

Sygn. akt: KIO 2096/12

## WYROK

z dnia 19 października 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marek Szafraniec

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 października 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 października 2012 r. przez wykonawcę: **S..... D..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Uniform & Efekt S..... D..... w Bydgoszczy (85-303), ul. Piękna 13 w postępowaniu prowadzonym przez Wojskowe Centrum Edukacji Obywatelskiej w Warszawie (00-909), ul. Banacha 2**

przy udziale wykonawcy: **Atyma Sp. z o.o. w Orzeszu (43-188), ul. Żorska 153** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu: **Wojskowemu Centrum Edukacji Obywatelskiej w Warszawie (00-909), ul. Banacha 2, unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, a następnie powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz odrzucenie oferty złożonej przez wykonawcę: Atyma Sp. z o.o. w Orzeszu (43-188), ul. Żorska 153 z uwagi na fakt, iż zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,**

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: **Atyma Sp. z o.o. w Orzeszu (43-188), ul. Żorska 153** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **S..... D..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Uniform & Efekt S..... D..... w Bydgoszczy (85-303), ul. Piękna 13** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawcy: **Atyma Sp. z o.o. w Orzeszu (43-188), ul. Żorska 153** na rzecz wykonawcy: **S..... D..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Uniform & Efekt S..... D..... w Bydgoszczy (85-303), ul. Piękna 13** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego i obejmującą koszty wpisu od odwołania oraz wynagrodzenie 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 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 Warszawie**.

**Przewodniczący:** .....



## Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zadania: „Dostawa sznurów wyróżniających” zostało wszczęte przez Wojskowe Centrum Edukacji Obywatelskiej w Warszawie, zwane dalej Zamawiającym. Ustalona przez Zamawiającego wartość zamówienia przekraczała kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), zwanej dalej ustawą Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (2012/S 153-255662) w dniu 10 sierpnia 2012 r.

Odwołanie w powołanym postępowaniu o udzielenie zamówienia wniósł wykonawca: S..... D..... prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Uniform & Efekt S..... D..... w Bydgoszczy.

Odwołanie zostało wniesione wobec zaniechania wykluczenia z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia dwóch wykonawców: Atyma Sp. z o.o. w Orzeszu oraz Agencji C4 Sp. z o.o. w Warszawie, a także wobec zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę: Atyma Sp. z o.o. z uwagi na fakt, iż zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

1. art. 7 ust. 1 i ust. 3 oraz art. 89 ust. 4 w związku z art. 90 ust. 2 i ust. 3, poprzez wybór oferty Atyma Sp. z o.o., która winna być odrzucona jako zawierająca cenę rażąco niską.
2. art. 7 ust. 1 i ust. 3 oraz art. 91 ust. 1 oraz art. 24 ust 2 pkt 4, w związku z art. 24 ust. 1 pkt 5-8, w powiązaniu z § 2 pkt 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226 poz. 1817), zwanego dalej Rozporządzeniem w sprawie dokumentów, poprzez wybór oferty złożonej przez Atyma Sp. z o.o., który to Wykonawca winien być wykluczony z postępowania, ponieważ nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie braku podstaw do wykluczenia z tego powodu, że nie złożył zaświadczenia o niekaralności członka zarządu, oraz naruszenie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp w związku z tym, że złożona przez niego oferta, jako złożona przez wykonawcę wykluczonego, winna być uznana za odrzuconą.

3. art. 7 ust. 1 i ust. 3 oraz art. 24 ust 2 pkt 3 poprzez wybór oferty złożonej przez Atyma Sp. z o.o., który to wykonawca winien być wykluczony z postępowania, ponieważ złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania, tj złożył fałszywy dokument na potwierdzenie niekaralności członka zarządu Atyma Sp. z o.o.
4. art. 7 ust. 1 i art. 24 ust. 2 pkt 4, w powiązaniu z art. 22 ust. 1 pkt 2, poprzez zaniechanie czynności wykluczenia z postępowania Agencji C4 Sp. z o.o., pomimo że ww. wykonawca nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia oraz art. 24 ust. 4, w związku z zaniechaniem uznania oferty wykonawcy wykluczonego za odrzuconą.
5. art. 7 ust. 1 i z art. 26 ust. 4, oraz ewentualnie art. 24 ust. 2 pkt 3 poprzez zaniechanie czynności wezwania do wyjaśnień Agencji C4 Sp. z o.o., oraz ewentualnie wykluczenia z postępowania tego wykonawcy z powodu podania przez niego informacji nieprawdziwych, mających lub mogących mieć wpływ na wynik postępowania.

Ponadto Odwołujący z ostrożności wskazywał na naruszenie art. 7 ust. 1 i art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, w związku z zaniechaniem wezwania Agencji C4 Sp. z o.o. do złożenia uzupełnień w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia oraz zaniechaniem wezwania Atyma Sp. z o.o. do złożenia uzupełnień w zakresie dokumentu dotyczącego niekaralności osoby wchodzącej w skład zarządu.

Uwzględniając podniesione zarzuty, Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, a następnie powtórzenie czynności badania i oceny ofert, odrzucenie oferty złożonej przez Atyma Sp. z o.o., a także wykluczenie z udziału w postępowaniu Atyma Sp. z o.o. oraz Agencji C4 Sp. z o.o. i wybór oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie, z uwzględnieniem stanowisk stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby wykluczył, iż spełniona została którakolwiek z przesłanek odrzucenia odwołania ustanowionych w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

W dalszej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołującemu, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, przysługiwało prawo wniesienia odwołania w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez Zamawiającego. W ocenie składu orzekającego, dla przesądzenia o prawidłowości tego twierdzenia w rozpoznawanym przypadku, wystarczającym jest, że Odwołujący poprzez podnoszone przez siebie zarzuty dążył

do wykluczenia z udziału w postępowaniu, w każdej z dwóch części zamówienia, dwóch wykonawców, których oferty zostały sklasyfikowane bezpośrednio przez jego ofertą. Uwzględnienie odwołania w całości doprowadziłoby do wyeliminowania tych dwóch ofert, a tym samym do uzyskania przez Odwołującego możliwości zawarcia z Zamawiającym umowy na realizację każdej z dwóch części zamówienia.

Izba postanowiła zaliczyć w poczet materiału dowodowego dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia, a także dokumenty złożone przez Strony, jak i Przystępującego (Atyma Sp. z o.o.), tak przed otwarciem rozprawy, jak i w jej trakcie. Uwzględniając regulację art. 190 ust. 1 ustawy Pzp, Izba nie uwzględniła przy rozstrzygnięciu odwołania pism złożonych przez Odwołującego i Przystępującego po zamknięciu rozprawy.

Mając na celu ocenę zasadności zarzutów podnoszonych w odwołaniu, Izba ustaliła, że Zamawiający w pkt VIII.1.b) SIWZ wymagał, aby wykonawca wykazał, iż wykonał „*co najmniej 1 (jedną) dostawę wyrobów rękodzielniczych i artystycznych, o wartości wykazanej dostawy co najmniej: dla części I: 300.000,00 zł brutto, dla części II: 350 000 złotych brutto oraz załączą dokumenty potwierdzające, że dostawa została wykonana należycie. Zamawiający pod pojęciem 1 dostawy rozumie jedną dostawę o podanej wartości, nie dopuszcza możliwości sumowania kilku dostaw o mniejszych wartościach*”.

W pkt IX.2.c) SIWZ Zamawiający żądał od Wykonawców, aby złożyli aktualną informację z KRK w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4)-8) ustawy Pzp.

Przedmiot zamówienia został podzielony na 2 części (pkt III SIWZ).

Zgodnie z pkt XXI SIWZ cena była jedynym kryterium wyboru oferty najkorzystniejszej.

Przed upływem terminu składania ofert, w każdej z dwóch części zamówienia, trzech wykonawców złożyło Zamawiającemu swoje oferty. Zaoferowali oni następujące ceny: w części I: 392 954,25 zł (Odwołujący), 218 231,52 zł (Atyma Sp. z o.o.), 366 783,54 zł (Agencja C4 Sp. z o.o.), zaś w części II (ci sami wykonawcy) odpowiednio: 453 528,68 zł, 354 460,29 zł oraz 447 232,67 zł (ta ostatnia cena ustalona została ostatecznie w wyniku poprawienia oczywistych omyłek rachunkowych przez Zamawiającego na mocy pisma z dnia 19 września 2012 r.).

Atyma Sp. z o.o. wraz z ofertą złożyła odpis z KRS, aktualny na dzień 11 września 2012 r., zgodnie z którym zarząd spółki był dwuosobowy, a stanowisko wiceprezesa piastował J..... A..... A..... M..... Obok powołanego odpisu zostało złożone oświadczenie

sporządzone

w języku obcym wraz z tłumaczeniem na język polski, które świadczyć miało o niekaralności wiceprezesa zarządu.

Agencja C4 Sp. z o.o. do złożonej przez siebie oferty załączyła wykaz dostaw zawierający wskazanie na jedną dostawę, której wartość została określona na 358 299 zł. Zgodnie z wykazem obejmowała ona wyroby z zakresu metaloplastyki i rękodzieła. Do wykazu załączone zostały referencje potwierdzające należyte wykonanie wykazanej dostawy (odwoływały się one do opracowania, wykonania i dostarczenia wyrobów rękodzielniczych i artystycznych).

Zamawiający, odwołując się do art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, pismem z dnia 19 września 2012 r. wezwał wykonawcę: Atyma Sp. z o.o. do wyjaśnienia w jaki sposób skalkulował on cenę za realizację oferowanych mu dostaw. Uznał bowiem, że w zestawieniu z ofertami konkurencyjnymi, ceny oferowane przez Atyma Sp. z o.o. wydają się rażąco niskie. Zamawiający wskazał, że oceniając wyjaśnienia będzie kierował się przepisem art. 90 ust. 2 ustawy Pzp. Poinformował również wykonawcę, iż ten może wraz z wyjaśnieniami złożyć dowody na poparcie twierdzeń w wyjaśnieniach zawartych. Wymagał aby powołane wyjaśnienia zostały mu złożone do dnia 21 września 2012 r. do godziny 10:00.

Przed upływem wyznaczonego terminu Atyma Sp. z o.o. doręczyła Zamawiającemu dwa pisma. W pierwszym z nich, oprócz prostej negacji faktu istnienia rażąco niskiej ceny, zawarte zostało stwierdzenie, iż wykonawca ten nie posiada żadnych wyjątkowych rozwiązań technicznych oraz innych sprzyjających warunków wykonania zamówienia, a cena jest adekwatna do zamawianej ilości opisanego w SIWZ produktu. W drugim z pism zawarte zostało ponadto oświadczenie o dysponowaniu osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, a także o przewidzeniu zysku w wycenie kosztów realizacji każdej z dwóch części zamówienia.

Pismem z dnia 21 września 2012 r. Zamawiający poinformował wykonawców o uznaniu za najkorzystniejszą ofertę złożoną przez Atyma Sp. z o.o.

Wobec powyższego Odwołujący wniósł odwołanie, które Izba, kierując się przepisem art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, rozpoznała w granicach zarzutów w nim zawartych.

Pismem, doręczonym w dniu 4 października 2012 r. Atyma Sp. z o.o. doręczyła Prezesowi Izby zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

W dniu 9 października 2012 r. Zamawiający doręczył Prezesowi Izby oświadczenie o uwzględnieniu w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

Wobec powyższego Przystępujący wniósł sprzeciw żądając oddalenia odwołania w całości.

Skład orzekający Izby, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności powyższe ustalenia oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszedł do przekonania, iż sformułowane przez Odwołującego zarzuty znajdują w części oparcie w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Jako pierwszy Izba rozpoznała zarzut zaniechania przez Zamawiającego odrzucenia oferty złożonej przez Przystępującego. W ocenie składu orzekającego zaniechanie to zostało przez Odwołującego udowodnione w sposób wystarczający dla uznania tego zarzutu za zasadny.

Podkreślenia wymaga fakt, iż nie było sporne w tym postępowaniu, to że Zamawiający był uprawniony do wszczęcia procedury opisanej w art. 90 ustawy Pzp celem rozwiania wątpliwości co do adekwatności ceny zaoferowanej przez Atymę Sp. z o.o. do zakresu przedmiotu zamówienia. Przystępujący, w sprzeciwie wobec uwzględnienia zarzutów przez Zamawiającego, przyznawał wprost (*„można by co prawda uznać za uzasadnione podejrzenie zaoferowania rażąco niskiej ceny, a tym samym w pewnej mierze obligujące Zamawiającego do wszczęcia procedury wyjaśniającej (...) należy także wskazać, że skoro Zamawiający prawidłowo zastosował procedurę wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień [w trybie art. 90 ustawy Pzp]”*), że w rozpoznawanym przypadku Zamawiający zasadnie skierował do niego pismo zawierające wezwanie do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Nie kwestionował zasadności tego wezwania również w toku rozprawy przed Izbą. Dlatego też Izba uznała, że w przypadku gdy dla wszystkich uczestników postępowania odwoławczego, w szczególności dla Przystępującego, do którego wezwanie to było skierowane, oczywistym było, że Zamawiający zasadnie wszczął procedurę mającą na celu wyjaśnienie sposobu kalkulacji ceny przez Przystępującego, również ona nie ma podstaw do tego, aby kwestionować słuszność podjęcia przez Zamawiającego tej procedury.

Jednocześnie, we wniesionym przez siebie sprzeciwie, Przystępujący twierdził, że uczynił temu wezwaniu zadość, składając, jego zdaniem, wystarczające w swej treści wyjaśnienia. Odmienne wyjaśnienia te oceniła jednak Izba. Skład orzekający uznał, iż zasadnie podnosił Odwołujący, że argumentacja zawarta w odpowiedziach na wezwanie Zamawiającego z dnia 19 września 2012 r. w ogóle nie odnosi się do elementów oferty mających wpływ



na wysokość ceny. Ogranicza się ona jedynie do stwierdzenia, iż cena jest adekwatna do zakresu przedmiotu zamówienia, a nawet uwzględnia w sobie zysk dla Przystępującego. Co istotne sam Przystępujący w toku rozprawy, pośrednio uznał zasadność zarzutów Odwołującego (oraz słuszność stanowiska Zamawiającego, który uwzględnił zarzuty w całości), stwierdził on bowiem, że omawiane tu „*wyjaśnienia są takie a nie inne*”, wnioskuje jednocześnie o uznanie „*poniekąd spóźnionych*” wyjaśnień i wyliczeń przedstawionych Izbie w toku rozprawy.

Podkreślenia wymaga fakt, iż Izba w postępowaniu odwoławczym ocenia działania powzięte przez Zamawiającego oraz zaniechania przez niego działań, do podjęcia których był zobowiązany, pod kątem ich zgodności z przepisami ustawy. Tym samym, przedmiotem oceny jest prawidłowość (zgodność z ustawą Pzp) czynności podejmowanych przez Zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia. W tym konkretnym przypadku, Zamawiający, który otrzymał od Przystępującego wyjaśnienia mające stanowić odpowiedź na wezwanie skierowane do tego wykonawcy w trybie art. 90 ustawy Pzp, obowiązany był rzetelnie je ocenić, w szczególności pod kątem kryteriów opisanych w art. 90 ust. 2 ustawy Pzp. Tym samym powinien on zweryfikować, czy Przystępujący właściwie wypełnił swój obowiązek, tj. czy w wyznaczonym terminie złożył wyczerpujące wyjaśnienia, które dokumentowałyby w sposób należyty, niepozostawiający żadnych wątpliwości, iż złożona przez niego oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W rozpoznawanym przypadku uznać należało, że Przystępujący dochował terminu na złożenie wyjaśnień, nawet w odniesieniu do drugiej z części wyjaśnień (pismo z dnia 21 września 2012 r.), stąd też nie można mu postawić zasadnie zarzutu, (jak chciałby tego Odwołujący) iż spóźnił się on z doręczeniem powołanych pism – istotnym jest to, że pisma te zostały doręczone Zamawiającemu przed upływem terminu wyznaczonego w wezwaniu do złożenia wyjaśnień. Negatywnie jednak ocenić trzeba materię tych wyjaśnień. Jednym z głównych argumentów w nich użytym, jest stwierdzenie, iż to pozostałe oferty zaoferowane w tym postępowaniu są zawyżone. W zestawieniu z faktem, iż de facto sam Przystępujący potwierdził zasadność wezwania go do złożenia wyjaśnień, rodzi to sprzeczność w stanowisku tego wykonawcy. Oceniając oba pisma (z 20 i 21 września), jako całość, uznać należy, że wyjaśnienia te są nazbyt ogólnikowe, niepozwalające na zweryfikowanie wiarygodności ceny i nie powinny zostać uznane przez Zamawiającego za wskazujące na obiektywne czynniki uzasadniające kalkulację ceny na zaoferowanym przez Przystępującego poziomie. Brak w nich bowiem przywołania konkretnych informacji odnoszących się do sytuacji Przystępującego, czy też do poszczególnych elementów

kalkulacyjnych mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny – nie wskazano w nich nawet na podstawowe elementy cenotwórcze kształtujące cenę oferty. Dlatego też Izba uznała, iż zasadnie podnosił Odwołujący, że Zamawiający zaniechał odrzucenia oferty złożonej przez Atyma Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp.

Podkreślenia w tym miejscu wymaga też to, że wyliczenia przedstawione Izbie w toku rozprawy przez Przystępującego nie mogły zostać uznane, za mające jakkolwiek wpływ na ocenę skuteczności i wyczerpującego charakteru wyjaśnień złożonych Zamawiającemu w toku postępowania o udzielenie zamówienia. Przedmiotem oceny Izby w postępowaniu odwoławczym jest ocena prawidłowości działań podjętych w postępowaniu, m.in. w oparciu o dokumenty złożone przez wykonawców. Ustawa Pzp w art. 90 ustawy Pzp nie przewiduje, podobnie jak art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wzywania do złożenia odpowiednich wyjaśnień po raz kolejny. Nie dopuszcza też uzupełniania nie złożonych prawidłowo wyjaśnień na etapie postępowania odwoławczego. Dowody przedstawione przez Przystępującego Izbie powinny mieć na celu wykazanie, że wykonawca ten w sposób wystarczający wyjaśnił Zamawiającemu w toku postępowania o udzielenie zamówienia znaczenie wszystkich elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, a tym samym wykazał, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska. Próba dowiedzenia tych twierdzeń dopiero na etapie postępowania odwoławczego oceniona musi zostać jako spóźniona i nieskuteczna. Okoliczność tę zauważał sam Przystępujący określając dokumenty składane Izbie w toku rozprawy „*poniekąd spóźnionymi wyjaśnieniami*”.

Drugą grupą zarzutów ponoszonych przez Odwołującego były te, które oparte zostały na twierdzeniu, iż Przystępujący złożył oświadczenie, mające świadczyć o niekaralności osoby ujawnionej w załączonym do oferty odpisie z KRS jako wiceprezes zarządu, które miało zawierać nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Konsekwencją takiego stanu rzeczy było również niewykazanie przez Przystępującego, iż brak wobec niego podstaw do wykluczenia go z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp. W ocenie Izby, żaden z tych zarzutów nie potwierdził się.

Przywołany przepis art. 24 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp przywołuje wyraźnie urzędującego członka organu zarządzającego. Zgodnie z dowodami przedstawionymi przez Przystępującego (protokół nadzwyczajnego zgromadzenia wspólników oraz uchwała podczas tego zgromadzenia podjęta), osoba na której ogniskują się zarzuty podnoszone przez Odwołującego, uchwałą zgromadzenia wspólników została odwołana ze swojej funkcji w dniu 30 sierpnia 2012 r. W świetle art. 203 § 1 kodeksu spółek handlowych z dnia 15 września 2000 r. (Dz. U. Nr 94, poz. 1037 z późn. zm.) członek zarządu może być

w każdym czasie odwołany uchwałą wspólników, zaś zgodnie z art. 202 § 4 tej samej ustawy mandat członka zarządu wygasa wskutek odwołania ze składu zarządu. Tym samym J..... A..... A..... M....., w dniu, w którym upływał termin składania ofert nie był już urzędującym członkiem organu zarządzającego. Dlatego też Przystępujący nie był zobowiązany składać wraz z ofertą dokumentów poświadczających niekaralność tej osoby. Powoduje to, iż wszelkie dokumenty załączone do oferty, wobec niewykazania przez Odwołującego faktu przypisania tej osobie jakiegokolwiek innej roli przewidzianej dla niej w ofercie Przystępującego, nie mają jakiegokolwiek wpływu na ocenę prawidłowości oferty złożonej przez Atyma Sp. z o.o., a tym samym nie mają wpływu na wynik postępowania. Stąd też nie mógł znaleźć uznania Izby zarzut naruszenia art. 24 ust 2 pkt 3) i 4), a w związku z nimi innych przepisów prawa przywołanych przez Odwołującego w odwołaniu. Zaznaczyć w tym miejscu należy, iż, jak to już zostało podkreślone powyżej, zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba rozpoznaje odwołanie w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu, stąd też poza kognicją Izby pozostały nowe zarzuty podnoszone w piśmie z dnia 15 października 2012 r., w tym w szczególności zarzut zaniechania wykluczenia Przystępującego, z powodu niezłożenia przez niego aktualnego odpisu z KRS, czy też poświadczenia przez Przystępującego za zgodność z oryginałem tłumaczenia na język polski oświadczenia sporządzonego w języku obcym mającego potwierdzać niekaralność osoby ujawnionej w złożonym odpisie z KRS jako wiceprezes zarządu.

Za nieudowodnione Izba uznała również zarzuty odnoszące się do wykazu wykonanych dostaw złożonego przez Agencję C4 Sp. z o.o. W ocenie Izby zarzuty te, w świetle przedstawionych dowodów, można ocenić jedynie, jako zgłoszone przez Odwołującego wątpliwości co do treści powołanego wykazu, jak i zakresu i charakteru pracy w nim ujętej. Jedynym dowodem jaki przedłożył Izbie Odwołujący, mającym potwierdzać, że zakres wykazywanej pracy nie odpowiada treści warunku opisanej w SIWZ, jest zdjęcie obrazujące montaż specjalnych progów na peronie stacji metra. Nie wykazał on jednak żadnego związku pomiędzy pracami uwidocznionymi na zdjęciu, a dostawą opisaną w dokumentach złożonych wraz z ofertą Agencji C4 Sp. z o.o. Nie może być bowiem za wystarczające uznane samo tylko oświadczenie Odwołującego mające potwierdzać istnienie takiego związku. W ocenie Izby treść wykazu dostaw oraz załączonego do niego dokumentu poświadczającego należyte wykonanie wykazywanej dostawy nie przeczą sobie, a wzajemnie się uzupełniają. Jednocześnie zakres pracy w nich opisany odpowiada niedookreślonemu ściśle opisowi warunku udziału w postępowaniu. Na podstawie oceny samej tylko literalnej treści powołanych dokumentów, w ocenie Izby, nie jest możliwym uznanie, iż Agencja C4 Sp. z o.o. nie wykazała należyście spełnienia warunku udziału

w postępowaniu dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia. Innych dowodów potwierdzających zasadność podnoszonych zarzutów, jak to już wskazano, Odwołujący nie przedstawił.

Mając powyższe na uwadze, brak było również podstaw do uznania za udowodnione twierdzeń o zawarciu w powołanych dokumentach złożonych przez Agencję C4 Sp. z o.o. nieprawdziwych informacji, które mogłyby mieć wpływ na wynik postępowania.

Uwzględniając poczynione wcześniej rozstrzygnięcia, Izba uznała, iż nie zostało wykazane, aby na Zamawiającym ciążył obowiązek kierowania wezwań tak do Atyma Sp. z o.o., jak i Agencji C4 Sp. z o.o., na podstawie art. 26 ust. 3 lub 4 ustawy Pzp. Tym samym nie potwierdziły się również zarzuty naruszenia przez Zamawiającego powołanych przepisów.

Uwzględniając poczynione ustalenia, Izba uznała, iż Odwołujący, którego oferta została sklasyfikowana przez Zamawiającego na trzeciej pozycji, wykazał jedynie, że Zamawiający zaniechał odrzucenia oferty złożonej przez Atyma Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp. Nie wykazał jednak, że dokonana przez Zamawiającego ocena oferty złożonej Agencję C4 Sp. z o.o. jest nieprawidłowa, nie udowodnił bowiem, że wykonawca ten powinien zostać wykluczony z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, czy też, że złożona przez niego oferta powinna zostać odrzucona. Mając na uwadze te okoliczności, a także przepis art. 94 ust. 3 ustawy Pzp, Izba uznała, iż stwierdzone przez Izbę naruszenia mogą mieć istotny wpływ na wynik postępowania. W ustalonym stanie faktycznym, wysoce prawdopodobne jest, iż Zamawiający za ofertę najkorzystniejszą uznać może tę, którą złożyła Agencja C4 Sp. z o.o. W sytuacji, gdy Wykonawca ten będzie uchylał się od zawarcia umowy, Zamawiający będzie mógł wybrać ofertę najkorzystniejszą spośród pozostałych ofert. W takim przypadku, to Odwołujący stanie się Wykonawcą, który będzie mógł stanąć przed szansą na wykonanie umowy w sprawie realizacji przedmiotu zamówienia. Kierując się tym przekonaniem, Izba uwzględniła rozpoznawane odwołanie.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy 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). Izba wzięła w szczególności pod uwagę przepis § 3 pkt 2) lit. a) i b) powołanego rozporządzenia, zgodnie z którym

uzasadnione koszty strony postępowania odwoławczego ustala się na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy. Co istotne, przepis ten stanowi o rachunku, nie zaś o ważnej, nieobciążonej żadnymi błędami, fakturze VAT, stąd też Izba uwzględniła wniosek Odwołującego o obciążenie zgodnie z § 5 ust. 2 pkt 2) powołanego rozporządzenia Przystępującego, który wniósł sprzeciw, kosztami wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika poniesionymi przez Odwołującego.

**Przewodniczący:** .....