

Sygn. akt: KIO 1073/14

Sygn. akt: KIO 1088/14

WYROK
z dnia 11 czerwca 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kawa

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **11 czerwca 2014 r.** w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

a) w dniu 28 maja 2014 r. przez Celtech Sp. z o.o., ul. Rubież 46 c3/28, 61-612 Poznań (sygn. akt: KIO 1073/14),

b) w dniu 30 maja 2014 r. przez Zakład Mechaniki Specjalistycznej A. M., ul. Przemysłowa 54/7, 08-410 Garwolin (sygn. akt: KIO 1088/14),

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - Jednostka Wojskowa 4226, ul. Marsa 110, 04-470 Warszawa,

przy udziale Wykonawcy - P.H.U. "ELDA" Zakład Naprawy Autocystern E. P., ul. Jasna 1, 13-100 Nidzica, zgłaszającego swoje przystąpienia do postępowań odwoławczych po stronie Zamawiającego.

orzeka:

a) w sprawie o sygn. akt KIO 1088/14:

1. oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża **Odwołującego** – Zakład Mechaniki Specjalistycznej A. M., ul. Przemysłowa 54/7, 08-410 Garwolin, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** – Zakład Mechaniki Specjalistycznej A. M., ul. Przemysłowa 54/7, 08-410 Garwolin, tytułem wpisu od odwołania,

1

2.2. zasądza od **Odwołującego** – Zakład Mechaniki Specjalistycznej A. M., ul. Przemysłowa 54/7, 08-410 Garwolin, na rzecz **Zamawiającego** - Jednostka Wojskowa 4226, ul. Marsa 110, 04-470 Warszawa, kwotę **3.600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

b) w sprawie o sygn. akt KIO 1073/14:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu wezwanie w trybie art. 26 ust.3 ustawy Pzp wykonawcy P.H.U. "ELDA" Zakład Naprawy Autocystern E. P., ul. Jasna 1, 13-100 Nidzica do złożenia listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej.

1.1 w pozostałym zakresie odwołanie oddala

2. kosztami postępowania obciąża **Zamawiającego** - Jednostkę Wojskową 4226, ul. Marsa 110, 04-470 Warszawa, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** – Celtech Sp. z o.o., ul. Rubież 46 c3/28, 61-612 Poznań, tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Zamawiającego** - Jednostki Wojskowej 4226, ul. Marsa 110, 04-470 Warszawa, na rzecz **Odwołującego** – Celtech Sp. z o.o., ul. Rubież 46 c3/28, 61-612

Poznań, kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 9 sierpnia 2013 r. poz. 907 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:

2

Sygn. akt: KIO 1073/14

Sygn. akt: KIO 1088/14

UZASADNIENIE

Jednostka Wojskowa 4226, ul. Marsa 110, 04-470 Warszawa, zwana dalej zamawiającym prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest: Usługa w zakresie naprawy i konserwacji - remont cystern paliwowych dystrybutorów CD-10; remont konserwacyjny połączony z modernizacją cystern paliwowych CP-4, CP-11 oraz odtworzenie sprawności technicznej cystern paliwowych CN-21D i CN-33D numer sprawy: U/47/2014.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 07.03.2014 r., pod numerem 2014/S 047 – 078905.

Postępowanie jest prowadzone z podziałem zamówienia na części. W dniu 21 maja zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w postępowaniu o jego rozstrzygnięciu poprzez wybór najkorzystniejszej oferty. Od takiej czynności zamawiającego dwaj wykonawcy biorący udział w postępowaniu złożyli odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołanie o sygn. akt KIO 1088/14

A. M. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Mechaniki Specjalistycznej A. M. ul. Przemysłowa 54/7, 08-410 Garwolin, złożył odwołanie od czynności zamawiającego polegających na naruszeniu :

- art. 24 ust.2 pkt.4 ustawy w związku z art. 45 ust. 3 i 7, poprzez niezgodne z przepisami ustawy wykluczenie Wykonawcy z udziału w postępowaniu w zakresie zadań nr 1,4,5.
- art. 89 ust.1 pkt.5 w związku z art. 24 ust.4 oraz art. 89 ust. 1 pkt.5 ustawy poprzez nieuprawnione wykluczenie Wykonawcy i w konsekwencji odrzuceniem oferty, która powinna być uznana za ważną i podlegać badaniu i oceny ofert.

Podnosząc powyższe zarzuty wniósł o nakazanie zamawiającego:

- unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie zadań nr 1,4,5.
- unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust.2 pkt 2 ustawy w zakresie zadań nr 1,4,5.
- unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust.1 pkt.5 ustawy, w zakresie zadań nr 1,4,5.
- powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie zadań nr 1,4,5 z uwzględnieniem oferty odwołującego.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów wskazał, że zamawiający w piśmie z dnia 21.05.2014 r. „Zawiadomienie o wynikach postępowania”, podał, że podstawą wykluczenia

3

oferty odwołującego jest art.24 ust.2 pkt.2 ustawy, który nakazuje zamawiającemu odrzucenie oferty nie zabezpieczonej w sposób skuteczny wadium. W zawiadomieniu zamawiający stwierdził, że " Wykonawca nie wniósł wadium do upływu składania ofert. Oferta ta nie została prawidłowo zabezpieczona wadium w kwocie 106 300,00 zł tj. zgodnie z zapisami w Ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ Rozdział VIII, pkt. 2 „ wadium musi być wniesione przed upływem terminu składania ofert, wskazanym w Rozdziale XI SIWZ”.

Termin składania ofert upływał 15.04.2014 roku o godz. 08:00. Wadium wpłynęło na rachunek Zamawiającego w dniu 15.04.2014 r. o godzinie 09:58”.

Podniósł iż to na zamawiającego spada ciężar udowodnienia zaniedbania Wykonawcy w kwestii należytego wykonania dyspozycji art. 45 ust.7 ustawy, a odwołujący nie zna podstawy twierdzenia zamawiającego, że wadium wpłynęło o tej konkretnej godzinie. Zamawiający nie wskazał nadto iż dokonał należytego badania, czy powodem opóźnienia we wpływie kwoty wadium nie było nienależyte działanie banku zamawiającego.

W zakresie naruszenia przepisu art. 89 ust.1 pkt.5 ustawy podniósł iż w związku z

naruszeniem przepisu art. 24 ust.4 oraz art. 24 ust.2 pkt.2 ustawy doszło do niezasadnego uznania jego oferty za odrzuconą.

Zamawiający odnosząc się do podniesionych zarzutów wniósł o oddalenie odwołania i stwierdził, że zarzuty odwołującego pozbawione są podstaw prawnych. Zostały postawione bez jasnego związku ze stanem faktycznym sprawy. W pierwszej kolejności zamawiający wskazał, że w obrębie zarzutu oznaczonego numerem 1) wskazano nieprawidłową postawę prawną wykluczenia z postępowania. Zamawiający wskazał bowiem przepis art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy, a nie jak to pisze odwołujący - ust 2 pkt 4.

W odniesieniu do zarzutu braku udokumentowania dowodami konieczności wykluczenia odwołującego z postępowania, zamawiający oświadczył, że w przypadku wadium wniesionego w pieniądzu, rutynowo prowadzi procedurę sprawdzającą. Po upływie terminu do składania ofert Pion Głównego Księgowego sporządza wydruk zawierający informację o wykonanych operacjach pieniężnych na rachunku bankowym zamawiającego wskazywanym w treści SIWZ, dot. wpłat wadium. Taka informacja została wydrukowana także w omawianym przypadku. Z jej treści wynikało niezbicie, że wadium odwołującego zostało zaksięgowane na rachunku zamawiającego po upływie terminu do składania ofert, to jest w dniu 15 kwietnia 2014 roku o godzinie 09.58.

Po otrzymaniu odwołania, zamawiający zwrócił się do Narodowego Banku Polskiego, O/O Warszawa o potwierdzenie daty i godziny księgowania wpływu wadium na jego konto bankowe. Takowe potwierdzenie zamawiający otrzymał pismem z dnia NBP O/O Warszawa z dnia 03 czerwca 2014 roku.

Poruszane przez odwołującego kwestie związane z ewentualną „winą” NBP za zaistnienie „opóźnienia” nie dotyczą czynności i działań zamawiającego. Tytułem wyjaśnienia

4

zamawiający podał, że wpłacający wadium wykonawcy muszą brać pod uwagę godziny sesji przelewów międzybankowych. Odwołujący dokonywał wpłaty wadium z Banku PEKAO S.A. I Oddział w Garwolinie o godzinie 15.33.18 - wynikającej z załączonego do oferty dowodu wpłaty wadium. Dyspozycja złożona o godzinie 15.33 i 18 sekund w dniu 14 kwietnia 2014 roku, została przez Bank obsługujący odwołującego skierowana do obsługującego zamawiającego Banku NBP w dniu 15 kwietnia 2014 roku o godzinie 08.30. Zgodnie z danymi pochodzącymi z oficjalnej strony internetowej Krajowej Izby Rozliczeniowej <http://www,ldr.com.pl/main.php?p=harmonogram-sesji>, w NBP tak zwane „wejście” dla przelewów międzybankowych dla pierwszej sesji rozliczeniowej w danym dniu jest otwarte od godziny 16,00 dnia poprzedzającego do godziny 09.30 dnia, w którym następuje rozliczenie (księgowanie). Zatem Bank NBP obsługujący zamawiającego, mógł przyjąć wpłatę pomiędzy godzinami 16,00 w dniu 14 kwietnia, a godzina 8,00 dnia 15 kwietnia, jednakże bank odwołującego takiej kwoty na czas nie przekazał.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego skutecznie przystąpił wykonawca P.H.U. "ELDA" Zakład Naprawy Autocystern E. P., ul. Jasna 1, 13-100 Nidzica, który nie złożył pism procesowych w sprawie, poprzestając na parparciu stanowiska prezentowanego przez zamawiającego.

Odwołanie KIO 1073/14

Wykonawca Celtech Sp. z o.o., ul. Rubież 46c 3/28, 61-612 Poznań we wniesionym odwołaniu zarzucił zamawiającemu dokonania niezgodnej z ustawą czynności w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego polegających na wykluczeniu wykonawcy z postępowania w zakresie zadania 1 oraz zadania 3, 4, 5, 6 i 7, Podnosząc powyższe wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wykluczenia z postępowania odwołującego i czynności odrzucenia oferty odwołującego złożonej w częściach postępowania oznaczonych jako zadanie nr 1 oraz zadania 3, 4, 5, 6 i 7,
- unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w częściach postępowania oznaczonych jako zadanie nr 1 oraz zadania 3, 4, 5, 6 i 7,
- ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty.

Stwierdził, że w toku wskazanego powyżej postępowania zamawiający dokonał naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 prawa zamówień publicznych poprzez wykluczenie z postępowania odwołującego pomimo wykazania przez odwołującego spełnienia warunków udziału w postępowaniu w części dotyczącej usługi w zakresie naprawy i konserwacji -

publicznych i wskazał, że przedmiotem umowy, która miałby zostać zawarta w wyniku rozstrzygnięcia postępowania w niniejszej sprawie, jest remont cystern paliwowych, a zatem jest to umowa o dzieło. Umowa o dzieło stanowi umowę zaliczaną do umów o świadczenie usług. Zawarta w art. 2 pkt 2 prawa zamówień publicznych definicja dostaw odbiega zasadniczo od pojęcia umowy dostawy uregulowanej w art. 605 KC. Do istotnej cechy umowy dostawy określonej art. 605 KC należy wytworzenie rzeczy. Definicja używana w zamówieniach publicznych wyeliminowała natomiast obowiązek wytworzenia rzeczy, stąd ustawie podlega także dostarczanie produktów i innych dóbr zakupionych u ich właściwych producentów (w trakcie trwania procedury z reguły dopiero u tych producentów zamówionych). Ponadto w definicji dostawy zawartej w prawie zamówień publicznych pominięta została wielokrotność dostarczania wytworzonej rzeczy jako niezbędny element umowy dostawy uregulowanej art. 605 KC. Stąd pojęcie dostawy traktowane jest przez uczestników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jako kupowanie przez zamawiającego określonych dóbr i rzeczy, w oderwaniu od procesu ich wytwarzania (produkcji) i powtarzalności (wielokrotności) tego procesu.

Przedłożone przez odwołującego w toku postępowania celem wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu dokumenty, w których jednostki organizacyjne MON potwierdzają okoliczność realizacji dostaw cystern CD-10 przez Celtech Sp. z o.o., nie dotyczą wykonywania dostaw jako czynności zdefiniowanej w art. 2 pkt 2 prawa zamówień publicznych. Z treści uzasadnienia przyczyn wykluczenia odwołującego wynika natomiast, iż zamawiający błędnie utożsamiał zawarte w przedłożonych przez odwołującego dokumentach pojęcie „dostawy” z definicją czynności dostawy zawartą w art. 2 pkt 2 prawa zamówień publicznych, pomimo wyjaśnień udzielonych przez odwołującego, iż przedłożone przez niego dokumenty nie potwierdzają dostawy jako czynności z art. 2 pkt 2 ustawy.

Podniósł, że Celtech spółka z o.o. jest wieloletnim producentem cystern paliwowych CD-10, zaś w ciągu ostatnich trzech lat Celtech Spółka z o.o. była jedynym producentem tego rodzaju cystern na rynku polskim. Cysterny CD- 10 (stanowiące w zasadzie pojazdy samochodowe), w stosunku do których odwołujący przedłożył referencje dotyczące ich „dostawy”, wytwarzane są przez Celtech Sp. z o.o. na podstawie umów określanych mianem umowy dostawy (co oczywiście nie znaczy, iż jest to czynność dostawy w rozumieniu art. 2 pkt 2 prawa zamówień publicznych). Okoliczność, iż strony w treści umowy określają daną umowę jako konkretny typ umowy nazwanej, nie przesądza o tym, iż jest to właśnie taki typ umowy nazwanej, gdyż podstawowe znaczenie ma to, czy składniki przedmiotowo istotne określone w umowie odpowiadają składnikom przedmiotowo istotnym przewidzianym przez przepisy kc dla tego typu umowy.

Podniósł także, że działalność odwołującego jako wytwórcy cystern CD- 10 obejmuje całokształt działań związanych z przekształceniem surowców i materiałów w produkt gotowy,

k którym jest cysterna CD- 10. Z kolei skutkiem takiego stanu rzeczy jest to, iż Celtech Spółka z o.o. jako wytwórca (producent) cystern CD-10 niewątpliwie posiada niezbędną wiedzę i doświadczenie w zakresie napraw, konserwacji i remontu tych cystern. Niewątpliwie sprzeczne z zasadami logiki byłoby stwierdzenie, iż producent określonej rzeczy (zobowiązany zresztą przez powszechnie obowiązujące przepisy prawa do usuwania jej wad), nie posiada wiedzy i doświadczenia w zakresie naprawy lub remontu tej rzeczy.

Naprawa rzeczy polega na usunięciu jej wady fizycznej, w tym poprzez wymianę wadliwych jej elementów na pozbawione wad, zaś remont rzeczy polega na przywróceniu rzeczy do pierwotnego stanu użytkowego. Skoro zatem producent danej rzeczy posiada zdolności, wiedzę i doświadczenie dla całokształtu procesu wytworzenia od początku do końca danej rzeczy jako gotowego produktu, to tym bardziej posiada wiedzę i doświadczenie w zakresie napraw remontowych cystern.

Tym samym stwierdził, że okoliczność, iż Celtech Sp. z o.o. jest wytwórcą cystern paliwowych CD-10 i jako wytwórca tychże cystern posiada kompetencje, wiedzę i doświadczenie w zakresie ich remontu, potwierdza także załączona Decyzja nr 200-03/WDT/UCB/10 Szefa Wojskowego Dozoru Technicznego uprawniająca Celtech sp. z o.o.

do wytwarzania, napraw i modernizacji: zbiorników stałych, kotłów parowych, kotłów cieczowych, zbiorników do magazynowania materiałów niebezpiecznych, zbiorników do przewozu materiałów niebezpiecznych oraz do wytwarzania w zakresie montażu, napraw i modernizacji urządzeń do napełniania i opróżniania zbiorników transportowych.

Jako wykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu wskazał, iż w terminie trzech lat poprzedzających termin złożenia oferty w niniejszym postępowaniu, Celtech sp. o.o. wyprodukowała ponad 100 cystern dla jednostek organizacyjnych MON o łącznej wartości 140.000.000,00 zł. Na podstawie umów, których cysterny te były przedmiotem dostawy, spółka zobowiązana jest m.in. do zabezpieczenia serwisu gwarancyjnego, dokonywania napraw gwarancyjnych oraz przeprowadzenia przeglądów serwisowych.

Zgodnie z zapisami tychże umów koszty takich usług są zawarte w cenie sprzedaży cystern, tym samym pomimo, iż Celtech sp. z o.o. który na bieżąco realizuje usługi remontowe, naprawcze i serwisowe nie może ich w sposób bezpośredni wycenić. Aczkolwiek, przyjmując wskaźnikowo, że ok 5% ceny sprzedaży to kwota przeznaczona na realizowanie usług związanych z udzieloną gwarancją to stanowi to kwotę ok. 7.000.000,00zł. Tym samym, można jego zdaniem uznać, że wartość zrealizowanych usług tożsamyh z usługami będącymi przedmiotem postępowania, stanowi co najmniej wskazaną powyżej kwotę.

Natomiast w zakresie kolejnego zarzutu dotyczącego niewykluczenia z postępowania E. P., prowadzącego przedsiębiorstwo pod firmą P.H.U. Elda Zakład Naprawy Autocystern, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza w m.in. w zadaniach nr 1, 3, 4, 5, 6 i 7,

7

stwierdził, że wykonawca ten podał nieprawdziwe informacje w oświadczeniu wymaganym przepisem art. 26 ust. 2 d prawa zamówień publicznych. Wykonawca ten oświadczył, iż nie należy do żadnej grupy kapitałowej, gdy tymczasem jest jedynym wspólnikiem oraz członkiem zarządu spółki z o.o. działającej pod firmą ELDA Spółka z o.o., wpisanej do Krajowego Rejestru Sądowego Rejestru Przedsiębiorców pod nr 0000420880. Wobec faktu, iż oferent w osobie E. P. formalnie złożył dokument informacji o braku przynależności do grupy kapitałowej, nie było podstaw do wzywiania go przez zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 prawa zamówień publicznych w związku z art. 26 ust. 2 d in fine tejże ustawy do uzupełnienia brakujących dokumentów (gdyż dokument został złożony, lecz o nieprawdziwej treści). Mając jednak na względzie fakt, iż dokument ten zawiera oczywiście fałszywe informacje, zamawiający powinien był uznać, iż zachodzi stan określony dyspozycją art. 24 b ust. 3 prawa zamówień publicznych, to jest brak złożenia przez wykonawcę listy, o której mowa w art. 26 ust. 2 d ustawy i w konsekwencji wykluczyć tego wykonawcę z postępowania.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie jako bezzasadnego. Jego zdaniem zarzuty odwołującego pozbawione są podstaw prawnych i zostały postawione w sprzeczności ze stanem faktycznym sprawy. Zamawiający określił w Ogłoszeniu o zamówieniu oraz SIWZ, *iz w celu potwierdzenia spełnienia warunku posiadania przez wykonawcę niezbędnej wiedzy i doświadczenia, należało załączyć do oferty: wykaz wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, głównych usług (niezbędnych do wykazania spełnienia warunku posiadania wiedzy i doświadczenia), w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów, czy zostały wykonane lub są wykonywane należycie.*

Odwołujący załączył do oferty wykaz usług wraz z listem referencyjnym (str. 7-8 oferty) potwierdzającym wykonanie dostaw cystern paliwowych CD-10 w zakresie zadań nr 1 - 7. Z listu referencyjnego w sposób oczywisty wynikało, że przedmiotem świadczeń nie były usługi. Nie uznawszy wykazanych dostaw nowych cystern za żądane na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu usługi napraw i konserwacji cystern używanych, zamawiający działając na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy, pismem nr RTD 600/14/464/30.04.2014 r., wezwał odwołującego do uzupełnienia wykazu usług wraz z dokumentami potwierdzającymi należyte ich wykonanie w zakresie zadań nr 1 - 7. W zakreślonym przez zamawiającego terminie (tj. 08.05.2014 r.) Odwołujący nie uzupełnił wymaganych dokumentów, poprzez wskazanie nowego wykazu usług lecz, wyjaśnił iż jest wieloletnim producentem cystern paliwowych CD-10, zaś w ciągu ostatnich trzech lat jest jedynym producentem tego rodzaju cystern na rynku polskim. Stwierdził także, iż jako

wytwórca (producent) cystern CD-10 posiada niezbędną wiedzę i doświadczenie w zakresie naprawy, konserwacji i remontu tych cystern. Podniósł również, że zakres przedmiotowego zamówienia jest podobny, a nawet jego zdaniem, wręcz identyczny z dotychczasowym charakterem produkcji i usług, a jako dostawca cystern wykonuje przeglądy i naprawy w ramach gwarancji i tym samym posiada w zakresie przedmiotowego zamówienia wystarczającą wiedzę i doświadczenie.

Zamawiający odnosząc się do tej kwestii stwierdził iż nie ma racji odwołujący, gdyż polskie prawo rozróżnia dostawy od usług w sposób nie budzący wątpliwości.

W celu wykazania spełniania warunków udziału odwołujący wskazał realizację zamówienia na podstawie umowy dostawy nr IU/53/A/X-39/UZ/NKW/DOS/K/20i2/224 z dnia 27 czerwca 2012 roku zawartej pomiędzy Inspektoratem Uzbrojenia a Odwołującym. Umowa ta w §. 1 precyzuje zakres świadczenia jako *dostawa cystern* o specyfikacji jak w dalszej treści umowy, a przedmiotem świadczenia w ramach tego zamówienia są usługi obejmujące naprawy i konserwację, remonty, modernizacje, odtworzenie sprawności autocystern. Żadne ze świadczeń serwisu gwarancyjnego nie zostało opisane w treści zobowiązania umownego, nie zostało również w nim wycenione.

Odnosząc się do powyższego zamawiający stwierdził, że to nie produkcją i dostawą nowych rzeczy mieli wykazać się wykonawcy lecz przywróceniem, odtworzeniem, utrwaleniem sprawności rzeczy posiadanych już przez zamawiającego. Tym samym odwołujący nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu.

W zakresie zarzutu niewykluczenia z postępowania wykonawcy P.H.U. "ELDA" Zakład Naprawy Autocystern E. P., ul. Jasna 1, 13-100 Nidzica stwierdził, że zarzut jakoby wykonawca P.H.U ELDA złożył nieprawdziwe oświadczenie w zakresie art. 26 ust. 2 d jest nietrafny. Nawet gdyby przyjąć, że osoba fizyczna prowadząca działalność gospodarczą może należeć do grupy kapitałowej w rozumieniu przepisów o ochronie konkurencji i konsumentów, z czym zamawiający się nie zgadza, to ani wskazany w treści odwołania podmiot, ani żaden inny, który w takiej rzekomej „grupie kapitałowej” miałby się według odwołującego znajdować, nie składał konkurencyjnej wobec P.H.U ELDA oferty. Zatem złożone wraz z ofertą oświadczenie P.H.U ELDA o braku przynależności do grupy kapitałowej w rozumieniu art. 26 ust. 2 d jest prawdziwe i wystarczające.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołania na rozprawie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron postępowania i przystępującego zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Odwołanie o sygn. akt KIO 1088/14 jak niezasadne i jako takie zostaje oddalone. Natomiast odwołanie sygn. akt KIO 1073/14 zostaje uwzględnione, chociaż tylko jeden z zarzutów wskazanych w odwołaniu okazał się zasadny.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołań, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Zarówno odwołujący jak i przystępujący wykazali interes we wniesieniu środków ochrony prawnej w postaci odwołań i przystąpień do obu odwołań.

Izba stwierdza, że stan faktyczny spraw wskazany w odwołaniach okazał się w zasadniczych elementach, mających wpływ na dokonane rozstrzygnięcia, niesporny i nie wymagał uzupełnienia. Jednakże strony inaczej oceniały zaistnienie pewnych zdarzeń i faktów związanych z oceną złożonych ofert.

W zakresie odwołania o sygn. akt KIO 1088/14.

Odwołanie jest niezasadne. Niewątpliwym w sprawie jest fakt, że odwołujący na termin składania ofert nie posiadał wadialnego zabezpieczenia swojej oferty.

Wadium ma zabezpieczyć ważność oferty na czas udziału wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Wadium zabezpiecza ofertę, a więc jest właściwie i skutecznie wniesione, tylko wtedy, gdy zamawiający ma możliwość

dysponowania wadium niezależnie od formy jego wniesienia, od momentu upływu terminu składania ofert. Wadium jest wniesione skutecznie wtedy, gdy odpowiada wszystkim wymaganiom zawartym w przepisach ustawy Prawo zamówień publicznych. Tym samym zgodnie z dyspozycją przepisu art. 45 ust 3 ustawy Pzp winno być wniesione przed upływem terminu wniesienia ofert.

Kwestia iż wadium wpłynęło na konto zamawiającego w dniu 15 kwietnia 2014 roku o godzinie 9,58, wobec treści ww. pisma Banku, jest niesporna. Za zbyt późne odnotowanie wpływu kwoty wadium na konto zamawiającego, odwołujący obciąża bank zamawiającego, stwierdzając iż nie jest wiadomym dlaczego dopiero o tej godzinie dopiero zaksięgował kwotę wadium na koncie zamawiającego. Zarzucił - jak stwierdza w odwołaniu iż „z umowy rachunku bankowego odwołującego wynika, że kwota wadium została przelana w systemie umożliwiającym niemal natychmiastowe przelewy, w których różnica momentu obciążenia rachunku dłużnika (zleceńodawcy przelewu) oraz uznania kwoty na rachunku wierzyciela (zaksięgowania kwoty na rachunku odbiorcy) wynosi kilkanaście minut nie zaś ponad 20 godzin, jak to ma miejsce w przedmiotowym postępowaniu”.

Nadto na rozprawie stwierdził, że nie jest zasadnym obciążanie go konsekwencjami wynikającymi z terminów realizacji wykonywania zleceń międzybankowych, dotyczących

10

uznania rachunku zamawiającego kwotą dokonanego przelewu.

Izba, na podstawie przedstawionych przez zamawiającego dokumentów, a to w szczególności ww. pisma NBP - z banku zamawiającego oraz wydruku z dokonanych operacji pieniężnych na koncie zamawiającego (których to treści nie kwestionował odwołujący) stwierdziła, że odwołujący złożył dyspozycję dokonania przelewu kwoty wadium o godzinie 15,33 w dniu 14 kwietnia 2014 roku. Stwierdzić należy, że odwołujący wiedział lub mógł wiedzieć z regulaminu swojego banku o godzinach sesji międzybankowych, mających wpływ na termin przyjęcia przelewu do realizacji i faktycznego jego dokonania. Aby przelew mógł być zaksięgowany przed godziną 8:00 rano dnia 15 kwietnia 2014 r. to winien był być złożony w banku odwołującego do godziny 14:25 w dniu 14 kwietnia 2014 r., gdyż o godzinie 15:00 jest ostatnia sesja przelewów międzybankowych. Natomiast dyspozycja złożona o godzinie 15:33, tj. po terminie ostatniej w tym dniu sesji dokonywania przelewów międzybankowych, powodowała, że realna możliwość wydania dyspozycji dokonania przelewu w postaci obciążenia rachunku odwołującego i uznania rachunku zamawiającego mogła mieć miejsce nie wcześniej niż po godz. 8:30 dnia następnego – w rzeczywistości była to godzina 9:58. Termin upływu składania ofert upływał w dniu 15 kwietnia o godzinie 8,00.

Za wyrokiem KIO z dnia 15 czerwca 2010 roku sygn. akt KIO 1079/10 stwierdzić należy, że zgodnie z art. 45 ust. 3 ustawy Pzp winno być wniesione przed upływem terminu składania ofert. Termin ten powszechnie w doktrynie i orzecznictwie, uważa się za zachowany, gdy wadium wniesione w pieniądzu, zgodnie z art. 45 ust. 7 ustawy Pzp zostanie wpłacone przelewem na rachunek bankowy zamawiającego i kwota z przelewu znajdzie się na tym rachunku przed upływem terminu składania ofert. W przedmiotowej sprawie poza sporem jest fakt, że wadium zostało wpłacone na konto zamawiającego po terminie składania ofert.

Wobec powyższego Izba uznała, że zamawiający prawidłowo ocenił informacje zawarte w wydruku z operacji finansowych na jego koncie bankowym, co potwierdziło późniejsze pismo tegoż banku, prawidłowo dokonał czynności wykluczenia odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy i odrzucenia jego oferty na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy. Nie dopuścił się zamawiający także naruszenia art. 45 ust. 3 i 7 ustawy Pzp.

Podsumowując powyższe ustalenia Izba uznała, że odwołujący dokonując wpłaty wadium na rachunek bankowy zamawiającego, obowiązany był dokonać przelewu w takiej dacie, aby kwota wadium znalazła się na koncie zamawiającego przed upływem terminu składania ofert. Każdy wykonawca jako profesjonalista winien przewidzieć możliwość wystąpienia różnego rodzaju opóźnień i to nie tylko wynikających z regulaminu banku, ale również np. z powodu awarii systemu komputerowego banku, braku łączności internetowej, itp. które powodują, że od daty złożenia dyspozycji dokonania przelewu do terminu jego fizycznej realizacji upływa określony okres czasu i to niejednokrotnie dłuższy niż winno to

11

wynikając z normalnego funkcjonowania systemów bankowych. Dla istoty wniesienia wadium

przed upływem terminu składania ofert, nie mają znaczenia przeszkody jakie napotkał zamawiający w spełnieniu tego wymogu. Termin na wniesienie wadium jest terminem zawitym i nie podlega przywróceniu. Dlatego też brak wniesienia wadium przed upływem terminu składania ofert zobowiązuje zamawiającego do wykluczenia wykonawcy z postępowania stosownie do przepisu art. 24 ust. 2 pkt. 4 Pzp. Podobnie wyrok KIO z 5 lutego 2008 r. KIO/UZP 31/08, gdzie Izba stwierdziła, że wniesienie wadium następuje w chwili uznania (zaksięgowania) kwoty wadium na rachunku bankowym zamawiającego.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co – ze wskazanych wyżej względów – nie miało miejsca w zakresie zarzutów podniesionych w odwołaniu

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania i ustalenia, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust.2 i 192 ust. 2 ustawy Pzp,

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt.1a) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku 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).

W zakresie odwołania o sygn. akt KIO 1073/14

Na wstępie zauważenia wymaga fakt, że zamawiający w odwołaniu przedstawił analizę rodzajów umów stosowanych w prawie zamówień publicznych, w szczególności w zakresie dostaw i usług. Jednakże Izba zauważa, że do rozstrzygnięcia przedmiotowego odwołania, w szczególności zarzutu dotyczącego niezasadnego wykluczenia odwołującego z postępowania nie ma potrzeby odwoływania się do prawnej analizy umów z zakresu dostaw i usług. Zamawiający w SIWZ postawił w wystarczająco jasny sposób, wymóg co do warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia oraz wskazał dokumenty niezbędne do złożenia wraz z ofertą dla oceny spełniania tego warunku.

W zakresie postawionego warunku zamawiający wymagał wykazania się, że wykonawca *w ostatnich trzech latach wykonał lub wykonuje minimum jedną usługę odpowiadającą swoim rodzajem usłudze stanowiącej przedmiot zamówienia*. Wykonawca miał podać dowody potwierdzające ten fakt wraz z referencjami.

Niewątpliwym w sprawie jest fakt, że przedmiotowe zamówienie dotyczy usługi napraw, konserwacji i remontu cystern. Odwołujący na potwierdzenie spełniania tego

12

warunku powołał się na umowę numer IU/53/AX-39/UZ/NKW/DOS/K/2012/224 dotyczącą wykonania dostaw cystern paliwowych CD-10.

Odwołujący nadto podnosił, że niewątpliwym jest, że posiada on wystarczające doświadczenie, aby przedmiotowe zamówienie wykonać. Jego zdaniem trudno wyobrazić sobie lepszego wykonawcę niż kogoś kto jest producentem danego rodzaju sprzętu i dodatkowo wykonującego jego naprawy gwarancyjne. Cysterny będące przedmiotem zamówienia były produkowane przez odwołującego. Przez cały okres od daty ich dostawy, świadczy usługę serwisową w zakresie ich eksploatacji, a tym samym posiada merytoryczną wiedzę, aby w sposób prawidłowy wykonać przedmiotowe zamówienie.

Odnosząc się do powyższego zauważenia wymaga również fakt, który podnosił przystępujący, że odwołujący jest tylko producentem cystern, które są montowane na gotowym pojeździe marki Jelcz, dostarczonym przez jego producenta do odwołującego. Podobna sytuacja dotyczy również urządzeń dystrybuujących paliwo z cystern. Z tego faktu ich zdaniem należy wywieść wniosek, że odwołujący posiada wiedzę tylko z zakresu remontu cystern jako samych zbiorników paliwowych, bo w pozostałym zakresie dostarczone pojazdy czy inne elementy autocysterny objęte są gwarancją ich producenta i to oni dla odwołującego wykonują serwis czy naprawy gwarancyjne. Tak więc zdaniem zamawiającego i przystępującego z faktu, że odwołujący jako producent finalny autocystern, nie może bez udowodnienia wywodzić wniosku iż posiada wiedzę w zakresie całości napraw i remontu autocystern.

W sprawie stwierdzić należy również, że na tak postawiony w SIWZ warunek udziału w postępowaniu odwołujący nie przedstawił dowodu mogącego potwierdzać wykonanie

usług objętych serwisowych i remontowych dostarczanych cystern, wraz ze wskazaniem konkretnej ich wartości.

Odnosząc się do powyższej sytuacji stwierdzić należy, że warunki udziału w postępowaniu mają szczególne znaczenie w procedurze udzielania zamówienia, ponieważ ich spełnienie lub nie, niesie za sobą doniosłe skutki dla całego postępowania. Niedopuszczalnym jest, aby zamawiający z załączonych przez wykonawcę dokumentów musiał domniemywać iż dany wykonawca postawione warunki spełnia. To na wykonawcy ubiegającemu się o zamówienie publiczne spoczywa ciężar udowodnienia, iż spełnia warunki, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy oraz nie podlega wykluczeniu z powodów wskazanych w art. 24 ust. 1 ustawy.

Tym samym, co do zasady to nie zamawiający ma udowadniać podstawy do wykluczenia wykonawcy z postępowania o zamówienie publiczne, lecz to do wykonawcy należy wykazanie braku podstaw do wykluczenia go z postępowania. Sam fakt nie wykazania spełnienia warunków wskazanych w art. 22 ust. 1 ustawy oraz nie spełnienie warunku wykazania braku podstaw do wykluczenia z powodu nie spełnienia warunków

13

wymienionych w art. 24 ust. 1 ustawy stanowi podstawę do wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. Wprowadzone w ustawie sposoby potwierdzania i dokumentowania spełnienia warunków udziału w postępowaniu służą przede wszystkim ochronie interesów wykonawców poprzez maksymalne ograniczenie dowolności zamawiającego w stawianiu wymagań w tym przedmiocie i ocenie ich spełnienia.

Oceniając powyższe Izba stwierdza, że odwołujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia. Odwołujący był wzywany w tym zakresie przez zamawiającego w trybie art. 26 ust 3 ustawy Pzp. W odpowiedzi odwołujący zamiast przedstawić dowody potwierdzające spełnienie tego warunku w trakcie wykonywania usług serwisu gwarancyjnego, podniósł argumentację dotyczącą możliwości wykazania się w wykonaniu usług realizacją dostaw, co zamawiający słusznie ocenił negatywnie.

Na marginesie rozpatrywania tego zarzutu należy podkreślić iż argumenty odwołującego, że producent danego urządzenia równocześnie świadczący usługę jego serwisowania i wykonywania napraw gwarancyjnych, posiada odpowiednią wiedzę w zakresie świadczenia usług naprawczych, wydaje się po części uzasadniony. Jednakże prezentowane przez odwołującego argumenty w tym postępowaniu winny być podnoszone na wcześniejszym etapie postępowania, kiedy to odwołujący mógł dążyć do zmiany treści wymagań SIWZ. Poniechanie dbałości o swój interes, przejawiający się w możliwości złożenia oferty, z etapu możliwości kwestionowania postanowień SIWZ, na etap wyboru najkorzystniejszej oferty, należy uznać za spóźniony. Profesjonalizm wykonawcy w możliwości uzyskania zamówienia winien przejawiać się na każdym etapie postępowania.

Prowadzenie przez odwołującego postępowania dowodowego, w zakresie próby wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu ponad treść warunku wskazanego w SIWZ, należy uznać za niedopuszczalne. Decydujące znaczenie ma analiza sformułowań w tym zakresie, zawartych w SIWZ. Tym samym zarzut ten jako niezasadny nie został uwzględniony.

W zakresie kolejnego zarzutu dotyczącego złożenia przez wykonawcę P.H.U ELDA nieprawdziwego oświadczenia w zakresie art. 26 ust. 2 d dotyczącego przynależności tego wykonawcy do grupy kapitałowej, to zarzut ten okazał się zasadny.

Przed oceną przedmiotowego zarzutu wskazać należy, że definicja legalna grupy kapitałowej wskazana w art. 4 pkt 14 u.o.k.k. określa, że grupa kapitałowa to grupa wszystkich przedsiębiorców, którzy są kontrolowani w sposób bezpośredni lub pośredni przez jednego przedsiębiorcę. Ta szeroka definicja nie wskazuje wiążących form kontroli między członkami grupy kapitałowej. Dotyczy ona „wszystkich przedsiębiorców”, co z kolei oznacza szeroko pojmowany krąg podmiotów, do których należą przedsiębiorcy w rozumieniu przepisów o swobodzie działalności gospodarczej, czyli osoby fizyczne, osoby prawne i jednostki organizacyjne niebędące osobami prawnymi, którym odrębna ustawa

14

przynajmniej zdolność prawną – wykonujące we własnym imieniu działalność gospodarczą. Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów dodaje do tego kręgu osoby fizyczne, osoby prawne, a także jednostki organizacyjne niemające osobowości prawnej, którym ustawa

przyznaje zdolność prawną.

Ustawa Pzp od dnia 20 lutego 2013 r. nakłada na każdego wykonawcę, a więc każdy podmiot wskazany w art. 2 pkt 11 Pzp., który ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego, obowiązek wskazany w art. 26 Pzp ust. 2d, złożenia wraz z wnioskiem lub ofertą listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, albo informację o tym, że wykonawca nie należy do grupy kapitałowej. Do dokumentu dotyczącego pozostawania bądź nie w grupie kapitałowej przywiązano instytucję wskazaną w art. 26 ust. 3 Pzp., polegającą na tym, że zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp., lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp., 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.

W przedmiotowym postępowaniu wykonawca P.H.U ELDA złożył oświadczenie, że nie należy do grupy kapitałowej o której mowa w art. 24 ust.2 pkt 5 ustawy Pzp. Z treści odwołania – czego nie kwestionował przystępujący – wynika, że E. P., prowadzący przedsiębiorstwo pod firmą P.H.U. Elda Zakład Naprawy Autocystern, jest także jedynym wspólnikiem oraz członkiem zarządu spółki z o.o. działającej pod firmą ELDA Spółka z o.o., wpisanej do Krajowego Rejestru Sądowego Rejestru Przedsiębiorców pod nr 0000420880. Tak więc jest podmiotem kontrolującym dwie firmy.

Zarówno zamawiający jak i przystępujący argumentowali, że złożone oświadczenie jest prawidłowe, gdyż ich zdaniem potrzeba złożenia oświadczenia pozytywnego tj. o przynależności do grupy kapitałowej ma miejsce wtedy, gdy ofertę w postępowaniu złożyłyby co najmniej dwie firmy z danej grupy kapitałowej. Wywodzili to z treści przepisu art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp. Zauważenia wymaga, że przepis art 24b ust.3 stanowi samodzielną podstawę do wykluczenia wykonawcy z postępowania i dotyczy ona tych wykonawców którzy nie złożyli wyjaśnień w odpowiedzi na wezwanie wykonawcy wystosowane w trybie ust.1 tegoż artykułu, a także tych którzy nie złożyli listy o której mowa w art. 26 ust. 2d Pzp. Przystępujący taką listę złożył lecz zawierała ona informacje niezgodne z rzeczywistością.

Zdaniem Izby wykonawca winien w sposób jednoznaczny, odzwierciedlający stan rzeczywisty wskazać czy wchodzi w skład grupy kapitałowej. Jest to wymóg formalny ustawy. Natomiast ocena czy wykonawca wchodzi w skład grupy kapitałowej z tego tytułu będzie

15

lub nie, podlegał wykluczeniu, jest kwestia wtórną zależną od oceny tego faktu przez zamawiającego.

Możliwość wykluczenia takiego wykonawcy z postępowania należy oceniać w świetle przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Jak wynika z szeregu orzeczeń sądów okręgowych i KIO możliwość wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp wymaga wykazania takiego wprowadzenia w błąd, które będzie miało charakter działania umyślnego. Wskazuje się, że konieczne jest udowodnienie świadomości wykonawcy, iż informacja podawana przez niego zamawiającemu jest nieprawdziwa (por. wyrok Sądu Okręgowego w Toruniu z dnia 6 grudnia 2012 r., sygn. akt VI Ga 134/12, wyrok Sądu Okręgowego Warszawa-Praga z 19 lipca 2012 r. sygn. akt IV Ca 683/12, wyrok Sądu Okręgowego w Szczecinie z 25 stycznia 2013 r. sygn. akt II Ca 1285/12).

W tychże wyrokach SO równocześnie stwierdzono, że *przepis art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp ma zastosowanie tylko w warunkach celowego, zwinionego i zamierzonego zachowania wykonawcy, podjętego z zamiarem podania nieprawdziwych informacji w celu wprowadzenia zamawiającego w błąd i wykorzystania tego błędu do uzyskania zamówienia publicznego. Jednocześnie zamawiający powinien uzyskać pewność, że złożenie nieprawdziwych informacji nie było skutkiem omyłki, np. spowodowanej nieprawidłową interpretacją danego przepisu prawa.*

W przedmiotowym postępowaniu właśnie nieprawidłowa interpretacja przepisu art. 24 ust.2 pkt 5 była powodem złożenia takiego oświadczenia w tej kwestii.

Izba, w tym zakresie nie mogła poprzestać na ustaleniach dokonanych na rozprawie iż przedmiotowy wykonawca jest także podmiotem dominującym – jedynym współwłaścicielem jeszcze podmiotu o nazwie ELDA Spółka z o.o., wpisanej do Krajowego Rejestru Sądowego Rejestru Przedsiębiorców pod nr 0000420880. Nie ustalano czy

wykonawca ten nie jest takim podmiotem wobec innych jeszcze podmiotów gospodarczych. Taki wykaz – listę zgodnie z ww. przepisami zobowiązany jest złożyć każdy wykonawca - ustalenia na rozprawie należy uznać za niewystarczające i niepełne, a zamawiający winien sprawdzić i ustalić czy lista zawiera pełny wykaz oraz czy w przypadku wystąpienia grupy kapitałowej nie zachodzą przesłanki do wykluczenia wykonawcy (art. 24b ust.1 Pzp). Jak wynika zaś z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do którego wprost odsyła powołany wcześniej art. 26 ust. 2d ustawy Pzp, konsekwencją niezłożenia przez wykonawcę listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, jest konieczność wezwania do jej uzupełnienia. Zamawiający, pomimo uzyskania w tym zakresie wiedzy iż nie złożono mu listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej w wymaganej formie, nie wezwał przystępującego do jej uzupełnienia. Wobec powyższego, biorąc pod uwagę obowiązek wezwania wykonawcy przed ewentualnym wykluczeniem go z postępowania Izba nakazała dokonanie wezwania w trybie ww. przepisu.

16

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania i ustalenia, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust.2 i 192 ust. 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt.1a) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238).

Przewodniczący

17