

WYROK

z dnia 22 stycznia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Osiecka

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **18 stycznia 2019 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 grudnia 2018 r. przez wykonawcę **D.R. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Drew-Kos D.R. z siedzibą w Tucholi** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie z siedzibą w Warszawie**

przy udziale wykonawcy **B.D. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą B&W Usługi Ogólnobudowlane B.D. z siedzibą w Pruszczu Gdańskim,** zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

przy udziale wykonawcy **Przedsiębiorstwo Melioracyjne Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszczu Gdańskim,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu w zakresie części 1 zamówienia: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienie czynności wykluczenia z postępowania wykonawcy D.R. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Drew-Kos D.R. z siedzibą w Tucholi, unieważnienie czynności wezwania z dnia 19 grudnia 2018 r. do uzupełnienia, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, dokumentów wykonawcy D.R. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Drew-Kos D.R. z siedzibą w Tucholi oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert.**
2. **Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie z siedzibą w Warszawie i:**

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **D.R. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Drew-Kos D.R. z siedzibą w Tucholi** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od zamawiającego **Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie z siedzibą w Warszawie** na rzecz wykonawcy **D.R. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Drew-Kos D.R. z siedzibą w Tucholi** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania w kwocie 15 000 zł oraz wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3 600 zł.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 z późn. 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

Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie z siedzibą w Warszawie, prowadzący postępowanie: Państwowe Gospodarstwo Wody Polskie - Zarządu Zlewni w Gdańsku, dalej „Zamawiający”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Wykonanie usług z zakresu utrzymania wód i urządzeń wodnych Pobrzeża i Pojezierza Pomorskiego na terenie Zarządu Zlewni w Gdańsku w latach 2019-2021 z podziałem na dwie części: Część 1: Wykonanie usług związanych z obsługą oraz eksploatacją wód i urządzeń wodnych na terenie Nadzorów Wodnych w Bytowie, Gdyni, Kartuzach, Lęborku, Pucku, Redzie i Słupsku*. Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.), dalej „ustawa Pzp”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 5 października 2018 r. pod numerem 2018/S 192-434108.

W dniu 31 grudnia 2018 r. wykonawca D.R. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Drew-Kos D.R. z siedzibą w Tucholi, dalej „Odwołujący”, wniósł odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z § 2 ust. 2 pkt 3 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. t.j. z 2016 r. poz. 1126), dalej „rozporządzenie w sprawie rodzajów dokumentów” poprzez bezpodstawne wykluczenie Odwołującego z postępowania, pomimo że Odwołujący potwierdził warunki udziału w postępowaniu oraz przez bezpodstawne wezwanie Odwołującego dnia 19 grudnia 2018 r. do uzupełnienia dokumentów;
2. art. 25 ust. 1 w zw. z art. 25 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z § 2 ust. 2 pkt 3 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów poprzez zakwestionowanie możliwości złożenia dokumentu - historii konta jako dokumentu w sposób wiarygodny potwierdzającego wysokość posiadanych środków finansowych;
3. art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 26 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez brak precyzyjnego i dostatecznego uzasadnienia wezwania do złożenia wyjaśnień z dnia 19 grudnia 2018 r., tj. zaniechanie wyjaśnienia których dokumentów dotyczyło oraz z czego wynikały wątpliwości Zamawiającego co do dokumentów złożonych przez Odwołującego

dnia 11 grudnia 2018 r. na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej;

4. art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 26 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wyznaczenie Odwołującemu w wezwaniu z dnia 19 grudnia 2018 r. rażąco krótkiego terminu na uzupełnienie dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej, przy jednoczesnym zobowiązaniu do dostarczenia dokumentów w formie pisemnej, do siedziby Zamawiającego;
5. art. 90 ust. 1 ustawy Pzp przez bezpodstawny wybór oferty najkorzystniejszej, względnie naruszenie innych przepisów wynikających bezpośrednio lub pośrednio z uzasadnienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania, nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wezwania Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu; unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania; unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w Części 1; powtórzenia czynności badania i oceny ofert w Części 1 z uwzględnieniem oferty Odwołującego, w tym umożliwienie wykazania kwestionowanego warunku; dokonania wyboru oferty Odwołującego w Części 1 w wyniku ponownego badania i oceny ofert.

Odwołujący wskazywał, że złożył w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp dwa dokumenty bankowe (historię konta oraz wyciąg z rachunku), z których wynikało, że na dzień 11 grudnia 2018 r. posiadał zgromadzone na dwóch kontach środki w łącznej wysokości powyżej 500 000,00 zł, tj. więcej niż było wymagane przez Zamawiającego w ramach warunku udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej. Mimo powyższego Zamawiający dnia 19 grudnia 2018 r. wezwał Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia aktualnych na dzień złożenia - informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo kredytowej, posługując się słowem „dokumenty” w liczbie mnogiej, co rodziło domniemanie, że Zamawiającemu kwestionował zarówno historię konta, jak i wyciąg z rachunku. Równocześnie Zamawiający wyznaczył krótki termin na uzupełnienie dokumentów, bowiem wezwanie zostało dostarczone za pośrednictwem poczty elektronicznej dnia 19 grudnia 2018 r. pod koniec dnia roboczego, tj. około godz. 15:30, a w wezwaniu wskazano, że dokumenty należy złożyć w terminie do dnia 21 grudnia 2018 r., do godz. 12:00, przy czym do siedziby Zamawiającego w formie pisemnej.

W związku z tak krótkim terminem na uzupełnienie, w odpowiedzi na wezwanie Odwołujący przedstawił takie same dokumenty, jak dnia 11 grudnia 2018 r., aktualne na dzień ich złożenia, tj. wygenerowane elektronicznie: historię konta według stanu na dzień 19 grudnia

2018 r. oraz wyciąg z rachunku według stanu na dzień 19 grudnia 2018 r. Następnie Zamawiający poinformował Odwołującego o wykluczeniu go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, wyjaśniając że wątpliwości wzbudził jedynie dokument historii konta, który nie stanowi wiarygodnego źródła wiedzy o wysokości posiadanych przez Odwołującego środkach finansowych.

Do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego przystąpił wykonawca B.D. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą B&W Usługi Ogólnobudowlane B.D. z siedzibą w Pruszczu Gdańskim, wnosząc o uwzględnienie odwołania w części, tj. nakazanie Zamawiającemu ponowną ocenę ofert.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca Przedsiębiorstwo Melioracyjne Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszczu Gdańskim, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Pismem z dnia 14 stycznia 2018 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie w całości. Wskazywał, że złożone dokumenty nie potwierdzają spełnienia warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej wykonawcy, bowiem nie wynikało z nich, że Odwołujący posiada środki finansowe w wysokości minimum 500.000 zł.. Zaznaczał, że dokonując oceny złożonych dokumentów przyjął, że ich forma — wydruk komputerowy może zostać przyjęta jako szczególna forma oświadczenia bankowego, zgodna z art. 7 Prawa bankowego. Niemniej wynikające ze złożonych dokumentów dane wzbudzały uzasadnione wątpliwości, czy wskazane kwoty są rzeczywiście odrębnymi środkami finansowymi, tym bardziej, że sam Odwołujący przedstawił różniące się od siebie formy dokumentów: część środków postanowił udokumentować wykazując historię konta osobistego, zaś część środków starał się udokumentować wyciągiem bankowym z konta firmowego.

W ocenie Zamawiającego historia konta nie jest dokumentem potwierdzającym wysokość posiadanych środków finansowych. Każdy z posiadaczy konta osobistego może samodzielnie wygenerować dokument, wskazać datę transakcji, którą dokument ma wykazać, a także ograniczyć prezentowane dane do konkretnej dokonywanej transakcji. Przedstawiona przez Odwołującego informacja była jedynie informacją o dokonanej operacji osoby fizycznej, nie zaś dowodem wskazującym na wysokość posiadanych środków przez wykonawcę. Fakt, że dokonano płatności wewnętrznej w ramach konta jednego posiadacza sugerował, że w rzeczywistości wysokość środków finansowych posiadanych przez wykonawcę jest mniejsza niż wymagane 500.000 zł.

Zdaniem Zamawiającego wezwanie na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wyraźnie wskazywało, że Zamawiający oczekuje informacji o wysokości posiadanych środków, a

wyznaczony termin był wystarczający np. do wygenerowania i przedstawienia wyciągów bankowych zgodnych z art. 7 Prawa bankowego, które pozwoliłyby Zamawiającemu na uzyskanie wiarygodnej informacji o posiadanych przez Odwołującego środkach finansowych. Skoro Odwołujący przeanalizował orzecznictwo KIO odnośnie formy dokumentów, które mogą być składane przez wykonawców w celu wykazania zdolności finansowej, z których to orzeczeń wynika, że informacji o ilości posiadanych środków dostarczają wyciągi bankowe, to nie powinien przedkładać historii operacji na swoim prywatnym koncie. Z przedłożonych przez wykonawcę dokumentów wynika, że tylko jeden z nich zawiera mogącą zostać uznana za wiarygodną informację o wysokości salda końcowego na rachunku przedsiębiorcy. Dokument pn. historia konta zaś świadczy nie o wysokości dostępnych środków finansowych wykonawcy, a o operacji na rachunku bankowym jego posiadacza. Jeśli więc Odwołujący posiada rachunek bankowy dedykowany działalności gospodarczej, który jest kontem firmowym, nie było żadnego uzasadnienia, aby za wiarygodne i przydatne okazały się informacje o operacjach dokonywanych na rachunku niezwiązanym z działalnością gospodarczą, tj. osoby fizycznej. W sytuacji przelewania środków na różne konta Odwołujący winien wskazać przynajmniej jeden wiarygodny dokument, z którego zamawiający mógł zaczerpnąć wiedzy o wysokości posiadanych środkach finansowych wykonawcy.

Równocześnie Zamawiający zgłosił opozycję przeciw przystąpieniu do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego wykonawcy B.D. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą B&W Usługi Ogólnobudowlane B.D. z siedzibą w Pruszczu Gdańskim, podnosząc że przystępujący nie wykazał interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony do której przystąpił. Uwzględnienie zarzutów i nakazanie zamawiającemu m.in. powtórzenia czynności badania i oceny ofert w Części 1 z uwzględnieniem oferty Odwołującego nie leży w interesie przystępującego wykonawcy. Z treści art. 185 ust.4 ustawy Pzp wynika, że interes wykonawcy przystępującego do postępowania odwoławczego powinien mieć charakter realny, a nie tylko hipotetyczny, gdyż tylko w takim wypadku udział danego podmiotu jako uczestnika postępowania odwoławczego należy uznać za czyniący zadość jego uzasadnionym interesom prawnym i faktycznym. Przystępujący zgłasza swoje przystąpienie do konkretnego postępowania odwoławczego, a nie do postępowania w sprawie o udzielenie zamówienia publicznego. Każdy z wykonawców biorących udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia ma uprawnienie do złożenia odwołania. Oznacza to, że przystępujący winien samodzielnie złożyć odwołanie na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej i tylko wówczas uwzględnienie odwołania powodowałoby, że oferta przystępującego po uwzględnieniu odwołania mogłaby zostać poddana ocenie i stać się ofertą najkorzystniejszą.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestników postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania, w szczególności: z protokołu postępowania o udzielenie zamówienia, ogłoszenia o zamówieniu, postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty złożonej przez Odwołującego, wezwania na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp z dnia 19 grudnia 2018 r., informacji Zamawiającego o wyborze oferty najkorzystniejszej wraz z informacją o wykluczeniu Odwołującego z postępowania. Izba wzięła również pod uwagę stanowiska wyrażone w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie oraz dowodach złożonych na rozprawie, a także oświadczenia i stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 18 stycznia 2018 r.

Uwzględniając powyższe, Izba ustaliła, co następuje.

Przedmiotem zamówienia jest wykonanie usług z zakresu utrzymania wód i urządzeń wodnych Pobrzeża i Pojezierza Pomorskiego na terenie Zarządu Zlewni w Gdańsku w latach 2019-2021 z podziałem na dwie części. Odwołanie dotyczyło Części 1: Wykonanie usług związanych z obsługą oraz eksploatacją wód i urządzeń wodnych na terenie Nadzorów Wodnych w Bytowie; Gdyni, Kartuzach, Lęborku, Pucku, Redzie i Słupsku.

Zgodnie z Rozdziałem VI pkt 3.2.2 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, dalej „SIWZ”, Zamawiający określił następująco warunek udziału w postępowaniu: *minimalna zdolność kredytowa Wykonawcy lub posiadane środki finansowe wyniosą minimum 500 000,00 zł.* Dla potwierdzenia spełniania powyższego warunku udziału Zamawiający żądał informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, w okresie nie wcześniejszym niż 1 miesiąc przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

W niniejszym postępowaniu w zakresie Części 1 oferty złożyli: wykonawca B.D. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą B&W Usługi Ogólnobudowlane B.D. z siedzibą w Pruszczu Gdańskim (cena brutto - 9 429 481,35 zł, termin płatności - 30 dni), wykonawca D.R. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Drew-Kos D.R. z siedzibą w Tucholi (cena brutto 7 620 706,08 zł, termin płatności - 30 dni) oraz wykonawca Przedsiębiorstwo Melioracyjne Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszczu Gdańskim (cena brutto - 7 627 173,54 zł, termin płatności – 30 dni).

Dnia 3 grudnia 2018 r. Zamawiający wezwał Odwołującego na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia aktualnych na dzień złożenia oświadczeń i dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. W odpowiedzi Odwołujący dnia 11 grudnia 2018 r. złożył m.in. wygenerowane elektronicznie dokumenty: historię konta z banku Raiffeisen Pobank oraz wyciąg z rachunku z banku BGŻ BNP Paribas S.A. Następnie Zamawiający dnia 19 grudnia 2018 r. wezwał Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia aktualnych na dzień złożenia - informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo kredytowej do dnia 21 grudnia 2018 r., do godz. 12:00. Odwołujący złożył takie same dokumenty, jak dnia 11 grudnia 2018 r., aktualne na dzień ich złożenia, tj. wygenerowane elektronicznie: historię konta z banku Raiffeisen Polbank oraz wyciąg z rachunku z banku BGŻ BNP Paribas S.A. W tym samym dniu, tj. 21 grudnia 2018 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o wykluczeniu go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp oraz o wyborze oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Melioracyjne Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej.

Izba zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwotę określoną w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Izba oddaliła opozycję Zamawiającego przeciw zgłoszonemu przystąpieniu wykonawcy B.D. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą B&W Usługi Ogólnobudowlane B.D. z siedzibą w Pruszczu Gdańskim, opartą na twierdzeniu, że nawet w przypadku uwzględnienia odwołania wykonawca zgłaszający przystąpienie nie uzyska zamówienia, winien więc samodzielnie złożyć odwołanie, bowiem jego interes nie jest nieograniczony. Należy wskazać, że interes z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp jest pojęciem szerszym niż interes we wniesieniu odwołania (art. 179 ust. 1 ustawy Pzp), zatem co do zasady nie jest konieczne wykazywanie przez zgłaszającego przystąpienie, że uzyskanie rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje umożliwi mu wprost uzyskanie zamówienia. Dla uzyskania statusu przystępującego wystarczające będzie zainteresowanie

wynikiem sprawy, zgodnie ze stanowiskiem strony, do której zgłasza się przystąpienie. Pomimo tego, że wykonawca B.D. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą B&W Usługi Ogólnobudowlane B.D. z siedzibą w Pruszczu Gdańskim złożył w części 1 postępowania ofertę sklasyfikowaną na trzecim miejscu, może on popierać Odwołującego, domagającego się ponownego badania i oceny ofert.

Izba uznała, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Odnosząc się do zarzutu bezpodstawnego wykluczenia Odwołującego z postępowania, Izba ustaliła, że Zamawiający wymagał, aby wykonawcy wykazali się zdolnością kredytową lub posiadanymi środkami finansowymi na kwotę minimum 500.000 zł. Na potwierdzenie ww. warunku należało przedstawić informację banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzającą wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, w okresie nie wcześniejszym niż 1 miesiąc przed upływem terminu składania ofert. Odwołujący złożył na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp w dniu 11 grudnia 2018 r. wygenerowane elektronicznie dokumenty: historię konta według stanu na dzień 11 grudnia 2018 r. z banku Raiffeisen Pobank (z której wynikało, że na dzień 11 grudnia 2018 r. na rachunku nr 31 2340 0009 1530 2400 0000 0914 posiadał on środki w wysokości 269 686,18 zł) oraz wyciąg z rachunku według stanu na dzień 11 grudnia 2018 r. z banku BGŻ BNP Paribas S.A. (z którego wynikało, że na dzień 11 grudnia 2018 r. na rachunku 72 2030 0045 1110 0000 0421 8600 posiadał środki w wysokości 309 196,48 zł).

Następnie Zamawiający dnia 19 grudnia 2018 r. wezwał Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia aktualnych na dzień złożenia - informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo kredytowej wskazując, że *Złożone przez Wykonawcę dokumenty dnia 11.12.2018 r. w ocenie Zamawiającego nie potwierdzają spełnienia warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej. Wymagane jest złożenie informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej zgodnej z rozporządzeniem wykonawczym do ustawy Pzp-rozporządzeniem w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający do wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia.*

W odpowiedzi na powyższe Odwołujący złożył takie same dokumenty jak dnia 11 grudnia 2018 r., aktualne na dzień ich złożenia, tj. wygenerowane elektronicznie: historię konta według stanu na dzień 19 grudnia 2018 r. z banku Raiffeisen Polbank (z której wynikało, że na dzień 19 grudnia 2018 r. na rachunku nr 31 2340 0009 1530 2400 0000 0914 posiadał on środki w wysokości 252 879,11 zł) oraz wyciąg z rachunku według stanu na dzień 19 grudnia 2018 r. z banku BGŻ BNP Paribas S.A. (z którego wynikało, że na dzień 19 grudnia 2018 r. na rachunku 72 2030 0045 1110 0000 0421 8600 posiadał środki w wysokości 251 125,88 zł).

Po uzupełnieniu dokumentów Zamawiający wykluczył Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp wskazując, że *W ocenie Zamawiającego historia konta nie stanowi informacji o wysokości środków posiadanych przez Wykonawcę, a jedynie dokumentuje transakcje na rachunku [...] Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie załączył ponownie dwa dokumenty mające potwierdzić posiadanie środków finansowych na koncie: wciąg rachunku i historię konta. W ocenie Zamawiającego Wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, bowiem przedstawione informacje nie stanowią wiarygodnego źródła wiedzy o wysokości posiadanych środków finansowych.* Ponadto Zamawiający wskazał, że w trybie art. 26 ust. 3 Pzp może wezwać do złożenia tych samych dokumentów tylko jeden raz.

W ocenie Izby nie sposób zgodzić się z Zamawiającym, że dokument pn. historia konta nie może stanowić co do zasady informacji banku potwierdzającej wysokość posiadanych środków. Zgodnie z §2 ust. 2 pkt 3 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. t.j. z 2016 r. poz. 1126) w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących sytuacji ekonomicznej lub finansowej zamawiający może żądać informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, w okresie nie wcześniejszym niż 1 miesiąc przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Jeżeli zaś z uzasadnionej przyczyny wykonawca nie może złożyć wymaganych przez zamawiającego dokumentów, o których mowa w ust. 2 rozporządzenia, zamawiający dopuszcza złożenie przez wykonawcę innych dokumentów, o których mowa w art. 26 ust. 2c ustawy Pzp, czyli innych dokumentów, które w wystarczający sposób potwierdzają spełnianie opisanego przez zamawiającego warunku udziału w postępowaniu lub kryterium selekcji.

Należy podkreślić, że informacja banku nie ma ustalonego wzorca, a Zamawiający nie ograniczył w SIWZ formy składanego dokumentu. Zatem zasadne jest przyjęcie, że taka informacja może mieć postać opinii bankowej, podpisanej przez upoważnionego pracownika banku, jak i niewymagającego podpisu dokumentu wygenerowanego przez system bankowy, niezależnie czy to będzie wyciąg z rachunku, czy też historia konta. Kwestionowany przez Zamawiającego dokument stanowił historię konta przedsiębiorcy, co Odwołujący oświadczył na rozprawie, a Zamawiający nie udowodnił, że jest inaczej. Historia konta zawierała logo banku, adres strony internetowej banku, numer rachunku bankowego oraz okres, którego historia dotyczy. Można również było z łatwością ustalić wysokość salda na koncie.

W ocenie Izby historia konta przedstawiona przez Odwołującego powinna być uwzględniona przy ocenie spełnienia warunku, bowiem określa wysokość środków finansowych, którymi dysponuje wykonawca. Dyskredytowanie informacji przedstawionej w

takiej formie nie jest zasadne. Co do zaś twierdzenia Zamawiającego, że w przypadku przelewania środków na różne konta Odwołujący winien wskazać przynajmniej jeden wiarygodny dokument, z którego zamawiający mógł zaczerpnąć wiedzy o wysokości posiadanych środkach finansowych Izba uznała, że wykonawca może przedstawić dwa lub więcej dokumentów, które łącznie potwierdzają spełnianie warunku. Skoro przedsiębiorcy mogą posiadać więcej niż jeden rachunek to wykładnia celowościowa przepisu umożliwia złożenie większej liczby dokumentów, o ile potwierdzają spełnienie warunku w sposób niebudzący wątpliwości. Środki na rachunkach w dwóch bankach niewątpliwie muszą być odrębnymi środkami. Wykonawca nie może posługiwać się tymi samymi środkami przelanymi między różnymi rachunkami bankowymi celem spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Niemniej Zamawiający nie udowodnił, że taka sytuacja zaistniała w niniejszym stanie faktycznym. Wobec powyższego Izba uznała, że wykluczenie Odwołującego z postępowania było niezasadne.

Odnosząc się zaś do wezwania do uzupełnienia na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp z dnia 19 grudnia 2018 r. należy zgodzić się z twierdzeniem Odwołującego, że było ono niejasne i nieprecyzyjne. Z treści wezwania nie sposób wywieść który dokładnie dokument wzbudził wątpliwości Zamawiającego i z jakiego powodu. Niewystarczające było powołanie się w wezwaniu jedynie ogólnie na warunki udziału określone w SIWZ oraz przepisy prawa. W ocenie Izby, tak sformułowana treść wezwania, mogła wzbudzać wątpliwości wykonawcy, a nawet wprowadzić go w błąd. Tym bardziej, że dopiero z informacji o wyborze można było się dowiedzieć, który dokument był negowany przez Zamawiającego (historia konta), a z odpowiedzi na odwołanie z jakiej dokładnie przyczyny. Zamawiający winien jednoznacznie i szczegółowo wezwać wykonawcę do uzupełniania dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Wobec powyższego Izba uznając, że wezwanie zamawiającego kierowane do odwołującego nie było dostatecznie precyzyjne, nakazała zamawiającemu unieważnienie tej czynności.

Nadto, wyznaczony termin do uzupełnienia dokumentów był w ocenie Izby terminem nieodpowiednim. Wezwanie zostało dostarczone do Odwołującego dnia 19 grudnia 2018 r., a dokumenty należało złożyć do dnia 21 grudnia 2018 r., do godz. 12:00, przy czym do siedziby Zamawiającego w formie pisemnej. Ustawa Pzp nie określa zasad ustalania terminów, jakie należy wyznaczyć na uzupełnienie dokumentów. Niewątpliwie kwestia ta pozostaje w wyłącznej decyzji zamawiającego, który każdorazowo winien dokonać obiektywnej oceny stanu faktycznego i ustalić termin umożliwiający uzyskanie i dostarczenie przez wykonawcę brakujących dokumentów. Wyznaczenie nieodpowiedniego (zbyt krótkiego) terminu na uzupełnienie brakujących dokumentów stanowi naruszenie art. 26 ust. 3 Pzp, ponieważ prowadzi w zasadzie do obejścia obowiązku uzupełniania dokumentów. Odpowiedni termin to

w ocenie Izby termin, który jest realny do dochowania w danej sytuacji. Skoro Zamawiający w sposób nieprecyzyjny wystosował wezwanie do uzupełnienia dokumentów, winien wyznaczyć termin umożliwiający wykonawcy skompletowanie wszystkich dokumentów, o które potencjalnie mogło chodzić Zamawiającemu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu również naruszenie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp z uwagi na bezpodstawny wybór oferty najkorzystniejszej. Wobec powyższego Izba rozpoznała postawiony zarzut na podstawie jego opisu zawartego w uzasadnieniu odwołania, nie zaś kwalifikacji prawnej dokonanej przez Odwołującego, zgodnie ze stanowiskiem Sądu Okręgowego w Gliwicach w wyroku z 29 czerwca 2009 r., sygn. akt X Ga 110/09, który stwierdził, iż o tym, jakie twierdzenia lub zarzuty podnosi strona w postępowaniu, nie przesądza proponowana przez nią kwalifikacja prawna, ale okoliczności faktyczne wskazane przez tę stronę. Uwzględniając powyższe w ocenie Izby doszło do naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający nieprawidłowo dokonał oceny i wykluczenia wykonawcy D.R. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Drew-Kos D.R. z siedzibą w Tucholi.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 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 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący: