

Sygn. akt: KIO 1070/11

WYROK

z dnia 7 czerwca 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 czerwca 2011 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 maja 2011 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **COMARCH S.A. w Krakowie** oraz **SkyCash Poland S.A. w Gdańsku** w postępowaniu prowadzonym przez **Komunikacyjny Związek Komunalny Górnośląskiego Okręgu Przemysłowego w Katowicach**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Qumak – Sekom S.A. w Warszawie**, **BRE Bank S.A. w Warszawie** oraz **Polskiej Wytwórni Papierów Wartościowych S.A. w Warszawie**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem okoliczności wskazanych w uzasadnieniu, w tym wykluczenie z udziału w postępowaniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Qumak – Sekom S.A. w Warszawie**, **BRE Bank S.A. w Warszawie** oraz **Polskiej Wytwórni Papierów Wartościowych S.A. w Warszawie**,

2. kosztami postępowania obciąża **Komunikacyjny Związek Komunalny Górnośląskiego Okręgu Przemysłowego w Katowicach** i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **COMARCH S.A. w Krakowie** oraz **SkyCash Poland S.A. w Gdańsku** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Komunikacyjnego Związku Komunalnego Górnośląskiego Okręgu Przemysłowego w Katowicach** na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia COMARCH S.A. w Krakowie oraz SkyCash Poland S.A. w Gdańsku** kwotę **18.600 zł 00 gr** (słownie: osiemnastu tysięcy sześćset złotych) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający - Komunikacyjny Związek Komunalny Górnośląskiego Okręgu Przemysłowego w Katowicach prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), którego przedmiotem jest dostawa, wdrożenie i utrzymanie systemu „Śląska Karta Usług Publicznych”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2010/S 224-343103 w dniu 18 listopada 2010 r.

W dniu 12 maja 2011 r. zamawiający przesłał za pośrednictwem faksu wykonawcy wykonawcom wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia COMARCH S.A. w Krakowie oraz SkyCash Poland S.A. w Gdańsku zwanym dalej „odwołującym” zawiadomienie o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Qumak – Sekom S.A. w Warszawie, BRE Bank S.A. w Warszawie oraz Polskiej Wytwórni Papierów Wartościowych S.A. w Warszawie, zwanych dalej „przystępującym”.

Wobec

- a) czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty przystępującego jako oferty najkorzystniejszej;
- b) zaniechania czynności wykluczenia przystępującego z udziału w postępowaniu;
- c) zaniechania ujawnienia i udostępnienia zastrzeżonych przez przystępującego jako niejawnych części oferty przystępującego tj. wykazów wykonanych dostaw i usług wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie wraz z zobowiązaniami do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów;
- d) zaniechania czynności wyboru oferty złożonej przez odwołującego jako oferty najkorzystniejszej;
- e) z ostrożności, zaniechania czynności wezwania przystępującego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia oświadczeń i/lub dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu, w zakresie w którym zamawiający dotychczas nie wzywał do uzupełnienia;
- f) z ostrożności, zaniechania czynności unieważnienia przedmiotowego postępowania

odwołujący wniósł w dniu 23 maja 2011 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Skarżonym czynnościom i zaniechaniom zamawiającego odwołujący zarzucił naruszenie:

- a) naruszenie przepisu art. 91 ust. 1 ustawy Pzp;
- b) naruszenie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp,;
- c) naruszenie przepisu art. 8 ust. 3 i art. 96 ust. 3 ustawy Pzp;
- d) naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp;
- e) z ostrożności - naruszenie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp;
- f) z ostrożności - naruszenie przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 6 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący argumentował, że w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, pismem z dnia 21 kwietnia 2011 r. przystępujący nie złożył zaświadczenia z Urzędu Skarbowego i ZUS dotyczących firmy Data System Group sp. z o.o. (nr KRS 329836), tj. podmiotu trzeciego, na którego zasobie wiedzy i doświadczenia polegał przystępujący, a który będzie brał udział w realizacji zamówienia.

Odwołujący podnosił także, że również w zakresie dotyczącym firmy AEP srl, przystępujący nie uczyniło zadość wezwaniu Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Przystępujący jako wymagane urzędowe zaświadczenie, że podmiot trzeci „nie zalega z uiszczaniem podatków, opłat, składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne albo że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu” - złożył w uzupełnieniu zaświadczenie o niezaleganiu z podatkami, wystawione przez właściwy terytorialnie Urząd Skarbowy w dniu 28 kwietnia 2011 r., które nie potwierdza spełniania wymagania na dzień składania ofert (24 luty 2011 r.). Zaświadczenie to nie dotyczy stanu przed datą wydania zaświadczenia. W ramach uzupełnienia przedłożony został również „wydruk z systemu ewidencji podatników, prowadzonej przez Equitalia Cerit SpA”, dotyczący „sytuacji” na datę 24.02.2011, jednakże nie może być uznany za równoważny urzędowemu dokumentowi wystawionemu przez włoski odpowiednik Urzędu Skarbowego. Z oficjalnej strony internetowej Komisji Europejskiej <http://ec.europa.eu/markt/ecertis/searchDocument.do>, wynika że jedynym dokumentem na potwierdzenie spełnienia zobowiązań podatkowych jest „certificato di regolarita fiscale” wystawiane przez właściwy oddział „Agenzia delle Entrate”.

Odwołujący wskazywał również, że jako wymagane „zaświadczenie właściwego organu sądowego lub administracyjnego miejsca zamieszkania albo zamieszkania osoby, której dokumenty dotyczą, w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt. 4-8 ustawy Pzp”

przedłożone w uzupełnieniu zostały dotyczące członków Zarządu firmy AEP srl - dokumenty pn. „Certificato dei carichi pendenti”. Należy stwierdzić, że złożenie tylko tych dokumentów nie może być uznane za prawidłowe spełnienie wymagania. Przede wszystkim dokumentów tych nie można tłumaczyć na j. polski (tak jak zrobił to przystępujący) jako „zaświadczenia z rejestru osób oskarżonych o popełnienie przestępstwa”. Są to zaświadczenie o „toczących się postępowaniach karnych”, zaświadczające o figurowaniu bądź niefigurowaniu w rejestrze informatycznym zawiadomień o przestępstwie. Nie jest to kartoteka karna w rodzaju tej, której dotyczy polskie zaświadczenie z Krajowego Rejestru Karnego. „Certificato dei carichi pendenti” nie potwierdza skazania bądź braku skazania za przestępstwa. Nie jest to zaświadczenie o niekaralności. Z oficjalnej strony internetowej Komisji Europejskiej <http://ec.europa.eu/markt/ecertis/searchDocuiTient.do>, wynika że potwierdzeniem niekaralności we Włoszech jest dokument: „certificato penale” będący urzędowym zaświadczeniem dotyczącym ewentualnego skazania. Dokument „certificato dei carichi pendenti” jest tylko informacją o toczących się postępowaniach karnych. Oba te dokumenty mogą być we Włoszech wymagane, niemniej w Polsce odpowiednikiem polskiego zaświadczenia z KRK może być tylko „certificato penale”, które nie zostały przedłożone.

Odwołujący wywodził także, że przystępujący w ogóle nie złożył urzędowego dokumentu potwierdzającego, że wobec spółki AEP srl „nie orzeczono zakazu ubiegania się o zamówienie”. Wywodził, że istnieją we Włoszech dokumenty urzędowe potwierdzające, że „nie orzeczono zakazu ubiegania się o zamówienie”. Chodzi o certyfikaty wydawane przez biura prokuratury „Certificato dell'anagrafe della sanzioni amministrative dipendenti da reato” - wyciąg z rejestru dotyczącego sankcji administracyjnych wynikających z przestępstwa, oraz „Certificato dell'anagrafe dei carichi pendenti degli illeciti amministrativi dipendenti da reato” - wyciąg z rejestru dotyczącego toczących się postępowań w sprawie sankcji administracyjnych.

Według odwołującego, istnienie takich dokumentów wynika w szczególności z włoskich aktów prawnych dotyczących rejestrów oraz odpowiedzialności osób prawnych:

- DECRETO DEL PRESIDENTE DELLA REPUBBLICA 14 novembre 2002, n. 313 "Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di casellario giudiziale, di anagrafe delle sanzioni amministrative dipendenti da reato e dei relativi carichi pendenti." - DEKRET PREZYDENTA REPUBLIKI z dnia 14 listopada 2002 r. nr 313 "Skonsolidowane i przepisów prawa o karalności, rejestru kar administracyjnych wynikających z przestępstwa i opłat związanych w toku.
- Decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231 Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica, a norma dell'articolo 11 della legge 29 settembre 2000, n. 300 - Dekret

z dnia 8 czerwca 2001 r. nr 231 - Przepisy dotyczące odpowiedzialności administracyjnej osób prawnych, firm i stowarzyszeń bez osobowości prawnej, zgodnie z art. 11 ustawy z 29 września 2000 r. nr 300.

Odwołujący podnosił, że w sytuacji, gdy nie zostały złożone wymagane dokumenty formalne dotyczące podmiotów udostępniających wykonawcy zasoby w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu, należy uznać, że przystępujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu i powinien zostać wykluczony na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

Z ostrożności odwołujący podnosił, że przystępujący powinien być wezwany na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia oświadczeń i/lub dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu, w zakresie w którym zamawiający dotychczas nie wzywał do uzupełnienia.

Odnosnie zarzutu dotyczącego zaniechania odtajnienia przez zamawiającego części dokumentów złożonych wraz z ofertą przystępującego odwołujący podnosił, że w świetle definicji tajemnicy przedsiębiorstwa zawartej w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, nie sposób uznać, aby informacje niezbędne do wykazania doświadczenia wykonawcy w przedmiotowym postępowaniu w zakresie wykazywanych dostaw i usług, mogły stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Informacje te obejmują bowiem nazwę podmiotu, na rzecz którego wykonawca świadczył dostawy lub wykonywał usługi, przedmiot zamówienia (zakres czynności wykonywanych przez wykonawcę) oraz datę wykonania. Informacje takie nie mają charakteru informacji kwalifikowanych jako tajemnica przedsiębiorstwa, poza tym są zwykle dostępne publicznie.

Wywodził, że zgodnie z art. 139 ust. 3 ustawy Pzp umowy o zamówienia publiczne są jawne i podlegają udostępnianiu na zasadach określonych w przepisach o dostępie do informacji publicznej. Także w zakresie dotyczącym zobowiązań do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów należy zwrócić uwagę, że zawarte zostały w nich informacje, które są publicznie dostępne, a przystępujący nie podjął żadnych miarodajnych działań w kierunku ich ochrony. W szczególności zwracał uwagę na to, że w przedmiotowym postępowaniu złożone przez przystępującego uzupełnienia oferty nie zostały objęte zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa. Przystępujący sam publicznie ujawnił informacje związane z zobowiązaniami do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów.

Z ostrożności odwołujący podniósł zarzutu naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 6 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie unieważnienia przedmiotowego postępowania, pomimo że przedmiotowe postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu

umowy w sprawie zamówienia publicznego w związku z dokonaniem przez zamawiającego czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które może mieć wpływ na wynik postępowania. Wywodził, że zamawiający naruszył zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp jak oraz normę prawną wynikającą z art. 46 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez bezpodstawny zwrot wadium wniesionej w formie bankowej gwarancji wadialnej.

Wskazywał, że w dniu 16 maja 2011 r. zamawiający skierował do odwołującego na podstawie art. 85 ust. 2 ustawy Pzp pismo z prośbą o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą o okres 60 dni, tj. do dnia 23 lipca 2011 roku. Zamawiający nie zwrócił się powyższym pismem o przedłużenie ważności wadium, które zostało przez odwołującego wniesione wraz z ofertą w formie bankowej gwarancji wadialnej ważnej do 3 sierpnia 2011 roku. Podnosił, że w dniu 18 maja 2011 r. odwołujący otrzymał „do wiadomości” pismo zamawiającego z dnia 16 maja 2011 r. skierowane do Banku - gwaranta, dotyczące zwrotu gwarancji wadialnej nr 13/2011 wniesionej w przedmiotowym postępowaniu przez odwołującego. Z powyższego pisma wynika, że zamawiający zwrócił do Banku oryginał bankowej gwarancji wadialnej „w związku z zakończeniem postępowania przetargowego”. Tymczasem przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie zostało zakończone, gdyż nie upłynął wówczas ustawowy wynikający z art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, termin 10 dni na wniesienie odwołania od wyników oceny ofert, a umowa nie mogła być zawarta w świetle art. 94 ustawy Pzp.

Na zwrócenie Bankowi gwarancji wadialnej odwołujący nie udzielał zgody. Skutkiem zwrócenia Bankowi oryginału gwarancji wadialnej jest bowiem jej wygaśnięcie. W oparciu o art. 46 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający mógł zwrócić wadium niewybranemu wykonawcy niezwłocznie po wyborze oferty najkorzystniejszej, z zastrzeżeniem obowiązku zażądania ponownego wniesienia wadium, jeżeli w wyniku rozstrzygnięcia odwołania jego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza (art. 46 ust. 3 ustawy Pzp). Jednakże przed zakończeniem postępowania wadium zwrócone może być tylko wykonawcy, a nie bankowi wystawiającemu gwarancję.

W oparciu o powyższą argumentację odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i:

- a) nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności oceny ofert w przedmiotowym postępowaniu;
- b) nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności zamawiającego polegającej na wyborze oferty przystępującego jako oferty najkorzystniejszej;
- c) nakazanie zamawiającemu wykluczenia przystępującego z przedmiotowego postępowania;
- d) nakazanie zamawiającemu odtajnienia (ujawnienia i udostępnienia) zastrzeżonych przez przystępującego jako niejawnych części oferty przystępującego (zastrzeżonych jako

- „informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa”) tj. wykazów wykonanych dostaw i usług wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie wraz z zobowiązaniami do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów;
- e) nakazanie zamawiającemu dokonania wyboru oferty złożonej przez odwołującego jako oferty najkorzystniejszej;
 - f) z ostrożności - nakazanie zamawiającemu wezwania przystępującego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia oświadczeń i/lub dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu, w zakresie w którym zamawiający dotychczas nie wzywał do uzupełnienia;
 - g) z ostrożności - nakazanie zamawiającemu unieważnienia przedmiotowego postępowania na podstawie przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia SIWZ, ofertę przystępującego, wezwanie zamawiającego z dnia 5 kwietnia 2011 r. do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu przez przystępującego, pismo przystępującego z dnia 21 kwietnia 2011r., pismo przystępującego z dnia 6 maja 2011 r., pisma zamawiającego z dnia 29 kwietnia 2011 r. z prośbą o uzasadnienie faktyczne zastrzeżeń w ofertach tajemnic przedsiębiorstwa, pismo przystępującego z dnia 6 kwietnia 2011 r., wniosek odwołującego z 16 maja 2011 r. o udostępnienie ofert, notatka służbowa z 18 maja 2011 r. z udostępnienia ofert, pismo odwołującego z 18 maja 2011 r. o ujawnienie utajnionej części oferty przystępującego, pismo zamawiającego z 20 maja 2011 r. informujące o odtajnieniu części oferty przystępującego, pismo wewnętrzne zamawiającego z 12 maja 2011 r. dotyczące zwrotu wadium, pismo zamawiającego z 16 maja 2011 r. dotyczące zwrotu wadium, odwołanie, zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska stron i uczestnika postępowania oraz dokumenty złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, ustalono, co następuje:

Zamawiający prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), którego przedmiotem jest dostawa, wdrożenie i utrzymanie systemu „Śląska Karta Usług Publicznych”. Wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Stosownie do postanowienia pkt 5.8 SIWZ, jeżeli wykonawca, wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, zamawiający żądał od wykonawcy przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów wymienionych w punktach 6.8 do 6.13 SIWZ.

Ustalono także, że w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania w okolicznościach, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp wykonawca obowiązany był złożyć wraz z ofertą:

- 6.8 oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia wykonawcy - Załącznik 3 do SIWZ.
- 6.9 aktualny odpis z właściwego rejestru, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do rejestru w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp, wystawiony nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert, a w stosunku do osób fizycznych oświadczenie w zakresie art. 24 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp.
- 6.10 aktualne zaświadczenie właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzające, że Wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków lub zaświadczenie, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu – wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert.
- 6.11 aktualne zaświadczenie właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego potwierdzające, że Wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenie zdrowotne i społeczne, lub potwierdzenie, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu – wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert.
- 6.12 aktualną informację z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt. 4 - 8 ustawy Pzp, wystawioną nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert.
- 6.13 aktualną informację z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt. 9 ustawy Pzp, wystawioną nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert.

Zamawiający zastrzegł również, że jeżeli wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, wykonawca ten zamiast dokumentów, o których mowa:

- w pkt. 6.9 – 6.11 oraz 6.13 SIWZ, składa dokument lub dokumenty wystawione w kraju, w którym ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, potwierdzające odpowiednio, że:

- a) nie otwarto jego likwidacji ani nie ogłoszono upadłości,
- b) nie zalega z uiszczaniem podatków, opłat, składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne albo że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu,
- c) nie orzeczono wobec niego zakazu ubiegania się o zamówienie,

- w pkt. 6.12 SIWZ składa zaświadczenie właściwego organu sądowego lub administracyjnego miejsca zamieszkania albo zamieszkania osoby, której dokumenty dotyczą, w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt. 4-8 ustawy Pzp.

Zamawiający postanowił również, że dokumenty, o których mowa lit. a i c oraz w tiret drugi, powinny być wystawione nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert. Dokument, o którym mowa w lit. b, powinien być wystawiony nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert.

Zastrzeżono również, że jeżeli w miejscu zamieszkania osoby lub w kraju, w którym Wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, nie wydaje się ww. dokumentów, zastępuje się je dokumentem (wystawionym nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert) zawierającym oświadczenie złożone przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego odpowiednio miejsca zamieszkania osoby lub kraju, w którym Wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania.

Zamawiający na sfinansowanie zamówienia przeznaczył pierwotnie kwotę 162.080 830 zł brutto.

Do upływu terminu składania ofert wpłynęły dwie oferty: przystępującego z ceną 197 524 470,00 zł i odwołującego z ceną 484 065 669,97 zł brutto.

Przystępujący wykazując spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia polegał na zasobach podmiotów trzecich, które będą brały udział w realizacji zamówienia.

Przystępujący, w części tajnej oferty złożył wykazy wykonanych (...) dostaw i usług wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie oraz zobowiązaniem do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów (...), w których powołał się na zasób wiedzy i doświadczenia podmiotów trzecich. Załączył zobowiązania podmiotów trzecich do udostępnienia zasobu w zakresie wiedzy i doświadczenia. W części jawnej oferty jako dokumenty podmiotów, na zasobach których polegać będzie przystępujący, przedstawione

zostały: oświadczenie firmy Data System Group, z siedzibą w Poznaniu o braku podstaw do wykluczenia, oraz oświadczenie spółki AEP srl z siedzibą we Florencji we Włoszech odnośnie braku postępowań upadłościowych i likwidacyjnych, braku zakazu udziału w przetargach, płaceniu podatków i składek na ubezpieczenia społeczne oraz niekaralności członków zarządu.

Zamawiający pismem z dnia 5 kwietnia 2011 r. wezwał przystępującego do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. W szczególności zamawiający wezwał do uzupełnienia o:

- „dokumenty i oświadczenia dotyczące Data System Group, tj. podmiotu na zasobach którego przystępujący polega wykazując spełnianie warunków udziału w postępowaniu, i który to będzie brał udział w realizacji części zamówienia: 1. aktualny odpis z właściwego rejestru, (...), 2. aktualne zaświadczenie (...) potwierdzające, że wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków, 3. aktualne zaświadczenie (...) potwierdzające, że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenie zdrowotne i społeczne, 4. aktualną informację z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt. 4 - 8 ustawy Pzp, (...), 5. aktualną informację z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt. 9 ustawy Pzp, (...)"

- „dokumenty i oświadczenia dotyczące AEP srl, tj. podmiotu na zasobach którego przystępujący polega wykazując spełnianie warunków udziału w postępowaniu, i który to będzie brał udział w realizacji części zamówienia:

1. oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia (...)
2. dokument lub dokumenty wystawione w kraju, w którym ma siedzibę lub miejsce zamieszkania spółka AEP srl, potwierdzające odpowiednio, że:
 - a) nie otwarto jego likwidacji ani nie ogłoszono upadłości,
 - b) nie zalega z uiszczaniem podatków, opłat, składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne albo że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu,
 - c) nie orzeczono wobec niego zakazu ubiegania się o zamówienie,
3. zaświadczenie właściwego organu sądowego lub administracyjnego miejsca zamieszkania albo zamieszkania osoby, której dokumenty dotyczą, w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt. 4-8 ustawy Pzp.

Odnośnie włoskiej spółki: AEP srl, Zamawiający wskazał, że zgodnie z jego wiedzą we Włoszech wydaje się: „a) odpis z Izby Handlowej (...) tj. zaświadczenie o nie likwidacji i ogłoszeniu upadłości, b) zaświadczenie o niezaleganiu z podatkami wystawiane przez właściwy terytorialnie Urząd Skarbowy (attestazione di regolarita fiscale rilasciata dall

Agenzia delle Entrate), c) zaświadczenie o niezaleganiu ze składkami i opłatami na ubezpieczenie zdrowotne i społeczne (...), d) odpis z Rejestru Sądowego wystawiany przez Biuro Prokuratury właściwe terytorialnie (certificato rilasciato dal casellario giudiziaro, ufficio presso la Procura Della Repubblica di ogni Tribunale)".

Wskazał, że oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie warunków udziału w postępowaniu, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert (24.02.2011r.).

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, pismem z dnia 21 kwietnia 2011 r. przystępujący złożył: odpis aktualny z KRS firmy Data System Group Sp. z o.o., odpis aktualny z KRS firmy Data System Group Sp. z o.o. Spółka komandytowa. Przedłożone zostały również zaświadczenia z Urzędu Skarbowego i ZUS dotyczące firmy Data System Group Sp. z o.o. Spółka komandytowa, zaświadczenia z KRK osobowe dwóch osób, które są członkami zarządu Data System Group Sp. z o.o. - komplementariusza Data System Group Sp. z o.o. Spółka komandytowa, a będących jednocześnie komandytariuszami Data System Group Sp. z o.o. Spółka komandytowa oraz zaświadczenia z KRK podmiotu zbiorowego dotyczące firmy Data System Group Sp. z o.o. oraz firmy Data System Group Sp. z o.o. Spółka komandytowa.

Przystępujący nie złożył zaświadczenia z Urzędu Skarbowego i ZUS dotyczących firmy Data System Group Sp. z o.o.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, pismem z dnia 6 maja 2011 r. przystępujący złożył m.in.: zaświadczenie o niezaleganiu z podatkami wystawiane przez Urząd Skarbowy (certificazione dei Carichi pendenti risultanti al. Sistema informativo dell'anagrafe tributaria wystawiony przez Agenzia Entrate) z 28 kwietnia 2011 r. oraz wydruk z systemu ewidencji podatników, prowadzonej przez Equitalia Cerit SpA" dotyczący niezalegania z podatkami na dzień 24.02.2011 r. oraz odpisy z Rejestru Sądowego wystawiony przez Biuro Prokuratury właściwe terytorialnie dotyczące członków Zarządu firmy AEP srl. (Certificato dei Carichi Pendenti, wystawione przez Procura Della Repubblica Firenze).

Przystępujący wyjaśnił, że składa wydruk z systemu ewidencji podatników, prowadzonej przez Equitalia Cerit SpA potwierdzający nie zaleganie z podatkami na dzień składania ofert. Wyjaśnił, że jest to dokument, którym posługują się włoskie firmy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Wyjaśnił, że Equitalia Cerit SpA jest włoską publiczną spółką akcyjną, odpowiedzialną za krajowe operacje poboru podatków i składek. Prowadzi ona ewidencje płatności podatków i posiada najbardziej aktualną wiedzę o nierzetelnych podatnikach. Działa w oparciu o art. 3 dekretu z mocą ustawy nr 203, 30

września 2005 r., przekształconego w ustawę nr 248, 2 grudnia 2005 r. Natomiast w zakresie dotyczącym dokumentu potwierdzającego, że wobec podmiotu nie orzeczono zakazu ubiegania się o zamówienia publiczne, przystępujący wyjaśnił, że włoskie terytorialne Biura Prokuratury nie prowadzą karnych Rejestrów Sądowych dla podmiotów zbiorowych, które mogłyby stanowić odpowiednik polskiego odpisu z KRK dla podmiotów zbiorowych. Podniósł, iż na terenie Włoch nie istnieje urząd mogący potwierdzić, że wobec AEP srl tamtejszy sąd nie orzekł zakazu ubiegania się o zamówienia publiczne. W związku z tym za wystarczające należy uznać oświadczenie złożone przed notariuszem, załączone do oferty.

Przystępujący, zastrzegł jako tajemnica przedsiębiorstwa załączone do swej oferty wykazy wykonanych dostaw i usług, dokumenty potwierdzające, że dostawy i usługi zostały wykonane należycie oraz zobowiązania podmiotów trzecich do udostępnienia wiedzy i doświadczenia.

Pismem z dnia 29 kwietnia 2011 r. zamawiający zwrócił się do przystępującego z wnioskiem o wskazanie podstawy prawnej i uzasadnienia faktycznego do zastrzeżenia w jego ofercie jako tajemnica przedsiębiorstwa wykazów wykonanych dostaw i usług, dokumentów potwierdzających, że dostawy i usługi zostały wykonane należycie oraz zobowiązania podmiotów trzecich do udostępnienia wiedzy i doświadczenia. Pismem z dnia 6 maja 2011 r. przystępujący wyraził zgodę na odtajnienie zawartych na stronach 218 i 219 wykazu wykonanych dostaw i usług określonych w pkt 5.2 lit. b SIWZ i referencje Ministerstwa Finansów. Podtrzymał swe stanowisko co do zastrzeżenia jako tajemnic przedsiębiorstwa wykazu wykonanych dostaw i usług (s. 214, 215, 218, 220, 221, 225 oferty), referencji (s. 216, 217, 219, 222, 223, 224, 226 oferty), zobowiązania do udostępnienia wiedzy i doświadczenia (s. 227, 228, 229 oferty). Wskazał jakie informacje posiadają dla niego wartość gospodarczą, wskazał powody, jakie kierowały nim przy zastrzeganiu ww. informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Pismem z dnia 1 marca 2011 r., a także z dnia 16 maja 2011 r. odwołujący zwrócił się do zamawiającego o udostępnienie ofert złożonych w postępowaniu. W dniu 7 marca 2011 r., a także w dniu 18 maja 2011 r. zamawiający udostępnił odwołującemu oferty, z wyłączeniem dokumentów związanych z tajemnicą przedsiębiorstwa. Pismem z dnia 18 maja 2011 r. odwołujący zwrócił się z wnioskiem o ujawnienie utajnionej części oferty przystępującego. Pismem z dnia 20 maja 2011 r. zamawiający przesłał odwołującemu kserokopie dokumentów, które przystępujący odtajnił, tj. s. 218 oferty, s. 219 oferty.

Ustalono także, że pismem z dnia 16 maja 2011 r. zamawiający przesłał Bankowi PKO S.A. oryginał gwarancji wadialnej nr 13/2011, złożonej wraz z ofertą przez odwołującego. Informację o tej czynności przesłał do wiadomości odwołującemu.

Zamawiający zwiększył kwotę na sfinansowanie zamówienia o ok. 30 mln zł i wybrał ofertę przystępującego jako najkorzystniejszą.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Ustalono również, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu danego zamówienia, uprawniający go do złożenia odwołania, a także może ponieść szkodę, w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Ewentualne niezasadne zaniechanie dokonania czynności wykluczenia z postępowania przystępującego, który złożył ofertę najkorzystniejszą, w sytuacji, gdy oferta odwołującego została sklasyfikowana na drugim miejscu i nie została odrzucona, uniemożliwia odwołującemu uzyskanie zamówienia publicznego, a tracąc tę możliwość, może ponieść szkodę.

Nie podzielono argumentacji zamawiającego i przystępującego, iż skutkiem stwierdzenia podnoszonych przez odwołującego naruszeń i w konsekwencji wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej będzie konieczność unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Zgodnie z przywoływanym przepisem zamawiający unieważnia postępowanie, jeżeli cena najkorzystniejszej oferty, lub cena oferty z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty. Cena oferty odwołującego tj. 484.065.669,97 zł brutto jest rzeczywiście znacząco wyższa od kwoty, którą zamawiający pierwotnie przeznaczył na sfinansowanie zamówienia tj. 162.080.830 zł. Izba wzięła jednak pod uwagę, że przywoływany przepis nie obliguje zamawiającego do unieważnienia postępowania w każdym przypadku, gdy cena wybranej oferty przewyższa kwotę przeznaczoną na finansowanie zamówienia. Zgodnie z literalnym brzmieniem ww. przepisu, zamawiający w takim przypadku ma bowiem możliwość przeanalizowania swego budżetu w celu stwierdzenia, czy istnieje możliwość zwiększenia kwoty finansowania do wartości umożliwiającej zawarcie umowy z wybranym wykonawcą. Zamawiający już raz skorzystał z tej możliwości, albowiem wybierając ofertę przystępującego jako najkorzystniejszą zwiększył kwotę finansowania, gdyż również cena oferty przystępującego nie mieściła się w pierwotnym budżecie zamawiającego. Tak więc w przypadku wykluczenia z udziału w postępowaniu przystępującego oferta odwołującego jako druga w kolejności może zostać

wybrana jako najkorzystniejsza albowiem oferta ta nie została odrzucona. Konieczność unieważnienia postępowania będzie następstwem ewentualnego ustalenia przez zamawiającego, że w danych okolicznościach nie będzie on już miał możliwości dalszego zwiększenia kwoty finansowania do wartości oferty odwołującego. Budżet zamawiającego w tym postępowaniu został już raz zwiększony, może się okazać, że w przypadku wyboru oferty odwołującego zostanie zwiększony po raz kolejny, a więc nie jest pewne czy po wyborze oferty odwołującego jako najkorzystniejszej postępowanie zostanie unieważnione. Ponadto zamawiający ani przystępujący nie złożyli żadnych dowodów, z których wynikałoby iż nie będzie możliwości zwiększenia kwoty finansowania zamówienia do wartości oferty odwołującego.

Wobec powyższego stwierdzono, iż wyczerpana została materialnoprawna przesłanka wniesienia odwołania określona w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

1. Zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp

Nie było sporne pomiędzy Stronami, iż przystępujący wykazując spełnianie opisanego przez zamawiającego warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia oparł się również na zasobach wiedzy i doświadczenia, udostępnionych przez podmioty trzecie na podstawie art. 26 ust. 2 b ustawy Pzp, a podmioty te będą brały udział w realizacji zamówienia.

W tej sytuacji, stosownie do przepisu § 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 dokumenty te mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817), jeżeli wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, wykonawca polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, zamawiający może żądać od wykonawcy, przedstawienia w odniesieniu od tych podmiotów dokumentów, wymienionych w § 2 Rozporządzenia.

Zamawiający skorzystał z możliwości zażądania dokumentów wymienionych w §2 Rozporządzenia w odniesieniu do podmiotów trzecich, które będą brały udział w realizacji zamówienia (tzw. dokumentów podmiotowych podmiotów trzecich). Stosownie bowiem do postanowienia pkt 5.8 SIWZ, jeżeli wykonawca, wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, zamawiający żądał od wykonawcy przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów wymienionych w punktach 6.8 do 6.13 SIWZ.

Strony różniły się w ocenie skutków, jakie należy łączyć z niezłożeniem przez wykonawcę, po uprzednim wezwaniu do uzupełnienia, dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia odnoszących się do podmiotu trzeciego.

Nie podzielono w tym zakresie stanowiska zamawiającego i przystępującego, że ustawa Pzp nie łączy z niezłożeniem tych dokumentów żadnych skutków. Niezłożenie dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia przez wykonawcę odnoszących się do podmiotu trzeciego skutkuje obowiązkiem wykluczenia wykonawcy z postępowania z powodu nie wykazania spełniania warunków (art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp) po uprzednim wezwaniu wykonawcy do uzupełnienia dokumentów (art. 26 ust. 3 ustawy Pzp). Spełnianie warunków o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp (na potwierdzenie których składa się dokumenty wymienione w § 2 Rozporządzenia) stanowi wymóg, od którego uzależnione jest dopuszczenie podmiotu trzeciego do wykonywania części zamówienia publicznego. Brak wykazania spełniania wymagań o niepodleganiu wykluczeniu odnoszących się do podmiotu trzeciego stanowi podstawę do niedopuszczenia podmiotu trzeciego do wykonania części zamówienia. W takich okolicznościach nie jest możliwe udowodnienie zamawiającemu, iż wykonawca będzie dysponował zasobami podmiotu trzeciego niezbędnymi do realizacji zamówienia, stosownie do przepisu art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Konsekwencją zaś nieudowodnienia możliwości polegania na zasobach podmiotu trzeciego, o której mowa w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, jest konieczność wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, z powodu niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

W omawianym zakresie podzielono stanowisko wyrażone w opinii prawnej zamieszczonej na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych http://www.uzp.gov.pl/cmsws/page/?D;648;dokumenty_potwierdzajace_spełnianie_warunkow_udzialu_w_postepowaniu_o_udzielenie_zamowienia_publicznego.html

Zarzut niewykazania braku podstaw do wykluczenia w zakresie art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp w odniesieniu do podmiotu trzeciego - AEP srl

Stosownie do przepisu § 1 ust. 2 Rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jeżeli wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, wykonawca polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, zamawiający może żądać od wykonawcy, przedstawienia w odniesieniu od tych podmiotów dokumentów, wymienionych w § 2 Rozporządzenia.

Zgodnie z § 4. ust. 1 pkt 1 lit. c Rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jeżeli wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, w celu wykazania braku podstawy do wykluczenia, o której mowa w art. 24 ust. 1

pkt 9 ustawy Pzp zamiast dokumentu, o których mowa w § 2 ust. 1 (tj. zamiast aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego) wykonawca składa dokument, iż nie orzeczono wobec niego zakazu ubiegania się o zamówienie.

Natomiast zgodnie z brzmieniem §4 ust. 3 rozporządzenia w sprawie dokumentów możliwość zastąpienia dokumentu urzędowego, o jakim mowa w § 4 ust. 1 dokumentem zawierającym oświadczenie złożone przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego istnieje dopiero wówczas, gdy w miejscu zamieszkania osoby lub w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę, nie wydaje się dokumentów, o których mowa w ust. 1.

Przystępujący złożył wraz z ofertą oświadczenie złożone przed notariuszem, że wobec podmiotu trzeciego AEP srl nie orzeczono zakazu ubiegania się o zamówienia. Odwołujący podnosił zaś, że w Republice Włoskiej wydawane są dokumenty urzędowe potwierdzające, że wobec podmiotu zbiorowego nie orzeczono zakazu ubiegania się o zamówienie, a więc iż nie została spełniona przesłanka określona w §4 ust. 3 rozporządzenia w sprawie dokumentów.

Oceniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy stwierdzono na podstawie tekstów włoskich aktów prawnych złożonych przez odwołującego, że w Republice Włoskiej wydawane są urzędowe dokumenty będące odpowiednikami polskiej informacji z KRK potwierdzającej, że wobec podmiotów zbiorowych nie orzeczono zakazu ubiegania się o zamówienie. Wskazuje na to treść Rozporządzenia z mocą ustawy z 8 czerwca 2001 r. nr 231 „regulacja prawna odpowiedzialności administracyjnej osób prawnych, spółek i stowarzyszeń, w tym bez osobowości prawnej, zgodnie z art. 11 ustawy z dnia 29 września 2000 r. nr 300”. Ww. akt prawny reguluje kwestię odpowiedzialności osób prawnych za bezprawie administracyjne wynikające z przestępstwa (art. 1 ust. 1). Przepisy tego rozporządzenia stosuje się do podmiotów posiadających osobowość prawną i do spółek i stowarzyszeń, w tym bez osobowości prawnej (art. 1 ust. 2). Zasady odpowiedzialności podmiotów zbiorowych określa przepis art. 5 ww. rozporządzenia. Stosownie do przywoływanego przepisu, osoba prawna jest odpowiedzialna m.in. za przestępstwa popełnione we własnym interesie lub na własną korzyść przez osoby, które pełnią funkcję przedstawicieli, kierowników lub zarządu osoby prawnej lub jej jednostki organizacyjnej posiadającej autonomię finansową i funkcyjną jak i przez osoby, które pełnią, także faktycznie, zarząd i kontrolę powyższej. Ponadto, osoba prawna nie ponosi odpowiedzialności, jeżeli ww. osoby działały wyłącznie w interesie własnym lub osób trzecich.

Jedną z orzekanych sankcji za bezprawie administracyjne w zależności od przestępstwa jest m.in. sankcja wykluczenia (art. 9 ust. 1 lit. b rozporządzenia). Zaś jedną z sankcji wykluczenia jest zakaz zawierania umów z jednostkami administracji publicznej, z wyjątkiem korzystania ze świadczeń publicznych (art. 9 ust. 2 lit. c). Sankcję wykluczenia orzeka sąd, co wynika z art. 14 ust. 1 ww. rozporządzenia.

Powyższe ustalenia prowadziły do wniosku, że we Włoszech jedną z sankcji orzekanych przez sąd wobec osób prawnych za przestępstwa popełnione przez osoby fizyczne będące członkami władz tych osób i w interesie tych osób prawnych, jest m.in. sankcja wykluczenia polegająca na zakazie zawierania umów z jednostkami administracji publicznej.

W ocenie Izby skutek orzeczenia sankcji wykluczenia tj. zakaz zawierania umów z jednostkami administracji publicznej jest zbliżony do orzekanej w myśl art. 9 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 28 października 2002 r. o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary (do którego odsyła art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp) sankcji w postaci zakazu ubiegania się przez podmiot zbiorowy o zamówienia publiczne.

Ponadto podobnie jak we Włoszech, również w Polsce podmiot zbiorowy podlega odpowiedzialności, jeżeli przestępstwo popełniła osoba fizyczna działająca w imieniu lub w interesie podmiotu zbiorowego w ramach uprawnienia lub obowiązku do jego reprezentowania, jeżeli zachowanie to przyniosło lub mogło przynieść podmiotowi zbiorowemu korzyść.

Izba jednocześnie stwierdza, że okoliczność iż w prawie włoskim mogą być nałożone wyłącznie sankcje administracyjne wynikające z przestępstw popełnionych przez członków ich organów, a nie sankcje karne, na co zwracał uwagę przystępujący, powołując się na pismo włoskiego adwokata z 1 czerwca 2011r., nie ma znaczenia. Należy wskazać, że oczywistym jest iż systemy prawne w poszczególnych krajach mogą się różnić. Nie jest zatem wymagane, aby zakres zagranicznego zaświadczenia był identyczny z zaświadczeniami wydawanymi z polskiego Krajowego Rejestru Karnego. Oczywiście jest bowiem, że porządki prawne poszczególnych państw różnią się rodzajem sankcji administracyjnych czy karnych, czy też katalogiem czynów zabronionych, kwalifikowaniem ich jako wykroczenie lub przestępstwo, przesłankami popełnienia czynu, jak też wysokością kary. Przepis §4 ust. 3 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane wskazuje wyraźnie, że podmiot w pierwszej kolejności zobowiązany jest przedłożyć zaświadczenie wydane przez właściwy organ. Tym samym, ustawodawca dał pierwszeństwo dokumentom urzędowym wystawianym w różnych państwach nie nakładając na zamawiających obowiązku badania ich pełnej zgodności z polskim rejestrem karnym, co w oczywisty sposób

każdorazowo prowadziłoby do stwierdzenia różnic pomiędzy poszczególnymi porządkami prawnymi, czyniąc przepis martwym. Należy zatem przyjąć, że ustawodawca uwzględnił różnice w systemach prawnych każdego z państw.

Stwierdzono także, że w Republice Włoskiej istnieje możliwość uzyskania przez zainteresowaną jednostkę stosownego zaświadczenia z rejestru sankcji administracyjnych. Na możliwości uzyskania stosownego zaświadczenia włoskiego wskazywał przepis art. 80 przywoływanego rozporządzenia z mocą ustawy z 8 czerwca 2001 r. nr 231, zgodnie z którym wpisy orzeczeń, wyroków, sankcji administracyjnych zależnych od przestępstw zapisywane są w rejestrze kar administracyjnych utworzonym przy centralnym rejestrze sądowym. Wreszcie stosownie do art. 81 ust. 3 ww. rozporządzenia jednostka, której wpisy dotyczą jest uprawniona do uzyskania odpowiedniego świadectwa.

Ponadto na fakt zapisywania w rejestrze sankcji administracyjnych wynikających z przestępstwa wpisu dotyczącego prawomocnych postanowień sądowych dotyczących sankcji administracyjnych, zgodnie z treścią rozporządzenia nr 231/2001, wskazuje także przepis art. 9 ust. 1 dekretu legislacyjnego z dnia 14 listopada 2002 r. nr 311. Zgodnie z przywoływanym przepisem, w rejestrze sankcji administracyjnych wynikających z przestępstwa umieszczany jest skrótowy wpis dotyczący prawomocnych postanowień sądowych dotyczących sankcji administracyjnych nałożonych na jednostki, zgodnie z treścią rozporządzenia z mocą ustawy z dnia 8 czerwca 2001 r. nr 231.

Wreszcie stosownie do przepisu art. 31 dekretu legislacyjnego z 14 listopada 2002 r. jednostka zainteresowana ma prawo uzyskać zaświadczenie z rejestru kar administracyjnych nałożonych w związku z popełnieniem przestępstwa i z rejestru toczących się postępowań dotyczących przestępstw administracyjnych bez konieczności uzasadniania wniosku.

W oparciu o przytoczone przepisy prawa włoskiego Izba ustaliła, że wpisy dotyczące orzeczonych sankcji administracyjnych, w tym zakazu zawierania umów z jednostkami administracji publicznej umieszcza się w stosownym urzędowym rejestrze. A ponadto osoba zainteresowana, bez podania przyczyny ma prawo wnioskować o wydanie stosownego zaświadczenia, zaś organ na wniosek wnioskodawcy ma obowiązek takie zaświadczenie wydać.

W ocenie Izby odwołujący wykazał zatem, że w Republice Włoskiej istnieje możliwość uzyskania odpowiednika polskiego dokumentu potwierdzającego brak orzeczenia zakazu ubiegania się o zamówienia publiczne. Zarzut w tym zakresie należało zatem uznać za udowodniony. W świetle powyższego należało stwierdzić, że wobec wydawania w Republice Włoskiej odpowiednika polskiego dokumentu potwierdzającego nie orzeczenie wobec podmiotu zbiorowego zakazu ubiegania się o udzielenie zamówienia i możliwości uzyskania takiego zaświadczenia, dokument taki przystępujący obowiązany był złożyć. Możliwość złożenia oświadczenia sporządzonego przed notariuszem ograniczona jest wyłącznie do

przypadku, gdy w kraju miejsca zamieszkania lub siedziby nie wydaje się stosownych dokumentów. Należy zatem uznać, iż nie zachodziła przesłanka, o której mowa w § 4 ust. 3 rozporządzenia w sprawie dokumentów, tj. iż „dokumentu nie wydaje się”, która umożliwia zastąpienie urzędowego zaświadczenia oświadczeniem złożonym przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego.

Tym samym uznano, że potwierdził się zarzut – wobec uprzedniego wezwania przystępującego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów o braku podstaw do wykluczenia podmiotu trzeciego, dotyczący zaniechania wykluczenia przystępującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

Zarzut niewykazania braku podstaw do wykluczenia w zakresie art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy Pzp w odniesieniu do podmiotu trzeciego - AEP srl.

Stosownie do przepisu § 1 ust. 2 Rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jeżeli wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, wykonawca polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, zamawiający może żądać od wykonawcy, przedstawienia w odniesieniu od tych podmiotów dokumentów, wymienionych w § 2 Rozporządzenia.

Zgodnie z treścią § 4 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia w sprawie dokumentów, jeżeli wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, w celu wykazania braku podstawy do wykluczenia, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy Pzp zamiast dokumentów, o których mowa w § 2 ust. 1 (tj. zamiast aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego) wykonawca składa zaświadczenie właściwego organu sądowego lub administracyjnego miejsca zamieszkania albo zamieszkania osoby, której dokumenty dotyczą w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy Pzp.

Przystępujący w wyniku wezwania do uzupełnienia złożył zaświadczenia z Rejestru Sądowego wystawiony przez Biuro Prokuratury właściwe terytorialnie dotyczące członków Zarządu firmy AEP srl (Certificato dei Carichi Pendenti, wystawione przez Procura Della Repubblica Firenze).

Odwołujący podnosił zaś, że dokumentem potwierdzającym niekaralność osób fizycznych jest w Republice Włoskiej zaświadczenie o skazaniu – certificato penale.

Z oficjalnej strony internetowej Komisji Europejskiej <http://ec.europa.eu/markt/ecertis/searchDocument.do>, w systemie E-certis, w którym Komisja na bieżąco zamieszcza pozyskane z krajów członkowskich informacje o dokumentach wymaganych przez instytucje zamawiające w krajach wspólnoty, wynika że we Włoszech

wydaje się dwa rodzaje dokumentów: zaświadczenie o skazaniach (certificato penale) (ang. official statement of past convictions) oraz zaświadczenie o toczących się postępowaniach karnych (certificato dei carichi pendenti) (ang. statement of pending criminal proceedings) i po wyborze oferty najkorzystniejszej, a przed zawarciem umowy o zamówienie publiczne z włoskim zamawiającym składane są oba dokumenty.

Według zaświadczeń złożonych przez przystępującego odzwierciedlały one stan wpisów w Informatycznym Rejestrze Zawiadomień o Popelnieniu Przesłępstwa zgodnie z art. 60 kpk i stwierdzały, że w rejestrze informatycznym zawiadomień o popelnieniu przesłępstwa osoby zainteresowane nie figurują.

Izba stwierdziła, że zgodnie z treścią dokumentów złożonych przez przystępującego są one wyłącznie zaświadczeniami o toczących się postępowaniach karnych, skoro potwierdzały one fakt niefigurowania w rejestrze informatycznym zawiadomień o przesłępstwie. Analiza treści zaświadczeń prowadziła więc do wniosku, iż nie jest to kartoteka karna w rodzaju tej, której dotyczy polskie zaświadczenie z Krajowego Rejestru Karnego.

Zgodnie z art. 1 ust. 2 ustawy z dnia 24 maja 2000 r. o Krajowym Rejestrze Karnym, w rejestrze tym gromadzi się dane o osobach:

- 1) prawomocnie skazanych za przesłępstwa lub przesłępstwa skarbowe;
- 2) przeciwko którym prawomocnie warunkowo umorzono postępowanie karne w sprawach o przesłępstwa lub przesłępstwa skarbowe;
- 3) przeciwko którym prawomocnie umorzono postępowanie karne w sprawach o przesłępstwa lub przesłępstwa skarbowe na podstawie amnestii;
- 4) prawomocnie skazanych przez sądy państw obcych;
- 5) wobec których prawomocnie orzeczono środki zabezpieczające w sprawach o przesłępstwa lub przesłępstwa skarbowe;
- 6) nieletnich, wobec których prawomocnie orzeczono środki wychowawcze, poprawcze lub leczniczo-wychowawcze albo którym wymierzono karę na podstawie art. 13 lub art. 94 ustawy z dnia 26 października 1982 r. o postępowaniu w sprawach nieletnich (...);
- 7) prawomocnie skazanych za wykroczenia na karę aresztu;
- 8) poszukiwanych listem gończym;
- 9) tymczasowo aresztowanych;
- 10) nieletnich umieszczonych w schroniskach dla nieletnich.

Ponadto informacja z KRK w postępowaniu o udzielenie zamówienia składana jest w celu wykazania przesłanki niepodlegania wykluczeniu z art. 24 ust. 1 pkt 4- 8 ustawy Pzp tj. braku prawomocnego skazania za przesłępstwo popelnione w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia, przesłępstwo przeciwko prawom osób wykonujących pracę zarobkową, przesłępstwo przeciwko środowisku, przesłępstwo przekupstwa, przesłępstwo

przeciwko obrotowi gospodarczemu lub inne przestępstwo popełnione w celu osiągnięcia korzyści majątkowych, a także za przestępstwo skarbowe lub przestępstwo udziału w zorganizowanej grupie albo związku mających na celu popełnienie przestępstwa lub przestępstwa skarbowego. W świetle powyższego, za odpowiednik polskiego dokumentu można uznać jedynie zaświadczenie, które potwierdza brak wpisu w rejestrze skazań.

Zatem odpowiednikiem polskiej informacji z KRK składanej w celu wykazania przesłanki z art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy Pzp nie może być certificato dei carichi pendenti, które zostało złożone przez przystępującego. Złożenie zaświadczenia o braku wpisów w Informatycznym Rejestrze Zawiadomień o Popęlnieniu Przesłpstwa jest niewystarczające. Możliwa jest bowiem sytuacja, w której osoba nie figuruje w rejestrze zawiadomień o popełnieniu przestępstwa, bowiem nie toczy się przeciw niej postępowanie karne, lecz będzie figurowała w rejestrze skazań.

Tym samym uznano, że potwierdził się zarzut – wobec uprzedniego wezwania przystępującego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów o braku podstaw do wykluczenia podmiotu trzeciego, dotyczący zaniechania wykluczenia przystępującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

Zarzut niewykazania braku podstaw do wykluczenia w zakresie art. 24 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w odniesieniu do podmiotu trzeciego - AEP srl.

Stosownie do przepisu § 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 dokumenty te mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817), jeżeli wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, wykonawca polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, zamawiający może żądać od wykonawcy, przedstawienia w odniesieniu od tych podmiotów dokumentów, wymienionych w § 2 Rozporządzenia.

Zgodnie z treścią § 4 ust. 1 pkt 1 lit. b) rozporządzenia w sprawie dokumentów, jeżeli wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, w celu wykazania braku podstawy do wykluczenia, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp zamiast dokumentów, o których mowa w § 2 ust. 1 (tj. zamiast aktualnego zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego) wykonawca składa dokument lub dokumenty wystawione w kraju, w którym ma siedzibę lub miejsce zamieszkania potwierdzające, że nie zalega z uiszczaniem podatków albo że uzyskał przewidziane

prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu.

Jednocześnie stosownie do §4 ust. 2 rozporządzenia w sprawie dokumentów, dokument ten powinien być wystawiony nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert.

W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, pismem z dnia 21 kwietnia 2011 r. przystępujący złożył m.in.: zaświadczenie o niezaleganiu z podatkami dotyczące firmy AEP srl wystawione przez Urząd Skarbowy (certificazione dei Carichi pendenti risultanti al. Sistema informativo dell'anagrafe tributaria wystawiony przez Agenzia delle Entrate) z 28 kwietnia 2011 r. Przystępujący złożył również wydruk z systemu ewidencji podatników, prowadzonej przez Equitalia Cerit SpA dotyczący niezalegania przez firmę AEP srl z podatkami na dzień 24.02.2011 r.

Wymogu dotyczącego aktualności zaświadczenia nie spełniał dokument wystawiony przez Agenzia delle Entrate – tj. włoski urząd skarbowy albowiem został wystawiony po upływie terminu składania ofert, który upływał w dniu 24 lutego 2011 r. Wobec powyższego należało zbadać, czy za wystarczające spełnienie omawianego wymogu nie można było uznać złożonego przez przystępującego dokumentu w postaci podpisanego wydruku z systemu ewidencji podatników, prowadzonej przez Equitalia Cerit SpA dotyczącego niezalegania z podatkami na dzień 24.02.2011 r., a więc na dzień upływu terminu składania ofert.

Izba stwierdziła, że odwołujący nie wykazał, iż wydruk z systemu ewidencji podatników prowadzonej przez Equitalia Cerit Spa nie może być uznany za równoważny zaświadczeniu wystawionemu przez polski Urząd Skarbowy. Odwołujący podnosząc zarzut powoływał się na informacje znajdujące się na oficjalnej stronie internetowej Komisji Europejskiej <http://ec.europa.eu/markt/ecertis/searchDocument.do> (system E-certis) oraz opinię prywatną z maja 2011 r. Z oficjalnej strony internetowej Komisji Europejskiej, wynika że dokumentem na potwierdzenie spełnienia zobowiązań podatkowych jest „certificato di regolarita fiscale” wystawiane przez właściwy oddział „Agenzia delle Entrate”, czyli Urząd Skarbowy. Analogiczny dokument został wskazany w treści opinii z maja 2011 r. Jako podstawa prawna w obu źródłach wskazano art. 38 c. 1 (g) dekretu Prezydenta Republiki nr 163/06.

Jednakże, zgodnie z informacją zawartą na przywoływanej stronie internetowej Komisji Europejskiej, w systemie E-certis wymieniono dokumenty najczęściej żądane przez instytucje zamawiające w poszczególnych państwach członkowskich. Okoliczność, iż dany dokument nie figuruje w tym systemie nie może zatem przesądzać, że nie istnieją inne

dokumenty wystawiane przez uprawnione instytucje w miejscu zamieszkania (siedziby) wykonawcy, które mogą potwierdzać niezaleganie z zobowiązaniami podatkowymi. W ocenie Izby odwołujący nie wykazał, że taką uprawnioną instytucją nie jest Equitalia Cerit Spa. Według oświadczenia przystępującego, popartego treścią pisma włoskiego adwokata z 1 czerwca 2011 r., złożonego przez przystępującego na rozprawie, jest to utworzona na podstawie art. 3 dekretu nr 203 z 30 września 2005 r., przekształconego w ustawę nr 248 z 2 grudnia 2005 r., włoska publiczna spółka akcyjna, której kapitał w 51% należy do Urzędu Skarbowego, zaś w 49% do Krajowego Zakładu Ubezpieczeń Społecznych, odpowiedzialna za krajowe operacje poboru podatków i składek, prowadząca ewidencje płatności podatków i posiadająca informacje o zaległościach podatkowych o nierzetelnych podatnikach.

Postępowanie przed Izbą, jest postępowaniem kontrydiktoryjnym i zgodnie z ogólną regułą dowodową wyrażoną w art. 6 Kc zobowiązanym do przeprowadzenia dowodów jest ten, kto z danego twierdzenia wywodzi skutki prawne. Zarzut w tym zakresie Izba uznała zatem za nieudowodniony przez odwołującego.

Zarzut niewykazania braku podstaw do wykluczenia w zakresie art. 24 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w odniesieniu do podmiotu trzeciego – Data System Group.

Nie było sporne pomiędzy Stronami, iż w wyniku wezwania przez zamawiającego przystępujący pismem z dnia 21 kwietnia 2011 r. złożył wszystkie wymagane przez zamawiającego dokumenty, o których mowa w § 2 Rozporządzenia w sprawie dokumentów dotyczące podmiotu Data System Group Sp. z o.o. Spółka komandytowa. Nie było sporne również, iż przystępujący nie złożył zaświadczenia z Urzędu Skarbowego i ZUS dotyczących firmy Data System Group sp. z o.o.

Izba stwierdziła, iż na podstawie dokumentów złożonych przez przystępującego w części jawnej jak również w części tajnej oferty, wykazu dostaw i usług, treści referencji nie można ustalić w sposób jednoznaczny, czy podmiotem trzecim, na którego zasobie wiedzy i doświadczenia oparł się przystępujący jest podmiot Data System Group sp. z o.o. spółka komandytowa czy też Data System Group sp. z o.o. Na to, która z ww. spółek zobowiązała się udostępnić przystępującemu zasób wiedzy i doświadczenia nie wskazywało także zobowiązanie samego podmiotu trzeciego. Co istotne, na podstawie informacji ujawnionych w odpisach aktualnych z KRS firmy Data System Group sp. z o.o., firmy Data System Group sp. z o.o. spółka komandytowa, ustalono, że osoby które podpisały zobowiązanie były uprawnione do składania oświadczeń woli na rzecz zarówno Data System Group sp. z o.o. jako członkowie jej zarządu, jak i na rzecz Data System Group sp. z o.o. spółka komandytowa, jako osoby uprawnione do reprezentacji komplementariusza tej spółki, którym jest Data System Group sp. z o.o.

W konsekwencji nie można było ustalić, bez uprzedniego wezwania przystępującego do złożenia stosownych wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, czy zostały złożone wszystkie dokumenty, o których mowa w § 2 Rozporządzenia w sprawie dokumentów dotyczące nie podlegania wykluczeniu podmiotu trzeciego na którego zasoby w zakresie wiedzy i doświadczenia powoływał się przystępujący.

W świetle powyższego zarzut niewykazania przez przystępującego braku podstaw do wykluczenia w zakresie art. 24 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w odniesieniu do podmiotu trzeciego – Data System Group, a w konsekwencji zaniechania wykluczenia przystępującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp należało oddalić jako przedwczesny.

2. Zarzut naruszenia art. 8 ust. 3 w zw. z art. 96 ust. 3 ustawy Pzp

Izba nie rozpoznawała merytorycznie zarzutu zaniechania odtajnienia i udostępnienia odwołującemu zastrzeżonych przez przystępującego, jako niejawnych części oferty, informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, tj. wykazów wykonanych dostaw i usług wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie oraz z zobowiązaniami podmiotów trzecich do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów. Izba ustaliła, że odwołujący już w dniu 1.03.2011 r. zwrócił się z wnioskiem do zamawiającego o udostępnienie ofert złożonych w postępowaniu. Zamawiający w dniu 7.03.2011 r. udostępnił odwołującemu ofertę przystępującego bez dokumentów zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, czego nie kwestionował odwołujący. Zgodnie z art. 96 ust. 3 ustawy Pzp oferty są jawne od chwili ich otwarcia. Skoro w odpowiedzi na wniosek odwołującego o udostępnienie mu całości oferty przystępującego, zamawiający w dniu 7 marca 2011 r. nie udostępnił mu części tej oferty, to wobec takiego zaniechania zamawiającego przysługiwało odwołującemu prawo do wniesienia odwołania w terminach określonych w art. 182 ustawy Pzp. Odwołanie wobec zaniechania zamawiającego zostało wniesione dopiero w dniu 23 maja 2011 r. Terminy określone w art. 182 ustawy Pzp są terminami zawitymi, których upływ powoduje wygaśnięcie prawa do skorzystania ze środka ochrony prawnej.

Zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp Izba odrzuca odwołanie, jeżeli zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie. Jednakże wobec braku możliwości wydania przez Izbę orzeczenia częściowego (w tym również postanowienia o odrzuceniu odwołania w części) w orzecznictwie Izby utrwalił się pogląd, iż wydanie postanowienia o odrzuceniu odwołania możliwe jest wyłącznie w przypadku, gdy żaden z podnoszonych przez wykonawcę zarzutów nie może być przez Izbę rozpoznany z powodów określonych w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. W przeciwnym wypadku Izba rozpoznaje odwołanie, z tym że zarzuty co do których zachodzą okoliczności wymienione w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp oddala się, bez merytorycznego ich rozpoznania.

W świetle powyższego zarzut naruszenia art. 8 ust. 3 w zw. z art. 96 ust. 3 ustawy Pzp, jako spóźniony, należało oddalić.

3. Zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 6 ustawy Pzp

Izba nie rozpoznawała zarzutu dotyczącego zaniechania przez zamawiającego dokonania czynności unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 6 ustawy Pzp, albowiem odwołujący, w trakcie rozprawy, cofnął ww. zarzut.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co ze wskazanych wyżej względów miało miejsce w niniejszej sprawie. Zamawiający z naruszeniem przepisów ustawy zaniechał dokonania czynności wykluczenia przystępującego z postępowania. Stwierdzone naruszenie ma wpływ na wynik postępowania albowiem oferta przystępującego została niezasadnie wybrana przez zamawiającego jako najkorzystniejsza.

Biorąc powyższe pod uwagę, na podstawie art. 192 ust. 1 i 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. Nr 41 poz. 238).

Izba uwzględniła koszty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego w wysokości 3600,00 zł, na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy, stosownie do brzmienia § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: