Sygn. akt: KIO 141/17

WYROK
z dnia 31 stycznia 2017 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 31 stycznia 2017 roku w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 stycznia 2017 roku przez wykonawcę **D.P.K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Firma Usługowo - Transportowa „LID" D.P.K. z siedzibą w Olsztynie,**
w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Zarząd Dróg, Zieleni i Transportu z siedzibą w Olsztynie**

przy udziale wykonawcy **R.P. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Segromet R.P. z siedzibą w Olsztynie** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża **Odwołującego D.P.K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Firma Usługowo - Transportowa „LID" D.P.K. z siedzibą w Olsztynie** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego D.P.K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Firma Usługowo - Transportowa „LID" D.P.K. z siedzibą w Olsztynie** tytułem wpisu od odwołania

---

2.2. zasądza od **Odwołującego** - **D.P.K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Firma Usługowo - Transportowa „LID" D.P.K. z siedzibą w Olsztynie** na rzecz **Zarządu Dróg, Zieleni i Transportu z siedzibą w Olsztynie** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych 00/100 groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu kosztów zastępstwa procesowego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 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 Olsztynie.**

Przewodniczący:

……

Sygn. akt KIO 141/17

UZASADNIENIE

W dniu 20 stycznia 2017 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 - dalej: „ustawa Pzp") odwołanie złożył wykonawca **D.P.K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Firma Usługowo - Transportowa „LID" D.P.K. z siedzibą w Olsztynie** (dalej jako „Odwołujący").

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Oczyszczanie terenów

i obiektów administrowanych przez ZDZiT w Olsztynie w latach 2017-2019 - Rejon 2”, prowadzi **Zamawiający - Zarząd Dróg, Zieleni i Transportu w Olsztynie.**

Odwołanie wniesiono od czynności Zamawiającego związanych z badaniem i oceną oferty Wykonawcy - R.P. polegających na zaniechaniu wykluczenia i odrzucenia oferty tego Wykonawcy oraz wyboru z naruszeniem przepisów prawa najkorzystniejszej oferty w postępowaniu. Zaskarżonym czynnościom zarzucono naruszenie przepisów:

1. art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp poprzez jego niezastosowanie, podczas gdy z dokumentów złożonych w aktach postępowania wynika, iż Wykonawca - R.P. nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, określonych w Rozdziale V ust.1 pkt 1 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”) tj. nie wykazał, iż dysponuje lub będzie dysponował samochodem ciężarowym o ładowności min. 5 Mg do wywozu odpadów, a mimo to jego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza,
2. art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp poprzez jego niezastosowanie, podczas gdy z dokumentów w wyniku zamierzonego działania złożonych w sprawie wynika, iż Wykonawca - R.P. wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu i spełnia warunki udziału w postępowaniu, a mianowicie oświadczając zarówno w złożonej przez siebie ofercie jak i w piśmie z dnia 12 grudnia 2016 roku - wykaz wyposażenia, iż jest właścicielem samochodu ciężarowego marki SCANIA 10 Mg, nr rej. NO 7313H, co jest niezgodne z prawdą, bowiem właścicielem przedmiotowego pojazdu jest M.P. (brat Wykonawcy), co doprowadziło do wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej,
3. art. 89 ust 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 4 Pzp poprzez ich niezastosowanie, pomimo, iż z dokumentów znajdujących się w aktach postępowania wynika, iż Wykonawca - R.P. nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz nie wykazał braku podstaw wykluczenia, co powinno skutkować jego wykluczeniem i odrzuceniem oferty, a w konsekwencji brakiem wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej.

W związku z powyższymi zarzutami, Odwołujący wnosił o:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty Wykonawcy - R.P. jako najkorzystniejszej,
2. nakazanie Zamawiającemu wykluczenia oferty Wykonawcy - R.P.
3. nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty Wykonawcy - R.P.
4. nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności zbadania i oceny ofert z pominięciem oferty Wykonawcy - R.P.
5. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego.

Odwołujący zaznaczył, iż informację o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu otrzymał za pośrednictwem poczty elektronicznej w dniu 12 stycznia 2017 roku. Biorąc pod uwagę, że ostatni dzień terminu na wniesienie odwołania przypadał na niedzielę, a więc dzień wolny od pracy, termin ten upływał w następnym dniu roboczym, tj. 22 stycznia 2017 roku. Odwołanie wniesiono z zachowaniem ustawowego terminu. Kopia odwołania została prawidłowo przekazana Zamawiającemu. Odwołujący uiścił wpis w wymaganej wysokości na wskazany rachunek bankowy UZP. Odwołanie nie zawierało zatem braków formalnych.

Odwołujący podkreślił także, że przysługuje mu środek ochrony prawnej w postaci odwołania, ponieważ ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia publicznego. Złożona przez Odwołującego oferta uzyskała 94,45 punktów i była drugą co do kolejności w postępowaniu. W tej sytuacji przy uwzględnieniu odwołania Odwołującego, jego oferta stałaby się najkorzystniejszą. Dlatego też naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, które zostały wskazane w odwołaniu mogłoby spowodować powstanie po stronie Odwołującego szkody w postaci utraconego zysku, jaki Odwołujący uzyskałby, gdyby w wyniku wyboru jego oferty realizowałby przedmiotowe zamówienia publiczne.

W uzasadnieniu wskazano, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Oczyszczanie terenów i obiektów administrowanych przez ZDZiT w Olsztynie w latach 2017-2019 - Rejon 2”. Ogłoszenie o tym zamówieniu zamieszczone zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej Zamawiającego w dniu 6 października 2016 roku pod numerem: 2016/S 195 - 351458. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego dla zamówienia o wartości powyżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust 8 ustawy Pzp. Zamawiający

określił w SIWZ warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej w ten sposób, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy wykażą że dysponują lub będą dysponować m.in. samochodem ciężarowym o ładowności min. 5 Mg do wywozu odpadów.

Wykonawca - R.P. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą: Segromet R.P. w dniu 24 listopada 2016 roku złożył w postępowaniu ofertę, w której wskazał, iż jest właścicielem samochodu ciężarowego o ładowności min. 5 Mg do wywozu odpadów, marki SCANIA 10 Mg, nr rej: NO 7313H. Informację tę potwierdził również w piśmie z dnia 12 grudnia 2016 roku - wykaz wyposażenia, złożonym w odpowiedzi na pismo Zamawiającego z dnia 6 grudnia 2016 roku. Podkreślić również należy, iż składając ofertę Wykonawca - R.P. oświadczył, iż nie bierze udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia wspólnie z innymi wykonawcami, jak również że nie polega na zdolności innych podmiotów w celu spełnienia kryteriów kwalifikacji określonych w części IV oraz kryteriów i zasad określonych w części V Standardowego Formularza Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia.

W dniu 12 stycznia 2017 r. Odwołujący otrzymał od Zamawiającego informację o wyborze najkorzystniejszej oferty, którą okazała się oferta złożona przez Wykonawcę - R.P. . Odwołujący nie zgadza się z wybraniem oferty tego Wykonawcy jako najkorzystniejszej bowiem winien on zostać wykluczony z postępowania a jego oferta winna zostać odrzucona.

Zamawiający naruszył art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp poprzez jego niezastosowanie. Zarówno na dzień składania oferty jak i w chwili składania wykazu wyposażenia z dnia 12 grudnia 2016 roku, a także w chwili wybrania oferty Wykonawcy jako najkorzystniejszej w dniu 12 stycznia 2017 roku, wbrew złożonym oświadczeniom Wykonawca R.P. nie był właścicielem samochodu marki SCANIA 10 Mg o nr rej. NO 7313H. Z informacji uzyskanych od Odwołującego, jak również w Wydziale Komunikacji wynika, iż właścicielem tego pojazdu jest brat Wykonawcy R.P. - Pan M.P.. Podkreślić należy, iż na dzień wybrania jego oferty jako najkorzystniejszej, jak również później nie tylko Wykonawca nie był i nie jest właścicielem pojazdu ale również nie dysponował i nie dysponuje nim chociażby na podstawie umowy najmu czy użyczenia. W aktach postępowania nie znajduje się żaden dokument potwierdzający, że Wykonawca - R.P. posiada jakikolwiek tytuł prawny uprawniający go do dysponowania tym autem. Podkreślić należy, Wykonawca oświadczył iż nie polega na zdolności innych podmiotów w celu spełnienia kryteriów kwalifikacji określonych w części IV oraz kryteriów i zasad określonych w części V Standardowego Formularza Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia.

Dodatkowo podkreślenia wymaga fakt, iż Zamawiający badając ofertę, przed wybraniem najkorzystniejszej oferty winien zweryfikować prawdziwość składanych przez Wykonawców oświadczeń, chociażby w oparciu o posiadaną w sprawie dokumentację lub posiadany przez siebie dostęp do informacji w Wydziale Komunikacyjnym. Skoro

Wykonawca - R.P. nie przedstawił żadnych dokumentów, że dysponuje lub będzie dysponował pojazdem ciężarowym, jak również nie przedstawił żadnych dokumentów co do ewentualnych osób trzecich, na zasoby których miałby się powołać, tym samym nie wykazał, iż spełnia warunki zamówienia.

Biorąc pod uwagę powyższe, w ocenie Odwołującego Wykonawca - R.P. nie wykazał spełnienia warunków zamówienia, na mocy przepisu art. 24 ust 1 pkt 12 Pzp podlegał on wykluczeniu.

W ocenie Odwołującego Zamawiający naruszył również przepis art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp poprzez jego niezastosowanie, bowiem z dokumentów złożonych w sprawie wynika, iż Wykonawca - R.P. w wyniku zamierzonego działania wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu i spełnia warunki udziału w postępowaniu, a mianowicie oświadczając zarówno w złożonej przez siebie ofercie jak i w piśmie z dnia 12 grudnia 2016 roku - wykaz wyposażenia, iż jest właścicielem samochodu ciężarowego marki SCANIA 10 Mg, nr rej. NO 7313H, co jest niezgodne

z prawdą, bowiem właścicielem przedmiotowego pojazdu był i jest M.P. (brat Wykonawcy - R.P.), co doprowadziło do wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej.

O powyższym świadczą umowy najmu sprzętu nr 0391/DI7270/6214/15 z dnia 1 października 2015 roku oraz nr 0394/D17270/6533/16 z dnia 1 stycznia 2016 roku zawarte pomiędzy Skanska S.A. z siedzibą w Warszawie a M.P. (bratem Wykonawcy R.P.), z których jednoznacznie wynika, iż to M.P. jest właścicielem pojazdu marki SCANIA o nr rej. NO 7313H. Podkreślenia wymaga fakt, iż umowa najmu z dnia 1 października 2015 roku zawarta została na czas określony do dnia 31 marca 2018 roku, co świadczy, iż nie było możliwości aby Wykonawca - R.P. dysponował lub mógł dysponować tym samochodem ciężarowym. Dodatkowo umowa z dnia 1 stycznia 2016 roku, zawarta również na czas określony do dnia 31 grudnia 2016 roku potwierdza, iż właścicielem tego pojazdu jest M.P.. Tym samym złożone przez Wykonawcę oświadczenia zarówno w ofercie, jak i w piśmie z dnia 12 grudnia 2016 roku - wykaz wyposażenia jakoby to on był właścicielem pojazdu są nieprawdziwe.

Zastanawiającym jest, iż pomimo złożonych do postępowania umów najmu, Zamawiający nie wezwał Wykonawcy do wyjaśnienia rozbieżności pomiędzy składanymi oświadczeniami co do właściciela pojazdu a informacjami w tym przedmiocie zawartymi w umowach najmu. Na marginesie jedynie wskazać należy, iż złożone przez Wykonawcę - R.P. nieprawdziwe oświadczenia, iż jest on właścicielem pojazdu marki SCANIA o nr rei. NO 7313H są podstawa do złożenia przez Zamawiającego zawiadomienia do Prokuratury o możliwości popełnienia przestępstwa z art. 297 k.k.

Z uwagi na powyższe stwierdzić jednoznacznie należy, iż Wykonawca - R.P. nie wykazał braku podstaw wykluczenia, tak więc na mocy przepisu art. 24 ust 1 pkt 12 Pzp podlegał on wykluczeniu.

Ostatecznie Zamawiający naruszył przepis art. 89 ust 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 4 Pzp poprzez ich niezastosowanie. Pomimo, iż z dokumentów znajdujących się w aktach postępowania wynika, iż Wykonawca - R.P. nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, jak również nie wykazał braku podstaw wykluczenia, co powinno skutkować jego wykluczeniem i odrzuceniem oferty, a w konsekwencji brakiem wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej.

W świetle powyższej argumentacji, zdaniem Odwołującego, nie można mieć wątpliwości, co do tego, że Zamawiający naruszył wskazane przepisy ustawy Pzp poprzez niewykluczenie Wykonawcy - R.P. jako niespełniającego warunków zamówienia, a następnie nieodrzucenie jego jako złożonej przez osobę wykluczoną oferty, z postępowania i w konsekwencji wybranie z naruszeniem prawa oferty Wykonawcy R.P. jako najkorzystniejszej.

Biorąc powyższe pod uwagę, w ocenie Odwołującego odwołanie jest zasadne i zasługuje na uwzględnienie.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści SIWZ, ofert złożonych w postępowaniu, materiałów złożonych na posiedzeniu i rozprawie, włączonych w poczet materiału dowodowego, stanowisk i oświadczeń Stron i Uczestnika postępowania zaprezentowanych pisemnie i w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Na wstępie ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, Izba skierowała odwołanie na rozprawę.

Następnie Izba ustaliła, że Odwołujący jako wykonawca, którego oferta, − w przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania, może zostać wybrana jako najkorzystniejsza spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze − środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, w tym zaniechanie wykonania czynności, do których był zobowiązany, może spowodować poniesienie przez niego szkody, polegającej nieuzyskaniu zamówienia. Izba nie uwzględniła wniosków Przystępującego zawartych w zgłoszeniu przystąpienia, że z uwagi na wybór jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego

w innych częściach zamówienia nie spełnia on w danej części warunków udziału w postępowaniu i nie ma interesu we wniesieniu odwołania. Dostrzeżenia w ocenie składu orzekającego Izby wymaga, iż twierdzenia takie mogą być podstawą zarzutu odrębnego odwołania, nie stanowią natomiast o istnieniu lub nieistnieniu interesu w korzystaniu ze środków ochrony prawnej. Izba w postępowaniu odwoławczym nie ocenia merytorycznie oferty nie będącej przedmiotem odwołania, ani tym bardziej prawidłowości prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w innym zakresie, niż wskazywany w odwołaniu. Oferta Odwołującego oraz poziom spełniania przez niego warunków nie była przedmiotem rozstrzygania przed Izbą, w tej materii decydująca była ocena dokonana przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, która samoczynnie nie podlega kontroli Izby, zatem jeżeli oceniono, że wykonawca wnoszący odwołanie spełniał warunki udziału w postępowaniu, a decyzji tej żaden z pozostałych wykonawców nie zakwestionował, to możliwość uzyskania zamówienia w części zamówienia, w której wniesiono zarzuty nie budziła wątpliwości Izby.

W dniu 25 stycznia 2017 roku, odpowiadając na wezwanie Zamawiającego, do postępowania odwoławczego zgłoszenie przystąpienia po stronie Zamawiającego złożył wykonawca **R.P. , prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Segromet R.P. z siedzibą w Olsztynie.** Przystąpienie uznano za skuteczne. Przystępujący wnosił o oddalenie odwołania w całości jako bezzasadnego.

W ocenie Przystępującego podniesiony zarzut dotyczący spełniania warunku udziału, tj. posiadania samochodu ciężarowego o ładowności min. 5 Mg do wywozu odpadów jest bezzasadny. Wykonawca oświadczył w przystąpieniu, że od dnia 03.11.2016 roku jest właścicielem pojazdu SCANIA P 124 nr rej. 7313H, który został podany w oświadczeniu JEDZ, na co przedstawił fakturę VAT nr FV 47B/2016 z dnia 3.11.2016r. (od której Sprzedający odprowadził w miesiącu grudniu podatek VAT). Rejestracja (przerejestrowanie) pojazdu jest w trakcie realizacji.

Na marginesie Przystępujący zauważył, że Odwołujący nie ma interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia odwołania na jego korzyść, ponieważ nie spełnia warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący uczestniczył w dwóch postępowaniach prowadzonych przez tego samego Zamawiającego na różne rejony. Oświadczając, że spełnia warunki udziału w postępowaniu w obu wskazał na te same jednostki sprzętu. Oferta Odwołującego została wybrana w Rejonie 3 i tym samym wskazany w JEDZ sprzęt zostanie wysłany do wykonywania tej części zamówienia, bowiem Zamawiający żądał wykazania się sprzętem dla każdego z postępowań.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o jego oddalenie.

Na podstawie zgromadzonego materiału dowodowego Izba ustaliła, że:

W dniu 6 grudnia 2016 roku Przystępujący na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp został wezwany do złożenia aktualnych dokumentów i oświadczeń między innymi w zakresie wykazu narzędzi, wyposażenia zakładu lub urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy w celu wykonania zamówienia wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi zasobami. Zamawiający wymagał dysponowania samochodem ciężarowym o ładowności min. 5 Mg do wywozu odpadów.

Wykonawca uzupełnił wymagane dokumenty, składając niezbędny wykaz narzędzi, w którym wskazał że na własność posiada samochód marki SCANIA 10 Mg o nr rejestracyjnym NO7313H.

Na posiedzeniu Odwołujący przedstawił kopię fakturę sprzedaży samochodu złączoną w kopii do zgłoszenia przystąpienia wraz z adnotacją Urzędu Miasta Olsztyna Wydział Komunikacji o zarejestrowaniu pojazdu pod określonym numerem rejestracyjnym oraz kopię protokołu zdawczo – odbiorczego stanowiącego załącznik do umowy sprzedaży samochodu. Przystępujący okazał oryginały tych dokumentów. Przystępujący złożył także kopię wyciągu z karty pojazdu – strony, na których uwidoczniono zmianę właścicieli lub zmianę numerów rejestracyjnych pojazdu, okazując oryginał dokumentu.

Izba ustaliła, że Odwołujący w odwołaniu prawidłowo przytoczył zapisy SIWZ istotne z punktu istnienia sporu między Stronami, w tym zapisy dotyczące wyznaczonych warunków udziału w postępowaniu.

Na podstawie dokonanych ustaleń, skład orzekający Izby uznał, iż odwołanie w całości podlegało oddaleniu.

Przy ocenie adekwatności treści oferty do wymagań Zamawiającego określonych w SIWZ i innych dokumentach składających się na dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, uwzględnia się zawodowy charakter działalności wykonawcy i zwiększone w związku z tym oczekiwania, co do jego profesjonalizmu, obejmującego znajomość przepisów prawa i warunków prowadzenia działalności, w tym realiów danego segmentu rynku.

Odnosząc się do zarzutów naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 i 16 ustawy Pzp, w ocenie Izby, Wykonawca wybrany prawidłowo potwierdził spełnianie warunku udziału

w postępowaniu z zakresie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym w postaci samochodu o określonych parametrach. Jak już ustalono w uzasadnieniu niniejszego orzeczenia, skład orzekający Izby uznał także, że Przystępujący prawidłowo wykazał podstawy dysponowania niezbędnym zasobem uprawdopodobniając fakt nabycia samochodu. Wykonawca złożył wraz z ofertą Jednolity Europejski Dokument Zamówienia, w którym umieścił wykaz niezbędnych narzędzi. Wskazał podstawę dysponowania owymi narzędziami, a dodatkowo na wezwanie Zamawiającego przedstawił w odrębnym dokumencie Wykaz narzędzi i potwierdził ponownie, która część wymienionego zasobu stanowi jego własność. Zamawiający nie wymagał przedłożenia wraz z ofertą, ani na dodatkowe wezwanie innych dokumentów, które potwierdzać miałyby oświadczenia znajdujące się w ofercie. Bazując więc na zgromadzonych dokumentach Zamawiający prawidłowo ustalił, że Przystępujący spełnia warunki udziału w postępowaniu. Jak wskazywał w odpowiedzi na odwołanie i na rozprawie Zamawiający, dodatkową analizę przeprowadzono również po wniesieniu odwołania. Także w tym momencie, Zamawiający nie znalazł podstaw, aby podważyć prawdziwość twierdzeń Przystępującego. Fakt zakupu samochodu od brata Przystępującego prowadzącego działalność gospodarczą nie może jeszcze świadczyć o pozorności danej czynności prawnej i działaniu na szkodę strony Zamawiającej. Zgodnie z zasadą prowadzenia działalności gospodarczej, obie strony stosunku prawnego mają swobodę w wyborze kontrahenta co do zbycia lub nabycia danego dobra. Faktu pozorności nabycia lub też nabycia samochodu w innej dacie, niż wynika z przedstawionej faktury nie mogły również potwierdzić dokumenty podatkowo-księgowe, o złożenie których przez Przystępującego wnioskował Odwołujący. Jak słusznie zauważył na rozprawie Zamawiający odnoszą się one do uprawnień, a nie obowiązków strony przystępującej. Tak więc rzeczywiście odprowadzenie podatku, czy też wprowadzenie pojazdu do ewidencji środków trwałych może nie pokrywać się z datą nabycia samochodu, nie świadczy to jednak o braku wykazania spełniania przez Przystępującego warunku udziału w postępowaniu.

W rezultacie, brak jest także podstaw do uznania działania Przystępującego jako zamierzonego wprowadzenia Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu i spełnia warunki udziału w postępowaniu. Odwołujący nie wykazał ani celowego działania, ani też przypadku mniejszej wagi - lekkomyślności. Ze złożonych przez Przystępującego z ofertą i na rozprawie dokumentów nie wynika złożenie nieprawdziwych informacji. Z dołączonego do oferty Wykonawcy wybranego oferty JEDZ-a – wynika fakt dysponowania samochodem o określonych parametrach, fakt ten potwierdza dodatkowo przedstawiona faktura nabycia samochodu. W ocenie Izby, sposób odkodowania podanych

informacji w JEDZ-u załączonym do oferty Wykonawcy wybranego w kontekście postawionego w SIWZ wymogu w sposób określony w odwołaniu jest co najmniej wątpliwy. Odwołujący nie przeprowadził żadnego postępowania dowodowego, tymczasem Przystępujący złożył zarówno fakturę potwierdzającą nabycie określonej rzeczy oraz protokół zdawczo-odbiorczy. Dodatkowo na złożonej fakturze znajduje się adnotacja właściwego miejscowo wydziału komunikacji, potwierdzająca okoliczność przerejestrowania samochodu. Wszystkie Strony postępowania odwoławczego zgodnie twierdziły, iż rzeczywiście fakt

przerejestrowania samochodu miał miejsce dopiero około trzech miesięcy po jego zakupie, jednakże jak słusznie zauważyli Zamawiający i Przystępujący, choć okoliczność ta może być podstawą do pociągnięcia Przystępującego do odpowiedzialności na bazie regulacji prawnej Prawo o ruchu drogowym i Kodeks wykroczeń, w żaden sposób nie wpływa natomiast na okoliczność wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu dysponowania odpowiednim potencjałem, a już z pewnością nie ma odniesienia do skutecznego przeniesienia prawa własności do określonego dobra materialnego. Warto także podkreślić, że umowa sprzedaży samochodu nie musiała mieć nawet formy pisemnej, a więc przedstawienie faktury było wystarczające co uprawdopodobnienia przeniesienia własności rzeczy.

Postępowanie przed Izbą stanowi postępowanie kontradyktoryjne, czyli sporne, a z istoty tego postępowania wynika, iż spór toczą Strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne. Powołując w tym miejscu na regulację art. 14 Pzp do czynności podejmowanych przez Zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku - Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej; przechodząc do art. 6 Kodeksu cywilnego zgodnie z którym ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne należy wskazać, że właśnie z tej zasady wynika reguła art. 190 ust 1 Pzp. Przepis art. 6 Kc wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne: *ei incubit probatio qui dicit non qui negat* (na tym ciąży dowód kto twierdzi a nie na tym kto zaprzecza). Tym samym w ocenie Izby Odwołujący w zakresie tych zarzutów nie podołał ciążącemu na nim obowiązkowi, w konsekwencji czego zarzuty należało oddalić. Jak wskazano w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie w sprawie o sygn. akt: V Ca 571/08, kontradyktoryjny charakter postępowania odwoławczego przed KIO pozostawia inicjatywę dowodową stronom, nie nakładając na KIO obowiązku ustalenia prawdy materialnej.

11

Podobnie również stwierdził SO w Katowicach w wyroku o sygn. XIX Ga 92/08, iż: *"w postępowaniu odwoławczym przed KIO to strony postępowania, a nie Izba winna poszukiwać i wykazać dowody na poparcie swoich twierdzeń. Zatem obowiązkiem strony na której spoczywa ciężar dowodu jest wskazanie wszystkich okoliczności, od których zależy powodzenie wnoszonego odwołania. W przedmiotowej sprawie dotyczyło to Odwołującego".* W żadnym wypadku, Odwołujący nie udowodnił, że wykonawca wybrany, w ramach dysponowania określonym potencjałem, nie spełnił warunku, tym bardziej nie wykazał, że złożone przez Przystępującego oświadczenia były nieprawdziwe i zmierzały do wprowadzenia Zamawiającego w błąd.

Z tych powodów nie uznano również potwierdzenia się zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp.

Reasumując, z tych powodów odwołanie podlegało oddaleniu w całości.

Zgodnie z art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. W świetle prawidłowego zastosowania przepisów ustawy Pzp odwołanie nie mogło zostać uwzględnione.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji wyroku.

12

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i ust. 10 ustawy Pzp, a także w oparciu o § 5 ust. 3 pkt 1 i § 5 ust 4 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 i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), tj. stosownie do wyniku postępowania, przyznając koszty zastępstwa procesowego postępowania Stronie Zamawiającej.

Przewodniczący:

……