

WYROK
z dnia 2 listopada 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Rzońca

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 października 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 października 2011 r. przez wykonawcę **"Towing" Sp. z o.o., ul. Instalatorów 5, 02-237 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Stołeczne Warszawa - Zarząd Dróg Miejskich, ul. Chmielna 120, 00-801 Warszawa,**

przy udziale wykonawcy **ON Traffic Sp. z o.o., ul. Ateńska 10 m. 80, 03-978 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje w części 1 zamówienia na „usługi usuwania i przechowywania pojazdów usuwanych z dróg na terenie Warszawy lewobrzeżnej”, unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, wezwanie wykonawcy ON Traffic Sp. z o.o., ul. Ateńska 10 m. 80, 03-978 Warszawa, w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do przedłożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym (opis sposobu dokonania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu - pkt. 7.3.1 ppkt. 1 lit. a) i b) oraz ppkt. 2 lit. b) – pojazd o d.m.c pow. 7500 kg do 16000 kg), dokonanie ponownego badania i oceny ofert w postępowaniu w zakresie części 1;

2. kosztami postępowania obciąża **Miasto Stołeczne Warszawa - Zarząd Dróg Miejskich, ul. Chmielna 120, 00-801 Warszawa** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **"Towing" Sp. z o.o., ul. Instalatorów 5, 02-237 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od **Miasta Stołecznego Warszawy - Zarządu Dróg Miejskich, ul. Chmielna 120, 00-801 Warszawa** na rzecz **"Towing" Sp. z o.o., ul. Instalatorów 5, 02-237 Warszawa** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

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 Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Miasto Stołeczne Warszawa - Zarząd Dróg Miejskich, ul. Chmielna 120, 00-801 Warszawa (dalej: „zamawiający”) - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) – zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp” – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usuwanie i przechowywanie pojazdów z dróg leżących na terenie m.st. Warszawy w trybie art. 50a i 130a ustawy z dnia 20 czerwca 1997 roku Prawo o ruchu drogowym (Dz. U. z 2005 r. Nr 108, poz. 908 z późn. zm.), zwanej dalej „PoRD”.

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W dniu 7 października 2011 r. zamawiający przekazał wykonawcom, w tym TOWING Sp. z o.o., ul. Instalatorów 5, 02-237 Warszawa (dalej: „odwołujący” lub „TOWING”) - informację o wyborze najkorzystniejszej za którą - w części 1 (Warszawa lewobrzeżna) - została uznana oferta wykonawcy ON Traffic sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ul. Ateńskiej 10 m. 80 (dalej: „ON Traffic” lub „Przystępujący”).

W dniu 17 października 2011 r. TOWING wniósł odwołanie od niezgodnej z przepisami Pzp czynności zamawiającego, polegającej na zaniechaniu – w ramach części 1 - wykluczenia ON Traffic oraz wyboru oferty złożonej przez wskazanego wykonawcę jako najkorzystniejszej.

Odwołujący czynnościom zamawiającego zarzucał naruszenie niżej wymienionych przepisów ustawy:

1. art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy, poprzez zaniechanie wykluczenia z udziału w postępowaniu wykonawcy ON Traffic pomimo, że zaistniały okoliczności nakazujące zamawiającemu dokonanie takiej czynności;
2. art. 24 ust. 2 pkt. 3 ustawy, poprzez zaniechanie wykluczenia z udziału w postępowaniu wykonawcy ON Traffic, pomimo złożenia przez niego nieprawdziwych oświadczeń, których treść miała wpływ na wynik postępowania;
3. art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy, poprzez naruszenie zasady równego traktowania wykonawców oraz udzielenie zamówienia wykonawcy, który nie został wybrany zgodnie z przepisami ustawy,

4. art. 8 ust. 1 i ust. 2 ustawy poprzez uniemożliwienie odwołującemu zapoznanie się z dokumentami potwierdzającymi spełnianie warunków udziału w postępowaniu, które nie zostały objęte klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa.

Odwołujący wnosił o:

1. nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu,
2. dokonanie uprzednio zaniechanych czynności, polegających na wykluczeniu z postępowania ON Traffic,
3. nakazanie zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej.

W treści uzasadnienia odwołujący podnosił, że:

I.

1. Zamawiający w pkt. 7.3. specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „siwz” lub „specyfikacja”) określił opis sposobu oceny spełniania warunku udziału w przetargu. Zgodnie z wymogami zawartymi w pkt. 7.3.1.1.a) i.b) wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia musiał dysponować:

- a) 150 miejscami dla pojazdów usuwanych w trybie art. 130a PoRD,
- b) 300 miejscami dla pojazdów usuwanych w trybie art. 50a PoRD.

Wobec powyższego wykonawca musiał dysponować, co najmniej 450 miejscami parkingowymi. Zdaniem odwołującego ON Traffic nie wykazał dysponowania łącznie taką ilością miejsc. Nie można bowiem, w ocenie odwołującego, uznać wyjaśnień złożonych przez ON Traffic w piśmie z dnia 29 września 2011 r. kierowanym do zamawiającego, w którym wykonawca informował, że po wygraniu przetargu będzie miał możliwość zwiększenia aktualnie posiadanej ilości miejsc do wielkości wymaganych przez zamawiającego. Zdaniem odwołującego z treści wskazanego pisma ON Traffic jednoznacznie wynika, że na dzień składania ofert wykonawca nie spełnił warunku udziału w przetargu w zakresie wymaganej ilości miejsc parkingowych zarówno w odniesieniu do art. 130a jak i art. 50a PoRD. ON Traffic dopiero po wygraniu przetargu i zawarciu umowy z ZDM będzie dysponować ww. ilością miejsc. Odwołujący podnosił, że ilość miejsc jakimi w dacie składania ofert dysponował ON Traffic wynosiła łącznie 192 dla lokalizacji w Warszawie przy ul. Srebrnej i ul. Cybernetyki. W opinii odwołującego wymieniona ilość miejsc przez zamawiającego nie odpowiada rzeczywistości. Odwołujący podnosił, że wykonawca w składanych wyjaśnieniach wskazuje na maksymalne pojemności placów przeznaczonych do realizacji zamówienia, gdy tymczasem są one użytkowane również przez inne podmioty, które mają podpisane umowy z właścicielami

terenu. Jako dowód wskazywał na zeznania świadka Pana Czesława Z. Jednocześnie podkreślał, że zawarta w treści wyjaśnienia informacja o dodatkowym parkingu zlokalizowanym przy ul. Kobielskiej 7 w Mińsku Mazowieckim, nie może w świetle zapisów siwz potwierdzać warunków udziału w postępowaniu, ponieważ zgodnie z treścią specyfikacji, dla pojazdów usuwanych w trybie art. 50a PoRD, parkingi muszą być umiejscowione w granicach m. st. Warszawy lub gmin sąsiadujących (pkt. 7.3.1.1.b siwz). Tymczasem granice m. st. Warszawy nie sąsiadują tak z miastem Mińsk Mazowiecki jak i z gminą Mińsk Mazowiecki. W konsekwencji, w ocenie odwołującego, ON Traffic nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, określonego w pkt. 7.3.1.1.a i b) specyfikacji w zakresie ilości miejsc parkingowych.

2. Odwołujący podnosił, że zamawiający w pkt. 7.3.1. siwz zarówno w ppkt. 1) jak i ppkt. 2) określił parametry jakie muszą spełniać parkingi. Zgodnie z warunkami udziału w przetargu zawartymi w specyfikacji parkingi muszą między innymi:

- a) posiadać utwardzoną, lub w inny sposób zabezpieczoną przed zaleganiem wody i błota nawierzchnię,
- b) posiadać ogrodzenie, oświetlenie i oznakowanie posesji.

Odwołujący wskazywał, że podany w ofercie ON Traffic parking zlokalizowany w Warszawie przy ul. Srebrnej nie spełnia wskazanego wymogu. Na posesji w części miejsc przeznaczonych na parkowanie pojazdów nie ma utwardzonych stanowisk, które zgodnie z wymogiem zamawiającego powinny być zabezpieczone przed zaleganiem wody i błota. Na placu parkingowym w miejscach przeznaczonych do parkowania pojazdów jest nawierzchnia trawiasta, nie spełniająca zawartego w siwz wymogu zabezpieczenia przed zaleganiem wody i błota. W opinii odwołującego nie można uznać, że warunek udziału w przetargu został spełniony, jeżeli tylko na jednym z placów przeznaczonych do realizacji zamówienia znajdują się warunki spełniające wymogi siwz.

Z ostrożności procesowej, odwołujący podnosił, że również na terenie placu zlokalizowanego w Mińsku Mazowieckim, nawierzchnia nie spełnia wymogów określonych w siwz.

3. Odwołujący wyjaśniał, że w związku z wymogiem zawartym w pkt. 7.3.1.ppkt. 2) siwz dotyczącym dysponowaniem odpowiednimi pojazdami do realizacji zamówienia, zamawiający pismem z dnia 27 września 2011 r. wezwał ON Traffic do złożenia wyjaśnień, odnośnie przedstawionych w ofercie dokumentów, w zakresie dysponowania odpowiednią ilością pojazdów. W ocenie odwołującego z odpowiedzi ON Traffic wynika, że wskazany podmiot nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, gdyż samochód o d.m.c. od 7,5 t do 16 t - MERCEDES 814 nr rej. WWL9JA6 – wskazany przez wykonawcę - nie spełnia warunków

określonych w treści siwz, ponieważ ww. model samochodu nie posiada wymaganej ładowności. Odwołujący podnosił, że samochody marki Mercedes 814 są samochodami o dopuszczalnej masie całkowitej (dalej: dmc) od 6490 do 8600 kg. Tym samym wymogu dotyczącego dysponowania samochodem o dmc od 7500 kg do 16000 kg wykonawca ON Traffic nie wykazał, zatem winien być wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 4 Pzp.

4. Kolejno odwołujący wskazywał, że zgodnie z pkt. 7.3.2. siwz wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia winien był wykazać, że jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności zgodnej z przedmiotem niniejszego zamówienia, na wartość co najmniej 600.000,00 zł. Ponadto zamawiający w odpowiedzi na pytania zadane do treści siwz poinformował wykonawców, że przedstawiona polisa ubezpieczeniowa ma zawierać wskazanie PKD zgodne z zakresem zamówienia tj. 52.21.Z. ON Traffic w złożonej ofercie przedstawił polisę, która obejmuje ubezpieczeniem inny zakres działalności niż objęty przedmiotem zamówienia. Polisa OC działalności ON Traffic obejmuje OC deliktowe (na rzecz osób trzecich) i kontraktowe (na rzecz kontrahenta) z sumą gwarancyjną 600.000,00 zł. W polisie jako zakres działalności objętej ochroną ubezpieczeniową został wskazany numer PKD 52.21. Zakres został rozszerzony w treści polisy o klauzulę nr 9 tj. odpowiedzialność za szkody powstałe w mieniu powierzonym, które stanowiło przedmiot obróbki, naprawy, czyszczenia lub innych usług o podobnym charakterze wykonywanych przez Ubezpieczonego tj. ON Traffic. W Ogólnych Warunkach Ubezpieczenia PZU zawarta jest jednak klauzula nr 11, która swym zakresem obejmuje szkody powstałe w pojazdach mechanicznych przechowywanych, kontrolowanych lub chronionych przez Ubezpieczonego - tzw. klauzula OC parking strzeżonego. Wskazana klauzula nr 11 nie została włączona w polisę OC przedstawioną przez ON Traffic. Zdaniem odwołującego nie można uznać, że ON Traffic jest ubezpieczony w zakresie zgodnym z przedmiotem zamówienia, co było wymaganym warunkiem udziału w postępowaniu określonym przez zamawiającego postanowieniami pkt. 7.3.2. siwz. Ponadto odwołujący podnosił, że przedstawiona polisa została opłacona jest jedynie w zakresie I raty. W opinii odwołującego nie można uznać, że wykonawca jest całkowicie ubezpieczony, ponieważ brak wpłaty kolejnej raty spowoduje wygaśnięcie ochrony ubezpieczeniowej. Wobec tego, że załączona do oferty polisa OC nie obejmuje działalności zgodnej z przedmiotem zamówienia (a bezsprzecznie usługi parkingu strzeżonego objęte są przedmiotem zamówienia), zdaniem odwołującego uznać należy, że warunek udziału w przetargu określony w pkt. 7.3.2. siwz nie został spełniony, co skutkować powinno jego wykluczeniem na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy.

II. Kolejno odwołujący odniósł się do naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt. 3 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy ON Traffic wskazując, że

wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Odwołujący podnosił, że ON Traffic świadomie wprowadza zamawiającego oraz pozostałych uczestników postępowania w błąd co do wielkości potencjału jakim dysponuje w odniesieniu do ilości miejsc parkingowych. Wyjaśniał, że profesjonalnie działająca firma musi zdawać sobie sprawę jakie są normy przyjęte na parkowanie jednego pojazdu. Tymczasem ON Traffic składa oświadczenia o dysponowaniu ilością miejsc parkingowych odnoszących się do całego placu parkingowego bez uwzględniania dróg dojazdowych, ilości już parkujących samochodów czy norm przyjętych dla parkowania pojedynczego pojazdu. W ocenie odwołującego złożone oświadczenia mają jedynie wykazać, że spełniony jest warunek udziału w przetargu a nie rzeczywiste pojemności wykazanych miejsc parkingowych. Z tego względu odwołujący uważał, że ON Traffic złożył świadomie nieprawdziwe oświadczenia, które mają umożliwić uzyskanie zamówienia publicznego. W opinii odwołującego ziszcza się przesłanka wskazana w art. 24 ust. 2 pkt. 3 ustawy, na podstawie której wykonawca składający nieprawdziwe oświadczenia powinien zostać wykluczony z udziału w postępowaniu. Zaniechanie zamawiającego polegające na braku wykluczenia z postępowania ON Traffic zdaniem odwołującego świadczy o naruszeniu zasady równego traktowania wykonawców wyrażonej w art. 7 ust. 1 Pzp oraz udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z zasadami określonymi w przepisach ustawy, tj. art. 7 ust. 3 Pzp. Uzasadniając naruszenie przez zamawiającego art. 7 ust. 1 Pzp odwołujący podkreślał, że zamawiający prowadzi przedmiotowe postępowanie w sposób naruszający uczciwą konkurencję poprzez faworyzując ON Traffic, poprzez zaniechanie decyzji o wykluczeniu wskazanego podmiotu z powodów wskazanych w uzasadnieniu niniejszego odwołania.

III. Odwołujący wskazywał również na ograniczanie przez zamawiającego dostępu do akt postępowania po otrzymaniu przez odwołującego informacji o wyniku postępowania. Wyjaśniał, że udał się do siedziby zamawiającego w dniu 10 października 2011 r. celem weryfikacji czynności proceduralnych w zakresie toczącego się postępowania o zamówienie publiczne, natomiast zamawiający, uprzedzony odpowiednio wcześniej przez odwołującego, ograniczył mu dostęp do dokumentacji postępowania, poprzez nie udostępnienie dowodów rejestracyjnych pojazdów jakimi dysponuje wykonawca ON Traffic, a które są niezbędne dla spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający nie okazał przedstawicielom odwołującego dowodów rejestracyjnych, na podstawie których możliwe było by zweryfikowanie czy istotnie wykonawca ON Traffic spełnia warunki udziału w przetargu w zakresie pojazdów niezbędnych do realizacji zamówienia. Zdaniem odwołującego wobec powyższego budzącym wątpliwości jest przestrzeganie przez zamawiającego w niniejszym postępowaniu zasad przejrzystości i bezstronności. Podkreślał, że ograniczenie dostępu do dokumentacji postępowania skutecznie uniemożliwiło wykonawcy pełną weryfikację zgodności

przeprowadzonej procedury z przepisami prawa oraz możliwość zgromadzenia wnikliwego materiału dowodowego, także w przypadku wnoszenia odwołania.

Zdaniem odwołującego wybór oferty ON Traffic jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu został dokonany z naruszeniem przepisów ustawy, co bezspornie wynika z wyżej wskazanego uzasadnienia odwołania.

W dniu 17 października 2011 r. odwołujący przekazał zamawiającemu kopię niniejszego odwołania.

W dniu 19 października 2011 r. zamawiający przesłał kopię ww. odwołania wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia wraz z wezwaniem do przystąpienia do postępowania odwoławczego.

W dniu 21 października 2011 r. w formie pisemnej zgłoszenie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego złożył wykonawca ON Traffic. Izba ustaliła na posiedzeniu Izby, że strony otrzymały kopię ww. zgłoszenia.

Uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przedstawioną przez zamawiającego na rozprawie oraz stanowiska i oświadczenia stron złożone na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Okoliczności faktyczne sprawy, w szczególności postanowienia specyfikacji, treść oferty ON Traffic oraz wyjaśnienia złożone przez tego wykonawcę, zostały prawidłowo przytoczone w odwołaniu, co zostało zreferowane powyżej.

Na wstępie Izba stwierdza, że nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 Pzp, jak również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 179 ust. 1 Pzp.

Izba potwierdziła skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wykonawcy ON Traffic.

Izba rozpoznała zarzuty odwołania i stwierdziła, że zarzuty zgłoszone w odwołaniu w części potwierdziły się, zatem odwołanie zasługuje na uwzględnienie. W ocenie Izby ON

Traffic, nie wykazał w sposób prawidłowy i wystarczający spełnienia ww. warunków udziału w postępowaniu a podkreślić należy, że zgodnie z dyspozycją art. 24 ust. 2 pkt. 4 Pzp to na wykonawcy składającym ofertę spoczywa obowiązek wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

- I. Izba rozpoznała poszczególne zarzuty naruszenia art. 24 ust. 2 pkt. 4 Pzp i stwierdziła, że zarzuty w tym zakresie w części potwierdziły się.
1. W pierwszej kolejności Izba rozpoznała zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt. 4 Pzp odnoszące się do konieczności dysponowania odpowiednimi parkingami z określoną ilością miejsc parkingowych w określonej przez zamawiającego lokalizacji i stwierdziła, że zarzut w tym zakresie potwierdził się.

Zgodnie postanowieniami siwz pkt. 7.3.1 ppkt. 1 wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia winien był wykazać, że będzie dysponować 150 miejscami parkingowymi na parkingach zlokalizowanych w granicach m. st. Warszawy dla pojazdów usuwanych w trybie art. 130a PoRD (lit. a) oraz 300 miejscami parkingowymi na parkingach zlokalizowanych w granicach m.st. Warszawy lub gmin sąsiadujących dla pojazdów usuwanych w trybie art. 50a ww. ustawy (lit. b). Na potwierdzenie spełnienia powyższych warunków wykonawcy zgodnie z pkt. 8.1.2 siwz winni byli przedłożyć oświadczenie o posiadanym potencjale technicznym zgodne ze wzorem załącznika nr 2 do siwz. Powyższy załącznik zawierał tabelę składającą się z 4 kolumn tj. „Lp.”, „Rodzaj narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych”, „Ilość (sz.)”, „Informacja o podstawie dysponowania”. Niniejsze dane należało podać dla zarówno dla parkingów do przechowywania pojazdów zarówno dla pojazdów usuwanych w trybie art. 130a PoRD jak również dla pojazdów usuwanych w trybie art. 50a PoRD. Zgodnie z pkt. 8.1.5 siwz wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia, w przypadku korzystania z potencjału innych podmiotów, winni byli przedstawić pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia.

Oferta ON Traffic zawierała (na str. 5 oferty) oświadczenie o posiadanym potencjale technicznym według wymaganego przez zamawiającego wzoru. W części dotyczącej parkingów do przechowywania pojazdów wykonawca wskazał:

1. Dla pojazdów usuwanych w trybie art. 130a PoRD 2 parkingi tj., parking przy ul. Cybernetyki 15 – 350 miejsc oraz parking przy ul. Srebrnej 16 – 160 miejsc.
2. Dla pojazdów usuwanych w trybie art. 50a PoRD 2 parkingi tj., parking przy ul. Cybernetyki 15 – 300 miejsc oraz parking przy ul. Srebrnej 7 w Mińsku Mazowieckim – 500 miejsc.

Dla obu parkingów w kolumnie „Informacja o podstawie dysponowania” On Traffic wskazał „Umowa współpracy”. Do powyższego dokumentu przystępujący załączył oświadczenia (str. 12-14) datowane na dzień 16.09.2011 r. następujących podmiotów: Usługi Parkingowe Jerzy Stolarczuk, ul. Lubelska 20/20A, Warszawa; Mechanika Pojazdowa Blacharstwo, Lakiernictwo, M. Gańko W. Gańko, ul. Kołbielska 7, Mińsk Mazowiecki; Czesław Z., ul. Międzyborska 73/6, Warszawa. Treść wszystkich powyższych oświadczeń posiadała następujące brzmienie: „Niniejszym zobowiązuje się do oddania do dyspozycji ON TRAFFIC Sp. z o.o. wszelkich niezbędnych zasobów dotyczących wiedzy i doświadczenia osób zdolnych do wykonania zamówienia wraz z potencjałem technicznym mojej firmy na okres korzystania z nich w trakcie obowiązywania niniejszej umowy”. Niniejsze dokumenty zostały opatrzone odręcznymi dopiskami z podpisem „Lech Owskiak”, tj.:

- oświadczeniu firmy Usługi Parkingowe Jerzy Stolarczuk, ul. Lubelska 20/20A, Warszawa (str.12) - „Parking ul. Cybernetyki 15, 4000m2, 350 miejsc parkingowych – art. 130a oraz II część parkingu – 4000m2 – 300 miejsc – art. 50a”;
- oświadczeniu firmy Mechanika Pojazdowa Blacharstwo, Lakiernictwo, M. Gańko W. Gańko, ul. Kołbielska 7, Mińsk Mazowiecki (str.13) - „Parking 7500m2 500 miejsc parkingowych, stacja demontażu pojazdów, del. woj. maz. W-5”;
- oświadczeniu Pana Czesława Z., ul. Międzyborska 73/6, Warszawa (str.14) - „Parking ul. Srebrna 16, 2800m2, 160 miejsc parkingowych”.

W dniu 22 września 2011 r. zamawiający przeprowadził wizję lokalną na dwóch parkingach przy ul. Srebrnej 16 oraz na ul. Cybernetyki 15 w Warszawie. Z ustaleń zamawiającego wynikało, że parking przy ul. Srebrnej 16 na potrzeby wykonania zamówienia dysponował 46 miejscami parkingowymi, natomiast parking przy ul. Cybernetyki – 146 miejscami parkingowymi.

Pismem z dnia 27.09.2011 r. zamawiający w trybie art. 26 ust. 4 Pzp wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu, dotyczących dysponowania określoną ilością miejsc na parkingach wskazanych w ofercie, ponieważ ilość miejsc z tabeli sporządzonej zgodnie z załącznikiem nr 2 do siwz nie zgadzała się z ilością miejsc ilością miejsc na parkingach podczas wizji lokalnej przeprowadzonej przez zamawiającego.

W wyjaśnieniach złożonych pismem z dnia 29.09.2011 r. On Traffic w pkt. III wyjaśniał, że na parkingach zlokalizowanych na terenie Warszawy łącznie dysponuje min. 300 miejscami parkingowymi dla pojazdów usuwanych w trybie art. 50a PoRD oraz min. 150 miejscami dla pojazdów usuwanych w trybie art. 130a PoRD. Parkingi, tj.:

- a) ul. Srebrna 16 - 60 szt., ul. Cybernetyki 15 – 160 szt. - dla pojazdów usuwanych w trybie art. 130a PoRD;

b) ul. Cybernetki 15 – min. 300 szt. - dla pojazdów usuwanych w trybie art. 50a PoRD.

Z przytoczonego powyżej stanu faktycznego wynika wprost, że ON Traffic w kwestii dysponowania parkingami do przechowywania pojazdów zarówno dla pojazdów usuwanych w trybie art. 130a PoRD jak również art. 50a PoRD oparł się nie na potencjale własnym ale na potencjale podmiotu trzeciego o czym świadczą bezspornie dane podane w tabeli na stronie 5 oferty, jak również oświadczenia firm zawarte w treści oferty (str. 12-14 oferty). W oceni Izby z ogólnej treści oświadczeń nie sposób wywieść jakie zasoby dane podmioty oddają do dyspozycji wykonawcy ON Traffic. Opatrzanie przez przystępującego ww. oświadczeń treścią, która miałyby doprecyzować i uszczegółwić treść tych oświadczeń należy uznać za nieprawidłowe i niedopuszczalne, ponieważ to podmiot trzeci udostępniający dany potencjał winien wskazać rodzaju i ilość udostępnionego potencjału jak również okres w którym zostanie on udostępniony wykonawcy.

Bezspornym jest, że wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków. Tego rodzaju uprawnienie wynika z art. 26 ust. 2 b Pzp, przy czym w takiej sytuacji wykonawca zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia.

W świetle powyższego przepisu, dopuszczalne jest udzielenie przez inny podmiot wymienionych w nim zasobów w pełnym jak i określonym zakresie – zarówno wszystkich wymienionych w przepisie art. 26 ust. 1 b ustawy (wiedzy, doświadczenia, potencjału technicznego, osób zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolności finansowych) jak i niektórych spośród tych zasobów.

W kwestii udostępnienia potencjału innego podmiotu Izba prezentuje pogląd tożsamy z wyrażonym w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej w wyroku z dnia 17 maja 20110 r. o sygn. akt KIO 790/10. W powyższym wyroku Izba wskazywała, że dysponowanie wymienionymi w przepisie zasobami musi być jednoznaczne i nie może wynikać z dedukcji czy domysłów zamawiającego, co do tego czy podmiot, który przedstawia zobowiązanie innego podmiotu do udzielenia odpowiedniego zasobu jest uprawniony do dysponowania nim, a także w jakim zakresie nastąpiło udostępnienie potencjału innego podmiotu. Stwierdzenie tego dysponowania przez wykonawcę winno być bowiem konsekwencją pozytywnej oceny dowodu przez zamawiającego. Omawiany przepis wymaga udowodnienia przez wykonawcę zamierzającego skorzystać z zasobów należących do innego podmiotu, że będzie nimi dysponował, wskazując jako przykładowy sposób tego udowodnienia

przedłożenie pisemnego zobowiązania innego podmiotu do oddania do dyspozycji tych zasobów. Udowodnienie dysponowania wymienionymi w art. 22 ust. 1 pkt. 2) – 4) Pzp zasobami może mieć różną postać oraz treść – stosownie do rodzaju tego zasobu a także stosunku prawnego łączącego wykonawcę z podmiotem udzielającym zasobu jak i charakteru i zakresu porozumienia pomiędzy tymi podmiotami. Zobowiązanie, o którym mowa w art. 26 ust. 2 b ustawy (bądź inne, odpowiednie oświadczenie w tym zakresie) winno wyrażać w sposób wyraźny i jednoznaczny wolę udzielenia wykonawcy ubiegającemu się o zamówienie odpowiedniego zasobu.

W oceni Izby z ogólnej treści oświadczeń zawartych w ofercie przystępującego nie sposób wywieść jakie zasoby dane podmioty oddają do dyspozycji wykonawcy ON Traffic., ponieważ oświadczenia nie określają w żaden sposób formy i zakresu udostępnienia zasobów, zatem są niewystarczające w świetle art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, jako dowód realnego oddania przez podmiot udostępniający swojego potencjału do dyspozycji wykonawcy. Oświadczenia wymienionych powyżej podmiotów udostępniających potencjał wykonawcy ON Traffic ograniczają się jedynie do stwierdzenia, że podmiot składający oświadczenie zobowiązuje się do oddania do dyspozycji przystępującego niezbędnych zasobów, bez wskazania jakiego rodzaju są to zasoby i w jakiej ilości. Zdaniem Izby, ww. oświadczenia są zbyt ogólne i niewystarczające do stwierdzenia w jakiej ilości i jakiego rodzaju potencjał został udostępniony ON Traffic w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Nie wynika z nich bowiem, do czego konkretnie zobowiązują się dane podmioty, które złożyły oświadczenia. Tymczasem na wykonawcy ciąży obowiązek wykazania zamawiającemu, że będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia. Opatrzanie przez przystępującego ww. oświadczeń treścią, która miałaby doprecyzować i uszczegółwić treść tych oświadczeń należy uznać za nieprawidłowe i niedopuszczalne, ponieważ to podmiot trzeci udostępniający dany potencjał winien wskazać rodzaju i ilość udostępnionego potencjału jak również okres w którym zostanie on udostępniony wykonawcy. Podobne stanowisko zostało zaprezentowane w wyroku z dnia 21 kwietnia 2011 r. w sprawie o sygn. akt KIO 734/11.

Izba odniosła się do szczegółowo do zarzutów sformułowanych w stosunku do poszczególnych parkingów wskazanych w ofercie ON Traffic Izba i stwierdziła, że:

- zakresie pojazdów usuwanych w trybie art. 130a ustawy o ruchu drogowym:

a) *Parking przy ul. Srebrnej 16*

Przede wszystkim wskazać należy na nieprecyzyjność informacji zawarte w treści poszczególnych dokumentów przedstawianych przez odwołującego tj. w tabeli na stronie 5

oferty On Traffic dla tego parkingu deklarował ilość 160 miejsc parkingowych. Natomiast w wyjaśnieniach zawartych w piśmie z dnia 29.09.2011 r. oraz na rozprawie przystępujący wskazywał, że na tym parkingu będzie dysponował 60 miejscami parkingowymi.

b) Parking przy Cybernetyki 15

W tabeli na str. 5 oferty przystępujący w rozpoznawanym zakresie zadeklarował dla tego parkingu 350 miejsc parkingowych. W wyjaśnieniach z dnia 29.09.2011 r. (pkt. III) ON Traffic wyjaśnił, że ilość miejsc parkingowych dla pojazdów usuwanych w trybie art. 130a wynosi 160 szt.

Odnosząc się do załączonego do wyjaśnień z dnia 29.09.2011 r. pisma MPO z dnia 26.09.2011 r. wskazać należy, że z jego treści wprost wynika, że MPO nie znajduje przeciwwskazań do rozszerzenia najmu powierzchni terenu przy ul. Cybernetyki 15, która jest obecnie wynajmowana przez podmiot trzeci udostępniający potencjał techniczny przystępującemu - wykonawca Usługi Parkingowe Jerzy Solarczuk o dodatkową powierzchnię ok. 3000 m². Jednak w treści pisma wyraźnie wskazano, że taka czynność będzie wymagać formy pisemnej w formie aneksu do wcześniej zawartej umowy. Z powyższego jasno wynika, że wymieniony powyżej wykonawca dopiero w przyszłości będzie posiadał możliwość dysponowania określoną dodatkową powierzchnią parkingu przy ul. Cybernetyki 15. Treść pisma przesądza o tym, iż na dzień składania ofert wykonawca Usługi Parkingowe Jerzy Solarczuk nie dysponował dodatkową powierzchnią na której mogłyby być przechowywane pojazdy usuwane w trybie art. 130 PoRD, zatem nie mógł udostępnić przystępującemu potencjału, który nie znajdował się w jego posiadaniu.

- zakresie pojazdów usuwanych w trybie art. 50a ustawy o ruchu drogowym:

a) Parkingu przy ul. Cybernetyki 15

W kwestii wymaganej liczby miejsc parkingowych na parkingu przy ul. Cybernetyki 15 w zestawieniu z oświadczeniem MPO stanowisko Izby jest tożsame ze stanowiskiem prezentowanym zakresie pojazdów usuwanych w trybie art. 130a PoRD.

b) Parking przy ul. Kołbielskiej 7 w Mińsku Mazowieckim

Możliwość posłużenia się potencjałem w postaci parkingu zlokalizowanego w Mińsku Mazowieckim wymagała rozstrzygnięcia pojęcia „gmina sąsiadująca”. Przede wszystkim wskazać należy, że zamawiający nie sprecyzował definicji tego rodzaju określenia, którym posłużył się w siwz. Izba dokonując jego wykładni w tym konkretnym przypadku podzieliła stanowisko i argumentację odwołującego uznając, że gmina Mińsk Maz. nie jest gminą

sąsiadującą dla m. st. Warszawy. W ocenie Izby za gminy sąsiednie można uznać następujące gminy: Cegłów, Dębe Wielkie, Jakubów, Kołbiel, Sennica, Stanisławów, Wiązowna, Mińsk Maz. Tym samym prezentowany powyżej pogląd przesądza o tym, że wykonawca ON Traffic nie może legitymować się dysponowaniem 300 miejsc parkingowych na parkingu w Mińsku Maz. przy ul. Kołbielskiej 7.

Ponadto, ze złożonych przez odwołującego dowodów w postaci księgi wieczystej SI1M/00100198/0 oraz wypisu z rejestru budynków z dnia 10.10.2011 r. wydanego przez Starostwo Powiatowe Mińsku Maz. wynika, że parking jest zabudowany budynkami. Powyższa nieruchomości stanowi współwłasność, podczas gdy oświadczenie o oddaniu do dyspozycji wymaganego potencjału zostało złożone jedynie przez jednego ze współwłaścicieli. Niewątpliwie powyższy fakt wymagałby wyjaśnienia przez zamawiającego w trybie art. 26 ust. 4 Pzp, jednakże z uwagi na niemożliwość posłużenia się potencjałem technicznym w postaci ww. parkingu wyjaśnianie niniejszej kwestii należy uznać za bezcelowe.

Wobec powyższego należy stwierdzić, że wykonawca ON Traffic nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu w rozpoznawanym powyżej zakresie dotyczącym posiadania odpowiedniego potencjału technicznego.

Izba ustaliła, że zamawiający nie zwracał się do ON Traffic o uzupełnienie dokumentów potwierdzających spełnianie ww. warunków udziału w postępowaniu w analizowanym zakresie. Zatem biorąc pod uwagę powyższe, należy stwierdzić, że zamawiający winien zwrócić się do przystępującego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp o wylegitymowanie się dysponowaniem odpowiednim potencjałem technicznym w postaci odpowiednich parkingów do przechowywania pojazdów dla każdej z kategorii, tj. dla pojazdów usuwanych w trybie art. 130a oraz art. 50a PoRD. Wobec tego żądanie odwołującego dotyczące wykluczenia przystępującego z postępowania, przed wezwaniem wykonawcy w trybie art. 26 Pzp do uzupełnienia wymaganych dokumentów, należy uznać za przedwczesne.

2. Następnie Izba rozpoznała zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy, poprzez zaniechanie wykluczenia z udziału w postępowaniu wykonawcy ON Traffic w kontekście nie spełnienia przez ww. wykonawcę warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymagań technicznych parkingów określonych przez zamawiającego w siwz.

W pkt. 7.3.1 ppkt. 1 a) i b) zamawiający określił parametry jakie muszą spełniać parkingi, m. in. winny:

- a) posiadać utwardzoną, lub w inny sposób zabezpieczoną przed zaleganiem wody i błota nawierzchnię (dla pojazdów usuwanych w trybie art. 130a PoRD),
- b) posiadać ogrodzenie, oświetlenie i oznakowanie posesji (dla pojazdów usuwanych w trybie art. 130a oraz 50 PoRD),.

W treści oferty (str. 5) przystępujący wskazał, że zaoferowane przez niego parkingi, tj. parking przy ul. Srebrnej 16 (dla pojazdów usuwanych w trybie art. 130a PoRD) oraz parking przy ul. Kołbielskiej 7 w Mińsku Mazowieckim (dla pojazdów usuwanych w trybie art. 50a PoRD), spełniają powyższe wymagania zamawiającego.

W poczet materiału dowodowego Izba włączyła dokumentację fotograficzną przedstawioną przez odwołującego dla parkingów przy ul. Srebrnej 16 oraz przy ul. Kołbielskiej 7 w Mińsku Mazowieckim.

Po pierwsze, zarzuty dotyczące nawierzchni parkingu przy ul. Srebrnej 16 polegające na tym, że nawierzchnia niniejszego parkingu jest niewłaściwa, ponieważ nie zabezpieczającej w sposób właściwy przed zaleganiem wody i błota, Izba uznała za nieudowodnione. Zdjęcia przedstawione przez odwołującego na który uwidoczniono, że część parkingu porośnięta jest trawą, w ocenie Izby nie przesądza o tym, że nie jest zabezpieczona należycie, ponieważ nawierzchnia może być utwardzona tłuczniem, porośniętym trawą. Do tego rodzaju utwardzenia odwoływał się na rozprawie przystępujący, wskazując jednocześnie, że zamawiający w specyfikacji nie sprecyzował sposobu w jaki powinna być zabezpieczona nawierzchnia parkingu. Tym samym Izba uznała wyjaśnienia przystępującego za przekonujące, a ten rodzaj zabezpieczenia za wystarczający. Nie bez znaczenia są również spostrzeżenia zamawiającego dokonane podczas wizji lokalnej, które zostały odzwierciedlone w notatce z dnia 23.09.2011 r. gdzie podano: „Nawierzchnia utwardzona jest częściowo przy pomocy płyt chodnikowych a częściowo przy pomocy kruszywa”.

Po drugie, wątpliwości budzi stan techniczny parkingu w Mińsku Maz. przy ul. Kołbielskiej 7. Jednakże z uwagi na niemożliwość posłużenia się potencjałem technicznym w postaci ww. parkingu wyjaśnianie ww. kwestii należy uznać za bezcelowe.

3. Następnym zarzutem rozpoznawanym przez Izbę jest zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy, poprzez zaniechanie wykluczenia z udziału w postępowaniu wykonawcy ON Traffic z uwagi na fakt, iż przystępujący nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt. 7.3.1 pkt. 2 b) tj. dysponowania minimum 1 pojazdem o d.m.c. pow. 7500 kg do 16000 kg.

W pkt.7.3.1 ppkt 2 lit. b) zamawiający sprecyzował, że wymaga aby wykonawca posiadał i dysponował minimum po jednym pojeździe przeznaczonym do usuwania:

- roweru, motoroweru, motocykla;
- pojazdu o d.m.c. pow. 3500 kg do 7500 kg,
- pojazdu o d.m.c. pow. 7500 kg do 16000 kg,
- pojazdu o d.m.c. pow. 16000 kg.

Na potwierdzenie spełnienia powyższych warunków wykonawcy zgodnie z pkt. 8.1.2 siwz winni byli przedłożyć oświadczenie o posiadanym potencjale technicznym zgodne ze wzorem załącznika nr 2 do siwz. Powyższy załącznik zawierał tabelę składającą się z 4 kolumn tj. „Lp.”, „Rodzaj narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych”, „Ilość (szt.)”, „Informacja o podstawie dysponowania”. Niniejsze dane należało podać nie tylko dla parkingów do przechowywania pojazdów usuwanych w trybie art. 130a PoRD, jak również dla pojazdów usuwanych w trybie art. 50a PoRD, ale także dla pojazdów do usuwania pojazdów. Analogicznie jak w przypadku parkingów do przechowywania pojazdów zgodnie z pkt. 8.1.5 siwz wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia, w przypadku korzystania z potencjału innych podmiotów, winni byli przedstawić pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia.

Oferta ON Traffic zawierała (na str. 5 oferty) oświadczenie o posiadanym potencjale technicznym według wymaganego przez zamawiającego wzoru. W części dotyczącej „Pojazdów do usuwania pojazdów” dla pojazdów wymaganych w pkt. 7.3.1. ppkt. 2 lit b) siwz przystępujący w kolumnie ilość podał „3+5”, natomiast w kolumnie „Informacja o podstawie dysponowania” zawarto zapis „Umowa współpracy”. Do powyższego dokumentu przystępujący załączył oświadczenia (str. 9-10) datowane na dzień 16.09.2011 r. następujących podmiotów: Związkowy Zespół Holowniczo-Parkingowy, ul. Okólna 38, Marki (str. 9 oferty) oraz AUTOHOLOWANIE K. Piotrowski & G. Piotrowski, ul. Sobieskiego 11, Mińsk Mazowiecki (str. 10 oferty). Treść wszystkich powyższych oświadczeń posiadała następujące brzmienie: „Niniejszym zobowiązuje się do oddania do dyspozycji ON TRAFFIC Sp. z o.o. wszelkich niezbędnych zasobów dotyczących wiedzy i doświadczenia osób zdolnych do wykonania zamówienia wraz z potencjałem technicznym mojej firmy na okres korzystania z nich w trakcie obowiązywania niniejszej umowy”. Niniejsze dokumenty zostały opatrzone odręcznymi dopiskami z podpisem „Lech Owskiak”, tj.:

- oświadczeniu firmy Związkowy Zespół Holowniczo-Parkingowy, ul. Okólna 38, Marki (str. 9 oferty) - „ 2 pojazdy ratownictwa drogowego – TIR, 1 pojazd do holowania pojazdów w trybie art. 130a – widły + wózek, 1 pojazd – widły”,

- oświadczeniu firmy AUTOHOLOWANIE K. Piotrowski & G. Piotrowski, ul. Sobieskiego 11, Mińsk Mazowiecki (str. 10 oferty) - „Holowanie pojazdów pow. 3,5 tony – ratownictwo drogowe TIR – 3 szt. pojazdów”.

W dniu 22 września 2011 r. zamawiający przeprowadził wizję lokalną na dwóch parkingach przy ul. Srebrnej 16 oraz na ul. Cybernetyki 15 w Warszawie. Z ustaleń zamawiającego poczynionych podczas ww. czynności wynikało, że pojazdem przeznaczonym do usuwania pojazdów o d.m.c. powyżej 7500 kg do 16000kg jest pojazd Mercedes Benz 814 nr rejestracyjny WWL 9JA6.

Pismem z dnia 27.09.2011 r. zamawiający w trybie art. 26 ust. 4 Pzp wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień w zakresie spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowania odpowiednim rodzajem i ilością pojazdów wymaganych postanowieniami siwz, ponieważ z treści załączonych do oferty zobowiązań, w ocenie zamawiającego nie wynikało, jakich pojazdów one dotyczą i czy w związku z tym wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu.

W wyjaśnieniach złożonych pismem z dnia 29.09.2011 r. On Traffic w pkt. IV zawarł wyjaśnienia odnośnie przeznaczenia pojazdów przeznaczonych do usuwania poszczególnych rodzajów pojazdów. W zakresie pojazdu przeznaczonego do usuwania pojazdów o d.m.c. od 7500 kg do 16000kg ON Traffic wskazał pojazd Mercedes 814 nr rejestracyjny WWL 9JA6. Natomiast w zakresie pojazdu przeznaczonego do usuwania pojazdów o d.m.c. powyżej 16000 kg – pojazd VOLVO F12 o nr rejestracyjnym WWL YY88.

W zakresie treści oświadczenia podmiotu trzeciego udostępniającego potencjał w postaci ww. pojazdu argumentacja Izby jest tożsama ze stanowiskiem wyrażonym w stosunku do oświadczeń podmiotów składanych w trybie art. 26 ust. 2b Pzp w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania odpowiednimi parkingami z określoną ilością miejsc postojowych. Powyższe zdają się potwierdzać także, sprzeczne oświadczenia zamawiającego i przystępującego składane na rozprawie, które odnosiły się do tego jaki dokument potwierdza spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania pojazdem o d.m.c. pow. 7500 kg do 16000 kg. Zamawiający oceniając spełnienie ww. warunku udziału w postępowaniu brał pod uwagę oświadczenie wykonawcy pn. AUTOHOLOWANIE K. Piotrowski & G. Piotrowski zawarte na str. 10 oferty ON Traffic, podczas gdy na rozprawie przystępujący oświadczył, że w tym zakresie należało brać pod uwagę oświadczenie wykonawcy Związkowy Zespół Holowniczo-Parkingowy zawarte na str. 9 oferty.

Zgodzić należy się z odwołującym, co dodatkowo potwierdził w przystąpieniu do postępowania odwoławczego oraz na rozprawie wykonawca ON Traffic, że wskazywany w

tej kategorii d.c.m. pow. od 7500 kg do 16000 kg samochód Mercedes Benz 814 nr rejestracyjny WWL 9JA6 nie posiada wymaganej przez zamawiającego postanowieniami siwz ładowności. Potwierdza to również opinia Polskiego Związku Motorowego przedłożona na rozprawie z której wynika, że wskazywany przez przystępującego pojazd Mercedes 814 nr rejestracyjny WWL 9JA6 posiada d.m.c. 8600 kg, a dopuszczalna ładowność to 3100 kg. W opinii podano, że pojazd nie może być wykorzystywany do przewozu ładunków o masie wyższej niż 3100 kg. Pomniejszonej o sumę masy osób w kabinie kierowcy (dla mężczyzn przyjmuje się 150 kg.). Masę własną pojazdu (masa pojazdu z jego normalnym wyposażeniem, paliwem, olejami, smarami i cieczami w ilościach nominalnych, bez kierującego) wynosi 5500 kg. Nie bez znaczenia jest również stanowisko przystępującego, który na rozprawie zgodził się z odwołującym, że Mercedes Benz 814 nr rejestracyjny WWL 9JA6 wskazywany jako pojazd do usuwania pojazdów o d.c.m. od 7500 kg do 16000 kg nie posiada wymaganej ładowności, jednakże przystępującego podnosił, że w ramach wymagania posiadania pojazdu do usuwania pojazdów o d.m.c. powyżej 16000 kg zaoferował pojazd Volvo F12, nr rej. WWL YY88, który może służyć również do holowania pojazdów o mniejszej masie. Izba uznała ww. argumentację za chybioną

W ocenie Izby z postanowień siwz, tj. ppkt. 7.3.1. pkt. 2 lit. b wynika wprost, że zamawiający wymagał minimum po jednym samochodzie z każdej kategorii. Wobec tego nie można uznać za prawidłowe stanowiska przystępującego, który podnosił, że samochód przeznaczony do usuwania pojazdów o d.m.c. powyżej 16000 kg może również pełnić funkcję samochodu do usuwania pojazdów w kategorii o d.m.c. pow. 7500 kg do 16000 kg. Ponadto za trafioną należy uznać argumentację odwołującego, który wskazywał, że samochody przeznaczone do transportu pojazdów powyżej 16000 kg ze względu na posiadane gabaryty nie zawsze będą mogły być wykorzystywane jako samochód do transportu pojazdów o d.m.c. pow. 7500 kg do 16000 kg.

Izba ustaliła, że zamawiający w tej kwestii nie zwracał się do ON Traffic o uzupełnienie dokumentów potwierdzających spełnianie ww. warunku udziału w postępowaniu, zatem biorąc pod uwagę powyższe należy stwierdzić, że zamawiający winien zwrócić się do przystępującego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp o wylegitymowanie się dysponowaniem odpowiednim potencjałem technicznym w postaci pojazdu przeznaczonego do usuwania pojazdów o d.m.c. pow. 7500 kg do 16000 kg.

Według art.192 ust. 7 Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie zostały zawarte w odwołaniu. Tym samym zarzuty dotyczące pozostałych pojazdów zaoferowanych w ofercie przystępującego podnoszone przez odwołującego na rozprawie Izba pozostawiła bez rozpoznania z uwagi na fakt ich nie zgłoszenia w odwołaniu.

4. Kolejno Izba zbadała zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt. 4 Pzp, w związku z zaniechaniem wykluczenia ON Traffic z postępowania, ponieważ wykonawca nie wykazał spełnienia warunku udziału, dotyczącego sytuacji ekonomiczno finansowej w postępowaniu, określonego w pkt. 7.3.2. siwz, tj. posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności zgodnej z przedmiotem niniejszego zamówienia, na wartość co najmniej 600.000,00 zł.

W pkt. 8.1.3. siwz zamawiający określił, że wykonawca w celu wykazania spełnienia ww. warunku winien był przedłożyć opłaconą polisę, a w przypadku jej braku inny dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem niniejszego zamówienia, na kwotę nie mniejszą niż wymagana przez zamawiającego.

Izba ustaliła, że zamawiający w odpowiedzi na pytania zadane do treści siwz pismem z dnia 26.08.2011 r. poinformował wykonawców m. in., że na dzień składania ofert wykonawca winien przedstawić oryginał opłaconej polisy lub jej kopię potwierdzoną za zgodność z oryginałem. Polisa winna obejmować swym zakresem usługi objęte przedmiotem zamówienia (PKD 52.21Z – działalność usługowa wspomagająca transport lądowy) i powinno to być w niej zaznaczone wraz ze wskazaniem właściwego PKD.

ON Traffic w złożonej ofercie przedstawił polisę wystawioną przez Powszechny Zakład Ubezpieczeń Spółka Akcyjna (dalej „PZU”) na kwotę 600 000,00 zł (wszystkie wypadki ubezpieczeniowe) wystawioną w dacie 16.09.2011 r. W treści polisy wskazano PKD 52.21. Składkę należną określono na kwotę 2.816,41 zł płatną w ratach. Wraz z przystąpieniem do postępowania odwoławczego ON Traffic przesłał aneks do umowy ubezpieczenia z dnia 16.09.2011 r. wystawiony przez PZU w którym jako przyczynę wystawienia aneksu wskazano błąd nr PKD. W wyjaśnieniach podano, że system nie generuje PKD o nr 52.21Z. Jako dane prawidłowe wskazano PKD o nr 52.21Z.

Izba po dokonaniu szczegółowego badania treści dokumentu w postaci polisy wraz z aneksem, wystawionej przez PZU na rzecz przystępującego uznała ww. polisę za prawidłową i w pełni wystarczającą do potwierdzenia warunku ww. udziału w postępowaniu.

Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego, który m. in. z treści opisu przedmiotu zamówienia wywodził, że polisa winna, zgodnie z ogólnymi warunkami ubezpieczenia PZU, obejmować klauzula nr 11, która swym zakresem obejmuje szkody powstałe w pojazdach mechanicznych przechowywanych, kontrolowanych lub chronionych przez Ubezpieczonego -

tw. klauzula OC parking strzeżonego. Wskazana klauzula nr 11 nie została włączona w polisę OC przedstawioną przez ON Traffic.

W ocenie Izby żądanie włączenia jako dodatkowej klauzuli nr 11 w zakres ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej należy uznać za nadmierne w stosunku do wymagań zamawiającego określonych w specyfikacji i doprecyzowanych treścią wyjaśnień do siwz.

Istotnym jest, co należy podkreślić, że zamawiający postanowieniami pkt. 7.3.2. siwz wymagał posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności zgodnej z przedmiotem niniejszego zamówienia. Natomiast odpowiadając na pytania do siwz pismem z dnia 26.08.2011 r. zamawiający wprost wskazał, że polisa winna obejmować swym zakresem usługi objęte przedmiotem zamówienia i wskazał konkretny nr PKD, tj. PKD 52.21Z – działalność usługowa wspomagająca transport lądowy. Zatem przedłożony przez przystępującego aneksu do polisy, wystawiony w dacie wystawienia polisy złożonej wraz z ofertą, w który wskazano numer PKD wymagany przez zamawiającego, należy uznać za właściwe potwierdzenie przez ON Traffic spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt. 7.3.2. siwz, tj. posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności zgodnej z przedmiotem niniejszego zamówienia.

Następnie Izba odniosła się do ponoszonego uzupełniająco w odwołaniu zarzutu dotyczącego opłacenia polisy od odpowiedzialności cywilnej jedynie w zakresie I raty i stwierdziła, że zarzut w tym zakresie nie potwierdził się.

Zgodnie z § 1 ust. 1 pkt. 10 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, (Dz. U. Nr 226, poz. 1817) w celu wykazania spełniania przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy – Prawo zamówień publicznych, w postępowaniach, określonych w art. 26 ust. 2 ustawy zamawiający może żądać opłaconej polisy, a w przypadku jej braku innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia.

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wielokrotnie wskazywano, że polisa OC składana przez wykonawców w ramach wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu nie służy zabezpieczeniu realizacji zamówienia, w przedmiocie którego prowadzone jest postępowanie, lecz ma potwierdzić, że to wykonawca posiada ubezpieczenie OC w określonej przez zamawiającego wysokości (Wyrok KIO z dnia 30.11.2010 r. sygn. akt KIO 2512/10; Wyrok KIO z dnia 21 kwietnia 2011 r., sygn. akt: KIO 753/11, KIO 758/11; Wyrok KIO z dnia 11 stycznia 2011 r. Sygn. akt KIO 2801/10; Wyrok z

dnia 21 maja 2010r. Sygn. akt: KIO/UZP 814/10; Wyrok KIO z dnia 15.07.2010 r., sygn. akt: KIO 1395/10; Wyrok KIO z dnia 6 kwietnia 2011 r., sygn. akt KIO 605/11; Wyrok z dnia 9 marca 2009 r. Sygn. akt KIO/UZP 216/09, KIO/UZO 223/09).

Izba zważyła, że z art. 814 § 1 K.c. jeżeli nie umówiono się inaczej, odpowiedzialność ubezpieczyciela rozpoczyna się od dnia następującego po zawarciu umowy, nie wcześniej jednak niż od dnia następnego po zapłaceniu składki lub jej pierwszej raty. Natomiast z dyspozycji § 2 wynika możliwość odpowiedzialności ubezpieczyciela jeszcze przed zapłaceniem składki lub jej pierwszej raty. Przytoczone przepisy Kodeksu cywilnego korelują ze wskazanym wyżej przepisem § 1 ust. 1 pkt. 10 rozporządzenia z dnia 30 grudnia 2009 roku dopuszczającym wykazanie faktu objęcia wykonawcy ubezpieczeniem od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej nie tylko opłaconą polisą, ale też innym dokumentem potwierdzającym posiadanie takiego ubezpieczenia.

Przystępujący wraz z ofertą złożył polisę z dnia 16 września 2011 roku. W ocenie Izby ON Traffic przedłożył dokument, który potwierdza spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności ekonomicznej polegającego na byciu ubezpieczonym od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej związanej z przedmiotem zamówienia na dzień składania ofert. Wykonawca opłacił nie całość składki a jej pierwszą ratę. W ocenie Izby zapłata jedynie pierwszej raty należnej składki nie świadczy o tym, że polisa nie została należycie opłacona. Tym samym zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt. 4 Pzp nie potwierdził się.

II. Następnie Izba rozpoznała kolejny zarzut podniesiony w odwołaniu – naruszenia art. 24 ust. 2 pkt. 3 Pzp, odnoszący się do kwestii oświadczeń o dysponowaniu przez ON Traffic na dzień składania ofert określoną liczbą miejsc parkingowych oraz warunków technicznych parkingów wykazanych na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu.

Po dokonaniu analizy zarzutu Izba nie dopatrzyła się naruszenia 24 ust. 2 pkt. 3 Pzp. Tym samym zamawiający nie był uprawniony do wykluczenia z postępowania ON Traffic z uwagi na złożenie nieprawdziwych informacji, które miały bądź też mogły mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Należy przy tym zwrócić uwagę na wszelkie konsekwencje związane ze stwierdzeniem wypełnienia przez wykonawcę hipotezy art. 24 ust. 2 pkt. 3 ustawy. Powyższe pociąga za sobą konieczność bezwzględnego zastosowania jego dyspozycji i eliminacji takiego wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia bez możliwości dokonania

uzupełnienia dokumentów przewidzianego w art. 26 ust. 3 Pzp. Ponadto ostateczną konsekwencją powyższego może być odpowiedzialność karna osób dopuszczających się poświadczenia lub oświadczenia nieprawdy w celu uzyskania zamówienia publicznego na podstawie art. 297 § 1 Kodeksu karnego.

W związku z powyższym należy podkreślić również wagę i konieczność należytego ustalenia i udowodnienia powstania okoliczności, o których mowa w art. 24 ust. 2 pkt. 3 Pzp. Szczególnie istotnym jest, że zarzucana wykonawcy nieprawdziwość poświadczanych przez niego informacji nie może budzić możliwości do zinterpretowania na korzyść wykonawcy wątpliwości. Wykorzystując terminologię procesu karnego można zobrazować powyższe twierdzeniem, iż stwierdzenie podania nieprawdziwych informacji nie może opierać się li tylko na poszlakach zamiast na pewnych dowodach. Odnosząc się kolejno do zarzutów odwołania Izba wskazuje, iż w świetle niniejszego stanu faktycznego nie było możliwe nieobarczone żadnymi wątpliwościami orzeczenie i przesądzenie o podaniu w ramach wykazywania spełniania warunków udziału w postępowaniu nieprawdziwych informacji przez ON Traffic. Izba podkreśla, iż nie zostały uznane za zasadne w związku z brakiem niebudzącego wątpliwości udowodnienia nieprawdziwości informacji służących wykazaniu udziału w postępowaniu podawanych przez przystępującego. Jakkolwiek niektóre deklarowane i podawane przez ww. wykonawcę informacje należałoby uznać za równie niepotwierdzone, gołosłowne i budzące szereg wątpliwości, to jednak ciężar dowodu okoliczności, na których oparte zostały zarzuty odwołania spoczywał ewidentnie na odwołującym. Tymczasem, jak już wskazano, odwołujący nie przedstawił dowodów zupełnych i bezpośrednich, poprzestając w tym przedmiocie na własnych spekulacjach. Wobec powyższego Izba nie dopatrzyła się naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt. 3 Pzp.

III. Po rozpoznaniu zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 8 ust. 1 i 2 Pzp, poprzez ograniczanie odwołującemu dostępu do akt postępowania, tj. nie udostępnienie przez zamawiającego dowodów rejestracyjnych pojazdów jakimi dysponuje ON Traffic Izba stwierdziła, że zarzut nie potwierdził się.

Odwołujący wyjaśniał, że udał się do siedziby zamawiającego w dniu 10 października 2011 r. celem weryfikacji czynności proceduralnych w zakresie toczącego się postępowania o zamówienie publiczne, natomiast zamawiający, uprzedzony odpowiednio wcześniej przez odwołującego, ograniczył mu dostęp do dokumentacji postępowania poprzez nie udostępnienie dowodów rejestracyjnych pojazdów jakimi dysponował wykonawca ON Traffic w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający nie okazał przedstawicielom odwołującego dowodów rejestracyjnych, na podstawie których możliwe było

by zweryfikowanie czy istotnie wykonawca ON Traffic spełnia warunki udziału w przetargu w zakresie pojazdów niezbędnych do realizacji zamówienia.

Pismem z dnia 13.10.2011 r. zamawiający poinformował TOWING, że z uwagi na ochronę danych osobowych oraz przepisy ustawy z dnia 6 czerwca 2011 r. o dostępie do informacji publicznej, zdjęcia dowodów rejestracyjnych nie stanowiły i nie stanowią załącznika do notatki z dnia 23.09.2011 r. (co wynika wprost z jej treści), a co za tym idzie nie stanowią załącznika do protokołu postępowania. W tym stanie rzeczy zamawiający udostępnił wykonawcy cały protokół postępowania wraz ze wszystkimi załącznikami. Jednocześnie zamawiający poinformował, że zgodnie z warunkami określonymi w siwz nie żądał załączenia kopii dowodów rejestracyjnych pojazdów na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Z ustaleń Izby wynika, że w treści notatki z dnia 23.09.2011 r. sporządzonej przez zamawiającego podczas wizji lokalnej brak jest informacji, że zamawiający wykonywał wówczas zdjęcia dowodów rejestracyjnych, którymi posługiwał się ON Traffic w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

W wyjaśnieniach z dnia 29.09.2011 r. przystępujący podał m. in., że „(...) Zdjęcia pojazdów i dowodów rejestracyjnych były wykonywane podczas wizji lokalnej”. Podczas rozprawy zamawiający wyjaśniał, że przedmiotem oględzin był stan parkingów. Dowody rejestracyjne nie były przedmiotem tego badania. Ponadto podczas wizji lokalnej nie robiono zdjęć tego rodzaju dokumentów.

Izba wskazuje, że jedną z podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych jest wyrażona w art. 8 Pzp zasada jawności, która zapewnia pełną jawność prowadzonych postępowań oraz oznacza powszechny dostęp do informacji dotyczących dokumentacji przebiegu postępowania. Jawne są nie tylko dokumenty sporządzane w trakcie postępowania, ale także składane przez wykonawców, w tym w szczególności oferty składane przez wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia. Odstępstwo od zasady jawności jest dopuszczalne wyłącznie w przypadkach wskazanych w ustawie.

W rozpoznawanym stanie faktycznym w ocenie Izby zamawiający zachował się w sposób właściwy i na żądanie odwołującego udostępnił protokół postępowania ze wszystkimi załącznikami. Izba dała wiarę wyjaśnieniom zamawiającego, że nie wykonywał tego rodzaju zdjęć podczas wizji lokalnej. Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów na okoliczność wykazania, że zamawiający wykonywał zdjęcia tego rodzaju dokumentów i jest w ich posiadaniu. Podkreślić należy, że zgodnie z art. 6 K.c. to na odwołujący spoczywa ciężar dowodzenia w niniejszej sprawie, z uwagi na wywodzenie z tego faktu skutków prawnych.

Na marginesie Izba wskazuje, że w sytuacji gdyby zamawiający był w posiadaniu dokumentów takich jak dowody rejestracyjne ww. pojazdów to ze względu na ochronę

danych osobowych zawartych w tego rodzaju dokumentach jak dowody rejestracyjne był uprawniony do ograniczenia dostępu do ww. informacji szerszemu kręgowi podmiotów nawet w przypadku braku zastrzeżenia niniejszych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Izba uznała działanie zamawiającego z prawidłowe i w pełni uzasadnione. Tym samym Izba nie dopatrzyła się naruszenia przez zamawiającego zasady jawności wyrażonej w art. 8 Pzp.

Nierzetelne dokonanie przez zamawiającego oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu w odniesieniu do oferty On Traffic doprowadziło do naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp, który stanowi, że zamawiający przygotowuje i prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. W konsekwencji zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej z naruszeniem art. 7 ust. 3 Pzp.

Podsumowując, Izba stwierdziła, że ON Traffic nie wykazał w sposób prawidłowy spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie części 1. Wobec tego zamawiający był zobligowany wezwać ww. wykonawcę w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do przedłożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym (opis sposobu dokonania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu - pkt. 7.3.1 ppkt. 1 lit. a) i b) oraz ppkt. 2 lit. b) – pojazd o d.m.c pow. 7500 kg do 16000 kg).

W konsekwencji potwierdzenia się zarzutów odwołania Izba uznała za zasadne nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, wezwanie On Traffic w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do przedłożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu we wskazanym powyżej zakresie.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy § 1 ust. 1 pkt. 2, § 3, § 5 ust. 2 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 i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238). Izba uwzględniła koszty odwołującego w zakresie wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3600 zł w oparciu o przedłożoną na rozprawie kopię faktury VAT.

Przewodniczący: