

Sygn. akt: KIO 2239/16

WYROK

z dnia 13 grudnia 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk
Lubomira Matczuk-Mazuś
Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie z udziałem stron w dniu 13 grudnia 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 listopada 2016 r. przez wykonawcę **S. G., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P.H.U. GLADPOL S. G., ul. 30 Stycznia 47, 83-110 Tczew** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - **Zakład Usług Komunalnych, ul. Czatkowska 2e, 83-110 Tczew,**

przy udziale wykonawcy **BOL-TRANS Sp. z o.o. Sp. k., Rybaki, ul. Kociewska 11, 83-120 Subkowy,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **oddala odwołanie;**
2. kosztami postępowania odwoławczego obciąża wnoszącego odwołanie wykonawcę – **S. G., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P.H.U. GLADPOL S. G., ul. 30 Stycznia 47, 83-110 Tczew** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7.500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy), uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Gdańsku**.

.....

.....

.....

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Świadczenie usług zimowego utrzymania dróg (jezdni) na terenie miasta Tczewa w sezonie zimowym 2016/2017,” prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych [Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.] [ustawa Pzp] przez Zamawiającego – Zakład Usług Komunalnych z Tczewa. Zdaniem wnoszącego odwołanie wykonawcy – S. G., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P.H.U. GLADPOL S. G. w Tczewie [Odwołujący], Zamawiający niezgodnie z przepisami ustawy Pzp: 1) określił warunki udziału w postępowaniu; 2) wykluczył Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia; 3) dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy Bol-Trans sp. z o.o. sp.k.

W przedmiocie wykluczenia Odwołującego i odrzucenia jego oferty, a którym to czynnościami i zaniechaniem zarzucił rażące naruszenie przepisów ustawy Pzp, które miało wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, a mianowicie: art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp z uwagi na prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości oraz art. 24 ust.12 pkt 12 tej ustawy z uwagi na uznanie, że nie wykazał spełnienia warunków i w konsekwencji niezgodnie z ww. przepisem wykluczenie Odwołującego z udziału tego postępowania i podniósł także zarzut naruszenia art. 24 ust. 4 ustawy z uwagi na bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego, który spełnił wymagania. Odwołujący wskazał także na zaniechanie – z naruszeniem art. 24 ust.1 pkt 12 w związku z art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 24 ust.4 ustawy Pzp - wykluczenia z tego postępowania wykonawcy Boi-Trans sp. z o.o. sp.k., który powstał [zgodnie z odpisem KRS] z dniem 3 września 2015 r. i wbrew oświadczeniu - nie wykonywał usług od dnia 1 stycznia 2015 r. Ponadto wskazał na naruszenie art. 25 ust. 2 Pzp w zw. z § 2 ust. 4 pkt 3 i 4 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać Zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, z uwagi na żądanie przedłożenia danych, których rozporządzenie nie uwzględnia. Wskazał ponadto na naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 Pzp z uwagi na jego niezastosowanie i dokonanie opisu przedmiotu zamówienia (wymagań wobec wykonawców) w sposób niejednoznaczny, nieprecyzyjny, a także utrudniający uczciwą konkurencję. Reasumując wskazał na naruszenie art. 91 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 7 ust.1 tej ustawy podnosząc wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej oraz wymaganie od oferentów, by

ci wykazali się posiadaniem pojazdów o masie całkowitej nie większej, niż 16 ton, co nie znajduje żadnego racjonalnego uzasadnienia i może w sposób nieuprawniony faworyzować jednego z oferentów. Odwołujący stwierdził, że powyższe miało wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, albowiem w razie, gdyby do naruszenia nie doszło, w niniejszym postępowaniu zostałaby wybrana oferta Odwołującego, jako najbardziej korzystna, gdyż w sprawie zostały złożone tylko dwie oferty, z których ta złożona przez Odwołującego była najkorzystniejsza cenowo, przy spełnieniu pozostałych parametrów na tym samym poziomie, co konkurent. Wskazał, że Odwołujący ma interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, gdyż złożył najlepszą ofertę spośród wszystkich potencjalnych kontrahentów Zamawiającego, którzy zgłosili się w niniejszej sprawie. Powyższe oznacza, że uzyskanie danego zamówienia jest dla Odwołującego wysoce prawdopodobne, a w wyniku jego realizacji uzyska on wymierne korzyści finansowe. Utrzymanie niezgodnego z prawem rozstrzygnięcia Zamawiającego naraża Odwołującego na szkodę. W związku z powyższym wniósł o merytoryczne rozpoznanie odwołania przez Krajową Izbę Odwoławczą i jego uwzględnienie w całości poprzez nakazanie Zamawiającemu w trybie art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp: 1) unieważnienie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, a w tym czynności polegającej na wykluczeniu Odwołującego z postępowania; 2) unieważnienie czynności polegającej na ustaleniu, że jednym z warunków udziału w postępowaniu jest wymóg dysponowania pojazdem samochodowym o masie całkowitej nie większej, niż 16 ton; 3) powtórzenie czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu z uwzględnieniem wniosku Odwołującego; 4) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy BOL-TRANS sp. z o.o. sp.k., jako najkorzystniejszej; 5) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia dokonanej czynności wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu; 6) dopuszczenia Odwołującego do dalszego udziału w postępowaniu; 7) nakazanie Zamawiającemu wybór oferty Odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej. Nadto Odwołujący wnosi o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przewidzianych przepisami prawa i zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie. W uzasadnieniu zarzutu wskazał na następujące okoliczności: W postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, szczegółowo opisanego powyżej zostały złożone dwie oferty, przez następujące podmioty: Bol -Trans sp. z o.o. sp.k. i Gładpol S. G. . Zamawiający ustanowił trzy kryteria oceny ofert oraz ich wagi: cena (waga - 60%) czas reakcji (30%), czas podstawienia pojazdu zastępczego (10%). Każdy z oferentów zapewnił te same możliwości w zakresie czasu reakcji oraz podstawienia pojazdu korzystniejszą cenę. Jednakże oferta złożona przez Odwołującego została odrzucona, a sam wykonawca został wykluczony z postępowania. Uzasadniając wykluczenie, Zamawiający

wskazał, że wezwał Odwołującego w toku sprawy do uzupełnienia braków oferty, lecz Odwołujący w ocenie Zamawiającego braków nie uzupełnił. Stanowisko Zamawiającego uznać należy za w całości nieprawidłowe. Istota braków sprowadzała się do tego, że Odwołujący rzekomo nie wykazał, aby spełnił warunek udziału w postępowaniu, polegający na dysponowaniu pojazdem o masie całkowitej nieprzekraczającej 16 ton, który to warunek przewidziany został w pkt 5.1.2. lit. c) tiret 1 i 2 SIWZ. Jego zdaniem wykonawca, w ramach wyjaśnień z dnia 18 listopada 2016 r. wykazał, iż wymagania spełnił. Zamawiający wykluczył jednak Odwołującego i odrzucił jego ofertę podając, że zgodnie z wiedzą Zamawiającego, dopuszczalna masa całkowita pojazdów, z jakich zamierzał skorzystać Odwołujący, wynosi więcej, niż 16 ton. Stwierdził, że w SIWZ nigdzie nie podano, że kryterium stanowi dopuszczalna masa całkowita. Wskazano jedynie, że chodzi o masę całkowitą. Z kolei dopuszczalna masa całkowita pojazdu to największa, określona właściwymi warunkami technicznymi, masa pojazdu, obciążonego osobami i ładunkiem, dopuszczonego do poruszania się po drodze. Nie jest to równoznaczne z masą całkowitą pojazdu. Odwołujący nie musi przecież - w ramach wykonywania umowy - obciążać pojazdów w możliwie maksymalnym zakresie. Zamawiający, w ocenie Odwołującego, naruszył art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 24 ust. 4 Pzp, gdyż mimo wykazania spełnienia wymagań Zamawiający bezpodstawnie uznał, że Odwołujący nie spełnił tychże wymagań, co skutkowało odrzuceniem jego oferty oraz wykluczeniem z postępowania przetargowego. Jego zdaniem, Zamawiający naruszył również art. 25 ust. 2 Pzp w zw. z § 2 ust. 4 pkt 3 i 4 rozporządzenia w sprawie dokumentów (...). Zażądał bowiem od Odwołującego przedłożenia danych, jakich nie przewiduje rozporządzenie. Ponadto, co istotne, sam Zamawiający wzywając Wykonawcę do wykazania spełnienia przesłanek z pkt 5.1.2. lit. c) tiret 1 i 2 SIWZ nie wskazał wprost, jakich dokumentów oczekuje od Odwołującego. Powołał się na wyrok sygn. akt KIO 1148/15 podnosząc, że: „1. To zamawiający odpowiada za właściwe i precyzyjne opisanie wymagań, uwzględniając wszelkie istotne dane, parametry. Wskazane warunki oraz wymagania są wiążące dla zamawiającego i wykonawców w toku postępowania i tylko wobec jasnych i klarownych warunków i wymagań wprost wyrażonych w SIWZ można dokonać prawidłowej oceny ich spełniania. Na tej podstawie bowiem wykonawcy ustalają, czy są w stanie przystąpić do postępowania, podejmują decyzję, o wzięciu bądź nie udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zatem tylko przez pryzmat wymagań jasno określonych w SIWZ możliwe jest dokonanie badania i oceny złożonych ofert. 2. Jakikolwiek wątpliwości w interpretacji warunków i wymagań zamawiającego postawionych w tym zakresie w SIWZ nie mogą być odczytywane na niekorzyść wykonawcy, zatem nie mogą przesądzać o wykluczeniu wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zatem wykluczenie wykonawcy z postępowania za niespełnienie warunków udziału może nastąpić wyłącznie w oparciu o jasno brzmiące postanowienia ogłoszenia i

SIWZ." Jego zdaniem, (...) nie sposób przyjąć, by to Odwołujący nie spełnił wymogów stawianych przez Zamawiającego. Sam Zamawiający nigdzie nie sprecyzował, że masa całkowita wskazana w SIWZ to dopuszczalna masa całkowita w rozumieniu Prawa o ruchu drogowym. Reasumując stwierdził, że naruszono też art. 91 ust. 1 i 2 PZP w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp z uwagi na wymaganie od oferentów, by ci wykazali się posiadaniem pojazdów o masie całkowitej nie większej, niż 16 ton, co nie znajduje żadnego racjonalnego uzasadnienia i może w sposób nieuprawniony faworyzować jednego z oferentów. Powyższe żądanie uznać należy za godzące w zasadę uczciwej konkurencji, zawartą w art. 7 ust. 1 PZP. Przede wszystkim, niezrozumiałe jest dla Odwołującego, dlaczego w ogóle pojawia się wymóg posiadania pojazdów o DMC poniżej 16 ton. Jakie ma to znaczenie z punktu widzenia wykonania umowy? Zdaje się, że wręcz większy pojazd powinien szybciej i sprawniej wykonać usługę, gdyż z uwagi na większą ładowność, będzie w stanie obsłużyć dłuższy odcinek drogi bez konieczności uzupełniania ładunku. Ponadto, ów wymóg pojawił się dopiero obecnie, podczas gdy w poprzednich latach w ogóle go nie było. Dowód: ogłoszenia i materiały ofertowe Zamawiającego z poprzednich lat. Podał ponadto, że drugi oferent, z niewiadomych dla Odwołującego przyczyn, mimo iż złożył tylko oświadczenie, że dysponuje odpowiednim pojazdem, nie był przez Zamawiającego wzywany do jednoznacznego wykazania, że jego oświadczenie jest zgodne z prawdą i że spełnia wymogi z SIWZ. Taki rygorizm, i to skutkujący wykluczeniem z postępowania, dotknął tylko Odwołującego, co również w mojej ocenie stanowi naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania. Oznacza to, że Zamawiający, który tak wnikliwie analizował ofertę Odwołującego i miał wątpliwości zarówno, co do wspomnianych wyżej kwestii, jak i, co do możliwości realizacji oferty z uwagi na zaproponowaną cenę, nie poddał aż tak wnikliwej analizie oferty spółki Bol-Trans sp. z o.o. sp.k. Wskazał, iż spółka ta, zgodnie z odpisem z KRS, powstała dopiero z dniem 3 września 2015 r., gdyż z tym dniem dokonano wpisu nr 1, a spółka komandytowa powstaje z dniem wpisu do rejestru, zgodnie z art.109 §1 Kodeksu spółek handlowych. Natomiast do oferty ów podmiot załączył oświadczenie w zakresie spełnienia wymagań co do doświadczenia, tj. wykaz usług, w którym wskazał, że świadczył usługi zimowego utrzymania dróg od 1 stycznia 2015 roku do 31 grudnia 2015 roku, a więc w okresie, w którym przez dłuższy czas nie istniał (sic!) . A ponadto, w tamtym okresie ww. usługi świadczyła spółka Bol-Trans sp. z o.o., która wygrała przetarg. A spółka ta jest odrębnym podmiotem od Bol -Trans sp. z o.o. sp.k. Dowód: wykaz usług załączony do oferty Bol-Trans sp. z o.o. sp.k., w aktach sprawy. Kontroferent złożył więc oświadczenie niezgodne z prawdą, co oznacza to jednocześnie, że nie spełniał - i nie mógł spełniać - wymogów SIWZ. Zamawiający, mając o tym wiedzę, gdyż Bol-Trans sp. z o.o. sp.k. powoływał się na świadczenie usług właśnie na jego rzecz, nie żądał żadnych wyjaśnień. Natomiast niewątpliwie winien wykluczyć ten podmiot i odrzucić jego ofertę, jako

niespełniającą wymagań, przy czym brak ten jest właściwie nieusuwalny. W kolejnej części odwołania podniósł, że Zamawiający w zasadzie od samego początku (już na etapie tworzenia SIWZ), prowadził postępowanie przetargowe w sposób niezapewniający uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zwrócił uwagę na żadaną zmianę punktu 3.1.2 ppkt 6 wskazał, jako obowiązek wykonawcy „zapewnienie pięciu kierowców wyposażonych w telefony komórkowe (kontakt całodobowy) z udokumentowanym doświadczeniem pracy w ramach „akcji zima” na drogach gminnych aglomeracji miejskiej nie mniej niż 60 tys. mieszkańców”. Na żądanie wyjaśnienia treści SIWZ przez Odwołującego z dnia 25 października 2016 roku (pismo nr 334/10/2016/W), skąd konieczne jest żądanie po stronie Wykonawcy zapewnienia pięciu kierowców mających doświadczenie w ramach „akcji zima” na drogach aglomeracji miejskiej, nie mniej niż 60 tys. mieszkańców, w sytuacji, gdy Tczew wg stanu na dzień 01 października 2016 r. zamieszkuje 57 962 mieszkańców, Zamawiający bez podawania żadnych wyjaśnień, zmienił SIWZ w tym zakresie. Wykluczył już obowiązek posiadania doświadczenia w ramach „akcji zima” na drogach aglomeracji miejskiej nie mniej niż 60 tys. mieszkańców. Dowód: dokumentacja przetargowa, pismo Odwołującego z dnia 25 października 2016 roku nr 334/10/2016/W, ogłoszenie o zmianie ogłoszenia z dnia 26 października 2016 roku, zeznania świadka Karoliny Ulik (wezwanie na adres Odwołującego), zeznania stron. W SIWZ w punkcie 5.1. lit. c) (str. 8 SIWZ), Zamawiający określił kryterium spełniania warunku zdolności technicznej i zawodowej przez wykonawcę, jeśli ten wykaże, że „w okresie trzech ostatnich lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał lub wykonuje min. 2 usługi o wartości łącznie z podatkiem VAT, nie mniejszej niż 120.000,00 zł (słownie sto dwadzieścia tysięcy złotych 00/100) każda, polegające na świadczeniu usług w zimowym utrzymaniu dróg gminnych w aglomeracji miejskiej polegających na mechanicznym odśnieżaniu i posypywaniu dróg solą i mieszanką piaskowo-solną.” Analogicznie jak poprzednio, na zapytanie Odwołującego z dnia 27 października 2016 roku (nr pisma 348/10/2016/W) , czy Zamawiający jest skłonny odstąpić od wysokości przerobu prac, które określa punkt 5.1.2. lit. c tiret pierwsze SIWZ, Zamawiający bez żadnego wyjaśnienia zmienił to wymaganie, obniżając wymóg wykazania dwóch usług odśnieżania ze 120.000.00 zł brutto do 50.000,00 zł brutto, wiedząc, że żaden z potencjalnych wykonawców na lokalnym rynku usług odśnieżania dróg, poza wykonawcą BOL-TRANS sp. z o.o. sp.k., (który w poprzednich latach świadczył dla Zamawiającego takie usługi) nie może wykazać się zdolnościami technicznymi i zawodowymi w wysokości pierwotnie wskazanej przez Zamawiającego. Dowód: dokumentacja przetargowa (SIWZ, pismo z dnia 28 października 2016 r. ZUK nr 271.3.12.4.2016, ogłoszenie o zmianie ogłoszenia z dnia 28 października 2016 r., zeznania świadka K. U., przesłuchanie stron. Jego zdaniem, w niniejszym postępowaniu, jako zupełnie novum, pojawił się wymóg wykonawca w ramach spełniania

warunków zdolności technicznej i zawodowej, określonej w w/w punkcie 5.1. lit. c) (str. 8 SIWZ), musiał wykazać, że dysponuje sprzętem i środkami transportowymi, tj.: pojazdem samochodowym o ładowności max. 8 t, przy masie całkowitej nie większej niż 16 t., dostosowanym do montażu solarki/piaskarki i pługa. Na pytanie Odwołującego o wyjaśnienie, co Zamawiający rozumie poprzez masę całkowitą pojazdu nieprzekraczającą 16 ton, tj., czy jest to suma masy własnej pojazdu + masy własnej piaskarki + masy pługa + waga mieszanki do posypywania dróg, Zamawiający odpowiedział, że maksymalna masa pojazdu, czyli maksymalne DMC pojazdu dotyczy: pojazdu, wszystkich komponentów zamontowanych do pojazdu wraz z załadowanym materiałem uszorstniającym lub jego mieszanką. Powyższe informacje dotyczące maksymalnej masy całkowitej pojazdu znajdują się w dokumentach tego danego pojazdu. Odpowiedź Zamawiającego jest o tyle zdumiewająca, że wyjaśniając treść definicji „masa całkowita pojazdu” wprowadza on nowe pojęcie, tj. DMC (Dopuszczalna Masa Całkowita) pojazdu. Przy czym na gruncie definicji legalnych, nie można pojęć tych utożsamiać (por. rozważania w pkt IV). Co więcej, Zamawiający sugeruje także, że informacje dotyczące maksymalnej masy całkowitej znajdują się w dokumentach danego pojazdu, mimo, że w SIWZ nie określił, w jaki sposób i jakimi dokumentami wykonawca ma wykazać posiadanie pojazdów o masie całkowitej nie przekraczającej 16t. Dowód: dokumentacja przetargowa, pismo Odwołującego z dnia 17.11.16 nr 403/11/2016/W, odpowiedź z dnia 17.11.16r. e-mail, k. 91 dokumentacji przetargowej). Podkreślił sposób, w jaki Zamawiający potraktował oferentów w zakresie wymogu posiadania pojazdów o maksymalnej masie całkowitej 16t. Arkusz ofertowy zawierał pouczenie „Wykonawca opisze pojazd tak, aby Zamawiający mógł ocenić, czy spełnia warunek określony w tirecie drugim pkt 5.1.2. lite c). Odwołujący w swojej ofercie, idąc dalej niż wymagał tego SIWZ, podał dokładne nazwy pojazdów, które były w jego dyspozycji oraz ich rok produkcji. Następnie, na wezwanie Zamawiającego do wykazania maksymalnej ładowności oraz masy całkowitej pojazdów DAF CF 85.360 FA, DAF FT XF 460, MAN TGA 35480 EURO, Renault Kerax 270, podał dokładne wyliczenia, biorąc pod uwagę masę własną pojazdów, masę załadunku, pługa oraz piaskarki. Zamawiający miał bowiem wątpliwości czy pojazdy wskazane przez Odwołującego w Wykazie spełniają parametry określone w/w warunku. Z kolej wykonawca BOL-TRANS sp. z o.o. sp.k. podał w swojej ofercie, iż dysponuje pojazdami: samochód ciężarowy o ładowności do 8 ton, o DMC<16 t., wyposażony w czołownicę z pługiem oraz piaskarko-solarkę. W tym przypadku, pomimo, że BOL-TRANS sp. z o. o. sp. k. nie podał modelu, ani nawet marki pojazdu, a także nie załączył żadnych dokumentów (np. dowodów rejestracyjnych pojazdów), Zamawiający nie miał najmniejszych wątpliwości, że pojazdy te spełniają warunki określone w SIWZ. Nie wiadomo na jakiej podstawie Zamawiający ocenił, iż pojazd marki „samochód ciężarowy o ładowności do 8 ton, o DMC<16t wyposażony w czołownicę z pługiem oraz piaskarko-

solarkę" spełnia warunki określone w SIWZ. Nie tylko opisane wyżej, nierówne traktowanie wykonawców powoduje wadliwość przetargu. Zamawiający w sposób nie tylko nieprecyzyjny, ale bez żadnego racjonalnego wyjaśnienia, w tym także historycznego - zastosował kryterium posiadania samochodów ciężarowych o maksymalnej masie całkowitej do 16 ton. Zamawiający w SIWZ nie podaje, czym określony jest w/w wymóg techniczny. Czy chodzi o stan dróg i wiaduktów na terenie gminy miejskiej Tczew, czy o celowe zawężanie grona potencjalnych wykonawców? Z informacji, jakimi dysponuje Odwołujący, w Tczewie są cztery wiadukty/mosty i żaden z nich nie posiada zakazu wjazdu dla pojazdów o masie całkowitej większej niż 16 ton. Odwołujący nie ma wiedzy, aby w roku 2016 na trasach wyznaczonych do odśnieżania czy rozrzucania piasku/soli, oddano do użytku most/wiadukt o takich parametrach nośności dla przejeżdżających pojazdów. Co więcej, w poprzednio organizowanych przez Zamawiającego przetargach, wymóg dysponowania pojazdami o masie całkowitej do 16 ton nigdy nie był podawany. Wskazał na wymagania przetargu: „Zimowe utrzymanie dróg 2013-2016” oraz na „Świadczenie usług zimowego utrzymania dróg (jezdni) na terenie miasta Tczewa w sezonach zimowych 2013/2014, 2014/2015, 2015/2016.” Odnośnie naruszenia art. 29 ust.1i2 Pzp, [określenie warunków udziału w postępowaniu w sposób niezapewniający uczciwej konkurencji] podniósł, że Zamawiający nie tylko określił warunki udziału w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji, żądając, aby wykonawcy dysponowali samochodami ciężarowymi o masie całkowitej nie przekraczającej 16 ton, gdzie żadna obiektywna potrzeba czy interes Zamawiającego tego nie wymagał. Zamawiający nie sprostął także wymaganiom w zakresie jednoznacznego, dokładnego i zrozumiałego opisu przedmiotu zamówienia. Użyte w SIWZ wyrażenie „masa całkowita pojazdu” nie odpowiada w żaden sposób definicji dopuszczalnej masy całkowitej pojazdu (DMC), użytej w odpowiedzi udzielonej Odwołującemu, która miała rzekomo wyjaśnić, co Zamawiający rozumie pod tym pojęciem. Dodatkowo, wskazanie na okoliczność, że wartość ta jest wyrażona liczbowo w dokumentach danego pojazdu (ale bez podania, o jakie „dokumenty” chodzi), wskazuje na celowe mieszanie pojęć lub ich nierozumienie przez Zamawiającego. Na gruncie ustawy Prawo o ruchu drogowym, pojęcia te posiadają definicje legalne i są wyraźnie rozgraniczone. Art. 2 [Słowniczek] w pkt. 61 wskazuje, że maksymalna masa całkowita oznacza - największą masę pojazdu obciążonego osobami i ładunkiem, określoną przez producenta pojazdu; Z kolei pkt. 54 tego artykułu wskazuje, że 54) dopuszczalna masa całkowita oznacza - największą określoną właściwymi warunkami technicznymi masę pojazdu obciążonego osobami i ładunkiem, dopuszczonego do poruszania się po drodze. Dokonując tylko wykładni językowej zauważyć trzeba, że nie są to pojęcia tożsame. Masa całkowita pojazdu to ta określona przez producenta. Masa dopuszczalna to ta, którą ustawodawca uznaje za dopuszczalną, z jaką pojazd może legalnie poruszać się po drodze. Po analizie treści SIWZ nie sposób dociec, o jaki rodzaj

masy całkowitej chodziło Zamawiającemu, bowiem korzysta on z tych definicji zamiennie. Powołując się na orzecznictwo KIO stwierdził, że wykonawca nie może być obciążany skutkami braku precyzji zamawiającego. W odpowiedzi udzielonej Odwoływającemu, Zamawiający sugeruje, że chodzi o masę wskazaną w „dokumentach” (dowodzie rejestracyjnym) pojazdu, a więc o DMC. Przy czym nigdzie w SIWZ nie odnosi się do DMC określonej w dowodzie rejestracyjnym, a DMC to kryterium wg którego ustawodawca dopuszcza dany pojazd do legalnego ruchu na drogach. Jest to może być zatem istotne np. dla Inspekcji Transportu Drogowego, nie dla Zamawiającego. Wartość DMC wskazana w dowodzie rejestracyjnym pojazdu nie wyklucza spełnienia kryterium postawionego w SIWZ, że pojazd nie może przekraczać wraz z załadunkiem, pługiem i solarką 16 ton. Biorąc pod uwagę zasadę wykładni argumentum *a maiori ad minus*, jeśli pojazd może ważyć więcej (np. DMC=26 ton), to może też ważyć mniej (np. 16 ton). Taki tok rozumowania potwierdzają wyliczenia dokonane przez Odwoływającego, konsultowane z ITD oraz kierowcami Odwoływającego. Odwoływający podał, że zsumowane wartości masy własnej pojazdu, pługa, piaskarki oraz załadunku, a suma ta nie przekraczała 16 ton. Nie przeszkadzało to jednak Zamawiającemu uznać, że Odwoływający nie spełnił kryteriów określonych w SIWZ. O tym, że dokonanie opisu przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie konkretnego tonażu samochodów, nie dość, że w sposób arbitralny, to jeszcze jest nieprecyzyjny. Dalej powołując się na wyrok KIO podkreślił, że „Opis przedmiotu zamówienia powinien umożliwiać wykonawcom jednakowy dostęp do zamówienia i nie może powodować nieuzasadnionych przeszkód w otwarciu zamówień publicznych na konkurencję. Naruszenie zasady uczciwej konkurencji z uwagi na niewłaściwe opisanie przedmiotu zamówienia zachodzi, między innymi w sytuacji, gdy zamawiający opisze przedmiot zamówienia przez zbytne dookreślenie przedmiotu powodujące, bez uzasadnienia, wskazanie na konkretny produkt. Naruszenie to polega również na dookreśleniu opisu przedmiotu zamówienia w taki sposób, który nie znajduje uzasadnienia ani w technicznym ani w funkcjonalnym uregulowaniu potrzeb zamawiającego”. Odnośnie naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp, [określenie warunków udziału w postępowaniu w sposób niezapewniający uczciwej konkurencji] podał, że Odwoływający spełnił wszystkie kryteria, jakie Zamawiający określił w SIWZ. Wykazał, na dodatkowe wezwanie Zamawiającego, że masa całkowita pojazdów przy załadunku piaskiem/solą, zamontowaniu pługa i piaskarki nie przekroczy 16 ton. Przedłożył w tym zakresie dokładne wyliczenia oraz wskazał masy własne pojazdów zgodnie z załączonymi kserokopiami dowodów rejestracyjnych, mimo, że nie był do tego, zgodnie z SIWZ, zobowiązany. Dodatkowo Odwoływający oświadczył, iż w razie dodatkowych wątpliwości, jest gotów przystąpić do pomiaru pojazdów w punkcie ITD. Pomimo tego uzupełnienia, Zamawiający całkowicie bezpodstawnie wykluczył Odwoływającego z postępowania. Także w tym przypadku wskazując na orzecznictwo KIO stwierdził, że

„Zamawiający dokonując wezwania mają obowiązek wskazać na czym polega stwierdzony brak. W przypadku niezłożenia w ogóle dokumentu, brak ten będzie wskazany ogólnie, jako niezłożenie określonego dokumentu na potwierdzenie danego warunku. Natomiast w razie złożenia dokumentu nie w pełni potwierdzającego spełnianie warunku, wykonawca może i powinien otrzymać od zamawiającego precyzyjne wskazanie, jakiego elementu warunku nie potwierdził i gdzie w dokumencie występuje brak. Lektura Ogłoszenia o wyniku postępowania i uzasadnienia dla wykluczenia Odwołującego może wprowadzić w konsternację. Ani w Ogłoszeniu, ani w wezwaniu do wykazania spełniania warunków, Zamawiający nie wskazał, jakiego elementu warunku Odwołujący nie potwierdził, albo gdzie w dokumencie występuje brak tego elementu. Zamawiający wskazał, że z wyjaśnień/uzupełnień dokumentów, jakie Odwołujący złożył, nie wynika, by spełnił warunki określone w SIWZ dysponowania sprzętem i środkami transportowymi niezbędnymi do świadczenia usług w celu realizacji zamówienia, bowiem z informacji posiadanych przez Zamawiającego maksymalna masa całkowita tych pojazdów przekracza 16 ton”. Zwrócił uwagę, że tylko na podstawie oświadczenia kontr konkurenta - BOL-TRANS sp. z o. o. sp.k. - ocenił, że pojazdy marki „samochód ciężarowy o ładowności do 8 ton” takie kryterium spełniają. Mając tym bardziej na uwadze to, że kontr oferent złożył oświadczenie niezgodne z prawdą, co oznaczać powinno jednocześnie, że nie spełniał - i nie mógł spełniać - wymogów SIWZ. Zamawiający, mający o tym pełną wiedzę, gdyż Bol-Trans sp. z o.o. sp.k. powoływał się na świadczenie usług właśnie na rzecz Zamawiającego, nie żądał żadnych wyjaśnień.

Przystępujący po stronie Zamawiającego wykonawca BOL-TRANS sp. z o. o. sp.k. wniósł o oddalenie odwołania, podnosząc w szczególności następujące okoliczności:

Wskazując na wymagania warunku z punktu 5.1.2. lit. c tiret pierwsze SIWZ stwierdził, że pojazdy, jakimi dysponuje Odwołujący są ciągnikami siodłowymi, których dopuszczalna masa całkowita wynosi 40 ton. Pojazdy, te przystosowane fabrycznie do ciągnięcia naczep, zostały zdaniem Przystępującego w sposób nieuprawniony przerobione na pługo-piaskarki. Przeróbki te jak wynika z wiedzy Przystępującego nie zostały homologowane, a pojazdy nie zmieniły swojego przeznaczenia. Nadal są one zarejestrowane, jako ciągniki samochodowe o dopuszczalnej masie całkowitej 401, bez określenia ich ładowności. Pojazd typu ciągnik samochodowy nie ma określonej ładowności maksymalnej. Jego bryła (wysokość i szerokość to odpowiednio 3 m i 2,55m. Przy jednoczesnej masie całkowitej wynoszącej 40 t, z jednej strony nie spełnia warunków wskazanych w punkcie 5.1.2 lit c) tiret 2 a z drugiej nie będzie mógł wykonywać swoich

czynności ze względu na ograniczenia w postaci oznakowania B5 i B5a (zakaz wjazdu pojazdu ciężarowego o dopuszczalnej masie całkowitej przekraczającej wartość wskazaną na znaku). Przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług zimowego utrzymania dróg na terenie miasta Tczewa, polegających na mechanicznym odśnieżaniu i/lub posypywaniu jezdni solą i/lub mieszanką piaskowo - solną. Bezspornie w rejonie przyszłego działania Wykonawcy takich znaków zakazu jest wiele i pojazdy wskazane przez Odwołującego nie będą w stanie funkcjonować bez naruszenia tych ograniczeń. Ty samym ich działanie będzie niezgodne z obowiązującymi przepisami prawa o ruchu drogowym. Dodatkowo Przystępujący wskazuje, że ciągniki samochodowe z zamontowanym pługiem (z przodu pojazdu) i piaskarką (w miejscu siodła) podlegają dodatkowym badaniom technicznym w zakresie zmiany przeznaczenia tego pojazdu. Zgodnie z obowiązującą definicją pojazdem specjalnym jest pojazd samochodowy lub przyczepa, przeznaczone do wykonywania specjalnej funkcji, która powoduje konieczność dostosowania nadwozia lub posiadania specjalnego wyposażenia; w pojeździe tym mogą być przewożone osoby i rzeczy związane z wykonywaniem tej funkcji. Na podstawie obowiązujących przepisów do pojazdów specjalnych należy zaliczyć między innymi pojazdy: konstrukcyjnie przystosowane do wykonywania czynności na drodze lub zimowego utrzymania dróg (polewaczki, piaskarki, pługi odśnieżne). Zgodnie z art. 66 ust. 4 pkt 6 ustawy prawo o ruchu drogowym (Dz. U. 2012r. poz. 1137) zabrania się dokonywania zmian konstrukcyjnych zmieniających rodzaj pojazdu, z wyjątkiem: a) pojazdu, na którego typ zostało wydane świadectwo homologacji lub decyzja zwalniająca pojazd z homologacji, b) pojazdu, w którym zmian konstrukcyjnych dokonał przedsiębiorca prowadzący działalność gospodarczą w tym zakresie. Odwołujący z całą pewnością nie wykonuje działalności gospodarczej polegającej na zmianach konstrukcji pojazdów, tym samym nie ma prawa dokonywać żadnych zmian konstrukcyjnych zmieniających przeznaczenie pojazdu. Zdaniem Przystępującego przeznaczenie pojazdów, które zostały wskazane w Ofercie do świadczenie usług zimowego utrzymania dróg zostało zmienione bez dokonania stosownych badań technicznych.

Odnosząc się do zarzutów naruszenia art 25 ust.2 w związku z § 2 ust.4 pkt 3 i rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26.07.2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2016 r., poz. 1126), art. 29 ust.1 i 2; art. 91 ust.1; art. 91 ust.1 i ust.2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zauważa pomijając ich nie merytoryczność, iż są one spóźnione. Niedopuszczalna, niestety często spotykana praktyka składania odwołania na postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w tym np. warunki udziału dopiero po otrzymaniu informacji od Zamawiającego o wykluczeniu z postępowania również ma miejsce w przedmiotowym odwołaniu. Odwołujący, reprezentowany przez profesjonalnego pełnomocnika nie zauważył, że zgodnie z treścią art. 182 ust. 2 pkt. 2 ustawy Pzp odwołanie

wobec treści ogłoszenia o zamówieniu, w tym przypadku także wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia można wnieść w terminie 5 dni od dnia zamieszczenia ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej Zamawiającego. Ten termin na reakcję wykonawcy zaczyna biec nie od momentu i uzyskania informacji o wykluczeniu z postępowaniu ze względu na to, że nie spełnia on warunków udziału w postępowaniu, tylko od momentu kiedy wykonawca powziął informację o niezgodnym z przepisami ustawy Pzp opisie sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Bezspornie taką informację wykonawcy uzyskują z chwilą wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, czego wyrazem jest publikacja ogłoszenia o zamówieniu lub z chwilą zamieszczenia SIWZ na stronie internetowej zamawiającego. Wskazując na orzecznictwo KIO stwierdził, że „Odwołujący mógł zgodnie z intencją ustawodawcy przewidzianą w przepisach art. 38 czy też art. 180 ustawy Pzp zadać pytania do treści SIWZ, czy też wnieść środki ochrony prawnej dotyczące warunków udziału w postępowaniu, wykazu dokumentów potwierdzających ich spełnianie lub innych zapisów ogłoszenia czy SIWZ. W przedmiotowym postępowaniu w dniu 26.10.2016 r. i 28.10.2016 r. takie pytania zostały zadane i Zamawiający udzielając odpowiedzi dokonał modyfikacji określonych zapisów dotyczących warunków podmiotowych. Podnoszenie przez Odwołującego zarzutów nieprawidłowości, czy też niejednorodności SIWZ i wywodzenie z tego niekorzystnych dla siebie skutków prawnych dopiero w Odwołaniu jest zdaniem Przystępującego całkowicie nieuprawnione.

Przystępujący stwierdził także, że zarzuty sformułowane wobec jego oferty są całkowicie nieuprawnione i bezzasadne oraz, że wykonywał usługi dla TEGO Zamawiającego w okresie dwóch ostatnich sezonów zimowych dlatego zarzut na str.21 odwołania „nie wiadomo na jakiej podstawie Zamawiający ocenił, że pojazd marki samochód ciężarowy o ładowności do 8 ton, o DMC<16 t wyposażony w czołownicę z pługiem oraz piaskarko-solkarkę wypełnia warunki w SIWZ" proponuje rozważyć stosując prostą analizę przyczyn owo-skutkową. Również stwierdzenie o poświadczeniu nieprawdy przez Przystępującego z uwagi na fakt świadczenia usług potwierdzających spełnienie warunku doświadczenia przez Bol-Trans Sp. z o.o. nie może się ostać z uwagi na wniesienie aportem przedsiębiorstwa Bol-Trans Sp. z o.o. do Przystępującego: Bol-Trans Sp. z o.o. Spółki komandytowej. Należy zauważyć, że od wielu lat nie ma wątpliwości, że spółka przejmująca inną spółkę lub łącząca się z nią ma, co do zasady, prawo powoływać się na jej doświadczenie i wiedzę. Wskazując na orzecznictwo KIO podkreślił, że „Zbycie przedsiębiorstwa nie oznacza tylko zbycia mienia, ale zbycie swoistego organizmu gospodarczego, obejmującego także składniki niemajątkowe niezbędne do dalszego prowadzenia działalności gospodarczej. Sąd Najwyższy przyjął w konsekwencji, że przy

ubieganiu się przez nabywcę przedsiębiorstwa o udzielenie zamówienia publicznego istotnym jest „czy umowa zbycia przedsiębiorstwa obejmuje takie składniki niematerialne związane z wiedzą i doświadczeniem, jak: tajemnice przedsiębiorstwa, dokumentacja, know-how, kontakty, patenty, które pozwalają na ocenę, że jest w stanie wykonać zamówienie tak, jakby to uczynił zbywca”. W przypadku, gdy powyższy warunek jest spełniony, a z taką sytuacją mamy w tym przypadku do czynienia, nabywca przedsiębiorstwa Bol-Trans Sp. z o.o. nabywa wchodzące w skład tego przedsiębiorstwa dobra niematerialne obejmujące wiedzę i doświadczenie związane z dotychczasową działalnością tego przedsiębiorstwa, nabywca przedsiębiorstwa Bol-Trans Sp. z o.o. Spółki komandytowej - jako następcą prawnym poprzedniego właściciela przedsiębiorstwa, może korzystać z referencji wystawionych na swojego poprzednika, które dotyczą zamówień zrealizowanych w ramach nabytego przedsiębiorstwa. Tytułem prawnym dla powyższego uprawnienia jest art. 552 w zw. z art. 551 Kc”.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł także o oddalenie odwołania podkreślając, co następuje:

Zarzut dotyczący określenia warunków udziału w postępowaniu jest bezzasadny, nie zasługuje na uwzględnienie, a ponadto zgodnie z art. 182 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp wobec tej czynności - określenia warunków udziału w postępowaniu oraz opisu przedmiotu zamówienia - jest spóźniony. Taki zarzut wnosi się w terminie 5 dni od dnia zamieszczenia ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej [wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp).

Odnosnie kwestionowanego warunku i zasad oceny podał, że „ Zwrot „masa całkowita nie większa niż 16 t” jest tożsamy z „maksymalną masą całkowitą wynoszącą 16 t”. Zgodnie ze słownikiem języka polskiego słowo „maksymalny” oznacza: „określający górną granicę, możliwie najwyższy lub największy”. Z kolei „dopuszczalna masa całkowita”, zgodnie z informacjami powziętymi z Wojewódzkiego Inspektoratu Transportu Drogowego, co do zasady jest taka sama jak maksymalna masa całkowita danego pojazdu. Świadczą o tym, informacje zawarte w dowodzie rejestracyjnym pojazdu, gdzie pozycja F1 (maksymalna masa całkowita) jest równa pozycji F2 (dopuszczalnej masy całkowitej), o ile pozycja F1 jest wskazana. Podał także, że „W odpowiedzi na zapytanie Wykonawcy, Zamawiający wskazał jedynie przykładowo z jakich dokumentów Wykonawca może powziąć takowe informacje. Dodatkowo, nie zrozumiałem dla Zamawiającego jest podniesiony zarzut żądania od Odwołującego przedłożenia danych, których rozporządzenie Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów

dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia nie uwzględnia.

Co do wyliczeń wykonawcy stwierdził, że „Wyliczenia dokonane przez Wykonawcę w powyższej tabeli są błędne i niekompletne. Przyjęto masę załadunku o wiele niższą niż winna ona być w rzeczywistości. Ponadto, Wykonawca w swoich obliczeniach nie ujął masy własnej mechanizmu, do którego mocowany jest pług oraz konstrukcji ramy, do której mocowana jest piaskarka, a których łączna masa może wynosić ponad 600 kg. Dodatkowo wskazał, iż Odwołujący w załączonych dokumentach wskazał dla dwóch pojazdów tą samą piaskarkę oraz dla każdego pojazdu ten sam pług, co potwierdza, iż Wykonawca nie posiada odpowiedniego sprzętu, którym miałby świadczyć przedmiotową usługę. Tym samym samochód Renault Kerax 270 wskazany przez Wykonawcę, na potwierdzenie spełniania warunku dysponowania pojazdem ciężkim z pługiem ciężkim, metalowym, dwustronnym, nie spełnia wymagań Zamawiającego. Wskazany pług nie jest pługiem dwustronnym. Z ogólnodostępnych danych, znajdujących się na stronach internetowych, można powziąć informacje o dopuszczalnej masie całkowitej tychże pojazdów. Powzięte informacje wskazują, iż dopuszczalna masa całkowita wskazanych pojazdów przekracza 16 ton. Wykonawca wiedział, jaka masa pojazdu jest wymagana, dlatego na poczet tego zamówienia dokonał swoich wyliczeń dopuszczalnej i rzeczywistej masy całkowitej pojazdów, celowo przedstawiając kopie dowodów rejestracyjnych pojazdów bez poz. F1 i F2, próbując wprowadzić Zamawiającego w błąd.

Odnosząc się do zarzutu, dotyczącego wykonawcy Bol-Trans Sp. z o.o. Sp.k. podał m.in., że „Zgodnie z odpisem z Krajowego Rejestru Sądowego Bol-Trans Sp. z o.o. Sp.k. została utworzona w dniu 03.09.2015r. W dniu 30.11.2015r. na Zgromadzeniu Wspólników podjęto uchwałę o wyrażeniu zgody na wniesienie przez komplementariusza, wkładu w postaci aportu - przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 551k.c. prowadzonego pod firmą Bol-Trans Sp. z o.o., o czym Zamawiający został poinformowany (od dnia 01.01.2015 r. do 31.12.2015 r. Bol-Trans Sp. z o.o. świadczyła na rzecz Zamawiającego usługę zimowego utrzymania dróg)”.

Rozpoznając odwołanie Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu w zakresie podnoszonego przez wykonawcę kluczowego zarzutu naruszenia art. 24 ust.1 pkt 12 ustawy Pzp, dotyczącego nie wykazania przez Odwołującego spełnienia warunku i w konsekwencji niezgodnego z tym przepisem wykluczenie wnoszącego odwołanie z udziału tego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W pozostałym zakresie zarzuty nie podlegały rozpoznaniu przez Izbę z uwagi na odpowiednie stosowanie art. 189 ust.2 pkt 3 w zw. z art. 182 ust.2 pkt 2 ustawy Pzp i pkt 6 art.189 ust.2 tej ustawy w związku z jej art. 180 ust. 2 pkt 6.

W pierwszej kolejności Izba stwierdza, że do tego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest: „Świadczenie usług zimowego utrzymania dróg (jezdni) na terenie miasta Tczewa w sezonie zimowym 2016/2017” mają zastosowanie przepisy – ustawy Prawo zamówień publicznych po ich zmianie ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U.2016.1020). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 26 października 2016 r. Wartość tego zamówienia - na co zwracał także uwagę w odwołaniu wykonawca, wskazując na zastosowanie w tej sprawie rozporządzenia w sprawie kwot wartości oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej oraz rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie średniego kursu złotego w stosunku do euro stanowiącego podstawę przeliczania wartości zamówień publicznych – jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust.8 ustawy Pzp. Zgodnie z punktem 2.4 Protokołu postępowania została określona na kwotę 274.814,81 zł [65.825,48 euro].

Odwołujący w zakresie pierwszego zarzutu podał w punkcie I.1) odwołania (str 2), że wnosi odwołanie wobec: 1) określenia warunków udziału w postępowaniu, jednocześnie w punkcie VII odwołania wskazał na naruszenie art. 29 ust.1 i 2 z ustawy Pzp podnosząc, że jego naruszenie nastąpiło w związku z dokonany opisem przedmiotu w sposób niejednoznaczny, nieprecyzyjny, a także utrudniający uczciwą konkurencję, wskazując jednocześnie w nawiasie, że to dotyczy wymagań wobec wykonawców. Z dalszej części odwołania, [jego żądań w pkt X.2 oraz pkt IV uzasadnienia] wynika, że powyższym okolicznościom przypisano wadliwą podstawę prawną, w miejsce bowiem art. 29 ust.1 i 2 powinien wykonawca wskazać podstawę prawną opartą na regulacji art. 22 ustawy Pzp. Niemniej jednak zarzut ten nie z powodu wadliwie wskazanej jego podstawy prawnej pozostawiony został bez rozpoznania. Zarzut ten nie został rozpoznany przez Izbę,

albowiem, w tym przypadku miał odpowiednie zastosowanie art. 189 ust.2 pkt 3 w związku z art. 182 ust. 2 ustawy Pzp. Zgodnie z treścią art. 182 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu, w tym przypadku także wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia [SIWZ], można wnieść w terminie 5 dni od dnia zamieszczenia ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych lub specyfikacji na stronie internetowej Zamawiającego. Ten termin – jak słusznie podnosił Przystępujący - zaczyna biec nie od momentu uzyskania informacji o wykluczeniu z postępowaniu wykonawcy, [czy odrzucenia jego oferty, która nie odpowiada treści siwz], ale od momentu, kiedy wykonawca powziął informację o niezgodnym z przepisami ustawy Pzp określeniu warunku udziału w postępowaniu, [czy opisie przedmiotu zamówienia]. Bezspornie taką informację wykonawca uzyskuje z chwilą wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, czego wyrazem jest – jak w tej sprawie data 26.10.2016 r. - publikacja ogłoszenia o zamówieniu i/lub z chwilą zamieszczenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia [SIWZ] na stronie internetowej zamawiającego. Tak jak podkreśla się w orzecznictwie, ustalenie treści warunku lub wnioskowanie jego zmiany [podobnie zarzuty, co do opisu przedmiotu zamówienia] może nastąpić, w drodze reakcji wykonawcy, przejawiającej się w składanym zapytaniu, albo wnosząc środki ochrony prawnej. Dla skuteczności zastosowanego narzędzia wymagane jest zachowanie terminów wyznaczonych ustawą Pzp, w przypadku tej sprawy, odpowiednio art. 38 ust. 1 Pzp i art. 182 ust. 2 ustawy Pzp. Tym samym wobec treści art. 189 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp zarzut ten i podnoszone w związku z nim okoliczności nie podlegały rozpoznaniu przez Izbę, albowiem został on podniesiony po terminie wymaganym art. 182 ust.2 pkt 2 ustawy Pzp.

Nie podlegał także rozpoznaniu przez Izbę drugi z zarzutów związany z zaniechaniem wykluczenia – z naruszeniem art. 24 ust.1 pkt 12 w zw. z art. 24 ust.4 ustawy Pzp - z tego postępowania wykonawcy Bol-Trans sp. z o.o. sp.k., który powstał [zgodnie z odpisem KRS] z dniem 3 września 2015 r. i wbrew oświadczeniu - nie wykonywał usług od dnia 1 stycznia 2015 r. W tym przypadku Izba miała na uwadze przepis art. 182 ust.2 pkt 6 ustawy Pzp, [wprowadzony ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U.2016.1020)], który pozwala wyłącznie, zgodnie z linią orzecniczą Krajowej Izby Odwoławczej, tylko na skuteczne kwestionowanie w odwołaniu czynności *sensu stricte* wyboru najkorzystniejszej oferty, mianowicie dokonania wyboru takiej oferty wbrew ustalonym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia kryteriom lub z naruszeniem tych kryteriów. W tym orzecznictwie wskazuje się w szczególności, że analiza pojęcia „czynności wyboru oferty najkorzystniejszej” [użytego w art. 180 ust. 2 pkt 6 Pzp] wskazuje, że ustawodawca wykluczył z jego zakresu wszelkie potencjalne zaniechania, które mogą być przez zamawiającego

popelnione w procesie wyboru oferty najkorzystniejszej (np. zaniechanie odrzucenia oferty, która następnie została uznana za najkorzystniejszą, bądź zaniechanie wykluczenia wykonawcy, którego oferta została za taką uznana). Wskazuje się ponadto, że nie ma podstaw do domniemania, że „czynność wyboru najkorzystniejszej oferty” obejmuje również zaniechanie czynności, przykładowo odrzucenia oferty wykonawcy nawet wtedy, gdy, dotyczy to oferty uznanej za najkorzystniejszą. Także zwraca się uwagę, że z przepisu art. 92 ust. 1 Pzp przed jego zmianą wymienioną ustawą wynikało, że zamawiający miał jednocześnie informować o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz o ofertach odrzuconych i wykonawcach, którzy zostali wykluczeni z postępowania. Natomiast z treści obecnie obowiązującego przepisu art. 92 ust. 1 Pzp wynika brak obowiązku jednoczesnego informowania o tych czynnościach. Zatem możliwe jest odrzucenie oferty, czy wykluczenie wykonawcy, zanim dokonany zostanie wybór oferty najkorzystniejszej i tym samym nie można uznawać, że pod pojęciem „wybór oferty najkorzystniejszej” mieści się również „zaniechanie czynności odrzucenia” i „zaniechanie czynności wykluczenia” w sytuacji, gdy zamawiający nie dokona jeszcze czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. W orzecznictwie podnosi się także, że odwołanie w tzw. postępowaniach poniżej progów ma charakter wyjątkowy (przysługuje bowiem w ściśle określonych przypadkach), a ewentualne kwestionowanie poprawności sposobu procedowania zamawiającego następuje w drodze informacji, o której mowa w przepisie art. 181 ust. 1 Pzp oraz, że każda z przesłanek dopuszczalności odwołania musi być interpretowana ściśle, zgodnie z zakazem rozszerzającej wykładni wyjątków. Przenosząc powyższe na grunt przedmiotowej sprawy i biorąc pod uwagę treść zarzutów sformułowanych w odwołaniu, Izba uznała, że zarzut naruszenia art. 24 ust.1 pkt 12 w zw. z art. 24 ust.4 ustawy Pzp i tym samym zarzut naruszenia art. 91 ust.1 Pzp, które oparto na okolicznościach związanych z zaniechaniem wykluczenia z tego postępowania wykonawcy Bol-Trans sp. z o.o. sp.k., pozostawione zostały bez rozpoznania przez Izbę.

W konsekwencji Izba orzekła wyłącznie w przedmiocie zarzutu związanego z wykluczeniem Odwołującego z postępowania i uznaniem oferty tego wykonawcy za odrzuconą, a którym to czynnościami Odwołujący zarzucił rażące naruszenie art. 24 ust.1 pkt 12 ustawy Pzp, a także art. 24 ust. 4 tej ustawy.

Rozpoznając ten zarzut Izba miała na uwadze postanowienie Ogłoszenia o zamówieniu – sekcja III.1.3).2) oraz SIWZ - punkt 5.1.2 lit. c) tiret drugi i pierwszy w ramach tego tiretu. Zgodnie z wymaganiem wykonawca miał dysponować sprzętem i środkami transportowymi niezbędnymi do świadczenia usług w celu realizacji zamówienia [w zakresie spornym] pojazdem samochodowym o ładowności max. 8 t, przy masie całkowitej nie

większej niż 16 t. W tym celu miał przedłożyć – zgodnie z postanowieniem punktu 6.4.1) lit. c) Wykaz narzędzi dostępnych wykonawcy (...) [sekcja III.6 Ogłoszenia], którego formularz stanowił załącznik nr 4 do specyfikacji. W tym formularzu w kolumnie 2 tabeli należało podać Rodzaj Pojazdu a w kolumnie 3 – Opis Pojazdu. W przypadku Opisu Pojazdu w przypisie pod tabelą [gwiazdka 1] Zamawiający podał, że „Wykonawca opisze pojazd tak, aby Zamawiający mógł ocenić czy spełnia warunek określony w tirecie drugim pkt 5.1.2 lit.c SIWZ].

Odwołujący w pozycji pierwszej Wykazu zamieścił pojazdy, których dotyczy odwołanie. W kolumnie 3 – w opisie - wymienił trzy wskazując na: 1) DAF CF 85.360 FA, rocznik 2010, pługopiaskarka, 2) DAF FT XF 460, rocznik 2015, pługopiaskarka, 3) MAN TGA 35480 EURO, rocznik 2008, pługopiaskarka. W kolumnie drugiej – rodzaj – podał: „Pojazd samochodowy ciężarowy wyposażony w pług +piaskarkę”. Zamawiający wezwał wykonawcę [pismo z 15 listopada 2016 r. pkt 2] do złożenia wyjaśnienia/uzupełnień w podpunkcie 1 m.in., co do masy całkowitej pojazdów wskazanych w pozycji pierwszej Wykazu. Zwrócił uwagę [w zdaniu 1 pod ppkt 2] na wątpliwości, co do spełniania wymaganych parametrów przez pojazdy oraz [w zdaniu 3] na wymagane dokumenty, które odniósł, co prawda także do pkt 5.1.2 lit. c tiret 2 SIWZ, jednakże zaznaczył, że uzupełnienie dokumentów, dotyczy tych w związku z pkt 6.4.1 lit.c) SIWZ. Wykonawca skierował zapytanie [pismo z dnia 17.11.2016 r.]: Czy Zamawiający poprzez masę całkowitą pojazdu, nieprzekraczającą 16 ton, rozumie łączną sumę: masy własnej pojazdu+masy własnej piaskarki+masy pługa+waga mieszanki do posypywania dróg?” W odpowiedzi [mail z 17.11.16] Zamawiający podał, że (...) maksymalna masa całkowita pojazdu, czyli maksymalne DMC pojazdu dotyczy: pojazdu, wszystkich komponentów zamontowanych do pojazdu wraz załadowanym materiałem uszorstniającym lub jego mieszanką. Powyższe informacje dotyczące maksymalnej masy całkowitej pojazdu znajdują się w dokumentach danego pojazdu”. Wykonawca w wyjaśnieniach [pismo z dnia 18.11.2016] w tabeli w punkcie 2 w poz. 1 w kolumnie 1 wskazał na omyłkę pisarską: „w miejsce oznaczenia pojazdu DAF powinno być MAN”. W zamieszczonej tabeli do każdego pojazdu przypisał masę własną pojazdu+masę własną piaskarki+masę własną pługa+masę własną załadunku i w kolumnie ostatniej wskazał na łączną sumę, które to wartości nie przekraczały 16 t. W tym punkcie podał także, że „W celu udowodnienia powyższych danych jesteśmy gotowi dokonać pomiaru przy pomocy wagi w polskim punkcie Inspekcji Transportu Drogowego”. Załączono dokumenty pojazdów, piaskarek i pługów, a także specyfikację techniczną koparko-ładowarki. W przypadku spornych pojazdów załączono niekompletne dowody rejestracyjne - ich kserokopie nie obejmowały części F1, F2 i F3. Zamawiający w piśmie z dnia 23 listopada 2016 r. m.in. poinformował wykonawcę o wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24

ust.1 pkt 12 ustawy Pzp wskazując, że nie potwierdził warunku określonego w pkt 5.1.2 lit. c) tiret pierwszy i drugi oraz, że według posiadanych informacji maksymalna masa całkowita wszystkich trzech pojazdów, wskazanych pod pozycją 1 w załączniku 4 do oferty, przekracza 16 ton, a w przypadku pojazdu drugiego i trzeciego ich rzeczywista masa całkowita - przekracza także 16t. Wskazano na niekompletność kserokopii dowodów rejestracyjnych, brak danych o maksymalnej masie całkowitej pojazdu, jak i o jego dopuszczalnej masie. Wskazano także na samodzielne wyliczenia wykonawcy, które zdaniem Zamawiającego zostały dostosowane do spełnienia wymaganego w specyfikacji warunku. Izba zauważa, że w tej decyzji wskazano na art. 89 ust.1 pkt 5 ustawy Pzp, jako samodzielną podstawę odrzucenia tej oferty. Zgodnie z tym przepisem zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: „5) została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (...)” Zarzut odnośnie tej podstawy prawnej odrzucenia oferty nie został w odwołaniu podniesiony, która to okoliczność nie stanowiła podstawy rozstrzygnięcia.

Z tak ustalonego stanu faktycznego wynika, że decyzja o wykluczeniu wykonawcy z tego postępowania na podstawie art. 24 ust.1 pkt 12 Pzp była prawidłowa. Warunek opisany w 5.1.2 lit. c) tiret 1 i 2 SIWZ niewątpliwie dotyczył pojazdu i zdaniem Izby, niewątpliwie dane o masie całkowitej pojazdu mogły być ustalone na podstawie dokumentów danego pojazdu, tak jak wyjaśnił Zamawiający w mailu z 17.11. 2016r. Treść opisu pojazdu w kolumnie 3 Wykazu nie pozwalała na ocenę, czy wskazywane w pozycji 1 pojazdy spełniają warunek określony w tirecie drugim pkt 5.1.2 lit.c SIWZ, co do ich masy całkowitej – nieprzekraczającej 16t, albowiem takiej informacji brak w opisie. W tym miejscu Izba stwierdza, że w okolicznościach faktycznych sprawy podnoszony w odwołaniu zarzut naruszenia art. 25 ust. 2 Pzp w zw. z § 2 ust. 4 pkt 3 i 4 rozporządzenia Ministra Rozwoju w sprawie rodzajów dokumentów (...) oparty na treści wezwania z dnia 15.11.2016 r. jak również na udzielonej odpowiedzi w mailu z dnia 17.11. 2016 r. jest w sposób oczywisty nie zasadny. Zarówno wezwanie, jak i odpowiedź zamawiającego nie dotyczyła uzupełnienia dokumentów. Wezwanie dotyczyło wyjaśnienia parametru 16 t, a mail - wskazania, gdzie taki parametr może się znajdować. Złożone w ramach wyjaśnień obliczenia własne wykonawcy nie mogły stanowić dowodu w sprawie, a na marginesie Izba zwraca uwagę na rozbieżności w tych obliczeniach, na co wskazywał Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, które to rozbieżności pozostawały bez wpływu na rozstrzygnięcie, albowiem – w tej sprawie - podstawę oceny spełniania spornego parametru mogły stanowić dane z dokumentacji pojazdu, takie jak dowód rejestracyjny, karta pojazdu, czy jego specyfikacja techniczna, a ewentualne obliczenia własne tylko wtedy, gdyby w sytuacji braku definicji legalnych, zamawiający nie zdefiniował dokumentowego sposobu potwierdzania warunku. Izba zwraca uwagę na przepisy o ruchu drogowym, które wskazywał także Odwołujący, jednakże

dokonując interpretacji w korzystny dla wykonawcy sposób *contra* wymaganiom specyfikacji i definicjom legalnym, które w niniejszej sprawie miały zastosowanie w pierwszej kolejności, albowiem warunek dotyczył pojazdu i jego masy całkowitej. Pojęcia istotne dla potwierdzenia warunku definiuje, na co zwracał w tej sprawie paradoksalnie także uwagę Odwołujący, ustawa o ruchu drogowym w art. 2 punkcie 53, 54 i 61. W punkcie 53 - definiuje masę własną pojazdu, w punkcie 54 – jego dopuszczalną masę całkowitą, a w punkcie 61 – maksymalną masę całkowitą. Izba zwraca uwagę, że w większości pojazdów maksymalna masa całkowita pojazdu jest równa jego dopuszczalnej całkowitej masie. Drugi przepis - rozporządzenie ministra infrastruktury w sprawie rejestracji i oznaczania pojazdów w załączniku nr 3 określa wzór dowodu rejestracyjnego, w którym wymieniono obligatoryjne dane, w tym dane o pojeździe, co do maksymalnej masy całkowitej pojazdu (F1), dopuszczalnej masy całkowitej pojazdu [F2] oraz dopuszczalnej masy całkowitej zespołu pojazdów [F3]. Takimi dowodami rejestracyjnymi dysponował Odwołujący, jednakże tylko wybiórczo przedstawił z nich dane, pomijając te, które są zamieszczone w części F1, F2 i F3. Tym samym zastosowane przez Odwołującego obliczenia – na co wskazywał Przystępujący i Zamawiający - mogły rzeczywiście zmierzać do odjęcia chyba wszystkich możliwych komponentów związanych z zarejestrowanymi pojazdami, którymi aktualnie dysponuje, [jak wskazywano: ciągniki siodłkowe których dopuszczalna masa całkowita wynosi 40 ton i, które to pojazdy przystosowane fabrycznie do ciągnięcia naczep, zostały przerobione na pług-piaskarki i, które nie uzyskały homologacji, a zatem pojazdy nie zmieniły swojego przeznaczenia], aby uzyskać wymagany parametr nie więcej niż 16 t. Także przedłożenie niekompletnych kserokopii dowodów rejestracyjnych – co do istotnych danych w tej sprawie - z opisami własnymi wykonawcy prawdopodobnie – czego nie można wykluczyć - miało umożliwić Odwołującemu realizację tego celu.

Wobec powyższych ustaleń orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, uwzględniając przepisy 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).

.....

.....

.....