

**WYROK**

**z dnia 14 listopada 2016 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Aneta Mlącka**

**Protokolant: Agata Dziuban**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 09 listopada 2016 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28.10. 2016 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: ELEKTROTIM S.A., Zeus S.A., ul. Stargardzka 8, 54-156 Wrocław** w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego Resortowe Centrum Zarządzania Sieciami i Usługami Teleinformatycznymi, ul. Żwirki i Wigury 9/13, 00-909 Warszawa**

przy udziale:

- A. wykonawcy **Dimension Data Polska sp. z o.o., ul. Sienna 73, 00-833 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania po stronie Zamawiającego,
- B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Enigma Systemy Ochrony Informacji sp. z o.o., Comp S.A., COIG S.A., S&T Services Polska Sp. z o.o., ul. Jutrzenki 116, 02-230 Warszawa** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

**orzeka:**

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego, tj. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: ELEKTROTIM S.A., Zeus S.A. oraz nakazuje powtórzenie badania i oceny wniosku ww. wykonawców w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania w czasie realizacji zamówienia osobami oraz posiadania wiedzy i doświadczenia (w zakresie tego warunku w szczególności ocenę złożonych przez Wykonawcę wyjaśnień),

2. kosztami postępowania obciąża **Zamawiającego Resortowe Centrum Zarządzania Sieciami i Usługami Teleinformatycznymi, ul. Żwirki i Wigury 9/13, 00-909 Warszawa**

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: ELEKTROTIM S.A., Zeus S.A., ul. Stargardzka 8, 54-156 Wrocław** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Zamawiającego Resortowe Centrum Zarządzania Sieciami i Usługami Teleinformatycznymi, ul. Żwirki i Wigury 9/13, 00-909 Warszawa** na rzecz Odwołującego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: ELEKTROTIM S.A., Zeus S.A., ul. Stargardzka 8, 54-156 Wrocław** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

**Przewodniczący:** .....

UZASADNIENIE

Zamawiający Resortowe Centrum Zarządzania Sieciami i Usługami Teleinformatycznymi w Warszawie prowadzi postępowanie w trybie przetargu ograniczonego, którego przedmiotem jest: „Budowa i wdrażanie centrów danych, ośrodków przetwarzania i archiwizacji danych. Budowa Systemu Centralnego BACKUP'U.”

Odwołujący - Wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie Elektrotim S.A., ZEUS S.A, wnieśli odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegającej na wykluczeniu Odwołującego, na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 w związku z art. 24b ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych mimo, że wniosek spełnia wymagania Zamawiającego w zakresie prowadzonego przezeń postępowania. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie: art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, art. 2 pkt. 5 oraz art. 91 ustęp 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez możliwość nie wybrania najkorzystniejszej oferty, art. 7 ust. 1 i art. 7 ust. 3 Ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez nierówne traktowanie wykonawców w postępowaniu ujawniające się w ten sposób, że przygotowanie i przeprowadzenie postępowania powoduje niezachowanie zasad uczciwej konkurencji art. 26 ustęp 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie dokonania czynności polegającej na wezwaniu odwołującego do ponownego złożenia dokumentów, co oznacza brak możliwości sanowania jego wniosku, do której to Zamawiający obowiązany jest z mocy samej ustawy; art. 26 ustęp 4 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez jego nie zastosowanie i nie wezwanie, w wyznaczonym przez siebie terminie Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy prawo zamówień publicznych, art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych ponieważ Zamawiający nie ustalił w sposób prawidłowy czy odwołujący spełnia warunki wskazane w ogłoszeniu o zamówieniu, art. 24b ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez jego niewłaściwe zastosowanie albowiem artykuł ten dotyczy wyłącznie nie złożenia wyjaśnień dotyczących przynależności do tej samej grupy kapitałowej co nie było przedmiotem żądania Zamawiającego, naruszenie art. 29 ustęp 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez niejednoznaczne opisanie przedmiotu zamówienia, które utrudnia uczciwą konkurencję.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania powtórzenie czynności wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów w zakresie dotychczas nie wzywanym lub uznania dostarczonych dokumentów, powtórzenie czynności oceny merytorycznej dokumentów i oświadczeń potwierdzających spełnienie warunków udziału w niniejszym postępowaniu, przywrócenie wniosku Odwołującego jako spełniającego warunki postępowania i zakwalifikowania do dalszej części postępowania, obciążenie

Zamawiającego kosztami postępowania, zgodnie z wykazem kosztów przedstawionych podczas rozprawy.

Zamawiający wezwał Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 do: uzupełnienia dokumentów w zakresie wykazu osób wraz z wymaganymi danymi dotyczącymi ich kwalifikacji, doświadczenia i uprawnień w zakresie ochrony informacji niejawnych (opis warunku - sekcja III.2.3) pkt 2 ogłoszenia o zamówieniu).

W trybie art. 26 ust. 3 Zamawiający zażądał wyjaśnień Wykonawcy dotyczącego dokumentu złożonego na potwierdzenie spełnienia wiedzy i doświadczenia (wykaz nr 1 - wykonanych dostaw, poz. Nr 1). Wyjaśnienia powinny wykazać w jaki sposób wskazana dostawa spełnia warunek „rozproszonego systemu backup'u”.

Odwołujący w dniu 21 października uzupełnił wniosek przedkładając, zgodnie z żądaniem Zamawiającego wykaz osób nr 2, które będą uczestniczyć w realizacji zadania, wykaz nr 1 wykonanych dostaw wraz z referencjami i dokumenty związane z udostępnieniem zasobów podmiotów trzecich wraz z wyjaśnieniami dotyczącymi referencji 1 i 3 wskazując wyraźnie, że „pozycje 1/13 spełniają wymóg dotyczący rozproszonego systemu backup'u, ponieważ zastosowano redundancję.

Zamawiający wykluczył Odwołującego z postępowania.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający wykluczył go z postępowania pomimo, że jego wniosek spełniał wymagania postępowania, jako uzasadnienie swej decyzji wskazując, że dane osób przedstawionych przez Zamawiającego w sposób ogólny przedstawiają kwalifikację i doświadczenie osób wskazanych w poz. nr 2 i 3 wykazu i nie odnoszą się do żadnego konkretnego rozwiązania „programowego” ani sprzętowego. Odwołujący nie złożył wyjaśnień w jaki sposób wykazana dostawa spełnia warunek „rozproszonego systemu backup'u”.

Odwołujący nie zgodził się ze stanowiskiem Zamawiającego.

W jego ocenie, argumentacja Zamawiającego iż „dane osób przedstawiają ich kwalifikacje i doświadczenie w sposób ogólny, nie odnoszą się do żadnego konkretnego rozwiązania programowego ani sprzętowego” w odniesieniu do brzmienia wymogu z OZ dokonuje kategorię zawężenia cech jakimi w ocenie Zamawiającego winny charakteryzować się osoby uczestniczące w realizacji zamówienia, co wprost stanowi naruszenie art. 7 ust 1 PZP, gdyż stanowi to przejaw nierównego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia poprzez limitowanie kręgu wykonawców rzeczywiście mogących ubiegać się o

udzielenie zamówienia. Zamawiający nie opisał w Ogłoszeniu o przetargu, jak również nie uczynił tego w wezwaniu Odwołującego o jakie konkretnie informacje mu chodzi. Dopiero w uzasadnieniu wykluczenia wskazał, że chodziło mu o konkretne rozwiązanie programowe i sprzętowe. Niewątpliwie takie działanie Zamawiającego narusza zasadę równego traktowania wykonawców.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający nieprawidłowo zastosował tryb art. 26 ust 3 (uzupełnienie dokumentów, wyjaśnienia w przypadku gdy przedłożone dokumenty są niekompletne lub zawierają błędy) zamiast trybu przewidzianego art. 26.ust 4 (zwrócenie się o wyjaśnienia celem rozwiania wątpliwości).

W ocenie Odwołującego, nawet jeżeli przyjąć, że Zamawiający zastosował art. 26 ustęp 3 prawidłowo, to w żadnym wypadku nie można mówić o braku wyjaśnienia wątpliwości opisanych w wezwaniu Zamawiającego. Odwołujący wskazał, że przedstawił wyjaśnienia w piśmie z dnia 21.09.2016r. podnosząc, że „referencje opisane w pozycjach 1 i 3 spełniają wymóg dotyczący rozproszonego systemu backup'u, ponieważ zastosowano redundancję archiwizacji danych umiejscowionych w różnych lokalizacjach” czego żądał Zamawiający kierując wezwaniem o wyjaśnienia.

Jak dalej argumentował Odwołujący, Zamawiający zwracając się o wyjaśnienia nie podnosił wadliwości przedłożonych dokumentów czy ich braków, a jedynie ewidentnie miał wątpliwości co do jego treści, co winno skutkować zawezwaniem do wyjaśnień w trybie art. 26 ust 4, a dopiero potem powinien wezwać do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust 3. Nawet jeżeli Zamawiający zastosował tryb opisany w art. 26 ustęp 3, to w razie jego nie spełnienia przez Odwołującego (zdaniem Zamawiającego), zobowiązany był do wezwania do uzupełnienia prawidłowych dokumentów. Odwołujący bowiem nie miał możliwości domyślić się, o jakie konkretnie wyjaśnienia chodzi Zamawiającemu. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający uniemożliwił wykonawcy „sanowanie” jego oferty, co jest jego obowiązkiem wynikającym wprost z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Wykonawca na potwierdzenie spełnienia danego warunku udziału w postępowaniu, w sytuacji gdy zamawiający wzywa go do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 p.z.p., może przedłożyć konkretny brakujący dokument, który wskazuje w swoim wezwaniu zamawiający, a który będzie potwierdzał spełnianie warunku udziału w postępowaniu, ale może też uzupełnić inne dokumenty także potwierdzające spełnianie tego warunku, czy wykazać na potwierdzenie spełniania warunku wiedzy i doświadczenia całkiem nowe doświadczenie.

W świetle art. 26 ust. 3 p.z.p., Zamawiający powinien umożliwić wykonawcy uzupełnienie dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w pełnym

zakresie - nawet przez przedstawienie nowego wykazu dostaw zawierającego zupełnie inne realizacje.

W ocenie Odwołującego, nie jest także zasadna podstawa prawna wykluczenia Odwołującego. Naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 nie miało miejsca, ponieważ Zamawiający w rzeczywistości nie ustalił, czy Odwołujący spełnia warunki wskazane w ogłoszeniu, ponieważ nie zastosował obowiązku wynikającego z art. 26 ust. 3 ustawy pzp, wobec czego nie powinien był w ogóle dokonywać wykluczenia Odwołującego z przedmiotowego postępowania. W ocenie Odwołującego, zastosowanie art. 24b ust. 3 jest równie niewłaściwe, albowiem artykuł ten dotyczy wyłącznie nie złożenia wyjaśnień dotyczących przynależności do tej samej grupy kapitałowej, co w żadnym miejscu nie było przedmiotem żądania Zamawiającego.

Izba ustaliła, że brak jest podstaw do odrzucenia odwołania.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody Stron złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.**

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do wniesienia odwołania, zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający wymagał, aby Wykonawcy, w ramach potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu polegającego na dysponowaniu zespołem pracowników, przedstawili wykaz osób, które będą pełniły wskazane funkcje podczas realizacji zamówienia.

Zamawiający przedstawił wzór wykazu, a w treści ogłoszenia wskazał, że wymaga, aby Wykonawca dysponował:

- jedną osobą (inżynier przewidywanego do zaoferowania rozwiązania oprogramowania backup`owego), która posiada aktualne poświadczenie bezpieczeństwa osobowego uprawniające do dostępu do informacji niejawnych o klauzuli co najmniej tajne oraz doświadczenie polegające na pełnieniu funkcji inżyniera projektu w co najmniej 2 pracach w przeciągu ostatnich 3 lat dotyczących dostawy przedmiotowego oprogramowania backup`owego wraz z usługą odpowiadającą swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia,

- jedną osobą (inżynier Cisco CCIE w obszarze switching oraz routing), która posiada o najmniej 3 letnie doświadczenie w zakresie projektowania rozwiązań sieciowych, która będzie odpowiedzialna za integrację wdrożonego rozwiązania ze środowiskiem sieciowym Zamawiającego, opartym o urządzenia sieciowe firmy Cisco oraz aktualne poświadczenie bezpieczeństwa osobowego uprawniające do dostępu do informacji niejawnych o klauzuli co najmniej tajne.

Odwołujący nie załączył do wniosku wymaganego wykazu osób.

Zamawiający skierował do Wykonawcy pismo, w którym wskazał, że na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych wzywa Wykonawcę (konsorcjum) do uzupełnienia dokumentów. Zamawiający wskazał: „Wykonawca nie złączył do złożonego wniosku wykazu osób wraz z wymaganymi danymi dotyczącymi ich kwalifikacji doświadczenia i uprawnień w zakresie ochrony informacji niejawnych (opis warunku – sekcja III.2.3) pkt 2 ogłoszenia o zamówieniu.” Dalej Zamawiający wskazał: „Ponadto, w trybie wyżej przywołanego przepisu, zamawiający oczekuje wyjaśnień Wykonawcy dotyczących dokumentu złożonego na potwierdzenie spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia (wykaz nr 1 – wykonanych dostaw, poz. nr 1). Wyjaśnienia powinny wykazać, w jaki sposób wskazana dostawa spełnia warunek „rozproszonego systemu backup`u).”

Wykonawca przedstawił na wezwanie wypełniony wykaz osób. W wierszu 2 wypełnił wszystkie wymagane pola, w kolumnie pn. kwalifikacje, doświadczenie (proponowanego inżyniera oprogramowania backup`owego) wpisał: pełnił funkcję inżyniera projektu w 3 pracach w przeciągu ostatnich 3 lat dot. dostawy przedmiotowego oprogramowania backup`owego wraz z usługą odpowiadającą swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia. W wierszu 3 w kolumnie pn. kwalifikacje, doświadczenie (proponowanego inżyniera przewidywanego do zaoferowania rozwiązania sprzętowego) wpisał: pełnił funkcję inżyniera projektu w 3 kontraktach dotyczących dostawy sprzętu wraz z usługą odpowiadającą swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia.

Wykonawca załączył o wniosku wykaz zrealizowanych prac. W wykazie w wierszu nr 1 wpisał jako zrealizowaną pracę: „dostawa – „modernizacja i rozbudowa sieci teleinformatycznych dla potrzeb OHQ w kompleksie wojskowym w Krakowie – opracowanie dokumentacji projektowo – kosztorysowej oraz wykonanie robót (20/1/82/14).”

Wykonawca wyjaśnił na wezwanie Zamawiającego, że „referencje opisane w pozycjach 1 i 3 spełniają wymóg dotyczący rozproszonego systemu backup`u ponieważ zastosowano redundancję archiwizacji danych umiejscowionych w różnych lokalizacjach.”

Zamawiający wykluczył Wykonawcę z postępowania, jako podstawę prawną podając artykuł 24 ust. 2 pkt 4 w związku z zrt. 24b ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. W treści

uzasadnienia Zamawiający wskazał, że: „Konsorcjum w wyznaczonym terminie: 1) uzupełniło wykaz osób, które będą uczestniczyć w realizacji zamówienia, jednakże dane osób, wskazanych w poz. nr 2 i 3 wykazu, w sposób ogólny przedstawiają ich kwalifikacje i doświadczenie, nie odnoszą się do żadnego konkretnego rozwiązania programowego ani sprzętowego co było wymogiem ogłoszenia o zamówieniu (sekcja III.2.3) kwalifikacje techniczne, pkt 2 wyliczenie 2 „-jedną osobą (inżynier przewidywanego do zaoferowania rozwiązania oprogramowania backup`owego), która ...” oraz wyliczenie 3 „jedną (1) osobą - (inżynier przewidywanego do zaoferowania rozwiązania sprzętowego), która ....” Mając na uwadze kluczowe, dla realizacji zamówienia, znaczenie kwalifikacji osób, o których mowa wyżej, zamawiający nie może uznać za spełnienie warunku dysponowania przez wykonawcę osobami zdolnymi do wykonania zamówienia.

2) nie złożyło wyjaśnień w jaki sposób wykazana dostaw spełnia warunek „rozproszonego systemu backup`u, przedstawiając w zamian nowy wykaz wykonanych dostaw i usług, w którym w celu spełnienia warunku powołuje się na zasoby podmiotu trzeciego w zakresie udostępnienia wiedzy i doświadczenia. Konsorcjum składając w dniu 22.08. 2016 r. wniosek o dopuszczenie do udziału w przetargu ograniczonym nie powołało się na zasoby żadnego podmiotu trzeciego, dlatego też przedstawione zobowiązanie Monolit IT sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni (podmiot udostępniający zasoby) nie może zastąpić wymaganych wyjaśnień Konsorcjum. Uwzględniając powyższe, na dzień złożenia wniosku (22.08.2016 r.) Konsorcjum reprezentowane przez Elektrotim S.A. nie wykazało spełnienia warunku udziału w postępowaniu.”

W ocenie Izby zarzut dotyczący braku prawidłowego ustalenia, czy Wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu, zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Izby, Odwołujący trafnie podniósł, że Zamawiający w treści ogłoszenia (warunku) nie zawarł jednoznacznego wymagania podania przez wykonawcę informacji dotyczących konkretnego rozwiązania programowego czy sprzętowego. Brak tych informacji (w odniesieniu do osób proponowanych na stanowisko inżyniera w pozycji 2 i 3 wykazu osób), zgodnie z treścią informacji o wykluczeniu Wykonawcy z postępowania, stał się natomiast podstawą decyzji Zamawiającego o wykluczeniu wykonawcy z postępowania (z uwagi na brak spełnienia warunków w postępowaniu).

Zamawiający nie potrafił jednak wskazać ani też odpowiedzieć, z czego wynikała konieczność wpisania informacji dotyczących konkretnego rozwiązania programowego czy sprzętowego. Konieczność ta nie wynika ani z treści SIWZ, ani z treści samego wzoru tabeli. W ocenie Izby, nie było zadaniem Wykonawcy domyślanie się, jakich jeszcze informacji może oczekiwać Zamawiający, ponad to, co zostało wyrażone w treści warunku.



Zamawiający w trakcie rozprawy przyznał, że kierował do innych wykonawców pytania o informacje dotyczące konkretnego rozwiązania programowego czy sprzętowego – w sytuacji, gdy Wykonawcy ci załączyli do wniosku wypełniony wzór stanowiący wykaz osób. Przyznał także, że Wykonawcy w dużej części złożyli wnioski poprawnie. Powyższe oznacza, że jednak nie wszyscy wykonawcy zrozumieli, o jaki sposób wypełnienia wykazu chodziło Zamawiającemu. A to z kolei oznacza, że wbrew twierdzeniu Zamawiającego, z treści ogłoszenia oraz ze wzoru do wypełnienia nie wynikało, aby Wykonawcy byli zobowiązani wypełnić informacje dotyczące konkretnego rozwiązania programowego czy sprzętowego. Należy także wskazać, że Zamawiający wykluczył Odwołującego z uwagi na pozycje 2 i 3, zatem odnoszenie się w treści odpowiedzi na odwołanie do pozycji nr 1 jest bezpodstawne.

Jak wskazano powyżej, Zamawiający w treści uzasadnienia wykluczenia Odwołującego z postępowania wskazał, że Odwołujący nie złożył wyjaśnień, o które wnosił Zamawiający. Należy zauważyć, że wbrew twierdzeniu Zamawiającego, Wykonawca odpowiedział na wezwanie Zamawiającego, w treści złożonych wyjaśnień wskazując, że referencje opisane w pozycjach 1 i 3 spełniają wymóg dotyczący rozproszonego systemu backup`u, ponieważ zastosowano redundancję archiwizacji danych umiejscowionych w różnych lokalizacjach. Zatem uznanie Zamawiającego, że Wykonawca nie złożył wyjaśnień jest nieprawidłowe. Zamawiający, nie wyjaśniając Odwołującemu, w czym widzi niejasność, wykluczył go z postępowania. W ocenie Izby, w sytuacji, gdy Zamawiający uznał, że wyjaśnienia nie potwierdzają spełnienia warunku udziału w postępowaniu, powinien wskazać przesłanki takiego uznania. Winien podać pełną podstawę faktyczną, dlaczego wyjaśnienia nie są wystarczające, aby uznać, że Wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Zamawiający w pierwszej kolejności winien był ustalić spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie pierwotnie wykazywanej dostawy. W sytuacji braku potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu, Zamawiający powinien wezwać Wykonawcę do uzupełnienia dokumentów. Skoro Zamawiający tego nie uczynił, a Wykonawca sam uzupełnił dokumenty, to Zamawiający powinien ocenić te dokumenty.

Z tego względu Izba nakazała w treści sentencji wyroku powtórzenie czynności badania i oceny wniosku w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia (w zakresie tego warunku w szczególności ocenę złożonych przez Wykonawcę wyjaśnień).

Na marginesie Izba wskazuje, że Zamawiający nie miał podstawy uznać, że nie można uzupełnić wykazu zrealizowanych dostaw w oparciu o doświadczenie podmiotu trzeciego. Jest to dopuszczalna prawem forma wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Istotne jest także, że Zamawiający w ogóle nie odniósł się do oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu, również w odniesieniu do tej dostawy.

Należy także zauważyć że wskazana przez Zamawiającego podstawa wykluczenia Wykonawcy z postępowania z uwagi na złożenie informacji nieprawdziwych, nie została powołana w treści informacji o wykluczeniu Wykonawcy z postępowania. Została ona przytoczona przez Zamawiającego dopiero w treści odpowiedzi na odwołanie. Wykonawca w treści odwołania nie miał zatem możliwości odnieść się do tej podstawy, a co za tym idzie, zarzut taki nie stanowi w ogóle przedmiotu odwołania, a tym samym i rozprawy. W konsekwencji Izba nie mogła takich okoliczności objąć rozstrzygnięciem.

W ocenie Izby, trafny jest także zarzut podniesiony przez Odwołującego, iż nie jest zasadna podstawa prawna wykluczenia Odwołującego. Zamawiający w rzeczywistości nie ustalił, czy Odwołujący spełnia warunki wskazane w ogłoszeniu. Z powyższych względów Zamawiający winien powtórzyć czynności badania i oceny wniosku Odwołującego.

Izba podziela także stanowisko Odwołującego, zgodnie z którym zastosowanie art. 24b ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych jest niewłaściwe. Zamawiający nie wskazał w treści uzasadnienia wykluczenia Odwołującego z postępowania podstawy faktycznej dla zastosowania tego przepisu. Wskazany artykuł dotyczy wyłącznie nie złożenia wyjaśnień dotyczących przynależności do tej samej grupy kapitałowej, co nie było przedmiotem żądania Zamawiającego.

Izba uznała za spóźniony zarzut wskazany w petitum odwołania, dotyczący art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. W pierwszej kolejności należy zauważyć, że Odwołujący, poza przytoczeniem artykułu ustawy, nie wskazał żadnych okoliczności faktycznych uzasadniających zarzut. Tym samym, w ogóle nie można mówić o podniesieniu zarzutu. Zarzut tworzy bowiem nie tylko wskazanie naruszonego przepisu prawa, ale także wskazanie okoliczności faktycznych, które o takim naruszeniu świadczą. Po drugie, zarzut dotyczący sporządzenia przez Zamawiającego warunków w ogłoszeniu, jest zarzutem podniesionym po upływie 10-dniowego terminu przewidzianego na wniesienie odwołania.

Podobnie Izba uznała za bezpodstawny zarzut naruszenia art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Odwołujący, poza przytoczeniem artykułu ustawy, nie wskazał żadnych okoliczności faktycznych. Tym samym, w ogóle nie można mówić o podniesieniu zarzutu.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania. Na podstawie § 5 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) do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia.

**Przewodniczący:**

.....