

Sygn. akt: KIO 2688/10

WYROK
z dnia 28 grudnia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 grudnia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Zakład Systemów Teleinformatycznych Softel sp. z o.o. sp. k., ul. J. Lea 114, 30-133 Kraków** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Centrum Systemów Informacyjnych Ochrony Zdrowia, ul. S. Dubois 5a, 00-184 Warszawa**

przy udziale wykonawcy **Sygnity S.A., 02-486 Warszawa, al. Jerozolimskie 180** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża Zakład Systemów Teleinformatycznych Softel sp. z o.o. sp. k., ul. J. Lea 114, 30-133 Kraków

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości 7.500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczony przez **Zakład Systemów Teleinformatycznych Softel sp. z o.o. sp. k., ul. J. Lea 114, 30-133 Kraków**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Zakład Systemów Teleinformatycznych Softel sp. z o.o. sp. k., ul. J. Lea 114, 30-133 Kraków** na rzecz **Centrum Systemów Informacyjnych Ochrony Zdrowia, ul. S. Dubois 5a, 00-184 Warszawa**

stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 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:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), którego przedmiotem jest „wprowadzenie zmian do Informatycznego Systemu Statystyki Medycznej spowodowanych zmianami legislacyjnymi oraz nowymi wymaganiami użytkowników wraz z nadzorem autorskim oraz świadczeniem usług gwarancyjnych w okresie 12 miesięcy”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 16 listopada 2010 r. pod nr 325347/2010.

Pismem z 7 grudnia 2010 r., przesłanym w tym samym dniu faksem, zamawiający zawiadomił Zakład Systemów Teleinformatycznych Softel sp. z o.o. sp. k., ul. J. Lea 114, 30-133 Kraków, zwanego dalej „odwołującym” o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Sygnity S.A., Al. Jerozolimskie 180, 02-486 Warszawa, zwanego dalej „przystępującym” oraz o wykluczeniu odwołującego z udziału w postępowaniu oraz o odrzuceniu jego oferty.

Wobec czynności wykluczenia z udziału w postępowaniu oraz wobec czynności odrzucenia jego oferty, odwołujący wniósł w dniu 13 grudnia 2010r. odwołanie. W odwołaniu tym odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) w zakresie czynności odrzucenia oferty odwołującego:

a) naruszenie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez:

- zobowiązanie odwołującego do udzielenia wyjaśnień w przedmiocie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, podczas gdy cena oferty odwołującego nie dawała podstaw do przypuszczeń, że jest to cena rażąco niska;
- wyznaczenie rażąco krótkiego terminu na udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny;

b) naruszenie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez odrzucenie oferty odwołującego z powodu nie udzielenia wyjaśnień w przedmiocie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, podczas gdy odwołujący żądane przez zamawiającego wyjaśnienia złożył, a treść tych wyjaśnień stała się zamawiającemu znana na kilka dni przed dokonaniem wyboru najkorzystniejszej oferty i była wystarczająca dla ustalenia, że oferta odwołującego nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia;

2) w zakresie wykluczenia odwołującego z postępowania:

- a) naruszenie art. 24 ust. 2 punkt 4 ustawy Pzp, w związku z art. 26 ust. 3 i ust. 4 ustawy Pzp, poprzez wykluczenie odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia z uwagi na niezłożenie dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu - bez uprzedniego wyczerpania przez zamawiającego procedury wezwania odwołującego do złożenia tych dokumentów;
- b) naruszenie § 1 ust. 1 punkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2009 r., nr 226, poz. 1817) - poprzez żądanie od odwołującego dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia innych niż dokumenty wymienione w powołanym przepisie;
- c) naruszenie art. 25 ust. 1 punkt 1 ustawy Pzp, poprzez żądanie od odwołującego dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia innych niż wskazane w ogłoszeniu o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia;

a nadto, w zakresie obydwu czynności

- 3) naruszenie przepisu art. 7 ustawy Pzp, poprzez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący argumentował, że pismem z dnia 2 grudnia 2010 r., doręczonym odwołującemu faksem tego samego dnia około godziny 14.00, zamawiający zwrócił się do odwołującego o złożenie wyjaśnienia dotyczącego elementów oferty mających wpływ na jej cenę. Zamawiający zobowiązał odwołującego do dostarczenia tych wyjaśnień do dnia 3 grudnia 2010 r., do godziny 12.00.

Jednocześnie, w tym samym piśmie i zakreślając ten sam termin, zamawiający zażądał od odwołującego złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty, a nadto dostarczenia różnorodnych dokumentów, w tym dokumentów potwierdzających zakres wykonanego zamówienia, wartość zamówienia, strony umowy. W ocenie odwołującego tak sformułowane wezwanie uchybiało przepisom ustawy Pzp, z uwagi na fakt, że cena zaoferowana przez odwołującego nie dawała podstaw do uważania jej za rażąco niską a nadto z uwagi na zbyt krótki termin do udzielenia żądanych wyjaśnień.

Cena zaoferowana przez odwołującego, wynosząca 92 720 zł brutto, pozostawała na poziomie adekwatnym do przedmiotu zamówienia. Podkreślał, że obecnie, wobec dużej konkurencji oraz faktu, iż to najczęściej cena jest jedynym kryterium oceny ofert, mamy

często do czynienia ze znaczącym obniżeniem cen ofertowych. W konsekwencji wartość przedmiotu zamówienia oszacowana przez zamawiającego w oparciu o jego dotychczasowe doświadczenia i ceny z porównywalnych zamówień, niejednokrotnie w sposób znaczący przekracza wartość poszczególnych ofert - co nie może jednak prowadzić do wniosku, że oferty te zawierają cenę rażąco niską. Wielokrotnie w orzecznictwie wskazywano też, że „o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych. Podkreślał, że zamówienie polegało wyłącznie na modyfikacji systemu informatycznego, a nie jego tworzeniu od podstaw. Dotyczyło ono systemu informatycznego w ochronie zdrowia, czyli rodzaju systemu informatycznego, z którym odwołujący miał już do czynienia i w zakresie którego miał odpowiednie doświadczenie. Wobec powyższego wywodził, że zamawiający nie miał podstaw, aby powziąć wątpliwości co do tego, czy cena oferty odwołującego nie jest rażąco niska - a tym samym nie był on uprawniony do zobowiązania odwołującego do składania w tym zakresie wyjaśnień.

Odwołujący podnosił także, że zamawiający wymagał od niego, aby ten w czasie krótszym niż 24 godziny przygotował wyjaśnienia dotyczące ceny oferty, w tym jej szczegółową kalkulację, a jednocześnie odpowiedział na pytania zamawiającego oraz zgromadził i dostarczył wskazane przez zamawiającego dokumenty. Takie działanie zamawiającego należy uznać za pogwałcenie przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Jakkolwiek bowiem z powołanego przepisu nie wynika, jaki termin zamawiający winien wyznaczyć wykonawcy celem udzielenia wyjaśnień co do elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, to jednak nie może być wątpliwości, że termin ten powinien być „odpowiedni” - to jest na tyle długi, aby odwołujący miał realną możliwość prawidłowego i pełnego zadośćuczynienia żądaniu zamawiającego. Podkreślał, że szczegółowa kalkulacja kosztów związanych z realizacją zamówienia, jeśli miała zostać przygotowana tak, aby odpowiadać wymaganiom zamawiającego, musiała być bardzo obszerna, musiała też zostać opracowana (choćby w sensie technicznym) niezwykle starannie - skoro za jej pomocą odwołujący miał w istocie rzeczy niejako bronić się przed zarzutem rażąco niskiej ceny i odrzuceniem jego oferty. Opracowanie i sprawdzenie takiej kalkulacji wymagało stosownego nakładu pracy, zgromadzenia i udziału szeregu osób, które mogły taką kalkulację sporządzić, sprawdzić, a wreszcie podpisać - co nie zawsze jest łatwe z uwagi na fakt, że osoby te w tym samym czasie musiały wykonywać również inne, nie cierpiące zwłoki obowiązki.

Wskazywał ponadto, że w wyznaczonym przez zamawiającego terminie odwołujący musiał nie tylko przygotować wyjaśnienia w trybie art. 90 ust. 1 ustawy pzp, ale również przygotować inne żądane przez zamawiającego wyjaśnienia oraz zgromadzić wskazane dokumenty. Nie bez znaczenia jest przy tym okoliczność, że dokumenty, do których

przedłożenia zamawiający wezwał wykonawcę, nie mieściły się w katalogu dokumentów wskazanych w rozporządzeniu w sprawie dokumentów, a nawet nie mieściły się w katalogu dokumentów wskazanych przez zamawiającego w ogłoszeniu o postępowaniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia - a zatem wzywanie odwołującego do złożenia tych dokumentów było bezpodstawne. Odwołujący zmuszony był koncentrować się na czynnościach z punktu widzenia postępowania całkowicie zbędnych, realizując nieuprawnione żądania zamawiającego - zamiast poświęcić czas, i tak zbyt krótki, na przygotowanie wyjaśnień w przedmiocie elementów oferty mających wpływ na jej cenę. Zakreślenie odwołującemu tak krótkiego terminu na udzielenie wyjaśnień nie było niczym uzasadnione. Zwracał uwagę, że wykonawcy byli związani ofertami złożonymi w postępowaniu do dnia 24 grudnia 2010 r. - do tego dnia zamawiający miał zatem czas na wybór najkorzystniejszej oferty i następnie zawarcie umowy. Zamawiający nie musiał zatem wybierać najkorzystniejszej oferty, tak jak to uczynił, już w dniu 7 grudnia 2010 r.

Odwołujący zarzucił również zamawiającemu naruszenie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez odrzucenie oferty odwołującego z powodu nie złożenia wyjaśnień w przedmiocie elementów oferty mających wpływ na jej cenę. Zwracał uwagę, że art. 90 ust. 3 ustawy Pzp stanowi, iż zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień (...) potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Przepis ten nie przewiduje natomiast możliwości odrzucenia oferty wykonawcy, który złożył wyjaśnienia - bez dokonania ich oceny.

Wywodził, że niewłaściwa byłaby interpretacja powołanego przepisu, iż za wyjaśnienia złożone można uznać wyłącznie wyjaśnienia złożone w przewidzianym przez zamawiającego terminie. Przeciwno takiej interpretacji przemawiają dwójakiego rodzaju argumenty. Po pierwsze, chodzi o reguły wykładni literalnej; w art. 90 ust. 3 mowa jest wyłącznie o wyjaśnieniach złożonych i niezłożonych - nie zaś o wyjaśnieniach złożonych i niezłożonych w terminie (stąd uznać należy jednocześnie, że termin, o którym mowa wyłącznie w art. 90 ust. 1 ma charakter dyscyplinujący, jednak nie przesądzający). Po drugie, przeciwko takiej interpretacji przemawiają również reguły wykładni teleologicznej. Niewątpliwie bowiem celem regulacji umożliwiającej zamawiającym odrzucenie oferty wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień w przedmiocie elementów oferty mających wpływ na jej cenę, jest wyeliminowanie z postępowania ofert tych wykonawców, którzy odstępując od złożenia wyjaśnień potwierdzają podejrzenia zamawiającego co do zawarcia w ofercie rażąco niskiej ceny. W świetle powyższego należy uznać, że odwołujący składając stosowne wyjaśnienia oraz wyrażając gotowość do udzielania odpowiedzi na wszelkie dalsze wątpliwości zamawiającego podejrzeń tych nie potwierdził - a przeciwnie - dowiódł, że zaproponowana przez niego cena nie jest rażąco niska.

Podnosił, iż odwołujący złożył wyjaśnienia w przedmiocie ceny oferty zaledwie ok. pół godziny po upływie wyznaczonego przez zamawiającego terminu, a z drugiej strony - zamawiający nie podejmował decyzji co do wyboru najkorzystniejszej oferty natychmiast po upływie terminu do złożenia tych wyjaśnień, lecz dopiero po kilku dniach. Powyższe oznacza, że przed dokonaniem wyboru najkorzystniejszej oferty zamawiający wiedział, że odwołujący złożył żądane wyjaśnienia i znał ich treść, oraz że zamawiający dysponował czasem kilku dni - w pełni wystarczającym na zapoznanie się i dokonanie analizy wyjaśnień odwołującego oraz ustalenie, czy zaproponowana przez niego cena była rażąco niska.

Odwołujący zwracał również uwagę, że w uzasadnieniu wyboru najkorzystniejszej oferty zamawiający wskazał, iż wykluczył odwołującego z postępowania, gdyż z załączonego przez niego do oferty wykazu usług nie wynika, że usługi wykonane przez odwołującego w okresie trzech poprzedzających lat obejmowały również nadzór autorski. Zamawiający wskazał również, że nie wzywał odwołującego do uzupełnienia dokumentów w tym zakresie, ponieważ złożona przez niego oferta podlegała odrzuceniu.

Ponieważ w ocenie odwołującego jego oferta nie podlegała odrzuceniu, argument powołany przez zamawiającego dla zaniechania wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentów i złożenia wyjaśnień traci rację bytu - a wykluczenie odwołującego z postępowania bez dokonania takiego wezwania stanowi naruszenie art. 24 ust. 2 punkt 4 ustawy Pzp w związku z art. 26 ust. 3 i ust. 4 ustawy Pzp.

Zwracał uwagę, że zamawiający zwrócił się do odwołującego o udzielenie szeregu wyjaśnień i uzupełnienie różnorodnych dokumentów - nie żądając jednak wśród nich wyjaśnienia czy też dokumentu związanego ze spełnieniem przez odwołującego warunku dotyczącego doświadczenia w zakresie nadzoru autorskiego. Oznacza to, że zamawiający nie wezwał odwołującego o takie wyjaśnienie czy też dokument wówczas, gdy nie wiedział jeszcze, że odrzuci jego ofertę.

Podkreślał jednocześnie, że nie można zgodzić się z zarzutem zamawiającego, iż „... z załączonego przez wykonawcę wykazu nie wynika, że wykazane usługi obejmowały również nadzór autorski. Wskazywał, że przygotowując załącznik nr 4 do SIWZ, to jest wzór „wykazu wykonanych usług na potwierdzenie warunków określonych w rozdziale IV podrozdział I, pkt 1 ppkt. 1 SIWZ”, zamawiający sporządził tabelę, która zawierała między innymi kolumnę dotyczącą „rodzaju zrealizowanego zamówienia zgodnego z przedmiotem zamówienia wskazanego w SIWZ”. Przez samo wskazanie w tej właśnie kolumnie tabeli zamówienia zrealizowanego przez odwołującego na rzecz CUBE Corporate Release S.A. odwołujący potwierdził, że w zakres tego zamówienia wchodziły wszystkie wskazane przez zamawiającego elementy: modyfikacja systemu informatycznego umożliwiającego przetwarzanie danych oraz nadzór autorski. Jeżeli pomimo tego zamawiający miał jednak

wątpliwości czy przedmiotem usług świadczonych przez odwołującego był również nadzór autorski - winien był zobowiązać odwołującego do udzielenia stosownych wyjaśnień. Gdyby to uczynił, odwołujący potwierdziłby, że tak było w rzeczywistości - wykazując już w sposób niewątpliwy spełnienie warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący wywodził również, że niezależnie od powyższego, zamawiający dopuścił się naruszenia art. 25 ust. 1 punkt 1 ustawy Pzp, a to poprzez skierowanie do odwołującego żądania dostarczenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu (w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia) - innych niż dokumenty wskazane w ogłoszeniu o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Wskazywał, że w ogłoszeniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający domagał się od wykonawców przedłożenia wyłącznie dokumentu potwierdzającego, że zamówienia wskazane w wykazie stanowiącym załącznik nr 4 do SIWZ zostały wykonane należycie. Tymczasem pismem z dnia 2 grudnia 2010 r. zamawiający zwrócił się do odwołującego o przedłożenie dodatkowo dokumentów potwierdzających:

- zakres realizowanych prac,
- wartość zamówienia,
- oznaczenie stron umowy.

Powyższe oznaczało, że zamawiający postawił odwołującemu dodatkowe warunki, których niespełnienie zagrożone było wykluczeniem z udziału w postępowaniu. Żądając wymienionych wyżej dokumentów zamawiający naruszył jednocześnie § 1 ust. 1 punkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2009 r., nr 226, poz. 181, z późn. zm.). Podkreślenia wymaga, że wskazane rozporządzenie enumeratywnie wymienia dokumenty, jakich zamawiający może się domagać od wykonawców - żądanie przedłożenia dokumentów innych, niż wymienione w treści rozporządzenia jest niedozwolone. Zarówno poprzez wyznaczenie odwołującemu rażąco krótkiego terminu na udzielenie wyjaśnień w przedmiocie elementów oferty mających wpływ na jej cenę, jak i poprzez zobowiązanie odwołującego do złożenia dokumentów nie przewidzianych w treści ww. rozporządzenia oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zamawiający dopuścił się naruszenia zasad uczciwej konkurencji. Niewątpliwie bowiem odwołujący nie miał możliwości uczciwego, rzetelnego konkurowania z drugim z wykonawców w sytuacji, w której z jednej strony nie umożliwiono mu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a z drugiej - utrudniano rywalizację, stawiając odwołującego w obliczu konieczności spełnienia wymogów (załączenia dokumentów), których nie musieli spełnić inni wykonawcy. Wskazywał, że zobowiązując odwołującego do złożenia wyjaśnień i uzupełnienia dokumentów w rażąco krótkim, niemożliwym do dochowania terminie, a nadto wykluczając odwołującego z postępowania

bez umożliwienia mu wykazania, że spełnia warunki udziału w tym postępowaniu, zamawiający naruszył wskazane na wstępie przepisy prawa, a przede wszystkim naruszył zasadę, że „zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. ” (art. 7 ust. 3 ustawy Pzp).

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia SIWZ, protokół postępowania, ofertę złożoną przez odwołującego, wezwanie zamawiającego do złożenia wyjaśnień co do elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, wyjaśnienia co do elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny złożone przez odwołującego, odwołanie, zgłoszenie przystąpienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron i uczestnika postępowania złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Zgodnie z Rozdziałem IV pkt I. 2 SIWZ na potwierdzenie warunku posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia wykonawca musiał wykazać, że *w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności przez wykonawcę jest krótszy to w okresie prowadzenia działalności, wykonał co najmniej jedno zamówienie obejmujące modyfikację systemu informatycznego umożliwiającego przetwarzanie danych oraz nadzór autorski, o wartości nie mniejszej niż 150 000 zł brutto wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców, oraz załączeniem dokumentu potwierdzającego, że te dostawy zostały wykonane lub są wykonywane należycie.*

W celu potwierdzenia spełnienia tak opisanego warunku udziału w postępowaniu wykonawcy zobowiązani byli złożyć *wykaz wykonanych dostaw wraz z podaniem ich wartości, a także zakresu przedmiotu dostawy, dat ich wykonania i odbiorców - sporządzony według wzoru stanowiącego załącznik nr 4 do SIWZ oraz załączeniem dokumentu potwierdzającego, że te dostawy zostały wykonane lub są wykonywane należycie.*

Zamawiający na sfinansowanie zamówienia przeznaczył kwotę 200.000,00 zł brutto. Do upływu terminu składania ofert złożono 2 oferty:

- 1) odwołujący z ceną 92.720 zł brutto,
- 2) przystępujący z ceną 263.154,00 zł brutto.

Odwołujący złożył wraz z ofertą wykaz usług, w którym wskazał doświadczenie w wykonaniu następujących usług:

- 1) usługi w zakresie rozbudowy, utrzymania systemu do statystyk informacji medycznych, wykonanej w okresie od 05.2008 do 06.2009 na rzecz Sygnity S.A. w Warszawie o wartości 63.794 zł brutto,
- 2) usługi w zakresie rozbudowy, utrzymania systemu dla operatora telekomunikacyjnego, wykonanej w okresie od 01.2010 do 09.2010 na rzecz Cube Corporate Release S.A. w Warszawie o wartości 2.726.700 zł brutto.

Do wykazu usług dołączył referencje wystawione przez Sygnity S.A. w Warszawie z 30.03.2009 r. oraz protokół odbioru prac do zamówienia Cube/02/Edycja/2009 z 08.09.2010 r.

W dniu 2 grudnia 2010 r. zamawiający faksem przesłanym o g. 13.44 wezwał na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na jej cenę, informując iż wśród wyjaśnień winna się znaleźć szczegółowa kalkulacja kosztów związanych z realizacją przedmiotowego zamówienia. Zamawiający zastrzegł, iż wyjaśnienia należy przesłać faksem wyznaczając termin na ich złożenie na dzień 3 grudnia 2010 r. g. 12.00. Jednocześnie zastrzegł, że nie złożenie wyjaśnień we wskazanym terminie spowoduje odrzucenie oferty.

Tym samym faksem zamawiający wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty poprzez podanie informacji czy rozbudowa, utrzymanie systemu dla operatora telekomunikacyjnego – firmy Cube Corporate Release polegała na wdrożeniu nowego oprogramowania czy też była to modyfikacja systemu. Ponadto zażądał załączenia dokumentów potwierdzających wykonanie tego zamówienia np. zakres realizowanych prac, wartość zamówienia oraz stron umowy. Ponadto zażądał podania nazwy instytucji dla której realizowane było to zamówienie. Dodatkowo zamawiający wniósł o załączenie dokumentów potwierdzających realizację przedmiotu zamówienia w zakresie określonym przez zamawiającego. Zastrzegł jednocześnie, iż wyjaśnienia należy przesłać faksem wyznaczając termin na ich złożenie na dzień 3 grudnia 2010 r. g. 12.00 pod rygorem wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu.

Odwołujący w dniu 3 grudnia 2010 r. o godzinie 12.38 przesłał zamawiającemu faksem kalkulację ceny. Wyjaśnił także, że przedstawiony wykaz usług w poz. 2 dotyczył rozbudowy dużego systemu funkcjonującego u operatora telekomunikacyjnego. Modyfikacja polegała na wykonaniu zmian w bieżącej wersji systemu informatycznego oraz uruchomienie nowej wersji w środowisku operatora, utrzymanie i nadzór nad wprowadzonymi zmianami. Wyjaśnił, że zamówienie realizowane było na rzecz firmy Cube Corporate Release S.A. w Warszawie, zaś złożony wraz z oferta protokół odbioru etapu 7 potwierdza wykonanie całego zamówienia.

Zamawiający w dniu 07 grudnia 2010 r. przesłał odwołującemu faks, za pośrednictwem którego zawiadomił odwołującego, iż wybrał jako najkorzystniejszą ofertę złożoną przez przystępującego. Zawiadomił odwołującego także, że na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp odrzucił jego ofertę, albowiem pomimo wyznaczenia terminu złożenia wyjaśnień co do elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny na dzień 3 grudnia 2010 r. na g. 12, odwołujący przesłał wyjaśnienia po terminie, tj. w dniu 3 grudnia 2010 r. o g. 12.38.

Zawiadomił także, że działając na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp wykluczył odwołującego z udziału w postępowaniu. W uzasadnieniu wskazał, że odwołujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu tj. *iz w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności przez wykonawcę jest krótszy to w okresie prowadzenia działalności, wykonał co najmniej jedno zamówienie obejmujące modyfikację systemu informatycznego umożliwiającego przetwarzanie danych oraz nadzór autorski, o wartości nie mniejszej niż 150 000 zł brutto.*

Zarzucił odwołującemu, że ze złożonego przez niego wykazu usług nie wynika, iż wykazane w nim usługi obejmowały również nadzór autorski. Wyjaśnił także, że z uwagi na brzmienie art. 26 ust. 3 ustawy pzp nie wezwał odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, gdyż złożona przez odwołującego oferta podlegała odrzuceniu.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Skład orzekający Izby w pierwszej kolejności ustalił, że zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Powyższa okoliczność wynikała z pkt 2 protokołu postępowania, w którym wskazano, że wartość zamówienia ustalona została na kwotę 163.934,43 zł, co stanowi równowartość 25.621,43 euro.

W drugiej kolejności należało ustalić, czy nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp Izba odrzuca odwołanie m.in., jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie (art. 189 ust. 2 pkt 3) a także, gdy w postępowaniu o wartości zamówienia mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie dotyczy innych czynności niż określone w art. 180 ust. 2.

Ponadto w myśl art. 180 ust. 2 ustawy Pzp jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności:

- 1) wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę;
- 2) opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu;
- 3) wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia;
- 4) odrzucenia oferty odwołującego.

Wobec braku możliwości wydania przez Izbę orzeczenia częściowego (w tym również postanowienia o odrzuceniu odwołania w części) w orzecznictwie Izby utrwalił się pogląd, iż wydanie postanowienia o odrzuceniu odwołania możliwe jest wyłącznie w przypadku, gdy żaden z podnoszonych przez wykonawcę zarzutów nie może być przez Izbę rozpoznany z powodów określonych w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. W przeciwnym wypadku Izba rozpoznaje odwołanie, z tym że zarzuty co do których zachodzą okoliczności wymienione w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp oddala się.

W okolicznościach niniejszej sprawy nie ulegało wątpliwości, że mogą być przez Izbę rozpoznane zarzuty odwołującego dotyczące niezasadnego odrzucenia jego oferty na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp oraz zarzuty dotyczące niezasadnego wykluczenia go z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. Obydwie czynności wymienione są w katalogu czynności zamawiającego, które mogą być kwestionowane przez wykonawcę w postępowaniach podprogowych (art. 180 ust. 2 pkt 3 i 180 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp). Ponadto odwołanie wobec tych czynności zostało wniesione w terminie. Zamawiający wykluczył odwołującego z udziału w postępowaniu i odrzucił jego ofertę przesyłając odwołującemu informacje o tych czynnościach faksem w dniu 7 grudnia 2010 r. (a więc w sposób określony w art. 27 ust. 2 ustawy Pzp), zaś odwołanie zostało wniesione w dniu 13 grudnia 2010 r. Zgodnie ze znajdującym zastosowanie w niniejszym przypadku przepisem art. 182 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, odwołanie wnosi się w terminie 5 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia. W związku z okolicznością, iż dzień 12 grudnia 2010 r. był dniem ustawowo wolnym od pracy w rozumieniu przepisów o dniach wolnych od pracy (niedziela), należało stwierdzić, iż odwołanie wobec obu czynności zostało wniesione w terminie (art. 115 Kodeksu Cywilnego w zw. z art. 14 ustawy Pzp w zw. z art. 182 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp).

Wobec powyższego Izba przystąpiła do merytorycznego rozpoznawania odwołania.

Rozpatrując merytorycznie odwołanie Izba stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu danego zamówienia w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, uprawniający go do złożenia odwołania, a także może ponieść szkodę. Potwierdzenie się zarzutów

odwołującego umożliwiłoby mu uzyskanie przedmiotowego zamówienia publicznego, zaś tracąc możliwość jego uzyskania, ponosi szkodę.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez:

- 1) zobowiązanie odwołującego do udzielenia wyjaśnień w przedmiocie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, podczas gdy cena oferty odwołującego nie dawała podstaw do przypuszczeń, że jest to cena rażąco niska;
- 2) wyznaczenie rażąco krótkiego terminu na udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Odwołujący zarzucił również zamawiającemu naruszenie:

- 3) przepisu art. § 1 ust. 1 punkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2009 r., nr 226, poz. 1817) - poprzez żądanie od odwołującego dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia innych niż dokumenty wymienione w powołanym przepisie;
- 4) naruszenie art. 25 ust. 1 punkt 1 ustawy Pzp, poprzez żądanie od odwołującego dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia innych niż wskazane w ogłoszeniu o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Przywoływany przez odwołującego przepis art. 90 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, iż zamawiający, w celu ustalenia czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia zwraca się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Oceniając podniesiony zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy Pzp Izba stwierdziła, że zarzut ten de facto skierowany był przeciwko czynności zamawiającego, jaką było wezwanie odwołującego do udzielenia wyjaśnień w przedmiocie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Odwołujący kwestionował bowiem w ogóle brak podstaw do żądania wyjaśnień, a także iż wyznaczony przez zamawiającego termin na złożenie wyjaśnień był nieodpowiedni. Jeśli odwołujący stwierdził, że czynność wezwania go do złożenia wyjaśnień była niezasadna, zaś wyznaczony przez zamawiającego termin na złożenie wyjaśnień – nieodpowiedni, to uznać należy, że już w tym momencie, a nie dopiero w momencie

odrzućenia jego oferty z powodu niezłożenia wyjaśnień interes odwołującego został naruszony.

Oceniając podniesione przez odwołującego zarzuty naruszenia przepisu art. § 1 ust. 1 punkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. oraz przepisu art. 25 ust. 1 punkt 1 ustawy Pzp Izba stwierdziła, że zarzuty te de facto skierowane były przeciwko czynności zamawiającego, jaką było wezwanie odwołującego do złożenia wyjaśnień co do treści dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający bowiem w ramach czynności wezwania do złożenia wyjaśnień co do treści dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu zażądał złożenia przez odwołującego dokumentów potwierdzających wykonanie przez odwołującego usługi na rzecz firmy Cube Corporate Release S.A. w Warszawie np. zakres realizowanych prac, wartości zamówienia oraz stron umowy oraz załączenia dokumentów potwierdzających realizację przedmiotu zamówienia w zakresie określonym przez zamawiającego.

Izba stwierdziła, że w przypadku postępowań o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 (tzw. postępowań podprogowych) odwołanie przysługuje jedynie wobec czterech czynności zamawiającego wymienionych w przepisie art. 180 ust. 2 ustawy Pzp. Wśród wskazywanych w tym przepisie czynności zamawiającego nie została wymieniona czynność wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień co do elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny ani czynność wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień co do treści dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, co oznacza iż kwestionowanie tych czynności w drodze odwołania nie było w niniejszym postępowaniu dopuszczalne.

Niezależnie od powyższego Izba stwierdziła, że podniesione przez odwołującego ww. zarzuty był zarzutami spóźnionymi. Zgodnie ze znajdującym zastosowanie w niniejszym przypadku przepisem art. 182 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, odwołanie wnosi się w terminie 5 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia. Zamawiający przesłał odwołującemu informację o czynnościach stanowiących podstawę wniesienia odwołania tj. czynności wezwania do złożenia wyjaśnień co do elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny oraz czynności wezwania do złożenia wyjaśnień co do treści dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu faksem w dniu 2 grudnia 2010 r., a zatem 5 dniowy termin zawity do kwestionowania tych czynności upływał odwołującemu w dniu 7 grudnia 2010 r., zaś odwołanie zostało wniesione w dniu 13 grudnia 2010 r.

Wobec stwierdzenia, iż w zakresie ww. zarzutów odwołanie dotyczyło innych czynności zamawiającego niż określone w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp, a także wobec ustalenia, że zarzuty te zostały podniesione po upływie terminów określonych w ustawie, jak

również wobec braku możliwości wydania postanowienia o odrzuceniu odwołania w części, o czym wspomniano wyżej, Izba oddaliła ww. zarzuty.

Odwołujący podniósł w treści odwołania zarzut naruszenia art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Wywodził, że zamawiający niezasadnie odrzucił jego ofertę z powodu nie udzielenia wyjaśnień w przedmiocie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, podczas gdy odwołujący żądane przez zamawiającego wyjaśnienia złożył, a treść tych wyjaśnień stała się zamawiającemu znana na kilka dni przed dokonaniem wyboru najkorzystniejszej oferty i była wystarczająca dla ustalenia, że oferta odwołującego nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z przepisem art. 90 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający w celu ustalenia czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia zwraca się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, zaś w myśl art. 90 ust. 3 ustawy Pzp 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.

Nie ulegało wątpliwości, że w dniu 2 grudnia 2010 r. zamawiający faksem przesłanym o g. 13.44 wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na jej cenę, wyznaczając termin na ich złożenie na dzień 3 grudnia 2010 r. g. 12.00 i zastrzegając, że niezłożenie wyjaśnień we wskazanym terminie spowoduje odrzucenie oferty. Nie było także sporne pomiędzy Stronami, że żądane wyjaśnienia odwołujący przesłał w dniu 3 grudnia 2010 r. o godzinie 12.38, tj. po upływie wyznaczonego przez zamawiającego terminu.

W pierwszej kolejności Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego, iż wyznaczony przez zamawiającego na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp termin na złożenie wyjaśnień ma charakter terminu instrukcyjnego. Skład orzekający Izby w niniejszej sprawie podziela dominujący pogląd, iż termin określony w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wiąże wykonawców, zaś jego niezachowanie zagrożone jest sankcją odrzucenia oferty wynikającą z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Taką też sankcję niezachowania terminu na złożenie wyjaśnień przytoczył w treści wezwania zamawiający. Przyjęcie poglądu reprezentowanego przez odwołującego oznaczałoby konieczność akceptowania praktyki nieuzasadnionego, dowolnego przedłużania przez niektórych wykonawców terminu na składanie wyjaśnień nie dającej się pogodzić z zasadą równości wykonawców określoną w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Sankcjonowałoby również wprowadzenie stanu niepewności wynikającego z tego, że aż do momentu przesłania wykonawcy, który nie złożył w terminie żądanych wyjaśnień informacji o odrzuceniu jego oferty zamawiający nie byłby pewien czy może odrzucić ofertę wykonawcy,

albowiem de facto do momentu przesłania decyzji przez zamawiającego o odrzuceniu oferty wykonawca mógłby jeszcze złożyć wyjaśnienia. Ponadto przyjęcie tego poglądu byłoby nie do pogodzenia z wykształconą w orzecznictwie zasadą odrzucania ofert wykonawców, którzy złożyli enigmatyczne wyjaśnienia w trybie art. 90 ust. 3 pzp. W tej sytuacji umożliwienie jednemu z wykonawców dokonywania tej czynności po upływie wyznaczonego terminu, zaś odrzucanie ofert wykonawców którzy złożyli w terminie zdawkowe wyjaśnienia z pewnością naruszyłoby zasadę równego traktowania wykonawców.

Skład orzekający Izby w niniejszej sprawie podziela pogląd wyrażony w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 08.06.2006 r., (sygn. akt: V Ca 459/06) zgodnie z którym *„Przedstawienie w skardze wniosków dowodowych dla wykazania tej okoliczności w postaci zeznań świadków i zestawienia wykonywanych umów na tym etapie postępowania jest niedopuszczalne, ponieważ ich uwzględnienie prowadziłyby do niczym nie uzasadnionego przedłużenia (...) terminu udzielonemu do przedstawienia wyjaśnień. Z tego powodu wnioski dowodowe zamawiającego nie zostały dopuszczone, gdyż odmienna decyzja prowadziłyby do naruszenia art. 90 ust. 3 pzp, z którego wynika obowiązek udzielenia wyjaśnień w zakreślonym terminie, a zachowanie terminu obarczone jest rygorem odrzucenia oferty.”*

Podobny pogląd przedstawił w swym wyroku z dnia 21.05.2008 r., Sąd Okręgowy w Poznaniu (sygn. akt: X Ga 127/08), który stwierdził, iż *„W ocenie Sądu Okręgowego złożenie przez skarżącego dodatkowych wyjaśnień i przedstawienie nowych argumentów (w celu prawidłowości wyliczenia wskazanej w ofercie ceny) dopiero na rozprawie przed KIO było spóźnione i nie mogło być wzięte pod uwagę ani przez Izbę, ani tym bardziej przez Sąd Okręgowy. Definicja „określonego terminu” na złożenie wyjaśnień Zamawiającemu (art. 90 ust.1 ustawy Pzp) oznacza, że informacje i dowody przedstawione przez wykonawcę muszą być znane Zamawiającemu na konkretnym etapie postępowania przetargowego (celem umożliwienia mu podjęcia decyzji co do ewentualnego przyjęcia oferty lub jej odrzucenia) (...).”*

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba stwierdziła, iż zamawiający zasadnie odrzucił ofertę odwołującego, albowiem ten ostatni w terminie wyznaczonym przez zamawiającego nie złożył żądanych przez zamawiającego wyjaśnień co do elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, co w ocenie Izby wyczerpywało przesłankę art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Odwołujący zarzucił również zamawiającemu naruszenie przepisu art. 24 ust. 2 punkt 4 ustawy Pzp, w związku z art. 26 ust. 3 i ust. 4 ustawy Pzp, poprzez wykluczenie odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia z uwagi na niezłożenie dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu - bez uprzedniego

wyczerpania przez zamawiającego procedury wezwania odwołującego do złożenia tych dokumentów.

Nie ulegało wątpliwości, iż zgodnie z Rozdziałem IV pkt I. 2 SIWZ na potwierdzenie warunku posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia wykonawca musiał wykazać, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności przez wykonawcę jest krótszy to w okresie prowadzenia działalności, wykonał co najmniej jedno zamówienie obejmujące modyfikację systemu informatycznego umożliwiającego przetwarzanie danych oraz nadzór autorski, o wartości nie mniejszej niż 150 000 zł brutto wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców, oraz załączeniem dokumentu potwierdzającego, że te dostawy zostały wykonane lub są wykonywane należycie.

Bezspornym było również, iż odwołujący złożył wraz z ofertą wykaz usług, w którym wskazał doświadczenie w wykonaniu następujących usług:

- 1) usługi w zakresie rozbudowy, utrzymania systemu do statystyk informacji medycznych, wykonanej w okresie od 05.2008 do 06.2009 na rzecz Sygnity S.A. w Warszawie o wartości 63.794 zł brutto,
- 2) usługi w zakresie rozbudowy, utrzymania systemu dla operatora telekomunikacyjnego, wykonanej w okresie od 01.2010 do 09.2010 na rzecz Cube Corporate Release S.A. w Warszawie o wartości 2.726.700 zł brutto.

Do wykazu usług dołączył referencje wystawione przez Sygnity S.A. w Warszawie z 30.03.2009 r. oraz protokół odbioru prac do zamówienia Cube/02/Edycja/2009 z 08.09.2010 r.

Nie ulegało również wątpliwości, iż zamawiający uzasadniając decyzję o wykluczeniu odwołującego z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp wskazał, że ze złożonego przez odwołującego wykazu usług nie wynika, iż wykazane w nim usługi obejmowały również nadzór autorski. Wyjaśnił także, że z uwagi na brzmienie art. 26 ust. 3 ustawy pzp nie wezwał odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, gdyż złożona przez odwołującego oferta podlegała odrzuceniu.

Izba stwierdziła, że wobec opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunku spełnienia warunku udziału w postępowaniu dokonanego w Rozdziale IV pkt I. 2 SIWZ, nie mogła być przez zamawiającego brana pod uwagę przy ocenie spełnienia warunku usługa wykazana przez odwołującego w wierszu 1 wykazu, albowiem wartość tej usługi wskazana przez odwołującego (63.794 zł) nie przekraczała wymaganej przez zamawiającego kwoty 150 000 zł brutto.

Oceniając drugą z wykazywanych przez odwołującego usług Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego, iż przez samo wskazanie w wykazie usług w kolumnie „rodzaj

zrealizowanego zamówienia zgodnego z przedmiotem zamówienia wskazanego w SIWZ" zamówienia zrealizowanego przez odwołującego na rzecz CUBE Corporate Release S.A. odwołujący potwierdził, że w zakres tego zamówienia wchodziły wszystkie wskazane przez zamawiającego elementy, w tym nadzór autorski. Obowiązkiem wykonawcy jest wykazanie w sposób nie budzący wątpliwości spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganym przez zamawiającego w SIWZ, zaś rolą zamawiającego jest zbadanie rzetelności złożonych przez wykonawców dokumentów składanych celem potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Jednym z wymogów zamawiającego było, aby wykazywane w celu potwierdzenia niezbędnego doświadczenia zamówienie obejmowało modyfikację systemu informatycznego umożliwiającego przetwarzanie danych oraz nadzór autorski. Ze złożonego przez odwołującego wykazu usług w żaden sposób nie wynikało, iż przedmiotem usługi wykonanej na rzecz CUBE Corporate Release S.A. był również nadzór autorski. Odwołujący opisał w wykazie usług zakres ww. usługi jako „rozbudowa, utrzymanie systemu dla operatora telekomunikacyjnego” nie wspominając o nadzorze autorskim. Okoliczność taka nie wynikała również z treści protokołu odbioru z dnia 08.09.2010 r., w którym jako przedmiot odbioru zostało wskazane „oprogramowanie edycji E 9.3 zawierające zakres funkcjonalności zgodny z zakresem 1 i zakresem 2”. Samo wskazanie usługi w wykazie w kolumnie „rodzaj zrealizowanego zamówienia zgodnego z przedmiotem zamówienia wskazanego w SIWZ” nie oznaczało jeszcze samo przez się, że wykazywana przez odwołującego usługa rzeczywiście obejmowała element nadzoru autorskiego. Wykonawcy w tej kolumnie mogli bowiem wykazać doświadczenie w wykonaniu usług odpowiadających treści warunku udziału w postępowaniu, jak i sprzecznych z tym warunkiem.

Wobec stwierdzenia, iż złożone przez odwołującego dokumenty nie potwierdzały spełnienia warunku udziału w postępowaniu koniecznym było stwierdzenie, czy zamawiający zasadnie zaniechał wezwania wykonawcy do złożenia tych dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Każdorazowa decyzja zamawiającego o wykluczeniu wykonawcy z udziału w postępowaniu musi być bowiem poprzedzona procedurą, o której mowa w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, w przypadku zaktualizowania się przesłanek opisanych w tym przepisie. W myśl przywoływanego przepisu zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożą wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp albo którzy złożą wymagane przez zamawiającego oświadczenia lub dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że pomimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp ma charakter obligatoryjny na co wskazuje sformułowanie

„wzywa”, a nie „może wezwać” i obliguje zamawiającego do wezwania do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów w sytuacjach uregulowanych w tym przepisie.

Izba wskazuje, że z mocy samego przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wezwanie do uzupełnienia dokumentów, oświadczeń lub pełnomocnictw nie będzie konieczne, gdy nawet mimo uzupełnienia postępowanie musiałoby być unieważnione, tj. wystąpiłaby którakolwiek z przesłanek wymienionych w art. 93 ust. 1 ustawy Pzp. Ponadto zamawiający nie jest obowiązany do wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów również w sytuacji, gdy pomimo uzupełnienia wymaganych dokumentów oferta wykonawcy podlegać będzie odrzuceniu, na podstawie jednej z przesłanek określonych w art. 89 ust. 1 lub art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Wobec ustalenia przez Izbę, że oferta odwołującego podlega odrzuceniu na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp należało stwierdzić, że zamawiający zasadnie zaniechał wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. W konsekwencji decyzja zamawiającego o wykluczeniu odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp była prawidłowa albowiem, jak wskazano wcześniej, złożone przez odwołującego wraz z ofertą dokumenty tj. wykaz usług i protokół odbioru nie potwierdzały spełnienia przez niego warunku udziału w postępowaniu opisanego w Rozdziale IV pkt I. 2 SIWZ.

Konsekwencją oddalenia wszystkich zarzutów było również stwierdzenie braku naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 7 ust. 3 ustawy Pzp, gdyż wybrał on najkorzystniejszą ofertę zgodnie z przepisami ustawy Pzp.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co ze wskazanych wyżej względów nie miało miejsca w niniejszej sprawie.

Z powyższych względów, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

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. 4 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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).

Izba zasądziła od odwołującego na rzecz zamawiającego koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w wysokości 3.600,00 zł, na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy, stosownie do brzmienia § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania.

Przewodniczący:

.....