

Sygn. akt: KIO/ 939/10

WYROK
z dnia 2 czerwca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Ronikier-Dolańska

Protokolant: Patrycja Kaczmarska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 czerwca 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 19 maja 2010r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie tj.: **Thermbau Polska sp. z o.o. sp. k., ul. Walki Młodych 78a, 64-920 Piła (lider), Jacka Grabowskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Budowlane „Jack Bud”, os. Bolesława Chrobrego paw. 10, 60-681 Poznań, Zakład Usług Technicznych AGH Atlasiński i Wspólnicy s.j., ul. Chociszewskiego 41/43, 60-256 Poznań** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Ryczywół, ul. Mickiewicza 10, 64-630 Ryczywół**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Krystynę Mikrutę prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Ochrony Środowiska Krystyna Mikruta oraz Przedsiębiorstwo Budowlane „Ziembud” sp. z o.o., unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania oraz dokonanie ponownej czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego,

2. kosztami postępowania obciąża **Gminę Ryczywół, ul. Mickiewicza 10, 64-630 Ryczywół** w ten sposób, że:

1) zalicza na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 10 000 zł 00 gr. (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego

przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie tj.: **Thermbau Polska sp. z o.o. sp. k., ul. Walki Młodych 78a, 64-920 Piła (lider), Jacek Grabowski prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Budowlane „Jack Bud”, os. Bolesława Chrobrego paw. 10, 60-681 Poznań, Zakład Usług Technicznych AGH Atlasiński i Wspólnicy s.j., ul. Chociszewskiego 41/43, 60-256 Poznań,**

2) zasądza od **Gminy Ryczywół, ul. Mickiewicza 10, 64-630 Ryczywół** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie tj.: **Thermbau Polska sp. z o.o. sp. k., ul. Walki Młodych 78a, 64-920 Piła (lider), Jacek Grabowski prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Budowlane „Jack Bud”, os. Bolesława Chrobrego paw. 10, 60-681 Poznań, Zakład Usług Technicznych AGH Atlasiński i Wspólnicy s.j., ul. Chociszewskiego 41/43, 60-256 Poznań,** uzasadnione koszty Odwołującego w wysokości 10 000 zł 00 gr (dziesięć tysięcy złotych zero groszy) poniesione z tytułu wpisu od odwołania w wysokości 10 000 zł 00 gr (dziesięć tysięcy złotych zero groszy).

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 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 Poznaniu.**

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Gmina Ryczywół z siedzibą przy ul. Mickiewicza 10, 64-630 Ryczywół zwana dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 ze zm.), zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp”, prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie w celu zawarcia umowy na wykonanie robót budowlanych pn.: „modernizacja i rozbudowa oczyszczalni ścieków w Ryczywole – II etap”.

Szacunkowa wartość zamówienia jest niższa niż kwoty wskazane w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Postępowanie o udzielenie zamówienia wszczęto dnia 22 marca 2010 r. Tego dnia Zamawiający zamieścił ogłoszenie o postępowaniu w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 80730-2010 zmienione w dniu 1 kwietnia 2010r. ogłoszeniem o numerze 92372-2010.

W dniu 14 maja 2010r. za pośrednictwem faxu Zamawiający zawiadomił Odwołującego o wykluczeniu go z postępowania, dokonaniu oceny ofert i wyborze oferty najkorzystniejszej złożonej przez wspólnie ubiegających się o zamówienie Krystynę Mikrutę prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Ochrony Środowiska Krystyna Mikruta oraz Przedsiębiorstwo Budowlane „Ziembud” sp. z o.o.

Pismem z dnia 17 maja 2010 r. Odwołujący wniósł odwołanie (wpływ do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej potwierdzony prezentatą w dniu 19 maja 2010r.). Kopię odwołania przekazał faxem Zamawiającemu w dniu 18 maja 2010 r. (wpływ potwierdza prezentata oraz odręczna adnotacja „Potwierdzam otrzymanie odwołania, strony 1-5, w dniu 18.05.2010r.”)

Odwołanie zostało złożone wobec czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania oraz wyboru oferty najkorzystniejszej bez udziału jego oferty, którym to czynnościami Odwołujący zarzucił naruszenie:

- art. 7 ust. 1 i 3, art. 22 ust. 1 pkt 4 Pzp polegające na niezasadnym wykluczeniu Odwołującego,
- art. 7 ust. 1 i 3, art. 24 ust. 4 Pzp polegające na braku podstaw do wykluczenia Odwołującego;
- art. 7 ust. 3 Pzp poprzez udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy,
- art. 26 ust. 2c ustawy nie uznając środków finansowych na koncie jako spełnienie warunku ubiegania się o przedmiotowe zamówienie,
- § 1 pkt 9 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane poprzez ograniczenie możliwości potwierdzenia przez Odwołującego zdolności finansowej tylko do posiadania zdolności kredytowej, co stanowi naruszenie przepisu dotyczącego warunków ubiegania się o zamówienie - ograniczenie tego rodzaju uniemożliwia złożenie oferty przez podmiot, który dysponuje środkami finansowymi w podanej w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wysokości.

W wyniku opisanych powyżej naruszeń Odwołujący domagał się nakazania Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego,
- unieważnienia czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej,
- dokonania powtórnej oceny ofert i wybór oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu do podniesionych w odwołaniu zarzutów Odwołujący uznał za bezpodstawne wykluczenie go z postępowania na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp. Zamawiający – w ocenie Odwołującego - błędnie przyjął, iż nie wykazał on spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego jego sytuacji finansowej i ekonomicznej określonego w art. 22 ust. 1 pkt 4 Pzp, co doprowadziło w konsekwencji do wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawców występujących wspólnie tj. Zakładu Ochrony Środowiska Krystyna Mitura oraz Przedsiębiorstwo Budowlane „Ziembud” sp. z o.o.

Odwołującego wskazał, iż wykazał spełnianie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej, na dowód czego przedłożył opinię banku potwierdzającą posiadanie środków finansowych w wysokości 6.035.673,14 zł, co trzykrotnie

przewyższa wymaganą przez Zamawiającego zdolność kredytową. Odwołujący wyjaśnił, iż w punkcie III.3.5 ogłoszenia o zamówieniu pn. „*Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełnienia tych warunków*” (sytuacja ekonomiczna i finansowa) Zamawiający zapisał, że warunek ten będzie uznany za spełniony, jeżeli wykonawca oświadczy, że znajduje się w sytuacji ekonomicznej i finansowej pozwalającej wziąć udział w przedmiotowym postępowaniu, a na potwierdzenie spełniania tego warunku załączy do oferty dokumenty, o których mowa, w rozdziale VI ust. 1 pkt. 1.5. oraz 1.6. specyfikacji istotnych warunków zamówienia zwanej dalej „siwz”. Natomiast w III.4) ogłoszenia - Informacja o oświadczeniach lub dokumentach, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz niepodlegania wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 ustawy Zamawiający zaznaczył informację banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, w których wykonawca posiada rachunek, potwierdzającą wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, wystawioną nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający już w ogłoszeniu powinien dokładnie określić warunki dla potencjalnych wykonawców i powinny one być określone identycznie w ogłoszeniu i siwz. Podniósł, iż był przekonany, że złożenie oświadczenia zgodnego z warunkami określonymi w ogłoszeniu, o znajdowaniu się w odpowiedniej sytuacji ekonomicznej i finansowej oraz załączenie do oferty opinii banku o posiadaniu środków finansowych trzykrotnie przewyższających kwotę określoną w siwz jest wystarczające. Na potwierdzenie swych twierdzeń przywołał § 1 pkt 9 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane zwanego dalej „rozporządzeniem”, gdzie zapisano jako alternatywę nierozłączną, że Zamawiający może żądać informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, w których wykonawca posiada rachunek, potwierdzającą wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, wystawioną nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert. Odwołujący uznał, że wykazanie własnych środków w celu udowodnienia spełnienia warunku postawionego przez Zamawiającego jest wystarczające, a zbędnym jest ubieganie się o kredyt, który w konsekwencji obciąża Zamawiającego. Odwołujący argumentował, iż ograniczenie możliwości potwierdzenia przez Odwołującego zdolności finansowej tylko do posiadania zdolności kredytowej stanowi naruszenie przepisu dotyczącego warunków ubiegania się o zamówienie. Ograniczenie tego

rodzaju uniemożliwia bowiem złożenie oferty przez podmiot, który dysponuje środkami finansowymi w podanej w siwz wysokości.

W dniu 24 maja 2010 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie Krystyna Mikruta prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Ochrony Środowiska Krystyna Mikruta oraz Przedsiębiorstwo Budowlane „Ziembud” sp. z o.o. – w odpowiedzi na wezwanie do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym przekazanym im mailem w dniu 20 maja 2010r. - nadali w placówce pocztowej operatora publicznego oraz wystali za pośrednictwem faxu zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, które wpłynęło do Prezesa Izby w formie pisemnej dnia 26 maja 2010 r.

Zamawiający pismem z dnia 1 czerwca 2010 r. ustosunkował się do zarzutów Odwołującego przekazując odpowiedź na odwołanie, w której domagał się odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust.2 pkt 3 ustawy. W jego ocenie w odwołaniu zakwestionowane zostało opisanie przez Zamawiającego sposobu oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu, czego wykluczenie Odwołującego z postępowania było wyłącznie konsekwencją. Tym samym podniósł, iż odwołanie, jako wniesione z uchybieniem ustawowego terminu, którego bieg rozpoczął się z dniem zamieszczenia siwz na stronie internetowej Zamawiającego, winno zostać odrzucone.

Zamawiający wniósł także, na wypadek nie uwzględnienia żądania zgłoszonego w pierwszej kolejności, o oddalenie odwołania. Argumentował, iż wybór rodzaju weryfikowanych danych tj. wysokości posiadanych środków lub zdolności kredytowej należy do Zamawiającego. Podkreślił, iż ze względu na specyfikę zamówienia świadomie zdecydował się na weryfikację zdolności kredytowej. Zaznaczył, iż określony przez niego sposób oceny spełniania warunku dotyczącego sytuacji finansowej i ekonomicznej wykonawców jest związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do niego, co czyni zadość przepisowi art. 22 ust. 4 Pzp. Wskazał także, iż różnica w zapisach treści ogłoszenia (część III.4. i treści siwz (rozdziału VI ust. 1 pkt 1.5.) wynika wyłącznie z tego, że sposób wprowadzania danych do ogłoszenia uniemożliwia ingerencję w proponowane przez system treści. Dodał, iż precyzyjnie i jednoznacznie określił sposób dokonania oceny spełniania warunków w siwz. Stąd też stanął na stanowisku, iż odwołanie należy oddalić jako bezzasadne.

Uwzględniając załączoną do akt sprawy dokumentację przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności postanowienia siwz i ogłoszenia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia Zamawiającego złożone podczas rozprawy, Izba ustaliła, co następuje:

W pierwszej kolejności należy wskazać, iż w wyniku wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie w dniu 22 marca 2010 r. tj. po dniu wejścia w życie ustawy z dnia 2 grudnia 2009r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2009r., Nr 223, poz.1778) w sprawie znajdują zastosowanie przepisy Pzp w brzmieniu znowelizowanym.

Odwołanie, wobec nie stwierdzenia na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez Odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu. Izba ustaliła, iż odwołanie w zakresie zarzutów obejmujących czynność wykluczenia Odwołującego z postępowania oraz wyboru oferty najkorzystniejszej, zostało wniesione w terminie, który zaczął biec od dnia 14 maja 2010r., kiedy to Zamawiający zawiadomił Odwołującego o wykluczeniu go z postępowania, dokonaniu oceny ofert i wyborze oferty najkorzystniejszej złożonej przez wspólnie ubiegających się o zamówienie Krystynę Mikrutę prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Ochrony Środowiska Krystyna Mikruta oraz Przedsiębiorstwo Budowlane „Ziembud” sp. z o.o. Wniesienie odwołania dnia 19 maja 2010r. dokonane zostało z zachowaniem pięciodniowego terminu określonego przepisem art. 182 ust. 1 pkt 2 Pzp. Tym samym, ze względu na brak przesłanek uzasadniających odrzucenie odwołania, Izba przeprowadziła rozprawę merytorycznie rozpoznając odwołanie.

Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, gdyż w przypadku bezprawnego wykluczenia go z postępowania przez Zamawiającego, Odwołujący stracił możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia, tym samym także został narażony na szkodę.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający prowadzi postępowanie na modernizację i rozbudowę oczyszczalni ścieków w Ryczywole – II etap w trybie przetargu nieograniczonego. W punkcie III.3.5. ogłoszenia o zamówieniu Zamawiający – opisując sposób dokonywania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej - postanowił, iż *„Warunek ten będzie uznany za spełniony, jeżeli wykonawca oświadczy, że znajduje się w sytuacji ekonomicznej i finansowej pozwalającej wziąć udział*

w przedmiotowym postępowaniu, a na potwierdzenie spełniania tego warunku załączy do oferty dokumenty, o których mowa, w rozdziale VI ust. 1 pkt. 1.5. oraz 1.6. SIWZ". Natomiast w pkt. III.4. ogłoszenia pn. „Informacja o oświadczeniach lub dokumentach, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz niepodlegania wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 ustawy” Zamawiający zaznaczył pozycję zawierającą „informację banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, w których wykonawca posiada rachunek, potwierdzającą wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, wystawioną nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert”.

Jednocześnie w rozdziale V pkt. 1.1.4. siwz Zamawiający wskazał, iż o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu wymienione w art. 22 ust. 1 ustawy dotyczące m.in. sytuacji ekonomicznej i finansowej. Zamawiający doprecyzował, iż warunek ten będzie uznany za spełniony, jeżeli wykonawca oświadczy, że znajduje się w sytuacji ekonomicznej i finansowej pozwalającej wziąć udział w przedmiotowym postępowaniu, a na potwierdzenie spełnienia tego warunku załączy do oferty dokumenty, o których mowa m.in. w rozdziale VI ust. 1 pkt 1.5. siwz. Natomiast w rozdziale VI ust. 1 pkt. 1.5. siwz zostało wskazane, iż „w celu wykazania spełniania przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 upzp, których opis sposobu oceny spełniania został dokonany w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w niniejszej SIWZ, Zamawiający żąda (...) informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo - kredytowej, w których wykonawca posiada rachunek, potwierdzającej zdolność kredytową wykonawcy, na kwotę nie mniejszą niż 2.000.000,00 zł. (...)”.

Uwzględniając powyższe postanowienia ogłoszenia oraz siwz ofertę w postępowaniu złożył m.in. Odwołujący załączając do niej oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu (k. 61-63 oferty) oraz opinię bankową wystawioną w dniu 30 marca 2010 r. przez Kredyt Bank S.A. (k. 49 – 50 oferty), która potwierdzała, iż Odwołujący posiada na lokacie tzw. „overnight” środki finansowe w kwocie 6.035.673,14 zł. W konsekwencji Zamawiający pismem z dnia 9 maja 2010r. wezwała Odwołującego do złożenia dokumentu potwierdzającego zdolność kredytową, wyjaśniając, iż z przedłożonej wraz z ofertą opinii nie wynika, iż Odwołujący ma zdolność kredytową na kwotę wymaganą przez Zamawiającego. Odwołujący na powyższe wezwanie przedłożył ponownie pierwotnie złożoną opinię bankową wyjaśniając, iż potwierdza ona spełnianie warunku dotyczącego zdolności kredytowej na kwotę nie mniejszą niż 2.000.000 zł., gdyż zawiera zapis o posiadanych środkach finansowych w wysokości trzykrotnie wyższej niż wskazana w siwz. Uwzględniając powyższe

Zamawiający ponownie dokonał analizy treści opinii bankowej z dnia 30 marca 2010 r. uznając, iż nie potwierdza ona zdolności kredytowej Odwołującego, a tylko stan posiadanych przez niego w danym dniu środków finansowych, w konsekwencji czego wykluczył Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, gdyż w jego ocenie Odwołujący nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej.

Uwzględniając powyższe Izba zważyła, co następuje:

Okolicznością sporną jest, czy w stanie faktycznym niniejszej sprawy Odwołujący mógł wykazać spełnianie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej przedkładając oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, w tym tego dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej określonego w art. 22 ust. 1 pkt 4 Pzp oraz opinię potwierdzającą posiadane środki finansowe.

Na tak postawione pytanie należy udzielić odpowiedzi twierdzącej. Analiza zarówno siwz jak i ogłoszenia prowadzi do wniosku, iż:

- po pierwsze Zamawiający w ogłoszeniu w punkcie III.3.5. – opisując sposób dokonywania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej - postanowił, że *„Warunek ten będzie uznany za spełniony, jeżeli wykonawca oświadczy, że znajduje się w sytuacji ekonomicznej i finansowej pozwalającej wziąć udział w przedmiotowym postępowaniu, a na potwierdzenie spełniania tego warunku załączy do oferty dokumenty, o których mowa, w rozdziale VI ust. 1 pkt. 1.5. oraz 1.6. SIWZ”*. Nie budzi wątpliwości Izby, że Zamawiający wbrew obowiązкови wynikającemu z przepisów art. 22 ust. 3 oraz 41 Pzp, nie zamieścił w ogłoszeniu opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej, bowiem w omawianym punkcie ogłoszenia znajdujemy wyłącznie odesłanie do dokumentów wymienionych w siwz.

- po drugie z brzmienia pkt. III.4. ogłoszenia pt. *„Informacja o oświadczeniach lub dokumentach, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz niepodlegania wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 ustawy”*, w którym Zamawiający zaznaczył pozycję zawierającą *„informację banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, w których wykonawca posiada rachunek, potwierdzającą wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, wystawioną nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu*

składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert", wynika wprost – co nie budzi wątpliwości Izby - iż Zamawiający dopuścił, w celu wykazania spełniani warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej, złożenie dokumentów potwierdzających nie tylko zdolność kredytową, ale także wysokość posiadanych przez wykonawcę środków. Słusznie zatem twierdził Odwołujący, że złożenie - zgodnie z ogłoszeniem - oświadczenia potwierdzającego spełnianie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej oraz przedłożenie opinii banku o wysokości posiadanych środków finansowych w wysokości przewyższającej wymaganą w siwz zdolność kredytową, powinno być wystarczające dla oceny, że spełnia warunek zgodnie z wymaganiami Zamawiającego. Ponadto należy podkreślić, iż w okolicznościach niniejszej sprawy, wobec nie doprecyzowania przez Zamawiającego w ogłoszeniu sposobu oceny spełniania tego warunku, żądanie jakiegokolwiek dokumentu ponad oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu wydaje się być niezasadne

Uwzględniając powyższe należy podkreślić, iż wbrew twierdzeniom Zamawiającego, ustawa nie pozwala na przyjęcie prymatu zapisów siwz nad treścią ogłoszenia. Są to dokumenty, które powinny być ze sobą spójne i w sposób jednakowy opisywać np. sposób oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu wymieniając przy tym taki sam katalog dokumentów, które należy wraz z ofertą przedłożyć. Ogłoszenie, które zwykle jest dokumentem na podstawie którego wykonawcy wstępnie decydują, czy realizacja danego zamówienia znajduje się w zasięgu ich możliwości, w szczególności czy są w stanie wykazać spełnianie warunków udziału w postępowaniu, nie może wprowadzać w błąd, bowiem prowadziłoby to wprost do naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp wymagającego od Zamawiającego przygotowania i przeprowadzenia postępowania z zachowaniem uczciwej konkurencji i w sposób gwarantujący równe traktowanie wykonawców. Dlatego Zamawiający powinien dochować należytej staranności sporządzając obydwie dokumenty przede wszystkim dbając o zachowanie przywołanych zasad. Wszelkie rozbieżności między siwz i ogłoszeniem należy interpretować w sposób, który zagwarantuje ich realizację. W ocenie Izby niejasności czy błędy w przygotowywanych przez Zamawiającego dokumentach nie mogą prowadzić do rozstrzygnięć niekorzystnych dla wykonawców działających w dobrej wierze zgodnie z wytycznymi Zamawiającego. Wykonawcy mają prawo sądzić, że postępując w sposób określony przez Zamawiającego (stosownie do instrukcji zawartej w siwz czy ogłoszeniu) nie będą narażeni na jakiegokolwiek negatywne konsekwencje z tego tytułu jak np. wykluczenie z udziału w postępowaniu. Tym samym więc należy podkreślić, uwzględniając treść ogłoszenia, że wykonawca, w celu wykazania wynikającego wprost z art. 22 ust. 1 pkt 4 ustawy warunku dotyczącego sytuacji finansowej i ekonomicznej,

którego sposób oceny nie został określony w ogłoszeniu, był uprawniony do wykazania spełniania przedmiotowego warunku porzeczając na oświadczeniu. W tych okolicznościach bowiem – jak wyżej zostało wskazane - żądanie jakichkolwiek dodatkowych dokumentów na potwierdzenie spełniania przedmiotowego, nie jest zasadne. W tym zakresie należy przede wszystkim wziąć pod uwagę treść art. 25 ust.1 ustawy, zgodnie z którym Zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. W świetle brzmienia pkt. III 3.5., w którym nie został opisany sposób oceny spełniania warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej, wszelkie dokumenty na potwierdzenie spełniania tego warunku uznać należy za zbędne. Zatem dla stwierdzenia, że Odwołujący spełnia warunek udziału w postępowaniu dotyczący sytuacji ekonomicznej i finansowej wystarczające jest złożenie przez niego w tym zakresie odpowiedniego oświadczenia, co też uczynił.

Nawet jeśli by przyjąć – jak twierdzi Zamawiający – że zawarte w pkt. III 3.5. ogłoszenia odesłanie do siwz oznacza, że sposób oceny spełniania warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej został opisany i wykonawca zobowiązany był wykazać się zdolnością kredytową o wartości co najmniej 2.000.000 zł. to trzeba zwrócić uwagę, iż katalog wymienionych w pkt. III.4. ogłoszenia dokumentów zawiera informację banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, w których wykonawca posiada rachunek, potwierdzającą nie tylko zdolność kredytową, ale i wysokość posiadanych środków finansowych, co jest zatem rozbieżne z postanowieniami siwz w tym zakresie odnoszącymi się wyłącznie do zdolności kredytowej. Niezgodności te nie mogą prowadzić do wykluczenia z udziału w postępowaniu wykonawcy, który złożył dokument (opinię bankową potwierdzającą wysokość posiadanych środków) zgodnie z ogłoszeniem.

Co więcej, Izba za chybione uważa stanowisko Zamawiającego, który z zapisów § 1 pkt 9 rozporządzenia wywodzi uprawnienie dla Zamawiającego do decydowania, czy w celu wykazania spełniania warunku dotyczącego sytuacji finansowej, będzie żądał od wykonawców informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzającej, wg jego wyboru, wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy. Za nieuprawniony Izba uznaje pogląd Zamawiającego, iż ustawodawca pozostawił mu pełną swobodę w odniesieniu do określenia sposobu potwierdzania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej. W ocenie Izby „lub” użyte w treści § 1 pkt 9 rozporządzenia (informacja potwierdzająca wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową) wskazuje na możliwość wyboru sposobu potwierdzenia spełniania warunku, jednak adresatem tej normy prawnej w omawianym zakresie są wykonawcy, a nie zamawiający.

Rozporządzenie pozostawia wykonawcom decyzję czy chcą potwierdzić warunek udziału dotyczący zdolności finansowej, wykazując się zdolnością kredytową czy posiadanymi środkami czy jednym i drugim. Zatem wbrew stanowisku Zamawiającego, ograniczenie sposobu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu do informacji z banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej wyłącznie poprzez posiadanie odpowiedniej zdolności kredytowej, jest sprzeczne z Pzp oraz rozporządzeniem i nie wywołuje skutków prawnych, gdyż może prowadzić do naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp. Błędny zatem – w ocenie Izby - jest pogląd Zamawiającego, zgodnie z którym przepis rozporządzenia uprawnia go do ograniczenia rodzajów informacji, jakich może żądać w celu wykazania, iż wykonawca spełnia warunek. Z takim rozumieniem zapisów rozporządzenia koresponduje wzór ogłoszenia określony Rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 28 stycznia 2010r. w sprawie wzorów ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie Zamówień Publicznych (Dz.U. z 2010 r., Nr 12, poz. 69) – załącznik nr 1, w którym zamawiający nie mają możliwości zaznaczenia tylko informacji dotyczącej zdolności kredytowej, co w pełni odpowiada interpretacji ustawy i rozporządzenia wskazanej przez Odwołującego. Izba nie ma więc wątpliwości, iż w okolicznościach faktycznych niniejszej sprawy, Odwołujący mógł wykazać spełnianie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności ekonomicznej i finansowej przedkładając opinię z banku potwierdzającą wysokość posiadanych środków finansowych. Przeciwne zastrzeżenie Zamawiającego nie jest skuteczne

Tym samym w ocenie Izby potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 4 i art. 24 ust. 4 Pzp oraz § 1 pkt 9 rozporządzenia, gdyż Zamawiający nie miał podstaw do wykluczenia Odwołującego z postępowania i wyboru oferty najkorzystniejszej bez udziału złożonej przez niego oferty. W świetle okoliczności niniejszej sprawy, w szczególności treści ogłoszenia oraz siwz - Izba nie dopatrzyła się natomiast naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust. 2c ustawy, który nie znajdował w tym stanie faktycznym zastosowania.

Odnosząc się do zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie tj. Krystynę Mikrutę prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Ochrony Środowiska Krystyna Mikruta oraz Przedsiębiorstwo Budowlane „Ziembud” sp. z o.o. należy stwierdzić, iż wobec doręczenia dokumentu zgłoszenia Prezesowi Izby w wymaganej art. 185 ust. 2 Pzp formie pisemnej w dniu 26 maja 2010 r., nie może ono wywołać skutków prawnych. Izba stoi na stanowisku, iż dla skuteczności zgłoszenia – zgodnie z teorią doręczenia - niezbędne było jego wpłynięcie do Prezesa Izby w przypisanej formie w terminie trzydniowym licząc od dnia

20 maja 2010 r. (tj. od dnia otrzymania od Zamawiającego kopii odwołania wraz z wezwaniem do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym) tzn. do dnia 24 maja 2010 r. (23 maja 2010 r. – niedziela). Tym samym należy stwierdzić, iż zgłoszenie przystąpienia nie było skuteczne, ponieważ zostało dokonane z uchybieniem trzydniowego terminu wskazanego w art. 185 ust. 2 ustawy.

W tym stanie rzeczy Izba działając na podstawie art. 192 ust. 2 Pzp Izba uwzględniła odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy, czyli stosownie do wyniku postępowania z uwzględnieniem postanowień § 5 ust. 4 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. z 2010 r., Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....