

**Sygn. akt KIO 2371/12**

**WYROK**

**z dnia 13 listopada 2012 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:**                   **Magdalena Grabarczyk**  
   **Dagmara Gałczewska-Romek**  
   **Przemysław Dzierzędzki**

**Protokolant:**                   **Mateusz Michalec**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 listopada 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 października 2012 r. przez Przedsiębiorstwo Produkcji Elementów Budowlanych "Kontener" Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Płocku, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - Rejonowy Zarząd Infrastruktury w Lublinie

przy udziale FAPRO Z....., Z..... Spółki jawnej w Radomiu zgłaszającej swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża Przedsiębiorstwo Produkcji Elementów Budowlanych "Kontener" Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Płocku i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Przedsiębiorstwo Produkcji Elementów Budowlanych "Kontener" Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Płocku tytułem wpisu od odwołania;

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (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 Lublinie.

**Przewodniczący:** .....

.....

.....

### **Uzasadnienie**

Zamawiający – Rejonowy Zarząd Infrastruktury w Lublinie - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest dostawa wraz z posadowieniem na placu budowy kontenerów sanitarnych.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 27 sierpnia 2012 r., pod numerem 2012/S 167-277087.

Wartość zamówienia jest większa, niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

18 października 2012 r. zamawiający przesłał informację o wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez „FAPRO” Z....., Z..... SPÓŁKA JAWNA w Radomiu (dalej jako „FAPRO”). Wykonawca, który złożył ofertę ocenioną, jako druga w kolejności - Przedsiębiorstwo Produkcji Elementów Budowlanych „KONTENER” Sp. z o.o. w Płocku wniósł odwołanie, które wpłynęło w formie pisemnej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 29 października 2012 r. Zachowany został obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 w związku z art. 22 ust. 1 Pzp, art. 24 ust. 1 pkt 5 Pzp, art. 89 ust. 1 pkt 2 i 5 oraz 7 ust. 3 Pzp przez:

- zaniechanie wykluczenia z postępowania „FAPRO”, pomimo że wykonawca złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania i nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu;
- zaniechanie odrzucenia oferty „FAPRO”, pomimo, że oferta nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej jako: „specyfikacja”) i została złożona przez wykonawcę, który winien być wykluczony z tego postępowania.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu wykluczenie z postępowania „FAPRO” oraz dokonanie ponownego badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej. Ewentualnie wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności oceny ofert i wyboru oferty oraz wykonanie ich ponownie. Odwołujący żądał dopuszczenie dowodu z akt postępowania, a w szczególności oferty złożonej przez „FAPRO” na okoliczność konieczności wykluczenia z postępowania oraz złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik prowadzonego postępowania i nie wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. Nadto o zobowiązanie

zamawiającego do przedłożenia w poczet materiału dowodowego akt postępowania, w szczególności oferty złożonej przez „FAPRO”, dopuszczenie dowodu z dokumentów wskazanych w treści pisma na okoliczności w nim przedstawione oraz o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania, w tym wynagrodzenia za zastępstwo procesowe według norm przepisanych.

W uzasadnieniu odwołujący wywiódł, że „FAPRO” nieprawdziwie oświadczył, że dysponuje odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia oraz, że przedmiot zamówienia wykona z udziałem podwykonawcy wyłącznie w zakresie montażu i transportu kontenerów z posadowieniem na placu budowy. Wywiódł, że pojęcie dostawy należy definiować zgodnie z art. 605 Kodeksu cywilnego, zatem nieodzownym zatem elementem dostawy jest wytworzenie jej przedmiotu. Zarzucił, że „FAPRO” nie posiada żadnego potencjału koniecznego do wytworzenia kontenerów, a tym samym również nie dysponuje odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, o czym świadczy przede wszystkim oferta handlowa, która znajduje się na oficjalnej stronie internetowej wykonawcy. Podniósł, że skoro „FAPRO” nie posiada w swojej ofercie wytwarzania i budowy kontenerów bowiem jej faktycznie wykonywany przedmiot działalności nie obejmuje tego zakresu, to nie jest w stanie w tym zakresie samodzielnie wykonać przedmiotu umowy.

Odwołujący zarzucił, że w zakresie w jakim „FAPRO” wskazał na korzystanie z podwykonawców, brak jest dowodów, iż będzie on dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności poprzez przedstawienie w tym celu pisemnych zobowiązań podwykonawców do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. Podniósł, że skoro wykonanie przez „FAPRO” przedmiotu zamówienia nie jest możliwe z uwagi na brak potencjału, to również złożone przez niego oświadczenie w tym przedmiocie nie jest prawdziwe.

Odwołujący zarzucił, iż z dokumentów, które zostały złożone przez „FAPRO” wynika wprost, że wszyscy wspólnicy spółki jawnej zostali prawomocnie skazani za przestępstwo wskazane w art. 24 ust. 1 pkt 5 ustawy, zatem wykonawca ten podlega obligatoryjnemu wykluczeniu a oświadczenie „FAPRO” o braku podstaw do wykluczenia jest nieprawdziwe.

Podniósł, że „FAPRO” sprzecznie z prawem utajnił dokumenty, które odnoszą się do omawianych kwestii - kluczowych z punktu widzenia zachowania zasad uczciwej konkurencji w postępowaniu, gdyż przepisy dopuszczają dokonanie zastrzeżenia przed terminem złożenia oferty.

Odwołujący wywiódł, że zamawiający zaniechał odrzucenia oferty „FAPRO” na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 5 Pzp. Wyjaśnił, że treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji w zakresie w jakim „FAPRO” wskazał na korzystanie z podwykonawców, gdyż nie udowodnił w szczególności przez przedstawienie pisemnego zobowiązania, że będzie

dysponował zasobami podwykonawców oraz nie złożył wymaganego zaświadczenia, dla wykazania, iż znajduje się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia.

Wykonawca „FAPRO” Z....., Z..... SPÓŁKA JAWNA w Radomiu przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Przed otwarciem rozprawy zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i przeprowadziła rozprawę, podczas której strony i uczestnik podtrzymali dotychczasowe stanowiska.

**Izba ustaliła, co następuje:**

Zgodnie z postanowieniami pkt I specyfikacji przedmiot zamówienia stanowi dostawa wraz z posadowieniem na placu budowy kontenerów sanitarnych. W pkt I.2. zamawiający wskazał, że wykonawca odpowiedzialny jest za zorganizowanie dostawy wraz z posadowieniem kontenerów stanowiących przedmiot zamówienia. Zamawiający nakazał w pkt I.5. specyfikacji, aby wykonawca wskazał w ofercie część zamówienia, której wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom.

Pkt VII specyfikacji stanowi, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu z postępowania oraz spełniają warunki, udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy tj.:

- a) Posiadają uprawnienia do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania;
- b) Posiadają wiedzę i doświadczenie do wykonywania zamówienia - przy czym warunek ten zostanie spełniony jeżeli: Wykonawca wykaże się wykonaniem w ciągu ostatnich 3 (trzech,) lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie) dostawy/ dostaw odpowiadających swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia tj. wykonał dostawę co najmniej 100 sztuk kontenerów 20 stopowych w ramach jednego lub więcej zamówień;
- c) Dysponują odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia;
- d) Znajdują się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia.

Zamawiający stosownie do art. 26 ust. 2b Pzp wskazał, że jeżeli wykonawca - potwierdzając spełnianie warunków udziału w postępowaniu - będzie polegał na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonywania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków - w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, że będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia.

Katalog oświadczeń i dokumentów służących potwierdzeniu, że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz, że oferowane dostawy spełniają wymagania zamawiającego zawarty został w w pkt XVI specyfikacji.

Zamawiający żądał m.in. złożenia oświadczeń o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu określonych w art. 22 ust. 1 Pzp oraz o braku podstaw do wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 Pzp.

W celu wykazania spełniania warunków udziału w zakresie wiedzy i doświadczenia zamawiający wymagał w pkt XVI ppkt 4 i 5 specyfikacji złożenia wykazu wykonanych dostaw spełniających określone wymagania oraz załączenia dokumentów potwierdzających, że dostawy zostały wykonane należycie.

W zakresie wykazania braku podstaw do wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 4-8 Pzp zamawiający żądał w pkt XVI ppkt 8 specyfikacji złożenia aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego wystawionej nie wcześniej, niż 6 miesięcy przed terminem składania ofert, nie żądał złożenia dokumentów odnoszących się do sytuacji ekonomicznej i finansowej wykonawcy.

Zamawiający otworzył oferty 8 października 2012r., przed otwarciem podał kwotę, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia 4.864.527 zł.

Cena oferty odwołującego wynosi 5.957.628,00 zł.

Przystępujący złożył ofertę z najniższą ceną- 4.454.518, 80 zł brutto. Zadeklarował wykonanie przedmiotu zamówienia z udziałem podwykonawcy w zakresie montażu i transportu kontenerów z posadowieniem na placu budowy. Wraz z ofertą złożył wymagane oświadczenia i dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, których treść nie jest kwestionowana, nie złożył wymaganych dla każdego ze współników spółki jawnej zaświadczenia z KRK.

Dokumenty te zamawiający otrzymał w wyniku wezwania w trybie art. 26 ust. 3 Pzp dokonanego pismem z 10 października 2012r. Ze złożonych informacji o osobach współników wynika, że orzeczeniem Sądu Rejonowego w Radomiu z 17 stycznia 2008 r., które uprawomocniło się 19 lutego 2012r., zostali oni skazani na karę grzywny za czyn określony w art. 79 pkt 4 ustawy z dnia 29 września 1994 r. o rachunkowości (Dz.U. Nr 121, poz. 591 ze zm.)

Izba dokonała ustaleń na podstawie specyfikacji, ofert odwołującego i przystępującego oraz wymienionych oświadczeń i dokumentów.

Bezsporna jest okoliczność, że przystępujący nie jest producentem kontenerów.

**Izba zważyła, co następuje:**

Izba nie podzieliła poglądu zamawiającego i uznała, że odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Jest wykonawcą, który złożył ofertę, zatem ma interes w uzyskaniu danego zamówienia. Zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów powodują, że odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraty możliwości uznania jego oferty za najkorzystniejszą, a w konsekwencji utraty spodziewanych korzyści związanych z zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Zgodnie z dotychczasowym dorobkiem doktryny i orzecznictwa art. 179 ust. 1 Pzp zawiera samoistne materialnoprawne przesłanki dopuszczalności środków ochrony prawnej. W razie stwierdzenia ich braku Izba oddała odwołanie bez konieczności rozpoznawania podniesionych w nim zarzutów.

Zamawiający oświadczył, że cena oferty odwołującego przewyższa kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia i nie ma możliwości zwiększenia posiadanych środków.

Wskazał, że ewentualny wybór oferty odwołującego powodowałby konieczność unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp.

Izba uznała, że czynność unieważnienia postępowania, jako zdarzenie przyszłe i niepewne, nie może prowadzić do oddalenia odwołania skierowanego wobec czynności wyboru najkorzystniejszej oferty bez jego merytorycznego rozpoznania, zwłaszcza, że oświadczenie zamawiającego o braku możliwości zwiększenia środków pozostało całkowicie gołosłowne.

Izba rozpoznała zatem odwołanie co do istoty i uznała je za całkowicie bezzasadne.

Okoliczności faktyczne nie są sporne. Istotę sporu stanowi ich ocena oraz wywodzony z nich skutek prawny.

Tytułem uwag wstępnych należy zauważyć, że postępowanie o udzielenie zamówienia stanowi uporządkowany ciąg czynności zamawiającego i ma sformalizowany charakter.

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez złożenie oferty nawiązuje się między zamawiającym a wykonawcami specyficzny stosunek o charakterze wielostronnym oparty o postanowienia specyfikacji. Specyfikacja jest dokumentem

podstawowym i - za wyjątkiem postanowień nieważnych z mocy prawa - wiążącym zarówno dla zamawiającego, jak i wykonawców.

Zamawiający zobowiązany jest przeprowadzenia wszystkich czynności prowadzących do wyboru najkorzystniejszej oferty oraz do dokonania tego wyboru na podstawie wymagań ustalonych w treści specyfikacji. Przeciwnie działanie godzi w zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji ustalone w art. 7 ust. 1 Pzp.

Izba zważyła, że zamawiający dokonał oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz badania i oceny oferty przystępującego zgodnie z wymaganiami opisanymi w specyfikacji.

Zarzuty odwołania oparte są na błędnej interpretacji postanowień specyfikacji i przepisów ustawy oraz odwołują się do wymagań nie wyrażonych treści specyfikacji przez zamawiającego.

Przedmiotu zamówienia nie stanowi dostawa w rozumieniu art. 605 k.c., który stanowi, że przez umowę dostawy dostawca zobowiązuje się do wytworzenia rzeczy oznaczonych tylko co do gatunku oraz do ich dostarczenia częściami albo periodycznie, a odbiorca zobowiązuje się do odebrania tych rzeczy i do zapłacenia ceny.

Z mocy art. 14 Pzp postanowienia kodeksu cywilnego znajdują zastosowanie w odniesieniu do czynności zamawiającego i wykonawców podjętych w postępowaniu o udzielenie zamówienia, jedynie w zakresie nieuregulowanym w ustawie. Tymczasem art. 2 pkt 2 Pzp zawiera własną definicję dostawy i stanowi, że pod pojęciem tym należy rozumieć nabywanie rzeczy, praw i innych dóbr, w szczególności na podstawie umowy sprzedaży, dostawy, najmu, dzierżawy oraz leasingu. Z powołanej definicji wynika więc, że wykonawcą dostawy może być zarówno wytwórca dostarczanych rzeczy, jak i podmiot, który nie jest ich producentem.

Trafnie zatem przyjął zamawiający, że treścią zobowiązania wykonawcy jest organizacja dostarczenia i posadowienie kontenerów na placu budowy, nie zaś wytwarzanie, dostarczenie i posadowienie kontenerów.

Do poglądu przeciwnego nie skłania podnoszony przez odwołującego fakt, że umowa, której wzór załączono do specyfikacji jest umową dostawy. Izba ocenia, że – co jest często spotykane w obszarze zamówień publicznych - tytuł tej umowy odpowiada kwalifikacji jej przedmiotu w rozumieniu przepisów ustawy. Nadto, pojęcie „dostawy” zawarte we wzorze umowy powinno być rozumiane na gruncie postanowień wzoru umowy, tak samo jak w odniesieniu do przedmiotu zamówienia opisanego w specyfikacji, a więc z zastosowaniem definicji zawartej w art. 2 pkt 2 Pzp. Zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 16 Pzp, wzór umowy stanowi element specyfikacji istotnych warunków zamówienia i absurdalne byłoby przyjęcie, że to samo pojęcie ma inne znaczenie w obrębie jednego dokumentu. Nadto zgodnie z dyrektywą



interpelacyjną zawartą w art. 65 § 2 k.c. sam tytuł umowy nie może przesądzać o ocenie jej treści.

W konsekwencji z faktu, że wykonawca nie jest wytwórcą przedmiotu dostawy nie można wywodzić na gruncie ustawy, że nie jest on zdolny do wykonania przedmiotu zamówienia z należytą starannością. Temu celowi służą oświadczenia i dokumenty, których złożenia zamawiający żądał w specyfikacji, a które przystępujący złożył.

Przystępujący nie był zobowiązany do złożenia wraz z ofertą pisemnego zobowiązania podwykonawcy o treści odpowiadającej wymaganiom art. 26 ust. 2b Pzp.

Przywołany przepis przytoczony przez zamawiającego w postanowieniu specyfikacji ma umożliwić udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcom, którzy nie spełniają warunków udziału w postępowaniu, przez powołanie się na zasoby innego podmiotu, którymi wykonawca będzie dysponował w czasie wykonywania zamówienia, o ile zostanie to udowodnione zamawiającemu.

Przystępujący tymczasem samodzielnie wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Dostrzeżenia też wymaga, że podwykonawstwo nie wiąże się z obowiązkiem udostępnienia zasobów wykonawcy, lecz przeciwnie, co do zasady, podmiot udostępniający swe zasoby może, lecz nie musi, uczestniczyć w wykonaniu zamówienia jako podwykonawca.

Sam fakt wskazania, zgodnie z wymaganiami zamawiającego, części zamówienia, których wykonanie nastąpi przy udziale podwykonawcy, nie skutkuje obowiązkiem złożenia przez podwykonawcę jakichkolwiek oświadczeń lub dokumentów.

Przystępujący wykazał również spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej zgodnie z wymaganiami zamawiającego. Zamawiający nie skonkretyzował wymagania w tym zakresie, poprzestał na powieleniu regulacji zawartej w art. 22 ust. 1 pkt 4 Pzp. Stosownie do dyspozycji art. 25 ust. 1 Pzp pozwalającego na żądanie oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, jedynie w razie dokonania opisu tego warunku, zamawiający nie żądał żadnych oświadczeń lub dokumentów odnoszących się do sytuacji ekonomicznej i finansowej przystępującego. Zarzut odwołującego domagającego się złożenia, niesprecyzowanych *nota bene*, zaświadczeń pozbawiony jest zatem podstaw faktycznych.

Odwołujący wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu, zatem zamawiający trafnie uznał go za wykonawcę zdolnego do wykonania zamówienia. Zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp nie znalazł potwierdzenia.

Izba zważyła, że prawomocne skazanie za czyn określony w art. 79 ust. 4 ustawy o rachunkowości nie skutkuje wykluczeniem na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 5 Pzp.

Przestępstwo wskazane w art. 79 ust. 4 ustawy o rachunkowości to nie złożenie sprawozdania finansowego lub sprawozdania z działalności we właściwym rejestrze sądowym. Przywołany przepis ustawy stanowi natomiast, że zamawiający wyklucza z postępowania spółki jawne, których wspólnika prawomocnie skazano za przestępstwo popełnione w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia, przestępstwo przeciwko prawom osób wykonujących pracę zarobkową, przestępstwo przeciwko środowisku, przestępstwo przekupstwa, przestępstwo przeciwko obrotowi gospodarczemu lub inne przestępstwo popełnione w celu osiągnięcia korzyści majątkowych, a także za przestępstwo skarbowe lub udział w zorganizowanej grupie albo związku mających na celu popełnienie przestępstwa lub przestępstwa skarbowego.

Przedewszystkim, Izba uznała, że katalog przestępstw wymienionych w art. 24 ust. 1 pkt 5 Pzp referuje się, za wyjątkiem wskazanych opisowo przestępstw popełnionych w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia i przestępstw popełnionych w celu osiągnięcia korzyści majątkowych do przestępstw opisanych w kodeksie karnym i kodeksie karnym skarbowym (*vide*: J.Pieróg – Prawo zamówień publicznych. Komentarz. C.H.Beck 2012. Wyd.11).

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej oraz Sądów Okręgowych ukształtował się pogląd, że przesłanki wykluczenia, jako przepisy o charakterze restrykcyjnym, sankcyjnym dla wykonawcy, należy interpretować ściśle z zastosowaniem wykładni językowej. Reguły tej wykładni nie dają podstaw do wykluczenia przystępującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 5 Pzp, zwłaszcza, że odwołujący, na którym – jako na domagającym się wykluczenia przystępującego - spoczywa ciężar dowodu – nie wskazał, którego z katalogu przestępstw wskazanych w przywołanym przepisie dopuścił się przystępujący, mimo że mógł i powinien był to uczynić

Skoro przystępujący wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu i nie podlega wykluczeniu, to złożył prawdziwe oświadczenia w tym zakresie. Zamawiający nie naruszył zatem art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, dla zastosowania którego konieczne jest kumulatywne zaistnienie dwóch przesłanek – złożenia nieprawdziwych informacji oraz wpływu tych informacji na wynik postępowania o udzielenie zamówienia połączonych normalnym, adekwatnym związkiem przyczynowo skutkowym.

Skoro przystępujący nie podlega wykluczeniu, to złożona przez niego oferta nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust.1 pkt 5 Pzp. Na marginesie jedynie Izba zważyła, że oferta wykonawcy wykluczonego podlega odrzuceniu *ex lege* z mocy art. 24 ust. 4 Pzp. Zamawiający nie jest zatem zobowiązany do dokonania czynności odrzucenia oferty wykonawcy, który został wykluczony z postępowania.

Oferta przystępującego nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Przepis ten odnosi się do zgodności świadczenia oferowanego przez wykonawcę oraz opisanych w specyfikacji wymagań zamawiającego w aspekcie merytorycznym. Odwołujący nie kwestionuje zgodności świadczenia oferowanego przez przystępującego z opisanymi wymaganiami zamawiającego, konstruuje zarzut na podstawie wymagań podmiotowych stawianych wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia. Zarzut taki pozbawiony jest podstaw faktycznych i prawnych, już wobec konstatacji, że ustawa w art. 20 ust. 1 odróżnia czynność oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu od czynności badania i oceny ofert.

Zamawiający nie uchybił zasadzie jawności postępowania. Odwołujący potwierdził na rozprawie, że miał możliwość zapoznania się z całością oferty odwołującego przed wniesieniem odwołania.

Izba nie podzieliła również poglądu odwołującego, że zastrzeżenie informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa może nastąpić wyłącznie przed upływem terminu składania ofert.

Kryteria uznania informacji za tajemnice przedsiębiorstwa zawiera art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji stanowiący, że przez tajemnicą 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.

Tym samym o charakterze informacji przesądza spełnienie przesłanek ustawowych. Moment dokonania zastrzeżenia, nie może mieć zatem decydującego znaczenia. Jeśli ustawodawca w art. 8 ust. 3 ustalił zastrzeżenie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa złożonych wraz z ofertą przed upływem terminu składania ofert, to tym bardziej analogicznie uprawnione jest zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji odpowiadających wymaganiom art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji składanych zamawiającemu po otwarciu ofert, w szczególności w wyniku wezwań dokonanych przez zamawiającego.

W tym stanie rzeczy, Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzekła jak w pkt 1 sentencji. O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp. Izba nie uwzględniła kosztów pełnomocnika zamawiającego – pełnomocnik przed zamknięciem rozprawy złożył wyłącznie spis kosztów obejmujący koszty dojazdu na posiedzenie, tymczasem zgodnie z § 3 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) do zaliczenia kosztów

poniesionych przez zamawiającego w poczet kosztów postępowania odwoławczego niezbędne jest złożenie rachunku.

**Przewodniczący:** .....

.....

.....