

**Sygn. akt: KIO 2585/11**

**WYROK**  
**z dnia 20 grudnia 2011 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:**

**Przewodniczący: Marek Koleśnikow**

**Protokolant: Małgorzata Wilim**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **15 grudnia** 2011 r. w Warszawie odwołania z dnia **5 grudnia 2011 r.** wniesionego przez wykonawcę „**Towing**” **Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Instalatorów 5, 02-237 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **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. Oddala odwołanie.**

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego „**Towing**” Sp. z o.o. z siedzibą w **Warszawie, ul. Instalatorów 5, 02-237 Warszawa**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczone przez wykonawcę „**Towing**” Sp. z o.o. z siedzibą w **Warszawie, ul. Instalatorów 5, 02-237 Warszawa**, tytułem kosztów postępowania odwoławczego;
- 2) dokonać wpłaty kwoty 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez odwołującego „**Towing**” Sp. z o.o. z siedzibą w **Warszawie, ul. Instalatorów 5, 02-237 Warszawa** na rzecz zamawiającego **Miasto Stołeczne Warszawa – Zarząd Dróg Miejskich, ul. Chmielna 120, 00-801 Warszawa** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, Nr 161, poz. 1078 i Nr 182, poz. 1228 oraz z 2011 r. Nr 5, poz. 13, Nr 28, poz. 143 i Nr 87, poz. 484) 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

Zamawiający Zarząd Dróg Miejskich, ul. Chmielna 120, 00-801 Warszawa wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »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.)«.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, Nr 161, poz. 1078 i Nr 182, poz. 1228 oraz z 2011 r. Nr 5, poz. 13, Nr 28, poz. 143 i Nr 87, poz. 484) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 10 sierpnia 2011 r. pod nrem 2011/S 252822.

Zamawiający zawiadomił 25 listopada 2011 r. o:

- 1) wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy ON Traffic sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Ateńska 10 m. 80;
- 2) zaniechaniu wykluczenia wykonawcy ON Traffic.

Wykonawca TOWING sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Instalatorów 5, 02-237 Warszawa, zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp, wniósł 05.12.2011 r. do Prezesa KIO odwołanie na zaniechanie wykluczenia wykonawcy ON Traffic.

Zdaniem odwołującego zamawiający naruszył:

- 1) art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp przez nie wykluczenie z udziału w postępowaniu wykonawcy ON Traffic pomimo, że zaistniały okoliczności nakazujące zamawiającemu podjęcie takiej decyzji;
- 2) art. 26 ust. 2b Pzp przez uznanie dokumentów przedstawionych przez wykonawców udostępniających potencjał techniczny pomimo, że złożone dokumenty nie spełniają wymogów określonych we wskazanym przepisie oraz zaniechanie czynności wskazanych w uzasadnieniu odwołania do których zamawiający jest zobowiązany wskazaną normą;

- 3) art. 7 ust. 1 i 3 Pzp przez naruszenie zasady równego traktowania wykonawców oraz udzielenie zamówienia wykonawcy, który nie został wybrany zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych,
4. art. 8 ust. 1-3 Pzp przez zaniechanie udostępnienia odwołującemu części dokumentów przedstawionych przez wykonawcę ON Traffic, zawierających informacje bezprawnie utajnione.

Odwołujący wniósł o:

- 1) nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu;
- 2) dokonania uprzednio zaniechanych czynności, polegających na wykluczeniu wykonawcy ON Traffic;
- 3) nakazanie zamawiającemu odtajnienie oferty wykonawcy ON Traffic;
- 4) nakazania zamawiającemu dokonania ponownej czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej.

Argumentacja odwołującego

1. Odnosząc się do zarzutu naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy ON Traffic odwołujący podnosi:

A. W związku z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z 2 listopada 2011 r. sygn. akt: KIO 2234/11, zamawiający 16 listopada 2011 r. (zatem po 14 dniach od wydania wyroku przez KIO) skierował do wykonawcy ON Traffic, wezwanie o przedstawienie dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

W piśmie z 21 listopada 2011 r. złożony został szereg dokumentów, które w ocenie wykonawcy ON Traffic, potwierdzają spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Zdaniem odwołującego uzasadnione wątpliwości budzi prawidłowość przedstawionego pisma w kontekście wymogów zawartych w specyfikacji (a w szczególności w pkt 10.10 specyfikacji). W ocenie odwołującego przedstawione pismo nie spełnia wymogów wynikających z treści specyfikacji, w zakresie przewidzianym dla składanych dokumentów.

Ponadto wskazać należy, że złożone w odpowiedzi na wezwanie dokumenty dotyczą potwierdzania wymogów niezbędnych dla realizacji przedmiotowego zamówienia. Ze względu na specjalistyczny przedmiot zamówienia, wymagający zaangażowania specjalistycznego sprzętu i dysponowania odpowiednio zabezpieczonym terenem (co wynika z przepisów obowiązującego prawa), zamawiający określił w specyfikacji warunki odnoszące się zarówno do sprzętu technicznego jak i terenów przeznaczonych do przechowywania pojazdów.

Wykonawca ON Traffic (podmiot zarejestrowany 29 kwietnia 2011 r.), ponieważ nie posiada własnego potencjału technicznego, wszystkie wymogi zamawiającego związane z koniecznością posiadania odpowiedniego potencjału technicznego próbuje spełnić wykorzystując dyspozycję art. 26 ust. 2b Pzp – jednocześnie oświadczając, że zakres w którym korzysta z potencjału użyczonego (tj. holowanie i przechowywanie pojazdów) będzie realizowany przez podwykonawców (zgodnie z oświadczeniem zawartym w pkt 7 Formularza oferty złożonego przez wykonawcę ON Traffic).

W dacie składania ofert tj. 16 września 2011 r. wykonawca ON Traffic przedstawił dokumenty mające potwierdzać spełnianie warunków udziału w postępowaniu, wystawione przez podwykonawców.

Pomimo, że zamawiający uznał przedstawione dokumenty za wystarczające na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, Krajowa Izba Odwoławcza w wyżej wskazanym wyroku nakazała dokonanie ponownego badania i oceny ofert złożonych w części 1 postępowania. W ocenie Izby podwykonawcy udostępniający posiadany potencjał nie potwierdzili jednoznacznie spełniania warunków udziału w postępowaniu.

W związku z przytoczonym wyrokiem KIO i wezwaniem do uzupełnienia braków wykonawca ON Traffic przedstawił nowe dokumenty.

Jednak część dokumentów przedstawionych w odpowiedzi na wezwanie wystawiona została przez innych podwykonawców.

Tymczasem przepis art. 26 ust. 3 Pzp dopuszcza uzupełnianie oświadczeń i dokumentów, ale wyłącznie w zakresie określonym w art. 25 ust. 1 Pzp. Wprowadzenie nowego podwykonawcy nie mieści się w dyspozycji art. 26 ust. 3 Pzp.

Dowodem, potwierdzającym fakt niedozwolonego obowiązującymi przepisami, wprowadzenia nowych podwykonawców są załączone do odpowiedzi na wezwanie oświadczenia, które nie spełniają wymogów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, wystawione przez podmioty wskazane w pkt 8, 10, 13-16, 18, 20 i 21, pisma z 21 listopada 2011 r. wykonawcy wezwanego.

Wobec powyższego, w ocenie odwołującego, złożone dokumenty nie powinny być przez zamawiającego rozpatrywane ze względów formalnych, a w konsekwencji wykonawca ON Traffic powinien zostać wykluczony z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp.

Uznając zaistnienie okoliczności wskazanej w art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp za udowodnioną, z tzw. ostrożności procesowej, na wypadek nie podzielenia przez Izbę oceny formalnej odwołującego przedstawionej powyżej, zostaną w dalszej części odwołania przedstawione argumenty odnoszące się bezpośrednio do treści dokumentów złożonych w odpowiedzi na wezwanie. W ocenie odwołującego bowiem, nie tylko względy formalnoprawne, ale również

treści merytoryczne przedstawionych przez wykonawcę ON Traffic dokumentów, nie potwierdzają w sposób należyty spełniania warunków udziału w przetargu.

B. Wykonawca w odpowiedzi załączył między innymi zestawienie pojazdów przeznaczonych do usuwania pojazdów. W zestawieniu znajduje się pojazd przystosowany i przeznaczony do usuwania pojazdów o dopuszczalnej masie całkowitej (dalej: d.m.c.) pow. 7.500 kg do 16.000 kg. Zgodnie ze złożonym oświadczeniem pojazdem przeznaczonym we wskazanym zakresie jest Scania R 142 H.

Wskazany model samochodu nie spełnia wymagań zamawiającego zawartych w pkt 7.3.1.2 lit. b specyfikacji.

Zgłoszony przez wykonawcę ON Traffic samochód marki Scania model R 142 H nie spełnia wskazanego w specyfikacji wymogu dotyczącego dopuszczalnej masy całkowitej.

Parametry techniczne tego pojazdu uniemożliwiają mu holowanie pojazdów o d.m.c. od 7.500 kg do 16.000 kg.

Wobec powyższego, z treści złożonego w odpowiedzi na wezwanie dokumentu nie wynika spełnianie warunku zawartego w pkt 7.3.1.2 lit. b specyfikacji. W konsekwencji wykonawca ON Traffic powinien zostać wykluczony z udziału w postępowaniu w związku z zaistnieniem okoliczności wskazanej w art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp.

C. Wykonawca wezwany w przekazanej zamawiającemu odpowiedzi na otrzymane wezwanie zawarł dokumenty stojące w sprzeczności z oceną Izby podniesioną w wyroku z 2 listopada 2011 r.

W treści wyroku, Izba podniosła między innymi, że trafna jest argumentacja odwołującego, który wskazał, że samochody przeznaczone do transportu pojazdów powyżej 16.000 kg ze względu na posiadane gabaryty nie zawsze będą mogły być wykorzystane do transportu samochodów o mniejszej d.m.c. – wskazana argumentacja dotyczyła samochodu Volvo F12, o d.m.c. powyżej 16.000 kg.

Tymczasem wykonawca wezwany w odpowiedzi na wezwanie oświadczył, że wskazany model Volvo F12 przewidywany jest do usuwania pojazdów o d.m.c. w przedziale od 3.500 kg do 7.500 kg.

Ponadto wątpliwości odnośnie oświadczenia nasuwa fakt, że podmiot udostępniający, który go przekazał jako zasób niezbędny do realizacji zamówienia (oświadczenie w wezwaniu ze str. 23) – Związkowy Zespół Holowniczo-Parkingowy – sam będzie musiał korzystać z tego pojazdu przy realizacji umowy z Komendą Stołeczną Policji dotyczącą holowania na zlecenie Komendy Powiatowej Policji w Wołominie. Usługi te ma świadczyć przez 7 dni w tygodniu 24 godziny na dobę przez okres 36 miesięcy począwszy od 1 stycznia 2012 r. Przetarg organizowany przez KSP (nr WZP-3393/11/1295) został

rozstrzygnięty 16 listopada 2011 r. a więc w dniu złożenia przez ten podmiot oświadczeń o udostępnieniu zasobów wykonawcy ON Traffic.

Ponadto, zgodnie z ustaleniami poczynionymi i udowodnionymi podczas rozprawy przeprowadzonej w 28 października 2011 r., a popartymi wyrokiem z 2 listopada 2011 r., samochód marki Mercedes model 814 nie spełnia wymogów wskazanych w specyfikacji, ze względu na zbyt małą ładowność.

Fakt przeniesienia tego samochodu w piśmie z 21 listopada 2011 r. do niższej kategorii, w porównaniu z oświadczeniami stanowiącymi treść oferty złożonej 16 września 2011 r., potwierdza jednak tezy wskazane w pkt 1A o niedopuszczalnej zmianie podwykonawców.

2. Naruszenie art. 26 ust. 2b Pzp związane jest z zaniechaniem zamawiającego w zakresie dołożenia należytej staranności w ocenie otrzymanych dokumentów, które w postępowaniu mają szczególnie istotne znaczenie ponieważ potwierdzają zarówno warunki udziału w postępowaniu jak i potencjał wykorzystywany do jego realizacji – podmioty udostępniające potencjał techniczny będą podwykonawcami realizacji praktycznie 100% zakresu zamówienia, które składa się właśnie z holowania i przetrzymywania na parkingach uprzednio zholowanych lub wywiezionych pojazdów.

Zgodnie z treścią art. 26 ust. 2b Pzp „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. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, że 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”.

Celem uchwalenia powyższego przepisu było wdrożenie postanowień art. 47 ust. 2 oraz art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18/WE oraz zwiększenie konkurencyjności postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, które to postanowienia dopuszczają poleganie wykonawcy przy wykazywaniu spełniania warunków na zdolnościach innych podmiotów. Taki cel przepisu, wprowadzonego nowelizacją ustawy (ustawa z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych – Dz. U. Nr 206 poz. 1591), wynika z uzasadnienia wskazanej nowelizacji.

Przepis art. 26 ust. 2b Pzp jest nieodłącznie związany z obowiązkiem wykazania przez wykonawców spełniania warunków udziału w postępowaniu, stanowi niejako rozwinięcie przepisu ogólnego dotyczącego tych warunków, to jest art. 22 ust. 1 oraz art. 25 ust. 1 i 26 ust. 1 Pzp.

Przywołany powyżej przepis art. 22 ust. 1 Pzp stanowi, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące: posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania; posiadania wiedzy i doświadczenia; dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia; sytuacji ekonomicznej i finansowej.

Przytoczony art. 22 ust. 1 Pzp służy zatem między innymi zabezpieczeniu interesów zamawiającego, któremu wykonawcy muszą wykazać, że dysponują potencjałem technicznym zdolnym do wykonania zamówienia.

To wykonawca ubiegający się o uzyskanie zamówienia winien wykazać, że spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Wskazana powyżej nowelizacja umożliwiła poleganie na potencjale innych podmiotów jednak nadal zostały podtrzymane zasady udzielania zamówień publicznych zawarte w innych przepisach ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, a w szczególności konieczność równego traktowania wykonawców oraz pewność realizacji zamówienia.

W konsekwencji zgodnie z treścią art. 26 ust. 2b Pzp, w sytuacji korzystania przez wykonawcę z możliwości posiłkowania się zasobami innego podmiotu, obowiązek wykazania przez wykonawcę spełniania warunku, o którym mowa w art. 22 Pzp (dotyczy warunku w zakresie dysponowania potencjałem technicznym) został wyraźnie przez ustawodawcę ograniczony przez konieczność udowodnienia, w sposób nie budzący wątpliwości, że zobowiązanie innego podmiotu istotnie będzie udostępnione.

Dysponowanie wymienionymi w przepisie zasobami musi zatem zostać udowodnione przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego w sposób nie budzący wątpliwości 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 udzielenie potencjału innego podmiotu, jak również że podmiot udzielający odpowiedniego zasobu (w tym wypadku potencjału technicznego) rzeczywiście go posiada w wymaganym przez zamawiającego zakresie. Wynikający z normy art. 26 ust. 2b Pzp obowiązek udowodnienia w sposób nie budzący wątpliwości powinien obejmować wykazanie zarówno, że podmiot udostępniający dany zasób rzeczywiście go posiada, że zasób ten odpowiada swym zakresem warunkowi postawionemu przez zamawiającego, że nastąpi jego bezwarunkowe oddanie wykonawcy ubiegającemu się o zamówienie na czas i w celu realizacji tego zamówienia. Zobowiązanie do oddania do dyspozycji zasobu (lub inny, alternatywny dowód na tę okoliczność) powinno także uwzględniać charakter udostępnianego zasobu, w taki sposób by możliwe było uznanie, że udostępnienie rzeczywiście nastąpiło.



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 rzeczywiście nim dysponuje a także w jakim zakresie nastąpiło udzielenie potencjału innego podmiotu. Stwierdzenie tego dysponowania przez wykonawcę winno być bowiem konsekwencją dokonania przez zamawiającego pozytywnej oceny dowodu, jakim jest zobowiązanie podmiotu trzeciego. Analizowany 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. Ponadto, zobowiązanie, o którym mowa w art. 26 ust. 2b Pzp (bądź inne, odpowiednie oświadczenie w tym zakresie) winno wyrażać w sposób wyraźny i jednoznaczny wolę udzielenia wykonawcy ubiegającemu się o zamówienie odpowiedniego zasobu – wskazywać jego rodzaj, czas udzielenia a także inne istotne okoliczności, w tym, wynikające ze specyfiki tego zasobu.

Potwierdza to uzasadnienie zawarte w wyroku 2 listopada 2011 r., na podstawie którego zamawiający powtórzył czynność badania i oceny ofert, podczas której dopuścił się zaniechania w należytej realizacji czynności wynikającej z sentencji wyroku. Izba w wydanym wyroku wskazała jednoznacznie, że dysponowanie potencjałem technicznym niezbędnym dla spełnienia warunków udziału w przetargu 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 w danym przedmiocie, a także w jakim zakresie nastąpiło udostępnienie potencjału innego podmiotu.

Tymczasem treść załączonych do odpowiedzi na wezwanie oświadczeń budzi szereg wątpliwości, które potwierdzają zasadność zarzutu naruszenia art. 26 ust. 2b Pzp przez niedochowanie obowiązków nałożonych na zamawiającego postanowieniami wskazanego przepisu.

W szczególności wskazać należy: złożone w odpowiedzi na wezwanie oświadczenia o udostępnianiu potencjału zostały sformułowane przez kilkunastu udostępniających z terenu całego kraju (np. Legnicy) w dacie przesłania wezwania tj. 16 listopada 2011 r. Oświadczenie złożone 17 listopada 2011 r. przez „Park For You” Jacek Sądej odnosi do umowy zawartej 16 września 2011 r. i określonych w niej zasobów. Tymczasem oświadczenie o ich udostępnieniu wystawiono 17 listopada 2011 r. W treści oświadczenia

przywołano, co prawda datę 16 września 2011 r. ale jedynie jako odniesienie do aktualności warunków. Tym samym nie można uznać wskazanego oświadczenia za potwierdzające stan faktyczny sprzed terminu składania ofert. Ponadto oświadczenia przedstawione w odpowiedzi na wezwanie są nieprecyzyjne, ogólne, niejednoznaczne co do zamówienia przedmiotu którego dotyczą, podpisane w sposób nie przesądzający o właściwym umocowaniu osoby udostępniającej potencjał.

Przedstawione oświadczenia mają potwierdzać spełnianie warunków udziału w postępowaniu i wskazują na potencjał techniczny niezbędny do realizacji zamówienia jaki musi być w posiadaniu wykonawcy aby zagwarantować należyte wykonywanie zamówienia publicznego. Tymczasem zamawiający uznał za wiarygodne dokumenty nie precyzyjne, nie potwierdzające w jakikolwiek sposób, że możliwe jest wykorzystanie udostępnianego potencjału, nie przesądzające czy udostępniany potencjał jest np. sprawny technicznie lub czy nie jest przeznaczony do realizacji zadań w innym mieście (przykładowo zamawiający zaniechał wyjaśnienia na ile prawdopodobnym jest, że samochód z Legnicy zarejestrowany w tym mieście, istotnie będzie przez okres kilku lat stacjonował w Warszawie). Fakt zawarcia w złożonych oświadczeniach z 16 listopada 2011 r. i 17 listopada 2011 r. treści uwzględniających katalog danych wskazanych w wyroku KIO z 2 listopada 2011 r. nie może przesądzać o uznaniu bezkrytycznie złożonych oświadczeń za wiarygodne. Zawarty w wyroku Izby z 2 listopada 2011 r. katalog ma charakter otwarty, przykładowy, wskazujący jedynie rodzaj informacji, a nie zamknięty zakres, który wystarczy wypełnić treścią aby uznać wiarygodność i dopuszczalność złożonych oświadczeń. W konsekwencji przyjęcie przedstawionych oświadczeń jako wiarygodnych świadczy o zaniechaniu obowiązków wynikających z art. 26 ust. 2b Pzp. Ponadto w ocenie odwołującego oświadczenia przedstawione w odpowiedzi na wezwanie nie potwierdzają spełniania warunków udziału w postępowaniu, co prowadzi do wykluczenia wykonawcy ON Traffic na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp.

Zaniechania zamawiającego w zakresie art. 26 ust. 2b Pzp jak i dopuszczenie oświadczeń złożonych przez innych podwykonawców niż wskazani w złożonej 16 września 2011 r. ofercie przetargowej, świadczą również o naruszeniu art. 7 ust. 1 i 3 Pzp. Zamawiający przez podjęte działania dopuścił się nierównego traktowania wykonawców, umożliwiając jednemu z uczestników postępowania dowolne kreowanie treści oferty po upływie terminu na jej składanie. Rozszerzenie dopuszczonego zastosowania normy art. 26 ust. 3 Pzp w sposób niezgodny z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych wpływa na równość szans wykonawców ubiegających się o uzyskanie zamówienia publicznego zarówno na etapie poprzedzającym składanie ofert jak i już na etapie ich oceny. Również dopuszczenie jako rzekomo w szczególności: wiarygodnych, jednoznacznych, nie budzących wątpliwości oświadczeń załączonych do

odpowiedzi na wezwanie świadczy o nierównym traktowaniu wykonawców oraz udzieleniu zamówienia wykonawcy wybranemu z rażącym naruszeniem norm zawartych w ustawie z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

3. Zamawiający odmówił odwołującemu zapoznania się z treścią umowy, jaka została zawarta pomiędzy wykonawcą wezwanym a podmiotem udostępniającym potencjał tj. Park For You Jacek Sądej z siedzibą w Warszawie przy ul. Szyszkowej 48.

Odwołujący nie mogąc zgodzić się z zaniechaniem przez zamawiającego udostępnienia bezprawnie utajnionej umowy pomiędzy wykonawcą ON Traffic a Park For You Jacek Sądej wnosi odwołanie, jednocześnie potwierdzając, że informację o uznaniu wskazanej umowy za zastrzeżoną jako tajemnica przedsiębiorstwa uzyskał 28 listopada 2011 r.

Zgodnie z art. 8 ust. 1 i 3 Pzp postępowanie o udzielenie zamówienia co do zasady jest jawne. Nie ujawnia się jedynie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane. Należy zwrócić uwagę, że przepisy te oznaczają, że jeżeli wykonawca zawiera w ofercie (a za element oferty należy uznać dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu) informacje będące tajemnicą przedsiębiorstwa, zgodnie z odrębnymi przepisami, to może nie zgodzić się na ich ujawnienie innym osobom.

Tajemnica przedsiębiorstwa jest zdefiniowana w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, i są to zgodnie z tym przepisem nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.

Wadą jest zatem utajenie informacji, które nie spełniają tych przesłanek. Przyjęty jest w doktrynie i w orzecnictwie pogląd, że zamawiający nie może w związku z tym nadużywać instrumentów przewidzianych do innych zastosowań i zdecydowanie powinien przyjąć na siebie ciężar rzeczywistego i obiektywnego ustalenia, czy w danej sprawie wykonawca miał prawo zabronić ujawniania poszczególnych informacji. Stanowisko to wyrażone zostało także w wyrokach Krajowej Izby Odwoławczej.

Np. wyrok KIO z 17 maja 2011. r. (sygn. akt: KIO 968/11). W uzasadnieniu wyroku KIO podkreśliła, że postępowanie o zamówienie publiczne jest jawne. Zasada jawności w systemie zamówień publicznych jest jedną z zasad, które należy uwzględniać w trakcie przygotowywania oraz przeprowadzania postępowania. Zasadę jawności wyraża art. 8 Pzp. Zasada ta, przejawia się zarówno przez udzielenie informacji o zamiarze udzielenie zamówienia, rozpoczęciu procedury oraz jawności całej dokumentacji w zakresie

postępowania o udzielenie zamówienia. Każde naruszenie zasady jawności przyczynia się do wadliwości postępowania.

Zgodnie z innym wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z 30 czerwca 2008 r. (KIO/UZP 595/08) zasada jawności w systemie zamówień publicznych jest jedną z najważniejszych zasad, które należy uwzględniać w trakcie przygotowywania oraz przeprowadzania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W procesie udzielania zamówienia zasada jawności przejawia się dwojako: przez upublicznienie chęci udzielenia określonego rodzaju zamówienia oraz w jawności całej dokumentacji w tymże postępowaniu o udzielenie zamówienia. Zastrzeżenie dochowania poufności, złożone w ofercie, stanowi jedynie próbę uniemożliwienia innym wykonawcom wglądu do dokumentów ofertowych, nie stanowi natomiast podjęcia niezbędnych działań w celu zachowania poufności i narusza podstawową zasadę jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Tajemnica przedsiębiorstwa stanowi wyjątek od zasady jawności postępowania w sprawie zamówienia publicznego i jako taka nie może być interpretowana w sposób rozszerzający, co naruszałoby uprawnienia wykonawców występujących w postępowaniach.

Zastrzeżenie całej umowy zawartej pomiędzy wyżej wskazanymi podmiotami ogranicza ustawowe prawa odwołującego, do zapoznania się z istotnymi dokumentami, które mają wpływ na przebieg i wynik postępowania.

Zaniechanie odtajnienia całej umowy uniemożliwia odwołującemu ocenę czy wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu, jak również czy treść złożonych przez wykonawcę wezwanego dokumentów odpowiada wymogom określonym w treści specyfikacji i potwierdza spełnianie warunków udziału w przetargu.

W opinii odwołującego utajnienie wskazanego dokumentu odbiera odwołującemu prawo do weryfikacji poprawności merytorycznej oferty złożonej przez wezwanego wykonawcę, a materiał przez niego zastrzeżony nie zasługuje w ocenie odwołujące na objęcie klauzulą tajności, zwłaszcza w zakresie potwierdzającym udostępnienie potencjału technicznego.

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu 05 grudnia 2011 r. (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom 06 grudnia 2011 r. (art. 185 ust. 1 *in initio* Pzp).

Wykonawca ON Traffic sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Ateńska 10 m. 80, 03-978 Warszawa złożył: 1) Prezesowi KIO, 2) zamawiającemu i 3) odwołującemu – zgłoszenie przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania 09.12.2011 r. (art. 185 ust. 2 Pzp).

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy, a także dowodów złożonych przez odwołującego:

- 1) (dowód nr 1) opinia techniczna PZM nr 2050/11/2011 z 1 grudnia 2011 r. podpisana przez Leszka Zbroję i fotografie samochodu – na okoliczność, że Scania nie spełnia wymogów zawartych w pkt 7.3.1.2 lit. b specyfikacji;
- 2) (dowód nr 2) kopia umowy nr WZP 3393/11/129/T/1 i załączniki do oferty na wykazanie, że samochód Volvo będzie użytkowany w Wołominie 24 godziny i 365 dni w roku i że ZZHP udostępniający ten samochód nie jest właścicielem udostępnianego samochodu;
- 3) (dowód nr 3) opinię BRT Ekspert z 14 grudnia 2011 r. na wykazanie, że Mercedes 814 nie spełnia wymogów 7.3.1.2 lit. b specyfikacji, bo jego parametry zgodnie z przepisami nie dają podstawy, aby mógł samochód ten holować samochody w pełnym zakresie ciężarów 3,5-7,5 tony – samochód ten waży 5.500 kg

oraz dowodów złożonych przez przystępującego:

- 4) (dowód nr 4) oświadczenie ZZHP i HPIPD o osobiście złożonych podpisach na kwestionowanych przez odwołującego oświadczeniach;
- 5) (dowód nr 5) ocena techniczna z 12 grudnia 2011 r. samochodu Scania R142 na okoliczność, że Scania spełnia wymogi zawarte w pkt 7.3.1.2 lit. b specyfikacji

– Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie nie jest zasadne.

W ocenie Izby zostały wypełnione łącznie przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp, to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wystąpienia możliwości poniesienia szkody przez odwołującego.

Izba postanowiła dopuścić dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem oraz dowody złożone przez odwołującego i przystępującego.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut zaniechania wykluczenia wykonawcy ON Traffic – nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący w odwołaniu wskazał, że przystępujący składając pisma do zamawiającego nie spełnił wymogów zawartych w pkt 10.10 specyfikacji, gdzie zamawiający postanowił, że

cyt. »Podpisanie oferty i poświadczenia za zgodność z oryginałem winny być sporządzone w sposób umożliwiający identyfikację podpisu (np. czytelny podpis lub parafa wraz z imienną pieczętą osoby podpisującej dokument lub poświadczającej kopię)«. Złożone w odpowiedzi na wezwanie dokumenty dotyczą potwierdzania wymogów niezbędnych dla realizacji przedmiotowego zamówienia.

Jednak odwołujący nie wziął pod uwagę, że zamawiający w postanowieniu pkt 10.10 specyfikacji wskazał formę podpisu, jako przykładową [»np.«] i jednocześnie nie ustanowił szczególnych sposobów sprawdzania podpisów ani szczególnych konsekwencji za brak zastosowania się do postanowienia. Również odwołujący nie wziął pod uwagę, że zamawiający w pkt 10.10 specyfikacji użył wyraz »winien«, który nie jest tak kategoryczny jak wyraz »musi«, a więc i w tym zakresie zamawiający nie przyznał sobie szczególnego uprawnienia możliwości wykluczania wykonawcy czy odrzucenia oferty w przypadku niespełnienia pkt 10.10 specyfikacji.

W związku z powyższym zastrzeżenie odwołującego odnośnie do podpisów złożonych niezgodnie z postanowieniem pkt 10.10 nie może zostać uwzględnione przez skład orzekający Izby.

Zamawiający wymagał, zgodnie z art. 36 ust. 4 Pzp, wskazania przez wykonawcę w ust. 7 formularza oferty części zamówienia, których wykonanie wykonawca powierzy podwykonawcom. Zamawiający nie żądał od wykonawcy wskazania podwykonawców, ale zamawiający żądał od wykonawcy wskazania części zamówienia, których wykonanie wykonawca powierzy podwykonawcom.

W związku z tym przystępujący mógł na żądanie zamawiającego wystosowane na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp złożyć zamawiającemu dokumenty od innych podmiotów niż od podmiotów występujących w pierwotnej ofercie. Wskazanie nowych podmiotów nie stanowiło zmiany oferty, gdyż oferta nie dotyczyła tych podmiotów, a jedynie zakresu wykonywanych przez podwykonawców czynności. Wskazany w ofercie zakres wykonywanych przez podwykonawców czynności nie uległ zmianie mimo wskazania nowych podwykonawców.

W związku z tym skład orzekający Izby nie może podzielić zarzutu odwołującego naruszenia przez zamawiającego art. 26 ust. 3 Pzp.

Przystępujący zaoferował pojazd Scania R 142 H przystosowany i przeznaczony do usuwania pojazdów o dopuszczalnej masie całkowitej od 7.500 kg do 16.000 kg. Jednak zdaniem odwołującego zaoferowany model samochodu nie spełnia wymagań zamawiającego zawartych w pkt 7.3.1.2 lit. b specyfikacji w zakresie dopuszczalnej masy

całkowitej, gdyż parametry techniczne tego pojazdu uniemożliwiają holowanie pojazdów o dopuszczalnej masie całkowitej od 7.500 kg do 16.000 kg.

W dowodzie nr 1 odwołujący wykazał, że samochód ma masę własną 13.300 kg. Jednak w dowodzie tym nie było odniesienia do dopuszczalnej masy całkowitej ani do masy rzeczywistej tego pojazdu. Art. 31 ust. 3 Prawa o ruchu drogowym stanowi, że cyt. »rzeczywista masa całkowita pojazdu holowanego nie może przekraczać rzeczywistej masy całkowitej pojazdu holującego«. Skład orzekający Izby nie mógł wziąć wywodów zawartych w dowodzie nr 1, gdyż nie było tam odniesienia do rzeczywistej masy badanego pojazdu.

Natomiast w dowodzie nr 5, przedstawionym przez przystępującego, zostało pokazane, że rzeczywista masa samochodu Scania wynosiła 16.005 kg. W związku z tym skład orzekający Izby stwierdza, że odwołujący nie dowiódł, że rzeczywista masa przedmiotowego pojazdu nie może osiągnąć masy 16.000 kg i odniósł się tylko do masy własnej pojazdu, dlatego zarzut odwołującego nie może zostać uwzględniony.

Odwołujący zarzucił w lit. c na str. 6 odwołania, że samochody przeznaczone do transportu pojazdów powyżej 16.000 kg – ze względu na posiadane gabaryty – nie zawsze będą mogły być wykorzystane do transportu samochodów o mniejszej dopuszczalnej masie całkowitej. Argumentacja dotyczyła samochodu Volvo F12, o dopuszczalnej masie całkowitej powyżej 16.000 kg.

Tymczasem wykonawca wezwany w odpowiedzi na wezwanie oświadczył, że wskazany model Volvo F12 przewidywany jest do usuwania pojazdów o dopuszczalnej masie całkowitej w przedziale od 3.500 kg do 7.500 kg.

Skład orzekający Izby stwierdza, że w pkt 7.3.1.2 lit. b specyfikacji (ani w innym miejscu specyfikacji) zamawiający nie zawarł wymagania dotyczącego maksymalnych gabarytów czy innych cech pojazdu przewidzianego do usuwania innych pojazdów. Dlatego nie można brać pod uwagę tego zarzutu.

Również zamawiający nie wymagał, aby pojazd przeznaczony do wykonywania świadczenia w rozpoznawanym zamówieniu był przeznaczony wyłącznie do wykonywania tego świadczenia, dlatego zaoferowanie tego samego pojazdu do wykonywania usługi w innym zamówieniu, jak wykazał odwołujący w dowodzie nr 2 – umowa nr WZP – 3393/11/129/T/1 z 1 grudnia 2011 r. między zamawiającym Komendantem Stołecznym Policji i wykonawcą Automark SA z siedzibą w Markach.

Także zamawiający nie mógł wymagać i nie wymagał, aby oferowany pojazd był własnością wykonawcy, więc też wykazanie w dowodzie nr 2, że samochód volvo jest pojazdem dzierżawionym nie może mieć wpływu na wynik postępowania.

Wreszcie wskazana przez odwołującego zamiana samochodów w ramach oferty nie mogła mieć wpływu na wynik postępowania, gdyż mimo zmiany pozycji samochodów

wykonawca przedstawił wymaganą w specyfikacji, pełną listę pojazdów przeznaczonych do wykonania świadczenia. Dlatego nie będzie miał zastosowania dowód nr 3.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 26 ust. 2b Pzp ze względu na zaniechanie dołożenia należytej staranności w ocenie otrzymanych dokumentów potwierdzających zarówno warunki udziału w postępowaniu jak i potencjał wykorzystywany do realizacji zamówienia.

Odwołujący stwierdził, że to wykonawca ubiegający się o uzyskanie zamówienia musi wykazać, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, a dysponowanie wymienionymi w art. 26 ust. 2b Pzp 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 rzeczywiście nim dysponuje a także w jakim zakresie nastąpiło udzielenie potencjału innego podmiotu.

Odwołujący zarzucił, że – wniesione w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp – oświadczenia [dokumenty] o udostępnianiu potencjału zostały sformułowane przez kilkunastu udostępniających z terenu całego kraju (np. Legnicy) w dacie przesłania wezwania tj. 16 listopada 2011 r., a oświadczenie złożone 17 listopada 2011 r. przez „Park For You” Jacek Sądej odnosi do umowy zawartej 16 września 2011 r. i określonych w niej zasobów, a oświadczenie o ich udostępnieniu wystawiono 17 listopada 2011 r., chociaż w treści oświadczenia przywołano datę 16 września 2011 r., ale jedynie jako odniesienie do aktualności warunków. W związku z tym – zdaniem odwołującego – nie można uznać wskazanego oświadczenia za potwierdzające stan faktyczny sprzed terminu składania ofert. Ponadto oświadczenia przedstawione w odpowiedzi na wezwanie są nieprecyzyjne, ogólne, niejednoznaczne co do zamówienia przedmiotu którego dotyczą, podpisane w sposób nie przesądzający o właściwym umocowaniu osoby udostępniającej potencjał.

Skład orzekający Izby stwierdza, że nowelizacja z 5 listopada 2009 r. Prawa zamówień publicznych w art. 26 ust. 2b Pzp umożliwiła wykonawcom oparcie się na potencjale innych podmiotów niezależnie od charakteru prawnego stosunków łączących wykonawcę z tymi podmiotami. W takim przypadku wykonawca zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, przedstawiając np. pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania wykonawcy do dyspozycji odpowiednich zasobów przy wykonywaniu zamówienia. Przy czym jeżeli zamawiający zażąda uzupełnienia oferty, jak w rozpoznawanej sprawie w zakresie art. 26 ust. 2b Pzp, na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, to wykonawca przedstawić dokumenty [oświadczenia] potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu na dzień składania ofert. Dokumenty te mogą być



oznaczone datą późniejszą niż termin składania ofert, ale z treści tych dokumentów musi wynikać, spełnienie warunków na dzień składania ofert.

Dlatego złożenie przez przystępującego do zamawiającego dokumentów [oświadczeń] z datami późniejszymi niż upływ terminu składania ofert nie dyskredytuje tych dokumentów, jeżeli tylko z ich treści wynika, jak miało to miejsce w rozpoznawanej sprawie, że wykonawca spełniał warunki na dzień składania ofert.

Ponadto w treści zakwestionowanych oświadczeń znalazło się stwierdzenie o udostępnieniu potencjału technicznego przy wykonywaniu zamówienia oznaczonego nrem DZP/56/PN/45/11. Zdaniem składu orzekającego Izby jest to wystarczające doprecyzowanie, które świadczy, że osoba podpisująca oświadczenie wiedziała w jakim celu udostępnia swój potencjał techniczny, mimo braku opisu zamówienia oznaczonego nrem DZP/56/PN/45/11. Również w treści oświadczeń figuruje stwierdzenie od kiedy podmiot podpisujący oświadczenie udostępnia potencjał wykonawcy ON Traffic. Także z treści oświadczeń wynika kto podpisał konkretne oświadczenie, mimo że przy podpisie nie zawsze została przystawiona pieczęć imienna czy podpis nie jest czytelny. Wynika to ze słów zawartych na początku treści oświadczenia cyt. »Ja niżej podpisany *imię i nazwisko* oświadczam, że...«. Dlatego nie miał znaczenia dowód nr 4 złożony przez przystępującego – dodatkowe oświadczenia o własnoręcznym podpisaniu oświadczeń.

W związku z powyższym skład orzekający Izby stwierdza, że zarzuty nie zostały potwierdzone.

Kwestia odmowy udostępnienia odwołującemu zapoznania się z treścią umowy, która została zawarta pomiędzy wykonawcą ON Traffic a podmiotem udostępniającym potencjał tj. Park For You Jacek Sądej z siedzibą w Warszawie nie miała wpływu na wynik postępowania, bo zamawiający nie żądał dokumentów na potwierdzenie oświadczeń o udostępnieniu potencjału technicznego, a wyłącznie żądał wniesienia oświadczeń. Na podstawie samego oświadczenia zamawiający mógł stwierdzić spełnienie warunków udziału w postępowaniu.

Zamawiający – podczas prowadzenia postępowania – nie naruszył wskazanych przez odwołującego przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

Z powyższych względów oddalono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w kwocie 3 600, 00 zł zgodnie z § 3 pkt 1 i pkt

2 lit. b 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. z 2010 r. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:**

.....