

Sygn. akt: KIO 2632/17

WYROK

z dnia 27 grudnia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Danuta Dziubińska

Emilia Garbala

Magdalena Grabarczyk

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 grudnia 2017 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 grudnia 2017 r. przez wykonawcę **OTS-IP Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, ul. Juliusza Lea 112, 30-133 Kraków** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Miasto Łowicz, ul. Stary Rynek 1, 99-400 Łowicz**

przy udziale wykonawcy **Sweco Consulting sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, ul. Franklina Roosevelta 22, 60-829 Poznań** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie i nakazać zamawiającemu - **Gminie Miasto Łowicz:**
 - 1.1. unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego **OTS-IP Sp. z o.o.** z postępowania,
 - 1.2. unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego **OTS-IP Sp. z o.o.** jako wykluczonego z postępowania,

- 1.3. dokonanie ponownej oceny spełniania przez odwołującego **OTS-IP Sp. z o.o.** warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia,
2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego - **Gminę Miasto Łowicz** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00 groszy) uiszczoną przez odwołującego **OTS-IP Sp. z o.o.** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od zamawiającego – **Gminy Miasto Łowicz** na rzecz odwołującego - **OTS-IP Sp. z o.o.** kwotę **18 600,00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych 00 groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2017 r. poz. 1579) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Łodzi.

Przewodniczący:

.....

.....

Uzasadnienie

Gmina Miasto Łowicz (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, postępowanie o zamówienie publiczne pod nazwą „Usługa nadzoru inwestorskiego nad robotami: Przebudowa i rozbudowa oczyszczalni ścieków w Łowiczu - Etap I”, numer referencyjny 042.15.2017_2.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówienie zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 31 sierpnia 2017 r., numer: 2017/S 166-341892 ze zmianą z 29 września 2017 r. Dz.U./S S187 383527-2017. Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”) została zamieszczona na stronie internetowej Zamawiającego.

W dniu 1 grudnia 2017 r. Zamawiający zawiadomił wykonawcę OTS-IP Sp. z o.o. (dalej: „Odwołujący”) o wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp z uwagi na niewykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz o odrzuceniu oferty, złożonej przez tego wykonawcę, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

W dniu 11 grudnia 2017 r. Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego, polegających na wykluczeniu go z postępowania i odrzuceniu złożonej przez niego oferty, zaniechaniu wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej oraz zaniechaniu uzasadnienia decyzji o wykluczeniu go z udziału w postępowaniu. Składając odwołanie Odwołujący zastrzegł, iż w treści odwołania znajdują się informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa Odwołującego i dlatego poza wersją odwołania dla Zamawiającego, przesyłał wersję z zaczerpionymi fragmentami zawierającymi takie dane oraz podał, iż tajemnicę przedsiębiorstwa stanowią również Załączniki nr 8, 9 i 10 do odwołania, tj. pismo Odwołującego z dnia 6 listopada 2017 r. wraz z załącznikami, znak OTS/1218/17, wezwanie Zamawiającego z dnia 14 listopada 2017 r., znak 042.15.2017_2.UP, pismo Odwołującego z dnia 23 listopada 2017 r. wraz z załącznikami, znak OTS/1363/17.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne wykluczenie Odwołującego, z powodu rzekomego braku wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej określonej w Dziale VI pkt 2.2.3) SIWZ tj.: rzekomego nie przedstawienia właściwych dowodów określających czy wszystkie usługi wymienione w wykazie zostały wykonane należycie;
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez nieuprawnione odrzucenie oferty złożonej przez Odwołującego jako wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia;
- 3) art. 91 w związku z art. 24aa ustawy Pzp poprzez zaniechanie dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej na skutek jego nieuprawnionego wykluczenia,
- 4) art. 24 ust. 1 pkt 12 w związku z art. 7 ustawy Pzp poprzez zaniechanie uzasadnienia faktycznego dotyczącego wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu.

Wskazując na powyższe Odwołujący wniósł o:

- 1) merytoryczne rozpatrzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą niniejszego odwołania i jego uwzględnienie;
 - 2) unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na wykluczeniu Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia;
 - 3) unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego jako wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia;
 - 4) nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności ponownego badania i oceny ofert,
- a w jej następstwie:
- 5) nakazanie Zamawiającemu wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący podał, iż posiada interes w złożeniu odwołania, ponieważ złożył ofertę w postępowaniu, która w przypadku uwzględnienia odwołania powinna zostać uznana za najkorzystniejszą. W wyniku naruszenia przepisów ustawy Pzp przez Zamawiającego i odrzuceniu oferty Odwołującego na skutek jego bezprawnego wykluczenia, oferta ta nie może zostać wybrana jako najkorzystniejsza, a w konsekwencji Odwołujący może ponieść szkodę w postaci nieudzielenia mu zamówienia.

W uzasadnieniu odwołania, Odwołujący podał, iż postępowanie prowadzone jest przez Zamawiającego z zastosowaniem procedury przewidzianej w art. 24aa ustawy Pzp. Działając na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, pismem z dnia 20 października 2017 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia dokumentów, potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, wskazanych w Dziale VIII SIWZ, w tym dokumentów potwierdzających spełnienie warunku opisanego w SIWZ. W dniu 6 listopada 2017 r. Odwołujący przedłożył Zamawiającemu dokumenty Odwołującego, jak i podmiotu trzeciego, na którego zasoby się powołuje. W dniu 14 listopada 2017 r.

Zamawiający wystosował do Odwołującego wezwanie do złożenia wyjaśnień w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu, wskazując, iż z referencji odnoszących się do przedstawionych w JEDZ usług nadzoru podmiotu trzeciego nie wynika spełnienie warunków określonych w SIWZ Dz. VI pkt 2.2.3) lit a i b. W związku z powyższym, Zamawiający wezwał Odwołującego do jednoznacznego określenia, które usługi należy uwzględnić przy ocenie oferty oraz do przedłożenia dowodów potwierdzających, że usługi zostały wykonane należycie, a ich zakres spełniał warunki z SIWZ Dz. VI pkt 2.2.3) lit a i b. Równocześnie Zamawiający wezwał Odwołującego do wyjaśnienia czy usługa pomocy technicznej podmiotu trzeciego spełnia wymogi SIWZ określone w Dz. VI pkt 2.2.3) lit a i b i jest równoznaczna z usługą nadzoru inwestorskiego oraz do przedłożenia na tę okoliczność stosownych dowodów.

Odwołujący podniósł również, iż pismem z dnia 23 listopada 2017 r., wyjaśnił, że zgodnie z przyjętymi zasadami, JEDZ jest oświadczeniem własnym wykonawcy, mającym stanowić wstępne potwierdzenie, że nie podlega on wykluczeniu z postępowania oraz, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, natomiast dokumentem uszczegóławiającym jest choćby wskazany przez odwołującego Wykaz wykonanych usług, z którego jednoznacznie wynika doświadczenie posiadane przez podmiot trzeci, na którego zasoby powoływał się Odwołujący. W dalszej części pisma, Odwołujący oświadczył i potwierdził, że wskazana usługa pomocy technicznej jest równoznaczna z usługą nadzoru inwestorskiego i spełnia wymogi SIWZ określone w Dz. VI pkt 2.2.3) lit a i b. Na potwierdzenie powyższego Odwołujący przedłożył dokument „List of services” - w wersji angielskiej oraz w tłumaczeniu na język polski, poświadczający spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Natomiast pismem z dnia 1 grudnia 2017 r. Zamawiający wykluczył Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia, uznając brak wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej określonej w Dziale VI pkt 2.2.3) SIWZ, tj.: nie przedstawienie właściwych dowodów określających czy wszystkie usługi wymienione w wykazie zostały wykonane należycie. Równocześnie, zgodnie z art. 89 ust 1 pkt 5 ustawy Pzp, Zamawiający odrzucił ofertę złożoną przez Odwołującego, jako wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Odwołujący stwierdził, iż przedstawił Zamawiającemu Załącznik nr 5, zawierający Wykaz wykonanych usług, w którym podał szczegółowe informacje, na podstawie których Zamawiający mógł jednoznacznie stwierdzić spełnienie przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu. Zgodnie z tym wykazem Odwołujący korzysta z doświadczenia podmiotu trzeciego, który świadczył wymagane w SIWZ usługi nadzoru inwestorskiego. Nadto Odwołujący załączył stosowne referencje dotyczące w/w zadań. Załączone referencje potwierdzały jednocześnie w sposób jasny i klarowny należyte wykonanie usług świadczonych w ramach danych projektów. Następnie Odwołujący, przywołując liczne orzeczenia Krajowej

Izby Odwoławczej, zaznaczył, iż referencje, co do zasady nie służą wykazaniu zakresu usług, czy też ich zgodności z warunkiem postawionym dla wykazania określonego doświadczenia, zatem nie ma konieczności wskazywania w treści referencji zarówno wartości usługi, jaki terminu jej realizacji. Referencje potwierdzają jedynie należyte wykonanie usługi, a nie stanowią potwierdzenia jej ilości, rodzaju, miejsca wykonania oraz terminu, co powinno zostać oświadczone w wykazie wykonanych usług sporządzonym przez wykonawcę.

Odwołujący podniósł, iż wydaje się, że Zamawiający usiłuje forsować odmienny pogląd od ugruntowanego w orzecznictwie KIO, wymagając, by referencje potwierdzające należyte wykonanie zamówienia odnosiły się bezpośrednio do konkretnych usług wykonywanych w ramach zrealizowanego zadania. Zamawiający nie dostrzega rozgraniczenia pomiędzy dokumentem referencji, a wykazem usług, oczekując, że referencje będą opisywały zamówienie w sposób umożliwiający jego weryfikację dla potrzeb stwierdzenia adekwatności do postawionych przez Zamawiającego wymogów. W ocenie Odwołującego dokumenty przedłożone przez niego w ramach prowadzonych wyjaśnień jak i jego oświadczenia, wskazują, iż w sposób skuteczny i prawidłowy wykazał spełnienie warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu, a w szczególności wykazał spełnienie przesłanek dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej określonej w Dz. VI pkt 2.2.3) SIWZ. Na marginesie Odwołujący zaznaczył, iż nie sposób uznać, iż usługi świadczone przez podmiot, z którego doświadczenia korzysta, wykonane w ramach zadań wyszczególnionych w Załączniku Nr 5 Wykaz wykonanych usług, nie zostały wykonane należycie, jeśli z treści załączonych referencji wynika, że całość zrealizowanego zamówienia została wykonana w sposób należyty.

W dalszej części odwołania Odwołujący wskazał, iż Zamawiający uchybił obowiązkowi, wynikającemu z art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 7 ustawy Pzp, ponieważ nie wskazał przyczyny uznania, iż Odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, dotyczących zdolności technicznej i zawodowej, określonych w SIWZ. Zdaniem Odwołującego twierdzenie zawarte w informacji Zamawiającego, że nie przedstawił właściwych dowodów określających, że wszystkie usługi wymienione w wykazie zostały wykonane należycie, w szczególności z perspektywy dokumentów przedłożonych Zamawiającemu przez Odwołującego w toku prowadzonych wyjaśnień, przy jednoczesnym braku odniesienia się do dowodów przedłożonych przez Odwołującego, nie czyni zadość takiemu obowiązkowi. W związku z tym Odwołujący może się jedynie domyślać się jakie były rzeczywiste przyczyny wykluczenia go przez Zamawiającego z udziału w postępowaniu, a co za tym idzie ma ograniczone możliwości zarówno obrony, jak i wejścia w polemikę z argumentacją Zamawiającego. Powyższe stoi w sprzeczności z zasadą przejrzystości postępowania wyrażoną w art. 7 ustawy Pzp.

Na dowód swoich twierdzeń Odwołujący wskazał na postanowienia SIWZ i ogłoszenia oraz na wezwanie Zamawiającego z dnia 20 października 2017 r., znak 042.15.2017_2.UP, pismo Odwołującego z dnia 6 listopada 2017 r. wraz z załącznikami, znak OTS/1218/17, wezwanie Zamawiającego z dnia 14 listopada 2017 r., znak 042.15.2017_2.UP, pismo Odwołującego z dnia 23 listopada 2017 r. wraz z załącznikami, znak OTS/1363/17, a także pismo Zamawiającego z dnia 1 grudnia 2017 r., znak 042.15.2017_2.UP.

Pismem złożonym do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 grudnia 2017 r. wykonawca – Sweco Consulting sp. o.o. (dalej: „Przystępujący”) zgłosił swoje przystąpienie do postępowania po stronie Zamawiającego. Przystępujący w pierwszej kolejności wniósł o odrzucenie odwołania, a w przypadku uznania, iż nie zachodzą podstawy do jego odrzucenia, wniósł o oddalenie odwołania w całości jako bezzasadnego, z uwagi na nie wykazanie przez Odwołującego naruszenia przez Zamawiającego przywołanych w treści odwołania przepisów ustawy Pzp. Przystępujący wskazał, iż ma interes w zgłoszeniu przystąpienia do postępowania po stronie Zamawiającego, ponieważ złożył ważną i niepodlegającą odrzuceniu ofertę, a Zamawiający nie wybrał jeszcze oferty najkorzystniejszej. Przystępujący podał, iż jego oferta w kryterium cena znajduje się na trzeciej pozycji, jednak cena nie jest jedynym kryterium oceny ofert, a nadal trwa procedura badania i oceny ofert. Nie jest więc wykluczone, że ostatecznie oferta Przystępującego okaże się najkorzystniejszą, na co liczy.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, ofertą złożoną przez Odwołującego, korespondencją stron, po przeprowadzeniu rozprawy i wysłuchaniu stanowisk i oświadczeń Stron, na podstawie zebranego materiału dowodowego, Krajowa Izba Odwoławcza, ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że odwołanie nie zawiera braków formalnych, nie została wypełniona żadna z przesłanek, skutkujących odrzuceniem odwołania, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp oraz, że wpis w prawidłowej wysokości został wniesiony w ustawowym terminie. Tym samym odwołanie podlegało merytorycznemu rozpoznaniu.

Izba stwierdziła, iż Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do skorzystania w przedmiotowym postępowaniu ze środków ochrony prawnej, ponieważ została wypełniona materialnoprawna przesłanka, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, w postaci interesu w uzyskaniu zamówienia. Odwołujący złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu, która według przyjętych w SIWZ kryteriów oceny ofert, w przypadku uwzględnienia zarzutów odwołania mogłaby zostać uznana za najkorzystniejszą. Wykluczenie Odwołującego z postępowania i odrzucenie złożonej przez niego oferty, skutkuje pozbawieniem

Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia, a w konsekwencji możliwością poniesienia szkody.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia Przystępującego do postępowania po stronie Zamawiającego. Przystąpienie nastąpiło z zachowaniem wymogów określonych w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp, w tym z wykazaniem interesu Przystępującego w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego.

Następnie Izba ustaliła, co następuje:

Stosownie do Działu VI pkt. 2.1.3) SIWZ Wykonawca dla spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, był obowiązany wykazać, że wykonał nie wcześniej niż w okresie 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie co najmniej:

- 1) dwie usługi polegające na świadczeniu nadzoru inwestorskiego nad przebudową i/lub rozbudową oczyszczalni ścieków komunalnych, będącej w ruchu eksploatacyjnym, wraz z rozruchem technologicznym o przepustowości średniodobowej nie mniejszej niż 8000 m³/d (ścieków),
- 2) jedną usługę polegającą na świadczeniu nadzoru inwestorskiego nad budową minimum 2 komór fermentacyjnych jako obiektów gospodarki osadowej na oczyszczalni ścieków komunalnych, o pojemności komór nie mniejszej niż 800 m³ (każda) wraz z infrastrukturą towarzyszącą i budową instalacji biogazu wraz z rozruchem.

Stosownie do treści SIWZ, ocena spełnienia tego warunku miała zostać dokonana przez Zamawiającego z uwzględnieniem, iż za wykonanie usługi uważa się jej wykonanie dla zakończonej inwestycji, tj. dla której wystawiono co najmniej Świadectwo Przejęcia, przy czym takie świadectwo nie może być wystawione wcześniej niż trzy lata przed terminem składania oferty w przedmiotowym przetargu.

Zamawiający pismem z dnia 26 września 2017 r., stanowiącym odpowiedź na pytania wykonawców w odniesieniu do spełniania ww. warunku udziału w postępowaniu, działając na podstawie art. 38 ust. 2 ustawy Pzp, podając, iż wprowadzane zmiany stają się integralną częścią SIWZ, udzielił wyjaśnień wskazując, iż w odniesieniu do ww. warunku zdolności technicznej uzna za wystarczające wykazanie się dwoma usługami polegającymi na świadczeniu nadzoru inwestorskiego nad przebudową i/lub rozbudową oczyszczalni ścieków komunalnych, będącej w ruchu eksploatacyjnym wraz z rozruchem technologicznym o przepustowości średniodobowej nie mniejszej niż 8000 m³/d (ścieków), w których zawarta jest jedna usługa polegająca na świadczeniu nadzoru inwestorskiego nad budową minimum 2 komór fermentacyjnych jako obiektów gospodarki osadowej na oczyszczalni ścieków komunalnych, o pojemności komór nie mniejszej niż 800 m³ (każda) wraz z infrastrukturą

towarzystwającą i budowę instalacji biogazu wraz z rozruchem. W odpowiedzi na dalsze pytania Zamawiający w tym piśmie podał: „Jedna usługa nadzoru dotyczy budowy łącznie dwóch komór lub dwie usługi dotyczące jednej komory” oraz „Usługa dotyczy zarówno jednego zadania lub nadzoru nad projektem zawierającym kilka zadań.”

Odwołujący wraz z ofertą złożył wypełniony formularz ofertowy oraz Jednolity Europejski Dokument Zamówienia (JEDZ) z znaczeniem tajemnicy przedsiębiorstwa m.in. w części dotyczącej podwykonawcy i danych dotyczących potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia, odnoszących się do podmiotu trzeciego, na którego wiedzy i doświadczeniu Odwołujący polega.

Pismem z dnia 20 października 2017 r., wskazując jako podstawę działania art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia dokumentów potwierdzających m.in. okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej tj. wykazu usług sporządzonego według załącznika nr 5 do SIWZ wraz z dowodami potwierdzającymi należyte wykonanie usług wymienionych w wykazie.

W odpowiedzi na wezwanie, za pismem z dnia 6 listopada 2017 r., znak: OTS/1218/17, zastrzegając jako tajemnicę przedsiębiorstwa, Odwołujący złożył m.in. wykaz usług, w którym wskazał dwa zadania zagranicznego podmiotu trzeciego oraz listy referencyjne podmiotów zagranicznych, na rzecz których były wykonywane usługi wraz z tłumaczeniem na język polski. Odwołujący złożył również zobowiązanie podmiotu trzeciego do oddania do dyspozycji Odwołującego niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia, zawierające m.in. wskazanie zakresu udostępnianych zasobów i sposób ich wykorzystania, a także JEDZ podmiotu trzeciego.

Pismem z dnia 14 listopada 2017 r., w trybie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp, Zamawiający wezwał Odwołującego do uzupełnienia dokumentów tj.: JEDZ Odwołującego ze wskazaniem, że oferta zawiera wykaz usług, które nie wskazują spełnienia warunków udziału w postępowaniu określonych w SIWZ Dział VI pkt 2.2.3) lit. a oraz JEDZ podmiotu trzeciego, ze wskazaniem, iż z przedstawionych referencji nie wynika, aby usługi nadzoru tego podmiotu w obydwu wskazanych zadaniach potwierdzały spełnianie warunku udziału w postępowaniu wskazanych w SIWZ Dział VI pkt 2.2.3) lit. a i b. Jednocześnie Zamawiający wezwał Odwołującego do jednoznacznego określenia, które usługi należy uwzględnić przy ocenie oferty oraz do przedłożenia dokumentów potwierdzających, że usługi zostały wykonane należycie, a ich zakres spełniał warunki określone w Dziale VI pkt 2.2.3) lit. a i b SIWZ. Zamawiający wezwał również Odwołującego do wyjaśnienia, czy usługa pomocy technicznej spełnia wymogi SIWZ i jest równoznaczna z usługą nadzoru inwestorskiego oraz do

przedłożenia na tę okoliczność stosownych dowodów. W odpowiedzi, za pismem z dnia 23 listopada 2017 r., znak: OTS/1363/17 Odwołujący złożył:

- 1) swój JEDZ w części dotyczącej wykazu usług potwierdzających spełnianie warunków udziału wskazanych w Dziale VI pkt 2.2.3) lit. a SIWZ, oraz wyjaśnił, że pozostałe podmioty znajdujące się w JEDZ zostały wskazane omyłkowo, gdyż Wykonawca wykorzystał posiadany JEDZ, przygotowany na potrzeby innego postępowania,
- 2) JEDZ podmiotu trzeciego, w części dotyczącej wykazu usług, potwierdzających spełnianie warunków udziału wskazanych w Dziale VI pkt 2.2.3) lit. a i b SIWZ, jednocześnie wskazując, że szczegółowy zakres usług potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, został przekazany w piśmie z dnia 6 listopada 2017 r. znak: OTS/1218/17 i szczegółowo opisany w Wykazie wykonanych usług, stanowiącym załącznik nr 5 do SIWZ.

Pismem z dnia 1 grudnia 2017 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wykluczeniu Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp i o odrzuceniu oferty tego wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. W uzasadnieniu swojego stanowiska Zamawiający podał, iż wykluczenie Odwołującego następuje: *„ponieważ nie wykazał spełnienia warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu, dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej określonej w Dz.VI pkt. 2.2.3) SIWZ tj.: nie przedstawił właściwych dowodów określających czy wszystkie usługi wymienione w wykazie zostały wykonane należycie.”*

Złożona przez Zamawiającego odpowiedź na odwołanie zawiera informacje dotyczące zastrzeżeń Zamawiającego do dokumentów przedłożonych przez Odwołującego i wskazuje w tym zakresie m.in. iż złożony wykaz nie przedstawia jednoznacznie w jakim okresie była realizowana dana usługa. Nadto, w ocenie Zamawiającego, treści załączonych referencji nie sposób utożsamiać z usługami wymienionymi w wykazie, zaś utajniony opis referencji jest bardzo ogólny, obejmujący lata 2011 do 2017, nie wskazuje jednoznacznie zakresu usługi dla określonych zadań i czasu jej realizacji. Zdaniem Zamawiającego również formuła utajnionego zobowiązania podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobów jest niewystarczająca, ponieważ nie wynika z niego, iż podmiot ten będzie występował jako podwykonawca zgodnie z art. 22a ust. 4 ustawy Pzp, pomimo, iż udostępnia on swoje zasoby w zakresie wiedzy i doświadczenia. Zamawiający zauważył, iż zobowiązanie podmiotu trzeciego w żaden sposób nie wskazuje, że podmiot ten będzie realizował całą usługę jako podwykonawca. Zamawiający stwierdził: *„W związku z powyższym oraz brakiem wskazania przez Odwołującego kosztów użycia podmiotu zasobu w swojej cenie z promienia kilku tysięcy kilometrów, Zamawiający wezwał Odwołującą z art. 26 ust. 3 o dokumenty potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu z takim stopniem doprecyzowania, na jaki mu pozwalały utajnione dokumenty*

Odwołującej.” W ocenie Zamawiającego Odwołujący niczego nie uzupełnił oraz nie wyjaśnił, a także nie przedstawił dokumentów innego podmiotu trzeciego udostępniającego swoje zasoby, jak również nie przedstawił dokumentów potwierdzających, że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Na rozprawie Odwołujący podał, m.in. iż z uwagi na treść informacji o wykluczeniu z postępowania, w której brak uzasadnienia faktycznego takiej decyzji, trudno mu się odnieść do wszystkich ewentualnych zarzutów zamawiającego, tym bardziej po zapoznaniu się z odpowiedzią na odwołanie. Odwołujący podał, że SIWZ nie definiuje usług, jakie zamawiający przyjmuje jako usługi nadzoru inwestorskiego. W prawie polskim kwestie te reguluje art. 17 prawa budowlanego. Usługi w tym zakresie odpowiadają w swej treści usługom pomocy technicznej, o których mowa w złożonych, na wezwanie zamawiającego, referencjach. Jeśli chodzi o pierwszą z referencji na wstępie wymienia ona jako zakres nadzór i zarządzanie projektami nad robotami, co jest równoznaczne z nadzorem inwestorskim. Jeśli chodzi o drugą z referencji, to również potwierdza ona wykonywanie usług w zakresie nadzoru inwestorskiego, na co wskazuje min treść tabeli dotyczącej poziomu płatności każdego z partnerów konsorcjum. Odwołujący dodał, że jeśli chodzi o projekty europejskie to tego typu usługi określane są jako pomoc techniczna. Nie zmienia to faktu, iż projektanci wykonywali usługi odpowiadające usługom nadzoru inwestorskiego. Odwołujący wskazał, że załączone referencje zawierają szereg różnych elementów jednak ze swej istoty nie muszą dokładnie precyzować wszystkich elementów świadczonych usług. Złożone przez niego referencje zawierają oświadczenie wystawcy dotyczące należytego wykonania usług z przyznaniem najwyższej oceny. Odwołujący zauważył, iż kluczowe znaczenie ma treść wykazu, a ta, oraz złożone referencje, potwierdzają, jego zdaniem, spełnianie przez niego warunku udziału w postępowaniu, w tym wskazują jaki zakres usług wykonywał tenże podmiot. Odwołujący dodał, iż Zamawiający nie zadał mu pytania dotyczącego zakresu usług świadczonych przez podmiot trzeci, na którego zasoby Odwołujący się powoływał, jak również nie poinformował, że w jego ocenie z referencji przedłożonych przez Odwołującego nie wynika, iż nie wykazał doświadczenia w zakresie wykonania usług nadzoru inwestorskiego.

Na rozprawie Zamawiający oświadczył, iż szereg dokumentów w ofercie Odwołującego jest objętych tajemnicą przedsiębiorstwa, których nie odtajnił, ponieważ argumentacja Odwołującego w tym zakresie była dla niego przekonująca. Zamawiający podał, iż w pierwotnie złożonym przez odwołującego dokumencie JEDZ były wymienione podmioty krajowe jako te, z których potencjału odwołujący korzysta z terenu znajdującego się w promieniu około 300 km do miejsca realizacji zamówienia. Miało to znaczenie dla oceny dokonanej przez zamawiającego, przedstawionej przez Odwołującego kalkulacji, złożonej na wystąpienie w związku z podejrzeniem rażąco niskiej ceny. Natomiast na wezwanie

wystosowane do Odwołującego w trybie art. 26 ust 3 ustawy Pzp, Odwołujący złożył nowy JEDZ, gdzie wskazał na osobiste świadczenie usług oraz na potencjał podmiotu trzeciego, którym jest firma z siedzibą za granicą, występująca we wskazanych zadaniach jako partner konsorcjum. Zamawiający stwierdził, iż z SIWZ, z części dotyczącej sformułowania warunku udziału w postępowaniu wynika, iż nadzór inwestorski należało rozumieć stosownie do przepisów z prawa budowlanego. SIWZ nie wskazuje na usługi równoważne np. takie, które należą do inżyniera kontraktu. Zamawiającemu chodziło o to, aby wykonawcy wykazali się doświadczeniem w zakresie nadzoru nad robotami budowlanymi. Wykaz złożony przez Odwołującego w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, w ocenie Zamawiającego, nie spełniał wymogów SIWZ, chodzi o kolumnę 2, gdzie Odwołujący wstawił treść wymogu nie wstawiając własnej treści. Do wykazu tego zostały załączone 2 referencje. Jeśli chodzi o pierwszą referencję to dotyczy ona usługi, która nadal trwa a SIWZ wymagała, aby była wystawiona nie wcześniej niż 3 m-ce przed terminem składania ofert, a złożona referencja jest wystawiona na 8 miesięcy przed terminem składania ofert. W związku z tym Zamawiający nie mógł jej uznać. Ponadto referencja ta, w ocenie Zamawiającego, nie potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu, bowiem odnosi się do innych usług niż wymagane w SIWZ, tj. nie zawiera wskazania na wykonywanie usług nadzoru inwestorskiego, lecz innych usług. Również druga referencja nie zawiera żadnego odniesienia do świadczenia usług nadzoru inwestorskiego. Zdaniem Zamawiającego nie wskazują na to również te fragmenty referencji, które dotyczą rozliczeń. Wskazywana w tym zakresie przez Odwołującego Tabela płatności odnosi się bowiem, zdaniem Zamawiającego, do innych usług niż usługi nadzoru inwestorskiego. W związku z tym Zamawiający skierował do odwołującego wezwanie na podstawie art. 26 ust 3 ustawy Pzp. Z uwagi na utajnienie przez Odwołującego stosownych dokumentów nie mógł się w swoim wezwaniu precyzyjnie odnieść do poszczególnych punktów i poszczególnych danych zawartych w poszczególnych dokumentach. Zamawiający przyjął, że Odwołujący rozumie, w jakim zakresie winien uzupełnić dokumenty. Świadczy o tym, zdaniem Zamawiającego okoliczność, iż wykonawca ten nie wystąpił o doprecyzowanie treści wezwania, a jedynie o wydłużenie terminu. W ocenie Zamawiającego wezwanie do uzupełnienia dokumentów było jasne, zawierało nakierowanie na przepis art. 22 ust 4 ustawy Pzp, a tymczasem Odwołujący podtrzymał te same referencje, w których nie wskazuje na usługi nadzoru inwestorskiego. Zamawiający wskazał, iż w wykonaniu wezwania Odwołujący jedynie w kolumnie drugiej wykazu dopisał, że w ramach wskazanych usług mieścił się także nadzór inwestorski, nie zmienił pierwszej z referencji co do daty oraz nie wykazał, które z usług wymienionych w drugiej referencji dotyczą usług wykonanych przez podmiot trzeci, na którego zasoby Odwołujący się powołuje. Skutkiem tego Zamawiający nie uzyskał wiedzy jaki zakres usług wykonywał ten podmiot trzeci, która to wiedza jest wymagana, gdy taki podmiot działał, przy wykonywaniu wskazanych zadań, wspólnie z innymi podmiotami. W ocenie

Zamawiającego z treści jego wystąpienia o uzupełnienie, Odwołujący mógł powziąć wiedzę, iż w tym zakresie powinien dokonać uzupełnienia. Zamawiający dodał, iż na wezwanie z art. 26 ust 1 ustawy Pzp Odwołujący złożył zobowiązanie podmiotu trzeciego, z którego wynika, iż zobowiązuje się on do udostępnienia zasobów na podstawie art. 22a ust 1 ustawy, a nie ust 4, tj. nie wynika, że będzie występował jako podwykonawca. Zamawiający stwierdził, iż powyższe zadecydowało o wykluczeniu Odwołującego z postępowania. Treść informacji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania wskazuje, że wykonawca ten nie przedstawił właściwych dowodów, potwierdzających, że wszystkie usługi wymienione w wykazie zostały wykonane należycie i dotyczy to obydwu referencji. Zamawiający dodał, iż oczekiwał, że w treści referencji znajdzie się odniesienie do usługi nadzoru inwestorskiego, a tego w żadnej z referencji się nie dopatrył.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

W pierwszej kolejności należy wskazać, iż ze względu na zastrzeżenie przez Odwołującego tajemnicy przedsiębiorstwa, Izba nie może w uzasadnieniu wyroku w sposób szczegółowy odnieść się do zastrzeżonych dokumentów. Nie wpływa to jednak na możliwość oceny zasadności zarzutów odwołania.

Odnosząc się do zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba stwierdza, iż wobec braku skutecznego wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, za bezzasadne należy uznać wykluczenie Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia, a w konsekwencji za bezzasadne należy uznać odrzucenie oferty Odwołującego jako wykluczonego z postępowania.

W ocenie Izby prawidłowe wykluczenie z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp tj. z powodu niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu musi być poprzedzone prawidłowym wezwaniem wykonawcy do uzupełnienia braków w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Aby takie wezwanie do uzupełnienia mogło być uznane za prawidłowe i tym samym skuteczne, zdaniem Izby, musi ono być jasne, precyzyjne i rzeczowe, tj. takie, które w sposób niebudzący wątpliwości, przedstawia zastrzeżenia Zamawiającego w zakresie przekazanych mu dokumentów służących potwierdzeniu spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Ww. wezwanie wystosowane do Odwołującego przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu, w ocenie Izby, nie może być uznane za prawidłowe. Wynika

to w szczególności z faktu, iż jest ono nieprecyzyjne, nie zawiera m.in. dokładnego określenia z jakiego powodu, w jakim zakresie i w jaki sposób Zamawiający oczekuje uzupełnienia dokumentów. Ponadto pomimo, iż dotyczy także dokumentów podmiotu trzeciego, nie zawiera wskazania, iż w sytuacji, gdy wykonawca nie jest w stanie uzupełnić braków, to Zamawiający oczekuje, tak jak przedstawił to w odpowiedzi na odwołanie, aby nastąpiło zastąpienie tego podmiotu innym podmiotem. Nadto wezwanie to jest połączone z wezwaniem do wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 Pzp. Tymczasem są to przepisy stosowane na inną okoliczność. Pierwszy z nich stanowi: *„Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania”*. Drugi natomiast stanowi: *„Zamawiający wzywa także, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1.”*

Drugie z ww. wezwań znajduje zastosowanie, gdy Zamawiający, na podstawie złożonych mu oświadczeń i dokumentów, ma trudności w ocenie, czy wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu i żądane wyjaśnienia mają służyć wyjaśnieniu takich wątpliwości. Natomiast, pierwsze z ww. wezwań, tj. wezwanie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, służy uzupełnieniu brakujących oświadczeń i dokumentów lub usunięciu błędów wykrytych przez Zamawiającego, o których jasno winien być poinformowany wykonawca.

Takich informacji Zamawiający nie przekazał Odwołującemu w treści wezwania. Z pisma z dnia 14 listopada 2017 r. wynika jedynie, iż Odwołujący ma uzupełnić:

- 1) swój JEDZ oraz, że oferta zawiera wykaz usług, które nie wskazują spełnienia warunków udziału w postępowaniu określonych w SIWZ Dział VI pkt 2.2.3) lit. a - bez jasnego podania motywów takiego żądania tj. z jakiego powodu Zamawiający oczekuje ponownego złożenia dokumentu JEDZ oraz dlaczego złożony wykaz usług uznaje za nieprawidłowy,
- 2) JEDZ podmiotu trzeciego oraz, że z przedstawionych referencji nie wynika, aby usługi nadzoru tego podmiotu w obydwu wskazanych zadaniach potwierdzały spełnianie warunku udziału w postępowaniu, wskazanych w SIWZ Dział VI pkt 2.2.3) lit. a i b. - bez jasnego wskazania motywów takiego żądania i bez podania m.in., iż w sytuacji, gdy wykonawca nie jest w stanie uzupełnić braków, to winien zastąpić ten podmiot innym podmiotem, o czym wspomina Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie.

Wezwanie do uzupełnienia nie jest precyzyjne ani jasne. Okoliczność, iż jednocześnie Zamawiający wezwał Odwołującego do jednoznacznego określenia, które usługi należy uwzględnić przy ocenie oferty oraz do przedłożenia dokumentów potwierdzających, że usługi zostały wykonane należycie, a ich zakres spełniał warunki określone w Dziale VI pkt 2.2.3) lit. a i b SIWZ, a także do wyjaśnienia, czy określona usługa pomocy technicznej spełnia wymogi SIWZ i jest równoznaczna z usługą nadzoru inwestorskiego oraz do przedłożenia na tę okoliczność stosownych dowodów, nie powoduje, że pismo staje się bardziej jasne – jest wręcz przeciwnie. Skoro, np. zdaniem Zamawiającego, wykaz usług jest nieprawidłowy, to czemu mają służyć wyjaśnienia np. w zakresie pomocy technicznej? Czy miałyby to oznaczać, że jest nieprawidłowy w innym zakresie, niż dotyczącym rodzaju wykonanych usług?

W ocenie Izby twierdzenie Zamawiającego na rozprawie, iż w wezwaniu nie mógł się precyzyjnie odnieść do poszczególnych danych zawartych w dokumentach Odwołującego, z uwagi na zastrzeżenie przez niego tajemnicy przedsiębiorstwa, nie zasługuje na uwzględnienie. Wskazuje na to m.in. sama treść odpowiedzi na odwołanie, która jest dokumentem jawnym, w której Zamawiający szeroko przedstawił swoje zastrzeżenia i wątpliwości dotyczące złożonych przez Odwołującego dokumentów. Oznacza to, że nie było przeszkód, aby przedstawić je w wezwaniu skierowanym do Odwołującego.

Nie można również zgodzić się z twierdzeniem Zamawiającego przedstawionym na rozprawie, iż mógł przyjąć, że Odwołujący rozumie, w jakim zakresie winien uzupełnić dokumenty, bowiem Odwołujący nie wystąpił o doprecyzowanie wezwania. Właściwe, jednoznaczne sprecyzowanie wezwania jest bowiem wyłącznym obowiązkiem Zamawiającego, który nie może być przeniesiony na wykonawcę i pozostawiony jego domyślności. W związku z tym brak tej cechy wezwania czyni je, w ocenie Izby, nieskutecznym. W konsekwencji nie można z takiego wezwania wywodzić negatywnych skutków dla wykonawcy w postaci wykluczenia go z postępowania.

Nadto z twierdzeń Zamawiającego, zaprezentowanych na rozprawie, wynika m.in., iż jednym z powodów wykluczenia Odwołującego z postępowania było to, iż na wezwanie wystosowane do niego w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, Odwołujący przesłał zobowiązanie podmiotu trzeciego, z którego wynika, że zobowiązuje się on do udostępnienia zasobów na podstawie art. 22a ust. 1 ustawy Pzp, a nie ust. 4 tj. że, zdaniem Zamawiającego, nie wynika z tego zobowiązania, iż podmiot ten ma wystąpić przy realizacji zamówienia jako podwykonawca. Tymczasem przedmiotowe wezwanie do uzupełnienia nie zawiera informacji w tym zakresie. Takiej informacji nie zawiera także pismo Zamawiającego informujące o wykluczeniu Odwołującego z postępowania. Oznacza to, że jest to całkowicie nowa okoliczność, nieznana Odwołującemu w dacie sporządzania odwołania, która w konsekwencji nie mogła stanowić podstawy dla sformułowania zarzutu, a tym samym nie mogła być

przedmiotem rozpatrzenia przez Izbę. Niemniej jednak, sam fakt ujawnienia się takiej okoliczności na rozprawie, dodatkowo potwierdza wadliwość czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania, która to czynność legła u podstaw wniesienia przez niego przedmiotowego odwołania.

W ocenie Izby, wobec nieprawidłowego wezwania, informację o rzeczywistych powodach jego wystosowania oraz powodach wykluczenia go z postępowania, Odwołujący mógł powziąć dopiero po zapoznaniu się z odpowiedzią na odwołanie oraz stanowiskiem Zamawiającego zaprezentowanym na rozprawie. W związku z tym koniecznym stało się unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania, unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego, jako wykluczonego z postępowania oraz dokonanie ponownej oceny spełniania przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia.

Jednocześnie Izba wskazuje, że w sytuacji, gdy w wyniku ponownej oceny spełniania przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu, Zamawiający ponownie uzna, iż złożone przez Odwołującego oświadczenia lub dokumenty nie potwierdzają postawionego przez niego warunku, winien skierować do Odwołującego prawidłowe wezwanie stosownie do art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, a w razie zaistnienia potrzeby wyjaśnień, winien następnie skierować wezwanie, stosownie do art. 26 ust. 4 ustawy Pzp.

W ocenie Izby potwierdził się również zarzut dotyczący zaniechania uzasadnienia faktycznego dotyczącego wykluczenia Odwołującego z postępowania. Jakkolwiek obowiązek podania uzasadnienia faktycznego i prawnego takiej decyzji Zamawiającego wynika z niewskazanego przez Odwołującego art. 92 ust. 1 ustawy Pzp, a nie ze wskazanego przez niego art. 24 ust. 1 pkt 12, to jednak pozostaje on w ścisłym związku z decyzją o wykluczeniu wykonawcy i nie wpływa na ocenę zasadności zarzutu.

Stosownie do przepisów ustawy, w tym uwzględniając zasadę przejrzystości postępowania, o której mowa w art. 7 ust 1 ustawy Pzp, każda informacja Zamawiającego, która dotyczy wykluczenia wykonawcy z postępowania winna zawierać pełne uzasadnienie zarówno faktyczne jak i prawne.

Tymczasem pismo Zamawiającego w tym przedmiocie z dnia 1 grudnia 2017 r., w ocenie Izby, nie zawiera takiego uzasadnienia. Sformułowanie: *„ponieważ nie wykazał spełnienia warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu, dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej określonej w Dz.VI pkt. 2.2.3) SIWZ tj. nie przedstawił właściwych dowodów określających czy wszystkie usługi wymienione w wykazie zostały wykonane należycie”* w okolicznościach przedmiotowej sprawy, nie może być uznane za właściwe uzasadnienie decyzji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania. Jest ono bardzo ogólne i nie wynika

z niego, co tak naprawdę legło u podstaw decyzji Zamawiającego o wykluczeniu Odwołującego z postępowania, zwłaszcza w kontekście treści przedłożonych przez Odwołującego referencji w części dotyczącej potwierdzenia należytego wykonania usług.

Izba podziela stanowisko Odwołującego zaprezentowane w odwołaniu, z powołaniem się na bogate orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej w tym zakresie, że co do zasady referencje są dokumentem, który służy do potwierdzenia należytego wykonania usług wymienionych w wykazie, sporządzonym przez wykonawcę. Oznacza to, że to wykaz winien zawierać żądane przez zamawiającego informacje, w tym opis usług, natomiast referencje (lub inne równoważne dokumenty) winny zawierać potwierdzenie należytego wykonania tych usług.

Ponadto, w ocenie Izby, nie należy oczekiwać od dokumentów wystawionych w innych państwach, sformułowań typowych dla prawa polskiego. Jednak, jeżeli treść referencji budzi wątpliwości Zamawiającego co do zakresu umowy lub nie jest spójna z wykazem, do którego jest załączona, to Zamawiający może żądać wyjaśnień, formułując we właściwy sposób wezwanie w tym zakresie.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 91 w związku z art. 24aa ustawy Pzp, w pierwszej kolejności należy zauważyć, iż z treści odwołania, jak również z materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie, nie wynika, iż Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty. Skoro wybór nie został dokonany, to nie można stwierdzić, że nastąpiło to z naruszeniem wskazanych przepisów ustawy Pzp. Po drugie należy wskazać, iż z uwagi na stwierdzoną przez Izbę wadliwie przeprowadzoną przez Zamawiającego procedurę uzupełnienia dokumentów, jak również wadliwie przeprowadzoną procedurę wyjaśnień dokumentów, Izba nie badała, czy dokumenty przedłożone przez Odwołującego potwierdzają spełnianie przez niego warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia. Izba stwierdziła natomiast, że czynność wykluczenia Odwołującego z postępowania była wadliwa, ponieważ Odwołujący nie miał możliwości zapoznania się z rzeczywistymi zastrzeżeniami ze strony Zamawiającego i taka ocena zdecydowała o uwzględnieniu odwołania.

W ocenie Izby, w okolicznościach przedmiotowej sprawy, dopiero właściwie przeprowadzona procedura uzupełniania lub wyjaśniania oświadczeń lub dokumentów składanych przez Odwołującego, umożliwi dokonanie właściwej oceny złożonych przez Odwołującego w jej wyniku dokumentów i stwierdzenia czy istnieją bądź nie istnieją podstawy wykluczenia Odwołującego z postępowania, a w konsekwencji, czy oferta odwołującego powinna zostać wybrana, jako najkorzystniejsza. Z tych względów, w ocenie Izby, powyższy zarzut nie potwierdził się.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp orzekła jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach postępowania Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania i z uwzględnieniem uzasadnionych kosztów zastępstwa prawnego Odwołującego, na podstawie rachunku, złożonego przed zamknięciem rozprawy, w wysokości określonej w § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. z 2010 r. Nr 41, poz. 238 z późn. zm.).

Przewodniczący:

.....

.....