

WYROK

z dnia 21 sierpnia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Jakub Banasiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **21 sierpnia 2012 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 sierpnia 2012 r.

przez wykonawcę: **prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Blacharsko-Lakierniczy, Kielce**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego: **Skarb Państwa – Komenda Wojewódzka Policji w Kielcach**

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia z postępowania oferty Zakładu Blacharsko-Lakierniczego z Kielc oraz powtórzenie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego.**
2. **Kosztami postępowania obciąża Skarb Państwa – Komendę Wojewódzką Policji w Kielcach i:**
 - 2.1. **zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego: Zakład Blacharsko-Lakierniczy z Kielc tytułem wpisu od odwołania,**
 - 2.2. **zasądza od zamawiającego: Skarb Państwa – Komendę Wojewódzką Policji w Kielcach na rzecz odwołującego: Zakładu Blacharsko-Lakierniczego z Kielc kwotę 11100 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego**

Sygn. akt KIO 1695/12

poniesione z tytułu uiszczzonego wpisu od odwołania oraz uzasadnionych kosztów strony obejmujących wynagrodzenie pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Kielcach**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Komenda Wojewódzka Policji w Kielcach – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. zm.; zwanej dalej również „ustawą pzp” lub „pzp”), postępowanie o udzielenie zamówienia na usługi pn. *Usługa wykonania napraw powypadkowych w samochodach służbowych KWP w Kielcach* (oznaczenie sprawy 060/PN/2012).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych 19 lipca 2012 r. pod nr 260596-2012, tego samego dnia Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie na tablicy ogłoszeń oraz na swojej stronie internetowej (www.przetarg.swietokrzyska.policja.gov), na której udostępnił również od tego dnia specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej zwaną w skrócie „s.i.w.z.” lub „SIWZ”).

Wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp i została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 94.308,94 zł, co stanowi równowartość 23.462,27 euro.

3 sierpnia 2012 r. (pismem z tej daty) Zamawiający przesłał faksem Odwołującemu – Zakładowi Blacharsko-Lakierniczemu z Kielc – zawiadomienie o wykluczeniu go z postępowania, zawierające następujące uzasadnienie powodów wykluczenia:

Wykonawca w dniu 02.08.2012 r. złożył w Sekcji Zamówień Publicznych KWP w Kielcach pismo w sprawie posiadania urządzenia umożliwiającego badanie skuteczności hamulca pomocniczego. Zamawiający po analizie w/w pisma i dokonaniu badania oferty wykonawcy w zakresie spełniania warunku dysponowania potencjałem technicznym, w tym posiadania niezbędnych do wykonania zamówienia narzędzi i urządzeń jakimi dysponuje wykonawca, stwierdził, że wykonawca nie spełnia warunku dotyczącego posiadania samodzielnego stanowiska diagnostycznego wyposażonego w urządzenia (przyrządy), do sprawdzania skuteczności hamulca zasadniczego i pomocniczego. Urządzenie jakim dysponuje wykonawca, umożliwia sprawdzenie skuteczności hamulców w czasie ruchu po drodze, a nie na stanowisku diagnostycznym.

W związku z powyższym zamawiający uznał, że wykonawca nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, tj. posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia (...), w tym dysponowania samodzielnym stanowiskiem diagnostycznym wyposażonym w

urządzenia (przyrządy), do sprawdzania skuteczności hamulca zasadniczego i pomocniczego i wykluczył wykonawcę na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

8 sierpnia 2012 r. (pismem z 7 sierpnia 2012 r.) Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od powyższej czynności Zamawiającego, któremu zarzucił naruszenie art. 7 ust. 3, art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 26 ust. 3 oraz art. 91 ust. 1 ustawy pzp.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. Anulowania decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej.
2. Anulowania decyzji o wykluczeniu odwołującego z postępowania i ewentualnie nakazanie wezwania Odwołującego do uzupełnienia oferty w zakresie dysponowania stanowiskiem diagnostycznym wyposażonym w urządzenie do sprawdzania skuteczności działania hamulca zasadniczego i pomocniczego.
3. Powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący sprecyzował zarzut przez podanie następujących okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania:

Z opisanego w pkt 8.2 s.i.w.z. warunku w żaden sposób nie wynika abv wykonawca był zobowiązany dysponować samodzielnym stanowiskiem diagnostycznym wyposażonym w urządzenie (przyrządy), do sprawdzania skuteczności działania hamulca zasadniczego i pomocniczego. Dopiero z załącznika nr 5 do s.i.w.z. można domniemywać co kryje się pod pojęciem narzędzi i urządzeń, jakimi ma dysponować wykonawca. W załączniku tym wskazano między innymi w pkt 1) lit. d) urządzenie do sprawdzania skuteczności działania hamulca zasadniczego i pomocniczego w ilości ... szt. Opisany warunek w ocenie Odwołującego jest zapisem nieprecyzyjnym, gdyż Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia nic wskazywał na wymóg przeprowadzania badań technicznych, które umożliwiają dopuszczenie pojazdu do ruchu po naprawach blacharsko-lakierniczych. Wskazanie tylko w załączniku nr 5 dysponowania samodzielnym stanowiskiem diagnostycznym, które nie daje prawa dopuszczenia pojazdu do ruchu, i brak parametrów technicznych urządzeń w jakie ma być wyposażone stanowisko diagnostyczne, uprawniał każdego wykonawcę do interpretacji opisanego warunku zgodnie z zapisem s.i.w.z., a nie wyobrażeniami Zamawiającego na temat wyposażenia stanowiska diagnostycznego, w szczególności w zakresie spornego urządzenia do sprawdzania skuteczności działania

hamulca zasadniczego i pomocniczego.

Biorąc pod uwagę, że: badanie pojazdu na wymaganym stanowisku diagnostycznym nie miało uprawniać dopuszczenia pojazdu do ruchu, wystąpi konieczność przetransportowania naprawionego pojazdu na inne stanowisko diagnostyczne ze stosownymi uprawnieniami w celu dopuszczenia pojazdu do ruchu, oraz brak było opisu wymaganego urządzenia do sprawdzania skuteczności działania hamulców – uprawniało to Odwołującego do wskazania, że stanowisko diagnostyczne jest wyposażone w tester diagnostyczny do hamulców AMX-52) (Ameter), który zapewnia sprawdzenie i ocenę skuteczności działania hamulców (zasadniczego i pomocniczego) samochodów osobowych, ciężarowych, przyczep, autobusów i ciągników rolniczych o DMC do i powyżej 3,5 t. Zgodnie z instrukcją obsługi producenta głównym przeznaczeniem urządzenia jest pomiar ujemnych przyspieszeń wzdłużnych pojazdu (opóźnień) występujących w procesach ich hamowania. Funkcja ta jest realizowana zgodnie z zaleceniami ITS WT-ITS 23/99-ZDO i służy do sprawdzania skuteczności hamulców pojazdów samochodowych i ciągników rolniczych. Pomiar tym urządzeniem jest dokonywany w pojeździe będącym w ruchu (30 km/h). Warunki lokalowe zakładu pozwalają na sprawdzenie tym urządzeniem skuteczności działania hamulców w naprawianych pojazdach. Należy również dodać, że żaden zapis s.i.w.z. nie wskazywał na obowiązek dysponowania zamontowanym urządzeniem na stałe na stanowisku diagnostycznym, zatem żądanie wykazania się urządzeniami nieopisanymi w warunku podmiotowym jest działaniem nieuprawnionym i bezprawnym.

Na słusność przedstawionej argumentacji wskazuje zdaniem Odwołującego wyrok z 16 lutego 2012 r. (sygn. akt. KIO 113/12), w którym wskazano: *za niedopuszczalne należy uznać takie działanie Zamawiającego, który dokonuje rekonstrukcji treści warunku przez przyzmat informacji, które objęte są dokumentami składanymi na potrzeby potwierdzenia warunku udziału w postępowaniu. Zwrócić bowiem należy, iż warunek udziału w postępowaniu musi być sformułowany w sposób jasny i nie budzący wątpliwości, a dokumenty składane w celu potwierdzenia określonego warunku służą weryfikacji wymogów zawartych w treści tego warunku wyartykułowanego w ogłoszeniu o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a służąc ocenie spełniania warunku, przedstawiają informacje niezbędne do dokonania przedmiotowej czynności. Z powyższego wynika oczywista prawidłowość, iż to treść warunku udziału w postępowaniu determinuje treść dokumentu, składanego na potwierdzenie spełniania określonego warunku udziału w postępowaniu, a nie odwrotnie.* Podobne stanowisko zostało wyrażone również w wyroku z 13 stycznia 2012 r. (sygn. akt. KIO 2788/11), w którego uzasadnieniu Izba wskazała, że

Zamawiający nie jest uprawniony, aby na etapie badania i oceny ofert nadawać postanowieniom specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w tym opisowi oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu inne, niż pierwotnie ustalone znaczenie. Nie jest dopuszczalne także w toku badania ofert doprecyzowywanie przez Zamawiającego postanowień specyfikacji oraz formułowanie dodatkowych wymagań w treści specyfikacji nie zawartych.

Ponadto przy założeniu, że wskazane urządzenie nie spełnia opisanego warunku, to skuteczne wykluczenie z prowadzonego postępowania jest możliwe dopiero po wcześniejszym wezwaniu do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 pzp w zakresie umożliwiającym wykazanie się innym potencjałem technicznym. Na przykład zakład Odwołującego od kilku lat korzysta z użyczonego stanowiska diagnostycznego w stacji kontroli pojazdów, która działa w pobliżu i zgodnie z zawartą umową udostępnia stanowisko diagnostyczne i wszystkie dostępne urządzenia z możliwością montażu tych urządzeń na terenie zakładu Odwołującego. Zdaniem Odwołującego Zamawiający nie ograniczył dysponowania zakładem do jednego miejsca, wskazano jedynie na lokalizację zakładu na terenie miasta Kielc, a to umożliwia Odwołującemu wykazanie się w wyniku uzupełnienia dokumentów dysponowania narzędziami podmiotu trzeciego w trybie art. 26 ust. 2b pzp.

Na taki obowiązek interpretacyjny stosowania art. 26 ust. 3 pzp wskazuje wyrok Izby z 22 maja 2012 r. (sygn. akt. KIO 899/12), w którego uzasadnieniu wskazano, że *przesłanka wykluczenia z udziału w postępowaniu określona w art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy, aktualizuje się dopiero w sytuacji, gdy wykonawca nie złoży wymaganego dokumentu pomimo prawidłowego wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy. Każdorazowa decyzja Zamawiającego o wykluczeniu wykonawcy z udziału w postępowaniu z powodu niewykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu musi być zatem poprzedzona procedurą, o której mowa w art. 26 ust. 3 ustawy, w przypadku zaktualizowania się przesłanek opisanych w tym przepisie. Przepis art. 26 ust. 3 ustawy ma charakter obligatoryjny na co wskazuje sformułowanie „wzywa”, a nie „może wezwać” i obliguje zamawiającego do wezwania do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów w sytuacjach uregulowanych w tym przepisie. W kolejnym wyroku Izby z 15 maja 2012 r. (sygn. akr. KIO 889/12) wskazano, że zgodnie z ustawą – Prawo zamówień publicznych, zamawiający, w celu ustalenia, czy wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu, uprawniony i zobowiązany jest do dokonywania czynności wyjaśniania treści ofert oraz wzywania do uzupełnienia dokumentów. Aby wykluczyć wykonawcę z postępowania lub odrzucić złożoną ofertę Zamawiający powinien mieć całkowitą pewność, że zaistniały przesłanki*

uzasadniająca wykluczenie lub odrzucenie oferty. Na zasadność obowiązkowego wezwania wykonawcy do uzupełniania dokumentów potwierdzających spełnienie warunków wskazano również w wyroku Izby z 15 lutego 2012 r. (sygn. akt. KIO 257/12), w którym wskazano, że brak potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie uprawnia do wykluczenia wykonawcy z postępowania bez uprzedniego przeprowadzenia procedury przewidzianej w art. 26 ust. 3 ustawy pzp.

21 sierpnia 2012 r. Zamawiający w toku posiedzenia złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie. Zamawiający podtrzymał prawidłowość podjętej decyzji i jej uzasadnienia, dodatkowo prezentując następującą argumentację i wyjaśnienia.

Do terminu składania ofert Odwołujący nie kwestionował precyzyjności określenia warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 8.2 wiersz drugi, kolumna druga, wraz ze wskazaniem w kolumnie trzeciej dokumentu na potwierdzenie spełnienia tego warunku. Żaden z wykonawców nie zwracał się do Zamawiającego o udzielenie wyjaśnień treści s.i.w.z. w tym zakresie. Zdaniem Zamawiającego oznacza to, że tak określone warunki oraz żądane dokumenty, w tym *Wykaz niezbędnych do wykonania zamówienia narzędzi i urządzeń jakimi dysponuje Wykonawca* (stanowiący załącznik nr 5 do s.i.w.z.) – nie budziły wątpliwości co do sposobu oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu. W ocenie Zamawiającego w załączniku nr 5 w sposób precyzyjny zostały określone stanowiska i narzędzia do naprawy pojazdów, w które miał być wyposażony zakład naprawczy wykonawcy. Odwołujący złożył taki wykaz odnośnie swojego zakładu.

Zdaniem Zamawiającego sformułowanie wynikające z pkt 1 lit d załącznika nr 5 jest jasne i precyzyjne: *Samodzielne stanowisko diagnostyczne wyposażone w urządzenia (przyrządy): urządzenie do sprawdzania skuteczności działania hamulca zasadniczego i pomocniczego w ilości ... sztuk.* Wskazany przez Odwołującego tester jest urządzeniem przenośnym, którego używanie jest możliwe, jak wspominał sam Odwołujący, w pojeździe będącym w ruchu (30 km/h), co jednoznacznie potwierdza, że nie można nim dokonać sprawdzenia skuteczności hamulców na samodzielnym stanowisku diagnostycznym. Zamawiający o posiadanym przez Odwołującego urządzeniu, tj. testerze diagnostycznym do hamulców AMX-520 (ameter), został poinformowany przez niego samego. Zamawiający nie wzywał Odwołującego do wyjaśnień w tym zakresie, nie mógł jednak zignorować tej informacji i uwzględnił ją przy badaniu i ocenie ofert.

Zdaniem Zamawiającego w zaistniałej sytuacji procedura określonej w art. 26 ust. 3 pzp nie znajduje zastosowania. Uzupełnienie przez Odwołującego oferty 2 sierpnia 2012 r.

spowodowało, że wzywianie do złożenia wyjaśnień w tym zakresie oraz ewentualne wzywianie do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu – narażałoby Zamawiającego na zarzut prowadzenia z Odwołującym negocjacji dotyczących złożonej przez niego oferty.

Izba ustaliła, że Zamawiający 8 sierpnia 2012 r. przekazał faksem kopię odwołania drugiemu wykonawcy uczestniczącemu w postępowaniu. 13 sierpnia 2012 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło pismo z 10 sierpnia 2012 r. zawierające zgłoszenie przez wykonawcę Auto Adamczak Autoryzowana Stacja Obsługi z Kielc przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Izba stwierdziła nieskuteczność przystąpienia, gdyż zostało ono zgłoszone z przekroczeniem 3-dniowego terminu wynikającego z art. 185 ust. 2 pzp, który upływał w tym przypadku 11 sierpnia 2012 r. w sobotę, która nie jest dniem ustawowo wolnym od pracy. Izba zważyła, że z przepisu art. 185 ust. 2 pzp wynika dla zachowania terminu konieczność doręczenia zgłoszenia przystąpienia w formie pisemnej albo elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu. Jednocześnie nie przewidziano fikcji doręczenia, polegającej na tym, że nadanie pisma w placówce pocztowej operatora publicznego jest równoznaczne ze zgłoszeniem w terminie przystąpienia. Tym samym nie ma podstaw do przyjęcia, że z chwilą nadania zgłoszenia przystąpienia listem poleconym 10 sierpnia 2012 r. zgłoszenie przystąpienia do Prezesa Izby, co faktycznie miało miejsce dopiero z chwilą doręczenia pisma adresatowi.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych i wpis od niego został przez Odwołującego uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

Wobec ustalenia w toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 189 ust. 2 pzp, i wobec braku odmiennych wniosków Stron w tym zakresie, Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Strony podtrzymały swoje dotychczasowe stanowiska.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w środkach ochrony prawnej, a także wyrażone ustnie na

rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 pzp odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W ocenie Izby Odwołujący legitymuje się interesem w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż złożył ofertę z najniższą ceną, która stanowi jedyne kryterium oceny ofert. Odwołujący ma zatem realną szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia wobec zarzutów skierowanych przeciwko wykluczeniu go z postępowania. Natomiast dokonanie tej czynności przez Zamawiającego naraża Odwołującego na szkodę z powodu nieuzyskania odpłatnego zamówienia publicznego, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, która została również przekazana przez Zamawiającego w formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem, w szczególności zaś przeprowadziła dowody z: ogłoszenia, s.i.w.z., oferty Odwołującego, pisma Odwołującego z 2 sierpnia 2012 r., a także z protokołu postępowania. Izba wzięła pod uwagę także dokumenty złożone na rozprawie przez Odwołującego, dokonując ich oceny i znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba wzięła również pod uwagę stanowiska i oświadczenia Stron złożone na piśmie w ramach środków ochrony prawnej oraz wyrażone ustnie w toku rozprawy i odnotowane w protokole.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu i podlegających rozpatrzeniu, Izba stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba uznała za nieprawidłową czynność Zamawiającego polegającą na wykluczeniu Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 pzp – z uwagi na niespełnienie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym opisanego w s.i.w.z., a konkretnie za brak dysponowania stanowiska diagnostycznego wyposażonego w przyrząd do sprawdzania skuteczności hamulca zasadniczego i pomocniczego.

Na wstępie zauważyć należy, że choć warunki udziału w postępowaniu zostały sformułowane przez Zamawiającego w sposób mało przejrzysty, to jednak można

jednoznacznie ustalić w jakim zakresie zostały sprecyzowane wymagania dotyczące potencjału technicznego wykonawcy. Zamawiający zdaje się utożsamiać, przynajmniej w ogłoszeniu o zamówieniu, wskazanie dokumentów wymaganych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu z opisem sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków. Stąd z ogłoszenia można jedynie wyczytać w ramach tego opisu:

*1. Wykaz niezbędnych do wykonania zamówienia narzędzi i urządzeń, jakimi dysponuje Wykonawca (Załącznik nr 5 do SIWZ); 2. Kserokopia dowodu rejestracyjnego co najmniej jednego pojazdu przeznaczonego do holowania. (...) To samo sformułowanie wpisano błędnie jako odnoszące się do warunku dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia oraz warunku dotyczącego dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, choć w tym zakresie Zamawiający nie sprecyzował w istocie żadnych wymagań. Z kolei w s.i.w.z. przytoczone sformułowanie z ogłoszenia zostało zamieszczone w pkt 8.2, w pkt 2 tabeli, w kolumnie *Nazwa dokumentu potwierdzającego spełnienie warunku*. Natomiast w kolumnie *Warunki udziału w postępowaniu dotyczące*: – zamieszczono dodatkową w stosunku do ogłoszenia treść – *Posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz dysponują potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia lub przedstawią pisemne zobowiązanie do udostępnienia potencjału technicznego i osób zdolnych do wykonania zamówienia, w tym: – muszą dysponować zakładem naprawczym, wyposażonym w niezbędne do wykonania zamówienia narzędzia i urządzenia. Zakład musi znajdować się na terenie miasta Kielc oraz posiadać: 1) plac parkingowy: utwardzony, ogrodzony, odpowiednio zabezpieczony, 2) pojazd do holowania lub lawetę do przewozu samochodów uszkodzonych, 3) zadane stanowiska, 4) posiadać ważne ubezpieczenie od ryzyk w związku z prowadzoną działalnością*. Pomijając, że ostatni z tych pkt odnosi się do sytuacji ekonomiczno-finansowej, w ten sposób warunek sformułowany w treści s.i.w.z. nie jest tożsamy z jego określeniem w ogłoszeniu. Jednakże wspólna z ogłoszeniem treść odsyła niewątpliwie do załącznika nr 5 s.i.w.z., który dopiero precyzuje wymagane wyposażenie zakładu naprawczego w stanowiska i narzędzia do naprawy pojazdów przez podanie 4 typów stanowisk (samodzielne stanowisko diagnostyczne, samodzielne stanowisko blacharskie, samodzielne stanowisko lakiernicze, samodzielne stanowisko mechaniczne), do których przypisano listę wymaganych urządzeń lub narzędzi. W szczególności samodzielne stanowisko diagnostyczne miało być wyposażone między innymi w urządzenie do sprawdzania skuteczności działania hamulca zasadniczego i pomocniczego, przy czym pozostawiono do wypełnienia przez wykonawcę liczbę sztuk. Oprócz tego sformułowano wymaganie, że sprzęt warsztatowy oraz inne przyrządy i urządzenia powinny być*

profesjonalne, przeznaczone do zakładów specjalizujących się w naprawach blacharsko-lakierniczych. Opisana treść załącznika nr 5 do s.i.w.z. jest w zasadzie powtórzeniem postanowień § 4 załącznika nr 1 do s.i.w.z. dotyczącego szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia. W odniesieniu do samodzielnego stanowiska diagnostycznego sprecyzowano tu jednak dodatkowo, że wymagane jest wyposażenie w minimum jedno urządzenie do sprawdzania skuteczności działania hamulca zasadniczego i pomocniczego.

O ile rację ma Zamawiający, że Odwołujący mógł ustalić (i *de facto* to uczynił, co wynika z załączenia do oferty wypełnionego załącznika nr 5 do s.i.w.z.) na podstawie przywołanej treści s.i.w.z., że ma potwierdzić dysponowanie samodzielnym stanowiskiem diagnostycznym wyposażonym w urządzenie do sprawdzania skuteczności działania hamulca zasadniczego i pomocniczego – o tyle Odwołujący zasadnie podniósł, że Zamawiający nie sprecyzował jakiego rodzaju urządzenia oczekuje. Dopiero na rozprawie Zamawiający wyjaśnił, że przyrząd jakim dysponuje Odwołujący – opóźniomierz AMX520 – jest nieodpowiedni, gdyż nie umożliwia sprawdzenia sił hamowania dla każdego z kół odrębnie. Zdaniem Zamawiającego wykonawca jako profesjonalista powinien wiedzieć, że w ramach napraw objętych przedmiotem zamówienia może wystąpić tak konieczność, w szczególności po naprawach blacharskich. Izba zważyła, że takie wyobrażenia i intencje Zamawiającego nie mogą zastępować lub uzupełniać sformułowanego pisemnie warunku udziału w postępowaniu. W ocenie Izby również przenośny charakter urządzenia nie stoi na przeszkodzie zaliczenia go w skład wyposażenia samodzielnego stanowiska diagnostycznego, gdyż nie sprecyzowano, że chodzi wyłącznie o urządzenia do stacjonarnego przeprowadzania konkretnych badań. Zamawiający nie kwestionował przy tym twierdzeń Odwołującego, że wewnętrzna droga dojazdowa do warsztatu umożliwia mu przeprowadzenie badań skuteczności hamulców zgodnie z instrukcją posiadanego opóźniomierza, bez wyjeżdżania na drogę publiczną. Przede wszystkim Odwołujący wykazał, że opóźniomierz jest jednym z trzech rodzajów urządzeń do kontroli działania hamulców, obok urządzenia rolkowego i urządzenia płytowego (najazdowego), co wynika wprost z pkt 2 tabeli załącznika nr 2 do obowiązującego rozporządzenia Ministra Transportu i Budownictwa z dnia 10 lutego 2006 r. (Dz.U. Nr 40, poz. 275) w sprawie szczegółowych wymagań w stosunku do stacji przeprowadzających badania techniczne pojazdów, wydanego na podstawie art. 84a ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 20 czerwca 1997 r. – Prawo o ruchu drogowym (Dz.U z 2005 r. Nr 108, poz. 908, z późn. zm.). Choć takie obawy Odwołujący wyraził w odwołaniu, na rozprawie okazało się, że niesporne jest, że przedmiot zamówienia nie dotyczy i nie obejmuje usług przeprowadzania kontrolnych badań

technicznych pojazdów przez stację kontroli pojazdów, która na mocy przywołanego rozporządzenia obowiązane są do posiadania w ramach wyposażenia kontrolno-pomiarowego do kontroli działania hamulców zarówno urządzenie rolkowe lub urządzenie płytowe (najazdowe), jak i opóźniomierz (§ 14 ust. 1 pkt 1 i 13). Wobec tego jeżeli Zamawiający uznawał za konieczny warunek udziału w postępowaniu wyposażenie zakładu prowadzącego naprawy objęte przedmiotem zamówienia w urządzenia rolkowe lub płytowe do badania sił hamownia na poszczególnych kołach, to mógł i powinien wprost to opisać w treści ogłoszenia i s.i.w.z. Niezrozumiałe są w tym kontekście wywody Zamawiającego na rozprawie, że w ten sposób mógłby spotkać się z zarzutem określenia warunku ograniczającego konkurencję. Każdy warunek udziału w postępowaniu ogranicza w jakiś sposób krąg wykonawców, którzy mogą ubiegać się o udzielnie zamówienia, jednak jego treść musi być w pełni uzewnętrzniona, aby umożliwić wykonawcom stwierdzenie, czy będą mogli go spełnić czy nie, a w tym drugim przypadku ewentualne zaskarżenie jako warunku nadmiernego w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W ocenie Izby w świetle sformułowanego warunku udziału w postępowaniu Zamawiający nie miał podstaw by uznać dysponowanie przez Odwołującego opóźniomierzem za niewystarczające. Izba zważyła natomiast, że w uzasadnieniu wykluczenia nie podniesiono żadnych zastrzeżeń co do *profesjonalnego* charakteru opóźniomierza AMX520, który, jak to z własnej inicjatywy wykazał Odwołujący, posiada wystawiony przez Instytut Transportu Samochodowego (ITS) w Warszawie certyfikat (nr Z/15/017/06) zgodności jako wyrób spełniający wymagania zawarte w poprzednio obowiązującym rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z 1 lutego 2005 r. w sprawie szczegółowych wymagań w stosunku do stacji przeprowadzających badania techniczne pojazdów. Certyfikat ten co prawda był ważny do 24 stycznia 2011 r., jednak nie był to dokument wymagany, a nadto z § 19 przywołanego powyżej rozporządzenia aktualnie obowiązującego wynika, że do przeprowadzania badań technicznych pojazdów można nadal wykorzystywać wyposażenie kontrolno-pomiarowe znajdujące się na wyposażeniu stacji kontroli pojazdów i dopuszczone do użytkowania na podstawie dotychczasowych przepisów, jeżeli gwarantują wykonywanie badań technicznych zgodnie z przepisami w sprawie zakresu i sposobu przeprowadzania badań technicznych pojazdów oraz wzorów dokumentów stosowanych przy tych badaniach. W złożonym na rozprawie piśmie producenta z 17 sierpnia 2008 r. wskazano na posiadanie przez urządzenie AMX520 nowszego certyfikatu ITS o nr Z15/032/2012 co zdaje się wskazywać, że nadal może być ono używane do przeprowadzania badań na stacjach kontroli pojazdów. Wydaje się zatem, że trudno

odmówić temu przyrządowi waloru profesjonalnego urządzenia z punktu widzenia przedmiotu zamówienia, który nie obejmuje przeprowadzania takich badań technicznych. Na marginesie Izba zauważa, że określenia typu *profesjonalne urządzenia* z założenia są nieprecyzyjne i rodzą możliwość powstania sporu na tle konkretnych przypadków.

Nie sposób jednak nie zauważyć, że nawet gdyby treść warunku została sformułowana w sposób eliminujący wykazanie opóźnieniomierze jako urządzenia do sprawdzania skuteczności działania hamulca zasadniczego i pomocniczego, to Zamawiający miałby obowiązek wezwania Odwołującego do uzupełnienia złożonego wraz z ofertą załącznika nr 5 na podstawie art. 26 ust. 3 pzp. W takim przypadku dokument załączony do oferty należałoby bowiem uznać za obarczony błędem w tym zakresie. Przy czym pismo Odwołującego z 1 sierpnia 2012 r., mogłyby być uznane co najwyżej za wyjaśnienia dokumentu złożonego na potwierdzenie warunków udziału w postępowaniu, gdyby do Zamawiający wezwał do ich złożenia na podstawie art. 26 ust. 4 pzp. Z kolei treść tych wyjaśnień, formalnie samorzutnie złożonych przez Odwołującego, w żaden sposób nie zmieniała ani nie była sprzeczna z wykazem wyposażenia warsztatu załączonym do oferty. Wręcz przeciwnie, Odwołujący nie wahał się przyznać jakim konkretnie urządzeniem dysponuje w warsztacie. Nieadekwatne są zatem wywody Zamawiającego z odpowiedzi na odwołanie, że w tych okolicznościach wezwanie do uzupełnienia dokumentu mogłoby prowadzić do prowadzenia niedopuszczalnych negocjacji dotyczących złożonej oferty. Procedura przewidziana w art. 26 ust. 3 pzp ma charakter obligatoryjny i, tak jak skorzystanie z art. 26 ust. 4 pzp, nie stanowi żadnych negocjacji, ani zmiany treści oferty objętej zakazem z art. 87 ust.1 pzp, który dotyczy zakazu zmiany merytorycznej treści oferty, a nie uzupełniania i wyjaśniania dokumentów składanych na potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający nie miał żadnych podstaw by z góry przesądzić, że Odwołujący nie będzie w stanie uczynić zadość wezwaniu w trybie art. 26 ust. 3 pzp. Odwołujący uprawdopodobnił za pomocą złożonej na rozprawie *Umowy użyczenia* zawartej 15 kwietnia 2012 r. z innym przedsiębiorcą z terenu Kielc, że twierdzenia odwołania o możliwości wykazania udostępnienia mu urządzenia pożądanego przez Zamawiającego (rolki do badania sprawności hamulców) – nie są bez pokrycia. Natomiast wywody Zamawiającego na rozprawie podważające taką możliwość z uwagi na brak wskazania w ofercie takiego podwykonawcy są nieadekwatne, gdyż udostępnianie potencjału technicznego przez podmiot trzeci nie oznacza, że podmiot ten staje się podwykonawcą. Sam Zamawiający w treści s.i.w.z. zastrzegł natomiast obowiązek powierzenia podwykonawstwa podmiotowi trzeciemu udostępniającemu swoją wiedzę i doświadczenie,

co jest zresztą wymaganiem martwym, gdyż nie sprecyzowano żadnego warunku w tym zakresie.

Choć Zamawiający formalnie nie wzywał Odwołującego do wyjaśnień w trybie przewidzianym w ustawie pzp, jednak zastąpił to swoistymi *działaniami operacyjnymi*. Zamawiający nie zaprzeczył twierdzeniom Odwołującego na rozprawie, że pracownicy policji dwukrotnie byli w siedzibie zakładu w celu sprawdzenia jakim wyposażeniem dysponuje. Zamawiający oświadczył nawet na rozprawie, że z czynności tych sporządzono notatkę służbową. Na pytanie o to, czy została ona włączona w poczet dokumentacji prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia, Zamawiający udzielił jednak odpowiedzi negatywnej. Taki sposób prowadzenia badania ofert (spełniania warunków udziału w postępowaniu) stanowi rażące naruszenie podstawowych zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności zasady jawności, pisemności oraz równego traktowania wykonawców. Rodzi także obawy o bezstronność i obiektywizm osób prowadzących to postępowanie. Izba dała wiarę Odwołującemu, że działania te wywołały u niego przeświadczenie, że musi odpowiedzieć na zarzuty, które zostały postawione w toku tych *wizyt*. Stąd przekazane 2 sierpnia 2012 r. wyjaśnienia w istocie nie zostały złożone dobrowolnie z własnej inicjatywy Odwołującego, lecz na skutek wezwania, tyle że skierowanego w trybie nieznanym ustawie pzp.

Rozstrzygnięcie o zarzutach odwołania nie przesądza, czy dla prawidłowego wykonania zamówienia Odwołujący będzie musiał skorzystać oprócz posiadanego opóźnieniomierza z innego urządzenia umożliwiającego sprawdzenie skuteczności hamulca zasadniczego i pomocniczego z uwzględnieniem sił działających na poszczególne koła. Zauważyć należy, że warunki udziału w postępowaniu zwykle nie obejmują wszystkich narzędzi niezbędnych dla wykonania zamówienia. Natomiast rozstrzygające znaczenie będą miały w tym zakresie postanowienia umowy przygotowane przez Zamawiającego.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy pzp miało wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia, i działając na podstawie przepisów art. 192 ust. 1, 2 i ust. 3 pkt 1 ustawy pzp – orzekła jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp w związku z przepisem § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości

Sygn. akt KIO 1695/12

i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), obciążając Zamawiającego kosztami tego postępowania, na które złożył się wpis uiszczony przez Odwołującego oraz jego uzasadnione koszty, w ramach których uwzględniono: wynagrodzenie pełnomocnika, na podstawie przedłożonego do akt sprawy rachunku (faktury VAT) – zgodnie z przepisem § 3 pkt 2 przywołanego rozporządzenia..

Przewodniczący: