Sygn. akt: KIO 1334/13

WYROK
z dnia 19 czerwca 2013 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 czerwca 2013 roku, w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 03 czerwca 2013 roku przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowe „Pro-Met" H. K……. i wspólnicy Sp. j, ul. Borecka 29a, 63-720 Koźmin Wielkopolski w postępowaniu prowadzonym przez Miasto i Gmina Mikstat, ul. Krakowska 17, 63-510 Mikstat

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie.
   Nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.
   Nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia z postępowania wykonawcy Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowe „Pro-Met" H. K…….. i wspólnicy Sp. j, ul. Borecka 29a, 63-720 Koźmin Wielkopolski oraz unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowe „Pro-Met" H. K…….. i wspólnicy Sp. j, ul. Borecka 29a, 63-720 Koźmin Wielkopolski.
   Nakazuje Zamawiającemu dokonanie wyboru oferty spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

2. Kosztami postępowania obciąża Miasto i Gmina Mikstat, ul. Krakowska 17, 63-510 Mikstat i:
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawcy Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowe „Pro-Met" H. K…….. i wspólnicy Sp. j, ul. Borecka 29a, 63-720 Koźmin Wielkopolski tytułem wpisu od odwołania,

---

   2.2. zasądza od Miasto i Gmina Mikstat, ul. Krakowska 17, 63-510 Mikstat na rzecz wykonawcy Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowe „Pro-Met" H. K…… i wspólnicy Sp. j, ul. Borecka 29a, 63-720 Koźmin Wielkopolski kwotę **13 600 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i zastępstwa prawnego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 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 Kaliszu.

Przewodniczący: ……..……

Sygn. akt: KIO 1334/13

UZASADNIENIE

Zamawiający Miasto i Gmina Mikstat prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą *Budowa biologicznej oczyszczalni ścieków w miejscowości Kaliszkowice Ołobockie dla RLM 2400 – dokończenie realizacji prac* ogłoszonego w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 164000 z 24 kwietnia

2013 roku.

29 maja 2013 roku Zamawiający przekazał Odwołującemu informację o wyniku postępowania o udzielnie zamówienia publicznego w przedmiotowej sprawie informując Odwołującego, że odrzucił ofertę Odwołującego bowiem do oferty nie dołączono wzoru umowy, który stanowił załącznik nr 4 do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ) w efekcie czego oferta jest niezgodna z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień Publicznych (Dz. U. z 2010 roku, nr 113 poz. 759 ze zm.; dalej: „Pzp" lub „ustawa") oraz podał Zamawiający, że Odwołujący wykazał, iż będzie dysponował osobami zdolnymi do wykonania zamówienia dołączając do oferty załącznik nr 6 do SIWZ, stanowiący wykaz osób, w punkcie 2 wskazał kierownika robót sanitarnych, w osobie Pana W…….. Z……., pełniącego po stronie Zamawiającego od dnia 4 stycznia 2012 roku funkcję inspektora nadzoru nad inwestycją budowy oczyszczalni ścieków w Kaliszkowicach Ołobockich – pełnienie jednocześnie funkcji inspektora nadzoru i kierownika robót budowlanych w tej samej inwestycji jest niemożliwe. Zamawiający wskazał, że jest zobowiązany przeprowadzić postępowanie w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, Odwołujący został wykluczony z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego a ofertę należy traktować jako odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy.

3 czerwca 2013 roku Odwołujący, działając na podstawie art. 180 ust. 1 w związku z art. 179 ust. 1 ustawy, złożył do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu jego oferty.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo że jej treść odpowiada treści SIWZ,

2) art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy przez zaniechanie podania w piśmie z 29 maja 2013 roku „Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty" uzasadnienia faktycznego wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy,
3) art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy przez bezpodstawne wykluczenie Odwołującego z udziału w postępowaniu i zaniechanie ustalenia okoliczności warunkujących zastosowanie tego przepisu, pomimo że Odwołujący nie wykonywał bezpośrednio czynności związanych z przygotowaniem prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ani też nie posługiwał się w celu sporządzenia oferty osobami uczestniczącymi w dokonywaniu tych czynności,
4) z ostrożności - na wypadek uznania, że złożony wraz z ofertą Wykaz osób nie jest wystarczający do wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu - art. 26 ust. 3 ustawy przez zaniechanie wezwania Odwołującego do uzupełnienia Wykazu osób,
5) art. 7 ust. 1 ustawy przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia w związku z odrzuceniem najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego, spełniającej wszystkie postawione przez Zamawiającego wymagania.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz dokonania ponownie czynności badania i oceny ofert, a w konsekwencji dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego.

Odwołujący wskazał, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia, w wyniku naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisów interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku. Odwołujący poniósł szkodę w wyniku naruszenia przepisów ustawy przez Zamawiającego. Na skutek niezgodnej z prawem czynności Zamawiającego Odwołujący, jako wykonawca spełniający warunki udziału w postępowaniu, który złożył prawidłową i najkorzystniejszą ofertę, został pozbawiony możliwości uzyskania przedmiotowego

zamówienia oraz zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Powyższe dowodzi naruszenia interesu w uzyskaniu zamówienia oraz poniesienia szkody, co czyni zadość wymaganiom określonym w art. 179 ust. 1 ustawy do wniesienia niniejszego odwołania.

Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty:

1) Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy:

W informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 29 maja 2013 r. Zamawiający wskazał, że przyczyną odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy jest fakt, iż oferta ta nie odpowiada treści SIWZ. Jako jedyne uzasadnienie Zamawiający wskazał, że do oferty Odwołujący nie dołączył wzoru umowy, stanowiącej załącznik nr 4 do SIWZ. Odwołujący całkowicie nie zgadza się z taką oceną Zamawiającego. Przede wszystkim należy zauważyć, że Zamawiający nie wymagał od Wykonawców jakichkolwiek uzupełnień/zmian przygotowanego przez siebie wzoru umowy. Nie wymagał nawet parafowania tego wzoru. Jedynie w pkt. 21 SIWZ „Opis sposobu przygotowania oferty" Zamawiający, wśród formalnych wymagań co do sposobu przygotowania oferty, wskazał, że na ofertę składają się „następujące załączniki", wymieniając pośród nich wzór umowy (pkt 21 ppkt 3.4 SIWZ). Ponadto Odwołujący zwrócił uwagę, iż w Formularzu oferty w pkt 6 złożył następujące oświadczenia:

6. Oświadczenia:
1) Zapoznaliśmy się ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, projektem umowy i zgodnie z posiadana wiedza nie wnosimy zastrzeżeń, dokonaliśmy wizji lokalnej w terenie
oraz zdobyliśmy konieczne informacje do przygotowania oferty i zrealizowania zamówienia;
(...)
3) Oświadczamy, że przedmiot zamówienia wykonam zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego w SIWZ oraz projekcie umowy:
(...)
6) Oświadczamy, że w przypadku wygrania przetargu zobowiązujemy się do zawarcia umowy zgodnej ze wzorem będącym załącznikiem do SIWZ oraz w terminie nie krótszym
niż 5 dni od dnia przesłania zawiadomienia o wyborze oferty, jeżeli zawiadomienie to zostało przesłane w sposób określony w art. 27, ust. 2, albo 10 dni jeżeli zostało przesłane w inny
sposób, nie później niż przed upływem terminu związania ofertą.
(...)
8) Akceptujemy warunki umowy załączonej do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

Oświadczenia Odwołującego złożone wraz z ofertą jednoznacznie wskazują więc na to, że Odwołujący zaakceptował bez zastrzeżeń treść i warunki dołączonej do SIWZ umowy, zobowiązał się do jej zawarcia oraz wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z jej postanowieniami. Zatem nie można mówić o jakiejkolwiek niezgodności treści oferty odwołującego z treścią SIWZ. Niedołączenie do oferty wzoru umowy może stanowić co najwyżej o niezgodności formy oferty Odwołującego z wymaganiami SIWZ. Forma oferty

nie stanowi jednak o merytorycznej treści oferty i jakiekolwiek niezgodności w zakresie formy nie mogą stać się przyczyną odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

2) Zarzut naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy

Zamawiający pismem z dnia 29 maja 2013 r. „Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty" poinformował Odwołującego o wykluczeniu go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy. Wskazał przy tym, iż zobowiązany jest przeprowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. W żadnym miejscu w tym piśmie Zamawiający nie wyjaśnił jednak, w jaki sposób wykluczenie Odwołującego z postępowania zapewni zachowanie postulowanych zasad postępowania. Powołał się jedynie na to, że Odwołujący w Wykazie osób jako kierownika robót sanitarnych wskazał Pana W…….. Z……, który pełni po

stronie Zamawiającego funkcję inspektora nadzoru nad realizacją przedmiotowej inwestycji. Zamawiający nie przedstawił jednak jakiegokolwiek uzasadnienia dla wykluczenia z tego powodu Odwołującego z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy. Nie wskazał okoliczności faktycznych, na podstawie których stwierdził, że wystąpiły wszystkie przesłanki warunkujące zastosowanie art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy. Wobec braku podania uzasadnienia faktycznego dla wskazanej w/w piśmie podstawy wykluczenia Odwołującego, Odwołujący nie jest w stanie w sposób wyczerpujący odnieść się do decyzji podjętej przez Zamawiającego. W takiej sytuacji Zamawiający pozbawił Odwołującego możliwości efektywnego korzystania ze środków ochrony prawnej, doprowadzając do sytuacji, że zarzuty podnoszone w odwołaniu muszą częściowo opierać się na założeniach i domysłach Odwołującego co do okoliczności i motywów działania Zamawiającego, a nie na konkretnych zastrzeżeniach Zamawiającego.

3) Zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy.

Zamawiający jako podstawę wykluczenia Odwołującego z postępowania wskazał art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy. Zgodnie z tym przepisem, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy wykonywali bezpośrednio czynności związane z przygotowaniem prowadzonego postępowania, z wyłączeniem czynności wykonywanych podczas dialogu technicznego, o którym mowa w art. 31a ust. 1, lub posługiwali się w celu sporządzenia oferty osobami uczestniczącymi w dokonywaniu tych czynności, chyba że udział tych wykonawców w postępowaniu nie utrudni uczciwej konkurencji.

Z przepisu tego wynika zatem, iż aby wykluczyć wykonawcę z prowadzonego postępowania Zamawiający musi dokonać analizy, czy zostały spełnione łącznie następujące przesłanki:

- stwierdzić zaistnienie bezpośredniego wykonywania przez wykonawcę czynności związanych z przygotowaniem prowadzonego postępowania lub posługiwania się w celu sporządzenia oferty osobami uczestniczącymi w dokonaniu tych czynności,

- ustalić, czy ten udział utrudnia uczciwą konkurencję.

Zarówno w piśmiennictwie jak i orzecznictwie wskazuje się, że celem ww. przepisu jest wyeliminowanie z postępowania podmiotów, które nabyły w trakcie uczestnictwa w przygotowaniu postępowania wiedzę, która może je stawiać w lepszej sytuacji w stosunku do pozostałych wykonawców biorących udział w postępowaniu. Podnosi się przy tym, że sam fakt udziału w przygotowaniu postępowania nie może stanowić podstawy wykluczenia wykonawcy, niezbędną przesłanką wykluczenia jest ustalenie wpływu na konkurencyjność postępowania. W takich sytuacjach Zamawiający zobowiązany jest do ustalenia okoliczności, czy udział takiego wykonawcy w postępowaniu w sprawie udzielenia wskazanego zamówienia stanowi utrudnienie uczciwej konkurencji (orzeczenie ETS C-21/03 C-34/03, w sprawie Fabricom S. A. przeciwko Belgii).

Zatem niewystarczające jest wskazanie, że podstawą wykluczenia jest fakt bezpośredniego wykonywania czynności związanych z przygotowaniem prowadzonego postępowania lub posługiwania się w celu sporządzenia oferty osobami uczestniczącymi w dokonaniu tych czynności, konieczne jest stwierdzenie wystąpienia utrudniania uczciwej konkurencji.

Wskazując na powyższe Odwołujący podnosi, że w niniejszym postępowaniu w ogóle nie wystąpiły okoliczności skutkujące wykluczeniem Odwołującego z postępowania. Odwołujący nie wykonywał bezpośrednio czynności związanych z przygotowaniem prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ani też nie posługiwał się w celu sporządzenia oferty osobami uczestniczącymi w dokonywaniu tych czynności. W szczególności Odwołujący wskazał, iż Pan W……. Z…… nie brał udziału w sporządzeniu oferty złożonej przez Odwołującego w tym postępowaniu. Odwołujący wskazał jedynie tę osobę w Wykazie osób, w celu wykazania się spełnianiem warunku udziału w postępowaniu. Okoliczność ta w żadnym razie nie wpływa na utrudnienie uczciwej konkurencji pozostałym wykonawcom, a zatem nie może być przyczyną wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu. Podkreślenia przy tym wymaga, że pismo z dnia

29 maja 2013 roku wskazuje, że Zamawiający oparł się jedynie na swoich subiektywnych przypuszczeniach oraz domysłach nie badając nawet kwestii, czy Odwołujący posługiwał się

Panem W…….. Z……. w celu sporządzenia oferty. W szczególności należy zwrócić uwagę, i że Zamawiający nie wyjaśniał tych okoliczności z Odwołującym. Ponadto, nawet gdyby Odwołujący posłużył się Panem W……. Z……. w celu sporządzenia oferty (co nie miało miejsca), Zamawiający - przed podjęciem decyzji o wykluczeniu Odwołującego z udziału w postępowaniu - powinien był zbadać, czy okoliczność ta miałaby wpływ na zachowanie uczciwej konkurencji w postępowaniu. Zamawiający całkowicie zaniechał ustalenia okoliczności warunkujących zastosowanie tak daleko idącego w skutkach dla wykonawcy art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy. Odwołujący podnosi przy tym, iż w orzecznictwie wskazuje się jednolicie (tak np. wyrok KIO z 27.12.2012 r„ KIO 2749/12, z 09.09.2010 r„ KIO 1835/10, z 03.08.2011 r„ KIO 1536/11), iż „samo skorzystanie z doświadczenia osoby, która uczestniczyła w przygotowywaniu dokumentacji, wykorzystanej następnie w postępowaniu nie potwierdza "posługiwania się taką osobą w celu sporządzenia oferty". Sformułowania "w celu sporządzenia oferty" nie można, interpretować tak szeroko, aby obejmowało również przypadki, aby dana osoba została wskazana na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu czy jako podwykonawca na etapie realizacji zamówienia, niezależnie od tego czy miała ona jakikolwiek rzeczywisty wpływ na treść oferty wykonawcy. Obecne przepisy dopuszczają w szerokim zakresie powoływanie się na zdolności innych podmiotów, co jeszcze nie oznacza, iż podmioty te poza wskazaniem ich w ofercie w określonym kontekście w jakikolwiek sposób mają wpływ na jej treść. Powyższe znajduje potwierdzenie w orzecznictwie, według którego przyjmuje się, iż przesłanka posługiwania się daną osobą w celu sporządzenia oferty wymaga, aby osoba taka brała udział w przygotowywaniu oferty np. wykonawca powierzył mu jej przygotowanie (wyrok SO w Katowicach z 31 lipca 2008 r. sygn. akt XIX Ga 280/08). Tylko bowiem w takiej sytuacji istnieje ryzyko uzyskania informacji dotyczących postępowania zapewniających przewagę konkurencyjną i umożliwiających przygotowanie oferty na lepszych warunkach, co mogłoby naruszać zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W żadnym razie nie można dopatrywać się domniemania, iż wskazanie danej osoby w ofercie jako uczestniczącej w realizacji zamówienia i skorzystanie z jej doświadczenia potwierdza uczestnictwo tej osoby w sporządzaniu oferty".

4) Zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp

Z daleko idącej ostrożności Odwołujący podnosi, iż w przypadku gdyby Zamawiający uznał, że złożony wraz z ofertą Wykaz osób nie jest wystarczający dla pozytywnej oceny spełniania przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu, powinien był wezwać Odwołującego do jego uzupełnienia na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy, czego w niniejszym

postępowaniu zaniechał. Wydaje się, że taka mogła być ocena Zamawiającego, albowiem w piśmie z dnia 29 maja 2013 r. wskazał, że *pełnienie jednocześnie funkcji inspektora nadzoru i kierownika robót budowlanych w tej samej inwestycji jest niemożliwe.* Taka ocena nie koresponduje jednak z podstawą prawną wykluczenia Odwołującego podaną w piśmie 29 maja 2013 r. Przy takiej ocenie Zamawiający powinien wezwać Odwołującego do uzupełnienia Wykazu osób, w celu zweryfikowania spełniania przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu, a nie wykluczać go z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy, bez jakiegokolwiek uzasadnienia dla zastosowania tego przepisu.

5) Zarzut prowadzenie przez Zamawiającego postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia

W okolicznościach przedmiotowej sprawy, zachodzi sytuacja, w której Zamawiający

nie dokonał właściwej oceny oferty Odwołującego. Zamawiający bezpodstawnie wykluczył Odwołującego z udziału w postępowaniu, nie podając nawet uzasadnienia faktycznego tej decyzji. Dodatkowo Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego jako niezgodną z treścią SIWZ, podczas gdy oferta ta jest zgodna ze wszystkimi merytorycznymi wymaganiami SIWZ. Takie działanie narusza zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, stanowiąc tym samym rażącą obrazę art. 7 ust. 1 ustawy.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, nr 113 poz. 759 z późn. zm.; dalej: „Pzp" lub „ustawa"), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 29 maja 2013 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu, co potwierdza dołączona do odwołania informacja.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – *Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes*

w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie w tym ofertę Odwołującego a także stanowiska i oświadczenia Stron złożone ustnie do protokołu. Odwołujący wskazał następujące dowody: (dowód nr 1) oświadczenie Pana W…… Z…….. z dnia 3 czerwca 2013 roku na okoliczność wykazania, że nie wykonywał bezpośrednio czynności związanych z przygotowaniem postępowania, oraz że nie brał udziału w sporządzaniu oferty złożonej przez Odwołującego.
Zamawiający wskazał następujące dowody: (dowód nr 2) Umowy odpowiednio: z dnia 2 listopada 2011 roku zawarta pomiędzy Miastem i Gminą Mikstat a firmą IST-BUD-ROL-EKO oraz umowa z dnia 8 sierpnia 2011 roku zawarta pomiędzy Miastem i Gminą Mikstat a firmą IST-BUD-ROL-EKO wraz z Aneksem nr 1 z 10 sierpnia 2011 roku oraz Umowa o pełnienie nadzoru inwestorskiego z 4 stycznia 2012 roku zawarta pomiędzy Miastem i Gminą Mikstat a firmą IST-BUD-ROL-EKO na okoliczność wykazania pełnienia przez pana W…….. Z…….. funkcji inspektora nadzoru inwestorskiego w gminie Mikstat; (dowód nr 3) notatki służbowe z 18 czerwca 2013 roku sporządzone odpowiednio przez Panią J…… K…….. oraz Pana D…… C……. na okoliczność wykazania, że Pan W……. Z…….. brał udział bezpośrednio przy przygotowywaniu projektu budowlanego ogłoszonego później na stronie internetowej oraz firma odwołującego brała udział w wizjach lokalnych stanowiących postawę sporządzenia projektu budowlanego; (dowód nr 4) wydruki ze stron internetowych firmy Odwołującego i firmy MEKOR na okoliczność wykazania, że firmy te pozostają w stałych relacjach; (dowód nr 5) wniosek o przesłuchanie w charakterze świadków pracowników urzędu D…… C…… i J……. K…… na wykazanie okoliczności podniesionych w notatkach.

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, nr 113 poz. 759 z późn. zm.; dalej: „Pzp" lub „ustawa"), *Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.* Izba dokonawszy oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów biorąc pod uwagę stanowiska Stron przedstawione na rozprawie stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W zakresie zarzutu 1:

W zakresie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy – *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (…) jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust.2 pkt 3* w pierwszej kolejności należy wskazać, że użyte przez ustawodawcę w przepisie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy sformułowania „treść oferty" i „treść siwz" jednoznacznie wskazują na aspekt merytoryczny obu dokumentów. Treść SIWZ to przede wszystkim zawarty w opisie przedmiotu zamówienia opis wymagań Zamawiającego, które mają być zaspokojone w wyniku postępowania o udzielnie zamówienia przez zawarcie i zrealizowanie z należytą starannością umowy. Treść oferty natomiast to jednostronne zobowiązanie wykonawcy do zrealizowania przedmiotu zamówienia na rzecz Zamawiającego, jeśli oferta złożona przez wykonawcę zostanie uznana za najkorzystniejszą i zostanie z nim zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. Świadczenie wykonawcy musi być zgodne z opisanym w SIWZ przedmiotem zamówienia. O zgodności treści oferty z treścią SIWZ przesądza ich porównanie. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ należy oceniać z uwzględnieniem pojęcia oferty zdefiniowanego w art. 66 Kodeksu cywilnego, czyli niezgodności oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami Zamawiającego w odniesieniu do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia. Izba stoi na stanowisku, iż Zamawiający w sposób nieuprawniony potraktował brak załączenia wzoru umowy do oferty jako niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, czym naruszył dyspozycję art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. Działanie Zamawiającego jest tym bardziej nieuzasadnione, iż Odwołujący zawarł w swojej ofercie oświadczenie o treści: *Zapoznaliśmy się ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, projektem umowy i zgodnie z posiadana wiedza nie wnosimy zastrzeżeń, dokonaliśmy wizji lokalnej w terenie oraz zdobyliśmy konieczne informacje do przygotowania oferty i zrealizowania zamówienia; (…)Oświadczamy, że przedmiot zamówienia wykonam zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego w SIWZ oraz projekcie umowy (…) Oświadczamy, że w przypadku wygrania przetargu zobowiązujemy się do zawarcia umowy zgodnej ze wzorem będącym załącznikiem do SIWZ oraz w terminie nie krótszym niż 5 dni od dnia przesłania zawiadomienia o wyborze oferty, jeżeli zawiadomienie to zostało przesłane w sposób określony w art. 27, ust. 2, albo 10 dni jeżeli zostało przesłane w inny sposób, nie później niż przed upływem terminu związania ofertą.* Jednocześnie w ofercie w punkcie 6 podpunkt 8 Odwołujący oświadczył: *Akceptujemy warunki umowy załączonej do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.* Niespornym między Stronami było, że w SIWZ w punkcie 21 podpunkt 3) *Na ofertę składają się następujące załączniki* punkt 4 Zamawiający wskazał *Wzór umowy – załącznik nr 4,* jednakże brak złożenia tego załącznika wraz z ofertą nie może stanowić podstawy odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

W zakresie zarzutu 2 i 5:

Izba wyraża pogląd, iż dowód zaistnienia wykluczenia Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy spoczywa na tym, kto ze swojego twierdzenia wywodzi skutek prawny (art. 190 ust. 1 Pzp nawiązujący do art. 6 kc). Zatem na gruncie rozpoznawanej sprawy zaistnienie przesłanek wykluczenia Odwołującego z postępowania powinno być udowodnione przez Zamawiającego w sposób nie budzący wątpliwości, w przeciwnym razie wynikające z art. 7 ust. 1 ustawy zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji nie zostaną zachowane. Zamawiający jest zobowiązany w toku czynności badania ofert ustalić, że powołana przez niego przesłanka wykluczenia wykonawcy zaktualizowała się, a następnie poinformować o poczynionych ustaleniach i ich konsekwencjach wykonawców podając - stosownie do normy wyrażonej w art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy - zarazem uzasadnienie prawne (podstawę prawną swojej decyzji) oraz uzasadnienie faktyczne.

W realiach rozpoznawanej sprawy Zamawiający wadliwie dokonał czynności poinformowania Odwołującego o wykluczeniu Odwołującego z postępowania, bowiem - wbrew dyspozycji przepisu art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy – nie wskazał faktycznie przyczyny wykluczenia Odwołującego z postępowania tj. nie wykazał zaistnienia bezpośredniego wykonywania przez wykonawcę czynności związanych z przygotowaniem prowadzonego postępowania lub posługiwania się w celu sporządzenia oferty osobami uczestniczącymi w dokonaniu tych

czynności oraz wskazania, że udział ten utrudnia uczciwą konkurencję.
Na rozprawi pełnomocnik wskazywał, że uzasadnienie decyzji wykluczenia Odwołującego z postępowania z uwagi na udział Odwołującego w przygotowaniu projektu wynika z akapitu trzeciego uzasadnienia wykluczenia z Odwołującego z postępowania zawartego w piśmie z 29 maja 2013 roku – *Zamawiający zobowiązany jest przeprowadzić postępowanie o udzielnie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, Wykonawca został wykluczony na mocy art. 24 ust.2 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych* – co nie stanowi uzasadnienia faktycznego wykluczenia Odwołującego z postępowania, o którym mowa w art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy. Zamawiający nie wykazał w piśmie z 29 maja 2013 roku zaistnienia bezpośredniego wykonywania przez wykonawcę czynności związanych z przygotowaniem prowadzonego postępowania, jak również nie wykazał, że Odwołujący posługiwał się w celu sporządzenia oferty osobami uczestniczący w przygotowaniu postępowania co w konsekwencji spowodowało niewykazanie, że udział ten utrudnia uczciwą konkurencję. Zmawiający nie wskazując faktycznych podstaw wykluczenia Odwołującego z postępowania uniemożliwił

weryfikację czynności Zamawiającego. W konsekwencji Izba podziela pogląd Odwołującego, że uzasadnienie faktyczne decyzji Zamawiającego zawarte w pismach z 29 maja 2013 roku ograniczające się do przytaczanych wyżej ogólnikowych stwierdzeń nie może być uznane za uzasadnienie faktyczne realizujące cel normy art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Podkreślić należy, że uzasadnienie podane w zawiadomieniu a dotyczące wykluczenia wykonawcy z postępowania warunkuje zakres składanych środków ochrony prawnej. Jego treść z uwagi na zawity charakter terminów wnoszenia środków ochrony prawnej ma bezpośrednie znaczenie dla umożliwienia wykonawcom realizacji swoich praw w postępowaniu (porównaj wyroki: z dnia 23 marca 2011 r. sygn. akt KIO 522/11; z dnia 24 czerwca 2010 r., sygn. akt KIO 1066/10; z dnia 4 lipca 2012 sygn. akt 1284/12, z dnia 18 czerwca 2012 roku sygn. akt KIO 1159/12). Z tego względu brak precyzyjnego wskazania na czym polegało wykonywanie bezpośrednio czynności związanych z prowadzonym postępowaniem przez Odwołującego lub posłużenie się przy sporządzeniu oferty osobami wykonującymi te czynności ze wskazaniem w jaki sposób utrudniło to uczciwą konkurencję prowadzi do wniosku, iż Zamawiający w istocie nie poinformował Odwołującego o przyczynie wykluczenia go z postępowania. To na Zamawiającym ciąży obowiązek przedstawienia uzasadnienia faktycznego swoich decyzji w taki sposób, aby wykonawca miał pełną wiedzę na temat przyczyn wykluczenia czy odrzucenia oferty (tak też w wyroku KIO z dnia 7 września 2010 r., sygn. akt KIO 1819/10). Wykonawca nie powinien domniemywać, na czym polegają stwierdzone przez Zamawiającego nieprawidłowości w jego ofercie prowadzące do wykluczenia z postępowania.
Nie stanowi również wypełnienia dyspozycji normy art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy podanie przez Zamawiającego dopiero na rozprawie czy w odpowiedzi na odwołanie uzasadnienia faktycznego podjętych wobec odwołującego decyzji (tak też wyrok KIO z dnia 11 sierpnia 2011 r., sygn. akt KIO 1620/11 oraz KIO 1625/11).
Zważywszy, iż obowiązek zawiadamiania wykonawców określony w art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy, stanowi realizację wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji Izba wskazuje, że w okolicznościach rozpatrywanej sprawy Zamawiający w sposób lakoniczny i ogólnikowy uzasadniając podjęte wobec Odwołującego czynności, pozbawił go możliwości oceny poprawności podjętych przez Zamawiającego decyzji i ewentualnego ich rzeczowego zakwestionowania przez wniesienie odwołania, uchybiając tym samym fundamentalnym regułom rządzącym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego.
W świetle powołanych reguł niedopuszczalnym jest „wymuszanie" przez Zamawiającego przez zaniechanie czynności jaka jest obowiązkowa po stronie Zamawiającego (podanie podstaw faktycznych wykluczenia z postępowania), aby wykonawca kwestionujący

zasadność podjętych wobec niego przez Zamawiającego czynności, samodzielne zidentyfikował (nie koniecznie trafnie) przyczyny wykluczenia z postępowania a następnie

w oparciu o poczynione założenia, przedstawiał w odwołaniu argumenty przemawiające za nietrafnością domniemanych przyczyn decyzji Zamawiającego. Taka sytuację Izba uznaje za niedopuszczalną, bowiem – jak wynika z normy wyrażonej w art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy– to Zamawiający jest zobowiązany podać uzasadnienie faktyczne podejmowanych czynności, tak aby wykonawcom zagwarantować możliwość weryfikacji decyzji Zamawiającego w toku procedury odwoławczej. Uzasadnienie faktyczne zawiadomienia o odrzuceniu oferty powinno wyczerpująco obrazować, jakie przyczyny legły u podstaw decyzji Zamawiającego, tak aby wykonawca, gdy oceny Zamawiającego nie podziela, mógł do wskazanych przez Zamawiającego uchybień ustosunkować się wnosząc odwołanie. Bieg terminu na wniesienie środka ochrony prawnej rozpoczyna się z chwilą otrzymania prawidłowo sporządzonej informacji o wyniku postępowania, o odrzuceniu oferty czy wykluczeniu wykonawcy. W okolicznościach rozpoznawanej sprawy zatem termin ten zacznie biec, gdy Zamawiający w wyniku powtórzenia procedury badania i oceny ofert poinformuje Odwołującego w sposób wymagany przez art. 92 ust. 1 ustawy o podjętej wobec niego decyzji. W konsekwencji biorąc pod uwagę okoliczności faktyczne i prawne uwzględnione przez Izbę na gruncie badanej sprawy należy podzielić stanowisko prezentowane przez Odwołującego, iż Zamawiający w niniejszym postępowaniu uchybił przepisowi art. 92 ust. 1 pkt 2 oraz art. 7 ust. 1 ustawy. Powołane uchybienia mogą mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Prawidłowe wykonanie przez Zamawiającego obowiązku wyrażonego w art. 92 ust.1 pkt 2 ustawy, gwarantujące realizację zasady jawności postępowania oraz równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, determinuje skorzystanie przez wykonawców z uprawnienia do wnoszenia środków ochrony prawnej. Wyłącznie wykonawca mający wyczerpujące informacje o przyczynach poszczególnych decyzji Zamawiającego może się do nich odnieść decydując o ewentualnym wniesieniu środka ochrony prawnej, co przesądza o uwzględnieniu odwołania.

W zakresie zarzutu 3 i 4:

Argumentacja jaka została zawarta w zarzutach 3 i 4 oraz uzasadnieniu do tych zarzutów odnosi się do przypuszczeń Odwołującego co do faktycznych postaw wykluczenia Odwołującego z postępowania, jednocześnie wskazuje na wykluczenie Odwołującego z postępowania z powodu niewykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu oraz zaniechaniu przez Zamawiającego wezwania do uzupełnienia dokumentów. Izba zgodziła się ze stanowiskiem reprezentowanym przez Odwołującego, że podstawa prawna wykluczenia nie jest spójna z argumentacja faktyczną, w efekcie czego brak jest podstawy

faktycznej wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust.2 pkt 1 ustawy (o czym była mowa w uzasadnieniu do zarzutu 2) natomiast argumentacja jaka została podana przez Zamawiającego w akapicie 2 pisma z 29 maja 2013 roku nie zawiera podstawy prawnej wykluczenia z postępowania.
W związku z tym, że Izba uznała za zasadny zarzut nr 2 wskazuje, że argumentacja jaka została podana w akapicie nr 2 pisma z 29 maja 2013 roku nie może stanowi skutecznego uzasadnienia podstawy wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy, bowiem w realiach rozpoznawanej sprawy nie zostały podane przez Zamawiającego faktyczne podstawy, które potwierdzałyby wypełnienie przesłanek określonych ww. przepisie. Odniesienie się przez Odwołującego do art. 26 ust. 3 ustawy stanowiło zarzut podniesiony z ostrożności, który wzmacnia argumentację dotyczącą niewłaściwej realizacji obowiązku po stronie Zamawiającego jakie kształtuje art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy.
Izba wskazuje dodatkowo, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem *samo skorzystanie z doświadczenia osoby, która uczestniczyła w przygotowywaniu dokumentacji wykorzystanej następnie w postępowaniu nie potwierdza „posługiwania się taką osobą w celu sporządzenia oferty".* Izba wskazuje, że określenie „w celu sporządzenia oferty" nie można, interpretować tak szeroko, aby obejmowało również przypadki, gdy dana osoba została wskazana na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu czy jako podwykonawca na etapie realizacji zamówienia, niezależnie od tego czy miała ona jakikolwiek rzeczywisty wpływ na treść oferty wykonawcy. Obecne przepisy dopuszczają w szerokim zakresie powoływanie się na zdolności innych podmiotów, co jeszcze nie oznacza, iż podmioty te poza wskazaniem ich w ofercie w określonym kontekście

w jakikolwiek sposób mają wpływ na jej treść. Powyższe znajduje potwierdzenie w orzecznictwie, według którego przyjmuje się, iż przesłanka posługiwania się daną osobą w celu sporządzenia oferty wymaga, aby osoba taka brała udział w przygotowywaniu oferty np. wykonawca powierzył mu jej przygotowanie (wyrok SO w Katowicach z 31 lipca 2008 r. sygn. akt XIX Ga 280/08). Tylko bowiem w takiej sytuacji istnieje ryzyko uzyskania informacji dotyczących postępowania zapewniających przewagę konkurencyjną i umożliwiających przygotowanie oferty na lepszych warunkach, co mogłoby naruszać zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W żadnym razie nie można dopatrywać się domniemania, iż wskazanie danej osoby w ofercie jako uczestniczącej w realizacji zamówienia i skorzystanie z jej doświadczenia potwierdza uczestnictwo tej osoby w sporządzaniu oferty (porównaj: wyrok KIO sygn. akt 1536/11; wyrok KIO sygn. akt 1835/10).

15

Na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy – *Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy.* Przepis ten nakłada na Strony postępowania obowiązek, który zarazem jest uprawnieniem Stron, wykazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne. Postępowanie przez Izbą stanowi postępowanie kontradyktoryjne, czyli sporne a z istoty tego postępowania wynika, iż spór toczą Strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne. Powołując w tym miejscu regulację art. 14 ustawy *do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej* przechodząc do art. 6 Kodeksu cywilnego *ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne* należy wskazać, iż właśnie z tej zasady wynika reguła art. 190 ust 1 ustawy. Przepis art. 6 Kodeksu cywilnego wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne; ei *incubit probatio qui dicit non qui negat (na tym ciąży dowód kto twierdzi a nie na tym kto zaprzecza).*
Wskazane przez Zamawiającego dowody: (dowód nr 2) Umowy odpowiednio: z dnia 2 listopada 2011 roku zawarta pomiędzy Miastem i Gminą Mikstat a firmą IST-BUD-ROL-EKO oraz umowa z dnia 8 sierpnia 2011 roku zawarta pomiędzy Miastem i Gminą Mikstat a firmą IST-BUD-ROL-EKO wraz z Aneksem nr 1 z 10 sierpnia 2011 roku oraz Umowa o pełnienie nadzoru inwestorskiego z 4 stycznia 2012 roku zawarta pomiędzy Miastem i Gminą Mikstat a firmą IST-BUD-ROL-EKO na okoliczność wykazania pełnienia przez pana W……. Z…….. funkcji inspektora nadzoru inwestorskiego w gminie Mikstat; (dowód nr 3) notatki służbowe z 18 czerwca 2013 roku sporządzone odpowiednio przez Panią J…….. K……. oraz Pana D…… C……. na okoliczność wykazania, że Pan W……. Z…….. brał udział bezpośrednio przy przygotowywaniu projektu budowlanego ogłoszonego później na stronie internetowej oraz firma odwołującego brała udział w wizjach lokalnych stanowiących postawę sporządzenia projektu budowlanego; (dowód nr 4) wydruki ze stron internetowych firmy Odwołującego i firmy MEKOR na okoliczność wykazania, że firmy
te pozostają w stałych relacjach Izba oceniła i uznała, że dla rozpoznawanej sprawy, w tym stanie faktycznym sprawy, nie mają one żadnej mocy dowodowej, bowiem uwzględnienie zarzutu nr 2, czyli uznanie, że w piśmie z 29 maja 2013 roku brak jest faktycznej podstawy wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy czyni

16

---

wymienione powyżej dowody bezprzedmiotowymi dla rozpoznawanej sprawy, bowiem odnoszą się one do informacji, które nie zostały w piśmie z 29 maja 2013 roku wskazane jako podstawa wykluczenia Odwołującego z postępowania o udzielnie zamówienia.
W zakresie wskazanego przez Zamawiającego (dowód nr 5) wniosku o przesłuchanie w charakterze świadków pracowników urzędu D…… C…… i J……. K……

na wykazanie okoliczności podniesionych w notatkach Izba odmówiła przeprowadzenia wnioskowanego dowodu, bowiem fakty będące przedmiotem tego dowodu zostały już stwierdzone w innym dowodzie tj. notatkach (dowód nr 3) a samo wskazanie przez Zamawiającego takiego dowodu na rozprawie nie prowadziłoby do merytorycznego rozpoznania sprawy a jedynie zwłoki postępowania.
Wskazany przez Odwołujący dowód (dowód nr 1) oświadczenie Pana W…….. Z……. z dnia 3 czerwca 2013 roku na okoliczność wykazania, że nie wykonywał bezpośrednio czynności związanych z przygotowaniem postępowania, oraz że nie brał udziału w sporządzaniu oferty złożonej przez Odwołującego, Izba oceniła i uznała, że dla rozpoznawanej sprawy, w tym stanie faktycznym sprawy, nie mają one żadnej mocy dowodowej, bowiem uwzględnienie zarzutu nr 2, czyli uznanie, że w piśmie z 29 maja 2013 roku brak jest faktycznej podstawy wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy czyni wymienione powyżej dowody bezprzedmiotowymi dla rozpoznawanej sprawy, ponieważ odnoszą się one do informacji, które nie zostały w piśmie z 29 maja 2013 roku wskazane jako podstawa wykluczenia Odwołującego z postępowania o udzielnie zamówienia.

Zamawiający obowiązany jest do postępować zgodnie z zasadami jakie określa ustawa, między innymi zasadą traktowania wykonawców, zasadą równego zasadą udzielenia konkurencyjności, wybranemu zgodnie zamówienia wykonawcy z przepisami ustawy. Sąd Okręgowy w Gliwicach, w wyroku z 23 lutego 2007 roku sygn. akt: X Ga 23/07/za wskazał, iż „Formalizm *postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie jest celem samym w sobie, a ma na celu realizację zasad Pzp. Stąd przy wykładni i stosowaniu przepisów ustawy należy brać pod uwagę cel ustawy (…)".* Zamawiający zobowiązany jest do takiego działania oraz korzystania z praw jakie przypisuje mu ustawa, które to działanie doprowadzi do obiektywnie najkorzystniejszego rozstrzygnięcia postępowania a jego działanie zapewni jednocześnie poszanowanie zasad prawa zamówień publicznych oraz interesów uczestników procesu udzielania zamówień publicznych.
W świetle powyższych ustaleń Izba uznała, iż działanie Zamawiającego nie było zgodne z obowiązującymi przepisami i naruszało zasady zamówień publicznych w tym w szczególności podnoszonych przez Odwołującego w uzasadnieniu odwołania zasadę

---

równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji tj. zasady określone w art. 7 ust. 1 ustawy. Wykonawcy biorący udział w postępowaniu, składający oferty mają prawo oczekiwać, że złożone przez nich oferty zostaną ocenione zgodnie z wyartykułowanymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymaganiami oraz na w zasad podstawie ustawy poszanowaniu udzielania zamówień publicznych a Zamawiający wykona ciążące na nim ustawowe obowiązki, gwarantując tym samym uczestników udzielania zamówień publicznych zabezpieczenie interesów procesu i dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej (art. 2 pkt 5 ustawy). Izba uznała, że czynność Zamawiającego polegająca na wykluczeniu Odwołującego z postępowania nastąpiła z naruszeniem prawa, Zamawiający nie wykazał wykluczając Odwołującego z postępowania zaistnienia przesłanek z art. 24 ust.2 pkt 1 ustawy, tym samym nieprawidłowo została odrzucona z postępowania oferta wykonawcy na podstawie art. 24 ust.4 ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), tj. stosownie do wyniku postępowania.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący: ……
