

Sygn. akt: KIO 2454/15

WYROK
z dnia 25 listopada 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Joanna Borowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 listopada 2015 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 listopada 2015 r. przez Odwołującego **Foxytech Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Świdnicy przy ul. Wokulskiego 11, 58-100 Świdnica

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Tauron Dystrybucja Spółka Akcyjna** z siedzibą w Krakowie przy ul. Jasnogórskiej 11, 31-358 Kraków

przy udziale

wykonawcy **Apator Spółka Akcyjna** z siedzibą w Toruniu przy ul. Gdańskiej 4a lok. C4 (87-100 Toruń) zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

- 1 Uwzględnia odwołanie, nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności podjętych na część 1 zamówienia w dniu 29.10.2015 r., polegających na wykluczeniu z postępowania wykonawcy Foxytech Sp. z o.o. oraz wyborze oferty najkorzystniejszej i nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert na tą część.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego – Tauron Dystrybucja S.A. z/s w Krakowie i**
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego Foxytech Sp. z o.o. z/s w Świdnicy tytułem wpisu od odwołania;**

2.2 zasądza od Zamawiającego – Tauron Dystrybucja S.A. z/s w Krakowie na rzecz Odwołującego Foxytech Sp. z o.o. z/s w Świdnicy kwotę **18.600 zł 00 gr.** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych, zero groszy), tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych w związku z wpisem od odwołania oraz wynagrodzeniem pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Tauron Dystrybucja S.A., w trybie przetargu nieograniczonego na *dostawę statycznych bezpośrednich 1- fazowych i 3- fazowych liczników energii elektrycznej* (nr postępowania: 2015/TD-CN/TD-CN/02318/L), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich w dniu 20.06.2015 r., 2015/S 118-215919, wobec czynności badania i oceny ofert złożonych na część 1 zamówienia, w tym wykluczenia z postępowania Foxytech Sp. z o.o. i wyboru oferty najkorzystniejszej, w dniu 9 listopada 2015 r. zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wykonawcy wykluczonego z postępowania - Foxytech Sp. z o.o. (sygn. akt KIO 2454/15).

Informację o czynności stanowiącej podstawę odwołania Zamawiający przekazał Odwołującemu w dniu 29.10.2015 r. faksem (zawiadomienie z dnia 29.10.2015 r. o wyborze oferty najkorzystniejszej i wykluczeniu Odwołującego).

Do postępowania odwoławczego przystąpił w dniu 13 listopada 2015 r. po stronie Zamawiającego wykonawca Apator S.A.

Odwołujący zarzuci Zamawiającemu podjęcie lub zaniechanie czynności prowadzące do naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych:

1. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 1, 2, 3 poprzez odrzucenie oferty zgodnej z ustawą i treścią siwz i niezachowanie zasad uczciwej konkurencji;
2. naruszenie art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
3. naruszenie art. 2 pkt 5 oraz art. 91 ust. 1 poprzez nie wybranie najkorzystniejszej oferty;
4. naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w ten sposób, że przygotowanie i przeprowadzenie postępowania powoduje niezachowanie zasad uczciwej konkurencji oraz nierówne traktowanie wykonawców;
5. naruszenie art. 26 ust. 3 w związku z art. 25 ust. 1 poprzez wezwanie wykonawcy do uzupełnienia dokumentów, które nie podlegają uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3;
6. naruszenie art. 87 ust. 3 pkt 1 i 3 poprzez nie poprawienie oczywistej omyłki pisarskiej;
7. naruszenie art. 26 ust. 4 poprzez nie wezwanie Odwołującego do złożenia wyjaśnień;
8. naruszenie art. 24 ust. 4 pkt 4 poprzez odrzucenie oferty pomimo nie wezwania do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4.

Zamawiający pismem z dnia 21.10.2015 r. wezwał Odwołującego na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy do złożenia wyjaśnień, pozostawiając wykonawcy decyzję, czy przedstawione wyjaśnienia będą wystarczające dla Zamawiającego. Jednocześnie w wezwaniu wskazał, iż w przypadku, gdy wykonawca dojdzie do przekonania, iż nie spełnia warunku wskazanego

w siwz może przedłożyć dokumenty w trybie art. 26 ust. 3 ustawy. Na marginesie Odwołujący wskazał, iż obowiązkiem Zamawiającego było sprostowanie na podstawie art. 87 ust. 3 ustawy, oczywistej omyłki pisarskiej.

Zdaniem Odwołującego, kwestia, która zdaniem Zamawiającego podlegała wyjaśnieniom mogła zostać sprostowana w trybie art. 87 ust. 3 ustawy. Przy czym wymaga podkreślenia fakt, iż w stosunku do pozostałych wykonawców Zamawiający zastosował zupełnie inną procedurę, nie tylko wezwał najpierw do wyjaśnień, a następnie do przedłożenia dokumentów. W odniesieniu do jednego z wykonawców Zamawiający spełnił obowiązek z art. 87 ust. 3 ustawy. Wobec powyższego, wezwanie w jednym piśmie do złożenia wyjaśnień i przedłożenia dokumentów wydaje się naruszające zasadę równości uczestników postępowania, a Odwołujący najpierw powinien być wezwany do złożenia wyjaśnień, a w razie dalszych wątpliwości wezwany do złożenia dokumentów.

W dniu 29.10.2015 r. Zamawiający poinformował wykonawców uczestniczących w przetargu o wyborze oferty Apator S.A oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego.

Zdaniem Odwołującego odrzucenie jego oferty było bezzasadne z szeregu wskazanych poniżej przyczyn.

1. Naruszenia art. 87 z w zw. z art. 26 ust. 3 Ustawy, o czym świadczyć ma przerzucenie na wykonawcę ciężaru oceny referencji wystawionych przez podmiot z Uzbekistanu i podjęcie decyzji co do ich prawidłowości, co prowadziło do niedopuszczalnych negocjacji między zamawiającym, a wykonawcą. Zakazu negocjacji nie można utożsamiać z zakazem posłużenia się wyjaśnieniami złożonymi w trybie art. 87 ust. 1, jako źródłem wiedzy Zamawiającego, niezbędnej do prawidłowego dokonania czynności określonych w art. 87 ust. 2 ustawy. Zakazanymi negocjacjami z pewnością w niniejszej sprawie nie byłoby wskazanie w wezwaniu zakresu oraz sposobu wyjaśnienia, a następnie po ich otrzymaniu dokonanie w trybie art. 87 ust. 2 Ustawy sprostowania oczywistej omyłki pisarskiej, lub też wykorzystanie trybu z art. 26 ust. 4 i wezwanie do uzupełnienia dokumentów. Odrzuceniu podlega wyłącznie oferta, której treść jest niezgodna z siwz w sposób zasadniczy i nieusuwalny, gdyż obowiązkiem Zamawiającego jest poprawienie w złożonej ofercie niezgodności z siwz niemających istotnego charakteru.

2. Naruszenia art. 26 ust. 4 Ustawy poprzez nie wezwanie Odwołującego do złożenia wyjaśnień oraz naruszenia art. 24 ust. 4 pkt 4 ustawy i odrzucenie oferty odwołującego. Zamawiający wprowadził w błąd Odwołującego, żądając złożenia wyjaśnień, a następnie uzależnił działania Odwołującego od jego własnej oceny, co jest niedopuszczalne w procedurze ustawy, gdzie „władztwo” nad postępowaniem sprawuje Zamawiający. Pozostawił faktycznie w gestii Odwołującego sposób dokonania wyjaśnienia zaistniałej omyłki pisarskiej oraz wybór, czy będzie dokonywał wyjaśnień, czy też w inny sposób

wykaże spełnienie warunku określonego w pkt 3.1.1.2 siwz. Zamawiający nie wezwał do przedłożenia nowych, poprawionych referencji, ani też do złożenia wyjaśnień przez tenże podmiot trzeci. W informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej Zamawiający zarzucił, iż oświadczenie o sprostowaniu omyłki nie pochodzi od Uzbekenergo Akcyjnej Spółki Państwowej Republiki Uzbekistanu. Odwołujący nie został zobowiązany do przedłożenia nowych referencji, a jedynie do dokonania wyjaśnień w zakresie wykrytej rozbieżności, a dopiero ewentualnie o przedstawienie innych referencji potwierdzających spełnienie przez wykonawcę warunku określonego w pkt 3.1.1.2 siwz. Na marginesie Odwołujący wskazał, iż podmiotem właściwym do sprostowania omyłki będzie sam producent mierników, a jednocześnie podmiot, który bezpośrednio zobowiązał się do udzielenia Odwołującemu niezbędnych zasobów wiedzy i doświadczenia. Jest to zgodne z zasadami logiki, bowiem to sam producent mierników mógł wskazać, jakie typy mierników są i były przez niego produkowane, a tym samym mogły stanowić przedmiot dostaw do podmiotu z Uzbekistanu. Zamawiający nie określił w wezwaniu, w jaki sposób wykonawca powinien dokonać wyjaśnień, a zakreślając termin 6-dniowy wykluczył możliwość uzyskania oświadczenia od podmiotu prowadzącego swoją działalność na terenie Uzbekistanu, z którym Odwołujący nie prowadzi stałych stosunków handlowych. Jednocześnie w decyzji o odrzuceniu oferty Zamawiający nie odniósł się do przyczyn, dla których uznał, iż przedłożony dowód – oświadczenie Holley Metering Ltd., nie usuwa powstałych wątpliwości, a w konsekwencji czego uznał, iż brak do uzupełnienia, którego wezwano odwołującego, nie został uznany przez Zamawiającego za usunięty. Ponieważ art. 26 ust. 3 i 4 Ustawy dotyczy odrębnych wezwań, właściwym postępowaniem powinno być najpierw wezwanie do złożenia wyjaśnień i dopiero gdy udzielone wyjaśnienia nie usuną wątpliwości, wezwanie do uzupełnienia dokumentów lub oświadczeń.

3. Naruszenia art. 26 ust 3 ustawy przez zaniechanie wezwania do uzupełnienia dokumentów w piśmie z dnia 21.10.2015 r., w którym Zamawiający wezwał do wyjaśnień.

Ponieważ wykonawca nie potwierdził, aby list referencyjny nie potwierdzał należytego wykonania dostaw, należy uznać, że warunek zastosowania art. 26 ust. 3 Ustawy nie nastąpił. W ramach wyjaśnień Odwołujący przedłożył oświadczenie Holley Metering Ltd, z którego wynika, iż dostawy faktycznie się odbyły, a jedynie w liście referencyjnym doszło do oczywistej omyłki pisarskiej. Odwołujący nie może sam ustalać, czy ma uzupełnić referencje, czy też tylko złożyć wyjaśnienia. Odwołujący powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 kwietnia 2014 r., sygn. akt KIO 574/14, w którym Izba oceniła negatywnie działania polegające na wezwaniu jednocześnie do złożenia wyjaśnień i alternatywnie do uzupełnienia dokumentów, gdyby wyjaśnienia według oceny wezwanego były niewystarczające. Obowiązkiem Zamawiającego było samodzielne ustalenie, czy

referencja zawiera błąd, a w konsekwencji wezwanie do uzupełnienia dokumentu, względnie poprawienia omyłki w trybie art. 87 Ustawy. Wykonawca nie może ponosić ujemnych konsekwencji braku precyzji ze strony Zamawiającego. Nie było w niniejszej sprawie możliwe wykluczenie Odwołującego z postępowania, jeżeli Zamawiający uznał, iż wyjaśnienia wprost potwierdzają brak wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, bez uprzedniego umożliwienia wykonawcy uzupełnienia dokumentów na podstawie wezwania skierowanego w trybie art. 26 ust. 3 Ustawy.

4. Naruszenie art. 87 ust. 3 pkt 1 i 3 Ustawy poprzez niepoprawienie oczywistej omyłki pisarskiej względnie innej omyłki, która nie powodowała istotnej zmiany treści oferty.

Wezwanie skierowane przez Zamawiającego dotyczyło rozbieżności zawartych na str. 8, 9 i 10 oferty, polegających na przypadkowym pominięciu jednej litery w treści referencji wystawionej przez Uzbekenergo Akcyjną Spółkę Państwowej Republiki Uzbekistanu, stanowiącej integralną treść oferty. Oświadczenie wystawiającego referencje złożone powyżej tabeli wskazuje na prawidłowy typ miernika, jakim objęte było zamówienie wykonane na rzecz tegoż podmiotu, natomiast błąd w zapisie pojawił się w tabeli, której dane nie są objęte samym oświadczeniem. Omyłka ta była łatwą do zauważenia i sprostowania przez Zamawiającego, do czego zobowiązywał art. 87 ust. 2 ustawy. Omyłka pisarska nie wpływa na treść złożonej oferty.

5. Naruszenie zasady równego traktowania wykonawców poprzez poprawienie omyłki innego wykonawcy – ZPA Smart Energy a.s oraz JM-Tronic Sp. z o.o. i nie odrzucenie tych ofert.

Zamawiający w stosunku do obu tych wykonawców najpierw wystąpił o wyjaśnienie treści ofert, a dopiero później wezwał do przedłożenia brakujących dokumentów. Ponadto Zamawiający poprawił w treści oferty ZPA omyłkę na podstawie art. 87 Ustawy, a w stosunku do oferty Odwołującego zastosował odmienny sposób wezwania do złożenia wyjaśnień i nie poprawił omyłki pisarskiej w treści referencji.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i unieważnienie decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego, nakazanie powtórzenia czynności oceny dokumentów i oświadczeń potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, a w konsekwencji dokonanie wyboru oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej spośród złożonych i niepodlegających odrzuceniu oraz obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego.

Stanowisko Izby

Izba na posiedzeniu niejawnym prowadzonym z udziałem stron w dniu 25 listopada 2015 r. uznała, iż nie zachodzą przeszkody formalne uniemożliwiające rozpoznanie merytoryczne zarzutów i skierowała odwołanie na rozprawę, do udziału w której dopuszczony został wykonawca Apator S.A., zgłaszający przystąpienie: po stronie Zamawiającego.

Odnosząc się do wskazanej przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie podstawy faktycznej do uznania części zarzutów jako wniesionych z uchybieniem terminu Izba uznała, iż przepisy regulujące postępowanie odwoławcze, w tym przede wszystkim art. 189 Ustawy, nie przewidują odrzucenia w części odwołania. Stąd stwierdzenie na posiedzeniu, iż nie wszystkie zarzuty zostały podniesione w terminie, nie stanowiło przeszkody do rozpoznania merytorycznego odwołania na rozprawie w pozostałym zakresie. Izba uznała, iż w części zarzuty podniesione w odwołaniu były spóźnione, co dotyczyło kwestionowanego zakresu wezwania w piśmie z dnia 21.10.2015 r. i wywodzonego stąd zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 w związku z art. 25 ust. 1 poprzez wezwanie wykonawcy do uzupełnienia dokumentów, które nie podlegają uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3. Jednocześnie Izba wskazuje, iż okoliczności związane z zakresem wezwania pozostają w ścisłym związku przyczynowym z decyzją o wykluczeniu Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Ustawy i jako element stanu faktycznego nie mogły być pominięte przy ocenie tej czynności Zamawiającego, skutecznie zaskarżonej w niniejszym odwołaniu.

Do rozpoznania odwołania zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (tekst jednolity Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), tj. po zmianie dokonanej ustawą z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 1232), zwanej dalej „Ustawą”.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba w pierwszej kolejności zobowiązana była do oceny wypełnienia przesłanek z art. 179 ust. 1 Ustawy, tj. istnienia interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez Odwołującego szkody w wyniku skarżonych czynności Zamawiającego. Skutkiem zaskarżonych czynności było wykluczenie Odwołującego z postępowania i uznanie jego oferty za odrzuconą. Odwołanie zmierza do uchylenia niekorzystnych dla niego czynności dokonanych z uchybieniem przepisów Ustawy, a tym samym ma na celu ochronę interesu tego Wykonawcy w uzyskaniu zamówienia, poprzez przywrócenie do oceny oferty Odwołującego, co stworzy mu realną szansę na uzyskanie zamówienia. W świetle powyższego należało uznać, iż spełnione zostały przesłanki określone w art. 179 ust. 1 Ustawy do merytorycznego rozpoznania odwołania.

Przy rozpoznaniu odwołania Izba miała na uwadze całokształt okoliczności ustalonych w sprawie przy rozstrzygnięciu w przedmiocie podniesionych zarzutów, które to ustalenia znajdują się poniżej.

Zasadniczo zarzuty chociaż opisane w ośmiu punktach w *petitum* odwołania, faktycznie sprowadzają się z jednej strony do kwestionowania prawidłowości czynności związanych z wyjaśnieniem treści oferty Odwołującego oraz wezwaniem do uzupełnienia dokumentów w jednym piśmie, a z drugiej dotyczą ostatecznego wyniku badania i oceny oferty Odwołującego, zakończonej decyzją o jego wykluczeniu z postępowania i uznania oferty tego wykonawcy za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz ust. 4 Ustawy. Na marginesie Izba zauważyła, iż sposób sformułowania zarzutów w zakresie identyfikacji normy prawnej, do naruszenia której doprowadzić miały czynności Zamawiającego, budził duże zastrzeżenia. Już nawet w podstawowym zarzucie, w którym Odwołujący kwestionuje decyzję o odrzuceniu jego oferty, faktycznie odnosi się do podstawy wykluczenia go z postępowania wynikającej z art. 24 ust. 2 pkt 4 Ustawy, a pomimo tego wskazuje jako naruszony przepis art. 24 ust. 4 pkt 4 (nie istniejący w Ustawie). Niezależnie od ułomności odwołania w zakresie właściwej subsumcji stanu faktycznego (czynności Zamawiającego) do normy prawnej, której naruszenia miał dopuścić się Zamawiający, nie budził wątpliwości, w świetle całokształtu uzasadnienia, iż Odwołaniem objęto czynności związane z oceną spełnienia warunku udziału w postępowaniu, której wyrazem była decyzja o wykluczeniu Odwołującego z postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą. Wniosek taki jest uprawniony zarówno z uwagi na wynik postępowania ustalony na zadanie nr 1 i wskazaną tam przyczynę wykluczenia Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Ustawy, ale także z uwagi na całokształt okoliczności przywoływanych w odwołaniu, a związanych z oceną dokumentów złożonych w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Zarzuty dotyczące naruszenia art. 89 ust. 1, 2 i 3 Ustawy oraz art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji Izba oddaliła, gdyż Odwołujący poza przywołaniem podstawy prawnej zarzutów faktycznie nie wykazał ich zasadności. W pozostałym zakresie Izba odniosła się szczegółowo do poszczególnych zarzutów.

Zarzut dotyczący naruszenia art. 87 Ustawy poprzez zaniechanie poprawienia oczywistej omyłki pisarskiej, względnie innej omyłki oraz naruszenia art. 26 ust. 4 poprzez zaniechanie jego zastosowania w celu wyjaśnienia treści listu referencyjnego.

Zamawiający w piśmie z dnia 21.10.2015 r. wezwał Odwołującego do wyjaśnienia i uzupełnienia treści złożonej oferty wskazując w podstawie prawnej wezwania art. 87 ust. 1 oraz art. 26 ust. 3 ustawy. Wyjaśnienia wymagały dokumenty złożone na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 3.1.1.2 siwz, tj. wykaz

dostaw oraz list referencyjny, w zakresie wskazanych w nich typów liczników. Wątpliwości wynikały z treści listu referencyjnego wystawionego przez spółkę Uzbekenergo, w którym wskazano typy dostarczonych liczników DDS28U, DDSY283U, DDSY283, w łącznej ilości 272.000 sztuk, a jednocześnie w tabeli poniżej, zawierającej dane szczegółowe o dostawie w pozycji 3 i 4 opisano dostawy liczników DDS283U, o których nie ma wcześniej mowy w liście referencyjnym, jak i wykazie. W związku z powyższym Zamawiający wezwał do wyjaśnienia tych rozbieżności w dokumentach załączonych na str. 8, 9 i 10 oferty. Ponadto w wezwaniu Zamawiający wskazał, iż *w przypadku potwierdzenia przez Wykonawcę, iż List referencyjny nie potwierdza należytego wykonania dostaw w zakresie urządzeń wskazanych w Wykazie Dostaw, Zamawiający na podstawie przepisu art. 26 ust. 3 Pzp wzywa do uzupełnienia odpowiednich dokumentów, o których mowa w pkt 3.2.1.1.1 i 3.2.1.1.2 SIWZ, które potwierdzą spełnienie przez Wykonawcę opisanych w pkt 3.1.1.2 SIWZ warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia.*

W odpowiedzi na to wezwania Odwołujący w piśmie z dnia 23.10.2015 r. (przekazanym Zamawiającemu faksem w dniu 26.10.2015 r.) wyjaśnił, iż *w wierszu 3 i 4 listu referencyjnego (str. 8 i 9 złożonej oferty) wystąpiła oczywista omyłka. W załączeniu przekazujemy oświadczenie prostujące omyłkę złożone przez podmiot udostępniający zasoby – HOLLEY Metering Ltd. Z załączonego oświadczenia wraz z tłumaczeniem wynika, iż w liście referencyjny omyłkowo wskazano w poz. 3 i 4 tabeli typ licznika DDS283U, zamiast prawidłowego oznaczenia DDSY283U, wskazanego również w treści listu referencyjnego.*

Zamawiający na rozprawie wskazał, iż kierując do Odwołującego wezwanie w dniu 21.10.2015 r. oczekiwał wyjaśnienia rozbieżności występującej w liście referencyjnym, a w przypadku gdyby wykonawca uznał, że dokumenty złożone w ofercie nie potwierdzają spełnienia warunku, tj. oznaczenia urządzeń nie są zbieżne i nie są możliwe do poprawienia, złożenia nowych dokumentów. Zamawiający inaczej niż Odwołującego, nie uznał, że oznaczenie licznika w tabeli jest omyłką pisarską, gdyż rozbieżność w oznaczeniu mogła być w różny sposób sprostowana, tj. nie tylko przez dodanie litery Y w poz. 3 i 4 tabeli, ale także przez wykreślenie litery U z oznaczenia typów licznika objętych obiema pozycjami tabeli. W konsekwencji, Zamawiający nie poprawił oznaczenia typu licznika w poz. 3 i 4 tabeli, a wykonawcę wykluczył z postępowania, gdyż ten nie uzupełnił dokumentu zgodnie z wezwaniem.

Uwzględniając powyższe ustalenia Izba uznała, iż wyjaśnienia chociaż udzielone w trybie art. 87 Ustawy, a nie art. 26 ust. 4 Ustawy, były dostateczne, to nie mogły prowadzić do poprawienia na podstawie art. 87 ust 2 ustawy treści listu referencyjnego.

Zasadniczo zarzut zaniechania poprawienia oświadczenia podmiotu trzeciego, ujętego w liście referencyjnym nie mógł być uwzględniony, a przyczyna takiego rozstrzygnięcia Izby nie leżała w ocenie charakteru niespójności dotyczącej oznaczenia typu licznika w poz. 3 i 4 tabeli. Przede wszystkim należy wskazać, iż zastosowany przez Zamawiającego tryb wezwania do wyjaśnienia treści listu wskazany w art. 87 ust. 1 Ustawy był nieprawidłowy, a właściwym dla wyjaśnienia treści dokumentu składanego na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu powinien być art. 26 ust. 4 Ustawy, dotyczący trybu wyjaśnienia dokumentów i oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 Ustawy. Nie miało to jednak decydującego znaczenia dla oceny zasadności zarzutu zaniechania poprawienia omyłki w treści listu referencyjnego. W niniejszej sprawie istotnym było przede wszystkim stwierdzenie, iż omyłka jaka wystąpiła w treści dokumentu złożonego w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu nie miała wpływu na treść oferty, w tym przede wszystkim oświadczenie wykonawcy złożone w wykazie dostaw, w którym typy liczników zostały prawidłowo wskazane. Na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 1 Ustawy poprawieniu podlegają oczywiste omyłki pisarskie w treści oferty. Mając na uwadze wyszczególnione w ustępie drugim ww. artykułu przypadki, w jakich Zamawiający może dokonać ingerencji w treść oferty, a także jej wyjątkowy charakter, treść oferty na potrzeby tego przepisu powinna być ograniczona do oświadczeń własnych wykonawcy. Za takim rozumieniem przepisu art. 87 ust. 2 Ustawy przemawiają również względy celowościowe. Dopuszczenie do możliwości korekty oświadczeń pochodzących od podmiotów trzecich w oparciu o wyjaśnienia wykonawców, pozbawiałoby sensu żądania dokumentów, jako podstawy do weryfikacji, czy to zgodności zaoferowanego przez wykonawcę urządzenia z wymaganiami siwz, czy też oświadczenia wykonawcy o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu. W świetle powyższego, przy braku podstaw do stwierdzenia, iż oświadczenie wykonawcy zawarte w wykazie dostaw obarczone jest omyłką pisarską, zarzut zaniechania poprawienia treści oferty nie mógł być zasadny. W okolicznościach niniejszej sprawy omyłką dotknięte było w części oświadczenie wystawcy referencji, a właściwym trybem do ich wyjaśnienia był art. 26 ust. 4 Ustawy, w którym ustawodawca nie nałożył na Zamawiającego obowiązku poprawienia nawet oczywistych pomyłek pisarskich stwierdzonych w dokumentach składanych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu. W przypadku wystąpienia nieścisłości w treści dokumentu, to same wyjaśnienia składane w trybie art. 26 ust. 4 Ustawy stanowią podstawę do jego oceny. Ponieważ wyjaśnienia zostały ostatecznie złożone przez wykonawcę, Izba uznała, iż zastosowanie przez Zamawiającego nieprawidłowego trybu z art. 87 ust. 1 Ustawy w celu wyjaśnienia treści dokumentu złożonego na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu pozostawało bez wpływu na wynik postępowania, tj. ocenę samych wyjaśnień. Tym samym zarzuty dotyczące naruszenia trybu postępowania wyjaśniającego oraz zaniechania poprawienia omyłki w treści

listu referencyjnego Izba oddaliła. Powyższe nie oznacza jednak, iż czynności Zamawiającego zmierzające do wyjaśnienia i uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 Ustawy były prawidłowe, co objęte zostało rozważaniami w przedmiocie zasadniczego zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 Ustawy, tj. wykluczenia Odwołującego z postępowania.

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 24 ust. 4 Ustawy poprzez wykluczenie Odwołującego z postępowania oraz uznanie jego oferty za odrzuconą.

Na wstępie należy wskazać, iż podstawą faktyczną wykluczenia Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Ustawy było uznanie przez Zamawiającego, iż dokument złożony w ofercie dotknięty rozbieżnością w oznaczeniu typu licznika, prawidłowo wskazanego w wykazie dostaw oraz wstępnej treści listu referencyjnego (DDSY283U), nie mógł stanowić podstawy do stwierdzenia, iż Odwołujący spełnienia warunek udziału w postępowaniu opisany w pkt 3.1.1.2 siwz. Ponadto wykonawca wezwany do uzupełnienia dokumentu, przekazał Zamawiającemu oświadczenie podmiotu udostępniającego swój potencjał faksem, co uchybiało formie wymaganej w siwz dla dokumentów (oryginały lub kopie poświadczone za zgodność z oryginałem przez wykonawcę).

Zamawiający wymagał w pkt 3.1.1.2 siwz posiadania doświadczenia w dostawie *bezpośrednich statycznych liczników energii elektrycznej, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem termin składania ofert (...) w łącznej liczbie nie mniejszej niż 200000 szt. liczników 1-fazowych w przypadku składania oferty w zakresie Zadania 1.* Na potwierdzenie spełnienia warunku wykonawcy zobowiązani byli dostarczyć *dowody, że dostawy zostały lub są wykonywane należycie (...).*

W wykazie dostaw załączonym na stronie 8 oferty Odwołujący wskazał na jedną dostawę statycznych liczników 1-fazowych, typ DDS28U, DDSY283U, DDSY283, producenta HOLLEY Metering Ltd o wartości brutto 66.131.813,74, realizowaną w okresie od 26.03.2012 r. do 30.11.2014 r. na rzecz Odbiorcy – „UZBEKENERGO” Akcyjna Spółka Państwowa Republiki Uzbekistanu, potwierdzonej listem referencyjnym z dnia 26.11.2014 r. W liście tym Odbiorca potwierdził, że w latach 2012-2014 zakupił od firmy Holley Metering Ltd liczniki typu DDS28U, DDSY283U, DDSY283 w ilości 272.000 sztuk o wartości netto 18.552.380 USD, równoważnej wartości 66.131.813,74 PLN (według kursu z dnia 26.11.2014 r.). Poniżej tego oświadczenia znajduje się tabela z wyszczególnionymi typami liczników (8 pozycji), ilościami, wartością oraz terminem dostaw, w tym wskazane w poz. 3 i 4 liczniki typu DDS283U. W dalszej treści odbiorca wyraził zadowolenie z pracy dostarczonych urządzeń. W oryginalnej

treści tabeli w poz. 8 wskazany został typ licznika DDSY283U, a w tłumaczeniu wskazano na typ licznika DDSY283. Pozycje 3 i 4 identycznie zostały opisane w dokumencie sporządzonym w języku angielskim oraz w tłumaczeniu, jako DDS283U. Doświadczenie podmiotu trzeciego zostało udostępnione Odwołującemu w trybie art. 26 ust. 2b Ustawy.

Zamawiający w piśmie z dnia 21.10.2015 r. wezwał Odwołującego do wyjaśnienia i uzupełnienia treści złożonej oferty wskazując w podstawie prawnej wezwania art. 87 ust. 1 oraz art. 26 ust. 3 ustawy. Wyjaśnienia wymagały dokumenty złożone na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 3.1.1.2 siwz, tj. wykaz dostaw oraz list referencyjny, w zakresie wskazanych w nich typów liczników. Wątpliwości wynikały z treści listu referencyjnego wystawionego przez spółkę Uzbekenergo, w którym wskazano typy dostarczonych liczników DDS28U, DDSY283U, DDSY283, w łącznej ilości 272.000 sztuk, a jednocześnie w tabeli poniżej, zawierającej dane szczegółowe o dostawie w pozycji 3 i 4 opisano dostawy liczników DDS283U, o których nie ma wcześniej mowy w liście referencyjnym, jak i wykazie. W związku z powyższym Zamawiający wezwał do wyjaśnienia tych rozbieżności w dokumentach załączonych na str. 8, 9 i 10 oferty. Ponadto w wezwaniu Zamawiający wskazał, iż *w przypadku potwierdzenia przez Wykonawcę, iż List referencyjny nie potwierdza należytego wykonania dostaw w zakresie urzędzeń wskazanych w Wykazie Dostaw, Zamawiający na podstawie przepisu art. 26 ust. 3 Pzp wzywa do uzupełnienia odpowiednich dokumentów, o których mowa w pkt 3.2.1.1.1 i 3.2.1.1.2 SIWZ, które potwierdzą spełnienie przez Wykonawcę opisanych w pkt 3.1.1.2 SIWZ warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia.*

W odpowiedzi na to wezwanie Odwołujący w piśmie z dnia 23.10.2015 r. (przekazanym Zamawiającemu faksem w dniu 26.10.2015 r.) wyjaśnił, iż *w wierszu 3 i 4 listu referencyjnego (str. 8 i 9 złożonej oferty) wystąpiła oczywista omyłka. W załączeniu przekazujemy oświadczenie prostujące omyłkę złożone przez podmiot udostępniający zasoby – HOLLEY Metering Ltd. Z załączonego oświadczenia wraz z tłumaczeniem wynika, iż w liście referencyjny omyłkowo wskazano w poz. 3 i 4 tabeli typ licznika DDS283U, zamiast prawidłowego oznaczenia DDSY283U, wskazanego również w treści listu referencyjnego.*

W uzasadnieniu decyzji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Ustawy (pismo z dnia 29.10.2015 r.) Zamawiający uznał, iż *pomimo wezwania do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia, wykonawca nie dostarczył „dowodu” potwierdzającego należyte wykonanie dostaw, w którym wskazane typy i ilości dostarczonych urzędzeń zbieżne byłyby z tymi wyszczególnionymi w Wykazie Dostaw załączonym przez Wykonawcę do oferty. Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie do*

uzupełnienia przesał Zamawiającemu faksem kopię Oświadczenia wystawionego przez producenta liczników, którego referencje dotyczyły, tj. firmy HOLLEY Metering Ltd, a nie wystawcy referencji „UZBEKENERGO” Akcyjnej Spółki Państwowej Republiki Uzbekistanu.

Uwzględniając powyższe ustalenia Izba uznała, iż decyzja o wykluczeniu Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Ustawy dokonana została z naruszeniem przepisów Ustawy, co w konsekwencji czyniło nieprawidłowym również uznanie oferty Odwołującego za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 Ustawy i uzasadniało zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 Ustawy.

Uwzględniając poczynione na wstępie uwagi co do braku precyzji w określeniu podstawy prawnej zarzutu (art. 24 ust. 4 pkt 4 Ustawy) Izba uznała, iż zasadniczą (choć nie wyrażoną czytelnie w treści odwołania) czynnością kwestionowaną w odwołaniu jest decyzja o wykluczeniu Odwołującego z postępowania oraz uznania jego oferty za odrzuconą, wskazana w informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 29.10.2015 r.

W świetle poczynionych ustaleń Izba uznała, iż decyzja o wykluczeniu Odwołującego z postępowania nie mogła być oceniona jako prawidłowa z uwagi na wskazane poniżej przyczyny.

Należy wskazać, iż przyczyna błędnej decyzji Zamawiającego leżała przede wszystkim w przyjęciu, iż wyjaśnienia, jakie złożył Odwołujący w odpowiedzi na pismo z dnia 21.10.2015 r. potwierdzały, że list referencyjny złożony w ofercie nie był prawidłowym dokumentem, a tym samym nie mógł stanowić podstawy do oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający jednocześnie uznał, że wykonawca powinien na podstawie wezwania z dnia 21.10.2015 r. złożyć dokumenty potwierdzające spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Za taki dokument Zamawiający nie uznał oświadczenia producenta, które zostało przesłane faksem wraz z wyjaśnieniami, a nie na piśmie lub w kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem (analogicznie jak dokumenty złożone w ofercie na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu).

Zamawiający na rozprawie wskazał, iż kierując do Odwołującego wezwanie w dniu 21.10.2015 r. oczekiwał wyjaśnienia rozbieżności występującej w liście referencyjnym, a w przypadku gdyby wykonawca uznał, że dokumenty złożone w ofercie nie potwierdzają spełnienia warunku, tj. oznaczenia urządzeń nie są zbieżne i nie są możliwe do poprawienia), złożenia nowych dokumentów.

Wprawdzie Odwołujący nie mógł skutecznie kwestionować czynności wezwania z dnia 21.10.2015 r. (z uwagi na upływ terminu), to w okolicznościach niniejszej sprawy, faktycznie dopiero przy decyzji o wykluczeniu go z postępowania możliwe było ustalenie przyczyn, dla których dokumenty złożone w ofercie na potwierdzenie spełnienia warunku opisanego w pkt 3.1.1.2 siwz Zamawiający ocenił jako niewystarczające, co pozostawało w ścisłym związku z

oceną wyjaśnień Odwołującego z dnia 23.10.2015 r. (przekazanych Zamawiającemu faksem w dniu 26.10.2015 r.). Tym samym Izba nie mogła pominąć istotnej dla rozstrzygnięcia o zarzucie naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 Ustawy, okoliczności dotyczącej skuteczności wezwania do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 Ustawy.

Zamawiający wzywając jednocześnie do wyjaśnienia treści listu referencyjnego oraz uzupełnienia dokumentów potwierdzających wymaganą wiedzę i doświadczenie przerzucił faktycznie na wykonawcę ciężar oceny wyjaśnień, która należała do Zamawiającego, a wyrażona została dopiero w decyzji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania. Ponadto, faktycznie dopiero na rozprawie Zamawiający wskazał, iż oceniając wyjaśnienia miał na uwadze to, czy oznaczenie urządzeń w liście referencyjnym było prawidłowe, i czy możliwe było poprawienie opisu w poz. 3 i 4 tabeli. W decyzji o wykluczeniu z postępowania Zamawiający nie wskazał, aby przyczyna, dla której uznał dokument referencyjny za wadliwy, dotyczyła błędnego opisu urządzeń. Doprowadziło to do sytuacji, w której wykonawca w momencie otrzymania wezwania do uzupełnienia dokumentu na podstawie art. 26 ust. 3 Ustawy nie miał wiedzy co do przyczyn, dla których dokument złożony w ofercie został przez Zamawiającego oceniony, jako niepotwierdzający spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Faktycznie to wykonawca miał zdecydować o tym, czy wystarczy złożyć wyjaśnienia (co wymagało przewidzenia, jak oceni je Zamawiający), czy też konieczne będzie uzupełnienie dokumentu. Ponieważ przyjmuje się, iż Zamawiający tylko jednokrotnie może wezwać do uzupełnienia dokumentu, z tej samej przyczyny uznawanego za nieprawidłowy, brak prawidłowej oceny stanu faktycznego przez wykonawcę w momencie składania wyjaśnień, rodził dla niego negatywne konsekwencje, co objawiło się w decyzji o wykluczeniu go z postępowania.

Izba uznała, iż Odwołujący nie miał podstaw do tego, aby zakładać, że Zamawiający uzna wyjaśnienia jako niedostateczne, tym bardziej, iż Zamawiający na rozprawie przyznał, że na rynku nie istnieje urządzenie o oznaczeniu DDS283U, a pośrednio wynika to również z oświadczenia producenta liczników firmy *HOLLEY Metering Ltd.* (podmiotu udostępniającego swój potencjał). Udzielone wyjaśnienia były przekonujące i zostały poparte oświadczeniem producenta, jednocześnie dostawcy, dla którego wystawiono list referencyjny. Należy również zauważyć, iż rozbieżność dotycząca oznaczenia poz. 3 i 4 w tabeli, w żaden sposób nie podważała wcześniejszej treści listu referencyjnego, w której wystawca potwierdził zakres dostawy urządzeń prawidłowo oznaczonych w podanej łącznej ilości i prawidłowo wskazanych w wykazie dostaw (str. 8 oferty). Niezgodność w treści referencji faktycznie nie wpływała na możliwość dokonania pozytywnej oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu, gdyż to nie typ wskazanych liczników jednofazowych, ale łączna ilość dostarczonych urządzeń, stanowiła istotną z punktu widzenia opisu warunku okoliczność.

Przyjęcie wyjaśnień nie prowadziło do zmiany treści oferty (oświadczenia złożonego w wykazie dostaw), a zatem Odwołujący miał przesłanki ku temu, aby uznać wyjaśnienia za wystarczające. Dopiero z zawiadomienia o wykluczeniu z postępowania wykonawca dowiedział się o przyczynie, dla której Zamawiający odmówił przyjęcia wyjaśnień, a jednocześnie uznał, że Odwołujący nie wykonał ciążącego na nim obowiązku uzupełnienia dokumentu, do czego został wezwany w piśmie z dnia 21.10.2015 r. Zamawiający uznał, iż *pomimo wezwania do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia, wykonawca nie dostarczył „dowodu” potwierdzającego należyte wykonanie dostaw, w którym wskazane typy i ilości dostarczonych urządzeń zbieżne byłyby z tymi wyszczególnionymi w Wykazie Dostaw załączonym przez Wykonawcę do oferty. Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia przesłał Zamawiającemu faksem kopię Oświadczenia wystawionego przez producenta liczników, którego referencje dotyczyły, tj. firmy HOLLEY Metering Ltd, a nie wystawcy referencji „UZBEKENERGO” Akcyjnej Spółki Państwowej Republiki Uzbekistanu.* Faktycznie zatem przyczyną, dla której Zamawiający odmówił uwzględnienia treści dokumentu złożonego w ofercie, było załączone do wyjaśnień oświadczenie producenta, złożone w innej formie, niż dokumenty składane w ofercie. Zamawiający nie wskazał, aby dostawa realizowana przez podmiot udostępniający swój potencjał nie spełniała warunku udziału w postępowaniu, a swoją decyzję oparł wyłącznie na stwierdzeniu uchybienia formie w jakiej dokument powinien być złożony. Należy w tym miejscu wskazać na sprzeczność stanowiska Zamawiającego, który sam w wezwaniu do złożenia wyjaśnień oraz uzupełnienia dokumentu wskazała na możliwość przekazania dokumentów faksem, co było jak najbardziej prawidłowe z uwagi na krótki czas dany wykonawcy (6 dni). Ponadto, Zamawiający błędnie przyjął, iż oświadczenie załączone do wyjaśnień miało zastępować dokument złożony w ofercie, tj. stanowić dokument uzupełniony na podstawie art. 26 ust. 3 Ustawy. Miało ono przede wszystkim potwierdzić wyjaśnienia wykonawcy, i czynić je przekonującymi dla Zamawiającego. W niniejszym stanie faktycznym należało uznać, iż wezwanie do uzupełnienia dokumentu zawarte w wezwaniu o wyjaśnienie treści dokumentu złożonego w ofercie, miało charakter warunkowy, ze skutkiem zawieszającym, tj. uzależnionym od oceny wyjaśnień. Skoro zatem wyjaśnienia powinny być uznane za dostateczne dla wyjaśnienia występującej rozbieżności w treści listu referencyjnego, to wezwanie do uzupełnienia dokumentu nie wywołało skutku.

Podsumowując, należy wskazać, iż przy braku podstaw do zakwestionowania wyjaśnień dotyczących oznaczenia w liście referencyjnym typu liczników objętych dostawą, a jednocześnie braku wskazania w wezwaniu z dnia 21.10.2015 r., na przyczynę dla której dokument załączony do oferty nie potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu,

Zamawiający bezzasadnie wykluczył z postępowania Odwołującego. Zamawiający faktycznie przyjętą konstrukcją wezwania doprowadził do sytuacji, w której to wykonawca miał samodzielnie ocenić, czy wyjaśnienia będą wystarczające dla Zamawiającego, obarczając go ewentualnymi negatywnymi skutkami odmiennej oceny wyjaśnień. Prowadziło to do rażącego naruszenia art. 7 ust. 1 Ustawy, gdyż to na Zamawiającym spoczywał obowiązek przeprowadzenia oceny wyjaśnień i wskazania w wezwaniu do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 Ustawy przyczyny, dla której uznał, że dokumenty nie potwierdzają spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Niedopuszczalny w sprawie było wykluczenie z postępowania i uznanie złożonych dokumentów za niepotwierdzające spełnienia warunku udziału w postępowaniu, w sytuacji gdy wyjaśnienia w sposób wiarygodny rozwiewały wątpliwości, jakie wynikały z treści referencji. Wykonawca, nie mając wiedzy o tym, jak Zamawiający oceni wyjaśnienia, nie mógł przewidzieć, na jakiej podstawie Zamawiający miałby uznać dokumenty za nieprawidłowe, co z założenia nie mogło prowadzić do oceny czynności wykluczenia z postępowania Odwołującego, jako podjętej w zgodzie z przepisami Ustawy.

Na marginesie Izba wskazuje, iż Zamawiający przy ponownym badaniu i ocenie ofert powinien przeanalizować, czy przyczyny wykluczenia dwóch innych wykonawców z postępowania, analogicznie jak w niniejszej sprawie, wynikały z przeprowadzonej procedury wyjaśnień połączonej z wezwaniem do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 Ustawy. Gdyby bowiem okazało się, iż Zamawiający uznał, że wykonawcy ci nie uzupełnili dokumentów, do czego byli wezwani przy okazji wyjaśnienia treści oferty, a co było powiązane z uznaniem wyjaśnień za niedostateczne, to mogło to prowadzić do naruszenia przepisów Ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania, będącego podstawą do żądania przez Prezesa Urzędu unieważnienia umowy (art. 146 ust. 6 Ustawy). Należy bowiem zauważyć, iż Zamawiający w związku z wykluczeniem z postępowania trzech wykonawców (w tym Odwołującego) nie przeprowadził aukcji elektronicznej i również nie będzie jej prowadzić po przywróceniu do postępowania oferty Odwołującego.

Izba pominęła nowe okoliczności wynikające z dokumentów przedłożonych na rozprawie przez Przystępującego, które nie stanowiły podstawy decyzji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania i nie były również znane Zamawiającemu w momencie oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Dopiero przy ponownej czynności badania i oceny ofert, okoliczności te, w zależności od dokonanych przez Zamawiającego ustaleń, mogą mieć znaczenie.

Uznanie, iż Zamawiający z naruszeniem art. 24 ust. 2 pkt 4 Ustawy wykluczył Odwołującego z postępowania, prowadziło w konsekwencji do uznania, iż Zamawiający z naruszeniem art. 91 Ustawy dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej.

Mając powyższe na względzie odwołanie podlegało uwzględnieniu na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 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 rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis od odwołania oraz wynagrodzenie pełnomocnika Odwołującego stwierdzone rachunkiem złożonym przed zamknięciem rozprawy i obciążyła nimi Zamawiającego.

Przewodniczący: