

Sygn. akt: KIO 757/14

WYROK
z dnia 28 kwietnia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Stręciwilk

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 kwietnia 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 kwietnia 2014 r. przez **wykonawcę Przedsiębiorstwo Geodezyjno-Kartograficzne OPGK Rzeszów S.A., ul. Geodetów 1, 35-328 Rzeszów** w postępowaniu prowadzonym przez **Główny Urząd Geodezji i Kartografii, ul. Wspólna 2, 00-926 Warszawa**

orzeka:

1. **oddala odwołanie;**
2. kosztami postępowania obciąża **wykonawcę Przedsiębiorstwo Geodezyjno-Kartograficzne OPGK Rzeszów S.A., ul. Geodetów 1, 35-328 Rzeszów** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **wykonawcę Przedsiębiorstwo Geodezyjno-Kartograficzne OPGK Rzeszów S.A., ul. Geodetów 1, 35-328 Rzeszów** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 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 Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Główny Urząd Geodezji i Kartografii w Warszawie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „*Dostosowanie baz danych ewidencji gruntów i budynków (EGiB) do wymagań zintegrowanego systemu informacji o nieruchomościach oraz utworzenie dla wybranych jednostek ewidencyjnych BDOT500 i inicjalnych baz danych GESUT*”. Postępowanie to zostało podzielone na 11 części z możliwością składania ofert częściowych z maksymalnie ofertami częściowymi dotyczącymi dwóch wybranych przez wykonawcę części. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2013 r. poz. 907 ze zm.), zwanej dalej: „*ustawa Pzp*”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE z dnia 28 grudnia 2013 r. pod nr 2013/S 251-440641.

W postępowaniu tym wykonawca Przedsiębiorstwo Geodezyjno-Kartograficzne OPGK Rzeszów S.A. z siedzibą w Rzeszowie (dalej: „*Odwołujący*”) w dniu 17 kwietnia 2014 r. złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Odwołanie dotyczy części XI zamówienia (*dotyczy powiatów: tarnobrzeskiego, stalowolskiego oraz nizańskiego*). Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu w tej samej dacie. Informacja o czynnościach Zamawiającego stanowiących podstawę odwołania została przekazana przez Zamawiającego Odwołującemu pocztą elektroniczną w dniu 7 kwietnia 2014 r.

Zamawiający kopię odwołania wraz z wezwaniem do przyłączenia się do niniejszego postępowania przekazał wykonawcom w dniu 18 kwietnia 2014 r. Do postępowania odwoławczego do upływu terminu wynikającego z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp nie wpłynęło żadne zgłoszenie przystąpienia.

Izba po przeprowadzeniu czynności formalnoprawnych związanych z wniesionym odwołaniem skierowała je do rozpoznania na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania, a następnie na rozprawie. Posiedzenie oraz rozprawa w przedmiotowej sprawie odbyły się w dniu 28 kwietnia 2014 r.

Uwzględniając pisma złożone w sprawie oraz oświadczenia złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła co następuje.

Odwołujący wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum firm: POLKART sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz GLOBMATIX sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie (dalej: „Konsorcjum POLKART”) w zakresie części XI zamówienia, podczas gdy wykonawca ten, jego zdaniem:

- nie wykazał dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia spełniającymi wymagania określone w pkt VII ust. 4.2) lit. b i c Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”), jednocześnie składając w tym zakresie nieprawdziwe informacje, oraz
- nie wykazał, że znajduje się w sytuacji finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia, tj. posiada środki finansowe lub zdolność kredytową w wymaganej wysokości co najmniej 1.500.000,00 zł na część zamówienia, o którą ubiegał się zgodnie z wymogami określonymi w pkt VII ust. 5 SIWZ, a Zamawiający nie wezwał go o uzupełnienie dokumentów w tym zakresie;

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

- 1) naruszenie art. 24 ust 2 pkt 4 w związku z art. 22 ust 1 pkt 4 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum, pomimo nie wykazania przez tego wykonawcę, że znajduje się w sytuacji finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia, tj. posiada środki finansowe lub zdolność kredytową w wysokości co najmniej 1.500.000,00 zł na część zamówienia, o którą się ubiegał, tj. nie wykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt VII ust. 5 SIWZ;
- 2) naruszenie art. 24 ust 2 pkt 4 w związku z art. 22 ust 1 pkt 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum POLKART, pomimo nie wykazania przez tego wykonawcę, że dysponuje on odpowiednimi osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, w postaci specjalisty ds. geodezji i kartografii, który spełniałby wymagania Zamawiającego, o których mowa w pkt VII ust. 4.2) lit. b i c SIWZ;
- 3) naruszenie art. 24 ust 2 pkt 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum POLKART, pomimo podania przez wykonawcę w ofercie nieprawdziwych danych w zakresie spełnienia warunków SIWZ pkt VII ust. 4.2) lit. b i c;
- 4) naruszenie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum POLKART do złożenia prawidłowego dokumentu, z którego wynikałoby, że wykonawca posiada środki finansowe lub zdolność kredytową w wysokości co najmniej 1.500.000,00 zł bez warunkowania spełnienia tego wymogu spłatą aktualnie posiadanych kredytów, tj. wypełnienie warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt VII ust. 5 SIWZ;

- 5) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez brak odrzucenia oferty Konsorcjum POLKART, mimo że złożona przez tego wykonawcę oferta nie odpowiada treści pkt VII ust. 4.2) lit. b i c oraz pkt VII ust. 5 SIWZ;
- 6) naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako ofertę najkorzystniejszą, niepodlegającą odrzuceniu w niniejszym postępowaniu.

Wskazując na powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania,
2. unieważnienie czynności wyboru oferty Konsorcjum POLKART jako najkorzystniejszej,
3. wykluczenie Konsorcjum POLKART oraz odrzucenie jego oferty,
4. dokonanie ponownych czynności badania i oceny ofert i w konsekwencji wyboru złożonej przez Odwołującego oferty jako najkorzystniejszej,
5. zwrot na rzecz Odwołującego kosztów spowodowanych wniesieniem odwołania, w tym kosztów wpisu od odwołania.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący zwrócił uwagę na postanowienia SIWZ, gdzie Zamawiający wymagał, aby wykonawca ubiegający się o realizację zadania znajdował się w sytuacji finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia, tj. posiadać środki finansowe lub zdolność kredytową w wysokości co najmniej 1.500.000,00 zł. Wymóg ten miał być przez wykonawcę wykazany za pomocą informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, wystawioną nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert. Podkreślił, że w złożonej ofercie Konsorcjum POLKART przedstawiło dwa dokumenty wydane przez Bank Spółdzielczy w Piasecznie - zaświadczenie z dnia 11.02.2014 r. nr 337/2014 oraz opinia bankowa z dnia 07.02.2014 r. nr 336/2013. W ocenie Odwołującego w oparciu o informacje przedstawione we wskazanych dokumentach przez bank nie można stwierdzić, że Konsorcjum POLKART w rzeczywistości posiada możliwości finansowe lub zdolność kredytową na wymaganym przez Zamawiającego pułapie. Podkreślił, że z opinii bankowej nr 336/2013 wynika, że POLKART Sp. z o.o. posiada wolne środki finansowe w wysokości 579.143,19 zł i kwota ta nie stanowi samostojącej podstawy do uznania, że wykonawca spełnia wymogi Zamawiającego w przedmiocie wykazania posiadania odpowiednich środków finansowych, gdyż minimalna wysokość tych środków została określona na co najmniej 1.500.000,00 zł. Jego zdaniem wymóg Zamawiającego w tym zakresie byłby spełniony tylko wówczas, gdyby POLKART Sp. z o.o. udowodnił, że oprócz posiadania wolnych środków finansowych we wskazanej w opinii bankowej wysokości, posiada również odpowiednią zdolność kredytową. W odniesieniu do wykazania

zdolności kredytowej wykonawcy natomiast bank stwierdził w opinii nr 336/2013, że POLKART Sp. z o.o. korzysta z kredytu obrotowego na kwotę 1.200.000,00 zł oraz kredytu na rachunku bieżącym w kwocie 400.000 zł. Z kolei w zaświadczeniu nr 337/2014 bank poświadczył, że POLKART Sp. z o.o. posiada zdolność kredytową w kwocie 1.200.000,00 zł i ocena takiej zdolności została dokonana z uwzględnieniem stanu finansowego spółki na dzień 31.12.2013 r. W odniesieniu do tych dokumentów bankowych Odwołujący podniósł, że opinia bankowa o wpływie środków na konto wykonawcy nie upoważnia do postawienia znaku równości z dysponowaniem przez niego odpowiednią ilością środków finansowych, zwłaszcza gdy mamy do czynienia z przyszłą realizacją zamówienia publicznego. Samo stwierdzenie przez bank, że wykonawca posiada kredyty także nie jest jego zdaniem równoznaczne z wykazaniem zdolności kredytowej na dzień wystawienia zaświadczenia, gdyż brak jest jakichkolwiek informacji w jakim okresie kredyty zostały przyznane. Co do kredytu obrotowego wskazał, że może on polegać na otwarciu linii kredytowej, co daje kredytobiorcy możliwość zadłużenia się do maksymalnej kwoty, na jaką kredyt został przyznany. Skoro zatem bank nie udziela informacji kiedy kredyt obrotowy w kwocie 1.200.000 zł oraz kredyt w wysokości 400.000,00 zł został POLKART Sp. z o.o. przyznany i brak jest jednocześnie jakichkolwiek informacji, w jakim zakresie przyznany kredyt został wykorzystany na dzień składania ofert, to – w jego ocenie - nie jest możliwa nawet przybliżona weryfikacja faktycznego zadłużenia spółki wobec banku.

Biorąc pod uwagę powyższe jego zdaniem z opinii bankowej nr 336/2014 przedstawionej przez POLKART Sp. z o.o. można uznać jedynie ujętą tam kwotę wolnych środków na rachunku (kwota 579.143,19 zł), ale ta jest niższa niż wymagane 1.500.000,00 zł. Co do zaświadczenia banku nr 337/2014, w którym wprost jest mowa o zdolności kredytowej na kwotę 1.200.000,00 zł, podkreślił, że z zaświadczenia tego wynika, że zdolność kredytowa jest warunkowana uprzednią spłatą już udzielonych kredytów, stąd nie może być brana pod uwagę przy ocenie spełniania warunku finansowego. Zwrócił uwagę na to, że bank w zaświadczeniu nr 337/2014 uzależnia przyznanie POLKART Sp. z o.o. kredytu od wypełnienia określonych warunków, m.in. spłaty aktualnie posiadanego kredytu obrotowego. Z opinii bankowej nr 336/2013 wynika natomiast, że wysokość tego kredytu obrotowego to 1.200.000,00 zł, a zatem – jego zdaniem - kwota stanowiąca górny pułap określonej przez bank zdolności kredytowej spółki. Bank stwierdza zatem, że POLKART Sp. z o.o. posiada zdolność kredytową do wysokości 1.200.000,00 zł, o ile wcześniej spłaci kredyt obrotowy udzielony na taką samą kwotę. W ocenie Odwołującego z przedstawionych przez Konsorcjum POLKART dokumentów bankowych w żaden sposób nie wynika, aby na dzień sporządzania dokumentów bankowych zawierających w/w informacje spółka ta posiadała zdolność kredytową w wymaganej przez zamawiającego wysokości.

Odwołujący zwrócił uwagę na definicję zdolności kredytowej zawartą w art. 70 ust. 1 ustawy Prawo bankowe (Dz. U. 2002 r. Nr 72, poz. 665), zgodnie z którą jest to zdolność do spłaty zaciągniętego kredytu wraz z odsetkami w terminach określonych w umowie z bankiem. Podkreślił, że w orzecznictwie wskazuje się, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego definicja z powołanego przepisu prawa bankowego nie ma zastosowania wprost, w takim znaczeniu, że od wykonawcy w celu wykazania zdolności kredytowej nie wymaga się faktycznego uzyskania kredytu, a jedynie wykazania, że jest to możliwe. Celem żądania informacji o zdolności kredytowej jest zapewnienie zamawiającemu wiarygodnego źródła informacji o możliwościach uzyskania kredytu przez wykonawcę. Istotnym jest udowodnienie, że niezależnie od rodzaju przedsięwzięcia wykonawca posiada stosowne zabezpieczenie finansowe pozwalające mu na potencjalne uzyskanie kredytu. Na poparcie swoich twierdzeń powołał się na orzecznictwo KIO (KIO 2480/12, KIO/UZP/137/09, KIO 1553/13).

Podkreślił też, że zasadnym było wezwanie wykonawcy przez Zamawiającego do uzupełnienia oferty w w/w zakresie na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, na co Odwołujący zwrócił uwagę Zamawiającemu w piśmie z dnia 21.03.2014 r., czego Zamawiający nie uczynił, naruszając tym samym wskazany przepis. Jednocześnie też wskazał, że Zamawiający dokonał wyboru oferty wykonawcy podlegającego wykluczeniu z powyższego powodu, czym naruszył 24 ust 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Odwołujący zauważył również, że oferta Konsorcjum POLKART obarczona była także brakami w zakresie niespełnienia przez nią wymogów stawianych kierownikowi projektu oraz specjalście ds. geodezji i kartografii, w którym to zakresie w/w podał zdaniem Odwołującego dane nieprawdziwe. Wskazał na postanowienia pkt VII ust. 4.2) lit. c i c SIWZ, gdzie Zamawiający wymagał, aby osoba wskazana jako specjalista ds. geodezji i kartografii w ciągu ostatnich 10 lat przed terminem składania oferty brała udział w realizacji co najmniej 2 usług polegających na wykonaniu modernizacji EGiB oraz 1 usługi polegającej na opracowaniu mapy zasadniczej w postaci wektorowej lub zbiorów danych BDOT500 lub GESUT. W ofercie Konsorcjum POLKART jako osoba spełniająca w/w warunki wskazany jest p. M..... P....., a z informacji posiadanych przez Odwołującego osoba ta wbrew treści oferty nie brała udziału w modernizacji EGiB w jednostce ewidencyjnej Milejów, jak również przy opracowaniu mapy zasadniczej Gminy Pszczyna. Wskazał, że Zamawiający był zobowiązany wykluczyć z udziału w postępowaniu wykonawcę, w stosunku do którego potwierdzi się zarzut podania nieprawdziwych informacji, powołując się w tym zakresie na orzecznictwo (KIO/UZP 1078/11, KIO 1736/11, KIO 1735/11; KIO 1424/11). Podkreślił, że okoliczność, że wymieniony specjalista ds. geodezji i kartografii p. M..... P..... nie brał udziału przy modernizacji EGiB w jednostce ewidencyjnej Milejów, jak również przy

opracowaniu mapy zasadniczej Gminy Pszczyna pozostaje tzw. faktem negatywnym. Wyjaśnił, że tzw. fakty negatywne mogą być dowodzone wyłącznie za pomocą dowodów faktów pozytywnych przeciwnych, których istnienie wyłącza twierdzoną okoliczność negatywną (por. wyrok SN z 16.04.2003 II CKN 1409/00). Wskazał też, że w związku z uzyskaniem informacji, jakoby podane przez wykonawcę dane mogły być nieprawdziwe, Zamawiający wezwał wykonawcę do wyjaśnienia dokumentacji w tym zakresie, jak i do uzupełnienia wykazu osób, z którego jednoznacznie wynikałoby spełnienie warunków określonych w pkt VII ust. 4.2) lit. b i c SIWZ. Zamawiający w wezwaniu przede wszystkim wskazał na brak informacji dotyczących terminów realizacji w/w prac w przedstawionej przez Konsorcjum POLKART dokumentacji. W odpowiedzi zaś na przedmiotowe wezwanie Konsorcjum POLKART – zdaniem Odwołującego - nie przedstawiło dostatecznych dowodów, z których mogłoby wynikać, że p. M..... P..... faktycznie brał udział w modernizacji EGiB w jednostce ewidencyjnej Milejów, jak również przy opracowaniu mapy zasadniczej Gminy Pszczyna. Podkreślił, że wykonawca poprzestaje w tym zakresie na udzieleniu informacji, że zgodnie z oświadczeniem prezesa GLOBMATIX Sp. z o.o. brał udział przy modernizacji EGiB w jednostce ewidencyjnej Milejów przez cały okres projektu oraz przy opracowaniu mapy zasadniczej gminy Pszczyna w początkowym okresie realizacji projektu, a następnie został oddelegowany do innej pracy w tej firmie. Przywołane oświadczenie (w dodatku ustne, gdyż nie zostaje przez wykonawcę załączone) prezesa zarządu spółki wchodzącej w skład Konsorcjum ubiegającego się o uzyskanie zamówienia, w jego ocenie, nie może być uznane za dostateczny i wymierny dowód potwierdzający spełnienie przez wykonawcę wskazanego warunku, a wykonawca na poparcie kwestionowanej okoliczności, do wyjaśnienia której został wezwany przez Zamawiającego, nie przedstawił żadnych dodatkowych dowodów. Niezależnie od powyższego wskazał, że biorąc pod uwagę wyjaśnienia Konsorcjum POLKART, wystosowanie na wezwanie Zamawiającego przyjąć należy, iż p. M..... P..... nie legitymuje się wymaganym doświadczeniem. Jego zdaniem, nawet jeżeliby uznać w/w oświadczenie prezesa zarządu GLOBMATIX Sp. z o.o. za wiarygodne, to wynika z niego, że p. M..... P..... przy opracowywaniu mapy zasadniczej gminy Pszczyna brał udział jedynie w początkowej fazie realizacji projektu, a później został oddelegowany do innej pracy. Tym samym, jego zdaniem, wykonawca sam przyznaje, że nie spełnia wymogów określonych w pkt VII ust. 4.2) lit. c SIWZ, na podstawie których wykonawca miał wykazać, że dysponuje specjalistą ds. geodezji i kartografii, która to osoba brała udział w realizacji co najmniej 1 usługi, zrealizowanej i zakończonej przy jego udziale.

W związku z powyższym, zdaniem Odwołującego, informacje podane przez Konsorcjum POLKART o dysponowaniu odpowiednim specjalistą ds. geodezji i kartografii,

są nieprawdziwe i już z tego powodu Konsorcjum POLKART winno zostać z postępowania wykluczone na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 3 ustawy Pzp, gdyż podane w ofercie nieprawdziwe informacje miały wpływ na rozstrzygnięcie, czy wykonawca ten spełnia warunki udziału w postępowaniu. Według niego - skoro Zamawiający wzywa wykonawcę do uzupełnienia dokumentacji ofertowej na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp, a wykonawca, mimo wezwania, wskazanych braków nie uzupełnia, to wobec nie wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu winien zostać wykluczony niezależnie, na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, a złożona przez niego oferta powinna być odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Podkreślił też, że w wezwaniu do uzupełnienia dokumentacji z dnia 26.03.2014 r. Zamawiający w ogóle zaniechał wezwania Konsorcjum POLKART do wyjaśnienia spornych okoliczności, jakoby Konsorcjum rzeczywiście dysponowało środkami finansowymi lub zdolnością kredytową na poziomie 1.500.000,00 zł, do czego był - zdaniem Odwołującego - zobligowany na podstawie art. 26 ust 3 i 4 ustawy Pzp. W związku z tym, że Konsorcjum POLKART nie spełnia w/w wymagań SIWZ zasadnym było wezwanie do uzupełnienia dokumentacji przedstawionej w ofercie. Powołując się na orzecznictwo (KIO/UZP 81/10) wskazał, że obowiązek wezwania do uzupełnienia dokumentów dotyczy w jednakowym stopniu sytuacji, gdy wykonawca nie złożył w ofercie wymaganego dokumentu, jak i takiej, kiedy wykonawca złożył dokument zawierający braki lub błędy. Wobec braku wezwania Konsorcjum do uzupełnienia dokumentacji w tym zakresie według niego Zamawiający bez żadnych wątpliwości przyjmuje, że wybrany do realizacji zamówienia wykonawca spełnia wymagania wynikające z pkt VII ust. 5 SIWZ, gdy tymczasem zaoferowana przez Konsorcjum POLKART dokumentacja nie pozwala, zdaniem Odwołującego, na przyjęcie, że wykonawca ten posiada realne możliwości finansowe lub zdolność kredytową wymagane do prawidłowego wykonania zamówienia, co wskazuje na konieczność wykluczenia go z postępowania na podstawie art. 24 ust 2 pkt 4 ustawy Pzp.

W toku rozprawy Odwołujący podtrzymał swoje stanowisko, wnosząc o uwzględnienie odwołania.

Zamawiający w toku rozprawy wniósł o oddalenie odwołania, wskazując na niezasadność zarzutów w nim podniesionych.

Dodatkowo podkreślił, że co do zarzutu dotyczącego spełniania warunków na stanowisko specjalisty ds. geodezji i kartografii, według niego, zarzuty dotyczące pana M..... P..... w ofercie Konsorcjum POLKART nie mają żadnego znaczenia dla prawidłowości wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu przez tego wykonawcę. Wskazał na opis warunku, zgodnie z którym Zamawiający oczekiwał podania na

to stanowisko minimum 3 osób, tymczasem w ofercie Konsorcjum POLKART na to stanowisko zostały wskazane 4 osoby. Odwołujący tymczasem kwalifikacji pozostałych osób na to stanowisko nie kwestionuje. Podkreślił, że w odniesieniu do Pana P..... jedynie z przyczyn formalnych Zamawiający wystąpił do wykonawcy o złożenie stosownych wyjaśnień i uzupełnienie dokumentów, wypełniając zasadę równego traktowania wykonawców w postępowaniu.

Co do drugiego zarzutu dotyczącego spełnienia warunku finansowego przez Konsorcjum POLKART Zamawiający wyjaśnił, że dla spełnienia tego warunku wziął pod uwagę kwotę 579.143,18 zł wynikającą z opinii bankowej z 07.02.2014 r., zawartej w ofercie Konsorcjum POLKART, która to kwota znajduje się na rachunku wskazanego wykonawcy. Obok tej kwoty Zamawiający uwzględnił zaświadczenie banku z 11.02.2014 r. zawarte w ofercie Konsorcjum POLKART, które wyraźnie wskazuje, że POLKART Sp. z o.o. ma zdolność kredytową na kwotę 1.200 000 zł, co z kolei wskazuje, że warunek finansowy został przez wykonawcę spełniony. Powołując się na orzeczenie SO w Szczecinie z 08.01.2010 r. w sprawie o sygn. akt: VIII Ga 248/09, podkreślił, że okoliczność faktycznego przyznania kredytu przez bank nie ma znaczenia dla spełnienia warunku finansowego, którym - zgodnie z przepisami - jest posiadanie zdolności kredytowej. Nie chodzi bowiem w tym zakresie o przyznanie konkretnego kredytu. Tym samym zatem zastrzeżenie zawarte w zaświadczeniu banku z 11.02.2014 r., iż warunkiem zawarcia umowy kredytowej będzie spłata aktualnie posiadanego kredytu obrotowego według Zamawiającego nie ma żadnego znaczenia dla oceny, iż POLKART Sp. z o.o. posiada zdolność kredytową na kwotę 1.200 000 zł i tym samym łącznie z wartością środków na rachunku POLKART Sp. z o.o. wskazane Konsorcjum spełnia warunek udziału w postępowaniu.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym w szczególności dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również stanowiska stron postępowania, zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, a skutkujących odrzuceniem odwołania.

W drugiej kolejności Izba ustaliła, że Odwołujący ma interes w złożeniu odwołania. Zaskarżenie przez Odwołującego zaniechania Zamawiającego wykluczenia z postępowania wykonawcy, którego oferta została uznana przez Zamawiającego jako najkorzystniejsza w postępowaniu, w sposób bezpośredni pozbawiały uzyskania przedmiotowego zamówienia przez Odwołującego. Tym samym Odwołujący wykazał swój uszczerbek (szkodę) w interesie, co stanowi wypełnienie przesłanki materialnoprawnej, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba, rozpoznając odwołanie w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu, uznała, że podlega ono oddaleniu.

Izba ustaliła, że Zamawiający wszczął przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego i opublikował ogłoszenie o zamówieniu w dniu 28 grudnia 2013 r. Zamawiający, podzielił przedmiotowe postępowanie na jedenaście zadań, dopuszczając możliwość składania ofert częściowych z maksymalnie ofertami częściowymi dotyczącymi dwóch wybranych przez wykonawcę części.

Zgodnie z wymogami SIWZ Zamawiający w rozdziale VII SIWZ określił warunki udziału w postępowaniu. W pkt 4 ppkt 2) lit. a)-c) wskazał na wymagania dotyczące wymaganej osoby na stanowisko specjalisty ds. geodezji i kartografii. W tym zakresie wymagał od wykonawców wskazania min. 3 osób, które:

- a) posiadają uprawnienia zawodowe, o których mowa w art. 43 pkt 1 i 2 ustawy z dnia 17 maja 1989 r. – Prawo geodezyjne i kartograficzne,
- b) w ciągu ostatnich 10 (dziesięciu) lat przed upływem terminu składania ofert uczestniczyły jako specjalista ds. geodezji i kartografii przy realizacji co najmniej 2 (dwóch) usług, zrealizowanych i zakończonych przy jego udziale, polegających na wykonaniu modernizacji EGİB, o wartości min. 100 000,00 PLN brutto każda,
- c) w ciągu ostatnich 10 (dziesięciu) lat przed upływem terminu składania ofert uczestniczy jako specjalista ds. geodezji i kartografii przy realizacji co najmniej 1 (jednej) usługi, zrealizowanej i zakończonej przy jego udziale, polegającym na opracowaniu mapy zasadniczej w postaci wektorowej lub zbiorów danych BDOT500 lub GESUT o wartości nie mniejszej niż 50 000,00 PLN brutto.

Na potwierdzenie spełniania tego warunku, zgodnie z rozdziałem VIII pkt 1 ppkt 3 SIWZ należało złożyć wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia,

niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informację o podstawie do dysponowania tymi osobami. Wzór takiego wykazu został przez Zamawiającego określony w załączniku nr 7 do SIWZ.

Jednocześnie też w rozdziale VII pkt 5 SIWZ Zamawiający określił wymagany od wykonawców warunek finansowy, wskazując na konieczność posiadania środków finansowych lub zdolności kredytowej w wysokości co najmniej 1 500 000,00 PLN na każdą część zamówienia, na jaką składa ofertę wykonawca. Zamawiający dodatkowo zastrzegł, że w przypadku, gdy wykonawca składa ofertę ma dwie części zamówienia musi posiadać środki finansowe lub zdolność kredytową w wysokości co najmniej 3 000 000,00 PLN. Na potwierdzenie spełniania tego warunku, zgodnie z rozdziałem VIII pkt 1 ppkt 5) SIWZ należało przedłożyć informację z banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo – kredytowej, potwierdzającą wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, wystawioną nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert.

Do upływu terminu składania ofert, tj. do dnia 17 lutego 2014 r., do Zamawiającego w zakresie części jedenastej zamówienia, której dotyczy złożone odwołanie, wpłynęły dwie oferty: oferta Odwołującego i Konsorcjum POLKART.

W ofercie Konsorcjum POLKART na str. 15-17 zamieszczony został wykaz osób, w którym przywołany wykonawca wskazał na stanowisko specjalisty ds. geodezji i kartografii 4 osoby (poz. 2 Pan A..... S....., poz. 3 – Pan K..... B....., poz. 4 – Pan M..... P..... poz. 5 – Pan M..... J.....). Co do Pana M..... P..... w zakresie wymaganego doświadczenia wskazano wykonanie 3 usług:

- 1) wykonanie modernizacji EGiB w jednostce ewidencyjnej Piaski na stanowisku specjalisty ds. geodezji i kartografii o wartości usługi: 892 444,00 zł;
- 2) wykonanie modernizacji EGiB w jednostce ewidencyjnej Milejów na stanowisku specjalisty ds. geodezji i kartografii o wartości usługi: 253 922,66 zł;
- 3) wykonanie mapy zasadniczej dla Gminy Pszczyna na stanowisku specjalisty ds. geodezji i kartografii o wartości usługi: 174 906,00 zł.

W zakresie spełniania warunku finansowego z SIWZ Konsorcjum POLKART załączyło do oferty:

- na str. 19 oferty opinię bankową Banku Spółdzielczego w Piasecznie z dnia 7 lutego 2014 r. (znak: L.dz. 336/2013), wskazującą, że firma POLKART Sp. z o.o. korzysta z kredytu obrotowego udzielonego w wysokości 1 200 000 zł i kredytu w rachunku bieżącym w wysokości 400 000 zł. Wskazano tam, że saldo rachunku bieżącego na

dzień 6 lutego 2014 r. wynosiło 179 143,18 zł, a wolne środki na rachunku z uwzględnieniem kredytu na rachunku bieżącym w wysokości 400 000 zł wynosiły: 579 143,18 zł. Dodatkowo wskazano, że obroty na rachunku bieżącym w okresie od 7 lutego 2013 r. do 6 lutego 2014 r. po stronie MA wyrażały się liczbą 7-cyforową w górnej granicy w pełnych złotych, a rachunek bieżący aktualnie nie jest obciążony tytułami egzekucyjnymi i zajęciami komorniczymi oraz

- na str. 20 oferty zaświadczenia tego samego banku z dnia 11 lutego 2014 r. (znak: L.dz. 337/14), wskazujące, że firma POLKART Sp. z o.o. posiada zdolność kredytową do kwoty 1 200 000 zł. Bank podkreślił, że zaświadczenie zostało wystawione na podstawie oceny zdolności kredytowej wskazanej firmy według stanu na dzień 31 grudnia 2013 r. i jest ważne przez okres 1 miesiąca od daty jego wystawienia. Jednocześnie też w treści przywołanego zaświadczenia podano, że warunkiem zawarcia umowy kredytowej będzie przedłożenie odrębnego wniosku o kredyt wraz z pełną dokumentacją niezbędną do jego oceny zgodnie z obowiązującymi w Banku regulacjami, a warunkiem udzielenia kredytu jest: pozytywna ocena wniosku dokonana przez bank, posiadanie zdolności kredytowej, ustanowienie przez wnioskodawcę zabezpieczenia spłaty kredytu w formie i wysokości uzgodnionej z bankiem oraz spłata aktualnie posiadanego kredytu obrotowego.

W toku czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu Zamawiający pismem z dnia 26 marca 2014 r. wezwał Konsorcjum POLKART w trybie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp do uzupełniania dokumentów, wskazując w tym wezwaniu m.in. na brak terminów realizacji prac w odniesieniu do osób wskazanych na stanowisko specjalisty ds. geodezji i kartografii. Niezależnie od powyższego Zamawiający poprosił o wyjaśnienie udziału Pana M..... P..... przy wskazanej usłudze w wykazie osób, wskazując na pismo z dnia 24 marca 2014 r., które w tym zakresie otrzymał od Odwołującego.

W odpowiedzi na powyższe Konsorcjum POLKART w piśmie z dnia 2 kwietnia 2014 r. złożyło stosowne wyjaśnienia, załączając do pisma także nowy wykaz osób ze wskazaniem terminów zakończenia zrealizowanych usług oraz informację o opracowaniu mapy zasadniczej w wersji wektorowej. Jednocześnie też wskazany wykonawca wyjaśnił, że na podstawie oświadczenia Pana K..... B..... – Prezesa firmy GLOBMATIX Sp. z o.o. (członka Konsorcjum) Pan M..... P..... brał udział przy modernizacji EGİB w jednostce ewidencyjnej Milejów przez cały okres projektu oraz przy opracowaniu mapy zasadniczej Gminy Pszczyna w początkowym okresie realizacji projektu, a następnie został oddelegowany do innej pracy w tej firmie.

Zamawiający pismem z dnia 7 kwietnia 2014 r. poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej w zakresie części XI zamówienia, tj. oferty złożonej przez Konsorcjum POLKART.

Wskazana czynność Zamawiającego stała się podstawą zarzutów podniesionych w odwołaniu aktualnie rozpoznawanym przez Izbę.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba stwierdziła, co następuje.

Odnosząc się do zarzutów związanych z niespełnieniem warunku udziału w postępowaniu i zarazem podania w tym zakresie przez Konsorcjum POLKART nieprawdziwych informacji co do dysponowania odpowiednim potencjałem osobowym do wykonania zamówienia, stwierdzić należało, że zarzuty te nie potwierdziły się.

Podkreślenia wymaga, że Odwołujący w swoim odwołaniu podnosi zarzut jedynie w odniesieniu do osoby Pana M..... P..... wskazanego przez Konsorcjum POLKART na stanowisko specjalisty ds. geodezji i kartografii. Izba, rozpoznając odwołanie, stosownie do dyspozycji art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Uwzględniając przywołane, ustawowe ograniczenie kognicji Izby, w przedmiotowej sprawie należało ograniczyć się do oceny zasadności zarzutów podniesionych w stosunku do osoby Pana M..... P....., ponieważ Odwołujący żadnych zarzutów dotyczących pozostałych osób wskazanych na stanowisko specjalisty ds. geodezji i kartografii w odwołaniu nie podniósł. Dokonując oceny tych zarzutów stwierdzić należy, że kwestionowane doświadczenie Pana M..... P..... pozostaje bez znaczenia dla oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu odnoszącego się do wykazania osób na stanowisko specjalisty ds. geodezji i kartografii. Zamawiający zgodnie z postanowieniami SIWZ wymagał na to stanowisko wskazania minimum 3 osób, tymczasem wykonawca – Konsorcjum POLKART, wskazało na to stanowisko 4 osoby, w tym Pana P..... . Tym samym zatem skoro według Odwołującego pozostałe osoby wskazane na to stanowisko (Pan A..... S....., Pan K..... B....., Pan M..... J.....) spełniają przywołany warunek udziału w postępowaniu (powyższe nie jest przez Odwołującego kwestionowane), tym samym należało uznać, że warunek dysponowania minimum trzema osobami na stanowisko specjalisty ds. geodezji i kartografii został przez Konsorcjum POLKART wykazany. W związku z powyższym należało też uznać, że zarzut dotyczący niespełnienia warunku udziału w postępowaniu we wskazanym zakresie przez Konsorcjum POLKART nie potwierdził się.

Co do zarzutu podania we wskazanym zakresie nieprawdziwych informacji przez Konsorcjum POLKART Izba stwierdziła, iż zarzut ten również nie potwierdził się. Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się wykonawcę, który złożył nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. W ramach tej przesłanki do wykluczenia wykonawcy z postępowania konieczne zatem jest wykazanie okoliczności, że wykonawca podał nieprawdziwe informacje, jak również okoliczności, iż te informacje mają lub mogły mieć wpływ na wynik postępowania. Obydwie okoliczności zatem w ramach wskazanego przepisu powinny być wypełnione łącznie. W przedmiotowej sprawie, niezależnie od tego, czy Konsorcjum POLKART w swojej ofercie podało prawdziwe, czy też nieprawdziwe informacje co do doświadczenia Pana M..... P..... z całą pewnością nie została wypełniona druga okoliczność, o której mowa we wskazanym przepisie ustawy Pzp. Z pewnością ewentualnie nieprawdziwe informacje, czego Izba w tym zakresie nie przesądza, nie miałyby wpływu na wynik postępowania, bowiem Konsorcjum POLKART bez oceny doświadczenia Pana M..... P..... – jak wskazano powyżej - wykazało spełnianie warunku udziału w postępowaniu co do potencjału kadrowego - wskazanie minimum trzech osób na stanowisko specjalisty ds. geodezji i kartografii (żadne zarzuty co do tych pozostałych trzech osób nie były podnoszone). Tym samym zatem skoro jedna z istotnych okoliczności, mających znaczenie dla wypełnienia się dyspozycji art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, stanowiącego podstawę do wykluczenia wykonawcy z postępowania, nie znalazła wypełnienia w niniejszym stanie faktycznym, zarzut należało uznać za niezasadny.

Odnosząc się do zarzutu związanego z niespełnieniem warunku udziału w postępowaniu co do dysponowania odpowiednim potencjałem finansowym niezbędnym do wykonania zamówienia stwierdzić należało, że zarzut ten nie potwierdził się.

W ocenie Izby Konsorcjum POLKART wypełniło wskazany przez Zamawiającego warunek finansowy poprzez przedłożenie dwóch opinii bankowych (opinia z dnia 7 lutego 2014 r. i zaświadczenie z dnia 11 lutego 2014 r.), które potwierdzają łącznie zdolność finansową wykonawcy na poziomie oczekiwanym w SIWZ, tj. 1 500 000 zł. Z opinii bankowej załączonej do oferty Konsorcjum POLKART wynika, że jeden z konsorcjantów wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienia (Konsorcjum POLKART), tj. firma Polkart Sp. z o.o. posiada wolne środki na rachunku bankowym w wysokości: 579 143,18 zł. Tej okoliczności Odwołujący nie kwestionuje. Odwołujący wskazuje natomiast, że kwota ta nie jest wystarczająca na potwierdzenie spełniania wskazanego warunku udziału w postępowaniu, bowiem nie można jej połączyć z kwotą 1 200 000 zł zdolności kredytowej, na którą wskazuje druga opinia banku (zaświadczenie z dnia 11 lutego 2014 r.), gdyż zdolność ta jest warunkowa i możliwa do ustalenia jedynie po spłacie aktualnie posiadanego przez firmę

kredytu obrotowego, na który z kolei wskazuje opinia banku z dnia 7 lutego 2014 r. Izba nie zgodziła się z tym twierdzeniem Odwołującego. Stwierdzić bowiem należy, że zaświadczenie banku z dnia 11 lutego 2014 r. wprost stwierdza, że firma Polkart Sp. z o.o. posiada zdolność kredytową do kwoty 1 200 000 zł, która to kwota łącznie ze środkami finansowymi znajdującymi się na rachunku bieżącym w wysokości 579 143,18 zł przekracza wartość 1 500 000 zł, ustaloną jako minimalny warunek finansowy dla wykonawców. Izba stwierdziła, że zastrzeżenia zawarte w zaświadczeniu banku z dnia 11 lutego 2014 r. o tym, iż warunkiem zawarcia umowy kredytowej będzie przedłożenie odrębnego wniosku o kredyt wraz z pełną dokumentacją niezbędną do jego oceny zgodnie z obowiązującymi w Banku regulacjami, a warunkiem udzielenia kredytu jest:

- 1) pozytywna ocena wniosku dokonana przez bank,
- 2) posiadanie zdolności kredytowej,
- 3) ustanowienie przez wnioskodawcę zabezpieczenia spłaty kredytu w formie i wysokości uzgodnionej z bankiem oraz
- 4) spłata aktualnie posiadanego kredytu obrotowego,

odnoszą się jedynie do samej procedury faktycznego udzielenia kredytu firmie Polkart Sp. z o.o. Powyższe jednak nie ma znaczenia dla oceny zdolności kredytowej wskazanego podmiotu dokonanej przez bank w treści tego samego dokumentu. Bank wyraźnie tam stwierdził, że wskazana firma posiada zdolność kredytową, która z pewnością została zweryfikowana i oceniona przez bank, który wydał wskazane zaświadczenie według określonych standardów i stosowanej w tym względzie procedury przyznania określonemu podmiotowi zdolności kredytowej. Z punktu widzenia oceny zdolności kredytowej w ramach warunku finansowego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie ma znaczenia ocena możliwości przyznania danemu wykonawcy konkretnego kredytu, a jedynie stwierdzenie przez podmiot uprawniony (bank lub spółdzielczą kasę oszczędnościowo-kredytową), że wskazany wykonawca posiada zdolność kredytową. Powyższe zdaniem Izby zostało potwierdzone w oparciu o treść zaświadczenia z banku dnia 11 lutego 2014 r.

Tym samym też wskazany zarzut nie spełniania warunku finansowego przez Konsorcjum POLKART, jak i zaniechania żądania przez Zamawiającego w tym zakresie wyjaśnień i uzupełnienia od Konsorcjum POLKART dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp, nie potwierdziły się.

W konsekwencji też oceny wskazanych powyżej zarzutów Izba uznała, że nie potwierdził się też zarzut wyboru oferty, która w ocenie Odwołującego nie była najkorzystniejsza.

Całkowicie bezzasadny był też zarzut zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum POLKART przez Zamawiającego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Zarzut ten był

podniesiony przez Odwołującego w kontekście niespełniania wymogów rozdziału VII pkt 4 ppkt 2 lit. b) i c) SIWZ, tj. tych postanowień SIWZ, w których określono warunek udziału w postępowaniu dotyczący osób na stanowisko specjalisty ds. geodezji i kartografii. Powyższe okoliczności dotyczące wykazywanego przez Odwołującego niespełnienia warunku dotyczącego potencjału kadrowego mogą stanowić podstawę co najwyżej wykluczenia wykonawcy z postępowania, a z całą pewnością nie mogą stanowić podstawy do uznania, że oferta wykonawcy jest sprzeczna z treścią SIWZ. Ocena spełnienia warunków udziału w postępowaniu ma charakter podmiotowy (odnosi się do wykonawcy) i ewentualna negatywna ocena w tym zakresie kończy się wykluczeniem wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp i uznaniem z mocy prawa jego oferty za odrzuconą w trybie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp. Odrzucenie oferty w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp następuje jedynie w sytuacji, gdy zamawiający stwierdzi określoną merytoryczną i istotną sprzeczność oferty wykonawcy z treścią SIWZ, a więc niezgodność co do przedmiotu przeszłego świadczenia stanowiącego przedmiot zamówienia, opisany w postanowieniach SIWZ.

Z tych też względów Izba stwierdziła, iż nie potwierdziło się naruszenie wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp.

Mając powyższe na uwadze i działając na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania Izba oparła się na art. 192 ust. 9 oraz 10 ustawy Pzp. W oparciu o wskazane przepisy obciążyła nimi Odwołującego, stosownie do wyniku postępowania. Wśród kosztów postępowania odwoławczego Izba uwzględniła - stosownie do regulacji zawartej w § 3 pkt 1) 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 w sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) – koszty wpisu uiszczonego przez Odwołującego w kwocie 15 000 zł.

Przewodniczący: