

Sygn. akt: KIO 421/14

WYROK

z dnia 20 marca 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Brzeska

Protokolant: Cyprian Świś

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 marca 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 3 marca 2014 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: InfoSoftware Sp. z o.o. z siedzibą w Krościenko Wyżne oraz Zakład Systemów Komputerowych ZSK Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Krościenko Wyżne**

przy udziale **STIMO N..... Sp. J. z siedzibą w Krośnie** zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie**
- 2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: InfoSoftware Sp. z o.o. z siedzibą w Krościenko Wyżne oraz Zakład Systemów Komputerowych ZSK Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie i:**

- 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr.** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy), uiszczoną przez

wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: InfoSoftware Sp. z o.o. z siedzibą w Krościenko Wyżne oraz Zakład Systemów Komputerowych ZSK Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie tytułem wpisu od odwołania;

- 2) zasądza od **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: InfoSoftware Sp. z o.o. z siedzibą w Krościenko Wyżne oraz Zakład Systemów Komputerowych ZSK Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie** kwotę **3 600 zł 00 gr.** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) na rzecz **Gminy Krościenko Wyżne** tytułem 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. Nr 119, 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 **Krośnie**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Krościenko Wyżne prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z późn. zm.) (zwanej dalej również „ustawą Pzp”), postępowanie o udzielenie zamówienia na: „*Dostawę sprzętu komputerowego, organizację szkoleń i pełnienie funkcji Operatora Informatycznego w ramach realizacji projektu „Przeciwdziałanie wykluczeniu cyfrowemu w Gminie Krościenko Wyżne”*”.

Wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 24 stycznia 2014 r. pod numerem 16031-2014.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: InfoSoftware Sp. z o.o. z siedzibą w Krościenko Wyżne oraz Zakład Systemów Komputerowych ZSK Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie (zwani dalej: „*Odwołującym*”) w dniu 3 marca 2014 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożył odwołanie na czynność wykluczenia Odwołującego z postępowania oraz odrzucenia jego oferty.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu w odwołaniu naruszenie następujących przepisów:

- art. 24 ust. 2 pkt 4) ustawy Pzp poprzez niezgodne z prawem dokonanie czynności wykluczenia Odwołującego i art. 89 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp poprzez niezgodne z prawem dokonanie czynności odrzucenie jego oferty;
- art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt. 4) ustawy Pzp poprzez bezprawne wykluczenie Odwołującego, a następnie odrzucenie jego oferty, pomimo tego, iż oferta Odwołującego spełnia warunki udziału w postępowaniu.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o uwzględnienie niniejszego odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 2) unieważnienie czynności oceny ofert;

- 3) powtórzenia czynności oceny ofert, a w jej wyniku uznania za prawidłową oferty Odwołującego;
- 4) powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 5) wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Czynność wykluczenia Odwołującego z postępowania z dnia 26 lutego 2014 r. stała się przedmiotem odwołania, wniesionego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: InfoSoftware Sp. z o.o. z siedzibą w Krościenko Wyżne oraz Zakład Systemów Komputerowych ZSK Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie.

Następnie Izba ustaliła, że do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w niniejszym postępowaniu zgłosił przystąpienie wykonawca STIMO N..... Sp. J. z siedzibą w Krośnie.

Pismem z dnia 11 marca 2014 r. Zamawiający odpowiedział na odwołanie, nie zgadzając się z zarzutami zawartymi w odwołaniu oraz wnosząc o oddalenie przedmiotowego odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, ofertę wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: InfoSoftware Sp. z o.o. z siedzibą w Krościenko Wyżne oraz Zakład Systemów Komputerowych ZSK Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie - jak również oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Odwołanie, wobec nie stwierdzenia na posiedzeniu niejawnym braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez Odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu.

Ponadto Izba ustaliła, że Odwołujący przekazał Zamawiającemu kopię niniejszego odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła również, że wezwanie do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym miało miejsce w dniu 4 marca 2014 r.

Izba potwierdziła skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego (które wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 marca 2014 r.) wykonawcy STIMO N..... Sp. J. z siedzibą w Krośnie (zwanego dalej: „Przystępującym”).

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania przedstawione podczas rozprawy, Izba uznała, iż odwołanie jest zasadne i zasługuje na uwzględnienie, choć nie wszystkie zarzuty potwierdziły się w ustalonym przez Izbę stanie faktycznym.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia (zwana dalej również „SIWZ”) zawierała, między innymi następujące postanowienia:

Zgodnie z pkt. 1 ppkt 1.2. Rozdziału 5 SIWZ Wykonawca musi wykazać, że w ciągu ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał:

- co najmniej dwa zamówienia polegające na dostawie, instalacji i uruchomieniu w miejscu eksploatacji min. 60 zestawów komputerowych wraz z oprogramowaniem i drukarkami,
- co najmniej jedno zamówienie polegające na zapewnieniu dostępu do szerokopasmowego Internetu dla min. 60 gospodarstw domowych, przez okres minimum 1 roku,
- co najmniej jedno zamówienie polegające na przeprowadzeniu szkoleń z zakresu podstaw obsługi komputera dla grupy min. 60 osób.

W przypadku, gdy o udzielenie zamówienia Wykonawcy ubiegają się wspólnie wówczas dopuszczalne jest, aby Wykonawcy łącznie spełniali powyższy warunek.

Natomiast zgodnie z pkt. 1 ppkt 2) Rozdziału 6 SIWZ, Wykonawca wraz z ofertą składa następujące dokumenty: wykaz wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, głównych dostaw i usług w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane (wzór dokumentu stanowi załącznik nr 5 do SIWZ), oraz załączeniem dowodów, czy zostały wykonane lub są wykonywane należycie.

Wraz z ofertą Odwołujący złożył m. in. następujące dokumenty:

- upoważnienie z dnia 3 lutego 2014 r.;
- oświadczenia o niepodleganiu wykluczeniu złożone przez podmioty: InfoSoftware Sp. z o.o. z siedzibą w Krościenko Wyżne oraz Zakład Systemów Komputerowych ZSK Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie;
- pełnomocnictwo z dnia 3 lutego 2014 r.;
- dokumenty rejestrowe InfoSoftware Sp. z o.o. z siedzibą w Krościenko Wyżne oraz Zakładu Systemów Komputerowych ZSK Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie;
- pusty wykaz wykonywanych dostaw/usług.

Zamawiający pismem z dnia 10 lutego 2014 r. wezwał wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: InfoSoftware Sp. z o.o. z siedzibą w Krościenko Wyżne oraz Zakład Systemów Komputerowych ZSK Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do złożenia wykazu wykonanych głównych dostaw i usług wg wzoru stanowiącego załącznik nr 5 do SIWZ.

Wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: InfoSoftware Sp. z o.o. z siedzibą w Krościenko Wyżne oraz Zakład Systemów Komputerowych ZSK Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie pismem z dnia 12 lutego 2014 r. złożyli wykaz wykonywanych dostaw.

Zamawiający pismem z dnia 26 lutego 2014 r. wykluczył Odwołującego z postępowania uzasadniając swoją czynność w następujący sposób. Zamawiający wskazał, że w odniesieniu do zamówień wykonanych przez wykonawcę InfoSoftware Polska sp. z o.o. należy stwierdzić, że brak jest potwierdzenia spełnienia warunku wykonania co najmniej jednego zamówienia polegającego na zapewnieniu dostępu do szerokopasmowego Internetu dla min. 60 gospodarstw domowych, przez okres minimum 1 roku (zakres przywołanego przez Wykonawcę zamówienia wykonanego na rzecz Gminy Kunów obejmował dostawę Internetu dla 30 beneficjentów, ponadto ww. zamówienie nie spełnia wymaganego minimum 1-letniego okresu trwałości świadczenia usług — dostawa sprzętu zrealizowana w październiku i listopadzie 2013 r.). W odniesieniu do dokumentów dotyczących doświadczenia podmiotu Zakładu Systemów Komputerowych „ZSK” Sp. z o.o. Zamawiający zauważył, że nie przedłożono dokumentu potwierdzającego udostępnienie Wykonawcy InfoSoftware Polska Sp. z o.o. niezbędnych zasobów w celu korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia.

Ponadto Zakład Systemów Komputerowych „ZSK” Sp. z o.o. nie może być też uznany za uczestnika niniejszego postępowania, albowiem z treści formularza ofertowego wynika, że oświadczenie woli, jakim jest oferta zostało złożone wyłącznie w imieniu InfoSoftware Polska

Sp. z o.o., nie zaś wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Mimo zatem złożenia pełnomocnictwa dla Infosoftware Polska Sp. z o.o. nie można uznać, iż oferta została złożona przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w rozumieniu art. 23 ust. 1 ustawy Pzp. Osoba, którą podpisała ofertę została umocowana jedynie do działania w imieniu i na rzecz wykonawcy InfoSoftware Polska Sp. z o.o., nie zaś wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego. W konsekwencji korzystając z zasobów Zakładu Systemów Komputerowych „ZSK” Sp. z o.o. Wykonawca musiałby posiadać dokumenty uprawniające go do dysponowania zasobami podmiotu trzeciego na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Ponadto - niezależnie od braku formalnych podstaw do dysponowania zasobami podmiotów, na doświadczenie których wykonawca powołuje się w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, Wykonawca InfoSoftware Polska Sp. z o.o. nie wskazał tych podmiotów jako podwykonawców, na zasobach których zamierza polegać w celu korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. W treści formularza oferty Wykonawca nie wskazał, że zamierza korzystać z podwykonawców, ani nie wskazał nazw (firm) podwykonawców, na zasoby których powołuje się na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Nie jest zatem możliwe udostępnienie doświadczenia bez jednoczesnego udostępnienia przedsiębiorstwa, z którym to doświadczenie jest związane. Z tych też względów dla wykazania dysponowania zasobami podmiotu trzeciego przy ocenie spełniania warunków wiedzy i doświadczenia niezbędne jest powołanie się na udział podmiotu trzeciego w wykonaniu zamówienia. W świetle powyższego - Wykonawca powołał się na doświadczenie podmiotów trzecich, które nie będą brały udziału w realizacji zamówienia, a ponadto wykonawca nie dysponował dokumentami, które w sposób zgodny z obowiązującymi przepisami potwierdzały, że będzie dysponował niezbędnymi zasobami w celu korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. Zatem Wykonawca InfoSoftware Polska Sp. z o.o. nie wykazał – w ocenie Zamawiającego - spełniania warunków udziału w postępowaniu i w konsekwencji podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Izba oceniając zarzut bezpodstawnego wykluczenia Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp dotyczący niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu – uznała, że zarzut Odwołującego nie potwierdził się. Krajowa Izba Odwoławcza dokonując oceny stanu faktycznego wzięła pod uwagę następujące okoliczności.

Po pierwsze niezależnie od argumentacji przedstawionej przez Zamawiającego Krajowa Izba Odwoławcza przypomina, iż to wykonawca w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu - powołując się na wiedzę i doświadczenie podmiotu trzeciego, niezależnie od charakteru łączących go stosunków - powinien przedstawić pisemne zobowiązanie tego podmiotu co do faktycznego umożliwienia wykonawcy korzystania z jego zasobów. To na wykonawcy w postępowaniu spoczywa ciężar wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, co wynika z treści art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. W przedmiotowej sprawie Izba uznała, że wykonawca pierwotnie – wraz z ofertą – złożył pusty, nie wypełniony wykaz dostaw, a następnie wezwany do uzupełnienia, uzupełnił wykaz jednocześnie powołując się - w złożonym wykazie na potencjał podmiotu trzeciego oraz złożył niewłaściwe – w ocenie Izby - pisemne zobowiązanie podmiotu trzeciego (m. in. MEGA.NET Sp. c.), na którego wiedzę i doświadczenie powołał się w uzupełnionym wykazie. Izba – w tak zaistniałym stanie faktycznym - uznała, że w takim wypadku wykluczenie wykonawcy z postępowania należy uznać w pełni za zasadne, gdyż to na wykonawcy, a nie na Zamawiającym, ciąży obowiązek wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający nie może narzucić wykonawcy, czy też choćby wskazywać w wezwaniu do uzupełnienia, sposobu, w jaki można wykazać spełnianie warunków udziału w postępowaniu. To do wykonawcy należy decyzja, czy będzie on - spełnianie warunków - wykazywał polegając na własnym potencjale, czy też będzie posiłkował się potencjałem podmiotu obcego. W przypadku zaś polegania na potencjale podmiotu trzeciego, jak wynika wprost z ustawy, to także wykonawca zobowiązany jest udowodnić Zamawiającemu, iż takim potencjałem może dysponować. Skoro zatem wykonawca wezwany do uzupełnienia odpowiedniego wykazu, mającego potwierdzić spełnianie wymagań Zamawiającego, zdecydował się polegać na potencjale podmiotu trzeciego, to do niego należał obowiązek udowodnienia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, poprzez złożenie właściwego w swej treści zobowiązania. Powyższe nie miało miejsca w niniejszym stanie faktycznym. Dokument na który powołał się wykonawca nie zawierał podstawowych elementów takiego zobowiązania. W tytule można było odczytać, że jest to jedynie użyczenie referencji, w treści wskazano nazwę postępowania. Z dokumentu tego nie dało się odczytać m. in. kluczowych dla Zamawiającego informacji, t.j. czy jest to faktycznie zobowiązanie do oddania do dyspozycji (nie zaś jak w tytule użyczenie samych referencji), jaki podmiot użycza potencjału i na jaki okres użyczenie potencjału nastąpi. Zatem wobec tak zaistniałego stanu rzeczy – w ocenie Izby – niedopuszczalnym byłoby uznanie takich dokumentów za właściwe w świetle przepisów ustawy Pzp. W konsekwencji, po wyczerpaniu już procedury z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie będzie możliwe ponowne wezwanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: InfoSoftware Sp. z o.o. z siedzibą w Krościenko Wyżne oraz Zakładu Systemów Komputerowych ZSK Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie do uzupełnienia

zobowiązania MegaNET s.c, gdyż w świetle literalnego brzmienia ww. przepisu wezwanie do uzupełnienia może nastąpić tylko raz – co miało miejsce pismem z dnia 10 lutego 2014 r., a jego efektem powinno być złożenie przez wykonawcę takich dokumentów, z których wynikać będzie w sposób niebudzący wątpliwości, że spełnia on warunki udziału w postępowaniu, czego wykonawca w niniejszym postępowaniu nie wykazał. Zatem zasadnym było wykluczenie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: InfoSoftware Sp. z o.o. z siedzibą w Krościenko Wyżne oraz Zakład Systemów Komputerowych ZSK Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

Po drugie odnosząc się do drugiego z zarzutów – dotyczącego bezpodstawnego wykluczenia Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, z uwagi, że oferta została złożona wyłącznie przez podmiot InfoSoftware Sp. z o.o. z siedzibą w Krościenko Wyżne, nie zaś wspólnie z wykonawcą Zakłady Systemów Komputerowych ZSK Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie – Izba uznała, że powyższy zarzut należy uznać za zasadny.

W pierwszej kolejności, należy przypomnieć, że na podstawie art. 14 ustawy Pzp do czynności podejmowanych przez Zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz. U. Nr 16, poz. 93 z późn. zm.). Zatem w przedmiotowym postępowaniu, w ocenie Izby mają zastosowanie przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku (Dz. U. Nr 16, poz. 93 ze zm.) Kodeks cywilny, w szczególności przepis art. 65 § 1, który stanowi wykładnię oświadczenia woli. Przepis art. 65 Kc. stanowi, iż *„Oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje”*.

Należy pamiętać, że wykładnia oświadczenia woli stanowi zespół czynności prowadzących do ustalenia znaczenia danej wypowiedzi (P. Machnikowski (w:) *Kodeks cywilny...*, red. E. Gniewek, s. 153). Zgodnie z art. 60 k.c., oświadczenie woli stanowi każde zachowanie się osoby dokonywającej czynności prawnej, które ujawnia jej wolę w sposób dostateczny.

Powyższe potwierdza orzecznictwo Sądu Najwyższego, odnoszące się do wykładni oświadczenia woli. I tak Sąd Najwyższy – Izba Cywilna w wyroku z dnia 23 stycznia 2008 roku, sygn. akt V CSK 474/07 orzekł, że *Jeżeli wykładnia tekstu umowy budzi wątpliwości, zachodzi potrzeba ustalenia rzeczywistej treści umowy przy uwzględnieniu oświadczeń woli stron składanych przed i w trakcie zawierania umowy, według ich rozumienia przez każdą ze stron. Na tym etapie wykładni ma także znaczenie zachowanie się stron po zawarciu umowy*

oraz w trakcie jej wykonywania, oraz w wyroku z dnia 21 czerwca 2007 roku, sygn. akt IV CSK 95/07, gdzie SN orzekł, że Ustalając znaczenie oświadczenia woli należy zacząć od sensu wynikającego z reguł językowych, z tym, że przede wszystkim należy uwzględnić zasady, zwroty i zwyczaje językowe używane w środowisku, do którego należą strony, a dopiero potem ogólne reguły językowe. Trzeba jednak przy tym mieć na uwadze nie tylko interpretowany zwrot, ale także jego kontekst. Dlatego nie można przyjąć takiego znaczenia interpretowanego zwrotu, który pozostawałby w sprzeczności z pozostałymi składnikami wypowiedzi. Klóciłoby się to bowiem z założeniem o racjonalnym działaniu uczestników obrotu prawnego. Przy wykładni oświadczenia woli należy - poza kontekstem językowym - brać pod uwagę także okoliczności złożenia oświadczenia woli, czyli tzw. kontekst sytuacyjny (art. 65 § 1 KC). Obejmuje on w szczególności przebieg negocjacji, dotychczasowe doświadczenie stron, ich status (wyrażający się, np. prowadzeniem działalności gospodarczej).

Nie ulega wątpliwości, że z całokształtu okoliczności wynika, iż oferta w niniejszym postępowaniu została złożona przez konsorcjum – t.j. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: InfoSoftware Sp. z o.o. z siedzibą w Krościenko Wyżne oraz Zakład Systemów Komputerowych ZSK Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, nie zaś wyłącznie przez wykonawcę InfoSoftware Sp. z o.o. z siedzibą w Krościenko Wyżne. Owszem – jak wskazał Zamawiający w złożonej ofercie, w miejscu – pieczęć wykonawcy – znajduje się pieczęć wykonawcy InfoSoftware Sp. z o.o. z siedzibą w Krościenko Wyżne, jednak po dalszej lekturze złożonej oferty, można – bez większych wątpliwości – odczytać zamiar wykonawców InfoSoftware Sp. z o.o. oraz Zakładu Systemów Komputerowych ZSK Sp. z o.o. występowania wspólnie w postępowaniu na „Dostawę sprzętu komputerowego, organizację szkoleń i pełnienie funkcji Operatora Informatycznego w ramach realizacji projektu Przeciwdziałanie wykluczeniu cyfrowemu w Gminie Krościenko Wyżne ” w oparciu o dyspozycję art. 23 ustawy Pzp.

Na powyższe wskazuje konsekwentnie m. in. pełnomocnictwo z dnia 3 lutego 2014 r., - z którego wynika wola wykonawców: InfoSoftware Sp. z o.o. oraz Zakładu Systemów Komputerowych ZSK Sp. z o.o. występowania wspólnie - powołujące się w swej treści na umowę konsorcjum zawartą pomiędzy tymi wykonawcami w dniu 3 lutego 2014 r. Dodatkowo – co zostało wskazane przez Odwołującego - wykonawcy ci złożyli również wraz z ofertą oświadczenia o niepodleganiu wykluczeniu (zarówno: InfoSoftware Sp. z o.o. jak również Zakład Systemów Komputerowych ZSK Sp. z o.o.), inne dokumenty podmiotowe oraz dokumenty rejestrowe, wskazujące na właściwe znaczenie złożonego oświadczenia woli – jakim było złożenie oferty wspólnie w oparciu ukonstytuowane umową z dnia 3 lutego

2014 r. konsorcjum, składające się z dwóch wykonawców: t.j. InfoSoftware Sp. z o.o. oraz Zakładu Systemów Komputerowych ZSK Sp. z o.o.

Należy pamiętać, że formalizm postępowania – nie może wykraczać poza cel, któremu służy, a który sprowadza się do gwarantowania realizacji wyrażonych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zasad równego traktowania wykonawców oraz zachowania uczciwej konkurencji, i w konsekwencji zawarcia ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W niniejszym postępowaniu sam Zamawiający – przecząc jednocześnie zbyt daleko idącemu formalizmowi postępowania - dostrzegając, iż faktycznym zamiarem wykonawców: InfoSoftware Sp. z o.o. z siedzibą w Krościenko Wyżne oraz Zakładu Systemów Komputerowych ZSK Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie było złożenie wspólnej oferty na podstawie art. 23 ustawy Pzp, gdyż wezwanie do uzupełnienia z dnia 10 lutego 2014 r. przekazał również do wiadomości wykonawcy: Zakładu Systemów Komputerowych ZSK Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie.

Powyższe argumenty przemawiają za tym, że w tak zaistniałym stanie faktycznym można było odczytać znaczenie oświadczenia woli wykonawców: InfoSoftware Sp. z o.o. z siedzibą w Krościenko Wyżne oraz Zakładu Systemów Komputerowych ZSK Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie. Wobec potwierdzenia się powyższego zarzutu, należałoby nakazać Zamawiającemu wezwanie do uzupełnienia pełnomocnictw upoważniających do składania oświadczeń woli w imieniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: InfoSoftware Sp. z o.o. z siedzibą w Krościenko Wyżne oraz Zakładu Systemów Komputerowych ZSK Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, gdyż m. in. złożone pełnomocnictwo z dnia 3 lutego 2014 r. nie zawiera chociażby upoważnienia do udzielania dalszych pełnomocnictw. Biorąc jednocześnie pod uwagę, że istniały przesłanki do wykluczenia Odwołującego z postępowania, z uwagi na niewykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, należało uznać że - potwierdzenie się zarzutu dotyczącego podmiotu składającego ofertę t.j. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: InfoSoftware Sp. z o.o. z siedzibą w Krościenko Wyżne oraz Zakładu Systemów Komputerowych ZSK Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, nie zaś wykonawcy InfoSoftware Sp. z o.o. - nie ma wpływu na wynik tego postępowania.

Należy przypomnieć, że 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. Z przepisu tego wynika zatem, że nie każde naruszenie przepisów ustawy Pzp

proceeds to the consideration of the appeal. It must be a qualified violation, resulting in a change or possibility of change in the outcome of the procedure. As for the result of the procedure, it should be recognized as such (i.e. selection of a given offer as the most advantageous, or disregard of the procedure). In the assessment of the Chamber, the confirmation of the charge concerning the subject of the offer and the violation of the provisions of the Pzp Act by the Tenderer does not have and cannot have any influence on the result of the procedure. As explained earlier, the appellant is subject to exclusion on the basis of art. 24 para. 2 pt. 4 of the Pzp Act. (analogically, the decision of the Regional Chamber of Appeal of 14 March 2013, case no. KIO 467/13).

On the third occasion, the Tenderer, in the response to the appeal, claimed that the contractor InforSoftware Polska Sp. z o.o. incorrectly calculated the price in the cost breakdown of the offer (enclosure no. 3 to SIWZ), in which the Tenderer indicated the method of price calculation. The first stage was estimated at 578 795,95 zł brutto, whereas after summing up the values of the entire order, the contractor should have offered a price of 652 594,95 zł brutto. The error resulted – in the assessment of the Tenderer – from the fact that in the cost breakdown of the offer, in line 7 of the first stage, the contractor entered 30 000,00 zł netto, which was then corrected to 80 000,00 zł netto. In view of the above, the offer of the appellant should also be rejected.

The Chamber indicates that the justification for the exclusion of the contractor – or the rejection of its offer – conditions the scope of arguments advanced by the contractor in support of its claim. In reliance on its content, the contractor formulates charges and indicates their justification. It should be pointed out that the charges advanced at the stage of the appeal are the only ones that can be decided by the Chamber, the binding nature of the charges advanced by the appellant has a direct effect on the possibility for the contractor to exercise its rights in the procedure. At the same time, the contractor has the right to have full knowledge of the grounds for the exclusion of the contractor by the Tenderer. The determination of the charges advanced by the Tenderer of the rejection of the offer cannot be dependent on the activity of the contractor. The obligation to indicate precise and exhaustive factual and legal grounds for the exclusion of the contractor from the procedure rests in full on the Tenderer.

The Chamber shares in its entirety the position expressed in the judgment of the Regional Chamber of Appeal of 15 July 2011, XXIII Regional Chamber of Appeal, case no. XXIII Ga 416/11, in which it was stated: *„(...) Z punktu widzenia Zamawiającego, oznacza to że nie może on zmienić ani rozszerzać podstawy faktycznej decyzji o wykluczeniu wykonawcy z postępowania po wniesieniu przez tego drugiego odwołania. W świetle związania KIO, Sądu Okręgowego i Odwołującego zarzutami podniesionymi w odwołaniu, sprzeczne z naczelną*

zasadą postępowania cywilnego, jaką jest zasada równouprawnienia stron, byłoby dopuszczenie do rozszerzenia podstawy faktycznej decyzji o wykluczeniu Odwołującego. Wobec związania swoimi zarzutami, Odwołujący nie mógłby bowiem odnieść się do nowych okoliczności przedstawionych przez Zamawiającego, po wniesieniu odwołania. Z tych względów postępowanie Zamawiającego, polegające na przedstawieniu nowych dowodów w odpowiedzi na odwołanie i skardze, nie można traktować jedynie jako rozszerzenia argumentacji zawartej w decyzji o wykluczeniu. Powyższej wykładni nie podważa zasada ekonomiki procesowej ani zasada dyspozycyjności formalnej czyli rozporządzania przez stronę czynnościami procesowymi. Zasady te aczkolwiek ważne, nie mogą mieć charakteru dominującego. Z punktu widzenia naczelnych zasad postępowania cywilnego z pewnością ważniejszą rolę odgrywa zasada równouprawnienia stron a dokładniej zasada równości środków procesowych. Podsumowując, skoro Odwołujący – wykonawca był związany swoimi zarzutami zawartymi w odwołaniu to również Zamawiający był związany podstawą faktyczną decyzji od której to odwołanie wniesiono. Dopuszczenie do rozszerzenia podstawy faktycznej decyzji przez Zamawiającego uniemożliwiłoby jednocześnie Odwołującemu – wykonawcy przedstawienie zarzutów, co do tych nowych okoliczności. Wobec tego dowody zgłoszone przez Zamawiającego jako dotyczące okoliczności związanych z rozszerzoną podstawą faktyczną decyzji o wykluczeniu, nie mogły zostać uwzględnione (...)

Zasadnym wydaje w tym miejscu przywołanie również wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 28 stycznia 2010 r. w sprawie C-406/08 Uniplex, który wskazuje, iż: „W tym względzie należy przypomnieć, że zgodnie z art. 1 ust. 1 dyrektywy 89/665 państwa członkowskie są zobowiązane do zapewnienia, iż sprzeczne z prawem decyzje instytucji zamawiających mogą skutecznie i możliwie szybko podlegać odwołaniu. Tymczasem fakt, że kandydat lub oferent dowiaduje się, że jego kandydatura lub oferta zostały odrzucone nie pozwala mu na skuteczne wniesienie odwołania. Takie informacje nie są wystarczające, aby umożliwić kandydatom lub oferentom wykrycie wystąpienia naruszenia prawa, które może być przedmiotem odwołania. Wyłącznie po poinformowaniu zainteresowanego kandydata lub oferenta o motywach wykluczenia go z postępowania o udzielenie zamówienia, może on nabrać wyraźnego przekonania co do występowania ewentualnego naruszenia obowiązujących przepisów, jak też co do możliwości wniesienia odwołania. Wynika z tego, że cel założony w art. 1 ust. 1 dyrektywy 89/665, jakim jest zagwarantowanie skutecznych środków odwoławczych w razie naruszenia przepisów obowiązujących w zakresie zamówień publicznych, może zostać osiągnięty, wyłącznie jeśli bieg terminów wyznaczonych do wniesienia takich środków odwoławczych rozpoczyna się od dnia, w którym skarżący dowiedział się lub powinien był dowiedzieć się o podnoszonym naruszeniu rzeczonych przepisów”.

Wobec powyższego argument Zamawiającego, że istniały również inne podstawy do wykluczenia Odwołującego, czy też odrzucenia jego oferty nie były przedmiotem rozstrzygnięcia przed Krajową Izbą Odwoławczą a powołując się na treść art. 92 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy Pzp należy pamiętać, że przepis ten ma dawać wykonawcom możliwość zweryfikowania oraz skontrolowania działań Zamawiającego i być gwarancją dla wykonawcy obrony jego praw w postaci zapewnienia skorzystania ze środków ochrony prawnej.

W konsekwencji mając na względzie wszystkie okoliczności niniejszej sprawy, orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, z uwzględnieniem przepisów 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:

.....