

WYROK
z dnia 9 stycznia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Stręciwilk
Członkowie: Ewa Sikorska
Marek Szafraniec

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 stycznia 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 grudnia 2012 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, tj. Konsorcjum firm w składzie: FBSerwis S.A (Lider Konsorcjum) i Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego ZABERD S.A z siedzibą dla Lidera Konsorcjum: ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Generalną Dyрекję Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w Katowicach, ul. Myśliwska 5, 40-017 Katowice**

orzeka:

1. **oddala odwołanie;**
2. kosztami postępowania obciąża **wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, tj. firm w składzie: FBSerwis S.A Konsorcjum (Lider Konsorcjum) i Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego ZABERD S.A z siedzibą dla Lidera Konsorcjum: ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, tj. Konsorcjum firm w składzie: S.A (Lider i Zakład FBSerwis Konsorcjum) Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego ZABERD S.A z siedzibą dla Lidera Konsorcjum: ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania;
- 2.2. zasądza od **wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, tj. Konsorcjum firm w składzie: FBSerwis S.A (Lider Konsorcjum) i Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego ZABERD S.A z siedzibą dla Lidera Konsorcjum: ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa** na rzecz **Generalnej Dyрекję Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w Katowicach, ul. Myśliwska 5, 40-017 Katowice** kwotę: **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania z pełnomocnika odwoławczego poniesione tytułu wynagrodzenia zamawiającego.

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

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Generalna Dyрекcja Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w Katowicach (dalej: „Zamawiający”) prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie na: *dróg krajowych* zamówienia publicznego „Zimowe utrzymanie

administrowanych przez GDDKiA Oddział w Katowicach z podziałem na części”.

Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE z dnia 22 sierpnia 2012 r. pod nr 2012/S 160-267278. W przedmiotowym zamówieniu Zamawiający dopuścił możliwość składania ofert częściowych, dzieląc zamówienie na cztery części.

W postępowaniu tym wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie, tj. Konsorcjum firm w składzie: FBSerwis S.A. (Lider Konsorcjum) i Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego ZABERD S.A. z siedzibą dla Lidera Konsorcjum: w Warszawie (dalej: „Odwołujący”) w dniu 21 grudnia 2012 r. złożyli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Złożone odwołanie dotyczy czynności Zamawiającego polegającej na wykluczeniu Odwołującego z postępowania. Informacja o tej czynności została przekazana Odwołującemu w dniu 13 grudnia 2012 r. Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu w dniu 21 grudnia 2012 r. Złożone odwołanie dotyczy czynności Zamawiającego podjętych w ramach części czwartej zamówienia, tj. na: „Zimowe utrzymanie dróg krajowych na terenie Rejonu w Gliwicach, utrzymanie SPO Ostropa wraz z ustawieniem i demontażem zastłon przeciwniegowych oraz uzupełniający zakup siatki przeciwnieźnej wraz z osprzętem (tj. linka naciągowa, odciąg poprzeczne, kotwy) i palików drewnianych”.

Zamawiający informację o złożonym odwołaniu przekazał mailem w dniu 24 grudnia 2012 r. W dniu 28 grudnia 2012 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie, tj. Konsorcjum firm w składzie: H..... Ł..... prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą: Zakład Wielobranżowy Hedar H..... Ł..... (Lider Konsorcjum), Grawil Sp. z o.o. (Partner Konsorcjum), B..... Ł....., prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą: Zakład Wielobranżowy DROG-BUS B..... Ł..... (Partner Konsorcjum), J.... O....., prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą: Usługi Transportowo Drogowo Mostowe J..... O..... (Partner Konsorcjum), Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe Drogoł Sp. z o.o. (Partner Konsorcjum) oraz Z..... W....., prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą: Firma Transportowo-

Usługowo-Handlowa Import-Export Z..... W..... (Partner Konsorcjum) z siedzibą dla Lidera Konsorcjum w Łaziskach Górnych (zwane dalej: „Konsorcjum Hedar”), złożyli zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Izba po przeprowadzeniu czynności formalno prawnych związanych z wniesionym odwołaniem postanowieniem skierowała odwołanie do rozpoznania na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron, a następnie na rozprawie. Posiedzenie oraz rozprawa w przedmiotowej sprawie odbyły się w dniu 8 stycznia 2013 r.

Uwzględniając pisma złożone w sprawie odwołania oraz oświadczenia złożone w trakcie rozprawy Izba ustaliła następujące stanowiska stron postępowania odwoławczego:

I. Stanowisko Odwołującego

Odwołujący swoje odwołanie złożył od czynności Zamawiającego polegających na:

- 1) unieważnieniu czynności wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej,
- 2) powtórzeniu czynności badania i oceny ofert,
- 3) wykluczeniu Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp,
- 4) wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy pierwotnie zakwalifikowanego na drugiej pozycji tzw. listy rankingowej - Konsorcjum Hedar.

Zaskarżonym czynnościom Zamawiającego Odwołujący zarzucił naruszenie:

1. art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez odniesienie się przez Zamawiającego w toku kolejnego badania oferty Odwołującego do przedmiotu zamówienia i wymagań sprzętowych do jego realizacji, tj. okoliczności uznawanych przez Zamawiającego za uniemożliwiające zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego z przyczyn leżących po stronie Odwołującego, a nie wyłącznie do dokumentów i oświadczeń wymaganych w SIWZ,
2. art. 26 ust. 2a i 3 ustawy Pzp, poprzez badanie przez Zamawiającego spełniania warunków udziału w postępowaniu odnoszących się do dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym na dzień późniejszy niż dzień złożenia oferty, tj. na dzień przeprowadzenia kontroli sprzętu przeznaczonego do realizacji umowy, o której

- mowa w pkt 15.4 zd. 1 IDW -Tom I SIWZ (27 listopada 2012 r.),
3. art. 22 ust. 3 ustawy Pzp i art. 25 ustawy Pzp, poprzez wprowadzenie niewynikającego z SIWZ i nieznanego ustawie Pzp sposobu dokonania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu odnoszącego się do dysponowania odpowiednim potencjałem, tj. oględzin sprzętu, i to wyłącznie w odniesieniu do
-

sprzętu Odwołującego, co jednocześnie stanowi wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zasady równego traktowania wykonawców,

4. naruszenie zasady związania Zamawiającego wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej wywodzonej z art. 185 ust. 7 i art. 197 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 1184 § 1 i art. 365 § 1 k.p.c., poprzez przyjęcie, że Odwołujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu odnoszącego się do dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym, w sytuacji, gdy wyrokiem z dnia 13 listopada 2012 r., sygn. akt 2360/12, Izba przesądziła, że zarzut KIO Krajowa Odwoławcza niekompatybilności oprogramowania solarek wskazanych w ofercie Odwołującego na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu z oprogramowaniem posiadanym przez Zamawiającego jest bezprzedmiotowy na etapie wyboru najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący w związku z powyższym wniósł o:

- 1) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na wykluczeniu Odwołującego z postępowania,
- 2) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty - wyboru oferty Konsorcjum Hedar,
- 3) nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownego badania i oceny ofert, a następnie wybór, jako oferty najkorzystniejszej, oferty Odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że w dniu 18 października 2012 r.

Zamawiający pierwotnie poinformował Odwołującego o wyborze jego oferty jako najkorzystniejszej w postępowaniu. Od czynności tej odwołanie wniosło Konsorcjum Hedar, zarzucając Zamawiającemu m.in. to, że Zamawiający zobowiązany był wykluczyć Odwołującego z postępowania, wobec niewykazania przez niego spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a to z uwagi na okoliczność, iż Odwołujący w celu wykazania spełnienia warunku odnoszącego się do dysponowania potencjałem technicznym przedstawił solarki SOLID, które to solarki są wyposażone w oprogramowanie niekompatybilne z oprogramowaniem DNAS 1.0 stosowanym u Zamawiającego. Wskazał na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 listopada 2012 r. (sygn. akt KIO 2360/12) wydany w sprawie wskazanego odwołania, którym Izba oddaliła odwołanie, wskazując m.in., że (cyt.): „z postanowień SIWZ wynika, że na etapie badania ofert zgodnie z przywołanymi postanowieniami pkt 7.2.2. zamawiający sprawdza, czy oferenci dysponują sprzętem technicznie opisanym w SIWZ. Natomiast dopiero po wyborze oferty, a przed podpisaniem umowy wykonawcy powinni zabezpieczyć posiadany sprzęt w monitoring kompatybilny z obowiązującym monitoringiem u zamawiającego (...). Tym samym zarzut braku

kompatybilności monitoringu sprzętu wykonawcy wybranego z monitoringiem u zamawiającego jest bezprzedmiotowy na etapie wyboru najkorzystniejszej oferty.”

Podkreślił, że Zamawiający wyznaczył Odwołującemu na dzień 27 listopada 2012 r. kontrolę sprzętu przeznaczonego do realizacji umowy, która to kontrola, zgodnie z postanowieniami SIWZ, miała poprzedzić zawarcie umowy. Następnie, w jego ocenie wbrew przepisom ustawy Pzp, Zamawiający w oparciu o wyniki przeprowadzonej przez siebie kontroli sprzętu wykluczył Odwołującego z niniejszego postępowania.

Podniósł, że w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu odnoszących się do dysponowania potencjałem technicznym, w Wykazie sprzętu załączonym do swojej oferty oświadczył, iż dysponuje solarkami marki SOLID (potencjał własny), natomiast po wyborze jego oferty jako najkorzystniejszej, w toku kontroli sprzętu przeznaczonego do realizacji umowy, przeprowadzonej w dniu 27 listopada 2012 r., okazał Zamawiającemu solarki marki ORION. Podstawą wykluczenia Odwołującego z postępowania była, w ocenie Zamawiającego, niezgodność sprzętu stwierdzonego w trakcie kontroli w dniu 27 listopada 2012 r. ze sprzętem wskazanym w ofercie. Według Odwołującego oznacza to, że Zamawiający wbrew przepisom Pzp i postanowieniom SIWZ nie rozróżnia różnych etapów postępowania o postępowania, oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu

z art. 22 ust. 1 ustawy Pzp wg opisu sposobu dokonania oceny wynikającego z SIWZ, a które to warunki wykonawcy muszą spełnić na dzień składania ofert zgodnie z art. 26 ust. 2a ustawy Pzp, od warunków, które wykonawcy muszą spełnić w celu zawarcia i wykonania umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Podkreślił, że postanowienia SIWZ nie stawiały bezwzględnego wymogu okazania podczas kontroli, o której mowa, sprzętu wskazanego w ofercie wykonawcy. Według niego zgodnie z postanowieniem pkt 15.4. zd. 1 IDW - Tom I SIWZ „przed podpisaniem umowy Wykonawca, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, zobowiązany jest do udostępnienia Zamawiającemu, w terminie przez niego wyznaczonym, do wglądu jednostki sprzętowe wymienione w pkt 7.2.3a) IDW (Potencjał techniczny), celem ich sprawdzenia”, natomiast zgodnie z punktem 7.2.3a) IDW (Potencjał techniczny), dla części IV konieczne było dysponowanie przez wykonawcę konkretnym opisany przez Zamawiającego tam właśnie sprzętem. Literalne brzmienie cytowanego postanowienia SIWZ według Odwołującego nie wskazuje na konieczność okazywania przez Odwołującego w toku kontroli sprzętu, dokonywanej przed zawarciem umowy, jednostek sprzętowych, które zostały wskazane w jego ofercie (tu: jednostek tego samego producenta, marki). Obowiązkiem Odwołującego, w świetle tego postanowienia jego zdaniem, było okazanie Zamawiającemu jednostek sprzętowych - wymienionych w pkt 7.2.3 a) IDW - nazwanych odpowiednio zestaw autostradowy: nośnik z solarką i plugiem (4 sztuki), nośnik z solarką i

plugiem (2 sztuki) itd., o identycznych parametrach technicznych, jak te opisane w SIWZ. Tego typu jednostki sprzętowe (t.j. jednostki sprzętowe wymienione w pkt 7.2.3a) IDW) Odwołujący przedstawił Zamawiającemu przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego - podczas kontroli w dniu 27 listopada 2012 r. Obowiązku przedstawienia przez Odwołującego w czasie kontroli, o której mowa, jednostek sprzętowych takich samych, jak te wskazane w jego ofercie - w Wykazie narzędzi przedstawianym w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu – zdaniem Odwołującego - nie można także wywodzić ze zdania drugiego pkt 15.4 IDW - Tom I SIWZ. W ocenie Odwołującego konieczności przedstawienia w toku kontroli sprzętu dokonywanej przed zawarciem umowy nie można także wywodzić ze wzoru umowy o zamówienie publiczne. W postanowieniu § 2 ust. 1 wzoru umowy Zamawiający zapisał wprawdzie, że „*wykonawca zobowiązuje się zrealizować Przedmiot Umowy za pomocą sprzętu i w ilości wskazanej w Wykazie sprzętu zimowego utrzymania, załączonego przez Wykonawcę do Oferty*”, niemniej jednak postanowienia SIWZ, w tym wzoru umowy, winny być, po myśli art. 65 k.c. w zw. z art. 14 Pzp, poddawane wykładni uwzględniającej przede wszystkim zasady współżycia społecznego oraz zwyczaje ustalane w sposób adekwatny do okoliczności, w których dane oświadczenie zostało złożone. Wykładnia postanowienia § 2 ust. 1 wzoru umowy według Odwołującego, dokonana z uwzględnieniem powyższych zasad prowadzi do wniosku, iż wymóg wykonania przedmiotu umowy sprzętem wskazanym w ofercie rozumieć należy jako konieczność zapewnienia przez wykonawcę sprzętu niezbędnego do realizacji umowy w ilościach i rodzajach wskazanych w jego ofercie. Chodzi tu więc o zgodność rodzajową, a nie o tożsamość sprzętu. Odwołujący gwarantuje Zamawiającemu wykonanie przedmiotu zamówienia przy użyciu sprzętu o parametrach wskazanych w SIWZ (t.j. przy użyciu sprzętu *wymienionego w pkt. 7.2.3a) IDW (Potencjał techniczny)*) i jakości nie gorszej niż sprzęt wymieniony w ofercie za najkorzystniejszą cenę, a Zamawiający wprawdzie uznał, iż Odwołujący uchylił się od zawarcia umowy o zamówienie publiczne, a następnie, że nie wykazuje spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający chce więc dokonać wyboru oferty droższej, tylko z tej racji, że Odwołujący zamiast solarki SOLID 2012 zaproponował wykonanie przedmiotu umowy za pomocą solarki marki innego producenta - solarki ORION 2012, chociaż solarka innego producenta ma identyczne parametry techniczne. Według niego sprzęt okazany Zamawiającemu podczas kontroli w dniu 27 listopada 2012 r. odpowiadał wymaganiom technicznym opisanym w SIWZ.

Odnosząc się do uwag Zamawiającego w informacji o wynikach postępowania co do oferowanego przez Odwołującego sprzętu wskazał on na następujące okoliczności:

1. Co do przedstawienia do kontroli solarek innej marki, niż solarki wskazane w wykazie techniczny” podkreślił, że praktyką wykonawców biorących udział w „Potencjał

postępowaniach o zamówienie publiczne jest składanie ofert w różnych, toczących się równolegle postępowaniach i wskazywanie w swoich ofertach tych samych potencjałów, w

tym sprzętu i ludzi. Biorąc pod uwagę długotrwałość postępowań o zamówienie publiczne, nieracjonalnym gospodarczo było „rezerwowanie” przez kilka lub kilkanaście tygodni sprzętu wskazanego w jednej ofercie dla wykonania umowy, która może, ale nie musi, zostać zawarta po złożeniu tej właśnie oferty. I właśnie z taką sytuacją mieliśmy do czynienia w niniejszej sprawie. Odwołujący złożył ofertę w niniejszym postępowaniu w dniu 28 września 2012 r. Wobec wniesienia odwołania od wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej, co najmniej aż do dnia 13 listopada 2012 r. Odwołujący nie wiedział, czy będzie realizował zamówienie na rzecz Zamawiającego. W związku z powyższym Odwołujący sprzęt wskazany w swojej ofercie skierował do pracy na innym zadaniu. Po upewnieniu się, że przedmiotowe zamówienie zostanie mu udzielone, Odwołujący pozyskał sprzęt niezbędny do wykonania w sposób prawidłowy przedmiotu zamówienia, tj. sprzęt o parametrach technicznych opisanych w SIWZ i zarazem nie gorszych niż parametry techniczne solarek wskazanych w swojej ofercie. Owo „pozyskanie” sprzętu polegało na zawarciu umów z właścicielami takich solarek, którzy sprzęt ten zdecydowali się Odwołującemu udostępnić. Co równie istotne, okazane Zamawiającemu w czasie kontroli solarki są jednostkami sprzętowymi faktycznie nowymi, zakupionymi wyłącznie z myślą o realizacji umowy z Zamawiającym. Odwołujący zgodził się, iż forma dysponowania tym sprzętem jest w tej sytuacji inna niż forma wskazana na etapie ubiegania się o zamówienie publiczne (wtedy Odwołujący na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu wskazywał sprzęt własny, co zgodne było z rzeczywistością, natomiast do wykonania umowy Odwołujący przeznaczył sprzęt „cudzy”). Niemniej okoliczność ta w jego ocenie nie ma wpływu na ocenę, ani tego czy Odwołujący „uchyla się” od zawarcia umowy o zamówienie publiczne, ani tego czy spełnił - na dzień złożenia ofert - warunki udziału w postępowaniu. Zmiana ta nie prowadzi bowiem do wniosku, że na poprzednim etapie postępowania - na etapie składania oferty - był zobowiązany do przedstawienia zobowiązania podmiotu trzeciego w trybie art. 26 ust. 2b Pzp. Według Odwołującego Zamawiający stawiając taką tezę, „miesza” etap ubiegania się o zamówienie publiczne z etapem realizacji umowy o zamówienie publiczne. W tym zakresie Odwołujący powoła się na potwierdzenie swojego stanowiska na orzecznictwo KIO (KIO/UZP 194/09).

2. Co do niewyposażenia solarek w lokalizator GPS firmy WASKO S.A. Odwołujący zgodził się z Zamawiającym, iż koszty wyposażenia solarek w lokalizatory GPS miał ponieść Odwołujący i to on również miał dokonać z WASKO S.A. stosownych ustaleń w zakresie terminów oraz zasad montażu tych lokalizatorów w solarkach. Podkreślił jednak, że działania takie Odwołujący podjął po uzyskaniu wiedzy, że zamówienie to zostanie mu udzielone i

jeszcze przed dniem wyznaczonego przeglądu zwrócił się, za pośrednictwem podmiotu, od którego sprzęt miał pozyskać, do przedstawicieli WASKO S.A. z prośbą o ustalenie szczegółów związanych z zakupem i instalacją lokalizatorów GPS. Odwołujący, jako podmiot nie będący stroną umowy zawartej z WASKO S.A. nie miał jednak możliwości narzucenia dostawcy lokalizatorów GPS terminu ich dostawy i montażu, a co za tym idzie musiał on przyjąć, że termin ten wyniesie ok. 14 dni. Z kolei przed uzyskaniem pewności, że przedmiotowe zamówienie zostanie mu udzielone, nieracjonalnym byłoby wyposażanie sprzętu w lokalizatory GPS firmy WASKO S.A., dostosowane do potrzeb Zamawiającego, i ponoszenie związanych z tym kosztów. Podniósł bowiem, że WASKO S.A. zobowiązało się do montażu lokalizatorów GPS w sprzęcie przeznaczonym do zimowego utrzymania dróg i udzielenia wykonawcom tych prac stosownych licencji do oprogramowania w umowie zawartej z Zamawiającym (umowa nr GDDKiA/O-PO/R-2/37/2011, która stanowiła załącznik do dokumentacji przetargowej niniejszego postępowania). Wskazał, że powyższe okoliczności były znane Zamawiającemu, który sam w protokole kontroli sprzętu zamieścił zapis, że „termin montażu jest zależny od firmy WASKO S.A.”. W jego ocenie trudno przyjąć, iż Odwołujący ponosi odpowiedzialność za terminy wykonania zobowiązań przez podmiot działający na zlecenie Zamawiającego. Zamawiający zarzucając brak wyposażenia sprzętu w GPS firmy „WASKO” znowu „miesza” etap ubiegania się o zamówienie publiczne z etapem realizacji umowy o zamówienie publiczne.

3. Co do niekompatybilności solarek z systemem DNAS Odwołujący podkreślił, że zgodnie z przywołanym wyrokiem KIO wydanym w niniejszej sprawie Izba stwierdziła, że kompatybilność solarek z oprogramowaniem Zamawiającego nie ma znaczenia dla oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Wyjaśnił, że Odwołujący upoważnił producenta spornych solarek - firmę D..... Sp. z o.o. - do kontaktów w jego imieniu z Zamawiającym w celu ustalenia, w jaki sposób winna być zapewniona kompatybilność

oprogramowania solarek z oprogramowaniem DNAS stosowanym przez Zamawiającego. Propozycje w tym przedmiocie firma D..... przedstawiła Zamawiającemu pismem z dnia 16 listopada 2012 r., a więc jeszcze przed dokonaniem przez Zamawiającego kontroli sprzętu Odwołującego. Firma D.....i zaproponowała Zamawiającemu dwa rozwiązania problemu - po pierwsze, wskazała, że pełna kompatybilność systemów zostanie osiągnięta pod warunkiem uzyskania od Zamawiającego tzw. danych wejściowych/wyjściowych. Uzyskanie tych danych pozwoli bowiem producentowi solarek na przeprogramowanie systemów działających w jego solarkach. Jako alternatywne rozwiązanie producent solarek zaproponował, że „nieodpłatnie wraz z maszynami dla naszego klienta dostarczymy oprogramowanie tożsame, które będzie analizowało te same czynności, jednocześnie oprogramowanie to umożliwi monitorowanie urządzeń różnych producentów. Takie samo

oprogramowanie będzie zainstalowane również w Państwa Oddziale”. W odpowiedzi na przedmiotowe pismo Zamawiający wraz z pismem z dnia 28 listopada 2012 r., a więc pismem przesłanym po dokonaniu kontroli sprzętu, przekazał producentowi solarek przykładowe pliki wejściowe, wskazując jednocześnie, że dodatkowe dane należy pozyskać od firmy Schmidt, która jest autorem oprogramowania DNAS. Co równie istotne, Zamawiający zgodził się także na drugie z proponowanych rozwiązań, tj. zgodził się przyjąć od producenta solarek inne, adekwatne oprogramowanie, które to rozwiązanie gwarantuje pełną kompatybilność solarek wskazanych przez Odwołującego z systemami Zamawiającego. Wobec powyższego według niego przyjąć należy, że Odwołujący, za swojego podjął możliwe temu, aby pośrednictwem dostawcy, wszelkie kroki ku zagwarantować efekt oczekiwany przez Zamawiającego niezbędny do wykonania umowy - kompatybilność oprogramowania solarek z oprogramowaniem Zamawiającego, a rozwiązania tego zostały przyjęte przez zaproponowane, przez Zamawiającego. Zamawiający wykluczając Odwołującego z postępowania z powodu niespełnienia warunków udziału w postępowaniu z uwagi na to, że Odwołujący w toku kontroli sprzętu dokonanej przed zawarciem umowy przedstawił solarki inne niż wskazane w jego ofercie, nie czyni wystarczającego rozróżnienia pomiędzy etapem oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu odnoszących się do potencjału technicznego i zawartym w SIWZ opisem sposobu dokonywania oceny spełnienia tych warunków a etapem realizacji umowy o zamówienie publiczne. Podkreślił, że czym innym są warunki udziału w postępowaniu, a czym innym etap realizacji umowy, na potwierdzenie czego przywołał orzecznictwo KIO (KIO 199/12; KIO 1731/11, KIO 1757/11; KIO 2360/12). Wskazał, że sprawdzenie warunków udziału w postępowaniu powinno być dokonywane wyłącznie w oparciu o dokumenty i oświadczenia określone w SIWZ. Wobec powyższego, ocena ta nie może być dokonywana w oparciu o wynik kontroli sprzętu przeznaczonego do realizacji umowy, dokonywanej na późniejszym etapie postępowania, tylko w odniesieniu do wykonawcy, z którym ma zostać zawarta umowa o zamówienie publiczne, i służącej co do zasady sprawdzeniu gotowości do świadczenia usługi, a nie potwierdzeniu spełnienia warunków udziału w postępowaniu z art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Ponadto zauważył, iż ocena spełnienia warunków udziału w postępowaniu dokonywana jest, co wynika z kolei z brzmienia art. 26 ust. 2a ustawy Pzp oraz art. 26 ust. 3 ustawy Pzp na dzień składania ofert. Również z tego względu ewentualne zmiany w zakresie sprzętu posiadanego przez wykonawcę pomiędzy złożeniem przez niego oferty a zgłoszeniem gotowości do realizacji usługi, nie mają żadnego prawnego znaczenia dla oceny, czy wykonawca spełnił warunki udziału w postępowaniu. Zamawiający zatem, chcąc wykluczyć Odwołującego z postępowania, powinien był wykazać, zgodnie z zasadami rozkładu ciężaru dowodu (art. 6 k.c.), że Odwołujący nie spełniał postawionych w SIWZ

warunków udziału w postępowaniu na dzień złożenia ofert. W niniejszej sprawie dowodu takiego Zamawiający nie przeprowadził, a wręcz przeciwnie, Zamawiający sam w uzasadnieniu swojej czynności stwierdza, że oceny podstaw do określone w pkt 7.2.2. IDW - Tom I SIWZ, a tylko sprawdzenia, czy jest to sprzęt identyczny, jak ten wskazany w ofercie Odwołującego. Przedmiotowa kontrola, co wymaga podkreślenia po raz kolejny, służyła jedynie weryfikacji zdolności Odwołującego do wykonania umowy, co znajduje potwierdzenie w protokołach kontroli i korespondencji stron. Tym samym wyniki tej kontroli nie mogą obecnie stanowić podstawy do podjęcia przez Zamawiającego czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania z powodu niespełnienia warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający – według niego - nie kwestionował i nadal nie kwestionuje spełnienia warunków

udziału w postępowaniu przez Odwołującego na dzień składania ofert, tj. spełnienia przez sprzęt wskazany w ofercie wymagań SIWZ.

W toku rozprawy Odwołujący podtrzymał swoje dotychczasowe stanowisko i wniósł o uwzględnienie odwołania. Dodatkowo podkreślił, że warunki udziału co do sprzętu Zamawiający określił w postanowieniach Instrukcji dla wykonawców w pkt 7.2.3a, natomiast postanowienia zawarte w Szczegółowej specyfikacji technicznej zimowego utrzymania dróg krajowych, która stanowiła załącznik do SIWZ, dotyczyły realizacji przedmiotu zamówienia, co wynika wprost z pkt 1.2 tej specyfikacji. Postanowienia tego punktu określają, że Zamawiający nie postawił w SIWZ jako warunku udziału w postępowaniu wyposażenia pojazdów w satelitarny system lokalizacji - GPS i te wymogi, zgodnie z pkt 4.5.2 wskazanych w Szczegółowej specyfikacji technicznej odnoszą się także do przygotowania do realizacji zamówienia. Co do kompatybilności z DNAS Odwołujący podniósł, że powyższą kwestię rozstrzygnęła już Izba w wyroku o sygn. KIO 2360/12 wskazując, że nie stanowi ona także warunku udziału w postępowaniu. Na potwierdzenie powyższych okoliczności Odwołujący wniósł o przeprowadzenie dowodu z korespondencji, prowadzonej przez Zamawiającego z firmą D..... Sp. z o.o., działającej w imieniu Odwołującego w zakresie kompatybilności solarek z programem DNAS (pisma z dnia 16, 19 i 28 listopada 2012 r.) oraz dowodu z korespondencji e-mailowej prowadzonej pomiędzy firmą WASKO, działającą w imieniu Zamawiającego, co do dostosowania sprzętów do wymogów GPS z firmą D..... Sp. z o.o., działającą w imieniu Odwołującego. Odwołujący wniósł także o prowadzenie dowodu z protokołu kontroli sprzętu Odwołującego, dokonanej w dniu 27 listopada 2012 r., podkreślając także, że okazane w toku kontroli Zamawiającemu solarki marki Orion spełniają wymogi Zamawiającego, a ten nie wykazał w tym względzie przeciwnych okoliczności.

II. Stanowisko Zamawiającego

Zamawiający złożył do akt sprawy pisemną odpowiedź na odwołanie (pismo z dnia 8 stycznia 2013 r.), w której wniósł o oddalenie odwołania jako bezzasadnego.

W uzasadnieniu swojego stanowiska stwierdził, że nie może zgodzić się z twierdzeniem Odwołującego jakoby nie rozróżniał poszczególnych etapów postępowania w szczególności etapu ubiegania się o udzielenie zamówienia od etapu realizacji zamówienia publicznego. Podkreślił, że ustawa Pzp nie przewiduje możliwości podziału warunków udziału w postępowaniu opisanych w momencie wszczęcia postępowania, oddzielnie na dzień składania ofert i oddzielnie po wyborze oferty. Takiego rozróżnienia Zamawiający w niniejszym postępowaniu także nie wprowadził. Mając na uwadze powyższe Zamawiający powołał się na przepisy art. 22 ust. 1 i 3, art. 36 ust. 1 pkt 5 oraz art. 22 ust. 4 ustawy Pzp. Podkreślił, że warunki udziału opisane przez Zamawiającego, których spełnianie wykazał Odwołujący w treści oferty nie mogą ulec zmianie po wyborze oferty najkorzystniejszej bowiem godziłoby to w podstawowe zasady udzielania zamówień publicznych. Zamawiający powołał się na zapisy pkt 7 i 8 Instrukcji dla wykonawców (SIWZ), zgodnie z którymi każdy z wykonawców wiedział jakie warunki udziału w postępowaniu ma spełnić. Jednocześnie też wskazał na pkt 15.4 Instrukcji dla wykonawców, gdzie Zamawiający zawarł informacje dotyczące zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wskazał tam na obowiązek przedstawienia Zamawiającemu jednostek sprzętowych zgodnych ze złożoną ofertą i spełniających wymagania ilościowe oraz techniczne wskazane w pkt 7.2.3 a) Instrukcji dla wykonawców i Szczegółowej Specyfikacji Technicznej Zimowego Utrzymania Dróg Krajowych zamieszczonej w Tomie III SIWZ. Według Zamawiającego nie można zgodzić się z Odwołującym, że warunki, które wykonawca spełnia na dzień składania ofert mogą po wyborze oferty być inne niż wykazane na dzień składania ofert, ponieważ prowadziłoby to do podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego z wykonawcą, który w efekcie nie byłby zdolny do wykonania zamówienia. Wskazał na konieczność udowodnienia w sposób niebudzący wątpliwości, że wykonawca spełnia warunki oraz na to, że Zamawiający ma prawo badania czy w rzeczywistości wykonawca spełnia te warunki. Powołał się w tym zakresie na orzecznictwo KIO. Zamawiający podkreślił, że z oceny dokumentów załączonych do oferty Odwołującego i uzupełnionych w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wynikało spełnianie warunków udziału w postępowaniu zgodnie z wymogami SIWZ i treść ogłoszenia o zamówieniu. Faktyczne sprawdzenie w szczególności kompatybilności z wymogami oprogramowania typu DNAS 1,0 mogło nastąpić jedynie przy bezpośrednim (fizycznym) przeglądzie sprzętu. Powołał się na orzecznictwo KIO w tym zakresie.

Zamawiający zauważył też, że w wyniku kontroli przeprowadzonej w dniu 27 listopada

z wykazem sprzętu załączonym do oferty przez Odwołującego oraz nie spełniają wymagań technicznych wskazanych w SIWZ.

W tym zakresie wskazał na następujące okoliczności:

1. Co do podstawy dysponowania podniósł, że w załączonym przez Odwołującego do oferty Wykazie sprzętu zimowego utrzymania - Formularzu „Potencjał techniczny”, w kolumnie 5, jako podstawę dysponowania wskazano: własność, w toku kontroli zaś stwierdzono, że jednostki sprzętowe w większości udostępnione podczas kontroli nie stanowią własności Odwołującego. Powołując się na art. 26 ust. 2b ustawy Pzp oraz zapisy SIWZ, Odwołujący w sytuacji, gdy polegał na potencjale technicznym innych podmiotów zobowiązany był udowodnić, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania do dyspozycji Odwołującego niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. Dokumentów tych jednak Odwołujący nie przedłożył.
2. Co do marki i typu solarek, pługosolarki podniósł, że w załączonym przez Odwołującego do oferty Wykazie sprzętu zimowego utrzymania - Formularzu „Potencjał techniczny”, wykazano, że Odwołujący dysponuje solarkami: SOLID L(m3)/RASCO, 2012, w toku kontroli stwierdzono natomiast, że solarki udostępnione podczas kontroli to solarki: ORION 2012. Ponadto stwierdzono, że udostępnione na dzień wyznaczonej kontroli pługosolarki nie były wyposażone w lokalizator GPS firmy WASKO S.A.
3. Co do kompatybilności solarek podniósł, że w toku kontroli stwierdzono, że solarki nie posiadają kompatybilności danych z oprogramowaniem typu DNAS 1.0, gdyż oferowane pliki są w innym formacie i strukturze niekompatybilnej z oprogramowaniem posiadanym przez Zamawiającego. Oświadczenie Odwołującego zawarte w protokole z przeprowadzonej kontroli o kompatybilności solarek nie mogło zostać zaakceptowane przez Zamawiającego, gdyż Odwołującego powinien oprogramowaniem podczas dokonywanej kontroli. dysponować odpowiednim

Zamawiający powołał się na zapisy SIWZ, Tom I, pkt. 10.4, zgodnie z którymi cena oferty winna obejmować całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia w tym również wszelkie koszty towarzyszące tj. również zakup, montaż oraz koszty obsługi transmisji i dostarczania danych Systemu Monitorowania pracy sprzętu wykonującego zadania zimowego utrzymania dróg krajowych określonego w SST zimowego utrzymania dróg krajowych.

W związku z powyższym Zamawiający wskazał, że zawarcie umowy w przedmiotowym postępowaniu w zakresie części IV stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie

Odwołującego, ponieważ wykazane podczas kontroli jednostki sprzętowe okazały się niezgodne ze złożoną ofertą oraz określonymi w SIWZ wymaganiami. Podkreślił, że Odwołujący nie wykazał w trakcie dokonanej przez Zamawiającego kontroli, że dysponuje jednostkami sprzętowymi wskazanymi w Wykazie „Potencjał techniczny” (tj. wykazie sprzętu zimowego utrzymania), który to dokument został złożony przez Odwołującego w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu. Sprzęt do zimowego utrzymania przedstawiony przez Odwołującego podczas kontroli zdaniem Zamawiającego jest w rzeczywistości odmienny od tego, który przedstawił Odwołujący w Wykazie „Potencjał techniczny”. Na dowód powyższego Zamawiający powołał się na protokół z kontroli sprzętu, z którego wynika, iż udostępniony podczas kontroli sprzęt jest niezgodny z Wykazem sprzętu zimowego utrzymania załączonym do oferty przez Odwołującego oraz nie spełnia wymagań technicznych. Podkreślił również, że Odwołujący przyznał, że podstawa dysponowania sprzętem jest inna niż wykazana na etapie postępowania i w tym zakresie nie można zgodzić się z poglądem Odwołującego, że zmiana ta nie ma znaczenia.

Powołując się na art. 26 ust. 2b ustawy Pzp Zamawiający wskazał, że Odwołujący sam przyznał, że nie dysponuje sprzętem spełniającym wymogi zgodnie z SIWZ w zakresie komatybilności oprogramowania oraz lokalizatorów GPS. Odnosząc się do zakupu i instalacji lokalizatorów GPS oraz zapewnienia kompatybilności solarek, podkreślił, iż Odwołujący dysponował odpowiednią ilością czasu niezbędną na wyposażenie jednostek sprzętowych w techniczne parametry, zgodnie z SIWZ pomiędzy wyborem oferty najkorzystniejszej a

kontrolą jednostek sprzętowych. Według Zamawiającego Odwołujący zobowiązany był w dniu kontroli udowodnić Zamawiającemu, że jednostki sprzętowe są zgodne ze złożoną ofertą i spełniają wymagania wskazane w pkt 7.2.3 a) IDW i SST Zimowego Utrzymania Dróg Krajowych. Zamawiający nie zgodził się z interpretacją Odwołującego, iż sformułowanie: „zgodnie ze złożoną ofertą” oznacza jedynie „ogólne zobowiązanie każdego wykonawcy składającego ofertę”. Odwołał się w tym zakresie do regulacji Kodeksu cywilnego co do definicji oferty w świetle art. 66 § 1 Kc. Podkreślił, że instytucję oferty, jako sposobu zawarcia umowy cywilnoprawnej stosuje się w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, z tym że adresatem oferty wykonawcy jest zamawiający, a istotne postanowienia umowy są określane na podstawie postanowień SIWZ. W szerszym ujęciu zaś za treść oferty należy uznać każdorazowo zakres zobowiązania wykonawcy, tj. zaoferowany przez wykonawcę zakres świadczenia - sposobu realizacji przedmiotu umowy. Zakres ten winien być zgodny z opisanym w treści SIWZ zakresem. Dopiero z całości oferty można bowiem wywnioskować, czy oferta odpowiada wymaganiom udzielenia zamówienia, a w następstwie dopuszczalne jest zawarcie umowy.

Zamawiający powołał się na zapisy SIWZ - pkt 9.6.1 Instrukcji dla Wykonawców, zgodnie którymi wraz z ofertą powinny być złożone oświadczenia i dokumenty, wymagane postanowieniami pkt 8 IDW. Katalog dokumentów wskazanych ww. punkcie obejmował wykaz narzędzi, urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy usług w celu realizacji zamówienia wraz z informacją o podstawie dysponowania tymi zasobami - w celu wykazania spełniania warunku, którego opis został zamieszczony w pkt 7.2.3)a) IDW (tj. Formularz 3.3 „Potencjał Techniczny” - Wykaz sprzętu zimowego utrzymania). Wskazał też na zapisy SIWZ Tom II - Projekt Umowy, § 2 ust. 1, zgodnie z którym wykonawca zobowiązuje się zrealizować Przedmiot Umowy za pomocą sprzętu i w ilości wskazanej w Wykazie sprzętu zimowego utrzymania, załączonego przez wykonawcę do oferty. Podkreślił, że informacje podawane przez wykonawcę w postępowaniu o udzielenie zamówienia są oświadczeniami wiedzy składanymi w sposób celowy, w odpowiedzi na warunki określone przez zamawiającego, zatem ich podanie winno być rozpatrywane w kategorii staranności wymaganej w danych okolicznościach, z uwzględnieniem profesjonalnego charakteru postępowania o zamówienie oraz zawodowego charakteru prowadzonej działalności przez wykonawców. Weryfikacja zdolności wykonawcy dokonywana jest natomiast na podstawie przedłożonych przez wykonawcę wraz z ofertą dokumentów i oświadczeń żądanych przez Zamawiającego w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu i przez niego szczegółowo określonych. Na poparcie swojego stanowiska Zamawiający powołał się na orzecznictwo KIO (KIO 519/12 oraz KIO 1689/11)

W toku rozprawy Zamawiający podtrzymał swoje stanowisko i wniósł o przeprowadzenie dowodu z protokołów z dnia 27 listopada 2012 r. spisanych na okoliczność sprawdzenia zgodności oferowanego sprzętu ze złożoną ofertą. Zamawiający podkreślił również, iż warunki udziału w postępowaniu, co do wymaganego od wykonawców sprzętu opisał w kilku miejscach w SIWZ, tj. w pkt 7 Instrukcji dla wykonawców w pkt 7.2.3a pkt 4, pkt 15 ppkt 15.4 Instrukcji dla wykonawców i w tomie 3 specyfikacji, tj. szczegółowa specyfikacja techniczna. Wskazał, że ocena spełniania warunków została przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu przewidziana na dwa etapach, tj. w pierwszej kolejności w oparciu o dokumenty na dzień składania ofert, na drugim etapie w oparciu o okazany przez wybranego wykonawcę sprzęt przed podpisaniem umowy. Weryfikacja sprzętu wybranego w postępowaniu wykonawcy została dokonana w dniu 27 listopada 2012 r. Okazany Zamawiającemu przez Odwołującego sprzęt nie był tym samym sprzętem, który wykonawca wskazał jako swoją własność w dokumencie uzupełnianym przez niego na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Okazany przez Odwołującego sprzęt w dniu 27 listopad 2012 r. nie należał do Odwołującego, tym samym Zamawiający powinien był dokonać weryfikacji także podmiotu trzeciego w sytuacji przyjęcia, że jest dopuszczalna

zmiana sprzętu, co do wykazywanego w dokumentach załączonych do oferty. Podkreślił, że taki sposób postępowania prowadziłby do obejścia przepisów ustawy Pzp, wskazujących na obowiązek Zamawiającego zbadania konkretnego potencjału technicznego wykonawcy i przy przyjęciu takiego sposobu postępowania można byłoby także uznać, że wykonawcy potencjalnie wykluczeni także mogliby spełniać warunki udziału na późniejszym etapie postępowania. Zamawiający wskazał również, że KIO w wyroki o sygn. KIO 2360/12

wydanym w przedmiotowej sprawie stwierdziło jedynie, że w dalszym toku badania potencjału technicznego wybranego wykonawcy Zamawiający tenże potencjał może weryfikować, tym samym KIO potwierdziło też, że jest to dopuszczalny warunek udziału w postępowaniu.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym w szczególności dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również stanowiska stron postępowania, zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, a skutkujących odrzuceniem odwołania w całości.

W drugiej kolejności Izba ustaliła, że wykonawcy ubiegający się wspólnie o zamówienie, tj. Konsorcjum Hedar, nie uzyskali przymiotu uczestnika niniejszego postępowania odwoławczego. W tym zakresie Izba uznała, że wykonawcy ci nie dotrzyмали 3 dniowego terminu na skuteczne zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego, o którym mowa w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp. Z ustaleń Izby wynikało, że wezwanie do zgłoszenia przystąpienia zostało przekazane Konsorcjum Hedar przez Zamawiającego mailem w dniu 24 grudnia 2012 r. Zgłoszenie przystąpienia na piśmie zostało natomiast złożone do Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 grudnia 2012 r. W ocenie Izby przekazanie zgłaszającemu przystąpienie przesyłki e-mailowej w dniu 24 grudnia 2012 r. było skuteczne i stwarzało domniemanie, iż podmiot, do którego przesyłka została skierowana przy dochowaniu należytej staranności, miał potencjalną możliwość zapoznania się z tą przesyłką, a zatem otrzymał kopię odwołania wraz z wezwaniem do zgłoszenia przystąpienia.

Izba uznała również, że Odwołujący ma interes w złożeniu odwołania. W tym przypadku Odwołujący, będąc wykonawcą wykluczonym z udziału w postępowaniu, którego ofertę pierwotnie wybrano jako najkorzystniejszą, który to wykonawca tę czynność Zamawiającego

zaskarża w trybie odwoławczym w wystarczający sposób wskazuje na swój uszczerbek z uzyskaniu zamówienia, stosownie do regulacji art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba, rozpoznając odwołanie w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu, uznała je za niezasadne. W tym zakresie Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy złożone odwołanie, dzieląc je na cztery części, w drodze publicznego ogłoszenia o zamówieniu w dniu 22 sierpnia 2012 r.

W zamieszczonej na stronie internetowej SIWZ Zamawiający w pkt 7 Instrukcji dla wykonawców (SIWZ) określił warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków. W tym zakresie w pkt 7.2.3) lit. a) ppkt 4 opisał warunek dotyczący potencjału technicznego w zakresie części IV zamówienia, wskazując na wymóg 4 szt. zestawu autostradowego: nośnik z solarką i pługiem wykonawcy, 2 szt. nośników z solarką i pługiem wykonawcy, 2 szt. nośników z pługiem wykonawcy, 1 szt. nośnika typu UNIMOG (lub równoważnego) z osprzętem zimowym, tj. wraz z pługiem lemieszowym, pługiem wirnikowym, solarką o poj. min. 2,5 oraz 1 szt. ładowarki z obsługą wytwórni solanki. W pkt 8 Instrukcji dla wykonawców wskazał na katalog oświadczeń i dokumentów wymaganych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, w tym w pkt 8.1.3 zażądał Wykazu narzędzi i urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy usług w celu realizacji zamówienia wraz z informacją o podstawie dysponowania tymi zasobami. Jako załącznik do SIWZ Zamawiający określił wzór formularza nr 3.3 wykazu potencjału technicznego wykonawcy. W pkt 15.4 Instrukcji dla wykonawców Zamawiający wskazał na wymóg udostępnienia Zamawiającemu przed podpisaniem umowy w sprawie zamówienia publicznego przez wykonawcę, którego oferta zostanie wybrana jako najkorzystniejsza, w terminie wskazanym przez Zamawiającego do wglądu jednostek sprzętowych wymienionych w pkt 7.2.3) lit. a) Instrukcji dla wykonawców celem ich sprawdzenia. Zamawiający zastrzegł również, że w przypadku nie dysponowania / nieudostępnienia przez wykonawcę zgodnie ze złożoną ofertą wymaganych jednostek sprzętowych, spełniających wymagania ilościowe oraz techniczne wskazane w pkt 7.2.3 lit.

a) instrukcji dla wykonawców oraz Szczegółowej Specyfikacji Technicznej Zimowego Utrzymania Dróg Krajowych (SST), zawarcie umowy będzie niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, a wniesione wadium zostanie zatrzymane przez Zamawiającego.

W Tomie II Projektu umowy stanowiącym załącznik do SIWZ Zamawiający w § 2 ust. 1 wskazał postanowienie, na podstawie którego wykonawca zobowiązuje się zrealizować przedmiot umowy za pomocą sprzętu i w ilości wskazanej w wykazie sprzętu zimowego utrzymania załączonego przez wykonawcę do oferty. W Tomie III Szczegółowa Specyfikacja

Techniczna Zimowego Utrzymania Dróg Krajowych (SST) Zamawiający określił szereg wymogów co do sposobu realizacji przedmiotu zamówienia, wskazując m.in. wymogi co do sprzętu.

Zamawiający udzielając wyjaśnień do treści SIWZ w piśmie z dnia 12 września 2012 r. w odpowiedzi na pytanie nr 2 oraz pytanie nr 4 wskazał, że: „Zamawiający, przed podpisaniem umowy z Wykonawcą, dokona sprawdzenia wskazanego w Wykazie sprzętu zimowego utrzymania (tj. Potencjał techniczny”) załączonego do oferty, w bazie Wykonawcy”.

W postępowaniu tym co do części IV zamówienia złożono dwie oferty, w tym ofertę Odwołującego. W związku z niedołączeniem do oferty Odwołującego wykazu wymaganych urządzeń i narzędzi Zamawiający pisemnie z dnia 9 października 2012 r. wezwał go do uzupełniania wskazanego dokumentu. Przy piśmie z dnia 11 października 2012 r. Odwołujący przedłożył wykaz potencjału technicznego wskazując konkretne urządzenia firmy Solid (Kamaz = solarka L9 (9m3) / Rasco, 2012 r. + pług czołowy Kalnik XL / Rasco + pług boczny BSP/Rasco – 4 zestawy, Mercedes ACTROS + solarka Solid L7/Rasco, 2012 + pług SNK – 2 zestawy, Kamaz + pług SNK – 2 zestawy, Mercedes Unimog U40 + pług lemieszowy Rasco + pług wirnikowy Rasco + solarka Solid L 2,5 / Rasco, 2012 r. – 1 zestaw ora Ładowarka Hanomag Ag, 1996 r. – 1 szuka) i podając jako podstawę ich dysponowania własność wykonawcy.

Zamawiający pismem z dnia 18 października 2012 r. poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej w zakresie IV części zamówienia, tj. oferty Odwołującego. Ten wybór Zamawiającego został zaskarżony do Krajowej Izby Odwoławczej przez Konsorcjum Hedar, które m.in. podnosiło w odwołaniu zarzut zaniechania wykluczenia Odwołującego z postępowania z powodu niespełniania warunku dotyczącego posiadania potencjału technicznego. W odwołaniu wskazywano, że Odwołujący przedstawił w swojej ofercie solarki producenta chorwackiego RASCO, które są wyposażone w system monitoringu pracy solarki niekompatybilny z wymaganym przez Zamawiającego oprogramowaniem typu DNAS 1,0 (wchodzącym w skład Systemu Monitoringu Zimowego Utrzymania obowiązującego u Zamawiającego). Do przedmiotowego odwołania (sygn. akt KIO 2360/12) skutecznie swoje przystąpienie po stronie Zamawiającego złożył Odwołujący. Izba rozpoznając wskazane odwołanie wyrokiem z dnia 13 listopada 2012 r. oddaliła je, wskazując m.in., że Odwołujący zaoferował wymagany w SIWZ sprzęt techniczny zarówno w ilości jak i jego rodzaju zgodnie z wymogiem SIWZ. Złożył też w tym zakresie wymagane w SIWZ dokumenty. Izba we wskazanym wyroku zaznaczyła, że zgodnie z wyjaśnienia Zamawiającymi treści SIWZ z dnia 12 września 2012 r. sprawdzanie sprzętu miało odbywać się przed podpisaniem umowy w bazie wykonawcy. Co do wymogu kompatybilności monitoringu sprzętu wykonawcy z posiadanym monitoringiem Zamawiającego to Izba

wskazała na pkt 4.5.2 Tomu II SST, gdzie zawarta jest informacja o zawarciu przez Zamawiającego umowy z dnia 23 marca 2012 r. z firmą WASCO, z którą należy się kontaktować w sprawie systemu monitorowania pracy sprzętu. Izba podkreśliła, że z postanowień SIWZ wynika, że na etapie badania ofert zgodnie z pkt 7.2.2 Zamawiający sprawdzi czy wykonawcy dysponują sprzętem technicznym opisanym w SIWZ, natomiast dopiero po wyborze a przed podpisaniem umowy wykonawcy powinni zabezpieczyć posiadany sprzęt w monitoring kompatybilny z obowiązującym u Zamawiającego. Izba podkreśliła, że zarzut braku kompatybilności monitoringu sprzętu wykonawcy wybranego z monitoringiem u Zamawiającego jest bezprzedmiotowy na etapie wyboru oferty najkorzystniejszej.

W dniu 27 listopada 2012 r. Zamawiający przeprowadził kontrolę oferowanego przez Odwołującego sprzętu na terenie Zakładu Produkcyjnego D..... Sp. z o.o. Wschowa oraz Gliwickiego Przedsiębiorstwa Robót Drogowych S.A w Gliwicach. W trakcie kontroli przedstawiono mawiającemu sprzęt wyposażony w solarki ORION rok produkcji 2012 r., co

do których odnotowano, że nie są wyposażone w Lokalizator GPS firmy WASKO S.A. Wskazano też, że termin montażu jest zależny od firmy WASKO S.A. W protokole kontroli wskazano również oświadczenie Odwołującego, że wymienione solarki są kompatybilne z oprogramowaniem typu DNAS 1,0 pod warunkiem udostępnienia przez Zamawiającego danych wyjściowych / wejściowych do tego oprogramowania. Odwołujący zadeklarował, że w przypadku nie dostarczenia wyżej wymienionych danych przez Zamawiającego dostarczy nieodpłatnie Zamawiającemu równoważne oprogramowanie.

Uwzględniając powyższe Zamawiający pismem z dnia 12 grudnia 2012 r. poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej w zakresie pakietu nr IV, wskazując, że działając w oparciu o art. 7 ustawy Pzp dokonał unieważnienia czynności podjętych wcześniej przez Zamawiającego na podstawie art. 94 ust. 3 ustawy Pzp i unieważnił wybór oferty Odwołującego z dnia 18 października 2012 r.. W oparciu o powyższe Zamawiający dokonał wyboru jako najkorzystniejszej oferty, oferty Konsorcjum Hedar. Jednocześnie też poinformował o wykluczeniu z postępowania Odwołującego i w efekcie odrzuceniu jego oferty.

Wskazana czynność została zaskarżona w trybie odwołania aktualnie rozpoznawanego przez Izbę.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia faktyczne Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Podstawą rozstrzygnięcia dokonanego przez Izbę było ustalenie, że zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 w związku z art. 24 ust. 3 ustawy Pzp polegający na bezzasadnym wykluczeniu

Odwołującego z postępowania z powodu niespełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie potencjału technicznego formalnie potwierdził się, ale - w ocenie Izby - powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania i – stosownie do dyspozycji art. 192 ust. 2 ustawy Pzp – odwołanie należało oddalić. Izba stwierdziła bowiem, że Zamawiający, dokonując w dniu 27 listopada 2012 r. oceny posiadanego przez Odwołującego sprzętu technicznego niezbędnego do wykonania zamówienia, nie posiadał uprawnień do wykluczenia Odwołującego z postępowania. Zdaniem Izby sytuację tę należało ocenić w świetle postanowień pkt 15.4 SIWZ i art. 94 ust. 3 ustawy Pzp. We wskazanym postanowieniu SIWZ Zamawiający określił sytuację, w której będzie on dokonywał oceny posiadanego przez wybranego w postępowaniu wykonawcę sprzętu przed podpisaniem umowy w sprawie zamówienia publicznego. W przywołanym zapisie SIWZ wskazywał, że niespełnienie w tym zakresie wymogów SIWZ przez okazany Zamawiającemu sprzęt będzie skutkowało uznaniem przez Zamawiającego, że wybrany wykonawca odmawia podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego. Tym samym skutki przewidziane w tym zakresie przez SIWZ odnoszą się do dyspozycji art. 94 ust. 3 ustawy Pzp, który to przepis pozwala Zamawiającemu na dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu wykonawcy sklasyfikowanego na drugiej pozycji rankingowej bez przeprowadzenia czynności badania i oceny ofert, w sytuacji gdy pierwotnie wybrany w postępowaniu wykonawca uchylił się od podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego. Z taką właśnie sytuacją – w ocenie Izby – mieliśmy do czynienia w niniejszej sprawie. Zamawiający z jednej strony w sposób czytelny przewidział wskazaną sytuację odpowiednio wcześniej w postanowieniach SIWZ kwalifikując ją odpowiednio, a drugiej zaś strony Odwołujący miał możliwość zapoznania się ze wskazanymi postanowieniami SIWZ. Zamawiający w żaden sposób nie kwalifikował faktycznej (naocznej) weryfikacji będącego w dyspozycji Odwołującego sprzętu do realizacji przedmiotowego zamówienia publicznego jako ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu, skutkującej – w przypadku negatywnej oceny – wykluczeniem wykonawcy z postępowania. Takie działanie zresztą – w ocenie Izby – byłoby nieuprawnione, choćby w świetle dyspozycji art. 26 ust. 2a ustawy Pzp, który to przepis nakazuje Zamawiającemu oceniać spełnianie przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu (warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp) nie później niż na dzień składania ofert, czy też w trybach wieloetapowych, na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Tym samym ocena spełniania warunków podmiotach w postępowaniu (warunków udziału w postępowaniu) ma w pewnym sensie charakter oceny potencjalnej wykonawcy co do możliwości realizacji przez niego zamówienia w świetle jego predyspozycji podmiotowych. W niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego - biorąc także pod uwagę jego charakter, gdzie konkretny sprzęt badany w ramach warunku

potencjału technicznego wykonawcy ma istotne znaczenie dla sposobu świadczenia usługi objętej przedmiotem zamówienia (zimowe utrzymanie dróg) – Zamawiający obok oceny spełniania warunku podmiotowego nadał postanowieniami SIWZ we wskazanym zakresie także walor przedmiotowy (treści oferty). Zamawiający szeregiem postanowień SIWZ zawartych w Tomie III SIWZ określił wymogi co do sposobu świadczenia usługi objętej przedmiotem zamówienia, w tym w szczególności co do sprzętu, przy pomocy którego usługa ma być świadczona przez wybranego w postępowaniu wykonawcę. Wymogi co do tego sprzętu stanowiły rozwinięcie podstawowego wymogu SIWZ stanowiącego warunek podmiotowy oceny wykonawców w zakresie potencjału technicznego, jednakowoż w efekcie odnosiły się do przedmiotu przyszłego świadczenia. Były to wymogi m.in. dotyczące wyposażenia sprzętu w GPS, czy też zgodności z oprogramowaniem DNAS 1.0. Zgodnie z pkt 1.2 SST specyfikacja ta miała zastosowanie tak przy przygotowaniu, jak i przy wykonawstwie i odbiorze robót i prac. Tym samym zatem Zamawiający z jednej strony weryfikował podstawowe warunki udziału w postępowaniu w oparciu o wymagane w SIWZ dokumenty, z drugiej zaś urealnił tę ocenę poprzez zapisy SIWZ odnoszące się do merytorycznej treści oferty jednocześnie zabezpieczając realne wykorzystanie w trakcie świadczenia usługi objętej przedmiotem zamówienia sprzętu wykazywanego przez wykonawcę w ramach jego potencjału technicznego. Odzwierciedleniem powyższego są również postanowienia projektu umowy, który wyrażnie w § 2 ust. 1 umowy nakazuje wykorzystanie przez wykonawcę dla realizacji zamówienia sprzętu wskazanego w ramach oferty w wykazie potencjału technicznego.

W żadnym przypadku nie możemy mówić w tej sprawie o podwójnej ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu na dwóch etapach postępowania – choć takie zdanie w toku rozprawy przed Izbą prezentował także Zamawiający (odmienne stanowisko jednak przedstawił w odpowiedzi na odwołanie złożonej do akt sprawy). Stanowiska takiego nie można wywieść z postanowień SIWZ w niniejszym postępowaniu, jak też z wyroku Izby wydanego w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w dniu 13 listopada 2012 r. w sprawie KIO 2360/12. Izba w poprzedniej sprawie, dokonując oceny zasadności zarzutów dotyczących oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu potwierdziła jedynie, że ta ocena – biorąc pod uwagę zapisy SIWZ odnoszące się *stricte* do podmiotowej oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu – była prawidłowa i brak było w tym zakresie podstaw do wykluczenia Odwołującego z postępowania. Jednocześnie też – uwzględniając argumentację podnoszoną w toku rozpoznawania tej sprawy przez Izbę – Izba stwierdziła, że bardziej szczegółowe wymogi, które Zamawiający określił w SIWZ co do wymaganego od wykonawcy sprzętu w celu należytego spełniania świadczenia objętego zamówieniem, Zamawiający będzie weryfikował naocznie poprzez ocenę przedstawionego

mu przed podpisaniem umowy w sprawie zamówienia publicznego sprzętu, zgodnego z wykazem sprzętu załączonym do oferty i spełniającym dodatkowe wymogi SIWZ. Niespełnienie tych merytorycznych wymogów SIWZ Zamawiający potraktował w SIWZ jako sytuację związaną z odmową podpisania przez wykonawcę umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach przedstawionych w ofercie.

Uwzględniając powyższe niezasadnym było w tym przypadku wobec szczegółowych wymagań SIWZ, aby wykonawca dla oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu zaoferował Zamawiającemu jeden rodzaj sprzętu (solarki marki Solid), a następnie, tuż przed podpisaniem umowy w sprawie zamówienia publicznego zaoferował Zamawiającemu zupełnie inny sprzęt (solarki marki Orion). Zapisy SIWZ – m.in. przywołanego pkt 15.4, § 2 ust. 1 projektu umowy, jak też udzielone wyjaśnienia treści SIWZ – wyraźnie wskazywały na konieczność zaprezentowania przez wykonawcę w trakcie kontroli posiadanych urządzeń przed podpisaniem umowy w sprawie zamówienia publicznego urządzeń ujętych w wykazie potencjału technicznego załączonym do oferty. W ocenie Izby nieuprawnione jest w tym względzie stanowisko Odwołującego o tym, iż Zamawiający odnosił się tylko do opisu warunku udziału w postępowaniu, a nie do faktycznie wykazywanego przez wykonawcę sprzętu i urządzeń w ofercie. Na taki sposób rozumienia postanowień SIWZ nie wskazują w żadnej mierze brzmienie tych zapisów oraz wyjaśnienia treści SIWZ z dnia 12 września 2012 r.

Tym samym również – w ocenie Izby – nie znalazły potwierdzenia pozostałe zarzuty odwołania, w tym zarzut naruszenia art. 26 ust. 2a i 3 ustawy Pzp oraz zarzut naruszenia art. 22 ust. 3 i art. 25 ustawy Pzp związane z naruszeniem oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Izba – jak wskazano powyżej – oceny sprzętu okazanego przez

Odwołującego Zamawiającemu w toku kontroli sprzętu w dniu 27 listopada 2012 r. nie potraktowała jako oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, lecz jako potwierdzenie oceny merytorycznej treści oferty. Nie był także zasadny – zdaniem Izby – zarzut – jak wskazano w treści odwołania – naruszenia zasady związania Zamawiającego wyrokiem KIO wywodzonej z art. 185 ust. 7 i art. 197 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 1184 § 1 i art. 365 § 1 Kpc. Uznać bowiem należało, że przywoływany wyrok KIO wydany w niniejszej sprawie dotyczył oceny stanu faktycznego w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na moment wyboru oferty najkorzystniejszej, a nie po tym wyborze, a przed podpisaniem umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Mając powyższe na uwadze i działając na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze oraz ust. 2 ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania Izba oparła się na art. 192 ust. 9 oraz 10 ustawy Pzp. W oparciu o wskazane przepisy obciążyła nimi Odwołującego stosownie do wyniku postępowania. Wśród kosztów postępowania odwoławczego Izba uwzględniła - stosownie do regulacji zawartej w § 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 odwoławczym w sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) – koszty wpisu uiszczonego przez Odwołującego w kwocie 15 000 zł oraz – stosownie do § 3 pkt 2) lit b) wskazanego rozporządzenia koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego w kwocie 3 600 zł.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....