

Sygn. akt: KIO 219/18

KIO 229/18

WYROK
z dnia 20 lutego 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Kuszel - Kowalczyk

Protokolant: Marcin Jakóbczyk

po rozpoznaniu na rozprawie 16 lutego 2018 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 5 stycznia 2018 r. przez:

- A. wykonawcę **Gorem Sp. z o.o., ul. Swojska 9, 80-878 Gdańsk** (KIO 219/18)
- B. wykonawcę **D. S., prowadzący działalność pod nazwą Firma Usługowo – Handlowa SMAD-KOP D. S.ł, Ząbrowo 14/3, 78-312, Lekowo** (KIO 229/18)

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Urząd Miasta Świdwin, Plac Konstytucji 3 Maja 1, 78-300 Świdwin**, w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Rewitalizacja Parku Miejskiego w Świdwinie” (znak postępowania: IRP.271.9.2017)

orzeka:

1.

- A. Uwzględnia odwołanie** wykonawcy **Gorem Sp. z o.o., ul. Swojska 9, 80-878 Gdańsk**, w sprawie o sygn. akt KIO 219/18, w zakresie zarzutów dot. warunków udziału w postępowaniu dotyczących sytuacji ekonomicznej i finansowej oraz wiedzy i doświadczenia oraz nie poinformowania Odwołującego o powodach wykluczenia w sposób wyczerpujący i nakazuje zamawiającemu:
- unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej,
 - unieważnienie wykluczenia Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego,
 - ponowne badanie i ocenę ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

W pozostałym zakresie nie uwzględnia zarzutów odwołania wykonawcy **Gorem Sp. z o.o., ul. Swojska 9, 80-878 Gdańsk** w sprawie o sygn. akt KIO 219/18.

B. Uwzględnia odwołanie wykonawcy **D. S., prowadzący działalność pod nazwą Firma Usługowo – Handlowa SMAD-KOP D. S., Ząbrowo 14/3, 78-312, Lekowo**, w sprawie o sygn. akt KIO 229/18, w zakresie zarzutu dot. warunku udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej oraz niezgodnego z przepisami wyboru oferty najkorzystniejszej i nakazuje zamawiającemu:

- unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej,
- unieważnienie wykluczenia Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego,
- ponowne badanie i ocenę ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

W pozostałym zakresie nie uwzględnia zarzutów odwołania wykonawcy **D. S., Firma Usługowo – Handlowa SMAD-KOP D. S., Ząbrowo 14/3, 78-312, Lekowo** w sprawie o sygn. akt KIO 229/18.

2. Kosztami postępowania obciąża **Urząd Miasta Świdwin** z siedzibą w Świdwinie i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Gorem Sp. z o.o.** z siedzibą w Gdańsku (sygn. akt KIO 219/18) oraz wykonawcę **D. S., prowadzący działalność pod nazwą Firma Usługowo – Handlowa SMAD-KOP D. S.** z siedzibą w Ząbrowie (sygn. akt KIO 229/18) tytułem wpisów od odwołań;
 - 2.2. zasądza od Zamawiającego **Urząd Miasta Świdwin** z siedzibą w Świdwinie kwotę **23 600 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), w tym:
 - A. kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) od Zamawiającego **Urząd Miasta Świdwin** z siedzibą w Świdwinie na rzecz wykonawcy **Gorem Sp. z o.o.** z siedzibą w Gdańsku (sygn. akt KIO 219/18) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wpisu od odwołania;
 - B. kwotę **13 600 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) od Zamawiającego **Urząd Miasta Świdwin** z siedzibą w Świdwinie na rzecz wykonawcy **D. S., prowadzący działalność pod nazwą Firma**

Usługowo – Handlowa SMAD-KOP D. S. z siedzibą w Ząbrowie (sygn. akt KIO 229/18) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (j.t.. Dz.U.2017.1579, 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 **Koszalinie**.

Przewodniczący:

Sygn. akt KIO 219/18

KIO 229/18

Uzasadnienie

Urząd Miasta Świdwin z siedzibą w Świdwinie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2017.1579 j.t. ze zm.), zwanej dalej „ustawa Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Ośrodek Rewitalizacja Parku Miejskiego w Świdwinie” (znak postępowania: IRP.271.9.2017), (dalej: „Postępowanie”).

Wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 22.12.2017 r., pod nr 635963-N-2017.

31 stycznia 2018 r. Zamawiający rozstrzygnął Postępowanie wybierając jako najkorzystniejszą ofertę wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Produkcyjno - Usługowo - Handlowe „DROKON K. J.” sp. j. w Świdwinie (lider konsorcjum) oraz „B.” Zakład Usługowy B. B.k w Rąbinie, jednocześnie zawiadamiając o wykluczeniu wykonawców Gorem Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku oraz D. S., prowadzący działalność pod nazwą Firma Usługowo – Handlowa SMAD-KOP D. S. z siedzibą w Ząbrowie.

KIO 219/18

5 lutego 2018 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (dalej „Izba”) wpłynęło odwołanie wykonawcy Gorem Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku (dalej „Odwołujący” lub „GOREM”), w którym zarzucono Zamawiającemu:

- 1) naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, poprzez uznanie że Odwołujący nie spełnia warunków udziału w postępowaniu dotyczącym sytuacji ekonomicznej i finansowej oraz warunków dotyczących wiedzy i doświadczenia,
- 2) naruszenie art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, poprzez nie poinformowanie Odwołującego o powodach odrzucenia ofert w zakresie dotyczącym braku spełnienia warunków udziału w postępowaniu,

- 3) naruszenie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp, poprzez nie wezwanie Odwołującego do uzupełnienia, poprawienia, złożenia wyjaśnień w zakresie dotyczącym zaświadczenia ING Bank Śląski S.A. z dnia 04.01.2018r., wykazu robót budowlanych z 22.01.2018r.,
- 4) naruszenie art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia w sposób jasny i przejrzysty,
- 5) naruszenie § 2 ust 6 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r., w sprawie rodzajów dokumentów, (zwane dalej „rozporządzenie”), jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, poprzez jego niezastosowanie i nie wezwanie i nie zwrócenie się przez Zamawiającego do podmiotu na rzecz którego Odwołujący wykonał roboty, o potwierdzenie informacji zawartych w protokołach odbioru robót z dnia 27.10.2017r. oraz z dnia 22.12.2017r

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania i powtórzenie czynności oceny spełniania przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący podał, że posiada interes prawny we wniesieniu odwołania, ponieważ może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisów ustawy Pzp. W przypadku gdyby Odwołujący nie został wykluczony z postępowania to jego oferta zostałaby oceniona najwyżej. Brak otrzymania zamówienia zrodzi u Odwołującego szkodę.

Odwołujący przedstawiając argumentację stanowiącą podstawę do wniesienia odwołania zaprzeczył, jakoby nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej. Zgodnie z postanowieniem punktu V ust. 1b SIWZ, o udzielenie zamówienia może ubiegać się Wykonawca który wykaze, że posiada środki finansowe lub zdolność kredytową w wysokości 2.000.000 PLN. Odwołujący załączył do oferty zaświadczenie ING Bank Śląski z dnia 04.01.2018 r. Z treści zaświadczenia wynika, że „w ocenie Banku Klient ma zdolność kredytową na kwotę 2.000.000,00 zł”. Zamawiający w piśmie z dnia 19.01.2018 r., w którym wezwał Odwołującego do złożenia dodatkowych wyjaśnień, nie wezwał Odwołującego do złożenia dodatkowych wyjaśnień czy złożenia dodatkowych dokumentów w zakresie dotyczącym złożonego zaświadczenia z ING Bank Śląski S.A. z dnia 04.01.2018 r. Tymczasem w zawiadomieniu o wykluczeniu z Postępowania Zamawiający jako podstawę wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu wskazał m.in. że Odwołujący nie wykazał zdolności kredytowej. Zamawiający nie wyjaśnił, z jakich przyczyn uznał załączone do oferty zaświadczenie z ING Bank Śląski S.A. za niewystarczające.

Odwołujący zaprzeczył również, że nie wykazał spełniania warunku dot. wiedzy i doświadczenia w zakresie postanowienia punktu V ust. 1c SIWZ, zgodnie z którym o udzielenie zamówienia może ubiegać się Wykonawca który wykaże, że wykonał w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej jedną robotę polegającą na rewitalizacji / pielęgnacji terenów zielonych o powierzchni minimum 2 ha. Odwołujący załączył do oferty załącznik nr 7 do SIWZ - wykaz wykonanych robót budowlanych, w którym w pkt. 1 wskazał, że wykonał aranżacje oraz zagospodarowanie nasadzeń materiału roślinnego, prace na terenie o powierzchni powyżej 2ha, ilość roślin ponad 5 tys sztuk. Nadto, do oferty zostały załączone referencje z dnia 03.01.2018 r., potwierdzające wykonanie prac w zakresie aranżacji oraz globalnego zagospodarowania pod względem nasadzeń materiału zielonego. Zamawiający pismem z dnia 19.01.2018r., wezwał Wykonawcę w nawiązaniu do złożonych referencji do wyjaśnienia, co wchodziło w skład usługi. Wezwanie to zostało wykonane, poprzez złożenie przez Odwołującego pisma z dnia 20.01.2018r., w którym został przedstawiony szczegółowy wykaz wykonanych przez Odwołującego prac. Zamawiający w zawiadomieniu z dnia 31.01.2018r., o wyborze oferty wskazał, że Odwołujący nie spełnił warunku wiedzy i doświadczenia, bowiem wskazał w wykazie jedynie prace polegające na aranżacji oraz zagospodarowaniu terenów zielonych. Zamawiający nie wyjaśnił przy tym, z jakich przyczyn uznał, iż Odwołujący nie spełnił warunku w tym zakresie.

W odniesieniu do sformułowania przedmiotowego warunku Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia w sposób jasny i przejrzysty. Odwołujący podnosił, że postanowienie punktu V ust. 1c SIWZ cyt. „...rewitalizacji / pielęgnacji terenów zielonych..”, został inaczej zinterpretowany przez Zamawiającego oraz przez Odwołującego. W konsekwencji czego spornym oraz budzącym rozbieżne interpretacje pozostaje zapis „...rewitalizacji / pielęgnacji terenów zielonych..”.

Odwołujący zaprzeczył również, że nie wykazał spełniania warunku dot. wiedzy i doświadczenia w zakresie określonym postanowieniem punktu V ust. 1c SIWZ, zgodnie z którym o udzielenie zamówienia może ubiegać się Wykonawca który wykaże, że wykonał budowę, przebudowę placów, chodników, ulic z kostki brukowej polbruk lub kostki kamiennej o powierzchni minimum 5 tysięcy m². W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 19.01.2018r., Odwołujący załączył załącznik nr 7 do SIWZ z dnia 22.01.2018r. - wykaz wykonanych robót budowlanych w którym w pkt 2 wskazał, że wykonał roboty w zakresie przebudowy placów, chodników i jezdni o powierzchni ponad 5000 m². Zgodnie z treścią zawartą we wzorze załącznika nr 7 do SIWZ - wykazu robót budowlanych, do wykazu należy załączyć dowody określające, czy roboty budowlane zostały wykonane należycie, w

szczegółności informację o tym, czy roboty zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone. Odwołujący wykonując zobowiązanie określone we wzorze załącznika nr 7 do SIWZ, załączył do wykazu robót budowlanych protokół odbioru prac z dnia 27.10.2017r. oraz z dnia 22.12.2017r., z których treści wynika w sposób nie budzący wątpliwości, że prace wskazane w oświadczeniu Wykonawcy zostały wykonane. Tym samym uznać należy, że wykazał spełnienie warunku w tym zakresie. Zamawiający w piśmie z dnia 31.01.2018r., stwierdził że Odwołujący nie wykazał spełnienia warunku wykonania prac o powierzchni 5000 m². Zamawiający wskazał, że powierzchnia wykonanych prac nie wynika ze złożonych do akt postępowania protokołów odbioru robót. Zamawiający zaś pominął w zupełności oraz nie wyjaśnił, z jakich przyczyn nie uwzględnił oświadczenia Odwołującego złożonego w załączniku nr 7 do SIWZ - wykazie wykonanych robót budowlanych.

W związku z powyższym Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że dopuścił się naruszenia § 2 ust 6 rozporządzenia, tj. nie skorzystał z dostępnych mu środków, które pozwoliłyby zweryfikować złożone przez Odwołującego oświadczenie o powierzchni wykonanych robót. Takie narzędzie przyznaje Zamawiającemu § 2 ust. 6 rozporządzenia, zgodnie z którym w razie konieczności, szczególnie gdy wykaz lub dowody, budzą wątpliwości, to Zamawiający może zwrócić się bezpośrednio do właściwego podmiotu, na rzecz którego roboty budowlane, miały zostać wykonane, o przedłożenie dodatkowych informacji lub dokumentów bezpośrednio zamawiającemu. Takie zaniechanie prowadzi bowiem do naruszenia zasad udzielania zamówień publicznych określonych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. W związku z tym, na podstawie przywołanego przepisu rozporządzenia Zamawiający powinien zwrócić się do PGE Energia Ciepła S.A. w celu ustalenia, czy treść oświadczenia wykonawcy w zakresie powierzchni budowy i robót jest zgodna ze stanem faktycznym. Wobec nie zwrócenia się Zamawiającego do PGE Energia Ciepła S.A. o potwierdzenie informacji w zakresie powierzchni robót należy stwierdzić, że wykluczając Odwołującego z postępowania Zamawiający naruszył zasady postępowania na oraz naraził Odwołującego na szkodę.

Odwołujący zarzucił również Zamawiającemu naruszenie art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez ich niewłaściwe zastosowanie w sprawie, zbyt ogólne, zdawkowe i niejasne dokonanie uzasadnienia faktycznego oraz prawnego decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego, powodach jej odrzucenia. Co powoduje, że Odwołujący nie jest w stanie poznać i ocenić motywów jakimi kierował się Zamawiający podejmując tak dotkliwą dla Odwołującego decyzję o odrzuceniu jego oferty i pozbawia go tym samym możliwości zdobycia przedmiotowego zamówienia publicznego.

Zamawiający przedłożył pisemną odpowiedź na odwołanie, wniósł o oddalenie odwołania przedstawiając stosowną argumentację.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając całość dokumentacji przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności specyfikację istotnych warunków zamówienia (SIWZ), oferty wykonawców, korespondencję pomiędzy Zamawiającym i wykonawcami, odwołanie, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska stron złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący posiada legitymację do wniesienia odwołania, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, iż przedstawiony przez strony stan faktyczny sprawy, nie jest pomiędzy nimi sporny, jak i jest zgodny z dokumentacją Postępowania. W szczególności Izba ustaliła, co następuje:

Rozdział V Specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”) Warunki udziału w postępowaniu, stanowi, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy:

- 1) nie podlegają wykluczeniu ,
- 2) spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące :
 - a) kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów. Zamawiający nie wyznacza szczegółowego warunku w tym zakresie.
 - b) sytuacji ekonomicznej lub finansowej. Wykonawca spełni warunek jeżeli wykaże, że posiada środki finansowe lub zdolność kredytową w wysokości 2.000.000 PLN,
 - c) zdolności technicznej lub zawodowej. Wykonawca spełni warunek jeżeli wykaże, że :
 - wykonał w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej jedną robotę polegającą na rewitalizacji/pielęgnacji terenów zielonych o powierzchni minimum 2 ha oraz budowie, przebudowie placów, chodników, ulic z kostki brukowej polbruk lub kostki kamiennej o powierzchni minimum 5 tysięcy m². (...)

Zgodnie z Rozdziałem VI. pkt 1 SIWZ do oferty każdy Wykonawca musi dołączyć aktualne na dzień składania ofert oświadczenie w zakresie wskazanym w załączniku nr 2 do SIWZ. Informacje zawarte w oświadczeniu będą stanowić wstępne potwierdzenie, że Wykonawca nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Rozdział VI. pkt. 5 a i c SIWZ, stanowi z kolei, że Zamawiający przed udzieleniem zamówienia wezwie Wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 5 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia następujących oświadczeń lub dokumentów, tj.:

- a) Wykazu robót budowlanych (załącznik nr 7) wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert , a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty, miejsca wykonania i podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, z załączeniem dowodów określających czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, w szczególności informacji o tym czy roboty zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze Wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – inne dokumenty,
- b) (...),
- c) Informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo – kredytowej potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową Wykonawcy, w okresie nie wcześniejszym niż 1 miesiąc przed upływem terminu składania ofert.

Odwołujący złożył ofertę w Postępowaniu, załączając do oferty dokumenty na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu m.in. w postaci zaświadczenia wydanego w dniu 4 stycznia 2018 r. przez ING Bank Śląski oraz referencji.

W dniu 19 stycznia 2018 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień i udokumentowania spełnienia warunku dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej.

W dniu 22 stycznia 2017 r. Odwołujący przedłożył Zamawiającemu zmieniony wykaz robót budowlanych (załącznik nr 7 do SIWZ) wraz z 2 protokołami odbioru końcowego

wykonanych prac, zastępując doświadczenie podmiotu udostępniającego mu swoje zasoby własnym doświadczeniem oraz opis wykonanej usługi nasadzeń.

Zamawiający w dniu 31 stycznia 2018 r. zawiadomił wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty jednocześnie informując o wykluczeniu wykonawców i odrzuceniu ofert.

Izba zważyła co następuje.

Izba uznała, że doszło w niniejszej sprawie do naruszenia części przepisów powołanych w odwołaniu w sposób mający lub mogący mieć wpływ na wynik postępowania, a tylko w takim przypadku Izba zgodnie z art. 192 ust. 2 ustawy Pzp uwzględni odwołanie.

Na wstępie Izba wskazuje, że Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu (art. 192 ust. 7 ustawy Pzp). Tak więc, Izba rozpatruje odwołanie wyłącznie w granicach zarzutów w nim podniesionych. Zarzut składa się z podstawy faktycznej i prawnej – jednakże, zgodnie z orzecznictwem Izby podstawę prawną zarzutu można wywieść z prawidłowo opisanego stanu faktycznego (por. wyrok KIO z dnia 12 czerwca 2017 r. sygn. akt KIO 1102/17). Dlatego też wobec postawienia zarzutu naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp tj. braku właściwego zawiadomienia powodach odrzucenia oferty, wobec podstawy faktycznej tego zarzutu tj. argumentacji wobec braku właściwego wyjaśnienia podstaw wykluczenia skutkującego uznaniem oferty wykonawcy za odrzuconą (art. 24 ust. 4 ustawy Pzp), Izba rozpatrzyła ten zarzut również w kontekście naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp do którego również referował Odwołujący przedstawiając podstawy faktyczne wniesienia odwołania.

Art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp stanowi, że Zamawiający informuje niezwłocznie wszystkich wykonawców o wykonawcach, którzy zostali wykluczeni, a pkt 3 tegoż przepisu zobowiązuje Zamawiającego do poinformowania o wykonawcach których oferty zostały odrzucone, powodach odrzucenia oferty, podając uzasadnienie faktyczne i prawne dokonanej czynności. Norma ta stanowi wyraz realizacji podstawowych zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego tj. zasady jawności, zasady równego traktowania wykonawców oraz zasady zachowania uczciwej konkurencji. Zamawiający zobowiązany jest przedstawić podstawy prawne i faktyczne dokonanych czynności w taki sposób aby wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia pozyskali pełną i rzetelną wiedzę nt. ww. podstaw. Istotnym jest również to, że argumentacja przedstawiona przez Zamawiającego leży u podstaw decyzji wykonawców o ewentualnym wniesieniu środka zaskarżenia i zakresie sformułowanych zarzutów. Jednocześnie należy zauważyć, że Izba dokonuje oceny prawidłowości dokonanych

czynności przez Zamawiającego właśnie przez pryzmat przekazanego wykonawcom uzasadnienia i ocenia wyłącznie okoliczności w nim wskazane. W niniejszej sprawie uzasadnienie wykluczenia wykonawcy skutkującego odrzuceniem jego oferty, sporządzone przez Zamawiającego jest bardzo lakoniczne. Zamawiający wskazuje jedynie, że został on wykluczony na podstawie „art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp z uwagi na brak wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu dotyczących sytuacji ekonomicznej i finansowej oraz zdolności technicznej i zawodowej. Z załączonego do oferty zaświadczenia Banku wynika, iż Wykonawca nie posiada zdolności kredytowej w wymaganej kwocie 2 000 000 PLN. Ponadto na potwierdzenie spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia w zakresie rewitalizacji/pielęgnacji terenów zielonych o powierzchni 2 ha, Wykonawca przedstawił w wykazie prace polegające jedynie na aranżacji oraz zagospodarowaniu nasadzeń materiału roślinnego. Ponadto w ocenie Zamawiającego brak jest dowodów potwierdzających spełnienie warunku dotyczącego wykazania się budową, przebudową placów, chodników, ulic z kostki brukowej polbruk lub kostki kamiennej o powierzchni minimum 5000 m². Z załączonych dokumentów w postaci protokołu odbioru prac nie wynika, że Wykonawca wykonał prace o powierzchni 5 000 m²”. W związku z tym jego oferta została uznana za odrzuconą w oparciu o art. 24 ust. 4 ustawy Pzp. W uzasadnieniu tym, w ocenie Izby Zamawiający nie przedstawił wyczerpującego uzasadnienia dla dokonanej oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, dlatego też zarzut ten został przez Izbę uwzględniony.

Odwołujący wobec braków uzasadnienia podstaw wykluczenia i odrzucenia jego oferty oparł zarzuty odwołania w znacznej mierze o swoje przypuszczenia, niemniej jednak są one trafne i pozwalają Izbie na ich rozparzenie.

Odnosnie zarzutu dot. warunku udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej, Izba wobec treści przedstawionego przez Odwołującego wraz z ofertą zaświadczenia wystawionego w dniu 4 stycznia 2018 r. przez ING Bank Śląski S.A., stwierdziła, że zarzut niewłaściwej oceny przez Zamawiającego, spełniania tego warunku przez Odwołującego, potwierdził się. Z treści tego zaświadczenia wprost wynika, że „w ocenie Banku Klient ma zdolność kredytową w kwocie 2 000 000 zł”, tj. na poziomie wymaganym przez Zamawiającego w SIWZ. Kwestionowanie tego zaświadczenia przez Zamawiającego ze względu na to, że wykonawca posiada zdolność kredytową, ale tylko w ocenie banku, który w dalszej części opinii uzależnia tę ocenę od spełnienia dodatkowych wymogów i regulacji obowiązujących w banku jest niewłaściwe. Izba wskazuje, że to bank jest podmiotem uprawnionym do oceny zdolności kredytowej własnego klienta, dlatego też nieuzasadnione jest kwestionowanie przedłożonego zaświadczenia ze względu na użyte w nim sformułowanie „w ocenie banku”. Izba wskazuje, że zadaniem wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia jest wykazanie, że posiada określony potencjał finansowy umożliwiający mu

należyta realizację zamówienia. Jeżeli wykonawca nie dysponuje własnymi środkami, może uzyskać potwierdzenie banku, że pozytywnie ocenia on, w danej chwili, jego zdolność do spłacenia kredytu przeznaczonego na sfinansowanie zamówienia. Zgodnie z utrwaloną linią orzecznictwem „Potwierdzenie zdolności kredytowej wystawiane w informacjach z banku stanowi ogólną ocenę kondycji wykonawcy, jego zdolności i możliwości kredytowych. W żadnej mierze nie można wymagać, aby opinia taka nosiła cechy wiążącej decyzji kredytowej lub przyrzeczenia udzielenia kredytu. Wydanie takich decyzji jest bowiem uzależnione od spełnienia szeregu, ściśle określonych przez bank wymagań.” (tak wyrok KIO z 9 marca 2017 r., sygn. akt KIO 352/17). Nie deprecjonują takiej informacji czy zaświadczenia również różnego rodzaju zastrzeżenia formalne wystawcy. Uzyskanie kredytu wiąże się z koniecznością spełnienia szeregu wymogów wynikających z wewnętrznych regulacji banku czy też przepisów powszechnie obowiązujących.

Zamawiający w uzasadnieniu wykluczenia wskazał również że, „na potwierdzenie spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia w zakresie rewitalizacji/pielęgnacji terenów zielonych o powierzchni 2 ha, Wykonawca przedstawił w wykazie prace polegające jedynie na aranżacji oraz zagospodarowaniu nasadzeń materiału roślinnego”. Kwestionując w ten sposób przedstawione przez Odwołującego doświadczenie. Izba wobec brzmienia warunku udziału w postępowaniu tj. obowiązek wykazania co najmniej jednej roboty polegającej na rewitalizacji/pielęgnacji terenów zielonych o powierzchni minimum 2 ha, przychyliła się do argumentacji Odwołującego, iż dla spełnienia tak postawionego warunku wystarczającym jest wykazanie co najmniej jednego z elementów w nim wskazanych tj. rewitalizacji lub pielęgnacji terenów zielonych o powierzchni minimum 2 ha. Odwołujący wykazując spełnianie tego warunku polegał na zdolnościach innego podmiotu, przedstawiając w tym zakresie doświadczenie M. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą M. K. „Zakładanie i Pielęgnacja Ogrodów”. Odwołujący przedstawił wraz z ofertą referencje dla tego podmiotu, a w wyniku wezwania do uzupełnienia Wykaz wykonanych robót budowlanych potwierdzające, że podmiot ten wykonał m.in. nasadzenia oraz pielęgnację powierzchni powyżej 2 hektarów, a zakres ilościowy roślin obejmował ponad 5 tysięcy sztuk. W ocenie Izby Odwołujący wykazał zatem, że spełnia ww. warunek udziału w postępowaniu. Jednocześnie należy zwrócić uwagę, że w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający zawarł stanowisko „Z dokumentów załączonych i uzupełnionych przez Odwołującego nie wynika aby wypełniał kryterium wiedzy i doświadczenia w w/w zakresie albowiem o ile wynika z nich spełniony warunek w zakresie aranżacji i zagospodarowania terenów zielonych o tyle brak jest wypełnienia kryterium budowy, przebudowy placów, chodników ulic z kostki brukowej polbruk lub kostki kamiennej o powierzchni minimum 5 tysięcy m². Zgodnie z treścią załącznika nr 7 do SIWZ Wykonawca przedstawił i opisał wykonane roboty, załączył protokoły odbioru prac oraz opis wykonanej

usługi nasadzeń, z których nie wynika, iż roboty obejmowały powierzchnię 5 tysięcy m². Jedyna wzmianka o tym fakcie została przez wykonawcę wskazana jako oświadczenie o powierzchni wykonanych robót.” Z przedstawionego stanowiska można wywieść wniosek, że spełnienie warunku udziału w postępowaniu zakresie rewitalizacji/pielęgnacji terenów zielonych o powierzchni 2 h nie jest kwestionowane. Niemniej jednak Izba oceniła spełnienie warunku dot. rewitalizacji/pielęgnacji terenów zielonych o powierzchni 2 h w kontekście wszystkich przedłożonych przez Wykonawcę dokumentów i uznała, że wykazał on należyście spełnienie ww. warunku udziału w postępowaniu, w związku z czym zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp w tym zakresie potwierdził się.

Odnośnie warunku dot. wykonania jednej roboty polegającej na budowie, przebudowie placów, chodników, ulic z kostki brukowej polbruk lub kostki kamiennej o powierzchni minimum 5 tysięcy m², Izba wskazuje co następuje. W uzasadnieniu wykluczenia Odwołującego Zamawiający jako podstawę zakwestionowania spełnienia tego warunku przez Odwołującego podał *„brak jest dowodów potwierdzających spełnienie warunku dotyczącego wykazania się budową, przebudową placów, chodników, ulic z kostki brukowej polbruk lub kostki kamiennej o powierzchni minimum 5000 m². Z załączonych dokumentów w postaci protokołu odbioru prac nie wynika, że Wykonawca wykonał prace o powierzchni 5 000 m².”* Z akt sprawy wynika, że pierwotnie Odwołujący wykazując spełnienie tego warunku udziału w postępowaniu oparł się na zdolnościach innego podmiotu. Zamawiający zakwestionował spełnianie przedmiotowego warunku w oparciu o doświadczenie podmiotu trzeciego i wezwał wykonawcę do uzupełnienia w zakresie udokumentowania spełnienia warunku dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej. W odpowiedzi na to wezwanie Odwołujący przedłożył w dniu 22 stycznia 2018 r. „Wykaz wykonanych robót budowlanych” w którym wykazał wykonanie na rzecz PGE Energia Ciepła S.A. przebudowy placów, chodników i jezdni o powierzchni ponad 5000m², zrealizowanej w dwóch etapach, obejmującej ułożenie kostki brukowej i jezdni betonowej oraz podbudowy z zagęszczonego piasku, kruszywa łamanego, piasku z cementem. Do tego wykazu dołączył dwa końcowe protokoły odbioru prac. Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdza, że Zamawiający nie kwestionował wykonania ani zakresu prac wykazanych na potwierdzenie spełniania warunku. Odnośnie tych dokumentów podniósł tylko jedną kwestię stanowiącą podstawę wykluczenia tj. dokumenty w postaci protokołu odbioru prac nie potwierdzają wykonania przez Wykonawcę prac o powierzchni 5 000m². Izba zwraca uwagę na charakter dokumentów żądanych na potwierdzenie spełniania warunków udziału określony w rozporządzeniu. Zgodnie z § 2 pkt 4 rozporządzenia w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu (...) dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający może żądać m.in. wykazu robót budowlanych wykonanych (...), z załączeniem dowodów określających czy te roboty budowlane zostały wykonane należyście, w

szczegółności informacji o tym czy roboty zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane były wykonywane (...). W stanie faktycznym niniejszej sprawy Zamawiający, w ocenie Izby, przyjął błędne założenie, że dokumenty referencyjne mają potwierdzać wykonanie określonych prac. Mając powyższe na uwadze, zgodzić się należy z Odwołującym, że Zamawiający dokonując oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu nie może pominąć oświadczenia wykonawcy jakim jest wykaz wykonanych robót, gdyż to jest dokument który ma za zadanie potwierdzać spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Natomiast, referencje czy też inne dokumenty np. protokoły odbioru mają potwierdzać, jak to wynika z rozporządzenia, że wskazane w wykazie roboty budowlane zostały wykonane należycie, zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone. Aspekt należytego wykonania nie był kwestionowany przez Zamawiającego. Wobec treści wykazu robót przedłożonego przez Odwołującego, potwierdzającego spełnianie warunku udziału w postępowaniu dot. wykazania się budową, przebudową placów, chodników, ulic z kostki brukowej polbruk lub kostki kamiennej o powierzchni minimum 5000 m², Izba stwierdza brak podstaw do wykluczenia Odwołującego, a tym samym uwzględnia zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp w tym zakresie.

Izba wskazuje, że okoliczności objęte dowodami (kopie umów) przedstawionymi przez Odwołującego, potwierdzają okoliczności bezsporne między Stronami Zamawiający nie kwestionuje, iż Odwołujący wykonał wykazane prace. Jednocześnie dokumenty te nie potwierdzają zakresu wykonanych prac. Co do rysów wykonanych samodzielnie przez Odwołującego Izba, nie przyjmuje ich w poczet materiału dowodowego, a uznaje jako stanowisko Strony wyrażone w formie graficznej.

Na marginesie należy zauważyć, iż dodatkowa argumentacja przedstawiona przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie dot. nieuprawnionej zmiany oferty w zakresie zmiany referencji pierwotnie wskazanego podmiotu trzeciego w ofercie na referencje innego podmiotu trzeciego nie wskazanego w ofercie pierwotnej, a przedłożona wraz ze złożonymi na wezwanie dokumentami jest niewłaściwa. W aktualnym stanie prawnym, norma art. 22a ust. 6 ustawy Pzp wprost dopuszcza zastąpienie podmiotu w oparciu o zdolności którego wykonawca wykazywał spełnienie warunków udziału w postępowaniu innym, a tym bardziej dopuszczalne jest wykazanie się przez wykonawcę doświadczeniem własnym. Niemniej należy zauważyć, iż Zamawiający nie podnosił tej kwestii w podstawach wykluczenia Odwołującego z postępowania, nie może być ona zatem przedmiotem rozpoznania.

Zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp wobec potwierdzenia zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp nie może zostać uwzględniony gdyż stałby w sprzeczności z ustaleniami Izby poczynionymi powyżej.

Na uwzględnienie nie zasługuje również zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia w sposób jasny i przejrzysty. Zarzut ten, jako odnoszący się do treści SIWZ, uznać należy za spóźniony – treść SIWZ wykonawcy mogli zaskarżyć w terminie właściwym dla tej czynności określonym w art. 182 ust. 2 ustawy Pzp. Jednocześnie należy wskazać, że Odwołujący myli pojęcie opisu przedmiotu zamówienia z określeniem warunków udziału w postępowaniu. Sposób formułowania tych elementów SIWZ podlega odrębnym przepisom ustawy Pzp. Dlatego też bezpodstawne jest czynienie zarzutu z naruszenia art. 29 ust. 1 ustawy Pzp odnoszącego się do zasad opisu przedmiotu zamówienia w odniesieniu do sformułowania warunku udziału w postępowaniu, dokonywanego w oparciu o art. 22 ustawy Pzp i następane.

Izba nie dopatrzyła się również naruszenia przez Zamawiającego § 2 ust. 6 rozporządzenia. Jeżeli wykaz, oświadczenia lub inne złożone przez wykonawcę dokumenty budzą wątpliwości zamawiającego, norma ta daje Zamawiającemu uprawnienie do zwrócenia się bezpośrednio do właściwego podmiotu, na rzecz którego roboty budowlane, dostawy lub usługi były wykonane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane, o dodatkowe informacje lub dokumenty w tym zakresie. W niniejszym stanie faktycznym, Zamawiający nie miał wątpliwości co do przedłożonych dokumentów (nie kwestionował ich treści) lecz przyjął błędne założenia wobec ich oceny.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 w zw. z § 3 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238 ze zm.).

5 lutego 2018 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (dalej „Izba”) wpłynęło odwołanie wykonawcy D. S., prowadzącego działalność pod nazwą Firma Usługowo – Handlowa SMAD-KOP D. S. z siedzibą w Ząbrowie (dalej „Odwołujący” lub „SMAD-KOP”), od następujących czynności Zamawiającego: wykluczenie Odwołującego i odrzucenie oferty Odwołującego; wyboru najkorzystniejszej oferty; sprostowania do zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty.

W odwołaniu tym zarzucono Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 24 w związku z art. 89 ustawy Pzp poprzez niezgodne z przepisami ustawy wykluczenie Odwołującego i odrzucenie oferty Odwołującego;
- 2) art. 91 ustawy Pzp poprzez niezgodny z przepisami ustawy wybór najkorzystniejszej oferty wskutek odrzucenia oferty Odwołującego;
- 3) art. 91 ustawy Pzp poprzez niezgodną z przepisami prawa zmianę rozstrzygnięcia o wyborze najkorzystniejszej oferty w formie sprostowania oczywistej omyłki pisarskiej.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienie następujących czynności Zamawiającego:
 - wykluczenia Odwołującego i odrzucenie oferty Odwołującego;
 - wyboru najkorzystniejszej oferty;
 - sprostowania do zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty, oraz o
- 2) nakazanie Zamawiającemu dokonania zgodnie z prawem następujących czynności:
 - oceny oferty Odwołującego pod kątem spełniania formalnych przesłanek zgodnie z przepisami art. 89 ustawy Pzp i Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”);
 - wyboru najkorzystniejszej oferty zgodnie z treścią art. 91 ustawy Pzp.

Odwołujący podał, że posiada interes prawny we wniesieniu odwołania, z uwagi na fakt niezgodnego z prawem wykluczenia go z postępowania o udzielenie zamówienia. Gdyby Zamawiający dokonał wszystkich czynności zgodnie z przepisami prawa, oferta Odwołującego byłaby ofertą najkorzystniejszą i to z nim zostałaby zawarta umowa na wykonanie zamówienia.

Odwołujący przedstawiając argumentację stanowiącą podstawę do wniesienia odwołania wskazał, że został wykluczony z postępowania, a jego oferta została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jako oferta nie odpowiadającej treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący wskazuje ponadto, że Zamawiający jako podstawę wykluczenia wskazał art. 24 ust.1 pkt 12 ustawy Pzp z uwagi na brak wykazania się spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącym sytuacji ekonomicznej lub finansowej. Zdaniem Zamawiającego Odwołujący nie posiada wymaganej przez SIWZ zdolności kredytowej w wymaganej kwocie 2.000.000,00 zł.

Odwołujący zarzuca, że Zamawiający nieprawidłowo zastosował treść art. 24 ustawy Pzp, co spowodowało niezgodne z prawem wykluczenie go z postępowania, a w efekcie odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Zgodnie z pkt V ust. 1 pkt 2b) SIWZ, o udzielenie zamówienia mógł ubiegać się wykonawca, który wykaże, że posiada środki finansowe lub zdolność kredytową na kwotę 2.000.000,00 zł. Odwołujący do oferty przedłożył oświadczenie z banku PKO BP S.A. w Warszawie w którym bank oświadczył, iż Odwołujący może ubiegać się o zaciągnięcie zobowiązania kredytowego na kwotę 2.000.000,00 zł. Zamawiający wezwał Odwołującego pismem z dnia 18.01.2018r. do spełnienia warunku finansowego i udokumentowania zdolności kredytowej. Odwołujący przedłożył w odpowiedzi zaświadczenie banku z dnia 18.01.2018r., w którym to zaświadczeniu bank wprost oświadczył, że na dzień wystawiania zaświadczenia Odwołujący posiada zdolność kredytową umożliwiającą ubieganie się o zaciągnięcie zobowiązania kredytowego na kwotę 2,000.000,00 zł. Pomimo tego Zamawiający wykluczył Odwołującego z postępowania. Analiza dokumentów przedłożonych przez Odwołującego świadczy o tym, że Zamawiający w sposób nieuprawniony wykluczył Odwołującego z postępowania. Odwołujący spełnił wszystkie wymagania zgodnie, z SIWZ, w tym przesłankę zdolności kredytowej na kwotę 2.000.000,00 zł. Wynika to z literalnego oświadczenia banku. Wskazać należy, że Zamawiający w SIWZ nie wymagał promesy udzielenia kredytu, a jedynie zaświadczenia o posiadaniu zdolności kredytowej. Odwołujący takie zaświadczenie przedstawił. Zamawiający zatem w sposób arbitralny i nieuprawniony wykluczył Odwołującego z postępowania. Zaświadczenie banku jest jasne i czytelne. Zamawiający nie miał prawa interpretować go na niekorzyść Odwołującego. Bank w zaświadczeniu wprost stwierdza, że Odwołujący spełnia wymagany warunek i może ubiegać się o kredyt oraz posiada zdolność kredytową. W ocenie Odwołującego Zamawiający nie może dowolnie interpretować dokumentów urzędowych przedkładanych przez wykonawcę.

Wykluczenie Odwołującego doprowadziło do wyboru oferty, która nie powinna być brana pod uwagę. Otwarcie ofert pokazało, że to Odwołujący złożył najkorzystniejszą ofertę pod względem ceny i okresu gwarancji. Gdyby nie wykluczono Odwołującego z postępowania, jego oferta jako najkorzystniejsza, powinna zostać wybrana. Tym samym czynność Zamawiającego powinna zostać unieważniona i powtórzona.

Odrębnym zarzutem jest sprostowanie do wyboru najkorzystniejszej oferty. Pierwotnie w zawiadomieniu o wyborze oferty wskazano, że zwycięskie konsorcjum otrzymało 60 pkt. za

cenę oraz 40 pkt. za okres gwarancji. Następnie Zamawiający zawiadomił Odwołującego, że wskutek omyłki pisarskiej wpisano zawyżoną ilość punktów za okres gwarancji. Zdaniem Odwołującego czynność ta nie może być uznana za zgodną z prawem. Prostowanie omyłki przez Zamawiającego prowadzi do całkowicie odmiennego rozstrzygnięcia aniżeli podane w zawiadomieniu o wyborze oferty i nie może zostać dokonane w trybie poprawienia oczywistej omyłki.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając całość dokumentacji przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności specyfikację istotnych warunków zamówienia (SIWZ), oferty wykonawców, korespondencję pomiędzy Zamawiającym i wykonawcami, odwołanie, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska stron złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący posiada legitymację do wniesienia odwołania, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, iż przedstawiony przez strony stan faktyczny sprawy, nie jest pomiędzy nimi sporny, jak i jest zgodny z dokumentacją Postępowania. W szczególności Izba ustaliła, co następuje:

Rozdział V Specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”) Warunki udziału w postępowaniu, stanowi, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy:

- 1) nie podlegają wykluczeniu ,
- 2) spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące :
 - a) kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów. Zamawiający nie wyznacza szczegółowego warunku w tym zakresie.
 - b) sytuacji ekonomicznej lub finansowej. Wykonawca spełni warunek jeżeli wykaże, że posiada środki finansowe lub zdolność kredytową w wysokości 2.000.000 PLN,
 - c) (...).

Zgodnie z Rozdziałem VI. pkt 1 SIWZ do oferty każdy Wykonawca musi dołączyć aktualne na dzień składania ofert oświadczenie w zakresie wskazanym w załączniku nr 2 do

SIWZ. Informacje zawarte w oświadczeniu będą stanowić wstępne potwierdzenie, że Wykonawca nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Rozdział VI. pkt. 5 a i c SIWZ, stanowi z kolei, że Zamawiający przed udzieleniem zamówienia wezwie Wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 5 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia następujących oświadczeń lub dokumentów: (...)

c) Informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo – kredytowej potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową Wykonawcy, w okresie nie wcześniejszym niż 1 miesiąc przed upływem terminu składania ofert.

Odwołujący złożył ofertę w Postępowaniu, załączając do oferty dokumenty na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu m.in. w postaci informacji z banku PKO BP S.A. z dnia 3 stycznia 2018 r.

W dniu 18 stycznia 2018 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień i udokumentowania spełnienia warunku dotyczącego zdolności ekonomicznej i finansowej, podnosząc, że przedstawione zaświadczenie z banku nie potwierdza posiadanej zdolności kredytowej.

W dniu 19 stycznia 2017 r. Odwołujący przedłożył Zamawiającemu za pismem zaświadczenie PKO BP S.A. z dn. 18 stycznia 2018 r.

Zamawiający w dniu 31 stycznia 2018 r. zawiadomił wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty jednocześnie informując o wykluczeniu wykonawców i odrzuceniu ofert.

Izba zważyła co następuje.

Izba uznała, że doszło w niniejszej sprawie do naruszenia części przepisów powołanych w odwołaniu w sposób mający lub mogący mieć wpływ na wynik postępowania, a tylko w takim przypadku Izba zgodnie z art. 192 ust. 2 ustawy Pzp uwzględni odwołanie.

W ocenie Izby, argumentacja Zamawiającego wskazana w podstawach wykluczenia ofert na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp tj. "z załączonego do oferty zaświadczenia Banku wynika, iż wykonawca nie posiada zdolności kredytowej w wymaganej kwocie 2 000 000 PLN", jest obarczona błędem, gdyż pomija zaświadczenie przedstawione przez Odwołującego w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów w oparciu o art. 26

ust. 3 ustawy Pzp. Izba stwierdza, że faktycznie pierwotnie złożona przez Odwołującego informacja z banku datowana na 3 stycznia 2018 r. nie potwierdza posiadanej przez tego wykonawcę zdolności kredytowej – co wprost wynika z treści tego zaświadczenia w którym wskazano, że „Informacja została udzielona bez analizy zdolności kredytowej Klienta”. Niemniej jednak Odwołujący w wyniku wezwania do uzupełnienia dokumentów przedstawił nowy dokument wystawiony przez bank PKO BP S.A., zawierający informację o następującej treści „Na dzień wystawienia niniejszego zaświadczenia Klient posiada zdolność kredytową umożliwiającą ubieganie się o zaciągnięcie zobowiązania o charakterze kredytowym w kwocie 2 000 000 PLN”, który Zamawiający dokonując oceny oferty Odwołującego zdawał się pominąć. W ocenie Izby, dokument ten potwierdza spełnianie warunku posiadania zdolności kredytowej na kwotę 2 000 000 PLN.

Odnosnie oceny informacji/zaświadczeń dot. zdolności kredytowej Izba podtrzymuje swoje stanowisko, jak w odniesieniu do zarzutu podniesionego w odwołaniu firmy GOREM (KIO 219/18).

Dodatkowo należy wskazać, że bezpodstawne jest oczekiwanie Zamawiającego co do przedłożenia przez wykonawcę innych dokumentów niż określone w SIWZ, gdyż to tam Zamawiający precyzuje swoje oczekiwania m.in. co do zakresu obowiązku dokumentacyjnego spoczywającego na wykonawcach. Izba zgadza się również z argumentacją Odwołującego, że nie istnieje powszechnie obowiązujący wzór zaświadczenia z banku potwierdzający zdolność kredytową, dlatego też dokumenty te mogą mieć każdorazowo inną treść w zależności np. od banku wystawiającego.

W ocenie Izby zarzut Odwołującego dot. naruszenia art. 24 ustawy Pzp, jest zasadny, w związku z tym potwierdza się również zarzut naruszenia art. 91 ustawy Pzp poprzez niezgodny z przepisami ustawy wybór oferty najkorzystniejszej na skutek wykluczenia Odwołującego i uznania jego oferty za odrzuconą.

Nie zasługuje natomiast na uwzględnienie zarzut dot. naruszenia przez Zamawiającego art. 91 ustawy Pzp poprzez niezgodną z przepisami zmianę rozstrzygnięcia o wyborze oferty najkorzystniejszej w formie sprostowania oczywistej omyłki pisarskiej. Zamawiający w treści zawiadomienia o wyborze oferty podał niewłaściwą liczę punktów przyznaną ofercie najkorzystniejszej w kryterium okres gwarancji. W ocenie Izby dokonana przez Zamawiającego poprawa nie narusza przepisów ustawy Pzp. Przepisy ustawy Pzp nie regulują tej materii, jednocześnie należy zauważyć, iż Zamawiający nie zmienił istoty rozstrzygnięcia, w dalszym ciągu najkorzystniejszą pozostawała oferta wybrana pierwotnie. Ponadto czynność ta w ocenie Izby nie naruszała naczelných zasad ustawy Pzp tj. zasady jawności, równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Zamawiający dokonał poprawy dzień później, informując o niej wykonawców. Jednocześnie należy zauważyć, iż

nawet gdyby stwierdzić, że czynność ta naruszała art. 91 ustawy Pzp to w ocenie Izby nie stanowi naruszenia przepisów w sposób mający lub mogący mieć wpływ na wynik postępowania, a tylko w takim przypadku Izba zgodnie z art. 192 ust. 2 ustawy Pzp uwzględnia zarzuty.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 w zw. z § 3 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238 ze zm.).

Przewodniczący: