

**WYROK**  
**z dnia 15 listopada 2011 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Andrzej Niwicki**

**Protokolant: Przemysław Łaciński**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 listopada 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 listopada 2011 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Monitor Sp. z o.o., Centrum Ochrony Security spółka z o.o., 40-205 Katowice, ul. Ścigały 14**

w postępowaniu prowadzonym przez **Południowy Koncern Węglowy S.A., 43-600 Jaworzno, ul. Grunwaldzka 37**

**orzeka:**

1. uwzględnia odwołania i nakazuje zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu z uwzględnieniem obowiązku wezwania wykonawcy ATOS Sp. z o.o. w Łodzi do potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania minimum dwoma samochodami osobowymi o napędzie na 2 osie przystosowanymi do transportu wartości pieniężnych.
2. kosztami postępowania obciąża **Południowy Koncern Węglowy S.A., 43-600 Jaworzno, ul. Grunwaldzka 37** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Monitor Sp. z o.o., Centrum Ochrony Security spółka z o.o., 40-205 Katowice, ul. Ścigały 14** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Południowego Koncernu Węglowego S.A. w Jaworznie** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Monitor Sp. z o.o., Centrum Ochrony Security spółka z o.o., 40-205 Katowice, ul. Ścigały 14** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz 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 z późn. zmianami), na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

**Przewodniczący:** .....

### Uzasadnienie

Południowy Koncern Węglowy S.A. w Jaworznie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na ochronę osób i mienia, transport i konwojowanie wartości pieniężnych dla Południowego Koncernu Węglowego S.A.

Konsorcjum w składzie: Monitor sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach i Centrum Ochrony Security spółka z o.o. z siedzibą w Sosnowcu zwane dalej odwołującym, w odwołaniu wniesionym dnia 3.11.2011 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, wskazało na następujące czynności i zaniechania zamawiającego, którym zarzucono niezgodność z przepisami ustawy: wybór oferty złożonej przez ATOS sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi jako najkorzystniejszej, zaniechanie wykluczenia w/w spółki jako nie wykazującej spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz z uwagi na złożenie oświadczeń nie polegających na prawdzie, zaniechanie wezwania w/w spółki do uzupełnienia oferty.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

Art. 22 ust. 1 pkt ustawy pzp poprzez błędne uznanie, że wybrany wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu w odniesieniu do wymaganego potencjału technicznego oraz osób zdolnych do wykonania zamówienia,

Art. 26 ust. 2b ustawy poprzez błędne uznanie, że w/w wykonawca będzie dysponować potencjałem technicznym przez cały okres wykonywania zamówienia,

Art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy pomimo podania nieprawdziwych informacji w zakresie dysponowania potencjałem technicznym, mających wpływ na wynik postępowania,

Art. 26 ust. 3 ustawy poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentacji, na skutek błędnego przyjęcia, że spółka złożyła kompletną dokumentację potwierdzającą spełnianie warunków udziału w postępowaniu,

Art. 91 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy poprzez dokonanie wyboru oferty złożonej przez spółkę, która nie wykazała spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności wyboru oferty, nakazanie wykluczenia wybranego wykonawcy z postępowania, ewentualnie nakazanie powtórzenia czynności składających się na proces wyboru oferty najkorzystniejszej.

Uzasadniając zarzuty i żądania odwołujący wskazał:

I. Zarzut naruszenia art. 22 ust. 1 pkt 2

Zgodnie z sekcją II Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, wykonawca spełni warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie wiedzy i

doświadczenia oraz dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, jeżeli: dysponuje minimum: 2 samochodami osobowymi o napędzie na 2 osie przystosowanymi do transportu wartości pieniężnych, 2 samochodami osobowymi dla potrzeb kontroli wykonywanych konwojów oraz kontroli i nadzoru pełnienia służby oraz 1 samochodem osobowym do wykonywania konwojów materiałów niebezpiecznych wyposażonymi w system do zdalnego monitorowania i lokalizacji pojazdów. Na potwierdzenie dysponowania 2 samochodami osobowymi dla potrzeb kontroli wykonywanych konwojów oraz kontroli i nadzoru pełnienia służby, ATOS przedłożył dowody rejestracyjne pojazdów marki Skoda Fabia nr rej. EL 194HH i nr rej. EL 528HH oraz umowę leasingu dotyczącą wspomnianych samochodów. Z dokumentów tych wynika, iż pojazdy te są pojazdami ciężarowymi (zostały zarejestrowane jako ciężarowe), a nie osobowymi, tak jak wymagał tego Zamawiający. Definicja legalna samochodu ciężarowego została sformułowana w art. 2 pkt 42 ustawy Prawo o ruchu drogowym, zgodnie z którą przez samochód ciężarowy należy rozumieć pojazd samochodowy przeznaczony konstrukcyjnie do przewozu ładunków, a określenie to obejmuje również samochód ciężarowo-osobowy przeznaczony konstrukcyjnie do przewozu ładunków i osób w liczbie od 4 do 9 łącznie z kierowcą. Nadto, w myśl przepisów ustawy Prawo o ruchu drogowym pojazdy używane w ruchu drogowym można dzielić - w zależności od określonego kryterium – m. in. na: pojazdy mechaniczne i niemechaniczne (kryterium napędu), samochody osobowe i ciężarowe, ciągniki rolnicze, autobusy (kryterium przeznaczenia), samochody ciężarowe o dopuszczalnej masie całkowitej nieprzekraczającej 3,5 t i samochody ciężarowe o dopuszczalnej masie całkowitej przekraczającej 3,5 t (kryterium ładowności). Skoro Zamawiający określił, że wymaga samochodów osobowych, to takie samochody winien przedstawić ATOS, przy czym kwestią indyferentną jest ich masa. W stosunku bowiem do samochodów ciężarowych przewidziane są odrębne regulacje ustawowe i nie można, w ocenie Odwołującego, utożsamiać pojazdu osobowego z pojazdem ciężarowym o masie mniejszej niż 3,5 t. W związku z powyższym, uzasadnione jest twierdzenie, iż ATOS podał w tym zakresie nieprawdziwą informację, mającą wpływ na wynik postępowania. (dowód: dowody rejestracyjne pojazdów marki Skoda Fabia nr rej. 194HH i nr rej. EL 528HH). Ponadto, stosownie do art. 82 ustawy Prawo o ruchu drogowym, kolejny termin badania technicznego wpisuje do dowodu rejestracyjnego uprawniony diagnosta po stwierdzeniu pozytywnego wyniku badania i po uiszczeniu przez właściciela pojazdu opłaty ewidencyjnej. W przedmiotowym przypadku, samochód marki Honda CR-V nie został poddany badaniom technicznym w dniu 05.05.2011 r., ponieważ w dowodzie rejestracyjnym nie został wpisany dzień kolejnego badania. Brak ważnego badania technicznego rodzi domniemanie, że auto jest niesprawne. Tym samym, oznacza to, iż ATOS nie dysponuje samochodem marki Honda CR-V. (Dowód: dowód rejestracyjny pojazdu marki Honda CR-V nr rej. EL 657F3.

W odniesieniu do warunku udziału w zakresie potencjału kadrowego, Zamawiający postawił wymóg w sekcji II SIWZ, by potencjalni wykonawcy dysponowali minimum 120 osobami, posiadającymi licencję pracownika ochrony fizycznej i dopuszczenie do posiadania broni na okaziciela do celów ochrony bezpieczeństwa innych osób oraz mienia.

W oparciu o przedłożone licencje p. R., p. K., p. H., p. G., p. B., p. B., p. D., p. H., p. J., p. M., p. N., p. P., p. K., nie ma możliwości ustalenia, czy wspomniane wyżej osoby są dopuszczone do posiadania broni na okaziciela do celów ochrony osób oraz mienia. Do oferty nie załączono kserokopii stron pozwolenia, określających cel posiadania broni. Wspomniany cel posiadania broni nie jest jedynym, jakie przewiduje Ustawa o broni i amunicji, stąd powyższy zarzut jest w pełni uzasadniony.

II. [Zarzut naruszenia art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych]

Zamawiający w treści SIWZ, a także w odpowiedzi na pytania do SIWZ, wielokrotnie podkreślał, że jeżeli wykonawcy nie są właścicielami samochodów osobowych, to winni przedstawić pisemne zobowiązanie do udostępnienia tych zasobów lub ewentualnie inny dokument, potwierdzający dysponowanie nimi. (wyciąg z SIWZ str. 6, odpowiedź na pytanie nr 12 do SIWZ) ATOS nie jest właścicielem żadnego z przedstawionych samochodów, a jedynie korzysta z nich na podstawie zawartych z BRE LEASING sp. z o. o. umów leasingu. ATOS, wykazując spełnianie warunku udziału w postępowaniu, w zakresie potencjału technicznego, polega na potencjale podmiotów trzecich (w tym przypadku BRE Leasing sp. z o. o.), a na dowód dysponowania zasobami przedłożył, zamiast pisemnego zobowiązania, umowę leasingu operacyjnego. Odwołujący nie kontestuje możliwości złożenia umowy leasingu jako dowodu dysponowania samochodami, niemniej zwraca uwagę na dwie kwestie. Po pierwsze rzeczony kontrakt powinien być zawarty przynajmniej na okres realizacji zamówienia – 36 miesięcy, oznaczony przez Zamawiającego na okres od dnia 28.12.2011 r. do dnia 27.12.2014 r. 5. Dowód: wyciąg z SIWZ str. 2. Po drugie, stosownie do treści siwz, na potwierdzenie dysponowania zasobami podmiotu trzeciego, należało przedstawić pisemne zobowiązanie podmiotu trzeciego do ich udostępnienia. Przepis art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych jest bezwzględnie obowiązujący jedynie w pierwszej części. Oznacza to, że nie można mocą rozporządzenia lub postanowień SIWZ odbierać wykonawcom uprawnienia do powoływania się na zasoby podmiotów trzecich. Twierdzenie o kogentnym charakterze normy art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych in fine, nie wynika ani z jego treści (znajdują się tam takie zwroty jak „w szczególności”), ani funkcji, a sam przepis stanowi implementację dyrektywy 2004/18/WE nakładający na wykonawcę skorelowany z możliwością posługiwania się zasobami podmiotu trzeciego, obowiązek udowodnienia zamawiającemu, że będzie nimi dysponował. Zamawiający zatem może wedle własnego wyboru, uznać, iż wymaga pisemnego zobowiązania do udostępnienia zasobów, a wszelkie pozostałe dokumenty będzie traktował

dodatkowo, co miało miejsce w niniejszym postępowaniu. Potwierdza to oprócz treści SIWZ, również odpowiedź na pytanie 12 do SIWZ. Zamawiający żądał jako podstawowego dokumentu - pisemnego zobowiązania podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobów, którego ATOS nie złożył, przedkładając jedynie umowy leasingu operacyjnego. W przeciwieństwie do umowy leasingu finansowego, przy leasingu operacyjnym, aby nabyć własność rzeczy, niezbędne jest spełnienie dodatkowych warunków (art. 7091 Kodeksu cywilnego oraz art. 70916 Kodeksu cywilnego). Zatem po wygaśnięciu umowy, własność rzeczy nie przechodzi automatycznie na korzystającego. ATOS zawarł następujące umowy leasingu operacyjnego: a) umowa z dnia 29.10.2008 r. nr ATOS-LODZ/LO/71937/2008 na okres 35 miesięcy na mocy tej umowy ATOS wskazał pojazd marki Honda CR-V o nr nadwozia SHSRD976069U116713; b) umowa z dnia 28.09.2009 r. nr ATOS-LODZ/LO/100845/2009 na okres 35 miesięcy, na mocy tej umowy ATOS wskazał pojazdy marki Skoda Fabia o nr nadwozia TMBXCB5J7A3076429, o nr nadwozia TMBXCB5JXA3074870, o nr nadwozia TMBXCB5J0A3074828; c) umowa z dnia 01.10.2009 r. nr ATOS-LODZ/LO/101081/2009 na okres 35 miesięcy, na mocy tej umowy ATOS wskazał pojazd marki Skoda Fabia o nr nadwozia TMBXCB5J4A3074878. 6. Dowód: umowa z dnia 29.10.2008 r. nr ATOS-LODZ/LO/71937/2008, umowa z dnia 28.09.2009 r. nr ATOS-LODZ/LO/100845/2009, umowa z dnia 01.10.2009 r. nr ATOS-LODZ/LO/101081/2009. Odwołujący wskazuje, że zawarte przez ATOS umowy nie powodują faktu dysponowania wymaganymi samochodami przez cały okres realizacji (wykonywania) zamówienia (ATOS nie nabędzie automatycznie własności pojazdów po spłacie ostatniej raty z uwagi na rodzaj umowy leasingu). Ustawodawca nie bez przyczyny zamieścił w przepisie art. 26 ust. 2b ustawy sformułowanie „na okres korzystania z nich w okresie wykonywania zamówienia”. Ma ono na celu zabezpieczenie interesów Zamawiającego, poprzez zapewnienie, że wykonawca będzie zdolny wykonać zamówienie. Zdaniem Odwołującego, nie ma jakichkolwiek podstaw normatywnych, by różnicować dysponowanie zasobami w oparciu o pisemne zobowiązanie do udostępnienia zasobów lub w oparciu o umowę leasingu. Nie można, w ocenie Odwołującego, dopuszczać możliwości przedkładania umów, na podstawie których wykonawca będzie dysponował zasobami podmiotu trzeciego, przez okres krótszy, niż przewidziany na wykonanie zamówienia, gdyż w rezultacie doprowadza to do obejścia przepisów ustawy. Odmienna interpretacja przepisu art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych, której dokonał Zamawiający, narusza zasadę równego traktowania wykonawców i zasadę uczciwej konkurencji, wyrażoną w art. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych.

III. [Zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych]

ATOS, oświadczając, że będzie dysponował określonymi samochodami osobowymi oraz, że nie będzie polegał na zasobach podmiotów trzecich, podał nieprawdziwe informacje, mające wpływ na wynik postępowania. 7. Dowód: oświadczenie ATOS o dysponowaniu samochodami osobowymi oraz oświadczenie ATOS, o tym, że nie będzie polegał on na zasobach podmiotu trzeciego. Przy czym, Odwołujący podkreśla, że bez znaczenia jest umyślność, bądź nie umyślność tego rodzaju działania, bowiem przepis art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, nie uzależnia wykluczenia wykonawcy, który przedstawił informacje nieprawdziwe, od wykazania winy tego wykonawcy. Wskazał na pogląd Izby, iż informacja, mająca znaczenie z punktu widzenia oceny spełniania warunków udziału w przetargu, ma lub może mieć wpływ na wynik postępowania (zob. m. in. wyrok KIO z dnia 4 maja 2011 r. sygn. akt KIO 846/11). Podanie nieprawdziwych informacji, między innymi dotyczących potencjału technicznego) stanowi podstawę do wykluczenia z postępowania, bez wzywania do udzielenia wyjaśnień czy uzupełnienia dokumentów. Na poparcie tego stanowiska powołał wyroki: (wyrok KIO z dnia 26 kwietnia 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 489/10, wyrok KIO z dnia 26 stycznia 2011 r. sygn. akt KIO 93/11, wyrok KIO z dnia 15 lipca 2011 r. sygn. akt KIO 1361/11). Zgodnie z przepisem art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, Zamawiający wzywa wykonawców do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów w następujących sytuacjach: – niezłożenia przez Wykonawców wymaganych przez Zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ustawy Prawo zamówień publicznych lub złożenia takowych dokumentów, ale z błędami; – niezłożenia pełnomocnictw lub złożenia wadliwych pełnomocnictw. Żadna z powyższych sytuacji nie zaszła w niniejszej sprawie, bowiem dokumenty nie zawierały błędów, lecz nieprawdziwe informacje. Z przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy wynika, iż w przypadku, gdy wykonawca złożył w ofercie nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania, zamawiający ma bezwzględny obowiązek wykluczyć tego wykonawcę z postępowania o udzielenie zamówienia. Ustawa nie przewiduje żadnej możliwości sanowania nieprawdziwej informacji i nie statuuje obowiązku zamawiającego do wzywania wykonawcy, który przedstawił informacje nieprawdziwe do złożenia informacji niewadliwych (wyrok KIO z dnia 15.09.2011 r., KIO 1881/11). W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej prezentowane jest stanowisko, że brak jest możliwości konwalidowania czynności złożenia na etapie postępowania nieprawdziwych informacji. W niniejszym stanie faktycznym, ATOS złożył nieprawdziwe informacje na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a więc nie będzie miała zastosowania w tym stanie rzeczy instytucja uregulowana w art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Taki pogląd został wyrażony m .in. w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 października 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 1223/09), w którego uzasadnieniu Izba wskazała, że: "Uzupełnieniu w myśl art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówienia publicznych podlega dokument niezłożony, lub dokument wadliwy. Takiego

charakteru nie ma dokument zawierający nieprawdziwe dane". Co prawda orzeczenie to zostało wydane na gruncie nieobowiązującego już brzmienia przepisu art. 24 ustawy Prawo zamówień publicznych, lecz w kontekście wyroku z dnia 15.09.2011 r. nadal zachowuje aktualność. Godzi się przy tym zauważyć, że ATOS nie spełniał warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania określonym rodzajem i ilością samochodów osobowych. W związku z powyższym, Zamawiający, nie wykluczając ATOS z postępowania naruszył wymienione wyżej przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych.

IV. [Zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych] Z daleko posuniętej ostrożności procesowej, na wypadek gdyby Izba uznała, że ATOS nie podał nieprawdziwych informacji, mających wpływ na wynik postępowania, Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez zaniechanie jego zastosowania, w sytuacji, gdy z dokumentów przedłożonych przez ATOS, nie wynikało, iż ATOS spełnia warunki udziału w przedmiotowym postępowaniu. Zostały bowiem ziszczone przesłanki do wystosowania wezwania do uzupełnienia dokumentacji na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo Zamówień Publicznych, co wynika z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej (por. min. Wyrok KIO z dnia 25.02.2008 r. w sprawie o sygn. akt KIO/UZP 108/08 – „Złożenie dokumentu wskazującego na niespełnienie warunku udziału w postępowaniu stanowi wypełnienie normy zawartej w art. 26 ust. 3 ustawy p.z.p; wyrok KIO z dnia 27.04.2010 r. sygn. akt KIO/UZP 603/10.”). Nie ulega także wątpliwości, że instytucja wezwania do uzupełnienia dokumentacji jest instytucją obligatoryjną. Taką konkluzję można wywieść zarówno z konstrukcji przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Prawo Zamówień Publicznych, w którym brak jest takich sformułowań jak „może” czy „jest uprawniony do” , jak i szeregu orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej (KIO w wyroku z dnia 29.11.2010 r. w sprawie o sygn. akt KIO/UZP 2505/10; w wyroku z dnia 26.08.2010 r. w sprawach o sygn. akt KIO/UZP 1748/10, 1749/10; w wyrokach z dnia 7.09.2010 r. w sprawie o sygn. akt KIO/UZP 1819/10). Odwołujący podkreśla w tym miejscu, że to do obowiązków Zamawiającego jako gospodarza postępowania, należy szczegółowe określenie jakich dokumentów brak jest we wniosku lub które trzeba uzupełnić. Zastosowanie przez Zamawiającego wezwania na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo Zamówień Publicznych, wymagało wezwania do złożenia wszystkich brakujących dokumentów, a nie tylko niektórych (tak ZA w wyroku z dnia 9.06.2005 r. sygn. akt UZP/ZO/0-1256/05). To Zamawiający w wezwaniu określa jakich dokumentów we wniosku brakuje lub jakie nie potwierdzają spełniania warunku udziału w postępowaniu (wyrok KIO z dnia 14.07.2009 r. sygn. akt KIO/UZP 826/09). Jego bezwzględny obowiązek jest zawsze dokładne opisanie dlaczego uznał dokument za wadliwy lub niepełny i w jaki sposób oczekuje, iż wykonawca usunie stwierdzone uchybienie. Wezwania nie czyniące zadość takim wymogom nie wywołują skutku prawidłowego wezwania do złożenia dokumentu (wyrok KIO z dnia 29.01.2010 r. sygn. akt KIO/UZP 1971/09, KIO/UZP



1980/09). W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający wezwał ATOS jedynie do uzupełnienia dokumentacji w zakresie dysponowania analizatorami wydechu oraz pracownikami zabezpieczenia technicznego drugiego stopnia. Dlatego też Zamawiający, nie dokonując czynności wezwania do uzupełnienia dokumentów w zakresie dysponowania samochodami, do której świetle przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych był zobowiązany, naruszył art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

[Zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 i ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 oraz art. 7 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych].

Zamawiający, prowadząc postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, winien udzielić zamówienia wykonawcy zdolnemu do realizacji tegoż zamówienia. Weryfikacja zdolności wykonawcy dokonywana jest na podstawie przedłożonych przez wykonawcę wraz z ofertą dokumentów żądanych przez Zamawiającego w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu i przez niego szczegółowo określonych (por. wyrok KIO z dnia 29.08.2011 r., KIO 1771/11). Jeśli zamawiający dokonuje wyboru oferty korzystniejszej, nie mając pewności, że wykonawca, którego oferta została wybrana, nie podlega wykluczeniu, narusza zasadę równego traktowania wykonawców i zasadę uczciwej konkurencji (tak np. KIO w wyroku z dnia 18.04.2011 r., KIO 733/11). W przedmiotowym postępowaniu, Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty, złożonej przez wykonawcę (ATOS), niebędącego w stanie zrealizować zamówienia. Bez znaczenia jest, czy brak wykluczenia ATOS był efektem niedopatrzenia czy brakiem pewności Zamawiającego co do wykazywania spełniania warunków przez ATOS, bo w każdej z tych sytuacji, Zamawiający dopuszcza się naruszenia art. 91 w zw. z art. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. Uznał, że zarzuty odwołania nie są zasadne. Wskazał, że opisując wymóg dysponowania potencjałem technicznym nie posługiwał się żadną legalną definicją samochodu osobowego, lecz potocznym rozumieniem tego określenia mając na uwadze przeznaczenie pojazdu opisane w SIWZ (przystosowanie samochodu do przewozu osób). Stwierdził w odniesieniu do zarzutu dotyczącego pojazdu Honda CR-V, że nie dotyczy on warunku udziału w postępowaniu określonego w SIWZ. Badania techniczne pojazdów i ich stan techniczny oraz inne warunki formalne dopuszczenia do ruchu (np. polisa OC, ilość miejsc, ładowność, silnik) nie były przedmiotem oceny Zamawiającego. Żądanie złożenia kopii dowodów rejestracyjnych służyło umożliwieniu zweryfikowania prawidłowości wykazu sprzętu opisanego w ofercie zgodnie z załącznikiem nr 11. Okazał ofertę Odwołującego, gdzie wskazano pojazd, dla którego został wystawiony tymczasowy dowód rejestracyjny, który nie zawiera informacji m.in. o badaniach technicznych. Odnośnie potencjału osobowego stwierdził, że zarówno Odwołujący jak i

wybrany wykonawca przedstawili licencje pracownika ochrony oraz legitymację osoby dopuszczonej do posiadania broni i z tego drugiego dokumentu wynika uprawnienie do posiadania broni oraz cel, w tym ochronę bezpieczeństwa innych osób oraz mienia oznaczony w pozwoleniu lit. b.

W ocenie Zamawiającego wybrany wykonawca przedstawił potencjał techniczny, co do którego ma niesporne prawo korzystania i używania oraz dysponowania. W tym wypadku uprawnienie do korzystania wynika z załączonych umów leasingu i nie stanowi udostępnienia potencjału przez podmiot trzeci na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy pzp. Zauważył przy tym, że powyższy przepis zawiera stwierdzenie „okres korzystania”, a nie okres obowiązywania umowy zawartej w wyniku udzielenia zamówienia publicznego. Stwierdził, że również Odwołujący na potwierdzenie analogicznego warunku przedstawił umowę leasingu o okresie krótszym niż okres realizacji zamówienia oraz zobowiązanie leasingodawcy bez wskazania okresu tego udostępnienia, z czego należy wywieść, iż zobowiązanie odnosi się do umowy leasingu. Zauważył przy tym, że umowa leasingu może być w każdym czasie rozwiązana. Stwierdził, że oceniał spełnienie warunku, w tym dysponowanie wymaganym potencjałem, na dzień składania ofert. Zakwestionował twierdzenie o złożeniu przez wykonawcę nieprawdziwych informacji wskazując, że ocena przesłanek z art. 24 ust. 2 pkt 3 powinna również uwzględniać przesłankę winy wykonawcy z uwagi na przesłanki interpretacyjne wynikające z zapisów dyrektywy WE. Stwierdził, że dokonując oceny ofert traktował wykonawców na równych zasadach.

Krajowa Izba Odwoławcza, po rozpatrzeniu sprawy na rozprawie z stron oraz uwzględniając przedstawione stanowiska stron i dokumentację postępowania, w tym treść złożonych ofert odwołującego, zważyła, co następuje.

W wyniku przeanalizowania ustalonego stanu faktycznego Izba uznała, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie. Podstawą faktyczną rozstrzygnięcia jest dokonane w wyniku postępowania dowodowe ustalenie, że wykonawca, którego oferta została wybrana przez zamawiającego jako najkorzystniejsza, nie wykazał spełnienia warunku udziału wynikającego z postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w zakresie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym służącym realizacji zamówienia polegającym na dysponowaniu minimum: 2 samochodami osobowymi o napędzie na 2 osie przystosowanymi do transportu wartości pieniężnych. Na potwierdzenie spełnienia tego warunku wykonawca przedstawił w wykazie dwa pojazdy, w tym objęty zarzutem odwołania samochód Honda CR-V o nr rejestracyjnym EL 657FJ dołączając zgodnie z wymogiem opisanym w załączniku nr

11 do siwz potwierdzoną za zgodność z oryginałem kopię dowodu rejestracyjnego. Samochód ten, jak wynika z treści dowodu rejestracyjnego nie został poddany badaniom technicznym w dniu 05.05.2011 r. i brak jest wpisu dnia kolejnego badania. Tym samym na dzień składania ofert wskazany pojazd wobec braku ważnego badania technicznego nie może pełnić funkcji, do jakiej jest przeznaczony tj. uczestniczenia w ruchu drogowym. Należy wskazać, że warunkiem użytkowania pojazdu samochodowego w świetle przepisów Prawa o ruchu drogowym jest dysponowanie dowodem rejestracyjnym zawierającym potwierdzenie dopuszczenia pojazdu do ruchu, natomiast stwierdzenie, że pojazd nie został poddany badaniu technicznemu w wyznaczonym terminie skutkuje zatrzymaniem dowodu rejestracyjnego, co oznacza prawną niemożność uczestniczenia w ruchu. Stan taki, na gruncie Prawa zamówień publicznych oznacza, że przedmiotowy pojazd nie jest odpowiednim potencjałem technicznym (podkr. KIO) stosownie do treści art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy pzp ani urządzeniem dostępnym w celu realizacji zamówienia wg sformułowania § 1 ust. 1 pkt 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy/.../(Dz. U. Nr 226, poz. 1817). W tym świetle, biorąc pod uwagę, że wskazany pojazd jest obciążony swoistą wadą formalną potwierdzoną wprost treścią dowodu rejestracyjnego, Izba uznała, że obowiązkiem zamawiającego jest wezwanie wykonawcy do złożenia wymaganego dokumentu potwierdzającego spełnianie warunku udziału w postępowaniu w przedmiotowym zakresie zgodnie z przepisem art. 26 ust. 3 ustawy, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert.

Odnośnie pozostałych zarzutów odwołania skład orzekający uznał, że są one nieuzasadnione. W zakresie dysponowania przez wybranego wykonawcę wymaganymi 2 samochodami osobowymi dla potrzeb kontroli wykonywanych konwojów oraz kontroli i nadzoru pełnienia służby stwierdzono, że wykonawca przedłożył dowody rejestracyjne pojazdów marki Skoda Fabia nr rej. EL 194HH i nr rej. EL 528HH oraz umowę leasingu dotyczącą wspomnianych samochodów. Z dokumentów tych wynika, iż pojazdy te zostały zarejestrowane jako ciężarowe. W tym zakresie Izba uznaje za uzasadnione i poparte doświadczeniem życiowym stwierdzenie, że wskazane samochody z racji przeznaczenia tj. przewozu również osób zasadnie zostały uznane za spełniające warunek siwz. Powyższe nie stoi również w sprzeczności z powołaną przez odwołującego definicją legalną samochodu ciężarowego sformułowaną w art. 2 pkt 42 ustawy Prawo o ruchu drogowym, zgodnie z którą przez samochód ciężarowy należy rozumieć pojazd samochodowy przeznaczony konstrukcyjnie do przewozu ładunków, a określenie to obejmuje również samochód ciężarowo-osobowy przeznaczony konstrukcyjnie do przewozu ładunków i osób w liczbie od 4 do 9 łącznie z kierowcą. Skoro zatem nie jest kwestionowane, że powyższe

samochody są przeznaczone również do przewozu osób, brak jest podstaw do twierdzenia o nie wykazaniu spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego warunku udziału w zakresie potencjału kadrowego, Izba uznała, że dokumenty załączone do oferty pozwalają na ustalenie, że wymienione w odwołaniu osoby są dopuszczone do posiadania broni na okaziciela do celów ochrony osób oraz mienia wobec potwierdzenia stosownych wpisów w legitymacjach osób dopuszczonych do posiadania broni wskazujących na cel, jakim jest ochrona bezpieczeństwa innych osób oraz mienia (oznaczony w pozwoleniu lit. B).

W ocenie składu orzekającego nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 26 ust. 2b ustawy pzp. Niesporne jest, że wybrany wykonawca nie jest właścicielem samochodów osobowych wymienionych w wykazie w załączniku nr 1, w którym jednoznacznie wskazał, że podstawą dysponowania pojazdami są umowy leasingu załączone do oferty; potwierdza to również treść wpisów w dowodach rejestracyjnych. Należy stwierdzić, że prawo dysponowania określonym potencjałem technicznym nie jest ograniczone do prawa własności i może wynikać, tak jak w niniejszej sprawie, z innych tytułów potwierdzających prawo do używania i korzystania z rzeczy zgodnie z jej przeznaczeniem niezależnie od faktu, czy posiadanie rzeczy jest posiadaniem samoistnym, czy zależnym. Tym samym wykonawca, jako posiadacz we własnym imieniu, potwierdził dysponowanie przedmiotowym sprzętem i okoliczność ta nie wymaga dodatkowego dowodzenia w trybie i okolicznościach przewidzianych w art. 26 ust. 2b ustawy pzp, który to przepis nie ma zastosowania w okolicznościach rozpoznawanych, a ATOS Sp. z o.o., wykazując spełnianie warunku udziału w postępowaniu, w zakresie potencjału technicznego w rzeczywistości nie polega na potencjale podmiotów trzecich mających udostępnić swoje zasoby na cele przedmiotowego zamówienia, lecz pozyskał prawo dysponowania w sposób niejako pierwotny poprzez zawarcie umowy leasingu. W związku z powyższym stwierdzić należy, że potwierdzenie spełniania warunków udziału, w tym w zakresie dysponowania odpowiednim potencjałem zostało dokonane na dzień składania ofert i jest wystarczające, jeśli chodzi o czas dysponowania, a hipotetyczne rozważania, czy spełnienie warunku będzie niezmiennie przez cały okres realizacji zamówienia, nie ma znaczenia prawnego i z równie indyferentnym skutkiem mogą dotyczyć szeregu innych zmian po stronie wykonawcy w zakresie warunków opisanych jako warunki udziału w postępowaniu, w okresie realizacji zamówienia publicznego.

W konsekwencji i w związku z powyższymi ustaleniami stwierdzić należy, że zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy nie potwierdził się.

W świetle dokonanych ustaleń orzeczono, jak w sentencji wyroku.  
O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 z uwzględnieniem postanowień § 3 i § 5 ust. 2 pkt 2 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:** .....