

**WYROK**  
**z dnia 25 lutego 2013 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** Katarzyna Prowadzisz

**Członkowie:** Anna Packo

Małgorzata Rakowska

**Protokolant:** Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 lutego 2013 roku, w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 lutego 2013 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Royal Software Consulting Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Erazma Ciołka 10, 01-402 Warszawa (Pełnomocnik) oraz NIXEN Sp. z o.o. z siedzibą w Raszynie przy ulicy Raszyńskiej 67, 05-090 Raszyn w postępowaniu prowadzonym przez Komendę Główną Policji, Biuro Finansów z siedzibą w Warszawie przy ulicy Domaniewskiego 36/38, 02-672 Warszawa

przy udziale wykonawcy Optiz – Consulting Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie przy ulicy Bratysławskiej 1A, 31-201 Kraków zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

1. Oddala odwołanie.
  
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Royal Software Consulting Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Erazma Ciołka 10, 01-402 Warszawa (Pełnomocnik) oraz NIXEN Sp. z o.o. z siedzibą w Raszynie przy ulicy Raszyńskiej 67, 05-090 Raszyn i:

- 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Royal Software Consulting Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Erazma Ciołka 10, 01-402 Warszawa (Pełnomocnik) oraz NIXEN Sp. z o.o. z siedzibą w Raszynie przy ulicy Raszyńskiej 67, 05-090 Raszyn wpisu od odwołania,
- 2.2 zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Royal Software Consulting Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Erazma Ciołka 10, 01-402 Warszawa (Pełnomocnik) oraz NIXEN Sp. z o.o. z siedzibą w Raszynie przy ulicy Raszyńskiej 67, 05-090 Raszyn na rzecz Zamawiającego Komendy Głównej Policji, Biuro Finansów z siedzibą w Warszawie przy ulicy Domaniewskiego 36/38, 02-672 Warszawa kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zastępstwa prawnego.

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 Warszawie.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....

## UZASADNIENIE

Zamawiający Komendę Główną Policji, Biuro Finansów z siedzibą w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą *Usługi udostępniania administratorów dla baz danych i serwerów aplikacji Oracle na okres 12 miesięcy*, Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 27 listopada 2012 roku pod numerem 2012/S 228-375639.

5 lutego 2013 roku Zamawiający ogłosił wynik postępowania informując, że do realizacji zamówienia wybrał wykonawcę Opitz Consulting Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie oraz poinformował, że wybrał wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Royal Software Consulting Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (pełnomocnik) oraz NIXEN Sp. z o.o. z siedzibą w Raszynie wykluczył z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy a ich ofertę odrzuciła na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy.

13 lutego 2013 roku Odwołujący, działając na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawno zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zmianami; dalej „ustawa” lub „Pzp”), wniósł odwołanie od:

- niezgodnych z przepisami ustawy czynności Zamawiającego podjętych w postępowaniu o udzielenie zamówienia tj.: dokonanej z naruszeniem przepisów ustawy czynności badania i oceny ofert, dokonanej z naruszeniem przepisów ustawy czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia, dokonanej z naruszeniem przepisów ustawy czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy tj.: czynności wezwania Odwołującego do złożenia dokumentu wskazującego na spełnianie warunków udziału w postępowaniu, w sytuacji, gdy złożony wraz z ofertą dokument, w ocenie Zamawiającego, wskazywał na niespełnianie przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu z uwagi na fakt, iż zawiera informacje nieprawdziwe mające charakter błędu lub omyłki, przeprowadzenia postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, udzielenia zamówienia wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy przez błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, iż wykluczenie wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy następuje w sytuacji, gdy w ocenie Zamawiającego wykonawca złożył w postępowaniu nieprawdziwe informacje, a jego działania były świadome i celowe, podczas gdy wykluczenie wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy może nastąpić tylko wtedy, gdy działanie wykonawcy, polegające na złożeniu nieprawdziwych informacji było działaniem celowym i zamierzonym, a wykonawcy można przypisać winę umyślną oraz gdy fakt złożenia nieprawdziwych informacji miał lub mógł mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania,
- art. 24 ust. 2 pkt 4 w związku z art. 26 ust. 2b ustawy przez błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, iż wykonawca na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu zobowiązany jest nie tylko do udowodnienia Zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności zasobami innych podmiotów, przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia, ale też zobowiązany jest przedłożyć oryginał dokumentu, z którego wynikać będzie, iż pisemne zobowiązanie innego podmiotu złożone zostało przez osobę posiadającą stosowne umocowanie do tego typu działań, podczas gdy wykluczenie wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 w związku z art. 26 ust. 2b ustawy może nastąpić tylko wtedy, gdy wykonawca polegający na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków, nie udowodni Zamawiającemu, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia,
- art. 24 ust. 4 ustawy przez nieuprawnione uznanie za odrzuconą oferty wykonawcy nie podlegającego wykluczeniu z udziału w postępowaniu,
- art. 26 ust. 3 ustawy przez błędną wykładnię polegającą na zaniechaniu wezwania Odwołującego, którego oferta w ocenie Zamawiającego zawiera, złożone nieumyślnie, dokumenty zawierające informacje nieprawdziwe, świadczące o braku spełnienia warunku udziału w postępowaniu, do złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu,

- art. 7 ust 1 i 2 ustawy przez przeprowadzenie postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób nie zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz przez nie zapewnienie, aby czynności związane z przygotowaniem oraz przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia wykonywały osoby zapewniające bezstronność i obiektywizm,
- art. 7 ust. 3 ustawy przez nieudzielenie zamówienia wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności badania i oceny ofert,
- unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia,
- dokonania powtórnej czynności badania ofert,
- dokonania wezwania Odwołującego do uzupełnienia oferty o dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu,
- dokonania oceny Odwołującego jako wykonawcy spełniającego warunki udziału w postępowaniu,
- dokonania oceny oferty Odwołującego zgodnie z przyjętym kryterium oceny,
- dokonania wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej spośród ofert niepodlegających odrzuceniu,

oraz o obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, w tym zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów zastępstwa przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Odwołujący uzasadniał, że czynności podjęte przez Zamawiającego, pozbawiają Odwołującego, możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia przez co może on ponieść szkodę w wyniku zaistniałego naruszenia przepisów ustawy.

Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty:

W zakresie zarzutu 1.

Zarzut dotyczący naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 26 ust. 3 oraz 7 ust. 1 i 2 ustawy.

Odwołujący uzasadniał, że Zamawiający w piśmie z dnia 5 lutego 2013 roku, w którym zawiadania Odwołującego o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz o wykluczeniu Odwołującego z udziału w postępowaniu, wskazał iż dokonuje on wykluczenia Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy, gdyż w jego ocenie *Wykonawca złożył w postępowaniu nieprawdziwe informacje, a jego działania były świadome i celowe.*

Zamawiający swoje stanowisko uzasadniał faktem, że:

- 1) dokument potwierdzający należyte wykonanie zamówienia, wykazanego jako zrealizowane na rzecz jednego z wymienionych w stosownym wykazie podmiotów, został w ocenie Zamawiającego, przerobiony przez zmianę daty określającej termin realizacji wykazanego zamówienia. Zamawiający pismem z dnia 11 stycznia 2013 roku zwrócił się do Odwołującego o przedstawienie oryginał lub notarialnie poświadczoną kopii złożonego dokumentu referencyjnego. Odwołujący w odpowiedzi z dnia 15 stycznia 2013 roku wskazał, iż dysponuje jedynie kopią elektroniczną żądanego pisma (skan) i nie jest możliwe złożenie tego dokumentu w formie żądanej przez Zamawiającego z uwagi na fakt, iż Odwołujący nie dysponuje oryginałem, z którego treścią Odwołujący mógłby porównać treść kopii, a tym samym uzyskać poświadczenie notarialne. Zamawiający w *Zawiadomieniu* wskazał, iż zwrócił się do odbiorcy zamówienia wymienionego w wykazie, o wskazanie zakresu i terminu jego realizacji. Podmiot ten, zdaniem Zamawiającego wskazał, iż wykazane przez Odwołującego zamówienie realizowane było w terminie krótszym niż wskazany w wykazie Odwołującego. W związku z powyższym Zamawiający stwierdził w *Zawiadomieniu*, iż *ma prawo uznać, że dokument potwierdzający należyte wykonanie usługi został przerobiony.*
- 2) Zamówienie wykazane przez Odwołującego, jako realizowane na rzecz Głównego Urzędu Geodezji i Kartografii, nie może być w jego ocenie uznane za spełniające warunki udziału w postępowaniu z uwagi na fakt, iż *Wykaz zamówień* złożony przez Odwołującego, zawierający informacje o warunkach i zakresie usług realizowanych na rzecz Głównego Urzędu Geodezji i Kartografii oraz dokumenty i wyjaśnienia stanowiące jego uzupełnienie nie odpowiadają informacjom posiadanym przez Zamawiającego, a pozyskanym ze strony internetowej Głównego Urzędu. Informacje te w postaci Opisu przedmiotu zamówienia, zdaniem Zamawiającego, nie potwierdzają, iż usługa wykazana jako realizowana na rzecz Głównego Urzędu obejmuje swoim zakresem usługi niezbędnych do potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Po pierwsze z uwagi na odmienny zakres przedmiotowy, a po drugie z uwagi na fakt, iż z wyjaśnień Odwołującego wynika, iż realizowana jest ona w oparciu o zamówienia o dwóch różnych numerach referencyjnych.

Zdaniem Odwołującego ww. zarzuty podnoszone przez Zamawiającego, stanowiące w jego ocenie, przesłankę do uznania, iż Odwołujący podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy uznane być winny za bezprzedmiotowe.

**Po pierwsze**, Odwołujący odnosząc się do twierdzeń Zamawiającego dotyczących podania przez Odwołującego nieprawdziwych informacji, pragnie wskazać, iż czynność wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy, uzależniona jest od kumulatywnego spełnienia dwóch przesłanek tzn.: złożenie nieprawdziwych informacji było działaniem celowym i zamierzonym, a wykonawcy można przypisać winę umyślną oraz fakt złożenia nieprawdziwych informacji miał lub mógł mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Zamawiający w *Zawiadomieniu*, wskazał iż swoje stanowisko wywodzi z treści wyjaśnień złożonych przez „Odbiorcę” wykazanego przez Odwołującego zamówienia i w oparciu o tę wiedzę, w ocenie Zamawiającego, uprawniony jest on do stwierdzenia, iż działania Odwołującego były „ celowe i świadome”. Nie wskazuje on jednak podmiotu, któremu przypisuje, zgodnie z wytycznymi zawartymi w art. 45 ust. 2 g Dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. U. L 134 z 30.4.2004, str. 114, ze zm.), umyślne działanie w tej sprawie. Zamawiający nie wykazał także, iż uzyskał pewność, że działanie Odwołującego odnoszące się do podania nieprawdziwych informacji było działaniem nakierowanym na wprowadzenie Zamawiającego w błąd. Z treści *Zawiadomienia* wynika, iż Zamawiający nie ocenił, a tym samym nie wykluczył, iż informacje podane przez Odwołującego były lub mogły być wynikiem błędnej oceny jego własnych doświadczeń lub wymagań stawianych wykonawcom. Treść *Zawiadomienia* wskazuje zatem, iż Zamawiający sam uznaje, że nie może w sposób jednoznaczny przypisać Odwołującemu winy umyślnej. Tym samym, w świetle wyroku Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawie z dnia 19 lipca 2012 r. (sygn. akt: IV Ca 683/12), wyroku Sądu Okręgowego w Toruniu z dnia 6 grudnia 2012 r. (sygn. akt: VI Ga 134/12) oraz wyroku Sądu Okręgowego w Szczecinie z dnia 25 stycznia 2013 r. (sygn. akt: II Ca 1285/12) zasadnym jest stwierdzenie, iż brak jest pierwszej z ww. przesłanek wykluczenia, w szczególności z uwagi na brak m. in. świadomości u Odwołującego, iż pozostawać może on w błędzie w odniesieniu do np. własnych doświadczeń.

Ponadto, w świetle zaniechań dokonanych przez Zamawiającego, w odniesieniu do czynności, które zobowiązany był on podjąć stwierdzić należy, iż w przedmiotowej sprawie nie można mówić o wystąpieniu drugiej z przywołanych przesłanek wykluczenia. Wskazane wyżej wyroki Sądów Okręgowych w Warszawie, Toruniu i Szczecinie odnoszą się bowiem także do kwestii związanej z rodzajem i zakresem czynności jakie w postępowaniu o udzielenie zamówienia zobowiązany jest podjąć Zamawiający, jeśli w jego ocenie, zachodzi podejrzenie, że wykonawcy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Składy orzekające podzieliły

stanowisko Prezesa UZP, iż nie jest dopuszczalne uznanie, że uzupełnieniu podlegają jedynie dokumenty niezłożone lub wadliwe. Uzupełnieniu podlegają także dokumenty zawierające informacje nieprawdziwe, w tym mające charakter błędu lub omyłki. Tym samym zamawiający zobowiązany jest w przypadku stwierdzenia, iż złożone przez wykonawców dokumenty zawierają informacje nieprawdziwe, wezwać wykonawców do uzupełniania ofert o dokumenty pozbawione tego rodzaju uchybień, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy.

Mając powyższe na uwadze zasadnym jest stwierdzenie, iż następstwem negatywnej oceny zamówienia wykazanego przez Odwołującego, dokonanej w przedmiotowej sprawie przez Zamawiającego, winna być czynność, w której Zamawiający wzywa Odwołującego do uzupełnienia oferty o dokumenty potwierdzające, iż spełnia on warunki udziału w postępowaniu. Uzupełnienie zatem oferty o dokumenty potwierdzające, iż wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu wyłącza tym samym możliwość wystąpienia drugiej z przesłanek. Jeśli bowiem uznajemy, iż złożona „informacja nieprawdziwa” zostaje w wyniku odpowiedzi na wezwanie zastąpiona „informacją prawdziwą”, tym samym informacja obarczona wadą nie ma lub nie może mieć wpływu na wynik prowadzonego postępowania.

**Po drugie**, w odniesieniu zaś do kwestii usług wykazanych na rzecz Głównego Urzędu Geodezji i Kartografii, zdaniem Odwołującego, czynności podjęte przez Zamawiającego oraz dokonana w ich efekcie ocena wykazanych zamówień, są podstawą do postawienia zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy. Z treści *Zawiadomienia* wynika wprost, iż Zamawiający dokonując oceny przedmiotowej usługi naruszył sformułowany przez siebie *Opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu*. Warunkiem udziału w postępowaniu było bowiem wykazanie przez wykonawców, iż w zakresie wiedzy i doświadczenia dysponują oni potencjałem związanym z wykonywaniem co najmniej dwóch (2) zamówień w dwóch różnych kategoriach przedmiotowych. Odwołujący pragnie wskazać, iż ani w *Ogłoszeniu o zamówieniu* ani też w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ) Zamawiający nie wskazał, iż wykazywane przez wykonawców zamówienia winny być zamówieniami realizowanymi wyłącznie w oparciu o jeden i ten sam stosunek zobowiązaniowy. Tym samym stwierdzić należy, iż ocena dokonana przez Zamawiającego uznana być winna za nieuprawnioną. Brak precyzji w treści *Ogłoszenia o zamówieniu* oraz SIWZ nie może bowiem wpływać negatywnie na sytuację wykonawców. Stanowisko to znajduje potwierdzenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (wyrok z dnia 3 sierpnia 2011 roku sygn. akt: KIO 1579/11). Ponadto, jak wskazano w treści *Zawiadomienia* Zamawiający dokonywał oceny oferty złożonej przez Odwołującego oraz wyjaśnień w toku postępowania przez informacje zawarte na stronie internetowej Głównego Urzędu Geodezji i Kartografii ze świadomością, iż na stornach internetowych opublikowane są również stosowne SIWZ zawierające m.in. takie elementy jak Istotne Postanowienia Umowy, które



wprost odpowiadają jaki jest zakres realizowanego świadczenia. Brak należytej staranności w tym przypadku, w obliczu „czynności śledczych” podjętych w omawianym wyżej przypadku, winien być zdaniem Odwoływającego, oceniany jednoznacznie jako naruszenie podstawowych zasad ustawy. W ocenie Odwoływającego, za zasadne uznać należy, iż Zamawiający z uwagi na treść *Zawiadomienia*, nie wykazał wystąpienia przesłanek z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy. Czynność wykluczenia Odwoływającego podjęta zatem w oparciu o ww. przepis, brak czynności wezwania do dokonania stosownych uzupełnień oraz dokonywanie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w oderwaniu od przyjętych zasad, uznane być winny za niezgodne z przepisami ustawy.

W zakresie zarzutu 2.

Zarzut dotyczący naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 w związku z art. 26 ust. 2b ustawy.

Odwoływający pragnie zauważyć, iż zgodnie z postanowieniami części VI SIWZ „*Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków*”, wykonawcy w celu wykazania, iż spełniają warunki udziału w postępowaniu winni na potwierdzenie tego faktu, złożyć wskazane w SIWZ, stosowne dokumenty, w tym w szczególności w przypadku polegania na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków, zobowiązani byli udowodnić Zamawiającemu, iż dysponować będą zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia.

Dokumentem potwierdzającym fakt dysponowania przez wykonawców ww. zasobami było dla Zamawiającego, w szczególności pisemne zobowiązanie podmiotu trzeciego do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia. Zamawiający ani w treści Ogłoszenia o zamówieniu, w tym *Sekcji III Informacje o charakterze prawnym, ekonomicznym, finansowym i technicznym* ani też postanowieniach SIWZ nie wskazał, iż w przypadku gdy wykonawcy złożą, na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, pisemne zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępniania im na czas realizacji zamówienia niezbędnych, stosownych zasobów, żądał będzie dodatkowo od tych wykonawców dokumentów, składanych w oryginale, potwierdzających, iż osoby te uprawnione na podstawie ustawy (dokumenty rejestrowe) lub na mocy czynności prawnej do składania tego typu oświadczeń woli (pełnomocnictwa). Zasadnym jest wskazanie, iż wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 31 stycznia 2007 r., Sygn. akt: V Ca 85/07, wskazany przez Zamawiającego, odnosi się do sytuacji w której to wykonawca działa przez pełnomocnika lub wykonawcy tworzący konsorcjum, umocowują

jednego spośród siebie do działania w imieniu pozostałych. W przedmiotowej sprawie sytuacja taka nie ma miejsca. Zamawiający odnosi bowiem tezy z przywoływanego wyroku oraz treść *Ogłoszenia o zamówieniu* i SIWZ nie tylko do obowiązków wykonawcy ubiegającego się o zamówienia, ale też opierając się na nich kreuje, w sposób nieuprawniony, identyczne zobowiązanie po stronie podmiotu udostępniającego swój potencjał, tj. podmiotu, któremu statusu wykonawcy przypisać jednak nie można. W ocenie Odwołującego złożenie zatem przez niego, w oryginale, pisemnego zobowiązania podmiotu trzeciego do udostępnienia Odwołującemu stosownych zasobów spełnia przesłankę ustawową wskazaną w art. 26 ust. b ustawy. Ten stan rzeczy znajduje potwierdzenie m.in. w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 7 lutego 2011 r. (Sygn. akt: V Ca 3036/10), w którym jednoznacznie Sąd Okręgowy wskazuje, iż nie można zgodzić się ze stwierdzeniem „*że nieudowodnienie, iż osoba podpisująca zobowiązanie jest do tej czynności należycie umocowana równoznaczne jest z nieudowodnieniem dysponowania zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia.*”, szczególnie w sytuacji gdy zamawiający w treści ogłoszenia wprost nie zastrzegł wymagania złożenia dokumentów potwierdzających prawidłowość reprezentacji osób zaciągających zobowiązanie w imieniu podmiotu trzeciego.

W zakresie zarzutu 3.

Zarzut dotyczący naruszenia art. 24 ust. 4 oraz art. 7 ust. 3 ustawy.

Odnosząc się do kwestii naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 4 oraz 7 ust. 3 ustawy zarzuty niniejsze należy rozpatrywać w kontekście wcześniejszych wykazanych naruszeń art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 26 ust. 2b, art. 26 ust. 3 oraz art. 7 ust. 1 i 2 ustawy. W ocenie Odwołującego, wykazane naruszenia przepisów ustawy przez Zamawiającego, są podstawą do stwierdzenia, w trybie art. 192 ust. 2 ustawy, iż dokonane naruszenia przepisów ustawy, mają istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron i uczestnika postępowania odwoławczego złożonych na rozprawie Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.**

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, nr 113 poz. 759 z późn. zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie

zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 13 lutego 2013 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy – *Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy* - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

22 lutego 2013 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło pismo uczestnika postępowania odwoławczego zatytułowane *Stanowisko uczestnika*.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia, a także stanowiska i oświadczenia Stron i uczestnika postępowania odwoławczego złożone ustnie do protokołu.

Izba dopuściła dowód z dokumentu złożony przez Zamawiającego - Komendę Główną Policji:

- dokument uzyskany faksem oraz mailem od wystawcy referencji na dowód, że usługa, którą wykazał się Odwołujący, była wykonywana w okresie od marca 2010 roku do listopada 2010 roku a nie - jak oświadczył w ofercie wykonawca – do marca 2011 roku (dowód nr 1),
- kopię umowy, na podstawie której realizowana była usługa wykazana przez Odwołującego (umowa nr ZP/BO-4-2500-16 I IŻ-5049/G2-19.31/2011 z 10 maja 2011 roku) (dowód nr 2).

Na podstawie § 23 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 22 marca 2010 roku (Dz. U. nr 48 poz. 280) w sprawie *regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań* Izba postanowiła udostępnić stronom i uczestnikowi postępowania odwoławczego referencję zawartą w ofercie Odwołującego wystawioną przez Krajową Spółkę Cukrową S.A. oraz *Wykaz zrealizowanych zamówień do przetargu spr. nr 194/BŁil/12/AL* w zakresie pozycji nr 1 wykazu. Izba postanowiła również udostępnić Stronom i uczestnikowi postępowania odwoławczego złożone przez Zamawiającego dokumenty dotyczące dat realizacji usługi, o której mowa powyżej, a pozyskane od odbiorcy tej usługi.

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, nr 113 poz. 759 z późn. zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), *Izba uwzględniła odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.* Izba dokonawszy oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów biorąc pod uwagę stanowiska Stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego przedstawione na rozprawie stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W zakresie zarzutu 1:

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy – *Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy: (...) złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania,* art. 26 ust. 3 – *Zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert* oraz art. 7 ust. 1 – *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców* i art. 7 ust 2 – *czynności związane z przygotowaniem oraz przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia wykonują osoby zapewniające bezstronność i obiektywizm* - z uwagi na wykluczenie Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia – Izba zarzutu nie uwzględniła.

Zamawiający wymagał, aby wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia posiadali wiedzę i doświadczenie na okoliczność czego zobowiązani byli wykazać, że wykonali:

- *2 zamówienia polegające na wsparciu administracyjnym (instalacja, konfiguracja, utrzymanie) systemów informatycznych opartych o rozwiązania bazodanowe Oracle (wsparcie administracyjne dla co najmniej 2 baz danych Oracle 10g i/lub 11g w konfiguracji RAC) przez okres co najmniej 1 roku,*

- 2 zamówienia polegające na wsparciu administracyjnym (instalacja, konfiguracja, utrzymanie) systemów informatycznych opartych o rozwiązania aplikacyjne Oracle (wsparcie administracyjne dla co najmniej 2 klastrów/farm serwerów aplikacyjnych Oracle) przez okres co najmniej 1 roku.

Odwołujący celem wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w dokumencie *Wykaz zrealizowanych zamówień do przetargu spr. nr 194/Błil/12/AL.*, w pozycji 1, podał na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu zdefiniowanego przez Zamawiającego jako: *2 zamówienia polegające na wsparciu administracyjnym (instalacja, konfiguracja, utrzymanie) systemów informatycznych opartych o rozwiązania bazodanowe Oracle (wsparcie administracyjne dla co najmniej 2 baz danych Oracle 10g i/lub 11g w konfiguracji RAC) przez okres co najmniej 1 roku*, zrealizowaną usługę przez jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie tj. Royal Software Consulting Sp. z o.o. - dla Krajowej Spółki Cukrowej S.A.. Termin realizacji usługi podany zarówno w wykazie, jak i w referencji to marzec 2010 rok – marzec 2011 rok.

Zamawiający pismem z 11 stycznia 2013 roku (którego treść nie została objęta tajemnicą) na podstawie § 6 ust 3 - rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 roku *w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane* zażądał od Odwołującego przedstawienia oryginału lub notarialnie poświadczonej kopii dokumentu – *potwierdzenia należytego wykonania usługi wystawionego przez Krajową Spółkę Cukrową.*

W odpowiedzi na powyższe Odwołujący pismem z 15 stycznia 2013 roku (którego treść nie została objęta tajemnicą przedsiębiorstwa) udzielił następującego wyjaśnienia: *Wyjaśniamy, iż: w odniesieniu do zamówienia zrealizowanego na rzecz Krajowej Spółki Cukrowej S.A. z siedzibą w Toruniu, dysponujemy jedynie dokumentem przekazanym w formie elektronicznej tj. dokumentem w postaci skanu pisma referencyjnego.*

Zamawiający pismem z 18 stycznia 2013 roku (którego treść nie została objęta tajemnicą przedsiębiorstwa) zwrócił się do Krajowej Spółki Cukrowej S.A. z prośbą o potwierdzenie, czy wykazana w ofercie usługa realizowana - na rzecz - Krajowej Spółki Cukrowej S.A. przez jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie tj. Royal Software Consulting Sp. z o.o. *została zrealizowana, a także (...) jaki był zakres przedmiotu umowy oraz termin jej obowiązywania.*

W odpowiedzi na powyższą prośbę Zamawiający faksem, (którego treść nie została objęta tajemnicą przedsiębiorstwa) w dniu 21 stycznia 2013 roku, otrzymał od Krajowej Spółki Cukrowej S.A. informację, że *firma Royal Software Consulting Sp. z o.o. (...) administrowała środowiskiem Oracle (...). Usługi administracji środowiskiem Oracle były wykonane w ramach umowy utrzymania*

*środowiska Oracle i systemu operacyjnego AIX w okresie od marca 2010 roku do listopada 2010 roku. Wszystkie prace zostały wykonane z należytą starannością.*

Zamawiający, oceniając spełnienie warunku udziału w postępowaniu przez danego wykonawcę zobowiązany jest do badania dokumentów złożonych na potwierdzenie spełnienia opisanego warunku wiedzy i doświadczenia a zasady określone w Prawie zamówień publicznych wymagają od Zamawiającego należytego działania w trakcie wykonywanych czynności.

Na podstawie w § 1 ust. 1 pkt. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 roku *w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane* Zamawiający może żądać *W celu wykazania spełniania przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej „ustawą”, których opis sposobu oceny spełniania został dokonany w ogłoszeniu o zamówieniu, zaproszeniu do negocjacji lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w postępowaniach określonych w art. 26 ust. 1 ustawy zamawiający żąda, a w postępowaniach określonych w art. 26 ust. 2 ustawy zamawiający może żądać, następujących dokumentów: (...) wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, dostaw lub usług w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców, oraz załączeniem dokumentu potwierdzającego, że te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie.* Z przytoczonej treści przepisu wynika, że jednym z elementów, jaki musi zostać podany przez wykonawcę, jest data realizacji usługi. Data wykonania usługi jest również istotnym elementem warunku udziału w postępowaniu.

W ocenie Izby nie można zgodzić się ze stanowiskiem Odwołującego zawartym w odwołaniu i zaprezentowanym na rozprawie. Zamawiający dokonał należytej i prawidłowej oceny dokumentów złożonych w postępowaniu przez Odwołującego.

Zamawiający w wyniku powzięcia wątpliwości, dokonując rzetelnej oceny ofert zwrócił się do Odwołującego o przedstawienie oryginału lub notarialnie poświadczonej kopii dokumentu wystawionego 2 stycznia 2013 roku przez Krajową Spółkę Cukrową S.A. potwierdzającej realizację zamówienia w okresie *od marca 2010 r. do marca 2011 r.* Odwołujący nie złożył na wezwanie Zamawiającego dokumentu argumentując, że dokumentu takiego nie posiada w oryginale, a jedynie jako skan. Zamawiający uzyskał natomiast od Krajowej Spółki Cukrowej

S.A. informację, że termin realizacji usługi był inny niż wskazany przez Odwołującego w wykazie i zawarty w dokumencie potwierdzającym wykonanie usługi. W trakcie rozprawy Izba zwróciła się do Odwołującego o okazanie dokumentu potwierdzającego wykonanie usługi lub innego zaświadczonego realizację usługi w oświadczonym przez Odwołującego terminie – Odwołujący nie okazał żadnego dokumentu potwierdzającego realizację tego zamówienia w omawianym terminie tj. od marca 2010 do marca 2011 roku, nie okazał również (mimo pytania Izby) dokumentu w postaci skanu, który, jak twierdził, otrzymał od Krajowej Spółki Cukrowej S.A. (mimo, iż na rozprawie posiadał komputer). Jednocześnie pełnomocnik Odwołującego oświadczył na rozprawie, że dokument z 2 stycznia 2013 roku potwierdza realizację umowy (umowa pisemna) w okresie od marca 2010 r. do listopada 2010 roku oraz realizację usługi, która nie była świadczona na podstawie umowy, a jedynie na podstawie „ustnych zleceń”, jednakże i na tę okoliczność Odwołujący nie wykazał się żadnym dokumentem (np. fakturami, zleceniami). Nie sposób, w tym stanie faktycznym, zakwalifikować informacji złożonej przez Odwołującego jako prawdziwej lub też nawet jako błąd w jego postępowaniu *z uwagi na brak m. in. świadomości u Odwołującego, iż pozostawać może on w błędzie w odniesieniu do np. własnych doświadczeń*. W trakcie rozprawy Odwołujący nie wykazał, a nawet nie uprawdopodobnił, że faktycznie uzyskał *Potwierdzenie wykonania usługi* (tzw. referencje) o treści, jaką przedstawił w ofercie czyli o realizacji usługi w okresie od marca 2010 do marca 2011 roku oraz że faktycznie realizował usługi w terminie wskazanym w tym dokumencie (tj. od marca 2010 do marca 2011 roku). Natomiast Zamawiający przedstawił dokument (znajdujący się w dokumentacji postępowania) pozyskany od wystawcy *Potwierdzenie wykonania usługi*, z którego treści wynika okres realizacji usługi od marca 2010 do listopada 2010 roku, a który to okres realizacji umowy potwierdził również pełnomocnik Odwołującego w swoim stanowisku przedstawionym w trakcie rozprawy. Zamawiający również przedstawił dokument, tj. przesłaną za pomocą poczty elektronicznej treść referencji, czyli *Potwierdzenie wykonania usługi* z 2 stycznia 2013 roku uzyskane od Krajowej Spółki Cukrowej S.A. z treści którego to dokumentu wynika, że referencje potwierdzają usługę realizowaną od marca 2010 roku do listopada 2010 roku. Odwołujący na rozprawie nie okazał dokumentu *Potwierdzenie wykonania usługi* oryginalnego lub potwierdzonego przez notariusza nie okazał również skanu dokumentu otrzymanego drogą elektroniczną jednocześnie oświadczając, że realizował usługę w oparciu o umowę w terminie od marca 2010 do listopada 2010 roku.

Odwołujący celem wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w dokumencie *Wykaz zrealizowanych zamówień do przetargu spr. nr 194/Błil/12/AL*, w pozycji 2, podał na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu zdefiniowanego przez Zamawiającego jako: *2 zamówienia polegające na wsparciu administracyjnym (instalacja, konfiguracja, utrzymanie) systemów informatycznych opartych o rozwiązania aplikacyjne Oracle (wsparcie administracyjne dla co najmniej 2 klastrów/farm serwerów aplikacyjnych Oracle) przez okres co najmniej 1 roku, usługę zrealizowaną przez jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie tj. Royal Software Consulting Sp. z o.o. dla Głównego Urzędu Geodezji i Kartografii.*

Do wykazu Odwołujący dołączył dwa dokumenty tj. *Potwierdzenie wykonania usługi* z 19 czerwca 2012 roku wystawione przez Główny Urząd Geodezji i Kartografii oraz dokument z 2 stycznia 2013 roku stanowiący oświadczenie własne wykonawcy wraz z załączonymi dokumentami stanowiącymi sprawozdania z realizacji przedmiotu umowy ZP/BO-4-2500-16/IZ-5049/G2-19.31/2011. .

Zamawiający pismem z 11 stycznia 2013 roku, w trybie art. 26 ust. 4 ustawy zwrócił się do Odwołującego o wyjaśnienie *jaki był zakres usługi Wykonanej dla Głównego Urzędu Geodezji i Kartografii. W „Wykazie zamówień” zostało wskazane, że usługa obejmowała wsparcie administracyjne (instalacja, konfiguracja, utrzymanie) systemów informatycznych opartych o rozwiązania aplikacyjne Oracle (wsparcie administracyjne dla co najmniej 2 klastrów/farm serwerów aplikacyjnych Oracle). Jednakże z załączonych dokumentów potwierdzających należyte wykonanie umowy wynika, że przedmiotem wskazanej usługi było zarządzanie środowiskiem bazodanowym.*

W odpowiedzi na powyższe Odwołujący pismem z 15 stycznia 2013 roku (którego treść nie została objęta tajemnicą przedsiębiorstwa) udzielił następującego wyjaśnienia: *zamówienie realizowane na rzecz Głównego Urzędu Geodezji i Kartografii z siedzibą w Warszawie, obejmowało swoim zakresem, w szczególności: a) usługi serwisowania oprogramowania Oracle, stanowiącego element infrastruktury sieciowej systemu Geoportal, w ramach projektu Geoportal 2, b) usługi utrzymania infrastruktury Geoportal 2 w zakresie warstw: b.1.) warstwa aplikacyjna, b.2.) warstwa szyny usług, b.3.) warstwa bazy danych, b.4.) warstwa storage, b.5.) warstwa sieci, b.6.) środowisko backupowe, b.7.) środowisko monitoringu. c) usługi utrzymania infrastruktury Geoportal 2 w zakresie obszaru: c.1.) zarządzanie poziomem usług, c.2.) zarządzanie katalogiem usług, c.3.) zarządzanie pojemnością i dostępnością zasobów, c.4.) zarządzanie konfiguracją, c.5.) zarządzanie ciągłością działania, c.6.) operacyjne utrzymanie i eksploatacja infrastruktury, c.7.) monitoring infrastruktury i zarządzania zdarzeniami, c.8.) zarządzanie architekturą, c.9.)*



*zarządzanie bezpieczeństwem informacji i uprawnieniami dostępu, c.10.) utrzymanie narzędzi ITSM.* Do wyjaśnień odwołujący dołączył opis przedmiotu zamówienia ale dla zamówienia o innym numerze referencyjnym tj. ZP/BO-4-2500-25/IŻ-5049/G2-19.41/2012.

Zgodnie z informacjami przedstawionymi na rozprawie Odwołujący zrealizował dla Głównego Urzędu Geodezji i Kartografii umowę o numerze ZP/BO-4-2500-16/IŻ-5049/G2-19.31/2011 (umowa ta obejmowała okres od 10 maja 2011 roku do grudnia 2012 roku) – umowa „A” oraz realizuje obecnie umowę o numerze ZP/BO-4-2500-25/IŻ-5049/G2-19.41/2012 (umowa zawarta w listopadzie 2012 roku) – umowa „B”. Odwołujący wskazał, że o ciągłości realizacji usługi (ciągłość realizacji umów A i B) świadczy to, że umowa A nie była fakturowana w grudniu.

Wskazać należy, że Zamawiający nie kwestionował realizacji usługi na podstawie dwóch odrębnych umów realizowanych w sposób ciągły, lecz kwestionował zakres przedmiotowy realizowanych usług.

Zgodnie ze stanowiskiem Zamawiającego zawartym w piśmie z 5 lutego 2013 roku (informacja o wykluczeniu) oraz stanowiskiem przedstawionym na rozprawie zakres przedmiotowy umowy realizowanej od 10 maja 2010 roku nie odpowiada przedmiotowo wymaganiom Zamawiającego określonym w warunku udziału w postępowaniu, bowiem dotyczy wsparcia i utrzymania baz danych, a nie dotyczy, jak wymagał tego Zamawiający, wsparcia serwerów aplikacyjnych. Zamawiający nie kwestionował, że umowa B dotyczy wsparcia dla serwerów aplikacyjnych, jednakże nie jest ona realizowana przez co najmniej 1 rok, jak zostało to określone w warunkach udziału w postępowaniu.

Zadaniem Zamawiającego istotne jest, że w wyniku odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień Odwołujący wskazał, że realizacja usługi na podstawie umowy A przedmiotowo była zgodna z wymaganiami określonymi w warunku (2.b), i Odwołujący do wyjaśnień dołączył opis przedmiotu zamówienia dotyczący innego zamówienia - opis przedmiotu zamówienia z umowy B.

Zamawiający w trakcie rozprawy złożył umowę o numerze ZP/BO-4-2500-16/IŻ-5049/G2-19.31/2011 (umowa A) zawierającą opis przedmiotu zamówienia, który potwierdził, że umowa A przedmiotowo nie jest zgodna z wymaganiami Zamawiającego określonymi w punkcie 2b, oraz że wyjaśnienia co do przedmiotu zamówienia w piśmie Odwołującego z 15 stycznia 2013 roku zawarte w punkcie I.2) również nie są zgodne z tą umową. Umowa A odpowiada przedmiotowo wymaganiu Zamawiającego zawartemu co do warunku w punkcie 2.a i dotyczy wsparcia i utrzymania baz danych.

Odnosząc się do wykazanych powyżej uchybień w postępowaniu Odwołującego wskazać należy, że wykluczenie wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest obowiązkiem Zamawiającego, w przypadku, gdy zostaną wypełnione przesłanki z art. 24 ustawy. Na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Zamawiający wyklucza z postępowania wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania. Czynność Zamawiającego wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie przywołanego powyżej przepisu może być dokonana w razie kumulatywnego spełnienia dwóch przesłanek: złożenia nieprawdziwych informacji oraz wpływu informacji na wynik postępowania. Przez podanie informacji nieprawdziwych, należy rozumieć, zgodnie z orzecznictwem i piśmiennictwem, informacje, które przedstawiają odmienny stan od rzeczywistości (porównaj: Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 sierpnia 2010 r. sygn. akt: KIO 1550/10; Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 sierpnia 2010 r. sygn. akt: KIO 1578/10; Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 października 2009 r. sygn. akt: KIO 1223/09). Izba wskazuje, że oświadczenie lub dokument podający odmienny stan od rzeczywistości nie ma przymiotu błędnego dokumentu (porównaj: Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 września 2009 r. sygn. akt: KIO 1161/09). A w rozpoznawanym przypadku Zamawiający zarzucił Odwołującemu przerobienie dokumentu wystawionego przez Krajową Spółkę Cukrową S.A. przez zmianę daty wykonania usługi.

W prawodawstwie europejskim (Dyrektywa 2004/18/WE - art. 45 ust. 2 lit. g) nakazuje się wykluczenie wykonawcy, jeżeli „*jest winny poważnego wprowadzenia w błąd*”. Jednakże zastosowaniu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy nie można przeciwstawić przepisu dyrektywy. Treść dyrektywy pozwoliła Państwu Członkowskiemu na implementację przepisów i ich uregulowanie w prawie krajowym przez określenie warunków wykonania postanowień dyrektywy. Na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych podstawą wykluczenia jest złożenie nieprawdziwych informacji mających lub mogących mieć wpływ na wynik postępowania, bowiem nie można zaprzeczyć, że wykonawca, który złożył Zamawiającemu nieprawdziwe informacje w celu zakwalifikowania go do postępowania, jest winny wprowadzenia Zamawiającego w błąd.

Zaznaczyć należy również, co jest niesporne w orzecznictwie, że ustawa nie przewiduje żadnej możliwości sanowania nieprawdziwej informacji, nie znajdziemy w treści ustawy ani uprawnienia ani obowiązku skierowanego do Zamawiającego do wzywania wykonawcy, który przedstawił informacje nieprawdziwe do złożenia informacji niewadliwych. Naruszałoby to też uczciwą konkurencję między wykonawcami. Ustawowy tryb uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów określony w ustawie w art. 26 ust. 3 stosowany jest tylko wtedy, gdy po stronie wykonawcy składającego ofertę zaistniały uchybienia, których skutkiem jest

niemożliwość wykazania na dzień składania ofert, że określone przez Zamawiającego warunki udziału w postępowaniu spełnia (porównaj: Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 kwietnia 2011 r. sygn. akt: KIO 801/11; Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 kwietnia 2011r. sygn. akt: KIO 706/11; Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 grudnia 2009r. sygn. akt: KIO 1778/09; Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 października 2009r. sygn. akt: KIO 1223/09; Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 sierpnia 2009r. sygn. akt: KIO 1004/09;).

Niewątpliwie informacje zawarte w ofercie Odwołującego, po ich weryfikacji przez Zamawiającego na podstawie przeprowadzonego postępowania wyjaśniającego, nie odpowiadają faktom ustalonym w toku czynności wyjaśniających – tym samym została wypełniona pierwsza z przesłanek wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy. *Ratio legis art. 24 ust. 2 pkt 3 PZP jest eliminacja z postępowania wykonawców, którzy oświadczyli nieprawdę w celu uzyskania zamówienia, a tym samym zabezpieczenie słusznego interesu zamawiających* (wyroku KIO z dnia 14 kwietnia 2011 r., sygn. akt KIO 706/11) oraz interesu innych wykonawców. Badając spełnienie przesłanki wpływu informacji na wynik postępowania Izba wskazuje, że Zamawiający dokonując oceny badania ofert w pierwszej kolejności zobowiązany jest do oceny wykazanego przez wykonawców spełnienia warunku udziału w postępowaniu, w tym miejscu Zamawiający stwierdza czy złożone informacje są nieprawdziwe a następnie czy wykonawca spełnia opisane w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia warunki udziału w postępowaniu. Niesporne w orzecznictwie KIO jest, że przy stwierdzeniu złożenia nieprawdziwych informacji w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, jeżeli wykonawca potwierdził w innym miejscu spełnienie tego warunku, nie podlega on wykluczeniu (potwierdza taki stan rzeczy powołany przez Zamawiającego na rozprawie wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 15 lipca 2011 roku o sygn. akt XXIII Ga 416/11). Jednakże jeżeli na tym etapie weryfikacji wykonawcy stwierdzone zostało złożenie nieprawdziwych informacji, a spełnienie warunku nie znajduje potwierdzenia w innym miejscu (w innych dokumentach) to wykonawca podlega wykluczeniu i niemożliwe jest uzupełnienie dokumentów lub oświadczeń w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu. *Podanie nieprawdziwej informacji, nie podlega konwalidacji przez umożliwienie wykonawcy przedstawienia w miejsce dokumentu niezgodnego z prawdą, innego dokumentu, który potwierdziłby spełnienie wymagań udziału w postępowaniu, określonych specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Uzupełnieniu w myśl art. 26 ust. 3 PZP podlega dokument niezłożony, lub dokument wadliwy. Takiego charakteru nie ma dokument zawierający nieprawdziwe dane.* (Wyrok KIO z dnia 12 października 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 1223/09).

### W zakresie zarzutu 2:

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, zgodnie z którym *z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy: (...) nie wykazali spełnienia warunków udziału w postępowaniu w związku z art. 26 ust. 2b ustawy – wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić Zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia* z powodu wykluczenia wykonawcy z postępowania, bowiem ten nie przedstawił na wezwanie dokumentów potwierdzających umocowanie do podejmowania działań w imieniu Oracle Polska Sp. z o.o. w tym udzielania pełnomocnictw oraz pełnomocnictwo zostało złożone w kopii - Izba zarzutu nie uwzględniła

Zamawiający pismem z 11 stycznia 2013 roku wezwał Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy *do uzupełnienia pisemnego zobowiązania firmy Oracle do oddania Wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia oraz wykazu osób.*

Odwołujący za pismem z 15 stycznia 2013 roku złożył *pisemne zobowiązanie firmy Oracle Polska Sp. z o.o. do oddania do dyspozycji Odwołującego niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia, w szczególności w zakresie wiedzy i doświadczenia oraz osób zdolnych do wykonania zamówienia.* Zobowiązania zostały podpisane przez panią M..... K....., która działała na podstawie pełnomocnictwa złożonego jako kopia potwierdzona „za zgodność z oryginałem” przez A..... B..... – W..... Wiceprezesa Zarządu Royal Software Consulting Sp. z o.o.

Oświadczenie podmiotu trzeciego, aby mogło być uznane za dowód potwierdzający dysponowanie zasobami tego podmiotu, musi posiadać zarówno stosowną treść, z której będzie wynikało, że podmiot ten zobowiązał się do udostępnienia wykonawcy określonych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia, jak i formę pisemną oraz dla swej skuteczności musi zostać złożone przez osobę/osoby uprawnione do reprezentowania podmiotu trzeciego w powyższym zakresie. Dokument zawierający

oświadczenie woli podmiotu trzeciego winien zawierać własnoręczny podpis wystawcy dokumentu. Jednakże należy w tym miejscu zastrzec, że oświadczenie podmiot trzeci może złożyć sam (podpisać) lub może ono zostać złożone przez osobę umocowaną do działania w imieniu tego podmiotu.

Za zobowiązanie podmiotu trzeciego stanowiące dowód dysponowania przez wykonawcę zasobami tego podmiotu (w sposób wiążący złożone w imieniu i z konsekwencjami dla tego podmiotu), o którym mowa w art. 26 ust. 2b ustawy, może być uznane wyłącznie pisemne oświadczenie takiego podmiotu podpisane przez osobę uprawnioną do działania w jego imieniu (tak też Sąd Okręgowy w Katowicach w wyroku z dnia 24 marca 2011 r., XIX Ga 92/11). Uznać należy, iż nie spełnia wymogu zobowiązania, o którym mowa w art. 26 ust. 2b ustawy, dokument podpisany przez osobę nieuprawnioną, jak też dokument podpisany przez osobę, której umocowania do działania w imieniu podmiotu trzeciego wykonawca nie wykazał. Wyartykułowany wprost w przepisie art. 26 ust. 2b ustawy wymóg udowodnienia przez wykonawcę, że dysponuje określonymi zasobami podmiotu trzeciego oznacza, że w przypadku złożenia zobowiązania podmiotu trzeciego, wykonawca zobowiązany jest również do złożenia dowodów, że osoba podpisująca takie zobowiązanie była uprawniona do działania w imieniu podmiotu trzeciego. (porównaj: wyrok KIO sygn. akt KIO 2213/11 z dnia 25 października 2011 roku).

W rozpoznawanej sprawie uzupełnione na wezwanie Zamawiającego wraz z innymi dokumentami pełnomocnictwo złożone w formie kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem nie może być uznane za prawidłowe w świetle art. 9 ustawy - *postępowanie o udzielenie zamówienia (...) prowadzi się z zachowaniem formy pisemnej*. Ustawa nie definiuje pojęcia pisemności dlatego uwzględniając regulację art. 14 ustawy – *do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz.U. Nr 16, poz. 93, z późn. zm. ), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej* konieczne jest odniesienie się do przepisów kodeksu cywilnego. Zgodnie z art. 60 Kodeksu cywilnego, z zastrzeżeniem wyjątków w ustawie przewidzianych – wola osoby dokonującej czynności prawnej może być wyrażona przez każde zachowanie się tej osoby, tym samym zasadą jest że czynności prawne mogą być dokonywane w dowolnej formie. Wskazać należy, że przepisy o formie czynności prawnych mające charakter *iris cogentis* wprowadzą ustawowe wyjątki od tej zasady i właśnie przykładem takim jest art. 9 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodnie art. 78 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku Kodeks cywilnego *do zachowania pisemnej formy czynności prawnej wystarcza złożenie własnoręcznego podpisu na dokumencie obejmującym treść oświadczenia woli (...).* § 2 *Oświadczenie woli złożone w postaci elektronicznej opatrzone bezpiecznym podpisem*

*elektronicznym weryfikowanym przy pomocy ważnego kwalifikowanego certyfikatu jest równoznaczne z oświadczeniem woli złożonym w formie pisemnej.* Tym samym, uwzględniając powyższe dokument pełnomocnictwa winien zawierać własnoręczny podpis wystawcy dokumentu.

### W zakresie zarzutu 3.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 4 – *Ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą* oraz art. 7 ust. 3 ustawy – *Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami* – wobec nieuwzględnienia zarzutów 1 i 2 uzasadnionych powyżej Izba uznała za bezzasadny.

Na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy – *Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy.* Przepis ten nakłada na Strony postępowania obowiązek, który zarazem jest uprawnieniem Stron, wykazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne. Postępowanie przez Izbą stanowi postępowanie kontradyktoryjne, czyli sporne a z istoty tego postępowania wynika, iż spór toczą Strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne. Powołując w tym miejscu regulację art. 14 ustawy *do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej* przechodząc do art. 6 Kodeksu cywilnego zgodnie z którym *ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne* należy wskazać, iż właśnie z tej zasady wynika reguła art. 190 ust 1 ustawy. Przepis art. 6 Kodeksu cywilnego wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne; *ei incumbit probatio qui dicit non qui negat (na tym cięży dowód kto twierdzi a nie na tym kto zaprzecza)*. To na Odwołującym, który twierdził, że Zamawiający niezasadnie wykluczył go z postępowania ciążył obowiązek wykazania niezastnienia ustawowych przesłanek na które powoływał się Zamawiający – Odwołujący ograniczył się jedynie do podania argumentacji słownej, na okoliczność czego nie przedstawił żadnych dowodów. Zamawiający natomiast poparł swoje stanowisko i argumentację dowodami, które potwierdzały czynności wcześniej dokonane w trakcie oceny i badania ofert.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 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).

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....