

WYROK

z dnia 8 września 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Danuta Dziubińska

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 września 2020 r. odwołania, wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 sierpnia 2020 r. przez wykonawcę: **J. K.**, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: **J. K. „Hardsoft-Telekom”**, ul. Namysłowska 17/19, 60-166 Poznań w postępowaniu prowadzonym przez **Ośrodek Doskonalenia Nauczycieli w Poznaniu**, ul. Górecka 1, 60-201 Poznań,

orzeka:

- 1. Uwzględni odwołanie** i nakazuje Zamawiającemu: unieważnienie czynności unieważnienia postępowania, unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania, dokonanie czynności ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty złożonej przez Odwołującego;
- 2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego: Ośrodek Doskonalenia Nauczycieli w Poznaniu**, ul. Górecka 1, 60-201 Poznań, i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego wykonawcy: **J. K.**, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: **J. K. „Hardsoft-Telekom”**, ul. Namysłowska 17/19, 60-166 Poznań - kwotę 19 543 zł 57 gr (słownie: dziewiętnaście tysięcy pięćset czterdzieści trzy złote pięćdziesiąt siedem groszy), w tym kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy)

tytułem zwrotu uiszczanego wpisu od odwołania, kwotę 610 zł 90 gr (słownie: sześćset dziesięć złotych dziewięćdziesiąt groszy) i 264 zł 67 gr (dwieście sześćdziesiąt cztery złote sześćdziesiąt siedem groszy) tytułem zwrotu kosztów związanych z dojazdem na posiedzenie i rozprawę, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocników strony oraz kwotę 68 zł 00 gr (sześćdziesiąt osiem złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów opłaty skarbowej od pełnomocnictw.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U 2019 r., poz. 1843) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Poznaniu.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Ośrodek Doskonalenia Nauczycieli w Poznaniu (dalej: „Zamawiający”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843), zwanej dalej: „ustawa Pzp”, w trybie przetargu nieograniczonego na: *Dostarczanie laptopów, tabletów wraz z systemami operacyjnymi w ramach projektu: „Cyfrowa Szkoła Wielkopolsk@2020”*, numer referencyjny: ODN-KG.IV.3210/12/2020. Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 10 czerwca 2020 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 29 kwietnia 2020 r., nr ogłoszenia: 2020/S 084-198393.

W dniu 13 sierpnia 2020 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców o wykluczeniu z postępowania i uznaniu za odrzuconą oferty złożonej przez wykonawcę J. K., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: J. K. „Hardsoft - Telekom” w Poznaniu oraz unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Wobec tych czynności ww. wykonawca (dalej: „Odwołujący”) w dniu 24 sierpnia 2020 r. w dniu 24 sierpnia 2020 r. wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne wykluczenie Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp z uwagi na niespełnienie warunków udziału w postępowaniu określonych w pkt VI.3.1.1. SIWZ w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, podczas gdy nie zaistniały przesłanki do wykluczenia Wykonawcy na tej podstawie,
- 2) art. 24 ust. 4 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne uznanie oferty Odwołującego za odrzuconą jako oferty wykonawcy podlegającego wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp z uwagi na niespełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, gdy nie zaistniała przesłanka do wykluczenia,
- 3) art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne unieważnienie postępowania na tej podstawie, podczas gdy nie zaistniały ku temu przesłanki, ewentualnie:
- 4) art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących rozbieżności w treści wykazu dostaw oraz dowodów, że wskazane przez wykonawcę dostawy na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w

postępowaniu w zakresie doświadczenia spełniają warunki określone przez Zamawiającego w SIWZ,

- 5) art. 26 ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących rozbieżności w treści wykazu dostaw oraz dowodów, że wskazane przez wykonawcę dostawy na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia spełniają warunki określone przez Zamawiającego w SIWZ

Wskazując na powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności unieważnienia postępowania;
- unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania oraz uznania oferty Odwołującego za odrzuconą;
- dokonania ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty złożonej przez Odwołującego oraz przeprowadzenia wszystkich czynności niezbędnych do wyboru najkorzystniejszej oferty, w tym ewentualnego wezwania Odwołującego do wyjaśnień na podstawie art. 26 ust 3 ustawy Pzp ewentualnie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał m.in., że Zamawiający w dniu 16 lipca 2020 r. wezwał go w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia następujących dokumentów:

- wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, dostaw w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów na rzecz których dostawy zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te dostawy zostały wykonane lub są wykonywane należycie, na potwierdzenie spełniania warunku, o którym mowa w punkcie VI.3.1. SIWZ; oraz
- aktualnego na dzień złożenia odpisu z właściwego rejestru lub z centralnej ewidencji i informacji o działalności gospodarczej, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do rejestru lub ewidencji, w celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 5 pkt. 1 ustawy.

W odpowiedzi Odwołujący złożył wykaz dostaw, zawierający trzy dostawy zgodne z opisanym w SIWZ warunkiem, na potwierdzenie dwóch wskazanych w wykazie dostaw załączył referencje wystawione przez podmioty, na rzecz których były realizowane. W zakresie trzeciej wskazanej w wykazie dostawy, realizowanej na rzecz Państwowego

Gospodarstwa Wodnego Wody Polskie - Krajowy Zarząd Gospodarki Wodnej, Odwołujący załączył kopie elektronicznie wystawionych faktur wraz z pismem przewodnim.

W zakresie trzeciej wskazanej w wykazie dostawy Zamawiający nie uznał złożonych dokumentów za wystarczające i w trybie art. 26 ust 3 ustawy Pzp wezwał Odwołującego w dniu 4 sierpnia 2020 r. do złożenia dowodów określających, czy te dostawy zostały wykonane lub są wykonywane należycie. W odpowiedzi na wezwanie Odwołujący złożył w dniu 10 sierpnia 2020 r. protokoły odbioru wraz z przypisanymi do nich fakturami oraz pismem przewodnim prezentującym jego stanowisko.

Następnie Odwołujący przytoczył pkt VI.3.1.1 SIWZ zawierający określenie warunku udziału w postępowaniu oraz § 2 ust. 4 pkt 2 Rozporządzenia, oraz stwierdził, że w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający może żądać, w przypadku dostaw, wykazu dostaw wraz z dowodami, że zostały zrealizowane należycie. Przy czym za dowody uznaje się m.in. referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego dostawy były wykonywane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane. Ze złożonego przez niego wykazu dostaw wynikało, że zrealizował trzy dostawy zgodnie z treścią warunku udziału w postępowaniu. Sporna dostawa, wskazana w wykazie, została zrealizowana dla Państwowego Gospodarstwa Wodnego Wody Polskie - Krajowy Zarząd Gospodarki Wodnej. Na wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp Odwołujący przedłożył faktury, potwierdzające, że dla tego Zamawiającego dokonał dostaw na kwotę ponad miliona złotych i pieniądze te zostały mu wypłacone. Na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp Odwołujący przedłożył jeszcze protokoły odbiorów, potwierdzające, że dostawy te odbywały się bez uwag.

Na poparcie swojego stanowiska Odwołujący przywołał wyroki Izby z dnia 25 maja 2020 r sygn. akt KIO 457/20, z dnia 30 marca 2018 r. sygn. akt KIO 497/18, z dnia 28 czerwca 2018 r. sygn. akt KIO 1152/18, z dnia 10 maja 2019 r. sygn. akt KIO 760/19, z dnia 10 września 2018 r. sygn. akt KIO 1728/18.

Odwołujący zaznaczył, że wykazał, że spełnia warunek udziału w postępowaniu określony przez Zamawiającego, ponieważ z przedłożonych Zamawiającemu dokumentów wynika, że wykonał trzy dostawy na ponad milion złotych brutto każda. Co powinno skutkować uznaniem, że nie podlega wykluczeniu, a w konsekwencji dokonaniu wyboru złożonej przez niego oferty, jako oferty najkorzystniejszej. Istotą stawiania warunków udziału w postępowaniu przez Zamawiających jest ocena zdolności wykonawcy do prawidłowego (należytego) wykonania zamówienia publicznego, tego czy potrafi wykonać zamówienie pod

kątem organizacyjnym, administracyjnym czy technicznym. Wybierając wykonawcę Zamawiający chce mieć pewność, że jest to podmiot, który należycie wykona zlecony mu przedmiot. Jest to w pełni uzasadnione. Niemniej, Zamawiający nie może swobodnie, w oderwaniu od przepisów i stanu faktycznego, posługiwać się przesłankami wykluczenia z postępowania.

Dostawa realizowana przez Odwołującego dla Państwowego Gospodarstwa Wodnego Wody Polskie - Krajowy Zarząd Gospodarki Wodnej miała charakter jednorodny. Swym zakresem obejmowała dostawę wskazanego w zleceniu sprzętu komputerowego. Stąd też, w celu potwierdzenia należytego wykonania dostaw wystarczające jest, w tym stanie faktycznym, przedstawienie protokołów odbioru wraz z fakturami, które stanowią jakąś część umowy wskazanej w wykazie. Potwierdzone bowiem zostało, że Odwołujący posiada wymagane przez Zamawiającego doświadczenie (czyli wykonanie trzech dostaw na minimum milion złotych brutto każda), w konsekwencji czego posiada zdolność (techniczną organizacyjną) do należytego wykonania przedmiotu zamówienia. Niezasadne jest wykluczenie Odwołującego wyłącznie na tej podstawie, że przedłożone protokoły swoim zakresem nie obejmują całej umowy. Z ich treści bowiem nie wynikało, że w pozostałym zakresie umowa nie została należycie zrealizowana, a Zamawiający nie miał podstaw do powzięcia wątpliwości co do należytej realizacji umowy. Rozbieżność w treści wykazu dostaw i protokołów, jeżeli budziła wątpliwości Zamawiającego, powinna być przedmiotem wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp ewentualnie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. Zamawiający nie był uprawniony do wykluczenia Odwołującego z postępowania na tej podstawie, że nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, ponieważ ze złożonych w toku postępowania dokumentów jasno wynikało, że spełnia postawione przez Zamawiającego warunki.

Uzasadniając zarzut naruszenie przez Zamawiającego art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, Odwołujący przytoczył ten przepis i stwierdził, że nie wystąpiła wymieniona w nim przesłanka unieważnienia postępowania, bowiem złożona przez niego oferta była najkorzystniejsza, a cena oferty nie przewyższała kwoty, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Odwołujący nie podlegał wykluczeniu, w związku z czym nie zaistniała przesłanka unieważnienia postępowania wskazana przez Zamawiającego.

W uzasadnieniu zarzutów ewentualnych Odwołujący przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 7 lipca 2020 r. sygn. akt KIO 726/20 oraz z dnia 27 listopada 2019 r. sygn. akt KIO 2285/19 i wskazał m.in., że sankcja wykluczenia wykonawcy z postępowania jest na tyle surowa, że Zamawiający przed jej zastosowaniem powinien wyczerpać wszystkie przewidziane prawem środki umożliwiające mu wyjaśnienie treści składanych dokumentów przez wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia. Jeśli Zamawiający powziął

wątpliwość co do treści dokumentów przedłożonych mu przez Odwołującego, winien wezwać go w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do poprawienia złożonego wykazu bądź udzielenia w tym zakresie wyjaśnień. Zgodnie z treścią przywołanego przepisu Zamawiający ma obowiązek wezwania wykonawców do złożenia, uzupełnienia lub poprawienia dokumentów bądź do udzielenia wyjaśnień w zakresie ich treści. Obowiązek ten aktualizuje się w momencie, w którym wykonawca nie złożył dokumentów potwierdzających brak podstaw wykluczenia, spełnianie warunków udziału w postępowaniu bądź innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, bądź dokumenty te są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez Zamawiającego wątpliwości. Jeżeli rozbieżność wynikająca z treści wykazu oraz złożonych do niego dokumentów jest okolicznością, która budziła wątpliwości Zamawiającego winien on, przed wykluczeniem, wezwać Odwołującego do złożenia w tym zakresie wyjaśnień. To czy zaistniała przesłanka wykluczenia nie powinno być przez Zamawiającego domniemywane. Nie można uznać, że Zamawiający wyczerpał możliwość skorzystania z art. 26 ust. 3 ustawy Pp w stosunku do Odwołującego. Wezwanie, które Zamawiający skierował do Odwołującego wyraźnie wskazywało, że uzupełnieniu mają podlegać dokumenty potwierdzające należyte wykonanie. Zamawiający w ogóle nie podniósł kwestii rozbieżności wynikającej z treści wykazu i złożonych w odpowiedzi na pierwsze wezwanie faktur. Z ostrożności procesowej Odwołujący wskazał również na art. 26 ust. 4 ustawy Pzp i stwierdził, że jeżeli treść złożonych przez Odwołującego dokumentów budziła wątpliwości Zamawiającego zobowiązany był on do wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w tym zakresie. Zastosowanie art. 26 ust 4 ustawy Pzp nie jest uprawnieniem Zamawiającego, a jego obowiązkiem.

Pismem z dnia 6 września 2020 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie.

Uzasadniając swoje stanowisko zamawiający podał m.in., że jedynym zagadnieniem spornym w przedmiotowej sprawie jest ustalenie czy Odwołujący spełnił warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej wskazane w punkcie VI.3.1.1. SIWZ. Zamawiający podał, że Odwołujący złożył wykaz trzech dostaw w tym dostawę na rzecz podmiotu Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie - Krajowy Zarząd Gospodarki Wodnej na kwotę 3.304.173,00 zł. Do wykazu wykonawca załączył oświadczenie z 27.7.2020 r. w którym oświadczył że grudniu 2018 r. dostarczył 574 szt. komputerów PC wraz z monitorami na kwotę 3.304.173,00 zł brutto. W oświadczeniu tym Odwołujący wskazał że dostawa została zrealizowana zgodnie z warunkami umowy i w terminie oraz że wystąpił do odbiorcy o referencje, jednak ze względu na jego ograniczone funkcjonowanie związane z covid-19 nie zostały one jeszcze Odwołującemu wydane. Jako dowód wykonania

dostawy Odwołujący dołączył 23 faktury na łączną wartość 3.304.173,60 zł. Faktury były niepodpisane. Odwołujący twierdził że są to faktury elektroniczne. nie przedstawił dowodu zapłaty tych faktur.

Pismem z dnia 4 sierpnia.2020 r. Zamawiający wezwał Odwołującego w trybie art. 26 ust 3 ustawy Pzp do uzupełniania dokumentów o jakich mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp w postaci wykazu wykonanych dostaw, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy dostawy te zostały wykonane lub są wykonywane należycie. Zamawiający wskazał że w zakresie dostawy na rzecz Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie - Krajowy Zarząd Gospodarki Wodnej jako dowód wykonania dostawy wykonawca załączył jedynie kopie elektronicznych faktur, których Zamawiający nie może uznać jako dowód należytej realizacji dostawy. Jednocześnie Zamawiający wskazał że w postępowaniu w roku 2020 Covid-19 nie może być usprawiedliwieniem braku referencji odnośnie dostawy realizowanej w 2018 roku. W odpowiedzi z dnia 10.08.2020 Odwołujący przedstawił protokoły odbioru do jakich załączył 11 faktur spośród przedstawionych poprzednio Zamawiającemu. W protokołach nie była podana wartość urządzeń tylko ich rodzaj i ilość. Odwołujący nie przedstawił protokołów odbioru dotyczącego pozostałych 12 faktur, jakie przedstawił wcześniej Zamawiającemu na potwierdzenie realizacji dostawy, wskazanej w pozycji 3 wykazu dostaw. Odwołujący nie przedstawił też nowego wykazu dostaw, ani go nie skorygował, poprzez zmianę wartości kontraktu realizowanego na rzecz Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie - Krajowy Zarząd Gospodarki. Tym samym Zamawiający w zakresie wskazanej usługi dysponował jedynie pisemną informacją że kontrakt na dostawę zrealizowany został w grudniu 2018 r., jego łączna wartość wynosiła 3.304.173,60 zł, a na potwierdzenie należytego wykonania tego kontraktu wykonawca przedstawił protokoły dotyczące tylko części tego kontraktu. Odwołujący wykazał poprzez protokoły odbiorów odnoszące się jedynie do części kontraktu należyte wykonanie tej części kontraktu, podczas gdy był obowiązany wykazać należyte wykonanie całości kontraktu. Faktury sprzedaży bez dowodu ich zapłaty lub chociażby oświadczenia odbiorcy o całościowym uregulowaniu należności za dostawę nie są dowodem należytego wykonania dostawy, ani tego nie uprawdopodobniają. Same faktury są tylko i wyłącznie dowodem ich wystawienia. Nie są nawet dowodem że faktury te zostały przyjęte przez odbiorcę dostawy i zaakceptowane przez niego pod względem rachunkowo – podatkowym.

Zamawiający podał, że nie wyzywał Odwołującego do wyjaśnień, bowiem jego zdaniem, nie było ku temu podstaw. Przedstawione dokumenty były jednoznaczne i nie budziły żadnych wątpliwości interpretacyjnych. Po drugim wezwaniu Odwołujący mógł przedstawić nowy wykaz dostaw, ale nie uczynił tego, a tylko dostał protokoły dotyczące tylko części

kontraktu, jaki przedstawił na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, odnoszące się jedynie do części faktur uprzednio przedłożonych Zamawiającemu. W ocenie Zamawiającego skoro Odwołujący przedstawił w wykazie umowę za ponad 3 mln zł to na taką kwotę, powinien wykazać jej należyte wykonanie. Zamawiający nie wie czy cały kontrakt został zrealizowany należycie. Skoro wykonawca ubiegający się o tak duże zamówienie jak w niniejszej sprawie, nie przedstawia wszystkich protokołów odbioru, nie przedstawia referencji, nie przedstawia dowodu zapłaty na cały dostarczony zgodnie z kontraktem towar, to może oznaczać że cała umowa nie została wykonana należycie. To ubiegający się o zamówienie ma wykazać należyte zrealizowanie umów jakie wskazał w wykazie, a przedstawienie tylko części protokołów odbioru tego nie wykazuje. Żadne wyjaśnienia w tej sprawie wobec przedstawionych dokumentów nie mogły zmienić oceny Zamawiającego w zakresie wykazania należytego zrealizowania kontraktu na rzecz Wód Polskich.

Izba dopuściła w poczet dowodów dokumentację postępowania przedłożoną przez Zamawiającego oraz dowody złożone na rozprawie przez Odwołującego w postaci 12 faktur wraz z protokołami odbioru i dowodami zapłaty oraz potwierdzeniami zapłaty pozostałych 11 faktur, złożonych Zamawiającemu na wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie odwołanie, uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska Stron, a także zgromadzone dowody, ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie nie zawiera braków formalnych. Wpis w prawidłowej wysokości został wniesiony w ustawowym terminie. Nie wystąpiła podstawa odrzucenia odwołania, o których mowa w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Wykazując swoje uprawnienie do skorzystania ze środków ochrony prawnej Odwołujący wskazał m.in. że w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp poniósł szkodę. Gdyby Zamawiający postąpił zgodnie z przepisami ustawy Pzp, to dokonałby wszystkich wskazanych powyżej zaniechanych czynności, natomiast nie dokonałby wskazanych powyżej czynności niezgodnych z przepisami ustawy. W konsekwencji, zgodnie z określonymi w SIWZ kryteriami oceny ofert, oferta Odwołującego zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza. Odwołujący, wbrew błędnemu stanowisku Zamawiającego nie podlegał wykluczeniu z postępowania, wykazał bowiem spełnianie postawionych przez Zamawiającego warunków udziału w postępowaniu. W związku z czym, oferta Odwołującego nie podlegała odrzuceniu. Poprzez zaniechanie i dokonanie powyższych czynności Zamawiający doprowadził zatem do sytuacji, w której Odwołujący utracił szansę na uzyskanie zamówienia oraz na osiągnięcie zysku, który planował osiągnąć w wyniku realizacji zamówienia.

W ocenie Izby Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do skorzystania w przedmiotowym postępowaniu ze środków ochrony prawnej. Została wypełniona materialnoprawna przesłanka, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący jest zainteresowany pozyskaniem zamówienia, i w tym celu złożył ofertę. W przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania, mógłby liczyć na udzielenie zamówienia i osiągnięcie zakładanych korzyści.

Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest dostawa komputerów typu A w ilości 8 325 sztuk (osiem tysięcy trzysta dwadzieścia pięć sztuk), komputerów typu B w ilości 333 sztuk (trzysta trzydzieści trzy sztuki) oraz komputerów typu C w ilości 5 sztuk (pięć sztuk) wraz z zainstalowanymi programami operacyjnymi.

Stosownie do postanowień rozdziału VI pkt 3.1.1. SIWZ dla spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, wykonawca był obowiązany wykazać, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał należycie, a w przypadku świadczeń okresowych lub o charakterze ciągłym również wykonuje należycie, co najmniej 3 dostawy sprzętu informatycznego o wartości co najmniej 1 000 000,00 zł brutto każda.

Na potwierdzenie spełnienia tego warunku, stosownie do pkt 4.1. lit. b tego rozdziału SIWZ, wykonawcy byli obowiązani złożyć wykaz wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, dostaw w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów na rzecz których dostawy zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te dostawy zostały wykonane lub są wykonywane należycie – zgodnie z Załącznikiem nr 5 do SIWZ (składany na wezwanie Zamawiającego – będzie obligowało wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona).

Na wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp Odwołujący złożył wykaz dostaw zawierający 3 dostawy, każda o wartości przekraczającej 1.000. 000,00 zł brutto. Dwie pierwsze pozycje wykazu nie budziły zastrzeżeń Zamawiającego. W trzeciej pozycji została wskazana dostawa 574 komputerów o wartości 3 304 173,00 zł na rzecz Państwowego Gospodarstwa Wody Polskie – Krajowy Zarząd Gospodarki Wodnej, wykonana w okresie od 3 do 31 grudnia 2018 r. Do wykazu zostały załączone 23 faktury wystawione elektronicznie, na których widniała adnotacja: „zapłacono”.

Pismem z dnia 4 sierpnia 2020 r. Zamawiający wezwał Odwołującego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, w postaci wykazu dostaw, wskazując odnośne przepisy SIWZ oraz, że dowodami mogą być referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego dostawy zostały wykonane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane oświadczenie wykonawcy - jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze Wykonawca nie jest w stanie uzyskać dokumentów, o których mowa powyżej. W wykonaniu wezwania Odwołujący złożył 11 faktur spośród faktur złożonych wraz z wykazem dostaw, wraz z protokołami odbioru na wartość przekraczającą 1 000 000,00 zł.

Pismem z dnia 13 sierpnia 2020 r. Zamawiający powiadomił o unieważnieniu postępowania i wykluczeniu Odwołującego z postępowania wskazując jako uzasadnienie:

„ (...) na potwierdzenie należytej realizacji dostawy z pozycji 3 wykazu załączył częściowe protokoły odbioru wraz z przyporządkowanymi do nich kopiami elektroniczne wystawionych faktur. Z uwagi na fakt, że przedłożone protokoły dotyczyły jedynie części dostawy wskazanej w pozycji 3 wykazu, Zamawiający, zgodnie z dyspozycją art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp wykluczył przedmiotowego Wykonawcę z udziału w postępowaniu oraz uznał jego ofertę za odrzuconą w myśl art. 24 ust. 4 ustawy Pzp.”

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega uwzględnieniu. Potwierdziły się bowiem zarzuty odwołania.

Stosownie do art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp z *postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia.*

Na wstępie zauważenia wymaga, iż zasadność czynności wykluczenia wykonawcy z postępowania oraz odrzucenia oferty wykonawcy podlega ocenie Izby w kontekście okoliczności faktycznych i prawnych przedstawionych przez zamawiającego w uzasadnieniu tych czynności.

Jak wynika z zawiadomienia o wykluczeniu Odwołującego z postępowania, podstawą decyzji Zamawiającego była okoliczność, że Wykonawca ten w odniesieniu do ww. trzeciej pozycji z wykazu dostaw, wykazał należyte wykonanie dostaw jedynie na część kwoty wskazanej w wykazie, mimo, iż nie jest sporne, że jest to kwota przewyższająca 1 000 000,00 zł, a więc wielkość określoną przez Zamawiającego w warunku udziału w postępowaniu, jak również nie jest sporne, że faktury z adnotacją „zapłacono”, przedłożone

wraz z protokołami odbioru potwierdzają należyte wykonanie dostaw na kwotę określoną w SIWZ.

Zauważenia wymaga, iż zarówno Zamawiający, jak i wykonawcy są związani treścią SIWZ, a ta nie wskazywała, aby dostawy wskazane na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, były wykonane w ramach jednej lub więcej umów, nie wskazywała również, że w przypadku, gdy umowa w ramach której były realizowane dostawy wskazane w wykazie, dotyczyła dostaw na wyższą kwotę, niż wymagana na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, wykonawca był obowiązany przedstawić dowód należytego wykonania dostaw na całą wielkość tej umowy, a nie tylko na kwotę określoną w warunku udziału.

Po otwarciu ofert nie jest możliwa zmiana SIWZ, w tym Zamawiający nie może zmieniać warunków udziału w postępowaniu określonych w SIWZ. Tymczasem w analizowanej sprawie Zamawiający, w uzasadnieniu wykluczenia Odwołującego z postępowania dał wyraz takiej zmianie warunku udziału w postępowaniu po otwarciu ofert.

Nie jest sporne, że na dostawy wskazane w spornej pozycji wykazu dostaw Odwołujący przedłożył dowody w postaci faktur zawierających adnotację „zapłacono” oraz protokoły odbioru, których Zamawiający nie kwestionował, a na rozprawie przyznał, że protokoły odbioru mogą służyć na potwierdzenie należytego wykonania dostaw.

Dokumentem potwierdzającym spełnienie warunku w zakresie przedmiotowym jest wykaz robót, natomiast referencje lub inne dokumenty składane wraz z wykazem dostaw służą potwierdzeniu należytego wykonania przedmiotu zamówienia. Odmienny jest zatem charakter tych dokumentów. Przy ich ocenie należy brać pod uwagę treść SIWZ zawierającą określenie warunku udziału w postępowaniu, którego celem jest dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawców dających rękojmię jego należytego wykonania. Określając wymagany minimalny poziom zdolności wykonawców, Zamawiający wartość każdej z trzech wymaganych dostaw odniósł do kwoty 1 000 000,00 zł brutto, a nie do kwot określonych w umowach.

W ocenie Izby, skoro Odwołujący wykazał, składając na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp wykaz dostaw, zawierający 3 dostawy, z których każda przekracza wartość 1 000 000,00 zł, przy czym dwie pierwsze nie budziły zastrzeżeń Zamawiającego, a następnie na wezwanie Zamawiającego, wystosowane w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, odnoszące się do trzeciej pozycji z wykazu dostaw, przedłożył faktury z adnotacją „zapłacono” oraz protokoły odbioru na wartość określoną w warunku udziału w postępowaniu, to wykazał, należyte wykonanie także tych dostaw. Oznacza, że Odwołujący wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia określonego

w SIWZ. Wykluczając Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, Zamawiający zatem naruszył ten przepis.

Izba nie podziela stanowiska Zamawiającego, że Odwołujący na wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, mógł np. zmniejszyć kwotę podaną w pozycji 3 wykazu dostaw i przedłożyć tak zmieniony wykaz. Jak wyżej zaznaczono, SIWZ nie odnosiła dostaw do umowy, zatem w okolicznościach analizowanej sprawy podana w wykazie dostaw wartość umowy, znacznie przewyższająca kwotę określoną w warunku udziału w postępowaniu, nie może być uznawana za przeszkodę do uznania spełnienia tego warunku w sytuacji, gdy zostało wykazane należyte wykonanie dostaw na kwotę tego warunku.

Zgodnie z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp *ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą.*

Wykluczenie wykonawcy z postępowania z mocy ustawy rodzi skutek z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, tj. uznania oferty takiego podmiotu za odrzuconą. Skutek ten powstaje *ex lege* i nie wymaga podejmowania przez zamawiającego jakichkolwiek czynności.

Stosownie do art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp *zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty.*

Nie jest sporne pomiędzy stronami, że oferta Odwołującego zawiera cenę, która nie przekracza kwoty którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinalizowanie zamówienia. W związku z tym, że w sprawie zostało wykazane, że nie wystąpiła podstawa do wykluczenia tego wykonawcy z postępowania, podana przez Zamawiającego w zawiadomieniu o wykluczeniu oraz o unieważnieniu postępowania, a w konsekwencji oferta tego wykonawcy powinna podlegać ocenie pod względem kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ, co nie nastąpiło, należy uznać, że nie wystąpiła przesłanka unieważnienia postępowania wymieniona w art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Stosownie do art. 192 ust. 2 *Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.* W ocenie Izby w sprawie zostało wykazane, że wystąpiło naruszenie przepisów ustawy Pzp, które miało istotny wpływ na wynik postępowania.

Z tych względów na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r.

poz. 972). Izba uwzględniła wniosek Odwołującego o zasądzenie na jego rzecz od Zamawiającego zwrotu uzasadnionych kosztów postępowania w kwocie 19 543,57 zł, na które składają się: kwota 15 000,00 zł tytułem zwrotu uiszczanego wpisu od odwołania, koszty związane z dojazdem na posiedzenie i rozprawę tj. kwota dojazdu w wysokości 610,90 zł 90 i kwota noclegu w wysokości 264,67 zł, kwota 3 600,00 zł tytułem wynagrodzenia pełnomocników strony oraz kwota opłat skarbowych od pełnomocnictw w wysokości 68,00 zł.

Przewodniczący: