

**WYROK**  
**z dnia 7 lipca 2017 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Izabela Kuciak**

**Protokolant: Sylwia Muniak**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 lipca 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 czerwca 2017 r. przez wykonawcę: **B. S.A. O. B. E., ul. (...)** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **3 Regionalna Baza Logistyczna, ul. (...)**,

przy udziale:

- A. wykonawcy: **U. „E.”, ul. (...)** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego,
- B. wykonawcy: **K. S. S. P. J. P., P. M. sp. z o.o. s.k., ul. (...)**,

**orzeka:**

- 1. Oddala odwołanie.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę: B. S.A. O. B. E., ul. (...), i:**
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **B. S.A. O. B. E., ul. (...)**, tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 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 **Krakowie**.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „dostawa środków do odladzania sztucznych nawierzchni lotniskowych”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 31 marca 2017 r. pod numerem ...

W przedmiotowym postępowaniu Odwołujący wniósł odwołanie, w zakresie zadania nr 1, wobec wyboru oferty najkorzystniejszej, która w ocenie Odwołującego, winna być odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jako, że jej treść nie odpowiada treści SIWZ, a nadto wykonawca, który ją złożył winien zostać wykluczony z postępowania, bowiem nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: ponownej oceny ofert, odrzucenia oferty najkorzystniejszej i wyboru oferty Odwołującego.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Odwołujący podał, że w rozdziale V SIWZ Zamawiający określił warunki udziału wykonawców w postępowaniu oraz podstawy wykluczenia. Między innymi w rozdziale V pkt 1 Zamawiający wskazał, iż Wykonawca dla wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu musi spełnić kryteria wyznaczone przez Zamawiającego. W treści SIWZ Zamawiający wskazał:

*„O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy są zdolni do należytego wykonania zamówienia i spełniają minimalne poziomy zdolności określone przez Zamawiającego:*

- 1) *nie podlegają wykluczeniu na podstawie art 24 ust. 1 oraz art. 24 ust. 5 pkt 1) ustawy Pzp.*
- 2) *spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące:*
  - a) *kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów;*
  - b) *sytuacji ekonomicznej lub finansowej;*
  - c) *zdolności technicznej lub zawodowej: w szczególności należytego wykonania w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej jednej dostawy, której przedmiotem były środki do odladzania sztucznych nawierzchni lotniskowych lub drogowych dla każdego zadania, o wartości nie mniejszej niż:*

- zadanie nr 1 - 1.000.000,00 zł
- zadanie nr 2 - 300.000,00 zł

*Wykaz dostaw spełniający powyższe wymagania wykonawca będzie obowiązany przedstawić zamawiającemu w druku JEDZ stanowiącym załącznik nr 2 do SIWZ, część IV C."*

Zdaniem Odwołującego, z treści SIWZ wynika zatem bezsprzecznie, iż aby spełnić warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej wykonawca, w zakresie zadania nr 1, powinien wykonać należycie w okresie ostatnich trzech lat co najmniej jedną dostawę, której przedmiotem był płyn do odladzania nawierzchni lotniskowych o wartości nie mniejszej niż 1.000.000,00 zł.

Dodatkowo Odwołujący wskazał, iż w przedmiotowym postępowaniu, w trybie zadawania pytań i wyjaśnień do treści SIWZ, Zamawiający w dniu 13 kwietnia 2017 r. w odpowiedzi na pytanie, dotyczące kwestii zdolności technicznej lub zawodowej, wyjaśnił, iż wymaga wykazania co najmniej jednej dostawy o wartości 1.000.000,00 zł brutto potwierdzając, iż miał na myśli wartość jednej dostawy, a nie wartość łączną kilku/kilkunastu dostaw.

Odwołujący wyjaśnił, że wykonawca K. S. S. P. J. P., P. M. sp. z o.o. s. k. z siedzibą we W. (dalej „K. ”), dla udowodnienia spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zadania nr 1, przedstawił poświadczenie wykonania:

- dostawy do 3 Regionalnej Bazy Logistycznej o wartości 712.800 zł netto (876.744 PLN brutto),
- dostawy do M. Portu Lotniczego w M. o wartości 485.850 zł brutto.

Te same dostawy wykonawca K. umieścił, jak podał Odwołujący, w odpowiedniej rubryce dokumentu JEDZ, złożonego w przedmiotowym postępowaniu.

Przedstawione przez wykonawcę K. poświadczenia należytego wykonania dostaw, zdaniem Odwołującego, nie spełniają bezspornie wymogów postawionych przez Zamawiającego i określonych w SIWZ w zakresie wartości dostaw. Zamawiający wymagał, jak podkreślił Odwołujący, aby wykonawca wykazał, iż wykonał co najmniej jedną dostawę o wartości powyżej 1.000.000,00 zł brutto w zakresie zadania nr 1. Wykonawca K. takiego warunku nie spełnił. Odwołujący zauważył, że żadna z przedstawionych przez wykonawcę K. dostaw nie spełnia wymogu wartościowego i nie przekracza, w zakresie zadania nr 1, wartości 1.000,000,00 zł brutto.

Odwołujący podał, że łącznie przedstawione przez wykonawcę K. poświadczenia wykonania dostaw przekraczają wartość 1.000.000,00 zł brutto, jednakże wymóg postawiony przez Zamawiającego był jasny i klarowny - co najmniej jedna dostawa powinna posiadać wartość nie mniejszą niż 1.000.000,00 zł brutto. Tego wymogu, w ocenie Odwołującego, wykonawca K. nie spełnił, a w konsekwencji nie spełnił warunków udziału w postępowaniu w

zakresie zadania nr 1.

Mając na uwadze powyższe, zdaniem Odwołującego, oferta firmy K. , w zakresie zadania nr 1, powinna zostać przez Zamawiającego odrzucona i nie mogła zostać wybrana jako najkorzystniejsza i spełniająca warunki określone w SIWZ.

Odwołujący podniósł, że Wykonawca nie spełnił warunków określonych w rozdziale V pkt 1 ppkt 2 lit. c SIWZ w zakresie zadania nr 1 i nie powinien zostać w tym zakresie dopuszczony do postępowania, zaś jego oferta, złożona w zakresie zadania nr 1, powinna zostać odrzucona jako niezgodna z treścią SIWZ i złożona przez Wykonawcę, który nie spełnia warunków do udziału w postępowaniu w zakresie zadania nr 1.

### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:**

Przedmiotem zamówienia jest dostawa środków do odladzania sztucznych nawierzchni lotniskowych, pochodzących z produkcji bieżącej tj. 2017 roku, w zakresie 2 zadań:

Zadanie nr 1 – Płyn do odladzania na bazie octanu lub mrówczanu potasu

Zadanie nr 2 – Granulat na bazie octanu lub mrówczanu potasu (rozdział III pkt 1 SIWZ).

W rozdziale V pkt 1 ppkt 2 lit. c SIWZ Zamawiający postanowił, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, *„którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące: zdolności technicznej lub zawodowej: w szczególności należytego wykonania w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej jednej dostawy, której przedmiotem były środki do odladzania sztucznych nawierzchni lotniskowych lub drogowych dla każdego zadania, o wartości nie mniejszej niż:*

- *zadanie nr 1 – 1.000.000,00 zł*
- *zadanie nr 2 – 300.000,00 zł*

*Wykaz dostaw spełniający powyższe wymagania wykonawca będzie obowiązany przedstawić zamawiającemu w druku JEDZ stanowiącym załącznik nr 2 do SIWZ, część IV C”.*

W rozdziale VI pkt 5 SIWZ Zamawiający zawarł następujące postanowienie: *„Zamawiający przed udzieleniem zamówienia, wezwie wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia następujących oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp:*

- *wykazu dostaw wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania*

*ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te dostawy zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego dostawy były wykonywane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wydane nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert”.*

Pismem z dnia 13 kwietnia 2017 r. Zamawiający na pytanie wykonawcy o treści: „Czy w rozdziale V pkt 1 ppkt. 2) lit. C SIWZ, w którym Zamawiający określił warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej poprzez żądanie wykazania przez wykonawców wykonania co najmniej jednej dostawy, której przedmiotem były środki do odladzania sztucznych nawierzchni lotniskowych lub drogowych dla każdego zadania, o wartości nie mniejszej niż:

- zadanie nr 1 – 1.000.000,00 zł

- zadanie nr 2 – 300.000,00 zł

zostały wskazane kwoty netto czy brutto wykonanych dostaw?”, udzielił następującej odpowiedzi: „Zamawiający określając warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej poprzez żądanie wykazania przez wykonawców wykonania co najmniej jednej dostawy, której przedmiotem były środki do odladzania sztucznych nawierzchni lotniskowych i drogowych dla każdego zadania, wskazał wartości brutto wykonanych dostaw”.

W części IV lit. C JEDZ K. wskazał następujące dostawy:

1. dostawa granulatu do odladzania sztucznych nawierzchni lotniskowych, zrealizowana na kwotę 1.896.401,70 zł brutto w okresie 20.08.2014 r. – 22.08.2014 r. na rzecz J. W. ... w K.;
2. dostawa płynu do odladzania sztucznych nawierzchni lotniskowych, zrealizowana na kwotę 485.850,00 zł brutto w okresie styczeń i luty 2016 r. na rzecz M. P. L. W. – M. Sp. z o.o.;
3. dostawa płynu do odladzania sztucznych nawierzchni lotniskowych na kwotę 876.744,00 zł brutto zrealizowana w 2016 r. na rzecz 3 Regionalnej Bazy Logistycznej w K.

Pismem z dnia 30 maja 2017 r. Zamawiający, działając na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał Wykonawcę do złożenia następujących dokumentów:

- *wykaz dostaw wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te dostawy zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego dostawy były wykonywane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wydane nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert”.*

W odpowiedzi K. przedłożył poświadczenia wykonania referencyjnych dostaw.

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

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W kwestii legitymacji czynnej do wniesienia odwołania Izba nie podziela stanowiska Zamawiającego, że Odwołującemu nie przysługuje rzeczony uprawnienie. Zamawiający pomija, że przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone jest w tzw. procedurze odwróconej (art. 24 aa ustawy Pzp). Procedura ta polega na tym, że zamawiający w toku czynności oceny ofert nie dokonuje podmiotowej oceny wszystkich wykonawców (ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu, braku podstaw do wykluczenia), co więcej, nie bada nawet wszystkich wstępnych oświadczeń wykonawców, składanych w szczególności w formie jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia. W pierwszej kolejności dokonuje on oceny ofert pod kątem przesłanek odrzucenia oferty (art. 89 ust. 1 ustawy Pzp) oraz kryteriów oceny ofert opisanych w SIWZ, po czym dopiero wyłącznie w odniesieniu do wykonawcy, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza (uplasowała się na najwyższej pozycji rankingowej), dokonuje oceny podmiotowej wykonawcy, tj. bada oświadczenie wstępne, a następnie żąda przedłożenia dokumentów w trybie art. 26 ust. 1 lub 2 ustawy Pzp.

W procedurze tej nie można odmówić wykonawcy legitymacji czynnej do złożenia odwołania w sytuacji, w której rzeczony wykonawca znajduje się na dalszej pozycji w

rankingu ofert, a kwestionuje ofertę najkorzystniejszą. Po pierwsze bowiem z tej przyczyny, że badaniu podlega tylko oferta uznana za najkorzystniejszą, a zatem nie sposób oczekiwać, żeby kwestionowana była inna oferta, co do której zamawiający nie podejmował jakichkolwiek czynności z zakresu oceny. Po drugie, ranking ofert, z wyżej wymienionych powodów nie przesądza o tym, że wykonawca znajdujący się na dalszej pozycji w tym rankingu, nie kwestionując ofert znajdujących się w rzeczonym rankingu na pozycji wyższej od tego wykonawcy, nie może uzyskać zamówienia. W istocie bowiem dopóki kolejna oferta nie zostanie poddana badaniu przesądzić tego nie można.

Z tych przyczyn należało uznać, że Odwołującemu, który znajduje się na trzeciej pozycji w rankingu ofert i który jednocześnie nie podnosi zarzutów wobec oferty i wykonawcy sklasyfikowanego na drugiej pozycji, przysługuje uprawnienie do wniesienia odwołania w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Przechodząc do oceny zarzutów podniesionych w odwołaniu stwierdzić należy, że zarzut naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp nie poddawał się ocenie. Odwołujący nie wskazał żadnych okoliczności faktycznych świadczących o tym, że treść oferty wykonawcy K. nie odpowiada treści SIWZ.

Ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu nie może być dokonywana w świetle przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, czego wydatkuje się, domaga się Odwołujący. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ może być stwierdzona w szczególności w sytuacji, w której wykonawca zaoferuje świadczenie nieodpowiadające wymaganiom zamawiającego, wyartykułowanym w SIWZ. Natomiast brak spełniania warunków udziału w postępowaniu kwalifikowany jest jako podstawa do wykluczenia wykonawcy w oparciu o przepis art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp.

Co do warunków udziału w postępowaniu, w pierwszej kolejności zauważyć należy, że zamawiający uprawniony jest do sformułowania warunków udziału w postępowaniu (art. 22 ust. 1a ustawy Pzp). Warunki udziału w postępowaniu mogą dotyczyć, w szczególności zdolności zawodowej (art. 22 ust. 1b pkt 3 ustawy Pzp). Zamawiający jednocześnie w ogłoszeniu o zamówieniu, SIWZ lub zaproszeniu do składania ofert wskazuje oświadczenia lub dokumenty, które stanowią potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu (art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp).

O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, o ile zostały one określone przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w zaproszeniu do potwierdzenia zainteresowania (art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp). Zaś z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się wykonawcę,



który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu (art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp).

Analiza powołanych wyżej przepisów skłania do konstatacji, że z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego należy wykluczyć wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, sformułowanych przez zamawiającego. Zatem, ocena możliwości ubiegania się o udzielenie zamówienia przez wykonawcę następuje w oparciu o warunki udziału w postępowaniu, które przez zamawiającego zostały wyartykułowane. Spełnić bowiem można tylko taki warunek, który został opisany, skonkretyzowany. Zarówno ogłoszenie o zamówieniu, jak i SIWZ w przedmiotowym zakresie są wiążące i z tych przyczyn ocena wykonawcy może następować wyłącznie w oparciu o okoliczności tam wskazane. W przypadku zaś niesformułowania warunku udziału w postępowaniu niemożliwa jest ocena jego spełniania, a w konsekwencji stwierdzenie, że wykonawcę należy wykluczyć z postępowania z powodu niespełniania warunku udziału w nim.

Podkreślenia wymaga, że „przedmiot zamówienia” i „warunki udziału w postępowaniu” stanowią odrębne instytucje prawa. Ustawodawca dał temu wyraz, w szczególności na gruncie powołanych przepisów, a także w przepisach art. 36 ust. 1 pkt 3, 5 i 6 ustawy Pzp, art. 41 pkt 4, 7, 7a ustawy Pzp, w których określono odpowiednio zawartość SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu, wskazując (co więcej w odrębnych jednostkach redakcyjnych) na obowiązek opisu przedmiotu zamówienia, sformułowania warunków udziału w postępowaniu (jeśli zamawiający zdecyduje się na ich określenie) i podania wykazu oświadczeń lub dokumentów, potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia.

Reasumując, wyodrębnienie tych instytucji powoduje, że nie jest możliwe dokonywanie oceny jednej instytucji, z uwzględnieniem okoliczności dotyczących tej drugiej. Stoi temu na przeszkodzie nie tylko rzeczona odrębność obu instytucji, ale także odrębnie określony wynik tej oceny. Nie można bowiem pomijać, że niewykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu skutkuje wykluczeniem wykonawcy z postępowania (art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp), zaś zaoferowanie świadczenia niezgodnego z wymaganiami zamawiającego, określonymi w opisie przedmiotu zamówienia aktualizuje obowiązek odrzucenia przez zamawiającego oferty wykonawcy (art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp).

Na kanwie powyższe warto zwrócić uwagę, że jedyny związek pomiędzy warunkami udziału w postępowaniu a przedmiotem zamówienia został przez ustawodawcę określony w przepisie art. 22 ust. 1a ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiającą ocenę zdolności wykonawcy

do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.

Powyższe oznacza, że warunki udziału w postępowaniu winny mieć zakotwiczenie w przedmiocie zamówienia w taki sposób, aby z jednej strony pozwalały na weryfikację zdolności wykonawcy do realizacji przedmiotu zamówienia, z drugiej zaś strony, aby dawały możliwość zachowania uczciwej konkurencji. Jednocześnie warto zauważyć, że wskazany przepis tylko potwierdza wcześniejsze rozważania, że „warunki udziału w postępowaniu” i „opis przedmiotu zamówienia” to dwie odrębne instytucje, a zatem nie jest możliwe wnioskowanie o jednej na podstawie drugiej, czy też odkodowywanie treści jednej w oparciu o treść tej drugiej.

Odnosząc powyższe rozważania do niniejszego stanu faktycznego stwierdzić należy, że Zamawiający sformułował warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności zawodowej w ten sposób, iż oczekiwał wykazania się realizacją przynajmniej jednej dostawy, której przedmiotem były środki do odladzania nawierzchni lotniskowych lub drogowych o wartości 1.000.000,00 zł.

W tych okolicznościach należy uznać, że nieuprawnione jest twierdzenie Odwołującego, iż przedmiotem referencyjnej dostawy miał być płyn do odladzania. Odwołujący stara się rekonstruować warunek udziału w postępowaniu przez pryzmat przedmiotu zamówienia, który dla zadania 1 w istocie został określony jako dostawa płynu, jednakże jak była o tym mowa wyżej, brak podstaw do określonego działania. Ustawodawca bowiem wyraźnie odróżnił „warunki udziału w postępowaniu” od „opisu przedmiotu zamówienia” i łączy odrębne skutki z niespełnianiem rzeczonych warunków, czy też z zaferowaniem świadczenia, które nie odpowiada wymaganiam zamawiającego.

Sporny warunek udziału w postępowaniu nie budzi wątpliwości, wynika z niego, że przedmiotem referencyjnej dostawy dla obu zadań, niezależnie od tego, że w ramach jednego zadania należy dostarczyć płyn, a w ramach drugiego – granulaty, mają być środki do odladzania. Brak w tych okolicznościach podstaw do zawężania przedmiotowego warunku do przedmiotu dostawy. Literalne brzmienie warunku, jako wyartykułowanego w SIWZ, jest wiążące. Co więcej, jego brzmienie potwierdził Zamawiający udzielając wyjaśnień.

Okoliczność, na którą wskazywał Odwołujący i jeden z Przystępujących, iż powyższe powoduje, że w świetle przedmiotowego warunku można legitymować się dostawą środków, które będą nieadekwatne do przedmiotu zamówienia i tym samym warunek udziału w postępowaniu nie spełni swojej roli, bowiem nie posłuży do weryfikacji doświadczenia, które winien posiadać wykonawca, nie może, w ocenie Izby, prowadzić do sytuacji, w której to wykonawcy na etapie składania ofert będą decydować o treści spornego warunku. Nie pozwala na to zasada równego traktowania wykonawców, zgodnie z którą każdy wykonawca

ma być traktowany jednakowo, a więc ma być oceniany na podstawie warunków wyartykułowanych w SIWZ.

Ponadto, nie można pomijać, że uprawnionym do formułowania warunków udziału w postępowaniu jest tylko zamawiający i to on decyduje o treści warunku mając na uwadze, że winien on posłużyć do weryfikacji wykonawcy w danym zakresie. Jeśli Odwołujący i Przystępujący stali na stanowisku, że sporny warunek udziału w postępowaniu w istocie tej weryfikacji nie służy, a więc został sformułowany wadliwie (jest nieadekwatny do przedmiotu zamówienia), mogli skorzystać ze środków ochrony prawnej i kwestionować powyższe na etapie ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ (art. 180 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp). Skoro tego nie uczynili, na obecnym etapie postępowania domaganie się oceny warunków udziału w postępowaniu przez prymat warunku, który nie został wyartykułowany w SIWZ należało uznać za nieuprawnione.

Izba podziela twierdzenia Odwołującego, że referencyjna dostawa winna być o wartości nie mniejszej niż 1.000.000,00 zł. Wynika to z treści spornego warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający wskazał bowiem, że dla wykazania spełnienia przedmiotowego warunku należy legitymować się co najmniej jedną dostawą (...) dla każdego zadania, o wartości nie mniejszej niż 1.000.000,00 zł.

Okoliczność ta pozostaje jednak bez wpływu na dokonaną ocenę. Jak wynika bowiem z dokumentu JEDZ wśród referencyjnych dostaw znajduje się dostawa zrealizowana na rzecz Zamawiającego, która opiewa na kwotę ponad 1.000.000,00 zł, a jej przedmiotem jest dostawa środka do odladzania sztucznych nawierzchni lotniskowych. Z tych przyczyn zarzut naruszenia przepisu art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp należało uznać za chybiony.

Na marginesie należy wskazać, że brak spełnienia warunków udziału w postępowaniu należy kwalifikować w świetle powołanego przepisu, czego Odwołujący nie uczynił, wadliwie wskazując podstawę prawną zarzutu, który w warstwie faktycznej odnosił się do braku spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a 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. Nr 41, poz. 238 ze zm.), zaliczając do kosztów postępowania odwoławczego wpis od odwołania w wysokości 15.000,00 zł.

**Przewodniczący: .....**