**sygn. akt: KIO 598/13**
**KIO 600/13**

# WYROK

**z dnia 26 marca 2013 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Emil Kuriata**

**Protokolant: Natalia Dominiak**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 marca 2013 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 15 marca 2013 r. przez **Sygnity S.A., Al. Jerozolimskie 180; 02-486 Warszawa**,

B. w dniu 15 marca 2013 r. przez wykonawcę **Pentacomp Systemy Informatyczne S.A., ul. Lektykarska 29; 01-687 Warszawa**,

w postępowaniu prowadzonym przez

**Skarb Państwa - Minister Finansów, ul. Świętokrzyska 12; 00-916 Warszawa,**

przy udziale wykonawcy **Pentacomp Systemy Informatyczne S.A., ul. Lektykarska 29; 01-687 Warszawa,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. KIO 598/13 po stronie zamawiającego,

przy udziale wykonawcy **Sygnity S.A., Al. Jerozolimskie 180; 02-486 Warszawa,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. KIO 600/13 po stronie odwołującego,

**orzeka:**

**1. Oddala odwołania.**

2. Kosztami postępowania obciąża **Sygnity S.A., Al. Jerozolimskie 180; 02-486 Warszawa** oraz **Pentacomp Systemy Informatyczne S.A., ul. Lektykarska 29; 01-687 Warszawa** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30 000 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez **Sygnity S.A., Al. Jerozolimskie 180; 02-486 Warszawa** oraz **Pentacomp Systemy Informatyczne S.A., ul. Lektykarska 29; 01-687 Warszawa** tytułem wpisów od odwołań.

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:** ……

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

Zamawiający – Skarb Państwa - Minister Finansów, ul. Świętokrzyska 12; 00-916 Warszawa, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Zakup wyspecjalizowanych usług i produktów informatycznych dla modernizacji technologicznej i funkcjonalnej Systemu ISZTAR3 do wersji ISZTAR4 realizowanego w ramach Projektu <<Program e-Cło>>" na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 18 stycznia 2013 roku pod numerem 2013/S 013-017416.

Dnia 6 marca 2013 roku zamawiający przekazał wykonawcom informację o wyborze oferty najkorzystniejszej.

**KIO 598/13**

Dnia 15 marca 2013 roku wykonawca Sygnity S.A., Al. Jerozolimskie 180; 02-486 Warszawa (zwany dalej „*odwołujący*") wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez naruszenie zasady prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz naruszenie innych pozostających w związku z art. 7 przepisów, tj.:

I. W odniesieniu do konsorcjum EUROPEAN DYNAMICS LUXEMBOURG i EUROPEAN DYNAMICS (zwane dalej „Konsorcjum ED"):
   1. Naruszenie art. 90 ust. 2 oraz art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez uwzględnienie wyjaśnień oraz zaniechanie odrzucenia złożonej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.
   2. Naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, poprzez nieważne udzielenie pełnomocnictwa dla wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Względnie naruszenie art. 26 ust. 3 lub 4 lub 87 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania do uzupełnienia wadliwego dokumentu lub zaniechanie dokonania wyjaśnień w tym zakresie, o ile tego rodzaju działanie byłoby uzasadnione.
   3. Naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez wadliwie ustanowione wadium i niewykluczenie Konsorcjum ED.
   4. Naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, względnie art. 26 ust. 4 lub 3 ustawy Pzp, w zakresie uchybienia dotyczącego informacji o niezaleganiu z uiszczeniem podatków.

II. W odniesieniu do Pentacomp Systemy Informatyczne S.A. (zwane dalej „Pentacomp")

5. Naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, poprzez niedysponowanie osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, z punktu widzenia wymagań s.i.w.z. Względnie naruszenie art. 26 ust. 3 lub 4 ustawy Pzp.
6. Naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, w związku z informacją zawartą w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowania określonego w s.i.w.z. rozdz. VIII ust. 3 lit. b.
7. Naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 10 i 11 ustawy Pzp, w związku z brakiem objęcia informacją z KRK przesłanek wskazanych w ww. pkt 10 i 11. Względnie naruszenie art. 26 ust. 3 lub 4 ustawy Pzp.

w konsekwencji,

8. Naruszenie art. 91 ust. 1 oraz art. 92 ustawy Pzp, poprzez dokonanie wyboru, jako oferty najkorzystniejszej, oferty złożonej przez Konsorcjum ED z naruszeniem przepisów ustawy Pzp.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
2) powtórzenie czynności badania i oceny ofert,
3) wykluczenie/odrzucenie oferty złożonej przez Konsorcjum ED oraz Pentacomp,
4) dokonanie ponownej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

Odwołujący wskazał, że ma interes we wniesieniu niniejszego odwołania. W wyniku naruszenia przez zamawiającego ww. przepisów ustawy Pzp, interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku (szkody), gdyż objęte odwołaniem czynności zamawiającego uniemożliwiają odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Odwołujący wskazał ponadto, że naruszenie wskazanych powyżej przepisów, w oczywisty sposób ma istotny wpływ na wynik postępowania, a zatem biorąc pod uwagę art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza winna uwzględnić niniejsze odwołanie.

Kopię odwołania, odwołujący przekazał zamawiającemu w dniu 15 marca 2013 roku.

Zamawiający, dnia 18 marca 2013 roku, przekazał kopię odwołania pozostałym wykonawcom.

Dnia 21 marca 2013 roku do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego, zgłosił przystąpienie wykonawca Pentacomp Systemy Informatyczne S.A., ul. Lektykarska 29; 01-687 Warszawa.

Zamawiający nie złożył pisemnej odpowiedzi na odwołanie.

**KIO 600/13**

Dnia 15 marca 2013 roku wykonawca Pentacomp Systemy Informatyczne S.A., ul. Lektykarska 29; 01-687 Warszawa (zwany dalej „*odwołujący*") wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. Art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp w związku z art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego zgodnie z art. 23 Pzp tj. EUROPEAN DYNAMICS LUXEMBURG S.A. oraz EUROPEAN DYNAMICS S.A. (zwany dalej „Konsorcjum ED") do uzupełnienia i wyjaśnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganej przez zamawiającego wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania osobami, a w konsekwencji zaniechanie wykluczenia konsorcjum ED z postępowania.
2. Art. 24 ust. 2 pkt 4 w związku z art. 24 ust. 1 pkt 3 w związku z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania konsorcjum ED do uzupełnienia dokumentów potwierdzających brak zaistnienia przesłanek wykluczenia z postępowania w postaci: zaświadczenia o niezaleganiu w uiszczaniu opłat i podatków przez EUROPEAN DYNAMICS LUXEMBURG S.A. z siedzibą w Luksemburgu, a w konsekwencji zaniechanie wykluczenia konsorcjum ED z postępowania.
3. Art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum ED pomimo, iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.
4. Art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, poprzez uznanie, iż oferta złożona przez konsorcjum ED nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, a w konsekwencji naruszenie art. 90 ust. 3 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez konsorcjum ED.
5. Art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

oraz innych przepisów wskazanych lub wynikających z uzasadnienia odwołania.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2) dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert,
3) odrzucenia oferty złożonej przez konsorcjum ED na podstawie art. 89 ust. 3 i 4 Pzp,
4) dokonania wyboru oferty odwołującego, jako najkorzystniejszej;

ewentualnie

5) w przypadku nie podzielenia argumentacji dotyczącej zaniechania odrzucenia oferty konsorcjum ED, wezwania konsorcjum ED do uzupełnienia brakujących dokumentów, a w przypadku ich nieuzupełnienia wykluczenia konsorcjum ED z postępowania oraz odrzucenia jego oferty,
6) dokonania wyboru oferty odwołującego, jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazał, że ma interes we wniesieniu odwołania. W wyniku naruszenia przez zamawiającego ww. przepisów ustawy Pzp, interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, gdyż w przypadku prawidłowego działania zamawiającego, oferta złożona przez konsorcjum ED zostałaby odrzucona i to oferta odwołującego zostałby uznana za najkorzystniejszą. Zamawiający poprzez zaniechanie odrzucenia ofert konsorcjum ED naruszył interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia. Tym samym odwołujący utracił możliwość uznania jego oferty za najkorzystniejszą. W ten sposób odwołujący może ponieść szkodę, gdyż nie uzyska przedmiotowego zamówienia

Zamawiający, dnia 18 marca 2013 roku, przekazał kopię odwołania pozostałym wykonawcom.

Dnia 19 marca 2013 roku do postępowania odwoławczego - po stronie odwołującego, zgłosił przystąpienie wykonawca Sygnity S.A., Al. Jerozolimskie 180; 02-486 Warszawa.

Zamawiający nie złożył pisemnej odpowiedzi na odwołanie.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, złożone podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołania nie zasługują na uwzględnienie.**

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

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

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

**KIO 598/13**

**Zarzuty podniesione do oferty Konsorcjum ED.**

1. Zarzut dotyczący naruszenia art. 90 ust. 2 oraz art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez uwzględnienie wyjaśnień oraz zaniechanie odrzucenia złożonej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, Izba uznała za niezasadny.

Zdaniem odwołującego, przeprowadzone przez zamawiającego wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny nie obalają domniemania w tym zakresie. Wykonawca nie przedstawił wiarygodnych dowodów pozwalających obniżyć cenę. W szczególności nie wskazał sposobu kalkulacji ceny uwzględniającej elementy składowe wymagane w s.i.w.z. i jaki wpływ miały przywoływane przez wykonawcę w wyjaśnieniach okoliczności na obniżenie ceny. Wykonawca nie wykazał sposobu wpływu i nie podał realnych wartości obniżających cenę. Zaniechanie szczegółowych wyjaśnień, co najmniej, jakie pozycje, jaka pracochłonność, jakie okoliczności wpływają i jak wpływają na wartość ceny całkowitej dowodzi zasadności postawionego zarzutu i faktu, że domniemanie rażąco niskiej ceny nie zostało obalone zbyt ogólnymi argumentami wykonawcy.

Odwołujący, sytuację w przedmiotowym postępowaniu porównał, z jego zdaniem, identyczną sytuacją, gdzie zamawiający (Ministerstwo Finansów) miał styczność w postępowaniu przetargowym na *„Zakup wyspecjalizowanych usług oraz produktów informatycznych dla potrzeb związanych z wytworzeniem, rozwojem i utrzymaniem Systemów AES/AIS”*, gdzie Izba, w uzasadnieniu na stronie 31-33 wyroku KIO z dnia 13 lutego 2013 (KIO 166/13, KIO 167/13, KIO 169/13) w całości uwzględniła taki sam zarzut dla tego samego konsorcjum - czyli Konsorcjum ED.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że każde postępowanie wywołane wniesieniem środka ochrony prawnej, jakim jest odwołanie, należy oceniać odrębnie. Mimo możliwych do wystąpienia zbieżności okoliczności faktycznych i prawnych w dwóch lub więcej postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonych przez tego samego zamawiającego i wystąpienia tych samych wykonawców, to sytuacja może być zgoła odmienna. Dlatego też nie jest możliwe automatyczne przeniesienie stanu faktycznego z innej sprawy odwoławczej na przedmiot badania objęty niniejszym odwołaniem.

Izba podziela pogląd odwołującego, iż w przypadku podejrzenia rażąco niskiej ceny zamawiający winien zwróć się do wykonawcy, którego oferta została objęta podejrzeniem, o wyjaśnienie istotnych elementów oferty, sposobu kalkulacji ceny uwzględniającej elementy składowe wymagane w s.i.w.z. i jaki wpływ miały przywoływane przez wykonawcę w wyjaśnieniach okoliczności na obniżenie ceny.

Wskazać należy, że zamawiający zwrócił się do wykonawcy konsorcjum ED, na podstawie przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, o złożenie wyjaśnień w zakresie ceny oferty, czy nie nosi ona znamion ceny rażąco niskiej. Z analogicznym wnioskiem zamawiający zwrócił się do odwołującego i wykonawcy Pentacomp.

W dniu 26 lutego 2013 roku wykonawca konsorcjum ED złożyło wyjaśnienia wskazując, jakie obiektywne czynniki, w tym dotychczasowe doświadczenie w realizowaniu podobnych projektów, pozwoliły mu skalkulować cenę w wysokości przedstawionej w ofercie przetargowej.

Odwołujący Sygnity oraz odwołujący Pentacomp stawiając zarzuty opierali się wyłącznie na treści wyjaśnień konsorcjum ED z dnia 26 lutego 2013 roku, co na rozprawie zostało potwierdzone.

Odwołujący nie zwrócili jednak uwagi, iż dnia 1 marca 2013 roku, konsorcjum ED składając wyjaśnienia w trybie przepisu art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, wyjaśniając zamawiającemu wątpliwości przez niego zgłoszone, przedstawiło szczegółową kalkulację ceny oferty, uwzględniającą takie okoliczności, jak chociażby koszty roboczogodziny. Faktem jest, że wyjaśnienia powyższe zostały przedstawione przez konsorcjum ED w zakresie wniosku zamawiającego skierowanego w trybie przepisu art. 26 ust. 4 ustawy Pzp oraz, że zostały zastrzeżone tajemnicą przedsiębiorstwa, jednakże nie stanowi to okoliczności usprawiedliwiającej odwołujących. Wskazać bowiem należy, że jako profesjonalni uczestnicy rynku zamówień publicznych winni wykazać się szczególną starannością i winni dołożyć wszelkich starań aby ustalić faktyczny stan rzeczy. Skoro tych czynności zaniechali, to nie mogą następnie, ze swojego błędu, dowodzić okoliczności innych niż faktycznie występujące.

Nadto Izba zwraca uwagę na okoliczność, wynikającą bezpośrednio z przepisu art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, który stanowi, iż Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W ocenie Izby konsorcjum ED złożyło stosowne wyjaśnienia, a ocena złożonych wyjaśnień pozwala na przyjęcie, że konsorcjum ED zaproponowało cenę, która nie stanowi ceny rażąco niskiej.

Zdaniem Izby, zamawiający prawidłowo, biorąc pod rozwagę zgromadzony materiał w sprawie, uwzględnił przy ocenie oferty konsorcjum ED, wyjaśnienia złożone pismem z dnia 1 marca 2013 roku. Zamawiający nie może bowiem pozostawać obojętny na okoliczności wynikające z dokumentów złożonych w postępowaniu, w przypadku gdy nie zostały one wykazane wprost w innych dokumentach. W ocenie Izby wyjaśnienia konsorcjum ED, z dnia 1 marca 2013 roku, mimo, że składane na wezwanie zamawiającego z dnia 26 lutego 2013 roku, w trybie przepisu art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, musiały zostać uwzględnione przez zamawiającego w ustaleniu czy cena oferty nie jest ceną rażąco niską. Z treści tych wyjaśnień wynikają okoliczności pozwalające konsorcjum ED na skalkulowanie ceny oferty, w sposób, który pozwala na przyjęcie, że cena została skalkulowana prawidłowo.

Za niezasadne uznać należy stanowisko, iż wyjaśnienia z dnia 1 marca 2013 roku nie mogą zostać uwzględnione, gdyż zostały złożone po terminie. Wskazać bowiem należy, że w odniesieniu do terminu składania wyjaśnień sankcję odrzucenia oferty ustawodawca przewidział w przepisie art. 90 ust. 4 ustawy Pzp, ale tylko w okolicznościach, gdy zamawiający stwierdzi rażąco niską cenę z powodu udzielenia pomocy publicznej, cyt. *Jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, zamawiający zawiadamia Prezesa Urzędu oraz Komisję Europejską o odrzuceniu ofert, które według zamawiającego zawierały rażąco niska cenę z powodu udzielenia pomocy publicznej, a wykonawca, w terminie wyznaczonym przez zamawiającego, nie udowodnił, że pomoc ta jest zgodna z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej*.

Skoro zatem takiej sankcji ustawodawca nie przewidział w odniesieniu do pozostałych parametrów oceny wymienionych w przepisie art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, to wyjaśnienia z dnia 1 marca 2013 roku należało uznać za możliwe do przyjęcia.

Zdaniem Izby zamawiający oceniając ofertę konsorcjum ED, cenę tej oferty, prawidłowo wziął pod uwagę treść wyjaśnień znajdujących się w piśmie konsorcjum ED z dnia 1 marca 2013 roku, które to wyjaśnienia stanowią informacje dodatkowe, potwierdzające wnioski wynikające z pisma z dnia 26 lutego 2013 roku.

2. Zarzut dotyczący naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, poprzez nieważne udzielenie pełnomocnictwa dla wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, względnie naruszenie art. 26 ust. 3 lub 4 lub 87 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania do uzupełnienia wadliwego dokumentu lub zaniechanie dokonania wyjaśnień w tym zakresie, o ile tego rodzaju działanie byłoby uzasadnione, Izba uznała za niezasadny.

Odwołujący wskazał, iż pełnomocnictwo udzielone Panu L…….. B. do reprezentowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia zostało podpisane m.in. przez Pana L……. B. Zdaniem odwołującego, z punktu widzenie treści art. 108 Kodeksu cywilnego czynność powyższą należy uznać za nieważną. Niezależnie od powyższego, nawet gdyby zamawiający uznał, że wyłączona jest możliwość naruszenia interesów mocodawcy, to winien on w takim przypadku wezwać wykonawcę do wyjaśnień
w tym zakresie i na podstawie tak uzyskanych dowodów oceniać ewentualny wpływ i możliwość naruszenia interesów mocodawcy. Brak działań zamawiającego w tym zakresie stanowi istotne naruszenie obowiązujących przepisów.

W przedmiotowym postępowaniu konsorcjum ED, składające się z dwóch podmiotów: European Dynamics Luxembourg S.A. z siedzibą w Luxemburgu oraz European Dynamics

S.A. z siedzibą w Grecji, dnia 21 stycznia 2013 roku ustanowiło pełnomocnika w osobie Pana L…….. B.

Przedmiotowe pełnomocnictwo zostało udzielone przez organy obu współkonsorcjantów, do takich czynności uprawnione.

Izba biorąc pod uwagę wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 lipca 2005 roku, sygn. akt. IV CK 28/05, w którym sąd stwierdził, iż *Dokonanie przez pełnomocnika czynności prawnej z samym sobą następuje wówczas, gdy pełnomocnik składa lub odbiera oświadczenie woli, z jednej strony, w imieniu reprezentowanego, z drugiej strony, w imieniu własnym, a również wtedy, gdy pełnomocnik, reprezentując obie strony czynności prawnej, składa lub odbiera oświadczenie w imieniu obu reprezentowanych stron* oraz wyrok Sądu Najwyższego z dnia 13 maja 2005 roku, sygn. akt. IV CK 691/04, w którym sąd stwierdził, iż *Ustawodawca w art. 108 k.c. wspomina o treści czynności prawnej, której dokonywa pełnomocnik. Nie chodzi więc o żadną abstrakcyjną czynność prawną, określoną tylko ze względu na jej typ, ale o konkretną czynność prawną, w której ta sama osoba, reprezentując mocodawcę, występuje po jednej stronie czynności prawnej i jednocześnie sama jest drugą stroną tej czynności*, stwierdziła, że zarzuty odwołującego są niezasadne, gdyż nie znajdują swojego odzwierciedlenia w istniejącym stanie faktycznym sprawy.

Nadto Izba wskazuje, że odwołujący swojego stanowiska nie udowodnił. Odwołujący nie wskazał, czy prawo obowiązujące w Wielkim Księstwie Luksemburga czy też w Grecji, zabrania udzielania pełnomocnictw w sposób, w jaki to uczynili konsorcjanci.

3. Zarzut dotyczący naruszenia przepisu art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez wadliwie ustanowione wadium i niewykluczenie wykonawcy, Izba uznała za niezasadny.

Zdaniem odwołującego, ustanowiony dokument wadialnej gwarancji bankowej nie określa terminu jej obowiązywania. Zgodnie z przepisami ustawy Pzp, wadium winno być wniesione przed upływem terminu składania ofert i zabezpieczać cały okres związania ofertą, tj. już od dnia otwarcia ofert. Odmienne od podstawowego (art. 111 §2 KC: *Jeżeli początkiem terminu oznaczonego w dniach jest pewne zdarzenie, nie uwzględnia się przy obliczaniu terminu dnia, w którym to zdarzenie nastąpiło)* sposobu liczenie terminu w przypadku ważności gwarancji wadialnej składanej w postępowaniu o zamówienie publiczne ma istotne znaczenie dla określenia początku jej ważności. Brak wskazania tego terminu może prowadzić w konsekwencji do sytuacji, w której w dzień złożenia ofert i ich otwarcia zamawiający nie będzie zabezpieczony i objęty ważnością gwarancji.

W przedmiotowym postępowaniu konsorcjum ED zabezpieczyło ofertę w wadium przy użyciu gwarancji wadialnej, która została wystawiona przez Generalny Bank Grecji SA, Centrum Biznesowe Dużych Korporacji w Grecji. Z treści gwarancji wynika, że została ona

wystawiona w dniu 1 lutego 2013 roku i jest ważna do dnia 30 kwietnia 2013 roku, czyli zabezpiecza cały okres związania ofertą.

W ocenie Izby, skoro zatem w treści gwarancji nie zostało poczynione zastrzeżenie warunkowe, nie została również podana inna data początku ważności gwarancji, to przedmiotowa gwarancja zaczęła obowiązywać już dnia 1 lutego 2013 roku i ważna jest zgodnie z deklaracją gwaranta do dnia 30 kwietnia 2013 roku.

Jak słusznie wskazuje się w doktrynie „Artykuł 81 pr.bank. nie przesądza, jakie elementy umowy gwarancji stanowią jej *essentialia negotii* (na ten temat również T. Spyra, *Treść...*). W treści tego przepisu mowa jest wyłącznie o zobowiązaniu banku do świadczenia pieniężnego na rzecz beneficjenta gwarancji po spełnieniu określonych warunków. Zawężenie definicji gwarancji tylko do elementów wymienionych w art. 81 powodowałoby w szczególności niemożliwość odróżnienia gwarancji bankowej od akredytywy (art. 85 pr.bank. sformułowany jest bardzo podobnie do art. 81 pr.bank.). W doktrynie przyjmuje się więc, że przedmiotowo istotnym elementem treści gwarancji bankowej jest również określenie zabezpieczonego rezultatu, co pozwala na wyeksponowanie zabezpieczającego celu gwarancji (G. Tracz, *Umowa...*, s. 219; I. Heropolitańska (w:) B. Andrzejuk, I. Heropolitańska, *Gwarancje...*, s. 89; J. Pisuliński, *Niektóre...*, s. 39). Ponadto przyjmuje się, że w treści gwarancji musi znaleźć się określenie wysokości sumy pieniężnej, którą ma zapłacić gwarant w razie ziszczenia się zabezpieczonego rezultatu (J. Pisuliński (w:) E. Fojcik-Mastalska (red.), *Prawo...*, s. 278). Sporne jest natomiast, czy elementem przedmiotowo istotnym treści gwarancji bankowej jest określenie terminu obowiązywania gwarancji. Część przedstawicieli doktryny udziela pozytywnej odpowiedzi na to pytanie, powołując się na zakaz znoszenia końcowego terminu związania ofertą w prawie polskim oraz obciążenie banku zbyt dużym ryzykiem w wypadku dopuszczenia udzielania gwarancji bezterminowych (tamże, s. 148). Zdaniem innych gwarancje bezterminowe są dopuszczalne (E. Niezbecka (w:) E. Niezbecka, A. Jakubecki, J Mojak, *Prawne...,* s. 158). Należy opowiedzieć się za drugim z przedstawionych poglądów, ponieważ rozszerzanie zasad dotyczących sposobu zawarcia umowy na treść zobowiązania gwaranta nie wydaje się uzasadnione.” [Zoll Fryderyk (red.), Prawo bankowe. Komentarz. Tom I i II. Zakamycze, 2005].

Powyższe oznacza, że wątpliwości doktryny budzi jedynie termin zakończenia obowiązywania gwarancji. Nie budzi natomiast wątpliwości, iż data wystawienia gwarancji jest datą rozpoczęcia jej obowiązywania.

4. Zarzut dotyczący naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, względnie art. 26 ust. 4 lub 3 ustawy Pzp, Izba uznała za niezasadny.

Odwołujący wskazał, iż wykonawca – konsorcjum ED - w celu potwierdzenia, że nie zalega w uiszczaniu podatków złożył dokument wystawiony przez Rząd Wielkiego Księstwa

Luksemburga Urząd Skarbowy, z którego wynika, że spełnia przepisy rozporządzenia Wielkiego Księstwa z dnia 3 sierpnia 2009 w sprawie wejścia w życie ustawy z dnia 25 czerwca 2009 o zamówieniach publicznych. Fakt, iż wykonawca ten spełnia przepisy ww. rozporządzenia nie musi być równoznaczny z niezaleganiem w uiszczaniu podatków. Wykonawca nie przedstawił w ofercie żadnych dowodów, które dokumentowałyby ten fakt.

Izba wskazuje, że ogólnie wiadomym jest, że każdy system prawny obowiązujący w danym kraju różni się od systemów prawnych w innych krajach. Zdaniem Izby odwołujący (Sygnity i Pentacomp) nie udowodnili, że w Wielkim Księstwie Luxemburg istnieją przepisy, które kwalifikowałyby złożony przez konsorcjum ED dokument, jako niewiarygodny, nieprawdziwy, niepotwierdzający spełnienie warunków udziału w postępowaniu.

Zamawiający, na rozprawie przedstawił wyciąg z rozporządzenia Wielkiego Księstwa Luxemburg z 3 sierpnia 2009 roku, wykonującego ustawę z 26 lipca 2009 roku o zamówieniach publicznych, wraz z tłumaczeniem, gdzie w przepisach art. 85 i 86 zostały uregulowane kwestie, w jaki sposób wykonawcy podlegają temu prawu, mają możliwość wykazania się spełnieniem warunku dotyczącym uiszczania opłat i płacenia podatków, cyt. „*Art. 85. (1) Wybór zamawiającego może się koncentrować tylko na tych zgłaszających się do przetargu, którzy znajdują się w sytuacji określonej w artykule 2 oraz których kompetencje, doświadczenie oraz możliwości techniczne i finansowe, sytuacja podatkowa i parapodatkowa, środki organizacyjne oraz sprzęt i narzędzia, materiały oraz wykwalifikowany personel, stopień dostępności, jak również rzetelność zawodowa dają gwarancję należytego wykonania zamówienia w przewidzianym terminie. W przypadku przedsiębiorstwa ogólnego warunki wymienione powyżej powinny być również spełnione przez podwykonawców. (2) Od kandydatów lub zgłaszających się do przetargu można wymagać tylko minimalnego poziomu wypełniania zdolności powiązanych i dostosowanych do przedmiotu zamówienia. Ten minimalny poziom zdolności jest określony w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji przetargu.*

*Art. 86. (1) W ramach analizy przewidzianej w poprzednim artykule udzielający zamówienia musi poprosić zgłaszającego się do przetargu mogącego zostać wybranym, jak również* ***w*** *określonym przypadku jego podwykonawców, o dostarczenie mu w terminie minimum 15 dni zaświadczeń wydanych przez:*

*1) Centrum Informatyczne Przyjmowania i Pobierania Składek właściwe dla instytucji ubezpieczenia społecznego,*

*2) Administracja Podatków Bezpośrednich,*

*3) Urząd Rejestracyjny i Własności,*

*z których wynika, że zgłaszający się do przetargu wypełnia obowiązki związane z płaceniem składek na ubezpieczenie, podatków i opłat oraz związane z deklaracją*

*potrącenia i zatrzymania podatków od wynagrodzenia i pensji, z datą, która nie może być ani wcześniejsza niż 3 miesiące od dnia otwarcia ofert, ani późniejsza od dnia otwarcia ofert.*

*(2) Zgłaszający się do przetargu, którzy respektują terminy płatności im przyznane zgodnie z obowiązującymi przepisami przez jednostki administracyjne wymienione w paragrafie 1 punkt 2 i 3 są traktowani jako będący w zgodzie **z** zasadami i prawem i mogą ubiegać się o wystawienie im zaświadczenia przewidzianego w paragrafie 1.*

*W przypadku procedury ograniczonej z publikacją ogłoszenia dostarczenie zaświadczeń przewidzianych w paragrafie 1 stanowi kryterium uczestnictwa.”.*

Jak wynika z powyższego, konsorcjum ED, przedstawiając stosowne zaświadczenie dla spółki prawa Wielkiego Księstwa Luxemburg, działało w zgodzie z ustalonym w tym kraju systemem prawa, a złożone przez to konsorcjum zaświadczenie z Centralnego Urzędu Skarbowego z dnia 16 stycznia 2013 roku, potwierdza spełnianie warunku udziału w postępowaniu.

Dodatkowym argumentem potwierdzającym wnioski jw. jest okoliczność złożenia przez członka konsorcjum ED, podlegającemu prawu Wielkiego Księstwa Luxemburg „Oświadczenia po przysięgą” (strona 170 oferty), w którym osoby reprezentujące spółkę, zgodnie ze sposobem reprezentacji ujawnionym w stosownym rejestrze (strona 248 oferty) oświadczyły, że *„Spółka wypełnia swoje zobowiązania dotyczące opłacania składek na ubezpieczenie społeczne obejmujące ubezpieczenie emerytalne, chorobowe – ubezpieczenie zdrowotne, wypadkowe i wszelkie składki płacone … (CCSS), jak również zobowiązania w odniesieniu do opłat podatkowych zgodnie z rozporządzeniami i przepisami mającymi zastosowanie w Luxemburgu, lub innym kraju Unii Europejskiej”*.

Oświadczenie powyższe złożone zostało przed Konsulatem Generalnym Luxemburga w Atenach.

Zgodnie z § 4 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. 2009 r. Nr 226, poz. 1817), *„Jeżeli w miejscu zamieszkania osoby lub w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, nie wydaje się dokumentów, o których mowa w ust. 1, zastępuje się je dokumentem zawierającym oświadczenie złożone przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego odpowiednio miejsca zamieszkania osoby lub kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania. Przepis ust. 2 stosuje się odpowiednio.”*.

Odwołujący nie przeprowadzili dowodu, iż organ administracyjny, jakim jest Konsulat Generalny Luxemburga w osobie przyjmującej oświadczenie – J…….. S…… wice-konsula, nie jest organem uprawnionym do przyjmowania oświadczeń od wykonawcy w rozumieniu wyżej cytowanego przepisu rozporządzenia.

Tym samym, w ocenie Izby, konsorcjum ED właściwie wypełniło żądanie zamawiającego.

**Zarzuty podniesione do oferty PENTACOMP.**

1. Zarzut dotyczący naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, poprzez niedysponowanie osobami zdolnymi do wykonania zamówienia z punktu widzenia wymagań s.i.w.z., względnie naruszenie art. 26 ust. 3 lub 4 ustawy Pzp, Izba uznała za niezasadny.

Zgodnie z postanowieniami rozdziału VIII s.i.w.z. punkt 4 ppkt 13, wykonawca powinien wykazać się dysponowaniem *„Co najmniej 2 osobami posiadającymi wiedzę i minimum 2-letnie doświadczenie związane z tematyką taryfy celnej oraz funkcjonalnością i regułami biznesowymi systemu Zintegrowanej Taryfy Celnej TARIC UE”*.

W wykazie dostaw na stronach 11-12 oferty wykonawca Pentacomp wykazał się doświadczeniem realizacji dwóch projektów w ramach Służby Celnej, tj.:

1) utrzymaniem i rozwojem Systemu Obsługi Deklaracji Celina dla Ministerstwa Finansów w okresie od 2011-05-31 do 2012-12-10;
2) wdrożeniem systemu EMCS PL dla Ministerstwa Finansów w okresie od 2010-05-18 do 2012-01-02.

Zdaniem odwołującego, z powyższego wykazu wynika, że żaden z projektów nie trwał minimum 2 lata**,** z czego należy wnioskować, że osoby wskazane przez PENTACOMP w wykazie osób, jako spełniające warunek nie mogły nabyć *minimum 2-letniego doświadczenia związanego z tematyką taryfy celnej oraz funkcjonalnością i regułami biznesowymi systemu Zintegrowanej Taryfy Celnej TARIC UE*.

Izba zwraca uwagę, że odwołujący stawiając powyższy zarzut opiera się jedynie o domniemania i nieuzasadnione wnioski. Zwrócić bowiem należy uwagę na okoliczność, potwierdzoną na rozprawie przez odwołującego, iż przyjmując hipotetyczną sytuację, w której osoby wskazane przez Pentacomp realizowały te dwa projekty, to suma realizacji tych projektów znacznie przekracza okres 2-letni.

Poza twierdzeniami przedstawionymi w odwołaniu, odwołujący żadnych dowodów nie wskazał, dlatego też zarzut powyższy Izba uznała za niezasadny.

2. Zarzut dotyczący naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, w związku z informacją zawartą w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowania określonego w s.i.w.z., Rozdz. VIII ust. 3 lit. b., Izba uznała za niezasadny.

Na stronie 11 oferty Pentacomp, w wykazie dostaw podano, że wykonawca zrealizował dla Ministerstwa Finansów system pod nazwą: *„Utrzymanie i rozwój Systemu Obsługi Deklaracji Celina”. W opisie tej usługi na stronach 11-12 zawarł m.in. informację, iż: „Zamówienie jednocześnie spełnia warunki udziału w postępowaniu określone w SIWZ VIII ust. 3 lit. a, b*

*i c. System obsługuje bazę zintegrowanych danych biznesowych ponad 10GB oraz złożoną strukturę danych tj. ponad 30 typów rekordów oraz ponad 200 reguł spójności biznesowej tych danych i automatyczną weryfikację wprowadzania danych pod względem integralności i spójności biznesowej. Funkcjonalnością sytemu jest m.in. komunikacja oparta o wymianę komunikatów XML poprzez sieć CCN/CSI oraz komunikacja oparta o wymianę komunikatów z wykorzystaniem systemu usług opartych o web-service.".*

W ocenie odwołującego, szczegółowa analiza obszernej i oficjalnej dokumentacji systemu „Celina" zawartej na stronie internetowej zamawiającego (lub podległych mu jednostek): www.krakow.uc.gov.pl (strona izby celnej w Krakowie) www.mofnet.gov.pl/ (strona zamawiającego Ministerstwa Finansów) www.e-clo.pl (portal Służby Celnej) prowadzi do stwierdzenia, że system Celina nie obsługuje komunikacji opartej o wymianę komunikatów XML poprzez sieć CCN/CSI (rozdział VIII ust. 3 lit. b).

Izba dała wiarę wykładni autentycznej umowy Nr R/358/10/DI/B/1026/A-1 z dnia 31 maja 2011 roku zawartej pomiędzy zamawiającym, a przystępującym Pentacomp, które to podmioty były stronami tejże umowy (dowód złożony na rozprawie przez zamawiającego). Zarówno przystępujący Pentacomp, jak i zamawiający wskazali w umowie te elementy, które stanowiły podstawę do uznania wykazywanej przez przystępującego usługi, jako spełniającej warunki udziału w postępowaniu.

Za szczególnie ważne i decydujące Izba uznała postanowienia załącznika Nr 4 do tej umowy, strona 51, wiersze: 1 (Allocation Results), 3 (CCN/CSI), 7 (Quota drawing request), 9 (PLrrrr-mm-ddTgg_mm_ss), z których treści bezpośrednio wynika, że przystępujący spełnił kwestionowaną przez odwołującego część warunku dotyczącą funkcjonalności, cyt.: *Funkcjonalnością sytemu jest m.in. komunikacja oparta o wymianę komunikatów XML poprzez sieć CCN/CSI.*

Izba za bardziej wiarygodne uznała postanowienia zawartej umowy od projektu umowy (którą w poczet materiału dowodowego złożył odwołujący), jednocześnie uznając, że odwołujący nie udowodnił, w sposób przekonujący, stawianego zarzutu, dlatego też Izba uznała zarzut za niezasadny.

3. Zarzut dotyczący naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 10 i 11 ustawy Pzp, w związku z brakiem objęcia informacją z KRK przesłanek wskazanych w ww. pkt 10 i 11, względnie naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, Izba uznała za niezasadny.

Odwołujący wskazał, iż wykonawca nie przedstawił na dzień składania ofert dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia go z postępowania. Nowelizacja ustawy Pzp art. 24 ustawy - Prawo zamówień publicznych, w zw. z art. 21 pkt 1 ustawy z dnia 15 czerwca 2012 r. o skutkach powierzania wykonywania pracy cudzoziemcom przebywającym wbrew przepisom na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (Dz.U.2012.769) z dniem 21 lipca

2012 r., polegała na dodaniu dwóch nowych przesłanek wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które nie zostały potwierdzone w złożonych dokumentach Pentacomp**.** Dokumenty winny być aktualne tj. uwzględniać dodatkowy katalog przesłanek podstaw do wykluczenia. Dokumenty z KRK nie potwierdzają stanu prawnego wynikającego z nowelizacji ustawy z dnia 15 czerwca 2012 r. o skutkach powierzania wykonywania pracy cudzoziemcom przebywającym wbrew przepisom na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, stąd należy je uznać jako nieaktualne pomimo spełnienia jednego z warunków tj. wystawienia w odpowiednim terminie oraz jako niezgodne i nieobejmujące wymaganej treści.

Izba wskazuje, że załączone do oferty przystępującego informacje z KRK zawierają adnotację „NIE FIGURUJE W KARTOCE KARNEJ KRAJOWEGO REJESTRU KARNEGO", nie zaś nie figuruje w kartotece karnej we wskazanym zakresie - tym bardziej, że zakres ten nie został przez przystępującego ograniczony (pkt 13 formularza nie został sprecyzowany).

Zgodnie z §9 ust. 1 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 2 maja 2012r. w sprawie udzielania informacji o osobach oraz o podmiotach zbiorowych na podstawie danych zgromadzonych w Krajowym Rejestrze Karnym (Dz. U. z 2012 r., poz. 518) *Jeżeli dane osobowe osoby, której dotyczy zapytanie lub wniosek, są zgromadzone w Rejestrze, informacji o osobie z Rejestru udziela się na formularzu, o którym mowa w § 8 pkt* 2. *Do informacji załącza się nadesłane zapytanie lub wniosek.* Stosownie zaś do treści §9 ust. 2 tego rozporządzenia, *Jeżeli dane osobowe osoby, której dotyczy zapytanie lub wniosek: 1) nie są zgromadzone w Rejestrze, lub 2) są zgromadzone w Rejestrze z zastrzeżeniem, o którym mowa w art. 20 ust. 1c ustawy, przy czym skazanie objęte zastrzeżeniem jest jedynym skazaniem osoby, której dotyczy zapytanie lub wniosek - zapytanie lub wniosek zwraca się podmiotowi zapytującemu lub wnioskodawcy z adnotacją „NIE FIGURUJE".*

Skoro zatem w informacji z KRK (zaświadczeniu) znalazła się adnotacja dotycząca nie figurowania w kartotece karnej to oznacza, iż dana osoba nie była w ogóle karana i to niezależnie od rodzaju przestępstwa, o którym mowa w art. 24 ust. 1.

Ponadto rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich zamawiający może żądać zawiera katalog zamknięty dokumentów, jakich zamawiający może żądać na potwierdzenie niepodleganiu wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 4-11 Pzp. Rozporządzenie to nie przewiduje możliwości żądania przez Zamawiającego informacji z KRK na potwierdzenie nie podlegania wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 10 i 11 Pzp. Tym samym zarówno, co do treści jak **i** formy dokumenty przedstawione przez przystępującego są zgodne z wymaganiami określonymi w przepisach Pzp.

Powyższą argumentację potwierdza zarówno Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, jak i dotychczasowe orzecznictwo KIO (vide: wyroki z dnia: 13 grudnia 2012 r., sygn. akt.

KIO 2635/12, 5 maja 2010 r., sygn. akt. KIO 642/10, 20 grudnia 2012 r., sygn. akt. KIO 2700/12, KIO 2713/12).

W konsekwencji ustaleń poczynionych jw., za niezasadny Izba uznała zarzut dotyczący naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W ocenie Izby, zamawiający przeprowadził postępowanie w sposób należyty, z poszanowaniem zasad wynikających z przepisu art. 7 ustawy Pzp, traktując wszystkich wykonawców w sposób równy, dokładając szczególnej staranności przy ocenie ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu.

**KIO 600/13**

1. Zarzut dotyczący naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp w związku z art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania konsorcjum ED do uzupełnienia i wyjaśnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganej przez zamawiającego wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania osobami, a w konsekwencji zaniechanie wykluczenia konsorcjum ED z postępowania, Izba uznała za niezasadny.

Zgodnie z rozdziałem VIII specyfikacji istotnych warunków zamówienia (Opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków) warunek, o którym mowa w rozdziale VII ust. 1 pkt 2 s.i.w.z. (posiadanie wiedzy i doświadczenia) zostanie uznany za spełniony, gdy wykonawca wykaże się wykonaniem, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych w ciągu ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie:

*„a) co najmniej jednej usługi o wartości 2 000 000, 00 zł (słownie: dwa miliony złotych) brutto, polegającej na projektowaniu, budowaniu, testowaniu, uruchomieniu systemu informatycznego obsługującego bazę zintegrowanych danych o rozmiarze danych biznesowych co najmniej 10 GB oraz złożoną strukturą danych tj. co najmniej 30 różnych typów rekordów, oraz co najmniej 200 reguł spójności biznesowej tych danych i automatyczną weryfikacją wprowadzanych danych pod względem integralności i spójności biznesowej;*

*b) co najmniej jednej usługi polegającej na projektowaniu, budowaniu, testowaniu, uruchomieniu systemu informatycznego, którego funkcjonalnością jest m.in. komunikacja oparta o wymianę komunikatów XML poprzez sieć CCN/CSI (Common Communication Network/Common System Interface) lub inną sieć, w której komunikacja z punktem dostępowym (gateway) jest realizowana w sposób synchroniczny i asynchroniczny z wykorzystaniem zainstalowanego po stronie klienta, programowego modułu*

*komunikacyjnego middleware zapewniającego ciągłą komunikację pomiędzy, co najmniej dwoma różnymi systemami informatycznymi;*

*c) co najmniej jednej usługi polegającej na projektowaniu, budowaniu, testowaniu, uruchomieniu systemu informatycznego, którego funkcjonalnością jest m.in. komunikacja oparta o wymianę komunikatów z wykorzystaniem przez system usług opartych na web-service;*

*Dopuszcza się łączne spełnienie warunków określonych w pkt a), b) i c). ”*

Do oferty złożonej w przedmiotowym postępowaniu przez konsorcjum ED załączono wykaz usług (str. 29 - 41 oferty), który zdaniem odwołującego, nie potwierdza spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania wiedzą i doświadczeniem.

Izba stwierdziła, że zarzuty odwołującego oparte są jedynie na domniemaniach i własnej interpretacji wykazu usług oraz wykazu osób. Odwołujący zarzutów odwołania nie poparł żadnym dowodem, który mógłby potwierdzać zasadność podnoszonych okoliczności. Odmienna interpretacja informacji zawartych w ww. wykazach, w tym inna niż użyta przez konsorcjum ED definicja usług wykonanych, nie może stanowić dowodu samego w sobie.

Dlatego też Izba stwierdziła, że podnoszenie zarzutów bez poparcia ich stosownymi dowodami, w szczególności takimi, z których wynikałoby, że wykonawca konsorcjum ED nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, nie może zostać uznane za zasadne.

2. Zarzut dotyczący naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 w związku z art. 24 ust. 1 pkt 3 w związku z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania konsorcjum ED do uzupełnienia dokumentów potwierdzających brak zaistnienia przesłanek wykluczenia z postępowania w postaci zaświadczenia o niezaleganiu w uiszczaniu opłat i podatków przez European Dynamics Luxemburg S.A. z siedzibą w Luksemburgu, a w konsekwencji zaniechanie wykluczenia konsorcjum ED z postępowania, Izba uznała za niezasadny.

W zakresie powyższego zarzutu, Izba podziela argumentację prezentowaną, jak w uzasadnieniu w sprawie o sygn. akt KIO 598/13.

3. Zarzut dotyczący naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum ED pomimo, iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, Izba uznała za niezasadny.

W zakresie powyższego zarzutu, Izba podziela argumentację prezentowaną, jak w uzasadnieniu w sprawie o sygn. akt KIO 598/13.

Ponadto Izba wskazuje, że odwołujący nie powołał żadnego dowodu, poza porównaniem ceny oferty i wartości szacunkowej zamówienia, na okoliczność, że cena oferty konsorcjum

ED, jest ceną rażąco niską. Odwołujący nie przedstawił żadnych własnych wyliczeń, opinii, itp. dokumentów, które mogłyby uzasadniać słuszność stawianego zarzutu. Izba wskazuje, że konsekwencją nie uwzględnienia zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny, jest nie uwzględnienie zarzutu czynu nieuczciwej konkurencji. Skoro bowiem, Izba uznała, że cena oferty konsorcjum ED nie nosi znamion ceny rażąco niskiej (odwołujący zarzutu nie udowodnił), to tym samym zarzut odnoszący się do sytuacji, że złożenie oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji przez utrudnianie innym wykonawcom dostępu do rynku jest niezasadny.

Izba podziela pogląd wyrażony w opinii Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 4 lutego 2003 r. „Interpretacja przepisów nowelizacji ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. Urz. UOKiK z 2003 r. Nr 1, poz. 240)". W opinii tej UOKiK napisał m. in.: *Na wstępie należy wskazać, że nie każde utrudnianie dostępu do rynku jest czynem nieuczciwej konkurencji. Jest nim tylko takie utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, które może być uznane za sprzeczne z ustawą, czyli nieuczciwe*. Odwołujący nie udowodnił, że konsorcjum ED, poprzez złożenie swojej oferty z ceną w niej określoną postąpił sprzecznie z ustawą, czyli nieuczciwie.

Jak wskazał UOKiK w dalszej części opinii *Utrudnianie dostępu do rynku ma miejsce wtedy, gdy przedsiębiorca podejmuje działania, które uniemożliwiają innemu przedsiębiorcy rynkową konfrontację produkowanych przez niego towarów, w efekcie czego swoboda uczestniczenia w działalności gospodarczej, czyli swoboda wejścia na rynek, oferowania na nim swoich towarów lub usług lub wyjścia z danego rynku, ulega ograniczeniu. Jeżeli działania te nie wynikają z istoty konkurencji, lecz są podejmowane w celu utrudnienia dostępu do rynku i przy pomocy środków nieznajdujących usprawiedliwienia w mechanizmie wolnej konkurencji, stanowią one czyn nieuczciwej konkurencji*. Również w zakresie powyższego stanowiska, wskazać należy, że odwołujący nie wykazał, w jaki sposób jego swoboda w uczestnictwie w przedmiotowym postępowaniu, została utrudniona lub ograniczona. Samo przytoczenie właściwych odwołującemu orzeczeń nie stanowi jeszcze o właściwym uzasadnieniu zarzutów odwołania, a w szczególności nie stanowi dowodu w sprawie. Odwołujący nie udowodnił, że konsorcjum ED zaoferowało ceny dumpingowe.

4. Zarzut dotyczący naruszenia art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, poprzez uznanie, iż oferta złożona przez konsorcjum ED nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, a w konsekwencji naruszenie art. 90 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez konsorcjum ED, Izba uznała za niezasadny.

W zakresie powyższego zarzutu, Izba podziela argumentację prezentowaną powyżej, jak i zawartą w uzasadnieniu w sprawie o sygn. akt KIO 598/13.

W konsekwencji ustaleń poczynionych jw., za niezasadny Izba uznała zarzut dotyczący naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W ocenie Izby, zamawiający przeprowadził postępowanie w sposób należyty, z poszanowaniem zasad wynikających z przepisu art. 7 ustawy Pzp, traktując wszystkich wykonawców w sposób równy, dokładając szczególnej staranności przy ocenie ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu.

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

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

**Przewodniczący**: ……