

WYROK
z dnia 20 września 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący : Małgorzata Stręciwilk

Członkowie: Barbara Bettman

Katarzyna Brzeska

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 września 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 września 2010 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, tj. Konsorcjum firm w składzie: Górnośląski Zakład Obsługi Gazownictwa Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum) i Marani Sp. z o.o. z siedzibą dla Lidera Konsorcjum: ul. Pyskowska 25, 41-807 Zabrze** w postępowaniu prowadzonym przez **Kompanię Węglową S.A, ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, tj. Konsorcjum firm w składzie: Przedsiębiorstwo Kompletacji i Montażu Systemów Automatyki Carboautomatyka S.A.(Lider Konsorcjum) i CompAir Polska Sp. z o.o. z siedzibą dla Lidera Konsorcjum: ul. Budowlanych 168, 43-100 Tychy, zgłaszających** swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, tj. Konsorcjum firm w składzie: Górnośląski Zakład Obsługi Gazownictwa Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum) i Marani Sp. z o.o. z siedzibą dla Lidera Konsorcjum: ul. Pyskowska 25, 41-807 Zabrze i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, tj. Konsorcjum firm w składzie: Górnośląski Zakład Obsługi Gazownictwa Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum) i Marani Sp. z o.o. z siedzibą dla Lidera Konsorcjum: ul. Pyskowska 25, 41-807 Zabrze tytułem wpisu od odwołania;

2.2 zasądza zapłatę kwoty w wysokości 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, tj. Konsorcjum firm w składzie: Górnośląski Zakład Obsługi Gazownictwa Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum) i Marani Sp. z o.o. z siedzibą dla Lidera Konsorcjum: ul. Pyskowska 25, 41-807 Zabrze na rzecz Kompani Węglowej S.A, ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice, która to kwota stanowi koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Katowicach.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

Sygn. akt: KIO/1922/10

Uzasadnienie

Kompania Węglowa S.A. z siedzibą w Katowicach (dalej: „Zamawiający”) prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem aukcji elektronicznej, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „Modernizację zasilania sieci sprężonego powietrza w KW SA. Oddział KWK Brzeszcze-Silesia Ruch I-Brzeszcze”. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2010 r. Nr 113, poz. 759), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 7 kwietnia 2010 r., pod nr: 2010/S 67-101394.

W postępowaniu tym Zamawiający przekazał wykonawcom informację o wyborze oferty najkorzystniejszej, wskazując, iż jest to oferta złożona przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, tj. Konsorcjum firm w składzie: Przedsiębiorstwo Komplektacji i Montażu Systemów Automatyki Carboautomatyka S.A. (Lider Konsorcjum) i CompAir Polska Sp. z o.o. z siedzibą dla Lidera Konsorcjum w Tychach (dalej: „Carboautomatyka”)

W postępowaniu tym wykonawca wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie, tj. Konsorcjum firm w składzie: Górnośląski Zakład Obsługi Gazownictwa Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum) i Marani Sp. z o.o. z siedzibą dla Lidera Konsorcjum w Zabrze (dalej: „Odwołujący”) w dniu 6 września 2010 r. złożyli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, którego kopia została przekazana Zamawiającemu w tej samej dacie.

W dniu 9 września 2010 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wykonawca Carboautomatyka złożył zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Kopia przystąpienia została przekazana stronom postępowania odwoławczego. Wezwanie do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym temu wykonawcy zostało przekazane w dniu 6 września 2010 r.

Biorąc pod uwagę treść odwołania złożonego w przedmiotowej sprawie Izba ustaliła, że Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

1. naruszenie art. 91 b ust. 4 ustawy Pzp, poprzez nie uwzględnienie w sposobie oceny ofert w toku aukcji elektronicznej przeliczenia postąpień na punktową

ocenę oferty, z uwzględnieniem punktacji otrzymanej przed otwarciem aukcji elektronicznej;

2. naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia i uznania za odrzuconą oferty Carboautomatyka pomimo, że wykonawca ten nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu;
3. naruszenie art. 7 ust. 3 oraz art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej w rozumieniu art. 2 pkt 5 ustawy Pzp oraz wyłącznie w oparciu o przepisy ustawy, a mianowicie dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty, która powinna być uznana za odrzuconą;
4. naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez nie traktowanie wszystkich wykonawców, a w szczególności Odwołującego na równych prawach.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania i nakazanie
 - a) unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty;
 - b) przeprowadzenia ponownej oceny ofert, z uwzględnieniem zarzutów podniesionych w odwołaniu, efektem czego winno być w szczególności wykluczenie Konsorcjum Carboautomatyka z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 i uznanie za odrzuconą jego oferty;
 - c) dokonanie ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej z zastosowaniem

- postanowień art. 91 b ust. 4 ustawy Pzp oraz pkt VII.1 SIWZ;
- d) alternatywnie – nakazanie Zamawiającemu unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp z uwagi na fakt, iż postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie nie podlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.
- 2) Zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego według norm prawem przewidzianych na podstawie przedłożonych na rozprawie rachunków.

W uzasadnieniu złożonego odwołania Odwołujący podniósł, że zgodnie z treścią art. 91 b ust. 4 ustawy Pzp sposób oceny ofert w toku aukcji elektronicznej powinien obejmować przeliczenie postąpień na punktową ocenę oferty, z uwzględnieniem punktacji otrzymanej przed otwarciem aukcji elektronicznej. Regułę tę Zamawiający zobowiązał się także stosować, poprzez powtórzenie powyższego zapisu w pkt VII.1 SIWZ, natomiast wynik postępowania, jaki podał Zamawiający nie uwzględnia tego przepisu. Odwołujący podniósł, że punktacja jaką powinna otrzymać jego oferta przed otwarciem aukcji elektronicznej była zdecydowanie wyższa niż punktacja jaką otrzymało Konsorcjum Carboautomatyka, czego

nie mogła zrównoważyć, a tym bardziej przekroczyć punktacja, jaką mogła uzyskać Carboautomatyka za jednogroszową przewagę cenową nad ofertą Odwołującego w wyniku aukcji elektronicznej.

Odwołujący podniósł, że w informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej Zamawiający podał jedynie punktację wynikającą z aukcji elektronicznej i uzyskanych tam cen, nie uwzględnił natomiast w żaden sposób punktacji uzyskanej za ceny przed otwarciem aukcji elektronicznej. Podniósł też, że w SIWZ Zamawiający nie podał, w jaki sposób będzie uwzględniał tę punktację, stąd też przyjmując ugruntowane stanowisko w orzecznictwie ZA i KIO wykonawcy nie mogą być obciążani konsekwencjami niejasnych lub nieprecyzyjnych, czy niekonsekwentnych zapisów SIWZ. Przywołał na potwierdzenie swojego stanowiska kilka orzeczeń KIO. Powyższe w ocenie Odwołującego oznacza, że Zamawiający naruszył art. 91 b ust. 4 ustawy Pzp, poprzez nieuwzględnienie w sposobie oceny ofert w toku aukcji elektronicznej przeliczenia postąpień na punktową ocenę oferty z uwzględnieniem punktacji otrzymanej przed otwarciem aukcji elektronicznej, co musi czynić nieważnym wynik postępowania z zastosowaniem aukcji elektronicznej i świadczy o tym, że w postępowaniu nie dokonano wyboru oferty najkorzystniejszej w rozumieniu art. 2 ust. 5 ustawy Pzp.

Co do drugiego zarzutu Odwołujący wskazał na zapisy SIWZ zawarte w pkt XI.7, gdzie Zamawiający wymagał dla potwierdzenia niepodlegania wykluczeniu z postępowania przedłożenia aktualnej informacji z KRK. Przywołał też zapisy dotyczące składania informacji z KRK co do osób mających miejsce zamieszkania poza terytorium RP, w przypadku gdy wykonawca ma siedzibę na terytorium RP. Wskazał, że analiza treści oferty Carboautomatyka oraz udzielonych przez tego wykonawcę w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp uzupełnia dokumentów, wskazuje, że wykonawca ten nie uzupełnił wymaganych dokumentów, a Zamawiający przeoczył tę okoliczność i nie wykluczył wykonawcy z postępowania oraz nie uznał jego oferty za odrzuconą w świetle art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 24 ust. 4 ustawy Pzp. Podkreślił, że wykonawca Carboautomatyka dla dwóch członków zarządu firmy CompAir Polska Sp. z o.o., tj. dla Brent A. W. i Helen W. C., wchodzącej w skład tego konsorcjum, wskazanych w KRS na wezwanie Zamawiającego przedłożył oświadczenie przed notariuszem tych osób, że w ich miejscu zamieszkania nie wydaje się dokumentów potwierdzających niekaralność osób i przedłożył co do tych osób ich oświadczenia złożone przez notariuszem, że nie zostali prawomocnie skazani za określone przestępstwa. Odwołujący podniósł, że w miejscu zamieszkania wskazanych osób, tj. Stany Zjednoczone Ameryki, wydaje się dokumenty potwierdzające niekaralność osób, a mianowicie obywatel Stanów Zjednoczonych Ameryki na podstawie wniosku pod nazwą Applicant Information Form – Formularz Informacji Wnioskodawcy otrzymuje dokument potwierdzający niekaralność, tj. informację FBI Identification Record Request/Criminal Background Check – Wniosek o Identyfikację / Weryfikacja przeszłości kryminalnej

wydawaną przez The National Criminal Information Center. Na potwierdzenie tych okoliczności przedłożył on formularz wskazanego wniosku o identyfikację oraz formularz Informacji Wnioskodawcy. Tym samym też Odwołujący podniósł, że oświadczenie złożone przed notariuszem nie jest wystarczające dla potwierdzenia niekaralności osób pełniących funkcje członków zarządu firmy CompAir Polska Sp. z o.o., a tym samym całego Konsorcjum Carboautomatyka.

Skoro wykonawca nie spełniający warunków udziału w postępowaniu został zaproszony do udziału w aukcji elektronicznej to - w ocenie Odwołującego - cała aukcja elektroniczna, jak i postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, powinny podlegać unieważnieniu na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. W przypadku braku uznania przez Izbę podstaw do unieważnienia postępowania Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności oceny ofert oraz powtórzenia aukcji elektronicznej bez udziału Konsorcjum Carboautomatyka.

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

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

W drugiej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołujący ma interes w złożeniu niniejszego środka ochrony prawnej, wobec czynności Zamawiającego wyboru oferty najkorzystniejszej, która to czynność pozbawia go możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia.

Rozpoznając odwołanie Izba uznała je za niezasadne.

Izba przy wydaniu orzeczenia w sprawie uwzględniła w ramach materiału dowodowego dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym przede wszystkim: postanowienia SIWZ, treść oferty Przystępującego, wezwanie do uzupełnienia dokumentów z dnia 18 czerwca 2010 r., uzupełnienie dokumentów przez Przystępującego z dnia 23 czerwca 2010 r. wraz z oświadczeniami złożonymi przez Panią Helen W. C. i Pana Breneta A. W. przed notariuszem Celeste G. T. w dniu 21 maja 2010 r., zaproszenie do udziału w

aukcji elektronicznej z dnia 15 lipca 2010 r., informację o wynikach aukcji z dnia 27 lipca 2010 r. oraz protokół z aukcji, informacje o wynikach postępowania z dnia 26 sierpnia 2010r. Uwzględniono również wydruki ze strony internetowej odnośnie informacji z FBI załączone do odwołania oraz informacje ze strony internetowej Krajowego Centrum Informacji Karnej przedłożone przez Przystępującego oraz pisemne i ustne stanowiska stron i uczestnika postępowania złożone w sprawie.

Co do zarzutu braku dokonania przez Zamawiającego przeliczenia uzyskanej liczby punktów przed aukcją elektroniczną w stosunku do jej wyników i naruszenia w tym zakresie wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp, Izba uznała zarzut za niezasadny.

Izba ustaliła, że w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający w rozdziale XX SIWZ określił kryteria oceny ofert, wskazując jako jedyne kryterium cenę z wagą 100%. Jednocześnie też w pkt 4 tego rozdziału SIWZ wskazał na zasady, na podstawie których miała być prowadzona aukcja elektroniczna. Wskazano tam, że Zamawiający po dokonaniu oceny ofert, w celu wyboru najkorzystniejszej oferty, przeprowadzi aukcję elektroniczną, jeżeli do postępowania zostaną złożone co najmniej 3 oferty nie podlegające odrzuceniu. W piśmie Zamawiającego z dnia 15 lipca 2010 r. Zamawiający zaprosił Odwołującego do udziału w aukcji, wskazując jedynie, które miejsce w rankingu oceny ofert zajął Odwołujący oraz jaką ilość przyznano mu w tym zakresie punktów (3 miejsce z 88,86251907 pkt). W zaproszeniu tym Zamawiający określił także zasady i sposób przeprowadzenia aukcji elektronicznej, wskazując na minimalną wartość postąpień (5 000 zł), czas jej trwania oraz zasady punktacji w ramach podlegającego aukcji kryterium

ceny. W toku aukcji elektronicznej w wyniku składanych postąpień najkorzystniejsze postąpienie złożył wykonawca Carboautomatyka (5 038 999,99 zł). W informacji o wynikach aukcji (pismo z dnia 27 lipca 2010 r.) Zamawiający poinformował wykonawców, w tym Odwołującego, o ostatecznych uzyskanych w wyniku aukcji elektronicznej cenach ofertowych (cena Odwołującego: 5 039 000,00 zł i Przystępującego: 5 038 999,99 zł). W informacji o wynikach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (pismo z dnia 26 sierpnia 2010 r.) Zamawiający poinformował wykonawców, w tym Odwołującego o wyborze jako najkorzystniejszej w postępowaniu oferty złożonej przez Carboautomatyka z ilością punktów 100, zaś w przypadku Odwołującego była to liczba punktów: 99,99999980.

Biorąc pod uwagę powyższe okoliczności Izba nie stwierdziła nieprawidłowości w ilości przyznanych punktów ofercie najkorzystniejszej oraz ofercie złożonej przez Carboautomatyka. Protokół z przeprowadzonej aukcji elektronicznej wskazuje, że o godz. 11:45:44 wykonawca oznaczony literą D, tj. Konsorcjum Carboautomatyka złożył najkorzystniejsze postąpienie 5 038 999,99 zł. W ciągu najbliższych 5 minut nikt nie złożył korzystniejszego postąpienia i – zgodnie z warunkami przeprowadzenia aukcji elektronicznej

określonymi zaproszeniu do aukcji (pismo z dnia 15 lipca 2010 r.) – aukcja o godz. 11:50:44 została zamknięta. Złożone przez Carboautomatyka ostatnie postąpienie (5 038 999,99 zł) było o 1 grosz korzystniejsze od postąpienia złożonego o godz. 11:43:28 przez Odwołującego (5 039 000,00 zł), jednakże było o co najmniej 5 000 zł korzystniejsze od wcześniejszego postąpienia złożonego przez Carboautomatyka (godz. 11:38:37 5 043 999,99 zł), a zatem – zgodnie z wyjaśnieniami złożonymi w toku rozprawy przez Zamawiającego – powyższe było zgodne z wymogami pkt 2 zaproszenia do aukcji elektronicznej przekazanego wykonawcom w piśmie z dnia 15 lipca 2010 r. Po zakończeniu aukcji elektronicznej Zamawiający poinformował wykonawców o wynikach aukcji i ilości przyznanych punktów (pismo z dnia 27 lipca 2010 r.), uwzględniając wartości ostatnich postąpień wykonawców złożonych w toku aukcji. Jednocześnie też w toku aukcji – jak wyjaśnił w trakcie rozprawy Zamawiający, czemu nie zaprzeczył Odwołujący – na platformie cyfrowej, na której prowadzona była aukcja elektroniczna (platforma należąca do firmy TRAF e-BIZ Sp. z o.o. z siedzibą w Będzinie) automatycznie w miarę kolejnych postąpień dokonywało się przeliczenie punktów przyznanych w związku z ceną ofertową, tj. jedyne kryterium podlegające aukcji elektronicznej. Powyższe jednoznacznie wskazuje, że ostatnie z postąpień, które miało miejsce w toku aukcji elektronicznej było dla Zamawiającego najkorzystniejsze, dlatego też w związku z ustalonym jako jedynym w postępowaniu kryterium cenowym oceny ofert – oferta z najniższą ceną uzyskaną w toku aukcji stanowi najkorzystniejszą w rozumieniu art. 2 pkt 5 ustawy Pzp ofertę złożoną w toku postępowania o udzielenie zamówienia.

Izba nie stwierdziła zatem, aby w tym zakresie został naruszony wskazywany przez Odwołującego art. 91 b ust. 4 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem ustalone zasady oceny ofert powinny być określone w zaproszeniu do aukcji elektronicznej.

Jeśli Odwołujący uznawał, że zasady i sposób przeprowadzenia aukcji elektronicznej określone przez Zamawiającego w postanowieniach SIWZ oraz w zaproszeniu do aukcji z dnia 15 lipca 2010 r., naruszają jego interes i obowiązujące przepisy prawa, powinien był na wcześniejszym etapie postępowania zaskarżyć te postanowienia. Na tym etapie postępowania po przeprowadzeniu aukcji i wyborze oferty najkorzystniejszej zarzuty w tym zakresie należy uznać za spóźnione - stosownie do art. 182 ust. 2 pkt 1 oraz art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp.

Jeśli natomiast dokonywać oceny dokonanej przez Zamawiającego przeliczenia punktów przyznanych w wyniku przeprowadzonej aukcji elektronicznej – co jako zasadniczy element swojego zarzutu wskazywał Odwołujący – Izba zwraca uwagę, że przeliczenie przez Zamawiającego punktów według zasad proponowanych przez Odwołującego przeczyłoby istocie aukcji elektronicznej, która jest swoistego rodzaju dogrywką w zakresie określonego przez Zamawiającego kryterium oceny ofert. Przyjmowanie do przeliczenia ilości punktów

kryterium przed aukcją na podstawie ofert, łącznie z ilością punktów przyznanych po przeprowadzeniu aukcji, prowadziłoby do wypaczenia wyników postępowania i *de facto* wyboru w postępowaniu oferty, która nie jest ofertą najkorzystniejszą. Inną byłaby sytuacja, gdyby w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający określił inne kryteria oceny ofert, obok tych, które podlegały aukcji elektronicznej. Jeśli jakieś kryterium nie podlega aukcji elektronicznej Zamawiający w takiej sytuacji posiada bezwzględny obowiązek dokonania przeliczenia ilości punktów przyznanych w danym kryterium, które nie podlegało aukcji na podstawie treści oferty złożonej w postępowaniu łącznie z ilością punktów, które wykonawcy uzyskali w toku aukcji elektronicznej co do kryterium podlegającego aukcji, biorąc pod uwagę wagę tych kryteriów określoną w SIWZ.

Słusznie Zamawiający i Przystępujący w trakcie rozprawy zwrócili uwagę na treść art. 91c ust. 4 ustawy Pzp, zgodnie z którym oferta wykonawcy przestaje wiązać w zakresie, w jakim wykonawcy złożyli korzystniejsze oferty w toku aukcji elektronicznej. Powyższa regulacja odnosi się do kolejnych postąpień składanych w toku aukcji przez danego wykonawcę, ale również co do treści oferty złożonej w tradycyjnej formie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (oferta „papierowa”). Należy jednak pamiętać, że odnosi się to do elementów oferty – jej zakresu – który podlega dogrywce w toku aukcji elektronicznej. W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jedynym kryterium oceny ofert ustalonym przez Zamawiającego była cena. Jedynie to kryterium również podlegało aukcji elektronicznej. Jeśli więc Odwołujący przystąpił do tej aukcji i złożył w niej korzystniejsze od ceny ofertowej oferty cenowe, cena zawarta w „papierowej” ofercie, zgodnie z art. 91 c ust. 4 ustawy Pzp przestała wiązać. Przeliczenie zatem ilości punktów za cenę ofertową, która w wyniku przystąpienia do aukcji elektronicznej i składania kolejnych postąpień przestała wiązać, łącznie z ilością punktów, które wykonawca otrzymał w wyniku aukcji, byłoby niedopuszczalne i prowadziłoby do zniekształcenia i wypaczenia wyników postępowania, a tym samym również do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji.

Co do zarzutu zaniechania wykluczenia Carboautomatyka z postępowania z powodu nie uzupełniania w wyniku wezwania do uzupełniania dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp dokumentu potwierdzającego niekaralność dwóch osób wchodzących w skład zarządu jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie i naruszenia w tym zakresie wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp, Izba uznała zarzut za niezasadny.

Izba ustaliła w tym zakresie, że Zamawiający warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, w tym co do niekaralności, zapisał w rozdziale X SIWZ. W rozdziale XI SIWZ zażądał on na

potwierdzenie spełniania tych warunków określonych dokumentów. Powyższe postanowienia co do warunku niekaralności stanowiły standardowe odzwierciedlenie przepisów ustawy Pzp i rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817). Zamawiający w szczególności zacytował § 2 ust. 2 wskazanego rozporządzenia w sprawie dokumentów. W ofercie Carboautomatyka co do dwóch członków zarządu firmy CompAir Polska Sp. z o.o. (Pan Brenet A. Walters i Pani Helen W. Cornell) – członka Konsorcjum ubiegającego się wspólnie z Przedsiębiorstwem Kompletacji i Montażu Systemów Automatyki Carboautomatyka S.A. - złożono odpisy z polskiego KRK o niekaralności tych osób. W związku z tym, że wskazane osoby posiadają miejsce zamieszkania w USA Zamawiający pismem z dnia 18 czerwca 2010 r. wezwał Konsorcjum Carboautomatyka do uzupełniania właściwego dokumentu o niekaralności tych osób, wyznaczając czas na uzupełnienie 5 dni od doręczenia pisma. Pismem z dnia 23 czerwca 2010 r. Konsorcjum Carboautomatyka uzupełniło dokumenty poprzez przedłożenie dwóch oświadczeń tych osób, złożonych przed notariuszem Celeste G. T. w Illinois w USA z datą ich złożenia 21 maja 2010 r.

Biorąc powyższe ustalenia pod uwagę Izba stwierdziła, że zarzut podnoszony przez Odwołującego nie został udowodniony. Odwołujący wywodził, że w Stach Zjednoczonych Ameryki Północnej wydawane są specjalne dokumenty potwierdzające niekaralność osób odpowiadające polskiemu Krajowemu Rejestrowi Skazanych oraz wymagany co do niekaralności danym wynikającym z przepisów ustawy Pzp (art. 24 ust. 1 pkt 4 – 8 ustawy

Pzp). Odwołujący w tym zakresie wskazywał na bazę danych prowadzoną przez FBI i funkcjonującą w tym zakresie Narodowe (Krajowe) Centrum Informacji Kryminalnej. W toku rozprawy Zamawiający i Przystępujący wykazywali, że wskazany rejestr nie pełni roli podobnej do polskiego KRK, a przede wszystkim nie zawiera pełnej informacji o skazaniu osób fizycznych co najmniej w odniesieniu do przestępstw, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 4 – 8 ustawy Pzp. Rejestr ten prowadzony jest w celu gromadzenia danych o przestępcach najbardziej niebezpiecznych z określonej kategorii przestępstw. Informacje o skazaniu osób fizycznych na podstawie tego rejestru można znaleźć co do przestępstw najbardziej niebezpiecznych, np. co do zbrodni, poważnych występków, co do których wystawiono tymczasowy nakaz zatrzymania, czy wystawiono listy gończe, dotyczące młodocianych przestępców, brutalnych przestępców, ale również co do osób, które zaginęły, czy też osób stwarzających zagrożenie dla Prezydenta lub innych osób chronionych. Powyższe zostało potwierdzone informacjami zawartymi na stronie internetowej FBI Information Systems, które wraz z tłumaczeniem przysięgłym zostały przedłożone przez Przystępującego w toku rozprawy. Dane zawarte w tym rejestrze nie dotyczą natomiast przestępstw popełnionych w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia

publicznego, przeciwko prawom osób wykonujących pracę zarobkową, przeciwko środowisku, przekupstwa przeciwko obrotowi gospodarczemu lub innych przestępstw popełnionych w celu osiągnięcia korzyści majątkowych, a także przestępstwa skarbowego lub udziału w zorganizowanej grupie albo związku mających na celu popełnienie przestępstwa lub przestępstwa skarbowego. Przywołany przez Odwołującego rejestr w żadnym wypadku nie odpowiada zakresowi danych koniecznych do weryfikacji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, tj. przestępstw o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 4 – 8 ustawy Pzp. Dane zawarte w przywołanym przez Odwołującego rejestrze mają inny charakter – chodzi tu o gromadzenie danych o faktycznych i potencjalnie niebezpiecznych osobach i osobach co do których należy zachować szczególne środki. Rejestr ten nie ma na celu zaś gromadzenia pełnych danych co do skazania określonych osób za określone przestępstwa.

Odwołujący nie wykazał, jakoby w miejscu zamieszkania osób, które pełnią funkcje członków zarządu jednego z konsorcjantów ubiegających się o zamówienie, wydawane były takie dokumenty. Tym samym też Odwołujący nie wykazał, aby taki rejestr karny z informacjami niezbędnymi do weryfikacji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego był prowadzony w USA w stanie, w którym mają miejsce zamieszkania wskazane osoby. W tym zakresie bowiem należy zwrócić uwagę na szczególne regulacje wewnętrzne obowiązujące w poszczególnych stanach USA, ze względu na autonomiczny charakter i status poszczególnych stanów, które we własnym zakresie mogą również tworzyć określone regulacje prawne. Przywoływany przez Odwołującego wyrok KIO, na podstawie którego wskazywał on jedynie, że w USA są wydawane innego rodzaju zaświadczenia niż zaświadczenie ze wskazywanego rejestru FBI, nie może być wzięty pod uwagę przez Izbę wprost jako dowód w sprawie, czy inne wiążące ustalenie, bowiem wyrok ten został wydany w sprawie innego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a jako wydany w konkretnej sprawie wiąże w tej właśnie sprawie i nie ma charakteru precedensowego. Odwołujący w toku rozprawy powołał się jedynie na to orzeczenie Izby nie wskazując, w żaden sposób jakie konkretnie zaświadczenie, czy dokument są wydawane i przez jaki organ, co do niekaralności w stanie, w którym posiadają miejsce zamieszkania członkowie zarządu konsorcjanta Carboautomatyka. Odwołujący jedynie wykazywał, że wiążącym dokumentem w tym zakresie jest zaświadczenie wydawane przez Narodowe (Krajowe) Centrum Informacji Kryminalnej, co – w ocenie Izby – nie znalazło uznania, według argumentacji wskazanej powyżej. W toku niniejszego postępowania odwoławczego Odwołujący - a to na nim spoczywa ciężar wykazania okoliczności, z których wywodzi on określone skutki prawne (art. 6 Kc) - nie przedstawił żadnych dowodów wskazujących na możliwość uzyskania przez konkretne osoby zaświadczenia o niekaralności wystawionego w

postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Co do wątpliwości podnoszonych przez Odwołującego już na rozprawie i wnioskowanego na tę okoliczność dowodu z kwestionowanych oświadczeń złożonych przed notariuszem, jakoby brak było możliwości złożenia ich w terminie na składanie ofert, biorąc pod uwagę różnice czasowe pomiędzy USA a Polską, Izba nie znalazła podstaw do zakwestionowania tych oświadczeń, także pod kątem daty ich złożenia. Wyraźnie wynika z treści tych oświadczeń, że zostały złożone w dacie 21 maja 2010 r., kiedy upływał termin składania ofert w niniejszym postępowaniu. W oświadczeniach notariusz nie podał godziny, w jakiej oświadczenia zostały złożone. Zatem nawet, jeśli oświadczenia zostały złożone przed notariuszem w godzinach nocnych według czasu w USA, został w tym zakresie dopełniony wymóg formalny, aby potwierdzały one określone okoliczności nie później niż w dniu, w którym upływał termin składania ofert.

Mając powyższe na uwadze i działając na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania Izba wzięła pod uwagę treść art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. orzekła o kosztach stosownie do wyniku postępowania odwoławczego, uwzględniając również w tym zakresie - na podstawie § 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) - uzasadnione koszty Zamawiającego obejmujące wynagrodzenie pełnomocnika na podstawie przedłożonego w toku rozprawy do akt sprawy rachunku.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....