**Sygn. akt: KIO 2734 /10**

**POSTANOWIENIE**
**z dnia 30 grudnia 2010 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Barbara Bettman**

**Członkowie: Bogdan Artymowicz**

**Anna Chudzik**

Po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu **30 grudnia 2010 r.** w Warszawie odwołania wniesionego 20 grudnia 2010 r. przez wykonawcę: **Far Data Sp. z o.o. Sp. komandytowa ul. Lipowa 3, 30 - 702 Kraków** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego: **Główny Inspektorat Ochrony Środowiska, ul. Wawelska 52/54, 00 - 922 Warszawa.**

Przy udziale wykonawcy: **Gildia Sp. z o. o., ul. Dworska 15B, 20-135 Lublin,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

**orzeka:**

**1. Odrzuca odwołanie.**
**2.** Kosztami postępowania w kwocie **15 000,00 zł.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) obciąża odwołującego: **Far Data Sp. z o.o. Sp. komandytowa ul. Lipowa 3, 30 - 702 Kraków.**

**Przewodniczący:……..**

**Członkowie: ……..**

**……..**



---

**U z a s a d n i e n i e:**

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, na zakup automatycznego systemu mobilnego monitoringu hałasu – 21 sztuk, (Dz. Urz. UE nr ogłoszenia: 2010/S 169 - 259220 z 1.09.2010 r.), w dniu 20 grudnia 2010 r. wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie w formie pisemnej złożone przez wykonawcę: Far Data Sp. z o. o. Sp. komandytowa z siedzibą w Krakowie, z kopią przekazaną w tym samym terminie zamawiającemu.

Wniesienie odwołania nastąpiło w następstwie powiadomienia odwołującego w dniu 10 grudnia 2010 r. o wyborze jako najkorzystniejszej - oferty wykonawcy: Gildia Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie oraz o wykluczeniu odwołującego z postępowania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu: Głównemu Inspektorowi Ochrony Środowiska w Warszawie naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. nr 113, poz. 759 ze zm.), które miało istotny wpływ na wynik postępowania tj:

1. art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy, przez uznanie, że odwołujący nie wykazał braku podstaw do wykluczenia,
2. art. 24 ust. 3 i art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy, przez zaniechanie podania uzasadnienia faktycznego i prawnego przesłanek wykluczenia odwołującego,
3. art. 26 ust. 2b ustawy, przez uznanie, że Gildia Sp. z o. o. wykazała, że będzie dysponowała zasobami EC Test Systems Sp. z o. o. w Krakowie niezbędnymi do realizacji zamówienia,
4. art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, przez uznanie, że Gildia Sp. z o. o. spełnia warunki udziału w postępowaniu, w braku ku temu uzasadnionych podstaw,
5. art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy, przez zaniechanie odrzucenia oferty Gildia Sp. z o.o. - jako wykonawcy, podlegającego wykluczeniu,

6. art. 91 ust. 1 ustawy, przez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty - złożonej przez Gildia Sp. z o. o. mimo, że wykonawca ten winien podlegać wykluczeniu.

Podnosząc powyższe zarzuty odwołujący wnosił o nakazanie zamawiającemu:
1. unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego,
2. unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
3. powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego,
4. wykluczenia wykonawcy - Gildia Sp. z o. o. z siedzibą w Lublinie,
5. dokonania wyboru oferty odwołującego, jako najkorzystniejszej.



W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów oraz żądań, odwołujący powołał się na legitymację do wniesienia odwołania przysługującą uczestnikowi postępowania przetargowego oraz na prawdopodobieństwo poniesienia szkody, wskutek utraty możliwości uzyskania kontraktu. Kwestionował stanowisko zamawiającego, jakoby zachodziły podstawy do wykluczenia odwołującego z postępowania z uwagi na niewykazanie spełnienia warunków udziału, w oparciu o art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, a w następstwie aby zachodziły przesłanki do odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Podał, że w dniu 10 grudnia 2010 r. zamawiający przekazał informację o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy Gildia Sp. z o.o., w której zawiadomił, że firma Far Data Sp. z o. o. Sp. komandytowa w Krakowie w odpowiedzi na żądanie zamawiającego nie złożyła aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert, przez co nie wykazała spełnienia warunków udziału w postępowaniu i z tej przyczyny podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, a ofertę jej uznaje się za odrzuconą na podstawie art. 89 ust.1 pkt 5 tej ustawy. W uzasadnieniu prawnym zamawiający przywołał treść przepisu art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, natomiast w uzasadnieniu faktycznym stwierdził, że Gildia Sp. z o. o. spełniła warunki udziału w postępowaniu, a jej oferta spełniła wymagania SIWZ oraz, że przy wyborze oferty kierował się kryterium opisanym w SIWZ.

Odwołujący wyjaśniał, że w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do uzupełnienia oferty z dnia 24 listopada 2010 r. przedstawił: zaświadczenie Krajowego Rejestru Karnego z dnia 4 sierpnia 2010 r., że jedyny komplementariusz odwołującego - Far Data Sp. z o. o. w Krakowie nie figuruje w Kartotece Podmiotów Zbiorowych, zaświadczenie Krajowego Rejestru Karnego z dnia 25 listopada 2010 r., że Far Data Sp. z o. o. spółka komandytowa w Krakowie nie figuruje w Kartotece Podmiotów Zbiorowych, zaświadczenia z Krajowego Rejestru Karnego z dnia 4 sierpnia 2010 r., że członkowie Zarządu jedynego Komplemetariusza: Waldemar S., Grzegorz D. i Marek S. nie figurują w Kartotece Karnej tego Rejestru. Ponadto został złożony odpis zupełny z KRS komplementariusza, zgodnie z którym od początku funkcjonowania Far Data Spółki z o. o. skład zarządu nie uległ zmianie. Na dowód czego powołał się na złożone do akt postępowania przetargowego:

1. zaświadczenie Krajowego Rejestru Karnego z dnia 4 sierpnia 2010 r., że Far Data Sp. z o. o. w Krakowie nie figuruje w Kartotece Podmiotów Zbiorowych,
2. zaświadczenie Krajowego Rejestru Karnego z dnia 25 listopada 2010 r., że Far Data Sp. z o. o. spółka komandytowa w Krakowie nie figuruje w Kartotece Podmiotów Zbiorowych,
3. zaświadczenie Krajowego Rejestru Karnego z dnia 4 sierpnia 2010 r., że Waldemar Stachnik nie figuruje w Kartotece Karnej tego Rejestru,



4. zaświadczenie Krajowego Rejestru Karnego z dnia 4 sierpnia 2010 r, że Grzegorz Derela nie figuruje w Kartotece Karnej tego Rejestru,
5. zaświadczenie Krajowego Rejestru Karnego z dnia 4 sierpnia 2010 r, że Marek Stoliński nie figuruje w Kartotece Karnej tego Rejestru,

- a wszystkie wymienione dokumenty stanowią załączniki do protokołu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

We wspomnianym piśmie odwołujący zaznaczył także, że art. 25 ust. 2 ustawy Pzp wskazuje, iż potwierdzeniem niekaralności wykonawcy może być w szczególności informacja z Krajowego Rejestru Karnego. Tym samym, zdaniem odwołującego, wykonawca uprawniony był wykazać, że nie podlega wykluczeniu w związku z przepisem art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie każdego dowodu, który bezpośrednio lub pośrednio potwierdzał, że nie została wobec niego orzeczona odpowiedzialność na podstawie ustawy z dnia 28 października 2002 r. o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary.

Odwołujący argumentował, iż jedynym komplementariuszem - Far Data Sp. z o. o. Spółka komandytowa, a więc podmiotem uprawnionym do jej reprezentacji jest Far Data Sp. z o.o. Osobami upoważnionymi do występowania w imieniu tej spółki jest dwóch członków zarządu, działających łącznie. Zgodnie z przedstawionym odpisem z KRK, Far Data Spółka z o. o. nie wcześniej niż sześć miesięcy przed upływem terminu składania ofert nie figurowała w Kartotece Podmiotów Zbiorowych KRK. Z pozostałych zaświadczeń z KRK wynika natomiast, że żaden z członków zarządu Spółki z o. o. w tożsamym okresie nie figurował w Rejestrze Karnym. Ponadto z odpisu pełnego z KRS wynika, że skład zarządu Spółki z o. o. nie ulegał jakimkolwiek zmianom. Stąd odwołujący wywodził, iż jeśli członkowie zarządu Spółki z o. o., będącej jedynym komplementariuszem wykonawcy, jak i sama Spółka z o. o. nie figurowali w Krajowym Rejestrze Karnym oznacza to, że wykonawca również nie mógł figurować w tym rejestrze, co dodatkowo potwierdził przedkładając odpis z KRK z dnia 25 listopada 2010 r. Powołał się na treść przepisu art. 3 pkt 1 ustawy o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary, zgodnie z którym podmiot zbiorowy podlega odpowiedzialności za czyn zabroniony, którym jest zachowanie osoby fizycznej działającej w imieniu lub w interesie podmiotu zbiorowego w ramach uprawnienia lub obowiązku do jego reprezentowania, podejmowania w jego imieniu decyzji lub wykonywania kontroli wewnętrznej albo przy przekroczeniu tego uprawnienia lub niedopełnieniu tego obowiązku.

Jednocześnie odwołujący zaznaczał, iż stosownie do art. 43 ustawy o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary, zatarcie orzeczenia stwierdzającego odpowiedzialność podmiotu zbiorowego za czyn zabroniony pod groźbą kary następuje z mocy prawa z upływem 10 lat od wykonania lub darowania albo przedawnienia wykonania kary pieniężnej, przepadku, zakazów oraz podania wyroku do publicznej wiadomości. Zważywszy, że Far Data Sp. z o. o. Sp. komandytowa istnieje od dnia 31 października 2008 r. za oczywiste przyjął, że w razie orzeczenia stwierdzającego jej



odpowiedzialność za czyn zabroniony pod groźbą kary, zatarcie skazania nie mogłoby nastąpić zarówno przed upływem terminu składania ofert, jak i przed dniem 25 listopada 2010 r., tj. datą wydania zaświadczenia KRK o braku wobec Far Data Sp. z o.o. Sp. komandytowej orzeczeń z tytułu odpowiedzialności podmiotów zbiorowych. Stąd, w ocenie odwołującego, wspomniane zaświadczenie mimo, że zostało wydane dnia 25 listopada 2010r. potwierdza brak podstaw do wykluczenia go z postępowania w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp na dzień składania ofert 20 września 2010 r.

Ponadto, odwołujący zaznaczał, iż w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia oferty, złożył oświadczenie, że nie zostało kiedykolwiek wydane jakiekolwiek orzeczenie, o których mowa w art. 7, 8 i 9 ustawy o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary, co uznał za potwierdzenie, że brak jest uzasadnionych podstaw do wykluczenia go z postępowania.

Wskazując na powyższe podtrzymał swoje stanowisko, że czynność zamawiającego wykluczenia odwołującego narusza przepis art. 24 ust.1 pkt 9 ustawy Pzp.

Zdaniem odwołującego, zamawiający nie podał przesłanek, które stanowiły podstawę twierdzeń, że dokumenty i oświadczenie złożone w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego nie potwierdzają, że Far Data Sp. z o. o. Sp. komandytowa nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. Czynności zamawiającego, jak utrzymywał odwołujący, naruszają art. 24 ust. 3 i art. 92 ust. 1 pkt 3 tej ustawy.

Na marginesie odwołujący zauważył, że skutkiem niezłożenia aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp nie jest uznanie, że wykonawca nie potwierdził spełniania warunków udziału w postępowaniu, tylko, że nie wykazał, że nie podlega wykluczeniu, czego zamawiający jednak nie dostrzegł.

Odwołujący przyznał, iż wybrany wykonawca Gildia Sp. z o.o. złożył wraz z ofertą oświadczenie firmy EC Test Systems Sp. z o. o. w Krakowie o udostępnieniu zasobów niezbędnych do wykonania niniejszego zamówienia. Ponadto w trakcie postępowania zostały przedstawione dokumenty: zobowiązanie i umowa, którą Gildia Sp. z o. o. zawarła z EC Test Systems w dniach 16 i 17 września 2010 r. Z treści pisma spółki EC Test Systems z dnia 11 października 2010 r. skierowanego do wykonawcy Gildia wynika, zdaniem odwołującego, że przedmiotowe oświadczenie zostało uzyskane przez wprowadzenie wymienionej Spółki w błąd. Według stanowiska EC Test Systems Sp. z o. o. współpraca pomiędzy tymi stronami obejmować miała jedynie dostarczenie niewadliwych mikrofonów, nie zaś aktywne uczestniczenie w realizacji zamówienia - przez integrację elementów systemu. Wskazując na wprowadzenie w błąd przez Gildia Sp. z o. o. co do sposobu i zakresu współpracy spółka EC Test Systems złożyła oświadczenie o uchyleniu się od skutków prawnych swego oświadczenia woli, w którym zobowiązała się do udostępnienia zasobów niezbędnych do realizacji zamówienia. Na dowód swoich twierdzeń, odwołujący przedstawił pismo EC Test Systems Sp. z o.o. z dnia 11 października 2010 r. W ocenie odwołującego, powyższe prowadzi do wniosku, że Gildia Sp. z o. o. nie wykazała, że przy wykonaniu zamówienia będzie korzystała z doświadczenia i wiedzy Spółki EC Test Systems.



Brak własnej wiedzy i doświadczenia oraz uchylenie się podmiotu trzeciego od skutków prawnych oświadczenia o udostępnieniu tych zasobów skutkuje, zdaniem odwołującego tym, że Gildia Sp. z o. o. nie wykazała spełniania warunków udziału w postępowaniu. Stąd, odmienne w tym względzie stanowisko zamawiającego oraz zaniechanie wykluczenia tego wykonawcy i w konsekwencji zaniechanie odrzucenia jego oferty nastąpiło, w przekonaniu odwołującego, z naruszeniem art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 26 ust. 2b i art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 23 grudnia 2010 r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca Gildia Sp. Sp. z o.o., który wniósł o odrzucenie odwołania, jako wniesionego z uchybieniem terminu, a ponadto dotyczącego tych samych zarzutów, które uprzednio zostały rozpoznane przez Izbę w wyroku z dnia 10 listopada 2010 r.

Izba stwierdziła, że przesłanki formalne przystąpienia zostały wykazane i postanowiła dopuścić wykonawcę Gildia Sp. z o.o. do udziału w sprawie, z oznaczeniem tego przystąpienia po stronie zamawiającego.

Rozpatrując (na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron), spełnienie przesłanek formalnych wniesienia odwołania, umożliwiających merytoryczne rozpoznanie sprawy, Izba w oparciu o protokół postępowania z załącznikami, specyfikację istotnych warunków zamówienia (SIWZ), akta spraw o sygnaturach: KIO 2139/10; KIO 2316/10; KIO 2368/10 oraz KIO 2454/10, treści złożonego odwołania wraz z załącznikami oraz przystąpienia do odwołania ustaliła i zważyła co następuje.

Zamawiający podał w treści SIWZ, że w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia, wykonawca ma obowiązek złożyć między innymi następujące dokumenty: - aktualną informację z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy Pzp, wystawioną nie wcześniej niż przed upływem 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert, aktualną informację z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp, wystawioną nie wcześniej niż przed upływem 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert.

Specyfikacja stanowiła, że 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 był udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności

przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia.

Do wyznaczonego terminu składania ofert 20 września 2009 r. wpłynęły oferty: przystępującego - Gildia Sp. z o.o., z ceną brutto 7 746 992,68 zł. - odwołującego: Far Data Sp. z o.o. Sp. komandytowa, z ceną brutto 8 394 743,00 zł.

Zamawiający wezwał wykonawcę Gildia do uzupełnienia dokumentów. Następnie w dniu 20 października 2010 r. dokonał wyboru oferty wykonawcy Far Data Sp. z o. o. Sp. komandytowej, odrzucając jednocześnie ofertę Gildia Sp. z o. o., z uwagi na uznanie, iż wykonawca podlega wykluczeniu, gdyż nie spełnił warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania odpowiedniego doświadczenia.

Na wymienione czynności zamawiającego odwołania wniosła Gildia Sp. z o. o. w dniu 25 i 29 października 2010 r., kwestionując zarówno czynność wezwania do uzupełnienia dokumentów jak i czynność wykluczenia z postępowania oraz odrzucenie złożonej przez nią oferty, w związku uznanym przez zamawiającego niespełnieniem warunków udziału w oparciu o pismo firmy EC Test Systems Sp. z o. o. z dnia 11 października 2010 r, wnoszące zastrzeżenia do wcześniejszego oświadczenia tej firmy o udostępnieniu zasobów na rzecz Gildia Sp. z o. o. Wykonawca: Gildia podkreślał, iż zarówno referencje jak i zobowiązanie podmiotu EC Test Systems Sp. z o.o. są właściwe, na dowód czego przedłożył dodatkowo umowę o współpracy zawartą z EC Test Systems Sp. z o. o. Dokumenty te zostały uzupełnione na wezwanie zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp ustawy Pzp. Odwołujący Gildia kwestionował również wybór oferty wykonawcy Far Data Sp. z o. o. Sp. komandytowa, która nie była najkorzystniejsza w ustalonym kryterium ceny, - zarzucając zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy: Far Data Sp. z o. o. Sp. komandytowa za: niespełnienie warunków udziału w postępowaniu, tj. brak doświadczenia w realizacji co najmniej 3 zamówień w zakresie systemów pomiaru hałasu (zarzut ten został uznany przez zamawiającego). W dalszej części odwołania, wykonawca - Gildia Sp. z o.o. zarzucał zamawiającemu zaniechanie odrzucenia oferty Far Data Sp. z o. o. Sp. komandytowej, z powodu nie złożenia - aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy Pzp, wystawionej nie wcześniej niż przed upływem 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert, aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp, wystawionej nie wcześniej niż przed upływem 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert, jak również odpisu z KRS - podmiotu Far Data Sp. z o. o., na wykazanie należytego umocowania do złożenia oferty. Wykonawca: Gildia Sp. z o.o. wskazywał na konieczność



wyczerpania procedury wezwania Far Data Sp. z o. o. Sp. komandytowej do uzupełnienia pominiętych dokumentów.

W wyroku w sprawie łączonej KIO 2316/10 i KIO 2368/10 z dnia 10 listopada 2010 r, Izba dokonała oceny zarzutów ówczesnego odwołującego, a obecnie przystępującego Gildia Sp. z o. o. w zakresie dotyczącym: udostępnienia wiedzy i doświadczenia ze strony podmiotu trzeciego EC Test Systems Sp. z o. o. oraz uznała, że dokumenty zawarte w ofercie Gildia Sp. z o.o. potwierdzały na dzień składania ofert spełnienie warunków udziału w postępowaniu. W związku z korespondencją na wymieniony temat tj.- pismem EC Test Systems Sp. z o. o., Izba w wyroku w przedmiotowej sprawie nakazała udzielenie wyjaśnień przez wykonawcę Gildia Sp. z o. o., wyrażając stanowisko, iż ocenę ofert zamawiający jest zobowiązany przeprowadzić w oparciu o dokumenty zawarte w ofertach, potwierdzające na dzień ich złożenia spełnienie warunków udziału w postępowaniu.

Izba w tym składzie również podzieliła pogląd, iż weryfikacji spełnienia warunków udziału w postępowaniu i oceny w odniesieniu do braku podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania, dokonuje się na podstawie dokumentów zawartych w ofercie, według stanu na dzień składania ofert. Stanowi o tym przepis art. 22 w związku z art. 26 ust. 3 i art. 26 ust. 2a ustawy Pzp. Jeżeli nawet wykonawca jest wzywany o uzupełnienie dokumentu, to żądany dokument musi być złożony w takim kształcie i z taką datą jaka została podana wcześniej w ogłoszeniu i w SIWZ. Nie jest dopuszczalne zastępowanie jednych rodzajów dokumentów

innymi, które nie były wymagane, na udowodnienie w późniejszym terminie spełnienia wyznaczonych warunków udziału. Zamawiający jest związany warunkami uczestnictwa w przetargu, które ustanowił i podanym sposobem oceny ich spełnienia. Nie może zatem czynić żadnych odstępstw w tym zakresie, bez narażenia się na słuszny zarzut nierównego traktowania wykonawców i prowadzenia postępowania w sposób sprzeczny z wskazaniami ustawy Pzp.

Powyższe przeczy twierdzeniom odwołującego, że uprawniony był wykazać, iż nie podlega wykluczeniu w oparciu o przepis art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie każdego dowodu, który bezpośrednio lub pośrednio potwierdzał, że nie została wobec niego orzeczona odpowiedzialność na podstawie ustawy z dnia 28 października 2002 r. o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary, a ponadto w oparciu o złożone oświadczenie własne, że nie zostało kiedykolwiek wydane orzeczenie względem Far Data Sp. z o. o. Sp. komandytowej, o których mowa w art. 7, 8 i 9 ustawy o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione.

W sprawie sygn. akt KIO 2368/10, Izba uznała za zasadny zarzut Gildia Sp. z o. o., iż wykonawca Far Data Sp. z o.o. Sp. komandytowa na str. 59 dokumentacji oferty załączył wymaganą informację z KRK odnośnie odpowiedzialności podmiotu zbiorowego jedynie w



odniesieniu do komplementariusza - Far Data Sp. z o.o. KRS Nr 0000316534. Natomiast nie uczynił tego w odniesieniu do wykonawcy, który złożył ofertę, tj. Far Data Sp. z o. o. Sp. komandytowa Nr KRS 000335284. Odwołanie w tym zakresie zostało również uwzględnione przez zamawiającego. Izba uznała za konieczne, przed ewentualnym wykluczeniem Spółki Far Data wyczerpanie procedury określonej art. 26 ust. 3 ustawy Pzp i wezwanie tego wykonawcy do uzupełnienia przedmiotowego dokumentu.

Zamawiający dostosował się do wyroku Izby z dnia 10 listopada 2010 r. i w dniu 22 listopada 2010 r. powiadomił zarówno o unieważnieniu czynności wyboru oferty wykonawcy Far Data Sp. z o.o. Sp. komandytowa jak i o unieważnieniu czynności wykluczenia wykonawcy Gildia Sp. z o.o., dokonanych w dniu 20 października 2010 r. Następnie wezwał odwołującego Gildia Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień dotyczących aktualności zobowiązania podmiotu trzeciego EC Systems Sp. z o. o co do udostępnienia wiedzy i doświadczenia na rzecz Gildia Sp. z o. o. oraz wezwał odwołującego do przedstawienia informacji z KRK - poświadczenia, iż wobec Far Data Sp. z o. o. Sp. komandytowej nie orzeczono zakazu ubiegania się o zamówienie na podstawie przepisów o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych, wystawionego nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert. Zamawiajmy dokonał ponownej oceny ofert, z uwzględnieniem zarówno złożonych na wezwanie dokumentów oraz oświadczeń wykonawców. Odwołujący złożył wymagane zaświadczenie z KRK – z dnia 25 listopada 2010 r. o niepodleganiu odpowiedzialności podmiotu zbiorowego za czyny zabronione pod groźbą kary. Przystępujący Gildia ponownie złożył oświadczenie o aktualności zobowiązania udostępnienia przez podmiot wskazany w ofercie swego doświadczenia. W informacji z dnia 10 grudnia 2010 r. zamawiający oznajmił, że firma Far Data Sp. z o. o. Sp. komandytowa w Krakowie w odpowiedzi na żądanie zamawiającego nie złożyła aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert, przez co nie wykazała spełnienia warunków udziału i podlegała wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, a ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą na podstawie art. 89 ust.1 pkt 5 tej ustawy. W tej samej dacie 10 grudnia 2010 r. zamawiający przekazał informację o wyborze najkorzystniejszej oferty, złożonej przez wykonawcę - Gildia Sp. z o.o., który spełnił warunki udziału w postępowaniu, jak również jego oferta spełniła wymagania SIWZ. Podał, że przy wyborze tej oferty zgodnie z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, kierował się kryterium opisanym w SIWZ.

Przechodząc do podstaw odrzucenia odwołania, Izba uznała w oparciu o przeprowadzone na posiedzeniu dowody, iż odwołanie dotyczy czynności, które zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby z dnia 10 listopada 2010 r. sygn. akt KIO 2316/10 oraz KIO 2368/10. Ponadto Izba stwierdziła również, iż w odniesieniu do

zarzutów, które zostały przez zamawiającego uznane, zamawiający wykonał czynności zgodne z żądaniem zawartym w odwołaniu. Zatem powyższe ustalenia stanowią podstawę



do odrzucenia odwołania w oparciu o postanowienia art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp. Przepis ten nakazuje bowiem odrzucić odwołanie dotyczące czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku izby (…) lub w przypadku uwzględnienia zarzutów w odwołaniu, którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Izba stwierdziła ponadto, iż odwołujący Far Data Sp. z o. o. Sp. komandytowa został powiadomiony przez zamawiającego o wniesieniu odwołań przez wykonawcę Gildia Sp. z o. o. w dniach 25 i 29 października 2010 r. w trybie art. 185 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący wprawdzie złożył przystąpienia do postępowania odwoławczego w przedmiotowych sprawach, ale przystąpienia te Izba uznała za bezskuteczne. Stanowi to więc dodatkową okoliczność obligującą obecnie Izbę do odrzucenia odwołania, w oparciu o postanowienia art. 185 ust. 6 ustawy Pzp. Wymieniony przepis nie dopuszcza możliwości korzystania ze środków ochrony prawnej wobec czynności zamawiającego, wykonanych zgodnie z wyrokiem Izby, przez wykonawcę wezwanego zgodnie z ust. 1 art. 195 ustawy Pzp.

Odwołujący w treści odwołania nie powoływał się na okoliczność, iż zamawiający wykonał czynności, czy powtórzył czynności w sposób odbiegający od nakazów zawartych w treści wymienionych wyroków lub w związku z uwzględnieniem części zarzutów przez samego zamawiającego. Odwołanie w niniejszej sprawie, jak wynika z jego treści dotyczy ponowienia zarzutów, które zostały rozpatrzone przez Izbę w sprawie sygn. akt KIO 2316/10 oraz KIO 2368/10.

Ponadto, zdaniem Izby, zarzuty odwołującego, wobec oferty konkurencyjnej - wykonawcy Gildia Sp. z o.o. należy uznać za spóźnione w rozumieniu art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Powinnością zamawiającego jest bowiem dokonanie oceny ofert, przy uwzględnieniu wszystkich ustanowionych warunków. Natomiast dalszym następstwem, nałożonym przepisem art. 92 ust. 1 jest jednoczesne zawiadomienie wykonawców, którzy złożyli oferty o:

1) wyborze najkorzystniejszej oferty,
2) punktacji przyznanej ofertom (łącznej i w każdym kryterium),
3) wykonawcach, których oferty zostały odrzucone,
4) wykonawcach wykluczonych z postępowania.

Niezwłocznie po wyborze oferty, zamawiający zamieszcza też informacje wymagane w art. 92 ustawy na wskazanej stronie internetowej oraz w swojej siedzibie.

Mając na względzie, iż oferty zgodnie z art. 96 ust. 3 ustawy Pzp, udostępnia się od chwili ich otwarcia, każdy z zainteresowanych wykonawców mógł powziąć wiadomość o



brakach konkurencyjnych ofert z chwilą ich udostępnienia, a zaskarżyć odwołaniem czynności czy zaniechania zamawiającego, które by tych okoliczności nie uwzględniały. W ocenie Izby, obowiązkiem zamawiającego było skrupulatne i całościowe zbadanie złożonych ofert, czemu służył okres związania ofertą, w tym postępowaniu wynoszący 60 dni. Każdy wykonawca, którego interes w uzyskaniu danego zamówienia może być zagrożony oraz który może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp, jest legitymowany, aby skutecznie skorzystać ze środków ochrony prawnej, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Z wymienionych względów, w przekonaniu Izby, niezależnie od tego, że oferta odwołującego została wybrana jako najkorzystniejsza w dniu 20 października 2010 r, a oferta wykonawcy Gildia odrzucona, to i tak miał on interes w skarżeniu ewentualnego zaniechania zamawiającego co do prawidłowej oceny konkurencyjnej oferty Gildia Sp. z o.o., o ile uważał, iż oferta tego wykonawcy winna podlegać odrzuceniu, a wykonawca wykluczeniu, jeszcze z innych przyczyn niż podał zamawiający. Ówczesny wybór oferty odwołującego nie miał charakteru ostatecznego, czyli takiego na który nie przysługuje żaden środek zaskarżenia, i jak pokazała praktyka, w wyniku

powtórzenia czynności oceny, została wybrana oferta wykonawcy Gildia Sp. z o. o.

Odwołujący jako wykonawca, który złożył ofertę w niniejszym postępowaniu, winien samodzielnie ocenić swoje szanse na uzyskanie zamówienia oraz zdecydować o tym, czy zaskarżyć czynności lub zaniechania zamawiającego wobec ofert, które nawet potencjalnie mogły zagrażać jego pozycji, niezależnie od możliwości zgłoszenia przystąpienia w zakresie innych wniesionych odwołań.

Wykonawca jest związany ustawowym terminem wniesienia odwołania, który ma charakter zawity, a jego upływ powoduje utratę możliwości skorzystania z tego środka ochrony prawnej. Zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia, przesłania informacji o czynności zamawiającego, stanowiącej podstawę jego wniesienia. Odwołaniem zostały objęte zarzuty, iż przystępujący Gildia nie spełnił warunków udziału w zakresie wiedzy i doświadczenia, a informację na ten temat odwołujący mógł pozyskać już po pierwszym wyborze ofert. Bezsprzecznie kwestionowane oświadczenie podmiotu trzeciego w tym zakresie - firmy EC Test Systems Sp. z o. o. zostało złożone w dokumentach oferty Gildia Sp. z o.o. Treść dokumentów oferty konkurenta była odwołującemu znana, gdyż są one jawne od momentu otwarcia, co do zasady zbieżnego z datą składania ofert. Natomiast wiadomość o zaniechaniu przez zamawiającego prawidłowego zbadania kwestionowanej oferty, odwołujący mógł powziąć po otrzymaniu wyniku oceny ofert po pierwszym wyborze, przeprowadzonym przez zamawiającego w dniu 20 października 2010 r. Od wymienionej daty biegł termin na wniesienie odwołania, w którym odwołujący mógł skutecznie ponosić zarzuty przytaczane w niniejszym odwołaniu. Nic w tej mierze nie zmienia powoływana przez odwołującego okoliczność, znana w sprawie



poprzedniej o sygn. akt KIO 2316/10 oraz KIO 2368/10, iż podmiot udzielający swej wiedzy i doświadczenia tj. firma EC Systems Sp. z o.o. zamierzała się wycofać ze współpracy z wykonawcą Gildia Sp. z o.o. Po pierwsze, jak Izba stwierdziła wyżej ocena spełnienia warunków udziału następowała w oparciu o dokumenty oferty wraz z uzupełnieniami, które w zakresie udostępniania potencjału przez podmiot trzeci, spełniały tak kryteria ustawowe jak i wymagania zamawiającego podane w ogłoszeniu oraz w SIWZ. Po drugie, zamawiający zgodnie z nakazem Izby, wyczerpał procedurę określoną w art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. Złożone zaś wyjaśnienia wykonawcy Gildia Sp. z o.o. potwierdziły aktualność złożonego oświadczenia o udostępnieniu wiedzy i doświadczenia przez podmiot trzeci.

Odwołujący nie zgłosił skutecznie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w obronie swojej oferty. Zgodnie z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp, odwołujący uprawniony był aby zgłosić przystąpienie do toczącego się postępowania w wyniku odwołania wykonawcy Gildia Sp. z o.o., wykazując swój interes prawny w przystąpieniu oraz określając swoje żądanie w zakresie zarzutów zawartych w odwołaniu. Nawet, jeżeli odwołujący nie skorzystał z możliwości przystąpienia do wcześniejszego postępowania odwoławczego, to nie zamykało to odwołującemu drogi do złożenia, we właściwym terminie, własnego odwołania na inne czynności lub zaniechania zamawiającego w odniesieniu do kwestionowanej oferty wykonawcy Gildia.

Izba nie podziela poglądów, iż wykonawca nie ma interesu w skarżeniu zaniechań zamawiającego, w sytuacji gdy jako najkorzystniejsza została wybrana jego oferta. Otóż wybór ten, jeżeli nie miał charakteru ostatecznego, to odwołujący winien się liczyć z tym, że konkurent, który złożył ofertę z pierwszą w kolejności oceną może skorzystać ze środków zaskarżenia, i podnieść skuteczne zarzuty przeciwko odrzuceniu jego oferty, co w niniejszym przypadku miało miejsce. Dla wykazania interesu, nie jest konieczne doznanie uszczerbku, ale wystarczy samo jego zagrożenie, potencjalna możliwość prowadząca do takiego rozwoju sytuacji w dalszym przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Potwierdza to orzecznictwo ETS w wyroku z dnia 19 czerwca 2003 r. w sprawie Fritsch, Chiari & Partner, Ziviltechniker GmbH i inni v. Autobahnenund Schnellstrassen-Finanzierungs-AG, Asfinag (C-410/01, [2003] ECR 6413, nr w SIP Lex: 158605), gdzie Europejski Trybunał Sprawiedliwości wyraził pogląd: "fakt, że artykuł 1 ust. 3 Dyrektywy 89/665 w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych, odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane, zmienionej Dyrektywą 92/50 odnoszącą się do koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych, wyraźnie pozwala Państwom Członkowskim określać szczegółowe zasady, wedle których muszą wprowadzić procedury

odwoławcze (zapewnione tą dyrektywą), dostępne dla każdej osoby, która ma lub miała interes w uzyskaniu danego zamówienia i która była lub ryzykuje bycie poszkodowaną w



wyniku domniemanego naruszenia, nie upoważnia instytucji zamawiających do nadawania terminowi "interes w uzyskaniu danego zamówienia" interpretacji, która mogłaby ograniczać efektywność tej dyrektywy.”

W świetle powyższego, zdaniem Izby, istnienie interesu po stronie odwołującego, aby po dokonaniu pierwszej oceny ofert w dniu 20 października 2010 r. domagać się odrzucenia oferty wykonawcy Gildia z wszystkich przyczyn czynność taką uzasadniających, a nie tylko z tych które podał zamawiający, - skoro zachodziły uzasadnione ku temu przyczyny, jest niewątpliwy. Jeżeli bowiem zamawiający nie zbadał oferty w sposób skrupulatny, dokładny i całościowy, do czego był zobowiązany, zachowując zasady równego traktowania wykonawców i prowadzenia postępowania z poszanowaniem reguł uczciwej konkurencji, to już wówczas należało przypisać zamawiającemu złamanie przepisów i zaniechanie wykonania czynności nakazanych ustawą, stanowiące podstawę wniesienia odwołania. Kolejna ocena ofert, w tym przypadku nakazana wyrokiem Izby z dnia 10 listopada 2010 r. w sprawie sygn. akt sygn. akt KIO 2316/10 oraz KIO 2368/10 i wykonana zgodnie z tym wyrokiem, nie przywróciła odwołującemu terminu na zaskarżenie czynności czy zaniechań zamawiającego, o których mógł powziąć wiadomość po dokonaniu pierwszej oceny w dniu 20 października 2010 r.

Zdaniem Izby, zasada koncentracji wnoszenia i rozpatrywania środków ochrony prawnej, wymaga aby wszystkie możliwe zarzuty były podnoszone po pierwszej ocenie ofert i wyborze oferty najkorzystniejszej. Ustawodawca nakazał jednoczesne wykonywanie wszystkich tych czynności, których dokonanie jest możliwe na danym etapie postępowania, w tym jednoczesne korzystanie ze środków ochrony prawnej. Powiadomieni równocześnie wykonawcy mają dostępny ten sam termin na zapoznanie się z wynikami przetargu, a w przypadku stwierdzenia nieprawidłowości na jego zakwestionowanie przewidzianymi ustawą Pzp środkami ochrony prawnej. Powyższa zasada znajduje odzwierciedlenie między innymi w przepisach art. 92, art.182, art. 185, art. 186 ust. 4, art.189 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

W przekonaniu Izby, nie nastąpiły w przedmiotowym postępowaniu żadne nowe okoliczności, poza czynnościami wykonanymi zgodnie z rozstrzygnięciami odwołań przytaczanym wyrokiem Izby, które mogłyby stanowić podstawę wnoszenia nowych środków zaskarżenia na czynności i zaniechania zamawiającego. Zasada koncentracji środków ochrony prawnej urzeczywistnia zaś istotny z punktu widzenia procedur zamówień publicznych postulat, szybkiego i sprawnego systemu weryfikacji czynności podejmowanych w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W przedmiotowym przetargu, czynności zamawiającego stały się wielokrotnym przedmiotem zaskarżenia w sprawach o sygnaturach akt: 2139/10, 2454/10, KIO 2316/10 oraz KIO 2368/10. Nie do pogodzenia z tymi celami jest, aby wykonawca kwestionował każdy kolejny wybór oferty, wynajdując po każdym etapie oceny co raz to nowe powody i wady tej samej oferty, stwarzające powody



do wnoszenia kolejnych odwołań. Dla wykonawcy jest dostępny jeden termin na odwołanie od czynności czy zaniechań zamawiającego wobec konkurencyjnej oferty, liczony od przesłania powiadomienia o pierwszej ocenie ofert. W niniejszym przypadku, zarzuty niespełnienia warunków udziału przez Gildia Sp. z o.o., które starał się wykazać odwołujący, były możliwe do sformułowania na podstawie dokumentacji oferty, po dokonaniu pierwszego wyboru, nawet gdy zamawiający odrzucając ówcześnie ofertę wykonawcy Gildia nie dostrzegł wszystkich okoliczności, które tą czynność uzasadniały. Izba uznała, iż nie zachodzą żadne nowe okoliczności w sprawie, które upoważniałyby do wniesienia przedmiotowego odwołania, a w szczególności nie nastąpiło naruszenie art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, gdyż podane uzasadnienie faktyczne i prawne przesłanek wykluczenia odwołującego pozwoliło na sformułowanie zarzutów odwołania i jego uzasadnienie.

Dowody w sprawie potwierdziły, iż odwołanie zostało wniesione nie tylko na czynności wykonane zgodnie z wcześniejszym wyrokiem Izby, ale również z uchybieniem terminu, określonego w art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Zatem kumulatywnie zachodziły

obligatoryjne przesłanki odrzucenia odwołania przewidziane art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp oraz art. 189 ust. 2 pkt 5 tej ustawy.

Zaistnienia którejkolwiek podstaw określonych art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, które Izba ustala z urzędu, obliguje Izbę do odrzucenia odwołania. Zgodnie z art. 189 ust. 3 ustawy Pzp, Izba może odrzucić odwołanie na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron.

W tym stanie rzeczy Izba odrzuciła odwołanie o czym orzekła postanowieniem na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp. Skoro odwołanie zostało odrzucone kosztami postępowania należało obciążyć odwołującego.

14

---

Stosownie do art. 198a i 198b ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie.**

**Przewodniczący:……**

**Członkowie:.....**

**……..**

15

---

16