

**Sygn. akt: KIO 1452/10**

**KIO 1453/10**

**KIO 1454/10**

**WYROK**  
**z dnia 26 lipca 2010 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Paweł Trojan**

**Członkowie: Agnieszka Trojanowska**

**Bogdan Artymowicz**

**Protokolant: Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **21 lipca 2010 r.** w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia **14.07.2010 r.** do łącznego rozpoznania, wniesionych:

**A. w dniu 12.07.2010 r. przez SYSTEMICS POLAND Spółka z o.o., ul. Broderska 66, 02-690 Warszawa (sygn. akt. KIO 1452/10);**

**B. w dniu 12.07.2010 r. przez PC FACTORY S.A., ul. Osmańska 11, 02-823 Warszawa (sygn. akt KIO 1453/10);**

**C. w dniu 12.07.2010 r. przez LUMENA S.A., ul. Reja 6, 02-053 Warszawa (sygn. akt KIO 1454/10)**

w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez Zamawiającego **Zakład Ubezpieczeń Społecznych, ul. Szamocka 3,5; 01-748 Warszawa** w trybie przetargu ograniczonego pn. „Dostawa 10.000 sztuk stacji roboczych”

**A. przy udziale wykonawców:**

- **ORTI Byliński Spółka komandytowa, ul. Bohaterów Monte Cassino 53, 20-705 Lublin;**
- **Konsorcjum: INCOM S.A., ul. Mokronoska 6, 52-407 Wrocław; INTEGRIT Spółka z o.o., ul. Mokronoska 6, 52-407 Wrocław oraz ITSUMI S.A., ul. Mokronoska 6, 52-407 Wrocław;**
- **ENTE Spółka z o.o., ul. Gaudiego 7, 44-100 Gliwice;**
- **KABIT Spółka z o.o., ul. Okrężna 56, 02-925 Warszawa;**
- **SFERIS Spółka z o.o., ul. Dolna 15, 00-773 Warszawa**

zgłaszających swoje przystąpienie po stronie Zamawiającego

**B. przy udziale wykonawców:**

- **ORTI Byliński Spółka komandytowa, ul. Bohaterów Monte Cassino 53, 20-705 Lublin;**
- **Konsorcjum: INCOM S.A., ul. Mokronoska 6, 52-407 Wrocław; INTEGRIT Spółka z o.o., ul. Mokronoska 6, 52-407 Wrocław oraz ITSUMI S.A., ul. Mokronoska 6, 52-407 Wrocław;**
- **ENTE Spółka z o.o., ul. Gaudiego 7, 44-100 Gliwice;**
- **KABIT Spółka z o.o., ul. Okrężna 56, 02-925 Warszawa;**
- **SFERIS Spółka z o.o., ul. Dolna 15, 00-773 Warszawa**

zgłaszających swoje przystąpienie po stronie Zamawiającego

**C. przy udziale wykonawców:**

- **ORTI Byliński Spółka komandytowa, ul. Bohaterów Monte Cassino 53, 20-705 Lublin;**

**Konsorcjum: INCOM S.A., ul. Mokronoska 6, 52-407 Wrocław; INTEGRIT Spółka z o.o., ul. Mokronoska 6, 52-407 Wrocław oraz ITSUMI S.A., ul. Mokronoska 6, 52-407 Wrocław;**

**- ENTE Spółka z o.o., ul. Gaudiego 7, 44-100 Gliwice;**

**- KABIT Spółka z o.o., ul. Okrężna 56, 02-925 Warszawa;**

**- SFERIS Spółka z o.o., ul. Dolna 15, 00-773 Warszawa**

zgłaszających swoje przystąpienie po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

**A. uwzględnia odwołanie w sprawie KIO 1452/10 i nakazuje unieważnienie czynności wykluczenia wykonawcy SYSTEMICS POLAND Spółka z o.o. z postępowania, jak również nakazuje unieważnienie czynności oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, przy czym oceniając wniosek odwołującego w ramach powtórnej oceny wniosków nakazuje uwzględnić w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia oddane do dyspozycji Odwołującego przez Fujitsu Technolgy Solutions GmbH oraz Fujitsu Technolgy Solutions Spółka z o.o. zasoby, dla których do wniosku zostały załączone dokumenty potwierdzające ich należyłą realizację;**

**B. uwzględnia odwołanie w sprawie KIO 1453/10 wniesione przez wykonawcę PC FACTORY S.A. i nakazuje unieważnienie czynności oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, przy czym oceniając wniosek odwołującego w ramach powtórnej oceny wniosków nakazuje uwzględnić w zakresie posiadanej wiedzy i oświadczenia oddane do dyspozycji Odwołującego przez ZSK Spółka z o.o. oraz Fujitsu Technolgy Solutions GmbH zasoby, dla których do wniosku zostały załączone dokumenty potwierdzające ich należyłą realizację;**

**C. uwzględnia odwołanie w sprawie KIO 1454/10 i nakazuje unieważnienie czynności wykluczenia wykonawcy LUMENA S.A. z postępowania, jak również nakazuje unieważnienie czynności oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, nakazuje wezwanie Odwołującego do przedstawienia oryginału lub notarialnie poświadczonej kopii informacji złożonej wraz z wnioskiem w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp i nakazuje dokonanie powtórnie czynności oceny wniosków z uwzględnieniem wniosku Odwołującego**

2. Kosztami postępowania obciąża

**A. Zakład Ubezpieczeń Społecznych, ul. Szamocka 3,5; 01-748 Warszawa;**

**B. Zakład Ubezpieczeń Społecznych, ul. Szamocka 3,5; 01-748 Warszawa;**

**C. Zakład Ubezpieczeń Społecznych, ul. Szamocka 3,5; 01-748 Warszawa**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych:
  - A.** wpis w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez **SYSTEMICS POLAND Spółka z o.o., ul. Brokerska 66, 02-690 Warszawa**, stanowiący koszty postępowania odwoławczego,
  - B.** wpis w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez **PC FACTORY S.A., ul. Osmańska 11, 02-823 Warszawa**, stanowiący koszty postępowania odwoławczego,
  - C.** wpis w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez **LUMENA S.A., ul. Reja 6, 02-053 Warszawa**, stanowiący koszty postępowania odwoławczego,
  
- 2) dokonać wpłaty kwoty **51 615 zł 00 gr** (słownie: pięćdziesiąt jeden tysięcy sześćset piętnaście złotych zero groszy) stanowiącej uzasadnione koszty strony, w tym:
  - A.** kwoty **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) przez **Zakład Ubezpieczeń Społecznych, ul. Szamocka 3,5, 01-748 Warszawa** na rzecz **SYSTEMICS POLAND Spółka z o.o., ul. Brokerska 66, 02-690 Warszawa** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania,
  - B.** kwoty **18 015 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy piętnaście złotych zero groszy) przez **Zakład Ubezpieczeń Społecznych, ul. Szamocka 3,5, 01-748 Warszawa** na rzecz **PC FACTORY S.A., ul. Osmańska 11, 02-823 Warszawa** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania, zastępstwa procesowego, dojazdu oraz rezerwacji hotelowej,
  - C.** kwoty **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) przez **Zakład Ubezpieczeń Społecznych, ul. Szamocka 3,5, 01-748 Warszawa** na rzecz **LUMENA S.A., ul. Reja 6, 02-053 Warszawa** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz zastępstwa procesowego.

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) 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:**

.....

.....

## **Uzasadnienie**

Zamawiający – Zakład Ubezpieczeń Społecznych, ul. Szamocka 3,5; 01-748 Warszawa prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego pn. „Dostawa 10.000 sztuk stacji roboczych”.

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

W dniu 05.03.2010 r. Zamawiający przekazał do publikacji ogłoszenie Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich.

Ogłoszenie zostało opublikowane w suplemencie do Dz. U. UE z dnia 10.03.2010 r. Nr ogłoszenia 2010/S 48-070768.

Przedmiotowe postępowanie zostało wszczęte przez Zamawiającego w dniu **05.03.2010 r.** poprzez zamieszczenie ogłoszenia o zamówieniu w miejscu publicznie dostępnym w siedzibie Zamawiającego oraz na stronie internetowej.

W dniu **01.07.2010 r.** Zamawiający poinformował wykonawców o ocenie wniosków i wykonawcach wykluczonych z postępowania.

### **KIO 1452/10**

W dniu **01.07.2010 r.** Zamawiający poinformował Odwołującego o ocenie wniosków i wykluczeniu go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. Jako podstawę faktyczną Zamawiający podał brak wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. W uzasadnieniu Zamawiający wskazał, że pismem z dnia 14.05.2010 r. wezwał wykonawcę na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień, czy w przypadku uzyskania przedmiotowego zamówienia firmy, których zobowiązania znajdują się we wniosku będą pełniły funkcje podwykonawców. W związku z brakiem potwierdzającej odpowiedzi Zamawiający wskazał, iż nie uznał dostaw zrealizowanych przez te firmy, dla których nie ma potwierdzenia, że będą pełniły funkcję podwykonawcy w realizacji zamówienia. Zamawiający pismem z dnia 15.06.2010 r. wezwał wykonawcę na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia. Wykonawca nie złożył ww. dokumentów.

W dniu **12.07.2010** r. Odwołujący - **SYSTEMICS POLAND Spółka z o.o.** wniósł do Prezesa KIO odwołanie dotyczące czynności dokonanej przez Zamawiającego polegającej na wykluczeniu Odwołującego się z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający swoim postępowaniem naruszył art. 7 ust. 1 i ust. 3; art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 51 ust. 1a w związku z art. 26 ust. 2b i ust. 3 – 4, jak również art. 48 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o:

- uchylenie czynności oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i przyznania ocen spełniania tych warunków, w szczególności czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania,
- powtórzenia czynności oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i przyznania ocen spełniania tych warunków, z uwzględnieniem, że Odwołujący spełnia warunek doświadczenia zgodnie ze złożonymi dokumentami w pełnym ich zakresie,
- obciążenia Zamawiającego kosztami postępowania zgodnie z wykazem przedłożonym na rozprawie.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał, iż pismem z dnia 30.06.2010 r. nr 993200/370/IN-658/10, otrzymanym za pomocą faksu w dniu 01.07.2010 r., Zamawiający poinformował Odwołującego m.in., że w wyniku oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w przedmiotowym postępowaniu został wykluczony z udziału w postępowaniu. Według Zamawiającego najwyższą punktację uzyskał wykonawca ENTE Sp. z o.o., któremu przyznano 665.101 pkt, zaś V miejsce, zgodnie z ogłoszeniem o zamówieniu i ostatnie gwarantujące zaproszenie do złożenia oferty, uzyskał wykonawca TECHELON Sp. z o.o., z liczbą 573.166 pkt.

Zdaniem Odwołującego wyniki uzyskanej oceny nie oddają rzeczywistego zakresu doświadczenia przedstawionego we wniosku Odwołującego. Liczba punktów, która powinna być przyznana Odwołującemu jest znacznie wyższa niż liczba gwarantująca zaproszenie do złożenia oferty, co uzasadnia niniejsze odwołanie.

Zgodnie z treścią ogłoszenia o zamówieniu Zamawiający wskazał, że sprawdzi zawarte w nich informacje i oceni, czy wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu. Spośród wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu wyłoni 5 wykonawców, którzy dostarczyli w ciągu ostatnich trzech lat, przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres działalności jest krótszy - w tym okresie, największą ilość stacjonarnych komputerów z monitorami i minimum 2-letnią gwarancją. Zamawiający poinformował w ogłoszeniu, że będzie sumował

łącną ilość dostarczonych komputerów stacjonarnych razem z monitorem, z wykazanych należycie dostaw na minimum 1.000 sztuk każda. Przeliczenie ogólnej liczby dostarczonych komputerów stacjonarnych razem z monitorem na liczbę punktów, miało nastąpić przy zastosowaniu zasady: 1 sztuka dostarczonego komputera stacjonarnego razem z monitorem stanowi 1 punkt. Do wniosku Odwołujący złożył dokumenty potwierdzające zgodnie z powyższą zasadą wykonanie dostaw na liczbę 1.144.208 szt. komputerów stacjonarnych wraz z monitorem, co w rezultacie powinno skutkować przyznaniem mu 1.144.208 pkt. Odwołujący stwierdza, że Zamawiający nie uwzględnił doświadczenia wykonawcy pod nazwą FUJITSU TECHNOLOGY SOLUTIONS GmbH, na którego zasobach polega Odwołujący, stosownie do treści wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

^ Działanie Zamawiającego, zdaniem Odwołującego, należy uznać za bezprawne i bezpodstawne. Ponadto, jako pozbawione uzasadnienia, działanie Zamawiającego narusza zasadę równego traktowania wykonawców, o której mowa w art. 7 ust. 1 ustawy. Podkreślenia wymaga, że FUJITSU TECHNOLOGY SOLUTIONS GmbH złożył i przekazał wymagane na podstawie ogłoszenia o zamówieniu dokumenty potwierdzające posiadanie udostępnianego doświadczenia, w szczególności pisemne zobowiązanie do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia, o którym mowa w art. 26 ust. 2a zdanie drugie ustawy.

W rozstrzygnięciu z dnia 30.06.2010 r. Zamawiający nie wskazał na jakiej podstawie nie uwzględnił udostępnionego doświadczenia firmy FUJITSU TECHNOLOGY SOLUTIONS GmbH. Odwołujący podniósł, iż można domniemywać, że Zamawiający powziął taką decyzję w związku z pismem Odwołującego z dnia 19.05.2010 r. udzielonym w odpowiedzi na wniosek Zamawiającego o udzielenie wyjaśnień z dnia 14.05.2010 r. Zamawiający wniósł o sprecyzowanie, czy firma FUJITSU TECHNOLOGY SOLUTIONS GmbH będzie uczestniczyła w wykonaniu zamówienia jako „podwykonawca”. Odwołujący wskazał, że w dacie udzielanej odpowiedzi nie jest w stanie precyzyjnie określić płaszczyzny, na której realizowana będzie współpraca z firmą FUJITSU TECHNOLOGY SOLUTIONS GmbH.

Zdaniem Odwołującego nieuwzględnienie doświadczenia udostępnionego przez firmę FUJITSU TECHNOLOGY SOLUTIONS GmbH nie znajduje podstawy w obowiązujących przepisach prawa. W art. 26 ust. 2a zdanie pierwsze ustawy wskazano jednoznacznie, że 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. Firma FUJITSU TECHNOLOGY SOLUTIONS GmbH udzieliła pisemnego zobowiązania do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia, czego Zamawiający bezpodstawnie nie uwzględnił



Podkreślenia wymaga, że skarżone działanie Zamawiającego jest również niezgodne z zamieszczoną na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych opinią prawną opracowaną w zakresie warunków dopuszczalności powoływania się przez wykonawcę na referencje dotyczące osób trzecich w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu (art. 26 ust. 2b ustawy - Prawo zamówień publicznych), sporządzoną w związku z nowelizacją przepisów ustawy. W ocenie UZP dopuszczalne jest weryfikowanie przez zamawiającego doświadczenia wnoszonego przez inne podmioty na potrzeby oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Nie powinno się to jednak odbywać przy założeniu dowolności metody „udowodnienia” istnienia zobowiązania do oddania zasobów. W interpretacji UZP zwrócono przykładowo uwagę, że złożone w oparciu o art. 36 ust. 4 ustawy oświadczenie wykonawcy wskazujące na osobę „podwykonawcy”, jak stwierdzono, posiada walor wyłącznie informacyjny. Oświadczenie wykonawcy nie może zastąpić dokumentów, w których znajduje się oświadczenie podmiotu, na którego na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych wykonawca polega. UZP wskazuje, iż dokumentem potwierdzającym dysponowanie wiedzą i doświadczeniem podmiotu trzeciego powinien być dokument, z którego będzie wynikać zobowiązanie takiego podmiotu do udziału w wykonaniu zamówienia (pisemne oświadczenie podmiotu trzeciego, umowa przedwstępna, umowa generalna o współpracy itd.). Z przedmiotowej interpretacji wynika, że UZP nie akceptuje stawiania wymogu udowodnienia istnienia zobowiązania do udostępnienia zasobów jednostronnie przez wykonawcę. Nie spełnia zatem tego wymogu żądanie przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu, polegające na żądaniu potwierdzenia przez Odwołującego, że podmiot udostępniający swoje zasoby będzie „podwykonawcą”.

Zdaniem Odwołującego działania Zamawiającego dokonane w postępowaniu nie można więc uznać za skuteczne w odniesieniu do wymogu „udowodnienia”, że Odwołujący będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, o którym mowa w art. 26 ust. 2b zdanie drugie ustawy. W konsekwencji decyzja Zamawiającego o wykluczeniu Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 4 ustawy jest obarczona wadą prawną, gdyż nie ma podstawy do stwierdzenia niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Reasumując, Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że ten:

- 1) bezpodstawnie nie uwzględnił pisemnego zobowiązania FUJITSU TECHNOLOGY SOLUTIONS GmbH do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia,
- 2) w celu udowodnienia, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia zażądał złożenia od Odwołującego oświadczenia, niedopuszczalnego

w świetle obowiązujących przepisów ustawy,

3) podjął wadliwą decyzję o wykluczeniu Odwołującego z postępowania.

Na marginesie Odwołujący dodał, że Zamawiający przywołując na potrzeby postępowania wyrażenie „podwykonawcy” nie wskazał, ani nie wyjaśnił zakresu tego pojęcia. Nie określił również kryteriów, które Odwołujący lub podmiot udostępniający powinien przyjąć do oceny, czy podmiot udostępniający wykonawcy swoje zasoby będzie lub nie będzie „podwykonawcą”. Bez rzeczowego i obiektywnego wyjaśnienia tego zagadnienia w świetle specyfiki danego zamówienia, ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu w kontekście wynikającego z art. 26 ust. 2b ustawy uprawnienia do udostępniania zasobów od innych podmiotów będzie subiektywna, a przez to istotnie ułomna.

Gdyby Zamawiający działał w zgodzie z powyższymi zasadami i uwzględnił udokumentowane doświadczenie, Odwołujący nie mógłby zostać wykluczony z postępowania i uzyskałby najlepsze miejsce w ocenie złożonych wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, uprawniające oczywiście do zaproszenia do złożenia oferty.

W dniu **15.07.2010** r. wykonawcy **ORTI Byliński Spółka komandytowa, ul. Bohaterów Monte Cassino 53, 20-705 Lublin** zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

W dniu **15.07.2010** r. wykonawca **Konsorcjum: INCOM S.A., ul. Mokronoska 6, 52-407 Wrocław; INTEGRIT Spółka z o.o., ul. Mokronoska 6, 52-407 Wrocław oraz ITSUMI S.A., ul. Mokronoska 6, 52-407 Wrocław** zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

W dniu **16.07.2010** r. wykonawca **ENTE Spółka z o.o., ul. Gaudiego 7, 44-100 Gliwice** zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

W dniu **16.07.2010** r. wykonawca **KABIT Spółka z o.o., ul. Okrężna 56, 02-925 Warszawa** zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego;

W dniu **16.07.2010** r. wykonawca **SFERIS Spółka z o.o., ul. Dolna 15, 00-773 Warszawa** zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

## KIO 1453/10

W dniu **01.07.2010 r.** Zamawiający poinformował Odwołującego m. in. o ocenie wniosków i o otrzymanych ocenach spełniania warunków. Odwołujący uzyskał w wyniku oceny 133.875 punktów zajmując w wyniku powyższego VIII miejsce.

W dniu **12.07.2010 r.** Odwołujący - PC FACTORY S.A., ul. Osmańska 11, 02-823 Warszawa wniósł do Prezesa KIO odwołanie dotyczące czynności dokonanej przez Zamawiającego polegającej na prowadzeniu postępowania w sposób nie zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców; błędną ocenę wniosku Odwołującego i przyznanie mniejszej ilości punktów, która spowodowała, iż Odwołujący nie zostanie zaproszony do składania ofert jak również czynności zaniechania odrzucenia z postępowania wniosków złożonych przez wykonawców: ORTI Byliński Spółka komandytowa; ENTE Spółka z o.o.; TECHELON Spółka z o.o.; KABIT Spółka z o.o.; WEBTRADECENTER Spółka z o.o. oraz SFERIS Spółka z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający swoim postępowaniem naruszył art. 7 ust. 1, 2 i 3; art. 26 ust. 2b; 51 ust. 2, 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp oraz art. 45 Dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31.03. 2004 r.

Zgodnie z informacją o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu otrzymanym przez Odwołującego w dniu 1 lipca 2010 r. i po dokonaniu analizy dokumentacji prowadzonej przez Zamawiającego, w szczególności druku ZP-16 „Zbiorcza ocena spełnienia warunków udziału w postępowaniu ...” Odwołujący jednoznacznie może stwierdzić, że po dokonaniu ponownej, poprawnej i zgodnej z ustawą Pzp oceny wniosków Odwołujący będzie wśród Wykonawców zaproszonych do składania ofert i będzie mógł pozyskać przedmiotowe zamówienie.

Jedynie z ostrożności Odwołujący podnosi, że jego interes prawny we wnoszeniu środków prawnych znajduje swoje uzasadnienie w celu zapewnienia prawidłowości postępowania o udzielenie zamówienia prowadzącym do skutku w postaci zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego zgodnie z prawem, nawet jeżeli zawarcie umowy nastąpi z innym wykonawcą (interes prawny sensu largo) (Por. Wyrok KIO/UZP 296/08, KIO/UZP 303/08, z dnia 16 kwietnia 2008 r.).

Odwołujący wnioskował o:

1. Przywrócenie Odwołującego do postępowania poprzez unieważnienie czynności Zamawiającego podjętej w dniu 30 czerwca 2010 r. ;
2. Powtórzenie czynności badania i oceny złożonych wniosków o dopuszczenie do udziału w przedmiotowym postępowaniu;
3. Po dokonaniu ponownej dogłębnej, obiektywnej i rzetelnej oceny odrzucenie wniosków wykonawców: a) ORTI Byliński Sp. K. z Lublina; b) Ente Sp. z o.o. z Gliwic; c) Techelon Sp. z o.o. z Warszawy; d) Kabit Sp. z o.o. z Warszawy; e) Webtradecenter Sp. z o.o. z Warszawy i f) Sferis Sp. z o.o. z Warszawy
4. Zaproszenie Odwołującego do złożenia ofert.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał, że w przedmiotowym postępowaniu wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożyło łącznie 14 Wykonawców - w tym Odwołujący. W otrzymanym w dniu 1 lipca piśmie z informacją o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu Odwołujący stwierdził, że Zamawiający przyznał mu o wiele mniej punktów niż wynika to z załączonych do wniosku dokumentów. Na podstawie udostępnionego druku ZP-16 Odwołujący stwierdził, że Zamawiający nie uznał do punktacji pozycji 4-6 i pozycji 31-35 podając jako uzasadnienie faktyczne cyt. "Dostawy zrealizowane przez firmy, dla których nie ma potwierdzenia, że będą pełniły funkcję podwykonawcy w realizacji zamówienia".

Odwołujący stwierdza, że Zamawiający dokonał oceny złożonych wniosków z naruszeniem zasad bezstronności i obiektywizmu naruszając zasady równego traktowania Wykonawców, jak nakazuje art. 7 ustawy Pzp.

W ogłoszeniu o zamówieniu w sekcji „Opis warunków udziału w postępowaniu, w tym odnoszących się do właściwości wykonawcy, wraz z podaniem ich znaczenia oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków" w części 1.1 Zamawiający zawarł wymóg cyt. "Wykonawcy mogą 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. W takiej sytuacji Wykonawca zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawi w tym celu pisemne zobowiązanie podmiotu trzeciego do oddania Wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia" nie określając dodatkowych warunków tego wymogu tj. nie zawarł wymogu określającego charakter prawny stosunków łączących Wykonawcę z podmiotami, na których wiedzy i

doświadczeniu będzie polegał w realizacji zamówienia ani nie określił żadnych kryteriów oceny spełniania warunku tj. nie wskazał, obowiązującej podstawy prawnej na jakiej zamierza wyłączać z oceny spełnienia tego warunku innych stosunków prawnych łączących Wykonawcę z podmiotami, na których wiedzy i doświadczeniu Wykonawca zamierza polegać, niż dostawy zrealizowanych przez Wykonawcę i „podwykonawcę”. Zgodnie z Wymaganiami Ogłoszenia o zamówieniu i zgodnie z art. 26 ust. 2b Wykonawca do wniosku dołączył stosowne Zobowiązania firm na których wiedzy i doświadczeniu zamierzał polegać.

Odwołujący stwierdza, że nie uznanie dokumentów z wykazu z nr 4-6 i 31-35 narusza art. 7 ust. 1 ustawy Pzp; art. 26 pkt. 2b ustawy Pzp i art. 45 dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 31.03.2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi.

Art. 26 ust. 2b ustawy Pzp stwierdza jednoznacznie, że Wykonawca może w 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, iż 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 wykonywaniu zamówienia. Jak więc wynika z tego artykułu Ustawodawca nie określa charakteru prawnego stosunków łączących Wykonawcę i podmiotów, które udostępnią zasoby Wykonawcy a jedynie nakłada obowiązek przedstawienia pisemnego zobowiązania do oddania tych zasobów. Odwołujący spełnił ustawowy obowiązek wynikający z art. 26 ust. 2b i wymagań określonych przez Zamawiającego powołanych powyżej, gdyż do wniosku załączył wymagane zobowiązania. Niezrozumiały jest fakt nieuznania dokumentów z wniosku w świetle wyjaśnień, jakie Odwołujący składał Zamawiającemu w piśmie z dnia 20 maja 2010 r., w którym to piśmie wyjaśnił aktualny stan na dzień składania wniosku, zobowiązując się do określenia ewentualnego statusu „podwykonawcy” w odniesieniu do podmiotów używających wiedzę i doświadczenie na etapie składania oferty po zapoznaniu się z wymaganiami Zamawiającego i zgodnie z żądaniem Zamawiającego, gdyż takie żądanie Zamawiający winien zawrzeć w SIWZ.

Odrzucenie przez Zamawiającego dokumentów podmiotów, które złożyły pisemne zobowiązanie do oddania Odwołującemu do dyspozycji niezbędnych zasobów (wiedza i doświadczenie) stoi, zdaniem Odwołującego, w sprzeczności z art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18/WE.

Przepisy dyrektyw koordynujących procedury udzielania zamówień publicznych zezwalają wykonawcom na korzystanie z potencjału technicznego, wiedzy, doświadczenia czy środków finansowych należących do innych podmiotów. Zgodnie z treścią art. 48 ust. 3

dyrektywy 2004/18/WE wykonawca może, w stosownych sytuacjach oraz w przypadku konkretnego zamówienia, polegać na zdolnościach innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi powiązań. Musi on w takiej sytuacji dowieść zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, na przykład przedstawiając w tym celu zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów. Na podobnych zasadach - zgodnie z art. 47 ust. 2 dyrektywy 2004/18/WE - wykonawca może polegać na zdolnościach innych osób w celu wykazania, że spełnia wymogi zamawiającego odnośnie do sytuacji finansowej. Wykorzystanie zdolności innych podmiotów przewiduje również dyrektywa 2004/17/WE.

Cytowane przepisy dyrektyw regulujących procedury udzielania zamówień publicznych przesądzają, że pomiędzy wykonawcą a innym podmiotem oferującym swoje zasoby musi istnieć więź o charakterze prawnym, aczkolwiek rodzaj tej więzi z punktu widzenia dopuszczalności wykorzystania cudzych zdolności jest obojętny. Więź prawna określa warunki, na jakich dojdzie w przyszłości do udostępnienia zasobów niezbędnych dla realizacji zamówienia publicznego i tym samym stanowi gwarancję dla zamawiającego, że faktycznie podczas realizacji zamówienia wybrany wykonawca będzie dysponował potencjałem zgodnym z jego wymogami.

Z analizy wyroków Trybunału Sprawiedliwości w sprawach *Holst Italia* oraz *Ballast Nedam Groep* można wywieść, że wykonawca musi wykazać Zamawiającemu, że faktycznie zasoby zostaną przekazane do jego dyspozycji, natomiast nie ma znaczenia rodzaj więzi prawnej z innym podmiotem ani też okoliczność, czy ten inny podmiot swoje zasoby posiada wspólnie z innymi przedsiębiorcami. Przedstawiony dowód musi jednoznacznie wskazywać, że niezbędne dla realizacji zamówienia zasoby będą udostępnione wykonawcy na czas wykonywania świadczenia.

Zdaniem Odwoływającego wymagana jest więź o charakterze prawnym, która rodzi pewne zobowiązania pomiędzy stronami. Wykluczone są zatem powiązania faktyczne, formalne, kapitałowe lub honorowe, za którymi nie idzie zobowiązanie ważne w świetle obowiązujących przepisów prawnych. Ważność takich więzi oraz ocena prawna nawiązanych stosunków pomiędzy wykonawcą a innymi podmiotami powinna być rozważana na gruncie przepisów tego kraju, w którym doszło do ich powstania lub według przepisów, które zostały powołane jako podstawa do rozstrzygnięcia natury danego stosunku, jeśli w danych okolicznościach strony miały prawo wyboru określonego porządku prawnego.

Z treści art. 47 ust. 2 oraz art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18/WE wynika, że wykonawca, który zamierza polegać na zdolnościach innych podmiotów, musi udowodnić instytucji zamawiającej, iż będzie dysponował niezbędnymi zasobami, np. przedstawiając w tym celu stosowne zobowiązanie takich podmiotów. Z powyższego wynika, iż wykonawca na etapie sprawdzania jego zdolności do realizacji zamówienia nie musi jeszcze posiadać wymaganych

zasobów ani nimi dysponować. Gdyby wykonawca był w posiadaniu niezbędnych urządzeń lub narzędzi na podstawie umowy najmu lub dzierżawy, nie musiałby korzystać ze zdolności innych podmiotów, ponieważ samodzielnie byłby w stanie spełnić warunki udziału w postępowaniu. Cytowane przepisy dotyczą sytuacji, w której wykonawca, przewidując możliwość uzyskania zamówienia, wchodzi w relacje prawne z innymi podmiotami w celu uzyskania na przyszłość zasobów niezbędnych do realizacji umowy. Nie mając pewności, czy jego oferta okaże się najkorzystniejsza, wykonawca nie „inwestuje” w zasoby, co do których nie ma pewności, czy zostaną wykorzystane. Przepisy unijne umożliwiają wykonawcom powołanie się w takiej sytuacji na zaciągnięte zobowiązania lub inne więzi prawne, z których będzie wynikało prawo do dysponowania zasobami niezbędnymi dla realizacji zamówienia. Dysponowanie nie może mieć jednak charakteru jedynie hipotetycznego, ponieważ rodzaj więzi i warunki zobowiązania muszą gwarantować faktyczną możliwość wykorzystania zasobów na wypadek uzyskania zamówienia.

Odwołujący podniósł, że wykonawca deklarujący uzyskanie do swojej dyspozycji stosownych zasobów musi udowodnić Zamawiającemu, że jest rzeczywiście zdolny do realizacji zamówienia. Ciężar dowodu na tę okoliczność spoczywa na wykonawcy, który może przekonać zamawiającego za pomocą jakiegokolwiek dokumentu, np. przedstawiając w tym celu stosowne zobowiązanie innych podmiotów. Cytowany przepis dyrektywy 2004/18/WE, pokrywający się z treścią art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, uprawnia wykonawcę do wyboru dowodu na okoliczność wykazania zamawiającemu, że będzie dysponował niezbędnymi zasobami.

Jednym z dowodów, którymi może się posłużyć wykonawca, jest „stosowne zobowiązanie innych podmiotów”. Przedmiotowy dokument powinien zawierać zobowiązanie innego podmiotu do oddania do dyspozycji określonych zasobów na czas wykonania świadczenia. Niewątpliwie takie zobowiązanie musi mieć charakter prawnie wiążącego, chociaż nie musi przybrać formy definitywnej umowy. Podobnie jak polskie tłumaczenie dyrektywy 2004/18/WE inne wersje językowe posługują się sformułowaniem, które można tłumaczyć właśnie jako „zobowiązanie” lub „przrzeczenie” i jakkolwiek owe „zobowiązanie” lub „przrzeczenie” musi być prawnie doniosłe na gruncie właściwego porządku prawnego, to jednak jego charakter prawny (umowa, jednostronna czynność prawna itp.) może być zróżnicowany w zależności od specyfiki danego reżimu krajowego

Analizując „element świadczenia” to w polskim piśmiennictwie świadczenie ujmowane jest jako zachowanie się dłużnika zgodne z treścią zobowiązania i czyniące zadość interesowi wierzyciela. Na czym w analizowanym przypadku polega zachowanie się dłużnika będące świadczeniem, w sposób ogólny określa norma art. 26 ust. 2b zdanie 2 ustawy Pzp. Stosownie do niej świadczenie ma polegać na „oddaniu do dyspozycji [wykonawcy] niezbędnych [do realizacji zamówienia] zasobów”. Tak oznaczone świadczenie dłużnika

srowadza się nie tylko do samego działania, polegającego na „oddaniu do dyspozycji”, lecz z zachowaniem się dłużnika związany jest przedmiot świadczenia, ogólnie określony przez ustawodawcę jako „niezbędne zasoby”.

Określenie świadczenia, jako polegającego na oddaniu do dyspozycji niezbędnych zasobów, nie jest zbyt precyzyjne. Nie pozwala na przedstawienie całej złożoności stosunku zobowiązaniowego, którego źródłem jest „pisemne zobowiązanie”, o którym mowa w art. 26 ust. 2b zdanie 2 ustawy Pzp. Nie opisuje konkretnych zachowań, które powinien podjąć dłużnik, aby zaspokoić interes wierzyciela.

Odwołujący wskazał, że wyróżnić możemy dwa typy oddania zasobów do dyspozycji. Pierwszy typ to oddanie niezbędnych zasobów wraz z osobami, które realizują zamówienie lub jego część pod kierownictwem podmiotu oddającego zasoby, podlegając jedynie kontroli wykonawcy. Sytuację taką zwykło się określać mianem podwykonawstwa. Ponieważ podwykonawca nie oddaje zasobów bezpośrednio wykonawcy, tylko przy ich pomocy samodzielnie realizuje zamówienie, można w tym wypadku mówić o „pośrednim oddaniu zasobów do dyspozycji”. Drugi typ to oddanie zasobów bez osób, względnie wraz z osobami, które pozostają pod kierownictwem wykonawcy. Dla drugiego typu trudno wskazać odpowiednią nazwę. Dla celów podziału będziemy określać go jako „bezpośrednie oddanie zasobów do dyspozycji”. To co różnicuje oba typy, to kryterium stopnia zaangażowania podmiotu oddającego zasoby w realizację zamówienia. W pierwszym przypadku bierze on osobisty, aktywny udział w wykonaniu zamówienia. W drugim jego udział jest wyłącznie pośredni i ogranicza się do biernego oddania zasobów do dyspozycji wykonawcy. To kryterium podziału ma istotne znaczenie przy ocenie, czy i w jakim zakresie wykonawca może polegać na zdolnościach innych podmiotów mając do dyspozycji określone zasoby tych podmiotów jednak z punktu widzenia przedmiotowego postępowania Zamawiający nie określił „typu” oddania zasobów do dyspozycji i Odwołujący załączając zobowiązania podmiotów zgodnie z art. 26 ust. 2b spełnił wszystkie wymagania ustawy Pzp i ogłoszenia o zamówieniu. Zamawiający winien uznać wszystkie dokumenty załączone do wniosku a w szczególności referencje podmiotów oddających swoje zasoby do dyspozycji Odwołującego.

Odwołujący wskazał, że dokonując analizy udostępnionych przez Zamawiającego wniosków innych Wykonawców ubiegających się o przedmiotowe zamówienie Odwołujący odniósł nieodparte wrażenie, że Zamawiający dokonując ich oceny przeoczył istotny fakt naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 3 ustawy Pzp co bezspornie narusza art. 7 ust. 1-3 ustawy Pzp. Zdaniem Odwołującego wnioski Wykonawców:

- a) ORTI Byliński Sp. K. z Lublina;
- b) Ente Sp. z o.o. z Gliwic;
- c) Techelon Sp. z o.o. z Warszawy;



- d) Kabit Sp. z o.o. z Warszawy;
- e) Webtradecenter Sp. z o.o. z Warszawy i
- f) Sferis Sp. z o.o. z Warszawy

są tożsame i opierają się na wymianie zobowiązań do oddania wiedzy i doświadczenia kilkunastu firm między sobą. Takie działanie zdaniem Odwołującego rażąco ogranicza zachowanie w przedmiotowym postępowaniu uczciwej konkurencji, gdyż w konsekwencji wyboru ww. Wykonawców do składania ofert nie można oczekiwać ofert konkurencyjnych.

Zdaniem Odwołującego w celu zachowania zgodności postępowania z przepisami prawa Zamawiający winien rzetelnie i dogłębnie przeanalizować powiązania pomiędzy podmiotami udostępniającymi własne zasoby kilku wykonawcom jednocześnie.

W związku z faktem, iż działanie Zamawiającego polegające na wykluczeniu Odwołującego z postępowania naruszyło w sposób bezsporny jego interes prawny a przy uwzględnieniu zarzutów o naruszenie zasad określonych w ustawie Pzp, których naruszenie Odwołujący wskazał na wstępie odwołania, uniemożliwiło Odwołującemu dalszy udział w postępowaniu jak też złożenie oferty, która w efekcie końcowym mogła być uznana za najkorzystniejszą

W dniu **15.07.2010** r. wykonawcy **ORTI Byliński Spółka komandytowa, ul. Bohaterów Monte Cassino 53, 20-705 Lublin** zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

W dniu **15.07.2010** r. wykonawca **Konsorcjum: INCOM S.A., ul. Mokronoska 6, 52-407 Wrocław; INTEGRIT Spółka z o.o., ul. Mokronoska 6, 52-407 Wrocław oraz ITSUMI S.A., ul. Mokronoska 6, 52-407 Wrocław** zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

W dniu **16.07.2010** r. wykonawca **ENTE Spółka z o.o., ul. Gaudiego 7, 44-100 Gliwice** zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

W dniu **16.07.2010** r. wykonawca **KABIT Spółka z o.o., ul. Okrężna 56, 02-925 Warszawa** zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego;

W dniu **16.07.2010** r. wykonawca **SFERIS Spółka z o.o., ul. Dolna 15, 00-773 Warszawa** zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

## KIO 1454/10

W dniu **01.07.2010 r.** Zamawiający poinformował Odwołującego o ocenie wniosków i wykluczeniu go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. Jako podstawę faktyczną Zamawiający podał brak wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. W uzasadnieniu Zamawiający podał, że każdy z wykonawców wraz z ofertą winien złożyć w celu potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia aktualną informację z KRK w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp. Zamawiający podniósł, iż pismem z dnia 14.05.2010 r. na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wezwał wykonawcę do złożenia m. in. ww. dokumentu z widocznym odbiciem pieczęci o figurowaniu bądź nie figurowaniu w rejestrze karnym. Wykonawca nie złożył ww. dokumentu.

W dniu **12.07.2010 r.** Odwołujący – LUMENA S.A., ul. Reja 6, 02-053 Warszawa wniósł do Prezesa KIO odwołanie dotyczące czynności dokonanej przez Zamawiającego polegającego na wykluczeniu Odwołującego się z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający swoim postępowaniem naruszył art. 24 ust. 2 pkt 4 w związku z art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał, że pismem z dnia 14 maja 2010 r. (znak 993200/370/IN-460/10) Zamawiający wezwał w trybie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do dostarczenia informacji z Krajowego Rejestru Karnego (KRK) dla potwierdzenia spełnienia przez Odwołującego warunku nie podlegania wykluczeniu z przedmiotowego postępowania na zasadzie przepisów art. 24 ust. 1 pkt 4-9 Ustawy.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z treścią ogłoszenia Zamawiającego, we wniosku z dnia 8 kwietnia 2010 r., przesłał kopie informacji z Krajowego Rejestru Karnego z dnia 22 grudnia 2009 r. ze stemplem „NIE FIGURUJE”, a dotyczących osób fizycznych zarządzających Lumena S.A., tj. Tadeusza B. i Anny K., oraz Odwołującego się - osoby prawnej Lumena S.A.

W opinii Zamawiającego stemple informujące o nie figurowaniu w rejestrze KRK na ww. dokumentach (informacjach z KRK) nie były dość czytelne i z tego powodu Zamawiający wezwał Odwołującego się do ich ponownego złożenia.

W związku z powyższym Odwołujący ponownie zweryfikował czytelność przesłanych kopii informacji z KRK i stwierdził, że o ile czytelność stempli o treści „NIE FIGURUJE” znajdujących się na informacjach dotyczących członków zarządu Lumena S.A., tj. Tadeusza

B. i Anny K., może budzić pewną wątpliwość, to już w przypadku informacji dotyczącej Lumena S.A. takich wątpliwości być nie może. Na dowód powyższego wraz z odwołaniem dołączył kopię informacji z Krajowego Rejestru Karnego z dnia 22 grudnia 2009 r. dotyczącej Lumena S.A., która została przesłana wraz z wnioskiem do Zamawiającego.

Natomiast czyniąc zadość wezwaniu Zamawiającego z dnia 14 maja 2010 r. Odwołujący wraz z pismem z dnia 20 maja 2010 r. przesłał na adres Zamawiającego bardziej czytelne kopie informacji z KRK dotyczące wspomnianych osób fizycznych.

Zdaniem Odwołującego pomijając względy natury subiektywnej odnośnie czytelności danego dokumentu, to należy bezspornie zauważyć i podkreślić, że informacja z KRK odnośnie Lumena S.A. była dołączona do wniosku, a w związku ze złożeniem przez Odwołującego się oświadczenia z dnia 8 kwietnia 2010 r. o braku podstaw do wykluczenia z postępowania, w tym z art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp (str. 11 i 12 wniosku) nie miałyby żadnego racjonalnego uzasadnienia składanie przez Odwołującego się w przedmiotowym postępowaniu innej informacji z KRK niż z adnotacją „NIE FIGURUJE”. Tym bardziej, że załączane informacje z KRK mają potwierdzać prawdziwość składanych wcześniej oświadczeń.

Mając powyższe na uwadze Odwołujący stwierdza, że Zamawiający podjął decyzję sprzeczną z przepisami ustawy Pzp, poprzez nie uwzględnienie złożonej we wniosku informacji z KRK dotyczącej Lumena S.A., co w konsekwencji pozbawia Odwołującego się możliwości udziału w dalszym etapie przedmiotowego postępowania.

W dniu **15.07.2010** r. wykonawcy **ORTI Byliński Spółka komandytowa, ul. Bohaterów Monte Cassino 53, 20-705 Lublin** zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

W dniu **15.07.2010** r. wykonawca **Konsorcjum: INCOM S.A., ul. Mokronoska 6, 52-407 Wrocław; INTEGRIT Spółka z o.o., ul. Mokronoska 6, 52-407 Wrocław oraz ITSUMI S.A., ul. Mokronoska 6, 52-407 Wrocław** zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

W dniu **16.07.2010** r. wykonawca **ENTE Spółka z o.o., ul. Gaudiego 7, 44-100 Gliwice** zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

W dniu **16.07.2010** r. wykonawca **KABIT Spółka z o.o., ul. Okrężna 56, 02-925 Warszawa** zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

W dniu **16.07.2010** r. wykonawca **SFERIS Spółka z o.o., ul. Dolna 15, 00-773 Warszawa** zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Izba ustaliła, że podstawą wniesienia odwołania o sygn. akt KIO 1452/10 była czynność Zamawiającego polegająca na wykluczeniu z postępowania wykonawcy SYSTEMICS POLAND Spółka z o.o., ul. Bokserska 66, 02-690 Warszawa na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp wobec nie wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Izba ustaliła, że podstawą wniesienia odwołania o sygn. akt KIO 1453/10 była czynność Zamawiającego polegająca na uznaniu wykonawcy PC FACTORY S.A., ul. Osmańska 11, 02-823 Warszawa za wykluczonego z postępowania w wyniku przeprowadzenia kwalifikacji punktowej wniosków.

Izba ustaliła, że podstawą wniesienia odwołania o sygn. akt KIO 1454/10 była czynność Zamawiającego polegająca na wykluczeniu z postępowania wykonawcy LUMENA S.A., ul. Reja 6, 02-053 Warszawa na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp wobec nie wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu.

**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, wnioskami złożonymi w postępowaniu przez Odwoływających, jak również po zapoznaniu się z każdym z odwołań, stanowisk Przystępujących 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. Jednocześnie 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 wykluczenia poszczególnych Odwołujących z postępowania, unieważnienia czynności oceny i badania złożonych w postępowaniu wniosków oraz nakazania powtórzenia czynności oceny, badania i kwalifikacji punktowej wniosków Odwołujący mają szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Odwołania, wobec nie stwierdzenia braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez odwołujących, tj. SYSTEMICS POLAND Spółka z o.o.; PC FACTORY S.A. oraz LUMENA S.A. wpisów, podlegają rozpoznaniu.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, iż do postępowania wywołanego odwołaniem SYSTEMICS POLAND Spółka z o.o. (KIO/1452/10) skutecznie przystąpili po stronie zamawiającego działając na podstawie art. 185 ust. 2 ustawy wykonawcy ORTI Byliński Spółka komandytowa; Konsorcjum: INCOM S.A., INTEGRIT Spółka z o.o. oraz ITSUMI S.A.; ENTE Spółka z o.o.; KABIT Spółka z o.o. oraz SFERIS Spółka z o.o.

Zostało także stwierdzone, że do postępowania wywołanego odwołaniem PC FACTORY S.A. (KIO/1453/10) skutecznie przystąpili po stronie zamawiającego działając na podstawie art. 185 ust. 2 ustawy Pzp wykonawcy ORTI Byliński Spółka komandytowa; Konsorcjum: INCOM S.A., INTEGRIT Spółka z o.o. oraz ITSUMI S.A.; ENTE Spółka z o.o.; KABIT Spółka z o.o. oraz SFERIS Spółka z o.o.

Natomiast do postępowania wywołanego odwołaniem LUMENA S.A. (KIO/1454/10) skutecznie przystąpili po stronie zamawiającego działając na podstawie art. 185 ust. 2 ustawy wykonawcy ORTI Byliński Spółka komandytowa; Konsorcjum: INCOM S.A., INTEGRIT Spółka z o.o. oraz ITSUMI S.A.; ENTE Spółka z o.o.; KABIT Spółka z o.o. oraz SFERIS Spółka z o.o.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności z treści wniosków złożonych w postępowaniu przez Odwołujących się wykonawców, treści ogłoszenia o zamówieniu, korespondencji prowadzonej w toku postępowania pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego oraz ze stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w trakcie rozprawy.

W odniesieniu do stanu faktycznego będącego przedmiotem niniejszego rozstrzygnięcia Izba jako zasadniczy dowód uznała dokumentację przedmiotowego postępowania w postaci wniosków złożonych w postępowaniu przez Odwołujących się wykonawców, treści ogłoszenia o zamówieniu, korespondencji prowadzonej w toku postępowania pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego oraz ze stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w trakcie rozprawy.

#### **KIO 1452/10**

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu o sygn. akt KIO 1452/10 skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

I. W odniesieniu do zarzutu dotyczącego naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 w związku z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp wskutek wykluczenia z postępowania wykonawcy SYSTEMICS POLAND Spółka z o.o. Izba uznała, iż zasługuje on na uwzględnienie.

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

Po pierwsze Izba ustaliła, że Zamawiający w treści ogłoszenia o zamówieniu określił, w zakresie ograniczenia liczby wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert, że przewidywana liczba wykonawców wynosi 5. Następnie określił, iż: „Zamawiający spośród Wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu wyłoni 5 Wykonawców, którzy dostarczyli w ciągu ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres działalności jest krótszy – w tym okresie, największą ilość stacjonarnych komputerów z monitorami i minimum 2-letnią gwarancją. Zamawiający będzie sumował łączną ilość dostarczonych komputerów stacjonarnych razem z monitorem, z wykazanych należycie dostaw na minimum 1000 sztuk

każda. Zamawiający przeliczy ogólną liczbę dostarczonych komputerów stacjonarnych razem z monitorem na liczbę punktów, stosując zasadę: 1 sztuka dostarczonego komputera stacjonarnego razem z monitorem stanowi 1 punkt. Do złożenia ofert Zamawiający zaprosi 5 Wykonawców, którzy otrzymali najwyższą liczbę punktów (...)

Po drugie Izba w odniesieniu do powyższego zarzutu ustaliła, iż wykonawca SYSTEMICS POLAND Spółka z o.o. celem wykazania, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, doprecyzowane przez Zamawiającego w treści ogłoszenia, w zakresie wymaganej wiedzy i doświadczenia polega na wiedzy i doświadczeniu innych podmiotów. W powyższym zakresie Odwołujący w złożonym przez siebie wniosku przedłożył oświadczenia FUJITSU TECHNOLOGY SOLUTIONS GmbH z siedzibą w Monachium oraz FUJITSU TECHNOLOGY SOLUTIONS Spółka z o.o. z siedzibą w Warszawie zawierające zobowiązania powyższych podmiotów udzielone na podstawie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp do udostępnienia na rzecz SYSTEMICS POLAND Spółka z o.o. zasobów niezbędnych do realizacji przedmiotowego zamówienia w zakresie wiedzy, doświadczenia, potencjału technicznego oraz osób zdolnych do wykonania zamówienia 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.

Zamawiający pismem z dnia 14.05.2010 r. wezwał Odwołującego na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień i wykazania, czy podmioty wskazane we wniosku, tj. FUJITSU TECHNOLOGY SOLUTIONS GmbH z siedzibą w Monachium oraz FUJITSU TECHNOLOGY SOLUTIONS Spółka z o.o. z siedzibą w Warszawie w przypadku uzyskania przedmiotowego zamówienia będą podwykonawcami w tym zamówieniu.

Odwołujący w odniesieniu do powyższego wezwania wskazał w piśmie z dnia 25.05.2010 r. m. in., że prośba Zamawiającego nie wskazuje podstawy prawnej do żądania na etapie oceny złożonych wniosków o dopuszczenie do udziału w przetargu ograniczonym dodatkowych oświadczeń niż wynikające z treści ogłoszenia o zamówieniu lub z przepisów prawa. Odwołujący wskazał ponadto, iż nie została przez Zamawiającego uzasadniona potrzeba wyjaśniania charakteru prawnego stosunków łączących z podmiotem, na którego wiedzy i doświadczeniu Odwołujący polega (art. 26 ust. 2b zdanie pierwsze ustawy Pzp).

Zamawiający pismem z dnia 15.06.2010 r. wezwał Odwołującego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia. Zamawiający wskazał, iż nie może uznać dostaw zrealizowanych przez podmioty wskazane we wniosku Odwołującego, które zobowiązały się do oddania do dyspozycji zasobów niezbędnych do realizacji przedmiotu zamówienia, gdyż z wyjaśnień wykonawcy nie wynika, że podmioty te będą podwykonawcami w przedmiotowym zamówieniu.

Odwołujący w odpowiedzi na powyższe wezwanie nie złożył żądanych przez Zamawiającego dokumentów nie zgadzając się z żądaniem Zamawiającego wyrażonym w piśmie z dnia 15.06.2010 r.

W dniu 01.07.2010 r. Zamawiający pismem z dnia 30.06.2010 r. poinformował Odwołującego o wykluczeniu go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. W uzasadnieniu faktycznym Zamawiający wskazał, że wykonawca nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający wskazał ponadto, iż nie uznał dostaw zrealizowanych przez firmy, dla których nie ma potwierdzenia, że będą pełnić funkcję podwykonawcy w realizacji zamówienia.

Na powyższą czynność Odwołujący wniósł w dniu 12.07.2010 r. odwołanie.

Zasadniczym elementem sporu w ramach przedmiotowego odwołania jest wykładnia art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. W tym zakresie istotną rolę pełni odmienne rozumienie przez Zamawiającego i Odwołującego istoty charakteru prawnego stosunku wykonawcy i podmiotu, na którego wiedzy, doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych wykonawca ten będzie polegał.

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 zamówienia.

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.

Istotne znaczenie w kwestii oceny skuteczności takiego zobowiązania na etapie badania przez zamawiającego spełnienia warunków udziału w postępowaniu w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ma użycie w art. 26 ust. 2b zdanie drugie ustawy Pzp zwrotu „(...) będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia



(...)”. Użycie w tym wypadku przez ustawodawcę trybu przypuszczającego wskazuje, iż do faktycznej możliwości rozporządzania udostępnianymi przez inny podmiot zasobami ma dojść dopiero na etapie wykonania zamówienia.

Tym samym na etapie ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego poza formalnym przyrzeczeniem oddania do dyspozycji niezbędnych do realizacji przedmiotu zamówienia zasobów, zawartym w oświadczeniu lub innego rodzaju pisemnej deklaracji, brak jest konieczności wykazania przez wykonawcę, iż już na tym etapie dysponuje on faktycznie tymi zasobami w sposób zapewniający jego zdolność realizacji zamówienia. Wszakże istotą instytucji uregulowanej w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp jest rozszerzenie kręgu podmiotów spełniających warunki udziału w postępowaniu, bez konieczności zaciągania przez te podmioty już na etapie ubiegania się o zamówienia publiczne wiążących zobowiązań. Dopiero wybór oferty najkorzystniejszej i zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego powodują, iż zachodzi konieczność zapewnienia przez podmiot, któremu udzielono zamówienia, realnej zdolności do realizacji przedmiotu zamówienia. Tym samym biorąc pod uwagę tryb postępowania (przetarg ograniczony) oraz jego etap (czynności oceny wniosków) żądanie przez Zamawiającego złożenia deklaracji dotyczącej roli podmiotów udostępniających swoją wiedzę i doświadczenie w realizacji przedmiotu zamówienia, a w szczególności określenie, iż będą oni podwykonawcami Izba uznała za przedwczesne i pozbawione podstawy prawnej.

Ponadto trudno jest uznać za skuteczne i wiążące deklarowanie przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia zakresu przyszłej współpracy w imieniu podmiotu udostępniającego swoje zasoby. Tego rodzaju deklaracja nie byłaby wiążąca, gdyż Odwołujący nie został umocowany do działania w imieniu i na rzecz podmiotów FUJITSU TECHNOLOGY SOLUTIONS GmbH z siedzibą w Monachium oraz FUJITSU TECHNOLOGY SOLUTIONS Spółka z o.o. z siedzibą w Warszawie.

Izba stoi na stanowisku, iż dla dopuszczalności zastosowania art. 26 ust. 2b ustawy Pzp nie jest konieczne, aby podmiot udostępniający swojego doświadczenia na zasadach określonych tym przepisem, uczestniczył w realizacji zamówienia jako podwykonawca. Z dyspozycji normy prawnej wyrażonej w powyższym przepisie nie wynika, że podmiot trzeci będzie miał obowiązek w takiej sytuacji osobiście wykonywać całość, bądź określoną część zamówienia jako podwykonawca. Oddanie do dyspozycji przez podmiot trzeci wymienionych w przepisie art. 26 ust. 2 b ustawy Pzp zasobów, gdy dotyczy doświadczenia, łączy się z zasady z koniecznością uczestniczenia tego podmiotu w realizacji zamówienia. Uczestnictwo to jednak może mieć dowolną, dozwoloną prawem formę (np. podwykonawstwo, doradztwo, konsultacje). Jednakże nie trudno sobie wyobrazić sytuację, w której w pewnego rodzaju okolicznościach wystarczającym do udostępnienia wiedzy i doświadczenia jest udostępnienie na okres realizacji zamówienia pewnych

elementów przedsiębiorstwa. Biorąc pod uwagę fakt, iż zasadniczym nośnikiem wiedzy i doświadczenia jest kadra (kierownicza lub podstawowa) – czyli personel danego podmiotu, powyższe może ograniczać się jedynie do jego udostępnienia. Nie jest to jedyny „nośnik” wiedzy i doświadczenia. Wiedza i doświadczenie mogą być przenoszone wraz z przenoszeniem praw do korzystania m. in. z patentów, wzorów przemysłowych, know-how, schematów technologicznych urządzeń, dokumentów zawierających opis procesów technologicznych, dokumentacji serwisowej, programów komputerowych, topografii układów scalonych lub systemów zarządzania jakością. Wiedzę i nabyte w drodze empirycznej doświadczenie można wszakże przekazać i udostępnić poprzez zbycie samej dokumentacji opisującej pewne procesy technologiczne, chemiczne, jak również poprzez zbycie lub udostępnienie zastrzeżonej dokumentacji serwisowej, technicznej lub samych danych serwisowych (danych regulacyjnych, parametrów krytycznych pracy urządzenia, składu ilościowego i jakościowego jego poszczególnych elementów, tolerancji pasowania współpracujących podzespołów). Brak powyższych danych uniemożliwia zazwyczaj realizację określonych czynności (serwisowych, konserwacyjnych) praktycznie każdemu podmiotowi, zaś ich udostępnienie otwiera tę drogę niemalże każdemu podmiotowi prowadzącemu działalność w danej branży. Izba nie podziela tym samym poglądu, iż wiedza i doświadczenie są elementami tak ściśle związanymi z danym podmiotem, że nie mogą być one przedmiotem obrotu, zbycia – stanowią więc one elementy nieprzenoszalne i niezbywalne. Wszakże w trakcie typowego procesu edukacyjnego (szkolenia, wykłady, prelekcje, warsztaty naukowe) dochodzi do przyswojenia przez osoby uczestniczące w tym procesie wiedzy i doświadczenia, którym dysponuje wykładowca.

Brak konieczności uczestniczenia podmiotu udostępniającego swoje zasoby w realizacji przedmiotu zamówienia potwierdza również treść § 1 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2009 r. Nr 226, poz. 1817), który stanowi, że: „Jeżeli wykonawca, wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, zamawiający może żądać od wykonawcy przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów wymienionych w § 2”. Wykładnia literalna powyższego przepisu wskazuje, iż ustawodawca nie zawsze wiąże konieczność udziału podmiotów trzecich w realizacji zamówienia z udostępnieniem przez te podmioty swoich zasobów wykonawcy w ramach postępowania udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp.

Izba wyraża opinię, iż podstawą działania zarówno zamawiającego, jak i wykonawców, są obowiązujące przepisy prawa. Przywołana w treści uzasadnienia

wykluczenia Odwołującego z postępowania opinia nie stanowi więc dowodu, co do treści prawa, lecz zawiera jego niewiążącą interpretację. Izba uwzględniając treść art. 26 ust. 2 b ustawy Pzp stwierdziła, iż zastosowanie tego przepisu nie jest ograniczone do sytuacji, gdy wykonawca zna na etapie ubiegania się o zamówienie publiczne formę współpracy z podmiotem, na którego zasobach polega. Takie rozumienie przywołanego przepisu stałoby w sprzeczności z jego literalnym brzmieniem, prowadzić by także mogło w konsekwencji to sytuacji, w której zatarłoby ono różnicę pomiędzy wykonawcą samodzielnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia publicznego i jedynie korzystającym z możliwości, jakie daje art. 26 ust. 2b ustawy Pzp a wykonawcami wspólnie ubiegającymi się o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 23 ust. 1 ustawy Pzp.

Zawarty w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp przykładowy sposób udowodnienia i wykazania, iż wykonawca będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia oparty został w szczególności na pisemnym zobowiązaniu tych podmiotów do oddania wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. Wskazane jako przykładowe oświadczenie ma za zadanie potwierdzić istnienie relacji pomiędzy podmiotem udostępniającym swoje zasoby a wykonawcą polegającym na udostępnionych zasobach w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. Tym samym każdy dokument, który w sposób niezbity potwierdza istnienie zobowiązania podmiotu trzeciego do udostępnienia w przyszłości swoich zasobów celem wykorzystania ich do realizacji przedmiotu zamówienia należy uznać za wystarczający.

Zdaniem Izby nie ulega wątpliwości, iż oświadczenia FUJITSU TECHNOLOGY SOLUTIONS GmbH z siedzibą w Monachium oraz FUJITSU TECHNOLOGY SOLUTIONS Spółka z o.o. z siedzibą w Warszawie zawarte we wniosku Odwołującego spełniają minimalne wymagania określone w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Ponadto oświadczenia te, wbrew twierdzeniom Zamawiającego przedstawionym w toku rozprawy, w swojej treści zawierają oświadczenie, iż przedmiotem udostępnienia będą „niezbędne” zasoby. Tym samym ich literalna treść odnosi się do treści art. 26 ust. 2 b ustawy Pzp.

Powyższe wskazuje, zdaniem Izby, iż w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego doszło do naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 w związku art. 26 ust. 2b ustawy Pzp poprzez bezprawne wykluczenie przez Zamawiającego Odwołującego z udziału w postępowaniu.

**II.** W odniesieniu do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp Izba wskazuje, iż w każdym wypadku bezpodstawnego wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu dochodzi do naruszenia naczelných zasad udzielania zamówień. Izba wskazuje, iż do powyższego dochodzi także w każdym wypadku bezprawnego

różnicowania sytuacji wykonawców w zbliżonych okolicznościach, w szczególności skutkującego wykluczeniem lub uznaniem wykonawcy za wykluczonego z udziału w postępowaniu. Wykonawcy opierający się na zasobach innych podmiotów nie mogą być z tego powodu dyskryminowani w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wobec powyższego Izba uznała, iż wobec stwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp doszło w związku z powyższym w konsekwencji do naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp.

**III.** W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 51 ust. 1a ustawy Pzp Izba wskazuje, iż powyższy przepis wskazuje termin oraz podmioty, które winny zostać poinformowane przez Zamawiającego o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i otrzymanych ocenach spełniania tych warunków. W tym zakresie Odwołujący nie udowodnił, iż Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu nie uczynił zadość niezwłocznego poinformowania wykonawców o wskazanych w powyższym przepisie czynnościach, jak również nie wykazał, iż nie wszyscy wykonawcy zostali o tychże czynnościach poinformowani przez Zamawiającego. Wobec powyższego Izba uznała, iż nie doszło w przedmiotowym postępowaniu do naruszenia art. 51 ust. 1a ustawy Pzp.

**IV.** Odwołujący w treści odwołania wskazał również na naruszenie przez Zamawiającego art. 48 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. Izba wskazuje, iż ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych nie zawiera wskazanego przez Odwołującego przepisu. Wobec powyższego Izba pozostawiła powyższy zarzut bez rozpoznania.

**V.** Odwołujący w treści odwołania wskazał również na naruszenie przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp. Czynność stanowiąca podstawę faktyczną powyższego zarzutu została dokonana przez Zamawiającego w dniu 17.05.2010 r. (pismo z dnia 14.05.2010 r. zawierające wezwanie Odwołującego do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp) oraz w dniu 16.06.2010 r. (pismo z dnia 15.06.2010 r. zawierające wezwanie Odwołującego do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp). Tym samym Izba uznała powyższy zarzut za spóźniony, gdyż terminie na wniesienie środków ochrony prawnej wobec powyższych czynności nie został przez Odwołującego dochowany.

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 zasadności naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 26 ust. 2b oraz art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp ze względu na bezpodstawne wykluczenie wykonawcy SYSTEMICS POLAND Spółka z o.o. powoduje, 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 1452/10 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.

#### **KIO 1453/10**

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu o sygn. akt KIO 1453/10 skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

I. W odniesieniu do zarzutu dotyczącego naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust. 2b ustawy Pzp wskutek błędnej oceny wniosku Odwołującego i przyznanie mniejszej ilości punktów, a w konsekwencji uznania Odwołującego za wykluczonego z postępowania Izba uznała, iż zasługuje on na uwzględnienie.

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

Po pierwsze Izba ustaliła, że Zamawiający w treści ogłoszenia o zamówieniu określił, w zakresie ograniczenia liczby wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert, że przewidywana liczba wykonawców wynosi 5. Następnie określił, iż: „Zamawiający spośród Wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu wyłoni 5 Wykonawców, którzy dostarczyli w ciągu ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres działalności jest krótszy – w tym okresie, największą ilość stacjonarnych komputerów z monitorami i minimum 2-letnią

gwarancją. Zamawiający będzie sumował łączną ilość dostarczonych komputerów stacjonarnych razem z monitorem, z wykazanych należycie dostaw na minimum 1000 sztuk każda. Zamawiający przeliczy ogólną liczbę dostarczonych komputerów stacjonarnych razem z monitorem na liczbę punktów, stosując zasadę: 1 sztuka dostarczonego komputera stacjonarnego razem z monitorem stanowi 1 punkt. Do złożenia ofert Zamawiający zaprosi 5 Wykonawców, którzy otrzymali najwyższą liczbę punktów (...)

Po drugie Izba w odniesieniu do powyższego zarzutu ustaliła, iż wykonawca PC FACTORY S.A. celem wykazania, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, doprecyzowanego przez Zamawiającego w treści ogłoszenia, w zakresie wymaganej wiedzy i doświadczenia polega na wiedzy i doświadczeniu innych podmiotów. W powyższym zakresie Odwołujący w złożonym przez siebie wniosku przedłożył oświadczenia FUJITSU TECHNOLOGY SOLUTIONS GmbH z siedzibą w Monachium oraz ZSK Spółka z o.o. z siedzibą w Krakowie zawierające zobowiązania powyższych podmiotów udzielone na podstawie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp do udostępnienia na rzecz PC FACTORY S.A. niezbędnych zasobów do realizacji przedmiotowego zamówienia w zakresie wiedzy, doświadczenia, potencjału technicznego, sytuacji ekonomicznej i finansowej oraz osób zdolnych do wykonania zamówienia w ramach przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wraz z wnioskiem został zawarty również wykaz zrealizowanych przez te podmioty dostaw wraz z dokumentami potwierdzającymi, że dostawy te zostały wykonane w sposób należyty.

Zamawiający pismem z dnia 14.05.2010 r. wezwał Odwołującego na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień i wykazania, czy podmioty wskazane we wniosku, tj. FUJITSU TECHNOLOGY SOLUTIONS GmbH z siedzibą w Monachium oraz ZSK Spółka z o.o. z siedzibą w Krakowie w przypadku uzyskania przedmiotowego zamówienia będą podwykonawcami w tym zamówieniu.

Odwołujący w odniesieniu do powyższego wezwania wskazał w piśmie z dnia 20.05.2010 r. m. in., że podmioty wskazane w zapytaniu zobowiązały udostępnić swoje zasoby, z których wykonawca zamierza skorzystać w celu wykonania zamówienia. Odwołujący wskazał ponadto, iż na etapie składania wniosku, bez znajomości szczegółowych wymagań zamówienia nie jest przesądzony zakres i charakter prawny, jaki będą miały stosunki pomiędzy PC FACTORY S.A. a FUJITSU TECHNOLOGY SOLUTIONS GmbH z siedzibą w Monachium oraz ZSK Spółka z o.o. z siedzibą w Krakowie.

W dniu 01.07.2010 r. Zamawiający pismem z dnia 30.06.2010 r. poinformował Odwołującego o otrzymanej punktacji w ramach oceny wniosków. Wniosek wykonawcy PC FACTORY S.A. otrzymał łącznie 133.875 punktów zajmując w rankingu VIII miejsce.

Na powyższą czynność Odwołujący wniósł w dniu 12.07.2010 r. odwołanie. Odwołujący nie zgodził się z decyzją Zamawiającego wskazując w szczególności, iż

Zamawiający nie uznał do punktacji pozycji 4-6 i 31-35 zawartych w wykazach zrealizowanych dostaw.

W związku z oświadczeniem złożonym przez Zamawiającego w toku rozprawy, że podtrzymuje on w całej rozciągłości swoją argumentację podniesioną w ramach odwołania o sygn. akt KIO 1452/10 Izba wskazuje, iż w zakresie niniejszego odwołania uzasadnienie w zakresie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp i w konsekwencji wobec uznania Odwołującego za wykluczonego z przedmiotowego postępowania wskutek nie uznania do oceny wniosków dostaw zrealizowanych przez podmioty udostępniające swoje zasoby jest tożsame jak w odwołaniu o sygn. akt KIO 1452/10.

Jednakże w odniesieniu do nowego argumentu podniesionego przez Zamawiającego dotyczącego bezskuteczności oświadczenia złożonego przez FUJITSU TECHNOLOGY SOLUTIONS GmbH z siedzibą w Monachium ze względu na właściwość prawa niemieckiego Izba wskazuje, co następuje.

Izba nie podziela przedstawionej przez Zamawiającego w toku rozprawy argumentacji w zakresie zarzutu, iż złożone przez podmioty mające swoją siedzibę na terytorium Niemiec oświadczenie jest z prawnego punktu widzenia bezskuteczne, gdyż jego ocena winna być dokonana w oparciu o prawo niemieckie. Zamawiający w tym zakresie podniósł, iż ustawa z dnia 12 listopada 1965 r. Prawo prywatne międzynarodowe wskazuje, iż do czynności jednostronnych stosuje się przepisy właściwe dla miejsca złożenia oświadczenia, a więc w odniesieniu do oświadczenia FUJITSU TECHNOLOGY SOLUTIONS GmbH, ze względu na miejsce złożenia oświadczenia, które zostało dołączone do wniosku Odwołującego, zastosowanie ma prawo niemieckie. W związku z powyższym, zdaniem Zamawiającego, z § 305 niemieckiego kodeksu cywilnego (BGB) wynika, iż do wykreowania stosunku zobowiązaniowego wymagane jest zawarcia umowy, gdyż w prawie niemieckim tylko w wyjątkowych wypadkach jednostronne czynności prawne prowadzą do powstania stosunku zobowiązaniowego. Zamawiający wskazał, iż na str. 24 i 25 wniosku Odwołującego zostało zawarte jednostronne oświadczenie, które ze względu na powyższe argumenty należy uznać za prawnie bezskuteczne i należy je z tego względu pominąć.

W odniesieniu do powyższego Izba pragnie wskazać, iż zarówno na str. 24 (oryginał oświadczenia FUJITSU TECHNOLOGY SOLUTIONS GmbH), jak również na str. 25 (tłumaczenie ww. oświadczenia) znajduje się podpis pana Mariusza Ł. – pełnomocnika odwołującego się wykonawcy. Oznacza to, iż osoba uprawniona do reprezentowania Odwołującego zapoznała się z treścią powyższych oświadczeń i składając swój podpis dała temu wyraz. Jednakże zarówno kontekst i treść złożonego oświadczenia, jak również okoliczności faktyczne jego złożenia w postępowaniu, zakres argumentacji zawartej w treści odwołania podniesionej w celu obrony wniosku Odwołującego przemawiają dodatkowo za uznaniem, iż wykonawca PC FACTORY S.A. w sposób bezpośredni lub przynajmniej

konkludentny wyraził swoją wolę w zakresie akceptacji kwestionowanego przez Zamawiającego zobowiązania FUJITSU TECHNOLOGY SOLUTIONS GmbH. Ponadto z treści oświadczenia FUJITSU TECHNOLOGY SOLUTIONS GmbH wynika, iż przedmiotowe zobowiązanie zostało złożone na prośbę PC FACTORY S.A. Należy także wskazać, iż kwestionowane przez Zamawiającego oświadczenie zostało złożone wraz z wnioskiem w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w oparciu o polską ustawę Pzp. Tym samym ocena skuteczności powyższego zobowiązania oceniana jest przez Izbę i winna być oceniana przez Zamawiającego w oparciu o ustawę z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, w szczególności w oparciu o art. 26 ust. 2b przy zastosowaniu na podstawie art. 14 ww. ustawy przepisów ustawy Kodeks cywilny dotyczących oświadczeń woli. Czynności prawne związane ściśle z przedmiotowym oświadczeniem (zobowiązaniem FUJITSU TECHNOLOGY SOLUTIONS GmbH) w postaci złożenia wniosku w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zamiaru złożenia oferty i zawarcia umowy podlegają prawu polskiemu i tym samym w oparciu o przepisy krajowe należy oceniać skuteczność tego oświadczenia. Regułą jest, iż w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oświadczenia i zobowiązania składane przez podmioty zagraniczne są tak formułowane i konstruowane, aby odpowiadały wymaganiom ustawy Pzp oraz innych przepisów krajowych. Z treści oświadczenia złożonego przez FUJITSU TECHNOLOGY SOLUTIONS GmbH wynika, iż podmiot składający przedmiotowe oświadczenie posiadał wiedzę, w jakim celu dokonuje powyższej czynności. Wobec powyższego Izba nie znajduje podstaw do uznania powyższego oświadczenia za prawnie bezskuteczne.

Ponadto w odniesieniu do powyższej argumentacji Izba podziela w całej rozciągłości stanowisko Odwołującego reprezentowane na rozprawie. Odwołujący słusznie wskazał, iż inna była faktyczna podstawa wykluczenia Odwołującego z postępowania. Wskazał także, iż złożenie oświadczenia zgodnego z polską ustawą nie może zostać uznane za nieważne, gdyż charakter tego zobowiązania i złożonych przez odwołującego wyjaśnień winien być interpretowany celowościowo.

Zdaniem Izby nie ulega wątpliwości, iż oświadczenia FUJITSU TECHNOLOGY SOLUTIONS GmbH z siedzibą w Monachium oraz ZSK Spółka z o.o. z siedzibą w Krakowie zawarte we wniosku Odwołującego spełniają minimalne wymagania określone w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp.

Powyższe wskazuje, zdaniem Izby, iż w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego doszło do naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust. 2b ustawy Pzp poprzez błędną ocenę wniosku Odwołującego i przyznanie mniejszej ilości punktów, a w konsekwencji uznania Odwołującego za wykluczonego z postępowania.



II. W odniesieniu do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy Pzp Izba wskazuje, iż w każdym wypadku bezprawnego różnicowania sytuacji wykonawców w zbliżonych okolicznościach, w szczególności skutkującego wykluczeniem lub uznaniem wykonawcy za wykluczonego z udziału w postępowaniu dochodzi do naruszenia naczelnych zasad udzielania zamówień. Wykonawcy opierający się na zasobach innych podmiotów nie mogą być z tego powodu dyskryminowani w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wobec powyższego Izba uznała, iż wobec stwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, na skutek nie uwzględnienia w całości doświadczenia wykonawcy, doszło w związku z powyższym w konsekwencji do naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

III. W odniesieniu do wskazanego przez Odwołującego naruszenia art. 45 dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. Izba pragnie wskazać, iż Odwołujący nie formułuje zarzutu niewłaściwej implementacji przepisów ww. dyrektywy do krajowego porządku prawnego. W odniesieniu do art. 47 ust. 2 oraz art. 48 ust. 3 ww. dyrektywy Odwołujący w treści uzasadnienia odwołania wskazuje, iż: „Cytowany przepis dyrektywy 2004/18/WE, pokrywający się z treścią art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, uprawnia wykonawcę do wyboru dowodu na okoliczność wykazania zamawiającemu, że będzie dysponował niezbędnymi zasobami”. Oznacza to, iż w odniesieniu do powyższych przepisów brak jest również zarzutu dotyczącej nieprawidłowej implementacji. Wskazany art. 45 dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. (Podmiotowa sytuacja kandydata lub oferenta) zawiera regulacje dotyczące wykluczenia wykonawców z postępowania, które w ustawie z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych zostały implementowane art. 24 ust. 1. Jednakże Odwołujący nie formułuje w treści odwołania zarzutów dotyczących przesłanek wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 ustawy Pzp. Krajowa Izba Odwoławcza w pierwszej kolejności orzeka w zakresie naruszenia przez instytucje zamawiające przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych. Tym samym Odwołujący nie wskazał, jaki związek pomiędzy sformułowanymi w treści odwołania zarzutami ma naruszenia art. 45 ww. dyrektywy, i na czym miałyby polegać naruszeniu ww. przepisu. Z ustaleń Izby wynika, iż dodatkowo przywołane w treści uzasadnienia odwołania przepisy dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. (art. 48 ust. 3, art. 47 ust. 2) zostały wskazane celem wykazania nieprawego rozumienia i niepoprawnej wykładni przez Zamawiającego art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Są one jednakże elementami uzasadnienia odwołania, nie zaś zarzutami sformułowanymi przez Odwołującego i zostały wskazane celem wzmocnienia argumentacji Odwołującego. Wobec powyższego Izba wskazuje, iż Odwołujący nie wykazał,

iż doszło w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego do naruszenia wskazanych w treści wniesionego odwołania przepisów dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r.

**IV.** W odniesieniu do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 51 ust. 2 ustawy Pzp Izba wskazuje, że na skutek nie uwzględnienia przez Zamawiającego do punktacji pozycji 4-6 i 31-35 zawartych w wykazach zrealizowanych dostaw i w konsekwencji przyznania wnioskowi Odwołującego mniejszej ilości punktów doszło również do naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisu ustawy Pzp. W oparciu o powyższy przepis wykonawcę niezaproszonego do składania ofert traktuje się jak wykluczonego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Tym samym powyższy przepis poprzez wprowadzenie określonej fikcji prawnej należy w stosunku do Odwołującego traktować równorzędnie do przepisów regulujących wykluczenie (art. 24 ust. 1 i 2 ustawy Pzp).

**V.** W odniesieniu do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1, 2 i 3 w powiązaniu z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp poprzez nie odrzucenie wniosków złożonych przez wykonawców: ORTI Byliński Spółka komandytowa; ENTE Spółka z o.o.; TECHELON Spółka z o.o., KABIT Spółka z o.o.; WEBTRADECENTER Spółka z o.o. oraz SFERIS Spółka z o.o., gdyż działanie powyższych podmiotów godzi w zasadę uczciwej konkurencji, bowiem podmioty te działają w porozumieniu i wnioski ich są tożsame i opierają się na wymianie zobowiązań do oddania wiedzy i doświadczenia Izba uznała, iż nie zasługuje on na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, iż podziela pogląd reprezentowany przez wykonawców, którzy zgłosili przystąpienie do przedmiotowego postępowania odwoławczego (KABIT Spółka z o.o. i SFERIS Spółka z o.o.), iż Odwołujący nie udowodnił w żaden sposób podnoszonych w odwołaniu zarzutów. Ponadto Izba wskazuje, iż przywołana przez Odwołującego podstawa „odrzucenia” wniosków w postaci art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp nie ma zastosowania na tym etapie postępowania prowadzonego w trybie przetargu ograniczonego. Powyższa instytucja odrzucenia oferty nie może spowodować wyeliminowania wniosku wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W ocenie Izby Odwołujący nie wskazał także na żadne działania, które mogłyby prowadzić do wniosku, iż zachowanie któregośkolwiek ze wskazanych sześciu wykonawców stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Ponadto Izba zwraca uwagę, iż ustawa nie zobowiązuje zamawiającego do dokonywania ustaleń czy złożenie przez danego wykonawcę wniosku stanowi czyn nieuczciwej konkurencji - brak jest w tym zakresie regulacji analogicznej do tej zawartej w art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp nakazującej odrzucić ofertę, jeśli jej złożenie stanowi czyn

nieuczciwej konkurencji. Zamawiający badając i oceniając wniosek ustala na podstawie załączonych do niego dokumentów, czy wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu, nie ma natomiast podstaw prawnych, aby ocenić, czy jego złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Ustawa nie zawiera również normy, która zobowiązywałaby przepisy dotyczące przesłanek odrzucenia oferty stosować odpowiednio do wniosków. Zamawiający badając i oceniając wniosek ustala na podstawie załączonych do niego dokumentów, czy wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu, nie ma natomiast podstaw prawnych, aby ocenić, czy jego złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Zważywszy powyższą argumentację Izba nie ma kompetencji do orzekania w omawianym zakresie, co wynika wprost z wyrażonej w Konstytucji zasady legalizmu (art. 7 Konstytucji), zgodnie z którą organy władzy publicznej działają na podstawie i w granicach prawa. Oznacza to, iż organy władzy publicznej nie mogą podejmować działań bez podstawy prawnej zawartej w odpowiednich przepisach kompetencyjnych. Nie sposób natomiast znaleźć takiej podstawy w ustawie. Nie stanowi jej art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy ani art. 7, formułujący zasadę zobowiązującą zamawiającego do prowadzenia postępowania z zachowaniem uczciwej konkurencji, która jednak nie jest samodzielną podstawą do podejmowania określonych czynności, lecz stanowi dyrektywę interpretacyjną, która powinna być uwzględniana na każdym stadium postępowania. Jej konkretyzację i gwarancję stanowią poszczególne przepisy ustawy.

Powyższa argumentacja potwierdza, że zamawiający nie jest uprawniony do weryfikowania, czy złożenie wniosku wypełnia znamiona czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, czy też stanowi niedozwoloną praktykę ograniczającą konkurencję, o której mowa w ustawie z dnia z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2007, Nr 50, poz. 331). Właściwym organem w tym zakresie jest Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, który prowadzi postępowania wyjaśniające oraz antymonopolowe w sprawach praktyk ograniczających konkurencję (art. 31 w zw. z art. 47 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów). W sprawach o zapobieganie i zwalczanie nieuczciwej konkurencji w działalności gospodarczej, uregulowanych w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, przedsiębiorca, którego interes został zagrożony lub naruszony w razie dokonania czynu nieuczciwej konkurencji przysługują określone w art. 18 tej ustawy roszczenia rozpoznawane przez sąd powszechny (sąd okręgowy - art. 17 pkt 4<sup>3</sup> kpc). Kompetencje zamawiającego ograniczają się zasadniczo więc do badania, czy złożenie oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji (art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp). Zatem Izba wyraża pogląd, iż brak jest podstaw do uwzględnienia stanowiska odwołującego i zastosowania wobec wskazanych wykonawców art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp, w zakresie odwołania o sygn. akt KIO 1453/10 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 (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) w tym w szczególności § 5 ust. 2 pkt 1.

### **KIO 1454/10**

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu o sygn. akt KIO 1454/10 skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust 2 pkt 4 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp wskutek braku uzupełnienia dokumentu w zakresie przesłanki wskazanej w art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp, a w konsekwencji wykluczenia Odwołującego z postępowania, gdyż nie wykazał on spełnienia warunków udziału w postępowaniu Izba uznała, iż zasługuje on na uwzględnienie.

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

Po pierwsze Izba ustaliła, że Zamawiający w treści ogłoszenia o zamówieniu określił, iż w zakresie wykazania braku podstaw do wykluczenia żądał m. in. przedłożenia wraz z wnioskiem dokumentu w zakresie art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp, tj. informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie podmiotu zbiorowego.

Po drugie Izba w odniesieniu do powyższego zarzutu ustaliła, iż wykonawca LUMENA S.A. celem wykazania, że nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp przedłożył wraz z wnioskiem na str. 38 kopię informacji z Krajowego Rejestru Karnego z dnia 22.12.2009 r., której istotne elementy, tj. pieczęć organu wystawiającego zawierająca datę oraz wzmiankę „nie figuruje” były nieczytelne. Powyższy dokument zawierał jednak czytelną okrągłą pieczęć Ministerstwa Sprawiedliwości.

Zamawiający pismem z dnia 14.05.2010 r. wezwał Odwołującego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia wniosku w zakresie dokumentów składanych

celem potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 4 – 9 ustawy Pzp ze względu na fakt, iż dokumenty dotyczące podmiotu zbiorowego oraz poszczególnych osób (Anna K. i Tadeusz B.) opatrzone są nieczytelną pieczęcią.

Odwołujący nie uzupełnił na wezwanie informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie podmiotu zbiorowego. Powyższe zostało potwierdzone przez Odwołującego w toku rozprawy.

W dniu 01.07.2010 r. Zamawiający pismem z dnia 30.06.2010 r. poinformował Odwołującego o ocenie wniosków i wykluczeniu go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. Jako podstawę faktyczną Zamawiający podał brak wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. W uzasadnieniu Zamawiający podał, że każdy z wykonawców wraz z ofertą winien złożyć w celu potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia aktualną informację z KRK w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp. Zamawiający podniósł, iż pismem z dnia 14.05.2010 r. na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wezwał wykonawcę do złożenia m. in. ww. dokumentu z widocznym odbiciem pieczęci o figurowaniu bądź nie figurowaniu w rejestrze karnym. Wykonawca nie złożył ww. dokumentu.

Na powyższą czynność Odwołujący wniósł w dniu 12.07.2010 r. odwołanie.

W odniesieniu do powyższego zarzutu Izba wskazuje, iż załączony na str. 38 wniosku dokument w postaci informacji z Krajowego Rejestru Karnego z dnia 22.12.2009 r. zawiera nieczytelny odcisk pieczęci zawierającej datę oraz wzmiankę o nie figurowaniu w rejestrze karnym. Wbrew twierdzeniom wykonawcy KABIT Spółka z o.o., przystępującego po stronie Zamawiającego, dołączona do wniosku kopia tej informacji posiada czytelny odcisk okrągłej pieczęci Ministerstwa Sprawiedliwości wraz z godłem, co wskazuje, iż dokument ten nosi znamiona dokumentu urzędowego. Tym samym należy wskazać, iż Odwołujący wraz z wnioskiem dołączył żądany przez Zamawiającego dokument jednakże w nieczytelnej kopii w zakresie dwóch istotnych elementów jego treści.

Izba wskazuje, iż zastosowanie instytucji wykluczenia wykonawcy z postępowania winno być czynnością ostateczną, zatem stosowaną przez Zamawiającego po wyczerpaniu wszelkich dostępnych i prawnie dopuszczalnych możliwości zmierzających do utrzymania wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Tym samym, zdaniem Izby, Zamawiający w odniesieniu do powyższego stanu faktycznego ma możliwość żądania, w oparciu o § 6 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2009 r. Nr 226, poz. 1817) przedstawienia oryginału lub notarialnie poświadczonej kopii dokumentu, gdy złożona kopia dokumentu jest nieczytelna.

Powyższe wskazuje, zdaniem Izby, iż w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego doszło do naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 w związku z art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp poprzez przedwczesne wykluczenie Odwołującego z postępowania.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp, w zakresie odwołania o sygn. akt KIO 1454/10 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.

**Przewodniczący:**

.....