

WYROK
z dnia 28 czerwca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Bogdan Artymowicz**

Członkowie: **Agnieszka Bartczak – śuraw**

Anna Chudzik

Protokolant: **Agata Dziuban**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **22 czerwca 2010 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum firm: „Krzyszkowscy” sp. j. (lider konsorcjum), Firma Drogowo – Inżynieryjna „Stop” z siedzibą dla lidera konsorcjum 67 – 200 Głogów, ul. Magazynowa 5** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział we Wrocławiu, 53 – 139 Wrocław, ul. Powstańców Śląskich 186**, protestu z dnia **13 maja 2010 r.**

przy udziale **Konsorcjum: Alfred Strach Przedsiębiorstwo Inżynieryjne „ALSA” mgr inż. Alfred Strach (lider konsorcjum), BUDROMOS J.T. Bieńkowscy sp. j. z siedzibą dla lidera konsorcjum 59 – 216 Kunice, ul. 3-go Maja 1c/11** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. Oddala odwołanie

2. Kosztami postępowania obciąża Konsorcjum firm: „Krzyszkowscy” sp. j. (lider konsorcjum), Firma Drogowo – Inżynieryjna „Stop” z siedzibą dla lidera konsorcjum 67 – 200 Głogów, ul. Magazynowa 5 nakazuje:

-
- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Konsorcjum firm: „Krzyszkowscy” sp. j. (lider konsorcjum), Firma Drogowo – Inżynieryjna „Stop” z siedzibą dla lidera konsorcjum 67 – 200 Głogów, ul. Magazynowa 5**
 - 2) dokonać wpłaty kwoty XXX (słownie: XXX) przez XXX na rzecz XXX stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania, oraz wynagrodzenia pełnomocnika;
 - 3) dokonać wpłaty kwoty XXX (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;
 - 4) dokonać zwrotu kwoty **15 556 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum firm: „Krzyszkowscy” sp. j. (lider konsorcjum), Firma Drogowo – Inżynieryjna „Stop” z siedzibą dla lidera konsorcjum 67 – 200 Głogów, ul. Magazynowa 5**

Uzasadnienie

Zamawiający – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział we Wrocławiu prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Bieżące utrzymanie dróg krajowych na terenie Rejonu Legnica nr GDDKiA O/WR 3/PN/R/R-2/2010”.

Pismem z dnia 7 maja 2010 r. zamawiający poinformował wykonawców, iż w zakresie zadania 4 jako najkorzystniejsza została wybrana oferta wykonawców wspólnie ubiegających

się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Inżynieryjne „Alsa” Alfred Strach, ul. 3 Maja 1z/11, 59-216 Kunice oraz Budromos Sp. j. J.T. Bieńkowscy, ul. Kowalska 2, 59-220 Legnica.

Wobec takiej czynności pismem z dnia 13 maja 2010 r. protest złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: „Krzyszkwscy” Sp. j. 67-200 Głogów, ul. Magazynowa 5 oraz Firma Drogowo-Inżynieryjna „STOP” Jerzy Świszcz, Ziemnice, ul. Kostkowskiego 5, 59-216 Kunice. Protestujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art.

24 ust. 2 pkt 3 i 4, art. 89 ust. 1 pkt 5, art. 26 ust. 1 i 2b p.z.p. Protestujący oprotował następujące czynności zamawiającego:

- 1) „Rozstrzygnięcie przetargu;
- 2) Zaniechanie wezwania wykonawcy (Alfred Strach Alsa) do złożenia wyjaśnień w zakresie złożonej oferty w zakresie dotyczącym posiadania potencjału technicznego;
- 3) Zaniechanie wykluczenia z przetargu wykonawcy (Alfred Strach ALSA);
- 4) Zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy (Alfred Strach ALSA).”

Protestujący wnosil o:

- 1) „Uchylenie wzglednie uniewaznienie czynności rozstrzygnięcia przetargu i oceny ofert;
- 2) Wykonanie czynności, których zamawiający zaniechal wzglednie o uniewaznienie;
- 3) Dokonanie ponownej oceny ofert.”

W uzasadnieniu protestu wskazal on, iz „(...)Wykonawca Alfred Strach (ALSA) na formularzu 3.3 stanowiącym załącznik do oferty zlozyl oswiadczenie, iz dysponuje on w chwili zlozenia oferty stosownym sprzetem w tym zmiatarkami mechanicznymi ze zbiornikami na odpady lub zestawami zlozonymi z zmiatarki mechanicznej i samochodu cięzarowego, na którym skladowane sa odpady w liczbie 4 sztuk oraz podnośnikiem koszowym. Dodatkowo przekreslono oswiadczenie, iz wykonawca nie dysponuje t a k i m sprzetem ale bedzie korzystal z potencjalu technicznego innych podmiotow. Powyzsze wskazuje wyraznie, iz wykonawca Alfred Strach skladowac stosowne oswiadczenie zlozyl deklaracje, iz w chwili skladowania o f e r t dysponowal on sprzetem w tym zmiatarkami mechanicznymi ze zbiornikami na odpady lub zestawami zlozonymi z zmiatarki mechanicznej i samochodu cięzarowego, na którym skladowane sa odpady w liczbie 4 sztuk oraz podnośnikiem koszowym, który to sprzet wchodzil w sklad potencjalu technicznego firmy ALSA. Oswiadczenie zlozone przez Alfreda Stracha (ALSA), wedlug wiedzy Wykonawcy skladowanego protest nie jest oswiadczeniem prawdziwym. Alfred Strach w chwili skladowania oferty nie dysponowal sprzetem w postaci zmiatarek mechanicznych ze zbiornikami na odpady lub zestawow zlozonych z zmiatarki mechanicznej i samochodu cięzarowego, na którym skladowane sa odpady w liczbie 4 sztuk, ani podnośnikiem koszowym, które to urzadzenia wchodzilyby w sklad potencjalu technicznego Alfreda Stracha (ALSA). Zwazyć nalezy, iz dysponowanie w/w sprzetem jest wymagane przez Zamawiajacego w ramach posiadanej przez Wykonawcow potencjalu technicznego i z uwagi na specyfique zadania, jest niezbedne do jego realizacji.(...)”. Uwzgledniajac powyzzsza argumentacje protestujacy wskazywal, iz wybrany wykonawca winien byc wykluczony z postepowania a jego oferta odrzucona. Protestujacy dodal ponadto, iz weryfikacja prawdziwosci oswiadczenia wybranego wykonawcy winna odbyc sie w drodze

sprawdzenia dowodow rejestracyjnych wskazanych pojazdow, z czego powinno wynikać prawo Alfreda Stracha do dysponowania wymienionymi w wykazie urzadzeniami.

Do postepowania wywołanego wniesieniem protestu pismem z dnia 21 maja 2010 r. swoje przystapienie po stronie zamawiajacego zglosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Inżynieryjne „Alsa” Alfred Strach, ul. 3 Maja 1z/11, 59-216 Kunice oraz Budromos Sp. j. J.T. Bieńkowscy, ul. Kowalska 2, 59-220 Legnica, wnosząc o oddalenie protestu w calosci jako bezzasadnego. W uzasadnieniu wskazal on, ze nieuzasadnione jest powolywanie sie przez protestujacego jedynie na osobe Alfreda Stracha jako dysponenta sprzetu co z kolei powinno wynikać z dowodow rejestracyjnych. Przystepujacy podniost, ze ofertę zlozyl konsorcjum firm a nie sam Alfred Strach i oswiadczenie o dysponowaniu wymaganym sprzetem zostalo zlozone w imieniu konsorcjum. Ponadto przystepujacy wskazal, iz konsorcjum dysponuje zarowno

wymagany mi zamiatarkami jak też podnośnikiem koszowym. Mając na względzie powyższe przystępujący stwierdził, iż brak jest podstaw do jego wykluczenia i nie ma też podstaw do odrzucenia jego oferty na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4, art. 89 ust. 1 pkt 5 art. 26 ust. 1 i 2b p.z.p.

Rozstrzygnięciem z dnia 24 maja 2010 r. zamawiający protest w całości oddalił. W uzasadnieniu rozstrzygnięcia wskazał, iż wybrany wykonawca na potwierdzenie spełniania warunku dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym załączył zgodnie z wymogiem zamawiającego „wykaz niezbędnych do wykonania zamówienia i dostępnych wykonawcy narzędzi wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych”, w którym wymieniony jest sprzęt. Odnosząc się do twierdzeń protestującego, iż oświadczenie wybranego wykonawcy jest oświadczeniem nieprawdziwym ponieważ w chwili składania ofert nie dysponował on odpowiednim sprzętem, zamawiający wskazał, iż protestujący nie udowodnił i nie wykazał w jaki sposób zakres informacji zawartych w ofercie najkorzystniejszej nie odpowiada rzeczywistości. Zamawiający nie uznał za udowodnioną przez protestującego tezę o podaniu nieprawdziwych informacji przez wybranego wykonawcę w zakresie dysponowania wymaganym potencjałem technicznym. Ponadto zamawiający zauważył, że nie był uprawniony do żądania od wykonawców przedłożenia wraz z ofertą innych dokumentów niż określone w rozporządzeniu w sprawie dokumentów jakich może żądać zamawiający na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Wobec takiego rozstrzygnięcia pismem z dnia 2 czerwca 2010 r. odwołanie złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: „Krzyszkwscy” Sp. j., 67-200

Głogów, ul. Magazynowa 5 oraz Firma Drogowo-Inżynieryjna „STOP” Jerzy Świszcz,
Ziemnice, ul. Kostkowskiego 5, 59-216 Kunice.

Przedmiotem odwołania są następujące czynności zamawiającego:

- 1) „zaniechania wykluczenia Konsorcjum firm Przedsiębiorstwo Inżynieryjno Drogowe „Alsa” Alfred Strach i Budromos Sp. J. J. T. Bieńkowscy z powodu złożenia nieprawdziwego oświadczenia;
- 2) zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum firm Przedsiębiorstwo Inżynieryjno Drogowe „Alsa” Alfred Strach i Budromos Sp. J. J. T. Bieńkowscy z powodu wykluczenia Wykonawcy;
- 3) wyboru oferty Konsorcjum firm Przedsiębiorstwo Inżynieryjno Drogowe „Alsa” Alfred Strach i Budromos Sp. J. J. T. Bieńkowscy jako oferty najkorzystniejszej, w sytuacji gdy oferta ta podlegała odrzuceniu.”.

Odwołujący wskazał, iż poprzez czynności te zamawiający naruszył art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4, art. 89 ust. 1 pkt 5, art. 26 ust. 1 i 2b p.z.p.

Odwołujący wnosil o:

- 1) „uchylenie czynności dokonania oceny ofert i wyboru oferty Konsorcjum firm Przedsiębiorstwo Inżynieryjno Drogowe „Alsa” Alfred Strach i Budromos Sp. J. J. T. Bieńkowscy
- 2) wykluczenie przez Zamawiającego Konsorcjum firm Przedsiębiorstwo Inżynieryjno Drogowe „Alsa” Alfred Strach i Budromos Sp. J. J. T. Bieńkowscy bądź nakazanie Zamawiającemu wykluczenia tego Wykonawcy;
- 3) odrzucenie przez Zamawiającego oferty złożonej przez Konsorcjum firm Przedsiębiorstwo Inżynieryjno Drogowe „Alsa” Alfred Strach i Budromos Sp. J. J. T. Bieńkowscy bądź nakazanie odrzucenia przez Zamawiającego oferty złożonej przez Konsorcjum firm Przedsiębiorstwo Inżynieryjno Drogowe „Alsa” Alfred Strach i Budromos Sp. J. J. T. Bieńkowscy;
- 4) zobowiązanie Zamawiającego do dokonania ponownej oceny ofert i wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej;
- 5) zasądzenie na rzecz Konsorcjum firm Przedsiębiorstwo Inżynieryjno Drogowe „Alsa” Alfred Strach i Budromos Sp. J. J. T. Bieńkowscy kosztów postępowania.”

W uzasadnieniu odwołania wskazał ponownie na nieprawdziwość oświadczenia wybranego wykonawcy w zakresie dysponowania wymaganym potencjałem technicznym. Podniósł, że wybrany wykonawca w chwili składania oferty nie dysponował sprzętem w postaci zamiatarek mechanicznych ze zbiornikami na odpady lub zestawów złożonych z zamiatarki mechanicznej i samochodu ciężarowego, na którym składowane są odpady w liczbie 4 sztuk.

Ponadto wybrany wykonawca nie dysponuje platformą z balustradą na podnośniku

samochodowym a przedstawiona przez niego koparko-ladowarka, która została zaadaptowana do przenoszenia ludzi za taki sprzęt uznana być nie może. Powyższe w ocenie odwołującego prowadzi do wniosku, iż z uwagi na nieprawdziwe oświadczenie dotyczące posiadanego potencjału technicznego, wybrany wykonawca winien zostać wykluczony a jego oferta odrzucona. Ponadto odwołujący ponownie wskazał, iż weryfikacja prawdziwości oświadczenia Alfreda Stracha powinna się odbyć w drodze sprawdzenia dowodów rejestracyjnych wymienionych w wykazie pojazdów, z czego powinno wynikać prawo Alfreda Stracha do dysponowania tymi urządzeniami.

Pismem z dnia 16 czerwca do postępowania odwoławczego przystąpili po stronie zamawiającego, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Inżynieryjne „Alsa” Alfred Strach, ul. 3 Maja 1z/11, 59-216 Kunice oraz Budromos Sp. j. J.T. Bieńkowscy, ul. Kowalska 2, 59-220 Legnica wnosząc o jego oddalenie.

Izba ustaliła co następuje:

Zamawiający – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział we Wrocławiu prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Bieżące utrzymanie dróg krajowych na terenie Rejonu Legnica nr GDDKiA O/WR 3/PN/R/R-2/2010”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało przekazane do publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 28 stycznia 2010 r.

Przedmiot zamówienia został podzielony na 4 zadania. Zamawiający dopuścił składanie ofert częściowych.

Zgodnie z pkt. 7.3.3. o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy którzy spełniają warunki dotyczące(...) dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Dla zadania 4 zamawiający określił, iż wykonawcy winni wykazać iż dysponują lub będą dysponować następującym sprzętem:

- 1) koparka – 1 szt.
- 2) zmiatarka mechaniczna ze zbiornikiem na odpady lub zestaw złożony z zmiatarki mechanicznej i samochodu ciężarowego, na którym składowane są odpady – 3 szt.
- 3) myjka ciśnieniowa – 1 szt.
- 4) kosiarka wysięgnikowa (specjalistyczna z przeznaczeniem do prac w pasie drogowym) – 3 szt.
- 5) kosiarki żyłkowe – 10 szt.
- 6) frezarka do pni – 1 szt.

-
- 7) rębarka do gałęzi – 1 szt.
 - 8) podnośnik samochodowy – 1 szt.
 - 9) agregat prądotwórczo-spawalnicy – 1 szt.
 - 10) samochód ciężarowy lub ciągnik z przyczepą posiadający odpowiednie oznakowanie do prowadzenia robót w pasie drogowym – 3 szt.
 - 11) pojazd patrolowo-interwencyjny – samochód dostawczy z przyczepką – 1 szt.

Zgodnie z pkt. 7.2. SIWZ zamawiający dokona oceny spełniania udziału w postępowaniu na podstawie oświadczeń i dokumentów, o których mowa w pkt. 8 IDW, na zasadzie spełnia – nie spełnia.

Zgodnie z pkt. 8.2.3. SIWZ na potwierdzenie spełniania warunków określonych w pkt.

7.3.3. należy do oferty dołączyć następujące oświadczenia i dokumenty:

- „wykaz narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy na celu realizacji zamówienia wraz z informacją o podstawie dysponowania tymi zasobami, na formularzu zgodnym z treścią formularza 3.3. („Potencjał techniczny”). Wykaz musi potwierdzać spełnienie warunku, o którym mowa w pkt 7.3.3. IDW”.

W zakresie zadania 4 do upływu terminu składania ofert wpłynęło 7 ofert.

Pismem z dnia 7 maja 2010 r. zamawiający poinformował wykonawców, iż w zakresie zadania 4 jako najkorzystniejsza została wybrana oferta wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Inżynieryjne „Alsa” Alfred Strach, ul. 3 Maja 1z/11, 59-216 Kunice oraz Budromos Sp. j. J.T. Bieńkowscy, ul. Kowalska 2, 59-220 Legnica.

Czynność ta leży u podstaw postępowania protestacyjnego, jak i odwoławczego.

**Uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności postanowienia specyfikacji, treść oferty wybranego wykonawcy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska pełnomocników stron oraz uczestnika postępowania, złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej zważył, co następuje.
Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.**

Skład orzekający Izby ustalił, że wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie, przed dniem 29 stycznia 2010 r., tj. przed dniem wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), do rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie

przepisy ustawy p.z.p. w brzmieniu dotychczasowym - sprzed wejścia w życie wskazanych przepisów.

Ustalono również, że wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 p.z.p., uprawniający go do złożenia protestu i odwołania, gdyż w przypadku uwzględnienia odwołania jego oferta mogłaby być uznana za najkorzystniejszą.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 p.z.p. poprzez zaniechanie przez zamawiającego wykluczenia wybranego wykonawcy wobec złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik prowadzonego postępowania jak też nie wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu Izba uznała ten zarzut za chybiony. W ocenie Izby, twierdzenie odwołującego, iż wybrany wykonawca złożył nieprawdziwe oświadczenie co do posiadanego sprzętu oparte są jedynie na jego wiedzy i „znajomości” wybranego wykonawcy natomiast brak jest na tą okoliczność żadnych dowodów.

Odnosząc się do powyższego wskazać należy, że postępowanie przed Izbą jest postępowaniem kontradyktoryjnym, z założenia uwzględniającym postulat szybkości i koncentracji materiału dowodowego – zgodnie z art. 188 ust. 1 ustawy strony są obowiązane wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne najpóźniej do końca rozprawy. Co prawda odwołujący zgłosił szereg postulatów dowodowych jednakże z uwagi na to, iż miały one jedynie wykazać czy wybrany wykonawca jest bądź nie właścicielem wskazanego sprzętu Izba nie uwzględniła tych wniosków dowodowych gdyż w ocenie Izby pozostają one bez wpływu na ocenę merytoryczną stawianego zarzutu. Izba nie podziela twierdzeń odwołującego zgłoszonych na rozprawie, iż (...) oświadczenie zawarte w formularzu 3.3 iż przystępujący dysponuje narzędziami, wyposażeniem zakładu i urządzeniami technicznymi wymienionymi w całym załączniku oznacza, iż jest on właścicielem bądź leasingobiorcą wymienionego tam sprzętu.”.

Izby zauważa w tym miejscu, iż w obecnym stanie prawnym ustawodawca zamiast posiadania przez wykonawców potencjału technicznego wymaga dysponowania nim. Należy wskazać, że posiadanie zgodnie przepisami kodeksu cywilnego jest to stan faktyczny władztwa nad rzeczą, przy czym art. 336 k.c. wyróżnia posiadanie samoistne („posiadaczem rzeczy jest ten, kto włada nią jak właściciel”) oraz posiadanie zależne („ten, kto włada nią jak użytkownik, zastawnik, najemca lub mający inne prawo, z którym wiąże się określone władztwo nad cudzą rzeczą”). Z przytoczonego przepisu wynika, iż na posiadanie składają się dwa elementy: fizyczne władztwo nad rzeczą i zamiar władania nią „dla siebie”. Zaznaczyć należy, iż posiadanie nie jest prawem, lecz stanem faktycznym. Posiadanie nie musi więc być związane z jakimkolwiek prawem do rzeczy. W odróżnieniu od posiadania, dysponowanie nie jest uregulowane wprost przepisami kodeksu cywilnego. Należy je jednak zdefiniować jako realną możliwość skorzystania z rzeczy. W związku z tym określenie to dotyczy zupełnie innej sytuacji niż posiadanie. Posiadanie zawiera bowiem zawsze

w swojej treści dysponowanie rzeczą, natomiast nie w każdej sytuacji dysponowanie musi być tożsame z posiadaniem.

Mając na względzie powyższe rozważania, oświadczenia złożone na rozprawie przez przystępującego, iż w chwili składania oferty dysponował sprzętem wymienionym w załączniku 3.3. do SIWZ dla zadania 4 jak też biorąc pod uwagę treść umów porozumienia przedłożonych przez przystępującego w trakcie rozprawy Izba nie znalazła podstaw

do uznania, iż oświadczenie przystępującego było nieprawdziwe i winien on być wykluczony z postępowania a jego oferta odrzucona.

Zgodnie z postanowieniami SIWZ zamawiający precyzyjnie określił warunek posiadania odpowiedniego potencjału technicznego a na potwierdzenie tego warunku wykonawcy zobowiązani byli złożyć oświadczenie o dysponowaniu odpowiednim potencjałem technicznym na formularzu nr 3.3. co też przystępujący uczynił.

W ocenie Izby żądanie dodatkowych dokumentów przez zamawiającego, np. wykazujących prawo wykonawcy do narzędzi i urządzeń (odwołujący powoływał się na dowody rejestracyjne), jakimi dysponuje wykonawca jest niemożliwe, gdyż dokumenty te nie zostały ujęte w rozporządzeniu w sprawie dokumentów jakich może żądać zamawiający na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Należy zaznaczyć, iż nawet posiadanie niekoniecznie musi opierać się na podstawie prawnej, lecz być jedynie stanem faktycznym, zatem tym trudniej wymagać od wykonawców, aby udokumentowali dysponowanie potencjałem technicznym.

Potencjał techniczny to środki i narzędzia niezbędne do wykonania zamówienia, jak należy wnioskować z § 1 ust. 2 pkt 3 rozporządzenia ws. dokumentów, które uprawnia zamawiającego do żądania od wykonawców wykazu środków i narzędzi niezbędnych do wykonania zamówienia, którymi dysponuje wykonawca, wykaz ów służy do wykazania przez wykonawców, iż dysponują oni potencjałem technicznym niezbędnym do wykonania zamówienia.

Mając na względzie wskazaną różnicę między pojęciami „posiadanie” a „dysponowanie” nie jest niezbędne, aby środki te stanowiły własność wykonawcy. Wykonawca może bowiem posiadać środki na podstawie innego stosunku prawnego, np. najmu, dzierżawy, leasingu, ale także może środków nie posiadać, lecz zapewnić sobie dysponowanie nimi przez np. wypożyczenie. Dysponowanie narzędziami i sprzętem niezbędnym do wykonywania zamówienia wykonawca zagwarantować może np. przez umowę współpracy zawartą z innym podmiotem gospodarczym. Zawarcie takiej umowy niewątpliwie potwierdza spełnienie warunku dysponowania potencjałem technicznym niezbędnym do wykonania zamówienia.

W ocenie Izby przystępujący dostatecznie wykazał, iż dysponuje wymaganym przez zamawiającego potencjałem technicznym i jednocześnie potwierdził zgodnie

z postanowieniami SIWZ spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Zgodnie z art. 190 ust. 2, wydając wyrok Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Uwzględniając powyższe oraz zasadę ciężaru dowodu wynikającą z art. 6 k.c. Izba nie uznała za nie udowodnioną przez odwołującego tezę o podaniu nieprawdziwych informacji przez wybranego wykonawcę w zakresie dysponowania wymaganym potencjałem technicznym jak też w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu. W ocenie Izby odwołujący nie udowodnił i nie wykazał w jaki sposób zakres informacji zawartych w ofercie wybranej nie odpowiada rzeczywistości, a odnoszenie się do spełnienia warunku posiadania odpowiedniego potencjału technicznego na zasadzie prawa własności nie znajduje żadnego uzasadnienia.

Ponadto uwzględniając powyższe stwierdzenia Izba nie znalazła podstaw do uznania zarzutów naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 5 ani też art. 26 ust. 1 i 2b p.z.p.

Uwzględniając powyższe, w związku z brakiem potwierdzenia się zarzutów protestu i odwołania, na podstawie art. 191 ust. 1 i 1a p.z.p., orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp w zw. z § 4 ust. 1 pkt 1 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze zm.).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) na niniejszy wyrok w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego we **Wrocławiu**

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....