

KIO 1666/11  
KIO 1669/11

**Sygn. akt: KIO 1666/11**

**Sygn. akt: KIO 1669/11**

## **WYROK**

**z dnia 18 sierpnia 2011 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** Emil Kuriata  
Luiza Łamejko  
Honorata Łopianowska

**Protokolant:** Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **18 sierpnia 2011 r.** odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

a) w dniu 5 sierpnia 2011 r. przez **Odwołującego** - ARFIDO Sp. z o.o. Baranowo, ul. Spokojna 67, 62-081 Przeźmierowo,

b) w dniu 5 sierpnia 2011 r. przez **Odwołującego** - Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowe "ROL-MOT" Sp. z o.o., ul. Czchowskiego 29, 27-310 Ciepiałów,

w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego** - Uniwersytet Przyrodniczy w Lublinie, ul. Akademicka 13, 20-950 Lublin,

przy udziale **Wykonawcy** - "BudMax" Sp. z o.o., A. Gabrysiak 4, 80-175 Gdańsk, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1669/11 po stronie Zamawiającego.

**orzeka,**

**w sprawie o sygn. akt KIO 1666/11:**

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, wykluczenia z postępowania wykonawcy Unizeto Technologies S.A. z siedzibą w Szczecinie Oddział w Lublinie, dokonania czynności badania i oceny ofert.

2. Kosztami postępowania obciąża **Zamawiającego - Uniwersytet Przyrodniczy w Lublinie, ul. Akademicka 13, 20-950 Lublin** i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez

KIO 1666/11  
KIO 1669/11

**Odwołującego** - ARFIDO Sp. z o.o. Baranowo, ul. Spokojna 67, 62-081 Przeźmierowo, tytułem wpisu od odwołania;

2.2 zasądza od **Zamawiającego** - Uniwersytet Przyrodniczy w Lublinie, ul. Akademicka 13, 20-950 Lublin, na rzecz **Odwołującego** - ARFIDO Sp. z o.o. Baranowo, ul. Spokojna 67, 62-081 Przeźmierowo kwotę: **18.600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczzonego wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

**orzeka,**

**w sprawie o sygn. akt KIO 1669/11:**

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża **Odwołującego** - Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowe "ROL-MOT" Sp. z o.o., ul. Czchowskiego 29, 27-310 Ciepiałów, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** - Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowe "ROL-MOT" Sp. z o.o., ul. Czchowskiego 29, 27-310 Ciepiałów, tytułem wpisu od odwołania,

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 Lublinie**.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....

## **Uzasadnienie**

Zamawiający – Uniwersytet Przyrodniczy w Lublinie, ul. Akademicka 13; 20-950 Lublin prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Dostawę wraz z montażem systemu zabezpieczeń i kontroli zbiorów oraz regałów metalowych stacjonarnych i przesuwanych wraz z montażem torów jezdnych dla Biblioteki Głównej - Regionalnego Ośrodka Rolniczej Informacji Naukowej Uniwersytetu Przyrodniczego w Lublinie z podziałem na dwie części”, w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 21 maja 2011 r. pod numerem 2011/S 98-160529.

Dnia 26 lipca 2011 roku (pismem z dnia 25 lipca 2011 r.) Zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej, która w części 1 zamówienia została złożona przez wykonawcę: Profesjonalne Systemy Przemysłowe sp. z o.o., ul. Inżynierska 3; 20-484 Lublin (zwany dalej „PSP”), w części 2 zamówienia została złożona przez wykonawcę: Budmax sp. z o.o., ul. A. Gabrysiak 4; 80-175 Gdańsk (zwany dalej „Budmax”) oraz o wykluczeniu (w części 2 zamówienia) wykonawcy Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowe „ROL-MOT” sp. z o.o., ul. Czachowskiego 29; 27-310 Ciepeliów, na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

### **Sygn. akt KIO 1666/11.**

Z decyzją Zamawiającego nie zgodził się wykonawca ARFIDO sp. z o.o., ul. Spokojna 67, Baranowo; 62-081 Przeźmierowo (zwany dalej „Odwołującym”) i dnia 5 sierpnia 2011 roku (pismem z dnia 4 sierpnia 2011 r.) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący wniósł odwołanie wobec:

1. Zaniechania Zamawiającego polegającego na niewykluczeniu z przedmiotowego postępowania wykonawcy Unizeto Technologies S.A. z siedzibą w Szczecinie Oddział w Lublinie (zwany dalej Unizeto), z uwagi na fakt, iż wykonawca:
  - 1) nie wykazał, że spełnia warunku udziału w postępowaniu postawionego przez Zamawiającego, tj. nie wykazał warunku udziału w postępowaniu, określonego w pkt 5.1.2. Rozdziału 5 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, tj. nie wykazał, że wykonawca ten wykonał z należytą starannością w okresie ostatnich

- trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie - co najmniej jedną dostawę wraz z montażem systemu zabezpieczenia i kontroli zbiorów informacji w technologii RFID o wartości minimum 500.000,00 zł brutto - przez co zaniechanie Zamawiającego narusza dyspozycję art. 24 ust. 2 pkt 4 i art. 24 ust. 4 ustawy Pzp,
- 2) złożył w przedmiotowym postępowaniu nieprawdziwe oświadczenie w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu postawionego przez Zamawiającego i opisanego w pkt 5.1.2. Rozdziału 5. S.i.w.z., a dokładniej wskazał, że przedmiotowa dostawa obejmowała również elementy systemu zabezpieczeń w technologii RFID, które to oświadczenie miało bezpośredni wpływ na wynik prowadzonego postępowania, oraz nie wykazał, że spełnia warunki udziału w postępowaniu postawione przez Zamawiającego w tym zakresie - przez co zaniechanie Zamawiającego narusza dyspozycję art. 24 ust. 2 pkt 3 oraz art. 24 ust. 2 pkt 4 i art. 24 ust. 4 ustawy Pzp,
  - 3) złożył w przedmiotowym postępowaniu nieprawdziwe oświadczenie w zakresie spełniania warunku udziału w postępowaniu postawionego przez Zamawiającego i opisanego w pkt 5.1.2. Rozdziału 5 s.i.w.z., a dokładniej wskazał, że wykonał w wymaganym okresie 3 lat przed upływem terminu składania ofert w przedmiotowym postępowaniu pojedynczą dostawę wraz z montażem systemu zabezpieczenia i kontroli zbiorów informacji w technologii RFID, której wartość określił na kwotę 501.000,00 zł brutto oraz nie wykazał, że spełnia warunki udziału w postępowaniu postawione przez Zamawiającego w tym zakresie - przez co zaniechanie Zamawiającego narusza dyspozycję art. 24 ust. 2 pkt 3 oraz art. 24 ust. 2 pkt 4 i art. 24 ust. 4 ustawy Pzp.
2. Zaniechania Zamawiającego polegającego na nie wezwaniu UNIZETO do przedłożenia dokumentów potwierdzających należyte wykonanie dostaw wskazanej w wykazie złożonym przy ofercie UNIZETO: „Doświadczenie zawodowe”, pomimo iż Zamawiający podjął uzasadnione wątpliwości, co do informacji prezentowanych przez UNIZETO w przedmiotowym zakresie, a wątpliwości te nie dały się usunąć jedynie w drodze wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp - przez co zaniechanie Zamawiającego narusza dyspozycję art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.
  3. Zaniechania Zamawiającego polegającego na niewykluczeniu z niniejszego postępowania wykonawcy pod firmą: Profesjonalne Systemy Przemysłowe sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie z uwagi na fakt, iż PSP:
    - 1) nie wykazał, że spełnia warunki udziału w postępowaniu postawione przez Zamawiającego, tj. nie wykazał warunku udziału w postępowaniu, określonego w pkt 5.1.2. Rozdziału 5. s.i.w.z., tj. nie wykazał, że wykonawca ten wykonał

z należytą starannością w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie - co najmniej jednej dostawy wraz z montażem systemu zabezpieczenia i kontroli zbiorów informacji w technologii RFID o wartości minimum 500.000,00 zł brutto - przez co zaniechanie Zamawiającego narusza dyspozycję art. 24 ust. 2 pkt 4 i art. 24 ust. 4 ustawy Pzp,

- 2) złożył w przedmiotowym postępowaniu nieprawdziwe oświadczenie w zakresie spełniania warunku udziału w postępowaniu postawionego przez Zamawiającego i opisanego w pkt 5.1.2. Rozdziału 5 s.i.w.z., a dokładniej wskazał, że przedmiotowa dostawa obejmowała również elementy systemu zabezpieczeń w technologii RFID, które to oświadczenie miało bezpośredni wpływ na wynik prowadzonego postępowania, oraz nie wykazał, że spełnia warunki udziału w postępowaniu postawione przez Zamawiającego w tym zakresie - przez co zaniechanie Zamawiającego narusza dyspozycję art. 24 ust. 2 pkt 3 oraz art. 24 ust. 2 pkt 4 i art. 24 ust. 4 ustawy Pzp,
- 3) złożył w przedmiotowym postępowaniu nieprawdziwe oświadczenie w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu postawionego przez Zamawiającego i opisanego w pkt 5.1.2. Rozdziału 5 s.i.w.z., a dokładniej wskazał, że wykonał w wymaganym okresie 3 lat przed upływem terminu składania ofert w przedmiotowym postępowaniu pojedynczą dostawę wraz z montażem systemu zabezpieczenia i kontroli zbiorów informacji w technologii RFID, której wartość określił na kwotę ok. 1 000 000,00 zł brutto oraz nie wykazał, że spełnia warunki udziału w postępowaniu postawione przez Zamawiającego w tym zakresie - przez co zaniechanie Zamawiającego narusza dyspozycję art. 24 ust. 2 pkt 3 oraz art. 24 ust. 2 pkt 4 i art. 24 ust. 4 ustawy Pzp.

Zdaniem Odwołującego, zaniechaniami powyższymi Zamawiający naruszył także:

- a) dyspozycję art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez dokonanie wyboru, jako najkorzystniejszej oferty PSP, która zgodnie z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp podlegała uznaniu za odrzuconą,
- b) dyspozycję art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp, poprzez utrudnianie konkurencji i nierówne traktowanie wykonawców oraz dokonanie wyboru wykonawcy w postępowaniu sprzecznie z przepisami ustawy Pzp, polegające zwłaszcza na dokonaniu niewłaściwej oceny złożonych ofert i wyboru, jako najkorzystniejszej w postępowaniu oferty wykonawcy podlegającego wykluczeniu z postępowania, którego oferta winna zostać uznana za odrzuconą w następstwie niewykazania warunków udziału w postępowaniu i złożenia nieprawdziwych oświadczeń, poprzez

co Zamawiający nie wybrał oferty Odwołującego - będącej ofertą najkorzystniejszą w rozumieniu przepisu art. 2 pkt 5 ustawy Pzp.

W związku naruszeniem przez Zamawiającego powyżej wymienionych przepisów ustawy - Prawo zamówień publicznych, tj. art. 24 ust. 2 pkt 3 i pkt 4, art. 24 ust. 4, art. 91 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 i ust. 3 w zw. z art. 2 pkt 5, które to naruszenie miało wpływ na wynik postępowania, Odwołujący wskazał na uszczerbek w jego interesie prawnym.

Na podstawie art. 180 ust. 3 w zw. z art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, Odwołujący żądał:

- 1) merytorycznego rozpoznania odwołania i jego uwzględnienia w całości,
- 2) nakazania unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na wyborze, jako najkorzystniejszej w postępowaniu, oferty PSP oraz oceny jako drugiej w kolejności najkorzystniejszej oferty UNIZETO,
- 3) nakazania Zamawiającemu ponowienia czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu,
- 4) nakazania Zamawiającemu wykluczenia z postępowania wykonawców PSP i UNIZETO, ze względu na niewykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu przez tych wykonawców oraz złożenie nieprawdziwych oświadczeń, które miały bezpośredni wpływ na wynik prowadzonego postępowania,
- 5) nakazania Zamawiającemu uznania oferty złożonej przez wykonawców PSP i UNIZETO za odrzucone - jako złożone przez wykonawców wykluczonych z postępowania,
- 6) nakazania Zamawiającemu ponowienia czynności oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty, wskutek czego oferta Odwołującego zostanie wybrana jako najkorzystniejsza w przedmiotowym postępowaniu,
- 7) przeprowadzenia dowodów z dokumentów powołanych w treści niniejszego Odwołania i do niego załączonych, na okoliczności wskazane w uzasadnieniu Odwołania,
- 8) obciążenia Zamawiającego całością kosztów postępowania odwoławczego na podstawie art. 192 ust. 10 ustawy Pzp w zw. z § 5 ust. 2 pkt 1 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. z 2010 r., Nr 41, poz. 238), w tym o zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów, o których mowa w § 3 pkt 2 powołanego rozporządzenia.

Kopię odwołania, Odwołujący przekazał Zamawiającemu w dniu 4 sierpnia 2011 roku.

Zamawiający, dnia 5 sierpnia 2011 roku wezwał wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

Do postępowania odwoławczego nie przystąpił żaden z wykonawców.

Zamawiający, dnia 18 sierpnia 2011 roku (pismem z dnia 17 sierpnia 2011 r.), na posiedzeniu Izby, złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

**Sygn. akt KIO 1669/11.**

Z decyzją Zamawiającego nie zgodził się wykonawca Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowe „ROL-MOT” sp. z o.o., ul. Czachowskiego 29; 27-310 Ciepeliów (zwany dalej „Odwołującym”) i dnia 5 sierpnia 2011 roku (pismem z dnia 4 sierpnia 2011 r.) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący wniósł odwołanie od:

1. Niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia polegającej na wykluczeniu Odwołującego z postępowania.
2. Niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia polegającej na wyborze, jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez spółkę BUDMAX sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku.
3. Zaniechania czynności wyboru, jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy.

Wyżej wskazanym czynnościom oraz zaniechaniu czynności Zamawiającego Odwołujący zarzucił niezgodność z przepisami ustawy w zakresie:

- 1) art. 7 ust. 1 - poprzez jego niezastosowanie i prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób, który nie zapewnia zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,
- 2) art. 24 ust. 2 pkt 2 - poprzez jego bezprawne zastosowanie i wykluczenie Odwołującego z postępowania wskutek bezpodstawnego uznania, że Odwołujący nie wniósł wadium do upływu terminu składania ofert,
- 3) art. 91 ust. 1 - poprzez jego bezprawne zastosowanie i dokonanie wyboru oferty złożonej przez spółkę BUDMAX, a także poprzez jego bezprawne niezastosowanie i zaniechanie dokonania wyboru oferty złożonej przez Odwołującego, która jest ofertą najkorzystniejszą na podstawie kryterium oceny ofert określonego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący żądał:

1. Uwzględnienia odwołania.
2. Nakazania unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na wykluczeniu Odwołującego z postępowania.

KIO 1666/11  
KIO 1669/11

3. Nakazania unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na wyborze, jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez spółkę BUDMAX.
3. Nakazania powtórzenia czynności Zamawiającego polegającej na badaniu i oceny ofert.
4. Nakazania wykonania czynności Zamawiającego polegającej na dokonaniu wyboru, jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego.

Kopię odwołania, Odwołujący przekazał Zamawiającemu w dniu 4 sierpnia 2011 roku.

Zamawiający, dnia 5 sierpnia 2011 roku wezwał wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

Do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, dnia 8 sierpnia 2011 roku zgłosił przystąpienie wykonawca Budmax sp. z o.o., ul. A. Gabrysiak 4; 80-175 Gdańsk.

Zamawiający, dnia 18 sierpnia 2011 roku (pismem z dnia 17 sierpnia 2011 r.), na posiedzeniu Izby, złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

#### **Sprawa o sygn. akt KIO 1666/11**

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron postępowania odwoławczego złożone podczas rozprawy, oraz w pismach procesowych, Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.**

Krajowa Izba Odwoławcza nie stwierdziła przesłanek do odrzucenia odwołania określonych przepisem art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, co uprawnia go do złożenia odwołania.

#### **Izba ustaliła i zważyła, co następuje.**



Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący na rozprawie oświadczył, iż wycofuje zarzut, w odniesieniu do wykonawcy Unizeto, dotyczący naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 26 ust. 3 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Odnosnie wykonawcy Unizeto Izba stwierdziła, iż potwierdził się zarzut dotyczący naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Zamawiający w rozdziale 5 pkt 5.1.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia postawił warunek udziału w postępowaniu, co do części 1 zamówienia, w zakresie wiedzy i doświadczenia wymaganego od wykonawcy ubiegającego się o udzielenie Zamówienia, by wykonawca wykonał z należytą starannością w okresie ostatnich trzech lat przed terminem składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie co najmniej jedną dostawę wraz z montażem systemu zabezpieczenia i kontroli zbiorów informacji w technologii RFID o wartości minimum 500 000,00 zł brutto.

Na potwierdzenie spełnia w/w warunku Zamawiający żądał, zgodnie z pkt 6.4.1 s.i.w.z. przedstawienia wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, dostaw w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców (w zakresie określonym w pkt 5.1.2), zgodnie z formularzem „Doświadczenie zawodowe” stanowiącym załącznik Nr 5 do s.i.w.z. – w części 1 i/lub załącznik Nr 6 do s.i.w.z. – w części 2 oraz zgodnie z pkt 6.4.2 s.i.w.z. dokumentów potwierdzających, że wymienione w wykazie dostawy, o których mowa w pkt 6.4.1 zostały wykonane należycie.

Unizeto, w formularzu „Doświadczenie zawodowe” (str. 9 oferty) wykazał się doświadczeniem zawodowym w realizacji jednej dostawy wykonanej dla PREATOR sp. z o.o., ul. Lirowa 27; 02-387 Warszawa, gdzie wartość zamówienia wynosiła 501 000,00 zł, przedmiotem której była dostawa, uruchomienie i wdrożenie systemu automatycznej identyfikacji i kontroli ruchu dokumentów, z wykorzystaniem technologii RFIA UHF, w archiwum Krajowego Rejestru Sądowego w Warszawie.

Jednocześnie Unizeto załączyło (strona 10 oferty) dokument określony, jako Referencje z dnia 1 czerwca 2011 roku, wystawione przez spółkę PRAETOR sp. z o.o. z siedzibą

KIO 1666/11  
KIO 1669/11

w Warszawie, w którym wystawca referencji potwierdził, iż „Spółka HADATAP sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie była naszym dostawcą i partnerem przy realizacji systemu automatycznej identyfikacji i kontroli ruchu dokumentów, z wykorzystaniem technologii RFID UHF w archiwum Krajowego Rejestru Sądowego w Warszawie (Sąd Rejonowy dla m.st. Warszawy)”. Ponadto wystawca referencji potwierdził, że „System został wdrożony w pierwszej połowie 2009 roku, łączna wartość dostaw zrealizowanych przez HADATAP przekroczyła 500 000 zł”.

Zgodnie z oświadczeniem z dnia 4 lipca 2011 roku (strona 28 oferty) HADATAP sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (podmiot udostępniający zasoby), zgodnie z przepisem art. 26 ust. 2b ustawy - Prawo zamówień publicznych oddał do dyspozycji wykonawcy (Unizeto) niezbędne zasoby z zakresu: wiedzy i doświadczenia oraz osób zdolnych do wykonania zamówienia, na okres korzystania z nich przy składaniu oferty i realizacji zamówienia (doświadczenie w realizacji dla PREATOR sp. z o.o.).

W toku oceny i badania ofert Zamawiający, pismem z dnia 14 lipca 2011 roku wezwał wykonawcę Unizeto do złożenia wyjaśnień, w trybie przepisu art. 26 ust. 4 ustawy Pzp dotyczących przedmiotu dostawy wykazanej przez niego w ofercie, a konkretnie czy spółka, której doświadczeniem posługuje się Unizeto wykonała dostawę systemu zabezpieczenia zbiorów oraz czy spółka ta wykonała jedną dostawę urządzeń, której wartość przekroczyła 500 000 zł, czy też wykonała kilka dostaw, których łączna wartość przekroczyła 500 000 zł.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie, pismem z dnia 21 lipca 2011 roku Unizeto wyjaśniło, iż dostawa wskazana w liście referencyjnym obejmowała system automatycznej identyfikacji obejmujący sprzęt do kontroli i zabezpieczenie zbiorów oraz, że wskazana dostawa była realizowana w ramach jednego zamówienia. Unizeto wyjaśniło ponadto, że czas realizacji zamówienia to ponad 6 miesięcy, z uwagi na czas niezbędny do oznakowania zbiorów, dlatego osobno były fakturowane zabezpieczające etykiety RFID, urządzenia kodujące i reszta sprzętu, w tym pojedyncza faktura na blisko pół miliona etykiet zabezpieczających RFID przekraczała kwotę 500 000 zł brutto.

W ocenie Izby wykonawca Unizeto podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, który stanowi, iż z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Powyższe twierdzenie wynika z dowodów przedstawionych na rozprawie przez Odwołującego, a w szczególności z pisma Kierownika finansowego Sądu Rejonowego dla m. st. Warszawy, z dnia 3 sierpnia 2011 roku, z którego wynika, że w okresie od 5 lipca 2008 roku do 5 lipca 2011 roku firma PREATOR sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (przyp. firma wystawiająca referencje dla podmiotu, z którego zasobów korzysta Unizeto, tj. spółki HADATAP) wykonała w Archiwum Krajowego Rejestru Sądowego w Warszawie dostawę

i montaż urządzeń w technologii RFID, jedno zamówienie na kwotę 123 222,00 zł brutto i drugie zamówienie na kwotę 617 320,00 zł brutto.

Jak wynika z ogłoszenia o udzieleniu zamówienia – usługi (numer ogłoszenia 148910-2009 z dnia 14 maja 2009 roku) firmie PREATOR sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, udzielone zostało zamówienie na kwotę 112 788,00 zł netto, gdzie przedmiotem zamówienia była usługa dzierżawy urządzeń wraz z oprogramowaniem do zapisu i odczytu, wydawania i przyjmowania dokumentów sądowych oznaczonych radiowymi etykietami identyfikacyjnymi.

Powyższe zamówienie nie odpowiada warunkowi postawionemu przez Zamawiającego zarówno w zakresie co do przedmiotu, Zamawiający wymagał wykazania się dostawą, a nie usługą, jak i wartością (Zamawiający wymagał dostawy o wartości minimum 500 000,00 zł brutto, usługa (oferta) opiewała na kwotę 137 601,36 zł brutto – wg druku ZP-12 dla tego postępowania (ZP/SR/01/09)).

Z kolei drugie zamówienie wskazane w piśmie SR m. st. w Warszawie, było zamówieniem na dostawę etykiet identyfikacyjnych dla potrzeb SR dla m. st. Warszawy w Warszawie. Zgodnie z ogłoszeniem o udzieleniu zamówienia – dostawy o numerze 261204-2008 z dnia 12 grudnia 2008 roku zamówienia udzielono wykonawcy PREATOR sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie z ceną wybranej oferty 506 000,00 zł netto. Zgodnie z drukiem ZP-12 dla tegoż postępowania (ZP/SR/19/08), cena oferty brutto, złożonej przez PREATOR sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie opiewała na kwotę 617 320,00 zł brutto. Ponadto zgodnie z treścią umowy zawartej w wyniku przeprowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia, termin realizacji zamówienia (dostawy etykiet identyfikacyjnych) został określony do 30 grudnia 2008 roku.

Z treści powyższych dokumentów nie wynika, jakoby spółka HADATAP z siedzibą w Warszawie uczestniczyła w wykonywaniu zamówień. Jednakże przyjmując założenie, iż na zlecenie firmy PREATOR sp. z o.o. firma HADATAP sp. z o.o. realizowała „fizycznie” przedmiotowe zamówienia, to i tak oświadczenie Unizeto pozostaje w sprzeczności ze stanem faktycznym ustalonym w sprawie.

Izba stwierdziła, iż Unizeto złożyło nieprawdziwe informacje mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, gdyż:

- 1) zamówienie (Nr 1) realizowane dla SR m. st. Warszawy nie odpowiadało swoim zakresem warunkowi postawionemu przez Zamawiającego – Zamawiający wymagał wykazania się doświadczeniem w dostawach, Unizeto wykazało się doświadczeniem w usługach,
- 2) zamówienie (Nr 1) nie odpowiadało wartością wynikającą z warunku postawionego przez Zamawiającego – Zamawiający wymagał wykazaniem się dostawą o wartości minimum 500 000,00 zł brutto, Unizeto realizował usługę na kwotę 137 601,36 zł brutto,

- 3) zamówienie (Nr 2) nie odpowiadało przedmiotem warunkowi postawionemu przez Zamawiającego – Zamawiający wymagał doświadczenia w dostawie wraz z montażem systemu zabezpieczenia i kontroli zbiorów informacji w technologii RFID, Unizeto wykazało się doświadczeniem w dostawie etykiet identyfikacyjnych, które w ocenie Izby mogą wchodzić w skład systemu zabezpieczenia i kontroli, natomiast z całą pewnością nie są samoistnym systemem. Zgodnie ze słownikiem języka polskiego PWN, system to układ elementów mający określoną strukturę i stanowiący logicznie uporządkowaną całość lub zespół wielu urządzeń, dróg, przewodów itp., funkcjonujących jako całość.

Złożenie nieprawdziwych informacji wynika bezpośrednio z oświadczeń składanych przez Unizeto, zarówno w ofercie przetargowej, jak i w wyniku wezwania Zamawiającego w trybie przepisu art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. Unizeto oświadczyło (korzystając z zasobów podmiotów trzecich – HADATAP sp. z o.o.), iż dostawy wykazane w liście referencyjnym (wystawionym przez PREATOR sp. z o.o.) obejmowały system automatycznej identyfikacji obejmujący sprzęt do kontroli i zabezpieczenie zbiorów oraz, że wskazana dostawa była realizowana w ramach jednego zamówienia, co niezgodne jest z w/w dowodami przedstawionymi przez Odwołującego.

Do wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy niezbędne jest łączne wystąpienie dwóch przesłanek: złożenia nieprawdziwych informacji i ich wpływ (informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ) na wynik postępowania połączonych normalnym, adekwatnym związkiem przyczynowym. Dowód zaistnienia przesłanek wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy spoczywa na tym, kto ze swojego twierdzenia wywodzi skutek prawny w postaci wykluczenia wykonawcy z postępowania (art. 6 kc w zw. z art. 14 Pzp). Zaistnienie przesłanek wykluczenia wynikających z komentowanego przepisu powinno być udowodnione w sposób nie budzący wątpliwości, w przeciwnym razie zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji, wynikające z art. 7 ust. 1 ustawy, nie zostaną zachowane. Teza ta znajduje potwierdzenie w wyroku Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 15 stycznia 2010 r. (sygn. akt XII Ga 420/09) wskazującego, że wykluczenie wykonawcy na podstawie omawianego przepisu wymaga ustalenia w sposób nie budzący wątpliwości, iż wykonawca złożył nieprawdziwe informacje oraz wykazania, że ich złożenie miało (aktualnie także mogło mieć) wpływ na wynik postępowania.

Wobec braku definicji legalnej w ustawie – Prawo zamówień publicznych pojęcia „nieprawdziwe informacje”, użytego w przepisie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych odwołano się - odpowiednio - do wytycznych dotyczących rozumienia tej kategorii zawartych w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 5 kwietnia 2002 r. (II CKN 1095/99). W tym wyroku Sąd Najwyższy, stwierdził (za sądem apelacyjnym), iż pojęcie „prawda”, „prawdziwy”, bądź ich zaprzeczenie występują wielokrotnie w aktach

normatywnych, a wśród nich w kodeksie cywilnym (np. art. 780 § 1, art. 834, art. 815 § 3), w kodeksie postępowania cywilnego (np. art. 3, art. 103 § 2, art. 252, 253, 254 § 1 i 2), w kodeksie karnym (np. art. 132, 213 § 1, 2 i 3, art. 297 § 1, art. 313 §) oraz w kodeksie postępowania karnego (np. art. 2 § 2, art. 188 § 1 i art. 312). Zdaniem Sądu Najwyższego, we wszystkich tych przypadkach pojęcie „prawda” rozumiane jest tak, jak w języku potocznym, a więc jako zgodność (adekwatność) myśli (wypowiedzi – w znaczeniu logicznym) z rzeczywistością (z „faktami” i „danymi”), co odpowiada – na gruncie filozoficznym – tzw. klasycznej koncepcji prawdy i w tym sensie - zdaniem Sądu Najwyższego - wypowiedź o rzeczywistości jest prawdziwa tylko wtedy, gdy głosi tak, jak jest w rzeczywistości. Powyższe rozumienie pojęcia „nieprawdziwych” informacji nawiązuje do obiektywnej niezgodności treści podawanych oświadczeń z rzeczywistością. Podkreślenia przy tym wymaga, że informacje podawane w postępowaniu o zamówienie są oświadczeniami wiedzy składanymi w sposób celowy, w odpowiedzi na warunki określone przez zamawiającego, zatem ich podanie winno być rozpatrywane w kategorii staranności wymaganej w danych okolicznościach, z uwzględnieniem profesjonalnego charakteru postępowania o zamówienie oraz zawodowego charakteru prowadzonej działalności przez wykonawców. Jak wskazuje się w orzecznictwie, *„Należyta staranność dłużnika określana przy uwzględnieniu zawodowego charakteru prowadzonej działalności gospodarczej uzasadnia zwiększone oczekiwanie, co do umiejętności, wiedzy, skrupulatności i rzetelności, zapobiegliwości i zdolności przewidywania. Obejmuje także znajomość obowiązującego prawa oraz następstw z niego wynikających w zakresie prowadzonej działalności”* (wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 8 marca 2006 r. sygn. akt: ACa 1018/05 *niepubl.*). Jakkolwiek jednak postępowanie o zamówienie publiczne jest postępowaniem w obrocie profesjonalnym, wykonawcy winni zatem wykazać podwyższoną staranność przejawiającą się zawodowym charakterem ich działalności, co stawia zasadnym oczekiwanie dokładnego zapoznania się z dokumentami postępowania, ewentualnego zadawania zapytań wobec niejednoznacznego brzmienia postanowień specyfikacji, to jednak staranność ta nie może sięgać tak daleko, by można było wnioskować o złożeniu nieprawdziwych informacji na podstawie dokumentów złożonych w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, które odpowiadają na brzmienie warunku udziału w postępowaniu, co do którego – wobec posłużenia się pojęciami niejednoznacznymi, czy też takimi, co do można przyjmować różne rozumienia.

Analiza zebranego materiału dowodowego w świetle przedstawionej przez Izbę wykładni przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp daje podstawy do stwierdzenia, iż Unizeto oświadczając, iż spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, posługując się zasobami podmiotu trzeciego złożyło nieprawdziwe informacje, które mogły mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Odnosnie wykonawcy Profesjonalne Systemy Przemysłowe sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie (PSP) Izba stwierdziła, iż nie potwierdził się zarzut dotyczący naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

Jako, że Odwołujący na rozprawie oświadczył, iż nie kwestionuje doświadczenia wykazanego przez firmę PSP w punkcie 1 „Doświadczenia zawodowego”, tj. dostawy wykonanej dla Miejskiej i Uniwersyteckiej Biblioteki we Frankfurcie, a kwestią sporną jest jedynie możliwość udostępniania wiedzy i doświadczenia przez podmiot udostępniający swoje zasoby i wynikający z tego, w ocenie Odwołującego obowiązek uczestniczenia tegoż podmiotu w realizacji zamówienia, Izba stwierdziła, co następuje.

Na stronie 4 oferty firmy PSP znajduje się zobowiązanie do udostępnienia zasobów, z dnia 29 czerwca 2011 roku, w którego treści firma 3M Poland sp. z o.o. z siedzibą w Kajetanach zobowiązuje się do oddania do dyspozycji wykonawcy, tj. Profesjonalne Systemy Przemysłowe sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie, niezbędnych zasobów korporacji 3M w postaci posiadanej wiedzy i doświadczenia. Jednocześnie udostępniający zasoby zobowiązał się do wspierania wykonawcy (PSP) wiedzą i doświadczeniem podczas realizacji umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Jednocześnie wykonawca PSP oświadczył, na stronie 3 oferty, iż zamierza skorzystać w realizacji przedmiotowego zamówienia z podwykonawcy, którym będzie firma 3M Poland sp. z o.o. z siedzibą w Kajetanach.

Ponadto wykonawca PSP przedstawił wystawiony przez spółkę 3M Niemcy sp. z o.o. (3M Deutschland GmbH) dokument dotyczący „*Wsparcia technicznego dla Rozwiązań Systemu Bibliotecznego 3M w Polsce*” z dnia 29 czerwca 2011 r., w treści, którego wynika, że zasoby 3M Niemcy będą dostępne wraz z posiadaną wiedzą i doświadczeniem dla wsparcia we wszystkich kwestiach technicznych związanych z instalacją i obsługą instalacji Systemów Bibliotecznych 3M dostarczonych przez 3M Polska sp. z o.o. i przez Profesjonalne Systemy Przemysłowe sp. z o.o. (oficjalnego dystrybutora 3M Poland sp. z o.o.).

Doświadczenie, którym legitymuje się wykonawca PSP w wykazie „Doświadczenie Zawodowe”, zdaniem Odwołującego, na obecnym etapie - tj. po wezwaniu z dnia 14 lipca 2011 r. wystosowanym przez Zamawiającego do PSP, z którego treści wynika, że zamawiający na etapie badania oferty złożonej przez PSP uwzględnił jedynie doświadczenie wskazane w pozycjach nr 1 i 2 wykazu „Doświadczenie Zawodowe” (złożonego na etapie składania oferty przez PSP), i ponownie złożonym przez PSP wykazie - jest w istocie doświadczeniem spółki 3M Niemcy sp. z o.o. (3M Deutschland GmbH), która w przeciwieństwie do spółki 3M Poland sp. z o.o., nie została wskazana, jako podwykonawca części zamówienia.

Zdaniem Odwołującego w sytuacji, gdy na podstawie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp na rzecz wykonawcy udostępniania jest wiedza i doświadczenie innego podmiotu, wymagany jest udział tego podmiotu w realizacji zamówienia w charakterze podwykonawcy.

Zamawiający po przeanalizowaniu oferty złożonej przez PSP, wezwał wykonawcę zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu. W odpowiedzi wykonawca PSP przedstawił list referencyjny z dnia 18 lipca 2011 r., który potwierdza należyte wykonanie dostawy systemu zabezpieczenia i kontroli zbiorów informacji w technologii RFID dla Biblioteki Uniwersyteckiej Uniwersytetu Johanna W. Goethego we Frankfurcie nad Menem.

Zgodnie z art. 26 ust. 2b Pzp 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, że 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 zamówieniu.

Izba wyraża opinię, iż brzmienie przywołanego przepisu pozostawia woli i decyzji podmiotów współpracujących (wykonawcy uczestniczącemu w postępowaniu i osobie trzeciej, na której zasobach on polega) określenie charakteru prawnego wzajemnych stosunków ich łączących. Z punktu widzenia skuteczności złożonego przez osobę trzecią zobowiązania za prawnie irrelevantne należy uznać relacje podmiotów związanych stosunkiem prawnym mającym swoje źródło w art. 26 ust. 2b ustawy.

W zakresie udowodnienia zamawiającemu, że wykonawca będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia istotne znaczenie dla oceny skuteczności takiego zobowiązania na etapie badania przez zamawiającego spełnienia warunków udziału w postępowaniu ma użycie w art. 26 ust. 2b zdanie drugie ustawy zwrotu „(...) będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia (...)”. Posłużenie się w tym przypadku przez ustawodawcę czasem przyszłym wskazuje, iż do faktycznej możliwości rozporządzania udostępnianymi przez inny podmiot zasobami ma dojść dopiero na etapie wykonania zamówienia. Tym samym ubiegając się o udzielenie zamówienia publicznego wykonawca nie jest zobowiązany wykazać, że już dysponuje udostępnianymi zasobami – za wystarczające należy uznać przyrzeczenie oddania do dyspozycji niezbędnych do realizacji przedmiotu zamówienia zasobów, zawarte w oświadczeniu lub innego rodzaju pisemnej deklaracji podmiotu trzeciego. Powyższe potwierdza również treść § 1 ust. 2 rozporządzenia w sprawie dokumentów, który stanowi, że: „Jeżeli

*wykonawca, wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, zamawiający może żądać od wykonawcy przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów wymienionych w § 2".* Wykładnia literalna powyższego przepisu wskazuje, iż ustawodawca nie zawsze wiąże konieczność udziału podmiotów trzecich w realizacji zamówienia z udostępnieniem przez te podmioty swoich zasobów wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 26 ust. 2b ustawy.

Izba stoi na stanowisku, iż dla dopuszczalności zastosowania art. 26 ust. 2b ustawy nie jest konieczne, aby podmiot udostępniający swoje doświadczenie na zasadach określonych tym przepisem, brał udział w realizacji zamówienia, jako podwykonawca. Z dyspozycji normy prawnej wyrażonej w analizowanym przepisie nie wynika, że osoba trzecia będzie miała obowiązek w takiej sytuacji osobiście wykonywać całość bądź określoną część zamówienia jako podwykonawca. Trzeba także dodać, iż „*podwykonawca*” nie został w ustawie zdefiniowany, jednak niewątpliwie jest pojęciem węższym w stosunku do użytego przez ustawodawcę w art. 26 ust. 2b ustawy sformułowania „*dysponowanie zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia*”. Zatem, kierując się założeniem, że ustawodawca w akcie prawnym nazywa te same instytucje w taki sam sposób, przy użyciu jednakowych pojęć, należy wyrazić pogląd, iż w omawianym przypadku takiej jednolitości nie zachował (do podwykonawcy odnoszą się postanowienia art. 36 ust. 4 i 5 Pzp), co także przemawia za przyjęciem, iż art. 26 ust. 2b ustawy nie wymaga udziału podmiotu trzeciego w charakterze podwykonawcy podmiotu, z którym zostanie zawarta umowa o zamówienie publiczne. Niewątpliwie jednak oddanie do dyspozycji przez podmiot trzeci wymienionych w przepisie art. 26 ust. 2b ustawy zasobów, gdy dotyczy wiedzy i doświadczenia, łączy się z koniecznością uczestniczenia tego podmiotu w realizacji zamówienia. Uczestnictwo to jednak może mieć dowolną, dozwoloną prawem formę (np. podwykonawstwo, doradztwo, konsultacje). Wiedza i doświadczenie mogą być także udostępnione poprzez oddanie do korzystania know-how, schematów technologicznych urządzeń, dokumentów zawierających opis procesów technologicznych, dokumentacji serwisowej, programów komputerowych, topografii układów scalonych lub systemów zarządzania jakością. Wiedzę i nabyte w drodze empirycznej doświadczenie można także przekazać poprzez udostępnienie dokumentacji opisującej procesy technologiczne, chemiczne, jak również zastrzeżonej dokumentacji serwisowej czy technicznej lub danych serwisowych (parametrów krytycznych pracy urządzenia czy tolerancji pasowania współpracujących podzespołów). Brak powyższych danych może uniemożliwić wykonywanie określonych czynności (serwisowych, konserwacyjnych) w zasadzie każdemu podmiotowi, natomiast ich udostępnienie może skutkować otwarciem dostępu do realizacji zamówienia wszystkim tym, którzy prowadzą



KIO 1666/11  
KIO 1669/11

działalność w danej branży. Także proces edukacyjny (szkolenia, wykłady, warsztaty naukowe) prowadzi do przyswojenia przez osoby uczestniczące wiedzy i doświadczenia, którymi dysponuje wykładowca.

Zawarty w art. 26 ust. 2b ustawy przykładowy sposób udowodnienia, iż wykonawca będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia oparty został na pisemnym zobowiązaniu podmiotów trzecich do oddania wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. Wskazane jako przykładowe oświadczenie ma potwierdzić istnienie relacji o charakterze prawnym pomiędzy podmiotem udostępniającym swoje zasoby, a wykonawcą polegającym na tych zasobach, w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz wykorzystania tych zasobów w realizacji zamówienia. Tym samym każdy dokument, który w sposób niezbity potwierdza istnienie zobowiązania podmiotu trzeciego do udostępnienia swoich zasobów, w celu wykorzystania ich do realizacji przedmiotu zamówienia, należy uznać za wystarczający (vide: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 lipca 2010 roku, w sprawach połączonych o sygn. akt KIO 1448/10, KIO 1450/10, KIO 1451/10).

Podobne stanowisko Izba zajęła w wyrokach: z dnia 18 sierpnia 2010 roku, sygn. akt KIO 1671/10, z dnia 9 lipca 2010 roku, sygn. akt 1265/10, z dnia 3 sierpnia 2010 roku, sygn. akt KIO 1541/10, z dnia 26 lipca 2010 roku, sygn. akt KIO 1452/10, KIO 1453/10, KIO 1454/10, z dnia 13 maja 2011 roku, sygn. akt KIO 926/11.

Izba stwierdziła, że do oferty wykonawcy PSP zostały dołączone zobowiązania podmiotów trzecich do udostępnienia wiedzy i doświadczenia.

Zobowiązanie 3M Niemcy sp. z o. o. wystawiono dnia 29 czerwca 2011 r. Spółka potwierdza, że zasoby 3M Niemcy będą dostępne wraz z posiadaną wiedzą i doświadczeniem dla wsparcia we wszystkich kwestiach technicznych związanych z instalacją i obsługą instalacji systemów bibliotecznych 3M dostarczanych przez 3M Polska sp. z o. o. i przez PSP sp. z o.o.

Dodatkowo do oferty zostało dołączone zobowiązanie spółki 3M Polska do udostępnienia zasobów wystawione dnia 29 czerwca 2011 r., w którym 3M Polska oświadcza, że zobowiązuje się do oddania do dyspozycji PSP niezbędnych zasobów korporacji 3M w postaci wiedzy i doświadczenia.

Oświadczenie 3M Niemcy z dnia 29 czerwca 2011 r., dotyczące wsparcie technicznego dla Rozwiązań Systemu Bibliotecznego 3M w Polsce, dotyczy sytuacji, gdy instalację i obsługę instalacji systemów bibliotecznych 3M na terenie Polski wykona 3M Polska -oficjalny oddział firmy 3M i Profesjonalne Systemy Przemysłowe- oficjalny dystrybutor 3M Poland Sp. z o.o. Oświadczenie to pozwoliło 3M Polska sp. z o. o. na zobowiązanie się do udostępnienia niezbędnych zasobów korporacji 3M w tym przekazanych jej przez 3M Niemcy na użytek w niniejszym postępowaniu. Powyższe zobowiązania stanowiły podstawę do posłużenia się

przez Wykonawcę PSP referencjami wystawionymi dla 3M Niemcy za wykonane dostawy i usługi. W warunkach niniejszej sprawy w/w oświadczenia podmiotów trzecich tj. 3M Niemcy i 3M Polska spełniają dyspozycję przepisu art. 26 ust. 2b ustawy pzp, co oznacza, iż podmiot, który udostępnia wiedzę i doświadczenia nie musi brać udziału w realizacji zamówienia jako podwykonawca.

W świetle powyższych ustaleń bez znaczenia dla sprawy pozostaje kwestia rozważań Odwołującego, nie potwierdzonych żadnymi dowodami w zakresie zarzutów dotyczących drugiej pozycji wykazu „Doświadczenie zawodowe”, a dotyczącej dostawy do Uniwersytetu Technicznego w Berlinie. Izba wskazuje, że na podstawie przepisu art. 190 ust. 1 ustawy Pzp to na stronie, która wywodzi określone skutki prawne spoczywa obowiązek dowodowy. Twierdzenia Odwołującego, iż cyt.: „*Powyższe rodzi uzasadnione wątpliwości*” pozostają jedynie wątpliwościami i nie mogą stanowić o słuszności stawianych zarzutów.

W ocenie Izby nie potwierdził się również zarzut naruszenia przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, w odniesieniu do oferty PSP, gdyż Odwołujący zdaje się tylko z ostrożności powołał powyższy zarzut, nie przedstawiając przy tym żadnej argumentacji zarówno prawnej, jak i faktycznej.

Mając powyższe na uwadze Izba stwierdziła, iż Zamawiający nie naruszył przepisów art. 91 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 i 3 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Dlatego też, na podstawie przepisu art. 192 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych orzeczono, jak w sentencji. Izba stwierdziła, że naruszenie przepisów ustawy mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238), uwzględniając koszty Odwołującego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600,00 zł.

#### **Sprawa o sygn. akt KIO 1669/11**

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego złożone podczas rozprawy oraz w pismach procesowych, Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.**

Krajowa Izba Odwoławcza nie stwierdziła przesłanek do odrzucenia odwołania określonych przepisem art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, co uprawnia go do złożenia odwołania.

**Izba ustaliła i zważyła, co następuje.**

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający w rozdziale 8 specyfikacji istotnych warunków zamówienia postawił wymagania dotyczące wadium. W pkt 8.3.1 Zamawiający wskazał, iż wadium złożone w pieniądzu przelewem na rachunek bankowy powinno zostać zaksięgowane na koncie Zamawiającego najpóźniej do upływu terminu składania ofert. Zgodnie z pkt 8.3.2 s.i.w.z. dowód wniesienia wadium w jednej lub kilku formach określonych w pkt 8.2 należało załączyć do oferty.

Odwołujący w swojej ofercie oświadczył, iż wniósł wadium w kwocie 15 000,00 zł w dniu 4 lipca 2011 roku w formie przelewu pieniądza załączając jednocześnie, na stronie 34 oferty dowód wpłaty wadium – polecenie przelewu.

Rozpoznając przedmiotowe odwołanie Izba przeprowadziła dowód z:

- 1) pisma z dnia 28 lipca 2011 roku skierowanego przez Odwołującego do Banku Spółdzielczego w Iłży, Filia Ciepeliów zawierającego prośbę o zajęcie stanowiska w sprawie, czy według procedur bankowych możliwe jest dokonanie przelewu, otrzymanie jego potwierdzenia, a następnie wycofanie go oraz czy dokonanie przelewu daje 100 % gwarancję, że pieniądze wpłyną na konto beneficjenta wskazanego w przelewie wraz z odpowiedzią tegoż banku,
- 2) elektronicznego wydruku z rachunku Zamawiającego, wskazującego na termin zaksięgowania kwoty wadium wniesionego przez Odwołującego.

Odnosnie pierwszego z dowodów Izba wskazuje, że bank potwierdził, iż nie jest możliwe wycofanie przelewu, którego potwierdzenie realizacji otrzymał klient. Co do drugiego pytania Odwołującego bank stwierdził, iż nie gwarantuje 100 % pewności, że pieniądze wpłyną na konto beneficjenta wskazanego w przelewie, gdy z winy zleceniodawcy wystąpi niezgodność numeru rachunku z nazwą beneficjenta bądź beneficjent w międzyczasie zmieni numer rachunku lub go zamknie.

Tym samym z dowodu powyższego wynika, że istnieją sytuacje, w których polecenie przelewu (w omawianym przypadku wpłaty wadium) zostanie zrealizowane dopiero po usunięciu błędów wynikających z polecenia przelewu, a co za tym idzie możliwa jest sytuacja złożenia polecenia przelewu, załączenia do oferty potwierdzenia złożenia takowego z jednoczesnym brakiem zabezpieczenia oferty w wadium, przed upływem terminu składania ofert. Wniosek wypływający z powyższych okoliczności wskazuje na słuszność żądania przez Zamawiającego obowiązku księgowania na rachunku Zamawiającego kwoty wadium w celu potwierdzenia jego wniesienia ze skutkiem wykluczenia wykonawcy w przypadku uchylenia się od powyższego obowiązku.

W zakresie drugiego, ze zgłoszonych dowodów Izba stwierdziła, iż z elektronicznego wydruku rachunku Zamawiającego jednoznacznie wynika, że wadium wnoszone w pieniądzu przez Odwołującego, zostało uznane na rachunku Zamawiającego dnia 5 lipca 2011 roku o godzinie 12.11, tj. po terminie składania ofert, który wyznaczony był na dzień 5 lipca 2011 roku, do godziny 12.00. Tym samym Zamawiający, w wyznaczonym terminie do składania ofert nie był w dysponowaniu ofertą Odwołującego zabezpieczoną w wadium.

W ocenie Izby zarzuty Odwołującego są niezasadne, a tym samym czynność Zamawiającego należało uznać za prawidłową.

Izba podziela stanowisko prezentowane przez Zamawiającego w piśmie procesowym – odpowiedź na odwołanie z dnia 17 sierpnia 2011 roku, złożone na rozprawie.

Zgodnie z przepisem art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych, z postępowania wyklucza się wykonawców, którzy nie wnieśli wadium do upływu terminu składania ofert. Powyższy przepis jednoznacznie wskazuje na obowiązek nałożony na wykonawców w zakresie konieczności zabezpieczenia oferty w wadium, w terminie określonym przez Zamawiającego, jako termin składania ofert.

Izba zwraca uwagę, iż słowo „wniesienie” należy rozpatrywać w sposób ścisły, oznaczający konieczność zabezpieczenia oferty na termin składania ofert.

Skoro zatem Odwołujący uchybił temu terminowi, przekraczając go, co prawda nieznacznie, ale jednak, to Zamawiający miał obowiązek, w celu zachowania zasady wynikającej z przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, takiego wykonawcę wykluczyć z postępowania.

Izba stwierdziła, iż instytucję wniesienia wadium można odnieść do analogicznej sytuacji, przewidzianej w procedurze wniesienia odwołania (art. 180 ust. 4 ustawy Pzp), w której po nowelizacji przepisów ustawy - Prawo zamówień publicznych, wniesienie odwołania równoznaczne jest z faktycznym jego doręczeniem w określonym terminie. W powyższym zakresie na uwagę zasługuje wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 16 września 2010 roku, sygn. akt XIX Ga 302/10, w którym sąd wskazał, iż „Sąd Okręgowy podziela stanowisko wyrażone przez Krajową Izbę Odwoławczą w zaskarżonym orzeczeniu, iż obecne brzmienie art. 182 pzp (poprzednio kwestia ta była regulowana w art. 184 pzp) wskazuje na obowiązek wnoszącego odwołanie do dostarczenia odwołania do Prezesa Izby w terminie ustawowym wyznaczonym do jego wniesienia (...)”. Podobnie wypowiedział się Sąd Okręgowy w Bydgoszczy w wyroku z dnia 17 maja 2011 roku, sygn. akt II Ca 108/11.

Izba podziela również stanowisko prezentowane w orzeczeniach KIO o sygn. akt KIO/UZP 1633/10 oraz KIO/UZP 213/10, gdzie Izba wskazała, iż „Wniesienie wadium jest skuteczne tylko w przypadku uznania rachunku bankowego zamawiającego należną kwotą wadium” oraz „Kwota wadium wnoszonego w formie pieniężnej winna znaleźć się na rachunku zamawiającego przez upływem terminu na złożenie oferty”.

Oddzielić bowiem należy konsekwencje prawne wynikające z przepisu art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp, tj. zatrzymania kwoty wadium od sytuacji jego nie wniesienia w określonym terminie. Zgodnie z przepisem art. 46 ust. 3 ustawy Pzp wykonawca wnosi wadium w terminie określonym przez Zamawiającego.

Zamawiający określił termin składania ofert na dzień 5 lipca 2011 roku do godziny 12.00. Z treści dokumentu z dnia 16 sierpnia 2011 roku – potwierdzenia wykonanej operacji, w wersji elektronicznej – wynika jednoznacznie, iż faktyczne wniesienie wadium nastąpiło dnia 5 lipca 2011 roku o godzinie 12.11, tj. po terminie składania ofert.

Zgodnie zaś z przepisem art. 45 ust. 3 ustawy Pzp wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert, co oznacza, że wadium musi zabezpieczać ofertę od chwili jej złożenia, tj. od 5 lipca 2011 roku, godziny 12.00. Brak takiego zabezpieczenia równoznaczne jest z uznaniem, iż wadium nie zostało wniesione na cały czas związania ofertą, co z kolei wypełnia przesłankę określoną przepisem art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

Tym samym Izba uznała za niepotwierdzone zarzuty naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 2 pkt 2 oraz art. 91 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Dlatego też, na podstawie przepisu art. 192 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych orzeczono, jak w sentencji.

KIO 1666/11  
KIO 1669/11

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

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....