

Sygn. akt: KIO 1748/10

Sygn. akt: KIO 1749/10

WYROK
z dnia 26 sierpnia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **26 sierpnia 2010 r.** w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia **18 sierpnia 2010 r.** do łącznego rozpoznania, wniesionych

A. w dniu 16 sierpnia 2010 r. przez **Pojazdy Specjalistyczne Zbigniew Szczęśniak Sp. z o.o., ul. Wapiennicka 36, 43-382 Bielsko-Biała** (o sygn. akt: KIO 1748/10),

B. w dniu 16 sierpnia 2010 r. przez **Jarosław Sotomski prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Jarosław Sotomski, ARKOM, ul. Mokra 30, Henryków-Urocze, 05 - 504 Złotokłós** (o sygn. akt: KIO 1749/10),

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Komendę Wojewódzką Państwowej Straży Pożarnej w Rzeszowie, ul. Mochnackiego 4, 35-016 Rzeszów,**

przy udziale wykonawcy **Jarosław Sotomski prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Jarosław Sotomski, ARKOM, ul. Mokra 30, Henryków-Urocze, 05 - 504 Złotokłós** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1748/10 po stronie odwołującego,

orzeka:

1. Uwzględnić odwołania i nakazuje unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, tudzież nakazuje unieważnienie czynności wykluczenia z udziału w postępowaniu obu Odwołujących i odrzuceniach ich ofert, jak również nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny złożonych ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem okoliczności i wynikających z nich konsekwencji wskazanych w uzasadnieniu,

2. Kosztami postępowania obciąża **Komendę Wojewódzką Państwowej Straży Pożarnej w Rzeszowie, ul. Mochnackiego 4, 35-016 Rzeszów** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości **30 000 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisów uiszczonych przez odwołujących się, w tym:
 - A** koszty w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego **Pojazdy Specjalistyczne Zbigniew Szczęśniak Sp. z o.o., ul. Wapiennicka 36, 43-382 Bielsko-Biała,**
 - B** koszty w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Jarosław Sotomski prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Jarosław Sotomski, ARKOM, ul. Mokra 30, Henryków-Urocze, 05 - 504 Złotokłós,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **30 000 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) stanowiącej uzasadnione koszty strony, w tym:
 - A** kwoty 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) przez **Komendę Wojewódzką Państwowej Straży Pożarnej w Rzeszowie, ul. Mochnackiego 4, 35-016 Rzeszów** na rzecz **Pojazdy Specjalistyczne Zbigniew Szczęśniak Sp. z o.o., ul. Wapiennicka 36, 43-382 Bielsko-Biała** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wpisu od odwołania,
 - B** kwoty 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) przez **Komendę Wojewódzką Państwowej Straży Pożarnej w Rzeszowie, ul. Mochnackiego 4, 35-016 Rzeszów** na rzecz **Jarosław Sotomski prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Jarosław Sotomski, ARKOM, ul. Mokra 30, Henryków-Urocze, 05 - 504 Złotokłós** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący:

.....

U z a s a d n i e

**do wyroku z dnia 26 sierpnia 2010 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 1748/10,
sygn. akt: KIO 1749/10.**

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego „Dostawę fabrycznie nowego średniego samochodu dowodzenia”, zostało wszczęte przez Komendę Wojewódzką Państwowej Straży Pożarnej w Rzeszowie, ul. Mochnackiego 4, 35-016 Rzeszów zwaną dalej: „Zamawiającym”, ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za nr 2010/S 103-156481 w dniu 29.05.2010 r.

W dniu 06.08.2010 r. faxem Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej Wykonawcy: Piotr Wawraszek prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Piotr Wawraszek, Inżynieria Samochodów Specjalnych, ul. Leszczyńska 22, 43-300 Bielsko-Biała zwany dalej: „Piotr Wawraszek, ISS” i wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) zwanej dalej: „Pzp” z udziału w niniejszym postępowaniu Wykonawcy: 1) Jarosław Sotomski prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Jarosław Sotomski, ARKOM, ul. Mokra 30, Henryków-Uroczce, 05 - 504 Złotokłos zwany dalej: „zwany dalej: „ARKOM” albo „Przystępującym w sprawie o sygn. akt: KIO 1748/10 po stronie Odwołującego” albo „Odwołującym w sprawie o sygn. akt: KIO 1749/10” albo „drugim Odwołującym” oraz 2) Pojazdy Specjalistyczne Zbigniew Szczęśniak Sp. z o.o., ul. Wapiennicka 36, 43-382 Bielsko-Biała zwany dalej: „Pojazdy Specjalistyczne Zbigniew Szczęśniak Sp. z o.o.” albo „Odwołującym w sprawie o sygn. akt: KIO 1748/10” albo „pierwszym Odwołującym”. W pierwszym wypadku Zamawiający wskazał, że w Rozdz. 3 ust. 12 pkt 2 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SIWZ” w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu wymagał od Wykonawców przedłożenia w ofercie wykazu wykonanych dostaw w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców, oraz załączeniem dokumentu potwierdzającego, że te dostawy zostały wykonane należycie. Także, w Rozdz. 3 ust. 12 pkt 2 SIWZ wskazał, że uzna warunek za spełniony, gdy Wykonawca wykaże realizację dla straży pożarnej z terenu Unii Europejskiej co najmniej 1 dostawy zgodnej z przedmiotem zamówienia o wartości odpowiadającej, co najmniej wartości oferty z podaniem okresu realizacji, odbiorców wraz z dokumentami potwierdzającymi, że dostawy samochodów odpowiednio wyszczególnione w wykazie zostały wykonane należycie. W przedłożonym do oferty wykazie zrealizowanych dostaw (str. 5 oferty) nie potwierdzono wykonania co najmniej 1 dostawy dla straży pożarnej z terenu Unii Europejskiej

odpowiadającej przedmiotowi zamówienia o wartości odpowiadającej, co najmniej wartości oferty, tj. 949 090,00 zł. Powołany wyżej wykaz zawiera dwie pozycje dostaw samochodów dowodzenia i łączności, których odbiorcami byli: Międzynarodowy Port Lotniczy im. Jana Pawła II Kraków Balice sp. z o.o. za oraz Ministerstwo Nauki i Szkolnictwa Wyższego Departament Wdrożeń i Innowacji. W drugim wypadku, w przedłożonym do oferty wykazie zrealizowanych dostaw (str. 5 oferty) nie potwierdzono wykonania co najmniej 1 dostawy dla straży pożarnej z terenu Unii Europejskiej odpowiadającej przedmiotowi zamówienia o wartości odpowiadającej, co najmniej wartości oferty, tj. kwoty 889 277,00 zł. Powołany wyżej wykaz zawiera dwie pozycje dostaw samochodów dowodzenia i łączności, których odbiorcami byli: Komenda Powiatowa Państwowej Straży Pożarnej w Pruszkowie (wartość zamówienia 550 000,00 zł) oraz Komenda Główna Policji. W konsekwencji w obu wypadkach Zamawiający uznał, że Wykonawca nie wykazał, że spełnia warunki w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia, które zostały określone w Rozdz. 3 ust. 12 pkt 2 SIWZ, co jest niezgodne z art. 22 ust. 1 Pzp. W związku z tym na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp Zamawiający zobowiązany był wykluczyć obu Wykonawców, jako nie spełniających warunków udziału w postępowaniu.

Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 1748/10:

W dniu 16.08.2010 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) na podstawie art. 179 ust.1 oraz art. 180 ust.1 Pzp, Pojazdy Specjalistyczne Zbigniew Szczęśniak Sp. z o.o. wniosła odwołanie na czynności i zaniechania Zamawiającego. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 13.08.2010 r. (faxem). Podniósł jako podstawę, naruszenie przez Zamawiającego:

- 1) art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp - poprzez wykluczenie Wykonawcy, mimo braku przesłanek wynikających z tegoż przepisu;
- 2) art. 26 ust. 3 i 4 Pzp- poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego w sprawie o sygn. akt: KIO 1748/10 do złożenia oświadczeń lub dokumentów składanych w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu lub do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonych dokumentów;
- 3) art. 7 ust. 1 Pzp - poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji oraz zasadę równego traktowania wykonawców;
- 4) art. 91 ust. 1 Pzp - poprzez wybór oferty Wykonawcy Piotr Wawraszek ISS, jako oferty najkorzystniejszej z naruszeniem kryterium oceny ofert określonym w SIWZ.

W związku z powyższym zażądał nakazania:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty Wykonawcy Piotr Wawraszek ISS, jako oferty najkorzystniejszej;
- 2) unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego w sprawie o sygn. akt: KIO1748/10;
- 3) powtórzenia czynności dokonania badania i oceny oferty Odwołującego w sprawie

o sygn. akt: KIO 1748/10 ;

- 4) wykonania czynności wezwania Odwołującego w sprawie o sygn. akt: KIO 1748/10 do złożenia oświadczeń dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Odnosząc się do wykluczenia z udziału w postępowaniu podniósł, że do złożonej oferty dołączony zostały wykaz zawierający dwie zrealizowane dostawy.

W związku z tym stwierdził, że po pierwsze, za bezpodstawne należy uznać wykluczenie na podstawie art. 24 ust. 2 ust. 4 Pzp, z pominięciem ustawowego obowiązku wezwania w trybie przewidzianym w art. 26 ust. 3 Pzp w zakresie oświadczeń lub dokumentów dotyczących wiedzy i doświadczenia. Stanowisko niniejsze potwierdza jednolite orzecznictwo KIO, zgodnie z którym czynność wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu musi zostać obligatoryjnie poprzedzona wezwaniem w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. (Wyrok KIO z dnia 9.05.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 400/08). Zgodnie z przepisem tego artykułu Zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert. Nawet jeżeli Zamawiający uznał, że Odwołujący nie spełnia warunków udziału w postępowaniu w odniesieniu do wiedzy i doświadczenia, to na podstawie przepisów art. 26 ust. 4 powinien wezwać Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonych dokumentów a w przypadku nieuwzględnienia ich zobowiązany był na podst. art. 26 ust. 3 Pzp zobowiązany był do wezwania odwołującego do złożenia oświadczeń lub dokumentów. Odwołujący po wezwaniu Zamawiającego mógł przykładowo przedstawić inne dostawy spełniające warunki postawione przez Zamawiającego. Powyższe zaniechanie Zamawiającego stanowi rażące naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców zawartych w przepisie art. 7 ust. 1 Pzp. Na poparcie stanowiska powołał wyrok KIO z dnia 8.09.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 886/08.

Po drugie, w świetle przedstawionych argumentów należy stwierdzić, że wybór oferty Piotr Wawraszek ISS, przy jednocześnie błędnym zastosowaniu przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 PZP wobec oferty Odwołującego i związanym z tym odrzucenie oferty Odwołującego w sprawie o sygn. akt: KIO 1748/10 wynikającego z art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp, narusza art. 91

ust. 1 Pzp, który stanowi, że Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ.

W dniu 16.08.2010 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Pojazdy Specjalistyczne Zbigniew Szczęśniak Sp. z o.o. złożyły uzupełnienie odwołania. Kopie uzupełnienia odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 16.08.2010 r. (faxem). W podstawie do wniesienia odwołania dodał pkt 5):

5) art. 26 ust. 3 i ust. 4 Pzp - poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy Piotr Wawraszek ISS do złożenia oświadczeń lub dokumentów składanych w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu lub do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonych dokumentów.

W żądaniu nakazania wykonania czynności dodał pkt 5):

5) wykonania czynności wezwania Wykonawcy Piotr Wawraszek ISS wykonania czynności wezwania Odwołującego do złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

W uzasadnieniu podniósł dodatkowo, że Zamawiający nieprawidłowo ocenił ofertę Wykonawcy Piotr Wawraszek ISS, naruszając zasadę równego traktowania wykonawców. W wykazie wykonanych dostaw (str. 20-21 ofert) wskazanych zostało 45 dostaw, z których jedynie dostawa oznaczona nr 2 dla Komendy Wojewódzkiej Straży Pożarnej w Białymstoku w pewnym stopniu jest zgodna z przedmiotem zamówienia. Wykonawca podał, iż, przedmiotem dostawy było: „(...) *Mobilne stanowisko dowodzenia i łączności nośnik kontenerowy Renault Kerax 410 DXI o napędzie 8x4 wyposażony w system załadowczy z kontenerem mobilne stanowisko dowodzenia*”. Z treści ogłoszenia o zamówieniu o nr 2007/S 23-027325 zamieszczonego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 2.02.2007 r. pkt II 1.5 jednoznacznie wynika, że wykonana przez Wykonawcę dostawa składała się z dwóch zadań:

- a) dostarczenie nośnika kontenerowego o napędzie 8x4 wyposażonego w system załadowczy i wyładowczy posiadającego certyfikat CNBOP w Józefowie wyposażonego w elementy uprzywilejowania w ruchu oraz radiotelefon pracujący w paśmie PSP.
- b) dostarczenie mobilnego stanowiska dowodzenia Państwowej Straży Pożarnej zbudowanego w kontenerze, który będzie przystosowany do załadunku, przewożenia i wyładunku przez w/w nośnik.

Jedynie drugie ze zrealizowanych zadań typem oraz przeznaczeniem odpowiada przedmiotowi zamówienia w postępowaniu na dostawę fabrycznie nowego średniego samochodu dowodzenia. Zgodnie ze szczegółowym opisem przedmiotu zamówienia, stanowiącym załącznik nr 1 do SIWZ, przedmiot dostawy nie obejmuje nośnika kontenerowego. Tym samym Wykonawca podając wartość zrealizowanej dostawy powinien uwzględnić jedynie wartość dostawy mobilnego stanowiska dowodzenia, ponieważ, tylko to zadanie jest zgodne z przedmiotem zamówienia tj. dostawą średniego samochodu

dowodzenia. Według wiedzy Odwołującego w sprawie o sygn. akt: KIO 1748/10 wartość nośnika kontenerowego wynosi około 700 900 zł i o taką wartość powinna zostać pomniejszona wartość dostawy obejmującej obydwie wskazane wyżej zadania.

W związku z powyższym, Piotr Wawraszek ISS nie spełnia warunku udziału w postępowaniu polegającego na zrealizowaniu dla staży pożarnej z terenu Unii Europejskiej, co najmniej 1 dostawy zgodnej z przedmiotem zamówienia o wartości odpowiadającej co najmniej wartości oferty. Faktyczna wartość zrealizowanej dla Komendy Wojewódzkiej Straży Pożarnej w Białymstoku dostawy zgodnej z przedmiotowym zamówieniem nie przekracza 2 000 000 zł., a więc jest niższa od ceny złożonej oferty, która wynosi 2 389 952.00 zł.

Zamawiający w dniu 16.08.2010 r. faxem wezwał w trybie art. 185 ust.1 Pzp uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym będącym wynikiem odwołania wniesionego w sprawie sygn. akt: KIO 1748/10.

W dniu 19.08.2010 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) ARKOM zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego w sprawie o sygn. akt: KIO 1748/10. Wnosząc o uwzględnienie odwołania w sprawie o sygn. akt: KIO 1748/10. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu w sprawie o sygn. akt: KIO 1748/10.

Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 1749/10:

W dniu 16.08.2010 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) na podstawie art. 180 ust. 1 w zw. z art. 182 ust.1 pkt 1 Pzp, ARKOM wniosło odwołanie na czynności i zaniechania Zamawiającego. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 16.08.2010 r. (faxem). Odwołujący w sprawie o sygn. akt: KIO 1749/10 zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- a) art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 26 ust. 3 Pzp poprzez bezpodstawne przyjęcie, iż Odwołujący w sprawie o sygn. akt: KIO 1749/10 nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, mimo bezpodstawnego zaniechania Zamawiającego wezwania do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu;
- b) art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp poprzez bezpodstawne zaniechanie wykluczenia wykonawcy Piotr Wawraszek ISS, który nie wykazał spełniania opisanych przez Zamawiającego warunków udziału w postępowaniu;
- c) art. 91 ust. 1 Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty, niebędącej ofertą najkorzystniejszą w świetle ustalonych przez Zamawiającego kryteriów oceny ofert;
- d) art. 7 ust. 1 Pzp poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców; i zażądał:
 - a) uwzględnienia niniejszego odwołania;

- b) nakazania Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- c) nakazania Zamawiającemu powtórzenia czynności oceny ofert;
- d) nakazania Zamawiającemu wezwania Odwołującego w sprawie o sygn. akt: KIO 1749/10 do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu;
- e) nakazania Zamawiającemu wykluczenia wykonawcy Piotr Wawraszek ISS z udziału w przedmiotowym postępowaniu ze względu na niespełnienie warunków udziału w postępowaniu;
- f) nakazania Zamawiającemu dokonania przez wyboru oferty złożonej przez ARKOM, jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

lub

w przypadku oddalenia zarzutów dotyczących bezzasadnego odrzucenia złożonej przez Odwołującego w sprawie o sygn. akt: KIO 1749/10 oferty - nakazania Zamawiającemu unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp ponieważ w postępowaniu nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu.

Wskazał, że w obowiązującym stanie prawnym, w przypadku stwierdzenia, iż ze złożonych przez wykonawcę dokumentów nie wynika w sposób jednoznaczny potwierdzenie spełniania opisanych przez Zamawiającego warunków udziału w postępowaniu, Zamawiający obowiązany jest wezwać tego wykonawcę do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp. Zgodnie dyspozycją powołanego przepisu, zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożą wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożą pełnomocnictw, albo którzy złożą wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty zawierające błędy, lub którzy złożą wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu lub konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Zgodnie z utrwalonym w doktrynie i orzecznictwie poglądem, za niezłożenie dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu należy uznać również sytuację, w której wykonawca składa wprawdzie dokumenty, lecz nie wynika z nich, że wykonawca opisane przez zamawiającego warunki podmiotowe spełnia. W konsekwencji zamawiający obowiązany jest wezwać wykonawcę do uzupełnienia dokumentów również w przypadku, gdy złożone przez niego dokumenty nie potwierdzają spełniania warunków udziału w postępowaniu. Przyjęcie stanowiska przeciwnego stałoby w rażącej sprzeczności z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, stawiając wykonawców, którzy nie złożą dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w pozycji uprzywilejowanej w stosunku do wykonawców, którzy złożą wprawdzie dokumenty, ale nie wynika z nich spełnianie opisanych przez zamawiającego warunków. Zaniechanie wezwania Odwołującego w sprawie o sygn. akt: KIO 1749/10 do uzupełnienia dokumentów

potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu stanowi zatem rażące naruszenie przepisu art. 26 ust. 3 Pzp i pozostaje w sprzeczności z *ratio legis* powołanego przepisu. Zamawiający nie miał podstaw, by stwierdzić, iż Odwołujący w sprawie o sygn. akt: KIO 1749/10 nie spełnia opisanych przez Zamawiającego warunków udziału w postępowaniu, bez uprzedniego wezwania do uzupełnienia dokumentów.

Stanowisko Odwołującego w sprawie o sygn. akt: KIO 1749/10 znajduje potwierdzenie m.in. w wyroku KIO z dnia 17.01.2008 r., sygn. akt KIO/UZP 58/07. Takie samo stanowisko wyraziła KIO w wyroku z dnia 8.09.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 886/08. Powyższe stanowi dokładne odzwierciedlenie sytuacji zaistniałej w przedmiotowym postępowaniu. Ponieważ z przedłożonych przez Odwołującego w sprawie o sygn. akt: KIO 1749/10 wraz z ofertą dokumentów nie wynika jednoznaczne potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, wypełnione zostały przesłanki, o których mowa w art. 26 ust. 3 Pzp, z których wynika obowiązek Zamawiającego wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Bezpodstawne zaniechanie wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów stanowi rażące naruszenie art. 26 ust. 3 Pzp. Zamawiający, nie dochowując obowiązku wezwania do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, nie miał podstaw by wykluczyć Odwołującego w sprawie o sygn. akt: KIO 1749/10 z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp. Zwrócił również uwagę na cel art. 26 ust. 3 Pzp, którym jest umożliwienie wykonawcy uzupełnienia dokumentów i tym samym dokonania korekty oferty tak aby zamawiający mógł wybrać w konsekwencji ofertę najkorzystniejszą, ograniczając przypadki wykluczenia wykonawców tylko do tych, którzy faktycznie nie spełniają warunków udziału w postępowaniu (za wyrokiem KIO z dnia 5.03.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 198/09). Na skutek bezpodstawnego zaniechania wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, Zamawiający dopuścił się naruszenia art.24 ust. 2 pkt 4 Pzp poprzez bezpodstawne przyjęcie, iż Odwołujący nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu w sprawie o sygn. akt: KIO 1749/10.

Ponadto wskazał, że Zamawiający dokonał wyboru oferty złożonej przez wykonawcę Piotr Wawraszek ISS, tymczasem w treści złożonych przez wybranego wykonawcę dokumentów wynika, iż nie spełnia on określonych przez Zamawiającego warunków udziału w postępowaniu. Z treści przedłożonych dokumentów nie wynika, iż spełnia on opisany przez Zamawiającego warunek. Przedmiotem zamówienia jest w niniejszym postępowaniu dostawa fabrycznie nowego średniego samochodu dowodzenia. Cena wybranej przez Zamawiającego oferty opiewa na kwotę 2 389 952,00 zł. Wykonawca Piotr Wawraszek ISS obowiązany był zatem wykazać się realizacją co najmniej jednej dostawy fabrycznie nowego średniego samochodu dowodzenia o wartości odpowiadającej co najmniej 2 389 952,00 zł, przedkładając wykaz wykonanych dostaw wraz z dokumentami potwierdzającymi ich

należyta realizację. Tymczasem z treści załączonych do oferty wykonawcy Piotr Wawraszek ISS dokumentów nie wynika spełnianie opisanego przez Zamawiającego warunku. Żadna z pozycji załączonego wykazu, potwierdzonych stosownymi dokumentami, świadczącymi o ich należytej realizacji nie odnosi się do średniego samochodu dowodzenia, co jest przedmiotem niniejszego zamówienia. Jedynie dostawa wykazana w poz. 2 wykazu odnosi się do mobilnego stanowiska dowodzenia i łączności. Z zamieszczonego w wykazie opisu wynika jednak, iż przedmiotem dostawy był nośnik kontenerowy Renault, wyposażony w system załadowniczy z kontenerem. Nie można zatem uznać, iż wykonawca wykazał się realizacją dostawy, której przedmiot był zgodny z przedmiotem niniejszego zamówienia, tj. dostawą fabrycznie nowego średniego samochodu dowodzenia. Co więcej wartość wchodzącego w zakres ujętego w wykazie zamówienia stanowiska dowodzenia stanowi szacunkowo 1/5 wartości dostawy opiewającej na kwotę 2 590 000 PLN. Ponieważ żadna z pozostałych pozycji załączonego do oferty wykazu wykonanych dostaw nie odpowiada przedmiotowi niniejszego zamówienia, stwierdzić należy w sposób nie budzący wątpliwości, iż wykonawca nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, a w konsekwencji podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp. Działania Zamawiającego pozostają zatem w rażącej sprzeczności z dyspozycją art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp oraz art. 7 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym Zamawiający obowiązany jest prowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zachowaniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Dokonując wyboru oferty złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z udziału w postępowaniu, Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp. Wybrana przez Zamawiającego oferta nie może zostać bowiem uznana za najkorzystniejszą spośród ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu. Zamawiający, dokonując oceny oferty złożonej przez wykonawcę Piotr Wawraszek ISS postąpił wbrew zasadzie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zamawiający dokonując badania i oceny złożonych ofert, obowiązany jest działać zgodnie z przepisami Pzp oraz kryteriami ustalonymi przez siebie w SIWZ. Jak orzekł Sąd Okręgowy w Warszawie (Wyrok SO w Warszawie z 22.07.2005 r., sygn. akt: V Ca 592/05). Tymczasem dokonując oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę Piotr Wawraszek ISS Zamawiający działał w sposób całkowicie odbiegający od ustalonych w SIWZ kryteriów, naruszając przy tym zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zamawiający w sposób nieuzasadniony zaniechał wykluczenia wykonawcy Piotr Wawraszek ISS z udziału w przedmiotowym postępowaniu, mimo, iż nie wykazał on spełniania opisanych przez Zamawiającego warunków.

Mając na uwadze przedstawione dowody, co do niewykazania przez wykonawcę Piotr Wawraszek ISS, iż spełnia on wskazane przez Zamawiającego warunki udziału w postępowaniu, nie budzi wątpliwości, iż w przypadku oddalenia podniesionych zarzutów

dotyczących bezpodstawnego wykluczenia Odwołującego w sprawie o sygn. akt: KIO 1749/10 z udziału w postępowaniu i zaniechania wezwania do uzupełnienia dokumentów, zachodzić będą przesłanki unieważnienia postępowania, o których mowa w art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp.

Mając na uwadze przedstawione przez Odwołującego okoliczności, stwierdzić należy w sposób nie budzący wątpliwości, iż Zamawiający dopuścił się naruszenia Pzp, które miały wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Występują zatem wszelkie przesłanki, o których mowa w art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp do uwzględnienia odwołania i nakazania zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenia czynności oceny złożonych ofert i dokonania wyboru oferty złożonej przez Odwołującego się jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu.

Zamawiający w dniu 17.08.2010 r. faxem wezwał w trybie art. 185 ust.1 Pzp uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym będącym wynikiem odwołania wniesionego w sprawie sygn. akt: KIO 1749/10. Żadne przystąpienia do postępowania odwoławczego spełniające przesłanki ustawowe nie miały miejsca.

Na mocy zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18.08.2010 r. sprawy o sygn. akt: KIO 1748/10 oraz sygn. akt: KIO 1749/10 zostały skierowane do łącznego rozpatrzenia.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, zapoznaniu się z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ, ofertą obu Odwołujących oraz ofertą Piotra Wawraszka ISS, odwołaniem w sprawie o sygn. akt: KIO 1748/10 oraz w sprawie o sygn. akt: KIO 1749/10, przystąpieniem do odwołania w sprawie o sygn. akt: KIO 1748/10, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz Przystępującego w sprawie o sygn. akt: KIO 1748/10 złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczą rozpoznawane przez Izbę odwołania, po dniu 29 stycznia 2010 r., tj. po dniu wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), do rozpoznawania niniejszych spraw odwoławczych mają zastosowanie przepisy Pzp w nowym brzmieniu, tj. po dniu wejścia w życie wskazanych przepisów.

W drugiej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołań w trybie art. 189 ust. 2 Pzp,

a Wykonawcy wnoszący odwołania posiadali interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający do ich złożenia.

Odwołujący w sprawie o sygn. akt: KIO 1748/10 oraz w sprawie o sygn. akt: KIO 1749/10 mają interes w rozumieniu art. 179 ust.1 Pzp we wnoszeniu odwołania, ponieważ obie zostały sklasyfikowane w rankingu złożonych ofert przed ofertą Piotra Wawraszka ISS, w przypadku uwzględnienia odwołań, powtórzenia czynności badania i oceny złożonych ofert, obaj mają szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Skład orzekający Izby działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności postanowień ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ, oferty obu Odwołujących oraz ofertę Piotra Wawraszka ISS, odwołania w sprawie o sygn. akt: KIO 1748/10 oraz w sprawie o sygn. akt: KIO 1749/10, przystąpienia do odwołania w sprawie o sygn. akt: KIO 1748/10.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także stanowiska i oświadczenia stron i Przystępującego w sprawie o sygn. akt: KIO 1748/10 złożone ustnie do protokołu. Odnosząc się do podniesionego w treści odwołań zarzutów stwierdzić należy, że odwołania zasługują na uwzględnienie.

Izba dokonała następujących ustaleń:

Zamawiający w Rozdz. 1 ust.1 i 2 SIWZ stwierdził, że: „1. Komenda Wojewódzka Państwowej Straży Pożarnej w Rzeszowie (...), ogłasza przetarg nieograniczony (...), którego przedmiotem jest: dostawa fabrycznie nowego średniego samochodu dowodzenia - wspólny słownik zamówień CPV 34.14.42.10-3 (wozy strażackie); 2. Zamówienie obejmuje dostawę 1 szt. fabrycznie nowego średniego samochodu dowodzenia - opis szczegółowy przedmiotu zamówienia zawiera załącznik nr 1 do SIWZ”. Z kolei w Rozdz. 12 ust.12 pkt 2 SIWZ zawarł zapis, że: „W celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu określonych w art. 22 ust. 1 ustawy P.z.p. Wykonawca w niniejszym postępowaniu zobowiązany jest do złożenia oświadczenia i następujących dokumentów: wykazu wykonanych dostaw w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców, oraz załączeniem dokumentu potwierdzającego, że te dostawy zostały wykonane należycie - Zamawiający uzna warunek za spełniony, gdy Wykonawca wykaże realizację dla straży pożarnej z terenu Unii Europejskiej odpowiednio dla każdej części co najmniej 1 dostawy zgodnej przedmiotem zamówienia o wartości odpowiadającej co najmniej wartości oferty z podaniem okresu realizacji, odbiorców wraz z dokumentami potwierdzającymi, że dostawy samochodów wyszczególnione w wykazie zostały wykonane należycie (wzór wykazu stanowi załącznik nr 6 do SIWZ);”. W ogłoszeniu

o zamówieniu został sformułowany podobny zapis, z tym, że: „(..) co najmniej 1 dostawy tożsamej z przedmiotem zamówienia (...)”. Potwierdzony także w Rozdz. 4 - Wykazie oświadczeń lub dokumentów, jakie mają dostarczyć Wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu - ust. 22 SIWZ: „Wykaz wykonanych, dostaw w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia wg załącznika nr 6 do SIWZ wraz z potwierdzeniem należytego wykonania zamówienia (referencjami)”. W zawiadomieniu o wyborze oferty najkorzystniejszej zapis z Rozdz. 12 ust.12 pkt 2 SIWZ został powielony z wyjątkiem fragmentu: „(..)odpowiednio dla każdej części (...)”.

Pierwszy Odwołujący załączył do oferty (cena ofertowa: pow. 900 tys. PLN brutto – druga oferta według kryterium cena - 100 %) wykaz zawierający dwie zrealizowane dostawy (str. od 5 do 7 oferty): „1. dostawa samochodu dowodzenia i łączności o wartości zamówienia 779 580 zł, wykonana do 30 maja 2008 r. dla Międzynarodowego Portu Lotniczego im. Jana Pawła II w Krakowie-Balicach Sp. z o.o., 32-083 Balice ul. kpt. M. Medweckiego 1; 2. dostawa Mobilnego Zestawu Wzmocnienia Akcji MZWA na wypadek klęsk i katastrof budowlanych w tym: samochodu dowodzenia i łączności oraz samochodu wsparcia i łączności, o wartości zamówienia 1 501 629,06 zł, wykonana 1 grudnia 2009 r. dla Departamentu Wdrożeń i Innowacji Ministerstwa Nauki i Szkolnictwa Wyższego;”

Drugi Odwołujący załączył do oferty (cena ofertowa: 889.277,00 PLN brutto) wykaz zawierający dwie zrealizowane dostawy (str. od 5 do 7 oferty): samochodów dowodzenia i łączności, których odbiorcami byli: poz. 1 - Komenda Powiatowa Państwowej Straży Pożarnej w Pruszkowie (wartość zamówienia 550.000,00 zł) oraz poz. 2 - Komenda Główna Policji (8 szt. o wartości powyżej ceny zaoferowanej).

Wykonawca wybrany: Piotr Wawraszka ISS (cena ofertowa: 2.389.952,00 PLN brutto) załączył do oferty wykaz 45 dostaw (str. 20-21 oferty), w poz. 2 dla Komendy Wojewódzkiej Straży Pożarnej w Białymstoku - przedmiotem dostawy było: „(....) Mobilne stanowisko dowodzenia i łączności nośnik kontenerowy Renault Kerax 410 DXI o napędzie 8x4 wyposażony w system załadowniczy z kontenerem mobilne stanowisko dowodzenia" - (wartość zamówienia 2 590 000 PLN). Obaj Odwołujący zostali wykluczeni z udziału w postępowaniu bez wzywania w trybie art. 26 ust. 3 i 4 Pzp.

Zarzuty naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 26 ust. 3 i 4 Pzp – pierwszego Odwołującego oraz art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 26 ust. 3 Pzp – drugiego Odwołującego, Izba z uwagi na ich charakter rozpatrzy łącznie, uznając je za zasadne.

Biorąc pod uwagę ustalenia dokonane powyżej, Izba stwierdziła co następuje.

Po pierwsze, Izba wskazuje, że stanowisko przedstawione przez Zamawiającego na rozprawie jest błędne. Izba podtrzymuje obligatoryjny charakter instytucji wynikających z art. 26 ust. 3 i 4 Pzp. Dotychczasowe orzecznictwo w tym zakresie jest nadal aktualne

w obecnym stanie prawnym. Żadne domniemania, co do bezprzedmiotowego charakteru tych wezwań nie zwalnia z obowiązku ich zastosowania za wyjątkiem dwóch wyjątków wskazanych w art. 26 ust. 3 Pzp. Należy także wskazać na pisemny charakter oferty i konieczność dokumentowania określonych stanów faktycznych, z których Zamawiający wywodzi tak dalece idące negatywne skutki prawne dla obu Odwoływających. Z ustaleń dokonanych na rozprawie wynika, że pierwszy Odwoływający potwierdził, że w jego wypadku brak jest konieczności zastosowania art. 26 ust. 4 Pzp i w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 Pzp dokona uzupełnienia złożonego wykazu, tudzież ewentualnie złoży nowy wykaz wraz z referencjami. Drugi Odwoływający w tym zakresie podtrzymał zarzut, z którego wynika wola uzupełnienia wykazu, tudzież złożenie nowego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp.

Po drugie, Izba przypomina, że wezwanie do wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 Pzp nie ma ograniczeń, co do ich ilości, w odróżnieniu do trybie art. 26 ust. 3 Pzp, w tym wypadku dopuszczalne jest wezwanie tylko raz w danym zakresie.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Zarzuty naruszenia art. 26 ust. 3 i 4 Pzp w odniesieniu do wybranego Wykonawcy sformułowany przez pierwszego Odwoływającego oraz naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, tj. zaniechania wykluczenia wybranego Wykonawcy sformułowany przez drugiego Odwoływającego, Izba również rozpatrzy łącznie, stwierdzając, że zasadne było wezwanie wybranego Wykonawcę co najmniej w trybie art. 26 ust. 4 Pzp do wyjaśnień, które z dostaw spełniają postawiony warunek wymaganego doświadczenia, a w szczególności w odniesieniu do poz. 2 wykazu. Izba nie podziela zarzutu drugiego Odwoływającego o zaniechaniu wykluczenia wybranego Wykonawcy, podtrzymując stanowisko wyrażone w ramach zarzutów rozpatrywanych powyżej. Nie można bowiem wykluczyć jakiegokolwiek Wykonawcy bez przeprowadzenia obligatoryjnych wezwań w trybie art. 26 ust. 3 i 4 Pzp z wyjątkiem sytuacji, gdy sama oferta podlega odrzuceniu albo konieczne jest unieważnienie postępowania.

W konsekwencji, w ocenie Izby zarzuty naruszenia art. 91 ust.1 Pzp sformułowane przez obu Odwoływających, są zasadne, a sam wybór Wykonawcy był co najmniej przedwczesny, biorąc pod uwagę, że wybrany Wykonawca złożył trzecią w kolejności (najdroższą) ofertę, a dwaj pozostali Wykonawcy zostali wykluczeni bez przeprowadzenia trybów wynikających z art. 26 ust. 3 i 4 Pzp.

Zarzuty naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp sformułowane przez obu Odwoływających także zostały potwierdzone. Po pierwsze z uwagi na potwierdzenie się prawie wszystkich pozostałych zarzutów. Po drugie, Izba wskazuje, że ocena ofert, tj. wykazów Wykonawców wykluczonych była wadliwa albowiem, zasadne jest stwierdzenie, że brzmienie warunku wymaganego doświadczenia, tj. opisu sposobu dokonania oceny jego spełniania dawało podstawę do wyjaśnień względem poz. 2 wykazów obu Odwoływających. Dopiero ich stanowisko wynikające z rozprawy, czy też odwołania przesądziło, o tym że należało

zastosować art. 26 ust. 3 Pzp. Izba podnosi, że postanowienie SIWZ będące podstawą przedłożonych wykazów należy odczytywać w ten sposób, że wszelkie jego niejasności muszą być rozpatrywane na korzyść Wykonawców (podobnie w kwestii niejednoznaczności SIWZ - wyrok KIO z dnia 12.01.2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 1641/09, wyrok KIO z dnia 1.07.2010 r., sygn. akt: KIO 1154/10, czy też wyrok KIO z dnia 1.07.2010 r., sygn. akt: KIO 1233/10). W ocenie Izby po nowelizacji wprowadzającej nowe brzmienie art. 22, kluczowe dla opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków z ust. 1 jest jego ust. 4 i zapisy: „*związane z przedmiotem zamówienia*” oraz „*proporcjonalne*”. Istniejące w dniu oceny złożonych ofert postanowienia SIWZ, mówi o tożsamości, zgodności z przedmiotem zamówienia. Zamawiający wskazywał na rozprawie, że chodzi nie tyle o tożsamość, ale identyczność z przedmiotem zamówienia, tj. dostawą fabrycznie nowego średniego samochodu dowodzenia. Chodziło w wykazanie się dostawą mobilnego stanowiska dowodzenia. Jednakże takie rozumienie postawionego warunku wymaganego doświadczenia zostało sformułowane dopiero na rozprawie i nie wynika z postanowień SIWZ. W ocenie Izby powyższy stan, ma także wpływ na zaistniały stan faktyczny, tym bardziej, że jak przyznał Zamawiający miał wątpliwości co do poz. 2 wybranego Wykonawcy, które należało i należy wyjaśnić w trybie art. 26 ust. 4 Pzp. Na obecnym etapie nie ma możliwości zmiany postawionego warunku wymaganego doświadczenia. Izba także nie będzie wykraczać poza zakres zarzutów pozostawiając aspekty nie objęte nimi ocenie samego Zamawiającego, tudzież ewentualnej ocenie organów kontrolnych. Jedyne wskazuje, że opisu sposobu dokonywania oceny spełniania postawionego warunku wymaganego doświadczenia nie był przedmiotem skutecznych środków ochrony prawnej, co potwierdzili na rozprawie obaj Odwołujący, obowiązuje zatem wszystkich Wykonawców ze szczegółowością ustaloną przez Zamawiającego (wyrok ZA z dnia 1.07.2005 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-1574/05).

W obecnym stanie faktycznym i prawnym zasadne jest dokonanie oceny złożonych ofert, stosownie do sytuacji poszczególnych Wykonawców z uwzględnieniem wcześniejszych elementów uzasadnienia, wobec takiego a nie innego brzmienia postanowień SIWZ, przez pryzmat związania z przedmiotem zamówienia i proporcjonalności do niego, tj. art. 22 ust. 4 Pzp, nie zaś przez identyczność w każdej pozycji i parametrze załącznika nr 1 do SIWZ, wykazywanych dostaw. Zgodnie bowiem ze stanowiskiem orzecznictwa, co do zasady nie ma dwóch takich samych zamówień. Przy uwzględnieniu również zasady, że wątpliwości dotyczące postanowień SIWZ, w szczególności zapisów dotyczących warunków udziału w postępowaniu powinny być z zachowaniem przepisów prawa rozstrzygane na korzyść Wykonawców.

Kwestia uznania referencji wystawionych w ramach realizacji dostaw na rzecz konsorcjum w odniesieniu do poszczególnych ich członków, nie była przedmiotem zarzutu. W tej materii Izba odsyła do przeważającego orzecznictwa KIO odmiennego od

przywoływanego przez drugiego Odwołującego (por. wyrok KIO z dnia 22.03.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 99/08, wyrok KIO z dnia 13.06.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 530/08, wyrok KIO z dnia 8 lipca 2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 630/08, wyrok KIO z dnia 27.08.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 838/08, wyrok KIO z dnia 8.09.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 886/08, wyrok KIO z dnia 27.11.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 1301/08, sygn. akt: KIO/UZP 1311/08, wyrok KIO z dnia 9.02.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 103/09, wyrok KIO z dnia 5.02.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 111/09, wyrok KIO z dnia 17.04.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 393/09, sygn. akt: KIO/UZP 397/09, czy też wyrok KIO z dnia 12.05.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 563/09).

W tym stanie rzeczy, Izba uwzględniła odwołania na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp.

Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 8 Pzp w związku z § 13 ust. 3 zd. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 48, poz. 280), wydała w sprawach o sygn. akt: KIO 1748/10, sygn. akt: KIO 1749/10 orzeczenie łączne.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Pzp, a także w oparciu o § 6 i 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a i 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r. Nr 41, poz. 238).

Izba nie uznała wniosku pierwszego Odwołującego o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika, według norm przepisanych z uwagi na nie przedłożenie do akt sprawy rachunku będącego podstawą zaliczenia m.in. wynagrodzenia pełnomocnika do kosztów postępowania (§ 3 pkt 2 lit. b w/w rozporządzenia).

Przewodniczący:

.....