

Sygn. akt: KIO 1862/14

WYROK
z dnia 22 września 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Magdalena Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 września 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 września 2014 r. przez wykonawcę **Saltex Europa sp. z o.o. we Wrocławiu**

w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Oleśnica z siedzibą w Oleśnicy**

przy udziale wykonawcy **I. S.**, prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą **Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Gretasport w Dąbrowie Górniczej**, zgłaszającej swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Saltex Europa sp. z o.o. we Wrocławiu** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10.000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Saltex Europa sp. z o.o. we Wrocławiu** tytułem wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Miasto Oleśnica z siedzibą w Oleśnicy - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „przebudowa stadionu lekkoatletycznego wraz z trybunami i infrastrukturą towarzyszącą przy ul. Brzozowej w Oleśnicy – etap I”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 13 sierpnia 2014 r. poz. 271212.

W dniu 5 września 2014 r. zamawiający zawiadomił wykonawcę Saltex Europa sp. z o.o. we Wrocławiu, zwanego dalej „odwołującym”, o wykluczeniu go z udziału w postępowaniu, o odrzuceniu złożonej przez niego oferty oraz o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę I. S., prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Gretasport w Dąbrowie Górniczej, zwaną dalej „przystępującym”.

W dniu 10 września 2014 r. odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec:

- 1) czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez przystępującego,
- 2) czynności wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu,
- 3) czynności odrzucenia oferty złożonej przez odwołującego.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp przez niezasadne wykluczenie z udziału w postępowaniu odwołującego z powodu niespełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadanych środków finansowych lub zdolności kredytowej,
- 2) art. 26 ust. 4 ustawy Pzp przez zaniechanie jego zastosowania w odniesieniu do warunku wskazanego w pkt 1 co do opinii bankowej BNP Paribas Centrum Obsługi Średnich i Dużych Przedsiębiorstw we Wrocławiu,
- 3) art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez niewłaściwe jego zastosowanie polegające na stworzeniu stanu, w którym przepis ten zastosowano w odniesieniu do zakresu dokumentów wymienionych w wezwaniu z dnia 1 września 2014 roku z pominięciem dokumentów potwierdzających parametry techniczne oferowanej nawierzchni przy jednoczesnym przyjęciu że oferowana próbka nawierzchni nie spełnia wymaganych parametrów,

- 4) art. 26 ust. 3 ustawy Pzp przez zaniechanie jego zastosowania w stosunku do dokumentów potwierdzających parametry techniczne oferowanej nawierzchni,
- 5) art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 87 i art. 26 ust. 3 ustawy Pzp przez odrzucenie oferty odwołującego przy przyjęciu, że próbka nawierzchni nie spełnia wymaganych parametrów w sytuacji, gdy uczynienie tego ewentualnie byłoby możliwe po wyczerpaniu procedury z art. 87 ust. 1 lub 26 ust. 3 ustawy Pzp, nadto naruszenie tego przepisu poprzez niezasadną i dowolną ocenę próbki nawierzchni w oderwaniu od dokumentów z nią związanych,
- 6) art. 91 i 92 ustawy Pzp przez dokonanie wadliwego wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 7) art. 7 ustawy Pzp przez naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania podmiotów ubiegających się o zamówienie wskutek naruszeń opisanych w pkt 1-6.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) dokonania czynności zaniechanych,
 - 2) powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z udziałem oferty odwołującego oraz
- o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania wg złożonego na rozprawie spisu kosztów i rachunku oraz obciążenie zamawiającego kosztami postępowania.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący przywołał przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Wywiódł, że zamawiający miałby uprawnienie do zaniechania stosowania tego przepisu w odniesieniu do dokumentów potwierdzających parametry techniczne oferowanej nawierzchni (nie zaś samej próbki nawierzchni) gdyby istniał powód odrzucenia oferty. Zamawiający nie wykazał, że stan taki zaistniał. W takiej sytuacji nie byłoby również podstaw do stosowania tego przepisu w odniesieniu do wszystkich dokumentów wymienionych w wezwaniu z dnia 1 września 2014 roku. Argumentował, że zamawiający przepis ten błędnie zastosował skutkiem czego doprowadził do sytuacji w której to on w sposób arbitralny ustalił w stosunku do jakich dokumentów wezwanie ma być najpierw wystosowane i po dokonaniu negatywnej oceny uzyskanych dokumentów, zaniechał dalszego stosowania art. 26 ust. 3 ustawy Pzp - w stosunku do dokumentów potwierdzających parametry techniczne oferowanej nawierzchni. Odwołujący wywiódł także, że próbka nawierzchni nie była jedynym elementem dokumentującym oferowaną nawierzchnię. Wg SIWZ w celu potwierdzenia, że oferowane roboty budowlane odpowiadają wymogom określonym przez zamawiającego, zamawiający żądał bowiem złożenia dla oferowanej nawierzchni szeregu dokumentów potwierdzających parametry techniczne. W tej sytuacji okoliczność, że złożona próbka oferowanej nawierzchni (określona jako Herculian SR Olympic) ma grubość 12mm, gdy tymczasem zamawiający

wymagał aby oferowana nawierzchnia posiadała grubość w zakresie 14-15 mm nie mogła stanowić podstawy odrzucenia oferty odwołującego. Skoro zamawiający redagując zapisy SIWZ wymagał udokumentowania kompleksowego oferowanej nawierzchni (łącznie z próbką), to w sytuacji, gdy złożone dokumenty budziły jego wątpliwości, winien był zastosować przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, czego nie uczynił. Odwołujący wywodził ponadto, że komplet wymaganych dokumentów konkretyzuje zaoferowany przedmiot przyszłego świadczenia i stanowi merytoryczną treść oferty, gdyż jest to jedyny element oświadczenia woli wykonawcy i dokumentów sporządzonych przez podmioty trzecie odnoszący się do parametrów przedmiotu świadczenia co do nawierzchni. Zdaniem odwołującego tym samym w ramach przedmiotowego postępowania zamawiający w sposób alternatywny mógł wezwać odwołującego do uzupełnienia załącznika do formularza ofertowego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp lub wezwać do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, jak również art. 26 ust. 4 ustawy Pzp.

Odnosnie zarzutu dotyczącego niezasadnego wykluczenia odwołującego z postępowania odwołujący przywołał stanowisko zamawiającego. Przedstawił uzasadnienie czynności wykluczenia, w którym zamawiający wywodził, że opinia bankowa wystawiona przez BNP Paribas nie potwierdza posiadania przez odwołującego zdolności kredytowej w wysokości 1.000.000,00 PLN, bowiem zdolność ta już została skonsumowana poprzez udzielenie kredytu w rachunku, o którym mowa w powyższej opinii. Skoro odwołującemu został udzielony kredyt w rachunku bieżącym do kwoty 1 000 000,00 PLN, a kwota dostępnych środków wynosi 468 793,41 PLN to należy stwierdzić, że ogólny stan rachunku wynosi minus 531 206,59 PLN.

Odwołujący podniósł, że z przywołanym uzasadnieniem się nie zgadza. Wywodził, że w świetle opinii kredyt w rachunku bieżącym został udzielony do dnia 14.05.2015 roku, która to okoliczność została przez zamawiającego pominięta. Fakt udzielenia kredytu do tego czasu powoduje, że opinia tego banku potwierdzała zdolność kredytową odwołującego na dzień składania ofert na kwotę 1.000.000,00 PLN. Zamawiający dowolnie uznał, że część tej kwoty została już wykorzystana. Taka interpretacja opinii narusza zasadę w myśl której wątpliwości dot. oferty jak również znajdujących się w niej dokumentów nie mogą być interpretowane na niekorzyść wykonawcy. Zamawiający w odniesieniu do opinii BNP Paribas Centrum Obsługi Średnich i Dużych Przedsiębiorstw we Wrocławiu, o ile miał wątpliwości, mógł je wyjaśnić w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, czego nie uczynił. Do odwołania załączył dodatkową opinię bankową BNP Paribas z dnia 27.08.2014 roku.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. Przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego, po stronie zamawiającego, zgłosiła przystąpienie wykonawca I. S., prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Gretasport w Dąbrowie Górniczej. Wniósł o oddalenie odwołania. Złożyła pismo procesowe, w którym przedstawiła uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia SIWZ, ofertę złożoną przez odwołującego, wezwanie zamawiającego z 1 września 2014 r. skierowane do odwołującego o uzupełnienie dokumentów, pismo odwołującego z 3 września 2014 r. stanowiące odpowiedź na ww. wezwanie wraz z załącznikami, zawiadomienie zamawiającego z 5 września 2014 r. o wykluczeniu odwołującego i odrzuceniu jego oferty, odwołanie, zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego, odpowiedź na odwołanie, pismo procesowe przystępującego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, dokumenty i stanowiska stron i uczestnika postępowania złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem przepisów ustawy Pzp wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W ocenie Izby, wypełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Odwołujący został wykluczony z postępowania, zaś jego oferta została odrzucona. Oferta odwołującego – w świetle kryteriów oceny ofert – była ofertą korzystniejszą od oferty wybranej przez zamawiającego jako najkorzystniejsza. Ustalenie, iż zamawiający wbrew przepisom ustawy wykluczył odwołującego z postępowania i niezasadnie odrzucił jego ofertę, prowadziłoby do nakazania zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego oraz odrzucenia jego oferty, czego efektem może być wybór oferty odwołującego jako najkorzystniejszej. Powyższe wyczerpuje przesłanki z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

I. Zarzuty dotyczące czynności wykluczenia odwołującego z postępowania z powodu niewykazania warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej

Ustalono, że zamawiający opisał w SIWZ warunek udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej, jaki musieli wykazać wykonawcy aby ubiegać się o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający przesądził w pkt VIII.1.5. SIWZ, że o udzielenie zamówienia mogą się ubiegać tylko tacy wykonawcy, którzy wykażą posiadanie zdolności kredytowej lub środków finansowych w wysokości co najmniej 3 miliony złotych.

W pkt X.1.1.4 SIWZ sprecyzowano, że celem wykazania tak opisanego warunku udziału w postępowaniu wykonawca zobowiązany jest złożyć informację banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzającą wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, wymaganą w pkt VIII.1.5 SIWZ, wystawioną nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert.

Odwołujący, celem wykazania tak opisanego warunku udziału w postępowaniu nie złożył wraz z ofertą żadnego dokumentu.

Ustalono również, że pismem z dnia 1 września 2014 r. zamawiający, działając na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wezwał odwołującego do uzupełnienia informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, wymaganą w pkt VIII.1.5 SIWZ, wystawioną nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert.

W odpowiedzi na ww. wezwanie odwołujący złożył pismo z 3 września 2014 r. Do pisma załączono:

- a) opinię bankową z 28 sierpnia 2014 r. wystawioną przez mBank S.A., w której bank potwierdził, że odwołujący posiada zdolność kredytową do kwoty 1.000.000 PLN,
- b) wyciąg z rachunku bankowego odwołującego w mBank S.A. z 22 sierpnia 2014 r., z saldem 1.099.514,60 zł,
- c) opinię bankową z 27 sierpnia 2014 r. wystawioną przez BNP Paribas Bank Polska S.A., zgodnie z którą odwołujący podpisał z bankiem *umowę o kredyt w rachunku bieżącym (...) w dniu 14.05.2014 r. z bieżącym okresem udostępnienia limitu do dnia 14 maja 2015 r. Przyznając powyższy kredyt bank pozytywnie ocenił zdolność kredytową spółki Saltex Europa sp. z o.o. do obsługi i spłaty produktów kredytowych na warunkach określonych w ww. umowie (...) do łącznej kwoty 1.000.000,00 zł. Kwota dostępnych środków na*

koniec dnia 22.08.2014 r. na rachunku bieżącym w PLN: PL 87 1600 1156 1849 7663 7000 0001 wynosiła 468.793,41 PLN. Kwota dostępnych środków na koniec dnia 22.08.2014 r. na rachunku walutowym w EUR: PL60 1600 1156 1849 7663 7000 0002 wynosiła 1,80 EUR.

Ustalono również, że pismem z dnia 5 września 2014 r. zamawiający, działając na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp wykluczył odwołującego z postępowania z powodu niewykazania warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt VIII.1.5 SIWZ. Zamawiający w uzasadnieniu opisał stan wynikający ze złożonych przez odwołującego dokumentów. Wskazał, że – jego zdaniem – odwołujący wykazał posiadanie zdolności finansowej w wysokości 2.568.315,58 PLN. Na zdolność tę składa się zdolność kredytowa w wysokości 1.000.000 PLN (mBank), posiadane środki w wysokości 1.099.514,60 PLN (mBank) oraz środki dostępne na rachunku bieżącym i walutowym (BNP Paribas) w wysokości 468.793,41 PLN + 7,57 PLN (1,80 Euro). Uzasadnił, że nie może być uznane posiadanie zdolności kredytowej w wysokości 1.000.000 PLN określone w opinii BNP Paribas, bowiem zdolność ta już została skonsumowana poprzez udzielenie kredytu w rachunku, o którym mowa w tej opinii. Skoro firmie został udzielony kredyt w rachunku bieżącym do kwoty 1.000.000 PLN, a kwota dostępnych środków wynosi 468.793,41 PLN to należy stwierdzić, że ogólny stan rachunku wynosi minus 531.206,59 PLN.

Ustalono nadto, że odwołujący do odwołania załączył opinię bankową z 27 sierpnia 2014 r. wystawioną przez BNP Paribas Bank Polska S.A., zgodnie z którą bank potwierdza, że odwołujący na dzień 22 sierpnia 2014 r. posiadał w BNP Paribas zdolność kredytową na kwotę 1.000.000 zł.

W trakcie posiedzenia Izby zamawiający złożył wyciąg z regulaminu prowadzenia rachunków bankowych w BNP Paribas Bank Polska S.A. Zgodnie z § 6 ust. 1 tego regulaminu, w umowie o kredyt w rachunku bieżącym bank zobowiązuje się do udostępnienia kredytobiorcy środków pieniężnych do wysokości kwoty kredytu określonej w umowie, na rachunku kredytobiorcy prowadzonym przez bank. Korzystanie z udostępnionych w ten sposób środków pieniężnych następuje w ciężar salda debetowego tego rachunku.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Zdaniem Izby, nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, gdyż zamawiający zasadnie wykluczył odwołującego z udziału w postępowaniu z powodu

niewykazania warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej. Zamawiający prawidłowo ocenił, że odwołujący złożonymi dokumentami nie wykazał zdolności kredytowej lub środków finansowych na poziomie 3 mln złotych. Istotą warunków finansowych polegających na konieczności wykazania zdolności kredytowej lub środków finansowych, opisywanych przez zamawiających na podstawie art. 22 ust. 3 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, jest udowodnienie, że wykonawca ma dostęp do finansowania w określonej kwocie, bądź to w postaci środków własnych bądź w postaci środków, które może uzyskać w drodze kredytu. Podkreślenia wymaga ugruntowane w orzecznictwie Izby stanowisko, że w przypadku kredytów udzielonych i uruchomionych, na poczet zdolności finansowej zaliczeniu mogą ulec jedynie takie środki finansowe pochodzące z uruchomionego kredytu, które pozostają do dyspozycji wykonawcy. Jeżeli bowiem kredyt odnawialny czy linia kredytowa są częściowo wykorzystane na inne przedsięwzięcia, warunkiem dostępu do kredytu czy linii w pierwotnej, nominalnej wysokości jest wcześniejsza spłata zobowiązań. Jeżeli wykonawca ma ten kredyt w całości lub części wykorzystany, to nie ma dostępu do niego w pełnej wysokości. Stanowisko takie było już prezentowane w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (por. wyrok Izby z 2 września 2014 r. wydany w sprawie o sygn. akt KIO 1705/14, dostępny na stronie uzp.gov.pl).

Treść dokumentów wystawionych przez mBank nie była sporna pomiędzy stronami. Na tej podstawie odwołujący wykazał zdolność kredytową na poziomie 1.000.000 zł i posiadane środki finansowe w kwocie 1.099.514,60 zł.

W tej sytuacji kluczową dla rozstrzygnięcia sprawy była kwestia dokonanej przez zamawiającego oceny opinii bankowej Banku BNP Paribas z 27 sierpnia 2014 r., jaką odwołujący złożył zamawiającemu przy piśmie z dnia 3 września 2014 r.

Zdaniem Izby, interpretacja tego dokumentu dokonana przez zamawiającego okazała się prawidłowa. Prawdą jest, że bank w dniu 14 maja 2014 r. ocenił pozytywnie zdolność kredytową odwołującego na poziomie 1 mln zł. Istotnym w sprawie było jednak to, że - jak jednoznacznie wynikało z opinii bankowej - w wyniku takiej oceny zdolności kredytowej odwołującemu w dacie sporządzenia opinii został już udzielony kredyt w rachunku bieżącym. Zdolność kredytowa na poziomie 1 mln zł została zatem skonsumowana poprzez udzielenie kredytu. Ponadto - jak wynikało z dalszej części opinii - kwota dostępnych środków na rachunku bieżącym odwołującego wynosiła jedynie 468.793,41 zł. W ocenie Izby ujawnione saldo dotyczyło rachunku bieżącego, w którym odwołującemu przyznano i uruchomiono kredyt. Na konieczność takiej interpretacji opinii wskazuje również treść regulaminu prowadzenia rachunków bankowych w BNP Paribas Bank Polska S.A., złożonego przez zamawiającego. Zgodnie z § 6 ust. 1 tego regulaminu, *w umowie o kredyt w rachunku bieżącym bank zobowiązuje się do udostępnienia kredytobiorcy środków pieniężnych do*

wysokości kwoty kredytu określonej w umowie, na rachunku kredytobiorcy prowadzonym przez bank. Korzystanie z udostępnionych w ten sposób środków pieniężnych następuje w ciężar salda debetowego tego rachunku.

Powyższe oznaczało, że z udzielonego odwołującemu kredytu pozostała do wykorzystania jedynie ww. kwota, która mogła być zaliczona na poczet wymaganej zdolności finansowej.

Odwołujący w trakcie rozprawy wywiódł, że taki sposób interpretacji opinii jest nieprawidłowy, albowiem ujawnione saldo dotyczy innego rachunku bieżącego, a nie tego, w którym udzielono kredytu. Uważał, że kwestia ta powinna być przez zamawiającego jeszcze wyjaśniana.

Jak wynika z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, zamawiający wyklucza z postępowania wykonawców którzy nie wykazali spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Z przepisu tego wynika zatem, że to rolą wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia jest udowodnienie zamawiającemu, że warunek udziału w postępowaniu jest spełniony. Wbrew stanowisku odwołującego, z informacji banku nie wynikało, aby podane saldo dostępnych środków odnosiło się do innego rachunku bieżącego, aniżeli rachunek bieżący w którym udzielono kredytu. Izba wzięła pod również to, że odwołujący w treści odwołania nie podniósł aby posiadał w BNP Paribas jeszcze jeden rachunek bieżący. Stanowisko takie zaprezentował dopiero na rozprawie, a ponadto nie poparł go żadnymi dowodami. Tymczasem w świetle wyraźnych podstaw wykluczenia zaprezentowanych przez zamawiającego w piśmie z 5 września 2014 r. odwołujący mógł i powinien takie dowody przedstawić. Zamawiający jednoznacznie wykluczył odwołującego z tego powodu, że saldo dotyczy środków na rachunku bieżącym pozostałych do wykorzystania po udzieleniu kredytu.

Stanowiska Izby nie zmieniła druga opinia bankowa BNP Paribas, załączona przez odwołującego do odwołania. Podkreślenia wymaga okoliczność, że to od wykonawcy zależy jakie dokumenty składa zamawiającemu celem wykazania warunku udziału w postępowaniu. Rolą zamawiającego jest ocena przedstawionych dokumentów. Z kolei zadaniem Izby, w toku postępowania odwoławczego, jest skontrolowanie kwestionowanej czynności i ustalenie czy zamawiający dokonał prawidłowej oceny dokumentów. W świetle art. 180 ust. 1 ustawy Pzp celem odwołania jest bowiem kontrola poprawności czynności lub zaniechań zamawiającego, pod względem zgodności z przepisami ustawy Pzp. Powyższe oznacza, że Krajowa Izba Odwoławcza w ramach środków ochrony prawnej nie zastępuje zamawiającego w obowiązku dokonania badania i oceny złożonych ofert i składających się na nie dokumentów, czy wyjaśnień składanych zamawiającemu a sprawuje kontrolę poprawności czynności i zaniechań zamawiającego, przy czym czyni to w zakresie wyznaczonym treścią odwołania. Krajowa Izba Odwoławcza – w świetle art. 192 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych – może, jeśli umowa nie została zawarta,

uwzględniając odwołanie nakazać wykonanie, powtórzenie lub unieważnienie czynności zamawiającego, co oznacza, że orzeczenie Izby nie zastępuje czynności zamawiającego. Jak słusznie podkreślono w ww. wyroku Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 8 stycznia 2014 r. sygn. akt X Ga 652/13 (dostępny na stronie internetowej uzp.gov.pl), *zadaniem Izby zgodnie z art.172 ust. 1 w zw. z art. 192 ust. 2 w zw. z art. 180 ust. 1 p.z.p. nie jest ustalenie prawdy obiektywnej, lecz ocena czynności zamawiającego, zatem powinna ona brać pod uwagę stan rzeczy z momentu ich dokonania.*

Zamawiający dokonał oceny zdolności finansowej odwołującego z uwzględnieniem dokumentów złożonych przez tego wykonawcę w trakcie badania i oceny ofert i prawidłowość tej oceny jest przedmiotem badania na skutek wniesionego odwołania. Zatem przedstawienie przez wykonawcę w toku postępowania odwoławczego, a więc po dokonaniu przez zamawiającego czynności badania i oceny ofert, nowych dokumentów mających świadczyć o jego zdolności finansowej nie mogło podlegać ocenie zamawiającego, a w konsekwencji również Izby. Za podstawę wyrokowania nie mogła być zatem wzięta pod uwagę treść opinii bankowej, której nie złożono zamawiającemu pomimo stosownego wezwania z 1 września 2014 r.

Biorąc powyższe pod uwagę należało dojść do wniosku, że na poczet zdolności finansowej, udokumentowanej opinią pochodzącą z BNP Paribas odwołującemu prawidłowo zaliczono tylko kwotę 468.793,41 zł, jako pozostające w jego dyspozycji środki finansowe. Uwzględniając niesporną zdolność finansową w postaci zdolności kredytowej na poziomie 1.000.000 zł i środków finansowych w kwocie 1.099.514,60 zł, wykazane dokumentami pochodzącymi z mBank, odwołujący nie wykazał wymaganych warunkiem zdolności kredytowej lub środków finansowych na minimalnym poziomie 3 mln zł.

II. Zarzuty dotyczące odrzucenia oferty odwołującego

Ustalono, że w załączniku nr 1 do opisu przedmiotu zamówienia (s. 45 SIWZ) zamawiający wymagał, aby oferowana nawierzchnia sportowa bezspoinowa, poliuretanowa miała grubość 14 – 15 mm.

W pkt X.3.1. SIWZ wskazano, że *w celu potwierdzenia, że oferowane roboty budowlane odpowiadają wymogom określonym przez Zamawiającego, Zamawiający żąda przedłożenia dla oferowanej nawierzchni (dokumenty potwierdzające parametry techniczne):*

1) Kartę techniczną oferowanego systemu, w której powinny się znaleźć m.in. takie informacje jak:

- nazwa producenta systemu wraz z jego adresem oraz stroną internetową,*
- opis wykonania systemu,*

- frakcje i rodzaj zastosowanego granulatu w poszczególnych warstwach, wszystkie komponenty wchodzące w skład systemu wraz z podaniem ich nazw oraz zużycia na 1 m² (dotyczy nawierzchni z poliuretanu),

2) Certyfikat IAAF dla produktu,

3) Atest Higieniczny PZH (lub równoważnego instytutu z krajów unii Europejskiej) dla oferowanej nawierzchni,

4) Autoryzacja producenta oferowanej nawierzchni wystawiona dla wykonawcy na realizowaną inwestycję wraz z potwierdzeniem gwarancji udzielonej przez producenta na tę nawierzchnię,

5) Kopię certyfikatu IAAF Class 1 dla już wykonanego obiektu z oferowanego systemu nawierzchniowego,

6) Kompletną aktualną Rekomendację Techniczną ITB potwierdzającą wymagane parametry nawierzchni (określone w tabeli odpowiednio nr 1 lub 2 załącznika nr 1 do opisu przedmiotu zamówienia) lub kompletny raport z wyniku badania specjalistycznego laboratorium wraz ze wszystkimi załącznikami, posiadającego atest IAAF, potwierdzające parametry oferowanej nawierzchni,

7) Razem z w/w dokumentami należy załączyć próbkę oferowanej nawierzchni o wymiarach minimum 10x10 cm z etykietą producenta oraz typem i nazwą oferowanego produktu.

Odwołujący złożył wraz z ofertą próbkę oferowanej nawierzchni Herculan SR Olympic, która posiadała grubość 12 mm. Do oferty załączono m.in. również Certyfikat produktu wydany przez Międzynarodowe Stowarzyszenie Federacji Lekkoatletycznych (IAAF) nr S-07-0076 odnoszący się do nawierzchni syntetycznej Herculan SR Olympic o grubości bezwzględnej 15 mm.

W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z 1 września 2014 r., odwołujący przy piśmie z 3 września 2014 r. złożył m.in. następujące dokumenty:

- 1) Kartę techniczną nawierzchni sportowej Herculan SR Olympic o grubości nawierzchni 15 mm, wystawioną przez Herculan Sport Surfaces bv,
- 2) Raport z badania laboratoryjnego próbki nawierzchni Herculan SR Olympic nr 15629/8006 z 25.08.2014 r., w którym jest mowa o grubości bezwzględnej materiału 14,9 mm.

Ustalono również, że pismem z dnia 5 września 2014 r. zamawiający, działając na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp odrzucił ofertę odwołującego jako niezgodną z SIWZ. Zamawiający w uzasadnieniu wskazał, że złożona przez odwołującego próbka nawierzchni Herculan SR Olympic ma grubość 12 mm, zaś zamawiający wymagał aby nawierzchnia posiadała grubość w zakresie 14-15 mm (s. 45 SIWZ). Wyjaśnił, że

stwierdzenia takiego dokonał już po czynności wezwania odwołującego do uzupełniania dokumentów (w dniu 4 września 2014 r.) i powinien wezwać wykonawcę do uzupełnienia ww. próbki – zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Jednakże biorąc pod uwagę całokształt zaistniałej sytuacji po dokonaniu czynności uzupełnienia przez odwołującego, który to wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania, zaś jego oferta jest uznana za odrzuconą, należy zastosować całe brzmienie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Przepis ten stanowi zaś, że nie wzywa się wykonawcy do uzupełnień, jeżeli oferta i tak podlegać będzie odrzuceniu.

W trakcie posiedzenia Izby odwołujący złożył raport z badań Instytutu Techniki Budowlanej z 19 września 2014 r. nr LM00-2353/14/Z00NM dotyczący badania grubości całkowitej próbki nawierzchni Herculan SR Olympic. Zgodnie z tą opinią grubość nawierzchni wynosi średnio $14,75 \pm 0,27$ mm.

W trakcie posiedzenia Izby przystępujący złożył:

- a) raport z testów z 29 kwietnia 2014 r. w języku angielskim, bez tłumaczenia na język polski,
- b) wydruk korespondencji mailowej prowadzonej pomiędzy Panami H. J. K. a Panem J. W. wraz z tłumaczeniem korespondencji z 11 lipca 2014 r. o treści: *„Drogi Panie W. . Wysłał mi Pan kopię raportu, wyglądającego an sporządzony przez IST (widoczny w załączeniu). Ten raport nie pasuje do żadnego z raportu przygotowanego dla firmy Eputan. Objęty zapytaniem raport różni się od odpowiedniego raportu IST (zadanie numer 8384 z 29 kwietnia 2014 r.) w wielu aspektach:
Nazwa produktu: w raporcie IST jest „Herculan SR Sprint” – w objętym zapytanie raporcie „Herculan SR Olympic”
Opis: w raporcie objętym zapytaniem: jedna warstwa 15 mm – w raporcie IST dwie warstwy: 4 mm górna warstwa i warstwa spodnia 10 mm,
Ilość stron: raport IST: 5 stron – raport objęty pytaniem 2 strony
Rezultat: rezultaty w raporcie objętym pytaniem całkowicie nie są zgodne z raportem IST (...). H. J. K.”*
- c) dokument akredytacyjny laboratorium w języku angielskim, bez tłumaczenia na język polski,
- d) pierwszą stroną decyzji Prezesa UOKiK nr 1/2014 z 27 czerwca 2014 r. , zgodnie z którą organ ten uznał za praktykę ograniczającą konkurencję zawarcie przez Polcourt S.A. w upadłości likwidacyjnej oraz Saltex Europa sp. z o.o. porozumienia ograniczającego konkurencję na krajowym rynku projektowania, budowy i wyposażania obiektów sportowych, polegającą na uzgadnianiu przez ww. przedsiębiorców warunków składanych ofert i stwierdza zaniechania jej stosowania z dniem 30 grudnia 2011 r.,

- e) aprobatę techniczną AT-15-4486/2000 dotyczącą zestawu wyrobów Conipur SW do wykonywania poliuretanowych nawierzchni sportowych,
- f) aprobatę techniczną nr AT-15-49-53/2001 dotyczącą zestawów wyrobów do wykonywania nawierzchni sportowych systemów Conipur EPDM i Conipur SP.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie było sporne pomiędzy stronami, iż próbka nawierzchni złożona zamawiającemu przez odwołującego w toku postępowania posiadała grubość zaledwie 12 mm, zamiast wymaganych przez zamawiającego 14-15 mm. Wzięto w tym zakresie pod uwagę, że odwołujący nie zakwestionował w odwołaniu, iż zamawiający dokonał nieprawidłowej oceny grubości próbki, skupiając się jedynie na konsekwencjach prawnych dokonanej przez zamawiającego oceny. Argumentacja, iż złożona zamawiającemu próbka posiadała wymaganą grubość, gdyż rzekomo zamawiający dokonał nieprawidłowego pomiaru, pojawiła się dopiero na rozprawie. Tak sformułowaną na rozprawie nową okoliczność faktyczną należało jednoznacznie ocenić jako nowy zarzut, który nie mógł być przez Izbę rozpoznany, gdyż nie został opisany w odwołaniu. Powyższe wynika z treści art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, zgodnie z którym Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Jak wskazano w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach z 29 czerwca 2009 r. w spr. X Ga 110/09, „O tym jakie twierdzenia lub zarzuty podnosi strona w postępowaniu nie przesądza bowiem proponowana przez nią kwalifikacja prawna ale okoliczności faktyczne wskazane przez tę stronę. Jeśli więc strona nie odwołuje się do konkretnych okoliczności faktycznych to skład orzekający nie może samodzielnie ich wprowadzić do postępowania tylko dlatego, że można je przyporządkować określonej, wskazanej w odwołaniu kwalifikacji prawnej.”.

W tej sytuacji przedmiotem oceny Izby był jedynie spór pomiędzy stronami co do tego, w jaki sposób, w świetle przepisów ustawy Pzp, należało ocenić tak ustalony stan faktyczny. Nie było sporne pomiędzy stronami, że próbka, jest – na gruncie ustawy Pzp – tzw. dokumentem potwierdzającym, że oferowane roboty budowlane odpowiadają wymaganiom określonym w SIWZ, o którym mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp (tzw. dokumentem przedmiotowym). Na powyższe wskazuje jednoznacznie treść §6 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 19 lutego 2013 r. (Dz. U. z 19 lutego 2013 r. poz. 231 ze zm.). Nie było również sporne pomiędzy stronami, że w razie niezłożenia lub złożenia błędnego, nieprawidłowego dokumentu przedmiotowego, po stronie zamawiającego aktualizuje się, co do zasady, obowiązek wezwania wykonawcy do uzupełnienia takiego dokumentu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Zamawiający i odwołujący różnili się natomiast w ocenie, czy zamawiający zasadnie powołał się na wyjątek od zasady wzywiania tj. na

okoliczność, że oferta odwołującego, pomimo uzupełnienia brakującej, prawidłowej próbki i tak podlegałaby odrzuceniu. Jak wynika z powołanego przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, ustawodawca wyraźnie przewidział dwa wyjątki od zasady wzywania (sytuacja w której oferta podlegałaby odrzuceniu bądź postępowanie podlegało unieważnieniu). Ratio legis takiej regulacji jest oczywiste. Celem regulacji jest doprowadzenie do sanowania oferty tak aby mogła być ona wzięta pod uwagę przy ocenie ofert. Cel ten nie zostanie osiągnięty, pomimo prawidłowego uzupełnienia, w sytuacji gdy oferta i tak podlegałaby odrzuceniu bądź samo postępowanie unieważnieniu.

W ocenie Izby, w okolicznościach analizowanej sprawy zamawiający zasadnie uznał, że zachodzi wyjątek od zasady wzywania, gdyż oferta odwołującego, pomimo uzupełnienia i tak podlegałaby odrzuceniu. Jak stwierdzono przy rozstrzygnięciu zarzutów opisanych w pkt I powyżej, zamawiający prawidłowo ocenił, że odwołujący podlega wykluczeniu z postępowania. Dostrzeżenia wymaga zaś, że w myśl jednoznacznego przepisu art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą.

W ocenie Izby nie ma znaczenia fakt, że wcześniej, tj. w dniu 1 września 2014 r., zamawiający wzywał wykonawcę do uzupełnienia innych dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Istotnie, w momencie tego wezwania, zamawiający miał obowiązek wezwania odwołującego do uzupełnienia brakującej próbki, czego nie uczynił. Podkreślenia wymaga jednak fakt, że obowiązek wezwania do uzupełniania prawidłowej próbki odpadł w dniu 4 września 2014 r. W tym dniu zamawiający uzyskał bowiem pewność, że oferta odwołującego musi zostać uznana za odrzuconą. W tej sytuacji prawidłowo zaniechał wzywania do uzupełnienia próbki.

W konsekwencji zamawiający zasadnie odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Złożono bowiem zamawiającemu próbkę nawierzchni o grubości nieodpowiadającej postanowieniom SIWZ.

Z przyczyn omówionych przy rozstrzygnięciu zarzutów z pkt I, nie mogła być wzięta pod uwagę nowa próbka nawierzchni zaprezentowana przez odwołującego na rozprawie na rozprawie jak również raport z badań Instytutu Techniki Budowlanej z 19 września 2014 r. nr LM00-2353/14/Z00NM dotyczący badania grubości całkowitej tej próbki nawierzchni. Próbka złożona przez odwołującego na rozprawie, którą poddano badaniu w ITB, nie została złożona zamawiającemu w toku postępowania i nie podlegała jego ocenie.

Izba nie rozstrzygała w przedmiocie zasygnalizowanych przez zamawiającego w uzasadnieniu odrzucenia z 5 września 2014 r. wątpliwości co do innych – poza próbką - dokumentów przedmiotowych, jakie złożył odwołujący. Odwołujący słusznie wskazał, że zamawiający w swym uzasadnieniu jedynie sygnalizował swe wątpliwości, których jednak nie rozwiewał, uznając, że oferta odwołującego i tak podlega odrzuceniu. Na konieczność takiej

interpretacji uzasadnienia wskazuje nie tylko jego treść, ale i rozstrzygające w tym zakresie stanowisko zamawiającego. Zamawiający wyraźnie przyznał na rozprawie, iż sygnalizowane wątpliwości co do innych dokumentów przedmiotowych nie stanowiły podstawy do odrzucenia oferty odwołującego. A zatem okoliczności te, jako niesporne pomiędzy stronami, nie podlegały badaniu przez Izbę. W tej sytuacji Izba odstąpiła od oceny dokumentów złożonych na posiedzeniu przez przystępującego, które zmierzały do wykazania, że wątpliwości zamawiającego co do innych dokumentów przedmiotowych były zasadne. Treść tych dokumentów nie miała bowiem żadnego znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy, zaś czynności uczestnika postępowania nie mogą pozostawać w sprzeczności z oświadczeniami strony, do której przystąpił (art. 185 ust. 5 ustawy Pzp).

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co ze wskazanych wyżej względów nie miało miejsca w analizowanej sprawie.

Biorąc powyższe pod uwagę, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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).

Przewodniczący: