

**WYROK**  
**z dnia 28 lipca 2015 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:**

**Przewodniczący:** członek Krajowej Izby Odwoławczej - **Barbara Bettman**

**Protokolant:** **Paulina Zielenkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **28 lipca 2015 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **20 lipca 2015 r.** przez wykonawcę **SmallGIS Sp. z o.o., ul. Wadowicka 8A, 30-415 Kraków** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego **Instytut Badawczy Leśnictwa, ul. Braci Leśnej 3 Sękocin Stary, 05-090 Raszyn**, przy udziale wykonawcy zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego:

- **Astri Polska Sp. z o.o., ul. Bartycka 18a, 00-716 Warszawa,**

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie.**

**2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego**

- 2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000,00 zł** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego **SmallGIS Sp. z o.o., ul. Wadowicka 8A, 30-415 Kraków**, tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

**Przewodniczący:**

.....

### Uzasadnienie:

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie w przetargu nieograniczonego, ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym UE 2015/S 080-141513 z 24.04.2015 r.) pn. „wykonanie i dostarczenie zobrazowań satelitarnych obszaru Puszczy Białowieskiej”, w dniu 20 lipca 2015 r. zostało wniesione pisemne odwołanie przez wykonawcę SmallGIS Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, w kopii przekazane zamawiającemu w tym samym terminie.

Odwołanie zostało złożone skutkiem powiadomienia o dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty oraz o odrzuceniu oferty odwołującego, przesłanego drogą elektroniczną przez zamawiającego w dniu 9 lipca 2015 r.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 21 lipca 2015 r. pisemne przystąpienie do postępowania odwoławczego, w kopii przesłane stronom, w dniu 23 lipca 2015 r. złożył wybrany wykonawca Astri Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, po stronie zamawiającego, który wnosił o oddalenie odwołania jako bezzasadnego.

Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania w oparciu o art. 189 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) dalej „ustawy Pzp”.

Izba postanowiła dopuścić wykonawcę Astri Polska Sp. z o.o. do udziału w postępowaniu odwoławczym, uznając że przesłanki określone w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp zostały wykazane.

Odwołanie zostało wniesione wobec czynności zamawiającego - Instytutu Badawczego Leśnictwa w Sękocinie Starym, tj.:

1. niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności zamawiającego, polegającej na wadliwym przeprowadzeniu procedury badania i oceny złożonych ofert;
2. niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności zamawiającego, polegającej na odrzuceniu oferty odwołującego jako niezgodnej z treścią SIWZ w sytuacji, gdy nie było żadnych przesłanek do dokonania tej czynności, ponieważ według odwołującego - jego oferta spełnia wymagania SIWZ i jej treść w pełni odpowiada treści SIWZ, a zamawiający dokonał odrzucenia oferty w oparciu o podstawę prawną nie znajdującą zastosowania w stosunku do oferty odwołującego;

3. niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności zamawiającego, polegającej na wyborze, jako najkorzystniejszej oferty Astri Polska sp. z o.o., w sytuacji gdy to oferta odwołującego była najkorzystniejsza, a w związku z tym nie powinna podlegać odrzuceniu.

Odwołujący podnosił, że poprzez wskazane powyżej czynności i zaniechania zamawiający naruszył następujące przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych:

1. art. 7 ustawy Pzp - poprzez nadmierny formalizm i wadliwą interpretację SIWZ, prowadzącą do wykreowania dla odwołującego innych, dodatkowych wymogów, poza obowiązującymi wszystkich pozostałych wykonawców, biorących udział w postępowaniu; zastosowanie w toku postępowania do oceny oferty odwołującego niewłaściwych przepisów ustawy Pzp oraz poprzez obarczenie odwołującego skutkami prawnymi w sytuacji, kiedy dostarczył on dokumenty świadczące o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu oraz zabezpieczających prawidłowe wykonanie umowy i jego oferta jest najkorzystniejszą spośród złożonych w postępowaniu;

2. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp - poprzez odrzucenie oferty odwołującego w sytuacji, gdy spełniała ona warunki specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a niedostarczenie zobowiązania do oddania zasobów jednego z podmiotów, w związku z powoływaniem się na zasoby podmiotów trzecich w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu tj. potencjału technicznego nie mało znaczenia, w sytuacji kiedy dostarczono inne dokumenty świadczące o spełnieniu warunku udziału, gdyż:

a) w pierwszej kolejności nie stanowi niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, z uwagi na fakt, że dokumenty te nie są traktowane jako treść oferty,

b) w drugiej kolejności z uwagi na fakt, że brak uzupełnienia dokumentów wykazujących dodatkowo poza zakres minimalny spełnienie warunków nie stanowi samodzielnej podstawy odrzucenia oferty, w sytuacji, kiedy uzupełniono dokument innego podmiotu trzeciego potwierdzający spełnienie warunków udziału w postępowaniu - gdyż już korzystanie z zasobów tego jednego z podmiotów, którego dokument uzupełniono, zgodnie z wezwaniem zamawiającego, pozwala na korzystanie z konstelacji satelitów, które gwarantują wykonanie przedmiotu zamówienia.

3. art. 25 ust. 1 pkt 1 Pzp, poprzez dokonanie błędnej wykładni tego przepisu, że załączane do oferty zobowiązania podmiotów trzecich do udostępnienia zasobów stanowią treść oferty, a nie potraktowanie ich jako dokumentów podmiotowych, pomimo zastosowania do nich przepisów ustawy Pzp odnoszących się właśnie do dokumentów podmiotowych tj. art. 26 ust.3 Pzp.

4. art. 91 ust 1. ustawy Pzp poprzez wybranie w postępowaniu oferty firmy Astri Polska sp. z o.o., nie będącej ofertą najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert, określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Biorąc bowiem pod uwagę, że kryterium wyboru była w cena oraz dodatkowy kanał spektralny - jednakowo zaoferowany w obu złożonych ofertach, a oferta odwołującego, która nie powinna zostać odrzucona, zawierała oferowaną cenę w wysokości 978.465,00 zł brutto, natomiast, wybrana zgodnie z zawiadomieniem z dnia 9 lipca 2015 r. jako najkorzystniejsza, oferta firmy Astri Polska sp. z o.o. zawiera cenę o 30.356,40 zł wyższą, tj. 1 008 821,40 zł, w efekcie naruszenia przepisów ustawy Pzp - wskazanego powyżej - zamawiający wybrał ostatecznie w postępowaniu ofertę, nie będącą ofertą najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert, określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, lecz ofertę drugą w kolejności.

Odwołujący wskazywał, że powyższe naruszenia miały rzeczywisty wpływ na wynik postępowania przetargowego, albowiem spowodowały bezpodstawne odrzucenie oferty odwołującego oraz w efekcie doprowadziły do dokonania przez zamawiającego wyboru oferty, nie będącej ofertą najkorzystniejszą wedle kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Wobec powyższego odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty Astri Polska sp. z o.o. jako najkorzystniejszej,
2. unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego jako niezgodnej z SIWZ,
3. dokonania ponownych czynności badania i oceny ofert, oraz powtórzenia wyboru oferty najkorzystniejszej,
4. wyboru oferty odwołującego jak najkorzystniejszej,
5. zwrotu na rzecz odwołującego kosztów, spowodowanych wniesieniem niniejszego odwołania, w szczególności kosztów wpisu od odwołania.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań odwołujący powoływał się na swój interes we wniesieniu odwołania, polegający na tym, że gdyby postępowanie zamawiającego było zgodne z zapisami ustawy Pzp, oferta odwołującego nie zostałaby odrzucona. W takiej sytuacji, wobec zaoferowania najkorzystniejszej ceny, przy równoczesnym uzyskaniu przez wszystkich oferentów jednakowej ilości punktów w kryterium dodatkowy kanał spektralny, oferta odwołującego zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza spośród ofert, niepodlegających odrzuceniu, i to z odwołującym podpisana zostałaby umowa na realizację zamówienia. W wyniku zaniechania przez zamawiającego czynności, do których był zobowiązany przepisami ustawy Pzp oraz dokonania czynności z naruszeniem przepisów tej

ustawy, odwołujący został pozbawiony możliwości wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej oraz uzyskania i realizacji ww. zamówienia.

Odwołujący wyjaśniał, że w dniu 9 lipca 2015 r. otrzymał wiadomość, iż w wyniku badania ofert złożonych w ww. postępowaniu jego oferta została odrzucona jako niezgodna z treścią SIWZ na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, dokonano natomiast wyboru jako najkorzystniejszej oferty firmy Astri Polska sp. z o.o.

Jako niezgodność treści oferty z treścią SIWZ zamawiający zakwalifikował brak załączenia do oferty zobowiązania do udostępnienia zasobów podmiotów trzecich w związku z wykazaniem spełnienia warunku udziału w postępowaniu tj. warunku posiadania potencjału technicznego, w sytuacji, kiedy wykonawca wykazując spełnienie warunków udziału w postępowaniu zawartych w Rozdziale V pt.: „Wymagane dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu, opis warunków oraz sposób oceny ich spełniania, inne dokumenty wymagane w ofercie”, przedłożył dokumenty i oświadczenia potwierdzające spełnienie warunku w pkt 1 ppkt 3) b):

„o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące:

3) dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia:

b) Wykonawca oświadczy, że będzie dysponował odpowiednim potencjałem technicznym umożliwiającym wykonanie zamówienia, a w szczególności posiadał dostęp do pojedynczego satelity lub konstelacji satelitów gwarantujących wykonanie przedmiotu zamówienia.

Na potwierdzenie spełnienia powyższych wymagań Wykonawca dołączy do Oferty wykaz satelity lub satelitów, z których będzie korzystał przy realizacji zamówienia wraz z informacją o podstawie dysponowania nim (zgodnie z załącznikiem nr 8 do SIWZ).”

Odwołujący zaznaczał, że wskazany wyżej wymóg powiązany był z pkt 2 ppkt 14 Rozdziału V SIWZ: „W przypadku, gdy Wykonawca będzie polegał na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów zobowiązany jest przedstawić pisemne zobowiązanie tych podmiotów według wzoru stanowiącego Załącznik nr 9 do niniejszej SIWZ (art. 26 ust. 2 b ustawy). W celu oceny czy Wykonawca będzie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia oraz oceny, czy stosunek łączący Wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów żąda dokumentów dotyczących:

7.1) zakresu dostępnych Wykonawcy zasobów innego podmiotu,

7.2) sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez Wykonawcę, przy wykonaniu zamówienia,

7.3) charakteru stosunku, jaki będzie łączył Wykonawcę z innym podmiotem,

7.4) zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonaniu zamówienia.”

Odwołujący podkreślał również, że oba wskazane wyżej punkty: 13b oraz 14 wprowadzono do SIWZ w konsekwencji dyspozycji art. 25 ust. 1 oraz art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, które dotyczą dokumentów i oświadczeń niezbędnych do przeprowadzenia postępowania i potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, czyli dokumentów podmiotowych.

Zamawiający wezwał odwołującego do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust 3 ustawy Pzp w związku z brakiem załączenia do oferty zobowiązania podmiotów trzecich do oddania zasobów do dyspozycji wskazanych w wykazie. Przepis ten dotyczy oświadczeń i dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1. Artykuł ten stanowi, że:

„1. W postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie:

- 1) warunków udziału w postępowaniu.
- 2) przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego

- zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert.”

Odwołujący na wezwanie zamawiającego z dnia 22 czerwca 2015 r. złożył stosowne zobowiązanie firmy Airbus Defence and Space wypełniając wezwanie oraz wykazując spełnienie wymogów SIWZ w zakresie dysponowania potencjałem technicznym zarówno jako wykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu i dysponowania potencjałem technicznym w trakcie realizacji zamówienia objętego postępowaniem.

Odwołujący stwierdził, że udostępnione jemu zasoby przez Airbus Defence and Space pozwalają na korzystanie z konstelacji satelitów, które gwarantują wykonanie całego przedmiotu zamówienia, co wynika z treści oświadczenia tego podmiotu. Tak więc podstawy merytoryczne, wskazane jako przesłanka odrzucenia, uznał za nieuzasadnione, ponieważ skorzystanie z zasobów już jednego ze wskazanych przez odwołującego operatora satelitarne wykazuje spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz gwarantuje wykonanie całego przedmiotu zamówienia.

Ocenę dokonaną przez zamawiającego, że brak uzupełnienia dokumentacji, w zakresie wszystkich podmiotów, pomimo że udokumentowane zasoby jednego podmiotu wykazują spełnienie warunku udziału w postępowaniu oraz umożliwiają wykonanie przedmiotu zamówienia, stanowiącą podstawę do odrzucenia oferty uznał za powodującą, że jego oferta była oceniana z zastosowaniem innych, surowszych kryteriów, niż kryteria dla pozostałych wykonawców. Stwierdził, iż zamawiający dokonał oceny jego oferty z nadmiernym formalizmem, nieuzasadnionym celem postępowania, którym jest wybór najkorzystniejszej oferty w świetle przyjętych przez zamawiającego kryteriów, a nie wypełnianie wymogów formalnych, nie mających wpływu na ocenę oferty. Powołał się na stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej, w wyroku KIO 1687/14, w którym czytamy: „W przepisie (art. 26 ust. 3- przypis własny) ustawodawca nie sformułował wymagania, aby wykonawca miał obowiązek złożenia oświadczeń i dokumentów odpowiadających ściśle wezwaniu zamawiającego. Natomiast ustawodawca określił inną dyrektywę, cyt. "oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu. Z tego powodu wykonawca może złożyć oświadczenia czy dokumenty inne niż wymagane (w przypadku wskazania konkretnych oświadczeń czy dokumentów do uzupełnienia) czy inne niż założone (w przypadku domyślnego wskazania oświadczeń czy dokumentów do uzupełnienia, jak to miało miejsce w rozpoznawanym postępowaniu).” I dalej w tym samym orzeczeniu: „Ponadto skład orzekający Izby podkreśla, że procedura uzupełniania oferty określona w art. 26 ust. 3 P.z.p. dotyczy wyłącznie uzupełnienia oferty o oświadczenia, dokumenty lub pełnomocnictwa w zakresie spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub spełniania przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego i odnosi się tylko do dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 P.z.p. Art. 25 ust. 1 P.z.p. brzmi "W postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie:

- 1) warunków udziału w postępowaniu,
- 2) przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego - zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert".

W związku z tym Zamawiający nie ma podstaw do wezwania wykonawców do uzupełnienia oświadczeń czy dokumentów, które miałyby posłużyć do przyznania odpowiedniej liczby punktów w zakresie oceny ofert.”

Odwołujący argumentował, że zamawiający nie miał zatem podstaw do wzywania do uzupełnienia dokumentów, które potwierdzałyby dodatkowe, ponad minimalne spełnienie

warunków udziału w postępowaniu. Nie poddaje ich również w związku z tym ocenie. Idąc dalej argumentował, że zamawiający podał jako podstawę odrzucenia oferty odwołującego niezgodność złożonej oferty z treścią SIWZ. Tymczasem za treść SIWZ uważa się zgodnie z ustawą Pzp oświadczenie woli wykonawcy składane na formularzu ofertowym wraz z dokumentami potwierdzającymi wykonanie danego przedmiotu zgodnie z wymaganiami zamawiającego. KIO w wyroku 676/11 wskazało: „Zdaniem składu orzekającego Izby treść s.i.w.z. i treść oferty stanowią merytoryczne postanowienia oświadczeń woli: zamawiającego, który w szczególności przez opis przedmiotu zamówienia oświadcza jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, oraz wykonawcy, który jednostronnie zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru złożonej przez siebie oferty jako najkorzystniejszej. Wobec tego, co do zasady, to porównanie zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia z opisem przedmiotu zamówienia zawartym w s.i.w.z. przesądza o tym, czy treść złożonej oferty odpowiada treści s.i.w.z. - jest z nią zgodna.” Odwołujący przytoczył kolejny wyrok z dnia z dnia 8 czerwca 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 663/09), w którym Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że: „Treść oferty należy rozumieć jako treść zobowiązania wykonawcy do zgodnego z żądaniami zamawiającego wykonania zamówienia. Na tak rozumianą treść oferty składa się nie tylko sam formularz ofertowy (czy ściślej: wyrażone w nim oświadczenie woli wykonawcy), ale również wszystkie dookreślające i precyzujące zobowiązanie wykonawcy, a składane wraz z formularzem ofertowym dokumenty (np. plany, rysunki, projekty, kosztorysy... itp.)”. Izba wskazała również, co w rozumieniu ustawy Pzp treścią oferty nie jest: „Na treść oferty nie składa się oświadczenie wykonawcy czy inne dokumenty potwierdzające np. stan jego rachunku bankowego czy przebyte doświadczenie zawodowe. Co do zasady dokumenty te potwierdzają podmiotowe cechy wykonawcy, które uprawdopodobniają, iż jest zdolny do wykonania zamówienia o wymaganym stopniu komplikacji i rozmiarach, same w sobie nie stanowią jednak żadnego zobowiązania dla wykonawcy, że przy wykonywaniu zamówienia będzie np. używał osób lub sprzętu, który wykazał dla potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu”. Pogląd ten w orzecznictwie potwierdzony został wielokrotnie wyrokami KIO, w tym wyrokiem z dnia 14 kwietnia 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 412/09), artykułującym podstawową zasadę, że: „Dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu nie stanowią treści oferty”. Odwołujący podtrzymał, że na ich podstawie nie można zatem dokonać odrzucenia oferty wykonawcy - jako niezgodnej z treścią SIWZ.

Wskazywał na rozróżnienie skutków prawnych i konsekwencje związanych z „nieprawidłowościami” dotyczącymi treści oferty oraz dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Te pierwsze (treść oferty) podlegają



wyjaśnieniu w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Drugie - dokumenty na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu podlegają uzupełnieniu. Treść oferty nie podlega uzupełnieniu. Podlega wyłącznie wyjaśnieniom. Co z kolei potwierdzone jest m.in. w wyroku z dnia 16 stycznia 2012 r.: „Jedynie merytoryczna ocena oferty i stwierdzenie, że w tym merytorycznym zakresie nie odpowiada ona treści siwz może doprowadzić do jej odrzucenia. (...) Zamawiający może dokonać odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy jedynie w sytuacji ustalenia w sposób niebudzący wątpliwości, że oferta wykonawcy nie zapewni realizacji zamierzonego i opisanego w siwz celu, a oferowane świadczenie nie odpowiada wyrażonym w treści siwz wymaganiom.”

Odwołujący podtrzymał, że w niniejszym postępowaniu nie ma zatem podstaw do zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. W przypadku prawidłowego uzupełnienia dokumentów, które wykazują spełnienie warunków udziału w postępowaniu, nie ma podstaw do wykluczenia wykonawcy. Kolejny raz podnosił, iż w niniejszym postępowaniu został wezwany do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków, i przekonywał, że dokonał prawidłowego uzupełnienia, co zdaniem odwołującego - zamawiający potwierdził w piśmie z dnia 9 lipca 2015r.

Za wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 stycznia 2015 r. (sygn. KIO 2708/14; KIO 2717/14; KIO 2720/14; KIO 2723/14) odwołujący cytował: „Przepis art. 26 ust. 3 p.z.p. zezwalający na uzupełnianie brakujących lub wadliwych dokumentów, dotyczy wyłącznie sytuacji, gdy przedłożone dokumenty nie potwierdzają spełnienia wyznaczonych minimalnie warunków udziału w postępowaniu, czego skutkiem zachodziłaby konieczność wykluczenia wykonawcy z przetargu. Jeżeli, zaś dalsze przedstawione w wykazie roboty i usługi referencyjne wiążą się jedynie z przyznaniem punktacji wykonawcom w celu zakwalifikowania ich do etapu dialogu - nie zachodzą przesłanki wzywania do uzupełniania jakichkolwiek brakujących, czy wadliwych dokumentów.”

Odwołujący utrzymywał, że wykazał spełnienie warunku, ponieważ powołując się na zobowiązanie Airbus Defence and Space udowodnił, że będzie dysponował odpowiednim potencjałem na cały okres realizacji zamówienia, zawierając w oświadczeniu ww. podmiotu wszystkie wymagane ustawowo oraz w SIWZ informacje.

Na potwierdzenie swego stanowiska - odwołujący przywołał kolejny wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 lutego 2015 r. (sygn. KIO 103/15), w którym przy podobnym stanie faktycznym orzeczono: „Natomiast przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 P.z.p. stanowi, iż zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem poprawienia niezgodności oferty i SIWZ wskazanych w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Ponadto odwołujący podnosił, że zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 (...). Zastosowanie dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, jako podstawy odrzucenia oferty wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, znajduje szerokie omówienie w doktrynie, jak też orzecznictwie sądów okręgowych i Izby. Reasumując opisywane tam interpretacje i normy wynikającej z ww. przepisu - wskazywał, iż rzeczona niezgodność treści oferty z SIWZ ma mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny (ze względu na zastrzeżenie obowiązku poprawienia oferty wynikające z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp); dotyczyć powinna sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w SIWZ oraz zobowiązania oferowanego w ofercie; tudzież polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami SIWZ (z zaznaczeniem, iż chodzi tu o wymagania dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zakresu bądź jakości zobowiązania/świadczenia ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy, które również tradycyjnie są pomieszczone w SIWZ); a także możliwe być winno wskazanie i wykazanie na czym konkretnie niezgodność ta polega - co konkretnie w ofercie nie jest zgodne i w jaki sposób z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi fragmentami czy normami SIWZ.

Reasumując powyższe, odwołujący przyjął, iż niezgodność oferty z SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp polega albo na niezgodności zobowiązania, które w swojej ofercie wyraża wykonawca i przez jej złożenie na siebie przyjmuje, z zakresem zobowiązania, którego przyjęcia oczekuje zamawiający i które opisał w SIWZ; ewentualnie na niezgodnym z SIWZ sposobie wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zakresu owego zobowiązania w ofercie (nawet przy jego materialnej zgodności z wymaganiami zamawiającego). Za element sporządzanej i przedstawianej przez wykonawcę oferty uznał w tym kontekście również tzw. dokumenty przedmiotowe potwierdzające zgodność oferowanych dostaw, usług lub robót budowlanych z wymaganiami zamawiającego, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy. Konsekwentnie ich nieprzedstawienie, albo przedstawienie dokumentów nieprawidłowych spowoduje niezgodność treści oferty z SIWZ.

Odwołujący ponowił argumentację, że częścią oferty w powyższym rozumieniu nie są natomiast tzw. dokumenty podmiotowe, o których mowa w art. 25 ust 1 pkt 1 Pzp - potwierdzające okoliczności, o których mowa w art. 22 ust. 1 tej ustawy. Dokumenty tego typu odnoszą się do podmiotowych cech wykonawcy, badanych na potrzeby jego dopuszczenia do ubiegania się o udzielenie zamówienia i możliwości przyjęcia jego oferty. Dokumenty te nie są więc częścią oświadczenia woli wykonawcy zmierzającym do zaciągnięcia zobowiązania w określonym kształcie i zakresie (oferty) - przeważnie nie są elementem oświadczenia to opisującym czy dookreślającym (przypadki szczególne i wyjątki

zależą od brzmienia dokumentów przetargowych, które np. mogą nakładać na wykonawcę zobowiązanie do wykorzystania w trakcie realizacji zamówienia określonego potencjału podmiotowego, który wykazywał w ramach spełniania warunków udziału w postępowaniu).

Brak dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu nie może więc być zakwalifikowany jako niezgodność treści oferty z SIWZ - z tego względu uznał, że okoliczności faktyczne podane jako podstawa odrzucenia oferty odwołującego nie mieszczą się w zakresie normowania art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Zamawiający wskazywał na braki w wykazaniu spełniania podmiotowych warunków udziału w postępowaniu, a nie niezgodność oświadczenia woli wykonawcy, jakim jest oferta, z treścią SIWZ.

W ocenie odwołującego nie było zatem podstaw do odrzucenia jego oferty, ani również wobec wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu do podjęcia innych czynności, takich jak wykluczenie odwołującego.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie do protokołu rozprawy podał, że zarzuty odwołującego są niespójne z treścią zobowiązania (oświadczenia woli), które zostały zawarte w treści oferty, ponieważ odwołujący jednoznacznie wskazał, że będzie korzystał z zasobów dwóch podmiotów (operatorów różnych satelitów). Zamawiający uważał, że w swoim stanowisku odwołujący dokonał zmiany treści złożonej oferty. Potencjał techniczny to nie tylko sam dostęp do konstelacji satelitów. Wykonawca jest uprawniony do powoływania się na zasoby innych podmiotów, pod warunkiem że będzie dysponował tymi zasobami podczas realizacji zamówienia, co oznacza, że odwołujący złożył zobowiązanie, iż będzie korzystał w trakcie realizacji tego zamówienia z zasobów dwóch odrębnych podmiotów trzecich. Zamawiający wskazał, że w przypadku stwierdzenia braków lub błędów w dokumentach, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp, jego obowiązkiem jest wyczerpanie trybu przewidzianego art. 26 ust 3 Pzp. Zaznaczał, że dokument zobowiązania podmiotu trzeciego do udostępnienia konstelacji satelitów Pleiades przedłożony w wyniku wezwania przez odwołującego ma charakter terminowy, ponieważ stwierdza, że jest ważny do dnia 31 sierpnia 2015 r. i podnosi, że dokument o tym samym charakterze przedłożony przez ten sam podmiot trzeci - Airbus Defence and Space w wyniku wezwania zamawiającego przez przystępującego wykonawcę - nie zawiera zastrzeżeń co do terminu jego ważności. Wskazuje oznaczenie tego przetargu przez zamawiającego i udostępnienie zasobów przez okres trwania projektu. Wniosek dla zamawiający był taki, że treść obydwóch dokumentów nie jest tożsama. Czas dostępu do zasobów podmiotu udostępniającego ma wpływ na potencjał techniczny wykonawcy i możliwość realizacji zamówienia przez odwołującego. Zamawiający stwierdził, że wyznaczone warunki podmiotowe i wykazany sposób ich spełnienia przez wykonawców rzutowały na możliwość realizacji zobowiązania wykonawcy

podjętego w ofercie. W ocenie zamawiający wymóg dysponowania satelitą lub konstelacją satelitów miał charakter podmiotowo – przedmiotowy, bo nie tylko wykonawca miał się wykazać tym potencjałem, ale także przy jego pomocy miał realizować przedmiotowe zamówienie, na co wykonawca składał oświadczenie w załączniku nr 8. Zamawiający stwierdza, że skoro wykonawca wskazał dwa podmioty – operatorów 3 satelitów, przy pomocy których zamierzał wykonywać przedmiotowe zamówienie, to oznacza, że sam określił w jaki sposób będzie realizował przedmiotowe zamówienie, czyli zasoby te były niezbędne do realizacji zamówienia dla odwołującego wykonawcy – zgodnie z wytycznymi do wypełnienia załącznika 8.

Zamawiający odnosząc się do tego, że ustanowił kryterium dodatkowy kanał spektralny waga kryterium 5% - wyjaśniał, że poszczególny satelita lub ich konstelacja obsługuje wiele kanałów spektralnych. Jeden satelita mógł obsługiwać wszystkie kanały spektralne, które zamawiający zamówił.

Zamawiający podnosił, iż nie wie jakiej treści umowy wiążą ewentualnych wykonawców z operatorami tych satelitów, stąd każda z firm może mieć na podstawie swojej umowy różny zakres dostępu do materiałów pozyskiwanych przez satelitę (kanały spektralne – zdjęcia). Zamawiającego nie interesowała ilość satelitów przy realizacji zamówienia, natomiast interesowała zamawiającego możliwość wykonania przez wykonawcę całości zamówienia opisanego w SIWZ przez taką ilość satelitów, jaką uznał za stosowne w swojej ofercie wykonawca. W formularzu oferty odwołującego - pkt 6 zawarte jest stwierdzenie, że „oferuje zobrazowanie wykonania czterema zakresami spektralnymi oraz dodatkowym kanałem spektralnym (panchromatycznym)”. Zamawiający zaznaczał, że taki zakres kanałów spektralnych mógł mieć zarówno każdy z satelitów wskazanych w załączniku 8 ofercie odwołującego. Odwołujący nie rozróżnił w dokumentach swojej oferty, które wskazane przez niego satelitów obsługują zakres minimalny, tj. czterech zakresów spektralnych, a których obsługuje dodatkowy kanał spektralny przyjmowany do oceny ofert w wyznaczonym kryterium. Zamawiający zaznaczał, że wykonawcy nie wnosili środków ochrony prawnej na postanowienia SIWZ. Na str. 21 SIWZ -wymagania dla zadania pozyskiwania zobrazowań satelitarnych pkt W5 zaznaczono, że zobrazowanie winno być wykonane z czterema zakresami spektralnymi, to można to było osiągnąć zarówno z poziomu jednego satelity, jak i wielu, w zależności od tego jakie mają zawarte umowy wykonawcy z operatorami tych satelitów. Zamawiający argumentował, że z jednej strony odwołujący kwestionuje podstawę art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp - do odrzucenia jego oferty, a z drugiej odwołuje się do art. 87 ust.1 Pzp, że nie została wyczerpana procedura wyjaśniania treści jego oferty. Tym samym potwierdza, że zamawiający mógł odnosić brak zobowiązania podmiotu trzeciego odnośnie satelitów World View, GeoEie wskazanych w zał. nr 8 - do

treści złożonej oferty. Z jakiś powodów odwołujący w swojej ofercie podał, że przedmiot zamówienia wykona przy pomocy satelitów obsługiwanych przez dwóch różnych operatorów. Skoro podał że będzie korzystał z oznaczonych satelitów na zasadzie potencjału udostępnionego, to powinien załączyć również zobowiązanie operatorów tych satelitów do udostępnienia tych zasobów. Zamawiający podtrzymał że wymóg miał charakter przedmiotowo - podmiotowy, gdyż określa dostęp do satelitów przy pomocy, których należało zrealizować zamówienie, co oznacza, że jest to oświadczenie woli wykonania zamówienia w oznaczony sposób.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody: z ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty odwołującego, dokumentu zobowiązania firmy Airbus Defence and Space w ofercie przystępującego, korespondencji stron. Ponadto, Izba rozważyła stanowiska stron i uczestnika, przedstawione w złożonych pismach oraz do protokołu rozprawy.

Rozpatrując sprawę w granicach zarzutów odwołania, jak stanowi art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba ustaliła, co następuje.

Z akt postępowania przetargowego udostępnionych przez zamawiającego - wynika następujący stan faktyczny.

Specyfikacja istotnych warunków zamówienia (SIWZ). Rozdział XIV. pkt 1. Przedmiot zamówienia stanowi „wykonanie i dostarczenie zobrazowań satelitarnych obszaru Puszczy Białowieskiej”.

Rozdział V pt.: Wymagane dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu, opis warunków oraz sposób oceny ich spełniania. Inne dokumenty wymagane w ofercie

1. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące:

3) dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia:

b) (pkt 1.3.b) Wykonawca oświadczy, że będzie dysponował odpowiednim potencjałem technicznym umożliwiającym wykonanie zamówienia, a w szczególności posiadał dostęp do pojedynczego satelity lub konstelacji satelitów gwarantujących wykonanie przedmiotu zamówienia.

Na potwierdzenie spełnienia powyższych wymagań Wykonawca dołączy do Oferty wykaz satelity lub satelitów, z których będzie korzystał przy realizacji zamówienia wraz z informacją o podstawie dysponowania nim (zgodnie z załącznikiem nr 8 do SIWZ).

Rozdział V pkt 2. Każdy z wykonawców ma obowiązek złożyć następujące dokumenty potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu.

1. Oświadczenie o spełnieniu warunków określonych w art. 22 ust. 1 ustawy, według wzoru zał. 2 do SIWZ,
13. Wykaz potencjału technicznego dostępnego wykonawcy umożliwiającego wykonanie zamówienia zgodnie z pkt. 1.3.b) SIWZ.

Wykonawca zobowiązany jest wskazać sprzęt, wymagany przez Zamawiającego w realizacji zamówienia oraz podać informację o podstawie do jego dysponowania (tj. pisemne zobowiązanie podmiotów do oddania Wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia – jeżeli dotyczy).

14. W przypadku, gdy Wykonawca będzie polegał na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów zobowiązany jest przedstawić pisemne zobowiązanie tych podmiotów według wzoru stanowiącego Załącznik nr 9 do niniejszej SIWZ (art. 26 ust. 2 b ustawy). W celu oceny czy Wykonawca będzie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia oraz oceny, czy stosunek łączący Wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów żąda dokumentów dotyczących:

- 7.1) zakresu dostępnych Wykonawcy zasobów innego podmiotu,
- 7.2) sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez Wykonawcę, przy wykonaniu zamówienia,
- 7.3) charakteru stosunku, jaki będzie łączył Wykonawcę z innym podmiotem,
- 7.4) zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonaniu zamówienia.

Punkt 3. Ponadto wykonawcy mają dołączyć do oferty następujące dokumenty.

- 1) ofertę cenową zgodnie z rozdziałem I ust. 3 niniejszej SIWZ - załącznik nr 1 do SIWZ,
- 3) zatwierdzony wzór umowy, stanowiącej załącznik nr 11 do SIWZ.

Rozdział VII SIWZ. Zamówienie będzie realizowane w latach 2015-2019.

Rozdział IX SIWZ.

1. Wykonawca określi w formularzu cenowym zał. 1 kwotę wynagrodzenia za czynności określone w opisie przedmiotu zamówienia w rozdziale IV SIWZ.

Rozdział X SIWZ. Termin składania ofert do 8 czerwca 2015 r. zmieniony na dzień 15 czerwca 2015 r.

Rozdział X SIWZ. Wybór oferty najkorzystniejszej

2. Kryteriami oceny ofert są:

- a) Cena (waga kryterium)- 95%
- b) Dodatkowy kanał spektralny; waga -5%

Punkty za to kryterium zostaną przyznane według zasad:

- zaoferowanie dodatkowego kanału spektralnego w stosunku do opisu przedmiotu zamówienia kanału spektralnego w zakresie podczerwieni (...) - 5 pkt,
- zaoferowanie 4 kanałów spektralnych zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia - 0 punktów. Maksymalna ilość punktów za to kryterium - 5.

Pkt. 2 zamawiający dokona wyboru wykonawcy spośród ofert nie odrzuconych, który uzyska najwyższą liczbę punktów za oba kryteria oceny.

Pkt. 5. Zamawiający dokona badania oceny ofert w celu stwierdzenia czy wykonawcy nie podlegają wykluczeniu. W przypadku wykluczenia wykonawcy Zamawiający odrzuci jego ofertę. Następnie Zamawiający dokona oceny, czy oferty wykonawców nie wykluczonych z postępowania nie podlegają odrzuceniu.

Pkt. 6. W toku badania i oceny ofert Zamawiający może żądać od Wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert i dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu.

Rozdział XIV. Celem zadania jest zakup obrazowań satelitarnych pozyskanych trzykrotnie w sezonie wegetacyjnym przez 5 lat trwania projektu, które zezwolą na:

- określenie przestrzennej dynamiki populacji świerka w Puszczy Białowieskiej
- określenie dynamiki luk i innych powierzchni otwartych powstałych w drzewostanach badanego obszaru.

Na str. 21 SIWZ -wymagania dla zadania pozyskiwania obrazowań satelitarnych pkt W5 zaznaczono, że obrazowanie winno być wykonane z czterema zakresami spektralnymi.

W formularzu oferty zgodnie z wzorem załącznika nr 1. Do SIWZ wykonawca składał oświadczenie, że w odpowiedzi na ogłoszenie o przetargu nieograniczonym na wykonanie i dostarczenie obrazowań satelitarnych obszaru Puszczy Białowieskiej, składam niniejszą ofertę: oferuję wykonanie zamówienia zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia za cenę: (...)

W razie wybrania mojej oferty zobowiązuję się do podpisania umowy na warunkach zawartych we wzorze umowy dołączonym do SIWZ.

Załącznik 5 Wykaz części prac powierzonych podwykonawcom.

Załącznik nr 8. Wykaz zasobów.

Oświadczamy, że do realizacji niniejszego zamówienia dysponujemy odpowiednim potencjałem technicznym.

Nazwa sprzętu; informacja o podstawie dysponowania zasobami.

Uwaga: W przypadku, polegania Wykonawcy na potencjale technicznym innych podmiotów niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków, zobowiązany jest udowodnić Zamawiającemu, iż w czasie realizacji zamówienia będzie dysponował niezbędnymi zasobami do jego realizacji, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy realizacji zamówienia, według wzoru stanowiącego Załącznik nr 9 do niniejszej SIWZ (art. 26 ust. 2 b ustawy).

Załącznik nr 9 do SIWZ. Zobowiązanie podmiotów na rzecz Wykonawcy ubiegającego się o zamówienie.

Zobowiązuję się do oddania Wykonawcy .....do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy realizacji zamówienia pn. wykonanie i dostarczenie zobrażeń satelitarnych obszaru Puszczy Białowieskiej, w zakresie:

- potencjale technicznym - zgodnie z treścią SIWZ, umową oraz ofertą Wykonawcy wraz z załącznikami. UWAGA należy odpowiednio podkreślić wybrany zakres zobowiązania.

Zał. nr 11 do SIWZ. Wzór umowy w § 1 stanowi, że szczegółowy opis prac objętych umową (...) określa opis przedmiotu umowy - zał. 1 i 2 oraz oferta wykonawcy, stanowiąca zał. 3 do umowy.

Zamawiający udzielał wyjaśnień do SIWZ.

Protokół z dnia 15 czerwca 2015 r. z otwarcia ofert podaje, że zostały złożone 2 oferty:

1. SmallGIS Sp. z o.o. ul. Wadowicka 8A 30-415 Kraków; cena 978 465,00 zł, zaoferowano dostarczenie dodatkowego kanału panchromatycznego.
2. Astri Polska Sp. z o.o., ul. Bartycka 18a, 00-716 Warszawa, cena 1 008 821,40 zł, zaoferowano dostarczenie dodatkowego kanału panchromatycznego.

W formularzu oferty odwołujący w punkt. 6 podał, że oferuje zobrazenie wykonane z 4 zakresami spektralnymi oraz dodatkowym kanałem spektralnym- panchromatycznym.

Wykonawca złożył oświadczenie według wzoru zał. 2 do SIWZ o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu.

Wykonawca złożył oświadczenie według wzoru zał. 8 do SIWZ - wykaz zasobów udostępnionych - dostęp do satelitów.

Nazwa konstelacji – „Pleiades” - dysponowanie - umowa partnerska,



Nazwa konstelacji – „WordView, GeoEye” - dysponowanie - umowa partnerska.

Zamawiający w dniu 22 czerwca 2015 r. wystosował do odwołującego oraz przystępującego jednobrzmiące wezwanie o uzupełnienie dokumentów: *„Zamawiający stwierdził, że przy realizacji zamówienia zamierzacie Państwo polegać na potencjale technicznym innych podmiotów. W takim przypadku, zgodnie z punktem 14 Rozdział V SIWZ - gdy Wykonawca będzie polegał na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów zobowiązany jest przedstawić pisemne zobowiązanie tych podmiotów według wzoru stanowiącego Załącznik nr 9 do niniejszej SIWZ (art. 26 ust. 2 b ustawy). W celu oceny czy Wykonawca będzie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia oraz oceny, czy stosunek łączący Wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów żąda dokumentów dotyczących:*

- 7.1) zakresu dostępnych Wykonawcy zasobów innego podmiotu,*
- 7.2) sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez Wykonawcę, przy wykonaniu zamówienia,*
- 7.3) charakteru stosunku, jaki będzie łączył Wykonawcę z innym podmiotem,*
- 7.4) zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonaniu zamówienia.”*

*W Państwa ofercie znajduje się jedynie informacja, iż dostęp do satelit odbywać się będzie na zasadzie umowy partnerskiej. Nie ma natomiast dokumentów wymienionych w przytoczonym powyżej punkcie 15 SIWZ. W związku z powyższym na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp prosimy o uzupełnienie dokumentów do dnia 26 czerwca 2015 r. termin wydłużony do 3 lipca 2015 r.”*

Przy piśmie z dnia 30 czerwca 2015 r. odwołujący złożył zobowiązanie operatora satelitarnego Airbus DS. Geo S.A. z 5 czerwca 2015 r. na podstawie którego firma SmallGIS Sp. z o.o. będzie dysponować zasobami niezbędnymi przy wykonywaniu zamówienia, tj. Będzie posiadać dostęp do zdjęć satelitarnych wykonywanych przez konstelację satelitów Pleiades. Odwołujący stwierdził, iż zobowiązanie to stanowi potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu na dzień składania ofert i zawiera informacje dotyczące:

- zakresu dostępnych Wykonawcy zasobów podmiotu udostępniającego,
- sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez Wykonawcę, przy wykonaniu zamówienia,
- charakteru stosunku, jaki będzie łączył Wykonawcę z innym podmiotem,
- zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonaniu zamówienia

W związku z powyższym zobowiązanie podmiotu zagranicznego odpowiada co do treści wzorowi zobowiązania tj. zał. 9 do SIWZ.

Zobowiązanie Airbus Defence and Space Geo S.A. z 5 czerwca 2015 r. ma treść: „My Airbus DS. Geo S.A. (...) niniejszym potwierdzamy, że Small GIS sp. z o.o. jest upoważniony do dostarczania zobrazowań satelitarnych Pleiades obejmujących obszar Polski w ramach przetargu, o którym mowa powyżej, do wykorzystania na czas trwania projektu i zgodnie z zasadami i warunkami umowy licencyjnej użytkownika „EULA” dostępnej pod następującym adresem [WWW.geo-airbusds.com](http://WWW.geo-airbusds.com)(...)”

Dopisek: To oświadczenie zachowuje ważność do 31 sierpnia 2015 r.”

W zobowiązaniu przedstawionym przez Astri Polska Sp. z o.o. przez ten sam podmiot, tj. Airbus Defence and Space brak jakichkolwiek ograniczeń czasowych ważności danego zobowiązania.

Pismem z dnia 9 lipca 2015 r. zamawiający powiadomił wykonawców o wyborze oferty przystępującego - Astri Polska Sp. z o.o. oraz o odrzuceniu oferty odwołującego.

Zamawiający podał następujące uzasadnienie tej czynności.

„Zamawiający informuje, że w wyniku badania ofert, Państwa oferta została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Uzasadnienie: w toku badania oferty Zamawiający stwierdził, że przy realizacji zamówienia Wykonawca zamierza polegać na potencjale technicznym innych podmiotów. W załączonym do oferty „wykazie zasobów” (str. 29 oferty) Wykonawca zadeklarował posiadanie dostępu do pojedynczego satelity lub konstelacji satelitów gwarantujących wykonanie przedmiotu zamówienia o nazwach „Pleiades” oraz WordView, GeoEye”. W takim przypadku, zgodnie z punktem 14 Rozdział V SIWZ, gdy wykonawca będzie polegał na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów zobowiązany jest przedstawić pisemne zobowiązanie tych podmiotów według wzoru stanowiącego Załącznik nr 9 do niniejszej SIWZ. Powyższe zgodne jest z treścią art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych. Ponadto, w celu oceny czy Wykonawca będzie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia oraz oceny, czy stosunek łączący Wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów żąda dokumentów dotyczących:

- 7.1) zakresu dostępnych Wykonawcy zasobów innego podmiotu,
- 7.2) sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez Wykonawcę, przy wykonaniu zamówienia,
- 7.3) charakteru stosunku, jaki będzie łączył Wykonawcę z innym podmiotem,
- 7.4) zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonaniu zamówienia.

Ponieważ w ofercie wykonawcy znajdowała się jedynie informacja, iż dostęp do satelit odbywać się będzie na zasadzie umowy partnerskiej Zamawiający działając na podstawie

*art. 26 ust. 3 ustawy Pzp zwrócił się o uzupełnienie dokumentów w ofercie w terminie do dnia 3 lipca 2015 r. Wykonawca dostarczył dokumenty w wyznaczonym terminie. W wyniku ich analizy Zamawiający stwierdził, że załączone dokumenty potwierdzają posiadanie dostępu do zasobów innego podmiotu (firmy Airbus Defense and Space) właściciela konstelacji satelitów „Pleiades”. Wykonawca nie załączył jednak żadnych dokumentów dot. zobowiązania drugiego podmiotu na zasobach, którego zamierzał polegać przy realizacji przedmiotowego zamówienia, tj. właściciela satelit „WorldView, GeoEye”. tym samym Wykonawca nie spełnił wymagań zamawiającego określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a treść złożonej przez niego oferty nie odpowiada treści SIWZ.”*

### **Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.**

Odwołujący wykazał legitymację do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Ubiega się o przedmiotowe zamówienie, mógł zatem dowodzić, że czynności zamawiającego wobec jego oferty zostały przedsięwzięte z naruszeniem przepisów ustawy Pzp, co godziło w interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia i mogło go narażać na poniesie szkody.

Przechodząc do rozpatrzenia zarzutów odwołania należało mieć na uwadze zarówno uregulowania ustawowe odnoszące się do sposobu wykazania zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia, jak i warunki szczegółowe, które określił zamawiający w postanowieniach ogłoszenia oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia, podanych do wiadomości i stosowania przez wszystkich wykonawców, którzy zdecydowali się na złożenie oferty.

Art. 22 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki, dotyczące między innymi: 3) dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym. Ust. 3. Opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków, o których mowa w ust. 1, zamieszcza się w ogłoszeniu o zamówieniu (...). Z kolei art. 25 ust 1 ustawy Pzp upoważnia zamawiającego do żądania w postępowaniu o udzielenie zamówienia od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie:

- 1) warunków udziału w postępowaniu,
  - 2) przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego
- zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert.

Rodzaje dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, oraz

w celu potwierdzenia, że usługi odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego, a także formy, w jakich dokumenty te mogą być składane - określa rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. (Dz. U. z 2013 r. poz. 231), stanowiąc w § 1 ust. 1 pkt 4 oraz w § 6 ust. 1 pkt 1, że zamawiający może żądać następujących dokumentów: wykazu narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy usług (...) w celu wykonania zamówienia wraz z informacją o podstawie dysponowania tymi zasobami. Natomiast w celu potwierdzenia, że usługi odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego, może żądać w szczególności: próbek, opisów lub fotografii produktów, które mają być dostarczone.

O przedmiotowe zamówienie mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają wyznaczone warunki. Zamawiający zapowiedział w SIWZ, rozdział X Pkt. 5, że dokona badania oceny ofert w celu stwierdzenia czy wykonawcy nie podlegają wykluczeniu. W przypadku wykluczenia wykonawcy Zamawiający odrzuci jego ofertę. Następnie Zamawiający dokona oceny, czy oferty wykonawców nie wykluczonych z postępowania nie podlegają odrzuceniu.

Art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, umożliwia wykonawcy posługiwanie się potencjałem udostępnionym przez podmioty trzecie, stanowiąc że wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia, zdolnościach finansowych lub ekonomicznych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji jest zobowiązany udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował tymi zasobami w trakcie realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia.

Zamawiający w ogłoszeniu oraz w SIWZ, w ślad za przytaczanym wyżej przepisem zawarł odniesienie do ww. w postanowieniu Rozdziału V punkt 14 SIWZ oraz sprecyzował dalsze wymagania wynikające z treści § 1 ust. 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 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. poz. 231), gdyż w SIWZ postanowił, że o ile wykonawca będzie polegał na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów zobowiązany jest przedstawić pisemne zobowiązanie tych podmiotów według wzoru stanowiącego Załącznik nr 9 do niniejszej SIWZ. Ponadto, w celu oceny czy Wykonawca będzie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia oraz oceny, czy stosunek łączący Wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów żądał dokumentów dotyczących:

- 7.1) zakresu dostępnych Wykonawcy zasobów innego podmiotu,
- 7.2) sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez Wykonawcę, przy wykonaniu zamówienia,
- 7.3) charakteru stosunku, jaki będzie łączył Wykonawcę z innym podmiotem,
- 7.4) zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonaniu zamówienia.

Zgodnie z przywoływaną wyżej regulacją, dane te mają służyć zamawiającemu jako narzędzie oceny - czy wykonawca będzie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia oraz oceny, czy stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów przez cały czas, na który zawierana jest umowa.

Przepis art. 26 ust. 2b ustawy Pzp jest wynikiem implementacji art. 47 ust. 2 oraz art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18/WE z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi, stanowiącego wytyczne dla stosowania prawa krajowego w tym zakresie. W ujęciu przepisów prawa unijnego, wykonawca może w stosownych sytuacjach oraz w przypadku konkretnego zamówienia, polegać na zdolnościach innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi powiązań. Musi on w takiej sytuacji udowodnić instytucji zamawiającej, iż będzie dysponował niezbędnymi zasobami np. przedstawiając w tym celu stosowne zobowiązanie takich podmiotów. A więc chodzi o ustalenie adekwatnej sytuacji, zaistniałej w konkretnym postępowaniu.

Ustawodawca nie bez powodu zaznaczył, że wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia, zdolnościach finansowych lub ekonomicznych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Istotne jest zatem, aby zobowiązanie pozwalało zidentyfikować łączący wykonawcę z podmiotem trzecim stosunek prawny, i aby realne wsparcie w obranej formie odpowiadało charakterowi przedmiotowego zamówienia oraz było świadczone przez pełny okres realizacji zamówienia. W końcu trzeba też mieć na uwadze, że ustawodawca wprowadzając w art. 26 ust. 2c ustawy Pzp normę, iż podmiot który zobowiązał się do udostępnienia zasobów, odpowiada solidarnie z wykonawcą za szkodę zamawiającego powstałą wskutek nieudostępnienia tych zasobów, chyba że za nieudostępnienie zasobów nie ponosi winy - stworzył dodatkowe gwarancje - w sposób istotny zwiększające wiarygodność składanych oświadczeń w tym zakresie.

W ocenie Izby postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia - wypełniają postulaty przytoczanych powyżej uregulowań prawnych. Warunki zostały podane jednolicie dla wszystkich wykonawców i zostały ukształtowane w sposób wiążący, i na

obecnym etapie postępowania brak podstaw do rewidowania ich treści. Wykonawcy oraz zamawiający nie mogli odstępować od ich stosowania.

Dyspozycja art. 26 ust. 2a ustawy Pzp zobowiązuje wykonawców na żądanie zamawiającego i w zakresie przez niego wskazanym do wykazania odpowiednio, nie później niż na dzień składania (...) ofert, spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba podzieliła stanowisko zamawiającego, że odwołujący częściowo spełnił wymóg udziału w postępowaniu w postaci dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym zapewniającym dostęp do pojedynczego satelity lub konstelacji satelitów gwarantujących wykonanie przedmiotu zamówienia, przy czym polegał w tym zakresie na zasobach innego podmiotu - Airbus Defence and Space (...), który potwierdził, że Small GIS Sp. z o.o. jest upoważniony do dostarczania obrazów satelitarnych Pleiades obejmujących obszar Polski w ramach przetargu, o którym mowa powyżej, do wykorzystania na czas trwania projektu i zgodnie z zasadami i warunkami umowy licencyjnej użytkownika „EULA” dostępnej pod następującym adresem [WWW.geo-airbusds.com](http://WWW.geo-airbusds.com) (...).

W oświadczeniu zgodnie z wymogami SIWZ wskazano:

- zakres udostępnianych wykonawcy zasobów - potencjał techniczny - satelity Pleiades
- sposób wykorzystania zasobów - dostarczanie obrazów satelitarnych
- charakter stosunku jaki będzie łączył wykonawcę z podmiotem - umowa licencyjna
- zakres i okres udziału innego podmiotu przy realizacji zamówienia - udostępnienie zasobów na czas trwania projektu.

Jednocześnie zobowiązanie to zawiera zastrzeżenie, że „To oświadczenie zachowuje ważność do 31 sierpnia 2015 r.” - co odwołujący zupełnie przemilczał.

Celem zadania jest zakup obrazów satelitarnych pozyskanych trzykrotnie w sezonie wegetacyjnym przez 5 lat trwania projektu, które zezwolą na:

- określenie przestrzennej dynamiki populacji świerka w Puszczy Białowieskiej
- określenie dynamiki luk i innych powierzchni otwartych powstałych w drzewostanach badanego obszaru.

Zgodnie z rozdziałem VII SIWZ zamówienie będzie realizowane w latach 2015-2019.

Udostępnienie zasobu przez podmiot trzeci nie mogło więc zawierać żadnego ograniczenia, że pozostaje ono ważne do „31 sierpnia 2015 r.” gdyż nie gwarantuje to koniecznego udziału podmiotu użyczającego potencjał w całym okresie realizacji przedmiotowego zamówienia. Nie zasługiwała na przyjęcie argumentacja odwołującego, że owo zastrzeżenie należało rozumieć w ten sposób, iż dokument mógł być złożony w przetargu tylko do dnia 31 sierpnia 2015 r. Przy brzmieniu omawianego zobowiązania

podmiot Airbus Defence and Space mógłby powoływać się w trakcie realizacji zamówienia, iż nie jest ono wiążące, zatem przedstawiony dokument nie gwarantował zamawiającemu wykonania zobowiązania w sposób oznaczony w ofercie odwołującego - przy pomocy konstelacji satelitów Pleiades - przez czas trwania projektu (zawierał wzajemnie sprzeczne stwierdzenia). Co charakterystyczne ten sam operator Airbus Defence and Space w swoim zobowiązaniu udzielonym przystępującemu, nie zawarł żadnych ograniczeń czasowych.

Odwołujący mimo, że w załączniku nr 8 złożył oświadczenie - wykaz zasobów udostępnionych - dostęp do satelitów:

Nazwa konstelacji - „Pleiades” - dysponowanie - umowa partnerska

Nazwa konstelacji - „WorldView, GeoEye” - dysponowanie - umowa partnerska

- na wezwanie zamawiającego z dnia 22 czerwca 2015 r. nie uzupełnił pisemnego zobowiązanie podmiotów obsługujących satelity „WorldView, GeoEye” według wzoru stanowiącego załącznik nr 9 do SIWZ.

Izba uwzględniła argumentację zamawiającego, że to wykonawca w dokumentach oferty podawał zakres potencjału podmiotów trzecich - konieczny dla jego możliwości, aby spełnić przynajmniej wymagania minimalne, tj. zobrazowanie wykonane z 4 zakresami spektralnymi oraz ewentualnie dodatkowym kanałem spektralnym- panchromatycznym. Skoro odwołujący podał w zał. nr 8, że gwarantuje wykonanie przedmiotu zamówienia przy pomocy satelitów konstelacji „Pleiades” oraz „WorldView, GeoEye” winien przedstawić zobowiązanie wszystkich operatorów obsługujących wymienione satelity. Zamawiającemu nie była znana treść umów zawartych przez odwołującego z ww. podmiotami i zakres usług świadczonych przez nich na rzecz odwołującego. Odwołujący dopiero w odwołaniu podnosił, że zobrazowanie wykonane z 4 zakresami spektralnymi zapewniają same satelity Pleiades – zatem do tego ograniczył uzupełnienie zobowiązania podmiotu trzeciego. Wezwanie zamawiającego dotyczyło natomiast 2 pozycji Wykazu zasobów (zał. nr 8).

Zamawiający zapowiedział w SIWZ, że toku badania i oceny ofert może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert i dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Działanie takie umożliwia przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, który stanowi, że zamawiający wzywa wykonawców którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 (...) do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu lub konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu (...) nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert.

Wbrew argumentom odwołującego podnoszonym w odwołaniu, z treści złożonego przez niego załącznika nr 8 wykaz zasobów udostępnionych - dostęp do satelitów.

Nazwa konstelacji – „Pleiades” - dysponowanie - umowa partnerska,

Nazwa konstelacji – „WordView, GeoEye” - dysponowanie - umowa partnerska

- w żadnym stopniu nie wynika, które z nich są na potwierdzenie spełnienia wymagań minimalnych - wykazania spełnienia warunków udziału, a które dla potrzeb uzyskania punktacji w kryterium - zaoferowanie dodatkowego kanału spektralnego w stosunku do opisu przedmiotu zamówienia, tj. kanału spektralnego w zakresie podczerwieni (...). W formularzu oferty odwołujący w punkt. 6 podał tylko, że oferuje zobrazowanie wykonane z 4 zakresami spektralnymi oraz dodatkowym kanałem spektralnym- panchromatycznym.

Dookreślanie znaczenia poszczególnych dokumentów wykonawcy - w postępowaniu odwoławczym przed Izbą nie może mieć miejsca.

Nie jest również dopuszczalne dwukrotne wzywanie wykonawcy do uzupełnienia tych samych dokumentów. Stąd nie zachodziła możliwość nakazania zamawiającemu ponowienia prawidłowo dokonanego wezwania.

Udostępnienie potencjału przez Airbus Defence and Space Geo S.A. na rzecz odwołującego było wadliwe, gdyż wystawca zastrzegł, iż dokument ten traci ważność po 31 sierpnia 2015 r., a więc pozostawało bezskuteczne.

Zobowiązania do udostępnienia pozostałych zasobów - wymienionych w zał. 8 przez dysponentów wskazanych satelitów „WordView, GeoEye”, mimo wezwania - odwołujący nie przedstawił.

W tych okolicznościach zachodziły podstawy do wykluczenia odwołującego z postępowania w oparciu o art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, jako że wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Konsekwencją wykluczenia wykonawcy jest zgodnie z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp uznanie oferty za odrzuconą. Dodatkowo w warunkach SIWZ zamawiający podał wprost, że w przypadku wykluczenia wykonawcy - odrzuci jego ofertę, a nie że uzna ofertę za odrzuconą, na co zainteresowani wykonawcy nie zareagowali odwołaniem.

Izba uwzględniła, że zamawiający przedstawił w okolicznościach tej sprawy prawidłowe uzasadnienie faktyczne podjętej czynności wobec oferty odwołującego - w wyniku przeprowadzonej analizy zamawiający stwierdził, że załączone dokumenty potwierdzają posiadanie dostępu do zasobów innego podmiotu (firmy Airbus Defense and Space) właściciela konstelacji satelitów „Pleiades” [na dzień złożenia oferty]. Wykonawca nie załączył jednak żadnych dokumentów dot. zobowiązania drugiego podmiotu na zasobach, którego zamierzał polegać przy realizacji przedmiotowego zamówienia, tj. właściciela



satelitów „WordView, GeoEye”, tym samym wykonawca nie spełnił wymagań zamawiającego określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Niewątpliwie zamawiający w stanie faktycznym tego postępowania przetargowego był uprawniony aby utrzymywać, iż odwołujący nie spełnił wymagań zamawiającego określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie podanym - koniecznym do udowodnienia, iż udostępnienie całości wskazanych zasobów podmiotów trzecich gwarantuje do nich rzeczywisty dostęp przez cały czas realizacji projektu.

W jakimś stopniu na uwagę zasługiwała argumentacja zamawiającego oraz przystępującego, że omawiany wymóg ma charakter przedmiotowo - podmiotowy, gdyż określa dostęp do satelitów przy pomocy, których należało zrealizować zamówienie, co oznacza, że wykonawca składał zobowiązanie (oświadczenie woli) wykonania zamówienia w oznaczony sposób - poprzez wykorzystanie wskazanych w ofercie satelitów. Jednakże w formularzu oferty zamawiający nie żądał oznaczenia satelitów, ale dostarczenia zobrażeń satelitarnych obszaru Puszczy Białowieskiej. Wykaz zasobów (zał. 8) odnosi się wprost do dysponowania potencjałem technicznym.

Z tych względów Izba uznała, że zamawiający przywołał wadliwą podstawę prawną zaskarżonej czynności, tj. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, który obliguje zamawiającego do odrzucenia oferty wykonawcy jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia - odnoszonej do materialnej postaci zobowiązania wykonawcy - spełnienia zamawianego świadczenia w oznaczony sposób, (tu przy pomocy oznaczonych satelitów). Zamawiający powiązał zapewnienie dostępu do satelitów ze stroną podmiotową - czyli spełnieniem warunków udziału przez wykonawcę w przedmiotowym postępowaniu.

Finalnie, skoro ofertę wykonawcy wykluczonego na podstawie art., 24 ust. 4 Pzp uznaje się za odrzuconą - następuje ten sam skutek - jak odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, tj. wyeliminowanie wykonawcy z postępowania.

Wbrew zarzutom odwołującego, czynności faktyczne zamawiającego przeprowadzone zostały w sposób poprawny. Nie można było, bowiem dokonywać tej oceny w oderwaniu od całego zaistniałego kontekstu sytuacyjnego w danym postępowaniu przetargowym.

Stwierdzona wadliwość oferty odwołującego ma charakter nieusuwalny, i nie poddaje się już konwalidacji w żadnym z przewidzianych w ustawie Pzp trybów - w celu doprowadzenia do stanu umożliwiającego wybór tej oferty. Stąd też przepis art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, mówiący że Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, stanowi przeszkodę proceduralną dla uwzględnienia odwołania - jedynie w celu

nakazania zamawiającemu przywołania prawidłowej podstawy prawnej jego czynności, tj. art. 24 ust 2 pkt 4 w związku z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, zamiast art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Nie znajdowały zatem pokrycia w ustalonych faktach, zarzuty odwołującego, iż zamawiający naruszył art. 7 ustawy Pzp - poprzez nadmierny formalizm i wadliwą interpretację SIWZ, prowadzącą do wykreowania dla odwołującego innych, dodatkowych wymogów, poza obowiązującymi wszystkich pozostałych wykonawców, biorących udział w postępowaniu. Nie doszło również do naruszenia art. 91 ust 1 ustawy Pzp poprzez wybranie w postępowaniu oferty firmy Astri Polska Sp. z o.o. Skoro oferta odwołującego podlegała odrzuceniu, zamawiający zasadnie wybrał ofertę przystępującego.

W tym stanie rzeczy Izba oddaliła odwołanie, o czym orzekła wyrokiem na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp.

Stosownie do postanowień § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania. (Dz. U. Nr 41, poz. 238), Izba zaliczyła uiszczony przez odwołującego wpis na poczet kosztów postępowania odwoławczego.

**Przewodniczący:**

.....