

WYROK
z dnia 16 grudnia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Monika Szymanowska
Protokolant: Konrad Wyrzykowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 grudnia 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 listopada 2020 r. przez odwołującego Integrated Solutions Sp. z o.o. w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu
orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego Integrated Solutions Sp. z o.o. w Warszawie i:

3.1. zalicza na poczet kosztów kwotę 15 000,00 zł (piętnaście tysięcy złotych) uiszczoną przez odwołującego Integrated Solutions Sp. z o.o. w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,

3.2. zasądza od odwołującego Integrated Solutions Sp. z o.o. w Warszawie na rzecz zamawiającego Uniwersytetu Mikołaja Kopernika w Toruniu kwotę 3 600,00 zł (trzy tysiące sześćset złotych) tytułem zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 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 Toruniu.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie
wyroku z dnia 16 grudnia 2020 r. w sprawie o sygn. akt: 3121/20

Zamawiający – Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu ul. Gagarina 5, 87-100 Toruń, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Dostawa sprzętu komputerowego do realizacji projektu Sindbad”, ogłoszone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej dnia 3 sierpnia 2020 r. pod numerem 2020/S 148-362653, zwane dalej jako „postępowanie”.

Izba ustaliła, że postępowanie na dostawę, o wartości powyżej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) zwanej dalej jako „p.z.p.”, jest prowadzone przez zamawiającego w trybie przetargu nieograniczonego.

W dniu 27 listopada 2020 r. odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego w postępowaniu wniósł wykonawca Integrated Solutions Sp. z o.o., ul. Marcina Kasprzaka 18/20, 01-211 Warszawa (dalej zwany jako „odwołujący”).

We wniesionym środku zaskarżenia odwołujący postawił zamawiającemu następujące zarzuty naruszenia (pisownia oryginalna):

1. art. 24 ust. 1 pkt 12 Ustawy poprzez bezprawne wykluczenie Odwołującego z postępowania, pomimo tego, iż Odwołujący wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu,

2. art. 93 ust. 1 pkt 1 Ustawy poprzez bezprawne unieważnienie postępowania, pomimo, że w postępowaniu złożono ofertę niepodlegającą odrzuceniu (ofertę Odwołującego).

W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego z postępowania, anulowania czynności unieważnienia postępowania, powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego i powtórzenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

W uzasadnieniu środka zaskarżenia odwołujący wskazał co następuje.

Zgodnie z treścią zawiadomienia z dnia 17 listopada 2020 r. o wykluczeniu wykonawcy, odrzuceniu jego oferty i unieważnieniu postępowania, zamawiający wykluczył odwołującego z przetargu, a następnie unieważnił postępowanie w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 1 p.z.p. W uzasadnieniu swojej decyzji zamawiający wskazał, że nie wykazano spełnienia warunku udziału w przetargu, określonego w rozdziale V ust. 1 pkt 2 SIWZ, dotyczącego zdolności zawodowej, polegającej na wykonaniu dwóch dostaw sprzętu komputerowego o wartości 500 000,00 zł brutto każda. Zamawiający uznał, że odwołujący podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 p.z.p., ponieważ jedynie w odniesieniu do dostawy, o której mowa w pkt 1 wykazu, złożono właściwe dowody, określające, że została ona należycie wykonana, z takim stanowiskiem nie sposób się zgodzić.

W odpowiedzi na wezwanie z dnia 15 września 2020 r., do złożenia dokumentów i oświadczeń, odwołujący przedstawił m. in. wykaz dostaw, w którym wymienione są trzy różne dostawy sprzętu komputerowego wraz z dowodami, że zostały one należycie wykonane na rzecz: 1. Stowarzyszenia Wielkie Jeziora Mazurskie 2020, o wartości ponad 7 mln zł, 2. Inea S.A., o wartości ponad 17 mln zł, 3. Telewizji Polskiej S.A., o wartości ponad 1 mln zł. Zamawiający zakwestionował dwie z trzech dostaw, oznaczonych w wykazie pod pozycjami nr 2 i nr 3 - na rzecz Inea S.A. oraz Telewizji Polskiej S.A.

I. Dostawa na rzecz Inea S.A. (pkt 2 wykazu).

Zdaniem odwołującego zamawiający z jednej strony zarzucił, iż odwołujący „nie wykazał, że należycie wykonał dostawę na rzecz spółki Inea S.A. w Poznaniu [...]”, z drugiej zaś stwierdza, że „brak jest podstaw do uznania, że dostawa sprzętu informatycznego w ramach projektu „Cyfrowa Szkoła Wielkopolska@ 2020” została realizowana na rzecz wspólnosporcanta Inea S.A. Tym samym przedłożone dokumenty w postaci protokołów odbioru podpisanych przez Inea S.A. nie dowodzą należytego wykonania dostawy wskazanej w wykazie dostaw pod pozycją nr 2”.

W opinii odwołującego, w składanych wyjaśnieniach (pisma z dnia 6 października 2020 r. oraz 12 października

2020 r.) zostało jednoznacznie wykazane, że odbiorcą dostaw była spółka Inea S.A., która wraz z odwołującym oraz z Fundacją eSzkoła tworzyła konsorcjum zawiązane w celu realizacji projektu cyfrowa szkoła na rzecz Ośrodka Doskonalenia Nauczycieli w Poznaniu, którego jednym z elementów była dostawa sprzętu komputerowego. Zgodnie z podziałem obowiązków, jaki przyjęto wewnątrz konsorcjum, do zadań odwołującego należała m.in. dostawa sprzętu informatycznego. Bezpośrednim odbiorcą sprzętu była Inea S.A., która następnie wypłacała odwołującemu wynagrodzenie, po należytej realizacji prac w ramach projektu. Co istotne, odwołujący był dostawcą sprzętu informatycznego, który był niezbędny do budowy powiatowych węzłów, w ramach budowanego przez konsorcjum systemu informatycznego - węzły były przedmiotem odbioru dokonanego przez Ośrodek Doskonalenia Nauczycieli w Poznaniu, lecz sprzęt dostarczony przez odwołującego został odebrany przez Inea S.A. Odwołujący zobowiązany był w ramach konsorcjum do dostaw sprzętu i ze swojego zadania wywiązał się należycie. Z kolei całe konsorcjum wywiązało się należycie z wykonania prac w ramach projektu cyfrowa szkoła, ale przedmiotem doświadczenia, wykazywanego w niniejszym postępowaniu nie jest wykonanie prac w ramach projektu, a jedynie dostawa sprzętu w ramach konsorcjum.

Nie można zgodzić się z twierdzeniem zamawiającego, że konieczne jest istnienie odrębnego stosunku prawnego niż umowa konsorcjum, by jeden konsorcjant był dostawcą sprzętu, a inny konsorcjant jego odbiorcą. SIWZ zamówienia nie zawiera definicji „dostawy”, w związku z tym powinna mieć zastosowanie definicja zawarta w art. 2 ust. 2 p.z.p., z której nie wynika, że pod pojęciem wykonania dostawy należy rozumieć wyłącznie wykonanie dostawy do odbiorcy końcowego, jak sugeruje zamawiający (por. wyrok KIO z dnia 18 lutego 2019 r., sygn. akt: KIO 179/19, KIO 184/19, KIO 187/19). W przypadku projektu cyfrowa szkoła ostatecznym odbiorcą zbudowanego przez konsorcjum systemu informatycznego, a nie tylko sprzętu komputerowego jako takiego, był Ośrodek Doskonalenia Nauczycieli w Poznaniu. Nie oznacza to jednak, iż tylko podmiot, który dostarczył cały system, obejmujący m.in. urządzenia niezbędne do jego działania dostarczone przez współkonsorcjanta do odbiorcy końcowego, może powoływać się na doświadczenie zdobyte w ramach realizacji tego projektu, co potwierdziła Izba w wyżej przywołanym wyroku.

Ponadto, zdaniem odwołującego, wskazanie w protokole zdawczo-odbiorczym projektu, na którego potrzeby realizowana była dostawa do Inea S.A., jest czynnością prawidłową. Z opisu tego w żaden sposób nie można wywieść, jak sugeruje zamawiający zarzucając wewnętrzną sprzeczność, że odwołujący wykonał dostawę na rzecz Ośrodka Doskonalenia Nauczycieli w Poznaniu. Odwołujący posłużył się wyłącznie opisem zamówienia, do czego był uprawniony będąc członkiem konsorcjum i realizując określony zakres czynności wynikających z umowy, prawidłowo wskazując jako odbiorcę dostawy Inea S.A. Zatem złożone w trybie art. 26 ust. 1 p.z.p. protokoły zdawczo-odbiorcze potwierdzają należyte wykonanie dostaw wymienionych w wykazie dostaw, świadczą o tym użyte w nich przez odbiorcę sformułowania: „potwierdzam należyte wykonanie usług”, „potwierdzam odbiór zgodnie z załącznikiem nr 1”.

W odniesieniu do złożonej w dniu 29 września 2020 r. referencji odwołujący zauważył, że dokumentami potwierdzającymi należyte wykonanie są już protokoły zdawczo-odbiorcze, o których mowa wyżej. Zamawiający z niezrozumiałych przyczyn nie potrafi zaakceptować faktu, iż w przypadku dostaw sprzętu informatycznego jego odbiór polega na sprawdzeniu ilości dostarczonego sprzętu oraz zgodności ze specyfikacją (opisem przedmiotu zamówienia) - nie ma miejsca uruchamianie każdego egzemplarza dostarczonego sprzętu i sprawdzania poprawności jego działania, bowiem w tym zakresie odbiorcę chroni instytucja rękojmi, a także gwarancji.

Nie sposób także zgodzić się z twierdzeniem wyrażonym w zawiadomieniu, że zamawiający nie jest zobowiązany rozpatrywać dokumentów złożonych przez wykonawcę samodzielnie, poza procedurą określoną w art. 26 ust. 3 p.z.p. (por. wyrok KIO z dnia 26 września 2016 r., sygn. akt: KIO 1720/16). Dodatkowo, jak podkreśliła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 28 listopada 2017 r., sygn. akt: KIO 2343/17, KIO 2344/17 samodzielne uzupełnienie dokumentów przez wykonawcę nie zwalnia zamawiającego ze stosowania art. 26 ust. 3 p.z.p. Zamawiający jest zwolniony z jego stosowania jedynie, gdy występuje konieczność unieważnienia postępowania lub odrzucenia oferty wykonawcy.

Zatem zamawiający, pomimo uprzedniego samodzielnego uzupełnienia dokumentów przez wykonawcę, powinien wezwać odwołującego na podstawie art. 26 ust. 3 p.z.p. do uzupełnienia dokumentów, jeśli uznał, że przekazane samodzielnie przez wykonawcę protokoły zdawczo-odbiorcze w sposób niewystarczający potwierdzają należyte wykonanie dostaw. Jednocześnie, w momencie złożenia referencji, tj. w dniu 29 września 2020 r., zamawiający nie skorzystał jeszcze z instytucji wzywania do uzupełnienia dokumentów, przewidzianej w art. 26 ust. 3 p.z.p. W odpowiedzi na wezwanie z dnia 8 października 2020 r. wzywające do uzupełnienia dokumentów potwierdzających należyte wykonanie dostaw, odwołujący odniósł się do protokołów zdawczo-odbiorczych złożonych w trybie art. 26 ust. 1 p.z.p. oraz złożonej samodzielnie, bez uprzedniego wezwania, referencji.

Ponadto, w opinii odwołującego, treść referencji wystawionej przez Inea S.A. i przekazanej w dniu 29 września 2020 r. do zamawiającego, jednoznacznie potwierdza należyte wykonanie dostaw na rzecz Inea S.A. Jak czytamy, odwołujący wykonał na rzecz spółki Inea S.A. dostawę i wdrożenie sprzętu „należycie w terminie z najwyższą starannością, zgodnie z zawartą umową”, czego zamawiający wydaje się nie zauważać. Zamiast tego zamawiający przywołuje błędną treść referencji w uzasadnieniu zawiadomienia.

Odwołujący zwrócił także uwagę, że w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów z dnia 15 października 2020 r., obok powtórzenia informacji o realizacji dostaw wskazanych w wykazie dostaw na rzecz spółki Inea S.A., których finalnym odbiorcą był Ośrodek Doskonalenia Nauczycieli w Poznaniu, z ostrożności złożono również oświadczenie własne potwierdzające należyte wykonanie wzmiankowanych dostaw.
II. Dostawa na rzecz Telewizji Polskiej S.A. (pkt 3 wykazu).

W ocenie zamawiającego, co wskazano w zawiadomieniu o wykluczeniu odwołującego, „protokół odbioru ilościowego nie stanowi potwierdzenia należytego wykonania dostawy” oraz „w odpowiedzi na wezwanie z dnia 8 października 2020 r. do uzupełnienia dowodów określających czy dostawa sprzętu komputerowego na rzecz Telewizji Polskiej S.A. została wykonana należycie, wykonawca nie złożył dowodów”. Według odwołującego takie stanowisko jest nieprawidłowe.

Wskazana w wykazie dostawa, zrealizowana na rzecz Telewizji Polskiej S.A., potwierdza spełnianie wymagań postawionych przez zamawiającego w zakresie warunku udziału w postępowaniu. Z protokołu jednoznacznie wynika, że zamówienie zostało wykonane prawidłowo, bowiem potwierdza on odbiór zamówionego sprzętu, jak również nie zawiera uwag co do sposobu jego realizacji. Świadczy o tym treść protokołu, użyte sformułowanie: „zamawiający stwierdza, że pozycje są kompletne”, przekreślone sformułowanie: „stwierdzono następujące braki”. Oznacza to, że odbiorca dostawy potwierdził jej zrealizowanie zgodnie z zamówieniem. Także i w tym miejscu warto zaznaczyć, co wskazano w pierwszej części uzasadnienia niniejszego odwołania - iż w przypadku dostaw sprzętu informatycznego jego odbiór polega na sprawdzeniu ilości dostarczonego sprzętu oraz zgodności ze specyfikacją (opisem przedmiotu zamówienia) - nie ma

miejsca uruchamianie każdego egzemplarza dostarczonego sprzętu i sprawdzania poprawności jego działa, bowiem w tym zakresie odbiorcę chroni instytucja rękojmi, a także gwarancji. Ponadto, na wezwanie do uzupełnienia dokumentów z dnia 15 października 2020 r., z ostrożności, odwołujący złożył również oświadczenie własne potwierdzające należyte wykonanie wzmiankowanych dostaw na rzecz Telewizji Polskiej S.A.

Odwołujący podsumował, iż należy uznać, że w sposób wystarczający udokumentował należyte wykonanie wskazanych w wykazie dostaw, a tym samym spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia. Konsekwencją powyższego powinno być przywrócenie go do udziału w postępowaniu i unieważnienie czynności unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 p.z.p.

Działając w imieniu i na rzecz zamawiającego odpowiedź na odwołanie w formie pisemnej wniósł pełnomocnik strony wskazując, iż zamawiający wnosi o oddalenie odwołania w całości i zasądzenie od odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w postaci zastępstwa procesowego, zgodnie ze złożoną na rozprawie fakturą VAT.

Krajowa Izba Odwoławcza – po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu i odpowiedzi na odwołanie, konfrontując je z zebrany w sprawie materiałem procesowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przedstawioną przez zamawiającego, w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, SIWZ, złożonymi ofertami i korespondencją prowadzoną w toku przetargu oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy – ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający stwierdził, że odwołanie dotyczy materii określonej w art. 180 ust. 1 p.z.p. i podlega rozpoznaniu zgodnie z art. 187 ust. 1 p.z.p. Izba stwierdziła dalej, że nie została wypełniona żadna z przesłanek o których mowa w art. 189 ust. 2 p.z.p., których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania meritum sprawy. Jak również, w ocenie składu orzekającego, odwołujący wykazał, że posiada legitymację materialną do wniesienia środka zaskarżenia, zgodnie z przesłankami art. 179 ust. 1 p.z.p.

W oparciu o akta sprawy odwoławczej Izba ustaliła następujące okoliczności istotne dla rozstrzygnięcia – okoliczności te nie były sporne pomiędzy stronami postępowania odwoławczego.

I. Zgodnie z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego:

1. w pkt 2 ust. 1 rozdziału V SIWZ zamawiający określił warunek udziału w przetargu, dotyczący zdolności zawodowej, w postaci wymogu wykazania, że wykonawca „zrealizował w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeśli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie - przynajmniej dwie dostawy sprzętu komputerowego o wartości nie mniejszej niż 500 000,00 (słownie: pięćset tysięcy, 00/100) PLN brutto każda”,
2. na potwierdzenie spełnienia ww. warunku zamawiający, zgodnie z pkt 1 ust. 3 rozdziału VI SIWZ, żądał złożenia „wykazu dostaw - załącznik nr 4 do SIWZ - wykonanych w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie wraz z podaniem ich wartości, przedmiotów, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy te zostały wykonane oraz załączeniem dowodów określających czy te dostawy zostały wykonane należyście, przy czym dowodami, o których mowa są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego dostawy były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie wykonawcy”.

II. Oświadczenia i dokumenty złożone przez odwołującego w zakresie spornych dostaw:

1. w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z 15.09.2020 r., wystosowane na podstawie art. 26 ust. 1 p.z.p., odwołujący złożył wykaz dostaw, gdzie:
 - w pozycji nr 2 wskazano dostawę sprzętu komputerowego na kwotę ponad 17 000 000,00 zł brutto, w terminie 29.06.2018 r., na rzecz Inea S.A. Wysogotowo, ul. Wierzbowa 84, 62-081 Przeźmierowo,
 - w pozycji nr 3 wskazano dostawę sprzętu komputerowego na kwotę 1 000 000,00 zł brutto, w terminie 05.08.2019 r., na rzecz Telewizji Polskiej S.A., ul. Jana Pawła Woronicza 17, Warszawa,Odwołujący załączył także dwa protokoły zdawczo - odbiorcze wraz z załącznikami (dotyczące pozycji nr 2 wykazu) i protokół odbioru ilościowego (dotyczący pozycji nr 3 wykazu); Ponadto, w dniu 29.09.2020 r., w związku z pytaniem osoby wyznaczonej do kontaktu z wykonawcami (pkt 2 rozdział VII SIWZ, pan M.N.) o posiadane referencje, odwołujący przesłał referencje od Inea S.A. w Poznaniu.
2. w odpowiedzi na wezwanie z 08.10.2020 r., w trybie art. 26 ust. 3 p.z.p., do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie przedmiotowego warunku udziału w przetargu, w zakresie dostawy z pozycji nr 2 i nr 3 wykazu, odwołujący złożył zamawiającemu: wyjaśnienia z 12.10.2020 r., notatkę służbową z 20.11.2017 r. dotyczący projektu Cyfrowa Szkoła Wielkopolsk@ 2020, umowę konsorcjum z 17.10.2017 r. i dwa wzory faktur;
3. w odpowiedzi na kolejne wezwanie, z 15.10.2020 r., wystosowane także na kanwie art. 26 ust. 3 p.z.p. w trybie naprawczym, do uzupełnienia wymaganego doświadczenia, odwołujący przedłożył: wyjaśnienia z 16.10.2020 r. i dwa oświadczenia własne z 19.10.2020 r.;

III. Informacją z dnia 17.11.2020 r. zamawiający, działając w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 12 p.z.p., wykluczył odwołującego z przetargu i wobec braku ofert niepodlegających odrzuceniu i wykonawców niepodlegających wykluczeniu, zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 1 p.z.p., unieważnił postępowanie.

Stan faktyczny sprawy nie był pomiędzy stronami sporny, sporna była ocena prawna oferty odwołującego. Postawione zarzuty sprowadzały sprawę do rozstrzygnięcia, czy zamawiający w sposób prawidłowy dokonał oceny i badania sytuacji podmiotowej odwołującego, w wyniku której wykluczył wykonawcę z postępowania (art. 24 ust. 1 pkt 12 p.z.p.), w następstwie czego unieważniono przetarg (art. 93 ust. 1 pkt 1 p.z.p.).

Skład orzekający dokonał oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 192 ust. 2 p.z.p., który stanowi, że Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Izba – uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy przedłożony przez strony, po dokonaniu ustaleń poczynionych na podstawie dokumentacji postępowania, w szczególności w oparciu o postanowienia ogłoszenia o zamówieniu, SIWZ, złożone oferty, korespondencję prowadzoną w toku przetargu pomiędzy zamawiającym a odwołującym, zważając na okoliczności faktyczne podniesione w odwołaniu – stwierdziła, że sformułowane przez odwołującego zarzuty nie znajdują potwierdzenia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym.

W ocenie składu rozpoznającego spór zamawiający w sposób prawidłowy ocenił złożone przez odwołującego w toku przetargu dowody, jako niepotwierdzające posiadania przez wykonawcę wymaganego doświadczenia, więc

właściwie ustalono, że odwołujący podlega wykluczeniu z postępowania, zaś wykonawca nie udowodnił okoliczności przeciwnej. Izba stwierdziła, że całość zebranego materiału procesowego wskazuje w sposób niebudzący wątpliwości na prawidłowość kwestionowanych przez odwołującego czynności zamawiającego, co powoduje, że odwołanie należało oddalić.

W ramach uwag natury ogólnej skład orzekający wskazuje, że obowiązkiem zamawiającego jest badanie i ocena, czy wykonawca posiada wszystkie cechy podmiotowe, wymagane do prawidłowego wykonania zamówienia – kiedy przez pryzmat określonych w dokumentacji postępowania wymagań weryfikuje się, czy przedłożone przez wykonawcę oświadczenia i dokumenty potwierdzają ich spełnianie. Tym niemniej ustawodawca ustanowił ciężar wykazania posiadania określonych cech na podmiocie, który ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego – wykonawca zobowiązany jest wykazać, że nie podlega wykluczeniu z postępowania. Zatem przedsiębiorcy, dążący do uzyskania zamówienia, powinni – adekwatnymi środkami dowodowymi – jednoznacznie wykazać zamawiającemu, że posiadają wszystkie cechy podmiotowe wymagane przepisami p.z.p.

Dowody, jakimi wykonawca jest zobowiązany wykazać brak podstaw do wykluczenia, zostały określone, w oparciu o art. 25 ust. 2 p.z.p., w rozporządzeniu Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2020 r., poz. 1282), dalej zwanym jako „rozporządzenie w sprawie rodzajów dokumentów”. Zwięźle wskazać należy, że brak podstaw do wykluczenia powinien zostać wykazany wskazanymi przez ustawodawcę środkami dowodowymi, których treść, w sposób odpowiedni i wyrażny, potwierdzi wymagane warunki podmiotowe wykonawcy.

Z materiału procesowego wynika, że w postępowaniu odwołujący nie wykazał wymaganych zdolności zawodowych – nie udowodnił spełnienia warunku z pkt 2 ust. 1 rozdziału V SIWZ, przywołanego w ppkt 1 pkt 1 okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia.

W zakresie spornej dostawy z pozycji nr 3, dla Telewizji Polskiej S.A. w Warszawie (dalej zwanej jako „Telewizja Polska”) skład orzekający stwierdził co następuje. Na pierwsze wezwanie zamawiającego odwołujący wraz z wykazem dostaw przedłożył jednostce zamawiającej „protokół odbioru ilościowego” z dnia 5 sierpnia 2019 r. W dowodzie tym stwierdzono, że pozycje są kompletne i skreślono wyrażenie „stwierdzono następujące braki”. Protokół odbioru ilościowego dotyczy sześciu pozycji w zakresie oprogramowania, serwerów, macierzy i dysków do macierzy.

Na wezwanie zamawiającego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających należyte wykonanie dostawy (art. 26 ust. 3 p.z.p.), odwołujący nie przedłożył żadnego dowodu pochodzącego od podmiotu, na rzecz którego wykonano dostawę. Odwołujący złożył własne oświadczenie, z dnia 12 października 2020 r., iż według jego wiedzy dostawy w ramach umowy z Telewizją Polską zostały wykonane należyście, bez uwag, co potwierdza dokonanie zapłaty za wystawioną przez odwołującego fakturę. Przedmiotowej faktury nie przedstawiono, nie przedstawiono także żadnego dowodu potwierdzającego dokonanie zapłaty.

Na kolejne wezwanie, już do uzupełnienia wymaganego doświadczenia, również w trybie naprawczym uregulowanym w art. 26 ust. 3 p.z.p., odwołujący ponownie złożył oświadczenie własne, z dnia 19 października 2020 r., wskazując, iż z powodu zaistnienia uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze (ze względu na informację od zamawiającej Telewizji Polskiej, że nie wystawia referencji) odwołujący składa oświadczenie własne, w którym oświadcza, że należyście wykonał przedmiotową dostawę.

Izba stwierdziła, że odwołujący w toku przetargu nie udowodnił posiadania wymaganego przez zamawiającego doświadczenia – należyte wykonanie dostawy dla Telewizji Polskiej nie zostało wykazane.

Po pierwsze, zamawiający dysponował wyłącznie protokołem odbioru ilościowego, który jako jedyny posiada charakter dowodu określonego w § 2 ust. 4 pkt 2 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, czyli ma charakter środka dowodowego pochodzącego od podmiotu, na rzecz którego wykonano dostawę. Tym niemniej w swojej treści protokół nie udowadnia należytego wykonania umowy. Rację ma zamawiający, iż dokument dotyczący odbioru ilościowego wskazuje na dostarczenie właściwej ilości sprzętu w nim wymienionego – pozycje są kompletne, nie stwierdzono braków wymaganego sprzętu. Tożsamo zauważył odwołujący w uzasadnieniu odwołania, iż w przypadku dostaw sprzętu informatycznego jego odbiór zazwyczaj polega na sprawdzeniu ilości dostarczonego sprzętu, nie ma miejsca uruchamianie każdego urządzenia i sprawdzania poprawności jego działania. Zatem sam protokół odbioru ilościowego nie potwierdza właściwego wykonania zamówienia.

W ocenie składu orzekającego konieczność wykazania prawidłowego wykonania zobowiązania należy połączyć z celem postawienia warunku udziału w przetargu, jakim jest zagwarantowanie zamawiającemu możliwości udzielenia zamówienia wykonawcy, który w sposób prawidłowy wykonał wcześniejsze dostawy, więc daje rękojmię prawidłowej realizacji zamówienia. Mając na uwadze cechy formalne systemu prawnego, wyrażone w zasadzie spójności i zupełności systemu prawa, Izba przyjęła, że wymóg potwierdzenia należytego wykonania wymaganých dostaw należy wyklądać – mając na względzie art. 14 ust. 1 p.z.p. – przez pryzmat zasad wykonywania zobowiązań i skutków ich niewykonania, bądź nienależytego wykonania, przewidzianego w prawie cywilnym.

Nienależyte wykonanie umowy (art. 471 k.c. w zw. z art. 14 ust. 1 p.z.p.) oznacza, iż wykonanie zobowiązania nie nastąpiło w sposób określony w umowie, co uprawnia wierzyciela do dochodzenia od dłużnika powstałej w ten sposób szkody, kiedy dłużnik co prawda podjął czynności z zamiarem wykonania zobowiązania, ale osiągnięty przez niego wynik nie odpowiada świadczeniu określonymu w umowie – zachowanie się dłużnika częściowo pozostaje w zgodzie z treścią zobowiązania, a częściowo jest z nią sprzeczne (czyli osiągnięty przez dłużnika wynik nie spełnia wymogów świadczenia, do którego dłużnik był zobowiązany), por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z 9 maja 2019 r. sygn. akt: I AGa 192/18.

Zatem o należytych wykonaniu zobowiązania można mówić w aspekcie zachowania przez wykonawcę istotnych wymagań zamawiającego, w tym dotyczących przedmiotowo istotnych elementów zawartej umowy, tj. w zakresie terminu, sposobu, miejsca i jakości świadczenia, a nie tylko w zakresie ilości dostarczanego sprzętu komputerowego. Trudo uznać za właściwy dokument udowadniający dostarczenie wyłącznie kompletnej ilości dysków, serwerów, macierzy, bez odniesienia się do potwierdzenia cech przedmiotowych dostarczanych urządzeń. Z protokołu odbioru ilościowego nie wynika, czy urządzenia nie były wadliwe jakościowo, czy nie były uszkodzone, czy posiadały wszystkie określone w umowie cechy (parametry i wymagania określone przez zamawiającego), czy dostawa nastąpiła w terminie, etc. Jest to zatem dokument odnoszący się jedynie do prawidłowej ilości dostarczonych urządzeń, który nie potwierdza w sposób wystarczający, że umowa zawarta z Telewizją Polską została wykonana w sposób należyty – w zgodzie z treścią łączącą stronę stosunku obligacyjnego.

Po wtóre, skład orzekający stwierdził, iż w ustalonym stanie rzeczy zamawiający prawidłowo nie uznał oświadczeń złożonych przez odwołującego, jako adekwatnych środków dowodowych. Odwołujący nie wykazał bowiem, aby możliwym było zastosowanie odstępstwa od zasady wykazania należytego wykonania zamówienia dokumentem

wystawionym przez podmiot, na rzecz którego umowa została wykonana, i udowodnienie prawidłowości dostawy oświadczeniem własnym strony.

Oświadczenie wykonawcy stanowi właściwy środek dowodowy jedynie, gdy z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać dowodu pochodzącego od zamawiającego (§ 2 ust. 4 pkt 2 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów). Przesłankę zajścia obiektywnej, uzasadnionej przeszkody, która powoduje brak możliwości uzyskania dowodu od podmiotu zamawiającego sprzęt komputerowy należało wykazać, ponieważ dopiero kiedy wykonawca jest w stanie udowodnić, że przykładowo zamawiający nie wydaje takich dokumentów, może złożyć odpowiednie oświadczenie własne. Argumentacja odwołującego o zajściu przeszkody w uzyskaniu dowodu od Telewizji Polskiej pozostała subiektywnym i gołosłownym stanowiskiem strony. Nie wystarczy stwierdzić, że taka sytuacja zaistniała, a należy podjąć chociażby próbę, aby ją udowodnić, czego odwołujący w toku przetargu nie uczynił.

Na rozprawie przedłożono wydruk z korespondencji elektronicznej z dnia 1 października 2020 r., zgodnie z którą pan K.S. wskazuje, że jego dyrekcja nie wystawia referencji. Pan K.S. udzielił tych informacji w czasie badania i oceny ofert w postępowaniu, ale korespondencji tej nie przedłożono zamawiającemu, zatem jest to dowód spóźniony (pomijając już nawet deliberacje w przedmiocie uprawnienia osoby prowadzącej korespondencję do składania wiążących oświadczeń w tym przedmiocie). Izba weryfikuje prawidłowość czynności jednostki zamawiającej na kanwie materiału, który zamawiający otrzymał od odwołującego w przetargu, a nie na podstawie dodatkowych dowodów, ujawnionych dopiero w postępowaniu odwoławczym. Zamawiający kilkakrotnie wzywał odwołującego do złożenia dowodów i wyjaśnień, a wykonawca nie zdecydował się na ich przedstawienie. Na rozprawie nie wskazano również na żadne obiektywne przeszkody, które uniemożliwiały przedłożenie tej korespondencji elektronicznej (której dysponentem jest odwołujący) w toku wyjaśnień dla jednostki zamawiającej.

Ponadto, ustawodawca nie ograniczył możliwości wykazania należytego wykonania dostawy do dokumentu referencji, a umożliwił wykonawcom posłużenie się szeroką paletą dowodów. Odwołujący, w wyjaśnieniach złożonych w odpowiedzi na wezwanie z dnia 8 października 2020 r., w trybie art. 26 ust. 3 p.z.p. do uzupełnienia dowodów potwierdzających należyte wykonanie przedmiotowej dostawy, podnosił, że istnieją inne dowody (należyte wykonanie umowy zostało potwierdzone dokonaniem zapłaty faktury), które mógłby przedłożyć, a czego nie zrobił.

Mając na uwadze powyższe skład rozpoznający spór stwierdził, że odwołujący, którego obciąża ciężar wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, nie udowodnił w sposób prawidłowy należytego wykonania dostawy wskazanej w pozycji nr 3 wykazu dostaw – dostawy na rzecz Telewizji Polskiej S.A. w Warszawie.

W przedmiocie spornej dostawy sprzętu komputerowego z pozycji nr 2 wykazu dostaw, dla Inea S.A. w Poznaniu (dalej zwanej jako "Inea"), Izba wskazuje jak niżej.

Na wstępie należy zaznaczyć, iż umknęło odwołującemu, iż spór nie sprowadzał się do rozstrzygnięcia zagadnienia prawnego, czy koniecznym jest istnienie odrębnego od umowy konsorcjum stosunku prawnego pomiędzy konsorcjantami, aby możliwym było wykazanie się doświadczeniem na rzecz Inea. Izba stwierdziła, że w ustalonym stanie rzeczy istotnym dla rozpoznania sprawy była ocena treści dowodów składanych przez odwołującego w zakresie dotąd niespornego stanu faktycznego – ponieważ to brzmienie składanych środków dowodowych i wyjaśnień strony wzbudziło uzasadnione wątpliwości zamawiającego, pogłębiające się w toku odpowiedzi na kolejne wezwania, co skutkowało ustaleniem okoliczności wskazanych w zawiadomieniu o wykluczeniu odwołującego z przetargu, a nie sama możliwość powołania się na doświadczenie nabyte w ramach dostawy dla członka konsorcjum, co następnie przekazano odbiorcy końcowemu, zamawiającemu.

W wyniku pierwszego wezwania zamawiającego, na podstawie art. 26 ust. 1 p.z.p., odwołujący wraz z wykazem dostaw przedłożył jednostce zamawiającej dwa protokoły zdawczo - odbiorcze z załącznikami w postaci wykazu dostarczanych towarów, gdzie odbierającym jest Inea. W obu protokołach, w opisie wykonanych usług, widnieje treść „dostarczenie i skonfigurowanie drugiej części urządzeń na potrzeby projektu Cyfrowa Szkoła Wielkopolsk@ 2020”.

Jak wskazano w wezwaniu zamawiającego z dnia 8 października 2020 r. projekt cyfrowa szkoła był realizowany przez Ośrodek Doskonalenia Nauczycieli w Poznaniu (dalej zwany jako „ODN”), który udzielił zamówienia publicznego konsorcjum w składzie: odwołujący, Inea oraz Fundacja eSzkoła. Dalej w wezwaniu stwierdzono, że jeżeli sprzęt komputerowy został dostarczony na potrzeby projektu, na podstawie umowy zawartej pomiędzy ODN, a konsorcjum – to co do zasady stroną właściwą do potwierdzenia należytego wykonania dostawy jest ODN. Jeżeli zaś sprzęt komputerowy został dostarczony na potrzeby projektu, w wyniku transakcji zawartej pomiędzy Ineą, a wykonawcą – właściwą do potwierdzenia prawidłowego wykonania dostawy jest Inea. Zamawiający wezwał również odwołującego do uzupełnienia dowodów potwierdzających, że dostawa sprzętu komputerowego została wykonana w ramach stosunku zobowiązaniowego łączącego go z Ineą.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie odwołujący złożył zamawiającemu wyjaśnienia wraz notatką służbową z dnia 20 listopada 2017 r., umową konsorcjum z dnia 17 października 2017 r. i wzorami dwóch faktur. Ponadto, w toku badania i oceny ofert zamawiający dysponował także dokumentem referencji z dnia 28 września 2020 r.

Notatka służbowa, umowa konsorcjum i dokument referencji spójnie potwierdzają, że konsorcjum, w skład którego wchodził odwołujący, wykonywało zamówienie cyfrowa szkoła na rzecz ODN. W tym poszczególni członkowie konsorcjum wykonywali odpowiednie części zamówienia, w ramach ustaleń pomiędzy konsorcjantami. Odwołujący, zgodnie z notatką służbową i referencjami Inea, dostarczał infrastrukturę teleinformatyczną w ramach umowy konsorcjum, na zamówienie ODN. Ponadto, zgodnie z rzeczonymi referencjami, w ramach dotychczasowej współpracy konsorcyjnej – gdzie odwołujący był odpowiedzialny za „dostawę oraz konfigurację infrastruktury informatycznej” – współpraca ta, zdaniem Inea, układa się poprawnie.

Natomiast z wyżej opisanych dowodów nie wynika, aby odwołujący wykonał dostawę (przez którą, zgodnie z art. 2 pkt 2 p.z.p., należy rozumieć nabywanie rzeczy oraz innych dóbr, w szczególności na podstawie umowy sprzedaży, dostawy, najmu, dzierżawy oraz leasingu urządzeń informatycznych) na rzecz Inea. Złożone dowody dotyczą współpracy w ramach konsorcjum, ale w żadnym ich miejscu nie uregulowano, że sporna dostawa sprzętu informatycznego zostanie wykonana na rzecz Inea i przez nią odebrana, czy żeby odwołujący wobec Inea ponosił jakąkolwiek odpowiedzialność za jej należyte wykonanie – stąd zamawiający słusznie powziął uzasadnione wątpliwości, kto ma poświadczyć należyte wykonanie dostawy sprzętu dotyczącego projektu cyfrowa szkoła. Przy tym odwołujący, ani w postępowaniu przetargowym, ani w postępowaniu odwoławczym, nie wskazał na jednoznaczną treść któregośkolwiek z dowodów potwierdzającą dostawę na rzecz Inea. Usiłowano raczej wywodzić stawiane hipotezy z całokształtu własnych założeń, lub własnej oceny sytuacji, a nie ustalonej, konkretnej treści złożonych dowodów. W konsekwencji, odwołujący twierdził co prawda, że dostawę wykonał na rzecz Inea, ale złożył na potwierdzenie tej tezy dowody, z których wynikało, że dostawa miała jednak miejsce na rzecz ODN, wykazując w ten sposób niezasadność

swoich twierdzeń w sposób spójny i przekonujący.

Izba stwierdziła zatem, że przedstawiony materiał dowodowy nie daje podstawy do przyjęcia, że odwołujący wykonał dostawę urządzeń informatycznych, dotyczących projektu cyfrowa szkoła, dla podpisującej przedstawione protokoły zdawczo - odbiorcze Inei, zaś odwołujący nie wykazał okoliczności przeciwnej. Zarówno umowa konsorcjum, jak i referencje nie udowadniają, że to Inea była odbiorcą dostawy przedmiotowych urządzeń informatycznych, a tym samym, że Inea jest uprawniona do potwierdzenia jej należytego wykonania. Odwołujący także takiej treści nie był w stanie wskazać, opierając swoje założenia – zgodnie z jego wyjaśnieniami z 12 października 2020 r. – na § 10 umowy konsorcjum, gdzie uregulowano rozliczenia członków konsorcjum. W umowie przyjęto bowiem, iż wynagrodzenie zamawiającego wypłacane jest dla lidera konsorcjum (Inea), który dokonuje wypłaty należnego wynagrodzenia członkom konsorcjum. Podstawą do wypłaty wynagrodzenia jest należyte wykonanie prac przez członka konsorcjum i wystawienie faktury VAT, gdzie jako nabywcę wskazany zostanie lider. Tym niemniej, czym innym jest przyjęty sposób rozliczenia wynagrodzenia od zamawiającego pomiędzy konsorcjantami, a czym innym stosunek obligacyjny, którego przedmiotem jest dostawa. Nadto, w § 10 ust. 10 wskazuje się, że rozliczenie stron nastąpi po wykonaniu prac objętych kontraktem i odebraniu ich przez zamawiającego (a nie przez lidera – Inea). Skład orzekający nie ocenia przy tym zasadności takiego postępowania z perspektywy prawa podatkowego (rozliczenia VAT z innym podmiotem niż ten, na rzecz którego dostawa jest wykonywana), lecz zauważa, że nie ma wątpliwości, iż w istocie przepływ finansowy pomiędzy konsorcjantami nie zmienia istoty sformułowanego przez strony stosunku, wedle którego podmiotem, wobec którego odwołujący był odpowiedzialny za należyte wykonanie dostawy nie była Inea, a ODN – kontrahent konsorcjum. Ponieważ to całość konsorcjum jest odpowiedzialna solidarnie za realizację umowy, to należy stwierdzić, że w istocie Inea potwierdziła prawidłowe wykonanie części umowy, za której prawidłowe wykonanie sama była odpowiedzialna.

Skoro zatem z materiału procesowego nie wynika, aby odbiorcą dostawy była Inea – przedłożona umowa konsorcjum nie pozwala na takie założenie, zaś referencje i notatka wskazują, że to odwołujący był odpowiedzialny za dostawę w ramach zamówienia, czyli na rzecz zamawiającego ODN – nie sposób przyjąć, że doświadczenie zostało wykazane prawidłowo. Jedynie podmiot, na rzecz którego wykonano dostawę, może poświadczyć jej wykonanie, co jest wprost podyktowane tym, że to wobec tego podmiotu wykonawca jest odpowiedzialny za należyte wykonanie zobowiązania, kiedy materiał dowodowy nie daje podstaw do przyjęcia, że w zakresie dostawy urządzeń z pozycji 2 wykazu dostaw była to Inea.

Odwołujący nie podnosił również, że istniał odrębny stosunek prawny, od umowy konsorcjum z dnia 17 października 2020 r., dotyczący urządzeń z projektu cyfrowa szkoła, wskazanych w protokołach zdawczo - odbiorczych, który udowodniłby jego twierdzenia o wykonaniu dostawy na rzecz Inea.

Izba podzieliła również stanowisko zamawiającego w zakresie odmówienia wiarygodności wzorom faktur, złożonym przez odwołującego w przetargu, po upływie terminu wskazanego na złożenie wyjaśnień. Jedynie na marginesie należy zauważyć, że gdyby projekty te zostały złożone w wymaganym terminie, istotnym jest, iż są to wzory dokumentów dokumentujących zdarzenia związane z obowiązkiem podatkowym, które nie mogłyby zostać wprowadzone do obrotu gospodarczego, gdyż nie spełniają wymogów wynikających z art. 106e ust. 1 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz.U. z 2020 r. poz. 106 ze zm.). Trudno też mówić o mocy dowodowej jakiegokolwiek wzoru. Na rozprawie, co jest działaniem spóźnionym, przedłożono faktury, które miałyby być następcami złożonych w przetargu wzorów. Faktury posiadają datę wystawienia 11 czerwca 2018 r., kiedy badanie i ocena ofert, w tym postępowanie wyjaśniające ofertę odwołującego, nastąpiło na przełomie września i października 2020 r., stąd niezrozumiałym pozostało ujawnienie ich dopiero na rozprawie przed Izbą. Odwołujący nie wskazał także na żadne obiektywne przeszkody, które usprawiedliwiłaby brak złożenia faktur z 2018 r. zamawiającemu.

Za spóźniony Izba uznała także dowód złożony na rozprawie, w postaci korespondencji elektronicznej z dnia 9 grudnia 2020 r., zawierający, jak wskazał odwołujący fragmenty wyciągu z systemu informatycznego, finansowego wykonawcy, dotyczący transakcji z roku 2018, złożony dopiero w postępowaniu odwoławczym. Dowód ten, pomijając nawet oczywisty brak waloru dokumentu, jest nieprzydatny do ustalenia jakichkolwiek okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia.

W zakresie dostawy dla Inea w postępowaniu także przedstawiono oświadczenie własne wykonawcy, co nie jest działaniem zgodnym z § 2 ust. 4 pkt 2 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów. Jak już wcześniej zaznaczono, złożenie oświadczenia własnego wymaga zaistnienia obiektywnej przeszkody w wykazaniu się dowodem wystawionym przez podmiot, na rzecz którego wykonano dostawę. Odwołujący twierdził, że podmiotem tym jest Inea, co nie znalazło potwierdzenia w materiale dowodowym, tym niemniej oświadczenie własne składa się w przypadku braku możliwości uzyskania takich dokumentów, a nie w przypadku posiadania dokumentów, które nie potwierdzają w sposób właściwy okoliczności, na które są przedkładane. Także argumentacja odwołującego, wskazana w piśmie z dnia 19 października 2020 r., iż powodem złożenia oświadczenia własnego, zamiast poświadczenia od ODN, jest fakt, że wykonawca wykonał prace i otrzymał wynagrodzenia od Inea, nie wpisuje się w ustawową przesłankę konieczności udowodnienia uzasadnionej przyczyny braku referencji od zamawiającego. Tutaj należałoby odnieść się do powodu związanego z działaniem ODN, czyli wskazania na obiektywne okoliczności dotyczące braku możliwości uzyskania poświadczenia od ODN, a taką obiektywną przeszkodą nie jest ocena odwołującego, który podmiot do wystawienia poświadczenia jest właściwy.

W konsekwencji powyższego skład orzekający stwierdził, że odwołujący nie wykazał w sposób prawidłowy należytego wykonania dostawy wskazanej w pozycji nr 2 wykazu dostaw – dostawy na rzecz Inea S.A. w Poznaniu. Dokonana przez skład orzekający kontrola czynności zamawiającego skutkowałą stwierdzeniem, iż zamawiający prawidłowo ocenił złożone przez odwołującego środki dowodowe, zaś zarzuty stawiane w tym zakresie przez odwołującego są bezzasadne i jako takie nie zasługują na uwzględnienie.

Ponadto, na podstawie akt postępowania odwoławczego Izba ustaliła, że odwołujący był dwukrotnie wzywany przez zamawiającego do uzupełnienia wykazania zdolności zawodowej. W trybie naprawczym, na podstawie art. 26 ust. 3 p.z.p., wezwano odwołującego w zakresie uzupełnienia dowodów należytego wykonania zamówienia i w zakresie uzupełnienia wymaganego doświadczenia (vide ppkt 2 i 3 pkt II okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia). Zatem wobec wykorzystania procedury uzupełniającej, wykonawca podlega wykluczeniu z przetargu – co powoduje, że zamawiający prawidłowo zastosował art. 24 ust. 1 pkt 12 p.z.p. i powodowało konieczność unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 p.z.p.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 p.z.p. Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Brak potwierdzenia zarzutów wskazanych w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym nie została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 p.z.p.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego wydano na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 p.z.p., tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. § 3 pkt 2 lit. b 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), obciążając odwołującego, jako stronę przegrywającą, kosztami postępowania odwoławczego, na które złożył się uiszczony przez wykonawcę wpis i koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego, zasądzone na podstawie złożonej faktury VAT, zmniejszone do kwoty wynikającej z § 3 pkt 2 lit. b ww. rozporządzenia.

Przewodniczący:

.....