

Sygn. akt: KIO 2270/14

WYROK
z dnia 14 listopada 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Małgorzata Stręciwilk**

Członkowie: **Piotr Kozłowski**

Sylwester Kuchnio

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 listopada 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 października 2014 r. przez wykonawcę **ASAP 24 Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 81, 02-001 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Komendę Główną Policji, ul. Puławska 148/150, 02-642 Warszawa**

orzeka:

1. **oddala odwołanie;**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **ASAP 24 Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 81, 02-001 Warszawa** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę **ASAP 24 Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 81, 02-001 Warszawa** 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:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Komenda Główna Policji (dalej: „Zamawiający”) prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „Zakup świadczenia usługi organizacji szkoleń w zakresie reagowania kryzysowego finansowanych ze Szwajcarsko - Polskiego Programu Współpracy”. 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 27 września 2014 r. pod nr 2014/S 186-328263 oraz zamieszczone w dniu 30 września 2014 r. jako ogłoszenie nieobowiązkowe w Biuletynie Zamówień Publicznych pod poz. 322720.

W postępowaniu tym wykonawca ASAP 24 Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący”) w dniu 31 października 2014 r. złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu w tej samej dacie. Informacja o czynnościach Zamawiającego stanowiących podstawę wniesionego odwołania została przekazana przez Zamawiającego Odwołującemu faksem w dniu 22 października 2014 r.

Zamawiający kopię odwołania wraz z wezwaniem do przyłączenia się do niniejszego postępowania przekazał wykonawcom w dniu 31 października 2014 r. Do postępowania odwoławczego do upływu terminu na zgłoszenie przystąpienia (tj. do dnia 3 listopada 2014 r.) do Prezesa Izby żadne przystąpienie nie wpłynęło.

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 4 listopada 2014 r.

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

Odwołujący złożył odwołanie na niezgodne z przepisami ustawy Pzp podjęcie przez Zamawiającego czynności lub ich zaniechanie, a w konsekwencji na wykluczenie Odwołującego z postępowania, odrzucenie jego oferty i zaniechanie jej wyboru, a wybór oferty wykonawcy - Delta Tour Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej w postępowaniu

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy:

- 1) naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w związku z art. 25 ust. 1 ustawy Pzp i § 1 ust. 6 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r. poz. 231), zwanego dalej „rozporządzeniem w sprawie dokumentów,” poprzez żądanie od Odwołującego dokumentu, wskazanego w Rozdziale VII ust. 1.1. Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”), potwierdzającego spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji finansowej i ekonomicznej przez „podmiot przekazujący środki finansowe” — ASAP24 Spółka cywilna M. S., G. P. oraz innych dokumentów potwierdzających fizyczne przekazanie kwoty pożyczki przez podmiot trzeci pomimo, że Zamawiający nie określił wymogu żądania tych dokumentów w SIWZ;
- 2) naruszenie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp w związku z § 1 ust. 6 pkt 2) lit b) i c) rozporządzenia w sprawie dokumentów oraz naruszenie art. 720 KC w związku z art. 65 § 1 i 2 KC w zw. z art. 14 ustawy Pzp, poprzez ocenę przedłożonej przez Odwołującego umowy pożyczki w oderwaniu od jej treści i charakteru prawnego, w tym błędną wykładnię zwrotu „przekazuje kwotę” pożyczki, a w konsekwencji błędne uznanie, że dokument ten nie potwierdza realności zobowiązania do dysponowania zasobami finansowymi;
- 3) naruszenie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp w związku z § 1 ust. 6 pkt 2) rozporządzenia w sprawie dokumentów, poprzez błędne uznanie, że umowa pożyczki stanowiąca zobowiązanie w rozumieniu art. 26 ust. 2b ustawy Pzp powinna potwierdzać dysponowanie środkami finansowymi na dzień złożenia oferty, a nie w okresie korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia;
a w konsekwencji naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, poprzez nieuprawnione wykluczenie Odwołującego, który wykazał prawidłowo spełnienie warunków udziału w postępowaniu, tym samym naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy Pzp i 92 ust. 1 pkt 2) i 3) ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej;
- 4) naruszenie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, art. 92 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp w zw. z art. 6 KC, poprzez całkowicie dowolne i nieudowodnione stwierdzenie, iż Odwołujący nie

wykazał, iż będzie w stanie zapewnić realizację usług noclegowych i szkoleniowych we wskazanych przez niego lokalizacjach podczas, gdy treść oferty zgodna jest z niesprecyzowanymi postanowieniami SIWZ, co do miejsca i terminu przeprowadzenia poszczególnych szkoleń, potwierdza, że Odwołujący jest w stanie wykonać zamówienie zgodnie z wymaganiami Zamawiającego;

- 5) naruszenie art. 7 ustawy Pzp w zw. art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, art. 36 ust. 1 pkt 16) ustawy Pzp, art. 38 ust. 4 ustawy Pzp, poprzez ocenę oferty wykonawcy przez pryzmat niesprecyzowanych w SIWZ wymagań, co do miejsca i terminu przeprowadzenia poszczególnych szkoleń, co zgodnie z postanowieniami wzoru umowy powinno być ustalone przez strony dopiero po podpisaniu umowy w sprawie zamówienia publicznego;
- 6) naruszenia art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez formułowanie dopiero na etapie oceny ofert wymogu rezerwacji miejsc noclegowych w hotelach w bliżej nieokreślonym czasie, co czyniłoby przedmiotowe zobowiązanie pierwotnie niemożliwym i nieważnym w rozumieniu art. 387 KC;
- 7) naruszenie art. 66 § 1 KC w zw. z art. 14 ustawy Pzp i art. 36 ust. 1 pkt 16) ustawy Pzp, poprzez uznanie, iż informacja w zakresie adresu „oferowanego hotelu lub innego obiektu, w którym będą świadczone usługi noclegowe oraz usługi szkoleniowe" stanowi element treści oferty, podczas gdy ma ona walor jedynie informacyjny;
a w konsekwencji naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo jej zgodności z treścią SIWZ i naruszenie art. 91 ust. 1 i 92 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej;
- 8) naruszenie art. 7 ustawy Pzp i art. 26 ust. 2c ustawy Pzp, poprzez pozytywną ocenę spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji finansowej i ekonomicznej przez wykonawcę - Delta Tour Sp. z o.o. na podstawie historii z rachunku bankowego pomimo, że dokument ten w sposób wystarczający nie potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu, opisanego w Rozdziale VI ust. 1 pkt 4) SIWZ, a wykonawca dodatkowo nie przedstawił uzasadnionej przyczyny niemożności przedstawienia informacji banku;
a w konsekwencji naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenie wykonawcy - Delta Tour Sp. z o.o. z postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz naruszenia art. 92 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez wybór

oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejszej podczas, gdy ofertą najkorzystniejszą jest oferta Odwołującego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego i odrzucenia jego oferty,
- 2) ponowną ocenę ofert i w następstwie wykluczenie wykonawcy Delta Tour Sp. z o.o. oraz wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący stwierdził, że Zamawiający naruszył art. 26 ust. 2b i ust. 3 ustawy Pzp w związku z art. 25 ust. 1 ustawy Pzp oraz z § 1 ust. 6 pkt 1) rozporządzenia w sprawie dokumentów, żądając w wezwaniu z 13 października 2014 r. od Odwołującego dostarczenia „dokumentu, wskazanego w Rozdziale VII 1 ppkt 1.1. SIWZ, potwierdzającego spełnienie warunku udziału w postępowaniu przez podmiot przekazujący środki finansowe - ASAP24 Spółka cywilna M. S. / G. P.". Powołał się na § 1 ust. 6 rozporządzenia w sprawie dokumentów, wskazując, że jeżeli Zamawiający na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, w tym warunku dotyczącego sytuacji finansowej i ekonomicznej wykonawcy, żąda dokumentów, w tym wystawionych przez podmiot trzeci, zgodnie z art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, określonych w treści ogłoszenia o zamówieniu oraz w treści SIWZ. Wskazał, że w niniejszym postępowaniu zakres dokumentów odnoszących się do podmiotów trzecich został określony wyczerpująco w Rozdziale VII ust. 2 SIWZ i nie obejmuje dokumentów dotyczących sytuacji finansowej podmiotów trzecich, co oznacza, że Zamawiający nie skorzystał z uprawnienia z § 1 ust. 6 pkt 1 rozporządzenia w sprawie dokumentów. Odwołujący podkreślił, że pomimo braku obowiązku przedłożył wraz z ofertą informację z banku wystawioną na ASAP24 Spółka cywilna M. S., G. P., co potwierdza realność dysponowania wymaganymi środkami pieniężnymi przez podmiot trzeci udostępniający zasoby pieniężne. Realna możliwość dysponowania tymi środkami przez Odwołującego, jego zdaniem, została wykazana poprzez przedłożenie umowy pożyczki z dnia 1 października 2014 r. wraz z aneksem nr 1. Podkreślił, że Zamawiający, wzywając w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów w dniu 10 października 2014 r. ujawnił błędną wykładnię art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, która legła u podstaw błędnego rozumienia sformułowania „przekazanie” środków, Zamawiający bowiem błędnie wywiódł, że umowa pożyczki powinna potwierdzać spełnienia warunku udziału na dzień złożenia oferty, co skutkowało następnie w wezwaniu z 13 października 2014 r. zażądaniem, w celu sprawdzenia realności zobowiązania do przekazania zasobów, dostarczenia dokumentu potwierdzającego, że środki finansowe w kwocie 200 000 zł zostały przekazane przez ASAP24 Spółka cywilna M. S., G. P.. Taka wykładnia przepisu przez Zamawiającego w ocenie Odwołującego narusza art. 26 ust. 2b ustawy Pzp oraz § 1 ust. 6 pkt 2 lit b) i c) rozporządzenia w sprawie dokumentów w związku

z art. 720 KC w zw. z art. 65 KC. Odwołujący powołał się na art. 720 § 1 KC, zgodnie z którym przez umowę pożyczki dający pożyczkę zobowiązuje się przenieść na własność biorącego określoną ilość pieniędzy albo rzeczy oznaczonych tylko co do gatunku, a biorący zobowiązuje się zwrócić tę samą ilość pieniędzy albo tę samą ilość rzeczy tego samego gatunku i tej samej jakości, co oznacza, że umowa pożyczki należy do kategorii umów konsensualnych, a nie realnych. Powyższe oznacza zatem, że fizyczne przekazanie środków pieniężnych nie jest konieczne do powstania ważnego zobowiązania z tego tytułu, a samo wydanie przedmiotu pożyczki może nastąpić w dowolny sposób, byle pożyczkobiorca miał możliwość swobodnego dysponowania czy to pieniędzmi, czy rzeczami będącymi przedmiotem umowy. Zdaniem Odwołującego Zamawiający stosownie do § 1 ust. 6 pkt 2 lit c) rozporządzenia w sprawie dokumentów, oceniając realność zobowiązania w rozumieniu art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, którego egzemplifikacją jest umowa pożyczki, powinien był uwzględnić charakter prawny tej umowy i nie wymagać dla skuteczności kreacji zobowiązania, aby pożyczkodawca wypłacił kwotę pożyczki już na dzień złożenia oferty, co pozostawałoby to w jaskrawej sprzeczności z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Pokreślił, że co do zasady umowa pożyczki nie musi wskazywać celu przekazania środków, a pożyczkobiorca może wydać środki w dowolnym celu, jednakże zważywszy na treść art. 26 ust. 2b ustawy Pzp w celu zabezpieczenia wykorzystania kwoty pożyczki dla potrzeb sfinansowania realizacji zamówienia określono cel pożyczki, wskazując, że przekazują się jej kwotę na realizację niniejszego zamówienia. Odwołujący wskazał też, że w piśmie z 15 października 2014 r., wyjaśnił, że środki zostały przekazane do jego dyspozycji, co oznacza, że mogą zostać w każdej chwili wykorzystane na realizację niniejszego zamówienia, co jest zgodne z naturą pożyczki oraz kwestią wymagalności roszczenia o wypłatę kwoty pożyczki (art. 722 KC).

Co do zarzutu odrzucenia oferty Odwołującego z powodu braku możliwości świadczenia we wskazanych w formularzu oferty hotelach Odwołujący podkreślił, że decyzja Zamawiającego w tym zakresie pozbawiona jest jakiegokolwiek podstaw faktycznych, a w szczególności Zamawiający nie powołał się na żadne konkretne dowody poza stwierdzeniem, że z bliżej nieokreślonych informacji od wymienionych hoteli wynika, że nikt się z nimi nie kontaktował i nie poczynił żadnych rezerwacji. Odwołujący potwierdził, że na dzień złożenia oferty istniała możliwość świadczenia usług w oparciu o bazę hotelową wskazaną w ofercie zgodnie z postanowieniami umowy. Niezależnie od powyższego Odwołujący podniósł, iż brak jest podstaw do odrzucenia jego oferty, albowiem wymóg wskazania adresów hoteli nie może być uznany za element treści oferty, a treść oferta jest zgodna w zakresie przewidzianym postanowieniami SIWZ. Powołując się na orzecznictwo

KIO (KIO 2574/13) wskazał, że na gruncie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, treść oferty wykonawcy wyznaczają istotne postanowienia (wzór umowy) określone przez Zamawiającego, tym samym nie można uznać za treść oferty jakiegoś jej elementu, który nie jest „odbiciem” postanowień wzoru umowy lub opisu przedmiotu zamówienia. Podkreślił, że w niniejszym postępowaniu Zamawiający nie formułuje we wzorze umowy ani opisie przedmiotu zamówienia wymogu świadczenia usługi szkoleniowym w konkretnym hotelu, dostępnym na konkretny dzień, w szczególności w dniu złożenia oferty, czy podpisania umowy. Tym samym jego zdaniem wymóg zawarty w formularzu oferty nie jest w jakikolwiek sposób skorelowany z opisem przedmiotu zamówienia i wzorem umowy przygotowanym przez Zamawiającego. Podkreślił, że Zamawiający jako podstawę niezgodności treści oferty wykonawców wskazał wymóg realizacji ćwiczeń w oparciu o bazę wykonawcy we wskazanych województwach (Rozdział I ust. 3 Szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia), który jednak w żadnej mierze nie wskazuje na obowiązek precyzowania miejsca szkolenia (miasta) i adresu konkretnego hotelu. Powołując się na orzecznictwo KIO (KIO 2845/12, KIO 2214/13, KIO 488/14, KIO 2701/13), podniósł, że Zamawiający nie wskazał na czym polega sprzeczność treści oferty w odniesieniu konkretnych postanowień SIWZ. Jego zdaniem w kontekście postanowień Rozdziału I ust. 3 Szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia można by ewentualnie rozważać sprzeczność treści oferty (przy założeniu, że oświadczenie to nie ma jedynie charakteru informacyjnego) tylko wtedy, gdyby Odwołujący wskazał na adresy hoteli, które nie są zlokalizowane na obszarze innych województw niż wskazane w SIWZ, co w sprawie nie występuje. Podkreślił, że zgodnie z orzecznictwem KIO (KIO 809/14, KIO 1496/10) brak sprecyzowanie wymagań, czy wskazania okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty nie może wywoływać negatywnych skutków dla wykonawcy, a wręcz przeciwnie wszelkie nieścisłości i wątpliwości w zakresie opisu przedmiotu zamówienia winny być interpretowane na korzyść wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego. W tym kontekście wskazał na postanowienia § 3 ust. 1 wzoru umowy w niniejszym postępowaniu, zgodnie z którym terminy przeprowadzenia szkolenia mogą być uzgodnione dopiero po podpisaniu umowy, zaś termin przeprowadzenia szkolenia musi uwzględniać możliwość udziału w danym szkolenia przez uczestników będących pracownikami / funkcjonariuszami Zamawiającego, co wymaga współdziałania wykonawcy i Zamawiającego już po podpisaniu umowy. Powyższe zdaniem Odwołującego oznacza, że Odwołujący nie był w stanie na dzień złożenia oferty wskazać na konkretny termin szkolenia i „zarezerwować” w danym hotelu usługi noclegowe, czy najem sali na dany dzień. Jego zdaniem jest kwestią oczywistą, że aby zarezerwować nocleg, czy najem sali w hotelu należy podać konkretną datę, a w praktyce dodatkowo uiścić zaliczkę. Żądanie, aby

wykonawca zagwarantował możliwość przeprowadzenia szkoleń w danym hotelu w bliżej nieokreślonym terminie jest, jego zdaniem, nie tylko naruszeniem art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, ale wręcz świadczeniem niemożliwym w rozumieniu art. 387 KC, co czyni zobowiązanie wynikające z formularza oferty bezwzględnie nieważnym. Dodatkowo podkreślił, że wymóg „rezerwacji” artykułowany przez Zamawiającego w uzasadnieniu o odrzuceniu oferty nie znajduje żadnych podstaw w SIWZ. W jego ocenie wymóg wskazanie adresu hotelu w formularzu ofertowym jest wymogiem o charakterze informacyjnym. Powołując się na orzecznictwo KIO (KIO/UZP 2220/10, KIO 1727/12, KIO 2771/13), wskazał, że wymóg wskazana hotelu bez możliwości określenia terminu szkolenia na etapie złożenie oferty może pełnić jedynie funkcję informacyjną, a brak tego elementu nie może być uznany za istotny brak treści oferty skutkujący odrzuceniem oferty. W jego ocenie nawet brak możliwości przeprowadzenia szkolenia w danym hotelu nie oznacza, że oferta nie zapewni realizacji zamierzonego przez Zamawiającego celu. Zgodnie bowiem ze Szczegółowym opisem przedmiotem zamówienia wykonawca jest zobligowany do przeprowadzenia szkoleń w województwach, a nie w danych miastach, stąd na etapie realizacji zamówienia zgodnie z postanowieniami SIWZ możliwe jest ustalenie miejsca szkolenia w innym mieście. Podniósł, że aby możliwe było odrzucenie oferty z powodu jej niezgodności z treścią SIWZ to niezbędne jest w sposób nie budzący wątpliwości wykazanie, że oferta wykonawcy nie zapewni realizacji zamierzonego i opisanego w SIWZ celu, a oferowane świadczenie nie odpowiada wyrażonym w treści SIWZ wymaganiom.

Co do zarzutów odnoszących się do wyboru jako najkorzystniejszej oferty Delta Tour Sp. z o.o. podkreślił, że Zamawiający dopuścił się naruszenia przywołanych w odwołaniu przepisów, wskazując, że wykonawca ten spełnia warunek opisany w Rozdziale VI ust. 1 pkt 4 SIWZ, pomimo, że wykonawca ten nie przedłożył dokumentów wymaganych w Rozdziale VII ust. 1.1. SIWZ, a zamiast tego przedłożył informację z rachunku bankowego za jeden dzień – 1 października 2014 r. Przedmiotowy dokument jego zdaniem nie potwierdza w stopniu wystarczającym spełnienia przez wskazanego wykonawcę warunku, a ponadto wykonawca ten nie przedstawił żadnych okoliczności przemawiających za zrealizowaniem przesłanki „uzasadnionej przyczyny” uniemożliwiającej przedstawienie dokumentów dotyczących sytuacji finansowej wymaganych w SIWZ.

W toku rozprawy Odwołujący podtrzymał swoje stanowisko w sprawie, przedkładając jako dowody w sprawie korespondencję mailową z dnia 12 listopada 2014 r. i 31 października 2014 r. z hotelami: Hotel Junior, Hotel Podlasie, Hotel Rydzewski na okoliczność wykazania, iż tak na dzień składania ofert, jak i obecnie, Odwołujący miał

możliwość wykonania zamówienia w tym czasie. Podkreślił też, że o konkretnej rezerwacji miejsc hotelowych można mówić tylko wtedy, gdy jest znany konkretny termin realizacji usług szkoleniowych, zaś w tym zakresie Zamawiający w SIWZ takich szczegółowych wymogów nie określił.

W efekcie Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania odwoławczego w tym kosztów pełnomocnika Odwołującego w kwocie 3 600 zł na podstawie przedkładanej do akt sprawy faktury VAT.

Zamawiający w toku rozprawy wniósł o oddalenie odwołania.

W pierwszej kolejności wskazał, że zarzuty odwołania dotyczące wezwań Zamawiającego do uzupełnienia dokumentów i wyjaśnienia treści oferty są spóźnione, gdyż wezwania kierowane przez Zamawiającego do Odwołującego w tym zakresie pochodziły z dat: 10, 13 i 15 października 2014 r. W drugiej kolejności Zamawiający wskazał, że katalog żądanych dokumentów został przez niego określony w SIWZ, zaś dla spełnienia warunków udziału w postępowaniu Zamawiający nie musi żądać odrębnych dokumentów przy wykazywaniu spełniania warunku przy użyciu potencjału podmiotu trzeciego. Zamawiający wskazał też, że w ofercie Odwołującego faktycznie znajduje się informacja z banku dotycząca środków finansowych, które znajdują się na rachunku podmiotu trzeciego. Wyjaśnił też, że podstawą uznania, że Odwołujący nie spełnia warunku finansowego był brak wykazania przez Odwołującego realności dysponowania przez Odwołującego zasobem podmiotu trzeciego. Podstawą takiej oceny Zamawiającego było przekonanie, że podmiot trzeci nie będzie w stanie realnie udzielić pożyczki Odwołującemu. Zamawiający wskazał, iż podmiot trzeci prawdopodobnie nie posiada wskazanych środków finansowych i na etapie realizacji zamówienia nie będzie mógł ich przekazać Odwołującemu. W ocenie Zamawiającego czynność udzielenia pożyczki przez podmiot trzeci Odwołującemu była prawdopodobnie czynnością pozorną, a na powyższe wskazują dotychczasowe doświadczenia Zamawiającego we współpracy z podmiotem trzecim, który mimo uzyskania wynagrodzenia od Zamawiającego nie był w stanie realizować płatności na rzecz podwykonawców. Na potwierdzenie powyższych okoliczności Zamawiający przedłożył jako dowody w sprawie korespondencję prowadzoną przez Zamawiającego z Departamentem Programów Pomocowych Ministerstwa Infrastruktury i Rozwoju.

Co do zarzutu odrzucenia oferty Odwołującego wskazuje, że badając oferty zwrócił się do hoteli wskazanych w ofertach wykonawców i w przypadku Odwołującego uzyskał odpowiedzi, iż Odwołujący nie kontaktował się z tymi jednostkami w sprawie świadczenia

usług objętych przedmiotem zamówienia. Zamawiający podkreślił, że odrzucając ofertę Odwołującego nie oparł się wyłącznie na tych informacjach z hoteli, ale poprosił Odwołującego o stosowne wyjaśnienia w tym zakresie. Odwołujący w wyjaśnieniach tych nie przedstawił żadnych informacji ani dowodów, które wskazywałyby na okoliczność możliwości realizacji zamówienia właśnie w tych hotelach, które Odwołujący wskazał w ofercie. Odwołujący skupił się wyłącznie na wykazywaniu, że wskazywane w formularzu ofertowym miejsca, w których miałyby odbywać się szkolenia mają walor jedynie informacyjny i nie stanowią treści oferty, z czym Zamawiający nie zgodził się.

Co do zarzutu dotyczącego Delta Tour Sp. z o.o. Zamawiający wskazał, że wyciąg z banku na konkretny dzień jest informacją z banku i dokumentem wynikającym z przepisów rozporządzenia w sprawie dokumentów żądanych przez Zamawiającego w SIWZ.

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, zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy, jak również dokumenty złożone przez Zamawiającego i Odwołującego w toku 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 całości.

Izba, uwzględniając dyspozycję art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp uznała jednak, że zarzuty dotyczące niezasadności żądania przez Zamawiającego od Odwołującego uzupełnienia, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, dokumentów na potwierdzenie spełniania warunku zdolności finansowej i ekonomicznej, są spóźnione i jako takie nie podlegają merytorycznemu rozpoznaniu przez Izbę. Zamawiający bowiem pierwsze żądanie o uzupełnienie dokumentów we wskazanym zakresie skierował do Odwołującego w dniu 10 października 2014 r., zaś drugie w dniu 13 października 2014 r., stąd też termin na zakwestionowanie tych czynności Zamawiającego upłynął Odwołującemu odpowiednio w dniu 20 i w dniu 23 października 2014 r., zaś odwołanie zostało do Izby złożone w dniu 31 października 2014 r.

W drugiej kolejności Izba ustaliła, że przesłanka materialnoprawna do wniesienia odwołania, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, została wypełniona. Odwołujący ma interes w złożeniu odwołania, ponieważ złożył ofertę w niniejszym postępowaniu i kwestionuje czynności wykluczenia go z postępowania oraz odrzucenia jego oferty, a także czynność wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, podnosząc wobec wykonawcy który ją złożył zarzut zaniechania wykluczenia go z postępowania. Odwołujący zatem w wystarczający sposób wykazał się możliwością uzyskania niniejszego zamówienia publicznego w przypadku uwzględnienia zarzutów odwołania i w konsekwencji możliwością poniesienia przez niego szkody związanej z udzieleniem niniejszego zamówienia innemu wykonawcy.

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

Izba ustaliła co następuje.

Zamawiający wszczął przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego poprzez publikację ogłoszenie o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym UE w dniu 27 września 2014 r. (protokół z postępowania).

Zamawiający w SIWZ w Rozdziale VI pkt 1.4 dokonał opisu warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności finansowej i ekonomicznej poprzez wskazanie, że wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego ma wykazać się posiadaniem środków finansowych lub zdolności kredytowej w wysokości nie mniejszej niż 200 000 zł. Na potwierdzenie spełniania tego warunku wykonawcy mieli złożyć informację z 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 w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Rozdział VII pkt 1.1 SIWZ). Jednocześnie też Zamawiający co do wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu przez podmiot trzeci, zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp żądał także złożenia dokumentów, o których mowa w § 1 ust. 6 pkt 2 rozporządzenia w sprawie dokumentów.

Jednocześnie też w formularzu ofertowym (pkt 1 formularza) Zamawiający żądał podania adresu oferowanego przez wykonawcę hotelu lub innego obiektu, w którym świadczone będą usługi noclegowe oraz usługi szkoleniowe w pięciu województwach

(lubelskim, mazowieckim, podkarpackim, podlaskim i warmińsko-mazurskim) z podaniem miejscowości, ulicy i numeru.

Do upływu terminu składania ofert w przedmiotowym postępowaniu, tj. do dnia 2 października 2014 r. do Zamawiającego oferty złożył Odwołujący oraz wykonawca Delta Tour Sp. z o.o. (protokół z postępowania).

W ofercie Odwołującego dla wykazania spełniania warunku zdolności finansowej i ekonomicznej wskazany wykonawca załączył umowę pożyczki z dnia 1 października 2014 r. zawartą pomiędzy Odwołującym a ASAP24 S.C. G. P. i M. S. (podmiotem trzecim), w którym podmiot ten zobowiązał się do udzielenia Odwołującemu pożyczki w kwocie 200 000 zł, wskazując m.in., że przekaze Odwołującemu tę kwotę, jeżeli ten wygra przetarg na „Organizację i przeprowadzenie szkolenia centralnego pn. Praktyczne aspekty dostępu do informacji publicznej” (nr PN-17/2-14). Do oferty Odwołującego zostało także załączone: umowa spółki cywilnej podmiotu trzeciego wraz z aneksami oraz zaświadczenie z mBank z dnia 1 października 2014 r. odnoszące się do podmiotu trzeciego potwierdzające na dzień 18 września 2014 r. saldo dostępne na rachunku podmiotu trzeciego w wysokości: 217 770,43 zł.

Zamawiający pismem z dnia 10 października 2014 r., w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wezwał Odwołującego do uzupełnienia dokumentu na potwierdzenie spełniania warunku dotyczącego sytuacji finansowej i ekonomicznej wykonawcy. Zamawiający wskazała tam m.in., że załączona do oferty Odwołującego umowa pożyczki uzależnia przekazanie niezbędnych środków finansowych od tego czy Odwołujący wygra przetarg. a ponadto, że umowa ta dotyczy innego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego niż niniejsze. W odpowiedzi na powyższe Odwołujący pismem z dnia 13 października 2014 r. wyjaśnił Zamawiającemu, że spółki Odwołującego i podmiotu trzeciego w dniu 1 października 2014 r. zawarły aneks do umowy pożyczki, który został także przesłany Zamawiającemu, z którego treści wynika wyraźnie, że Odwołujący dysponuje środkami finansowymi na realizację zamówienia i środki te zostały mu przez podmiot trzeci przekazane.

Zamawiający pismem z dnia 13 października 2014 r. wezwał ponownie Odwołującego do uzupełnienia dokumentu na potwierdzenie spełniania warunku dotyczącego sytuacji finansowej i ekonomicznej wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wskazując, że wzywa do uzupełnienia dokumentu, o którym mowa w Rozdziale VII pkt 1 ppkt 1.1. SIWZ, tj. informacji z banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy. Zamawiający wskazał też, że ze względu na obowiązek weryfikacji realności zobowiązania

do przekazania zasobów podmiotu trzeciego wzywa Odwołującego także do dostarczenia dokumentu potwierdzającego, że środki finansowe w kwocie 200 000 zł zostały przekazane przez podmiot trzeci na rzecz Odwołującego. Odwołujący w odpowiedzi na powyższe pismem z dnia 15 października 2014 r. udzielił Zamawiającemu stosownych wyjaśnień, wskazując, m.in. na to, że wymagane przez Zamawiającego dokumenty na potwierdzenie spełniania warunku finansowego i ekonomicznego zostały przedłożone Zamawiającemu, a ponadto, iż Zamawiający w SIWZ nie żądał żadnych dodatkowych dokumentów na potwierdzenie realności dysponowania potencjałem podmiotu trzeciego, o których mowa w § 1 ust. 6 pkt 1 rozporządzenia w sprawie dokumentów, jak i dokumentu - informacji z banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej od podmiotu trzeciego. Wyjaśnił jednak, że pomimo braku takiego obowiązku do oferty załączył wskazany dokument, odnoszący się do podmiotu trzeciego. Odwołujący podkreślił również, iż zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp nie istnieje obowiązek wykazywania posiadania środków finansowych pochodzących od podmiotu trzeciego przez Odwołującego na dzień złożenia oferty, zaś możliwość korzystania z tego potencjału przez Odwołującego została wykazana Zamawiającemu przedłożoną umową pożyczki.

Zamawiający pismem z dnia 15 października 2014 r. w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści jego oferty, wskazując, że w odniesieniu do hoteli wskazanych w treści oferty Odwołującego Zamawiający uzyskał określone informacje:

- co do hotelu w Zamościu, iż w rezerwacjach do końca listopada nie ma żadnych rezerwacji na szkolenie dla 66 osób oraz, że Odwołujący nie kontaktował się z hotelem w tej sprawie
- co do hotelu w Białymstoku, iż w terminie realizacji zamówienia Odwołujący nie posiada rezerwacji miejsc noclegowych oraz sal szkoleniowych
- co do hotelu w Ełku, iż w terminie realizacji zamówienia Odwołujący nie posiada miejsc noclegowych oraz sal szkoleniowych.

Zamawiający poprosił Odwołującego o wyjaśnienie w tym zakresie co do wskazanych rozbieżności, a w szczególności wyjaśnienia możliwości realizacji przedmiotowego zamówienia we wskazanych obiektach przy zachowaniu terminów określonych w SIWZ. W odpowiedzi na powyższe Odwołujący w piśmie z dnia 16 października 2014 r. wyjaśnił Zamawiającemu m.in., że nazwy czy adresy hoteli nie stanowią treści oferty, gdyż w SIWZ brak jest jakichkolwiek postanowień, które precyzowałyby wymagania odnośnie lokalizacji, adresu i standardu hotelu. Odwołujący wskazał, że ze względu na brak wymogów i celu wskazania hoteli w ofercie wymóg ten ma jedynie charakter informacyjny, zaś żądanie

„rezerwacji” jest nieuzasadnione, albowiem wymóg ten nie został zastrzeżony w ofercie, a żądanie takie naruszałoby art. 7 i art. 29 ustawy Pzp, ponieważ rezerwacja wiąże się z zaliczką, a nie można wymagać od wykonawcy ponoszenia kosztów przed uzyskaniem zamówienia.

Zamawiający pismem z dnia 10 października 2014 r. wezwał wykonawcę Delta Tour Sp. z o.o., w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do uzupełniania dokumentu potwierdzającego spełnianie warunku finansowego, wskazując m.in., że do oferty tego wykonawcy została załączona kopia wydruku ze strony internetowej, która nie zawiera informacji, iż została sporządzona na podstawie art. 7 ustawy Prawo bankowe i nie wymaga podpisu ani stempla, a ponadto, że kopia tego wydruku nie została potwierdzona za zgodność z oryginałem we właściwy sposób. W odpowiedzi na powyższe wskazany wykonawca przy piśmie z dnia 13 października 2014 r. uzupełnił dokument – historia rachunku wskazanego wykonawcy pochodzący z Alior Bank z zestawieniem operacji za okres od 01.10.2014 do 01.10.2014, wskazujący na saldo końcowe na tym rachunku na kwotę: 396 010,20 zł. Dokument ten został opatrzony adnotacją, iż został wygenerowany elektronicznie i nie wymaga podpisu ani stempla na podstawie ustawy Prawo bankowe i złożony został Zamawiającemu w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem przez wskazanego wykonawcę.

Zamawiający w dniu 22 października 2014 r. poinformował wykonawców o wynikach postępowania i o wyborze oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, tj. oferty wykonawcy Delta Tour Sp. z o.o. Jednocześnie też Zamawiający poinformował o wykluczeniu z postępowaniu Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp z uwagi na nie wykazanie przez Odwołującego spełniania warunku zdolności finansowej i ekonomicznej oraz o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp z uwagi na wskazanie w treści oferty Odwołującego trzech adresów hoteli, w których nie będą mogły być zrealizowane usługi szkoleniowe ze względu na brak kontaktu wykonawcy z tymi hotelami a wskazany wymóg nie miał charakteru jedynie informacyjnego

Biorąc pod uwagę powyższe Izba zważyła, co następuje.

Izba ustaliła, że rozpoznawane przez Izbę odwołanie dotyczy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które zostało wszczęte przed dniem 19 października 2014 r., tj. przed wejściem w życie przepisów ustawy z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2014 r. poz. 1232). Uwzględniając

dyspozycję art. 3 wskazanej ustawy, Izba rozpoznała niniejsze odwołanie w oparciu o przepisy ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym przed dniem wejścia w życie przepisów wskazanej ustawy.

Odnosząc się do zarzutu wykluczenia przez Zamawiającego z postępowania Odwołującego z powodu braku wykazania spełniania warunku finansowo-ekonomicznego, z uwagi na brak wykazania dysponowania w sposób realny przez Odwołującego potencjałem podmiotu trzeciego, Izba uznała zarzut za zasadny.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu, że w sposób nieuprawniony żądał od niego przedłożenia dokumentów potwierdzających realne dysponowanie potencjałem podmiotu trzeciego w sytuacji, gdy takich dokumentów nie określił w postanowieniach SIWZ, a ponadto, iż domaganie się przez Zamawiającego fizycznego dysponowania kwotą 200 000 zł, na którą wskazywała udzielona mu przez podmiot trzeci pożyczka, na dzień upływu terminu składania ofert były nieuprawnione.

Dokonując oceny niniejszego stanu faktycznego, Izba doszła do przekonania, że Zamawiający miał prawo dokonywania badania realności dysponowania przez Odwołującego potencjałem podmiotu trzeciego. Powyższe uprawnienie wynika z dyspozycji samego art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, wzmocnionego przepisami rozporządzenia w sprawie dokumentów, w szczególności § 1 ust. 6 pkt 2 rozporządzenia w sprawie dokumentów, a dokumentów, o których mowa w tym przepisie Zamawiający żądał w postanowieniach SIWZ w niniejszym postępowaniu. Wbrew stanowisku Odwołującego Izba stwierdziła, że na potwierdzenie spełniania dysponowania potencjałem ekonomiczno - finansowym także w sytuacji, gdy wykonawca opiera się przy wykazywaniu spełniania tego warunku na potencjale podmiotu trzeciego – koniecznym jest przedłożenie dokumentu, o którym mowa w § 1 ust. 1 pkt 10 rozporządzenia w sprawie dokumentów (informacja z banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy). Dokument ten powinien dotyczyć wykonawcy, jeśli samodzielnie wykazuje on spełnianie wskazanego warunku udziału w postępowaniu albo podmiotu trzeciego, jeśli wykonawca na jego potencjale opiera swoje wykazywanie spełniania warunku ekonomiczno-finansowego. Dodatkowo, jeśli wykonawca powołuje się przy spełnianiu warunków udziału na potencjał podmiotu trzeciego powinien przedłożyć dokumenty, z których będzie wynikało – zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp – że podmiot trzeci wiarygodnie udostępnił wykonawcy ten potencjał, który jest niezbędny do realizacji zamówienia, a ponadto będzie on wykorzystywany przez wykonawcę w trakcie

realizacji zamówienia. Tak więc nawet brak określenia przez Zamawiającego w postanowieniach SIWZ żądania szczególnych, innych dokumentów na potwierdzenie realności dysponowania potencjałem podmiotu trzeciego jakim jest zdolność ekonomiczna i finansowa, zdaniem Izby, pozwala Zamawiającemu na możliwość oceny i weryfikacji przedłożonych przez wykonawcę dokumentów (np. treści zobowiązania podmiotu trzeciego) pod kątem realności udostępnienia wykonawcy przez podmiot trzeci swojego potencjału.

Tak więc w przedmiotowej sprawie, zdaniem Izby, Zamawiający posiadał uprawnienie do weryfikacji u Odwołującego realności udzielonej mu przez podmiot trzeci pożyczki, uwzględniając w tym zakresie treść zobowiązania podmiotu trzeciego zawartego w tym przypadku w przedłożonej umowie pożyczki. Umowa pożyczki, załączona do oferty Odwołującego zakładała bowiem przekazanie na rzecz Odwołującego środków finansowych po wygraniu innego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego niż niniejsze postępowanie prowadzone przez Zamawiającego. Zamawiający więc mógł mieć w tym zakresie uzasadnione wątpliwości, czy wskazana kwota zostanie przeznaczona na potrzeby związane z realizacją przedmiotowego zamówienia publicznego. Nie miał natomiast prawa Zamawiający żądania od Odwołującego wykazania, że na moment upływu terminu składania ofert fizycznie Odwołujący dysponował wskazaną kwotą. Istotne jest, że do oferty Odwołującego został załączony dokument – informacja z banku, który potwierdzał dysponowanie przez podmiot trzeci na dzień składania ofert wymaganą w ramach opisu warunku finansowego kwotą (200 000 zł) oraz okoliczność, iż na dzień upływu terminu składania ofert podmiot trzeci zobowiązał się do udostępniania Odwołującemu wskazanej kwoty. Dla wykazania realności dysponowania przez Odwołującego kwotą 200 000 zł wystarczającym byłoby wykazanie, że podmiot trzeci zobowiązał się udostępnić Odwołującemu wskazaną kwotę w toku realizacji przedmiotowego zamówienia na potrzeby z nim związane. W przedmiotowej sprawie Odwołujący na żądanie Zamawiającego uzupełnił Zamawiającemu dokument – aneks do umowy pożyczki, który potwierdza, że wskazana kwota: 200 000 zł została przekazana Odwołującemu już w dniu 1 października 2014 r. (upływ terminu składania ofert) na potrzeby związane z realizacją przedmiotowego zamówienia publicznego. Powyższe – zdaniem Izby – pozwala na ocenę przedłożonych przez Odwołującego Zamawiającemu dokumentów pochodzących od podmiotu trzeciego, wskazujących na realność dysponowania wskazaną w opisie warunku kwotą finansową zabezpieczającą realizację przedmiotowego zamówienia publicznego. Tym samym ocena przez Zamawiającego dokumentów złożonych w tym zakresie przez Odwołującego wskazująca, że podmiot trzeci, nie udostępnił Odwołującemu w sposób realny zasobów finansowych, była bez znaczenia. Nieuprawnione w tym kontekście są twierdzenia Zamawiającego o tym, że podmiot trzeci nie jest wiarygodnym podmiotem z punktu widzenia

wywiązywania się z płatności na rzecz swoich podwykonawców w innych projektach realizowanych na rzecz Zamawiającego. Na poparcie swoich, nienajlepszych doświadczeń we współpracy z podmiotem trzecim, Zamawiający złożył do akt sprawy jako dowody w sprawie korespondencję prowadzoną przez niego z Departamentem Programów Pomocowych Ministerstwa Infrastruktury i Rozwoju. Zdaniem Izby wskazana korespondencja nie może w żaden sposób dyskwalifikować możliwości finansowych wykonawcy wykazanych przy pomocy podmiotu trzeciego w oparciu o złożone w tym zakresie i wymagane w SIWZ dokumenty. Generalne twierdzenia Zamawiającego o problemach z płatnościami w ramach innych postępowań prowadzonych przez Zamawiającego, nawet przy pewnym uprawdopodobnieniu wskazanych okoliczności, stanowią niezależne od oceny spełniania opisanego w określony w sposób w niniejszym postępowaniu w SIWZ warunku udziału w postępowaniu i przedłożonych w tym przypadku przez Odwołującego dokumentów na potwierdzenie jego spełniania.

Tym samym Izba stwierdziła, że Zamawiający dopuścił się naruszenia wskazanych w zakresie tego zarzutu w odwołaniu przepisów ustawy Pzp. W tym jednak zakresie, z uwagi na niepotwierdzenie się drugiego z zarzutów odwołania, dotyczącego czynności odrzucenia oferty Odwołującego i z uwagi na dyspozycję art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Izba nie uwzględniła odwołania. Potwierdzenie się wskazanego zarzutu pozostawało bowiem bez wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. wybór oferty najkorzystniejszej w postępowaniu ze względu na potwierdzenie się przesłanki do odrzucenia oferty Odwołującego w postępowaniu.

Odnosząc się do zarzutu odrzucenia oferty Odwołującego z powodu niewykazania adresów hoteli, w których faktycznie będzie świadczona usługa objęta przedmiotem zamówienia, Izba uznała zarzut za niezasadny.

Odwołujący podnosił swój zarzut, wskazując, że wymóg określony przez Zamawiającego w formularzu ofertowym, sprowadzający się do konieczności wskazania adresu siedziby, w której będą realizowane usługi szkolenia objęte przedmiotem zamówienia, był wymogiem wyłącznie informacyjnym, z uwagi na brak jego powielenia w opisie przedmiotu zamówienia oraz w postanowieniach umowy, i jako taki nie mógł stanowić podstawy do odrzucenia oferty Odwołującego.

Izba nie podzieliła argumentacji Odwołującego, uznając, że treść formularza ofertowego i określone przez Zamawiającego w tym formularzu oświadczenia woli

wymagane od wykonawców, niezależnie o tego, czy znajdują odzwierciedlenie w postanowieniach SIWZ odnoszących się do opisu przedmiotu zamówienia czy też postanowień projektu umowy w sprawie zamówienia publicznego, mają walor merytoryczny – stanowią treść oświadczenia woli wykonawcy. Istotne jest, czy treści określone w formularzu ofertowym wyrażają jakieś oświadczenie woli wykonawcy co do sposobu spełnienia świadczenia objętego przedmiotem zamówienia. Niewątpliwie określenie przez wykonawców, zgodnie z wymogiem zawartym w formularzu ofertowym w niniejszym postępowaniu, konkretnego miejsca (adresu), w którym mają być realizowane usługi noclegowe i szkoleniowe objęte przedmiotem niniejszego zamówienia, stanowi istotne zobowiązanie wykonawcy co do sposobu realizacji zamówienia. Z tych też względów nie sposób uznać, że oświadczenie złożone w tym przedmiocie przez Odwołującego miało wyłącznie charakter informacyjny. Również z tych też względów świadczenie polegające na przeprowadzeniu szkoleń dla Zamawiającego, powinno być zrealizowane zgodnie ze zobowiązaniem zawartym w treści oferty Odwołującego. Należy zatem uznać, że oświadczenie w tym zakresie zostało złożone przez Odwołującego w sposób świadomy po podjęciu określonych, niezbędnych przedsięwzięć, polegających choćby na wycenie przedmiotu świadczenia pod kątem możliwości realizacji przedmiotu zamówienia w miejscach wskazanych w ofercie, tym bardziej, że miejsca te (hotele) nie są własnością Odwołującego. W tym zakresie zatem Odwołujący w niniejszej sprawie, w szczególności gdy przedmiot świadczenia – szereg szkoleń dla Zamawiającego, należało przeprowadzić w dość krótkim terminie (do 30 listopada 2014 r.) w kilku konkretnych miejscach szkoleniowych wskazanych przez niego w ofercie - powinien jako profesjonalny podmiot zabezpieczyć możliwość realizacji przedmiotu zamówienia zgodnie z treścią SIWZ. Nie sposób zatem w okolicznościach niniejszego zamówienia uznać, że wykonawca przed złożeniem w treści oferty oświadczenia woli o konkretnych miejscach szkoleń, nie ustalił warunków realizacji zamówienia, tj. nie ustalił, że wskazane przez niego w ofercie hotele będą miały choćby potencjalną możliwość realizacji szkoleń w określonej ilości osób, w maksymalnym terminie szkoleń ustalonym w treści SIWZ. Powyższe w sposób oczywisty, zgodnie z wymogami SIWZ, nie oznacza obowiązku rezerwacji konkretnej ilości miejsc szkoleniowych, a tym bardziej wpłaty zaliczki z tytułu rezerwacji dla hoteli. Doświadczenie życiowe wskazuje, że częste, wskazujące na profesjonalizm działania na tym rynku usług, są sytuacje, w których wykonawca przy konieczności zaangażowania dużej ilości powierzchni szkoleniowych i noclegowych, uzyskuje od hoteli czy ośrodków szkoleniowych wstępne informacje, choćby mailowe, czy nawet listy intencyjne, potwierdzające w sposób wstępny możliwość wynajmu powierzchni szkoleniowej (sale wykładowe), czy możliwości noclegowe w określonym terminie (miesięcznym, czy kilkumiesięcznym), w taki sposób, aby - w oparciu

o zobowiązanie zawarte w ofercie - przyszłe świadczenie wykonawcy było możliwe do wykonania. Na taką możliwość zresztą wskazał Odwołujący w toku rozprawy, przedstawiając jako dowody w sprawie korespondencję mailową z trzech hoteli wskazanych w swojej ofercie, pozyskane dopiero po zakończeniu czynności badania i oceny ofert w postępowaniu, w tym dwa w toku postępowania odwoławczego (12 listopada 2014 r.). Wskazana korespondencja nie wskazuje na okoliczność, iż na moment składania ofert Odwołujący w jakikolwiek sposób zabezpieczył możliwość realizacji przedmiotu zamówienia we wskazanych w formularzu ofertowym hotelach. Odwołujący nie przedstawił w tym zakresie żadnych dowodów przed Izbą, a to na nim spoczywa ciężar dowodu wykazania okoliczności, z których wywodzi określone skutki prawne (art. 190 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 6 kc). Odwołujący, wręcz przeciwnie, w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, na wezwanie Zamawiającego do wyjaśnienia treści złożonej oferty, wywodził, że wskazanie hoteli w jego ofercie nie jest jego zobowiązaniem do realizacji przedmiotu zamówienia. Zaprzeczył więc wymaganemu w SIWZ sposobowi realizacji zamówienia. Zdaniem Izby w okolicznościach niniejszej sprawy nie można było pominąć tej okoliczności i ona okazała się kluczowa w ocenie zasadności odrzucenia oferty Odwołującego jako sprzecznej z treścią SIWZ. Odwołujący w treści oferty zawarł literalnie – jak wskazano powyżej - zgodnie z wymogami SIWZ, określone zobowiązanie co do sposobu spełniania świadczenia, jednakże spełnienie tego świadczenia Odwołujący zakwestionował, dokonując wykładni swojego oświadczenia woli, a wiarygodność tej wykładni została potwierdzona także przez Zamawiającego, poprzez pozyskanie obiektywnych oświadczeń od hoteli wskazanych w ofercie Odwołującego, w tym potwierdzających, że Odwołujący w ogóle nie kontaktował się z nim w sprawie jakiegokolwiek wypełnienia świadczenia w wymagany i oferowany sposób. Tym samym Odwołujący potwierdził, że w ogóle nie zaoferował faktycznego miejsca spełnienia świadczenia (realizacji szkoleń), zgodnie z wymogami SIWZ.

Odwołujący zatem złożył oświadczenie w formularzu ofertowym jedynie *pro forma* dla pozorów, nie planując w żaden sposób takiego sposobu realizacji przedmiotu świadczenia, co potwierdził w pełni, składając wyjaśnienia dotyczące treści jego oferty. Jeśliby w tych wyjaśnieniach w jakikolwiek sposób wyjaśnił Zamawiającemu sposób zapewniania spełnienia świadczenia, zgodnie ze zobowiązaniem zawartym w ofercie, albo choćby potwierdził sposób spełniania świadczenia, należałoby uznać, że oferuje miejsca przeprowadzenia szkoleń. W sytuacji, kiedy powyższemu zobowiązaniu zaprzeczył, co dodatkowo znalazło potwierdzenie w ustaleniach Zamawiającego, potwierdził też, że nie wskazał faktycznego miejsca szkoleń zgodnie z wymogami SIWZ, zatem jego oferta jest sprzeczna z treścią SIWZ i podlega odrzuceniu.

W związku z powyższym Izba stwierdziła, iż nie potwierdziło się naruszenie przywołanych w odwołaniu we wskazanym zakresie przepisów ustawy Pzp.

Odnosząc się do zarzutu zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawcy Delta Tour Sp. z o.o. z powodu nie wykazania wymaganymi dokumentami spełnienia warunku finansowo-ekonomicznego, Izba uznała zarzut za niezasadny.

Zarzut odwołania odpierał się jedynie na twierdzeniu Odwołującego, że wykonawca Delta Tour Sp. z o.o. nie przedłożył wymaganego dokumentu na potwierdzenie spełnienia warunku finansowo-ekonomicznego w swojej ofercie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący w tym zakresie nie przedstawił żadnych dowodów ani twierdzeń, które wskazywałyby na zasadność zarzutu. Izba ustaliła w tym zakresie, że Zamawiający wezwał wykonawcę Delta Tour Sp. z o.o. do uzupełnienia dokumentu na potwierdzenie spełnienia warunku finansowego. Wskazany wykonawca przedstawił taki dokument, tj. informację z banku, która – zgodnie z dyspozycją art. 26 ust. 2a ustawy Pzp - potwierdza na dzień upływu terminu składania ofert dysponowanie przez tego wykonawcę środkami finansowymi w kwocie 200 000 zł, tj. kwotę wynikającą z opisu warunku udziału w postępowaniu.

W związku z powyższym Izba stwierdziła, iż nie potwierdziło się naruszenie przywołanych w odwołaniu we wskazanym zakresie przepisów ustawy Pzp.

Mając powyższe na uwadze i działając na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze oraz ust. 2 ustawy Pzp i uznając, że stwierdzone przez Izbę naruszenie przepisów ustawy Pzp nie miało wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. wybór oferty najkorzystniejszej, 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 15 000,00 zł.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....