Sygn. akt KIO 7/16

WYROK
z dnia 18 stycznia 2016r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 18 stycznia 2016 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 stycznia 2016 r. przez wykonawcę: **J. T. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą EKO-GRUNT J. T., ul. Witkowska 121B, 62-200 Gniezno** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Gmina Trzemeszno, ul. Dąbrowskiego 2, 62-240 Trzemeszno,**

przy udziale wykonawcy: Remondis **Aqua Trzemeszno Sp. z o.o., ul. 1 maja 21. 62-240 Trzemeszno** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: **J. T. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą EKO-GRUNT J. T., ul. Witkowska 121B, 62-200 Gniezno,** i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **J. T. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą EKO-GRUNT J. T., ul. Witkowska 121B, 62-200 Gniezno** tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza kwotę **3 873 zł 60 gr** (słownie: trzy tysiące osiemset siedemdziesiąt trzy złote sześćdziesiąt groszy) od wykonawcy: **J. T. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą EKO-GRUNT J. T., ul. Witkowska 121B, 62-200 Gniezno** na rzecz zamawiającego: **Gmina Trzemeszno, ul. Dąbrowskiego 2, 62-240 Trzemeszno,** stanowiącą koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika i dojazdu na posiedzenie.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 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 Poznaniu.**

Przewodniczący: ……

Sygn. akt KIO 7/16

Uzasadnienie

Zamawiający: Gmina Trzemeszno prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Utrzymanie czystości i porządku na terenie miasta Trzemeszna w zakresie sprzątania ulic oraz opróżniania koszy ulicznych". Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 14.12.2015r. pod nr 341900.

W dniu 30.12.2015 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty złożonej przez Remondis Aqua Trzemeszno Sp. z o.o. z siedzibą w Trzemesznie, jako najkorzystniejszej oraz

wykluczył z postępowania wykonawcę – J. T. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Eko-Grunt J. T. z siedzibą w Gnieźnie.

Wykonawca Eko-Grunt J. T. wniósł odwołanie wobec czynności wykluczenia go z postępowania oraz odrzucenia jego oferty. Odwołujący zarzucił naruszenie art. 24 ust.2 pkt 4 w zw. z art.7 ust.1 Pzp, przez bezpodstawne wykluczenie z postępowania, pomimo wykazania spełniania wszystkich warunków udziału w postępowaniu postawionych przez Zamawiającego oraz naruszenie art. 26 ust.4 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, przez brak wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie przedłożonego zobowiązania do udostępnienia Odwołującemu potencjału technicznego w postaci zamiatarki samojezdnej. Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego i czynności odrzucenia jego oferty oraz dokonania ponowne} oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty.

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający określił warunki udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania potencjałem technicznym, tj. wykonawca został zobligowany do dysponowania co najmniej 1 szt. zamiatarki ulicznej o poj. min. 2 m3, samojezdnej, wolnobieżnej, bezpylnej. W załączeniu do złożonej oferty Odwołujący złożył oświadczenie podmiotu trzeciego na podstawie art. 26 ust. 2b Pzp w zakresie udostępnienia Odwołującemu na czas realizacji zadania zasobów technicznych w postaci zamiatarki. Uzupełniony dokument - zobowiązanie podmiotu trzeciego złożone w trybie art. 26 ust. 2b Pzp przez P.P.H.U „POL SKÓR" J. S. - ma charakter bezwarunkowy, oddający wymagany zasób na czas realizacji przedmiotu zamówienia.

Odwołujący oświadczył, że nie kwestionuje faktu, że przedstawiając przedmiotowe pisemne zobowiązanie, na skutek otrzymanego wezwania do uzupełnienia dokumentu, musi bezwzględnie potwierdzić spełnienie warunku udziału w dacie upływu terminu składania ofert, tj. w dniu 22.12.2015 r. W treści złożonego zobowiązania wyraźnie jest jednak wyartykułowane, że zasoby podmiotu trzeciego - konkretna zamiatarka, spełniająca określone parametry techniczne, będzie realnie pozostawać w jego dyspozycji podczas realizacji zamówienia. Co więcej, zasób ten zostanie Odwołującemu realnie przekazany. Nie budzi też wątpliwości data wystawienia dokumentu, który został uzupełniony. Wpisanie daty 23.12.2015 r było czynnością

---

logiczną i racjonalną oraz faktyczną, skoro wcześniej ten sam podmiot, zobowiązujący się do udostępnienia wymaganego zasobu lecz o innych parametrach, opatrzył dokument datą 18.12.2015r. Zamawiający, bez wystąpienia wyjaśniającego, wezwał Odwołującego do uzupełnienia dokumentu ze wskazaniem jednostki sprzętowej odpowiadającej wymaganiom Zamawiającego.

Odwołujący podniósł, że data wystawienia dokumentu uzupełnianego na wezwanie Zamawiającego nie musi być równoznaczna z datą, na którą następuje potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Stanowisko to podzieliła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 29.04.2010 r. o sygn. akt KIO/UZP 624/10. Uzupełnione dokumenty muszą potwierdzać spełnianie warunku najpóźniej na dzień składania ofert, przy czym istotna jest nie tyle data wystawienia dokumentu, ale fakt, czy z jego treści wynika spełnienie warunku na dzień składania ofert. Jeśli w odpowiedzi na wezwanie wykonawca uzupełnia dokument, na którym widnieje data późniejsza niż dzień składania ofert, to należy zbadać, czy pomimo to z treści złożonego dokumentu nie wynika, że wykonawca deklaruje aktualność informacji zawartych w dokumencie na dzień składania ofert. Zgodnie z wyrokiem KIO z 21 lipca 2009 r. o sygn. akt KIO/UZP 845/09, KIO/UZP 744/09, wobec brzmienia przepisu art. 26 ust. 3 Pzp, to nie data samego dokumentu jest kluczowa. Istotne jest to, na jaki dzień aktualne są informacje w nim zawarte. Stąd też zakwestionowanie tego faktu, który stał się podstawą do wykluczenia i odrzucenia oferty Odwołującego był nieuprawniony, wobec braku odniesienia złożonego zobowiązania do kontekstu sytuacyjnego, w jakim to zobowiązanie zostało złożone. Działanie Zamawiającego w niniejszym postępowaniu jest przejawem nadmiernego formalizmu, który nie służy dobrze pojętym interesem wspólnoty samorządowej.

Zdaniem Odwołującego, w przypadku dokumentu z art. 26 ust. 2b Pzp, złożonego w tym postępowaniu, przy zaistnieniu jakiejkolwiek wątpliwości Zamawiający bezwzględnie był zobligowany wezwać Odwołującego do wyjaśnienia w trybie art. 26 ust. 4 Pzp, czego nie uczynił.

W dniu 11 stycznia 2016 r. wykonawca Remondis Aqua Trzemeszno Sp. z o.o. zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania. W piśmie procesowym z dnia 15 stycznia 2016 r. Przystępujący wyjaśnił, że Odwołujący uznał zasadność wezwania do uzupełnienia dokumentów i w dniu 23 grudnia 2015 r. uzupełnił dokument zobowiązania, wystawiony w dniu 23 grudnia 2015 r., czyli po upływie terminu składania ofert. Z treści tego zobowiązania nie wynika, aby Odwołujący dysponował

przekazanym potencjałem technicznym w formie zamiatarki Schoering na samochodzie Man
w terminie przed upływem terminu składania ofert, tj. najpóźniej w dniu 22 grudnia 2015 r. Dokument ten wprost potwierdza niespełnianie warunku udziału w postępowaniu, zatem
Zamawiający nie był zobligowany do żądania wyjaśnienia treści ww. dokumentu.

Zamawiający pismem z dnia 12 stycznia 2016 r. złożył odpowiedź na odwołanie. Wniósł o oddalenie odwołania. Wyjaśnił,

że Odwołujący w niniejszym postępowaniu nie wykazał
w sposób niebudzący wątpliwości spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie

---

wymaganego potencjału technicznego. Zgodnie z art. 26 ust. 2a i art. 26 ust. 3 Pzp, wykonawca jest zobowiązany wykazać spełnianie warunków udziału w postępowaniu nie później niż w dniu,
w którym upłynął termin składania ofert. Dotyczy to także dokumentów składanych w trybie uzupełnienia. Nie oznacza to,

że uzupełnione dokumenty muszą być wystawione przed terminem

składania ofert lecz z ich treści musi wynikać, że w dniu składania ofert wykonawca spełniał
warunki udziału w postępowaniu. W przedmiotowym postępowaniu pisemne zobowiązanie podmiotu P.P.H.U. POL-SKÓR
do oddania do dyspozycji Odwołującego niezbędnych zasobów zostało opatrzone datą 23 grudnia 2015 r. i nie zawiera w swej treści informacji,

że udostępnienie zasobów nastąpiło nie

później niż w dniu w którym upłynął termin składania ofert, tj. w dniu 22 grudnia 2015 r. Wobec tego, na podstawie niniejszego zobowiązania nie można w sposób niebudzący wątpliwości
stwierdzić, że udostępnienie potencjału technicznego Odwołującemu nastąpiło nie później niż w dniu 22 grudnia 2015 r. Z dokumentu nie wynika więc,

że Odwołujący w dniu składania ofert

dysponował zobowiązaniem podmiotu oddającego niezbędne zasoby, a dokument wystawiony
przez P.P.H.U. POL-SKÓR datowany na dzień 23 grudnia 2015 r. nie potwierdza, by zobowiązanie to dotyczyło także czasookresu poprzedzającego jego wystawienie. Wykonawca
w toku ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego winien dołożyć należytej staranności, aby wykazać,

że spełnia warunki udziału w postępowaniu i nie podlega wykluczeniu

z postępowania. To na wykonawcy spoczywa ciężar dowodu, że spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Odwołujący złożył w ofercie dokument „Zobowiązanie do udostępnienia zasobów" datowany na dzień 18 grudnia 2015 r., który obejmował potencjał techniczny w postaci zamiatarki
Pronar ZMC 3.0. Jak ustalono w toku badania ofert, zamiatarka ta nie spełnia wymagań określonych w części III pkt 2.3 SIWZ, gdyż nie jest to zamiatarka samojezdna.

Pismem z dnia 23 grudnia 2015 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do uzupełnienia dokumentu, potwierdzającego spełnianie ww. warunku nie później niż na dzień składania ofert,
tj. 22 grudnia 2015 r. W odpowiedzi na ww. wezwanie, Odwołujący w dniu 23 grudnia 2015 r. przedstawił inną zamiatarkę niż pierwotnie, tj. zamiatarkę Schoerling na samochodzie Man, co potwierdza, zdaniem Zamawiającego,

że Odwołujący miał świadomość, że zamiatarka Pronar ZMC 3.0 nie

jest samojezdna. Odwołujący mógł bowiem wykazać w uzupełnieniu, że zamiatarka ta w pełni odpowiada wymogom specyfikacji, jednak tego nie uczynił. W związku z uzupełnieniem
dokumentu, który nie potwierdza spełniania warunku udziału na dzień składania ofert, Zamawiający nie badał, czy wskazany w zobowiązaniu sprzęt spełnia wymagania
Zamawiającego. Ponadto, zdaniem Zamawiającego, nawet jeśli przyjąć,

że Odwołujący wykazał spełnianie

warunku udziału w postępowaniu na dzień składania ofert, to nastąpiła zmiana treści złożonej oferty, gdyż wykonawca przedstawił inny przedmiot aniżeli pierwotnie przedstawiony w ofercie, co

---

zgodnie z art. 87 ust. 1 Pzp jest niedopuszczalne.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone na rozprawie przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.
Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący spełnia przesłanki, wskazane w art. 179 ust. 1 Pzp, wymagane do wniesienia odwołania. W przypadku potwierdzenia się zarzutów zawartych

w odwołaniu i przeprowadzenia przez Zamawiającego czynności, o które wniósł Odwołujący, oferta Odwołującego zostałaby uznana za najkorzystniejszą.

Wykonawca Remondis Aqua Trzemeszno Sp. z o.o. przystąpił do niniejszego postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, wypełniając przesłanki określone w art. 185 ust. 2 i ust. 3 Pzp.

Stosownie do art. 192 ust. 7 Pzp, Izba rozpoznała odwołanie w zakresie zarzutów zawartych w odwołaniu.

Izba ustaliła, co następuje.

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający określił warunki udziału w postępowaniu, w tym, w części III pkt 2.3 SIWZ warunek w zakresie obowiązku dysponowania przez wykonawcę potencjałem technicznym w postaci dysponowania co najmniej 1 szt. zamiatarki ulicznej o poj. min. 2 m^3, samojezdnej, wolnobieżnej, bezpylnej. Fakt spełniania warunków udziału w postępowaniu należało wykazać w terminie nie później niż na dzień składania ofert, który został ustalony przez Zamawiającego w SIWZ i ogłoszeniu o zamówieniu w dacie 22 grudnia 2015 r.

Zamawiający opracował wzór formularza „Zobowiązanie do udostępnienia zasobów" w Załączniku nr 6 do SIWZ, który obowiązywał w przypadku korzystania przez wykonawców z potencjału podmiotów trzecich w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. Formularz do wypełnienia zawiera wzór oświadczenia, składanego na podstawie art. 26 ust. 2b Pzp, o zobowiązaniu się podmiotu trzeciego do oddania wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów w określonym zakresie na okres korzystania z nich przy wykonywaniu przedmiotowego zamówienia, z podaniem zakresu, sposobu, warunków/charakteru, innych możliwości i podstawy udostępnienia oraz z określeniem, czy dany podmiot będzie brał udział w realizacji zamówienia.

Odwołujący złożył ofertę, w której przedstawił zobowiązanie podmiotu trzeciego, złożone w trybie art. 26 ust. 2b Pzp z dnia 18 grudnia 2015 r. przez P.P.H.U „POL-SKÓR" J. S. w

zakresie udostępnienia Odwołującemu zasobów potencjału technicznego w postaci zamiatarki PRONAR ZMC 3.0.

W toku badania i oceny ofert Zamawiający ustalił, że zamiatarka wskazana w tym zobowiązaniu nie spełnia wymagań określonych w części III pkt 2.3 SIWZ, gdyż nie jest samojezdna, co nie było kwestionowane przez Odwołującego w toku postępowania.

W dniu 23 grudnia 2015 r. Zamawiający wezwał Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego spełnienie powyższego warunku. Zamawiający podkreślił dodatkowo w wezwaniu, że „Wykonawca jest zobowiązany wykazać spełnianie warunków udziału w postępowaniu nie później niż na dzień składania ofert, tj. 22.12.2015 r."

Odwołujący w dniu 23 grudnia 2015 r. przedłożył Zamawiającemu w ramach uzupełnienia „Zobowiązanie do udostępnienia zasobów", zgodnie z wzorem zawartym w SIWZ, wystawione w dniu 23 grudnia 2015 r. przez P.P.H.U „POL SKÓR" J. S. zawierające oświadczenie o udostępnieniu Odwołującemu zasobów potencjału technicznego w postaci zamiatarki Schoering na samochodzie Man.

W ustalonym stanie faktycznym Izba zważyła, jak poniżej:

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 7 ust.1 Pzp, przez wykluczenie Odwołującego z postępowania z powodu niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Zgodnie z art. 26 ust. 2a i art. 26 ust. 3 Pzp, wykonawca ubiegający się o zamówienie jest zobowiązany wykazać spełnianie warunków udziału w postępowaniu nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert. Ta sama zasada dotyczy wykazania spełniania warunków udziału w wyniku uzupełnienia dokumentów wymaganych w celu potwierdzenia spełniania warunków, na co wprost wskazuje treść art. 26 ust. 3 Pzp. Dla oceny, czy warunek udziału jest spełniony nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert nie ma zasadniczego znaczenia wyłącznie data wystawienia dokumentu, ale istotny jest fakt, czy z treści dokumentu wynika spełnienie warunku na dzień składania ofert. W przypadku zatem uzupełnienia dokumentu opatrzonego datą po terminie składania ofert wymaga każdorazowo analizy, czy z treści tego dokumentu, z informacji w nim zawartych wynika, że okoliczności potwierdzające spełnianie danego warunku udziału w postępowaniu były aktualne nie później niż na dzień składania ofert. Powyższe stanowisko zostało ugruntowane w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący również podzielił powyższą interpretację, jednak nie potrafił wskazać, która treść uzupełnionego zobowiązania potwierdza fakt udostępnienia Odwołującemu przez P.P.H.U. POL-SKÓR zasobów w postaci zamiatarki spełniającej wymagane parametry – na dzień składania ofert, tj. na dzień 22

grudnia 2015 r. Treść omawianego zobowiązania jest jasna
i jednoznaczna, która nie może podlegać interpretacji wbrew literalnemu brzmieniu. Dokument zawiera oświadczenie podmiotu P.P.H.U. POL-SKÓR: „…oświadczamy, iż zobowiązujemy się do
oddania wykonawcy … do dyspozycji niezbędnych zasobów w postaci…". Oświadczenie zostało opatrzone datą 23 grudnia 2015 r. i sformułowane w czasie teraźniejszym, co oznacza,

---

że zostało złożone w dniu wystawienia dokumentu, tj. w dniu 23 grudnia 2015 r. Z treści tego
dokumentu nie wynika, że w dniu składania ofert Odwołujący dysponował wymaganym zasobem technicznym w postaci zamiatarki Schoering na samochodzie Man, skoro zobowiązanie w tym
zakresie zostało złożone przez P.P.H.U. POL-SKÓR dopiero w dniu 23 grudnia 2015 r. Podkreślić należy, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego ma charakter
sformalizowany i jest oparte na sztywnych regułach wynikających z ustawy Pzp. (tak orzekł
Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 28 października 2005 r. sygn. akt V Ca
398/05). Formalizm ten (wynikający z przepisów prawa) ma doniosłe znaczenie z punktu widzenia zachowania w postępowaniu uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.
Te same zasady i procedury muszą obowiązywać w równym stopniu wszystkich wykonawców uczestniczących w postępowaniu, jak też zamawiającego.. Zamawiający nie może dowolnie
odstąpić od przestrzegania tych zasad wobec niektórych tylko wykonawców. Takie działanie zawsze skutkowałoby naruszeniem art. 7 ust. 1 Pzp.

Przepis art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp nakazuje wykluczyć wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu. Zatem to fakt braku wykazania spełniania
warunków ma decydujące znaczenie, jako podstawa wykluczenia wykonawcy, a nie okoliczność, czy wykonawca w rzeczywistości spełnia dany warunek, mimo, że nie przedłożył odpowiednich
dokumentów. Podkreślić też należy, że to na wykonawcy spoczywa ciężar wykazania (dowodu),
że spełnia warunki udziału w postępowaniu. Wykonawca (przedsiębiorca), jako profesjonalista,
winien dołożyć należytej staranności, aby wykazać, że spełnia warunki udziału w postępowaniu i nie podlega wykluczeniu z postępowania.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 26 ust. 4 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp,
w okolicznościach niniejszej sprawy Izba nie stwierdziła wystąpienia przesłanek do wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści uzupełnionego zobowiązania z dnia 23
grudnia 2015 r. Zarówno treść dokumentu zobowiązania złożonego pierwotnie w ofercie, jak i treść dokumentu uzupełnionego w dniu 23 grudnia 2015 r. jest jednoznaczna, nie budzi
jakichkolwiek wątpliwości, które powinny podlegać wyjaśnieniu w trybie art. 26 ust. 4 Pzp. Wyjaśnienie, w rozumieniu zaprezentowanym przez Odwołującego, tj. wyjaśnienie, które miałoby
potwierdzać, wbrew treści złożonego zobowiązania, że w dacie składania ofert aktualne było udostępnienie Odwołującemu potencjału technicznego w postaci zamiatarki samojezdnej,
musiałoby faktycznie prowadzić do zmiany treści oświadczenia z dnia 23 grudnia 2015 r., poprzez jego uzupełnienie o dodatkową, nową treść. Działanie takie jest niezgodne z art. 26 ust.
4 i art. 7 ust. 1 Pzp, gdyż prowadziłoby do bezprawnego obejścia przepisu art. 26 ust. 3 Pzp, który umożliwia Zamawiającemu wyłącznie jednokrotne wezwanie wykonawcy do uzupełnienia
dokumentu w określonym zakresie.

Uwzględniając stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła na podstawie
art. 192 ust. 1 Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz zgodnie z § 3 pkt 1 i 2 oraz § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania. (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: ……