

WYROK

z dnia 19 stycznia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Magdalena Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 stycznia 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 stycznia 2015 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm w składzie: MMC Poland Sp. z o.o. (lider) oraz KFG Electric System Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera: ul. Grabowa 2, 40-172 Katowice** w postępowaniu prowadzonym przez **Lubelski Węgiel „Bogdanka” S.A., Bogdanka, 21-013 Puchaczów**

przy udziale **wykonawcy Invertim Sp. z o.o., ul. Częstochowska 93, Otwock Mały, 05-480 Karczew**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm w składzie: MMC Poland Sp. z o.o. (lider) oraz KFG Electric System Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera: ul. Grabowa 2, 40-172 Katowice** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm w składzie: MMC Poland Sp. z o.o. (lider) oraz KFG Electric System Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera: ul. Grabowa 2, 40-172 Katowice** tytułem wpisu od odwołania,

- 2.2. zasądza od **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm w składzie: MMC Poland Sp. z o.o. (lider) oraz KFG Electric System Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera: ul. Grabowa 2, 40-172 Katowice** na rzecz **Lubelskiego Węgla „Bogdanka” S.A., Bogdanka, 21-013 Puchaczów** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (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 w **Lublinie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na *dostawę ognioszczelnych wyłączników stycznikowych i ognioszczelnych zespołów transformatorowych do zastosowania w wyrobiskach podziemnych zakładu górniczego, w pomieszczeniach zagrożonych wybuchem* przez Lubelski Węgiel „Bogdanka” S.A. (dalej „zamawiający”) wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm w składzie: MMC Poland Sp. z o.o. (lider) oraz KFG Electric System Sp. z o.o. (dalej „odwołujący” albo „odwołujące się konsorcjum”) złożyli odwołanie wobec czynności zamawiającego, polegających na:

1. wykluczeniu odwołującego z postępowania pomimo braku przesłanek wykluczenia,
2. wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez INVERTIM Sp. z o.o. (dalej „przystępujący”) pomimo tego, że to oferta odwołującego winna być uznana za najkorzystniejszą w oparciu o przedstawione w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”) kryteria.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) [dalej „ustawa Pzp”]:

1. naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4, poprzez wykluczenie odwołującego z postępowania pomimo tego, że spełnia on wszystkie warunki udziału w postępowaniu oraz art. 24 ust. 4, poprzez nieuzasadnione uznanie oferty złożonej przez odwołującego za odrzuconą,
2. art. 91 ust. 1, poprzez dokonanie wyboru oferty przystępującego jako najkorzystniejszej, podczas gdy oferta ta nie jest ofertą najkorzystniejszą

oraz zażądał:

1. unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
2. dokonania ponownej czynności badania i oceny ofert,
3. unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego,
4. wyboru oferty odwołującego.

Odwołujący podał, iż – zdaniem zamawiającego – miał nie wykazać, że spełnia postawione w SIWZ warunki w zakresie wiedzy i doświadczenia z tej przyczyny, że:

1. zobowiązanie do udzielenia zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia nie potwierdza dysponowania zasobami na dzień składania ofert, ponieważ podpisała

je osoba, która w chwili upływu terminu składania ofert nie miała prawa do reprezentacji Corum Ukraine S.A.,

2. wykaz dostaw wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyłą realizację, nawet po uzupełnieniu w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, ma nie potwierdzać prawidłowej realizacji zamówienia na analogiczne lub porównywalne części do oferowanych w przedmiotowym przetargu o wartości min. 6.000.000,00 PLN netto lub więcej,

a nadto miał nie wykazać, że spełnia postawione w SIWZ warunki w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej z tej przyczyny, że:

1. zobowiązanie do udzielenia zasobów w postaci sytuacji ekonomicznej i finansowej nie potwierdza dysponowania zasobami na dzień składania ofert, ponieważ podpisała je osoba, która w chwili upływu terminu składania ofert nie miała prawa do reprezentacji Corum Ukraine S.A.,
2. zobowiązanie do udzielenia zasobów ma nie potwierdzać „faktycznego przekazania Wykonawcy przez Corum Ukraine S.A. potencjału finansowego i ekonomicznego”, co ma być spowodowane brakiem wskazania zakresu przekazania potencjału oraz formy przekazania potencjału.

Jako dowód odwołujący załączył zawiadomienie o wyborze oferty z dnia 23 grudnia 2014 r.

Odwołujący podał, że w treści pkt. V.1.1) b) SIWZ zamawiający wskazał, że: *„o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy spełniający warunki określone w art. 22. ust. 1 pkt 1-4 ustawy Prawo zamówień publicznych, dotyczące posiadania wiedzy i doświadczenia: Zamawiający wymaga, by w celu potwierdzenia posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia Wykonawcy wykazali, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie) zrealizowali zamówienia na analogiczne lub porównywalne części do oferowanych w przedmiotowym przetargu o wartości min. 6.000.000,00 PLN netto lub więcej”*

Analiza ww. wymogu doprowadziła odwołującego do wniosku, że zamawiający oczekiwał od wykonawców wylegitymowania się w okresie trzech lat przed upływem terminu składania ofert:

1. dowolną liczbą zamówień,
2. obejmujących „analogiczne lub porównywalne części”,
3. o wartości zamówień 6.000.000,00 PLN lub większej.

Odwołujący stwierdził, że w następstwie skierowanego do niego na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp wezwania, przedstawił wykaz ośmiu dostaw spełniających wymagania zamawiającego.

W odniesieniu do podpisu osoby – wedle zamawiającego – nieuprawnionej odwołujący wskazał, że pan V. I. K. pełni funkcję dyrektora prywatnej spółki akcyjnej „CORUM” Ukraina od dnia 1 września 2014 roku, a 2 października 2014 roku to jedynie data wykonania wypisu z Jednolitego Państwowego Rejestru Podmiotów Prawnych i Osób Fizycznych – Przedsiębiorców. Stwierdził, że ważność powołania na stanowisko dyrektora w ukraińskim prawie nie zależy od wpisu faktu powołania do rejestru – powołanie na stanowisko dyrektora nastąpiło z dniem 1 września 2014 roku, tj. przed upływem terminu składania ofert.

Jako dowód załączył protokół posiedzenia rady nadzorczej „CORUM” Ukraina 12/2014 z dnia 29 sierpnia 2014 roku.

Podsumował, że zobowiązanie do udzielenia zasobów zostało podpisane przez właściwą osobę i potwierdza prawidłowość i rzeczywistość przekazania zasobów.

W odniesieniu do niezgodności dostaw z oczekiwaniami zamawiającego odwołujący uznał, że stanowisko zamawiającego w zakresie oceny przedłożonego przez odwołującego wykazu nie zasługuje na uwzględnienie, co – wedle odwołującego – wynika już z samej analizy postanowienia V.I.1) b) SIWZ, który jednoznacznie odnosi wskazaną kwotę (6.000.000,00) PLN do wartości zamówienia obejmującego analogiczne lub porównywalne części, a nie do wartości tychże części w ramach tych zamówień, co czyni oczekiwanie zamawiającego dotyczące wyodrębnienia wśród zamówień wartości części analogicznych lub porównywalnych do objętych przedmiotem postępowania bezprzedmiotowym.

Zdaniem odwołującego wynika to nie tylko z literalnego brzmienia SIWZ oraz ogłoszenia o zamówieniu, ale również z faktu, że elementy objęte przedmiotem postępowania z reguły „towarzyszą”, jako jeden z elementów dostaw, innym, znacznie większym i bardziej skomplikowanym urządzeniem, toteż przyjmowana dla celów ofertowych cena urządzeń stanowiących analogiczne lub porównywalne części z reguły jest całkowicie niemiarodajna, o ile w ogóle brana jest pod uwagę. Odwołujący dodał, że stosunkowo rzadko urządzenia objęte postępowaniem stanowią odrębny przedmiot zamówienia.

Oświadczył ponadto, że w ramach zamówień objętych wykazem wartość części „analogicznych lub porównywalnych (...) do oferowanych w przedmiotowym przetargu” przekracza 6.000.000,00 PLN.

Odwołujący stanął także na stanowisku, że urządzenia objęte dostawami ujętymi w wykazie dostaw – wyłączniki stycznikowe i podstacje transformatorowe stanowią części

„analogiczne lub porównywalne” do urządzeń objętych przedmiotem postępowania w szczególności podstacje transformatorowe stanowią urządzenia daleko bardziej skomplikowane niż objęte przedmiotem postępowania zespoły transformatorowe. Podniósł, że tożsame warunki wykorzystania oraz zbliżone funkcje usprawiedliwiają przekonanie odwołującego o tym, że stanowią one części „analogiczne lub porównywalne”.

Odwołując się do wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 lipca 2008 roku (KIO/UZP 693/08) podniósł: *Jeżeli zamawiający nie doprecyzował sformułowań "zamówienia podobne" (o charakterze porównywalnym), a nie identycznych, to wykazanie się wykonaniem robót o podobnym charakterze może być uznane za spełnienie warunku przez wykonawcę.*

Dodał, że to po stronie zamawiającego leżało odpowiednie sformułowanie postanowień SIWZ, w tym doprecyzowanie swych wymagań co do wiedzy i doświadczenia.

W odniesieniu do zasobu w postaci sytuacji ekonomicznej i finansowej odwołujący podał, że w treści pkt. V.I.I) c) SIWZ zamawiający wskazał, że: „o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy spełniający warunki określone w art. 22. ust. 1 pkt 1-4 ustawy Prawo zamówień publicznych sytuacji ekonomicznej i finansowej: Zamawiający wymaga, by Wykonawcy posiadali środki finansowe lub zdolność kredytową w wysokości co najmniej 2.000.000,00 PLN netto lub więcej”.

Odwołujący podał następnie, że przedstawił opinię bankową ING Bank Śląski dotyczącą członka konsorcjum oraz opinię bankową Pierwszego Ukraińskiego Międzynarodowego Banku dotyczącą podmiotu użyczającego zasobów, to jest podmiotu „CORUM” Ukraina, z których wynika posiadanie środków finansowych w wysokości kilkakrotnie wyższej niż żądana przez zamawiającego.

W odniesieniu do podpisu osoby nieuprawnionej odwołał się do argumentacji wcześniej wskazanej.

W odniesieniu do rzeczywistego przekazania zasobów odwołujący stwierdził, że załączone do oferty oraz przesłane ponownie w wyniku wezwania do uzupełnienia oświadczenie „CORUM” Ukraina o udzieleniu zasobów zawiera podpisane przez osobę uprawnioną do jej reprezentacji bez ograniczeń bezwarunkowe zobowiązanie do udzielenia zasobu w postaci zdolności finansowych w całości (wobec braku odmiennego zastrzeżenia).

W ocenie odwołującego powyższe oświadczenie wystarczy do przyjęcia, że odwołujący faktycznie i rzeczywiście będzie dysponował tym zasobem, ponieważ obejmuje, niezależnie od łączących „CORUM” Ukraina i lidera konsorcjum stanowiącego stosunków umownych, zobowiązanie do udzielenia powyższych zasobów. Odwołujący uznał za oczywiste, że w razie ujawnienia się potrzeby uzupełnienia zdolności finansowych odwołującego udostępnienie środków nastąpi w formie optymalnej podatkowo oraz

biznesowo, np. w formie pożyczki. Zdaniem odwołującego brak tego rodzaju jednoznacznych deklaracji na etapie składania ofert nie powinien jednak wzbudzać w zamawiającym jakichkolwiek wątpliwości w zakresie rzeczywistego charakteru udostępnienia zasobów.

Odwołujący stwierdził, że sytuacja finansowa i ekonomiczna, pomimo współwystępowania w katalogu warunków udziału w postępowaniu, ma charakter odmienny zwłaszcza od potencjału personalnego i rzeczowego – posiadanie środków finansowych w określonej wysokości nie jest elementem zobowiązania wykonawcy w postępowaniu, ma jedynie utwierdzać zamawiającego w przekonaniu, że kondycja finansowa wykonawcy nie uniemożliwi realizacji zamówienia.

Podsumował, że stanowisko zamawiającego wydaje się zupełnie odbiegać od realiów prowadzenia działalności gospodarczej i nie zasługuje na uwzględnienie.

W odniesieniu do wyboru najkorzystniejszej oferty odwołujący podniósł, że jego oferta nie podlegała odrzuceniu, a w oparciu o wskazane w treści SIWZ kryteria oceny ofert była oceną korzystniejszą od wybranej, w związku z czym prawidłowo przeprowadzone badanie i ocena ofert winna wskazać, że to oferta odwołującego jest najkorzystniejszą, i winna zostać wybraną przez zamawiającego.

Na podstawie dopuszczonych przez skład orzekający Izby, wskazanych poniżej dowodów w tym z dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przedłożonej Izbie przez zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, odpowiedzi zamawiającego na odwołanie – pismo z dnia 19 stycznia 2015 r., pisma procesowego przystępującego – pismo z dnia 16 stycznia 2015 r., a także stanowisk stron (w tym pisemnych, złożonych na rozprawie) i przystępującego, zaprezentowanych w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby stanął na stanowisku – wbrew stanowisku zamawiającego i przystępującego – że brak jest podstaw do uznania, że którykolwiek z podniesionych w odwołaniu zarzutów jest zarzutem spóźnionym.

W ocenie składu orzekającego Izby bowiem fakt, że odwołujący nie zakwestionował w drodze środka ochrony prawnej w postaci odwołania czynności zamawiającego z dnia 9 grudnia 2014 r., polegającej na wezwaniu go do uzupełnienia dokumentów podmiotowych na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy oraz do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp nie pozbawiło odwołującego prawa do złożenia odwołania wobec czynności uznania przez zamawiającego jego oferty za odrzuconą (w konsekwencji wykluczenia go z udziału w postępowaniu)

Zgodnie z przepisem art. 180 ust. 1 ustawy Pzp odwołanie przysługuje od każdej, niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Bez wątplenia czynność wezwania do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp (czy wezwania do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp) oraz czynność odrzucenia oferty wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp są odrębnymi czynnościami zamawiającego podejmowanymi w toku postępowania o udzielenie zamówienia.

Skład orzekający Izby wskazuje, że ustawa Pzp nie przewiduje dla zamawiającego obowiązku wykluczenia wykonawcy, jeżeli ten nie uzupełnił dokumentów, których braku na etapie badania ofert przed wezwaniem dopatrył się zamawiający (albo wykonawca przedłożył dokumenty złożone już w ofercie), toteż wykonawca nie ma podstaw, aby uznać, że brak odpowiedzi na wezwanie (albo powtórne przedstawienie tych samych co złożonych wraz z ofertą dokumentów) oznacza automatycznie, że zostanie on wykluczony z postępowania (a jego oferta zostanie odrzucona). Taki „automatyzm” jest znany ustawie Prawo zamówień publicznych – został przez ustawodawcę przyjęty w przypadku, gdy na wezwanie zamawiającego wykonawca nie złoży wyjaśnień co do zaoferowanej ceny (rażąco niskiej) – art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Nadto podnieść należy, że skuteczna ochrona interesu wykonawcy w uzyskaniu zamówienia zależy od możliwości poznania przez wykonawcę uzasadnienia faktycznego i prawnego czynności zamawiającego, na tyle szczegółowych, aby dawały wykonawcy możliwość ujęcia przez wykonawcę w odwołaniu – jak wymaga tego art. 180 ust. 3 ustawy Pzp i przepisy wykonawcze – okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania. Wezwanie z dnia 9 grudnia 2014 r. skierowane przez zamawiającego do odwołującego nie zawiera nawet „zapowiedzi” skutku w postaci wykluczenia wykonawcy na jakiegokolwiek podstawie prawnej (a przecież to nie zapowiadane, ale wykonane już przez zamawiającego czynności mogą zostać przez wykonawcę zakwestionowane).

Z tych względów skład orzekający Izby rozpoznał wszystkie objęte odwołaniem zarzuty.

Skład orzekający Izby dopuścił w niniejszej sprawie następujące dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienie publicznego:

1. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia (dalej nadal „SIWZ”).
2. Zapytanie dotyczące treści SIWZ – pismo przystępującego z dnia 8 września 2014 r.
3. Wyjaśnienia treści SIWZ – pismo zamawiającego z dnia 18 września 2014 r.
4. Oferta odwołującego.

5. Wezwanie do uzupełnienia dokumentów i (ewentualnie) do złożenia wyjaśnień skierowane do odwołującego na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp – pismo zamawiającego z dnia 9 grudnia 2014 r.
6. Odpowiedź odwołującego na wezwanie z dnia 9 grudnia 2014 r. – pismo odwołującego z dnia 11 grudnia 2014 r. wraz z załącznikami.
7. Zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz o odrzuceniu oferty odwołującego – pismo zamawiającego z dnia 23 grudnia 2014 r.

Skład orzekający Izby nie dopuścił dowodów z dokumentów złożonych przez odwołującego na rozprawie: umowy współpracy z dnia 15 września 2014 r. zawartej pomiędzy Corum Ukraine a MMC Poland Sp. z o.o. oraz Protokołu Nr 12-2014 z posiedzenia Rady Nadzorczej Prywatnej Spółki Akcyjnej Corum Ukraina, ponieważ zmierzały one do wykazania spełniania przez odwołującego warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia oraz w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej na podstawie dokumentów, którymi nie dysponował zamawiający, dokonując czynności oceny spełniania przez odwołującego tych warunków, a której to zgodność z przepisami ustawy Pzp jest badana przez skład orzekający Izby.

Zarzuty:

- **nieuzasadnionego wykluczenia odwołującego z postępowania pomimo tego, że spełnia on wszystkie warunki udziału w postępowaniu, czym zamawiający naruszył art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp**

oraz

- **nieuzasadnionego uznania oferty złożonej przez odwołującego za odrzuconą, czym zamawiający naruszył art. 24 ust. 4 ustawy Pzp**

nie potwierdziły się.

W zakresie warunku wiedzy i doświadczenia skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Ustalenia co do treści SIWZ.

W części wstępnej SIWZ zamawiający wskazał, że postępowanie jest prowadzone na zasadach określonych w ustawie Prawo zamówień publicznych.

W Rozdziale II *Opis sposobu przygotowania ofert* w pkt 2 SIWZ zamawiający postawił wymóg, aby do oferty zostały załączone dokumenty wymagane postanowieniami SIWZ, w pkt 6 zaś wskazał, że „*Pełnomocnictwo do podpisania oferty winno być dołączone do oferty, o ile nie wynika to z innych dokumentów załączonych do oferty (np. z odpisu*

z Krajowego Rejestru Sądowego, zaświadczenia o wpisie do ewidencji działalności gospodarczej)".

W Rozdziale V *Warunki wymagane od Wykonawców* pkt 1 ppkt 1 lit. b SIWZ zamawiający wskazał, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy spełniający warunki określone w art. 22. ust. 1 pkt 1-4 ustawy Pzp dotyczące wiedzy i doświadczenia, tj. zamawiający zażądał, aby wykonawcy wykazali, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie) zrealizowali zamówienia na analogiczne lub porównywalne części do oferowanych w przedmiotowym przetargu o wartości min. 6.000.000,00 PLN netto lub więcej.

Zgodnie z Rozdziałem VI *Dokumenty wymagane w ofercie* w szczególności pkt 1 ppkt 9 zamawiający zażądał złożenia Wykazu wykonanych w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie) dostaw (dalej „Wykaz”) wraz z dowodami, czy zamówienia zostały wykonane należyście.

Zamawiający nie wprowadził do SIWZ żadnych postanowień dotyczących przypadku, gdy wykonawca, wykazując spełnianie warunków udziału w postępowaniu będzie polegał na zasobach wiedzy i doświadczenia innych podmiotów.

Ustalenia co do wyjaśnień treści SIWZ.

Na podstawie pisma zamawiającego z dnia 18 września 2014 r. skład orzekający Izby ustalił, że na pytanie jednego z wykonawców (pismo przystępującego z dnia 8 września 2014 r.) o treści:

„Czy Zamawiający przez analogiczne lub porównywalne części do oferowanych w przedmiotowym przetargu wg SIWZ Rozdział V pkt. 1.1)b rozumie wyłączniki stycznikowe ognioszczelne oraz ognioszczelne zespoły transformatorowe będące przedmiotem przetargu ? Czy dopuszczalne są jako porównywalne, inne urządzenia na przykład przemienniki częstotliwości lub rozruszniki tyrystorowe ?

zamawiający w następujący sposób wyjaśnił wykonawcom treść SIWZ:

„Zamawiający zapisy zawarte w SIWZ uważa za jasne, prawidłowe i nieograniczające zasad konkurencyjności. Zamówienia na dostawę przemienników częstotliwości lub rozruszników tyrystorowych nie są analogicznymi ani porównywalnymi do przedmiotu zamówienia, jakim winien wykazać się Wykonawca chcący uczestniczyć w postępowaniu”.

Ustalenia co do oferty odwołującego.

Odwołujący złożył wraz z ofertą Wykaz wykonanych zamówień (str. 7), w którym ujął 4 zamówienia: na podstacje transformatorowe i inne urządzenia elektryczne (poz. 1), ognioszczelne podstacje transformatorowe (poz. 2), ognioszczelne wyłączniki stycznikowe /

ognioszczelne podstacje transformatorowe (poz. 3) oraz ognioszczelne podstacje transformatorowe (poz. 4).

Wraz z ofertą odwołujący złożył także *Pisemne zobowiązanie Podmiotu do oddania do dyspozycji Wykonawcy niezbędnych zasobów*, w którym podmiot – Corum Ukraine (KRS 25332714) oświadczył, że zobowiązuje się w postępowaniu na „Dostawę ognioszczelnych wyłączników stycznikowych i ognioszczelnych zespołów transformatorowych do zastosowania w wyrobiskach podziemnych zakładu górniczego, w pomieszczeniach zagrożonych wybuchem” do oddania do dyspozycji liderowi odwołującego się konsorcjum (MMC Poland Sp. z o.o.) niezbędnych zasobów, tj. wiedzy i doświadczenia na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp.

Pod oświadczeniem znajduje się podpis nieczytelny, który nie został opatrzony adnotacją lub pieczęcią wskazującą z imienia i nazwiska osobę, która podpis ten złożyła. W treści zobowiązania podano znak sprawy 69/IZS/2014 (w lewym górnym rogu), tj. znak sprawy, który zamawiający przypisał przedmiotowemu postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznemu (takie oznaczenie zamawiający przywoływał w swoich pismach wychodzących np. z 9 grudnia 2014 r. – wezwanie, 23 grudnia 2014 r. – zawiadomienie o wynikach postępowania).

Dodatkowo w oświadczeniu zawarto informację dotyczącą dysponowania przez wykonawcę zasobem wiedzy i doświadczenia, tj. iż podstawą tego dysponowania będzie wzajemna umowa współpracy obejmująca bieżące doradztwo oraz konsultacje, a także przekazanie know-how.

Ustalenia co do wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentów w zakresie potwierdzenia spełniania warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia.

Pismem z dnia 9 grudnia 2014 r. zamawiający, wskazując jako podstawę swojego działania przepis art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp, zażądał złożenia przez odwołującego w szczególności dokumentu potwierdzającego spełnianie przez odwołującego warunku określonego w Rozdziale V pkt 1 ppkt 1 lit. b SIWZ (czyli Wykazu wykonanych w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie) dostaw wraz z dowodami, czy zamówienia zostały wykonane należycie), ewentualnie do złożenia wyjaśnień dotyczących złożonych dokumentów. Upřednio zamawiający w piśmie podał, że podstacje transformatorowe, których dostawy wymienione zostały w złożonym przez odwołującego Wykazie stanowią całkowicie odrębną – od oferowanych w przedmiotowym przetargu – kategorię urządzeń, dodając, że zamówienie na dostawę tej kategorii urządzeń objęte było odrębnym przetargiem, tj. przetargiem o nr 66/IZS/2014.

Ustalenia co do dokonanych przez odwołującego uzupełnień dokumentów oraz złożonych wyjaśnień.

Odwołujący złożył, jak sam to określił w piśmie z dnia 11 grudnia 2014 r., „uaktualnioną listę referencyjną (...), uwzględniającą dodatkowe projekty, obejmujące również dostawę ognioszczelnych wyłączników stycznikowych”, którą w ramach wyszczególnienia załączników do ww. pisma nazwał „Zaktualizowanym Wykazem wykonanych zamówień”.

W nowym Wykazie odwołujący, poza uprzednio wskazanymi (z zastrzeżeniem, iż pozycja 3 została tym razem określona jako „Ognioszczelne wyłączniki stycznikowe i podstacje transformatorowe”), zawarł dodatkowo 4 pozycje opisane każdorazowo jako „Przenośniki taśmowe z ognioszczelnymi wyłącznikami stycznikowymi” (poz. 5-8).

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

W odwołaniu odwołujący stanął na stanowisku, że zamawiający oczekiwał od wykonawców wylegitymowania się w okresie trzech lat przed upływem terminu składania ofert:

1. dowolną liczbą zamówień,
2. obejmujących „analogiczne lub porównywalne części”,
3. o wartości zamówień 6.000.000,00 PLN lub większej.

O ile skład orzekający Izby podzielił stanowisko odwołującego co do tego, że zamawiający w opisanym w Rozdziale V pkt 1 ppkt 1 lit. b SIWZ warunku dotyczącym wiedzy i doświadczenia oczekiwał wykazania realizacji dowolnej liczby zamówień o łącznej wartości wynoszącej co najmniej 6 mln złotych (netto), o czym przesądza brzmienie opisu tego warunku („zrealizowali zamówienia (...) o wartości min. 6.000.000,00 PLN netto lub więcej”), o tyle skład orzekający Izby nie podzielił stanowiska odwołującego, że zamówienia te miały jedynie obejmować części analogiczne lub porównywalne do oferowanych, ponieważ sformułowania „zamówienie na analogiczne lub porównywalne części” nie można rozumieć jako sformułowania „zamówienie obejmujące analogiczne lub porównywalne części”. W kontekście tak rozumianej przez zadającego pytanie wykonawcy „części” (jako urządzenia) zamawiający udzielił wyjaśnień treści SIWZ w piśmie z dnia 18 września 2014 r.

Dostrzeżenia wymaga, że „części” w opisanym warunku wiedzy i doświadczenia należy odnieść – po raz kolejny opierając się na brzmieniu opisu – do tego, co oferowane jest w przedmiotowym przetargu, tj. do ognioszczelnych wyłączników i ognioszczelnych zespołów transformatorowych czyli należy „części” rozumieć jako pewne „fizyczne” urządzenia, nie zaś jako mniejsze elementy składające się na abstrakcyjne pojęcie zamówienia jako całości.

Tym samym uznać należy, że zamówienie na analogiczne lub porównywalne części to zamówienie na analogiczne lub porównywalne urządzenia do urządzeń oferowanych (które winny być zgodne z urządzeniami opisanymi jako przedmiot zamówienia).

Dodatkowo jedynie wskazać należy, że w ramach przedmiotowego postępowania przetargowego zamawiający nie dopuścił składania ofert częściowych (Rozdział III *Oferty częściowe*), zatem w tym kontekście odwoływania się do części zamówienia nie jest uzasadnione.

Reasumując, uznać należy, że zamawiający zażądał wykazania realizacji co najmniej dwóch zamówień (użyto liczby mnogiej) – dostaw urządzeń podobnych (takie znaczenie, należy przypisać pojęciom „analogiczny”, „porównywalny”) do urządzeń będących przedmiotem obecnego postępowania o łącznej ich wartości wynoszącej co najmniej 6 mln złotych netto.

Skład orzekający Izby wskazuje, że uzasadniając podjętą przez siebie czynność wykluczenia odwołującego zamawiający podał, że nie uznał dostaw ujętych w Wykazie złożonym przez odwołującego, ponieważ były to dostawy na urządzenia innej kategorii – poz. 1,2 i 4 albo miały charakter zamówień zbiorczych (urządzenia analogiczne dostarczane były obok urządzeń odrębnej kategorii – poz. 3, 5-8), przy czym – co istotne – zamawiający w całkowitym oderwaniu od postanowień SIWZ zdefiniował, że „przez części (urządzenia) analogiczne lub porównywalne należy rozumieć urządzenia o porównywalnym poziomie cen, parametrów oraz wykazujące się podobieństwem konstrukcyjnym” oraz podał – ponownie w oderwaniu od postanowień SIWZ, że o odrębności kategorii urządzeń (podstacje transformatorowe, przenośniki taśmowe) przesądza fakt ich zamawiania przez zamawiającego w odrębnych postępowaniach, a nadto systematyka drzewa kodów CPV.

Skład orzekający Izby przypomina w tym miejscu, że Izba może dokonywać oceny zgodności czynności zamawiającego z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych (w granicach zarzutów odwołania, które może być składane wyłącznie od niezgodnych z przepisami Pzp czynności zamawiającego), które to czynności znajdują swoje odzwierciedlenie w pisemnych dokumentach zamawiającego jak np. zawiadomienie o wynikach postępowania. Innymi słowy, skład orzekający Izby mógł ocenić, rozpoznając przedmiotowe odwołanie, zgodność czynności wykluczenia odwołującego z przyczyn ujętych w uzasadnieniu faktycznym i prawnym zawiadomienia o wynikach postępowania z dnia 23 grudnia 2014 r.

Przypominając powyższe, skład orzekający Izby uznał, że zamawiający bezpodstawnie przyjął, iż nie może uznać podobieństwa dostaw ujętych w Wykazie, ponieważ zamawiający odwołał się do pojęcia kategorii odrębnej, której nie zdefiniował w treści SIWZ, a nadto wskazany sposób jej rozumienia uznać należy za specyficzny – właściwy temu konkretnemu zamawiającemu skoro odrębność kategorii zamawiający

postrzegają przez pryzmat prowadzonych przez siebie postępowań o zamówienie publiczne na poszczególne urządzenia.

Powyższe nie doprowadziło jednak do uznania przez skład orzekający Izby, że odwołujący wykazał spełnianie warunku wiedzy i doświadczenia, ponieważ odwołujący nie udowodnił, że nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert podmiot trzeci zobowiązał się wobec wykonawcy, że ten będzie dysponował zasobami wiedzy o doświadczenia.

Skład orzekający Izby uznał bowiem, że odwołujący, składając – w wyniku wezwania go przez zamawiającego do uzupełnienia dokumentów podmiotowych, przy piśmie z dnia 11 grudnia 2014 roku – nowy dokument (*Pisemne zobowiązanie Podmiotu do oddania do dyspozycji Wykonawcy niezbędnych zasobów*) poddał ocenie zamawiającego ten dokument w miejsce dokumentu (o tożsamym tytule – *Pisemne zobowiązanie Podmiotu do oddania do dyspozycji Wykonawcy niezbędnych zasobów*) złożonego wraz z ofertą.

Pomimo, że treść tych dokumentów jest tożsama, to bez wątplenia są to dwa różne dokumenty – drugi z tych dokumentów podpisany został (abstrahując nawet od tego, czy podpisała go ta sama) powtórnie i dodatkowo opatrzony wskazaniem: „V. K. D.” – i choć dokument ten został złożony przez odwołującego po terminie składania ofert (na wezwanie zamawiającego), to powinien – zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp – potwierdzać spełnianie warunku czy to w zakresie wiedzy i doświadczenia, czy to w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej odwołującego – nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert w przedmiotowym postępowaniu, tj. w dniu 30 września 2014 r.

Tymczasem odwołujący w odwołaniu nie wskazał nawet, na jakiej podstawie zamawiający miałby przyjąć, że dokument złożony przy piśmie z dnia 11 grudnia 2014 r. potwierdza spełnianie warunku na dzień składania ofert (nie zawiera żadnego odniesienia w tym zakresie), a przecież stanowiło to jeden ze wskazanych przez zamawiającego powodów wykluczenia odwołującego z postępowania (w zawiadomieniu z dnia 23 grudnia 2014 r. zamawiający uzasadniał: „Pisemne zobowiązanie złożone przez Wykonawcę przy piśmie z dnia 11.12.2014 r. nie potwierdza spełniania przez Wykonawcę warunku (...) nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert”).

Odwołujący jedynie utrzymywał, że podpisujący złożone przy piśmie z dnia 11 grudnia 2014 r. Zobowiązanie dyrektor – V. K. był uprawniony do działania w imieniu Corum Ukraine już w dniu 1 września 2014 r. (przed upływem terminu składania ofert), co samo w sobie nie przesądza ani o tym, kiedy Zobowiązanie zostało podpisane, ani o tym, z jakim dniem spółka Corum Ukraine zobowiązała się wobec członka odwołującego się konsorcjum do oddania mu do dyspozycji swoich zasobów wiedzy i doświadczenia (jak i zasobów finansowych).

Nie sposób zatem uznać, że odwołujący udowodnił, że nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert podmiot trzeci zobowiązał się wobec wykonawcy, że ten będzie dysponował jego zasobami wiedzy i doświadczenia (tak też co do zasobów finansowych).

Uwzględniając powyższe skład orzekający Izby doszedł do przekonania, że odwołujący nie wykazał spełniania warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia.

W zakresie warunku sytuacji ekonomicznej i finansowej skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Ustalenia co do treści SIWZ.

W części wstępnej SIWZ zamawiający wskazał, że postępowanie jest prowadzone na zasadach określonych w ustawie Prawo zamówień publicznych.

W Rozdziale II *Opis sposobu przygotowania ofert* w pkt 2 SIWZ zamawiający postawił wymóg, aby do oferty zostały załączone dokumenty wymagane postanowieniami SIWZ, w pkt 6 zaś wskazał, że „*Pełnomocnictwo do podpisania oferty winno być dołączone do oferty, o ile nie wynika to z innych dokumentów załączonych do oferty (np. z odpisu z Krajowego Rejestru Sądowego, zaświadczenia o wpisie do ewidencji działalności gospodarczej)*”.

W Rozdziale V *Warunki wymagane od Wykonawców* pkt 1 ppkt 1 lit. c SIWZ zamawiający wskazał, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy spełniający warunki określone w art. 22. ust. 1 pkt 1-4 ustawy Pzp dotyczące sytuacji ekonomicznej, tj. zamawiający zażądał, aby wykonawcy posiadali środki finansowe lub zdolność kredytową w wysokości co najmniej 2 mln złotych netto lub więcej. W celu potwierdzenia spełniania warunków opisanych w Rozdziale V SIWZ zamawiający zażądał (Rozdział V pkt 2 SIWZ) od wykonawców załączenia do oferty dokumentów określonych w rozdziale VI.

Zgodnie z Rozdziałem VI *Dokumenty wymagane w ofercie* w szczególności pkt 1 ppkt 7 zamawiający zażądał złożenia informacji z banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, w której potwierdza się wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, wystawioną nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert.

Zamawiający nie wprowadził do SIWZ żadnych postanowień dotyczących przypadku, gdy wykonawca, wykazując spełnianie warunków udziału w postępowaniu będzie polegał na zdolnościach finansowych innych podmiotów.

Ustalenia co do oferty odwołującego.

Odwołujący złożył wraz z ofertą opinię bankową z dnia 25 września 2014 r. wydaną przez ING Bank Śląski Oddział Korporacyjny w Tychach odnoszącą się do członka odwołującego się konsorcjum – KFG Electric System Sp. z o.o. (str. 72) oraz zaświadczenie z dnia 17 września 2014 r. wydane przez Pierwszy Ukraiński Międzynarodowy Bank dotyczący Corum Ukraine S.A. (str. 71).

Wraz z ofertą odwołujący złożył także *Pisemne zobowiązanie Podmiotu do oddania do dyspozycji Wykonawcy niezbędnych zasobów*, w którym podmiot – Corum Ukraine (KRS 25332714) oświadczył, że zobowiązuje się w postępowaniu na „Dostawę ognioszczelnych wyłączników stycznikowych i ognioszczelnych zespołów transformatorowych do zastosowania w wyrobiskach podziemnych zakładu górniczego, w pomieszczeniach zagrożonych wybuchem” do oddania do dyspozycji liderowi odwołującego się konsorcjum (MMC Poland Sp. z o.o.) niezbędnych zasobów, tj. zdolności finansowych na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp.

Pod oświadczeniem znajduje się podpis nieczytelny, który nie został opatrzony adnotacją lub pieczęcią wskazującą z imienia i nazwiska osobę, która podpis ten złożyła.

W zobowiązaniu podano znak sprawy 69/IZS/2014 (w lewym górnym rogu), tj. znak sprawy, który zamawiający przypisał przedmiotowemu postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznemu (takie oznaczenie zamawiający przywoływał w swoich pismach wychodzących np. z 9 grudnia 2014 r. – wezwanie, 23 grudnia 2014 r. – zawiadomienie o wynikach postępowania).

Dodatkowo w oświadczeniu zawarto informację dotyczącą wyłącznie dysponowania przez wykonawcę zasobem wiedzy i doświadczenia, tj. iż podstawą tego dysponowania będzie wzajemna umowa współpracy obejmująca bieżące doradztwo oraz konsultacje, a także przekazanie know-how – informacja nie dotyczyła dysponowania zasobami finansowymi.

Ustalenia co do wezwanie odwołującego do uzupełnienia dokumentów w zakresie potwierdzenia spełnienia warunku w zakresie znajdowania się przez odwołującego w wymaganej sytuacji ekonomicznej i finansowej.

Pismem z dnia 9 grudnia 2014 r. zamawiający, wskazując jako podstawę swojego działania przepis art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp, zażądał złożenia przez odwołującego w szczególności dokumentu potwierdzającego spełnianie przez odwołującego warunku określonego w Rozdziale V pkt 1 ppkt 1 lit. c SIWZ (czyli informacji z banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, w której potwierdza się wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, wystawioną nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert), ewentualnie do złożenia wyjaśnień dotyczących

złożonych dokumentów. Uprzednio zamawiający w piśmie podał, że potwierdzenia spełnienia przez odwołującego warunku posiadania środków finansowych ani zdolności kredytowej nie stanowi zaświadczenie z dnia 17 września 2014 r., ponieważ „Wykonawca nie udowodnił, że rzeczywiście będzie dysponował zasobami finansowymi Corum Ukraine S.A. w myśl art. 26 ust. 2b Pzp; załączone bowiem do oferty „Pisemne zobowiązanie Podmiotu do oddania do dyspozycji Wykonawcy niezbędnych zasobów” po pierwsze uniemożliwia identyfikację osoby, która je podpisała (...), po drugie natomiast – nie zawiera elementów potwierdzających faktyczne przekazanie Wykonawcy przez Corum Ukraine S.A. potencjału finansowego i ekonomicznego – przede wszystkim nie określa wartości (wysokości) środków finansowych, które zostaną przekazane Wykonawcy, jak i formy prawnej przekazania tego potencjału (np. pożyczka, darowizna itp.)”.

W treści wezwania z dnia 9 grudnia 2014 r. zamawiający nie zażądał złożenia przez odwołującego dokumentu potwierdzającego umocowanie osoby podpisującej zobowiązanie, a jedynie pośrednio, poprzez sformułowanie zarzutu braku możliwości identyfikacji osoby podpisującej zobowiązania, zażądał podania danych identyfikujących tą osobę. Zamawiający nie przywołał także żadnych postanowień SIWZ, z których obowiązek przedłożenia dokumentów potwierdzających umocowanie osoby miałyby wynikać.

Ustalenia co do dokonanych przez odwołującego uzupełnień dokumentów oraz złożonych wyjaśnień.

Odwołujący złożył, przy piśmie z dnia 11 grudnia 2014 roku, nowy dokument – *Pisemne zobowiązanie Podmiotu do oddania do dyspozycji Wykonawcy niezbędnych zasobów* podpisany przez V. K. – Dyrektora.

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Poza sporem był fakt, że opinia ING Bank Śląski Oddział Korporacyjny w Tychach odnosząca się do członka odwołującego się konsorcjum – KFG Electric System Sp. z o.o. nie potwierdzała postawionego przez zamawiającego wymogu w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej, a także że zaświadczenie z dnia 17 września 2014 r. wydane przez Pierwszy Ukraiński Międzynarodowy Bank dotyczące Corum Ukraine SA. wskazywało na posiadanie przez ten podmiot środków finansowych w wysokości przewyższającej 2 mln złotych netto.

Sporna natomiast była kwestia, czy poprzez złożone wraz z ofertą dokumenty odwołujący udowodnił zamawiającemu, do czego obliguje odwołującego przepis art. 26 ust. 2b ustawy Pzp (zdanie drugie), że odwołujący będzie dysponował zasobami finansowymi niezbędnymi do realizacji zamówienia, tj. w wysokości co najmniej 2 mln złotych.

Skład orzekający w pierwszej kolejności przypomina, że to zamawiający, będąc odpowiedzialnym za przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia, dokonuje także – w ramach czynności podejmowanych w toku tego postępowania – czynności badania i oceny złożonych ofert.

W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający postawił wymóg posiadania środków finansowych lub zdolności kredytowej w wysokości 2 mln złotych netto, co biorąc pod uwagę wskazany powyżej obowiązek dokonania przez zamawiającego badania i oceny ofert oznacza, że zamawiający winien – na podstawie treści złożonych przez odwołującego dokumentów – dokonać oceny, że odwołujący, który powołał się na zasób finansowy podmiotu trzeciego, będzie dysponował zasobami tego podmiotu w wysokości będącej „uzupełnieniem” środków finansowych, które posiada członek konsorcjum (opinia ING) lub w wysokości co najmniej 2 mln złotych.

Tymczasem w treści zobowiązania podmiotu trzeciego nie wskazano wysokości środków finansowych, jakimi będzie dysponował odwołujący na podstawie tegoż zobowiązania. To podmiot trzeci sam ocenił w treści zobowiązania – zastępując w niedopuszczalny sposób zamawiającego – że zobowiązanie dotyczy oddania do dyspozycji zasobów niezbędnych w przedmiotowym przetargu.

Skład orzekający Izby stanął na stanowisku, że przyjęcie – jak chciałby tego odwołujący – że zobowiązanie podmiotu trzeciego jest zobowiązaniem udostępnienia całości środków finansowych wskazanych w zaświadczeniu z banku z dnia 17 września 2014 r. nie jest możliwe nie tylko dlatego, że nie sposób nawet stwierdzić – ze względu na brak wskazania daty złożenia Zobowiązania – czy w dacie złożenia Zobowiązania zaświadczenie banku zostało już wydane (Zobowiązania mogło zostać podpisane po tej dacie, a przed upływem terminu składania ofert), ale przede wszystkim dlatego, że informacja z banku (zaświadczenie z banku) oraz Zobowiązanie podmiotu trzeciego to dwa odrębne dokumenty, pochodzące od dwóch różnych podmiotów, które w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego służą innym celom.

O ile bowiem wydana przez bank informacja potwierdza ma „jedynie” wysokość posiadanych przez dany podmiot środków finansowych (w tym przypadku podmiotu trzeciego), o tyle za pomocą Zobowiązania podmiotu trzeciego wykonawca ma udowodnić zamawiającemu, że będzie dysponował środkami finansowymi w zakresie niezbędnym (w niezbędnej wysokości z punktu widzenia postawionego wymogu – 2 mln zł netto), przy czym ocena zakresu niezbędności, jak wskazano powyżej, należy wyłącznie do zamawiającego.

W ocenie skład orzekającego Izby stanowisko odwołującego opiera się na błędnym, niczym nieuzasadnionym i nierealnym w praktyce założeniu, że podmiot trzeci zobowiązując

się do oddania do dyspozycji odwołującego środków finansowych, zobowiązuje się do oddania wszystkich posiadanych przez siebie środków. Dlatego też wskazanie w treści zobowiązania wysokości udostępnianych środków finansowych jest konieczne dla oceny przez zamawiającego spełnienia przez wykonawcę wymogu co znajdowania się w oczekiwanej przez zamawiającego sytuacji ekonomicznej i finansowej – poprzez oparcie się na zasobie podmiotu trzeciego – tj. posiadania środków finansowych w wysokości nie mniejszej niż konkretnie wskazana w SIWZ, tj. w tym przypadku 2 mln złotych.

Powyższe przesądza o uznaniu przez skład orzekający Izby, że odwołujący nie wykazał spełnienia wymogu zawartego w Rozdziale V pkt 1 ppkt 1 lit. c SIWZ dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej.

W konsekwencji uznania, że zamawiający zasadnie wykluczył odwołującego z udziału w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ze względu na to, że odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia oraz sytuacji ekonomicznej i finansowej skład orzekający Izby uznał, że zasadnie zamawiający – prowadzący postępowanie i odpowiadający za jego zgodność z przepisami o zamówieniach publicznych – uznał ofertę odwołującego za odrzuconą, ponieważ przepis art. 24 ust. 4 ustawy Pzp wprost wskazuje, że ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą.

Zarzut dokonania wyboru oferty przystępującego jako najkorzystniejszej, podczas gdy oferta ta nie jest ofertą najkorzystniejszą, czym zamawiający naruszył art. 91 ust. 1 ustawy Pzp nie potwierdził się.

Zgodnie z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej nadal „SIWZ”).

W przedmiotowym postępowaniu w Rozdziale IX *Kryteria oceny ofert* zamawiający podał, że przyjęte oferty będą oceniane na podstawie dwóch kryteriów: *cena* (waga 80) oraz *gwarancja* (waga 20).

Odwołujący nie podnosił, iżby ocena oferty przystępującego została dokonana przez zamawiającego na podstawie innego kryterium / kryteriów niż dwa wskazane w Rozdziale IX SIWZ lub iżby zamawiający, stosując kryteria wskazane w Rozdziale IX SIWZ nadał im inną wagę lub popełnił błąd rachunkowy.

Biorąc powyższe pod uwagę skład orzekający Izby uznał, że zarzut nie potwierdził się.

Przyjmując jednak, co pośrednio wynika z uzasadnienia zarzutu („Oferta Odwołującego nie podlegała uznaniu za odrzuconą, a w oparciu o wskazane w treści SIWZ kryteria oceny ofert była oceną korzystniejszą od wybranej. W związku z powyższym prawidłowo przeprowadzone badanie i ocena ofert winna wskazać, że to oferta Odwołującego jest najkorzystniejszą, a konsekwentnie zostać wybrana przez Zamawiającego”) – wbrew sformułowaniu przez odwołującego zarzutu jako odnoszącego się do kryteriów oceny ofert – iż odwołujący zarzucił zamawiającemu niezgodny z przepisami ustawy Pzp wybór oferty najkorzystniejszej jako konsekwencji niezasadnego odrzucenia oferty odwołującego, w następstwie wykluczenia odwołującego, (naruszenie przez zamawiającego art. 7 ust. 3 w zw. z art. 24 ust. 4 i art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp) skład orzekający Izby wskazuje, że również taki zarzut uznać należy za zarzut, który się nie potwierdził, ponieważ – o czym było mowa wyżej – zamawiający zasadnie odrzucił ofertę odwołującego.

Ponieważ nie potwierdził się żaden z zarzutów odwołania orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1 oraz pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238).

Przewodniczący: