

WYROK
z dnia 18 października 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **18 października 2016 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **3 października 2016 r.** przez wykonawcę: **Ł.L. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Littrans Ł.L., ul. Nowa 30 B, 37-400 Nisko** w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w imieniu którego prowadzi postępowanie Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w Rzeszowie, ul. Legionów 20, 35-959 Rzeszów**

przy udziale wykonawcy **A.M. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą A.M. Usługi Transportowo - Budowlane, Bandrów 103 a, 38- 700 Ustrzyki Dolne** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża **Ł.L. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Littrans Ł.L., ul. Nowa 30 B, 37-400 Nisko** i:

1

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Ł.L. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Littrans Ł.L., ul. Nowa 30 B, 37-400 Nisko** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawcy **Ł.L. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Littrans Ł.L., ul. Nowa 30 B, 37-400 Nisko** na rzecz **Skarbu Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w imieniu którego prowadzi postępowanie Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w Rzeszowie, ul. Legionów 20, 35-959 Rzeszów** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 22 grudnia 2015 r. poz. 2164 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Rzeszowie**.

Przewodniczący:

.....

2

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na: „*Świadczenie usług sprzętowych przy zimowym oraz bieżącym*

utrzymaniu dróg krajowych administrowanych przez Oddział w Rzeszowie Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad”, znak: O.Rz.D-3.2413.23.2016, zostało wszczęte ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2016/S 076-134207 z 19.04.2016 r., przez Skarb Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w imieniu którego prowadzi postępowanie Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w Rzeszowie, ul. Legionów 20, 35-959 Rzeszów zwany dalej: „Zamawiającym”.

W dniu 22.09.2016 r. (e-mailem) Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej – w zadaniu 9 - A.M. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą A.M. Usługi Transportowo – Budowlane, , Bandrów 103 a, 38- 700 Ustrzyki Dolne zwana dalej: „A.M. Usługi Transportowo - Budowlane” albo „Przystępującym”, zaś 23.09.2016 r. (e-mailem) – w zadaniu 13 - A.P. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe A.P., ul. Sandomierska 20aB/9, 37-400 Nisko zwana dalej: „Przedsiębiorstwo Wielobranżowe A.P.”. Drugą pozycję w rankingu złożonych ofert dla zadania 9 i 13 zajęła oferta: Ł.L. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Littrans Ł.L., ul. Nowa 30 B, 37-400 Nisko zwana dalej: „Littrans Ł.L.” albo „Odwołującym”.

W dniu 03.10.2016 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO): Littrans Ł.L. wniosła odwołanie na w/w czynność i zaniechania z 22 i 23.09.2016 r. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 03.10.2016 r. (faxem). Odwołanie dotyczyło:

I. Zadanie nr 9 Rejon w Lesku - Obwód Drogowy w Lesku - Nośnik Wykonawcy o ładowności min 14 ton, min. 2 napędowy, wiek do 15 lat przystosowany do pracy z pługiem jednostronnym dwulemieszkowym stanowiącym własność Zamawiającego oraz przystosowany do pracy z solarką o ładowności min. 5 m³ do posypywania solą zwilżoną stanowiącą własność Wykonawcy. Przewidywana ilość godzin zatrudnienia - 400 w ciągu jednego sezonu,

II. Zadanie nr 13 Rejon w Nisku - Obwód Drogowy w Nisku - Nośnik Wykonawcy o ładowności min 10 ton, wiek do 15 lat przystosowany do pracy z solarką OZAMET OZ-PT6-S oraz przystosowany z pługiem jednostronnym dwulemieszkowym OZ-MBR 32 całość [solarka i pług] stanowią własność Zamawiającego. Przewidywana liczba godzin zatrudnienia

3

- 50 w ciągu jednego sezonu,

Odwołanie w zakresie Zadania Nr 9 dotyczy czynności i zaniechań Zamawiającego z 22.09.2016 r. polegających na:

1. badaniu i ocenę ofert oraz wybór jako najkorzystniejszej oferty w zadaniu nr 9 wykonawcy Usługi -Transportowo Budowlane A.M.,
2. zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Usługi -Transportowo Budowlane A.M. z uwagi na fakt, że Wykonawca ten podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu ponieważ nie przedłożył aktualnego na dzień składania ofert zaświadczenia z CEIDG, oraz nie uzupełnił właściwie na żądanie Zamawiającego informacji o działalności gospodarczej,
3. naruszenia zasad konkurencji i równego traktowania poprzez wybór oferty wykonawcy Usługi -Transportowo Budowlane A.M.
4. zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej

Zaskarżonym czynnościom zarzucił naruszenie:

- 1) art. 91 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 22 grudnia 2015 r. poz. 2164 z późn. zm.) zwanej dalej: „Pzp” poprzez niezgodny z ustawą wybór wykonawcy Usługi -Transportowo Budowlane A.M., podczas gdy obowiązany był wykluczyć wykonawcę, który nie przedłożył zaświadczenia z Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej oznaczonego datą jego wygenerowania na dzień składania ofert i tym samym nie potwierdził braku podstaw do wykluczenia,
- 2) art. 24 ust. 4 Pzp w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp poprzez zaniechanie uznania za odrzuconą oferty Wykonawcy Usługi -Transportowo Budowlane A.M. podlegającego wykluczeniu z postępowania, z powodu nie potwierdzenia przez tego Wykonawcę w sposób właściwy, że nie podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu, podczas gdy A.M. nie przedłożył w ofercie zaświadczenia z Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej oznaczonego datą jego wygenerowania na określony dzień, a przynajmniej prawdziwość dokumentu jest wątpliwa i tym samym nie potwierdził braku podstaw do wykluczenia,

3) art. 7 Pzp poprzez wybór oferty wykonawcy Usługi -Transportowo Budowlane A.M., podczas gdy powinien zostać wykluczony z postępowania, a w konsekwencji jego oferta powinna zostać odrzucona co narusza jedną z najważniejszych zasad tj. konkurencji i równego traktowania wykonawców,

4) art. 26 ust.3 Pzp poprzez przyjęcie, że wykonawca A.M. prawidłowo wykonał żądanie Zamawiającego przekazując dokument wygenerowany z datą 14.02.2016 r. i poświadczony za oryginałem na dzień składania oferty podczas gdy prawidłowo uzupełniony dokument powinien mieć datę wygenerowania wrześnieową, a co najmniej późniejszą niż dzień składania oferty, a ponadto brak jest w dolnym prawym informacji roku daty i godziny wygenerowania.

4

Odwołanie w zakresie Zadania Nr 13 dotyczy czynności i zaniechań Zamawiającego z 23.09.2016 r. polegających na:

1. badaniu i ocenę ofert oraz wybór jako najkorzystniejszej oferty w zadaniu nr 13 wykonawcy Przedsiębiorstwa Wielobranżowego A.P., która nie spełniała warunków,
2. zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Przedsiębiorstwa Wielobranżowego A.P. z uwagi na fakt, że Wykonawca ten nie przedłożył żadnego dokumentu (ani oświadczenia) potwierdzającego zobowiązanie do udostępnienia zasobów na których polega lub potencjałe,
3. naruszenia zasad konkurencji i równego traktowania poprzez wybór oferty wykonawcy Przedsiębiorstwa Wielobranżowego A.P., która powinna zostać odrzucona,
4. zaniechania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Zaskarżonym czynnościom zarzucił naruszenie:

- 1) art. 91 ust. 1 i 2 Pzp poprzez niezgodny z ustawą wybór wykonawcy Przedsiębiorstwa Wielobranżowego A.P., podczas gdy oferta wykonawcy powinna zostać odrzucona jako nie spełniająca warunków, skoro nie przedstawiła zobowiązania podmiotu do udostępnienia zasób, a jedynie wskazała lakonicznie podstawę dysponowania: „wynajm”, ani nie wskazała aby miała korzystać z potencjału w świetle art. 26 ust. 2b,
- 2) art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp poprzez wybór oferty nieodpowiadającej treści SIWZ zakresie podmiotu z którego potencjału lub zasobu wykonawca korzysta, podczas gdy taka oferta powinna zostać odrzucona jako niezgodna ze specyfikacją w zakresie wymagań stawianych w formularzu 3.3. potencjał techniczny- podstawa dysponowania
- 3) art. 22a ust. 2 Pzp poprzez nie przedłożenie zobowiązania, że wykonawca dysponuje lub będzie dysponował zasobem w postaci VOLVO FM wiek 10 lat o ładowności 12 ton przystosowany do pracy z solarką OZAMET OZ-PT6-S oraz przystosowany z pługiem jednostronnym dwulemieszowym OZ-MBR 32, podczas gdy wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów, musi udowodnić zamawiającemu, że realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów, w szczególności przedstawiając zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia, ewentualnie
- 4) art. 26 ust. 2b Pzp poprzez nie przedłożenie żadnego dokumentu z którego wynika, że wykonawca dysponuje lub będzie dysponował potencjałem technicznym w postaci VOLVO FM wiek 10 lat o ładowności 12 ton przystosowany do pracy z solarką OZAMET OZ-PT6-S oraz przystosowany z pługiem jednostronnym dwulemieszowym OZ-MBR 32, podczas gdy Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował tymi zasobami w trakcie realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia.
- 5) art. 7 Pzp poprzez wybór oferty wykonawcy Przedsiębiorstwa Wielobranżowego A.P.,

5

podczas gdy jego oferta powinna zostać odrzucona jako nie odpowiadająca treści SIWZ, co narusza jedną z najważniejszych zasad, tj. konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Wnosił o zobowiązanie Zamawiającego do okazania złożonego wydruku CEIDG wykonawcy Usługi -Transportowo Budowlane A.M. w wyniku wykonania żądania GDDKiA Oddział w Rzeszowie, a znajdującego się w dokumentacji przetargowej, celem potwierdzenia jego nieprawdziwości i modyfikacji. W związku z powyższym wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie zadania nr 9 oraz wykluczenie

z postępowania wykonawcy Usługi -Transportowo Budowlane A.M.,
2) unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie zadania nr 13 oraz odrzucenie oferty Przedsiębiorstwa Wielobranżowego A.P..

3) Wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w zakresie zadanie nr 9 oraz zadanie nr 13. Ponadto, wnosił o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego w kwocie 18 600 zł na co składa się:

- kwota 15 000 zł uiszczona tytułem wpisu od odwołania
- kwota 3600 zł poniesiona tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

W dniu 22.09.2016 r. oraz 23.09.2016 r. Odwołujący został poinformowany o wynikach oceny i badania ofert oraz o wyborze oferty najkorzystniejszej w zakresie zadań:
a) Zadanie nr 9 Rejon w Lesku - Obwód Drogowy w Lesku - Nośnik Wykonawcy o ładowności min 14 ton, min. 2 napędowy, wiek do 15 lat przystosowany do pracy z pługiem jednostronnym dwulemieszowym stanowiącym własność Zamawiającego oraz przystosowany do pracy z solarką o ładowności min. 5 m³ do posypywania solą zwilżoną stanowiącą własność Wykonawcy. Przewidywana ilość godzin zatrudnienia - 400 w ciągu jednego sezonu,

b) Zadanie nr 13 Rejon w Nisku- Obwód Drogowy w Nisku - Nośnik Wykonawcy o ładowności min 10 ton, wiek do 15 lat przystosowany do pracy z solarką OZAMET OZ-PT6-S oraz przystosowany z pługiem jednostronnym dwulemieszowym OZ-MBR 32 całość [solarka i pług] stanowią własność Zamawiającego. Przewidywana liczba godzin zatrudnienia - 50 w ciągu jednego sezonu.

Czynność Zamawiającego, o wyborze oferty Usługi -Transportowo Budowlane A.M. dla zadania nr 9 jest wadliwa z uwagi na następujące okoliczności: Naruszenie art. 24 ust. 4 Pzp w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp poprzez zaniechanie uznania za odrzuconą oferty Wykonawcy podlegającego wykluczeniu z postępowania, z powodu nie potwierdzenia przez tego Wykonawcę, że nie podlega wykluczeniu. Wykonawca, którego oferta została wybrana do oferty przedłożył informację z ewidencji działalności gospodarczej (CEIDG), która nie zawierała ani daty, ani godziny wygenerowania pliku. (dowód: kopia oferty złożonej przez A.M.). W konsekwencji Zamawiający wezwał w trybie art. 26 ust. 3 Pzp Wykonawcę do

6

przedstawienia oryginału wydruku z CEIDG. Jednak jak wynika z fotokopii sporządzonej przez Odwołującego. Wykonawca przedłożył wydruk opatrzone tym razem opisem (na dole strony): „Wygenerowano ze strony <http://prod.ceidg.gov.pl> stan na 2016-02-14. Wydruk z systemu komputerowego nie wymaga podpisu.” Natomiast w prawym dolnym rogu strony brak jest daty i godziny wygenerowania pliku. Jednocześnie pomiędzy wierszem pouczenia o zgodności z art. 38 ust. 4, a wierszem: „Wygenerowano ze strony ” jest nadzwyczajny odstęp. Nie sposób przyjąć, aby powstał naturalnie. Prawidłowy układ wydruku informacji z CEIDG przedstawia chociażby informacja z CEIDG Odwołującego. Nie jest to uzależnione od sprzętu na którym dokument jest drukowany. Zawsze wygląda on identycznie. (dowód: fotokopia CEIDG A.M.). W wydruku wygenerowanym data i godzina znajduje się zawsze i nie można jej zmienić. Wydruk przedstawiony przez wykonawcę nie przesądza tym samym, że nie został poddany modyfikacjom po jego wygenerowaniu ze strony. Co przy dzisiejszym stanie rozwoju technologicznego jest możliwe. Ponadto w pouczeniu o zgodności z art. 38 ust. 4 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej niektóre fragmenty tekstu zostały ucięte, jakby było to wynikiem celowego zasłonięcia prawego dolnego rogu strony przy wykonywaniu kserokopii (zawierającej datę i godzinę wygenerowania). Podkreślił, wykonawca nie mógł dysponować niezliczoną ilością wydruków na aktualnych na dzień złożenia oferty i dodatkowo poświadczonych z oryginałem na dzień jej złożenia (28.05.2016 r.). Ponadto jeśli dysponowałby oryginałem data i godzina wygenerowania były widoczne. Każde kolejne generowanie zaświadczenia powoduje automatyczne wskazanie daty. Nie możliwym byłoby ponowne wygenerowanie oryginału opatrzonego datą z dnia składania oferty, a wyłącznie datą z dnia wydruku. Ponadto wykonawca powinien w takim przypadku załączyć wydruk: historia wpisów, który zawiera informację o wcześniejszych zmianach danych udostępnianych w ewidencji działalności gospodarczej (wyrok KIO z 20.12.2011r., sygn. akt: KIO 2585/11). To na wykonawcy spoczywa obowiązek przedstawienia dokumentów nie budzących wątpliwości co do ich prawdziwości, aktualności i rzetelności.

Obowiązkiem Zamawiającego jest rzetelne, zgodne z zasadami konkurencyjności (art. 7 Pzp) weryfikowanie kompletności dokumentów. W przypadku jakichkolwiek

wątpliwości ma możliwość wezwania wykonawcy do przedłożenia oryginałów. Jednak takie wykonanie żądania Zamawiającego w przedmiotowym przetargu w ocenie Odwołującego nie zasługuje na aprobatę. Wskazany w art. 26 ust. 3 Pzp wymóg potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert, nie może być przedmiotem domysłów i skomplikowanych badań ze strony zamawiającego. W orzecznictwie KIO ukształtował się pogląd, że uzupełniany dokument winien być wystawiony bądź przed upływem terminu składania ofert, bądź też może być wystawiony po upływie tego terminu, byleby z jego treści wynikało, że wykonawca spełniał

7

postawiony warunek nie później niż w dniu składania ofert. Do tego drugiego przypadku należy podchodzić szczególnie ostrożnie. Zasadnym jest stwierdzenie, że dokument taki będzie mógł zostać zaakceptowany przez zamawiającego jedynie wówczas, gdy w jego treści *expressis verbis* zostanie wyrażone, iż w konkretnym dniu wykonawca spełniał wymagane warunki, (wyrok KIO z 26.05.2015 r. sygn. akt: KIO 966/15). Jednocześnie dopuszczając taki dokument oraz wybierając wykonawcę Zamawiający narusza przepisy art. 91 Pzp. Ponadto trudno jest zweryfikować jego autentyczność. Odwołujący w pismach z dnia 28.09.2016 r. oraz 29.09.2016 r. wskazała na uchybienia Zamawiającego. Jednak Zamawiający pismem z dnia 29.09.2016 r. nie przychylił się do tych zastrzeżeń. Następnie pismem z dnia 30.09.2016 r. podtrzymał stanowisko. (dowód: - pisma z dnia 28.09.2016 r. oraz 29.09.2016 r. Odwołującego - pisma z dnia 29.09.2016 r. oraz z dnia 30.09.2016 r.).

Czynność Zamawiającego, o wyborze oferty Przedsiębiorstwa Wielobranżowego A.P. dla zadania nr 13 jest wadliwa z uwagi na następujące okoliczności: Zamawiający naruszył niewątpliwie przepisy ustawy dotyczące korzystania z potencjału lub zasobów podmiotu trzeciego. Czy to z brzmienia art. 22 a Pzp, czy art. 26 Pzp wynika konieczność udowodnienia. Oczywiście spełnienie obowiązku można udowodnić na wiele sposobów. Jednak wykazanie w przedmiotowym przetargu (zadanie nr 13), że dysponuje się lub będzie się dysponowało zasobem/potencjałem zbyt dalece odbiega od standardów postępowania i narusza zapisy Pzp. W wypełnionym przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Wielobranżowe A.P. formularzu 3.3. Potencjał techniczny (składającym się na ofertę), w rubryce podstawa dysponowania wpisano: wynajem. (dowód: oferta Przedsiębiorstwa Wielobranżowego A.P.). Ponadto Zamawiający wskazał aby oferenci wskazywali czy korzystają z potencjału zgodnie z art. 26 ust. 2b. Wskazał, że udostępnienie zasobów niezbędnych do realizacji zamówienia, zwłaszcza zasobów musi łączyć się z określonym zaangażowaniem podmiotu udostępniającego. Co do zasady zaangażowanie to może przybrać różnorakie formy. Choć art. 26 ust. 2b Pzp wskazuje jedynie ogólnie i przykładowo na pisemne zobowiązanie podmiotu trzeciego do oddania wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia, to z ugruntowanym orzecznictwem KIO dowodem na dysponowanie niezbędnymi zasobami może być każdy dokument, z którego wynika jednoznaczne, wiążące zobowiązanie się podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobu na czas realizacji zamówienia. Sformułowanie jednak, że będzie to „wynajem” jest niewystarczające. Dla celów wykazania dysponowania zasobami podmiotu trzeciego nie jest wystarczające przedstawienie jakiegokolwiek dokumentu podmiotu trzeciego odwołującego się do woli udostępnienia jego zasobów, ale niezbędne jest przedstawienie (dokumentu, dokumentów), których treść będzie wykazywać faktyczną dostępność tych zasobów na użytek wykonawcy w celu realizacji zamówienia. Zamawiający dokonując wyboru oferty jako najkorzystniejszej niewątpliwie naruszył art. 89

8

ust 1 pkt 2 Pzp oraz zasady uczciwej konkurencji (art. 7 Pzp). Nie można traktować jednych wykonawców lepiej, nie zwracając uwagi na nieprawidłowości lub nieścisłości. Zamawiający obowiązany jest w miarę możliwości korzystać z instytucji zawartej w art. 26 ust. 3 Pzp wzywać wykonawców do uzupełnień i wyjaśnień. Czego Zamawiający w niniejszym przetargu nie uczynił. Niezłożenie przez wykonawcę właściwych dokumentów odnoszących się do podmiotu trzeciego, wymaganych przez zamawiającego, skutkuje obowiązkiem wykluczenia wykonawcy z postępowania z powodu nie wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu (por. art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp) po uprzednim wezwaniu wykonawcy do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. W Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SIWZ” znalazły się wskazania, że w przypadku korzystania

z potencjału technicznego pozostałych podmiotów (pkt 8.2. SIWZ) wykonawca zobowiązany jest do udowodnienia dysponowania tymi zasobami. Natomiast w pkt 8.2a wskazano dokumenty jakich żąda Zamawiający tj.:

- zakresu dostępnych wykonawcy innego podmiotu,
- sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu przez wykonawcę, przy wykonaniu zamówienia,
- charakteru stosunku, jaki łączył będzie wykonawcę z innym podmiotem,
- zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonaniu zamówienia. Tym samym Zamawiający wskazał, jakie dokumentami należy udowodnić dysponowanie zasobami. Podkreślił, że dla dokonania wstępnej oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu niezbędne jest ustalenie, w jakim zakresie wykonawca wykazuje spełnianie warunków samodzielnie, a w jakim korzysta z potencjału podmiotu trzeciego i jaki zakres tego potencjału został wykonawcy udzielony, do ustalenia czego niezbędny jest wskazany dokument.

Zamawiający w dniu 03.10.2016 r. (e-mailem) wraz kopią odwołania, w trybie art. 185 ust.1 Pzp, wezwał uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 06.10.2016 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) A.M. Usługi Transportowo - Budowlane przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

W dniu 17.10.2016 r. (faxem) Zamawiający wobec wniesienia odwołania do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie w całości odwołania. Kopia została przekazana Odwołującemu oraz Przystępującemu. Przystępujący wraz z ofertą złożył odpis z centralnej ewidencji i informacji o działalności gospodarczej Przystępującego bez daty wystawienia dokumentu. W związku

9

z tym na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp Zamawiający pismem datowanym 20.07.2016 r. zwrócił się do Przystępującego z wezwaniem do uzupełnień dokumentu, o którym mowa w pkt 8.3.2 IDW, tj. aktualny odpis z centralnej ewidencji i informacji o działalności gospodarczej, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do ewidencji, w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 2 Pzp, wystawiony nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert. W wyznaczonym terminie Przystępujący przedłożył aktualny odpis z centralnej ewidencji i informacji o działalności gospodarczej poświadczony za zgodność z oryginałem przez właściciela firmy wygenerowany ze strony: <http://prod.ceidg.gov.pl> stan na 2016-02-14. Zamawiający pismem datowanym 31.08.2016 r. działając na podstawie § 7 ust. 3 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, zażądał przedstawienia oryginału lub notarialnie poświadczonej kopii aktualnego odpisu z centralnej ewidencji i informacji o działalności gospodarczej z 14.02.2016 r. przekazanego Zamawiającemu przy piśmie datowanym 22.07.2016 r. Przystępujący przedłożył Zamawiającemu w dniu 06.09.2016 r. oryginał ww. dokumentu. Dla Zamawiającego przedłożony przez Przystępującego przy piśmie 06.09.2016 r. dokument nie budził wątpliwości. Dokument ten zawierał wszystkie dane które zawiera standardowy wypis z ewidencji i wprost wskazywał datę wygenerowania, tj. 14.02.2016 r., a więc wystawiony nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert (tj. 07.06.2016 r.). Nie zgodził się z Odwołującym, że Przystępujący nie przedłożył aktualnego odpisu z centralnej ewidencji i informacji o działalności gospodarczej potwierdzającego spełnianie warunków udziału w postępowaniu nie później niż w dniu, w który upłynął termin składania ofert.

Zupełnie niezrozumiałe dla Zamawiającego jest wskazanie przez Odwołującego, iż na wezwanie Zamawiającego do uzupełnienia Przystępujący powinien przedłożyć dokument z datą wygenerowania wcześniejszą, a co najmniej późniejszą niż dzień składania oferty. Takie twierdzenie jest nieprawdziwe. Należy wskazać, iż pobierając plik ze strony: <http://prod.ceidg.gov.pl> dana osoba może zapisać go na komputerze na którym ściąga dany odpis. Odpis taki nie musi być od razu wydrukowany, ale można go zapisać na komputerze (lub innym nośniku elektronicznym). Oznacza to, iż drukując każdego kolejnego dnia, zapisany uprzednio plik z odpisem, będzie drukowany plik z datą wygenerowania tj. z datą

w której plik został ściągnięty z ww. strony internetowej, a nie z datą wydrukowania. Tak więc nawet w dniu 06.09.2016 r. Przystępujący mógł przedłożyć Zamawiającemu oryginał aktualnego odpisu z centralnej ewidencji i informacji o działalności gospodarczej sprzed tej daty. Nie ma zatem znaczenia okoliczność, że wydruk z CEIDG jest dokonywany w czasie rzeczywistym. Jak wskazano powyżej nie uniemożliwia to zapisania tego pliku i jego zarchiwizowania przez wykonawcę.

10

Przystępujący nie miał obowiązku do przedłożenia wraz z odpisem historii wpisu bowiem przedłożył dokument wygenerowany sprzed upływu terminu na składanie ofert. Taką historię wpisu należałoby dołączyć do odpisu z centralnej ewidencji i informacji o działalności gospodarczej, w sytuacji gdyby odpis ten był wygenerowany po dacie terminu na składanie ofert - bowiem tylko w ten sposób wykonawca w takiej sytuacji mógłby wykazać spełnienie warunku udziału na dzień sprzed terminu składania ofert. Niemniej sytuacja taka nie ma miejsca w niniejszej sprawie, bowiem na wezwanie Zamawiającego do uzupełnień Przystępujący przedłożył dokument wygenerowany przed terminem składania ofert, a więc potwierdzał spełnianie przez Przystępującego warunków udziału w postępowaniu nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert.

Istotne jest, w jakim celu Zamawiający żąda przedłożenia aktualnego odpisu z centralnej ewidencji i informacji o działalności gospodarczej przez wykonawców - Zamawiający żąda powyższego w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcy w okolicznościach, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 2 Pzp, tj. z powodu otwarcia jego likwidacji lub ogłoszenia jego upadłości.

Bezpodstawny w związku z powyższym jest zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp. Zamawiający pismem datowanym 22.07.2016 r. wezwał Przystępującego do uzupełnienia dokumentu, tak więc o naruszeniu przedmiotowego przepisu przez Zamawiającego nie może być mowy. Zupełnie niezrozumiałe jest dla czego Odwołujący twierdzi, iż Przystępujący powinien przedłożyć zaświadczenie z centralnej ewidencji i informacji o działalności gospodarczej oznaczone datą jego wygenerowania na dzień składania ofert. Zgodnie z przepisami w wyniku uzupełnienia na wezwanie Zamawiającego dokument ten powinien potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert (art. 26 ust. 3 Pzp).

Zamawiający zobowiązany jest do wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, a ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje za odrzuconą, zgodnie z art. 24 ust. 4 Pzp. W przedmiotowej sprawie Przystępujący wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu, tj. nie została w stosunku do niego ogłoszona upadłość, co potwierdził przedłożonym odpisem z centralnej ewidencji i informacji o działalności gospodarczej wygenerowanym ze stanem na dzień 14.02.2016 r. Należy przy tym wskazać, iż Zamawiający pismem do Wykonawcy datowanym 29.09.2016 r. odniósł się do twierdzeń Odwołującego z jego pisma datowanego 28.09.2016 r. (załączone do odwołania). Zamawiający w pełni potwierdza wskazane w swoim piśmie twierdzenia w odniesieniu do niniejszego odwołania. Powyższe potwierdza wyrok KIO z 09.03.2016 r., sygn. akt: KIO 260/16. W związku z powyższym Zamawiający nie naruszył także art. 91 ust 1 i 2 Pzp. W przedmiotowym zadaniu została wybrana oferta najkorzystniejsza na podstawie kryteriów

11

oceny ofert określonych w SIWZ. Niezrozumiałe jest co zdaniem Odwołującego naruszył Zamawiający, jeśli Odwołujący zarzuca mu naruszenie art. 91 ust. 2 Pzp, odnoszący się do kryteriów oceny ofert, którymi w przedmiotowym postępowaniu była cena i termin płatności faktury.

Przedsiębiorstwo Wielobranżowe A.P. w formularzu 3.3 Potencjał techniczny na str. 3 tego formularza w tabeli w kolumnie: Podstawa dysponowania wskazał „wynajem”. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem wynajem jest dysponowaniem bezpośrednim, a więc Zamawiający nie miał podstaw do żądania wyjaśnień od Przedsiębiorstwo Wielobranżowe A.P.. W związku z faktem wskazania najmu jako podstawy dysponowania, zgodnie z art. 22 ust. 1 pkt 3 Pzp, spełnił warunek „*dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym (...)*”. Potwierdza to orzecznictwo KIO, m.in. wyrok KIO z 24.10.2014 r., sygn. akt: KIO 2086/14: „*Dysponowanie urządzeniem na innej podstawie niż prawo własności, tj. w tym*

wypadku najem, jest uprawnione i brak jest podstaw do utożsamienia tego dysponowania z korzystaniem z potencjału innego podmiotu na podstawie art. 26 ust. 2bp.z.p.". Tym samym umowa najmu jest wystarczającym tytułem do dysponowania i wobec istnienia bezpośredniego uprawnienia Przedsiębiorstwo Wielobranżowe A.P. do dysponowania nośnikiem Przedsiębiorstwo Wielobranżowe A.P. brak jest podstaw do uznania, iż rzecz ta stanowi potencjał innego podmiotu w rozumieniu art. 26 ust. 2b Pzp. Wykonawcy nie będąc właścicielami danej rzeczy dysponują daną rzeczą np. jako użytkownicy, najemcy, dzierżawcy, czy leasingobiorcy. Istnienie takiego stosunku zobowiązaniowego (w przedmiotowej sprawie „najmu”), który uprawnia wykonawcę do władania rzeczą, korzystania z niej w sposób zgodny z jej przeznaczeniem, używania jej, jest wystarczające do uznania, że dysponuje nią w rozumieniu Pzp i nie będzie to wówczas dysponowanie potencjałem podmiotu trzeciego. Pojęcie dysponowania potencjałem własnym nie może być ograniczone jedynie do przypadku, w którym wykonawcy przysługuje prawo własności. W przedmiotowej sytuacji nie ma podstaw ani do odrzucenia oferty, ani do wzywania Wykonawcy do złożenia wyjaśnień, a dysponowanie nośnikiem na podstawie najmu jest wystarczające dla uznania, że Wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu. Zgodnie z art. 22 ust. 1 pkt 3 Pzp, o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki, dotyczące dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym. Na podstawie rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. poz. 231) zwane dalej: „rozporządzeniem”, Zamawiający na potwierdzenie spełniania przez Wykonawcę warunku udziału w postępowaniu może żądać wykazu narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych dostępnych Wykonawcy wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi zasobami. Przedsiębiorstwo Wielobranżowe A.P. złożyło powyższe

12

wskazując odpowiednią podstawę dysponowania. Zauważył, że ani przepisy Pzp, ani ww. rozporządzenie nie nakazują Wykonawcy posiadać na własność zasobów niezbędnych do realizacji zamówienia.

Na marginesie zauważył, iż sam Odwołujący w formularzu 3.3. Potencjał Techniczny na str. 4 w kolumnie: Podstawa dysponowania, w poz. 2, 3 oraz 5 także wskazuje „najem”, dodatkowo wręcz wskazując na bezpośrednie dysponowanie w związku z tym, jednocześnie nie przedkładając żadnych dodatkowych dokumentów w tym zakresie.

Przedsiębiorstwo Wielobranżowe A.P. dostatecznie zatem wykazało, iż dysponuje wymaganym przez Zamawiającego potencjałem technicznym i jednocześnie potwierdził zgodnie z postanowieniami SIWZ spełnianie warunków udziału w postępowaniu, tak więc zarzut naruszenia art. 26 ust. 2b, 89 ust. 1 pkt 2 jest bezpodstawny, a związku z tym także zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 i 2 Pzp jest niezasadny. W przedmiotowym zadaniu została wybrana oferta najkorzystniejsza na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ. Niezrozumiałe jest co zdaniem Odwołującego naruszył Zamawiający, jeśli Odwołujący zarzuca mu naruszenie art. 91 ust. 2 Pzp, odnoszący się do kryteriów oceny ofert, którymi w przedmiotowym postępowaniu była cena i termin płatności faktury.

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 22a ust. 2 Pzp jest zupełnie chybiony, bowiem przepis ten wszedł w życie dopiero z dniem 28.07.2016 r., a zgodnie z art. 16 ust. 1 ustawy z dnia 22.06.2016 roku o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r., poz. 1020) (ustawa zmieniająca) „do postępowań o udzielenie zamówienia publicznego wszczętych i niezakończonych przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy [ustawy zmieniającej] oraz do odwołań i skarg do sądu dotyczących tych postępowań stosuje się przepisy dotychczasowe.”.

Odwołujący zarzucił czynnościom Zamawiającego zarówno w zakresie zadania nr 9 jak i nr 13 naruszenie art. 7 Pzp (...). Zamawiający wskazał, iż Odwołujący podniósł w odwołaniu samodzielny zarzut naruszenia przepisu art. 7 Pzp, który stanowi (w brzmieniu sprzed nowelizacji), iż Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Zauważył, iż w orzecznictwie podnosi się, że samodzielny zarzut naruszenia przepisu art. 7 Pzp ma zbyt ogólny charakter (wyrok KIO z 21.09.2012r., sygn. akt: KIO 1918/12 oraz wyrok KIO z 18.06.2012r., sygn. akt: KIO 1133/12) i jako taki nie zasługuje na uwzględnienie. Samo powoływanie się na naruszenie ogólnych zasad wynikających z przepisu art. 7 Pzp, sprawia, iż nie można mówić

o skutecznie postawionym zarzucie. Koniecznym jest zatem podnoszenie przez Odwołującego zarzutu naruszenia konkretnego przepisu Pzp w związku z przepisem art. 7 Pzp, przy czym niezbędnym elementem jest także uzasadnienie zarzutu, czyli dokładne i precyzyjne wykazanie okoliczności na jego poparcie. Naruszenie przepisu art. 7 Pzp nie

13

ma charakter samodzielnego zarzutu, naruszenie zasady ujętej w ww. przepisie ma charakter pomocniczy, „wspierający” i winno być podnoszone jedynie jako uzupełnienie zarzutu naruszenia konkretnych przepisów Pzp. Zasada uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców ma bowiem ogólny charakter i konkretyzuje się dopiero w pozostałych przepisach Pzp, które to przepisy cechuje większy stopień szczegółowości i które - dzięki temu - gwarantują niefaworyzowanie żadnego z podmiotów ubiegających się o udzielenie zamówienia. Stąd też postawienie zarzutu naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców nie powinno stanowić samodzielnego, odrębnego stwierdzenia, z czym mamy do czynienia w niniejszej sprawie, ale zawsze powinno być wykazywane pomocniczo, jako konsekwencja naruszenia innego przepisu Pzp.

Podobne stanowisko wyrażono w niniejszym wyroku KIO o sygn. akt: KIO 352/15: *„Zasady z art. 7 ust. 1 ustawy (Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców) stanowią generalną regulację a skuteczny zarzut naruszenia tego artykułu może być podniesiony skutecznie w sytuacji wykazania naruszenia przepisu szczególnego ustawy przez czynność lub zaniechanie Zamawiającego”.*

Samo powołanie się na naruszenie jedynie przepisu art. 7 ust. 1 Pzp jest zarzutem zbyt ogólnym, niezasługującym na uwzględnienie, tym bardziej, iż Odwołujący w uzasadnieniu odwołania w żaden sposób nie rozwinął twierdzenia o rzekomym naruszeniu ww. przepisu. Nie zaistniała sytuacja, w której Zamawiający w takich samych okolicznościach faktycznych doszedłby do odmiennych wniosków - jednocześnie z różnym skutkiem dla poszczególnych uczestników. Co więcej, gdyby Zamawiający wykluczył z postępowania odpowiednio Przystępującego i Przedsiębiorstwo Wielobranżowe A.P., potraktowałby wykonawców w sposób nierówny, gdyż Przystępujący potwierdził spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a oferta Przedsiębiorstwa Wielobranżowego A.P. była zgodna z SIWZ.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz Przystępującego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp. Odwołujący, którego oferta uplasowała się na drugiej pozycji w rankingu złożonych ofert dla zadania 9 i 13, w wypadku potwierdzenia zarzutów szanse na uzyskanie zamówienia.

14

Skład orzekający Izby działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie dowody z: dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, jak i z przedłożonych przez Zamawiającego na czas wydania orzeczenia oryginalnych: oferty Przystępującego dotyczy zadania 9, wezwania do uzupełnienia z 20.07.2016 r. w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, uzupełnienia, tj. pisma z datą 22.07.2016 r. dokonanego przez Przystępującego (początkowo e-mailem 25 i 26.07.2016 r., a 27.07.2016 r. – wpływ bezpośredni) wraz z kopią aktualnego odpisu CEIDG z wygenerowaną datą 14.02.2016 r. potwierdzoną za zgodność z oryginałem z dniem 28.05.2016 r., wezwania z 31.08.2016 r. w trybie § 7 ust. 3 Rozporządzenia z 2013 r., odpowiedzi – początkowo przesłanej e-mailem 05.09.2016 r. – skan /pdf/: aktualnego odpisu z CEIDG, ostatecznie przedłożonej – 06.09.2016 r. wpływ bezpośredni – oryginalnego wydruku aktualnego odpisu z CEIDG wygenerowanego z datą 14.02.2016 r. Izba zaliczyła także jako dowód z: dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy

w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem – postanowienia SIWZ, ofertę Przedsiębiorstwa Wielobranżowego A.P. dla zadania 13 /także wydruk jego odpisu z CEDIG załączony do oferty/, a zwłaszcza formularz 3.3 oraz informację o wyborze oferty najkorzystniejszej dla zadania 9 (z 22.09.2016 r.) oraz dla zadania 13 (z 23.09.2016 r.). Izba także do dowodów zaliczyła załączniki do odwołania: takie jak pisma z 28.09.2016 r. oraz 29.09.2016r. Odwołującego skierowane do Zamawiającego wraz fotokopią odpisu z CEDIG Przystępującego Usługi - Transportowo Budowlane A.M. wygenerowanego ze strony: <http://prod.ceidg.gov.pl> stan na 2016-02-14 /do pisma z 28.09.2016 r. załączono także wydruk odpisu z CEDIG Przystępującego Usługi - Transportowo Budowlane A.M. wygenerowany ze strony: <http://prod.ceidg.gov.pl> stan na 2016-09-28 – Izba także zalicza go do dowodów/, pisma Zamawiającego z 29.09.2016 r. oraz z 30.09.2016 r. będące odpowiedziami na wskazane wyżej pisma Odwołującego, jak i w celach porównawczych odpis z CEDIG Odwołującego oraz odpis z CEDIG pełnomocnika Odwołującego dołączone do odwołania.

Dodatkowo Izba, jako dowód w sprawie zaliczyła przedłożony przez Odwołującego na rozprawie wydruk odpisu z CEDIG firmy Przystępującego z wygenerowaną datą 17.10.2016 r. Podobnie, Izba zaliczyła w poczet dowodów – wydruki odzwierciedlające stan wpisu historycznego z CEDIG firmy Przystępującego po zmianach z 13.12.2011 r. oraz po zmianach z 23.07.2012 r. złożone na rozprawie przez Przystępującego. Nadto, w poczet dowodów zaliczono odpowiedź udzieloną na pytanie Zamawiającego przez Centrum Pomocy Przedsiębiorcy przy CEDIG – Zespół punktu kontaktowego Ministerstwa Rozwoju (wydruk korespondencji - e-maila z 14.09.2016 r.) – złożoną na rozprawie przez Zamawiającego.

15

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także odwołanie, przystąpienie, odpowiedź na odwołanie, stanowiska i oświadczenia stron oraz Przystępującego złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania oraz podtrzymanych na posiedzeniu i rozprawie zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie przedmiotowego odwołania:

W tym zakresie, Izba przywołuje treść postanowień SIWZ, odnośnie zadania 13 - w szczególności pkt 8.2, 8.2 a i 8.2 b, jak i treść uwag i przypisów znajdujących się pod tabelą w Formularzu 3.3. Potencjał Techniczny, a także treść oferty Przedsiębiorstwa Wielobranżowego A.P.. Odnośnie zadania 9 – Izba przywołuje stan faktyczny przedstawiony w odwołaniu oraz w odpowiedzi na odwołanie (w tym ostatnim wypadku na str. 4). Stosowny dokument był wymagany zgodnie w postanowieniach SIWZ – pkt 8.3.2 Instrukcji dla Wykonawców zwanej dalej: „IDW”. Wobec nie przedłożenia w ofercie stosownego dokumentu z wygenerowaną datą Zamawiający wezwał w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia, a następnie po uzupełnieniu przez Przystępującego w trybie § 7 ust. 3 Rozporządzenia z 2013 r. zażądał przedstawienia oryginału, co ostatecznie nastąpiło 06.09.2016 r. Izba także potwierdza, że między Odwołującym, a Zamawiającym miała miejsce wymiana korespondencji w zakresie kwestii objętych zarzutami odnośnie oceny dokumentu – odpisu z CEDIG Przystępującego zgodnie z stanem przedstawionym w odwołaniu.

Uznając, że spór nie dotyczy sytuacji faktycznych, ale oceny prawnej opisanych czynności Zamawiającego oraz uzyskanych w wyniku wezwania dokumentów – odpisu CEDIG Przystępującego dotyczy zadania 9, jak ich oceny przez Zamawiającego. Podobnie w zakresie zadania 13 i oceny oferty – formularza 3.3 Potencjał Techniczny w ofercie Przedsiębiorstwa Wielobranżowego A.P.. Odnosząc się do poszczególnych zagadnień w ramach rozpatrywania poszczególnych zarzutów.

Biorąc pod uwagę ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.1 Pzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową, po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału (art. 190 ust. 7 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

Odnośnie pierwszego zarzutu naruszenia przez Zamawiającego:

- art. 91 ust. 1 i 2 Pzp poprzez niezgodny z ustawą wybór wykonawcy Usługi -Transportowo

16

Budowlane A.M., podczas gdy obowiązany był wykluczyć wykonawcę, który nie przedłożył zaświadczenia z Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej oznaczonego datą jego wygenerowania na dzień składania ofert i tym samym nie potwierdził braku podstaw do wykluczenia,

- art. 24 ust. 4 Pzp w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp poprzez zaniechanie uznania za odrzuconą oferty Wykonawcy Usługi - Transportowo Budowlane A.M. podlegającego wykluczeniu z postępowania, z powodu nie potwierdzenia przez tego Wykonawcę w sposób właściwy, że nie podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu, podczas gdy A.M. nie przedłożył w ofercie zaświadczenia z Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej oznaczonego datą jego wygenerowania na określony dzień, a przynajmniej prawdziwość dokumentu jest wątpliwa i tym samym nie potwierdził braku podstaw do wykluczenia,
- art. 7 Pzp poprzez wybór oferty wykonawcy Usługi -Transportowo Budowlane A.M., podczas gdy powinien zostać wykluczony z postępowania, a w konsekwencji jego oferta powinna zostać odrzucona co narusza jedną z najważniejszych zasad tj. konkurencji i równego traktowania wykonawców,
- art. 26 ust.3 Pzp poprzez przyjęcie, że wykonawca A.M. prawidłowo wykonał żądanie Zamawiającego przekazując dokument wygenerowany z datą 14.02.2016 r. i poświadczony za oryginałem na dzień składania oferty podczas gdy prawidłowo uzupełniony dokument powinien mieć datę wygenerowania wrześnieową, a co najmniej późniejszą niż dzień składania oferty, a ponadto brak jest w dolnym prawym informacji roku daty i godziny wygenerowania

Z uwagi na charakter zarzutów Izba odniesie się do nich łącznie, w konsekwencji oddalając wszystkie zarzuty.

W zakresie przedmiotowych zarzutów Izba wskazuje na następujące okoliczności.

W pierwszej kolejności należy podnieść, że zarzuty de facto dotyczą nie wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu po uprzednim wezwaniu do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Dotyczy to – aktualnego odpisu z właściwego rejestru, w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia w oparciu o art. 24 ust.1 pkt 2 Pzp, wystawiony nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składnia ofert (pkt 8.3.2 IDW), w tym stanie faktycznym aktualnego odpisu z CEDIG Przystępującego. Nie zostały one sformułowane, jako odnoszące się do złożenia nieprawdziwej informacji, choć Odwołujący kwestionował przedłożoną w wyniku uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 Pzp - kopię aktualnego odpisu z CEIDG Przystępującego z wygenerowaną datą 14.02.2016 r. potwierdzoną za zgodność z oryginałem z dniem 28.05.2016 r. także w kontekście jego prawdziwości.

17

Generalnie Odwołujący kwestionował przedłożony w wyniku uzupełnienia aktualny odpis z CEDIG Przystępującego wygenerowany ze strony: <http://prod.ceidg.gov.pl> stan na 2016-02-14, a potwierdzony za zgodność z oryginałem z dniem 28.05.2016 r. Podtrzymał swoje zastrzeżenia także w kontekście dostarczonego przez Przystępującego w trybie § 7 ust. 3 Rozporządzenia z 2013 r. oryginalnego wydruku odpisu z CEDIG Przystępującego wygenerowanego ze strony: <http://prod.ceidg.gov.pl> stan na 2016-02-14. W tym kontekście wskazywał na brak powtórzenia w prawym „dolnym rogu” daty wygenerowania i godziny, pewnego rodzaju „ucięciu” w pouczeniu – „*Niniejszy wydruk jest zgodny z art. 38 (...)*” – we fragmencie: „*(...) i ma moc zaświadczenia o wpisie (...)*” oraz „*(...) Organy (...)*”, kwestionował sam układ dokumentu (marginesy) /w piśmie z 28.09.2016 r. – załączniku do odwołania/, jak i nadzwyczajny odstęp pomiędzy pouczeniem dotyczącym art. 38 a wiersze, „*Wygenerowano ze strony (...)*”.

Izba nie uznała powyższych zastrzeżeń, jako wystarczającej podstawy do zakwestionowania prawidłowości przedłożonego dokumentu - wydruku odpisu z CEDIG Przystępującego wygenerowanego ze strony: <http://prod.ceidg.gov.pl> stan na 2016-02-14. W tym zakresie, konieczne jest wskazanie, że po pierwsze możliwość wydruku w różnej postaci w zależności od użytej drukarki jest możliwa, co potwierdza chociażby - odpis z CEIDG Odwołującego oraz odpis z CEIDG pełnomocnika Odwołującego załączone do odwołania. Może być tak że układ graficzny, zawierający kluczowe informacje dotyczące przedsiębiorcy np. kwestii dotyczących ogłoszenia upadłości, postępowania likwidacyjnego,

czy też braków wpisów, albo pełnomocników przedsiębiorcy mieszczą się tylko na pierwszej stronie, albo na pierwszej i drugiej stronie. Niewątpliwie może być tak że wydruk z CEDIG Przystępującego raz może mieścić się na jednej stronie (wygenerowany z datą 14.02.2016 r.), raz na dwóch stronach (inne przedkładane przez Odwołującego w toku postępowania oraz na rozprawie - wygenerowany z datą 28.09.2016 r. lub też z datą 17.10.2016 r.). Brak jest wystarczających przesłanek oraz dowodów, aby tą okoliczność kwestionować. Odnośnie nadzwyczajnego odstępu pomiędzy pouczeniem dotyczącym art. 38 a wierszem, „Wygenerowano ze strony (...)”. Jest on spotykany na niektórych wydrukach, chociażby na wydruku odpisu z CEDIG Przystępującego złożonym na rozprawie przez Odwołującego z wygenerowaną datą 17.10.2016 r. Mają miejsce także takie wydruki, gdzie pouczenie odnośnie art. 38 znajduje się w całości na drugiej stronie (wydruk odpisu CEDIG Przedsiębiorstwa Wielobranżowego A.P. z jego oferty dla zadania 13), tudzież wszystkie pouczenia są na drugiej stronie (odpis z CEDIG pełnomocnika Odwołującego załączony do odwołania) i takie gdzie na drugiej stronie znajduje się jedynie – jedno ostatnie słowo – z pouczenia dotyczącego art. 38 (wydruk z CEDIG Przystępującego wygenerowany z datą 17.10.2016 r. złożony na rozprawie przez Odwołującego, jak i wydruk z CEDIG Przystępującego wygenerowany z datą 28.09.2016 r. załączony do pisma Odwołującego

18

z 28.09.2016 r.). Odnośnie przywołanych powyżej tzw. „ucięć” w pouczeniu mogą być one wynikiem wadliwości wydruku, tym bardziej, że częstym zjawiskiem, są zwłaszcza przy uszkodzeniu tonera albo jego bliskim wyczerpaniu lub uszkodzeniu urządzenia drukującego – zaniki tekstu, zabrudzenia wydruku, plamy różnego rodzaju, co także ma miejsce w tym stanie faktycznym na oryginalnym wydruku odpisu z CEDIG Przystępującego wygenerowanego ze strony: <http://prod.ceidg.gov.pl> stan na 2016-02-14 /początkowo przesłanej e-mailem 05.09.2016 r. – skan (PDF): aktualnego odpisu z CEIDG, ostatecznie przedłożonej – 06.09.2016 r. wpływ bezpośredni/.

Odwołujący przedstawił jedynie na rozprawie wydruk odpisu z CEDIG Przystępującego wygenerowany ze strony: <http://prod.ceidg.gov.pl> stan na 2016-10-17. Nie przedstawił dowodu na okoliczność, że przedłożony przez Przystępującego wydruk z 14.02.2016 r. jest nieprawidłowy. Nie przedstawił żadnego dowodu, że schemat dokumentu oczekiwany przez Odwołującego jest jedynym prawidłowym, ani dowodu, że brak powtórzenia daty wygenerowania w prawym „dolnym rogu” i godziny (jak ma miejsce w przedmiotowym stanie faktycznym), czyni taki wydruk wadliwym i nieprawidłowym, przy jednoczesnym zachowaniu daty wygenerowania ze strony: <http://prod.ceidg.gov.pl> w lewym „dolnym rogu”. W sytuacji, gdy data tak w lewym, jak i prawym „dolnym rogu” są zawsze identyczne. Ewentualne wątpliwości z tym związane ostatecznie zostały rozwiązane, w ocenie Izby, przez złożoną przez Zamawiającego informację z Centrum Pomocy Przedsiębiorcy odpowiedzialnego za udzielanie odpowiedzi na pytania w zakresie CEDIG (korespondencja e-mailowa z 14.10.2016 r.) będącej stanowiskiem Zespołu Punktu Kontaktowego Ministerstwa Rozwoju. W ocenie Izby, zadane przez Zamawiającego pytanie, nie miało charakteru sugerującego, a poprzez wskazanie w pytaniu: „strona 1 z 1” jednoznacznie określił co jest, a czego nie ma w prawym „dolnym rogu”. W konsekwencji wskazanego powyżej stanowisko Zespołu Punktu Kontaktowego Ministerstwa Rozwoju, Izba uznaje za rozstrzygające, tym bardziej, że Odwołujący nie złożył ani nie zawnioskował o przeprowadzenia żadnego innego dowodu, a ciężar dowodu spoczywał po jego stronie.

Ciężar dowodu, zgodnie z art. 6 k.c. spoczywa na osobie, która z danego faktu wywodzi skutki prawne, a Odwołujący w opinii Izby temu nie sprostał. Przypomnienia wymaga, analogicznie jak to jest w procesie cywilnym, iż ów ciężar dowodu rozumieć należy z jednej strony jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania sądu (w tym przypadku Krajowej Izby Odwoławczej) dowodami o słuszności swoich twierdzeń, a z drugiej konsekwencjami poniesienia realizacji tego obowiązku, lub jego nieskuteczności, zaś tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik postępowania (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK 293/07). Należy przypomnieć, że postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą toczy się z uwzględnieniem zasad kontrydiktoryjności, zatem to strony obowiązane są przedstawiać dowody a Krajowa Izba

19

(wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK 293/07, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 grudnia 1997 r., sygn. akt II UKN 406/97, wyrok Sądu Apelacyjnego z dnia 27 maja 2008 r., sygn. akt V ACa 175/08).

W konsekwencji Izba uznała, za prawidłowy dokument uzupełniony w wyniku wezwania w trybie art. 26 ust.3 Pzp przez Przystępującego. Przystępujący przedłożył także na rozprawie wydruki odzwierciedlające stan wpisu historycznego z CEIDG firmy Przystępującego po zmianach z 13.12.2011 r. oraz po zmianach z 23.07.2012 r., co potwierdza dodatkowo brak podstaw do wykluczenia Przystępującego w oparciu o art. 24 ust.1 pkt 2 Pzp, a taki cel był żądania dokumentu rejestrowego.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnosnie zarzutów dotyczących zadania 13 i naruszenia przez Zamawiającego:

- art. 91 ust. 1 i 2 Pzp poprzez niezgodny z ustawą wybór wykonawcy Przedsiębiorstwa Wielobranżowego A.P., podczas gdy oferta wykonawcy powinna zostać odrzucona jako nie spełniająca warunków, skoro nie przedstawiła zobowiązania podmiotu do udostępnienia zasób, a jedynie wskazała lakonicznie podstawę dysponowania: „wynajm”, ani nie wskazała aby miała korzystać z potencjału w świetle art. 26 ust. 2b,
- art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp poprzez wybór oferty nieodpowiadającej treści SIWZ zakresie podmiotu z którego potencjału lub zasobu wykonawca korzysta, podczas gdy taka oferta powinna zostać odrzucona jako niezgodna ze specyfikacją w zakresie wymagań stawianych w formularzu 3.3. potencjał techniczny- podstawa dysponowania,
- art. 22a ust. 2 Pzp poprzez nie przedłożenie zobowiązania, że wykonawca dysponuje lub będzie dysponował zasobem w postaci VOLVO FM wiek 10 lat o ładowności 12 ton przystosowany do pracy z solarką OZAMET OZ-PT6-S oraz przystosowany z pługiem jednostronnym dwulemieszowym OZ-MBR 32, podczas gdy wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów, musi udowodnić zamawiającemu, że realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów, w szczególności przedstawiając zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia, ewentualnie;
- art. 26 ust. 2b Pzp poprzez nie przedłożenie żadnego dokumentu z którego wynika, że wykonawca dysponuje lub będzie dysponował potencjałem technicznym w postaci VOLVO FM wiek 10 lat o ładowności 12 ton przystosowany do pracy z solarką OZAMET OZ-PT6-S oraz przystosowany z pługiem jednostronnym dwulemieszowym OZ-MBR 32, podczas gdy Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował tymi zasobami w trakcie realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając

20

w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia;

- art. 7 Pzp poprzez wybór oferty wykonawcy Przedsiębiorstwa Wielobranżowego A.P., podczas gdy jego oferta powinna zostać odrzucona jako nie odpowiadająca treści SIWZ, co narusza jedną z najważniejszych zasad, tj. konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Z uwagi na charakter zarzutów Izba odniesie się do nich łącznie, w konsekwencji oddalając wszystkie zarzuty.

W zakresie przedmiotowych zarzutów Izba wskazuje na następujące okoliczności.

Należy w pełni podzielić stanowisko Zamawiającego przedstawione w odpowiedzi na odwołanie. Niewątpliwie bowiem „wynajem” jest dysponowaniem bezpośrednim, a w konsekwencji brak było podstaw do żądania jakiegokolwiek dodatkowego dokumentu na takiego Izba uznaje za trafne przez potwierdzenie dysponowania. przytoczone Zamawiającego orzecznictwo, dodatkowo wskazując na wyrok KIO z 09.10.2010 r., sygn. akt: KIO 2558/10: „(...) art. 26 ust. 2b Pzp znajduje zastosowanie do przypadków, gdy wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia powołuje się na zasoby - osoby zdolne do wykonania zamówienia, czy też rzeczy należące do innych podmiotów, tj. podmiotów, które dysponują takimi osobami, czy też rzeczami. W takim przypadku mamy do czynienia z dysponowaniem przez wykonawcę osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, czy też rzeczami w sposób pośredni (dysponowanie pośrednie). Inaczej mówiąc będziemy mieli do czynienia z sytuacją odpowiadającą instytucji dzierżenia z art. 338 Kc, czyli faktycznego władania za kogoś innego. A contrario należy uznać, iż art. 26 ust. 2 b Pzp nie znajduje

zastosowania do przypadków, gdy to sam wykonawca dysponuje takimi osobami, czy też rzeczami (dysponowanie bezpośrednie). Inaczej mówiąc będziemy mieli do czynienia z sytuacją odpowiadającą instytucji posiadacza samoistnego i zależnego z art. 336 kc, czyli posiadaniem zarówno jako właściciel – faktyczne władanie w tym charakterze (posiadacz samoistny), jak i jako użytkownik, zastawnik, najemca, dzierżawca lub mający inne prawo, z którym łączy się określone władztwo nad cudzą rzeczą (posiadacz zależny). Corpus - czyli faktyczne władztwo nad rzeczą, oraz animus - wola władania rzeczą dla siebie. A zatem posiadaczem będzie nie tylko właściciel danej rzeczy, ale także Wykonawca któremu przysługuje prawo władania rzeczą np. prawo najmu. W tym miejscu należy wskazać również, iż w myśl postanowienia art. 22 ust. 1 pkt 3 Pzp mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, przy czym Pzp nie zastrzega formy prawnej owego dysponowania. (...).

Należy zauważyć, że w ramach formularza 3.3 Potencjał Techniczny – pod tabelą na

21

str. 3 – „Uwaga” – znajdowało się wyraźne zastrzeżenie: „W przypadku, gdy Wykonawca - wykazując spełnianie warunku polega na potencjale technicznym innych podmiotów, na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, - zobowiązany jest udowodnić, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania do dyspozycji Wykonawcy niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia oraz dokumenty, o których mowa w pkt 8.2. a, i w pkt 8.2.b IDW.”. W konsekwencji należało przedstawić stosowny dodatkowy dokument jedynie w trybie art. 26 ust. 2 b Pzp. Jednocześnie, znajdowało się w tym samym miejscu w przypisie po dwóch gwiazdkach, które były umiejscowione w tabeli po podstawie dysponowania - stwierdzenie: „Należy wskazać czy Wykonawca dysponuje podanym potencjałem technicznym bezpośrednio czy polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust 2b ustawy Pzp”. Jasno więc wynika, że w razie dysponowania bezpośredniego – a takie jak przywołano powyżej miało miejsce – nie było konieczności przedkładania dodatkowego dokumentu potwierdzającego wynajem, czy też zobowiązania w trybie art. 26 ust.2 b Pzp, gdyż te ostatnie w tym stanie faktycznym nie zaistniały.

Izba dodatkowo wskazuje, że także Odwołujący podobnie zrozumiał wskazane postanowienia SIWZ, gdyż także w przedstawionym z jego strony – w ofercie - formularzu 3.3. wskazano jako podstawę dysponowania kilka pozycji odnoszących się do najmu. Wykonawca z tego tytułu nie załączał żadnych dodatkowych dokumentów na potwierdzenie najmu. Izba podnosi, że Odwołujący nie kwestionował powyższej okoliczności podczas rozprawy, należy więc uznać, ją za przyznaną. Powyższe dodatkowo świadczy, że nie było naruszenia art. 7 Pzp.

Należy również dla porządku potwierdzić trafność Zamawiającego co do braku możliwości zastosowania – tj. formułowania zarzutu w oparciu o art. 22 a ust. 2 Pzp, z uwagi na okoliczność wskazaną w odpowiedzi na odwołanie. Ten bowiem przepis został wprowadzony ostatnią nowelizacją Pzp, a niniejsze postępowanie zostało jeszcze wszczęte według poprzednio obowiązujących przepisów Pzp.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 Pzp w zw. z § 3 pkt 1 lit. a i pkt 2 lit. b oraz § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu

22

odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238). Izba uznała wniosek Zamawiającego o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600,00 zł, tj. w maksymalnej kwocie dopuszczalnej przez w/w rozporządzenie (§ 3 pkt 2 lit. b w/w rozporządzenia).

Przewodniczący:

.....