

WYROK
z dnia 6 lipca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Partycja Kaczmarska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 lipca 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez wykonawcę **Work Service S.A., ul. Ruska 51, 50-079 Wrocław** od czynności podjętych w toku postępowania przez zamawiającego **Pocztę Polską S.A., Centrum Infrastruktury Oddział Regionalny w Warszawie, ul. Świętokrzyska 31/33, 00-941 Warszawa,**

przy udziale **Pamar sp. z o.o., Pl. Konstytucji 3, 00-647 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu **Poczcie Polskiej S.A., Centrum Infrastruktury Oddział Regionalny w Warszawie, ul. Świętokrzyska 31/33, 00-941 Warszawa** unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności wykluczenia wykonawcy **Work Service S.A., ul. Ruska 51, 50-079 Wrocław**, oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert;
2. kosztami postępowania obciąża **Pocztę Polską S.A., Centrum Infrastruktury Oddział Regionalny w Warszawie, ul. Świętokrzyska 31/33, 00-941 Warszawa** i nakazuje:
 - 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy)** z kwoty wpisu uiszczzonego przez wykonawcę **Work Service S.A., ul. Ruska 51, 50-079 Wrocław**,
 - 2) dokonać wpłaty kwoty **15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy)** przez Zamawiającego **Pocztę Polską S.A., Centrum Infrastruktury**

Oddział Regionalny w Warszawie, ul. Świętokrzyska 31/33, 00-941 Warszawa na rzecz wykonawcy **Work Service S.A., ul. Ruska 51, 50-079 Wrocław** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący:

.....

U z a s a d n i e

Poczta Polska S.A., Centrum Infrastruktury Oddział Regionalny w Warszawie, ul. Świętokrzyska 31/33, 00-941 Warszawa, zwana dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759), zwanej dalej „ustawą Pzp”, wszczęła w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „usługę wykonywania czynności ekspedycyjno – rozdzielczych w Centrum Poczty Węzeł Ekspedycyjno – Rozdzielczy, ul. Łączyny 8”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 30 marca 2010 r., nr 2010/S 62-092472.

Zamawiający w dniu 9 czerwca 2010 r. przesłał faksem wykonawcy Work Service S.A., ul. Ruska 51, 50-079 Wrocław, zwanemu dalej „Odwołującym” zawiadomienie o wyborze jako najkorzystniejszej, oferty wykonawcy Pamar sp. z o.o., Pl. Konstytucji 3, 00-647 Warszawa, zwanego dalej „Przystępującym” oraz o wykluczeniu z udziału w postępowaniu Odwołującego, na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp i uznaniu jego oferty za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu wykluczenia Odwołującego Zamawiający wskazał, iż działając na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wezwał Odwołującego do uzupełnienia aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego o niekaralności w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy Pzp w odniesieniu do dwóch członków Zarządu spółki tj. Roberta K oraz Eweretta K. Odwołujący, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego złożył informację z Krajowego Rejestru Karnego o niekaralności ww. osób w Polsce, natomiast nie złożył zaświadczenia właściwych organów sądowych lub administracyjnych miejsca zamieszkania ww. osób (tj. odpowiednio USA i Rosji). W świetle powyższego Zamawiający uznał, że Odwołujący podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu, gdyż nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 czerwca 2010 r., wobec czynności podjętych przez Zamawiającego polegających na:

- 1) wykluczeniu z udziału w postępowaniu Odwołującego,
- 2) wyboru oferty złożonej przez Przystępującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu bezpodstawne wykluczenie go z udziału w postępowaniu, a w konsekwencji dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej z naruszeniem przepisów ustawy Pzp.

Jednocześnie Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez Przystępującego;
- 2) unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu;
- 3) powtórzenie czynności badania ofert,
- 4) dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał, że Zamawiający zarówno w treści ogłoszenia o zamówieniu jak i w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia określił, iż w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w punkcie 8.1.2. Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wykonawcy zobowiązani byli złożyć m.in. 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.

Podnosił, że Zamawiający, działając na podstawie z art. 26 ust 3 ustawy Pzp, wezwał Odwołującego pismem nr ORZ 230/2010 z dnia 06 maja 2010 r. do złożenia aktualnych informacji z Krajowego Rejestru Karnego dla: KNIGHTS ROBERT - Wiceprezesa Zarządu oraz KAMIN EVERETT- Członka Zarządu w zakresie określonym w art. 24 ust 1 pkt 4-8 Ustawy, wystawionych nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert a wymaganych postanowieniami pkt 8.1.2. ppkt 5) Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Zwracał uwagę, że Odwołujący, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego pismem z dnia 07 maja 2010 r. przedłożył aktualną informację z Krajowego Rejestru Karnego dla członków Zarządu Roberta K oraz Eweretta K w zakresie określonym w art. 24 ust 1 pkt 4-8 ustawy.

Podkreślał jednocześnie, że zarówno w SIWZ ani w późniejszym wezwaniu Zamawiającego z dnia 6 maja 2010 r., nie zostało zawarte żądanie przedłożenia przez Odwołującego dokumentów wymaganych treścią rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać Zamawiający od wykonawcy oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. nr 226, poz. 1817). Wywodził, iż Zamawiający w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie wymagał od Wykonawców przedłożenia dokumentów wymaganych postanowieniami § 4 ust 1 pkt 2 powołanego wcześniej Rozporządzenia.

Zamawiający w dniu 18 czerwca 2010 r. przesłał pozostałym wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia kopię odwołania wzywając ich do

przystąpienia do postępowania odwoławczego. Przystępujący otrzymał kopię odwołania i wezwanie do przystąpienia do postępowania odwoławczego faksem w dniu 18 czerwca 2010 r.

Przystępujący zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego doręczając przystąpienie Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej w formie pisemnej w dniu 21 czerwca 2010 r.

W uzasadnieniu Przystępujący podnosił, że Zamawiający zawarł w pkt 9.4 SIWZ postanowienie, iż *„Jeżeli Wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej składa dokumenty zgodnie z rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817).”*

Tym samym, w jego ocenie zarzut Odwołującego, że nie została zamieszczona informacja o dokumentach jakie mają być złożone przez Wykonawców nie posiadających siedziby na terytorium RP lub miejsca zamieszkania na terytorium RP nie powinien być przez Izbę uwzględniony.

Dodatkowo zwracał uwagę, że zarzut Odwołującego że Zamawiający w wezwaniu do uzupełnienia dokumentów nie wskazał, że w odniesieniu do osób mających miejsce zamieszkania poza granicami RP należy przedłożyć dokumenty wymagane przywołanym powyżej rozporządzeniem nie zasługuje na uwzględnienie. Wywodził, że Zamawiający na podstawie posiadanych przez siebie dokumentów Wykonawcy (w szczególności odpis z KRS) nie ma żadnej możliwości aby stwierdzić, w jakim miejscu świata osoba pełniąca funkcję członka zarządu Wykonawcy ma miejsce zamieszkania. Wyłącznie sam Wykonawca, posiada wiedzę na temat miejsca zamieszkania osób, które pełnią u niego funkcję członków zarządu. I tylko wykonawca ma możliwość zgromadzenia odpowiednich dokumentów, wymaganych obowiązującymi przepisami prawa polskiego.

Wywodził, że biorąc powyższe pod uwagę, odwołanie winno być, bądź odrzucone jako wniesione po terminie, gdyż dotyczy ono postanowień SIWZ, bądź oddalone, gdyż Zamawiający nie naruszył obowiązujących przepisów prawa zamówień publicznych.

Niezależnie od powyższego, z ostrożności procesowej Przystępujący podnosił, że w swoim odwołaniu z dnia 20 maja 2010 roku zarzucił m.in. Zamawiającemu, że aktualnie Odwołujący się Wykonawca Work Service SA winien zostać wykluczony, gdyż w chwili otwarcia ofert, jego oferta nie była zabezpieczona wadium. Podnosił, że zgodnie z postanowieniem KIO w sprawie o sygn. 956/10, Zamawiający pismem z dnia 28.05.2010 roku, uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu - „PAMAR” Sp. z o.o. i wniosł

o umorzenie postępowania na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron. Tym samym, w jego ocenie, nawet w przypadku ewentualnego uwzględnienia odwołania, brak jest możliwości dokonania przez Zamawiającego wyboru oferty złożonej przez Work Service SA.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia SIWZ wraz z załącznikami, odwołanie, przystąpienie do postępowania odwoławczego, ofertę Odwołującego, a także dokumentację akt postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 956/10, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby ustalił co następuje:

Zamawiający w pkt 3 ppkt 2 SIWZ wskazał, że podstawą prawną opracowania specyfikacji istotnych warunków zamówienia jest rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U. nr 226, poz. 1817). Ponadto w pkt 8.1.2 ppkt 5) zastrzegł, że w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania wykonawca ma obowiązek złożyć aktualną informację Krajowego Rejestru karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy, wystawioną nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert. Nadto w pkt 9.4 SIWZ *„Postanowienia dotyczące wykonawców mających siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej”* Zamawiający wskazał, że *„jeżeli wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej składa dokumenty zgodnie z rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U. Nr 226, poz. 1817)”*.

Siedziba Odwołującego mieści się we Wrocławiu. Członkiem Zarządu Odwołującego są m.in. Robert K zamieszkały Stepana Supyna, building 3, apt 18, Moscow oraz Everett K, zamieszkały Bronx, New York, USA.

Odwołujący nie złożył wraz z ofertą m.in. informacji o niekaralności w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy Pzp dla członków Zarządu Odwołującego tj. Robert K oraz Everett K. Wobec powyższego, Zamawiający działając na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, pismem z dnia 6 maja 2010 roku, wezwał Odwołującego do uzupełnienia m.in. aktualnych informacji z Krajowego Rejestru Karnego dla ww. członków zarządu Odwołującego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy, wystawionych nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert a wymaganych postanowieniami pkt 8.1.2 ppkt 5 specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, pismem z dnia 6 maja 2010 r. Odwołujący złożył m.in.:

- informację z Krajowego Rejestru Karnego z dnia 30 kwietnia 2010 r., zgodnie z którą Robert K nie figuruje w kartotece karnej KRK,
- informację z Krajowego Rejestru Karnego z dnia 30 kwietnia 2010 r., zgodnie z którą Everett K nie figuruje w kartotece karnej KRK
- zaświadczenia oddziału ZUS z 5.5.2010 r., iż Odwołujący nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenie zdrowotne lub społeczne

Zamawiający pismem z dnia 12 maja 2010 r. wybrał ofertę Odwołującego jako najkorzystniejszą, informując, że Odwołujący uzyskał 100 pkt, zaś Przystępujący 89,96 pkt.

Z powyższą decyzją Zamawiającego nie zgodził się Przystępujący Pamar sp. z o.o., który w dniu 20 maja 2010 r. wniósł odwołanie, zarzucając:

- a) że Odwołujący nie wniósł wadium przed upływem terminu składania ofert,
- b) że w udostępnionej przez Zamawiającego Przystępującemu ofercie Odwołującego brak jest informacji z Krajowego Rejestru Karnego dla członków zarządu Odwołującego tj: Robert K i Everett K a także zaświadczenia oddziału ZUS lub KRUS potwierdzającego, że Odwołujący nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenie zdrowotne lub społeczne jak również brak informacji, o fakcie wezwania Odwołującego do uzupełnienia tych dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.
- c) że oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia

Zamawiający pismem z dnia 28 maja 2010 r. uwzględnił zarzuty w całości, na skutek czego Krajowa Izba Odwoławcza postanowieniem z dnia 01 czerwca 2010 r. w sprawie o sygn. KIO 956/10 umorzyła postępowanie odwoławcze.

Zamawiający pismem z dnia 9 czerwca 2010 r. zawiadomił wykonawców o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Przystępującego – Pamar sp. z o.o. w Warszawie. Jednocześnie Zamawiający poinformował o wykluczeniu z udziału w postępowaniu Odwołującego – Work Service S.A. we Wrocławiu. Jako podstawę wykluczenia Odwołującego Zamawiający wskazał, że w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp Odwołujący złożył informację z Krajowego Rejestru Karnego o niekaralności w Polsce członków zarządu Odwołującego tj. Robert K i Everett K, natomiast nie złożył zaświadczenia o niekaralności właściwych organów sądowych lub administracyjnych miejsca zamieszkania ww. osób (tj. odpowiednio USA i Rosji).

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia Izba zważyła, co następuje:

Wobec wszczęcia postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego po dniu 29 stycznia 2010 r., w którym weszły w życie przepisy ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778) do jego rozpoznania mają zastosowanie przepisy ustawy Pzp po nowelizacji z dnia 2 grudnia 2009 r. (dalej „ustawa Pzp”) oraz przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 48, poz. 280) i 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).

Skład orzekający Izby w pierwszej kolejności ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. W szczególności Izba stwierdziła, że przedmiotowe odwołanie nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp albowiem nie dotyczy czynności, którą Zamawiający, w przypadku uwzględnienia zarzutów zawartych w odwołaniu, wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Izba ustaliła, że uwzględnienie przez Zamawiającego zarzutów dokonane pismem z dnia 28 maja 2010 r., na skutek którego Izba postanowieniem z dnia 01 czerwca 2010 r. w sprawie o sygn. KIO 956/10 umorzyła postępowanie odwoławcze, dotyczyło następujących zarzutów podnoszonych przez Przystępującego w odwołaniu z dnia 20 maja 2010 r.:

- a) zarzutu, że Odwołujący nie wniósł wadium przed upływem terminu składania ofert,
- b) zarzutu, że oferta Odwołującego podlega odrzuceniu gdyż zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,
- c) zarzutu niezłożenia informacji z Krajowego Rejestru Karnego dla członków zarządu Odwołującego tj: Robert K i Everett K a także zaświadczenia oddziału ZUS lub KRUS potwierdzającego, że Odwołujący nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenie zdrowotne lub społeczne jak również zaniechania wezwania Odwołującego do uzupełnienia tych dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, że pomimo uwzględnienia zarzutów Zamawiający nie wykluczył Odwołującego ani nie odrzucił jego oferty z żadnej z przyczyn będącej przedmiotem uprzedniego uwzględnienia zarzutów. Jako podstawę wykluczenia Odwołującego Zamawiający wskazał bowiem, że w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów

w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp Odwołujący złożył informację z Krajowego Rejestru Karnego o niekaralności członków zarządu Odwołującego tj. Robert K i Everett K w Polsce, natomiast nie złożył zaświadczenia o niekaralności tych osób z właściwych organów sądowych lub administracyjnych miejsca zamieszkania ww. osób (tj. odpowiednio USA i Rosji).

Jak wyjaśnił na rozprawie Zamawiający, nie wykluczył on Odwołującego z udziału w postępowaniu z powodu niezłożenia wadium, albowiem przeprowadzone przez niego po uwzględnieniu zarzutów w całości i umorzeniu postępowania przed Izbą w sprawie o sygn. KIO 956/10 postępowanie wyjaśniające doprowadziło do ustalenia, że wadium wniesione przez Odwołującego w rzeczywistości zostało zaksięgowane na rachunku bankowym Zamawiającego przed upływem terminu składania ofert (dowód: zaświadczenie Banku Pocztowego z 26 maja 2010 r., znajdujące się w aktach sprawy). Zamawiający oświadczył także, że nie odrzucił oferty Odwołującego z powodu złożenia oferty zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, albowiem cena oferty Odwołującego była zbliżona do wartości szacunkowej zamówienia. Ponadto, jak wynika z akt sprawy, Zamawiający nie wykluczył Odwołującego z powodu niezłożenia informacji z Krajowego Rejestru Karnego dla członków zarządu Odwołującego tj: Robert K i Everett K, a także zaświadczenia oddziału ZUS lub KRUS potwierdzającego, że Odwołujący nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenie zdrowotne lub społeczne, ponieważ Odwołujący pismem z dnia 6 czerwca 2010 r. złożył te dokumenty. Izba ustaliła także, że Przystępujący nie kwestionował w ustawowym terminie zaniechania wykonania przez Zamawiającego czynności wykluczenia Odwołującego lub zaniechania odrzucenia jego oferty zgodnie z uwzględnieniem zarzutów.

W świetle powyższego Izba stwierdziła, że przedmiotowe odwołanie nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła także, że odwołanie nie podlega odrzuceniu z tego powodu, że zostało wniesione po terminie. Izba stwierdziła bowiem, że przedmiotem odwołania nie były postanowienia SIWZ, ale czynność wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu. Fakt, że Odwołujący dokonuje odmiennej aniżeli Zamawiający wykładni postanowień SIWZ nie oznacza, że składa środek ochrony prawnej wobec postanowienia SIWZ. Informację o czynności wykluczenia z udziału w postępowaniu, która stanowiła podstawę do wniesienia odwołania Zamawiający przekazał Odwołującemu faksem w dniu 9 czerwca 2010 r. W tej sytuacji wniesienie odwołania przez Odwołującego do Prezesa Izby w dniu 18 czerwca 2010 r. należy uznać jako wniesienie odwołania z zachowaniem 10 dniowego terminu wynikającego ze, znajdującego zastosowanie w niniejszej sprawie, art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła również, że Odwołujący posiada interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, uprawniający go do złożenia odwołania. Wobec zaniechania przez Zamawiającego czynności wykluczenia Odwołującego lub zaniechania odrzucenia jego oferty zgodnie z uwzględnieniem zarzutów i postanowieniem KIO w sprawie o sygn. KIO 956/10 a także wobec niewniesienia wobec tego zaniechania odwołania przez Przystępującego, jedynym powodem wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu jest przyczyna będąca przedmiotem rozpoznania przez Izbę w niniejszej sprawie. A zatem ewentualne potwierdzenie zarzutów podniesionych przez Odwołującego w niniejszej sprawie umożliwi mu uzyskanie zamówienia, co jest wystarczające do stwierdzenia, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz może ponieść szkodę, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Stan faktyczny nie był w istocie sporny pomiędzy stronami. Nie ulega bowiem wątpliwości, że siedziba Odwołującego mieści się we Wrocławiu, a także że członkami Zarządu Odwołującego są m.in. Robert K zamieszkały Stepana Supyna, building 3, apt 18, Moscow oraz Everett K, zamieszkały Bronx, New York, USA. W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, pismem z dnia 6 maja 2010 r. Odwołujący złożył informację z Krajowego Rejestru Karnego z dnia 30 kwietnia 2010 r., zgodnie z którą Robert K nie figuruje w kartotece karnej KRK, oraz informację z Krajowego Rejestru Karnego z dnia 30 kwietnia 2010 r., zgodnie z którą Everett K nie figuruje w kartotece karnej KRK, natomiast nie złożył zaświadczenia o niekaralności właściwych organów sądowych lub administracyjnych miejsca zamieszkania dla tych członków zarządu Odwołującego (tj. odpowiednio USA i Rosji).

W tej sytuacji przedmiotem rozważań Izby było, czy zasadną była decyzja Zamawiającego o wykluczeniu Odwołującego z tego powodu, że nie złożył zaświadczenia o niekaralności właściwych organów sądowych lub administracyjnych miejsca zamieszkania dla ww członków zarządu (tj. odpowiednio USA i Rosji) była zasadna.

W pierwszym rzędzie Izba stwierdziła, iż postępowanie o udzielenie przedmiotowego zamówienia jest postępowaniem o wartości ponad 387.000 euro, a zatem zgodnie z art. 26 ust. 1 Zamawiający miał obowiązek żądać od wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Po drugie, obowiązkiem Zamawiającego wynikającym z art. 25 ust. 1 pkt 1 a także z art. 36

ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp było określenie w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wykazu dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Katalog dokumentów jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, które Zamawiający miał obowiązek żądać od wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia określa, wydane na podstawie art. 25 ust. 2 ustawy Pzp, rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817). Zgodnie z § 2 ust. 2 powołanego rozporządzenia *„Jeżeli, w przypadku wykonawcy mającego siedzibę na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, osoby, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 5-8 ustawy, mają miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, wykonawca składa w odniesieniu do nich zaświadczenie właściwego organu sądowego albo administracyjnego miejsca zamieszkania dotyczące niekaralności tych osób w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 5-8 ustawy, wystawione nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert, z tym że w przypadku gdy w miejscu zamieszkania tych osób nie wydaje się takich zaświadczeń - zastępuje się je dokumentem zawierającym oświadczenie złożone przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego miejsca zamieszkania tych osób”*.

Po drugie Izba stwierdziła, że Zamawiający wbrew obowiązкови wynikającemu z art. 26 ust. 1 w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 1 a także z art. 36 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp w ogłoszeniu o zamówieniu ani w SIWZ nie żądał od wykonawców mających siedzibę lub miejsce zamieszkania na terytorium RP złożenia dokumentów o których mowa w powołanym wyżej § 2 ust. 2 Rozporządzenia. Zamawiający podnosił na rozprawie, że dokumentu o którym mowa w §2 ust. 2 Rozporządzenia żądał poprzez zamieszczenie w SIWZ postanowienia pkt 9.4. Zamawiający w tym pkt SIWZ wskazał, że *„jeżeli wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej składa dokumenty zgodnie z rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U. Nr 226, poz. 1817)”*. Podnosił, że sformułowanie *„wykonawcy mający miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej”* należy odnosić do członków zarządu wykonawcy, na co wskazuje, jego zdaniem, sformułowanie *„miejsce zamieszkania”*.

W ocenie Izby, z argumentacją Zamawiającego nie sposób się zgodzić, albowiem legalną definicję wykonawcy zawiera art. 2 pkt 11 ustawy Pzp, określając wykonawcę jako osobę fizyczną, osobę prawną, jednostkę organizacyjną nie posiadającą osobowości

prawnej, która ubiega się o udzielenie zamówienia, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego. Odnosząc tę definicję do zawartego w pkt 9.4 postanowienia SIWZ sformułowania „wykonawca” stwierdzić należy, że to postanowienie jest adresowane do wyłącznie do wykonawców bądź będących osobami prawnymi lub jednostkami organizacyjnymi nie posiadającymi osobowości prawnej, indywidualizowanymi za pomocą siedziby bądź wykonawców będących osobami fizycznymi indywidualizowanymi za pomocą miejsca zamieszkania, których odpowiednio siedziba lub miejsce zamieszkania znajduje się poza granicami RP. W ocenie Izby dyspozycją tego postanowienia nie są natomiast objęci członkowie zarządu wykonawcy. W świetle powyższego nie ulega wątpliwości, że Odwołujący, który jest wykonawcą mającym siedzibę we Wrocławiu, co wynika z załączonego do oferty odpisu z KRS, nie był objęty dyspozycją postanowienia pkt 9.4 SIWZ, gdyż nie jest wykonawcą mającym siedzibę lub miejsce zamieszkania poza granicą RP (por. wyrok KIO z dnia 6 lutego 2009 r. w sprawie o sygn. akt KIO/UZP 110 /09, wyrok KIO z 8 grudnia 2009 r. sygn. akt: KIO/UZP 1562/09, wyrok sądu Okręgowego w Gliwicach z dnia 5 lutego 2007 r. sygn. akt X Ga 2/07za oraz X Ga 4/07za).

Nie sposób również podzielić stanowiska Zamawiającego, że obowiązek Odwołującego do złożenia dokumentów o których mowa w §2 ust. 2 powołanego wyżej Rozporządzenia wynikał z pkt 3 ppkt 2 SIWZ. We wskazywanym przez Zamawiającego pkt SIWZ zastrzeżono jedynie, że *podstawą prawną opracowania SIWZ jest Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U. Nr 226, poz. 1817)*. W ocenie Izby, ww. postanowienie SIWZ określa jedynie podstawę prawną opracowania SIWZ i nie może być interpretowane rozszerzająco wbrew jego literalnej wykładni. Obowiązkiem Zamawiającego wynikającym wprost z art. 36 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp jest wskazanie w SIWZ wykazu dokumentów, jakie mają dostarczyć dokumenty w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający nie może uwolnić się od tego obowiązku wskazując jedynie podstawę prawną postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W świetle ww. przepisu Zamawiający powinien bowiem wskazać wykonawcom jakie dokumenty powinni złożyć w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu, a nie oczekiwać, że wykonawcy wyinterpretują katalog żądanych przez Zamawiającego dokumentów z treści przywoływanego rozporządzenia. Stanowisko Zamawiającego, że w przypadku dokumentów, o których mowa w §2 ust. 2 Rozporządzenia ich wyczerpujące wymienienie w SIWZ jest niemożliwe z uwagi na to, że nie można przewidzieć w jakim kraju będą mieli miejsca zamieszkania członkowie zarządu wykonawcy ubiegającego się o zamówienie również nie zasługuje na uwzględnienie. W ocenie Izby z punktu widzenia wypełnienia obowiązku wskazania wykazu żądanych dokumentów wynikającego z art. 36 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp

wystarczającym byłoby, gdyby Zamawiający w treści SIWZ przytoczył przepis §2 ust. 2 Rozporządzenia albo wskazał, że żąda od wykonawców złożenia dokumentów, o których mowa w tym przepisie bez cytowania jego treści, czego jednak Zamawiający w niniejszym postępowaniu nie uczynił.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba uznała, że Zamawiający wykluczył Odwołującego z powodu niezłożenia przez niego wraz z ofertą dokumentów, których wykonawcy nie mieli obowiązku złożyć w niniejszym postępowaniu, albowiem Zamawiający, wbrew treści art. 25 ust. 1 pkt 1, 26 ust. 1, art. 36 ust. 1 pkt 6 nie żądał ich ani w ogłoszeniu o zamówieniu ani w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, 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 miało miejsce w analizowanej sprawie. Zamawiający wykluczając Odwołującego z udziału w postępowaniu naruszył art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, zaś uznając jego ofertę za odrzuconą także art. 24 ust. 4 ustawy Pzp oraz w konsekwencji art. 91 ust. 1 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Stwierdzone naruszenia przepisów ustawy miały wpływ na wynik postępowania, albowiem pozbawiły Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia.

Z powyższych względów orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych 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).

Przewodniczący:

.....