

WYROK
z dnia 16 listopada 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Monika Szymanowska

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 listopada 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 października 2023 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego D.T. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą D.T. F.H.U. Dameks w Imielinie i A.P. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą AMP A.P. w Jaworznie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Gierałtowiec przy udziale wykonawcy P.K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Komunalnych Drogos P.K. w Pilchowicach przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego orzeka:

1. umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 128 ust. 4 p.z.p. w zw. z art. 16 pkt 1 - 3 p.z.p. poprzez zaniechanie skierowania do przystępującego wezwania do wyjaśnień podmiotowych środków dowodowych dotyczących spełnienia warunku udziału w postępowaniu z działu VIII pkt 2.4.2 lit. c SWZ,
2. w pozostałym zakresie oddala odwołanie,
3. kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego D.T. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą D.T. F.H.U. Dameks w Imielinie i A.P. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą AMP A.P. w Jaworznie i:
 - 3.1. zalicza na poczet kosztów kwotę 7 500,00 zł (siedem tysięcy pięćset złotych) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego D.T. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą D.T. F.H.U. Dameks w Imielinie i A.P. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą AMP A.P. w Jaworznie tytułem wpisu od odwołania,
 - 3.2. zasądza solidarnie od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego D.T. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą D.T. F.H.U. Dameks w Imielinie i A.P. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą AMP A.P. w Jaworznie na rzecz zamawiającego Gminy Gierałtowiec kwotę 4 522,00 zł (cztery tysiące pięćset dwadzieścia dwa złote) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

wyroku z dnia 16 listopada 2023 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 3216/23

Zamawiający – Gmina Gierałtowiec ul. Ks. Roboty 48, 44-186 Gierałtowiec, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Zimowe utrzymanie dróg, placów, chodników przy obiektach gminnych i przystanków w Gminie Gierałtowiec w sezonie 2023/2024”, o ogłoszeniu o zamówieniu publicznym opublikowanym w dniu 28 września 2023 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 2023/BZP 00418255/01, dalej zwane „postępowaniem”.

Postępowanie na usługi, o wartości poniżej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy z dnia 11 września 2019. Prawo zamówień publicznych ((Dz. U. z 2023 r. poz. 1605) dalej zwanej „p.z.p.”), jest prowadzone przez zamawiającego w trybie podstawowym.

W dniu 30 października 2023 r. odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego w postępowaniu wniosło konsorcjum D.T. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą F.H.U. Dameks D.T. ul. Kordeckiego 39 41-407 Imielin i A.P. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą AMP A.P. ul. Azot 8a/2 43-600 Jaworzno (dalej zwane „odwołującym”). We wniesionym środku zaskarżenia odwołujący postawił zamawiającemu zarzut naruszenia (pisownia oryginalna):

1. [zarzut główny] art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b, c) Pzp w zw. z art. 16 Pzp oraz art. 128 ust. 1) i 4) w zw. z art. 16 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy wybranego, pomimo tego, iż:
 - a) Wykonawca wybrany nie spełnia warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej i zawodowej określonych w SWZ, gdyż nie wykazał, iż dysponuje lub będzie dysponował i skieruje do realizacji zamówienia ciągnik rolniczy lub inny pojazd o podobnej dzielności terenowej wraz z pługiem odśnieżnym sterowanym z miejsca operatora, o mocy minimalnej 50 KW z napędem na wszystkie osie, do odśnieżania chodników o maksymalnej szerokości roboczej 140 cm,
 - b) ze złożonych w toku postępowania przez Wykonawcę wybranego dokumentów (w tym dokumentów uzupełnionych na wezwanie do uzupełnienia w trybie art. 128 ust. 1 oraz ust. 4 Pzp) wynika, że Wykonawca wybrany nie spełnia warunku udziału w postępowaniu i nie złożył, pomimo uzupełnienia dokumentów, w terminie podmiotowych środków dowodowych, potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej w zakresie warunku określonego w dziale VIII Warunki udziału w postępowaniu w pkt. 2.4.2. lit. b) SWZ,
2. [zarzut główny] art. 128 ust. 4 poprzez zaniechanie w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 oraz 3 Pzp przez zaniechanie skierowania

do Wykonawcy wybranego wezwania do złożenia wyjaśnień dotyczących złożonych podmiotowych środków dowodowych lub innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu w odniesieniu do potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu postawionego w dziale VIII Warunki udziału w postępowaniu w pkt. 2.4.2. lit. c) SWZ, podczas gdy ze złożonego przez Wykonawcę wybranego poprawionego wykazu sprzętu, złożonego przez Wykonawcę wybranego w dniu 25.10.2023 r., w dalszym ciągu nie wynika, czy którykolwiek z pojazdów wymienionych w wykazie spełnia w/w warunek w zakresie posiadania przez pojazd szerokości roboczej (prawo/lewo) minimum 320 cm,

3.art. 128 ust. 1) Pzp w zw. z art. 16 Pzp (zarzut ewentualny) - w razie nieuwzględnienia Zarzutu nr 1) dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty Wykonawcy wybranego - zaniechanie wezwania tego wykonawcy do poprawienia podmiotowych środków dowodowych, to jest dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganej zdolności technicznej i zawodowej, potwierdzającej spełnienie warunku udziału w postępowaniu określonego w dziale VIII Warunki udziału w postępowaniu w pkt. 2.4.2. lit. b) SWZ;

Odwolujący wniósł o nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy P.K. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Komunalnych Drogos P.K. w Pilchowicach (dalej zwanego także jako „wykonawca wybrany” lub „wykonawca Drogos”), przeprowadzenia ponownego badania i oceny złożonych ofert, odrzucenie oferty wybranego wykonawcy z przyczyn podanych w uzasadnieniu zarzutu 1; ewentualnie - w razie nieuwzględnienia zarzutu 1 odwołania - wezwania wykonawcy wybranego do uzupełnienia i wyjaśnienia podmiotowych środków dowodowych, dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej. Wniesiono także o przeprowadzenie dowodów z dokumentów wskazanych w treści odwołania, jak również dowodów, które zostaną złożone na rozprawie i obciążenie zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, zgodnie ze spisem kosztów, który zostanie złożony na rozprawie.

W uzasadnieniu środka zaskarżenia odwołujący wskazał co następuje. W postępowaniu wpłynęły dwie oferty – odwołującego i wykonawcy Drogos. Pismem z dnia 25 października 2023 r., zamawiający poinformował o wyborze oferty wykonawcy Drogos jako najkorzystniejszej w postępowaniu, która otrzymała 100 pkt, natomiast oferta odwołującego otrzymała 76,90 pkt. Uzasadniając wybór oferty najkorzystniejszej zamawiający wskazał m.in., iż oferta wykonawcy wybranego spełnia warunki SWZ. Wybór oferty wykonawcy Drogos został poprzedzony korespondencją wykonawcy z zamawiającym. W dniu 10.10.2023 r. zamawiający, na podstawie art. 274 ust. 1 p.z.p., wezwał wykonawcę do złożenia podmiotowych środków dowodowych. W odpowiedzi na wezwanie, w dniu 17.10.2023 r. wykonawca złożył zamawiającemu podmiotowe środki dowodowe, w tym m.in. załącznik nr 5a do SWZ zawierający wykaz sprzętu.

W dniu 17.10.2023 r. zamawiający, działając na podstawie art. 128 ust. 1 i 4 p.z.p., wezwał wykonawcę do wskazania, który pojazd spełnia warunek wskazany w pkt 2.4.2. SWZ (ciągnik rolniczy lub inny pojazd o podobnej dzielności terenowej z pługiem odśnieżnym sterowanym z miejsca operatora, o mocy minimalnej 50 kW (kilowatów), z napędem na wszystkie osie, do odśnieżania chodników o maksymalnej szerokości roboczej 140 cm – min. 1 szt.). W dniu 20.10.2023 r. wykonawca Drogos złożył wyjaśnienia, w których wskazał, iż w/w warunek spełnia pojazd ujęty w poz. 2 wykazu, tj. samochód specjalny Multicar M26 Champion, wykonawca wskazał, iż pojazd ten posiada pług i solarkę.

W dniu 23.10.2023 r. zamawiający ponownie, w trybie art. 128 ust. 1 i ust. 4 p.z.p., wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień, w zakresie potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 2.4.2. lit. d), tj. wskazania, który sprzęt jest przeznaczony do posypywania dróg min. 4 szt., tj. 1 szt. na sołectwo, oraz potwierdzenia, że pojazdy wymienione w tabeli 5a w poz. 1-8 są wyposażone w pługi odśnieżne. W odpowiedzi na w/w wezwanie, wykonawca Drogos nie złożył wyjaśnień, lecz przedłożył zamawiającemu poprawiony załącznik nr 5a do SWZ zawierający poprawiony wykaz sprzętu, co istotne w wykazie tym w poz. 2, Wykonawca wybrany wskazał ponownie samochód specjalny Multicar M26 Champion.

W zakresie uzasadnienia zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b, c) w zw. z art. 16 oraz art. 128 ust. 1) i 4) w zw. z art. 16 p.z.p., odwołujący wskazał co następuje. Zgodnie z treścią SWZ, zamawiający określił w dziale VIII warunki udziału w postępowaniu, w tym w pkt 2.4.2. lit. b) zawarł wymogi dotyczące zdolności technicznej i zawodowej, określając m.in. następujące wymagania, co do posiadanego sprzętu: „2.4.2. Dysponuje lub dysponować będzie w trakcie realizacji zamówienia i skieruje do jego realizacji następujący sprzęt techniczny: b) Ciągnik rolniczy lub inny pojazd o podobnej dzielności terenowej z pługiem odśnieżnym sterowanym z miejsca operatora, o mocy minimalnej 50 kW (kilowatów), z napędem na wszystkie osie, do odśnieżania chodników o maksymalnej szerokości roboczej 140 cm - min 1 szt.”

Na potwierdzenie spełnienia w/w warunku udziału w postępowaniu Wykonawca wybrany przedstawił samochód specjalny Multicar M26 Champion, co wynika z jego wyjaśnień z 20.10.2023 r., w których jednoznacznie określił on, iż warunek z pkt 2.4.2. lit. b) SWZ spełnia pojazd ujęty w poz. 2 wykazu. W poprawionym wykazie sprzętu, złożonym przez wykonawcę w dniu 25.10.2023 r., także wskazał on ten pojazd.

W ocenie odwołującego przedstawiony przez wykonawcę Drogos pojazd nie jest pojazdem, który spełnia postawiony przez zamawiającego warunek udziału w postępowaniu, ponieważ jest pojazdem, którego szerokość robocza wynosi minimalnie 1590 mm (tj. 159 cm) bez lusterek zewnętrznych. Powyższy wniosek został potwierdzony w opinii sporządzonej przez mgr inż. A.B. - rzeczoznawcę maszyn, urządzeń i pojazdów, który zweryfikował model pojazdu przedstawiony przez wykonawcę na potwierdzenie warunku udziału w postępowaniu z danymi technicznymi pojazdu i jednoznacznie we wnioskach podsumował, iż „pojazd Multicar M26 nie spełnia wymogów zamówienia w zakresie dot. „do odśnieżania chodników o maksymalnej szerokości roboczej 140 cm”.

Z treści opinii wynika, iż skoro wskazany pojazd ma szerokość 1590 mm (tj. 159 cm) bez lusterek zewnętrznych, to jego szerokość robocza wynosi co najmniej 159 cm. Szerokość roboczą wyznacza bowiem w zakresie minimalnym szerokość pojazdu. Jeżeli nawet do pojazdu zostanie zamocowany pług o mniejszej szerokości, to pozostanie to bez wpływu na szerokość roboczą, gdyż sam pojazd, który posiada wymiary szersze, nigdy nie będzie miał mniejszej szerokości roboczej. Z drugiej strony, jeżeli do pojazdu o szerokości roboczej o wymiarach np. 159 cm zostanie dołożony pług o szerokości większej, to szerokość robocza się zwiększy, ale nigdy nie będzie mniejsza niż 159 cm. Skoro więc szerokość pojazdu wskazanego przez wykonawcę Drogos wynosi 1590 mm (tj. 159 cm) bez lusterek zewnętrznych i jednocześnie wymiar ten wyznacza minimalną szerokość roboczą, to wskazać należy, iż pojazd Multicar M26 nie spełnia wymogów zamawiającego. Jednocześnie sporządzający opinię wskazał, iż dookreślenie Champion, wskazane przez wykonawcę Drogos w załączniku nr 5a do SWZ – wskazuje jedynie na zakres wyposażenia pojazdu, a nie ma wpływu na jego parametry techniczne, tj. szerokość robocza.

W tym stanie sprawy, zdaniem odwołującego, jednoznacznie stwierdzić należy, iż wykonawca wybrany nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, a jego oferta winna zostać odrzucona. Co więcej wykonawca przedstawił zamawiającemu nieprawdziwe informacje, co do tego, że w/w pojazd spełnia postawione warunki udziału w

postępowaniu. Wykonawca wskazał na wezwanie zamawiającego jaki pojazd spełnia - w jego ocenie - warunek udziału w postępowaniu określony w dziale VIII w pkt 2.4.2. lit. b) SWZ (co jak wynika z wyjaśnień przedstawionych przez odwołującego nie potwierdziło się), a następnie potwierdził tę informację w dniu 25.10.2023 r., w ponownie złożonym, poprawionym załączniku 5a do SWZ wykazie sprzętu. W takim stanie sprawy oferta Wykonawcy wybranego winna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b i c p.z.p., bez kolejnego wezwania wykonawcy Drogos do zastąpienia wykazu sprzętu przez zamawiającego.

Dalej odwołujący podkreślił, że wykonawca Drogos miał już możliwość poprawienia złożonego wykazu sprzętu. Po pierwsze mógł to uczynić w odpowiedzi na wezwanie z dnia 17.10.2023 r., w którym zamawiający, na podstawie art. 128 ust. 1 i 4 p.z.p., wezwał go do wskazania, który pojazd spełnia warunek wskazany w pkt. 2.4.2. SWZ (ciągnik rolniczy lub inny pojazd o podobnej dzielności terenowej z pługiem odśnieżnym sterowanym z miejsca operatora, o mocy minimalnej 50 kW (kilowatów), z napędem na wszystkie osie, do odśnieżania chodników o maksymalnej szerokości roboczej 140 cm - min 1 szt.), gdzie na to wezwanie wykonawca Drogos wprost wskazał, iż warunek ten spełnia pojazd ujęty w poz. 2 wykazu, tj. Multicar M26 Champion. Kolejną możliwość poprawy złożonego wykazu sprzętu, wykonawca miał w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z dnia 23.10.2023 r., w którym zamawiający ponownie (w trybie art. 128 ust. 1 i ust. 4 p.z.p.), wezwał wykonawcę Drogos do złożenia wyjaśnień. W odpowiedzi na to wezwanie złożono poprawiony wykaz sprzętu, gdzie w poz. 2 widnieje Multicar M26 Champion. Oba wezwania zamawiającego w treści zawierały podstawę z art. 128 ust. 1 p.z.p., zatem względem wykonawcy Drogos została już wyczerpana procedura z tego artykułu i nie ma żadnych podstaw, aby wykonawca po raz kolejny dostał możliwość uzupełnienia czy zmiany dokumentów.

Nawet gdyby jednak uznać, iż wezwania zamawiającego, pomimo wskazania wyraźnej podstawy wezwania z art. 128 ust. 1 p.z.p., zawierały w swej treści jedynie wezwanie do wyjaśnień, to zgodnie z aktualnym poglądem Izby w przypadku, gdy wykonawca z własnej inicjatywy przedstawi lub przekaże zamawiającemu informacje lub dokumenty, zamawiający jest zwolniony z obowiązku wzywania wykonawcy do ich uzupełnienia. Zamawiający jest zobowiązany zbadać i ocenić przedstawione przez wykonawcę informacje i dokumenty bez konieczności kierowania do wykonawcy dodatkowego wezwania (tak wyroki Izby: KIO 529/20; KIO 355/21, KIO 1581/22).

W tym stanie sprawy, wobec kategorycznego stanowiska wykonawcy Drogos na wezwanie zamawiającego i potwierdzenia przez niego spełnienia warunku udziału w postępowaniu poprzez wskazanie pojazdu, który miał spełniać warunek z pkt 2.4.2. SWZ, a nadto złożenie przez wykonawcę poprawionego wykazu, który w dalszym ciągu zawierał ten sam pojazd, niespełniający w/w warunku – a które to informacje, w świetle złożonych przez odwołującego dowodów są nieprawdziwe - kierowanie do wykonawcy Drogos kolejnego wezwania o zastąpienie pojazdu innym pojazdem, byłoby wyrazem nierównego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia. Trudno bowiem przyjąć, iż wykonawca działał w niewiedzy co do tego, jakie parametry techniczne mają przedstawione przez niego pojazdy. Gdyby odwołujący nie zweryfikował oferty wykonawcy zamówienia byłoby realizowane sprzętem, który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, z pokrzywdzeniem wykonawców, którzy spełniają warunki postawione przez zamawiającego. Podawanie informacji nieprawdziwych w postępowaniu nie powinno zasługiwać na ochronę, a oferta wykonawcy Drogos powinna podlegać odrzuceniu, co zdaniem odwołującego potwierdza orzeczenie Izby sygn. akt: KIO 1160/23.

W przypadku, gdyby Izba nie podzieliła argumentacji odwołującego, co do konieczności odrzucenia oferty wykonawcy Drogos, niezbędnym jest co najmniej wezwanie tego wykonawcy do poprawienia podmiotowych środków dowodowych - dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganej zdolności technicznej i zawodowej, potwierdzającej spełnienie warunku określonego w dziale VIII warunki udziału w postępowaniu pkt 2.4.2. lit. b) SWZ.

Niezależnie od uchybień wskazanych powyżej, według odwołującego zamawiający dopuścił się także naruszenia art. 128 ust. 4 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 oraz 3 p.z.p. poprzez zaniechanie skierowania do wykonawcy Drogos wezwania do złożenia wyjaśnień dotyczących podmiotowych środków dowodowych złożonych dla potwierdzenia spełnienia warunku z działu VIII pkt 2.4.2. lit. c) SWZ. Ze złożonego w dniu 25.10.2023 r. poprawionego wykazu sprzętu w dalszym ciągu nie wynika, czy którykolwiek z pojazdów wymienionych w wykazie spełnia warunek w zakresie posiadania przez pojazd szerokości roboczej (prawa/lewo) minimum 320 cm. Informacja ta nie została ujęta w złożonych dokumentach.

Działając w imieniu i na rzecz zamawiającego odpowiedź na odwołanie w formie pisemnej wniósł pełnomocnik strony wskazując, iż zamawiający wnosi o oddalenie odwołania w całości, zgodnie z uzasadnieniem wskazanym w jego piśmie procesowym.

Wobec spełnienia wymagań art. 525 ust. 1-3 p.z.p. Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę P.K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Komunalnych Drogos P.K. ul. Dębowa 18a, 44-145 Pilchovice (dalej zwanego „przystępującym”), który zgłosił przystąpienie po stronie zamawiającego. Przystępujący przedstawił swoje stanowisko procesowe w formie pisemnej.

Krajowa Izba Odwoławcza – po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, stanowiskiem przystępującego, dodatkowym stanowiskiem procesowym odwołującego, konfrontując je z zebranych w sprawie materiałem procesowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy – ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający stwierdził, że odwołanie dotyczy materii określonej w art. 513 p.z.p. i podlega rozpoznaniu zgodnie z art. 517 p.z.p., zaś odwołujący wykazał, że posiada legitymację materialną do wniesienia środka zaskarżenia zgodnie z przesłankami art. 505 ust. 1 p.z.p. Izba stwierdziła również, że nie została wypełniona żadna z przesłanek określonych w art. 528 p.z.p., których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania meritum sprawy. Ponadto, wobec wycofania przez odwołującego zarzutu nr 2 z *petitum* odwołania, Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w tym zakresie, co znalazło odzwierciedlenie w pkt 1 tenoru sentencji wyroku.

Skład orzekający ustalił, że stan faktyczny nie był między stronami sporny i został w sposób prawidłowy, mający odzwierciedlenie w materiale procesowym, przedstawiony przez odwołującego. Strony różniły się natomiast oceną prawną zaistniałych okoliczności faktycznych sprowadzając oś sporu do weryfikacji przez Izbę czy nie doszło w postępowaniu do naruszenia:

1.art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b, c w zw. z art. 16 oraz art. 128 ust. 1 i 4 w zw. z art. 16 p.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego, ponieważ:

- nie spełnia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej, gdyż nie wykazał, że dysponuje lub będzie dysponował i skieruje do realizacji zamówienia ciągnik rolniczy lub inny pojazd o podobnej dzielności terenowej wraz z pługiem odśnieżnym sterowanym z miejsca operatora, o mocy minimalnej 50 KV z napędem na wszystkie osie, do odśnieżania chodników o maksymalnej szerokości

roboczej 140 cm (warunek z działu VIII pkt 2.4.2. lit. b SWZ),

–ze złożonych przez przystępującego dokumentów, w tym dokumentów uzupełnionych na wezwanie w trybie art. 128 ust. 1 oraz 4 p.z.p., wynika, że przystępujący nie spełnia warunku udziału w postępowaniu i nie złożył, pomimo uzupełnienia dokumentów, w terminie podmiotowych środków dowodowych, potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej z działu VIII pkt 2.4.2. lit. b SWZ,

2.art. 128 ust. 1 w zw. z art. 16 p.z.p. poprzez zaniechanie wezwania przystępującego do poprawienia podmiotowych środków dowodowych, tj. dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganej zdolności technicznej i zawodowej z działu VIII pkt 2.4.2. lit. b SWZ.

Skład orzekający dokonał oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 554 ust. 1 pkt 1 p.z.p., który stanowi, że Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Uwzględniając zgromadzony materiał procesowy, po dokonaniu ustaleń na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności w oparciu o postanowienia ogłoszenia o zamówieniu, SWZ, korespondencję prowadzoną w toku postępowania, dowody złożone przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego, mając na względzie zakres sprawy zakreślony przez okoliczności podniesione w odwołaniu, Izba stwierdziła, że sformułowane przez odwołującego zarzuty nie zasługują na uwzględnienie, więc rozpoznawane odwołanie zostało oddalone. W ocenie składu orzekającego wybór oferty przystępującego jako oferty najkorzystniejszej został dokonany przez zamawiającego w sposób prawidłowy.

W zakresie zarzutu nr 1 z *petitum* odwołania – naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b, c w zw. z art. 16 oraz art. 128 ust. 1 i 4 w zw. z art. 16 p.z.p. – skład orzekający wskazuje co następuje. W dokumentacji postępowania określono warunek udziału w przetargu dotyczący dysponowania sprzętem technicznym „b) ciągnik rolniczy lub inny pojazd o podobnej dzielności terenowej z pługiem odśnieżnym sterowanym z miejsca operatora, o mocy minimalnej 50 kW (kilowatów), z napędem na wszystkie osie, do odśnieżania chodników o maksymalnej szerokości roboczej 140 cm - min 1 szt.". Na wykazanie spełnienia tego warunku przystępujący w wykazie sprzętu wskazał samochód specjalny Multicar M26 Champion, który zdaniem odwołującego nie spełnia wymogu „maksymalnej szerokości roboczej 140 cm”.

Izba ustaliła, że w SWZ zamawiający nie zdefiniował co rozumie przez pojęcie „szerokości roboczej” wskazanej w warunku, żaden z wykonawców nie pytał o to przed złożeniem oferty. Mając zaś na uwadze przedmiot zamówienia dotyczący zimowego utrzymania dróg, wskazane przez zamawiającego inne postępowania na tożsamą usługę i rozumienie znaczenia pojęcia szerokości roboczej występujące przy podawaniu danych technicznych pojazdów (pługów), gdzie szerokość robocza oznacza szerokość odśnieżania (str. 5-7 odpowiedzi na odwołanie z dnia 07.11.2023 r.), a także trafne stanowisko przystępującego, iż pojęcie „szerokość” nie budzi wątpliwości, a zgodnie z definicją pojęcia „roboczy” zawartą w Słowniku Języka Polskiego PWN „roboczy” to «związany z pracą», przy tym „część robocza maszyny” to «część maszyny spełniająca czynności związane bezpośrednio z wykonywaniem określonej pracy», skład orzekający stwierdził, że określenie „szerokość robocza” w przedmiotowym warunku udziału w postępowaniu dotyczy szerokości (parametru urządzenia), gdzie dochodzi do czynności odśnieżania. Innymi słowy będzie to szerokość urządzenia wykonującego czynność/pracę odśnieżania – pługa. Wykonawca może zatem używać ciągnika rolniczego/innego pojazdu większego lub mniejszego, co jest irrelevantne dla treści warunku, o ile szerokość zamontowanego do pojazdu pługa odśnieżnego (szerokość urządzenia wykonującego czynność roboczą odśnieżania) wynosi nie więcej niż 140 cm.

Izba zgadza się także z zamawiającym i przystępującym, że szerokość robocza odnosi się do szerokości pługa, a nie szerokości całkowitej (obrysowej) samochodu i nie ma podstaw do zrównania tych dwóch wielkości. Wystąpi to jedynie w przypadku, kiedy szerokość pługa jest tożsama z szerokością pojazdu. Kiedy szerokość pługa jest większa lub mniejsza niż pojazd, gdzie nie było spornym, że zazwyczaj pług jest innej szerokości niż pojazd do którego jest zamontowany, dla treści warunku nadal decydująca jest szerokość pługa – szerokość urządzenia wykonującego pracę odśnieżania. Zamawiający także nie użył w warunku sformułowania „o szerokości pojazdu” ani nawet „o szerokości”, a wskazał wyraźnie na „szerokość roboczą”. Szerokość robocza i szerokość konstrukcyjna/gabarytowa pojazdu nie są tym samym parametrem, są to dwie różne wielkości, które w praktyce wymiarowo mogą, ale nie muszą się pokrywać.

Powyższe znajduje potwierdzenie w opinii prywatnej złożonej przez przystępującego, której wnioski Izba uznała za wiarygodne, dlatego że rzeczoznawca, który ją sporządził wskazał w treści opinii zarówno na fakty, przykłady ze wskazań producentów urządzeń technicznych, jak i swoje oceny, przedstawiając przy tym sposób dotarcia do tych ocen, co umożliwiałoby zweryfikowanie zawartych wniosków. Proces dotarcia do wniosków opinii został przez skład orzekający oceniony jako logiczny, spójny i zbieżny z dokumentacją postępowania. Natomiast w zakresie opinii prywatnej złożonej przez odwołującego ogranicza się ona do wskazania wniosku, bez rzetelnego i właściwego wskazania procesu, który doprowadził sporządzającego opinię do zawartego w niej stwierdzenia, czyniąc ją nieweryfikowalną i pozbawioną przymiotu wiarygodności.

Mając na uwadze powyższe nie było podstaw do przyjęcia, że szerokość robocza Multicar M26 Champion jest tożsama z szerokością tego pojazdu wynoszącą 159 cm. Należy także dodać, że nawet przyjmując ferowane przez odwołującego rozumienie pojęcia z warunku udziału w postępowaniu, powodujące, że treść SWZ byłaby niejednoznaczna z perspektywy wykonawcy – można byłoby rozumieć wyrażenia zawarte w warunku zgodnie z językowym, branżowym jego brzmieniem, jak również uzasadnionym mogłoby być, aby zrównać szerokość roboczą i szerokość gabarytową pojazdu, to należałoby uwzględnić ukształtowaną w orzecznictwie zasadę, iż niejasności w przedmiocie dokumentacji postępowania są tłumaczone na korzyść wykonawcy (za linią orzeczniczą nakazującą interpretację oświadczeń woli na korzyść podmiotu, który jest tego oświadczenia adresatem – por. wyrok Sądu Okręgowego w Łodzi z 16.05.2016 r., sygn. akt III: Ca 224/16 oraz przywołane tam obszernie orzecznictwo).

Dalej Izba wskazuje, że zagadnienie dotyczące parametru szerokości pługa szerzej dopiero pojawia się w dodatkowym stanowisku procesowym odwołującego, a nie w odwołaniu. Jak również okoliczność, że samochód powinien mieć przypięty pług o większej szerokości niż szerokość pojazdu pojawiła się poza okolicznościami odwołania. Niemniej i tak nie ma to żadnego znaczenia dla rozstrzygnięcia, dlatego że w SWZ zamawiający nie postawił takiego wymagania, nie określono konkretnych proporcji tych urządzeń wobec siebie. Zatem, aby ocenić prawidłowość przyjętej przez przystępującego szerokości pługa w stosunku do pojazdu, odwołujący najpierw musiałby zadbać o treść dokumentacji postępowania umożliwiającą taką weryfikację. Zamawiający pozostawił to swobodzie wykonawców, nie narzucał żadnych rozwiązań w tym zakresie, w szczególności nie zawarto takich ograniczeń w warunku udziału w postępowaniu dotyczącym posiadania określonej zdolności technicznej. Stanowisko to znacząco przekracza treść SWZ, w ramach której dokonuje się oceny i badania ofert. Podobnie w zakresie oceny skuteczności odśnieżania – nie ma

żadnych nakazów i ograniczeń w tym przedmiocie w SWZ, zamawiający pozostawił sposób realizacji zamówienia swobodzie wykonawców i to od wykonawcy będzie zależało jakie czynności podejmie, żeby prawidłowo i efektywnie zrealizować usługę, również w jaki sposób będzie odśnieżał miejsca z ograniczoną szerokością, co zgodnie z pkt 3 OPZ (załącznik nr 7 do SWZ) wymaga użycia ręcznego sprzętu do odśnieżania i posypywania, a nie zespołu pojazdu z pługiem.

Ponadto Izba postanowiła włączyć w poczet materiału procesowego przedłożone przez odwołującego dokumenty: informacje, zdjęcia i korespondencję z producentami pługów, jednakże dowody te okazały się nieprzydatne dla ustalenia jakichkolwiek okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia, ponieważ nie zostały w żaden sposób powiązane z ofertą przystępującego (w wykazie sprzętu zamawiający także nie wymagał podania producenta pługa), ani z wymaganiami wiążącej dokumentacji postępowania.

Konkludując, odwołujący nie udźwignął ciężaru dowodu podważenia dokumentów przystępującego, że spełnia warunek udziału w postępowaniu dysponowania pojazdem z pługiem do odśnieżania chodników o maksymalnej szerokości roboczej 140 cm. Pojazd Multicar M26 z zamontowanym pługiem odśnieżnym o szerokości 130 cm w przedniej części pojazdu spełnia postawiony w dziale VIII pkt 2.4.2. lit. b SWZ wymóg. Nie potwierdziło się także, aby przystępujący dopuścił się podania nieprawdziwych informacji.

W konsekwencji powyższego, nie było także podstaw do uwzględnienia zarzutu nr 3 z *petitum* odwołania – naruszenia art. 128 ust. 1 w zw. z art. 16 p.z.p. poprzez zaniechanie wezwania przystępującego do poprawienia podmiotowych środków dowodowych, tj. dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganej zdolności technicznej i zawodowej z działy VIII pkt 2.4.2. lit. b SWZ.

Skoro zamawiający w sposób prawidłowy dokonał badania i oceny ofert, w tym właściwie ocenił dokumenty podmiotowe przystępującego, z których wynika potwierdzenie spełnienia przedmiotowego warunku udziału w przetargu, czego nie zdołał podważyć obciążony ciężarem dowodu odwołujący, to nie ma podstaw do wezwania przystępującego do poprawienia lub uzupełnienia w tym zakresie. Zatem zarzut ten, jako zarzut bezprzedmiotowy, nie mógł zostać przez skład rozpoznający spór uwzględniony.

Brak potwierdzenia zarzutów wskazanych w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym nie została wypełniona hipoteza art. 554 ust. 1 pkt 1 p.z.p., więc odwołanie zostało przez Krajową Izbę Odwoławczą oddalone.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania wydano na podstawie art. 575 p.z.p. obciążając strony kosztami zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego z uwzględnieniem § 8 ust. 2 w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. a i b rozporządzenia z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437). Izba obciążyła odwołującego, którego odwołanie zostało oddalone, kosztami postępowania odwoławczego, na które złożył się uiszczony przez stronę wpis od odwołania, koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego zgodnie ze złożoną fakturą VAT (3600,00 zł) i koszty dojazdu na rozprawę również na podstawie przedłożonej faktury VAT (922,25 zł) zaokrąglając kwotę do pełnych złotych.

Przewodniczący:

.....