Sygn. akt: KIO 1579/13; KIO 1592/13

WYROK
z dnia 15 lipca 2013 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska
Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 lipca 2013 roku w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:
A. w dniu 28 czerwca 2013 roku przez wykonawcę **K…….. T…….. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Digital Information Consulting K…… T……. z siedzibą w Wólce Grodziskiej,** sygn. akt KIO 1579/13
B. w dniu 28 czerwca 2013 roku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielnie zamówienia publicznego – konsorcjum firm **TECHELON Sp. z o.o. (Lider), INTARIS Sp. z o.o. (Partner), LEGATON S.A. (Partner) z siedzibą dla lidera w Warszawie,** sygn. akt KIO 1592/13

w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa, który reprezentuje Inspektorat Uzbrojenia w Warszawie**
przy udziale:
A. wykonawcy **INTARIS Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1579/13 po stronie zamawiającego;
B. wykonawcy **Komputronik S.A. z siedzibą w Poznaniu,** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1579/13 po stronie zamawiającego;
C. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - **konsorcjum firm - Maxto Sp. z o.o. S.K.A. (Lider), Sysco Group Sp. z o.o. (Partner) z siedzibą dla lidera**

---

w Krakowie zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1592/13 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie o sygn. akt KIO 1579/13;
2. Uwzględnia odwołanie o sygn. akt KIO 1592/13 i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności badania i oceny ofert w części II zamówienia, czynności zaproszenia wykonawców do udziału w aukcji elektronicznej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp wykonawcy J…….. M…….. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą GALAXY J……. M……. z siedzibą w Zielonej Górze do złożenia wyjaśnień w zakresie wykazu dostaw dotyczącego części II zamówienia, odtajnienie dokumentu polisy OC w tej ofercie jako nie stanowiącej tajemnicy przedsiębiorstwa, z uwzględnieniem okoliczności wynikających z uzasadnienia odwołania.
3. kosztami postępowania obciąża:
3.1 Odwołującego wykonawcę **K……. T……. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Digital Information Consulting K…….. T……. z siedzibą w Wólce Grodziskiej (sygn.** akt KIO 1579/13) i:
3.1.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną tytułem wpisu od odwołania przez Odwołującego.
3.2. Zamawiającego **Skarb Państwa, który reprezentuje Inspektorat Uzbrojenia w Warszawie** (sygn. akt KIO 1592/13) i :
3.2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną tytułem wpisu od odwołania przez Odwołującego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielnie zamówienia publicznego – konsorcjum firm **TECHELON Sp. z o.o. (Lider), INTARIS Sp. z o.o. (Partner), LEGATON S.A. (Partner) z siedzibą dla lidera w Warszawie.**
3.2.2. zasądza od Zamawiającego **Skarbu Państwa, który reprezentuje Inspektorat**

Uzbrojenia w Warszawie na rzecz Odwołującego - **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielnie zamówienia publicznego – konsorcjum firm TECHELON Sp. z o.o. (Lider), INTARIS Sp. z o.o. (Partner), LEGATON S.A.**

(Partner) z siedzibą dla lidera w Warszawie kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

Sygn. akt KIO 1579/13
KIO 1592/13

UZASADNIENIE

Sygn. akt KIO 1579/13

W dniu 28 czerwca 2013 roku, do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, na podstawie art. 180 ust. 1 i nast. ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2010 r. nr 113, poz. 759 ze zm., zwanej dalej „ustawą Pzp" lub „Pzp") odwołanie złożył wykonawca K…… T…….. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą DIGITAL INFORMATION CONSULTING z siedzibą w Wólce Grodziskiej.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Dostawę urządzeń dla resortu obrony narodowej" prowadzi Zamawiający Skarb Państwa- Inspektorat Uzbrojenia w Warszawie. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 26 marca 2013 roku pod numerem 2013/S 060-100368.

Odwołanie wniesiono w cz. I i III zamówienia wobec następujących czynności i zaniechań Zamawiającego:
1. oceny i badania oferty wykonawcy KOMPUTRONIK S.A. z siedzibą w Poznaniu,
2. braku odrzucenia oferty wykonawcy KOMPUTRONIK S.A.,
3. nierównego traktowania uczestników ubiegających się o udzielenie zamówienia, za tym idzie złamania fundamentalnej zasady określonej art. 7 ust. 1 ustawy Pzp,
4. zastosowania aukcji elektronicznej i zaproszenia do niej wykonawcy KOMPUTRONIK.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie:
1. art. 7 ust 1 ustawy Pzp poprzez naruszenie przy ocenie i badaniu ofert w postępowaniu zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,
2. art. 91b ust 1 ustawy Pzp poprzez zastosowanie aukcji elektronicznej i zaproszenie do niej wykonawcy KOMPUTRONIK SA., pomimo iż tylko dwie oferty nie podlegały odrzuceniu i spełniały wymagania SIWZ,
3. art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez brak skierowania do wykonawcy KOMPUTRONIK S.A. wezwania do uzupełnienia dokumentów oraz złożenia wyjaśnień treści oferty, pomimo wątpliwości Odwołującego co do jej prawidłowości,
4. niezastosowanie przepisu art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp wobec wykonawcy KOMPUTRONIK i zaniechanie odrzucenia jego oferty, jako niezgodnej z treścią SIWZ,

---

3 art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp wobec wykonawcy KOMPUTRONIK S.A. bowiem przedstawiciel tego Wykonawcy poświadczył nieprawdę w zakresie przynależności do grupy kapitałowej, a tym samym jego oferta powinna podlegać odrzuceniu.
4 art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp wobec wykonawcy KOMPUTRONIK S.A. bowiem

mimo wezwania do uzupełnienia dokumentów wykonawca ten nie przesłał Zamawiającemu wymaganych w SIWZ dokumentów, a tym samym jego oferta powinna podlegać odrzuceniu.

Mając na uwadze powyższe, Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności zastosowania aukcji elektronicznej,
2. odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp oferty wykonawcy KOMPUTRONIK S.A. jako oferty niezgodnej z treścią SIWZ,
3. wykluczenie wykonawcy KOMPUTRONIK S.A. na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp z uwagi na poświadczenie nieprawdy w zakresie przynależności do grupy kapitałowej oraz odrzucenie jego oferty na podstawie art. 24 ust 4 Pzp oraz art. 89 ust 1 pkt 3 Pzp,
4. Wykluczenie wykonawcy KOMPUTRONIK S.A. na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp z uwagi na nieprzedłożenie ważnych i aktualnych dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej pomimo wezwania do uzupełnienia dokumentów oraz odrzucenie jego oferty na podstawie art. 24 ust. 4 Pzp,
5. Dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej.

Informację o zaproszeniu do udziału w aukcji elektronicznej w w/w postępowaniu, Zamawiający przekazał Odwołującemu za pośrednictwem faksu w dniu 19 czerwca 2013 r. Odwołanie zostało wniesione w dniu 28 czerwca 2013 r., a zatem Odwołujący uczynił zadość wymaganiom przepisu art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp i złożył odwołanie w terminie.

Interes prawny Odwołującego we wnoszeniu środków ochrony prawnej przewidzianych w Pzp przejawia się w tym, że Zamawiający uznał ofertę wykonawcy KOMPUTRONIK S.A. za ważną i spełniającą wymagania SIWZ oraz zastosował aukcję elektroniczną w w/w postępowaniu, pomimo że oferta wykonawcy KOMPUTRONIK S.A. powinna zostać odrzucona, zaś oferta Odwołującego wybrana jako najkorzystniejsza, a tym samym Zamawiający uniemożliwił Odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia publicznego. Tym samym oczywiste jest wystąpienie szkody po stronie Odwołującego w postaci pozyskania zamówienia, a co za tym idzie uzyskania określonego przychodu i zysku w wyniku realizacji zamówienia.

Wykluczenie wykonawcy KOMPUTRONIK S.A. - brak opłaconej polisy OC oraz brak wymaganej kwoty ubezpieczenia OC.

Odwołujący wskazuje, że wykonawca KOMPUTRONIK S.A. nie wniósł opłaconej polisy zgodnie z przepisami Pzp oraz wymaganiami w SIWZ. Oto kilka nieprawidłowości:

a) polisa ubezpieczeniowa o numerze CFH 300217399024 z dnia 06.05.2013 zawiera informację o odroczonym terminie płatności na dzień 21.05.2013r. (dotyczy terminu płatności za I ratę) KOMPUTRONIK S.A. nie przedłożył dokumentu dokonania wpłaty za I ratę nie później przed upływem terminu składania ofert (07.05.2013), a tym samym załączona polisa OC nie może być uznana za wniesioną w sposób prawidłowy;

b) polisa ubezpieczeniowa Nr CFH 300217399024 z dnia 06.05.2013 zawiera ubezpieczenie OC deliktowe w związku z prowadzoną działalnością i posiadanym OC mieniem + szkody rzeczowe (powstałe w następstwie awarii, działania, eksploatacji urządzeń wodociągowych, kanalizacyjnych i centralnego ogrzewania) na łączną kwotę 1 000 000,00 zł. Wykonawca składając ofertę w postępowaniu w części nr 1 i 3 zamówienia był zobowiązany do przedłożenia opłaconej polisy ubezpieczenia OC w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na łączną kwotę co najmniej 1.800.000,00 zł, zaś brak ważnego i aktualnego dokumentu potwierdzającej wymaganą kwotę ubezpieczenia stanowi podstawę do wykluczenia z postępowania i odrzucenia oferty.

Ad. a)

Wykonawca KOMPUTRONIK S.A. nie załączył wraz z ofertą opłaconej polisy ubezpieczenia OC. W związku z tym, Zamawiający pismem z dnia 7 czerwca 2013r. wezwał wykonawcę KOMPUTRONIK S.A. do uzupełnienia dokumentów, w tym uzupełnienia opłaconej polisy OC, zwracając szczególną uwagę na jej opłacenie (podkreślenie słów). W odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów wykonawca KOMPUTRONIK w dniu 12.06.2013 r. przekazał do Kancelarii Zamawiającego wyłącznie dokument polisy ubezpieczenia OC, bez dowodu jej opłacenia, tym samym nie spełniając podstawowych wymagań zawartych w SIWZ.

Jednocześnie należy zaznaczyć, że zgodnie z opinią Urzędu Zamówień Publicznych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ustawodawca wyraźnie zastrzega

obowiązek przedłożenia opłaconej polisy (arg. z § 1 ust. 1 pkt 11 rozporządzenia w sprawie dokumentów), co wymaga wykazania spełnienia świadczenia obciążającego ubezpieczającego, wynikającego z umowy ubezpieczenia (art. 805 kc). W związku z powyższym wymóg opłacenia polisy OC powinien być wypełniony na dzień upływu terminu składania ofert lub wniosków w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Późniejsze wypełnienie tego obowiązku przez wykonawcę (opłata polisy) nie może być uznane za spełnianie warunku podmiotowego udziału w postępowaniu o zamówienie publiczne, nawet - jeśli w świetle obowiązujących przepisów prawa, przede wszystkim przepisów kodeksu cywilnego - później polisa ubezpieczeniowa zostanie przez dany podmiot

opłacona, a tym samym ochrona ubezpieczeniowa danego wykonawcy obowiązuje, czy też wstecznie obowiązywała w momencie składania wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (por. wyrok KIO z dnia 10.08.2011 r., sygn. akt KIO 1623/11, wyrok z dnia 6.12.2011 r., sygn. akt KIO 2537/11). Nie można więc uznać za opłaconą w rozumieniu przepisów rozporządzenia polisę, której termin płatności jest odroczony i upływa po terminie otwarcia ofert.

W sytuacji, gdy fakt opłacenia składek nie wynika z samej treści polisy, wykonawca powinien załączyć do polisy inny dokument potwierdzający odprowadzanie stosownych składek (np. wyciąg z konta bankowego, rachunek itp.). Zamawiający może żądać jedynie tych składek, które stały się wymagalne do dnia upływu terminu składania ofert lub wniosków w postępowaniu. Ustawa Pzp ani rozporządzenia wykonawcze do niej nie ustanawiają przepisów szczególnych w stosunku do regulacji kodeksu cywilnego, które nakazywałby uznać, że dla potrzeb wykazania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego posiadania ochrony ubezpieczeniowej wymagane jest opłacenie wszystkich rat składki, przed terminem ich płatności określonym w umowie ubezpieczenia. Zgodnie bowiem z przepisem art. 814 § 1 KC, odpowiedzialność ubezpieczyciela rozpoczyna się co do zasady z dniem opłacenia pierwszej raty składki.

W świetle powyższego należy stwierdzić, że Zamawiający prawidłowo wezwał wykonawcę do uzupełnienia oferty o brakujący dokument opłaconej polisy ubezpieczenia OC, oczekując dokumentu polisy OC wraz z dowodem wpłaty, który stanowi integralną część opłaconej polisy.

Wykonawca KOMPUTRONIK w odpowiedzi na wezwanie dołączył wadliwy dokument, tj. wyłącznie dokument polisy ubezpieczenia OC bez dowodu wpłaty.

Zwrócono uwagę, że zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp złożone na wezwanie Zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub termin składania ofert, przy czym, „jednorazowość wezwania do uzupełnienia dokumentu odnosi się nie do wszystkich dokumentów potwierdzających warunki udziału w postępowaniu, ale do poszczególnego dokumentu, potwierdzającego w spełnianie warunku udziału w postępowaniu” (KIO/UZP 827/08). Tak więc, wezwanie do złożenia oświadczeń lub dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, jest traktowane jako czynność jednokrotna i ponowne wzywanie wykonawcy do uzupełnienia tego samego dokumentu w trybie art. 26 ust. 3 nie jest więc dopuszczalne (por. KIO/UZP 27/09, KIO 1385/08 i KIO/UZP 1398/08,

KIO/UZP 1530/08, KIO/UZP 950/08, KIO/UZP 949/08, KIO/UZP 1042/08, KIO/UZP 934/08, KIO/UZP 933/08, KIO/UZP 926/08).

Uwzględniając stan faktyczny, wykonawca KOMPUTRONIK S.A. został wezwany w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia dokumentu opłaconej polisy ubezpieczenia OC w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia, zaś w odpowiedzi na wezwanie przekazał Zamawiającemu wyłącznie dokument polisy ubezpieczenia OC bez potwierdzenia wpłaty w wymaganym terminie.

Tak więc, nawet po uzupełnieniu dokumentów (w trybie art. 26 ust. 3), oferta wykonawcy jest niezgodna z treścią SIWZ (nie zawiera opłaconej polisy i podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp).

Ad.b).

Wykonawca KOMPUTRONIK S.A. nie załączył wraz ofertą dokumentu opłaconej polisy ubezpieczenia OC potwierdzającej wysokość ubezpieczenia OC w kwocie 1 800 000 zł w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia. W związku z tym, Zamawiający w dniu 7 czerwca 2013 roku wezwał wykonawcę do uzupełnienia dokumentów, w tym opłaconej polisy OC zwracając szczególną uwagę na wymagane kwoty dla poszczególnych części zamówienia, tj. dla części zamówienia nr 1 – opłaconej polisy lub innego dokumentu potwierdzającego ubezpieczenie OC w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę co najmniej 1 500 000 zł; dla części zamówienia nr 3 - opłaconej polisy lub innego dokumentu potwierdzającego ubezpieczenie OC w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę co najmniej 300 000 zł; a więc na łączną kwotę co najmniej 1 800 000 zł.

Uzupełniony przez wykonawcę w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp dokument polisy ubezpieczeniowej OC w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia jest wystawiony na kwotę 1 000 000 zł, a więc nie spełnia wymogu SIWZ. Co więcej, nawet po uzupełnieniu dokumentów, oferta wykonawcy KOMPUTRONIK jest niezgodna z SIWZ (nie zawiera polisy ubezpieczenia OC w wymaganej kwocie) i podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Wykluczenie wykonawcy KOMPUTRONIK S.A. - brak aktualnego i ważnego odpisu KRS.

Wykonawca KOMPUTRONIK S.A. nie załączył wraz z ofertą KRS. Odwołujący wskazał na dwa ograniczenia (zawężenia) dotyczące aktualności i ważności odpisu okresu KRS w w/w postępowaniu.

---

1. Zamawiający wymagał; aby przedłożony wraz z ofertą aktualny odpis z właściwego rejestru był wystawiony nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert,
2. Zgodnie z obowiązującą ustawą z dnia 20 sierpnia 1997 r. o Krajowym Rejestrze Sądowym (Dz. U. 2007 r. Nr 168, póz. 1186, z późn. zm.), ważność i aktualność wymienionych dokumentów trwa do momentu wpisania zmiany w KRS, a jeżeli zmiany takiej nie dokonano, wyciąg z rejestru może być aktualny przez czas nieokreślony.

W świetle powyższego załączony KRS jest ważny i aktualny w przypadku, gdy dokument wystawiony jest nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert, ale zarazem nie wcześniej niż data ostatniego wpisu w dokumencie odpisu KRS. Załączony wraz z ofertą wykonawcy KOMPUTRONIK S.A. odpis KRS jest wystawiony z datą 8.04.2013 r. Natomiast w dniu 18.04.2013 roku dokonano nowego wpisu w KRS spółki KOMPUTRONIK, wobec czego wykonawca był zobowiązany o wystąpienie/wygenerowanie nowego odpisu KRS. Wszystkie bowiem odpisy KRS wystawione przed 18.04.2013 przestają być aktualne i ważne, zgodnie z podaną wykładnią prawa.

W świetle przedstawionych dowodów, zdaniem Odwołującego, wykonawca KOMPUTRONIK S.A, jest zobowiązany do przedłożenia aktualnego i ważnego odpisu KRS, tj. wystawionego nie wcześniej niż data ostatniego wpisu (18.04.2013) a zarazem nie później niż na dzień upływu składania ofert (07.05.2013), co Zamawiający powinien wymagać i w przypadku braku przedłożenia wraz z ofertą przez wykonawcę KOMPUTRONIK S.A. ważnego i aktualnego odpisu KRS, wnieść do wykonawcy KOMPUTRONIK S.A. wnieść o uzupełnienie dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Brak dokonania wskazanej czynności przez Zamawiającego stanowi również naruszenie zasad zdrowej i uczciwej konkurencji, gdyż wskazuje na preferowanie wybranych z góry Wykonawców i mniejszy rygor rzetelnego badania takich ofert.

Kwestia aktualności i ważności odpisów KRS poruszona również została względnie przez Odwołującego w piśmie z dnia 05.06.2013, gdzie Odwołujący wskazał brak pełnomocnictwa dla osoby podpisującej ofertę w imieniu wykonawcy KOMPUTRONIK, dodatkowo załączając odpis KRS dla spółki KOMPUTRONIK S.A. z dnia 04.06.2013, w którym jest wzmianka o nowym wpisie z dnia 18.04.2013r. w odpisie KRS. Zamawiający był w posiadaniu informacji potwierdzających nieważność i nieaktualność odpisu KRS, a mimo to wykonawcy KOMPUTRONIK S.A. do uzupełnienia oferty w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp o brakujący, ważny i aktualny odpis KRS nie wezwał.

Wykluczenie wykonawcy KOMPUTRONIK S.A. - brak wymaganej kwoty zdolności kredytowej.

Wykonawca KOMPUTRONIK S.A. nie wniósł dokumentu opinii bankowej w sposób przewidziany przepisami PZP oraz wymagany w SIWZ.

Opinia bankowa wystawiona przez Millenium Bank z dnia 24 kwietnia 2013r. zawiera potwierdzenie, że KOMPUTRONIK S.A. posiada zdolność kredytową na łączną kwotę 1.500.000,00 zł. Wykonawca KOMPUTRONIK S.A. składając ofertę w postępowaniu w części zamówienia nr 1 i 3 był zobowiązany do przedłożenia opinii bankowej na łączną kwotę co najmniej 1.800.000,00 zł, zaś brak ważnego i aktualnego dokumentu potwierdzającego wymaganą kwotę zdolności kredytowej stanowi podstawę do wykluczenia z postępowania i odrzucenia oferty.

Wykonawca KOMPUTRONIK S.A. był zobowiązany do załączenia wraz z ofertą dokumentu opinii bankowej potwierdzającej wysokość zdolności kredytowej w kwocie 1 800 000 zł tj.: dla części zamówienia nr 1 - opinia bankowa potwierdzająca zdolność kredytową na kwotę co najmniej 1 500 000 zł oraz dla części zamówienia nr 3 - opinia bankowa potwierdzająca zdolność kredytową na kwotę co najmniej 300 000 zł.

Zamawiający powinien wnieść do wykonawcy KOMPUTRONIK o uzupełnienie dokumentów w trybie art. 26 ust 3 Pzp w celu potwierdzenia zdolności kredytowej w łącznej kwocie 1 800 000,00 zł. Brak dokonania wskazanej powyżej czynności przez Zamawiającego stanowi również naruszenie zasad zdrowej i uczciwej konkurencji, gdyż wskazuje na preferowanie wybranych z góry wykonawców i mniejszy rygor rzetelnego badania takich ofert.

Wykluczenie wykonawcy KOMPUTRONIK – poświadczenie nieprawdy w sprawie oświadczenia w zakresie przynależności do grupy kapitałowej.

Wykonawca wybrany oświadczył nieprawdę w zakresie przynależności do grupy kapitałowej w wymaganym oświadczeniu. Zgodnie z informacjami zawartymi w sprawozdaniach (w tym finansowych) z działalności grupy kapitałowej KOMPUTRONIK wynika, że w skład grupy kapitałowej wchodzi o wiele więcej spółek niż podano w oświadczeniu tego wykonawcy. Analiza archiwalnych sprawozdań wskazuje, że niewymienione spółki w oświadczeniu wykonawcy znajdowały się już o wiele wcześniej w grupie kapitałowej. Może to wskazywać na celowe zatajenie informacji, w tym również o spółce KOMPUTRONIK BIZNES S.A., której przedstawiciel – Dyrektor Oddziału Warszawa – podpisywał ofertę wykonawcy KOMPUTRONIK S.A. wykorzystując do tego pieczęci firmowe i imienne dla KOMPUTRONIK BIZNES S.A.

Mając na uwadze powyższe zarzuty, Odwołujący wnosił jak na wstępie.

W dniu 1 lipca 2013 roku do postępowania odwoławczego, odpowiadając na wezwanie Zamawiającego z dnia 28 czerwca 2013 roku zgłoszenie przystąpienia po stronie

Zamawiającego złożył wykonawca KOMPUTRONIK S.A. z siedzibą w Poznaniu. Wykonawca wskazał, że posiada interes w zgłoszeniu przystąpienia, ponieważ ubiega się o udzielenie zamówienia w części 1 i 3 postępowania. W obu częściach zamówienia oferta zgłaszającego przystąpienie została uznana za nie podlegającą odrzuceniu, a wykonawca został zaproszony do udziału w aukcji elektronicznej. W ocenie wykonawcy złożona oferta jest prawidłowa, wykonawca nie podlega wykluczeniu. Skoro zarzuty zmierzają do wykluczenia wykonawcy, zgłaszający przystąpienie może zostać pozbawiony możliwości udziału w aukcji elektronicznej, a w konsekwencji możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji na najkorzystniejszych dla Zamawiającego warunkach. Przystąpienie zgłoszono z zachowaniem terminu określonego w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp. Kopia przystąpienia została przesłana do Zamawiającego i Odwołującego.

W dniu 1 lipca 2013 roku do postępowania odwoławczego, odpowiadając na wezwanie Zamawiającego z dnia 28 czerwca 2013 roku zgłoszenie przystąpienia po stronie Zamawiającego złożył wykonawca Intaris Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

Wykonawca zaznaczył, że złożył ofertę w części 3 zamówienia, nie została oferta ta odrzucona, co skutkowało otrzymaniem zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej, a

więc wykonawca legitymuje się interesem w zgłoszeniu przystąpienia.

Uwzględnienie odwołania może doprowadzić do wykluczenia wykonawcy KOMPUTRONIK S.A., co że nie spełniona do spowoduje zostanie przesłanka przeprowadzenia aukcji elektronicznej. Oznacza to, że oferta zgłaszającego przystąpienie nie będzie mogła być potencjalnie uznana za najkorzystniejszą. Ponadto, wykonawca posiada interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego, bowiem oczekuje, że postępowanie będzie prowadzone w sposób prawidłowy, zgodny z obowiązującymi przepisami ustawy Pzp. Zgłaszający wnosił o oddalenie odwołania.

Przystąpienie zgłoszono z zachowaniem terminu określonego w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp. Kopia przystąpienia została przesłana do Zamawiającego i Odwołującego.

Sygn. akt KIO 1592/13

W dniu 28 czerwca 2013 roku, na podstawie art. 180 ustawy Pzp, odwołanie złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia konsorcjum TECHELON Sp. z o.o. (Lider), INTARIS Sp. z o.o. (Partner), LEGATON S.A. (Partner) z siedzibą dla Lidera. Odwołanie wniesiono dla części drugiej (II) zamówienia wobec naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez:
- zaniechanie wykluczenia wykonawców: Copy.Net.pl Piotr Sójka z siedzibą w Warszawie oraz Siltec Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i zaniechanie uznania ich ofert za odrzucone,

w sytuacji niewniesienia przez tych wykonawców wadium tj. złożenia przez nich nieprawidłowej gwarancji przetargowej;
2) art. 91b ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaproszenie do udziału w aukcji elektronicznej wykonawców, którzy podlegają wykluczeniu z postępowania, a ich oferty należy uznać za odrzucone;
3) art. 8 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp poprzez nieuprawnioną zgodę na utajnienie części dokumentów i oświadczeń złożonych przez wykonawcę GALAXY J…….. M……., w sytuacji, gdy zdaniem Odwołującego nie stanowią one tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jednolity: Dz. U. 2003 r. Nr 153 poz. 1503 ze zm.);
4) art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez niewykluczenie wykonawcy GALAXY J…….. M…….. w sytuacji, gdy zdaniem Odwołującego nie wykazał, że spełnia on warunki udziału w postępowaniu;
5) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez nieodrzucenie oferty konsorcjum firm: Maxto Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością S.K.A. i Sysco Group Sp. z o.o. jako niezgodnej z SIWZ; alternatywnie - naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania do uzupełnienia brakujących dokumentów
Wobec powyższego Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i :
1) nakazanie Zamawiającemu uchylenie poufności dokumentacji wykonawcy GALAXY J……. M…….. w celu udostępnienia jej do wglądu Odwołującemu;
2) nakazanie Zamawiającemu wykluczenie wykonawców GALAXY J……. M……..., Copy.Net.pl P…… S……. i Siltec Sp. z o.o.;
3) nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty konsorcjum firm: Maxto Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością S.K.A. i Sysco Group Sp. z o.o., alternatywnie - nakazanie wezwania do uzupełnienia brakujących dokumentów;
4) zaproszenie do udziału w aukcji elektronicznej wykonawców, którzy nie podlegają wykluczeniu z postępowania.

Odwołujący wskazał, że jest wykonawcą, który ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia. jest mu Odwołujący zainteresowany udzieleniem przedmiotowego zamówienia, w tym celu złożył ofertę i ubiega się o udzielenie mu przedmiotowego zamówienia w zakresie części 2 zamówienia.

W wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Odwołujący może ponieść szkodę. W przypadku prawidłowego działania Zamawiającego, szereg wykonawców nie zostałby zaproszony do aukcji elektronicznej z uwagi na istnienie przesłanek do ich wykluczenia z postępowania bądź odrzucenia ich ofert. Działanie takie narusza zasadę równego traktowania wykonawców oraz prowadzenia postępowania w sposób zapewniający

zachowanie uczciwej konkurencji i może doprowadzić do sytuacji, w której w toku aukcji najkorzystniejszą ofertę złoży wykonawca, który podlega wykluczeniu, bądź jego oferta podlega odrzuceniu. W rezultacie może to doprowadzić do sytuacji, w której Odwołujący nie uzyska przedmiotowego zamówienia i nie osiągnie zysku, który planował osiągnąć w wyniku realizacji przedmiotowego zamówienia (lucrum cessans).

Odwołanie zostało wniesione w dniu 28 czerwca 2013 r., czyli w terminie przewidzianym art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z otrzymaniem w dniu 19 czerwca 2013 roku zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu w dniu 28 czerwca 2013 r., z zachowaniem terminu, o którym mowa w art. 180 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych. Wpis od odwołania w wymaganej wysokości został w terminie uiszczony na rachunek bankowy UZP.

Odwołujący podniósł, że z otrzymanego zawiadomienia od Zamawiającego wynika, iż do aukcji elektronicznej zostali zaproszeni wszyscy wykonawcy, którzy złożyli ofertę w postępowaniu o udzielenia, w części nr 2 zamówienia.

Zarzuty odnośnie zaniechania wykluczenia wykonawców Copy.Net.pl P…… S…….. i Siltec Sp. z o.o.

W dniu 15 maja 2013 roku Odwołujący na podstawie przeglądu dokumentacji postępowania stwierdził, że gwarancje wadialne złożone przez wymienionych wykonawców są wadliwe. W obu z nich brakuje postanowienia wynikającego z przepisu art. 46 ust. 4a, który mówi: *„Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub pełnomocnictw, chyba ze udowodni, ze wynika to z przyczyn nie leżących po jego stronie. "*

Dla skuteczności wniesionego wadium rozstrzygające jest to, czy cel ustanowienia wadium tj. zabezpieczenie roszczeń Zamawiającego, przede wszystkim co do ich zakresu, został osiągnięty. Z informacji uzyskanych od instytucji wydającej gwarancje ubezpieczeniowe wynika, że w przypadku braku w wadium wpisu o którejkolwiek z okoliczności stanowiącej podstawę do wypłaty Zamawiającemu dowolnej kwoty wadium, wypłata z powołaniem się na okoliczności niewymienione w dokumencie nie będzie możliwa. Wobec braku wskazania w złożonych gwarancjach wadialnych przesłanki określonej w art. 46 ust. 4a ustawy Pzp należy przyjąć, iż wykonawcy nie wnieśli wadium i podlegają wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

Zarzuty odnośnie oferty GALAXY J…… M……. (dalej GALAXY)

W dniu 15 maja 2013 roku Odwołujący na podstawie przeglądu dokumentacji postępowania stwierdził, że w ofercie GALAXY część oferty opatrzona jest klauzulą „Tajemnica przedsiębiorstwa” i nie została udostępniona do wglądu. Po upływie ok. 3 tygodni Odwołujący ponownie zwrócił się do Zamawiającego o udostępnienie oferty GALAXY w szczególności dokumentów, które zdaniem Odwołującego były bezpodstawnie utajnione. Podczas ponownego przeglądu oferty GALAXY w dniu 25 czerwca 2013 r. Odwołujący stwierdził, że nadal cześć dokumentacji, w tym również dokumentacja uzupełniona na wezwanie Zamawiającego, nie została udostępniona i jest opatrzona klauzulą „Tajemnica przedsiębiorstwa”.

W ocenie Odwołującego zastrzeżenie dokumentu:
1) stwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności,
2) potwierdzającego, że wykonawca posiada autoryzację producenta sprzętu,
3) stwierdzającego, że wykonawca przynależy lub nie należy do grupy kapitałowej,
4) będącego oświadczeniem producenta sprzętu, że w przypadku nie wywiązywania się z obowiązków gwarancyjnych oferenta lub firmy serwisującej, przejmie na siebie wszelkie zobowiązania związane z serwisem
jako zawierającego tajemnicę przedsiębiorstwa było bezpodstawne.

Jak wynika z treści art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, tajemnicę przedsiębiorstwa stanowią nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu

zachowania ich poufności. Aby dana informacja mogła być uznana za stanowiąca tajemnicę przedsiębiorstwa, muszą być spełnione trzy warunki, to znaczy informacja ta:
1) musi mieć charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny lub posiadać wartość gospodarczą,
2) nie została ujawniona do wiadomości publicznej,
3) podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Zamawiający powinien dokonać oceny, czy powyższe przesłanki zostały łącznie spełnione w tym dokonać oceny jaki charakter ma zastrzeżona informacja, tj. czy istotnie mieści się w zakresie pojęcia tajemnicy przedsiębiorstwa. Niewątpliwie również utajnienie określonych informacji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie może być dokonane przez Zamawiającego automatycznie w wyniku powołania się przez danego wykonawcę na tajemnicę przedsiębiorstwa, ale powinno być poprzedzone badaniem ze strony Zamawiającego w zakresie wystąpienia wymienionych przesłanek, a zastrzegający wykonawca powinien wykazać ich spełnienie. Potwierdza to orzecznictwo KIO, np. wyrok

KIO 2009-03-31, sygn. akt KIO/UZP 338/09; wyrok KIO 2010-04-23, sygn. akt KIO/UZP 528/10.

Zdaniem Odwołującego rzeczywistym celem zastrzeżenia poufności informacji przez GALAXY było uniknięcie możliwości ich weryfikacji przez innych wykonawców. Z powyższych względów dokonane przez GALAXY zastrzeżenia poufności nie mogą być skuteczne i jako takie, z uwzględnieniem przywołanego powyżej orzecznictwa, winny podlegać procedurze odtajnienia przez Zamawiającego.

W ramach kolejnego zarzutu podniesiono, że Zamawiający wymagał od wykonawców załączenia do oferty wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych dostaw w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców wraz z załączeniem dowodów czy zostały wykonane lub są wykonywane należycie - potwierdzającego spełnianie warunku określonego w Części VI ust. 2 SIWZ - zgodnie ze wzorem stanowiącym załącznik nr 6 do SIWZ - odrębnie dla każdej Części. Zamawiający wymagał, aby wykonawca wykazał, że zrealizował dwie (2) dostawy odpowiadające swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia, tj. dostawa drukarek każda o wartości co najmniej 500.000,00 zł brutto.

Zamawiający w dniu 24 kwietnia 2013 r. odpowiadając na pytanie jednego z wykonawców wyjaśnił, że urządzenia wielofunkcyjne odpowiadają rodzajem przedmiotowi zamówienia określonemu w części 2 (odpowiedź na pyt. Nr 52).

Z dokumentacji postępowania wynika, że wykonawca GALAXY dostarczył wymagany wykaz dostaw w trybie uzupełnienia oferty. Zdaniem Odwołującego wykonawca GALAXY nie wykazał, że spełnia warunki udziału w postępowaniu wymagane przez Zamawiającego, gdyż nie wykazał, że wykonał dwie dostawy odpowiadające swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia. W wykazie dostaw GALAXY znajdują się bowiem: jedna dostawa urządzeń wielofunkcyjnych i jedna dostawa sprzętu komputerowego. Zamawiający zaś nie rozszerzył katalogu sprzętu, który spełnia postawiony przez niego warunek do sprzętu komputerowego. Wykaz dostaw wykonawcy GALAXY nie podlega ponownemu uzupełnieniu co oznacza, że wykonawca GALAXY podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

Zarzuty odnośnie zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy konsorcjum firm: Maxto Spółka z ograniczona odpowiedzialnością S.K.A. z Sysco Group Sp. z o.o. (dalej MAXTO)

Odwołujący podnosił, że w ofercie MAXTO, w Formularzu ofertowym znajduje się deklaracja o realizacji przedmiotu zamówienia bez udziału podwykonawców. Jednocześnie w SIWZ w Załączniku nr 1 („wymagania dotyczące wszystkich drukarek") Zamawiający zawarł wymóg, że firma serwisująca musi posiadać ISO 9001:2008 na świadczenie usług serwisowych oraz posiadać autoryzację producenta drukarki, a dokumenty potwierdzające należy załączyć do oferty. Jeśli zatem MAXTO ma zamiar zrealizować zamówienie

samodzielnie winno przedstawić odpowiednie dokumenty tj.: ISO 9001:2008 na świadczenie usług serwisowych i autoryzację producenta drukarki.

Odwołujący nie znalazł w/w dokumentów ani w ofercie MAXTO ani wśród dokumentów uzupełnionych przez MAXTO na wezwanie Zamawiającego.

W ofercie jednak znajdują się dokumenty, które każą Odwołującemu domniemywać, iż MAXTO ma zamiar skorzystać z pomocy podwykonawców przy realizacji zamówienia, przy czym jak już wskazano powyżej - MAXTO zobowiązało się wykonać zamówienie siłami własnymi.

W związku z treścią złożonej przez MAXTO oferty Odwołujący postawił zarzut naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia tej oferty przez Zamawiającego, z uwagi na niespełnienie wymagania określonego w pkt XII ppkt 11 SIWZ tj. nie wskazanie w ofercie części zamówienia (serwis drukarek), której wykonanie MAXTO powierzy podwykonawcom.

Alternatywnie, Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania MAXTO do uzupełnienia dokumentów ISO 9001:2008 na świadczenie usług serwisowych oraz autoryzacji producenta drukarki, wystawionych na Maxto Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością S.K.A. bądź Sysco Group Sp. z o.o. Oczywistym jest bowiem, iż skoro MAXTO deklaruje wykonanie zamówienia siłami własnymi, bez angażowania podwykonawców, niedopuszczalne jest posługiwanie się przez MAXTO dokumentami ISO 9001:2008 na świadczenie usług serwisowych oraz autoryzacją producenta drukarki, wystawionymi na inne firmy.

Mając na uwadze argumenty przedstawione powyżej, Odwołujący wnosił jak na wstępie.

W dniu 1 lipca 2013 roku do postępowania odwoławczego, odpowiadając na wezwanie Zamawiającego z dnia 28 czerwca 2013 roku zgłoszenie przystąpienia po stronie Zamawiającego złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – konsorcjum – MAXTO Sp. z o.o. S.K.A (Lider) oraz Sysco Group Sp. z o.o. (Partner) z siedzibą dla Lidera w Krakowie. Wykonawca wskazał, że posiada interes w zgłoszeniu

przystąpienia, ponieważ ubiega się o udzielenie zamówienia w części, w której Odwołujący zarzuca nieodrzucenie oferty konsorcjum, alternatywnie zaniechanie wezwania do uzupełnienia braków.

Oddalenie odwołania zapewnia dalszy udział konsorcjum w postępowaniu, przystąpienie do aukcji elektronicznej i potencjalne uzyskanie zamówienia. Ewentualne niekorzystne rozstrzygnięcie może oznaczać nakazanie odrzucenia oferty konsorcjum, co spowoduje wyłączenie wykonawcy z dalszego postępowania i uniemożliwi wybranie oferty.

Przystąpienie zgłoszono z zachowaniem terminu określonego w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp. Kopia przystąpienia została przesłana do Zamawiającego i Odwołującego.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści SIWZ, zapytań i odpowiedzi do treści SIWZ, ofert złożonych w postępowaniu, korespondencji między Zamawiającym a wykonawcami biorącymi udział w postępowaniu, dokumentami złożonymi przez wykonawców w wyniku wezwania do uzupełnienia, złożonych przez wykonawców wyjaśnień podczas oceny i badania ofert, dokumentów przedłożonych na rozprawie i włączonych w poczet materiału dowodowego, a także stanowisk i oświadczeń stron i uczestników postępowania zaprezentowanych pisemnie i w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem któregokolwiek z odwołań w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, skierowano odwołania na rozprawę.

Ustalono dalej, że w sprawie o sygn. akt KIO 1592/13 wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Nieprawidłowe dokonanie czynności badania i oceny ofert przed zaproszeniem do aukcji, zaniechanie dokonania określonych czynności, w tym zaniechanie wykluczenia

i którzy nie do postępowania Przystępującego innych wykonawców, przystąpili

odwoławczego, a jednocześnie wystosowanie zaproszenia do udziału w aukcji i potencjalne stwierdzenie naruszenia w tym zakresie przepisów ustawy Pzp pozbawia Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz wykonywania zamówienia. Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

17

W sprawie o sygn. akt KIO 1579/13 uznano, iż wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody jedynie w przypadku części III zamówienia, tym samym nieuprawnione były działania wykonawcy, którymi kwestionował On czynności, bądź też zaniechania Zamawiającego w części I zamówienia. Powyższe podyktowane jest faktem, że Odwołujący w części I zamówienia nie złożył oferty. Nie stara się zatem o uzyskanie zamówienia w tej części, nie ma fizycznej możliwości uzyskania tego zamówienia, a wobec tego nie może ponieść jakiejkolwiek szkody. Sposób badania i oceny ofert w części I zamówienia jest relewantny dla sytuacji Odwołującego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Dlatego też rozpoznaniu podlegały zarzuty przedstawione w odwołaniu w takim kształcie, w jakim referują one do części III zamówienia.

Na rozprawie strony oraz uczestnicy postępowania podtrzymały stanowiska wyrażone pisemnie w odwołaniach oraz złożonych pismach procesowych.

Biorąc powyższe ustalenia pod uwagę, uznano iż odwołanie o sygn. akt KIO 1579/13 jest niezasadne, natomiast odwołanie o sygn. akt KIO 1592/13 podlegało uwzględnieniu, ponieważ potwierdziła się część sformułowanych w nim zarzutów.

Odwołanie o sygn. akt KIO 1579/13

W pierwszej kolejności, za przystępującym Intaris, podnieść należy, iż zarzuty naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp nie zostały w odwołaniu poparte jakimkolwiek uzasadnieniem prawnym i faktycznym. Dla Odwołującego oznacza to, że zarzuty te z uwagi na brzmienie art. 192 ust. 7 ustawy Pzp nie podlegały rozpoznaniu.

W zakresie zarzutów odnoszących się do sytuacji finansowej i ekonomicznej wykonawców, ujętych w odwołaniu jako brak przedstawienia przez KOMPUTRONIK opłaconej polisy oraz brak wymaganej kwoty ubezpieczenia OC, a także brak wymaganej kwoty zdolności kredytowej, ustalono, że w części III zamówienia, w celu potwierdzenia spełniania warunków wymienionych art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, Zamawiający wymagał aby wykonawca znajdował się w sytuacji finansowej i ekonomicznej, tj. posiadał środki finansowe lub zdolność kredytową w wysokości co najmniej 300 000 zł i był ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności na kwotę co najmniej 300 000 zł. Wykonawca powyższe miał wykazać składając wraz z ofertą informację z banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, w których ma rachunek, potwierdzającą wysokość posiadanych środków lub zdolność kredytową, wystawioną nie wcześniej niż 3

18

---

miesiące pod upływem terminu składania oraz, a także opłaconą polisę, a w przypadku jej braku inny dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia. Jednocześnie Zamawiający podkreślił, w rozdziale VI ust. 3 SIWZ, że ocena spełnienia warunków udziału będzie dokonywana dla danej części oddzielnie.

Między stronami bezspornym było, iż w ofercie KOMPUTRONIK nie znajdowała się polisa OC z dowodem jej opłacenia a z przedłożonej informacji z banku wynikało, że *„klient posiada zdolność kredytową w wysokości 1 500 000,00 PLN”.*

Wykonawca, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego przedłożył brakującą polisę o numerze CFH 300217399024 datowaną na 6 maja 2013, z okresem ubezpieczenia od 30.04.2013 – 29.04.2014 (obie daty włączone), z odroczonym terminem płatności składki i podziałem spłaty tej składki na raty, gdzie termin zapłaty I raty składki upływał 21 maja 2013 roku, podczas gdy termin składania ofert określono na 7 maja 2013 roku. Suma gwarancyjna wynosiła 3 000 000,00 zł na jedno i wszystkie wypadki w okresie ubezpieczenia, jednocześnie w polisie ujęto kilka podlimitów, w tym podlimit *„OC deliktowe w związku z*

prowadzoną działalnością i posiadanym mieniem + szkody rzeczowe powstałe w następstwie awarii, działania, eksploatacji urządzeń wodociągowych, kanalizacyjnych i centralnego ogrzewania" w wysokości 1 000 000,00 zł.

Choć Odwołujący powyższy zarzut dotyczący środków finansowych osadził w wymaganiu stawianym w każdej z części postępowania o zamówienie publiczne, stwierdzając, że wykonawca winien wykazać się środkami na poziomie 1 800 000,00 zł, to z ustaleń Izby w zakresie warunku posiadania środków finansowych lub zdolności kredytowej przez wykonawcę KOMPUTRONIK bezsprzecznie wynika, że wykonawca ten spełnia postawiony warunek udziału w części III zamówienia, a tylko w tej części Odwołującemu przyznano interes w korzystaniu ze środków ochrony prawnej.

Biorąc pod uwagę złożony dokument zatytułowany „informacja z banku", Wykonawca przedłożył wraz z ofertą prawidłowy dokument, w odpowiedniej formie, wymieniony i ujęty w katalogu dokumentów wyznaczonym postanowieniami rozporządzenia o dokumentach. Kwota 1 500 000,00 zł jest niewątpliwie wyższa, niż wymagane warunkiem posiadanie środków lub zdolności kredytowej w wysokości 300 000,00 zł, a więc nie może być mowy o tym, iż Przystępujący nie spełnił warunku udziału w postępowaniu.

Na marginesie, nawet gdyby przyjąć, że Odwołujący udowodnił posiadanie interesu w kwestionowaniu rozstrzygnięcia w części I zamówienia, to Zamawiający w związku ze stawianym w każdej z części postępowania warunkiem w zakresie zdolności finansowej nie wprowadził do treści dokumentacji postępowania postanowień jednoznacznie pozwalających uchwycić znaczenie tego warunku na gruncie każdej z części, czy wymagana zdolność

kredytowa lub stan środków pieniężnych ma charakter niejako gwarancyjny, czy też i na ile stanowi wymóg związany z zachowaniem bieżącej płynności finansowej, pozwalającej na sprawną realizację kontraktu, to jednocześnie podkreślił, że stan spełniania warunków będzie badany odrębnie dla każdej z części (tak też Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 26 lutego 2013 r., sygn. akt KIO 297, 300/13). To przesądzało o konieczności badania poziomu spełniania warunków oddzielnie dla każdej części zamówienia.

Co się tyczy konieczności przedstawienia Zamawiającemu dowodu posiadania opłaconej polisy OC, skład orzekający Izby nie podzielił stanowiska Odwołującego zaprezentowanego w odwołaniu.

Złożone przez Przystępującego KOMPUTRONIK w wyniku uzupełnienia dokumenty ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej z tytułu prowadzonej działalności potwierdzają spełnianie warunków postawionych przez Zamawiającego w SIWZ. Wykonawca zobowiązany jest do wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu na dzień składania ofert. Skoro zatem w dniu 7 maja 2013 roku oznaczonym jako termin na złożenie oferty, wykonawca nie był zobowiązany do zapłaty I raty składki za ubezpieczenie z tytułu zawartej umowy ubezpieczenia, ponieważ termin ten upływał w dniu 21 maja 2013 roku (a więc 14 dni później), to nie można wykonawcy czynić zarzutu, że razem z dokumentem polisy nie przedstawił dowodu opłacenia I raty. Powyższego nie zmienia i nie może wypływać na ocenę oferty wykonawcy w postępowaniu okoliczność, że dokument polisy złożono w wyniku uzupełnienia, kiedy upłynął termin płatności I raty składki, jak bowiem zauważono, ocena spełniania warunków przez poszczególnych wykonawców dokonywana jest na ten sam dzień, czyli dzień składania ofert.

Jednocześnie nieuprawnione byłyby twierdzenia, że wykonawca nie złożył dowodu posiadania „opłaconej polisy". Izba zważyła, iż objęcie wykonawcy ubezpieczeniem od odpowiedzialności cywilnej jest możliwe pomimo nieopłacenia polisy przed dniem, w którym rozpoczął się okres ubezpieczenia. Wniosek taki wynika z przepisów art. 814 § 1 i 2 Kodeksu cywilnego. Zgodnie z art. 814 § 1 K.c. jeżeli nie umówiono się inaczej, odpowiedzialność ubezpieczyciela rozpoczyna się od dnia następującego po zawarciu umowy, nie wcześniej jednak niż od dnia następnego po zapłaceniu składki lub jej pierwszej raty. Natomiast z dyspozycji § 2 wynika możliwość odpowiedzialności ubezpieczyciela jeszcze przed zapłaceniem składki lub jej pierwszej raty. Przytoczone przepisy Kodeksu cywilnego korelują ze wskazanym przepisem § 1 ust. 1 pkt 11 rozporządzenia o dokumentach dopuszczającym wykazanie faktu objęcia wykonawcy ubezpieczeniem od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej nie tylko opłaconą polisą, ale też innym dokumentem potwierdzającym posiadanie takiego ubezpieczenia. Jeżeli w polisie określono

później szy termin zapłaty składki lub jej pierwszej raty, odpowiedzialność ubezpieczyciela może rozpoczynać się (jeżeli tak umówiono się) od dnia oznaczonego w polisie jako początek okresu ubezpieczenia, nie wcześniej jednak niż od następnego dnia po zawarciu umowy ubezpieczenia. Z przedłożonej polisy wynika, że początkiem okresu ubezpieczenia objęty jest dzień 30 kwietnia 2013 roku, choć umowę zawarto w dniu 6 maja 2013 roku, co przemawia za tym, że zgodnie z art. 814 § 2 K.c. strony umówiły się inaczej, a Odwołujący, na którym spoczywał ciężar dowodu, tezy przeciwnej nie udowodnił (tak też Sąd Okręgowy w Katowicach w wyroku z dnia 16 lipca 2009 roku, sygn. akt XIX Ga 274/09).

Odnosząc się do drugiej części zarzutu, związanej ze zbyt niską sumą gwarancyjną ubezpieczenia OC wykonawcy KOMPUTRONIK, uznano, iż nie znalazł on oparcia w materiale dowodowym. Zamawiający w zapisach SIWZ nie postawił szczegółowych wymagań odnośnie ubezpieczenia, posługując się wprost zapisami ustawy Pzp i rozporządzenia o dokumentach. Nie opisał jaką działalność rozumiał będzie za związaną z przedmiotem zamówienia, nie określił niedopuszczalności sublimatów, warunków franszyzy redukcyjnej. Przy ocenie spełniania tak opisanego warunku udziału w postępowaniu winna być zatem brana pod uwagę i oceniana suma gwarancyjna w wysokości 3 000 000,00 zł na jeden i wszystkie wypadki w okresie ubezpieczenia wynikająca z przedstawionej polisy.

Nawet gdyby za trafną uznać argumentację Odwołującego co do ograniczenia odpowiedzialności ubezpieczyciela do limitu 1 000 000,00 zł, to ponownie przypomnienia wymaga okoliczność, że zgodnie z zapisami SIWZ dotyczącymi części III zamówienia, wykonawca miał wykazać się posiadaniem ubezpieczenia w wysokości 300 000,00 zł. Zatem nawet uwzględnienie i oparcie oceny spełniania warunku na widniejącym w polisie limicie pozwalało pozytywnie ocenić spełnianie warunku udziału w postępowaniu w części III zamówienia.

Powyższe decydowało o nieuwzględnieniu stawianych zarzutów.

W przypadku zarzutu dotyczącego braku złożenia aktualnego i ważnego odpisu KRS, nie podzielono argumentacji zaprezentowanej w odwołaniu.

W ocenie składu orzekającego Izby, za Zamawiającym i Przystępującym Intrais powtórzyć należy, że pojęcie „aktualności" odpisu KRS definiują przepisy rozporządzenia o dokumentach, a celowość składania tego dokumentu wynika z funkcji, jaką przypisano mu przepisami ustawy Pzp. Zgodnie z § 3 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia o dokumentach, w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy składają, gdy Zamawiający żąda, aktualny odpis z właściwego

rejestru lub z centralnej ewidencji informacji o działalności gospodarczej (…) wystawiony nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert.

Skoro zatem wykonawca KOMPUTRONIK złożył z ofertą odpis KRS wystawiony z datą 8 kwietnia 2013 roku, z którego wynikało, że w stosunku do wykonawcy nie otwarto likwidacji, ani nie ogłoszono jego upadłości, koniecznym i właściwym po stronie Zamawiającego było uznanie, że uczyniono zadość zarówno zapisom SIWZ, jak też przepisom powszechnie obowiązującym.

Nawet gdyby przyjąć za trafną argumentację Odwołującego, że Zamawiający zawiadomiony o zmianach w odpisie dokonanych w dniu 18 kwietnia 2013 roku, winien był co najmniej wezwać wykonawcę w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów, to argumentacja ta pozostaje bez wpływu na wynik postępowania, i to zarówno postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak też postępowania odwoławczego. Zamawiający oświadczył bowiem na rozprawie, że uzyskawszy w trakcie badania i oceny ofert informacje o dokonanej zmianie w odpisie KRS wykonawcy zbadał zakres tej zmiany, a stwierdziwszy, że dotyczyła ona zmiany wartości nominalnej warunkowego podwyższenia kapitału zakładowego, uznał że zmiana ta nie odnosi się do okoliczności wynikających z art. 24 ustawy Pzp. Działania Zamawiającego były więc prawidłowe, a w postępowaniu nie zachodziła potrzeba skorzystania z trybu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Powyższe skutkowało koniecznością nieuwzględnienia zarzutu.

Ostatni z zarzutów odwołania dotyczył poświadczenia nieprawdy przez Przystępującego KOMPUTRONIK w zakresie złożonego oświadczenia o przynależności do

grupy kapitałowej.

Co do podniesionego zarzutu złożenia nieprawdziwych informacji, dostrzeżenia wymaga fakt, że norma prawna wyrażona w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nakazuje Zamawiającemu bezwzględne wykluczenie z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawców jeśli w toku postępowania złożyli oni nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Izba wskazuje, iż aby została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp muszą zostać spełnione łącznie następujące przesłanki:
- musi dojść do złożenia nieprawdziwych informacji;
- informacje te winny zostać złożone przez wykonawcę w rozumieniu art. 2 pkt 11 ustawy Pzp;
- złożenie nieprawdziwych informacji musi nastąpić w toku postępowania o udzielenie zamówienia w rozumieniu art. 2 pkt 7a ustawy Pzp;

- złożenie nieprawdziwych informacji musi mieć wpływ lub może mieć wpływ na wynik tego postępowania.

W przedmiotowym postępowaniu w przypadku sporu o prawidłowość wykluczenia wykonawcy z powodu złożenia nieprawdziwych informacji w postępowaniu, skład orzekający Izby nie podzielił stanowiska zaprezentowanego przez Odwołującego.

Podkreślenia wymaga, że stwierdzenie nieprawdziwości informacji musi mieć postać uzyskania pewności, że informacje nie odzwierciedlają rzeczywistości. Nie jest pewnego czy wywołanie wystarczającym zaistnienie stanu niepewności, pewnych wątpliwości, że być może informacje są nieścisłe, czy nie w pełni oddają rzeczywistość. Przesłanka wykluczenia, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp wymaga uzyskania ponad wszelką wątpliwość pewności, że wykonawca podał nieprawdziwe informacje. Jest to szczególna przesłanka, wymagająca każdorazowo jednoznacznego przesądzenia nieprawdziwości zawartych w ofercie wykonawcy twierdzeń o rzeczywistości. Ustalenie, czy też potwierdzenie nieprawdziwości informacji musi mieć zatem charakter definitywnego i kategorycznego, nie pozostawiającego żadnych wątpliwości stwierdzenia.

Wykonawca decydując się na udział w danym postępowaniu przetargowym, składa wraz z ofertą informacje będące oświadczeniami wiedzy w sposób celowy. Podanie takiej, czy innej informacji powinno być rozpatrywane w kategorii starannego działania profesjonalnego uczestnika obrotu gospodarczego.

Za nieprawdziwą informację należy uznać taką, która przedstawia odmienny stan od istniejącego w rzeczywistości. Dowód zaistnienia przesłanek wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp spoczywa na tym, kto ze swojego twierdzenia wywodzi skutek prawny w postaci wykluczenia wykonawcy z postępowania (art. 6 KC w zw. z art. 14 ustawy). Zaistnienie przesłanek wykluczenia wynikających z tego przepisu powinno być udowodnione w sposób nie budzący wątpliwości, w przeciwnym razie zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji, wynikające z art. 7 ust. 1 ustawy, nie zostaną zachowane.

W przedmiotowym postępowaniu wykonawca KOMPUTRONIK złożył listę podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, w rozumieniu ustawy z 16 lutego 2007 roku o ochronie konkurencji i konsumentów, wymieniając, że do grupy należą: Komputronik S.A. z siedzibą w Poznaniu, Benchmark Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, Movity Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, Cogitary Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Poznaniu, IDEA NORD Sp. z o.o. z siedzibą w Suwałkach, K24 International s.r.o. z siedzibą w Ostrawie, Komputronik API Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu oraz KEN Technologie Informatyczne Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu.

Odwołujący w odwołaniu wskazał, że na podstawie sprawozdań z grupy kapitałowej za okres od 1 kwietnia 2011 do 31 marca 2012 oprócz spółek ujętych w oświadczeniu z oferty KOMPUTRONIK, wynika, że jako podmioty zależne wymienione zostały dodatkowo spółki: Komputronik Biznes S.A. z siedzibą w Poznaniu, Contanisimo Limited z siedzibą w Nikozji na Cyprze, Signum Komputronik S.A. Sp.j. z siedzibą w Poznaniu, Log Systems Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, KEN Komputer IV Sp. z o.o. z siedzibą w Olsztynie.

Z powyższego zestawienia oraz zestawienia ofert złożonych w postępowaniu wynika, że poza KOMPUTRONIK S.A. z siedzibą w Poznaniu, żaden z podmiotów należących do jego grupy kapitałowej nie złożył oferty w postępowaniu.

Abstrahując od kwestii, czy podmioty ujęte jako wchodzące w skład grupy kapitałowej w złożonym przez Odwołującego sprawozdaniu finansowym są podmiotami należącymi do grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 roku o ochronie konkurencji i konsumentów (zważyć bowiem należy, iż sprawozdania finansowe sporządzane są w oparciu o przepisy ustawy z dnia 29 września 1994 roku o rachunkowości, gdzie regulacja ta wprowadza własną definicję pojęcia „grupa kapitałowa"), zarzut ten nie mógł być uwzględniony, ponieważ Odwołujący nie wykazał jednej z przesłanek koniecznych do potwierdzenia zarzutu nieprawdziwych informacji, a mianowicie że złożone informacje mają lub mogą mieć wpływ na wynik postępowania. Jak zauważano już wcześniej w uzasadnieniu orzeczenia, koniecznym jest bowiem spełnienie łącznie kilku przesłanek: złożenia nieprawdziwych informacji, które mają na tyle doniosły charakter, że mają lub mogą mieć wpływ na rozstrzygnięcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Cel ww. regulacji jest jasny, jest nim ochrona zaufania Zamawiającego do składanych mu przez wykonawców oświadczeń lub dokumentów. Wykonawcy składają oświadczenie o nieprzynależności do grupy kapitałowej lub listę podmiotów, o której mowa w art. 26 ust. 2d ustawy Pzp aby umożliwić Zamawiającemu zbadanie, czy nie zachodzą przesłanki do wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp, gdzie z postępowania (…) wyklucza się wykonawców, którzy należąc do tej samej grupy kapitałowej (…), złożyli odrębne oferty lub wnioski o dopuszczenie do udziału w tym samym postępowaniu (…). Sytuacja, o której mowa w tym przepisie z pewnością się nie ziści w przedmiotowym postępowaniu. śaden z wymienionych podmiotów w oświadczeniu wykonawcy, czy też podmiotów ujętych w sprawozdaniu finansowym złożonym przez Odwołującego nie złożył oferty w analizowanym postępowaniu. Zatem nie sposób wykazać choćby hipotetycznego wpływu niezgodnej z rzeczywistością informacji na wynik postępowania (tak też KIO w wyroku z dnia 17 kwietnia 2013 roku, sygn. akt KIO 768, 769/13).

Poza rozważaniami uzasadnienia pozostaje pytanie, czy Zamawiający winien był wykonawcę KOMPUTRONIK wezwać do złożenia wyjaśnień w zakresie dostrzeżonych

rozbieżności, z uwagi na sposób sformułowania zarzutu przez Odwołującego. Odwołujący postawił zarzut najdalej idący – złożenia nieprawdziwych informacji, a co za tym idzie żądał bezwzględnego wykluczenia wykonawcy z postępowania. Tak ujęte stanowisko procesowe nie zostało przez stronę wywodzącą z danego faktu skutki prawne udowodnione, i choć Izba przy orzekaniu nie jest związana żądaniem strony Odwołującej, nie była władna do decydowania o zasadności wezwania do wyjaśnień, ponieważ możliwość błędnego ale nie celowego złożenia oświadczenia o przynależności do grupy kapitałowej treścią zarzutu nie była objęta.

Zarzut nie potwierdził się więc w ustalonym przez Izbę stanie faktycznym.

Konkludując, skoro nie potwierdził się żaden z zarzutów przedstawionych w odwołaniu, prowadziło to do konieczności oddalenia odwołania w całości.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 pkt 1) oraz ust. 4 w zw. z § 3 pkt 2) 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 stosownie do wyniku postępowania (Dz. U. Nr 41 poz. 238).

Odwołanie o sygn. akt KIO 1592/13

Zarzuty odnośnie zaniechania wykluczenia wykonawców Copy.Net.pl P…..… S……. i Siltec Sp. z o.o.

Ustalono, że załącznikiem nr 8 do SIWZ był wzór gwarancji wadialnej, gdzie Zamawiający w § 2 określił, że *„Gwarant zobowiązuje się do zapłaty Beneficjentowi żądanej kwoty w terminie 14 dni od dnia otrzymania pisemnego wezwania do zapłaty, które zawierać będzie oświadczenie Beneficjenta, że żądana kwota jest należna i że zaistniało przynajmniej*

jedno z określonych zdarzeń, tj. Zobowiązany:

1. Odmówił podpisania umowy na warunkach określonych w ofercie,

2. Nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy,

3. Zawarcie umowy w sprawie zamówienia stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie Zobowiązanego."

W ust. 6 rozdziału X *(Wymagania dotyczące wadium)* Zamawiający określił, że w załączniku nr 8 do SIWZ określone zostały istotne dla Zamawiającego postanowienia, które

wykonawca zobowiązany jest uwzględnić w przypadku wnoszenia wadium w formie bezgotówkowej.

W dniu 6 maja 2013 roku jeden z wykonawców zapytał za pomocą e-maila Zamawiającego, czy wyraża on zgodę na dopisanie treści art. 46 ust. 4a ustawy Pzp do treści gwarancji, którą wykonawca zamierza złożyć wraz z ofertą. Zamawiający odpowiadając wykonawcy (nie była to odpowiedź skierowana dla wszystkich wykonawców, którą można by potraktować jako wyjaśnienie treści SIWZ – takie oświadczenie złożył Zamawiający na rozprawie), wyraził zgodę na dokonanie przedmiotowego zapisu.

Wykonawcy P……. S…… prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Copy.Net.pl P……. S……. oraz Siltec Sp. z o.o. złożyli wadium według szablonu przygotowanego przez Zamawiającego, nie ujmując w treści dokumentu brzmienia art. 46 ust. 4a ustawy Pzp.

Skład orzekający Izby podziela argumentację Odwołującego przedstawioną w piśmie procesowym z dnia 11 lipca 2013 roku o abstrakcyjnym charakterze gwarancji, czy też konieczności objęcia treścią tego dokumentu wszystkich przypadków, w których Zamawiający ma prawo zatrzymać wadium wskazanych w art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy Pzp. Nie ulega również wątpliwości, że brak precyzyjnego określenia w gwarancji wadialnej okoliczności, w jakich Zamawiającemu przysługiwać będzie skuteczne żądanie wypłaty kwoty wadium, nie zabezpiecza interesu Zamawiającego.

W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie można jednak zapominać (a powyższe de facto przesądziło o nieuwzględnieniu zarzutu), że Zamawiający jako autor SIWZ w jej treści zamieścił wzór dokumentu wadialnego, gdzie przesłanek zatrzymania wadium określonych art. 46 ust. 4a ustawy Pzp nie wymieniono. W ocenie składu orzekającego bezsprzecznie Zamawiający wyartykułował wytyczne, jakim ma odpowiadać składana gwarancja – postawił wymagania co do jej treści wskazując, że ma ona określać przesłanki zatrzymania wadium opisane w art. 46 ust. 5 ustawy Pzp, pominąwszy uregulowania art. 46 ust. 4a Pzp. Bez znaczenia jest dla przedmiotu sporu, czy działania Zamawiającego podyktowane były jego nieuwagą przy sporządzaniu SIWZ, czy też był to zabieg celowy i być może Zamawiający nie zamierzał zatrzymywać wadium, w przypadku gdyby wykonawcy na wezwanie nie uzupełnili dokumentów.

Wykonawcy, których prawidłowość złożonych ofert kwestionuje Odwołujący, zachowali się zgodnie z oczekiwaniami (zamierzonymi lub nie) Zamawiającego i z tego powodu w ocenie składu orzekającego Izby nie mogą ponosić negatywnych konsekwencji. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone jest między podmiotami profesjonalnymi, co stawia zasadnym oczekiwanie, że dokumenty opracowywane przez

każdą ze stron będą czytelne i konsekwentne, zaś składana przez wykonawcę oferta, składające się na nią dokumenty – będą odpowiadały wymaganiom stawianym w SIWZ. Dołożenia należytej staranności nie można wymagać jedynie od wykonawców składających ofertę, należytej staranności należy również wymagać od podmiotu prowadzącego postępowanie, który decyduje o jego charakterze tworząc podstawowy dokument w postępowaniu, jakim jest specyfikacja istotnych warunków zamówienia. Zamawiający wyraźnie zakreślił, jaką treść ma mieć składana przez wykonawców gwarancja, wskazując przepisy, do których ma się ona odwoływać w zakresie okoliczności zatrzymania wadium. Zaznaczył wyraźnie w SIWZ, że ujęte w szablonie postanowienia są dla niego istotne. Jeżeli nawet, jak twierdził Odwołujący, załącznik nr 8 nie był wzorem gwarancji, to w skrajnym przypadku można domniemywać, że skoro Zamawiający w istotnych dla niego postanowieniach nie przywołał art. 46 ust. 4a ustawy

Pzp, to przypadek ten możliwości zatrzymania wadium uznał za nieistotny. Odpowiadając zaś na pytania poszczególnych wykonawców dopuścił możliwość dopisania w treści wzoru art. 46 ust. 4a ustawy Pzp, ale powyższego nie uczynił obowiązkiem wykonawców. Skoro Wykonawcy na wezwanie zamieszczone literalnie w SIWZ odpowiedzieli, nie mogą ponosić negatywnych konsekwencji wynikających z postawy Zamawiającego, czy też zapobiegliwości innych wykonawców, którzy „błąd" Zamawiającego zauważyli i zawnioskowali o ujęcie dodatkowego punktu w swoich gwarancjach. Wykonawcy działają w zaufaniu do czynności podejmowanych przez Zamawiającego i nie mogą ponosić negatywnych konsekwencji niestarannego opracowania przez Zamawiającego dokumentów postępowania.

Przywołane w treści pisma procesowego bogate orzecznictwo Krajowej Izby odnosi się do odmiennych stanów faktycznych bowiem nie wykazano, by w którym z orzeczeń rozstrzygnięto podobną sytuację, kiedy to Zamawiający narzucił dość precyzyjnie treść gwarancji wadialnej i nie ujął w treści tej art. 46 ust. 4a ustawy Pzp, dlatego też nie mogło ono stanowić podstawy uwzględnienia przedmiotowego zarzutu.

Dlatego też ta część zarzutów przedstawiona w odwołaniu nie mogła zostać uwzględniona.

Zarzuty dotyczące wykonawcy J…… M…… prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą GALAXY J…… M……..

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby odniesie się do zarzutów nawiązujących do objęcia klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa dokumentów: stwierdzających, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności, potwierdzających, że wykonawca posiada autoryzację producenta sprzętu, stwierdzających, że wykonawca przynależy lub nie należy do grupy kapitałowej, będących oświadczeniem producenta sprzętu, że w przypadku nie wywiązywania się z obowiązków gwarancyjnych oferenta lub firmy serwisującej, przejmie na siebie wszelkie zobowiązania związane z serwisem.

Na rozprawie Zamawiający podkreślił, że w dniu 3 lipca 2013 roku podjął decyzję o „odtajnieniu *kwestionowanej oferty oraz składanych na wezwanie dokumentów i oświadczeń z zastrzeżeniem złożonej na wezwanie z dnia 07.06.2013 polisy ubezpieczenia".*

W ocenie Izby zaistniałą sytuację procesową należało ocenić jako wykonanie przez Zamawiającego żądania Odwołującego w znaczącej części jeszcze przed otwarciem rozprawy. W tej sytuacji rozstrzyganie przez Izbę o zasadności podniesionego przez Odwołującego zarzutu w tej części tyczącej odtajnionych dokumentów okazało się bezprzedmiotowe, skoro spór pomiędzy Stronami już wygasł. Dostrzec należy, że żadne przepisy ustawy Pzp nie zabraniają Zamawiającemu dokonywania czynności po wniesieniu odwołania, a przed jego rozstrzygnięciem przez Izbę (oprócz podpisania umowy), w tym również w kierunku wnioskowanym przez Odwołującego. Dostrzeżenia wymaga także to, że w myśl art. 191 ust. 2 ustawy Pzp Izba wydając wyrok bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Uczynienie przez Zamawiającego zadość żądaniom odwołania przed rozpoczęciem rozprawy, które nastąpiło poprzez odtajnienie treści oferty, nie mogło zatem ujść uwadze Izby. Izba nie jest władna nakazać odtajnienie dokumentów, które w chwili wyrokowania już tajne nie są. Tym samym podzielono uprzednio wielokrotnie wyrażany w orzecznictwie Izby pogląd dotyczący oceny zaistniałej sytuacji procesowej wyrażony przykładowo w wyroku Izby z 13 kwietnia 2011 roku, sygn. akt KIO 707/11, czy też w wyroku Izby z 27 sierpnia 2012 roku, sygn. akt KIO 1710/12 oraz w wyroku z 31 października 2012 roku, sygn. akt KIO 2231/12.

Zarzut ten podlegał rozpoznaniu jedynie w zakresie dotyczącym utrzymania zastrzeżenia do dokumentu potwierdzającego fakt posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej i w tym zakresie uznano, że zarzut zasługiwał na uwzględnienie.

Co do kwestii natury ogólnej, zważyć należy iż zasada jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest generalną i naczelną zasadą zamówień publicznych, zaś wszelkie wyjątki od niej winny być interpretowane w sposób ścisły, ostrożny i uzasadniony obiektywnymi okolicznościami faktycznymi i prawnymi. Zasada jawności

postępowania obejmuje wszelkie zainteresowane podmioty, a więc jest zasadą *erga omnes*. Wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego powinni liczyć się z okolicznością, iż ich oferty co do zasady będą jawne, w szczególności w zakresie, w jakim będą podlegały ocenie w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, zgodności oferowanego świadczenia z wymaganiami podmiotu zamawiającego oraz w ramach kryteriów oceny ofert. W tym zakresie oferty winny być jawne nie tylko dla pozostałych wykonawców ale również dla każdego zainteresowanego. Zgodnie z przepisem art. 8 ust. 2 ustawy Pzp Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem tylko w przypadkach określonych w ustawie. Z kolei art. 8 ust. 3 ustawy Pzp przewiduje, że nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą one być udostępniane. Wykonawca nie może przy tym zastrzec informacji dotyczących nazwy (firmy) i adresu wykonawcy, ceny, terminu wykonania zamówienia, okresu gwarancji i warunków płatności zawartych w ofercie (art. 86 ust. 4 ustawy Pzp).

Realizacja wyjątków od zasady jawności uregulowanej w ustawie Pzp jest oparta na przepisach szczególnych, w tym przepisach ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jednolity Dz. U. z 2003, Nr 153, poz. 1503 ze zm.). Definicja legalna tajemnicy przedsiębiorstwa została określona w art. 11 ust. 4 ww. ustawy, który stanowi, że: *„Przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności”.*

Zatem, uznanie danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa nie jest uwarunkowane subiektywnymi odczuciami Wykonawcy, a wręcz przeciwnie - konieczne jest spełnienie czynników o charakterze obiektywnym.

Powyższy przepis przyznaje wykonawcom prawo do ochrony informacji spełniających kryteria tajemnicy przedsiębiorstwa. Tym samym mogą oni zgodnie z uregulowaniami art. 8 ust. 4 ustawy Pzp zastrzec tego rodzaju informacje, co jednak nie pozbawia tej czynności jakiejkolwiek kontroli. Podstawą faktyczną uznania danej informacji za podlegającą ochronie jest jej charakter oraz przedsiębrane przez wykonawcę czynności zmierzające do jej ochrony i zachowania jej poufnego charakteru.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt rozpoznawanej sprawy, skład orzekający Izby postanowił dokonać odtajnienia części kwestionowanej oferty w zakresie odnoszącym się do polisy potwierdzającej posiadanie ubezpieczenia OC.

Złożony przez wykonawcę dokument nie zawiera treści o charakterze technicznym, technologicznym, organizacyjnym przedsiębiorstwa lub posiadającym wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Z istoty tych dokumentów i zawartych tam informacji wynikają przesłanki do uznania ich za pozbawione elementów właściwych dla informacji mogących stanowić taką tajemnicę. Za zachowaniem klauzuli nie przemawiały również wyjaśnienia złożone przez wykonawcę. W wyjaśnieniach wykonawca przywołał argumentację wskazującą, że tego rodzaju dokumenty jak polisa stanowią informację handlową przedsiębiorstwa, decydują o zdolności firmy do dokonywania transakcji handlowych i konkurowania na rynku. Są to niewątpliwie twierdzenia prawdziwe, ale nie wypełniają one przesłanek warunkujących ustanowienie, objęcie dokumentów tych tajemnicą przedsiębiorstwa. Zwraca uwagę okoliczność, iż Izba wielokrotnie w orzecznictwie wskazywała, iż polisa OC nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa (tak Krajowa Izba Odwoławcza w wyrokach: z 5 października 2012 roku, sygn. akt KIO 1955/12, KIO 1956/12, KIO 1961/12; z 12 kwietnia 2012 r., sygn. akt KIO 590/12 i 600/12).

W ramach kolejnego zarzutu dotyczącego oferty GALAXY podniesiono, że Zamawiający wymagał od wykonawców załączenia do oferty wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych dostaw w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest

krótszy - w tym okresie, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców wraz z załączeniem dowodów czy zostały wykonane lub są wykonywane należycie - potwierdzającego spełnianie warunku określonego w Części VI ust. 2 SIWZ - zgodnie ze wzorem stanowiącym załącznik nr 6 do SIWZ - odrębnie dla każdej Części. W II części zamówienia Zamawiający wymagał, aby wykonawca wykazał, że zrealizował dwie (2) dostawy odpowiadające swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia, tj. dostawa drukarek każda o wartości co najmniej 500.000,00 zł brutto.

Wykonawca złożył wykaz w wyniku uzupełnienia dokumentów i umieścił w nim dwie pozycję: pierwszą – dostawa sprzętu komputerowego zrealizowana na rzecz IT Systems and Solutions Sp. z o.o. na kwotę 1 869 506,21 zł oraz drugą – dostawa urządzeń wielofunkcyjnych dokonaną na rzecz Agencji Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa za kwotę 1 368 082,00 zł.

Na rozprawie Zamawiający złożył pisemne oświadczenie, że powyższy zarzut uwzględnia i dokona ponownej oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, po czym w zakresie żądania doprecyzował, że w jego ocenie możliwe jest wezwanie

---

wykonawcy do złożenia wyjaśnień odnośnie wykazu w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp więc nie jest możliwe uczynienie zadość żądaniu Odwołującego, który wnioskował o wykluczenie wykonawcy.

Kwestią ogólną wymagającą rozstrzygnięcia, jest ocena prawna oświadczenia Zamawiającego złożonego na rozprawie o zamiarze wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień. Oświadczenie to bowiem częściowo czyni zadość oczekiwaniom Odwołującego określonym w odwołaniu. Zgodnie z dyspozycją art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Umorzenie postępowania możliwe jest jedynie w przypadku uwzględnienia przez Zamawiającego całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu. Przepisy ustawy nie znają instytucji częściowego umorzenia postępowania w związku z uwzględnieniem części zarzutów odwołania. Niemożliwe jest również pominięcie i nierozpoznawanie zarzutów, które Odwołujący cały czas popiera.

Tym samym fakt zadeklarowania przez Zamawiającego na rozprawie ponownego zbadania poziomu spełniania warunku w zakresie niezbędnego doświadczenia określonego w SIWZ uznać należy za potwierdzenie zasadności części zarzutów odwołania, inaczej przyznanie okoliczności procesowo istotnych. Dopiero jednak uwzględnienie odwołania przez Izbę spowoduje, że Zamawiający będzie miał obowiązek dokonania żądanych przez Odwołującego czynności. „Pogląd, *że uwzględnienie przez zamawiającego zarzutów odwołania powoduje, że upada możliwość uwzględnienia ich w sentencji orzeczenia odnosić się może jedynie do sytuacji dokonania zmiany SIWZ zgodnie z żądaniami odwołania przed zamknięciem rozprawy. Tylko w takiej sytuacji naruszenia przepisów, których dopuścił się zamawiający nie mogą mieć wpływu na wynik postępowania i nakazywanie zmian, których zamawiający już dokonał jest niecelowe".* (za wyrokiem z dnia 1 lutego 2011 r., sygn. akt: KIO 79/11, sygn. akt: KIO 89/11, sygn. akt: KIO 90/11). Z uwagi na zaistniałą sytuację i złożenie oświadczenia przez Zamawiającego ale fizyczne niewykonanie zapowiedzianej czynności, konieczne było uwzględnienie odwołania w zakresie opisanym w uzasadnieniu wyroku.

Jednocześnie podkreślić trzeba, że w przeciwieństwie do strony zamawiającej, skład orzekający Izby nie jest związany zakresem żądania określonym w odwołaniu. Zgodzić należy się z Zamawiającym, że przychylenie się do żądania Odwołującego wykluczenia GALAXY z postępowania uznać należy za przedwczesne. W ocenie Izby możliwe jest uzyskanie wyjaśnień co do złożonego wykazu dostaw przy wykorzystaniu trybu z art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, co nie powinno spowodować zmiany treści oferty. Nie jest wykluczone, że w zakres wymienionej w wykazie dostawy sprzętu komputerowego wchodziła również dostawa drukarek o wartości co najmniej 500 000,00 zł.

Dlatego też uwzględniając powyższy zarzut, skład orzekający Izby nakazał Zamawiającemu wystosowanie do wykonawcy wezwania, ocenę złożonych wyjaśnień i ponowne badanie i ocenę oferty w zakresie spełniania warunku udziału w postępowaniu.

Zarzuty odnośnie zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy konsorcjum firm: Maxto Spółka z ograniczona odpowiedzialnością S.K.A. z Sysco Group Sp. z o.o. (dalej MAXTO).

Zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia w rozdziale *Wymagania dotyczące wszystkich drukarek* w pkt 8 Zamawiający podkreślił, że *firma serwisująca drukarki musi posiadać ISO 9001:2008 na świadczenie usług serwisowych oraz posiadać autoryzację producenta drukarki – dokumenty potwierdzające należy załączyć do oferty*. Zamawiający wymagał również aby w formularzu ofertowym wykonawcy wskazali, jaką cześć zamówienia zamierzają powierzyć podwykonawcom.

W toku prowadzonego postępowania Zamawiający odpowiedział na następujące pytania wykonawców dotyczące powyższego zapisu:
Pytanie nr 11: (…) czy w przypadku gdy serwis będzie sprawowany przez wskazaną przez producenta firmę serwisową (podwykonawcę), Zamawiający uzna za spełnienie powyższego zapisu jeżeli firma serwisowa (podwykonawca) będzie posiadała autoryzację producenta w zakresie serwisu oferowanego sprzętu (…)?
Odpowiedź: w przypadku, gdy serwis będzie sprawowany przez firmę serwisową (podwykonawcę), jeżeli firma serwisowa (podwykonawca) będzie posiadała autoryzację producenta w zakresie serwisu oferowanego sprzętu (…), przywołany zapis zostanie uznany za spełniony.

Tożsamej odpowiedzi udzielono na pytania 12, 15 oraz 16.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – konsorcjum MAXTO – w formularzu oferty zaznaczyli, że nie zamierzają jakiejkolwiek części zamówienia powierzyć podwykonawcom i będą zamówienie wykonywali samodzielnie. Jednocześnie do oferty załączono oświadczenie producenta LEXMARK, *że „firma serwisująca posiada ISO 9001:2008 na świadczenie usług serwisowych oraz posiada autoryzację producenta drukarki, firma LEXMARK posiada certyfikat ISO 9001:2008 oraz ISO 14001:2004, w przypadku nie wywiązywania się z obowiązków gwarancyjnych oferenta lub firmy serwisującej, firma LEXMARK przejmie na siebie wszelkie zobowiązania związane z serwisem".* Do oferty załączono również certyfikaty dla firmy WASKO potwierdzające, że spełnia ona wymagania normy ISO 9001:2008.

Odwołujący wywodzi, że oferta konsorcjum winna być w postępowaniu odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, ponieważ jej treść (w zakresie, w którym odnosi

się do podwykonawstwa) nie odpowiada treści SIWZ. Alternatywnie wskazywano, że wykonawca powinien być w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wezwany do uzupełnienia certyfikatów dla jednego z członków konsorcjum.

Ze stanowiskiem Odwołującego nie sposób się zgodzić.

Z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp wynika, iż Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Zdaniem składu orzekającego Izby, podzielającego utrwalony w doktrynie i orzecznictwie pogląd, zarówno treść SIWZ, jak i treść oferty stanowią merytoryczne postanowienia oświadczeń woli odpowiednio: Zamawiającego, który w szczególności przez opis przedmiotu zamówienia oświadcza jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, oraz wykonawcy, który jednostronnie zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru złożonej przez siebie oferty jako najkorzystniejszej. Wobec tego, co do zasady, to porównanie zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia z opisem przedmiotu zamówienia zawartym w SIWZ przesądza o tym, czy treść złożonej oferty odpowiada treści SIWZ – jest z nią zgodna.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w postępowaniu materiał dowodowy, stanowiska i oświadczenia Stron i Uczestników postępowania, za wątpliwą, nie znajdującą uzasadnienia w aktach postępowania należy uznać koncepcję prezentowaną przez Odwołującego, że obowiązkiem było wskazanie jako podwykonawcy w formularzu oferty firmy świadczącej usługi serwisowe. Nie potwierdzają tezy tej przywołane pytania i odpowiedzi udzielone przez Zamawiającego. Zgodzić należy się z Przystępującym konsorcjum MAXTO, że możliwie było przyjęcie koncepcji, w związku z zadanymi pytaniami i udzielonymi odpowiedziami, których brzmienie narzucała w pewien sposób treść pytania, iż pojęcie podwykonawcy używane było w stosunku, który powstanie między producentem a firmą serwisującą, a nie między wykonawcą a firmą serwisującą. Nie było to więc podwykonawstwo w rozumieniu przepisów ustawy Pzp. Stąd nie uznano, że treść oferty Przystępującego nie odpowiada treści SIWZ.

Przystępujący zamierza wykonywać zamówienie własnymi siłami, natomiast serwis sprawowany będzie przez firmę serwisującą, którą wykonawcy wskaże producent. Dla firmy serwisującej załączono, zgodnie z wymogami opisu przedmiotu zamówienia, odpowiednie certyfikaty. śaden z tych podmiotów nie będzie natomiast podwykonawcą konsorcjum w rozumieniu ustawy Pzp.

W niniejszej sprawie w ogóle nie zachodziła możliwość zakwalifikowania treści składanego oświadczenia dotyczącego udziału podwykonawców w realizacji zamówienia jako podstawy odrzucenia oferty mieszczącej się w dyspozycji przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Wobec braku wprowadzenia przez Zamawiającego na mocy przepisu art. 36 ust. 5 ustawy Pzp odmiennego zastrzeżenia – wykonawcy mogli powierzyć nawet w całości

33

---

wykonanie zamówienia podwykonawcom, a zatem zakres podwykonawstwa wynikający z oferty nie miał wpływu na ocenę zgodności oferowanego sposobu wykonania zamówienia z wymaganym treścią postanowień SIWZ. Swoboda Wykonawcy zostaje ograniczona jedynie w sytuacji, gdy Zamawiający zastrzeże w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, że całość bądź część zamówienia nie może być powierzona podwykonawcom. Pogląd ten został potwierdzony przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyroku z 10 września 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 1117/09).

Nawet jeżeli przyjąć za prawidłową koncepcję Odwołującego, że usługi serwisowe powinny w formularzu ofertowym zostać wymienione jako te powierzane podwykonawcom, to jak wynika z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej (np. wyrok z 10 września 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 1117/09 oraz wyrok z 21 października 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 2191/10): *podanie lub brak informacji o zakresie podwykonawstwa, poza walorem informacyjnym, nie rodzi żadnego skutku zobowiązaniowego, co do sposobu wykonania zamówienia określonego w ofercie.* Nawet jeżeli część zamówienia zostałaby wykonana przez podwykonawcę, to nie powoduje to zmiany w osobie wykonawcy, albowiem to z wykonawcą Zamawiający podpisuje umowę o udzielenie zamówienia publicznego. Tym samym brak informacji o zakresie podwykonawstwa nie ma wpływu na merytoryczną zawartość złożonej oferty. Brak wskazania w ofercie części zamówienia, której wykonanie zostanie powierzone podwykonawcom, nie może zostać zakwalifikowany jako niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, skutkującą odrzuceniem oferty. Powyższe znajduje potwierdzenie orzecznictwie KIO np. w wyroku z 21 października 2010 r. (sygn. akt KIO/UZP 2191/10), w którym stwierdzono wprost, że: *niewypełnienie nawet prawidłowo wyrażonych, tj. zgodnych z art. 36 ust. 4 p.z.p., żądań zamawiającego dotyczących wskazania zakresu podwykonawstwa nie jest sytuacją opisaną w dyspozycjach art. 24 lub 89 p.z.p., na podstawie których wykonawca może jedynie pozbawiony zostać możliwości uzyskania zamówienia.*

Nie uznano również, że koniecznym jest wezwanie konsorcjum do uzupełnienia dokumentów. Dokumenty potwierdzające, że firma serwisująca drukarki posiada ISO 9001:2008 na świadczenie usług serwisowych oraz posiada autoryzację producenta drukarki znajdują się w ofercie dla firmy WASKO. Wbrew twierdzeniom Odwołującego, z całości dokumentów załączonych do oferty i uzupełnionych na wezwanie wynika, że to firma WASKO świadczyła będzie usługi serwisowe i to dla niej załączono niezbędne dokumenty. Nie zachodzi zatem okoliczność zastosowania art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Konkludując, zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy oraz naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie potwierdził się.

34

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Wobec powyższego stwierdzenie przez Izbę, iż potwierdziła się część zarzutów przedstawionych w odwołaniu, które mają wpływ na wybór oferty najkorzystniejszej w postępowaniu i określenie kręgu wykonawców zapraszanych do udziału w aukcji elektronicznej, powoduje iż w przedmiotowym stanie faktycznym w postępowaniu o sygn. akt KIO 1592/13 została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku,

na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 2 pkt 2) i ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), uwzględniając wysokość wpisu uiszczonego przez Odwołującego oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego w maksymalnej wysokości dopuszczonej wymienionym rozporządzeniem, tj. w wysokości 3 600,00 zł.

Na podstawie art. 192 ust. 8 w związku z art. 189 ust. 1 ustawy Pzp w sprawie wydano łączne orzeczenie.

Przewodniczący: