

Sygn. akt KIO/UZP 1686/09

WYROK
z dnia 10 grudnia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska-Romek

Członkowie: Magdalena Grabarczyk
Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 grudnia 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Antoniego Romańczyka prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Firma Handlowo-Usługowa TRANSROL, Biała Niżna 468, 33-330 Grybów** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Zarząd Dróg Wojewódzkich w Krakowie, Rejon Dróg Wojewódzkich w Nowym Sączu, ul. Kilińskiego 70, 33-300 Nowy Sącz** protestu z dnia 29 października 2009 r.,

przy udziale **Krzysztofa Polakiewicza, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Skład Materiałów Budowlanych i Opału „Carbon”, ul. Krakowska 1, 33-350 Piwniczna-Zdrój** zgłaszającego swoje przystąpienie po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu i odrzucenia jego oferty oraz nakazuje unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i dokonanie ponownego badania, oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty odwołującego.

2. Kosztami postępowania obciąża **Zarząd Dróg Wojewódzkich w Krakowie, Rejon Dróg Wojewódzkich w Nowym Sączu, ul. Kilińskiego 70, 33-300 Nowy Sącz** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 462 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Antoniego Romańczyka prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Firma Handlowo-Uslugowa TRANSROL, Biała Niżna 468, 33-330 Grybów,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **8 864 zł 00 gr** (słownie: osiem tysięcy osiemset sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Zarząd Dróg Wojewódzkich w Krakowie, Rejon Dróg Wojewódzkich w Nowym Sączu, ul. Kilińskiego 70, 33-300 Nowy Sącz** na rzecz **Antoniego Romańczyka prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Firma Handlowo-Uslugowa TRANSROL, Biała Niżna 468, 33-330 Grybów** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kwoty zaliczonej w poczet kosztów postępowania z wpisu uiszczonego przez Odwołującego się, wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu;
- ~~3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,~~
- 4) dokonać zwrotu kwoty **10 538 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Antoniego Romańczyka prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Firma Handlowo-Uslugowa TRANSROL, Biała Niżna 468, 33-330 Grybów.**

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający - **Zarząd Dróg Wojewódzkich w Krakowie Rejon Dróg Wojewódzkich w Nowym Sączu** prowadzi postępowanie o zamówienie publiczne. Którego przedmiotem jest wynajem nośników samochodowych wraz z kierowcami do zimowego utrzymania dróg administrowanych przez Rejon Dróg Wojewódzkich w Nowym Sączu, w sezonie zimowym 2009/2010 -zadanie nr 2

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich z dnia 1.08.2009 pod poz. 2009/8 146-214230 oraz na stronie internetowej www.zdw.krakow.pl

Pismem z dnia 29 października 2009 roku Odwołujący – Antoni Romańczyk, prowadzący działalność gospodarczą p.n. Firma Handlowo - Usługowa Transrol wniósł protest a następnie odwołanie, w którym wskazał na naruszenie przepisów art. 7 ust. 1 i 3, art. 24 ust. 2 pkt 2, art. 24 ust. 4, art. 26 ust. 4, art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp polegające na wykluczeniu odwołującego z udziału w postępowaniu, zaniechaniu czynności wezwania do złożenia wyjaśnień oraz wyborze oferty najkorzystniejszej.

Informację o wyborze i wykluczeniu odwołującego z udziału w postępowaniu zamawiający przekazał w dniu 23 października 2009 roku.

Podstawą wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu była okoliczność podania nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik prowadzonego postępowania, zamawiający uznał, że wskazany przez odwołującego samochód marki MAN o numerze rej. KNS 34017, jest samochodem przewidzianym do realizacji zamówienia na rzecz Powiatowego Zarządu Drogowego w Gorlicach. Podobny zarzut dotyczy innych nośników samochodowych, zaoferowanych do realizacji zamówienia.

Odwołujący złożył stosowne zapewnienie o dysponowaniu potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia pod groźbą odpowiedzialności karnej za składanie fałszywych oświadczeń, zaakceptował także swoją odpowiedzialność za niewykonanie bądź niewykonanie zobowiązania określoną w projekcie umowy. Zamawiający w żaden sposób nie wykazał, że przedkładane dokumenty i oświadczenia zawierają nieprawdziwe informacje a ich przedłożenie jest wynikiem zamiaru bezpośredniego lub zamiaru ewentualnego, zgodnie wyrok z dnia 8.06.09 KIO/UZP 658/09. Zamawiający winien wezwać odwołującego przed jego wykluczeniem do złożenia wyjaśnień, czego nie uczynił. Odwołujący wskazał, że w okresie toczącego się postępowania pozyskał nowe środki transportu, w pełni zabezpieczające realizację wszystkich zawartych dotychczas umów oraz ewentualnych przyszłych umów. Do treści odwołania załączył wykaz samochodów i sprzętu specjalistycznego do zimowego utrzymania dróg.

W odwołaniu dodatkowo podniósł, że zamawiający nie posiada dostatecznej wiedzy w jaki sposób będzie realizowana umowa zawarta z Powiatowym Zarządem Drogowym w Gorlicach, na ile i w jaki sposób będzie wykorzystywany samochód marki MAN, który został wskazany w wykazie sprzętu załączonym do oferty.

Zamawiający w dniu 6 listopada 2009 roku oddalił protest, wskazując, że w trakcie badania i oceny oferty nr 2 złożonej na zadanie nr 2 nie żądał od Protestującego wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty, ponieważ wezwanie Wykonawcy do wyjaśnienia oferty, zgodnie z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp jest fakultatywne, a nie obligatoryjne. Nie może mieć również zastosowania tryb przewidziany w art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, gdyż dotyczy on dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunków, a nie treści oferty. Wskazał, że badał jedynie samochody (nośniki samochodowe), które odwołujący oferował w ofercie, a nie potencjał techniczny jaki wykonawca posiada ponad to, lub nabył w trakcie wykonywania procedury, zatem twierdzenie o pozyskaniu dodatkowego potencjału technicznego nie może mieć znaczenia dla rozstrzygnięcia.

Zamawiający wskazał, że wymogiem było aby oferowany przez wykonawców samochód pozostawał w dyspozycji 24 godzinnej, zgodnie z § 5 ust. 7 wzoru umowy. Złożone w pkt 2 oferty odwołującego oświadczenie, że konkretny samochód będzie pozostawał w dyspozycji odwołującego w okresie od 25.10.2009 do 15.04.2010 roku jest potwierdzeniem nieprawdziwych informacji, mających wpływ na wynik postępowania, gdyż jak wynika z umowy z dnia 9.09.2009 roku (PZD/46/09) zawartej przed dniem składania ofert, odwołujący zawarł umowę z Powiatowym Zarządem Drogowym w Gorlicach na realizację zamówienia, do którego wykonania wskazał ten sam samochód ciężarowy.

Zdaniem zamawiającego wykonawca nie ma możliwości zmiany umowy, gdyż sprzeciwiają się temu przepisy art. 140 ust. 1 i 3 ustawy Pzp. Nie można również uznać, że wykazanie samochodów w ofercie było nieświadome. Odwołujący jako profesjonalny uczestnik obrotu gospodarczego wiedział, że zawarł umowę do wykonania której te konkretne samochody są niezbędne.

Odwołujący, nie zgadzając się z decyzją zamawiającego wniósł w dniu 12 października 2009 roku, odwołanie, w którym podtrzymał zarzuty i argumentację zawartą w proteście i wniósł o:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty na zadanie nr 2
2. unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego i uznania jego oferty za odrzuconą,
3. nakazanie uzyskania wyjaśnień i dokonanie ponownej oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i ponownej oceny ofert,
4. nakazanie wyboru oferty najkorzystniejszej,
5. obciążenie zamawiającego kosztami postępowania.

Pismem z dnia 7 grudnia 2009 roku wykonawca – K. Polakiewicz, prowadzący działalność gospodarczą p.n. „Carbon” Skład Materiałów Budowlanych i Opału, zgłosił swój udział w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego.

W oparciu o dokumentację akt sprawy, oraz biorąc pod uwagę wyjaśnienia stron i uczestnika postępowania odwoławczego, złożone na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje:

Protest i odwołanie dotyczą zadania nr 2 przedmiotu zamówienia, polegającego na wynajmie:

1. dwóch samochodów ciężarowych o odpowiedniej ładowności i wymiarach skrzyni wraz z kierowcami, wyposażonych w pługi typu ciężkiego, sterowane z kabiny kierowcy, z możliwością zamontowania solarek EKOS 2000 i STRATOS o pojemności 5 m³ (...) - 800 godz. pracy x 2 samochody = 1 600 godz. pracy
2. trzech samochodów ciężarowych o odpowiedniej ładowności wraz z kierowcami wyposażonych w piaskarko – solarki lub piaskarki o pojemności min. 4 m³ oraz pługi lemieszowe typu ciężkiego lub średniego, sterowane z kabiny kierowcy do zimowego utrzymania dróg wojewódzkich (...) - 600 godz. pracy x 3 samochody = 1 800 godz. pracy.

W formularzu oferta dla zadania nr 2 przedmiotu zamówienia (załącznik 2.2 siwz), zamawiający wymagał od wykonawców, składających ofertę podania marki samochodów, ładowności, numeru rejestracyjnego i roku produkcji. W § 5 ust. 7 wzoru umowy wskazał, że do obowiązków wykonawcy należy w szczególności stosowanie się do 24 – godzinnej dyspozycyjności w stosunku do zamawiającego w zakresie przyjęcia zgłoszenia prac objętych umową i ich podjęcia.

Biorąc pod uwagę tak ustalony stan faktyczny sprawy oraz złożone w sprawie dowody, Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Izba uznała, że odwołujący jako podmiot, który został wykluczony z udziału w postępowaniu legitymuje się interesem prawnym, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, uprawniającym go do wniesienia odwołania.

Izba dopuściła jako dowód w sprawie: ofertę odwołującego, treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia, umowę z dnia 9.09.2009 roku PZD/46/09 zawartą pomiędzy odwołującym a Powiatowym Zarządem Drogowym w Gorlicach, pismo Powiatowego

Zarządu Drogowego w Gorlicach z dnia 28.09.2009 roku PZD.0178/53/09 oraz wykaz samochodów i sprzętu specjalistycznego do zimowego utrzymania dróg, załączony do pisma procesowego odwołującego z dnia 7 grudnia 2009 roku.

Bezspornym między stronami jest, że odwołujący przewidział realizację zamówienia w zakresie zadania nr 2, wskazując na samochód marki MAN o numerze rejestracyjnym KNS 34017. Izba uznaje argumentację zamawiającego co do konieczności realizacji zamówienia sprzętem oznaczonym co do tożsamości za słuszną. Przedmiotem zamówienia jest bowiem wynajem konkretnie oznaczonych w ofercie nośników samochodowych wraz z kierowcami do zimowego utrzymania dróg a jak wskazał dodatkowo zamawiający na tych pojazdach zamierza zamontować, będące własnością zamawiającego - urządzenia GPS oraz solarki.

Zgodnie z dyspozycją przepisu art. 24 ust 2 pkt 2 ustawy Pzp, z postępowania wyklucza się wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Przy czym dowód na okoliczność podania nieprawdziwych informacji w ofercie spoczywa na zamawiającym, jako na podmiocie, który wywodzi skutki prawne, zgodnie z art. 6 kc oraz art. 188 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający, zatem celem potwierdzenia stawianych zarzutów w stosunku do oferty odwołującego winien wskazać dowody na poparcie swoich twierdzeń.

Izba oceniając, przedstawiony przez zamawiającego materiał dowodowy: pismo z dnia 28 września 2009 roku oraz umowę z dnia 9.09.2009 roku zawartą pomiędzy odwołującym a Powiatowym Zarządem Drogowym w Gorlicach, uznała, że dokumenty te nie stanowią wystarczającego dowodu, potwierdzającego okoliczność, że do realizacji zamówienia wynikającego z wyżej zawartej umowy, odwołujący będzie wykorzystywał także samochód marki MAN o numerze rejestracyjnym KNS 34017, ten sam który wskazał jako sprzęt do realizacji zamówienia dla zadania nr 2 w ofercie złożonej w rozpatrywanym postępowaniu.

Z pisma z dnia 28 września 2009 roku dyrektora Powiatowego Zarządu Drogowego w Gorlicach wynika, że cyt. „w ofercie F.H.U. Transrol Antoni Romańczyk (...) w wykazie urządzeń niezbędnych do wykonania zamówienia znajduje się samochód ciężarowy MAN o numerze rejestracyjnym KNS 34017”. Do przywołanego pisma załączono kopię wykazu urządzeń oferty złożoną przez Antoniego Romańczyka, prowadzącego działalność gospodarczą p.n. F.H.U. Transrol, gdzie wśród kilkunastu pojazdów i wykazu specjalistycznego sprzętu wymieniono także samochód ciężarowy MAN o numerze rejestracyjnym KNS 34017.

W ocenie Izby, wskazanie w wykazie specjalistycznego sprzętu w ofercie złożonej Powiatowemu Zarządowi Drogowemu w Gorlicach, nie oznacza, że wykonawca zamierza i będzie realizował zamówienia właśnie tym sprzętem. Dokument o nazwie „wykaz

specjalistycznego sprzętu” załączony do oferty złożonej Powiatowemu Zarządowi Drogowemu w Gorlicach jest, w ocenie Izby, dokumentem na potwierdzenie spełniania warunku w zakresie dysponowania potencjałem technicznym, wymaganym zgodnie z treścią § 1 ust. 2 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 roku (Dz. U. nr 87, poz. 605 ze zm.) w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może żądać zamawiający do wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane.

Samo ujęcie w innym postępowaniu w wykazie posiadanego sprzętu konkretnego pojazdu celem potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu, nie oznacza jeszcze, że przy realizacji zamówienia zostanie wykorzystany właśnie ten pojazd, tym bardziej, że w wykazie załączonym do oferty jest ujętych szereg innych pojazdów, które niekoniecznie muszą być wykorzystane do realizacji zamówienia na rzecz Powiatowego Zarządu Drogowego w Gorlicach. Okoliczności przeznaczenia do realizacji umowy na rzecz Powiatowego Zarządu Drogowego w Gorlicach konkretnego pojazdu marki MAN o numerze rejestracyjnym KNS 34017 nie potwierdza również przedstawiona jako dowód w sprawie, umowa z dnia 9 września 2009 roku oraz zlecenie z dnia 8 września 2009 roku. Przedmiotowa umowa obejmuje zimowe utrzymanie zamiejskich dróg powiatowych w okresie od. 15.10.2009 do 15.04.2010 i nie wskazuje na konieczność wykonania zamówienia przy użyciu konkretnie oznaczonych co do tożsamości pojazdów, określając jedynie że całość prac wykonawca zrealizuje przy pomocy własnego sprzętu i transportu (§ 2 ust. 2 umowy z dnia 9.09.2009 r.). Okoliczność, jaką wskazywał pełnomocnik zamawiającego, że oferta Antoniego Romańczyka, prowadzącego działalność gospodarczą p.n. „F.H.U. Transrol” jest załącznikiem nr 2 do umowy z dnia 9.09.2009 roku pozostaje bez znaczenia dla oceny sprawy, bowiem również w ofercie wykonawca nie wskazał on konkretnego sprzętu, którym zamierza realizować zamówienie na rzecz PZD Gorlice, określając jedynie ogólne cechy pojazdów i sprzętu niezbędnego do wykonania zamówienia np. „pojazd silnikowy o napędzie na 2 lub więcej osi z zamontowanym czołowym pługiem dwustronnym”, „spycharka o mocy nie mniejszej niż 75 kW”. Również załącznik nr 1 do umowy, gdzie podano opis przedmiotu zamówienia nie formułuje wymogu wykonania zamówienia indywidualnie wskazanymi pojazdami i sprzętem, określa jedynie wymogi techniczne pojazdów i sprzętu przy użyciu, których należy realizować zamówienie. Biorąc pod uwagę powyższe, w ocenie Izby, przedstawiony materiał dowodowy nie potwierdza stanowiska zamawiającego, że do realizacji zamówienia wynikającego z umowy z dnia 9.09.2009 roku, zostanie wykorzystany samochód marki MAN o numerze rejestracyjnym KNS 34017, który został precyzyjnie wskazany jako pojazd to realizacji rozpatrywanego zamówienia. O ile bowiem w przedmiotowym postępowaniu, którego przedmiotem jest wynajem konkretnie oznaczonych nośników, zamawiający wymaga podania i realizacji zamówienia pojazdami oznaczonymi co do tożsamości, o tyle w postępowaniu prowadzonym

na rzecz PZD Gorlice, zamawiający takich wymogów nie postawił, dopuszczając aby zimowe utrzymanie dróg powiatowych było wykonywane przy użyciu sprzętu spełniającego odpowiednie wymagania techniczne podane w siwz.

Zdaniem Izby, okoliczności faktyczne sporu i zgromadzony materiał dowodowy nie dają podstaw do stwierdzenia, że złożone przez odwołującego w pkt 2 oferty oświadczenie jest potwierdzeniem nieprawdziwych informacji, mających wpływ na wynik postępowania.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba stwierdziła, że zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 oraz 24 ust. 4 i art. 89 ust. 1 pkt 5, 26 ust. 4 ustawy Pzp a także zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zasługują na uznanie.

Ponieważ w ocenie Izby, wykazane naruszenia przepisów ustawy Pzp miały wpływ na wynik przedmiotowego postępowania, Izba uwzględniła odwołanie i nakazała unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu i odrzucenia jego oferty oraz nakazała unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i dokonanie ponownego badania, oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty odwołującego.

Uwzględniając powyższe orzeczono, jak w sentencji w oparciu o art. 191 ust. 1 a i ust. 2 ustawy Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp oraz § 4 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886), uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600 zł oraz koszty dojazdu na rozprawę w wysokości 802 zł.

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

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....