

Sygn. akt: KIO 2555/10

WYROK
z dnia 9 grudnia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska - Maziarz

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **7 grudnia 2010 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: Przedsiębiorstwo Budownictwa Wodnego w Warszawie S.A. (lider) oraz Danutę Orłowską, prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą ZUW D. Orłowska z siedzibą dla lidera: ul. Modlińska 17, 03-199 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego, którym jest **Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Warszawie, ul. Zarzecze 13B, 03-194 Warszawa**

przy udziale **Przedsiębiorstwa Budownictwa Melioracyjnego i Urządzeń Wodnych Inwestmel Sp. z o.o., ul. Warszawska 132, 82-300 Elbląg**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. oddala odwołanie,**
- 2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: Przedsiębiorstwo Budownictwa Wodnego w Warszawie S.A. (lider) oraz Danutę Orłowską, prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą ZUW D. Orłowska z siedzibą dla lidera: ul. Modlińska 17, 03-199 Warszawa**

i nakazuje zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: Przedsiębiorstwo Budownictwa Wodnego w Warszawie S.A. (lider) oraz Danutę Orłowską, prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą ZUW D. Orłowska z siedzibą dla lidera: ul. Modlińska 17, 03-199 Warszawa.**

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **Warszawa - Praga.**

Przewodniczący

.....

UZASADNIENIE

do wyroku z dnia 9 grudnia 2010 r. o sygn. akt: KIO 2555/10

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na „Prowadzenie akcji lodołamania w okresie zimowym 2010 - 2011 na rzece Wiśle powyżej Stopnia Wodnego Włocławek (km. 674) - 4 lodołamacze o mocy min. 1000KM” wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego: Przedsiębiorstwo Budownictwa Wodnego oraz Danuta Orłowska Zakład Usług Wodnych złożył odwołanie (dalej „odwołujący”), zarzucając zamawiającemu - Regionalnemu Zarządowi Gospodarki Wodnej w Warszawie:

1. niezgodne z dyspozycją art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) (dalej „ustawa Pzp”) zaniechanie wykluczenia Przedsiębiorstwa Budownictwa Melioracyjnego i Urządzeń Wodnych INWESTMEL Sp. z o.o. (dalej „Inwestmel”),
2. niezgodne z dyspozycją art. 24 ust. 4 Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 zaniechanie odrzucenia oferty tego wykonawcy

Odwołujący podał, że zamawiający zwrócił się do wykonawcy Inwestmel o wyjaśnienie wątpliwości odnośnie aktualności dokumentu „Świadectwo Klasy” wystawionego przez PRS dla lodołamacza TYGRYS, tj. złożenie jednoznacznego oświadczenia, że lodołamacz nie uczestniczył w akcji łamania lodu w sezonie zimowym 2009/2010, a złożone dokumenty PRS są w pełni aktualne, zgodne ze stanem faktycznym i prawnym na dzień złożenia oferty oraz wymogami ważności (do 30 kwietnia 2011 r.) określonymi w pkt. 5.9 SIWZ albo uzupełnienie oferty dokumentami PRS aktualnymi na dzień złożenia oferty.

Odwołujący podał także, że zamawiający przedstawił wniosek Komisji w zakresie uznania przesłanych w dniu 15 listopada przez Inwestmel dokumentów za spełniające warunki podane w wezwaniu z dnia 12 listopada 2010 r., a tym samym uznanie oferty nr 1 za ważną oraz wybór oferty nr 1, dotyczącej pakietu „c”.

Podniósł, co zdaniem odwołującego wynika z odtajnionych przez zamawiającego dokumentów złożonych przez Inwestmel - wykonawca ten nie wykazał i nie złożył pisemnego zobowiązania do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów (referencji) na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia określonego w pkt. 5.11 SIWZ oraz zgodnego z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp.

Ponadto podniósł, że wykonawca Inwestmel, polegając na zasobach innych podmiotów, które będą brały udział w realizacji części zamówienia, winien przedłożyć

dokumenty dotyczące tego podmiotu w zakresie wymaganym dla wykonawcy określonym w ogłoszeniu o zamówieniu.

W ocenie odwołującego wyszczególnione w Świadectwie Zdolności Żeglugowej nr GD - 1/0037 pozycja 1.20 Świadectwo pomiarowe nr 465 wydane dnia 12.06.1985 r. straciło swoją ważność, w związku z czym powinny zostać cofnięte podstawowe dokumenty statku tj. Świadectwo klasy PRS oraz Świadectwo Zdolności Żeglugowej wydanej przez Urząd Żeglugi Śródlądowej w Gdańsku.

Odwołujący wskazał, że wykonawca Inwestmel do złożonej oferty załączył umowę najmu lodołamacza TYGRYS wraz z załogą, zawartą z Przedsiębiorstwem Budownictwa Wodnego w Tczewie Sp. z o. o., na podstawie której zostały złożone oświadczenia o oddaniu do dyspozycji w/w lodołamacza wraz z załogą na okres realizacji zamówienia. Podniósł, że umowa ta nie została podpisana przez żadną ze stron, co - zdaniem odwołującego - budzi wątpliwości co do prawdziwości złożonych oświadczeń.

Dodatkowo wskazał, że z dokumentu nr Z-32/2010 z dnia 15.11.2010 r., wynika iż umowa najmu lodołamacza Tygrys wraz z załogą jest w fazie projektu.

Odwołujący podniósł także, że stanowiący integralną część oferty odpis z aktualnego rejestru przedsiębiorców wykonawcy Inwestmel nie potwierdza, że przedmiotem jego działalności jest możliwość przeprowadzania akcji lodołamania, zaś złożone „Oświadczenie formalno - prawne Wykonawcy” załączone do oferty nie spełnia warunku dotyczącego posiadanych uprawnień do wykonania przedmiotowego zamówienia, zgodnie z art. 22 ust. 1 pkt. 1 Pzp, których obowiązek posiadania nakładają na wykonawcę przepisy prawa.

Odwołujący podniósł wreszcie, że wykonawca Inwestmel załączył do oferty opinię bankową, niezgodną z zapisami w pkt. 5.12 SIWZ, ponieważ z treści załączonej opinii nie wynika jednoznacznie „iż na koncie Wykonawcy znajduje się wymagana kwota bądź jej równoważność w walucie obcej lub też zobowiązanie banku, że w przypadku wyboru oferty

Odwołujący wniósł o:

1. unieważnienia czynności wyboru kwestionowanej oferty,
2. powtórzenie czynności oceny ofert,
3. wykluczenie wykonawcy: Przedsiębiorstwa Budownictwa Melioracyjnego i Urządzeń Wodnych INWESTMEL Sp. z o.o. i uznania jego oferty za odrzuconą,
4. dokonanie wyboru oferty odwołującego.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego oraz stanowisk stron i przystępującego, zaprezentowanych w toku rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego:

1. Ogłoszenie o zamówieniu z dnia 2 października 2010 r. (2010/S 192-293460),
2. Specyfikację istotnych warunków zamówienia, opracowaną przez zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego,
3. Ofertę przystępującego,
4. Wezwanie z dnia 12 listopada 2010 r. skierowane przez zamawiającego do przystępującego w trybie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp,
5. Odpowiedź przystępującego na w/w wezwanie,
6. Informację o wynikach postępowania w zakresie pakietu „c”, tj. wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 16 listopada 2010 r.,
7. Odwołanie z dnia 19 listopada 2010 r.,
8. Odpowiedź zamawiającego na odwołanie z dnia 30 listopada 2010 r.,
9. Pismo Urzędu Żeglugi Śródlądowej w Bydgoszczy z dnia 2 grudnia 2010 r., złożone na rozprawie przez przystępującego,
10. Świadcstwo pomiarowe statku TYGRYS, złożone na rozprawie przez przystępującego.

Zarzut zaniechania przez zamawiającego wykluczenia przystępującego z udziału w postępowaniu pomimo, iż wykonawca ten nie wykazał i nie złożył pisemnego zobowiązania do oddania zamawiającemu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia określonego w pkt 5.11. SIWZ oraz zgodnego z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp oraz zarzut zaniechania przez zamawiającego wykluczenia przystępującego z udziału w postępowaniu z tego powodu, iż wykonawca ten zawarł w swojej ofercie oświadczenia o oddaniu mu do dyspozycji lodołamacza TYGRYS, których prawdziwość budzi wątpliwości nie potwierdziły się.

W pkt. 5.11. SIWZ zamawiający wskazał, że jeżeli wykonawca, wykazując spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie dotyczącym punktów 5.8. - 5.10 SIWZ będzie polegać na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, winien dołączyć „dla tych podmiotów pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia”.

Punkty 5.8. - 5.10. SIWZ dotyczą: wykazu usług z zakresu lodołamania (5.8.), wykazu lodołamaczy wraz z informacją o podstawie do ich dysponowania (5.9.) oraz wykazu osób odpowiedzialnych za świadczenie usług - kapitanów lodołamaczy wraz z informacją o podstawie dysponowania tymi osobami (5.10).

Odwołujący zakwestionował złożony przez przystępującego na str. 18 oferty wykaz usług oraz odnoszące się do wskazanej w wykazie usługi referencje z tego powodu, że wskazana usługa została zrealizowana przez lodołamacz TYGRYS będący własnością Przedsiębiorstwa Budownictwa Wodnego w Tczewie Sp. z o.o. w sytuacji, gdy Przedsiębiorstwo to nie jest ani podwykonawcą przystępującego, ani też nie złożył wspólnie z przystępującym oferty.

Innymi słowy odwołujący odmawia przystępującemu prawa do polegania na doświadczeniu Przedsiębiorstwa Budownictwa Wodnego w Tczewie Sp. z o.o., ponieważ podmiotowi temu w przedmiotowym postępowaniu nie można przypisać udziału w charakterze podwykonawcy ani wykonawcy, który wspólnie z przystępującym złożył ofertę.

Izba nie podziela takiego stanowiska i wskazuje, że zgodnie z brzmieniem art. 26 ust. 2b ustawy Pzp wykonawca może polegać w szczególności na doświadczeniu innych podmiotów i to niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków, a warunkiem oparcia się na doświadczeniu takiego podmiotu jest - o czym w dalszej części stanowi przepis art. 26 ust. 2b ustawy Pzp - iż wykonawca udowodni zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia.

Skład orzekający Izby nie podziela stanowiska odwołującego, ponieważ ustawa Prawo zamówień publicznych - art. 26 ust. 2b - nie uzależnia możliwości wykazywania spełniania warunku np. posiadania doświadczenia przy uwzględnieniu doświadczenia podmiotów trzecich od jednoczesnego uczestnictwa tego podmiotu w realizacji przedmiotu zamówienia.

Skład orzekający Izby w pełni podziela stanowisko wyrażone w tej kwestii przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyroku z dnia 9 lipca 2010 r. (sygn. akt: KIO/1265/10), zgodnie z którym: „Dyspozycja wskazanego przepisu ustawy Pzp w żaden sposób nie uprawnia do twierdzenia, że podmiot trzeci będzie miał obowiązek w takiej sytuacji faktycznie osobiście wykonywać całość bądź jakąś część zamówienia na rzecz generalnego wykonawcy w charakterze podwykonawcy. Takie stanowisko nie znajduje żadnego uzasadnienia w dyspozycji art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Ustawodawca we wskazanym przepisie nie dokonał

zróznicowania na zasoby, które mogą być wykazywane w ramach spełniania warunków podmiotowych przez podmioty trzecie z koniecznością występowania w toku realizacji zamówienia przez podmiot trzeci w charakterze podwykonawcy oraz na zasoby, których wykorzystanie nie wiąże się z wymogiem podwykonawstwa. W sposób jednakowy zostały przez ustawodawcę potraktowane zasoby podmiotów trzecich, z których wykonawcy w postępowaniu mogą korzystać na etapie spełniania warunków podmiotowych. Bez jakiegokolwiek rozróżnienia w dyspozycji art. 26 ust. 2b ustawy Pzp zostały potraktowane tak zasoby wiedzy i doświadczenia, jak i inne zasoby odnoszące się do potencjału technicznego, osobowego, czy też zasoby finansowe podmiotów trzecich, niezależnie od charakteru tych zasobów, a więc czy mają one charakter przenoszalny fizycznie np. oddanie do dyspozycji sprzętu, ludzi, czy też zasobów finansowych, czy też nieprzenoszalny fizycznie (wprost) - oddanie do dyspozycji swojej wiedzy i doświadczenia. Oddanie wiedzy i doświadczenia w tym zakresie może odbywać się zatem tak poprzez faktyczne podwykonawstwo, jak też oddanie nabytego przez przedsiębiorstwo doświadczenia poprzez możliwość korzystania z tej wiedzy przy realizacji zamówienia poprzez konsultacje, czy doradztwo, bowiem w taki sposób także istnieje praktyczna możliwość korzystania z wiedzy i doświadczenia innego podmiotu przy wykonywaniu danego zamówienia. Ustawodawca w art. 26 ust. 2 b ustawy Pzp nie posłużył się bowiem wprost określeniem „*podwykonawca przy realizacji zamówienia*”, a jedynie „*uczestniczyć przy realizacji zamówienia*”, co jest pojęciem szerszym obejmującym także uczestnictwo przy realizacji zamówienia przez podmiot trzeci w charakterze podwykonawcy, ale nie wyłącznie w tym charakterze.

Zwrócić należy również uwagę na to, że ustawodawca w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp nie posługuje się wprost określeniem „podwykonawca”. Przepis ten stanowi o „*podmiotach trzecich*” oraz o oddaniu niezbędnych zasobów „*na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia*”. Jednocześnie też ustawodawca w innym przepisie ustawy Pzp - art. 36 ust. 4 - wyraźnie używa określenia „*podwykonawca*”. Wykładnia systemowa art. 26 ust. 2b ustawy Pzp oraz art. 36 ust. 4 ustawy Pzp wskazuje, że ustawodawca świadomie korzysta z różnorodnej terminologii. W art. 26 ust. 2b ustawy zatem świadomie nie użył określenia „*podwykonawca*”, dając także z mocy prawa szerszą możliwość wykorzystania przez wykonawcę w toku realizacji zamówienia zasobów podmiotu trzeciego, w tym także odnoszących się do wiedzy i doświadczenia.

Warto również zwrócić uwagę na określenia, jakimi posługuje się ustawodawca w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Z jednej strony mamy do czynienia z określeniem, że wykonawca „*będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia*” - a więc zasoby niezbędne w przypadku wiedzy i doświadczenia to te odpowiadające opisowi sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu określonego przez Zamawiającego w SIWZ. Dysponowanie nimi to potencjalna możliwość skorzystania

przedsiębiorstwa podmiotu trzeciego na zasadzie użycia go do wykonania całości bądź części robót, jak też użycia *know - how* tego przedsiębiorstwa w sposób pośredni - poprzez czuwanie w toku realizacji zamówienia przez to przedsiębiorstwo nad prawidłowością stosowanych w danym przypadku technik budowlanych, użycia określonych materiałów, przyjęcia określonego zaangażowania osobowego, czy też technicznego przedsiębiorstwa itp.

Z drugiej zaś strony ustawodawca posługuje się także określeniem: „*oddanie zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia*”. Nie chodzi zatem w tym przypadku o oddanie określonych zasobów wprost do fizycznej realizacji zamówienia, a jedynie o możliwość korzystania z nich przy okazji wykonywania zamówienia.

Powyższa interpretacja art. 26 ust. 2b ustawy Pzp opiera się na literalnej wykładni przepisu, która to wykładnia ma pierwszeństwo w systemie prawa i daje wyraz zasadzie pewności prawa stanowionego. Izba ma świadomość ewentualnych zagrożeń wynikających z przyjęcia wprost za przepisem prawa, że wykonawcy mogą korzystać z doświadczenia i wiedzy podmiotów trzecich nawet bez konieczności faktycznego wykonywania zamówienia na zasadzie podwykonawstwa przez te podmioty. Ustawodawca zapewne również miał taką świadomość niemniej jednak uznał za optymalne i zasadne wprowadzenie w tym zakresie stosownej regulacji, pozwalającej na wykazywanie się zasobami podmiotu trzeciego w ramach spełniania warunków podmiotowych przez wykonawcę, niezależnie od łączącego te podmioty stosunku faktycznego, czy prawnego”.

Odwołujący nie kwestionował, że zasobami niezbędnymi, a jednocześnie wystarczającymi do realizacji przedmiotowego zamówienia są: lodołamacz oraz kapitan lodołamacza.

Skoro zatem na str. 40 oferty przystępującego znajduje się oświadczenie z dnia 8 listopada 2010 r. złożone przez Prezesa zarządu Przedsiębiorstwa Budownictwa Wodnego w Tczewie Sp. z o.o. o oddaniu przystępującemu do dyspozycji, na podstawie zawartej umowy najmu, lodołamacza TYGRYS wraz załogą na okres realizacji zamówienia (od 1 grudnia 2010 r. do 15 marca 2011 r. z możliwością przedłużenia lub skrócenia terminu zakończenia), to uznać należy, że przystępujący, opierając się na doświadczeniu Przedsiębiorstwa Budownictwa Wodnego w Tczewie Sp. z o.o. jednocześnie udowodnił, że dysponuje niezbędnymi zasobami na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia w sposób przewidziany w SIWZ, tj. poprzez pisemne zobowiązanie podmiotu udostępniającego.

Izba nie podziela także stanowiska odwołującego, iż fakt załączenia przez przystępującego do oferty „umowy (...) nie podpisanej przez żadną ze stron” budzi

wątpliwości co do prawdziwości złożonych oświadczeń, ponieważ nie przeczy to w żadnym razie temu, że umowa taka - przed terminem złożenia oferty, a tym samym terminem złożenia oświadczeń - została zawarta. Innymi słowy, załączenie do oferty projektu umowy, którego zamawiający w ogóle nie oczekiwał nie jest dowodem na to, że sama umowa nie została zawarta.

Żadnej innej argumentacji, ani dowodów przemawiających za tym, że umowa najmu pomiędzy przystępującym a Przedsiębiorstwa Budownictwa Wodnego w Tczewie Sp. z o.o. nie została zawarta przed złożeniem oświadczeń odwołujący nie przedstawił.

Zarzut zaniechania przez zamawiającego wykluczenia przystępującego z udziału w postępowaniu z tego powodu, iż wykonawca ten, polegając na zasobach innego podmiotu nie przedłożył dokumentów dotyczących tego podmiotu w zakresie wymaganym od wykonawcy określonym w ogłoszeniu o zamówieniu (sekcja III 2.1)h) nie potwierdził się.

W sekcji III 2.1)h) zamawiający zażądał, aby wykonawca, który powołuje się przy wykazywaniu spełniania warunków udziału w postępowaniu na potencjał innych podmiotów, które będą brały udział w realizacji części zamówienia przedłożył także dokumenty dotyczące tego podmiotu w zakresie wymaganym od wykonawcy, określonym w ppkt. c, w którym mowa o aktualnym odpisie z właściwego rejestru, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do rejestru, w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, wystawiony nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert. W przypadku osób fizycznych zamawiający zażądał złożenia oświadczenia w zakresie art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W pkt. 5.13. SIWZ zamawiający zażądał natomiast, jeśli podmioty, o których mowa w pkt. 5.10 i 5.12. będą brały udział w realizacji części zamówienia, dołączenia aktualnego odpisu z właściwego rejestru, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do rejestru, w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, wystawiony nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert, a w przypadku osób fizycznych oświadczenia w zakresie art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Z treści oferty przystępującego jednoznacznie wynika, że podmiotem, na którego potencjał (Iodołamacz, załoga) powołał się przystępujący jest Przedsiębiorstwo Budownictwa Wodnego w Tczewie Sp. z o.o.

Kwestią wymagającą rozstrzygnięcia pozostaje to, czy spółka ta będzie brała udziału w realizacji choćby części zamówienia, co przesądziłoby o obowiązku złożenia przez nią aktualnego odpisu z właściwego rejestru.

Odpowiedź jest przecząca, ponieważ rola tego podmiotu sprowadza się do udostępnienia lodołamacza i załogi, która będzie uczestniczyć w realizacji zamówienia pod kierownictwem przystępującego i bez jakiegokolwiek odpowiedzialności podmiotu udostępniającego wobec przystępującego, a tym bardziej zamawiającego za prawidłową realizację zamówienia.

Z tego też powodu przystępujący nie miał obowiązku złożenia wraz z ofertą aktualnego odpisu z KRS Przedsiębiorstwa Budownictwa Wodnego w Tczewie Sp. z o.o.

Zarzut zaniechania przez zamawiającego wykluczenia przystępującego z udziału w postępowaniu z tego powodu, iż wykonawca ten złożył Świadectwo Zdolności Żeglugowej, które powinno zostać cofnięte ze względu na oparciu tego Świadectwa na Świadectwie pomiarowym wydanym dnia 12 czerwca 1985 r. nie potwierdził się.

W pkt. 5.9. SIWZ zamawiający zażądał załączenia do oferty wykazu lodołamaczy wraz z informacją o podstawie do ich dysponowania, do którego należało dołączyć dokument potwierdzający w szczególności zdolność żeglugową lodołamacza, ważny co najmniej do 30 kwietnia 2011 r.

Odwołujący nie kwestionował rodzaju dokumentu przedłożonego przez przystępującego wraz z ofertą, tj. Świadectwa Zdolności Żeglugowej dla lodołamacza TYGRYS, wydanego przez Urząd Żeglugi Śródlądowej, ale kwestionował ważność świadectwa pomiarowego (nr 465 wydanego dnia 12 czerwca 1985 r), o którym mowa w pkt.1.20 Świadectwa Zdolności Żeglugowej.

W ocenie Izby brzmienie wymogu ujętego w pkt. 5.9. SIWZ nie pozostawia wątpliwości, że weryfikacja żądanych dokumentów pod kątem ich ważności nastąpić miała wyłącznie w oparciu o datę ważności wskazanych dokumentów, tj. w spornym zakresie dokumentu potwierdzającego zdolność żeglugową lodołamacza. Badając podstawy wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu zamawiającemu nie wolno wykraczać poza reguły nałożone w SIWZ.

Złożone przez przystępującego na str. 27 - 34 oferty Świadectwo Zdolności Żeglugowej podaje w pkt. 5.1. termin ważności (po przedłużeniu): 30 listopada 2011 r.

Porównanie zatem oczekiwanej przez zamawiającego daty ważności wskazanej w pkt. 5.9. SIWZ z datą wskazaną w pkt. 5.1. Świadectwie Zdolności Żeglugowej prowadzi do wniosku, że złożony przez przystępującego dokument jest ważny nawet dłużej niż wymagał tego zamawiający. Okres ważności świadectwa pomiarowego zamawiający pozostawił poza zakresem swojej weryfikacji w ramach przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ograniczając ją do ważności dokumentu potwierdzającego zdolność żeglugową lodołamacza.

Odwołujący nie wykazał ani tego, że utrata ważności przez świadectwo pomiarowe skutkuje automatycznie nieważnością Świadectwa zdolności żeglugowej, ani tego, że świadectwa pomiarowe nie zostało przedłużone lub też, że dla lodołamacza TYGRYS nie wydano nowego świadectwa pomiarowego, a to na odwołującym spoczywa w tym przypadku ciężar dowodu.

Zarzut zaniechania przez zamawiającego wykluczenia przystępującego z udziału w postępowaniu z tego powodu, iż złożony przez tego wykonawcę odpis aktualny z rejestru przedsiębiorców nie potwierdza, że przedmiotem działalności tegoż wykonawcy jest możliwość przeprowadzania akcji lodołamania nie zasługuje na uwzględnienie.

Ani w odwołaniu, ani na rozprawie odwołujący nie wskazał żadnego postanowienia SIWZ, które nakładałoby na wykonawcę obowiązek złożenia odpisu z właściwego rejestru zawierającego informację, że przedmiotem działalności jest przeprowadzanie akcji lodołamania, nie wskazał też przepisów prawa, które uzależniałyby możliwość prowadzenia takich akcji od wpisu - w przypadku przystępującego - do KRS.

Odwołujący nie zakwestionował także twierdzenia przystępującego złożonego na rozprawie, iż działalność polegająca na prowadzeniu akcji lodołamania nie musi być przedmiotem wpisu np. w KRS spółek, ponieważ jest ona przypisana do konkretnej jednostki pływającej i jej załogi.

Odwołujący wreszcie nie wnosił zastrzeżeń co do postanowienia pkt 5.9. SIWZ, zgodnie z którym zamawiający żądał załączenia do wykazu lodołamaczy dokumentów potwierdzających zdolność żeglugową lodołamaczy i ich klasę.

Wobec powyższego Izba uznała, że zarzut nie został przez odwołującego udowodniony i w konsekwencji Izba uznała, że zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut zaniechania przez zamawiającego wykluczenia przystępującego z udziału w postępowaniu z tego powodu, że złożona przez tego wykonawcę opinia bankowa jest niezgodna z postanowieniami pkt 5.12. SIWZ nie zasługuje na uwzględnienie.

W pkt 5.12. SIWZ zamawiający zażądał od wykonawców załączenia do oferty informacji z banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo - kredytowej, wystawionej nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert, potwierdzającej wielkość posiadanych środków finansowych i/lub zdolność kredytową wykonawcy na kwotę co najmniej 200 000 PLN. Jednocześnie zamawiający zaznaczył, że z informacji tej: „musi

jednoznacznie wynikać (...), że w przypadku wyboru oferty Wykonawcy bank udzieli mu kredytu do w/w wysokości”.

Informacja z Banku Spółdzielczego w Brodnicy Odział w Elblągu (L.dz. 74/OOG/2010/KB) z dnia 8 listopada 2010 r. znajduje się na str. 39 oferty przystępującego. W informacji Bank oświadczył: „W przypadku wygrania przez naszego klienta przetargu (...), wyrażamy gotowość do udziału w finansowaniu tego przedsięwzięcia w ramach przyznanych limitów. Z przeprowadzonej oceny sytuacji ekonomiczno - finansowej w/w klienta wynika, iż posiada zdolność kredytową do obsługi zadłużenia w kwocie 200.000 zł.

Wskazać w pierwszej kolejności należy, że zgodnie z rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817) zamawiający żąda (w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej), w celu wykazania przez wykonawców warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp informacji banku (...) potwierdzającej zdolność kredytową wykonawcy.

Powyższe uregulowanie wskazuje zakres dopuszczonego prawem żądania zamawiającego, sprowadzający się do żądanie wykazania posiadania zdolności kredytowej (na wskazanym przez zamawiającego w SIWZ poziomie).

Wskazać także należy, że warunkiem udzielenie przez bank kredytu w konkretnej wysokości jest posiadanie przez wykonawcę zdolności kredytowej w takiej co najmniej wysokości, a nadto złożenie przez wykonawcę wniosku o udzielenie takiego kredytu.

Wskazać wreszcie należy, że ponieważ wykazanie warunku znajdowania się w sytuacji ekonomicznej i finansowej musi nastąpić na dzień składania, to postanowienia pkt. 5.12. SIWZ musiałoby oznaczać w istocie obowiązek przedłożenia przez wykonawcę informacji z banku nie o posiadanej zdolności kredytowej, ale informacji o udzieleniu kredytu w konkretnej wysokości, co nie wynika ani z brzmienia tego postanowienia SIWZ, ani też nie jest dopuszczalne w świetle brzmienia § 1 ust. 1 pkt 9 w/w rozporządzenia.

Złożona przez przystępującego opinia bankowa stanowi wystarczające potwierdzenie spełnienia warunku znajdowania się przez przystępującego w sytuacji ekonomicznej i finansowej, określonej przez zamawiającego, tj. posiadania zdolności kredytowej na kwotę co najmniej 200 000 PLN, ponieważ wprost w swojej opinii Bank wskazał, że przystępujący (klient) posiada zdolność kredytową do obsługi zadłużenia w kwocie 200 000 zł.

Co więcej, wyrażona przez bank gotowość do udziału w finansowaniu przedsięwzięcia w ramach przyznanych limitów (limit ten wskazuje zdolność kredytowa wykonawcy czyli 200 000 zł) oznacza w istocie gotowość Banku do przyznania przystępującemu kredytu. Biorąc pod uwagę fakt braku wniosku przystępującego

o udzielenie kredytu, będący konsekwencją oczywistego braku wiedzy przystępującego co do wyników postępowania (wygrania przetargu) uznać należy, że zobowiązanie zawarte w informacji z dnia 8 listopada 2010 r. jest na etapie jej udzielenia możliwie najdalej idącym zobowiązaniem ze strony Banku.

Z powyższego wynika, że żaden z zarzutów podnoszonych przez odwołującego nie potwierdził się, a zatem brak jest podstaw do wykluczenia przystępującego z podnoszonych przez odwołującego przyczyn.

W konsekwencji uznania przez Izbę, że brak jest podstaw do wykluczenia przystępującego z udziału w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, Izba uznała także brak podstaw do odrzucenia oferty tego wykonawcy na podstawie przepisu art. 24 ust. 4 ustawy Pzp.

Jednocześnie, wobec faktu, że nie wskazał na czym polegała niezgodność treści oferty przystępującego z treścią SIWZ, Izba uznała, że brak jest podstaw do odrzucenia oferty tego wykonawcy na podstawie przepisu art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp. Cała argumentacja odwołującego, zawarta w odwołaniu, jak i zaprezentowana na rozprawie dotyczyła wyłącznie wykluczenia przystępującego z udziału w postępowaniu. Odwołujący jedynie formalnie wskazał jako podstawę odrzucenia oferty przystępującego, poza art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, także przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba, na podstawie przepisu art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp, orzekła jak w sentencji.

O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp.

Przewodniczący

.....