

Sygn. akt: KIO 2316/10

KIO 2368/10

WYROK
z dnia 10 listopada 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Paweł Trojan

Członkowie: Andrzej Niwicki
Bogdan Artymowicz

Protokolant: Patrycja Kaczmarska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **9 listopada 2010 r.** w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia **03.11.2010 r.** do łącznego rozpoznania, wniesionych:

A. w dniu 25.10.2010 r. przez GILDIA Spółka z o.o., ul. Dworska 15B, 20-135 Lublin (sygn. akt. KIO 2316/10);

B. w dniu 29.10.2010 r. przez GILDIA Spółka z o.o., ul. Dworska 15B, 20-135 Lublin (sygn. akt KIO 2368/10)

w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez Zamawiającego **Główny Inspektorat Ochrony Środowiska, ul. Wawelska 52/54, 00-922 Warszawa** w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Zakup automatycznego systemu mobilnego monitoringu hałasu – 21 szt.” – znak sprawy ZP5/DM/5211-01/10/MZ.

orzeka:

A. uwzględnia odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 2316/10 i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, nakazuje unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego GILDIA Spółka z o.o. z postępowania oraz nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego w sposób uwzględniający wytyczne zawarte w uzasadnieniu niniejszego orzeczenia, jak również nakazuje powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

B. uwzględnia odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 2368/10 i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert, jak również nakazuje powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

2. Kosztami postępowania obciąża

A. Główny Inspektorat Ochrony Środowiska, ul. Wawelska 52/54, 00-922 Warszawa (sygn. akt KIO 2316/10);

B. Główny Inspektorat Ochrony Środowiska, ul. Wawelska 52/54, 00-922 Warszawa (sygn. akt 2368/10);

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpisy w wysokości 30 000 zł 00 gr (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczone przez odwołującego, w tym:
 - A** wpis w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez **GILDIA Spółka z o.o., ul. Dworska 15B, 20-135 Lublin** w zakresie odwołania o sygn. akt KIO 2316/10,

- B** wpis w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez **GILDIA Spółka z o.o., ul. Dworska 15B, 20-135 Lublin** w zakresie odwołania o sygn. akt KIO 2368/10,
- 2) dokonać wpłaty kwoty 37.200 zł 00 gr (słownie: trzydzieści siedem tysięcy dwieście złotych zero groszy) przez **Główny Inspektorat Ochrony Środowiska, ul. Wawelska 52/54, 00-922 Warszawa** na rzecz **GILDIA Spółka z o.o., ul. Dworska 15B, 20-135 Lublin** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia 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 Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

U z a s a d n i e

do wyroku z dnia 10 listopada 2010 r. w sprawie KIO 2316/10 i KIO 2368/10

Zamawiający – Główny Inspektorat Ochrony Środowiska, ul. Wawelska 52/54, 00-922 Warszawa prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Zakup automatycznego systemu mobilnego monitoringu hałasu – 21 szt.” – znak sprawy ZP5/DM/5211-01/10/MZ.

Szacunkowa wartość zamówienia jest większa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 27.08.2010 r. Zamawiający przekazał do publikacji ogłoszenie Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich.

Ogłoszenie zostało opublikowane w suplemencie do Dz. U. UE z dnia 01.09.2010 r. Nr ogłoszenia 2010/S 169-259220.

Przedmiotowe postępowanie zostało wszczęte przez Zamawiającego w dniu **27.08.2010 r.** poprzez zamieszczenie ogłoszenia o zamówieniu w miejscu publicznie dostępnym w siedzibie Zamawiającego oraz na stronie internetowej.

Sygn. akt KIO 2316/10

W dniu **15.10.2010 r.** Zamawiający wezwał Odwołującego do uzupełnienia dokumentów, zaś **20.10.2010 r.** przekazał Odwołującemu informację o wyborze oferty najkorzystniejszej i wykluczeniu Odwołującego z postępowania;

Odwołanie wniesione do Prezesa KIO w dniu **25.10.2010 r.** Odwołujący wskazał na wstępnie, iż posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy. W przypadku zgodnego z prawem działania Zamawiającego, Odwołujący mógłby uzyskać przedmiotowe zamówienie. Wskazał iż, gdyby Zamawiający nie wykluczył Odwołującego z postępowania, Odwołujący uzyskałby przedmiotowe zamówienie, ponieważ złożył ofertę z najniższą ceną, a cena stanowiła jedyne kryterium wyboru oferty najkorzystniejszej. W związku z powyższym, należy uznać, że zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, Odwołujący jest uprawniony do wniesienia środków ochrony prawnej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez wezwanie Odwołującego do uzupełnienia dokumentów (tj. przedłożenia dodatkowych dokumentów w celu wykazania spełniania warunku posiadania odpowiedniej wiedzy i doświadczenia, w szczególności referencji, zobowiązań do udostępnienia wiedzy i doświadczenia oraz niezbędnych dokumentów podmiotowych, o których mowa w ust. 3 pkt 1 i 2 oraz 5-8 rozdziału V SIWZ, w sytuacji gdy Odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu i złożył stosowne dokumenty na potwierdzenie ich spełniania,

- z ostrożności - gdyby uznać, iż zachodziły przesłanki do wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp (w zakresie o którym mowa w pkt 1 powyżej), Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez wyznaczenie Odwołującemu, pod rygorem wykluczenia z postępowania, zbyt krótkiego terminu na uzupełnienie dokumentów, a faktycznie uniemożliwienie Odwołującemu uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp ze względu na wyznaczenie zbyt krótkiego terminu na ich uzupełnienie,

- z ostrożności - gdyby uznać, iż zachodziły przesłanki do wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp (w zakresie, o którym mowa w pkt 1 powyżej), i jednocześnie uznać, iż wyznaczony przez Zamawiającego termin na uzupełnienie tych dokumentów nie narusza art. 26 ust. 3 ustawy Pzp (o czym w pkt 2 powyżej), Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, a w konsekwencji również art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, poprzez uznanie, iż Odwołujący, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp (w zakresie, o którym mowa w pkt 1 powyżej) wadliwie uzupełnił dokumenty i tym samym nie spełnia warunków posiadania odpowiedniego doświadczenia, w sytuacji gdy Odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu i złożył stosowne dokumenty na potwierdzenie ich spełniania,

- art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp (a w konsekwencji i art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp), poprzez wykluczenie Odwołującego z postępowania, w sytuacji gdy Odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu i złożył stosowne dokumenty na potwierdzenie ich spełniania,

- art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez wybranie jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez FAR DATA Sp. Komandytowa pomimo tego, iż:

- a) to Odwołujący zaoferował wykonanie zamówienia za najniższą cenę 7.746.992,68 złote brutto, tj. cenę niższą niż FAR - 8.394.743 złotych brutto,

b) FAR nie spełnia warunków udziału w postępowaniu i nie złożył wymaganych dokumentów na potwierdzenie ich spełnienia,

- art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy FAR, w sytuacji gdy wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a w konsekwencji zaniechania odrzucenia oferty tego wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, a także art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, ponieważ Zamawiający powinien był wezwać FAR do uzupełnienia dokumentów,

- art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, tj. naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, poprzez szereg zachowań (działań i zaniechań) opisanych wyżej i w uzasadnieniu do niniejszego odwołania.

Odwołujący wniósł o nakazanie unieważnienia czynności wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów, nakazanie unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania, nakazanie unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, nakazanie powtórzenia czynności badania i oceny ofert, nakazanie czynności wykluczenia z postępowania wykonawcy FAR, oraz nakazanie dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert nie podlegających odrzuceniu.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał, że:

1. Odwołujący został wezwany przez Zamawiającego do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp (w zakresie, o którym mowa w pkt 1 komparycji) w dniu 15 października 2010 r. Jak wskazał w swoim piśmie Zamawiający wezwanie do uzupełnienia dokumentów zostało sformułowane „W związku ze złożonym oświadczeniem przez firmę EC TEST Systems Sp. z o. o. z dnia 11.10.2010 r.” Wezwanie z dnia 15 października 2010 r. do uzupełnienia dokumentów wraz z stanowiącym jego załącznik pismem EC TEST System Sp. z o. o., zwanej dalej „EC TEST”, stanowią załącznik nr 1 do niniejszego odwołania.

Odwołujący pragnie zauważyć, iż Zamawiający nie wezwałby Odwołującego do uzupełnienia dokumentów, gdyby nie wspomniane pismo EC TEST. Przeto spór pomiędzy Zamawiającym a Odwołującym nie dotyczy tego, czy Odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu (we wskazanym wcześniej zakresie), lecz czy wspomniane już pismo EC TEST zmieniło coś w tej kwestii.

Na marginesie, wspomniane pismo EC TEST z dnia 11 października 2010 r., nie powstało bez przyczyny, lecz zostało wywołane przez wykonawcę FAR. Korespondencja pomiędzy EC TEST, wykonawcą FAR oraz Zamawiającym stanowi załącznik nr 2 do

niniejszego odwołania (pismo FAR z dnia 30 września 2010 r. do EC TEST, pismo EC TEST z dnia 4 października 2010 r. do FAR, wysłane również do wiadomości Zamawiającego). Odwołujący zwrócił uwagę na brzmienie pisma EC TEST z dnia 4 października 2010 r., przede wszystkim zaś na jego zupełnie inny wydźwięk. Otóż w piśmie z 4 października 2010 r. EC TEST po prostu opisuje zakres współpracy z Odwołującym, w piśmie z 11 października 2010 r. natomiast podnosi rażące naruszenie zaufania. Zupełnie naturalne w tym kontekście jest pytanie, co zatem stało się pomiędzy 4 a 11 października 2010 r., iż sformułowano te dwa, różne w swej treści, pisma.

Odwołujący wracając do kwestii, czy pismo EC TEST z dnia 11 października 2010 r. zmieniło coś w przedmiocie spełniania przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu (we wskazanym wcześniej zakresie) wskazuje, że pismo to nie miało wpływu na ważność dokumentów przedłożonych przez Odwołującego, co uzasadniałoby wezwanie Odwołującego do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Jest tak z następujących przyczyn:

Po pierwsze, weryfikacji spełniania warunków udziału w postępowaniu dokonuje się na dzień składania ofert (wynika to z szeregu przepisów Pzp m.in. art. 22, czy art. 26 ust. 3 ustawy Pzp) na podstawie dokumentów złożonych przez wykonawcę w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu.

Zgodnie z wymaganiami Odwołujący złożył wymagane dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu, w tym dokumenty pochodzące od EC TEST - zobowiązanie EC TEST do oddania Odwołującemu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia oraz stosowne referencje potwierdzające należyte wykonanie dostaw. Bezspornym jest, iż na dzień składania ofert Odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Po drugie, czy wspomniane wyżej dokumenty, tj. zobowiązanie EC TEST oraz referencje, stały się nieważne w skutek pisma EC TEST z 11 października 2010 r.? Otóż dokumenty te, w ocenie Odwołującego, są nadal ważne, a zobowiązanie EC TEST jest źródłem obowiązku dla tego podmiotu do oddania Odwołującemu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. Co do referencji bezsporne jest, że zarówno przed pismem EC TEST z dnia 11 października 2010 r., jak i po tej dacie, referencje te potwierdzają należyte wykonanie dostaw. Nic w tym zakresie się nie zmieniło. Odwołujący przyjmuje to za bezsporne. W ocenie Odwołującego pismo z dnia 11 października 2010 r. nie zmieniło treści stosunku prawnego pomiędzy EC TEST a Odwołującym, którego źródłem jest zobowiązanie EC TEST do oddania zasobów (oraz umowa o współpracy pomiędzy tymi podmiotami). Już choćby z tej przyczyny, że tego

stosunku ani nie zmienia, ani tym bardziej nie unicestwia, gdyż z zobowiązania EC TEST jasno wynika co, kiedy i w jakim zakresie jest ten podmiot obowiązany świadczyć na rzecz Odwołującego.

Reasumując, stwierdzić należy, iż brak było podstaw prawnych i faktycznych do tego, aby Zamawiający wezwał Odwołującego do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, ponieważ przepisy Pzp wyraźnie określają na jaki dzień i na podstawie jakich dokumentów dokonuje się weryfikacji spełniania warunków udziału w postępowaniu. Brak jest w przepisach Pzp normy prawnej, która pozwalałaby dokonywać tej weryfikacji na inny dzień (wręcz jest to zakazane), brak też podstawy prawnej do dokonywania tej weryfikacji na podstawie jakichś innych dokumentów, niż te złożone przez Odwołującego w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu (rodzaje tych dokumentów określa stosowne rozporządzenie), i wreszcie brak również podstaw faktycznych do takiego uznania, gdyż zobowiązanie EC TEST do oddania Odwołującemu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia jest ważne a pismo z dnia 11 października 2010 r. nic w tym zakresie nie zmienia.

Odwołujący wskazał, że przepisy ustawy Pzp zawierają stosowne regulacje, które w takich okolicznościach, jak zaistniała pozwalają, z zachowaniem zasad określonych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, a przede wszystkim zasady rozsądku, proporcjonalności i ekonomiki (czy dynamiki) postępowania zastosować adekwatne środki do zaistniałej sytuacji. Mianowicie, w pierwszym rzędzie, jeżeli Zamawiający działałby z pełnym poszanowaniem zasad wynikających z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp powinien był skorzystać z art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. Przepis ten umożliwia Zamawiającemu wezwanie danego wykonawcy do złożenia stosownych wyjaśnień dotyczących dokumentów (budzących wątpliwości). I dalej, gdyby okazało się, iż dany wykonawca podał nieprawdziwe informacje mógłby skorzystać z instytucji uregulowanej w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

2. Z ostrożności - gdyby uznać, iż zachodziły przesłanki do wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp (w zakresie o którym mowa w pkt 1 powyżej), Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez wyznaczenie Odwołującemu, pod rygorem wykluczenia z postępowania, zbyt krótkiego terminu na uzupełnienie dokumentów, a faktycznie uniemożliwienie Odwołującemu uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp ze względu na wyznaczenie zbyt krótkiego terminu na ich uzupełnienie.

Z przepisów ustawy Pzp, w tym z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wynika natomiast reguła w myśl której, jeżeli z danej normy prawnej nie wynika konkretny termin, to przyjęć należy, iż powinien być to termin rozsądny - czyli taki, iż w toku normalnych czynności dany

wykonawca mógłby podjąć stosowne działania żeby, bądź to pozyskać, bądź to skompletować (w zależności od sytuacji danego wykonawcy) dokumenty będące przedmiotem uzupełnienia, a następnie je przekazać we właściwej formie i czasie do Zamawiającego.

Nie sposób jednak uznać, w ocenie Odwołującego, że kiedy nie ma konkretnego terminu z góry określonego przez przepisy prawa, a przepis przyznaje w tym zakresie kompetencję - tak jak ma to miejsce na tle art. 26 ust. 3 ustawy Pzp - adresatowi przepisu, to zamawiający może wyznaczyć dowolny termin. Chociaż nie ma konkretnej daty, to zamawiający musi tak postępować, żeby dać rzeczywistą możliwość do uzupełnienia dokumentów.

Odwołujący odniósł się do załącznika nr 3, tj. do referencji VERITECH Sp. z o. o. oraz dodatkowo listu intencyjnego i referencji firmy NLR Amsterdam wraz z tłumaczeniami, których Odwołujący nie skompletował w tym krótkim czasie wyznaczonym przez Zamawiającego, a które skompletował po upływie terminu na uzupełnienie. Jednocześnie Odwołujący wnosi o potraktowanie powyższych dokumentów jako dowodu potwierdzającego twierdzenie Odwołującego, iż nie brak referencji, tylko zbyt krótki czas na jej przekazanie do Zamawiającego, był przyczyną jej nieuzupełnienia.

3. Z ostrożności - gdyby uznać, iż zachodziły przesłanki do wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp (w zakresie, o którym mowa w pkt 1 powyżej), i jednocześnie uznać, iż wyznaczony przez Zamawiającego termin na uzupełnienie tych dokumentów nie narusza art. 26 ust. 3 ustawy Pzp (o czym w pkt 2 powyżej), Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp a w konsekwencji również art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, poprzez uznanie, iż Odwołujący, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp (w zakresie, o którym mowa w pkt 1 powyżej) wadliwie uzupełnił dokumenty i tym samym nie spełnia warunków posiadania odpowiedniego doświadczenia, w sytuacji gdy Odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu i złożył stosowne dokumenty na potwierdzenie ich spełniania. Odwołujący wskazał, iż załączył dokumenty od spółki VERITECH Sp. z o.o., gdyż w zaistniałej sytuacji - wezwaniu do uzupełnienia i w dodatku nierealny termin na skompletowanie dokumentów - podjął wszystkie możliwe kroki, żeby zminimalizować wygenerowane dla niego przez Zamawiającego ryzyko. Dlatego też ponownie przesłał dokumenty od EC TEST, z tym że dodatkowo dołączył umowę o współpracy pomiędzy tym podmiotem a Odwołującym, oraz wyjaśnił zaistniałą sytuację w swoim piśmie przewodnim do Zamawiającego z dnia 18 października 2010 r., a także dołączył dokumenty od VERITECH, które zdążył, w tak krótkim

terminie, skompletować. Pismo Odwołującego do Zamawiającego z dnia 18 października 2010 r. wraz z załącznikami (przesłane w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów), stanowi załącznik nr 4 do niniejszego odwołania).

4. W odniesieniu do naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp (a w konsekwencji i art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp), poprzez wykluczenie Odwołującego z postępowania, w sytuacji gdy Odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu i złożył stosowne dokumenty na potwierdzenie ich spełniania wskazał, co następuje. Dokumentami ważnymi i potwierdzającymi spełnianie warunków udziału w postępowaniu (w zakresie doświadczenia) są m.in. dokumenty pochodzące od EC TEST - zarówno te złożone wraz z ofertą, jak i w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp (w tym ostatnim przypadku dodatkowo dołączono umowę o współpracy).

Wskazał, że Zamawiający w ogóle nie odniósł się do wyjaśnień Odwołującego zawartych w piśmie przewodnim skierowanym do Zamawiającego z dnia 18 października 2010 r. Faktem jest, iż Zamawiający pominął te wyjaśnienia, a także dołączone dokumenty pochodzące od EC TEST, w tym umowę o współpracy tego podmiotu z Odwołującym. W swym piśmie z dnia 20 października 2010 r. (Informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty), stanowiącym załącznik nr 5 do niniejszego odwołania, Zamawiający podnosi, iż Odwołujący „wadliwie uzupełniła dokumenty dotyczące VERITECH”. Zamawiający zatem nie badał dokumentów pochodzących od EC TEST, w tym umowy o współpracę, i podjął decyzję jedynie w oparciu o część dokumentacji przekazanej przez Odwołującego. Analiza całej dokumentacji przekazanej przez Odwołującego, potwierdziłaby, iż spełnia o warunki udziału w postępowaniu. Reasumując, Zamawiający naruszył art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, ponieważ wykluczył Odwołującego, które wykazał, iż spełnia warunki udziału w postępowaniu. Ponadto wskazał, iż Zamawiający oparł swoją czynność jedynie na części dokumentacji.

5. Odwołujący wskazał ponadto, iż Zamawiający naruszył art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez wybranie jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez FAR pomimo tego, iż to Odwołujący zaoferował wykonanie zamówienia za najniższą cenę 7.746.992,68 złote brutto, tj. cenę niższą niż FAR - 8.394.743,00 złotych brutto, oraz ponieważ FAR nie spełnia warunków udziału w postępowaniu i nie złożył wymaganych dokumentów na potwierdzenie ich spełniania, a tym samym Zamawiający naruszył również art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, oraz art. 26 ust. 3 ustawy Pzp (ponieważ Zamawiający powinien był wezwać tego wykonawcę do uzupełnienia dokumentów).

Odwołujący wskazał, iż FAR powinien być zostać wykluczony z postępowania, ponieważ nie wykazał, iż spełnia warunki udziału w postępowaniu. Zgodnie z SIWZ

(odnośnie zdolności technicznej) należało wykonać "co najmniej 3 zamówienia w zakresie systemów do pomiarów hałasu (...) o łącznej wartości nie mniejszej niż 500 000 zł brutto". Tymczasem Far przedłożył wykaz dostaw składający się jedynie z 2 dostaw, załączając do tego wykazu tylko jedną referencję, potwierdzającą należyte wykonanie tylko jednej z dostaw. Równocześnie załączone do oferty protokoły zdawczo-odbiorcze nie potwierdzają należytego wykonania którejkolwiek z wymienionych dwóch dostaw.

6. Na zakończenie uzasadnienia Odwołujący podniósł, że Zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, tj. obowiązek zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Potwierdzają to przykłady zachowań Zamawiającego opisane powyżej w niniejszym odwołaniu.

W dniu **08.11.2010 r.** do Prezesa KIO wpłynęła odpowiedź Zamawiającego na odwołanie. Zamawiający wskazał, iż podtrzymuje czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania. Jednocześnie wskazał, że uwzględnia odwołanie w części, o której mowa w pkt 5 petitium przedmiotowego odwołania, tj. w zakresie zarzutu o przedwczesnym wyborze jako najkorzystniejszej oferty FAR DATA Spółka z o.o., Spółka komandytowa w sytuacji, gdy wykonawca ten nie przedłożył na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu odpowiednich dokumentów.

Sygn. akt KIO 2368/10

W dniu **20.10.2010 r.** Zamawiający przekazał Odwołującemu informację o wyborze oferty najkorzystniejszej i wykluczeniu Odwołującego z postępowania;

Odwołanie zostało wniesione do Prezesa KIO w dniu **29.10.2010 r.** Odwołujący wskazał na wstępie, że posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy. W przypadku zgodnego z prawem działania Zamawiającego, Odwołujący mógłby uzyskać przedmiotowe zamówienie. Zatem gdyby Zamawiający wykluczył FAR DATA Sp. z o. o. Sp. Komandytowa, oraz odrzucił ofertę tego wykonawcy, Odwołujący uzyskałby przedmiotowe zamówienie. W związku z powyższym, należy uznać, że zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy, Odwołujący jest uprawniony do wniesienia środków ochrony prawnej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy FAR DATA Sp. z o. o. Sp. Komandytowa do uzupełnienia następujących dokumentów;

- a) aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert;
 - b) odpisu z Krajowego Rejestru Sądowego dla spółki FAR DATA Sp. z o. o., tj. komplementariusza spółki FAR DATA Sp. z o. o. Sp. Komandytowa, zwanej dalej „FAR”,
- 2) art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy FAR, w sytuacji gdy wykonawca ten nie wykazał, iż nie zachodzą wobec tego wykonawcy okoliczności określone w tym przepisie, a w konsekwencji zaniechania odrzucenia oferty tego wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp,
 - 3) art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez podmiot, który nie wykazał w sposób wystarczający należytego umocowania do jej złożenia,
 - 4) art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez wybranie jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez FAR pomimo tego, iż wykonawca ten podlega wykluczeniu z postępowania, a jego oferta odrzuceniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania, i nakazanie unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, nakazanie powtórzenia czynności badania i oceny ofert, nakazanie wezwania FAR do uzupełnienia dokumentów, oraz nakazanie dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert nie podlegających odrzuceniu.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał, że Zamawiający wymagał złożenia aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert. Dokumentu tego nie złożył FAR. W związku z tym Zamawiający jest obowiązany do wezwania ww. wykonawcy do uzupełnienia dokumentu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. W przypadku nieuzupełnienia ww. dokumentu wykonawca FAR powinien zostać wykluczony z postępowania.

Co zaś się tyczy odpisu z KRS, wskazać należy, iż złożenie tego dokumentu jest konieczne celem wykazania uprawnienia do podpisania oferty (i innych dokumentów) w imieniu FAR. Tymczasem FAR takiego uprawnienia nie wykazał. Z tego też względu Zamawiający jest obowiązany do wezwania tego wykonawcy do uzupełnienia wskazanego dokumentu w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Jednocześnie brak uzupełnienia przedmiotowego

dokumentu aktualizuje obowiązek odrzucenia oferty wykonawcy FAR DATA na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp.

W dniu **08.11.2010** r. do Prezesa KIO wpłynęła odpowiedź Zamawiającego na odwołanie. Zamawiający uwzględnił odwołania w części, o której mowa w pkt 1 lit. a oraz w pkt 4 petitium przedmiotowego odwołania, tj. w części dotyczącej zarzutu zaniechania wezwania FAR DATA Spółka z o.o. Spółka komandytowa do uzupełnienia aktualnej informacji z KRK dotyczącej tego wykonawcy w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp w części dotyczącej wybrania oferty tej spółki jako najkorzystniejszej. Zamawiający wskazał, że nie uwzględnia jednak pozostałych zarzutów zawartych w odwołaniu.

Izba ustaliła, że podstawą wniesienia odwołania o sygn. akt KIO 2316/10 była czynność Zamawiającego polegająca na wezwaniu Odwołującego do uzupełnienia dokumentów w oparciu o art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wykluczeniu Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp oraz dokonaniu wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy FAR DATA Spółka z o.o. Spółka komandytowa, który to wykonawca nie spełniał warunków udziału w postępowaniu.

Izba ustaliła, że podstawą wniesienia odwołania o sygn. akt KIO 2368/10 była czynność Zamawiającego polegająca na dokonaniu wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy FAR DATA Spółka z o.o. Spółka komandytowa, który nie wykazał, iż nie podlega wykluczeniu w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, w tym po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, treścią SIWZ, jak również po zapoznaniu się z każdym z odwołań, stanowiskiem Odwołującego i Zamawiającego, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie, po dniu 29 stycznia 2010 r., tj. po dniu wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw

(Dz. U. Nr 223, poz. 1778), do rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy ustawy Pzp w brzmieniu nadanym ww. ustawą nowelizującą.

W drugiej kolejności Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem któregośkolwiek z odwołań.

Izba stwierdziła, że wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Zdaniem Izby w przypadku uwzględnienia każdego z odwołań, oraz uwzględnienia zarzutów i żądań zawartych w rozpoznawanych odwołaniach, jak również w przypadku nakazania Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania oraz nakazania powtórzenia czynności oceny i badania ofert przy uwzględnieniu zarzutów wskazanych we wniesionych środkach ochrony prawnej Odwołujący ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Odwołania, wobec nie stwierdzenia braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez Odwołującego wpisów podlegają rozpoznaniu.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania w postaci treści ogłoszenia o zamówieniu, treści SIWZ, korespondencji prowadzonej w ramach przedmiotowego postępowania pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia publicznego, ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu przez wykonawcę GILDIA Spółka z o.o. oraz FAR DATA Spółka z o.o. Spółka komandytowa, odpowiedzi na odwołanie złożonej przez Zamawiającego w zakresie obu odwołań, jak również ze stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w trakcie rozprawy.

Izba dopuściła również dowody wnioskowane przez strony w toku rozprawy oraz wnioskowane przez Odwołującego w treści odwołania o sygn. akt KIO 2316/10.

W odniesieniu do stanu faktycznego będącego przedmiotem niniejszego rozstrzygnięcia Izba jako zasadniczy dowód uznała dokumentację przedmiotowego postępowania w postaci treści ogłoszenia o zamówieniu, treści SIWZ, korespondencji prowadzonej w ramach przedmiotowego postępowania pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia publicznego, ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu przez wykonawcę GILDIA Spółka z o.o. oraz FAR DATA Spółka z o.o. Spółka komandytowa,

odpowiedzi na odwołanie złożonej przez Zamawiającego w zakresie obu odwołań, jak również ze stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w trakcie rozprawy.

Sygn. akt KIO 2316/10

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu o sygn. akt KIO 2316/10 skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba wskazuje na wstępie, że ocena naruszenia przez Zamawiającego określonych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp jest każdorazowo rozpatrywana w zakresie dokonanej przez Zamawiającego czynności. Tym samym to wskazane przez Odwołującego podstawy faktyczne decydują o potwierdzeniu, bądź nie potwierdzeniu zarzutu podniesionego w ramach wniesionego środka ochrony prawnej.

I. W zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez wezwanie Odwołującego do uzupełnienia dokumentów w celu wykazania przez tego ostatniego spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz w zakresie naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp i w konsekwencji art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez uznanie, iż wskutek nieuzupełnienia w żądanym przez Zamawiającego terminie przez Odwołującego dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu wykonawca podlega wykluczeniu, zaś jego oferta odrzuceniu z postępowania Izba postanowiła łącznie rozpoznać powyższe zarzuty.

Izba uznała, iż w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego doszło do naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust. 3, art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w zakresie wyżej wskazanych okoliczności faktycznych.

Skład orzekający Izby dokonał następujących ustaleń faktycznych w odniesieniu do ww. zarzutu.

Po pierwsze Izba ustaliła, iż Zamawiający w sekcji III w pkt 2.1. ppkt 3.4 ogłoszenia o zamówieniu oraz w pkt V ppkt 3.4 SIWZ żądał wykazaniem się wykonaniem w ostatnich 3 latach co najmniej 3 zamówień w zakresie systemów do pomiaru hałasu, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców, o łącznej wartości nie mniejszej niż 500 000 zł brutto.

Po drugie Izba w odniesieniu do powyższego zarzutu ustaliła, iż wykonawca GILDIA Spółka z o.o. celem wykazania, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, doprecyzowane przez Zamawiającego, w zakresie wymaganej wiedzy i doświadczenia polega na wiedzy i doświadczeniu innych podmiotów. W powyższym zakresie Odwołujący w złożonym przez siebie wniosku przedłożył zobowiązanie EC Test Systems Spółka z o.o. z dnia 16.09.2010 r. zawierające zobowiązanie powyższego podmiotu udzielone na podstawie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp do udostępnienia na rzecz Odwołującego zasobów niezbędnych do realizacji przedmiotowego zamówienia w zakresie wiedzy i doświadczenia w ramach przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wraz z wnioskiem został zawarty również wykaz zrealizowanych dostaw wraz z dokumentami potwierdzającymi, że dostawy te zostały wykonane w sposób należyty.

Ponadto Izba ustaliła, iż Odwołujący w pkt 4 lit. h formularza ofertowego wskazał, iż EC Test Systems Spółka z o.o. będzie współpracować z Odwołującym przy integracji systemu monitoringu hałasu, szkolenia oraz serwisu.

Izba ustaliła również, iż Zamawiający pismem z dnia 15.10.2010 r. wezwał Odwołującego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów w celu wykazania spełnienia warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia. Zamawiający wyznaczył Odwołującemu termin na uzupełnienie ww. dokumentów do dnia 18.10.2010 r. do godziny 12.00. Zamawiający w powyższym piśmie wskazał, iż powyższe wezwanie zostało wywołane złożeniem oświadczenia przez EC Test Systems Spółka z o.o. z dnia 11.10.2010 r. o zaprzestaniu współpracy z Odwołującym.

Odwołujący w odpowiedzi na powyższe wezwanie nie złożył w wymaganym czasie żądanych przez Zamawiającego dokumentów.

Zamawiający pismem z dnia 20.10.2010 r. poinformował Odwołującego o wykluczeniu go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp oraz odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. W uzasadnieniu faktycznym Zamawiający wskazał, że wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający wskazał, iż Odwołujący wadliwie uzupełnił dokumenty dotyczące spółki VERITECH Spółka z o.o.

Na powyższą czynność Odwołujący wniósł w dniu 25.10.2010 r. odwołanie

Izba wskazuje, iż badanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu w odniesieniu do określonego wykonawcy następuje na dzień składania ofert, jak również powyższe czynności dokonywane przez zamawiającego w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego następują w oparciu o załączone wraz z ofertą dokumenty i

oświadczenia. W tym zakresie Izba podziela stanowisko Odwołującego wyrażone w treści odwołania oraz z toku rozprawy, który wskazał, iż o powyższym decyduje treść art. 22, art. 26 ust. 3, a w szczególności treść art. 26 ust. 2a ustawy Pzp. Powyższy przepis wskazuje, iż wykonawca na żądanie zamawiającego i w zakresie przez niego wskazanym jest zobowiązany wskazać odpowiednio, nie później niż na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub składania ofert, spełnienie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1, brak podstaw do wykluczenia z powodu niespełniania warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1. Powyższe wskazuje, na jaki moment następuje badanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, oraz w oparciu o jakie dokumenty i oświadczenia zamawiający dokonuje powyższej czynności.

Zgodnie z art. 26 ust. 2b Pzp wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, że będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówieniu.

W odniesieniu do powyższego przepisu należy wskazać na wstępie, iż z punktu widzenia skuteczności polegania na zasobach innych podmiotów bez znaczenia pozostaje fakt, jakiego rodzaju charakter prawny wzajemnych stosunków łączy wykonawcę z podmiotami, na których zasobach on polega. Z punktu widzenia skuteczności złożonego przez podmiot trzeci zobowiązania bez znaczenia są prawne relacje podmiotów związanych stosunkiem mającym swoje źródło w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp.

W zakresie udowodnienia zamawiającemu, że wykonawca będzie dysponował zasobami innych podmiotów w zasadzie za wystarczające należy uznać samo zobowiązanie złożone przez takie podmioty i wykazanie przez wykonawcę, że podmioty te dysponują faktycznie zasobami, które zobowiązują się udostępnić na okres realizacji zamówienia.

Jednakże biorąc pod uwagę powzięte przez Zamawiającego wątpliwości dotyczące istnienia, bądź nieistnienia zobowiązania podmiotu udostępniającego swoją wiedzę i doświadczenie Odwołującemu w oparciu o instytucję uregulowaną w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp Izba wskazuje, co następuje. Nie ulega wątpliwości, iż zobowiązanie, o którym mowa w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp stanowi oświadczenie woli podmiotu w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U. z 1964 Nr 16, poz. 93 z późn. zm.). Tym samym do powyższego zobowiązania, w związku z treścią art. 14 ustawy Pzp, należy

stosować wprost przepisy Tytułu IV ustawy Kodeks cywilny dotyczących czynności prawnych. W ocenie Izby zobowiązanie EC Test Systems Spółka z o.o. z dnia 16.09.2010 r. przedłożone wraz z ofertą Odwołującego zostało skierowane do Odwołującego i zawiera zobowiązanie tego podmiotu do oddania do dyspozycji Odwołującego w ramach przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego niezbędnych zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia, polegających na zrealizowaniu w ciągu ostatnich trzech lat zamówień w zakresie systemów do pomiaru hałasu oraz w postaci wsparcia na okres korzystania z nich przez Wykonawcę przy wykonaniu wyżej wymienionego zamówienia. Ponadto EC Test Systems Spółka z o.o. oświadczył, iż projekt zostanie wykonany przy bliskiej współpracy GILDIA i EC Test Systems tak by zostały spełnione wszelkie wymagania przetargu. Zdaniem Izby nie ulega wątpliwości, iż zobowiązanie EC Test System Spółka z o.o. zawarte w ofercie Odwołującego spełnia minimalne wymagania określone w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, gdyż ich literalna treść odnosi się do treści art. 26 ust. 2 b ustawy Pzp.

Wobec powyższego Izba uznała, iż dokumenty zawarte w ofercie Odwołującego potwierdzały na dzień składania ofert spełnianie warunków udziału w postępowaniu, czego nie kwestionował również Zamawiający.

Jednakże w tym aspekcie Zamawiający zmienił swoje stanowisko w związku z otrzymanym pismem EC Test Systems Spółka z o.o. z dnia 11.10.2010 r.

Wobec powyższego dla przedmiotowego rozstrzygnięcia, tj. czy doszło do naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust. 3, art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp istotne jest ustalenie, jakie znaczenie dla złożonego wobec Odwołującego przez EC Test Systems Spółka z o.o. zobowiązania z dnia 16.09.2010 r. ma przekazane Zamawiającemu pismo z dnia 11.10.2010 r. W ocenie Izby zobowiązanie EC Test Systems Spółka z o.o. z dnia 16.09.2010 r. ma niewątpliwie charakter prawno-kształtujący i stanowi oświadczenie woli skierowane do określonego podmiotu nakierowane na wywołanie określonych skutków prawnych. Otóż zgodnie z art. 56 ustawy Kodeks cywilny czynność prawna wywołuje nie tylko skutki w niej wyrażone, lecz również te, które wynikają z ustawy, z zasad współżycia społecznego i ustalonych zwyczajów. W tym zakresie za zasadniczy skutek złożonego przez EC Test Systems Spółka z o.o. zobowiązania należy uznać fakt wykazania w ramach przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego spełnienia przez Odwołującego warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganej wiedzy i doświadczenia, który to skutek wynika wprost z art. 56 ustawy Kodeks cywilny w związku z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Nie ulega także wątpliwości, iż w oparciu o art. 61 zdanie drugie ustawy Kodeks cywilny odwołanie takiego oświadczenia woli jest skuteczne, jeżeli doszło jednocześnie z oświadczeniem woli lub wcześniej. W ramach przedmiotowego stanu faktycznego brak jest dowodów na istnienie powyższej okoliczności. Tym samym należy w oparciu o art. 61 zdanie pierwsze ustawy Kodeks cywilny uznać skuteczność złożonego przez

EC Test Systems Spółka z o.o. oświadczenia woli zawartego w zobowiązaniu z dnia 16.09.2010 r. Brak jest również dowodów wskazujących, iż złożone przez EC Test Systems Spółka z o.o. jest obarczone wadą lub zostało złożone z zastrzeżeniem warunku.

Izba w składzie rozpatrującym przedmiotowe odwołanie wskazuje, iż skierowane do Zamawiającego pismo z dnia 11.10.2010 r., tj. pismo skierowane do podmiotu, który nie był adresatem oświadczenia woli zawartego w zobowiązaniu z dnia 16.09.2010 r. poczynionym przez EC Test Systems Spółka z o.o. nie wywołuje żadnych skutków prawnych wobec jego faktycznego adresata, tj. GILDIA Spółka z o.o. Może ono jedynie wskazywać na pewne zamiary tego podmiotu (EC Test Systems Spółka z o.o.), lecz brak jest dowodów na okoliczność, czy zostały one wyrażone wobec Odwołującego.

Izba oceniając złożone przez EC Test Systems Spółka z o.o. oświadczenie z dnia 11.10.2010 r. wzięła pod uwagę, wykazane za pomocą dowodów z dokumentów zawnioskowanych przez Odwołującego w treści odwołania, okoliczności złożenia przedmiotowego oświadczenia. Otóż całokształt korespondencji dołączonej wraz z odwołaniem (korespondencja pomiędzy FAR DATA Spółka z o.o. Spółka komandytowa, Zamawiającym a EC Test Systems Spółka z o.o.) wskazuje, iż EC Test Systems Spółka z o.o. mógł zostać wprowadzony w błąd, co do faktycznej odpowiedzialności za realizację przedmiotu zamówienia w ramach przedmiotowego postępowania.

Tym samym Izba podziela wyrażony przez Odwołującego pogląd, iż Zamawiający winien w pierwszej kolejności wezwać Odwołującego do złożenia udokumentowanych wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp i dopiero jeżeli złożone wyjaśnienia nie usuną powziętych przez Zamawiającego wątpliwości, wezwać Odwołującego do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wyznaczając w tym zakresie Odwołującemu adekwatny, tj. co najmniej 7-dniowy termin do ich uzupełnienia.

Tym samym Izba uznała, iż wezwanie Odwołującego do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp i w konsekwencji wskutek nieuczynieniu zadość powyższemu wykluczenie Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp było czynnością przedwczesną.

Powyższe wskazuje, zdaniem Izby, iż w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego doszło do naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust. 3, art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez przedwczesne wezwanie Odwołującego do uzupełnienia dokumentów i tym samym wykluczenie Odwołującego z udziału w postępowaniu i odrzucenie jego oferty.

II. Izba uznała, iż w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego doszło również do naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 ustawy Pzp na skutek

zaniechania wezwania przez Zamawiającego wykonawcy FAR DATA Spółka z o.o. Spółka komandytowa do uzupełnienia dokumentów dotyczących spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Skład orzekający Izby dokonał następujących ustaleń faktycznych w odniesieniu do ww. zarzutu.

Po pierwsze Izba ustaliła, iż Zamawiający w sekcji III w pkt 2.1. ppkt 3.4 ogłoszenia o zamówieniu oraz w pkt V ppkt 3.4 SIWZ żądał wykazaniem się wykonaniem w ostatnich 3 latach co najmniej 3 zamówień w zakresie systemów do pomiaru hałasu, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców, o łącznej wartości nie mniejszej niż 500 000 zł brutto.

Po drugie Izba ustaliła, iż wykonawca FAR DATA Spółka z o.o. Spółka komandytowa w załączonym na str. 11 złożonej w postępowaniu oferty wykazie wykonanych dostaw zawarł w tabeli jedynie 2 pozycje (dostawy).

Ponadto Izba ustaliła, iż na stronie 13 oferty złożonej przez wykonawcę FAR DATA Spółka z o.o. Spółka komandytowa został przedłożony protokół zdawczo – odbiorczy z dnia 26.06.2008 r., zaś na str. 17 ww. oferty list referencyjny z dnia 03.12.2008 r., których daty wystawienia wskazują, iż dotyczą one jedynie poz. 1 wykazu zawartego na str. 11.

Tym samym Izba ustaliła, iż wykonawca FAR DATA Spółka z o.o. Spółka komandytowa nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego przez Zamawiającego doświadczenia i wiedzy. Wobec powyższego wykonawca ten, zgodnie z treścią art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, winien zostać wezwany do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganej wiedzy i doświadczenia.

Izba pragnie wskazać, iż w jej opinii z treści normy prawnej wyrażonej w zdaniu pierwszym art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wynika niezbicie, iż czynność wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń jest obowiązkiem Zamawiającego. Na powyższe wskazuje jednoznacznie wykładnia literalna powyższego przepisu, a w szczególności użycie w powyższym przepisie zwrotu „zamawiający wzywa wykonawców (...)”.

Powyższe wskazuje, zdaniem Izby, iż w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego doszło do naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 ustawy Pzp na skutek zaniechania wezwania przez Zamawiającego wykonawcy FAR DATA Spółka z o.o. Spółka komandytowa do uzupełnienia dokumentów dotyczących spełniania warunków udziału w postępowaniu.

III. Izba uznała, iż w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego doszło również do naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wybranie jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy FAR DATA Spółka z o.o. Spółka komandytowa w związku z faktem, iż Odwołujący złożył w postępowaniu ofertę korzystniejszą ekonomicznie, zaś wykonawca FAR DATA Spółka z o.o. Spółka komandytowa nie wykazał, iż spełnia warunki udziału w postępowaniu i nie złożył wymaganych dokumentów na potwierdzenie ich spełniania.

Izba wskazuje, iż stwierdzając naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp wiąże się ze wskazanymi w pkt I naruszeniami art. 26 ust. 3, art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp związanymi z przedwczesnym wezwaniem Odwołującego do uzupełnienia dokumentów i w następstwie wykluczeniem Odwołującego z udziału w postępowaniu oraz wskazanym w pkt II naruszeniem art. 26 ust. 3 ustawy Pzp spowodowanym zaniechaniem wezwania przez Zamawiającego wykonawcy FAR DATA Spółka z o.o. Spółka komandytowa do uzupełnienia dokumentów dotyczących spełniania warunków udziału w postępowaniu. Tym samym dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej z pominięciem określonych etapów postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Izba uznała za czynność przedwczesną. W szczególności powyższe dotyczy zaniechania wezwania wykonawcy, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą, do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wobec faktu, iż wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganej wiedzy i doświadczenia. Ponadto Izba stwierdzając nieprawidłowości w ocenie i badaniu oferty Odwołującego wskazała, iż doszło do przedwczesnego wykluczenia tego wykonawcy z postępowania.

Powyższy zarzut stał się ponadto przedmiotem uwzględnienia ze strony Zamawiającego zawartego w odpowiedzi na odwołanie z dnia 08.11.2010 r.

Powyższe wskazuje, zdaniem Izby, iż w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego doszło do naruszenia przez Zamawiającego art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wybranie jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy FAR DATA Spółka z o.o. Spółka komandytowa w związku z faktem, iż Odwołujący złożył w postępowaniu ofertę korzystniejszą ekonomicznie, zaś wykonawca FAR DATA Spółka z o.o. Spółka komandytowa nie wykazał, iż spełnia warunki udziału w postępowaniu i nie złożył wymaganych dokumentów na potwierdzenie ich spełniania.

IV. Izba uznała, iż w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie doszło do naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy FAR DATA Spółka z o.o. Spółka

komandytowa ze względu na fakt, iż wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz nie doszło do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy FAR DATA Spółka z o.o. Spółka komandytowa.

Biorąc pod uwagę podniesiony przez Odwołującego w ramach odwołania zarzut nie zastosowania przez Zamawiającego wobec wykonawcy FAR DATA Spółka z o.o. Spółka komandytowa instytucji uregulowanej w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp i fakt uwzględnienia powyższego zarzutu w pkt II Izba wskazuje, iż stwierdzenie naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp nie znajduje uzasadnienia na tym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Na tym etapie postępowania wykluczenie wykonawcy FAR DATA Spółka z o.o. Spółka komandytowa i w konsekwencji odrzucenie jego oferty byłoby czynnością przedwczesną.

Wobec powyższego Izba uznała, iż zarzut naruszenia art. art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy FAR DATA Spółka z o.o. Spółka komandytowa ze względu na fakt, iż wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy FAR DATA Spółka z o.o. Spółka komandytowa nie potwierdził się.

V. W odniesieniu do zarzutu dotyczącego naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców Izba uznała, iż zasługuje on na uwzględnienie.

Skład orzekający Izby po dokonaniu ustaleń faktycznych w odniesieniu do ww. zarzutu stwierdził, co następuje.

Biorąc pod uwagę wskazaną przez Odwołującego w treści odwołania okoliczność, iż Zamawiający wykluczył z postępowania Odwołującego, zaś uznał za najkorzystniejszą ofertę złożoną przez wykonawcę FAR DATA Spółka z o.o. Spółka komandytowa, który to wykonawca nie potwierdził spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia w ocenie Izby doszło w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego do naruszenia wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zasady równego traktowania wykonawców. Powyższe jest również konsekwencją stwierdzenia przez Izbę w pkt II naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 ustawy Pzp na skutek zaniechania wezwania przez Zamawiającego wykonawcy FAR DATA Spółka z o.o. Spółka komandytowa do uzupełnienia dokumentów dotyczących spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz stwierdzenia w pkt III naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wybranie jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy FAR DATA Spółka z o.o. Spółka

komandytowa w związku z faktem, iż Odwołujący złożył w postępowaniu ofertę korzystniejszą ekonomicznie, zaś wykonawca FAR DATA Spółka z o.o. nie wykazał, iż spełnia warunki udziału w postępowaniu i nie złożył wymaganych dokumentów na potwierdzenie ich spełnienia.

W każdym wypadku bezpodstawnego wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego dochodzi do naruszenia zasad udzielania zamówień publicznych, w tym w szczególności zasad określonych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. W ocenie Izby Odwołujący udowodnił, wskazując na zaniechanie wezwania wykonawcy FAR DATA Spółka z o.o. Spółka komandytowa na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, iż Zamawiający w odmienny sposób traktował wykonawców znajdujących się w identycznej sytuacji faktycznej.

Doprowadziło to do naruszenia przez Zamawiającego podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych wyrażonych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Tym samym w przedmiotowym postępowaniu doszło do naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy Pzp wskutek nierównego traktowania wykonawców, co powoduje, iż zarzut ten zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Wobec powyższego stwierdzenie przez Izbę naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust. 3, art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 89 ust. 1 pkt 5, art. 91 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, wskazuje iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp w zakresie odwołania o sygn. akt KIO 2316/10, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania z uwzględnieniem postanowień 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 (tekst jedn. Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) w tym w szczególności § 5 ust. 1 pkt 1 oraz ust. 4.

Sygn. akt KIO 2368/10

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu o sygn. akt KIO 2368/10 skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba wskazuje na wstępie, że ocena naruszenia przez Zamawiającego określonych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp jest każdorazowo rozpatrywana w zakresie dokonanej przez Zamawiającego czynności. Tym samym to wskazane przez Odwołującego podstawy faktyczne decydują o potwierdzeniu, bądź nie potwierdzeniu zarzutu podniesionego w ramach wniesionego środka ochrony prawnej.

I. Izba uznała, iż w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego doszło do naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 ustawy Pzp na skutek zaniechania wezwania przez Zamawiającego wykonawcy FAR DATA Spółka z o.o. Spółka komandytowa do uzupełnienia aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp.

Skład orzekający Izby dokonał następujących ustaleń faktycznych w odniesieniu do ww. zarzutu.

Po pierwsze Izba ustaliła, iż Zamawiający w sekcji III w pkt 2.1. ppkt 3.8. ogłoszenia o zamówieniu oraz w pkt V ppkt 3.8 SIWZ żądał na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia z postępowania aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert.

Po drugie Izba ustaliła, iż w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ofertę złożył wykonawca FAR DATA Spółka z o.o. Spółka komandytowa z siedzibą w Krakowie przy ulicy Lipowej 3 (Nr KRS 0000335284).

Po trzecie Izba ustaliła, iż wykonawca FAR DATA Spółka z o.o. Spółka komandytowa na str. 59 złożonej w przedmiotowym postępowaniu oferty załączył informację z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie podmiotu zbiorowego jedynie w odniesieniu do komplementariusza, tj. FAR DATA Spółka z o.o. z siedzibą w Krakowie przy ulicy Lipowej 3 (Nr KRS 0000316534).

Wobec powyższego należy wskazać, iż wykonawca składający ofertę w przedmiotowym postępowaniu, tj. FAR DATA Spółka z o.o. Spółka komandytowa z siedzibą w Krakowie przy ulicy Lipowej 3 (Nr KRS 0000335284) nie przedłożył wymaganej przez Zamawiającego

informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp.

Izba wskazuje również, iż powyższy zarzut stał się przedmiotem uwzględnienia ze strony Zamawiającego zawartego w odpowiedzi na odwołanie z dnia 08.11.2010 r.

Tym samym Zamawiający był zobowiązany do wezwania wykonawcy do uzupełnienia informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp w odniesieniu do wykonawcy FAR DATA Spółka z o.o. Spółka komandytowa.

Izba pragnie wskazać, iż w jej opinii z treści normy prawnej wyrażonej w zdaniu pierwszym art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wynika niezbicie, iż czynność wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń jest obowiązkiem Zamawiającego. Na powyższe wskazuje jednoznacznie wykładnia literalna powyższego przepisu, a w szczególności użycie w powyższym przepisie zwrotu „zamawiający wzywa wykonawców (...)”.

Ponadto zgodnie z art. 2 ust. 1 ustawy z dnia 28 sierpnia 2002 r. o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary (Dz. U. z 2002 r. Nr 197, poz. 1661 z późn. zm.) podmiotem zbiorowym w rozumieniu ustawy jest osoba prawna oraz jednostka organizacyjna niemająca osobowości prawnej, z wyłączeniem Skarbu Państwa, jednostek samorządu terytorialnego i ich związków oraz organów państwowych i samorządu terytorialnego. Tym samym spółkę komandytową należy uznać za podmiot zbiorowy w rozumieniu powyższej ustawy.

Wobec powyższego Izba stwierdziła, iż w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego doszło do naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp na skutek zaniechania wezwania przez Zamawiającego wykonawcy FAR DATA Spółka z o.o. Spółka komandytowa do uzupełnienia aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp.

II. Izba uznała, iż w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie doszło do naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp na skutek zaniechania wezwania przez Zamawiającego wykonawcy FAR DATA Spółka z o.o. Spółka komandytowa do uzupełnienia odpisu z Krajowego Rejestru Sądowego dla FAR DATA Spółka z o.o., tj. komplementariusza wykonawcy FAR DATA Spółka z o.o. Spółka komandytowa i tym samym nie doszło do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez podmiot, który nie wykazał w sposób wystarczający należytego umocowania do jej złożenia. Izba postanowiła rozpatrzyć łącznie powyższe zarzuty.

Skład orzekający Izby dokonał następujących ustaleń faktycznych w odniesieniu do ww. zarzutu.

Po pierwsze Izba ustaliła, iż w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ofertę złożył wykonawca FAR DATA Spółka z o.o. Spółka komandytowa z siedzibą w Krakowie przy ulicy Lipowej 3 (Nr KRS 0000335284).

Po drugie Izba ustaliła w oparciu o dołączony na str. 41 – 50 odpis aktualny z rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego z dnia 26.07.2010 r., iż wykonawcę FAR DATA Spółka z o.o. Spółka komandytowa może samodzielnie reprezentować komplementariusz, tj. FAR DATA Spółka z o.o. z siedzibą w Krakowie przy ulicy Lipowej 3 (Nr KRS 0000316534). Ponadto jak wynika z działu 2 rubryki 1 (uprawnienie do reprezentowania spółki) pkt 2 (sposób reprezentacji podmiotu) spółkę samodzielnie reprezentuje komplementariusz, tj. FAR DATA Spółka z o.o. Do składania oświadczeń woli i podpisywania w imieniu komplementariusza wymagane jest współdziałanie dwóch członków zarządu lub jednego członka zarządu i prokurenta. Osobami wchodzącymi w skład zarządu FAR DATA Spółka z o.o. są: Waldemar Stachnik – Prezes, Marek Stoliński – Wiceprezes, Grzegorz Derela – Wiceprezes.

Izba ustaliła ponadto, iż oferta została podpisana przez Waldemara Stachnika - Prezesa Zarządu oraz Grzegorza Derelę – Wiceprezesa Zarządu.

Odwołujący w treści odwołania wskazał, iż Zamawiający winien wezwać wykonawcę FAR DATA Spółka z o.o. Spółka komandytowa do uzupełnienia na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp odpisu KRS dla komplementariusza, tj. FAR DATA Spółka z o.o., gdyż złożenie tego dokumentu jest konieczne celem wykazania uprawnienia do podpisania oferty i innych dokumentów. Izba wskazuje, iż zgodnie z art. 39 pkt 1 ustawy z dnia 20 sierpnia 1997 roku o Krajowym Rejestrze Sądowym (tekst jednolity Dz. U. z 2007 r. Nr 168, poz. 1186 z późn. zm.) w dziale 2 rejestru przedsiębiorców zamieszcza się następujące dane: oznaczenie organu uprawnionego do reprezentowania podmiotu oraz osób wchodzących w jego skład, ze wskazaniem sposobu reprezentacji, a w przypadku gdy w spółkach osobowych nie ma takiego organu - wskazanie współników uprawnionych do reprezentowania spółki, a także sposobu reprezentacji; w przypadku oddziałów przedsiębiorców zagranicznych, głównych oddziałów zagranicznych zakładów ubezpieczeń oraz głównych oddziałów zagranicznych zakładów reasekuracji dane te podlegają ujawnieniu co do przedsiębiorców zagranicznych, zagranicznych zakładów ubezpieczeń i zagranicznych zakładów reasekuracji, odpowiednio z uwzględnieniem odmienności struktury ich organów.

Powyższe wskazuje, w ocenie Izby, iż do skutecznego wykazania sposobu reprezentacji spółki komandytowej, której komplementariuszem jest spółka z o.o. nie jest konieczne dołączenie odpisu z rejestru przedsiębiorców KRS, gdyż właściwe informacje pozwalające ustalić sposób reprezentacji podmiotu wynika z dokumentów rejestrowych spółki komandytowej.

Wobec powyższego Izba stwierdziła, iż w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie doszło do naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp na skutek zaniechania wezwania przez Zamawiającego wykonawcy FAR DATA Spółka z o.o. Spółka komandytowa do uzupełnienia odpisu z Krajowego Rejestru Sądowego dla FAR DATA Spółka z o.o., tj. komplementariusza wykonawcy FAR DATA Spółka z o.o. Spółka komandytowa i tym samym nie doszło do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez podmiot, który nie wykazał w sposób wystarczający należytego umocowania do jej złożenia.

III. W zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy FAR DATA Spółka z o.o. Spółka komandytowa w sytuacji gdy wykonawca ten nie wykazał, iż zachodzą wobec tego wykonawcy okoliczności określone w tym przepisie, a w konsekwencji zaniechania odrzucenia ofert tego wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp oraz w zakresie naruszenia przez Zamawiającego art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wybranie jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę FAR DATA Spółka z o.o. Spółka komandytowa pomimo tego, że wykonawca ten podlega wykluczeniu z postępowania, a jego oferta odrzuceniu Izba postanowiła łącznie rozpoznać powyższe zarzuty.

Izba uznała, iż w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie doszło do naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 9, art. 89 ust. 1 pkt 5 oraz art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę podniesiony przez Odwołującego w ramach odwołania zarzut nie zastosowania przez Zamawiającego wobec wykonawcy FAR DATA Spółka z o.o. instytucji uregulowanej w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp i fakt uwzględnienia powyższego zarzutu w pkt I Izba wskazuje, iż stwierdzenie naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 9, art. 89 ust. 1 pkt 5 oraz art. 91 pkt 1 ustawy Pzp nie znajduje uzasadnienia na tym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Na tym etapie postępowania wykluczenie wykonawcy FAR DATA

Spółka z o.o. Spółka komandytowa i w konsekwencji odrzucenie jego oferty byłoby czynnością przedwczesną.

Wobec powyższego Izba uznała, iż zarzut naruszenia art. art. 24 ust. 2 pkt 9 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy FAR DATA Spółka z o.o. Spółka komandytowa w sytuacji gdy wykonawca ten nie wykazał, iż zachodzą wobec tego wykonawcy okoliczności określone w tym przepisie, a w konsekwencji zaniechania odrzucenia ofert tego wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp oraz w zakresie naruszenia przez Zamawiającego art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wybranie jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę FAR DATA Spółka z o.o. Spółka komandytowa pomimo tego, że wykonawca ten podlega wykluczeniu z postępowania, a jego oferta odrzuceniu nie potwierdził się.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Wobec powyższego stwierdzenie przez Izbę naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 oraz art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp, wskazuje iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp, w zakresie odwołania o sygn. akt KIO 2368/10 orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania z uwzględnieniem postanowień 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 (tekst jedn. Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) w tym w szczególności § 5 ust. 2 pkt 1 i ust. 4.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....