazano wcześniej istotne w tej materii jest to, czy dany podmiot będzie brał udział w realizacji części zamówienia, a nie to, czy udostępniany zasób można zakwalifikować do kategorii zasobów nie wiążących się jednocześnie z koniecznością udziału podmiotu trzeciego.

W kontekście powyższych rozważań nie mogły mieć istotnego znaczenia argumenty, iż w § 3 ust. 4 rozporządzenia, prawodawca odnosi się do części zamówienia, a nie zamówienia w całości. Przystępujący przedstawił przy tym trafne argumenty, iż zgodnie z definicją zawartą w art. 2 pkt 9b Pzp umowa o podwykonawstwo musi być rozumiana, jako umowa której przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane stanowiące część zamówienia publicznego. Niewątpliwie można to powiązać z użytym w § 3 ust. 4 rozporządzenia sformułowaniem dotyczącym udziału w realizacji części zamówienia. Trafnie podnosił także Przystępujący, że nie można sobie wyobrazić sytuacji, gdy podwykonawca nie brałby udziału w realizacji części zamówienia, do czego odnosi się właśnie ww. przepis § 3 ust. 4 rozporządzenia. Argumentacja Odwołującego w tym zakresie nie była przy tym konsekwentna, jeżeli weźmie się pod uwagę oświadczenia zawarte w odpowiedziach na wezwania Zamawiającego, gdzie wykonawca jednoznacznie przedstawiał swój zamiar powierzenia – cytując – „części przedmiotu zamówienia podwykonawcy „Firma Wielobranżowa „Zebra 2” S. R.”.

Reasumując, Izba wzięła pod uwagę, że podmiot udostępniający zasoby wskazany w treści oferty miał brać udział w realizacji zamówienia, jako podwykonawca. Skoro tak, to jest to podmiot uczestniczący w realizacji części zamówienia i Odwołujący winien był dołączyć dla tego podmiotu tzw. dokumenty podmiotowe, czego nie uczynił.

Jedynie na marginesie powyższych rozważań, gdyż nie stanowiło i nie mogło to stanowić podstawy rozstrzygnięcia Izby, w okolicznościach sprawy mogły po stronie

Zamawiającego zarysować się także wątpliwości, co do realności udostępnienia zasobu przez podmiot wskazany w ramach uzupełnienia oraz podejrzenia, czy złożone zobowiązanie nie służy jedynie formalnemu wykazaniu spełnienia warunków udziału w postępowaniu, z uwagi na brak możliwości przedstawienia dokumentów podmiotowych dla podmiotu wskazanego pierwotnie. Oba zobowiązania mają identyczną treść. Jeżeli czynności, które miałby wykonywać podmiot wskazany w ramach uzupełnienia zostały zastrzeżone w całości dla podwykonawcy wskazanego w treści oferty, to trudno przyjąć, by udostępnienie zasobu miało przełożyć się na realizację zamówienia, skoro czynności przypisane temu uzupełnionemu zobowiązaniu zostały przewidziane do realizacji przez podmiot pierwotnie wskazany w treści oferty.

Odnosnie argumentów dotyczących tego, że specyfikacja nie zawierała szczegółowych wytycznych, co ma znaleźć się w treści zobowiązania, to Izba nie uznała ich za potwierdzone oraz istotne dla kierunku rozstrzygnięcia. Trafnie argumentował Przystępujący, że obowiązek udowodnienia dysponowania zasobami wynika dla wykonawcy z samej treści art. 26 ust. 2b Pzp. Odwołujący nie miał wątpliwości, co do tego, jakie informacje należy podać w treści zobowiązania – w zobowiązaniach złożonych przy ofercie podano m.in. jaki jest charakter stosunku łączącego wykonawcę z udostępniającym. Nie sposób więc przyjmować, że w odniesieniu do zobowiązań składanych w ramach uzupełnienia wykonawca mógł kwestionować powinność podania określonych informacji (które podawał wcześniej przy zobowiązaniach złożonych przy ofercie) tylko dlatego, że w specyfikacji nie zostały te informacje szczegółowo wyeksponowane. Ponadto, Zamawiający zastrzegł w specyfikacji, że do czynności podejmowanych przez Zamawiającego i Wykonawców stosuje się przepisy ustawy Pzp oraz aktów wykonawczych wydanych na jej podstawie. Nawet przy braku tego zastrzeżenia przepisy ww. aktów znajdują zastosowanie, jako przepisy powszechnie obowiązujące, a możliwość zastosowania § 6 ust. 2 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, nie jest determinowana tym, czy w treści specyfikacji zamawiający odwołał się do tego przepisu w sposób szczegółowy.

W kontekście dokumentów zgromadzonych w aktach postępowania Zamawiający miał także podstawy do uznania, że ogólnikowa treść zobowiązań złożonych w ramach uzupełnienia uniemożliwia ocenę, czy wykonawca rzeczywiście dysponuje potencjałem w sposób pozwalający mu na spełnienie warunku i należyte wykonanie zamówienia. Powyższe Izba odnosi w szczególności do zasobu w postaci samochodu Mercedes 609 nr rej. SB 7472L. Jak wskazano wcześniej to wykonawca ma udowodnić dysponowanie potencjałem podmiotu trzeciego. W treści złożonych zobowiązań ograniczono się do ogólnikowego stwierdzenia o oddaniu sprzętu do dyspozycji. Wbrew twierdzeniom Odwołującego nie

zachodzą te same okoliczności wobec jego oferty oraz oferty Przystępującego. Sam Odwołujący wskazał na rozprawie, że w wykazie firmy ROADS znajduje się informacja o podstawie dysponowania (umowa dzierżawy). W ofercie Odwołującego stosunek łączący podmioty udostępniające sprzęt (w zakresie zobowiązań uzupełnionych) nie jest w żaden sposób identyfikowany (wskazano jedynie: „udostępnienie”), relacja ta nie wynika także z treści złożonych zobowiązań. W trakcie postępowania Zamawiający otrzymał przy tym dokument, w świetle którego okoliczność braku podania ww. informacji, nabrała dodatkowego znaczenia w kontekście braku wykazania realności udostępnienia zasobu (informacja, iż podany w wykazie samochód jest zarejestrowany na inną osobę oraz, że dowód rejestracyjny przedmiotowego pojazdu został zatrzymany przez Policję za usterki techniczne). Dowód w postaci faktury zakupu nie mógł mieć przesądzającego znaczenia. Faktura ta datowana jest na okres wcześniejszy, zaś informacje urzędowe otrzymane przez Zamawiającego przedstawiały stan obecny i brak jest przy tym podstaw do podważania ich wiarygodności, jedynie z uwagi na fakt posiadania faktury zakupu (zwłaszcza, że pojazd zakupiony mógł zostać przykładowo następnie ponownie sprzedany). Zamawiający nie mógł „nie zauważać” ww. informacji urzędowych przy ocenie oferty, i poprzestawać jedynie na tym, że wykonawca złożył wykaz i własne oświadczenia oraz ogólnikowe zobowiązania. Odwołujący uzupełniając zobowiązania na wezwanie Zamawiającego winien był udowodnić w sposób jednoznaczny realność udostępnienia. Jeżeli zdecydował się na złożenie jedynie ogólnikowych zobowiązań to fakt, że zobowiązania te nie mogły zostać uznane ostatecznie za wystarczające (w odniesieniu do ww. pojazdu chociażby z uwagi na uzyskane przez Zamawiającego informacje urzędowe) obciąża wyłącznie wykonawcę, a nie Zamawiającego – który nie mógł dodatkowo wzywać wykonawcy do wyjaśnień, gdyż wyczerpał już procedurę z art. 26 ust. 3 Pzp, oraz nie mógł pomijać przy swojej ocenie ww. informacji urzędowych, w świetle których konieczne było zajęcie krytycznego stanowiska m.in., co do wykazania realności i podstaw dysponowania zasobem w postaci samochodu.

Izba krytycznie oceniła także zarzuty dotyczące naruszenia art. 26 ust. 3 oraz art. 26 ust. 4 Pzp. Nie zachodziły w szczególności podstawy do żądania wyjaśnień, ani możliwość uzupełnienia dokumentów, dotyczących zobowiązań firmy „Zebra 2” w zakresie udostępnionego sprzętu. Zobowiązania te nie wymagają wyjaśnień, wskazano w nim m.in. jaka jest podstawa dysponowania sprzętem (umowa cywilnoprawna). Odwołujący, z uwagi na zamknięty katalog czynności podlegających w tym postępowaniu zaskarżeniu, nie mógł także stawiać zarzutu zaniechania przez Zamawiającego czynności wezwania do złożenia wyjaśnień lub uzupełnienia treści dokumentów załączonych do oferty wykonawcy ROADS dotyczących zobowiązania do udostępnienia potencjału technicznego. Niezależnie od

niedopuszczalności kwestionowania prawidłowości oceny oferty konkurenta, nie zachodziłyby podstawy do wzywania Przystępującego do wyjaśnień w zakresie sygnalizowanym w odwołaniu.

W niniejszej sprawie Zamawiający dał Odwołującemu szansę konwalidowania braków oferty, której wykonawca nie wykorzystał składając dokumenty z kolejnymi wadami. Nie ma podstaw do ponownego stosowania art. 26 ust. 3 Pzp, czy też stosowania art. 26 ust. 4 Pzp, zwłaszcza do wyjaśnienia oświadczeń nie pochodzących bezpośrednio od wykonawcy.

Zamawiający swoimi działaniami nie naruszył także art. 7 ust. 1 i 3 Pzp. Przeciwnie, szczegółowe analizy dokumentów złożonych przez Odwołującego, w powiązaniu z umożliwieniem wykonawcy usunięcia wad tych dokumentów, świadczą o rzetelności w działaniu Zamawiającego i prowadzeniu postępowania w sposób zapewniający równe traktowanie wykonawców oraz uczciwą konkurencję.

Mając wszystko powyższe na uwadze orzeczono, jak w sentencji wyroku.

O kosztach postępowania, stosownie do wyniku, orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp. W związku z oddaleniem odwołania Izba zaliczyła w poczet kosztów wpis uiszczony przez Odwołującego oraz zasądziła od Odwołującego na rzecz Przystępującego, który wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów odwołania – na podstawie faktury złożonej do akt sprawy – zwrot kosztów poniesionych z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika (§ 5 ust. 3 pkt 2 w zw. z § 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b) 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. z 2010 r., Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: