

WYROK

z dnia 30 kwietnia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący – członek Krajowej Izby Odwoławczej: **Barbara Bettman**

Protokolant: **Rafał Komoń**

Po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **30 kwietnia 2013 r.** w Warszawie odwołania wniesionego w dniu **19 kwietnia 2013 r.** przez wykonawcę: **ProfiAudio Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Dolomitowa 32, 05-077 Warszawa**, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego: **Polskie Radio - Regionalna Rozgłośnia w Białymstoku „Radio Białystok” Spółka Akcyjna ul. Świerkowa 1, 15 - 328 Białystok**,

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie,

- 1.1. nakazuje zamawiającemu: **Polskiemu Radiu - Regionalnej Rozgłośni w Białymstoku „Radio Białystok” Spółka Akcyjna ul. Świerkowa 1 15 - 328 Białystok**: unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego z postępowania i odrzucenia jego oferty, ponowienie czynności oceny ofert oraz wyboru oferty.
- 1.2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego: **Polskie Radio - Regionalna Rozgłośnia w Białymstoku „Radio Białystok” Spółka Akcyjna ul. Świerkowa 1 15 - 328 Białystok**,
- 1.3. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000,00 zł** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego:

ProfiAudio Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością ul. Dolomitowa 32, 05 - 077 Warszawa, tytułem wpisu od odwołania,

- 1.4. zasądza od zamawiającego: **Polskiego Radia - Regionalnej Rozgłośni w Białymstoku „Radio Białystok” Spółki Akcyjnej ul. Świerkowa 1 15 - 328 Białystok** na rzecz odwołującego: **ProfiAudio Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością ul. Dolomitowa 32, 05 – 077 w Warszawie** kwotę **18 567,00 zł** (słownie: osiemnaście tysięcy pięćset sześćdziesiąt siedem złotych zero groszy), tytułem zwrotu kosztów poniesionego wpisu od odwołania oraz kosztów zastępstwa przez pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (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 **Białymstoku**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie:

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie w przetargu nieograniczonego na „Dostawę systemu komputerowego do produkcji i obsługi programu radiowego Polskiego Radia Białystok” (Dz. Urz. UE z 3 stycznia 2013 r., Nr 2013/S 002-002049), w dniu 19 kwietnia 2013 r. zostało złożone w formie pisemnej odwołanie przez wykonawcę: ProfiAudio spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, w kopii przekazane zamawiającemu w terminie ustawowym.

Wniesienie odwołania nastąpiło skutkiem powiadomienia za pośrednictwem faksu w dniu 15 kwietnia 2013 r. o wykluczeniu odwołującego z postępowania i uznaniu oferty za odrzuconą. Data na „Zawiadomieniu o wykluczeniu wykonawcy” (tj. 12 kwietnia 2013 r.) nie odpowiada zatem dacie powiadomienia o tej czynności wykonawcy ProfiAudio Sp. z o.o.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu: Polskiemu Radiu - Regionalnej Rozgłośni w Białymstoku „Radio Białystok” Spółka Akcyjna naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. Nr 113 z 2010 r., poz. 759 ze zm., dalej ustawa Pzp), które miało istotny wpływ na wynik postępowania, tj. naruszenie:

- 1) art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp a w konsekwencji art. 24 ust. 4 Pzp poprzez bezpodstawne wykluczenie wykonawcy ProfiAudio Sp. z o. o. z uczestnictwa w postępowaniu o udzielenie zamówienia pomimo, że ten wykazał spełnienie wyznaczonych warunków udziału i w konsekwencji uznanie złożonej oferty za odrzuconą;
- 2) art. 24 ust. 3 Pzp poprzez wykluczenie ProfiAudio Sp. z o.o. z wskazanego postępowania bez prawidłowego podania uzasadnienia faktycznego i prawnego tego wykluczenia; czynności uznania za odrzuconą oferty złożonej przez wykonawcę ProfiAudio Sp. z o.o.;
- 3) art. 92 ust. 1 pkt 3) Pzp poprzez niewskazanie przez zamawiającego uzasadnienia faktycznego i prawnego dla czynności wykluczenia ProfiAudio Sp. z o.o. z postępowania o udzielenie zamówienia w zakresie podania rzeczywistej, konkretnej i wyczerpującej przyczyny wykluczenia;
- 4) art. 7 ust. 1 Pzp w związku z naruszeniem art. 24 ust. 3 i w związku z naruszeniem art. 92 ust. 1 pkt 3) Pzp, poprzez wykluczenie ProfiAudio Sp. z o.o. ze wskazanego postępowania o udzielenie zamówienia bez prawidłowego podania uzasadnienia

faktycznego i prawnego tego wykluczenia, a w konsekwencji brak zapewnienia zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;

5) art. 8 ust. 1 Pzp w związku z naruszeniem art. 24 ust. 3 Pzp i w związku z naruszeniem art. 92 ust. 1 pkt 3) Pzp, poprzez wykluczenie ProfiAudio Sp. z o.o. ze wskazanego postępowania o udzielenie zamówienia bez prawidłowego podania uzasadnienia faktycznego i prawnego tego wykluczenia, a w konsekwencji naruszenie zasady jawności postępowania;

6) art. 92 ust. 1 pkt 3) Pzp poprzez wykluczenie ProfiAudio Sp. z o.o. ze wskazanego postępowania o udzielenie zamówienia pomimo tego, że zamawiający nie dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty.

Powołując się na naruszenie swego interesu w uzyskaniu zamówienia i możliwość poniesienia szkody skutkiem niezgodnych z ustawą Pzp czynności zamawiającego, odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności wykluczenia ProfiAudio Sp. z o.o. z postępowania o udzielenie zamówienia;

2) unieważnienia czynności uznania oferty złożonej przez wykonawcę ProfiAudio Sp. z o.o. za odrzuconą.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań odwołujący ponosił, że ProfiAudio Sp. z o.o. posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia. W tym celu wykonawca ten złożył ofertę, która zawiera najniższą cenę. W przypadku przywrócenia Sp. z o.o. ProfiAudio do postępowania, oferta ta zostanie uznana za najkorzystniejszą w świetle przyjętych w SIWZ kryteriów oceny ofert.

W zawiadomieniu o wynikach przetargu nie poinformowano o wyborze najkorzystniejszej oferty innego wykonawcy.

Osobno odwołujący został powiadomiony o wykluczeniu z postępowania. Odwołujący stwierdził, iż w przedmiotowej sprawie brak jest podstaw do wykluczenia go z postępowania o udzielenie zamówienia. Jako wykonawca spełnia bowiem wskazane przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu, w tym m.in. warunki wskazane w rozdziale IX SIWZ.

Celem wykazania spełnienia wskazanych warunków udziału w postępowaniu wykonawca ProfiAudio Sp. z o.o. przedłożył dokumenty potwierdzające wykonanie (przekazanie do eksploatacji) w ciągu ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania, co najmniej trzech zamówień, odpowiadających swoim rodzajem i wielkością

przedmiotowi udzielanego zamówienia, w tym co najmniej jednego związanego z dostawą systemu związanego z obsługą systemu radiowego, o wartości nie mniejszej niż 400 000,00 złotych. Przedłożone przez wykonawcę ProfiAudio Sp. z o.o. dokumenty potwierdzają wykonanie czterech zamówień związanych z dostawą systemu związanego z obsługą systemu radiowego, z których każde było o wartości większej niż 400 000,00 złotych. W szczególności odwołujący wykazał wykonanie następujących zamówień:

- a. zamówienie na rzecz Polsko - Japońskiej Wyższej Szkoły Technik Komputerowych w Warszawie o wartości 520 000,00 złotych netto;
- b. zamówienie na rzecz Radia RMF FM o wartości 400 970,00 złotych netto;
- c. zamówienie na rzecz Radia RMF FM o wartości 401 000,00 złotych netto;
- d. zamówienie na rzecz Radia BAJKA o wartości 408 406,00 złotych netto.

Powyższe oznacza, jak przekonywał odwołujący, że w przedmiotowej sprawie wykonawca ProfiAudio Sp. z o.o. potwierdził wykonanie przez siebie czterech zamówień odpowiadających swoim rodzajem i wielkością przedmiotowi udzielanego zamówienia, w tym co najmniej jednego związanego z dostawą systemu związanego z obsługą programu radiowego, o wartości nie mniejszej niż 400 000,00 złotych. To zaś oznacza, że brak było podstaw do wykluczenia wykonawcy ProfiAudio Sp. z o.o. z postępowania o udzielenie zamówienia. Nie zachodzą bowiem przesłanki wskazywane przez zamawiającego w „Zawiadomieniu o wykluczeniu wykonawcy” datowanym na dzień 12 kwietnia 2013 r. Mając powyższe na uwadze, zamawiający wykluczając ProfiAudio Sp. z o.o. naruszył art. 24 ust. 2 pkt. 4) Pzp.

Do powyższych konkluzji przywiódło odwołującego również to, że zamawiający, po otrzymaniu odpowiedzi wykonawcy ProfiAudio Sp. z o.o. na „Wezwanie do uzupełnienia dokumentów i wyjaśnienia” z dnia 13 lutego 2013 r. i „Wezwanie do uzupełnienia dokumentów” z dnia 15 lutego 2013 r., w kolejnym wezwaniu (tj. „Wezwanie do wyjaśnienia” z dnia na 27 lutego 2013 r.) miał wątpliwości dotyczące jedynie referencji udzielonych przez Radio BAJKA. To zaś oznacza, w przekonaniu odwołującego, że zamawiający na tym etapie postępowania nie miał już wątpliwości co do zamówień wykonanych przez ProfiAudio Sp. z o.o. na rzecz Polsko - Japońskiej Wyższej Szkoły Technik Komputerowych (1 zamówienie) i na rzecz Radia RMF FM (2 zamówienia) i przyjął w tym zakresie za prawidłowe i wystarczające uzupełnienia i wyjaśnienia wykonawcy udzielone w odpowiedzi na wezwania datowane na 13 lutego 2013 r. i 15 lutego 2013 r. Gdyby było inaczej, to zamawiający w „Wezwaniu do wyjaśnienia” z dnia 27 lutego 2013 r. powinien również odnieść się do zamówień wykonanych przez wykonawcę ProfiAudio Sp. z o.o. na rzecz Polsko - Japońskiej Wyższej Szkoły Technik Komputerowych i Radia RMF FM lub wykluczyć ProfiAudio Sp. z o.o. na podstawie wcześniej uzyskanych dokumentów i informacji, w jego ocenie

niewystarczających. Tymczasem zamawiający wystosował kolejne „Wezwanie do wyjaśnienia” z dnia 27 lutego 2013 r., którego przedmiotem były jedynie referencje udzielone przez Radio BAJKA. Odwołujący założył więc, że na tym etapie - prawidłowość pozostałych dokumentów i udzielonych wyjaśnień nie budziły już żadnych wątpliwości zamawiającego.

Na marginesie powyższego odwołujący wspomniał, że w przedmiotowym postępowaniu zamawiający wielokrotnie wzywał wykonawcę ProfiAudio Sp. z o.o. do uzupełniania dokumentów i składania wyjaśnień. Odwołujący zawsze terminowo i rzeczowo w zakresie wymaganym przez ustawę Pzp na otrzymane wezwania zamawiającego odpowiadał.

Odwołujący podnosił, że zamawiający, wystosowując do ProfiAudio Sp. z o.o. wskazane wezwania, dopuszczał się naruszeń ustawy Pzp, polegających na wielokrotnym wzywaniu wykonawcy do uzupełniania dokumentów i składania wyjaśnień (wezwania datowane na 13 lutego 2013 r., 15 lutego 2013 r. i 27 lutego 2013 r.), a także na tym, że zamawiający w trybie art. 26 ust. 4 Pzp żądał przedłożenia dokumentów sporządzonych przez podmiot udzielający referencji wykonawcy ProfiAudio Sp. z o.o. („Wezwanie do wyjaśnienia” datowane na 27 lutego 2013 r.), mimo że przepis art. 26 ust. 4 tej ustawy upoważnia do jedynie do żądanie złożenia wyjaśnień od samego wykonawcy.

Z daleko posuniętej ostrożności, odwołujący zastrzegał, że zamawiający nie powinien wywodzić skutków niekorzystnych dla wykonawcy, zarówno z własnych czynności dokonanych niezgodnie z ustawą Pzp (naruszenie art. 26 ust. 3 i ust. 4 Pzp), jak i z czynności dokonanych przez wykonawcę - będących następstwem niezgodnych z ustawą Pzp działań zamawiającego (nieprawidłowy tryb żądania dokumentów, wielokrotne żądanie uzupełnienia dokumentów).

W związku z opisanymi powyżej uchybieniami i bezpodstawnym wykluczeniem odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia - bezpodstawnym było również uznanie oferty odwołującego za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp – jak utrzymywał odwołujący.

Kontynuując swoje rozważania, odwołujący zwracał uwagę, że w „Zawiadomieniu o wykluczeniu wykonawcy” datowanym na dzień 12 kwietnia 2013 r. zamawiający nie wskazał w sposób wymagany przez ustawę Pzp podstawy faktycznej i prawnej wykluczenia. Zgodnie natomiast z zasadami wynikającymi z tej ustawy, zamawiający wykluczając wykonawcę z postępowania o udzielenie zamówienia, powinien podać szczegółowo i precyzyjnie podstawę faktyczną i prawną takiego rozstrzygnięcia. Jak uznała KIO w uzasadnieniu wyroku z dnia 20 maja 2011 r. (sygn. akt KIO 961/11), „(...) *Zamawiający zobowiązany jest do wyczerpującego*

wyjaśnienia przesłanek dokonanego rozstrzygnięcia oraz jednoznacznego wskazania wszystkich podstaw, na których oparł decyzję o wykluczeniu wykonawcy z dalszego postępowania przetargowego. Stanowisko zamawiającego powinno być wyrażone w sposób czytelny, umożliwiając wykonawcy odniesienie się do konkretnych przesłanek wykluczenia. (...) Okoliczność spełniania bądź nie warunków udziału w postępowaniu musi wynikać z oceny dokumentów, a nie może być pozostawiona swobodnej ich interpretacji przez zamawiającego ani jego dobrej woli, lecz musi wynikać jednoznacznie z załączonych do wniosku dokumentów, a także ewentualnie z dokumentów będących w posiadaniu Zamawiającego. Zgodnie zaś z wyrokiem KIO z dnia 2 marca 2010 r. (sygn. akt KIO/UZP 126/10), „(...) W piśmie informującym wykonawcę o wykluczeniu z postępowania, Zamawiający podając podstawę wykluczenia powinien wskazać zarówno podstawy prawne, jak i podstawy faktyczne wykluczenia. (...)”.

Odnosząc powyższe do przedmiotowej sprawy, odwołujący argumentował, że zamawiający, wykluczając wykonawcę ProfiAudio Sp. z o.o. z postępowania o udzielenie zamówienia, w istocie poprzestaje jedynie na ogólnych stwierdzeniach i w zasadzie w ogóle nie odnosi się do przedłożonych przez wykonawcę dokumentów. W konsekwencji, odwołujący nie ma wiedzy co do tego, jakie konkretnie przyczyny uzasadniały w ocenie zamawiającego wykluczenie go z postępowania przetargowego. Odwołujący nie wie, które konkretnie dokumenty przedłożone w celu wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia, zostały przez zamawiającego zakwestionowane i jakie konkretnie zarzuty w stosunku do tych dokumentów legły u podstaw decyzji zamawiającego. Z tego względu odwołujący nawet nie jest w stanie w sposób konkretny i kompleksowy odnieść się do przyczyn będących podstawą wykluczenia go przez zamawiającego z postępowania przetargowego.

Powyższe przywiodło odwołującego do konkluzji, że w przedmiotowym postępowaniu doszło do braku należytego poinformowania wykonawcy przez zamawiającego o przyczynach faktycznych i prawnych wykluczenia, co stanowi naruszenie art. 92 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp. Wprost wskazała na takie okoliczności KIO m.in. w uzasadnieniu wyroku z dnia 18 stycznia 2012 r. sygn. akt: KIO 30/12. Dodatkowo zarzucane zaniechanie zamawiającego stanowi naruszenie art. 24 ust. 3 ustawy Pzp.

Odwołujący zaznaczał, że obowiązek informacyjny określony w art. 92 ust. 1 ustawy Pzp stanowi przejaw realizacji wyrażonej w art. 8 ust. 1 tej ustawy zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia oraz sformułowanej w art. 7 ust. 1 ustawy, zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji (znajduje to potwierdzenie m.in. w uzasadnieniu wyroku z dnia 17 sierpnia 2011 r. - sygn. akt KIO 1653/11). Rozwijając tę tezę, zgodnie ze wskazanym uzasadnieniem wyroku KIO, lakoniczne

i enigmatyczne uzasadnienie podjętej wobec wykonawcy czynności pozbawia tego wykonawcę możliwości obiektywnej oceny jej poprawności i ewentualnego rzeczowego zakwestionowania argumentów, które legły u jej podstaw, uchybiając tym samym fundamentalnym regułom rządzącym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego. Powyższe oznacza, że w przedmiotowej sprawie zamawiający naruszył także wynikające z art. 7 ust. 1 i art. 8 ust. 1 ustawy Pzp zasady podstawowe dotyczące prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Dodatkowo odwołujący podnosił, że zamawiający, wykluczając ProfiAudio Sp. z o.o. z postępowania przetargowego w sposób jaki to uczynił, naruszył regulację zawartą w art. 92 ust. 1 pkt. 3) Pzp, zgodnie z którą, w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający jednocześnie zawiadamia wykonawców, którzy złożyli oferty, o wykonawcach, którzy zostali wykluczeni z postępowania o udzielenie zamówienia, podając uzasadnienie faktyczne i prawne. KIO w uzasadnieniu wyroku z dnia 27 kwietnia 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 479/09) wprost wskazała, że *„(...) Niedozwolone jest podjęcie decyzji przez zamawiającego o odrzuceniu oferty wcześniej niż dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej zawiadamiając o tym fakcie niezgodnie z dyspozycją art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Czynności te muszą mieć charakter równoczesny i tak wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu oraz odrzucenie jego oferty nie może mieć miejsca wcześniej niż wybór oferty najkorzystniejszej. (...)”*.

Odnosząc cytowane orzecznictwo KIO do przedmiotowego postępowania, odwołujący wyjaśniał, że zarówno na dzień wykluczenia odwołującego, jak i nawet na dzień sporządzenia niniejszego odwołania nie zostało jeszcze rozstrzygnięte postępowanie o udzielenie zamówienia, z którego wykluczony został odwołujący. To zaś oznacza, że zamawiający, wykluczając ProfiAudio Sp. z o.o. z postępowania przetargowego przed rozstrzygnięciem wskazanego postępowania przetargowego, naruszył regulację wynikającą z treści art. 92 ust. 1 pkt 3) Pzp.

Na marginesie przeprowadzonych wywodów, odwołujący zaznaczał, że treść zapisu SIWZ ustanawiającego warunek udziału w postępowaniu, którego to warunku rzekomo nie spełnił wykonawca ProfiAudio Sp. z o.o., jest niejednoznaczna. Można bowiem rozumieć ją np. w ten sposób, że tylko jedno z zamówień, odpowiadających swoim rodzajem i wielkością przedmiotowi udzielanego zamówienia, wykonanych przez potencjalnego wykonawcę, powinno mieć wartość nie mniejszą niż 400 000,00 złotych. W tym stanie rzeczy zamawiający nie powinien z niejasnych zapisów SIWZ wywodzić negatywnych konsekwencji dla wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, albowiem jeżeli warunek w SIWZ zostanie sformułowany w sposób niejednoznaczny, zamawiający na etapie oceny nie

może obciążać wykonawcy negatywnymi konsekwencjami swojego niedopatrzania, a wątpliwości związane z interpretacją zapisów powinny być rozstrzygane na korzyść wykonawcy (podobnie wyrok KIO z 22.12.2010 r., sygn. akt KIO 2643/10).

Na wezwanie zamawiającego z dnia 19 kwietnia 2013 r. za pośrednictwem faksu, kierowane do drugiego wykonawcy uczestniczącego w tym przetargu, do postępowania odwoławczego nie złożył przystąpienia - w terminie ustawowym żaden wykonawca.

Zamawiający nie uwzględnił odwołania, podtrzymał stanowisko wyrażone w powiadomieniu o wykluczeniu odwołującego i uznaniu jego oferty za odrzuconą. W odpowiedzi na odwołanie złożonej na rozprawie 30 kwietnia 2013 r. zamawiający wnosił o oddalenie w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu oraz ponowił ogólne uzasadnienie przyczyn wykluczenia odwołującego z postępowania. Dopiero w stanowisku przedstawionym do protokołu rozprawy podał skonkretyzowane powody wykluczenia odwołującego, jak niżej.

Podnosił, że od Radia RMF FM odwołujący przedstawił 3 referencje, w których wystawca referencji „dowolnie kształtował kwoty dostaw”, które się nie pokrywają ze sobą. Wszystkie referencje potwierdzają dostawy na koniec roku 2010, z czego zamawiający domniemywał, że dotyczą tych samych dostaw. Referencje tegoż podmiotu dotyczą dostaw konsol cyfrowych i procesorów i mikserów dziennikarskich, a nie systemów radiowych.

Odnosnie referencji Radia BAJKA z dnia 24 kwietnia 2011 r. – ich zakres rzeczowy dotyczył systemu radiowego DAVID oraz MusicMaster, systemu planowania muzyki, systemu Digitas, planowania serwisu, jak też systemu digitalizacji Pyramix i sprzętu emisyjnego na kwotę brutto 412 856 zł. W wyjaśnieniu zamawiający otrzymał 2 referencje Radia BAJKA, tj. referencję z 30 stycznia 2013 r. opiewającą na system planowania i rotacji muzyki MusicMaster na kwotę 70 000 zł, która to kwota, zdaniem zamawiającego, zawierała się już w pierwszej referencji, co zamawiający wywiódł z treści pierwszej referencji tegoż zlecającego. Zdaniem zamawiającego, referencja od Radia BAJKA była jedyną, która dotyczyła systemu do obsługi programu radiowego pokrewnego z przedmiotem zamówienia. Zamawiający dlatego wielokrotnie prosił o wyjaśnienia, aby nie mieć wątpliwości. System produkcji radiowej jest specyficznym przedmiotem zamówienia. Emisja programu trwa 24 godziny na dobę i gdyby system się nie sprawdził, to zamawiający musiałby przerwać nadawanie programu. Podane powyżej przez zamawiającego przyczyny były powodem tego, że zamawiający uznał, iż odwołujący nie spełnia warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający stwierdził, że przeprowadził na własną rękę ustalenia bezpośrednio w siedzibie Radia BAJKA i uzyskał potwierdzenie, że nie został zainstalowany tam przez odwołującego system do obsługi programu radiowego, a system do planowania muzyki MusicMaster. Te

okoliczności, które zamawiający zamierzał wyjaśnić, stanowiły podstawę podjęcia decyzji o wykluczeniu odwołującego, bowiem wątpliwości zamawiającego nie zostały rozwiane. W ocenie zamawiającego, odwołujący nie spełnił warunków opisanych w SIWZ.

Izba nie stwierdziła podstaw skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody: z ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia z wyjaśnieniami, protokołu postępowania z załącznikami, oferty odwołującego, korespondencji stron, pisma z dnia 12 kwietnia 2013 r. informującego o wykluczeniu odwołującego i odrzuceniu jego oferty.

Ponadto, Izba rozważyła stanowiska stron - przedstawione w złożonych pismach oraz do protokołu rozprawy.

Rozpatrując sprawę w granicach zarzutów odwołania, jak stanowi art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, Izba ustaliła co następuje.

Rozdział III. SIWZ.

Przedmiot zamówienia stanowi „Dostawa systemu komputerowego do produkcji i obsługi programu radiowego Polskiego Radia „Białystok”.

Sekcja III.2) ogłoszenia o zamówieniu. Rozdział IX SIWZ punkt 2. Na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, wymagane są następujące dokumenty. Warunki udziału. Informacje i formalności konieczne do dokonania oceny spełnienia wymogów: Wypełnione i podpisane oświadczenie o spełnianiu warunków z art. 22 ust. 1 Pzp – załącznik nr 4 do SIWZ. Wykaz wykonania (przekazania do eksploatacji) w ciągu ostatnich 3 lat przed wszczęciem postępowania, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej 3 zamówień odpowiadających swoim rodzajem oraz wielkością przedmiotowi niniejszego zamówienia, w tym co najmniej jedno związane z dostawą systemu związanego z obsługą systemu radiowego o wartości nie mniejszej niż 400 000,00 zł. Do każdej wykonanej pracy winny być dołączone dokumenty potwierdzające, że wymienione w informacji prace zostały wykonane należycie. Wzoru wykazu zamawiający nie udostępnił, ani nie określił jego wymaganej zawartości.

„Pytanie 10 z dnia 5 lutego 2013 r. wykonawcy ZETO Centrum Komputerowe S.A. – jako wymaganie odnośnie posiadanych referencji Zamawiający napisał – 5. Wykonawca wykonał

(przekazał do eksploatacji) w ciągu ostatnich 3 lat przed wszczęciem postępowania, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej 3 zamówień odpowiadających swoim rodzajem oraz wielkością przedmiotowi niniejszego zamówienia, w tym co najmniej jedno związane z dostawą systemu związanego z obsługą systemu radiowego o wartości nie mniejszej niż 400 000,00 zł. Informujemy, że powyższy zapis nie jest jednoznaczny. Wymaganie dotyczy dostarczenia trzech referencji odpowiadających swoim rodzajem przedmiotowi oferty. Wnioskując z powyższego, należy dostarczyć referencje, które udokumentują dostawę kompletnego systemu do produkcjo radiowej. Tymczasem dalsza część wymagania mówi o tym, że należy udokumentować co najmniej jedną dostawę związaną z obsługą programu radiowego.

- a) czy Zamawiający uzna referencje dotyczące dostawy tylko sprzętu radiowego, np. konsolety studyjne, lub innego sprzętu radiowego jako oddzielnych komponentów fizycznych? Jeżeli odpowiedź na powyższe pytanie będzie twierdząca, Zamawiający musi sobie zdawać sprawę, z tego że wykonanie zamówienia może powierzyć Wykonawcy, który nigdy nie dostarczał i nie implementował kompletnego systemu do produkcji radiowej, jakiego dostawy wymaga Radio Białystok S.A. Jest to ewidentne działanie na szkodę rozgłośni, gdyż Zamawiający nawet nie zminimalizował ryzyka niepowodzenia postępowania, tworząc zapisy jak powyżej.*
- b) Czy Zamawiający wyraża zgodę na przedstawienie trzech referencji, dotyczących dostawy innego systemu lub urządzeń niż radiowe?*

Z powyższego wynika, że dostarczając referencje dotyczące dostawy samych urządzeń radiowych, które nie mają nic wspólnego z przedmiotem niniejszego zamówienia, można również dostarczyć referencje dotyczące zupełnie innych rozwiązań sprzętowych, np. skanera (...). Prosimy o sprecyzowanie powyższych wymagań.

- c) Czy wymagana wartość 400 000 zł dotyczy każdej referencji z osobna, czy to suma wszystkich dostaw, potwierdzonych referencjami? Czy to kwota netto, czy brutto.*

Odpowiedź:

- a) Zamawiający odsyła do zapisów SIWZ, które są jasne i nie budzą wątpliwości. Zamawiający wymaga doświadczenia polegającego na realizacji co najmniej 3 zamówień odpowiadających swoim rodzajem przedmiotowi niniejszego zamówienia. Zamawiający nie uzna za spełniające warunki SIWZ doświadczenia o jakim mowa w zadanym pytaniu. Zamawiający wymaga doświadczenia na określonym poziomie w celu zapewnienia najlepszej realizacji zamówienia. Zamawiający działa w celu*

najbardziej efektywnego wykorzystania środków publicznych, a nie tak aby spełnić oczekiwania wykonawcy.

- b) *Wykonawca w ciągu ostatnich 3 lat przed wszczęciem postępowania, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, winien wykonać co najmniej 3 zamówienia odpowiadające swoim rodzajem przedmiotowi niniejszego zamówienia, w tym co najmniej jedno związane z dostawą systemu do produkcji radiowej.*

Zamawiający wymaga wykonania (przekazania do eksploatacji) w ciągu ostatnich 3 lat przed wszczęciem postępowania, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej 3 zamówień odpowiadających swoim rodzajem przedmiotowi niniejszego zamówienia, w tym co najmniej jednego związanego z obsługą programu radiowego, o wartości nie mniejszej niż 400 000,00 zł. Kwota o jakiej mowa w wymaganiach jest kwotą netto.”

Termin składania ofert został wyznaczony do dnia 12.02.2013 r.

Kryteria udzielenia zamówienia - najniższa cena.

Oferty złożyło 2 wykonawców, których ceny przedstawiały się następująco:

1. konsorcjum Cenrum Komputerowe ZETO S.A. z siedzibą w Łodzi (lider) cena oferty brutto – 1 309 950 zł,
2. odwołujący ProfiAudio Sp. z o.o. – cena oferty – 946 423,50 zł.

Odwołujący złożył oświadczenie o spełnieniu warunków udziału według wzoru załącznika nr 4 do SIWZ. W treści załącznika do oferty – wykazu zrealizowanych zamówień - wskazał wykonanie następujących dostaw i usług:

- a. zamówienie na rzecz Polsko - Japońskiej Wyższej Szkoły Technik Komputerowych w Warszawie; dostawa urządzeń i oprogramowania dla 3 zespołów emisyjnych w Krakowie i Warszawie;
- b. zamówienie na rzecz Radia RMF FM; dostawa i instalacja kompletnego wyposażenia zespołu emisyjnego i produkcyjnego, sprzęt i oprogramowanie;
- c. zamówienie na rzecz Radia BAJKA dostawa i instalacja kompletnego systemu radiowego aplikacje i sprzęt.

Odwołujący załączył referencje zleceniodawców prac ujętych w wykazie doświadczenia zawodowego, potwierdzające, że prace te zostały wykonane należycie, które zostały wystawione w 2010 r. oraz w 2011 r.

W dniu 13 lutego 2013 r. zamawiający wystosował na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do odwołującego „Wezwanie do uzupełnienia dokumentów i wyjaśnienia” – przytaczając jednocześnie brzmienie warunku odnośnie wiedzy i doświadczenia wraz z udzielonymi wyjaśnieniami do SIWZ. Zamawiający nie wyszczególnił braków, które znalazł w dokumentach przedłożonych przez odwołującego. W odpowiedzi na powyższe w dniu 15 lutego 2013 r., odwołujący podał: *”Nasza oferta zawiera trzy referencje na dostawę technologii radiowych zgodnie z wymaganiem określonym w p. IX.2. SIWZ, przy czym Zamawiający wymagał aby jedno rozwiązanie wykazało cenę minimum 400.000 zł, bez wskazania netto czy brutto. Oferta nasza spełnia te wymagania. Wyjaśniamy dodatkowo, że nasza firma zrealizowała dostawy i instalacje technologii radiowych dla naszych klientów w rozbiciu kwotowym:*

Radio RMF FM-dostawy i instalacje na koniec roku 2010, kwota dostaw netto: 801 970 zł, kwota dostaw brutto 978 403 zł,

Radio Bajka Warszawa dostawy i instalacje kwiecień 2011 Kwota netto 335 655 zł kwota brutto 412 856 zł,

Polsko Japońska Wyższa Szkoła Technik Komputerowych w Warszawie. Zakres rzeczowy jest porównywalny do projektu dla Radia Białystok z większą jednakże ilością edytorów wielośladowych i jednym tylko zespołem emisyjnym.

Zakres kwotowy wynosił 520.000 zł netto i 634 400 zł brutto.

Zgodnie z polityką producenta systemu firmy DAVID z Monachium polska uczelnia otrzymała wszystkie wymagane aplikacje i interfejsy bez ponoszenia kosztów na rzecz producenta systemu, na zasadach non profit.”

Załączono list referencyjny RFM FM z dnia 7 lutego 2013 r. oraz list referencyjny firmy DAVID Systems GmbH, którego przedstawicielem jest odwołujący.

W dniu 15 lutego 2013 r. zamawiający wystosował do odwołującego na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp kolejne „Wezwanie do uzupełnienia dokumentów” – przytaczając brzmienie warunków oraz podał, że *„Referencja jednego z trzech wykazanych zamówień Polsko - Japońskiej Wyższej Szkoły Technik Komputerowych nie zawiera wartości wykonanej dostawy, a kolejna - Radio Bajka Warszawa jest poniżej wymaganej wartości, tj. 400 tys. zł. netto. Proszę zatem uzupełnić stosowne powyżej opisane dokumenty, które winny być aktualne na datę nie późniejszą niż na dzień składania ofert, tj. 12.02.2013 r.”*

Na powyższe wezwanie odwołujący udzielił następującej odpowiedzi w piśmie z dnia 19 lutego 2013 r.: *„Odpowiadając na Państwa pismo odnośnie uzupełnienia referencji na dostawy systemów radiowych w okresie ostatnich trzech lat uprzejmie informuję, że nasza*

spółka dostarczyła w tym okresie cztery systemy radiowe o wartości minimum 400.000 zł netto dla każdej z czterech dostaw.

Informacje szczegółowe są zawarte w załączonych listach referencyjnych. Informacje dotyczą następujących dostaw i ich wartości netto:

1. Radio RMF FM dostawa stołów mikserskich, routerów wraz z oprogramowaniem do przygotowania i emisji programu radiowego. Kwota netto: 400.970 zł,
2. Radio RMF FM dostawa systemu radiowego interkomowego i procesorów dynamicznych wraz z oprogramowaniem do przygotowania i emisji programu radiowego. Kwota netto : 401.000 zł. Obie referencje są ujęte w piśmie z Radia RMF FM w załączeniu.
3. *Polsko Japońska Wyższa Szkoła Technik Komputerowych w Warszawie – dostawa systemu radiowego Digas wraz ze stanowiskami do nagrywania i montażu. Wartość dostawy netto: 520.000 zł. List referencyjny w załączeniu.*
4. *Radio Bajka Warszawa - dostawa kompletnego wyposażenia studia radiowego emisyjnego i produkcyjnego na kwotę brutto 412 856 zł, kwota netto 338.406 zł oraz systemu planowania i rotacji muzycznej Music Master wraz z montażem i szkoleniem na kwotę netto; 70.000 zł. Łącznie kwota netto dostaw i usług na rzecz Radia Bajka 408 406 zł. List referencyjny w załączeniu.*

Równocześnie uprzejmie wyjaśniam zgodnie z informacją uzyskaną od naszych ekspertów prawnych odnośnie Ustawy Prawo Zamówień Publicznych, że warunki określone w punkcie IX.2 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia określają wymóg przedstawienia przez oferentów minimum trzech referencji dostaw technologii radiowych, jednakże jednej tylko o wartości 400.000 zł bez określenia czy jest to kwota netto czy brutto. Zamawiający co prawda udzielając w dniu 8 lutego 2013 odpowiedzi na pytania jednego z oferentów określił jednoznacznie, że wskazana kwota 400.000 zł jest rozumiana jako kwota netto, jednakże Zamawiający nie doprecyzował wymagań odnośnie ilości referencji na tę kwotę - jednej czy więcej, pozostawiając ten zapis w SIWZ w wersji niezmienionej. Zgodnie z wykładnią KIO przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych w przypadku istnienia wątpliwości co do interpretacji zapisów SIWZ takowe, o ile powstaną są rozstrzygane na korzyść oferentów. Uznać zatem można, że Zamawiający miał na myśli trzy referencje, jednakże jedną tylko na kwotę 400.000 zł.

Cytuję orzeczenie KIO w tej sprawie „zgodnie z ogólnym stanowiskiem wynikającym z orzeczeń KIO - jeżeli warunek w SIWZ zostanie sformułowany w sposób niejednoznaczny,

zamawiający na etapie oceny nie może obciążać wykonawcy negatywnymi konsekwencjami swojego niedopatrzenia, a wątpliwości związane z interpretacją zapisów powinny być rozstrzygane na korzyść wykonawcy - wyrok KIO z 22.12.2010 r., sygn. akt KIO 2643/10"

Nie wchodząc w materię prawną cytowanego orzeczenia uznaję, że dostarczone informacje spełniają wymagania tego postępowania przetargowego.

ProfiAudio jest partnerem handlowym i technicznym firmy DAVID Systems z Monachium od roku 1997 i zrealizowało dostawy i instalacje modułów i rozwiązań systemu radiowego DAVID dla 17 klientów korporacyjnych, w tym Telewizji Polskiej SA, oddziałów regionalnych Polskiego Radia, Studia radiowego ORLEN w Płocku, ośrodków akademickich i rozgłośni prywatnych.

Mam nadzieję, że te informacje będą pomocne w ocenie naszych doświadczeń w zakresie realizacji tego typu projektów."

Odwołujący ponownie załączył dokumenty referencji wystawionych przez zleceniodawców ujętych w wykazie doświadczenia zawodowego, tj.: z dnia 30 stycznia 2013 r. wystawionych przez Radio BAJKA, z dnia 7 lutego 2013 r., wystawionych przez radio RMF FM oraz przez Polsko Japońską Wyższą Szkołę Technik Komputerowych w Warszawie, określające wartość zamówień oraz ich zakres.

W dniu 27 lutego 2013 r. zamawiający wystosował do odwołującego następane „Wezwanie do wyjaśnienia” na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp - gdzie miał wątpliwości dotyczące referencji udzielonych przez Radio BAJKA, pisząc: „W związku z uzupełnieniem dokumentów w postaci referencji, Zamawiający na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. zm.) prosi o złożenie wyjaśnień dotyczących treści tych dokumentów:

- 1) Czy referencje Radia Bajka z dn. 24.04.2011 i z dnia 30.01.2013 dotyczą tego samego zamówienia?
- 2) Czy kwota 70 000 złotych netto o jakiej mowa w dokumencie z dnia 30.01.2013 zawiera się w kwocie 412 856 złotych brutto, o jakiej mowa w dokumencie z dnia 24.04.2011? Czy są to dwie różne kwoty, czy też kwota 70 000 złotych z dokumentu z dnia 30.01.2013 stanowi inną, dodatkową wartość?

Zamawiający prosi aby złożone wyjaśnienia dotyczące ww. kwestii, zostały potwierdzone przez podmiot udzielający referencji.

Wyjaśnienia powinny być dostarczone Zamawiającemu w formie pisemnej w terminie 5 dni od dnia 27.02.2013r. tj. do dnia 5.03.2013 r.

Niezłożenie w/w wyjaśnień we wskazanym terminie spowoduje odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. zm.). Jednocześnie prosimy o niezwłoczne potwierdzenia otrzymania pisma.”

Odwołujący udzielił następującej odpowiedzi w dniu 28 lutego 2013 r.: „Uprzejmie wyjaśniam, że nasza firma realizowała kompleksowe zamówienie wraz z instalacją dla Radia Bajka w Warszawie w okresie kwiecień-lipiec 2011. Zamówienie obejmowało dwa zakresy wzajemnie komplementarne :

- 1. Kompletny system radiowy - hardware i software, obejmujący również system planowania i emisji Digas firmy DAVID, oraz*
- 2. System planowania i rotacji muzycznej MusicMaster i jego integrację z systemem radiowym Digas.*

Oba zamówienia dotyczą tego samego projektu i tej samej instalacji.

Fakturowanie odbywało się jednak odrębnie, dlatego zostało uwidocznione w dwóch różnych listach referencyjnych:

Kwota 412 856 zł brutto dotyczy dostaw i instalacji sprzętu i oprogramowania systemu radiowego, w tym systemu planowania i emisji Digas.

Kwota 70.000 zł netto za system planowania i rotacji muzycznej MusicMaster NIE jest ujęta w kwocie 412 856 zł i była rozliczana odrębnie zgodnie z informacją udzieloną w naszym piśmie.”

W dniu 29 marca 2013 r. zamawiający wystosował do Polsko - Japońskiej Wyższej Szkoły Technik Komputerowych w Warszawie „wezwanie do wyjaśnień” na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp dotyczące udzielonych odwołującemu referencji. Podmiot ten w odpowiedzi z dnia 5 kwietnia 2013 r. na wymienione wezwanie podał, że nie jest uczestnikiem postępowania przetargowego zobowiązany do udzielania wyjaśnień i odesłał do treści udzielonych odwołującemu referencji.

Referencje udzielone odwołującemu przez Polsko - Japońską Wyższą Szkołę Technik Komputerowych w Warszawie z dnia 16.06.2011 r. oraz z dnia 7 lutego 2013 r. potwierdzają należyte wykonanie zamówienia na rzecz tego podmiotu „kompletnego systemu radiowego Digas” o wartości 520 000 zł. netto.

Zamawiający zwrócił się pismem z dnia 22 marca 2013 r. do Bajka - Fundacji na Rzecz Rozwoju Dzieci w Warszawie z wezwaniem na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp do wyjaśnień na temat wystawionych odwołującemu referencji z dnia 24 kwietnia 2011 r. oraz z dnia 30 stycznia 2013 r. w odniesieniu do wymienionych z nazwy systemów radiowych i ich instalacji pod klucz na kwotę brutto 412 656 zł, które to referencje przedstawiają odwołującego jako „rzetelnego partnera.” Według drugiej referencji wartość rzeczowa dostarczonego oprogramowania wraz z usługami towarzyszącymi wyniosła kwotę 70 000 zł netto. Rozgłośnia Bajka nie odpowiedziała na wezwanie zamawiającego.

Zamawiający poprzez swoich pracowników, w dniu 12 marca 2013 r. dokonywał bezpośrednio w wymienionej rozgłośni Bajka ustaleń zakresu zamówienia, wykonywanego dla tego podmiotu przez odwołującego.

W piśmie z dnia 12 kwietnia 2013 r. zamawiający podał następujące uzasadnienie czynności wykluczenia odwołującego z postępowania.

„Zamawiający na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp (...) wyklucza z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Wykonawcę Profi Audio Sp. z o.o. (...) z powodu niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Powyższe uzasadnione jest faktem, że Zamawiający w SIWZ określił szczegółowe warunki udziału w postępowaniu w zakresie koniecznych do przedłożenia dokumentów w postaci:

Wykaz wykonania (przekazania do eksploatacji w ciągu ostatnich 3 lat przed wszczęciem postępowania, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej 3 zamówień odpowiadających swoim rodzajem oraz wielkością przedmiotowi niniejszego zamówienia, w tym co najmniej jedno związane z dostawą systemu związanego z obsługą systemu radiowego o wartości nie mniejszej niż 400 000,00 zł. Do każdej wykonanej pracy winny być dołączone dokumenty potwierdzające, że wymienione w informacji prace zostały wykonane należycie.

Jednocześnie Zamawiający informuje, że w trybie zapytań do SIWZ została udzielona odpowiedź na pytanie dotyczące powyżej opisanego warunku udziału w postępowaniu i sposobu jego udokumentowania.

Zamawiający udzielił odpowiedzi na następujące pytanie: Pytanie 10 z dnia 5 lutego 2013 r. wykonawcy ZETO Centrum Komputerowe S.A. – jako wymaganie odnośnie posiadanych referencji Zamawiający napisał (...): Wykonawca wykonał (przekazał do eksploatacji) w ciągu ostatnich 3 lat przed wszczęciem postępowania, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej 3 zamówienia odpowiadających swoim rodzajem oraz wielkością przedmiotowi niniejszego zamówienia, w tym co najmniej jedno

związane z dostawą systemu związanego z obsługą systemu radiowego o wartości nie mniejszej niż 400 000,00 zł. Informujemy, że powyższy zapis nie jest jednoznaczny. Wymaganie dotyczy dostarczenia trzech referencji odpowiadających swoim rodzajem przedmiotowi oferty. Wnosząc z powyższego, należy dostarczyć referencje, które udokumentują dostawę kompletnego systemu do produkcji radiowej. Tymczasem dalsza część wymagania mówi o tym, że należy udokumentować co najmniej jedną dostawę związaną z obsługą programu radiowego.

- a) czy Zamawiający uzna referencje dotyczące dostawy tylko sprzętu radiowego, np. konsolety studyjne, lub innego sprzętu radiowego jako oddzielnych komponentów fizycznych? Jeżeli odpowiedź na powyższe pytanie będzie twierdząca, Zamawiający musi sobie zdawać sprawę, z tego że wykonanie zamówienia może powierzyć Wykonawcy, który nigdy nie dostarczał i nie implementował kompletnego systemu do produkcji radiowej, jakiego dostawy wymaga Radio Białystok S.A. Jest to ewidentne działanie na szkodę rozgłośni, gdyż Zamawiający nawet nie zminimalizował ryzyka niepowodzenia postępowania, tworząc zapisy jak powyżej,
- b) Czy Zamawiający wyraża zgodę na przedstawienie trzech referencji, dotyczących dostawy innego systemu lub urządzeń niż radiowe?

Z powyższego wynika, że dostarczając referencje dotyczące dostawy samych urządzeń radiowych, które nie mają nic wspólnego z przedmiotem niniejszego zamówienia, można również dostarczyć referencje dotyczące zupełnie innych rozwiązań sprzętowych, np. skanera (...). Prosimy o sprecyzowanie powyższych wymagań.

- c) Czy wymagana wartość 400 000 zł dotyczy każdej referencji z osobna, czy to suma wszystkich dostaw, potwierdzonych referencjami? Czy to kwota netto, czy brutto.

Odpowiedź:

- a) Zamawiający odsyła do zapisów SIWZ, które są jasne i nie budzą wątpliwości. Zamawiający wymaga doświadczenia polegającego na realizacji co najmniej 3 zamówień odpowiadających swoim rodzajem przedmiotowi niniejszego zamówienia. Zamawiający nie uzna za spełniające warunki SIWZ doświadczenia o jakim mowa w zadanym pytaniu. Zamawiający wymaga doświadczenia na określonym poziomie w celu zapewnienia najlepszej realizacji zamówienia. Zamawiający działa w celu najbardziej efektywnego środków publicznych, a nie tak aby spełnić oczekiwania wykonawcy.

- b) Wykonawca w ciągu ostatnich 3 lat przed wszczęciem postępowania, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, winien wykonać co najmniej 3 zamówienia odpowiadające swoim rodzajem przedmiotowi niniejszego zamówienia, w tym co najmniej jedno związane z dostawą systemu do produkcji radiowej.
- c) Zamawiający wymaga wykonania (przekazania do eksploatacji) w ciągu ostatnich 3 lat przed wszczęciem postępowania, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej 3 zamówień odpowiadających swoim rodzajem przedmiotowi niniejszego zamówienia, w tym co najmniej jednego związanego z obsługą programu radiowego, o wartości nie mniejszej niż 400 000,00 zł. Kwota o jakiej mowa w wymaganiach jest kwotą netto.

„Wykonawca ProfiAudio Sp. z o.o. (...) nie wykazał posiadania doświadczenia wymaganego zapisami SIWZ, tj. nie przedstawił – mimo wezwania do uzupełnienia dokumentów potwierdzających należyte wykonanie co najmniej 3 dostaw o wartości nie mniejszej niż 400 000 zł netto. Przedstawione przez wykonawcę dokumenty i wyjaśnienia nie pozwalają na przyjęcie, że spełnił on wymagania SIWZ zawarte w części IX pkt. 2 . Zgodnie z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp (...) ofertę wykluczonego wykonawcy ProfiAudio Sp. z o.o. uznaje się za odrzuconą. (...).”

Z protokołu postępowania wynika, że zamawiający odrzucając ofertę odwołującego – nie dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty w tym postępowaniu.

Izba zważyła, co następuje.

Odwołujący, wykazał legitymację do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp - skoro jego oferta, jako zawierająca korzystniejszą cenę niż drugiego wykonawcy - została uznana za odrzuconą. Był zatem uprawniony aby skarżyć - jak dowodził - niezgodne z ustawą Pzp czynności i zaniechania zamawiającego wobec oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu, które godziły w interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia i mogły narażać odwołującego na poniesienie szkody.

Oceniając materiał dowodowy sprawy, Izba uznała, że odwołujący zastosował się do wskazówek zamawiającego przekazanych w wezwaniach do wyjaśnienia usług i dostaw referencyjnych, ujętych w wykazie doświadczenia zawodowego - sformułował wyjaśnienia w sposób jaki oczekiwał tego zamawiający, tj. wyjaśnienia te są konkretne, sprawdzalne i odpowiadają na pytania zamawiającego. Brak było zarzutu, że odwołujący nie złożył wyjaśnień.

Z powiadomienia o wykluczeniu odwołującego, ograniczającego się jedynie do powtórzenia wymagań określonych w SIWZ wraz z wyjaśnieniami jej treści i przytoczeniem dyspozycji art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, można było wywnioskować jedynie tyle, że zamawiający uznał, iż odwołujący nie spełnił warunków udziału w postępowaniu, zatem wykluczył go z postępowania, a ofertę przyjął za odrzuconą w trybie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp. Treść tego uzasadnienia w żadnym wypadku nie pozwalała na stwierdzenie jakie były szczegółowe powody faktyczne, które legły u podstaw skarżonej czynności zamawiającego.

W związku z powyższym, część zarzutów odwołującego sprowadzała się w zasadzie do zagadnienia (odpowiedzi na pytanie): czy zamawiający prawidłowo zastosował art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, tj. czy odwołujący złożył wyjaśnienia albo złożone przez niego wyjaśnienia pozwalały zamawiającemu na ocenę, że wykonawca spełnia wyznaczone warunki – tak jak opisano w SIWZ, i tym samym nie zachodził obowiązek wykluczenia odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4) ustawy Pzp. Jednocześnie odwołujący w ogólności zaprzeczył, aby zachodziły jakiegokolwiek podstawy do wykluczenia go z postępowania.

Z treści odwołania wynika, że odwołujący nie poznał konkretnych powodów, z jakich zamawiający zdecydował się wykluczyć go z postępowania i odrzucić złożoną ofertę. Stwierdzenie takie, czyniło zatem bezprzedmiotowym rozstrzygnięcie przez Izbę podnoszonych w odwołaniu zarzutów dotyczących nieprawidłowej oceny uzupełnionych dokumentów i wyjaśnień odwołującego – udzielonych na wezwanie zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp. Odwołujący polemizował bowiem z hipotetycznymi, a nie z rzeczywistymi powodami wykluczenia go z postępowania.

W tych okolicznościach należało uwzględnić treść przepisu art. 92 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp nakazującego powiadomienie o wykonawcach, którzy zostali wykluczeni z postępowania z podaniem uzasadnienia faktycznego i prawnego.

Czynność wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, może podlegać weryfikacji w przypadku skorzystania przez wykonawcę z prawa do wniesienia odwołania. Na zamawiającego został więc nałożony obowiązek zawiadomienia wykonawcy o podjętych działaniach. W zawiadomieniu tym nie wystarczy podanie tylko podstawy prawnej oraz przytoczenie dyspozycji normy prawnej. Niezbędne jest też dokładne poinformowanie o okolicznościach faktycznych, wyczerpujących przesłankę zawartą w powoływanym przepisie, aby zainteresowany wykonawca mógł jednoznacznie zidentyfikować przyczyny wykluczenia go z postępowania. O wszystkich czynnościach, o których mowa w art. 92 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający zobowiązany jest też informować jednocześnie, co związane jest z zasadą koncentracji korzystania ze środków ochrony prawnej.

Przechodząc do rozstrzygnięcia sprawy, Izba miała na uwadze treść podanego przez zamawiającego wręcz zdawkowego uzasadnienia czynności wykluczenia odwołującego z postępowania w powiadomieniu z dnia 12 kwietnia 2013 r., gdyż zarzuty odwołania odnosiły się do przytaczanych wyżej podstaw faktycznych, które stały się przyczyną tej czynności.

Nie można było pominąć, że nawet nie w pisemnej odpowiedzi na odwołanie złożonej na rozprawie, ale dopiero w wypowiedzi pełnomocnika do protokołu rozprawy, podane zostały argumenty mogące uchodzić za uzasadnienie faktyczne wykluczenia odwołującego z postępowania. Przedstawiono nowe okoliczności dokonanej uprzednio czynności, do których odwołanie, ani się nie odnosiło, ani nie mogło się odnosić – stanowiące szczegółowe uzasadnienie przyczyn wykluczenia wykonawcy - jako nie spełniającego warunków podmiotowych określonych w SIWZ.

W ocenie Izby, w żadnej mierze zamawiający nie był upoważniony, ażeby w postępowaniu odwoławczym uzupełniać uzasadnienie faktyczne podjętej czynności – wykluczenia odwołującego. Jak stanowi art. 190 ust. 1 Pzp, nawiązujący do art. 6 K.c. w związku z art. 14 ustawy Pzp, dowód zaistnienia przesłanek obligujących do wykluczenia wykonawcy spoczywa na tym, kto ze swojego twierdzenia wywodzi skutek prawny. Na gruncie rozpoznawanej sprawy odwoławczej zaistnienie okoliczności uzasadniających wykluczenie odwołującego - powinno zatem zostać udowodnione przez zamawiającego - w granicach podanego w przebiegu postępowania przetargowego - uzasadnienia tej czynności. Zamawiający jest zobowiązany w toku badania ofert ustalić, że powołana przez niego przesłanka wykluczenia nastąpiła, a następnie poinformować o ustaleniach i podjętych czynnościach oraz ich konsekwencjach wykonawców podając - stosownie do normy wyrażonej w art. 92 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp - nie tylko uzasadnienie prawne (prawidłową podstawę prawną swojej czynności), ale także pełne uzasadnienie faktyczne. W realiach niniejszej sprawy, bez najmniejszych wątpliwości, zamawiający w kontekście udzielonych przez odwołującego wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp i podnoszonych przez tego wykonawcę argumentów - wadliwie poinformował odwołującego o przyczynach wykluczenia i odrzucenia złożonej oferty, bowiem - wbrew dyspozycji przepisu art. 92 ust. 1 pkt 3) Pzp - zaniechał podania pełnego uzasadnienia faktycznego dokonanej czynności. Sformułowania przez zamawiającego w powiadomieniu z dnia 12 kwietnia 2013 r., jako podstawy wykluczenia wykonawcy, że *„Wykonawca ProfiAudio Sp. z o.o. (...) nie wykazał posiadania doświadczenia wymaganego zapisami SIWZ, tj. nie przedstawił – mimo wezwania do uzupełnienia dokumentów potwierdzających należyte wykonanie co najmniej 3 dostaw o wartości nie mniejszej niż 400 000 zł netto. Przedstawione przez wykonawcę dokumenty i wyjaśnienia nie pozwalają na przyjęcie, że spełnił on wymagania SIWZ zawarte w części IX pkt. 2 . Zgodnie z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp (...) ofertę wykluczonego wykonawcy*

ProfiAudio Sp. z o.o. uznaje się za odrzuconą. (...).” - zaświadczają ich ogólnikowy, wręcz enigmatyczny charakter, i są niewystarczające aby uznać je za dostateczne uzasadnienie wyeliminowania oferty wykonawcy.

Z przedstawionego uzasadnienia faktycznego nie sposób było wywieść, z czego wynikało, że zamawiający nie uwzględnił szczegółowych argumentów przedstawionych w kolejno udzielonych wyjaśnieniach odwołującego, dotyczących zakresu i wartości wykazanych usług i dostaw referencyjnych. W konsekwencji, Izba podzieliła stanowisko odwołującego, że uzasadnienie faktyczne decyzji zamawiającego zawarte w powiadomieniu z 12 kwietnia 2013r., ograniczające się do przytaczanych wyżej ogólnikowych stwierdzeń, nie może być uznane za dostateczne uzasadnienie, realizujące cel normy art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp. W istocie, dopiero stanowisko zamawiającego przedstawiane do protokołu rozprawy - stanowiło próbę uzasadnienia faktycznego uprzedniej czynności wykluczenia odwołującego z postępowania.

Przyczyny wykluczenia nie mogą być pozostawione domyślności wykonawcy. W zaistniałych okolicznościach – wielokrotnego wcześniejszego wezwania odwołującego do wyjaśnienia charakteru i wartości usług i dostaw oraz uzupełnienia żądanych dokumentów, odwołujący miał podstawy przypuszczać, iż spełnił wymagania zamawiającego podane w SIWZ. W tym też kierunku odwołujący podjął totalną obronę swojej oferty, gdyż z braku wiedzy co do rzeczywistych przyczyn wykluczenia – nie mógł skupić się na obronie skierowanej na udowodnianie bezpodstawności konkretnych zarzutów.

Zasadnym jest podkreślenie, iż przyczyny podane w informacji o wykluczeniu wykonawcy z postępowania - warunkują zakres składanych środków ochrony prawnej i ich uzasadnienie. Treść zawiadomienia, z uwagi na zawity charakter terminów wnoszenia środków ochrony prawnej ma bezpośrednie znaczenie dla umożliwienia wykonawcom realizacji swoich praw w postępowaniu (tak też podają wyroki: KIO z dnia 23 marca 2011 r., sygn. akt KIO 522/11; z dnia 24 czerwca 2010 r., sygn. akt KIO 1066/10). Z tego względu brak precyzyjnego wskazania z czego wynika wykluczenie wykonawcy, prowadzi do wniosku, iż zamawiający w istocie nie poinformował odwołującego o przyczynie kwestionowanej czynności. Wykonawca nie ma obowiązku domyślać się, jakie to ustalenia legły u podstaw wniosku, że wyjaśnienia były niewystarczające, dla wykazania, że spełnił warunki udziału w postępowaniu, czy też, że na ich podstawie, zamawiający dojdzie do przekonania, że wykazane usługi - odbiegają od oczekiwań zamawiającego przedstawionych w SIWZ. Nie stanowi wypełnienia dyspozycji normy art. 92 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp podawanie przez zamawiającego dopiero na rozprawie, uzasadnienia faktycznego podjętych wobec oferty odwołującego decyzji (tak też wyrok KIO z dnia 11 sierpnia 2011 r., sygn. akt KIO 1620/11 oraz sygn. akt KIO 1625/11).

Obowiązek zawiadomiania wykonawców określony w art. 92 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp, stanowi realizację wyrażonej w art. 8 ust. 1 tej ustawy zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia oraz sformułowanej w art. 7 ust. 1 ustawy zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji.

Izba uznała, że w okolicznościach rozpatrywanej sprawy, zamawiający uzasadniając w sposób lakoniczny i ogólnikowy - podjęte wobec oferty odwołującego czynności, pozbawił go możliwości oceny poprawności prowadzonych działań i ewentualnego ich rzeczowego zakwestionowania przez wniesienie odwołania, uchylając tym samym regułem, rządzącym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego. W świetle powołanych wyżej zasad, niedopuszczalnym jest aby wykonawca kwestionujący zasadność podjętych wobec jego oferty przez zamawiającego czynności, samodzielnie zidentyfikował przyczyny wykluczenia go z postępowania, a następnie w oparciu o poczynione założenia, przedstawiał w odwołaniu argumenty przemawiające za nietrafnością domniemyanych przyczyn decyzji zamawiającego. Zamawiający jest zobowiązany podać uzasadnienie podejmowanych czynności, tak aby zagwarantować wykonawcom możliwość ich weryfikacji w toku procedury odwoławczej. W szczególności, właśnie uzasadnienie faktyczne zawiadomienia o wykluczeniu wykonawcy i odrzuceniu oferty - powinno wyczerpująco obrazować, jakie przyczyny legły u podstaw decyzji zamawiającego, tak aby wykonawca, gdy oceny zamawiającego nie podziela - mógł do wskazanych przez zamawiającego okoliczności w pełni ustosunkować się wnosząc odwołanie.

Zdaniem Izby, brak prawidłowego uzasadnienia czynności - względem oferty odwołującego, może mieć wpływ na wynik postępowania w rozumieniu postanowień art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, stanowiącego, że Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Odwołujący nie był bowiem w stanie sformułować w swoim odwołaniu - zarzutów kwestionujących prawidłowość zastosowanego wykluczenia - z przyczyn podawanych przez zamawiającego dopiero do protokołu rozprawy. W tym aspekcie Izba uznała, że okoliczność wadliwego uzasadnienia kwestionowanej czynności mogła mieć wpływ na wynik postępowania, pozbawiając odwołującego możliwości obrony oferty, która była najkorzystniejsza w jednym ustalonym kryterium oceny ofert, tj. – kryterium ceny.

Biorąc pod uwagę całokształt okoliczności, Izba nie uznała stanowiska zamawiającego przedstawionego na rozprawie, za rozwinięcie tożsamej argumentacji.

Brak wystarczającego i jednoznacznego uzasadnienia kwestionowanej czynności - przesądził o uwzględnieniu odwołania z przyczyn formalnych - bez możliwości rozpatrzenia zarzutów merytorycznych - dotyczących złożonych wyjaśnień odnośnie wyznaczonych

warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia wykonawcy, w kontekście spełnienia wymagań zamawiającego i ich wpływu na brak możliwości przyjęcia oferty odwołującego.

Należało uwzględnić, że rozprawa przed Krajową Izbą Odwoławczą, nie jest miejscem dla przedstawiania uzasadnienia uprzednio podejmowanych czynności zamawiającego o wykluczeniu wykonawcy. Zgodnie z art. 180 ust. 1 ustawy Pzp, odwołanie bowiem jest wnoszone od czynności, czy też zaniechania czynności zamawiającego, podejmowanych w toku postępowania o zamówienie publiczne.

Rozprawa przed Krajową Izbą Odwoławczą nie jest składnikiem postępowania przetargowego, lecz podlega odrębnym regułom proceduralnym organu zewnętrznego. Pisma, oświadczenia i stanowiska stron składane przed Izbą w danej sprawie - nie są równoznaczne z podejmowaniem czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Dlatego też, szerokie uzasadnienie na rozprawie podjętych uprzednio czynności, w odniesieniu do których podano wręcz zdawkowe uzasadnienie faktyczne, z przytoczeniem jedynie stawianych w SIWZ wymagań i dyspozycji normy prawnej, nie mogło odnieść zamierzonego skutku. Izba bowiem weryfikuje działania zamawiającego, pod względem przestrzegania wzorca ustawowego, w takim kształcie w jakim zostały podjęte w trakcie postępowania przetargowego. W żadnym wypadku nie zastępuje zamawiającego w jakichkolwiek czynnościach i nie dokonuje za zamawiającego czynności. Może poddawać ocenie czynności, tak - jak zostały faktycznie przez zamawiającego dokonane i stanowiły podstawę do zaskarżenia, a nie w formie poddanej szerokiej interpretacji w odpowiedzi na odwołanie, czy do protokołu rozprawy.

Przepis art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp upoważnia Izbę jedynie do nakazania unieważnienia czynności i do nakazania powtórzenia czynności. Skoro zamawiający zaniechał wszechstronnej i pełnej oceny wyjaśnień złożonych przez odwołującego – na co wskazuje treść przedstawionego uzasadnienia przesłana wykonawcy, i mimo tego podjął decyzję o wykluczeniu odwołującego, uznając, iż wykonawca ten nie wykazał, że spełnił warunki udziału - nie ma podstaw oczekiwać, iż to Izba w toku postępowania odwoławczego oceni te wyjaśnienia. Krajowa Izba Odwoławcza z mocy art. 192 ust. 7 ustawy Pzp nie może nawet orzekać co zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

Bieg terminu na wniesienie środka ochrony prawnej jakim jest odwołanie, rozpoczyna się z chwilą otrzymania prawidłowo sporządzonej informacji o wyniku postępowania, w tym o wykluczeniu wykonawcy i odrzuceniu oferty.

W okolicznościach rozpoznawanej sprawy, należało stwierdzić, że termin na zaskarżenie merytorycznej czynności zamawiającego, jeżeli czynność wykluczenia

odwołującego - w toku nakazanych czynności ponownej oceny ofert i wyboru oferty zostanie przez zamawiającego podtrzymana - zacznie biec, gdy zamawiający w wyniku powtórzenia procedury badania i oceny ofert, z uwzględnieniem poprawnie zastosowanego art. 24 ust. 2 pkt 4) ustawy Pzp - poinformuje odwołującego w sposób wymagany przez art. 92 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp o podjętej wobec oferty wykonawcy decyzji.

Szczegółowe oceny i okoliczności wykluczenia odwołującego jako czynności zgodnej z treścią SIWZ i z ustawą Pzp - podawane w odpowiedzi na odwołanie oraz na rozprawie - nie podlegały rozpatrzeniu przez Izbę w niniejszej sprawie. W przypadku, gdy zamawiający w wyniku ponownej oceny ofert – wykluczy odwołującego i uzna ofertę za odrzuconą ze wskazanych przyczyn – wykonawcy będą przysługiwały nowe środki zaskarżenia. Izba w tej sprawie, *a priori* nie może zająć stanowiska, że odwołujący podlegał wykluczeniu, ani tego nie przesądza.

Ocenę spełnienia warunków udziału w postępowaniu przeprowadza się wyłącznie w oparciu o dokumenty i oświadczenia z góry podane w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jak stanowi art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. Zamknięty zakres tych dokumentów wyznaczają przepisy 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. Nr 226, poz. 1817), które z uwagi na datę wszczęcia postępowania w dniu 3 stycznia 2013 r. znajdują jeszcze zastosowanie.

Zamawiający nie wykluczył odwołującego za podanie nieprawdziwych informacji mających lub mogących mieć wpływ na wynik postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp. Jedynie w takiej sytuacji Izba zobligowana byłaby konfrontować treść wymaganych dokumentów przedłożonych przez wykluczonego wykonawcę na potwierdzenie spełnienia warunków - z innymi dowodami temu zaprzeczającymi .

Izba uznała, że bez dokładnej oceny wyjaśnień odwołującego i uzupełnionych dokumentów – wykluczenie odwołującego z postępowania, było co najmniej przedwczesne i tym samym naruszające wskazane przez odwołującego przepisy ustawy Pzp, która to czynność może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Na marginesie jedynie, Izba stwierdza, że referencje wystawione wykonawcy przez podmioty zewnętrzne – mają potwierdzać należyte wykonanie wykazanych dostaw i usług. Zakres przedstawionych prac i dostaw stwierdza wykonawca oświadczeniem własnym, za rzetelność którego ponosi wszechstronną odpowiedzialność. Zamawiający nie zarzucał odwołującemu podania nieprawdziwych informacji w ofercie oraz złożonych wyjaśnieniach, czy posłużenia się

nierzetelnymi dokumentami wystawionymi przez podmioty trzecie - dla wykazania spełnienia warunków udziału.

W konsekwencji biorąc pod uwagę okoliczności faktyczne i prawne - uwzględnione przez Izbę - należało podzielić stanowisko prezentowane przez odwołującego, że zamawiający w niniejszym postępowaniu uchybił przepisom ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych, które miało istotny wpływ na wynik postępowania, tj.

- 1) naruszył art. 24 ust. 2 pkt 4) Pzp, a w następstwie art. 24 ust. 4 Pzp poprzez wykluczenie wykonawcy ProfiAudio Sp. z o. o. z uczestnictwa w postępowaniu o udzielenie zamówienia, pomimo braku dostatecznego uzasadnienia tej czynności;
- 2) naruszył art. 24 ust. 3 Pzp poprzez wykluczenie ProfiAudio Sp. z o.o. z wskazanego postępowania o udzielenie zamówienia bez prawidłowego podania uzasadnienia faktycznego i prawnego tego wykluczenia;
- 3) naruszył art. 92 ust. 1 pkt 3) Pzp poprzez niewskazanie przez zamawiającego uzasadnienia faktycznego i prawnego dla czynności wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia w zakresie podania rzeczywistej, konkretnej i wyczerpującej przyczyny wykluczenia; zamawiający, wykluczając ProfiAudio Sp. z o.o. z postępowania przetargowego przed rozstrzygnięciem wskazanego postępowania przetargowego, również naruszył regulację wynikającą z treści art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp, gdyż czynności te winny podlegać równoczesnemu zawiadomieniu wykonawców;
- 4) naruszył art. 7 ust. 1 Pzp w związku z naruszeniem art. 24 ust. 3 i w związku z naruszeniem art. 92 ust. 1 pkt 3) Pzp, poprzez wykluczenie ProfiAudio Sp. z o.o. ze wskazanego postępowania o udzielenie zamówienia bez prawidłowego podania uzasadnienia faktycznego i prawnego tego wykluczenia, a w konsekwencji brak zapewnienia zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
- 5) naruszył art. 8 ust. 1 Pzp w związku z naruszeniem art. 24 ust. 3 Pzp i w związku z naruszeniem art. 92 ust. 1 pkt 3) Pzp, poprzez wykluczenie ProfiAudioSp. z o.o. ze wskazanego postępowania o udzielenie zamówienia bez prawidłowego podania uzasadnienia faktycznego i prawnego tego wykluczenia, co stanowiło naruszenie zasady jawności postępowania;

W tym stanie rzeczy Izba uwzględniła odwołanie o czym orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1, ust. 2 oraz ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp. O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp. Odwołanie zostało

uwzględnione przez Izbę, kosztami postępowania w sprawie należało więc obciążyć zamawiającego.

Izba zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 18 567,00 zł tytułem zwrotu kosztów wpisu od odwołania i zastępstwa przez pełnomocnika na podstawie § 3 pkt 1) oraz § 5 ust. 2 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania. (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....