

WYROK
z dnia 11 lipca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Piotr Ceglowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 lipca 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 23 czerwca 2017 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przez wykonawcę: **M. L. & C. Sp. z o. o. (...)** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **12 Wojskowy Oddział Gospodarczy (...)**,

orzeka:

1. Uwzględni odwołanie i nakazuje Zamawiającemu ponowne skierowanie do wnoszącego odwołanie wykonawcy zawiadomienia, o którym mowa w art. 51 ust.1a ustawy – Prawo zamówień publicznych z podaniem w jego treści uzasadnienia faktycznego i prawnego dokonanej oceny wniosku wykonawcy, w tym co do okoliczności wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust.1 pkt 12 i pkt 16 ustawy Pzp;
2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego: **12 Wojskowy Oddział Gospodarczy (...)** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **M. L. & C. Sp. z o. o. (...)** tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od zamawiającego: **12 Wojskowy Oddział Gospodarczy (...)** na rzecz wykonawcy: **M. L. & C. Sp. z o. o. (...)** kwotę **18.600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez wykonawcę tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600 zł.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 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**.

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione przez wykonawcę - M. L. & C. Sp. z o. o. z Kutna (dalej: Odwołujący lub wykonawca M.) w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego postępowania prowadzonego w trybie przetargu ograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2015.2164 ze zm.), (dalej: ustawa Pzp), którego przedmiotem są: „Naprawy systemu komunikacji głosowej VCS 3020X”, numer referencyjny: U/18/IW/17. Ogłoszenie o zamówieniu w sprawie przedmiotowego zamówienia zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 12.05.2017 r. pod nr 2017/S 091-180186. Zdaniem wnoszącego odwołanie, Zamawiający - 12 Wojskowy Oddział Gospodarczy z T., wykluczył z postępowania wykonawcę: (...) podczas gdy nie było ku temu podstaw a jednocześnie zaniechał wykluczenia z postępowania p. Z. N. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą r. N. Z. N., pomimo że wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w Postępowaniu. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że podejmując kwestionowane czynności, naruszył w szczególności:

- 1) art. 24 ust. 1 pkt 12 i 16 ustawy Pzp w zw. z art. 51 ust. 1a ustawy Pzp z uwagi na bezpodstawne wykluczenie Odwołującego z postępowania z powodu niezasadnego uznania, że wykonawca nie wykazał spełniania warunków udziału oraz wprowadził

- Zamawiającego w błąd, co do tej okoliczności, przy jednoczesnym braku uzasadnienia tej decyzji, w sytuacji gdy Odwołujący przedstawił rzetelne i prawdziwe informacje potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu, czym potwierdził, że warunki te spełnia; powyższe stanowił rażące naruszenie przepisów ustawy Pzp i uniemożliwia Odwołującemu poznanie motywów podjęcia decyzji o jego wykluczeniu;
- 2) art. 51 ust. 1a ustawy Pzp w zw. z art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp z uwagi na zaniechanie uzasadnienia faktycznego i prawnego decyzji, co do wykluczenia Odwołującego z postępowania, pomimo ustawowo nałożonego na Zamawiającego obowiązku oraz nieprzekazanie Odwołującemu informacji o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu przez pozostałych wykonawców, co stanowiło rażące naruszenie przepisów ustawy Pzp i uniemożliwiło Odwołującemu poznanie motywów podjęcia decyzji o jego wykluczeniu;
- 3) art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 1 ustawy Pzp z uwagi na zaniechanie wykluczenia wykonawcy Z. N. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą r. N. Z. N. (dalej: r. N.), pomimo że wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału dotyczących wymaganych treścią ogłoszenia kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej;

3

-
- 4) art. 26 ust. 3 ustawy Pzp (z ostrożności) z uwagi na zaniechanie wezwania wykonawcy r. N. do uzupełnienia koncesji zgodnej z wymaganiami Ogłoszenia o zamówieniu;
- 5) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp z uwagi na prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób, który nie zapewnia zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zasad proporcjonalności i przejrzystości.

Wykonawca wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu: (1) unieważnienie czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, a następnie (2) dokonanie ponownej oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wraz z wnioskiem Odwołującego; i (3) wykluczenie wykonawcy r. N. z postępowania, a (4) w konsekwencji nakazanie zaproszenia Odwołującego do złożenia oferty.

Odwołujący stwierdził, że: (...) jest legitymowany do wniesienia odwołania, stosownie do wymagań określonych w art. 179 ust 1 ustawy Pzp, jako wykonawca zainteresowany udziałem w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i uzyskaniem tego zamówienia. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp interes Odwołującego doznał uszczerbku, w związku z czym Odwołujący może ponieść szkodę. Odwołujący złożył prawidłowy wniosek o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu. Na skutek działań Zamawiającego Odwołujący został pozbawiony możliwości złożenia oferty, a więc zarazem pozyskania przedmiotowego zamówienia. W przypadku uznania przez Krajową Izbę Odwoławczą zasadności niniejszego odwołania, a następnie po dokonaniu przez Zamawiającego żądanych czynności, Odwołujący będzie mógł złożyć ofertę, która może zostać uznana za najkorzystniejszą. W związku z tym Odwołujący będzie miał możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia. Dodatkowo wskazać należy, że Odwołujący jako wykonawca zainteresowany pozyskaniem przedmiotowego zamówienia i spełniający warunki udziału w Postępowaniu, poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy r. N., zostaje narażony na konkurowanie na nierównych zasadach z ofertą wykonawcy, który winien podlegać wykluczeniu z Postępowania. Powyższe dowodzi naruszenia interesu w uzyskaniu zamówienia, co czyni zadość wymaganiom określonym w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp do wniesienia niniejszego odwołania”.

W uzasadnieniu zarzutów podał:

I. Zamawiający w dniu 14 czerwca 2017r. przesłał Odwołującemu faksem informację o jego wykluczeniu z Postępowania na podstawie art. 24 ust 1 pkt 12 oraz 16 ustawy Pzp, jednakże informacja ta nie zawierała ani uzasadnienia faktycznego, ani uzasadnienia prawnego podjęcia takiej decyzji przez Zamawiającego.

4

A. Zaniechanie uzasadnienia decyzji o wykluczeniu Odwołującego:

Zgodnie z art. 51 ust. 1a ustawy Pzp Zamawiający ma obowiązek przekazać wykonawcom informację o wynikach oceny spełniania warunków udziału w Postępowaniu. Informacja taka musi posiadać uzasadnienie prawne i faktyczne. Również w świetle art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp Zamawiający informuje niezwłocznie wszystkich wykonawców o wykonawcach, którzy zostali wykluczeni, podając uzasadnienie faktyczne i prawne. Uzasadnienie to jest szczególnie istotne w przypadku decyzji o wykluczeniu, ponieważ decyzja ta eliminuje udział wykonawcy w dalszych etapach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a tym samym uniemożliwia pozyskanie danego zamówienia. Stanowi więc najbardziej dolegliwą sankcję dla wykonawcy podczas postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i w związku z tym musi być uzasadniona. Wskazanie faktycznych i prawnych motywów działań podjętych przez Zamawiającego stanowi dla wykonawców gwarancję legalności tych działań. Ponadto wymagają tego zasady jawności, pisemności oraz równego traktowania wykonawców, stanowiące filar unijnego systemu zamówień publicznych. Dalej podał, że Zamawiający ograniczył Odwołującemu, możliwość poznania rzeczywistych powodów jego wykluczenia z Postępowania. Wskazanie jedynie lakonicznej informacji o wykluczeniu Odwołującego nie stanowi realizacji przez Zamawiającego obowiązku, wynikającego z art. 51 ust. 1a ustawy Pzp. Zwrócił uwagę, na argumentację podaną przez Krajową Izbę Odwoławczą, w uchwale z dnia 29 maja 2013 r. w sprawie o sygn. akt: KIO/KD 46/13: cyt. (...) Już wykładnia językowa art. 51 ust 1a ustawy nie daje podstaw do obrony poglądu, że przekazanie wyłącznie informacji o zakwalifikowaniu się lub nie do kolejnego etapu postępowania stanowi wypełnienia powinności nałożonej na zamawiającego przywołanym przepisem. Ustawa nie wskazuje zakresu przedmiotowego pojęcia „wyniki oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu”. Natomiast odwołanie się do wykładni celowościowej i systemowej przesądza o obowiązku zamawiającego przekazywania wykonawcom pełnej informacji umożliwiającej ochronę ich praw w postępowaniu. Treść informacji e zakresie w znacznym stopniu ramy faktyczne i prawne w jakich wykonawcy nie zgadzający się z ustaleniami i oceną zamawiającego mogą je kwestionować przez wnoszenie środków ochrony prawnej. Formalny charakter postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz prekluzyjny charakter terminów na wnoszenie środków ochrony prawnej wymagają podwyższonej staranności nie tylko od wykonawców, lecz nakładają też obowiązki na zamawiającego. Zamawiający nie może przez sposób wykonywania przypisanych mu powinności ustawowych uniemożliwiać wykonawcom obronę swoich praw w postępowaniu”. Także wskazał na wyrok w sprawie o sygn. akt: KIO 2447/13, która orzekła: „Przechodząc kolejno do interpretacji art. 51 ust. 1a ZamPubiU z zastosowaniem wykładni systemowej należy zauważyć przede wszystkim, że ilekroć wykonawca skutkiem czynności

5

zamawiającego jest eliminowany z udziału w postępowaniu, zamawiający jest zobowiązany do podania uzasadnienia faktycznego i prawnego dokonanej czynności.”, podkreślając jednocześnie: „Nie jest rzeczą wykonawców domyślanie się, na jakich podstawach faktycznych i prawnych oparł Zamawiający ocenę wniosków. To obowiązkiem Zamawiającego jest przekazanie wykonawcom informacji zawierającej uzasadnienie dokonanej oceny”. Ponadto na wyrok w sprawie o sygn. akt: KIO 2506/14, w którym uznała: „Konkludując rozważania dotyczące wykładni art. 51 ust 1a ustawy Pzp, Izba wyraża pogląd, że prawidłowa realizacją obowiązku zamawiającego, wynikającego z tego przepisu jest po pierwsze, podanie uzasadnienia faktycznego i prawnego dokonanej oceny. Zamawiający powinien podać co najmniej informację o przyczynach, dla których wykazane roboty budowlane nie zostały pozytywnie zweryfikowane. Po drugie, zamawiający ma obowiązek przekazać taką samą informację na temat dokonanej oceny wszystkim wykonawcom, którzy złożyli wnioski - tak, aby każdy z nich w momencie otrzymania informacji dysponował taką samą wiedzą.” Podkreślił, że Zamawiający nie poinformował Odwołującego o wynikach oceny spełniania warunków udziału w Postępowaniu przez pozostałych wykonawców. Odwołujący powziął wiedzę o tym fakcie dokonując w dniu 22 czerwca 2017 r. wglądu w dokumentację postępowania.

B. Bezpodstawne wykluczenie Odwołującego z Postępowania

Kwestionując zastosowanie art. 24 ust. 1 pkt 12 i 16 ustawy Pzp, jako podstawy wykluczenia wykonawcy, Odwołujący stwierdził, że są one zupełnie bezpodstawne. Podniósł, że: (...) art. 24 ust 1 pkt 12 ustawy Pzp stanowi o wykluczeniu wykonawcy, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub

złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia, a z kolei pkt 16 tego artykułu o wykluczeniu wykonawcy, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów". Odwołujący podał, że: (...) w celu spełnienia warunku określonego w sekcji III.1.3 ogłoszenia o zamówieniu, dotyczącego zdolności technicznych i kwalifikacji zawodowych w postaci wykonania 8 usług odpowiadających swoim rodzajem usługom stanowiącym przedmiot zamówienia, przedstawił wykaz wykonanych usług, który w sposób jednoznaczny potwierdzał realizację takiej liczby odpowiednich usług. Był on wystarczający do wykazania spełnienia warunków udziału w Postępowaniu. W dniu 6 czerwca 2017 r. Zamawiający skierował jednak do Odwołującego pismo w związku z wątpliwościami dotyczącymi złożonych przez Odwołującego wraz z wnioskiem dokumentów, wnosząc o złożenie szczegółowych wyjaśnień w zakresie doświadczenia nabytego podczas realizacji poprzedniej umowy. Wątpliwości Zamawiającego oparte były na przyjętym

6

przez Zamawiającego założeniu, że firma r. N., na której doświadczenie zdaniem Zamawiającego powołał się Odwołujący, była podwykonawcą na takich samych warunkach jak Odwołujący, a nie podwykonawcą Odwołującego w rozumieniu zapisów w/w umowy z dnia 25 sierpnia 2014 r. i aneksu z dnia 26 września 2014 r. W odpowiedzi Odwołujący przesłał Zamawiającemu wyczerpujące wyjaśnienia, w których wyjaśnił, iż posiada odpowiednie doświadczenie, a r. N. Z. N., z którym realizował umowy wykazane w wykazie usług, był osobą realizującą przedmiotowe usługi w imieniu Odwołującego. Pomimo przedstawienia wyjaśnień, Zamawiający podjął niezgodne z ustawą Pzp działania, polegające na wykluczeniu Odwołującego z Postępowania, przy czym w świetle przedstawionych wyjaśnień, motywy decyzji Zamawiającego są Odwołującemu nieznanne".

Odnosząc się do pierwszej z podstaw wykluczenia (art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp), Odwołujący wyjaśnił, że (...) był podwykonawcą F. N. GmbH (dalej: „F.”) zamówienia, którego przedmiotem było serwisowanie systemu komunikacji głosowej VCS 3020X. Wykonawca F. jako wykonawca wyłoniony w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, był stroną umowy nr 712/2014 zawartej w dniu 25 sierpnia 2014 r. z 12 WOG-iem. Z wiedzy Odwołującego wynika, iż M. L. & C. Sp. z o.o. był jedynym podwykonawcą firmy F. na tym zadaniu. Za zgodą F. spółka M. zawarła umowę z p. Z. N., prowadzącym jednoosobową działalność gospodarczą pod firmą r. N.. Na mocy zawartej umowy p. Z. N. zobowiązał się do wykonywania na rzecz M. L. & C. Sp. z o.o. usług polegających na serwisowaniu i naprawie systemu komunikacji głosowej VCS 3020X. Stąd też Odwołujący był w pełni uprawniony, aby wykazać się doświadczeniem wskazanym we wniosku. Mając na uwadze powyższe, wykluczenie Odwołującego z Postępowania było nieuprawnione w świetle postanowień ustawy Pzp, bowiem Odwołujący wykazał spełnianie warunków udziału w Postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej".

W przedmiocie drugiej z podstaw wykluczenia stwierdził, że (...) jest całkowicie niezrozumiała dla Odwołującego (art. 24 ust 1 pkt 16 ustawy Pzp). Co istotne, Zamawiający nie wykazał, że zaistniały podstawy do wykluczenia Odwołującego w oparciu o omawianą podstawę prawną w przesłanej do Odwołującego informacji o wykluczeniu. Wobec braku uzasadnienia faktycznego dla podjętej przez Zamawiającego decyzji, niejako z ostrożności wskazujemy, że wykluczenie z tego powodu było całkowicie bezzasadne. Pismem z dnia 9 czerwca 2017 r. złożyliśmy szczegółowe wyjaśnienia w zakresie doświadczenia nabytego podczas realizacji poprzedniej umowy, w żadnym miejscu nie podaliśmy informacji, która miałaby wprowadzić Zamawiającego w błąd. Co istotne, Zamawiający był odbiorcą usług, na które we wniosku powołał się Odwołujący, wobec czego miał pełną wiedzę o sposobie ich realizacji, dlatego choćby z tego powodu nie może być mowy o wprowadzeniu Zamawiającego w błąd."

7

II. Zaniechanie wykluczenia z Postępowania wykonawcy r. N. Z. N.

Zgodnie z sekcją III.1.1) lit. A) Ogłoszenia o zamówieniu zamawiający wymagał, aby wykonawca posiadał koncesję, o której mowa w art. 6 ustawy z dnia 22.6.2001 r. o

wykonywaniu działalności gospodarczej w zakresie wytwarzania i obrotu materiałami wybuchowymi, bronią, amunicją oraz wyrobami i technologią o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym (Dz.U. 2012 r. poz. 1017 z późn. zm.), uprawniającą do wykonywania działalności gospodarczej w zakresie wytwarzania i obrotu przedmiotem zamówienia określonym w załączniku nr 2 („Wykaz wyrobów i technologii o przeznaczeniu wojskowym ... - WT VI”) do Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 3.12.2001 r. w sprawie rodzajów broni oraz wykazu wyrobów i technologii o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym, na których wytwarzanie lub obrót jest wymagana koncesja (Dz.U.2001 Nr 145, poz. 1625 z późn. zm.). Powyższe wymaganie zostało wyartykułowane również w sekcji n.2.4) i m.1.3) Ogłoszenia o zamówieniu.

W ocenie Odwołującego wykonawca r. N., nie posiada wymaganej koncesji. Wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawca ten przedłożył koncesję z dnia 3 grudnia 2015 r. nr B-072/2015 na wykonywanie działalności gospodarczej w zakresie tylko obrotu wyrobami o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym, a nie jak wymagał tego Zamawiający na obrót i wytwarzanie w zakresie przedmiotu zamówienia. Dodatkowo zwrócić należy uwagę, że zgodnie z ustawą z dnia 22.06.2001 r. o wykonywaniu działalności gospodarczej w zakresie wytwarzania i obrotu materiałami wybuchowymi, bronią, amunicją oraz wyrobami i technologią o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym, koncesja może zostać udzielona przedsiębiorcy przez organ koncesyjny w czterech zakresach: koncesja na obrót koncesja na wytwarzanie, koncesja na unieszkodliwianie i koncesja na oczyszczanie. Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu wymagał koncesji łącznie w dwóch zakresach tj. na obrót i wytwarzanie w zakresie przedmiotu zamówienia. Odwołujący posiada koncesję zarówno na obrót i wytwarzanie w zakresie przedmiotu zamówienia. Natomiast r. N. posiada koncesję tylko w jednym zakresie tj. wyłącznie na obrót. W związku zatem z faktem, że R. N. posiada koncesję jedynie na obrót w zakresie przedmiotu zamówienia, wykonawca ten nie wykazał że spełnia warunku udziału w postępowaniu w zakresie kompetencji lub uprawnień, określonego przez Zamawiającego w Ogłoszeniu o zamówieniu. Wykonawca ten winien być przez Zamawiającego wykluczony z Postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp w zw. z art. 22 ust. 1b pkt. 1) ustawy Pzp, przy uwzględnieniu dyspozycji art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

IV. Naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców
Okoliczności niniejszej sprawy wskazują na naruszenie przez Zamawiającego naczelných zasad udzielania zamówień publicznych, tj. zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zamawiający wykluczył Odwołującego ze względu na

8

niepełnienie określonych w Ogłoszeniu o zamówieniu warunków udziału, pomimo że wykonawca spełnia wymagane warunki oraz nie wprowadził Zamawiającego w błąd, oraz zaniechał wykluczenia wykonawcy r. N., który faktycznie warunków nie spełnił. Art. 7 ust. 1 ustawy Pzp wymaga od Zamawiającego przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia m.in. w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Podkreślił, że wykonawcy muszą mieć pewność, że ich wnioski zostaną ocenione zgodnie z przyjętymi w Ogłoszeniu o zamówieniu zasadami oceny, zaś same zasady pozostaną niezmienione wobec każdej oferty złożonej w Postępowaniu. Dokonując badania oferty Odwołującego Zamawiający odstąpił od warunków i pomimo uzyskania wyjaśnień, wykluczył Odwołującego ograniczając mu możliwość poznania powodów tej decyzji. Pozytywnie z kolei ocenił wniosek r. N. przy ewidentnym niespełnianiu przez tego wykonawcę warunku w zakresie wymaganych kompetencji. Powyższe wskazuje, iż Zamawiający, w przypadku Odwołującego i wykonawcy r. N., odstąpił od prawidłowego stosowania przepisów ustawy Pzp i bezprawnie wykluczył Odwołującego, czym naruszył zasady dotyczące zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. V. W podsumowaniu podał, że „W świetle powyższego, nie ulega wątpliwości, że Zamawiający naruszył wskazane w petitum przepisy ustawy Pzp, naruszając jednocześnie zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców określoną w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp”. Odwołujący zastrzegł możliwość składania dowodów i rozszerzanie argumentacji na poparcie prezentowanego stanowiska podczas rozprawy w KIO.

Rozpoznając odwołanie Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega uwzględnieniu.

Zamawiający na posiedzeniu oświadczył, że uznaje za zasadne dwa zarzuty, a mianowicie w zakresie pkt 3 i pkt 4 odwołania, które dotyczą oceny wniosku firmy: Z. N. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą r. N. Z. N. (dalej: r. N.) i jego zamiarem jest – jak podał - ponowne przeanalizowanie tego wniosku z uwzględnieniem argumentacji, która jest podnoszona w odwołaniu. Wniósł jednocześnie o oddalenie zarzutów podnoszonych w punkcie 1 i 2 odwołania - w zakresie oceny wniosku Odwołującego o dopuszczenie wykonawcy do udziału w przedmiotowym postępowaniu i podjętej decyzji o jego wykluczeniu z postępowania.

Odwołujący, w odniesieniu do uwzględnionych zarzutów, nie zgłosił zdania przeciwnego i jednocześnie, wobec zapowiedzi Zamawiającego, co do sposobu ich rozstrzygnięcia nie wniósł o rozpoznanie tych zarzutów na rozprawie. Natomiast w zakresie

9

pozostałych, nieuwzględnionych, podtrzymał argumentację, jak również i żądania. Także podtrzymał zarzut z punktu 5 odwołania, dotyczący naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zakresie w jakim czynności wobec jego wniosku i wynik oceny jego wniosku (pkt 1 i 2 odwołania) podjęte zostały z naruszeniem zasad regulowanych w tym przepisie, a mianowicie prowadzenia tego postępowania o udzielenie zamówienia w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz naruszający zasady proporcjonalności i przejrzystości.

Izba stwierdziła, że kluczowy zarzut podniesiony w odwołaniu, to zarzut naruszenia art. 51 ust.1a ustawy Pzp. Wnoszący odwołanie w jego punkcie 1 i 2 przede wszystkim stwierdził, że przekazana wykonawcy w dniu 14 czerwca 2017 r. informacja o jego wykluczeniu z Postępowania na podstawie art. 24 ust 1 pkt 12 oraz 16 ustawy Pzp nie zawierała ani uzasadnienia faktycznego, ani uzasadnienia prawnego podjętej przez Zamawiającego decyzji, co zdaniem Odwołującego uniemożliwiło wykonawcy, możliwość poznania rzeczywistych powodów jego wykluczenia z Postępowania, a wskazanie jedynie lakonicznej informacji o wykluczeniu nie stanowi realizacji przez Zamawiającego obowiązku, wynikającego z art. 51 ust. 1a ustawy Pzp.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy odwołanie prowadzone jest w trybie przetargu ograniczonego. Zgodnie z art. 47 ustawy Pzp: „Przetarg ograniczony to tryb udzielenia zamówienia, w którym, w odpowiedzi na publiczne ogłoszenie o zamówieniu, wykonawcy składają wnioski o dopuszczenie do udziału w przetargu, a oferty mogą składać wykonawcy zaproszeni do składania ofert”. Zgodnie z kolei z art. 51 ust.1: „Zamawiający zaprasza do składania ofert jednocześnie wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu (...). Z kolei w myśl wskazanego w odwołaniu art. 51 ust.1a ustawy Pzp: „O wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i otrzymanych ocenach spełniania tych warunków zamawiający niezwłocznie informuje wykonawców, którzy złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu”.

Zamawiający w zawiadomieniu (pismo z dnia 14/06/2017) skierowanym do wykonawcy M. wskazał cyt.: „dotyczy: spełnienia warunków w postępowaniu na naprawy systemu komunikacji głosowej VCS 3020X - nr referencyjny U/18/IW/17”. Dalej podał: „Działając na podstawie art. 51 pkt.1a po dogłębnej analizie „Wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu”, a także pisma z dnia 12.06.2017 r. dotyczącego wyjaśnień wątpliwości zamawiającego w zakresie nabytego doświadczenia podczas realizacji usług odpowiadających swoim rodzajem, usługom stanowiących przedmiot zamówienia i działając na podstawie art. 24 pkt 1 ppkt 12) oraz ppkt. 16) informuję, że Zamawiający wykluczył z

10

dalszego postępowania dotyczącego „Napraw systemu komunikacji głosowej VCS 3020X” . W konkluzji pouczył: „Wobec czynności podjętych przez Zamawiającego w toku postępowania oraz w przypadku ich zaniechania, do których Zamawiający jest obowiązany na podstawie ustawy, uczestnikowi postępowania przysługuje prawo wniesienia odwołania zgodnie z art. 180 ustawy na zasadach określonych w dziale VI ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r, Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 z późn.zm.)”.

Mając na uwadze treść powyższego powiadomienia, które zostało skierowane do wykonawcy w wykonaniu obowiązku nałożonego art. 51 ust. 1a ustawy Pzp, nie sposób nie zgodzić się z zarzutami odwołania, co do braku uzasadnienia faktycznego i prawnego podjętej decyzji. Treść bowiem kwestionowanego zawiadomienia w istocie ograniczona została do wskazania dwóch punktów z art. 24 ust. 1 pkt 12 i 16 ustawy Pzp tytułem przesłanek wykluczenia oraz lakonicznie nawiązano do treści wniosku i pisma z dnia 12.06.2017 r. oraz wątpliwości zamawiającego w zakresie nabytego doświadczenia podczas realizacji usług odpowiadających swoim rodzajem, usługom stanowiących przedmiot zamówienia. W konkluzji arbitralnie, bez omówienia okoliczności faktycznych, zawiadomiono wykonawcę o wykluczeniu z dalszego udziału w postępowaniu. Zdaniem Izby zastrzeżenie budzi także podstawa prawna tej decyzji. Należy bowiem zauważyć, że w przypadku wskazanego punktu 16 powoł. Przepisu Zamawiający nie sprecyzował, które to przesłanki mają zastosowanie do wniosku Odwołującego. Zgodnie bowiem z punktem 16 w ust. 1 art. 24 Pzp należy wykluczyć z postępowania tego: „16) wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej "kryteriami selekcji", lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów (...). Generalnie odesłanie do przepisu, który zawiera ciąg przesłanek nie jest wystarczające, w sytuacji gdy skutkiem prawnym jego zastosowania jest najbardziej dolegliwa dla wykonawcy sankcja – eliminacja wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego – co tym samym uniemożliwia wykonawcy ubieganie się o pozyskanie danego zamówienia. Podobne zastrzeżenie, aczkolwiek w węższym zakresie, dotyczy także zastosowanego wobec wykonawcy - bez omówienia - punktu 12 w myśl którego, należy wykluczyć z postępowania tego: „12) wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia;”. W tym przypadku z okoliczności sprawy można co najmniej wywieść, że ta podstawa wykluczenia związana jest z warunkiem udziału w postępowaniu. Izba jednocześnie stwierdza, że nie wykonanie w tej sprawie obowiązku z art. 51 ust. 1a ustawy Pzp ograniczyło wykonawcę w możliwości faktycznego sprecyzowania i podniesienia

11

zarzutów, co do podstaw jego wykluczenia, a to z kolei nie dało mu możliwości realnego zakwestionowania w odwołaniu stanowiska Zamawiającego w przedmiocie podstaw wykluczenia wykonawcy i przedstawienia na rozprawie wszelkich, jak należy sądzić, dostępnych wykonawcy środków dowodowych. Izba podkreśla, że podanie uzasadnienia faktycznego i prawnego dokonanej oceny wniosków, co do podstaw wykluczenia i przyznanej liczby punktów, stanowi dopiero prawidłową realizację obowiązku zamawiającego wynikającego z przepisu art. 51 ust. 1a Pzp. Zamawiający powinien w takim powiadomieniu wskazać co najmniej informację o przyczynach, dla których – tak jak w stanie faktycznym sprawy - dana usługa została uznana za niespełniającą ustalonych wymagań. Izba stwierdza również, że w takim zawiadomieniu informacja na temat punktacji i jej wyniku, będąca wynikiem dokonanej oceny wniosków powinna być skierowana do wszystkich wykonawców, którzy złożyli wnioski – także do wykluczonego - tak, aby każdy z nich dysponował taką samą wiedzą, celem ewentualnego rozważenia decyzji o skorzystaniu ze środków odwoławczych.

Izba na marginesie zauważa, że w zawiadomieniu błędnie zostały wskazane jednostki redakcyjne przepisu, a mianowicie: w powiadomieniu, jak wynika z okoliczności sprawy należało - tak jak tego wymaga rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 20 czerwca 2002 r. w sprawie „Zasad techniki prawodawczej” (Dz.U.2016.0.283) - wskazać art. 24 ustawy Pzp i jego ust. 1 oraz punkt 12 i punkt 16 w tym ustępie, a nie „punkt 1” i „ppkt 12 i 16”.

Reasumując, Izba stwierdza, że na podstawie całokształtu okoliczności – w tym w oparciu o ustalenia z rozprawy – można hipotetycznie diagnozować przesłanki prawne wykluczenia wykonawcy M. z postępowania dotyczącego „Napraw systemu komunikacji głosowej VCS 3020X”. Można również na podstawie tych ustaleń poznać faktyczne powody wykluczenia, jednakże takie ustalenia nie zwalniają Zamawiającego z obowiązku podania w zawiadomieniu przyczyn faktycznych i prawnych, umożliwiając tym samym wykonawcy

obronę realną, a nie formalną, jego racji. Rozprawa bowiem, podobnie jak całe postępowanie odwoławcze, przed Krajową Izbą Odwoławczą, ma na celu ocenę okoliczności prawnych i faktycznych, które stanowiły uzasadnienie prawne i faktyczne dla podjętej przez zamawiającego decyzji, a nie ich ustalanie przez Izbę w zastępstwie zamawiającego, ograniczając w ten sposób wykonawcy jego realną obronę. Ustawa Pzp określa terminy, pozwalające wykonawcy wnieść odwołanie, w którym precyzuje zarzuty, co do ich faktycznych i prawnych aspektów oraz żądania. Wskazywany w niniejszej sprawie art. 51 ust.1a Pzp, stanowiący – podobnie jak art. 92 ust.1 ustawy - realizację kluczowych zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, takich jak jawność postępowania oraz

12

równe traktowanie wykonawców i zachowanie uczciwej konkurencji, nakłada na zamawiającego obowiązek podania wykonawcom podstaw faktycznych i prawnych, w tym przypadku wykluczenia wykonawcy z postępowania, co zabezpiecza wykonawcy prawo do uzyskania pełnej i rzetelnej wiedzy na temat przyczyn wykluczenia go z postępowania. To na podstawie takiej kompletnej informacji wykonawca, który nie zgadza się z wynikiem oceny, może podjąć decyzję o skorzystaniu ze środków ochrony prawnej, gdyż taka informacja pozwala wykonawcy sformułować zarzuty w odwołaniu i polemizować ze stanowiskiem zamawiającego, co do przyczyn wykluczenia wykonawcy. Także Izba - jak wskazuje się w orzecznictwie - przez przyznanie tego uzasadnienia i powołanych w nim okoliczności faktycznych oraz przedstawionej argumentacji dokonuje - w pierwszej kolejności - oceny prawidłowości czynności wykluczenia wykonawcy, oczywiście ocenie Izby mogą podlegać tylko okoliczności zakomunikowane wykonawcy w decyzji. Nie mogą natomiast - co także podkreśla się w orzecznictwie - wpłynąć na rozstrzygnięcie sprawy – zasadniczo - okoliczności, które Zamawiający podnosi dopiero w postępowaniu odwoławczym. Wykonawca nie może bowiem – jak już wskazywano - domyślać się, przykładowo: faktycznych i prawnych przesłanek wykluczenia go z postępowania. Prowadziłoby to do uniemożliwienia wykonawcy podjęcia obrony na drodze postępowania odwoławczego. Izba tym samym, z wyżej podanych powodów, nie mogła dokonywać oceny podstaw faktycznych i prawnych wykluczenia wykonawcy M. z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, pomimo przedstawiania przez Zamawiającego zdarzeń i okoliczności, na których opierał podjętą decyzję o wykluczeniu Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust.1 pkt 12 i pkt 16 ustawy Pzp. Także, z tych samych powodów nie weryfikowała stanowiska Odwołującego, co do ujawnianych na rozprawie przez wykonawcę okoliczności, do których wykonawca – jak podkreślał w wystąpieniach - odnosił się tylko z ostrożnością, domagając się jednocześnie umożliwienia mu zajęcia stanowiska z zachowaniem terminów przewidzianych w ustawie Pzp. Izba jednocześnie zwraca uwagę, że zamawiający ma prawo na każdym etapie postępowania, przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego, zweryfikować decyzję w przedmiocie, przykładowo: oceny wniosków. Natomiast Izba, [z uwagi na wynikającą z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp dyrektywę, w myśl której możliwe jest orzekanie tylko co do zawartych w odwołaniu zarzutów], w każdym przypadku rozpoznając odwołanie, co do jego meritum, jest związana zarzutami, które zostały w nim podniesione. Dlatego też Izba w tej sprawie rozstrzygała wyłącznie w zakresie naruszenia art. 51 ust.1a ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust.1 pkt 12 i 16 ustawy Pzp, który to zarzut uznała za zasadny. Konsekwencją tego ustalenia jest także zasadność zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zakresie w jakim czynność zawiadomienia o wyniku oceny wniosku wykonawcy (pkt 1 i 2 odwołania) wobec jego treści podjęta została z naruszeniem zasad regulowanych w tym przepisie, a mianowicie prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób

13

niezapewniający: zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz naruszający zasadę proporcjonalności i przejrzystości.

Mając powyższe na względzie orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz z uwzględnieniem przepisów 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 ze zm.), w tym jego § 3 pkt 2 lit. b) zgodnie z którym zasądzone wynagrodzenie pełnomocnika nie może przekraczać kwoty 3.600 zł.

.....