

WYROK
z dnia 2 września 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Honorata Łopianowska
Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 września 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 sierpnia 2014 r. przez wykonawcę Yamo spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego, którym jest Politechnika Łódzka Wydział Fizyki Technicznej, Informatyki i Matematyki Stosowanej w Łodzi

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża Yamo spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu, i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr [słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy] uiszczoną przez Yamo spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od Yamo spółki z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu na rzecz Politechniki Łódzkiej Wydziału Fizyki Technicznej, Informatyki i Matematyki Stosowanej w Łodzi kwotę 3 600 zł 00 gr [trzech tysięcy sześciuset złotych, zero groszy] stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu kosztów zastępstwa procesowego

Stosownie do art. 198a i 198b 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 Łodzi

Skład orzekający:

Uzasadnienie

I. Zamawiający – Politechnika Łódzka Wydział Fizyki Technicznej, Informatyki i Matematyki Stosowanej w Łodzi prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest *„Dostawa, rozmieszczenie i montaż wyposażenia informatycznego: sprzętu komputerowego, tablic multimedialnych, urządzeń sieciowych i oprogramowania dla inwestycji objętej projektem pn. „Rewitalizacja fragmentu kampusu Politechniki Łódzkiej– renowacja, przebudowa i rozbudowa zespołu obiektów pofabrycznych dla celów dydaktyki Wydziału Fizyki Technicznej, Informatyki i Matematyki stosowanej”, współfinansowanego przez Unię Europejską z Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Łódzkiego na lata 2007–2013”*. Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

II. W postępowaniu, w zakresie zadania I zostały złożone trzy oferty, z cenami:

- | | | |
|----|--|----------------|
| 1. | Odwołujący: | 635 426,61 zł; |
| 2. | PRZP Systemy Informacyjne spółka z o.o. w Połańcu: | 657 899,94 zł; |
| 3. | e-Tech J. S. sp. jawna w Łodzi | 849 995,10 zł; |

Zamawiający rozstrzygnął przedmiotowe postępowanie, w zakresie zadania I, wykluczając Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych a także odrzucając ofertę tego wykonawcy w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt ustawy. Zamawiający dokonał wyboru oferty złożonej przez e-Tech J. S. spółka jawna w Łodzi.

III. W dniu 19 sierpnia 2014 r., Odwołujący złożył odwołanie, wobec dokonanego przez Zamawiającego wykluczenia oraz odrzucenia oferty, a także zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez e-Tech J. S. sp. jawna w Łodzi, stawiając zarzuty wobec:

- 1) odrzucenia, na podstawie przepisu art 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, oferty Odwołującego z argumentacją: *„treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia”* oraz wykluczenie Wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy, z argumentacją niejednoznacznego wykazania zdolności finansowej;

2. uznania, że oferta firmy e–Tech J. S. sp. Jawna, w Łodzi jako wolna od wad i przy jednoczesnym odrzuceniu oferty Odwołującego, jest ofertą najkorzystniejszą i zwycięską, tj. wyboru najkorzystniejszej oferty firmy e–Tech J. S. sp. jawna. Tymczasem oferta ta winna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy, jako nie spełniająca warunków określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia [SIWZ].

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) w przypadku gdy umowa w sprawie zamówienia nie została zawarta – o nakazanie powtórzenia czynności oceny i wyboru ofert [po uprzednim uchyleniu zaskarżonego rozstrzygnięcia];
- 2) w przypadku zaś zawarcia umowy dotyczącej przedmiotowego zamówienia publicznego – o unieważnienie umowy i nałożenie kary finansowej oraz powtórzenie czynności.

Odwołujący wskazał także, że dostrzegając w treści rozstrzygnięcia wadliwą informację dot. dopuszczalności zawarcia umowy, stosownie do treści przepisu art 183. 1 ustawy, zawarcie umowy byłoby na tym etapie przedwczesne.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podniósł następujące zastrzeżenia i argumentację, mającą uzasadniać podniesione zarzuty:

[1] Odwołujący wskazał na wadliwy wybór jako najkorzystniejszej oferty e–Tech J. S. sp. jawna wskazując, iż oferta Odwołującego była ofertą najkorzystniejszą [o ok. 200 tys. tańszą], w rozumieniu przepisu art. 2 ustawy i powinna otrzymać najwyższą liczbę punktów, ale przy jednoczesnym przyjęciu, że nie kwalifikuje się ona do odrzucenia, lecz do uznania za zgodną z SIWZ i przy przyjęciu, iż nie zachodziły podstawy do wykluczenia Odwołującego z postępowania. Natomiast oferta firmy E–tech J. S. Spółka Jawna winna podlegać odrzuceniu jako nie spełniająca wymagań SIWZ. Szczegółowe zarzuty odwołania polegają na mylnym przyjęciu przez Zamawiającego w rozstrzygnięciu dotyczącym odrzucenia oferty, że istniały podstawy do zastosowania przepisu art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy, poprzez wadliwe przyjęcie, iż oferta Odwołującego podlega odrzuceniu, wobec nie przedłożenia określonych w punkcie 6.4.1. SIWZ dokumentów potwierdzających spełnienie minimalnych parametrów technicznych wymaganych przez Zamawiającego. Zgodnie z opisem zawartym w załącznikach nr od 1a do 1e SIWZ i następnie wskutek błędnego przyjęcia, że przedstawione w trybie art. 26 ustawy uzupełnienia nie potwierdzają jednoznacznie spełnienia minimalnych parametrów technicznych, a to dlatego że przedłożone opisy specyfikacji technicznej WI–01–1, WI–01–2, WI–01–3 nie pochodzą

z oficjalnych materiałów informacyjnych producentów elementów składowych i nie zawierają kompletu danych [jakich danych nie zawierają – Zamawiający nie wskazał], a to przy wskazaniu, że producentem zaoferowanego sprzętu, tj. jednostek centralnych PC jest właśnie Odwołujący, a dane [pełne dane techniczne], jakie przedstawił pochodzą z jego [producenta] oficjalnego materiału informacyjnego. Przedstawione dane techniczne oferowanych urządzeń są pełne i wyczerpujące. Trudno podjąć polemikę z zarzutem „niekompletności danych” czy zarzutem „niejednoznaczności opisu” przedstawionych w ramach procedury uzupełnienia oferty. Zamawiający w ogóle nie wskazuje, jakie dostrzegł braki i czego oczekiwał oraz gdzie zrodziła się „niejednoznaczność” opisu. Zamawiający powołuje się ogólnie i bez należytej precyzji cyt.: *„nie zawierają kompletu danych dokumentujących jednoznacznie spełnienie minimalnych parametrów technicznych wymaganych przez Zamawiającego”*.

[2] Zamawiający błędnie przyjął, że *„przedłożony opis techniczny dla pozycji SIWZ WI–20 Zadanie I, „wobec braku jednoznacznego wskazania typów dysków twardej oferowanych w zestawie, nie potwierdza jednoznacznie spełnienia minimalnych parametrów technicznych wymaganych przez Zamawiającego”*. I w tym przypadku – podobnie jak wyżej – Zamawiający bez omówienia, czy choćby wskazania podstaw swego stanowiska [jakiego parametru technicznego niezbędnego do oceny twardej dysków nie dopatrył się w opisie technicznym], podjął nieuprawnioną decyzję o odrzuceniu oferty i wykluczeniu wykonawcy z postępowania. Tymczasem i w tym przypadku oferta Odwołującego wolna jest od wad. W szczególności nie znajduje uzasadnienia prawnego wskazanie zawarte w zaskarżonym rozstrzygnięciu, że oferta nie odpowiada treści SIWZ. W pozycji WI–20 zarówno w ofercie i w przesłanym wyjaśnieniu wyraźnie określono, że zaoferowane dyski będą miały pojemność 12 TB co jest zgodne z pkt 24 opisu pozycji WI–20 w wymaganiach określonych przez Zamawiającego w SIWZ [zał. 1a SIWZ SOPZ WI]. Podsumowując, oferta z przedstawionymi dokumentami odpowiada SIWZ, gdyż spełniono warunki precyzyjnego przedstawienia oficjalnych informacji technicznych producenta oraz wymóg przedstawienia pełnego opisu technicznego twardej dysków. Dane techniczne przekazane w ramach wezwania do uzupełnienia oferty obejmują zatem niezbędne w tym zakresie informacje.

[3] Mylnie jest stanowisko Zamawiającego [str. 4 skarżonego rozstrzygnięcia] o istnieniu podstaw do wykluczenia Wykonawcy z zamówienia publicznego z powodu nie spełnienia warunku określonego w pkt 5.4.1 dot. *„wysokości posiadanych środków finansowych lub zdolności kredytowej Wykonawcy”*, to zaś stanowi obrazę przepisu art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy. Zamawiający w niezrozumiały dla Odwołującego sposób błędnie przyjął, że przedstawione zaświadczenia banku wskazujące o przyznaniu kredytu w rachunku bieżącym

na kwotę 5,8 mln zł [„klient korzysta z kredytu na rachunku bieżącym w kwocie 5.800.000,00 zł.”] nie spełnia warunku posiadania „zdolności kredytowej” w wysokości 256 000 zł. Trudno o wytłumaczenie takiego oczywiście i rażąco błędnego stanowiska prezentowanego przez Zamawiającego. Bank w przedstawionym zaświadczeniu wskazał na istnienie zdolności kredytowej Wykonawcy. Więcej, bank ten już przyznał Wykonawcy w oparciu o posiadaną przez niego zdolność kredytową kredyt. W zaświadczeniu banku użyto bowiem trybu dokonanego [„klient korzysta”]. Zaświadczenie nie stanowiło zatem promesy przyznania kredytu z określeniem zaledwie zdolności kredytowej, lecz już zaakceptowaną decyzję o przyznaniu kredytu na poziomie 5,8 mln zł. w rachunku bieżącym. Przyznany kredyt jest kredytem obrotowym [na rachunku bieżącym] na dowolny cel w ramach prowadzonej przez Wykonawcę działalności. Z tej przyczyny należy postawić Zamawiającemu zarzut czytania przedmiotowego zaświadczenia banku bez zrozumienia treści. Dokument ten wykazuje zdolność kredytową [zaakceptowaną przyznaniem kredytu] na poziomie wielokrotnie wyższym od kwoty wymaganej przez Zamawiającego zdolności kredytowej dla zadania I, tj. 256 000 zł. Nie zachodziły zatem podstawy dla wykluczenia wykonawcy z postępowania.

[4] Postępowanie Zamawiającego dotknięte jest ponadto zarzutem nierównego traktowania wykonawców [art. 7 ust. 1 w zw. z art. 87 ust. 1 i 2 ustawy], poprzez odrzucenie niewadliwej oferty Odwołującego w sytuacji, gdy brak jest podstaw do zajęcia takiego stanowiska, na podstawie przepisu art. 87 ust. 2 ustawy.

[5] Jednocześnie oferta wykonawcy e-Tech J. S. spółka jawna winna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 2 pkt 3 ustawy i art. 89 ust. 1 pkt 2 ze względu na niezgodności z SIWZ. Towar zaoferowany przez firmę e-Tech J. S. spółka jawna w pozycji WI-15 UPS 3000VA, wg opisu produktu z oferty firmy e-Tech [str. 134 i 135 oferty e – Tech] oraz wiedzy Yamo zaczerpniętej od producenta, nie spełnia wymogów zapisu SIWZ, dotyczącego minimalnego czasu podtrzymania przy obciążaniu 50 %. W zaproponowanej przez firmę e – Tech konfiguracji tj. UPS ARES Rack 3000VA/1800W plus, bateria MB4814 RACK oferuje czas podtrzymania przy obciążaniu 50 % 15 minut, co jest niezgodne z wymaganym przez Zamawiającego w SIWZ z 20 minutowym czasem podtrzymania. Ponadto zaoferowany przez firmę „E- Tech” J. S. sp. jawna w poz. WI-17 Serwer plików Qnap TS-420U nie posiada wymaganego przez Zamawiającego w SIWZ wydajnego szyfrowania dysków z kluczem AES256 bit [str. 142,143 oferty e- Tech].

[6] Odwołujący podał, że Zamawiający w sposób nie jednoznaczny określił podstawy faktyczne swego rozstrzygnięcia. W redakcji podjętej decyzji trzykrotnie tj. przy wszystkich kolejnych trzech zarzutach postawionych ofercie i zdolności finansowej Wykonawcy wykorzystał nie ostre określenie, że niejednoznacznie wskazano dane i informacje

wymagane w SIWZ. Zamawiający stosuje inne mierniki precyzji wobec siebie i inne wobec wykonawcy. W przypadku twardych dysków Wykonawca nie posiada wiedzy jakie to, rzekomo niejednoznaczne informacje o danych technicznych tych urządzeń zadecydowały o odrzuceniu oferty. Zamawiający danych [niejednoznacznych, a nie brakujących danych] nie ujawnił wykonawcy w uzasadnieniu rozstrzygnięcia. Nie wezwał przy tym, aby Jego [tylko Jego] wątpliwość została usunięta poprzez zadanie pytania wykonawcy. Rozstrzygnięcie zostało zatem pozbawione podstawy faktycznej, a przez to jest oczywiście błędne, a przy tym i dowolne. Podobnie w przypadku błędnego przyjęcia, że wykonawca nie przedstawił w ramach uzupełnienia oferty oficjalnych informacji producenta o elementach urządzeń. W tym przypadku Zamawiający nie dostrzegł, że to właśnie wykonawca jest producentem zaoferowanych jednostek centralnych PC. Każda jego informacja o sprzęcie ma charakter „oficjalnej informacji producenta sprzętu”. Zarzut postawiony wobec jego oferty przedstawia się więc jako zupełnie chybiony.

Ponadto Zamawiający błędnie przyjął, że Wykonawca, któremu bank udzielił kredytu w rachunku bieżącym na poziomie 5,8 mln zł, nie dysponuje środkami na realizację zadania na poziomie 635 426,61 zł, tj. na kwotę na którą wykonawca złożył ofertę. W rezultacie zaskarżone rozstrzygnięcie narusza zasady określone w art. 7 ust. 1 ustawy. Takie działanie Zamawiającego stanowi naruszenia zasady: równego traktowania i powszechności postępowania. Lektura argumentacji przytoczonej w uzasadnieniu tej decyzji pozwala niestety na wyprowadzenie wniosku, że wykonawca z rynku lokalnego spotkał się z szczególnym traktowaniem przez Zamawiającego.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający skoro uznał, iż ma do czynienia z błędem oferty, był obowiązany podjąć działania sanujące ofertę. Takim zaś swoim zaniechaniem dopuścił się obrazy przepisu art. 7 ust. 1 ustawy w zw. z art. 26 ust. 3 ustawy [wezwanie było pozbawione precyzji, a uzupełnienie wadliwie ocenione]. Zamawiający miał jeszcze jedną możliwość opartą na art. 87 ust. 1 ustawy, aby w toku badania i oceny ofert żądać od wykonawcy wyjaśnień dotyczących „treści złożonych ofert” [Właściwy kierunek postępowania w tym zakresie wskazuje „komentarz do ustawy” oparty na wykładni celowościowej zamieszczony w uzasadnieniu projektu rządowego noweli do ustawy zmieniającej pr. zam. publ. Postępowanie Zamawiającego przeczy wszelkim celom jakie Ustawodawca pragnął realizować treści noweli do pr. zam. publ. Ustawodawca w druku sejmowym zawierającym uzasadnienie projektu ustawy nowelizującej na str. 6 wskazał m.in.: *„Proponowane rozwiązanie przyczyni się do usprawnienia procedury udzielania zamówień publicznych oraz do zmniejszenia liczby odrzucanych ofert i unieważnianych postępowań/...]. Jest to szczególnie istotne w kontekście zamówień na roboty budowlane,*

w których oferty wykonawców, niezwykle obszerne i szczegółowe, liczące nieraz po kilkadziesiąt tomów, często podlegają odrzuceniu ze względu na drobne błędy w ich treści. Proponowany przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 w szczególności ma na celu umożliwienie poprawiania tego rodzaju błędów, które mogą pojawić się w trakcie sporządzania kosztorysu ofertowego. Należy również podkreślić, że proponowane rozwiązanie nie stoi na przeszkodzie temu, aby zamawiający samodzielnie precyzował w specyfikacji istotnych warunków zamówienia przykładowe okoliczności, w których będzie dokonywał poprawy omyłek w ofertach w trybie art. 87 ust. 2. Powyższe prowadzi do przejrzystości postępowania, ogranicza kazuistykę ustawy i może ograniczyć ewentualne spory z wykonawcami.”].

W efekcie, rozstrzygając w przedmiocie wyboru najkorzystniejszej oferty, Zamawiający dopuścił się naruszenia wskazanych w zarzutach norm prawa i w efekcie mylnego przyjęcia, iż istniały podstawy do odrzucenia oferty Wykonawcy na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy, pomimo spełnienia warunku przedłożenia kompletnej oferty.

IV. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 i 5 ustawy, oraz ewentualnie – o oddalenie odwołania. Zamawiający podał:

[1] w zakresie podstawy do odrzucenia odwołania:

Zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy, Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi że zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie lub jeżeli odwołujący powołuje się wyłącznie na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie innego odwołania dotyczącego tego samego postępowania wniesionego przez tego samego odwołującego się. W niniejszej sprawie odwołanie zostało wniesione po upływie terminu przewidzianego w ustawie – Odwołujący formułuje m.in. zarzut – naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, poprzez wykluczenie Odwołującego z postępowania. Zgodnie z art 182 ust. 2 pkt 1 ustawy odwołanie wobec czynności niezgodnych z prawem SIWZ wnosi się w terminie 10 dni od dnia przesłania informacji o czynności Zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia. W dniu 21.07.2014 r. Odwołujący został wezwany do uzupełnienia dokumentów w tym m.in. informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo–kredytowej potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową Wykonawcy, nie niższą niż równowartość kwoty, określonej w pkt. 5.4.1 [w zależności od zadania, na które wykonawca składa ofertę] wystawionej nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert. Z treści przedmiotowego

pisma wprost wynikało, że złożona wraz z oferta opinia bankowa nie potwierdza w ocenie Zamawiającego warunku udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej. Tymczasem Odwołujący w wyniku uzupełnienia oferty ponownie załączył ten sam dokument. Oznacza to, że nie zgodził się ze stanowiskiem Zamawiającego odnośnie oceny dokumentu wystawionego przez bank – a więc powinien zakwestionować czynność Zamawiającego polegającą na wezwaniu do uzupełnienia w przedmiotowym zakresie.

Wezwanie do uzupełnienia Odwołujący otrzymał w dniu 21.07.2014 r. zatem termin na zakwestionowanie tej czynności miał do 31.07.2014 r.

W wyroku z dnia 12 marca 2012 r. sygn. akt: KIO 425/12, wskazano: „*Za nietrafne Izba uznała stanowisko zamawiającego, że dopiero po wyborze ofert – wykonawca jest uprawniony do wniesienia odwołania na nieprawidłowe wezwanie go do wyjaśnień i uzupełnienia dokumentów. Wręcz przeciwnie, jest to czynność podlegająca zaskarżeniu, od daty jej powzięcia. W innym przypadku, odwołanie w tym zakresie podlegałoby odrzuceniu po upływie ustawowego terminu jego wniesienia, liczonego od daty powzięcia wiadomości o kwestionowanej czynności zamawiającego. Zachodziła sytuacja przewidziana w art. 182 ust 1 pkt 3 ustawy Pzp. Niezaskarżenie bezpodstawnego wezwania do uzupełnienia dokumentów mogłoby prowadzić do próby ich zalegalizowania w trakcie ponownej oceny ofert*”. Reasumując, w niniejszym przypadku Odwołujący powinien zakwestionować czynność wezwania do uzupełnienia w trybie art. 26 ust 3 ustawy w zakresie sposobu oceny opinii bankowej. Zgłaszanie zarzutu w zakresie oceny tego dokumentu na obecnym etapie należy uznać za zgłoszone po terminie.

[2] w zakresie zarzutów dotyczących niezgodności oferty YAMO Sp. z o.o. z SIWZ w odniesieniu do stwierdzenia niekompletnych informacji o oferowanych urządzeniach WI-01-1; WI-01-2; WI-01-3:

Zamawiający podał, że Odwołujący zarzucił Zamawiającemu błędne przyjęcie, że przedstawione w trybie art. 26 ustawy Pzp uzupełnienia nie potwierdzają dla pozycji WI-01-1; WI-01-2; WI-01-3 jednoznacznie spełnienia minimalnych parametrów technicznych a to przy wskazaniu, że producentem zaoferowanego sprzętu tj. jednostek centralnych PC jest właśnie firma YAMO a dane [pełne dane techniczne] jakie przedstawił pochodzą z jego oficjalnego materiału informacyjnego. Wykonawca utrzymuje również, że przedstawione dane techniczne oferowanych urządzeń są pełne i wyczerpujące. W złożonej ofercie Odwołujący zaoferował dla pozycji WI-01-1; WI-01-2; WI-01-3 zestawy komputerowe zestawione z podzespołów, których producentem nie jest firma YAMO – wynika to jednoznacznie z treści przedłożonej oferty [wskazano w niej nazwy podzespołów, które

identyfikują ich rzeczywistych producentów min. ASUSTeK Computer Inc, TOSHIBA; SEAGATE, SanDisk; MSI; SAMSUNG; MODECOM]. Przedłożone w ofercie oraz złożone w trybie uzupełnienia opisy zawierają jedynie wykaz podzespołów składowych zestawów – nazwy i symbole modeli tych podzespołów oraz skrótowe zapisy wskazujące na podstawowe parametry techniczne tych podzespołów. Informacje te nie pozwalają na jednoznaczne potwierdzenie spełniania szeregu parametrów określonych w specyfikacji SIWZ i wymaganych przez Zamawiającego. Zgodnie z wymaganiami SIWZ, „*W celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego, Wykonawcy muszą złożyć wraz z ofertą następujące dokumenty: Ilustrowane foldery lub/i prospekt lub/i karty katalogowe lub/i opisy techniczne [w języku polskim lub angielskim] lub inne dokumenty **jednoznacznie** potwierdzające spełnianie minimalnych parametrów technicznych wymaganych przez Zamawiającego, zgodnie z opisem zawartym w załącznikach nr Ia, Ib, Ic, Id, Ie do SIWZ, w zależności od Zadania, na które Wykonawca składa ofertę*”, [pkt 6.4.1. siwz]. Zamawiający zamierza wykorzystywać zestawy do celów dydaktycznych między innymi w laboratoriach studenckich. Takie przeznaczenie determinuje szczegółowe wymagania parametrów zapewniających współpracę z różnorodnym oprogramowaniem i gwarancję sprzętowego wsparcia protokołów komunikacyjnych; współpracę z urządzeniami pomiarowymi wykorzystującymi określone rodzaje interfejsów i wewnętrznych gniazd rozszerzeń oraz gniazd połączeń zewnętrznych w określonej liczbie. Ponadto zestawy będą stanowić wyposażenie stanowisk laboratoryjnych o ściśle określonej konfiguracji i zabudowie. Dlatego istotne dla Zamawiającego jest wypełnienie wymagań odnośnie typu obudowy zestawu [w tym rozmiar], liczby i lokalizacji gniazd. Z uwagi na planowane ciągle wykorzystywanie sprzętu, istotne dla Zamawiającego jest również spełnianie wymogu określonego średniego czasu bezawaryjnej pracy dysków twardych [MTBF] zainstalowanych w zestawach. Mając na uwadze powyższe, wobec braku w złożonej ofercie potwierdzenia spełnienia wymagań określonych w SIWZ Zamawiający zwrócił się z wezwaniem o przedłożenie w trybie uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełnienia wymagań, w tym dla wskazanych wyżej pozycji zadania I. Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, w zakresie pozycji WI-01-1; WI-01-2; WI-01-3 ponownie przedłożył materiały, które były nie kompletne i nie potwierdzały spełnienia wymagań wynikających z SIWZ.

[3] w zakresie zarzutów dotyczących niezgodności oferty YAMO Sp. z o.o. z SIWZ w odniesieniu do stwierdzenia braku jednoznacznego wskazania typów dysków dla urządzenia WI-20:

Odwołujący stwierdza, że: „Zamawiający błędnie przyjął, że przedłożony opis techniczny dla pozycji siwz WI-20 Zadanie I, wobec braku jednoznacznego wskazania typów dysków twardej oferowanych w zestawie, nie potwierdza jednoznacznie spełnienia minimalnych parametrów technicznych wymaganych przez Zamawiającego”. Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia określił wykaz Cech głównych serwera, w którym na pozycji 24 zapisano „Zainstalowane dyski: przystosowane do pracy 24/7 o łącznej pojemności 12 TB”. Wykonawca w złożonej ofercie dla produktu oferowanego dla pozycji WI-20 – na karcie informacyjnej produktu Synology RS3614xs+ wpisał odręcznie informację: „dyski i akcesoria zg. z SIWZ” nie wskazując jakie konkretne modele dysków, o jakich pojemnościach i w jakiej liczbie są przedmiotem oferty i będą zainstalowane w dostarczonym serwerze. Ponadto do oferty nie dołączono żadnej dokumentacji dotyczącej wymagania Zamawiającego o przystosowaniu dysków do pracy w trybie pracy ciągłej tj. 24/7. Zamawiający wezwał Wykonawcę w trybie uzupełnienia dokumentów do złożenia dokumentów potwierdzających jednoznaczne spełnienie wymagań SIWZ. Wykonawca przedłożył w tym trybie zmienioną kartę katalogową serwera z odręcznie adnotacją o treści „+dyski łącznie 12TB”. Do karty dołączył wykaz 17 różnych modeli dysków o różnych pojemnościach i pochodzących od różnych producentów, nie wskazując, które dyski, w jakiej liczbie i w jakiej konfiguracji są rzeczywistym przedmiotem oferty. Wykonawca nie przedłożył także dokumentacji technicznej dysków, które są przedmiotem oferty, z której wynikałoby spełnienie wymogu przystosowania dysków zainstalowanych w serwerze do pracy ciągłej w trybie 24/7. Warto zauważyć, że dla innej pozycji oferty tj. WI-17 Serwer plików o maksymalnej pojemności 4TB Wykonawca przedłożył analogiczny wykaz dysków zawierający 18 różnych modeli dysków o różnych pojemnościach i pochodzących od różnych producentów i jednocześnie określił konkretny model oferowanego dysku nie znajdującego się w tym wykazie i załączył kartę specyfikacji technicznej dla tego modelu dysku, zapewniając jednoznaczność oferty w zakresie pozycji WI-17.

Odwołujący podnosi, że spełnił warunek precyzyjnego przedstawienia oficjalnych informacji technicznych producenta oraz wymóg przedstawienia pełnego opisu twardej dysków dla pozycji WI-20. Tymczasem, Odwołujący de facto nie złożył jednoznacznej oferty dostarczając Zamawiającemu wyłącznie wykaz dysków zawierający 17 różnych modeli dysków o różnych pojemnościach i pochodzących od różnych producentów i jednocześnie

nie określił konkretnego modelu który oferuje. Trudno uznać takie działanie Odwołującego za złożenie oferty zgodnej z SIWZ czy też jednoznaczne wyjaśnienie/ uzupełnienie tejże oferty.

W tym wypadku, zdaniem Zamawiającego, pojawia się pytanie, kto dokonywałby wyboru spośród wariantów zaproponowanych przez Odwołującego i na jakim etapie. Tak złożona oferta stwarza całkowitą dowolność po stronie wykonawcy na etapie realizacji umowy, zaś Zamawiającemu uniemożliwia ustalenie co faktycznie stanowi przedmiot oferty.

Mając powyższe na względzie wobec braku jednoznacznego wskazania w ofercie przez Odwołującego ilości i konkretnych modeli dysków, które zostały zaoferowane i miałyby zostać dostarczone w ramach zamówienia twierdzenie o „precyzyjnym przedstawieniu” oferty nie znajduje potwierdzenia w treści oferty Odwołującego oraz złożonych wyjaśnieniach i uzupełnieniach.

Dyski są podstawowym elementem Serwera i determinują jego konfigurację a złożona oferta Wykonawcy w zakresie tych kluczowych elementów była niejednoznaczna i wariantowa. Odwołujący nie wykazał jednoznacznie spełnienia wymagań Zamawiającego, w szczególności w zakresie wymaganego przystosowania do pracy ciągłej 24/7, co jest istotnym dla Zamawiającego parametrem serwera.

Wykonawca niezgodnie ze stanem faktycznym zarzuca Zamawiającemu, że nie skorzystał z możliwości żądania wyjaśnień na mocy art. 87 ustawy, podczas gdy Zamawiający wzywał wszystkich Wykonawców zadania 1, w tym Odwołującego, do złożenia wyjaśnień i przedłożenia dokumentów na potwierdzenie spełniania wymagań określonych w SIWZ.

Reasumując stwierdzić należy, iż oferta Odwołującego nie zawierała szeregu informacji które były konieczne dla oceny zgodności oferty z wymaganiami SIWZ, ponadto w wyniku uzupełnienia doszło do sytuacji w której Odwołujący złożył de facto ofertę wariantową bez jednoznacznego określenia co stanowi przedmiot tejże oferty. W tym stanie faktycznym Zamawiający zmuszony był odrzucić ofertę jako niezgodną z SIWZ na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy.

[4] w zakresie zarzutów dotyczących informacji z banku:

Zgodnie z pkt 5.4.1. siwz za spełnienie warunku posiadania dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej Zamawiający uzna, jeśli Wykonawca posiada środki finansowe lub zdolność kredytową w kwocie nie mniejszej niż równowartość kwoty: [Dla Zadania I] – 256 000,00 zł. Odwołujący załączył do oferty opinię bankową z dnia 29.05.2014 r z której

wynikało, że Odwołujący „korzysta z kredytu w rachunku bieżącym w kwocie 5 800 000 zł”. Zgodnie z dalszą częścią opinii „kredyt obsługiwany jest prawidłowo”. Na podstawie niniejszej opinii Zamawiający nie mógł stwierdzić czy Odwołujący posiada zdolność finansową na wymaganym poziomie, bowiem treść opinii wskazuje nie na „zdolność kredytową” lub „otwartą linię kredytową” ale na korzystanie z kredytu, co ewidentnie sugeruje fakt jego zaciągnięcia, jednocześnie bank potwierdził, że „kredyt obsługiwany jest prawidłowo” co potwierdza że Odwołujący nie ma w tym zakresie opóźnień w płatnościach.

Treść powyższej opinii bankowej nie potwierdzała spełniania warunku stąd Zamawiający zdecydował o wezwaniu Odwołującego do uzupełnienia oferty w zakresie ww. dokumentu [pismo z dnia 21.07.2014 r.]. W wyniku uzupełnienia Odwołujący ponownie załączył ten sam dokument. Zgodnie z przepisami ustawy oraz utrwalonego orzecznictwa to na wykonawcy ubiegającym się o zamówienie publiczne ciąży obowiązek wykazania, że spełnia warunki udziału w postępowaniu. Tym samym to wykonawca jest odpowiedzialny za przedłożenie dokumentów z których treści wynika, że warunki zostały spełnione. Zamawiający nie może przy ocenie złożonych dokumentów opierać się na domysłach i przypuszczeniach odnośnie treści przedkładanych dokumentów. Za niedopuszczalną należy uznać interpretację użytych w treści dokumentów sformułowań. Z treści przedkładanych wraz z ofertą dokumentów powinno w sposób jednoznaczny i nie budzący wątpliwości wynikać spełnianie przez danego wykonawcę warunków. Stanowisko Zamawiającego oparte jest na utrwalonym na tle tego zagadnienia orzecznictwie KIO. Wskazać można chociażby orzeczenia:

KIO 1584/12 – Zgodnie bowiem z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. ciężar wykazania, że opisane przez Zamawiającego w SIWZ warunki udziału w postępowaniu są wypełnione spoczywa na wykonawcy ubiegającym się o dane zamówienie. Wykonawca ten może powyższe wykazywać w trybie dopuszczonym przepisami ustawy Pzp, tj. w odpowiednim momencie postępowania o zamówienie publiczne, przedkładając wraz z ofertą [w przetargu nieograniczonym] konkretne dokumenty i oświadczenia wymagane w SIWZ na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu, potwierdzające spełnianie danego warunku na dzień otwarcia ofert albo też przedkładając te dokumenty i oświadczenia w wyniku żądania uzupełniania dokumentów.

KIO 2194/12 – Należy na wstępie wskazać, iż samo spełnienie warunków udziału w postępowaniu, jak również wykazanie braku podstaw do wykluczenia ma charakter formalny, będący konsekwencją treści art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp stanowiącego wyraz sformalizowanego charakteru postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Treść art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp pozwala uznać, iż w obecnym stanie prawnym znaczenie wtórne

ma okoliczność, czy wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu i nie podlega wykluczeniu, ale czy powyższe okoliczności zostały przez niego wykazane w dopuszczony przez ustawodawcę sposób, tj. poprzez złożenie dokumentów w formie i treści dookreślonej w rozporządzeniu wykonawczym wydanym na podstawie delegacji ustawowej wyrażonej w art. 25 ust. 2 ustawy Pzp. Z normy prawnej wyrażonej w art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp można wywieść ogólną tezę, iż w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ustawodawca, w odniesieniu do wykazania spełnienia przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu oraz wykazania braku podstaw do wykluczenia, dał prymat prawdzie formalnej nad prawdą materialną [obiektywną].

Powyższej tezy nie sposób uznać za pozbawionej podstaw, biorąc pod uwagę zasadę pisemności oraz jawności postępowania, które to zasady znajdują swoje odzwierciedlenie w formalistycznym ujęciu procesu badania kwestii związanych z kwalifikacją podmiotową wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego. Wszakże zamawiający, opierając się jedynie na przedłożonych przez wykonawcę dokumentach, dokonuje kwalifikacji w odniesieniu do podmiotowych cech tego wykonawcy. Nawet gdy Zamawiający dysponuje informacjami o spełnieniu przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, z innego źródła niż oferta lub wnioski wykonawcy, jest związany dyspozycją normy prawnej wyrażonej w art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, która nakazuje wykluczenie wykonawcy w przypadku, gdy nie wykazał on spełnienia tych warunków w określonej procedurze i w określony sposób.

KIO 2204/12 – Przepis art 24 ust. 2 pkt 4 Pzp przewiduje sankcję wykluczenia z postępowania za niewykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, co obejmuje zarówno sytuację, gdy dany podmiot warunków udziału w postępowaniu rzeczywiście nie spełnia, jak i przypadek gdy nie zdołał wykazać ich spełnienia

KIO 13/13 – z wyroku wynika, że to obowiązkiem wykonawcy było złożenie prawidłowych i kompletnych dokumentów, z których wynikałoby spełnianie warunków udziału, w sposób, o wyborze którego zdecydował sam wykonawca. Nie załączając pierwotnie do oferty niezbędnych dokumentów, wykonawca wziął na siebie ryzyko, że w przypadku uzupełnienia musi złożyć dokumenty prawidłowe, inaczej bowiem polegał będzie wykluczeniu z postępowania.

Identyczne stanowisko zajął także Urząd Zamówień Publicznych w trakcie jednej z przeprowadzonych kontroli – Informacja o wyniku kontroli uprzedniej Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 17.05.2010 r. [UZP/DKUE/KU/74/10]: *W pkt Hl.2.2] ogłoszenia o zamówieniu – Zdolność ekonomiczna i finansowa, zamawiający zawarł warunek, iż w*

postępowaniu mogą wziąć udział wykonawcy, którzy posiadają środki finansowe lub zdolność kredytową na kwotę co najmniej 61 000 zł. Firma X na potwierdzenie spełnienia powyższego warunku przedstawiła opinię bankową wystawioną w dniu 29 marca 2010 r. przez Bank Y, z której wynika, iż na posiadanym przez wykonawcę rachunku obrotowy za okres od 1 grudnia 2009 r. do 28 lutego 2010 r. przedstawiają się w następujący sposób: obroty Wn: 1 253 162,18 zł, zaś obroty Ma: 1 262 915,01 zł. Ponadto, wykonawca posiada kredyt w rachunku bieżącym od dnia 17 stycznia 2007 r. z terminem spłaty do dnia 18 stycznia 2011 r. w wysokości 100 000,00 zł, a saldo dostępnych środków z uwzględnieniem limitu kredytowego na dzień 28 marca 2010 r. wynosiło 23 867,75 zł. Ponadto z przedstawionej opinii bankowej wynika, że wykonawca w dniu 24 września 2008 r. zawarł z ww. bankiem umowę factoringową z limitem w kwocie 500 000,00 zł.

Pismem z dnia 6 maja 2010 r. zamawiający został wezwany do udzielenia wyjaśnień, na jakiej podstawie uznał, iż wykonawca X spełnił ww. warunek udziału w przedmiotowym postępowaniu. W dniu 10 maja 2010 r. zamawiający wyjaśnił, iż potwierdzeniem posiadania przez firmę X, wymaganej zdolności finansowej była zdolność kredytowa w rachunku bieżącym wykonawcy w wysokości 100 000 zł oraz umowa factoringowa z limitem w kwocie 500 000,00 zł, której stroną jest ww. wykonawca. [...]". Urząd Zamówień Publicznych stwierdził, że „Przed wszystkim należy zauważyć, że w opinii bankowej wskazano na kredyt [nie zaś zdolność kredytową] w rachunku bieżącym od dnia 17 stycznia 2007 r. w wysokości 100 000 zł, jednocześnie wskazując, że saldo dostępnych środków z uwzględnieniem limitu kredytowego wynosi tylko 23 867,75 zł. Z powyższych informacji nie wynika zatem, że wykonawca posiada środki własne lub zdolność kredytowa w wymaganej wysokości 61 000 zł. Z powyższych względów nie można uznać, że przedstawiona przez wykonawcę opinia banku potwierdza spełnienie ww. warunku.

Jak słusznie wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 23 listopada 2012 r., wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 2480/12: „Nie chodzi o zdolność kredytową w ogóle, tylko zdolność kredytową związaną z uzyskaniem środków na realizację zamówienia. Z tego względu niekoniecznie udzielony już kredyt stanowi pewniejsze potwierdzenie znajdowania się w sytuacji finansowej umożliwiającej realizację zamówienia od kredytu dopiero obiecane, np. pod warunkiem, że wykonawca zamówienie uzyska. Jeżeli kredyt został udzielony na zupełnie inny cel, a w szczególności kiedy został już wykorzystany lub środki z niego pochodzące są stale zaangażowane na inną działalność wykonawcy – nie potwierdza zdolności sfinansowania realizacji zamówienia.”

Mając powyższe na względzie Zamawiający uznał, że Odwołujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji finansowej i ekonomicznej stad podjął decyzje o wykluczeniu Odwołującego stosownie do art 24 ust 2 pkt 4 ustawy.

Zamawiający zatem uznał, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest postępowaniem sformalizowanym i ze względu na swój charakter musi takim pozostać dla zapewnienia maksymalnej kontroli realizacji celów gospodarczych za środki publiczne [por. wyrok Sądu Okręgowego w Rzeszowie z dnia 27 maja 2010 n, I C 3/09, LEX nr 621160]. To na wykonawcy ubiegającym się o zamówienie ciąży obowiązek dostarczenia informacji umożliwiających ocenę ofert, a w szczególności informacji pozwalających Zamawiającemu stwierdzić, że oferta jest zgodna z wymaganiami SIWZ. Każde zamówienie udzielane w trybie zamówienia publicznego kierowane jest do profesjonalistów. Za wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 kwietnia 2012 r. sygn. akt KIO 757/12] należy wskazać, iż każdy wykonawca, profesjonalista w obrocie gospodarczym, chcąc uzyskać zamówienie musi przygotować ofertę zgodną z SIWZ. Treść SIWZ to, przede wszystkim, zawarty w opisie przedmiotu zamówienia opis potrzeb i wymagań Zamawiającego, które mają być zaspokojone w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia przez zawarcie i zrealizowanie z należytą starannością umowy w sprawie zamówienia publicznego. Treść oferty to jednostronne zobowiązanie wykonawcy do wykonania oznaczonego świadczenia, które zostanie zrealizowane na rzecz zamawiającego, jeśli oferta złożona przez wykonawcę zostanie uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu i zostanie z nim zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego [wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 30 lipca 2010 r. sygn. akt KIO 1484/10]. Jak słusznie zauważyła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 3 sierpnia 2009 r. [sygn. akt: KIO/UZP 907/09, KIO/UZP 915/09]: *Zamawiający, po wpisaniu do specyfikacji wymogu wykazania przez wykonawcę szczegółowych cech oferowanego przedmiotu, **jest obowiązany** sprawdzić spełnienie szczegółowych wymagań przez wykonawcę. Zamawiający podczas badania nie może poprzestać na ogólnym stwierdzeniu wykonawcy zawartym w formularzu oferty [...] Zamawiający jest obowiązany do zbadania oferty z należytą starannością, zwłaszcza, gdy inny wykonawca zarzuca, że czynność ta została dokonana bez zareagowania na choćby najmniejsze odstępstwa oferty od specyfikacji. Zamawiający badając ofertę ma obowiązek stosować się do przepisów Prawa zamówień publicznych i nie może nie reagować na jakiegokolwiek odstępstwa poczynione przez wykonawcę od swoich postanowień postawionych w specyfikacji.*

Odwołujący pomimo uruchomienia przez Zamawiającego zarówno procedury uzupełnienia jak i wyjaśnienia treści oferty nie dostarczył Zamawiającemu informacji, które pozwoliłoby uznać, że złożona oferta jest zgodna z SIWZ. Przerzucanie na Zamawiającego

obowiązku dowodzenia, że oferta jest zgodna z SIWZ do czego dąży Odwołujący jest niedopuszczalne. To wykonawca powinien podać konkretne informacje pozwalające na zbadanie, czy oferowany sprzęt spełnia wymagania Zamawiającego. Stopień szczegółowości tych informacji powinien być dostosowany do opisu poszczególnych wymagań Zamawiającego.

Na marginesie Zamawiający zauważył, że procedura wyjaśniania treści oferty nie może co do zasady skutkować wprowadzeniem zmian w treści oferty. Wyjaśnienia muszą więc ograniczać się do wskazania treści zawartych w ofercie, nie mogą natomiast jej rozszerzać ani ograniczać. Wyjaśnienia wykraczające poza wskazany zakres nie mogą mieć wpływu na ocenę ofert [por. W. Dzierżanowski w: Prawo zamówień publicznych. Komentarz, WKP, 2012]. Wykonawcy, chcąc złożyć ofertę niepodlegającą odrzuceniu, muszą uwzględniać wymagania ustawy oraz wymagania zamawiającego określone w SIWZ. Za takie należy przy tym uznać nie tylko wymogi, o których mowa w art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy, zawarte w zamieszczanym w SIWZ wzorze umowy lub wskazanych tam istotnych postanowieniach umowy, ale również inne wymogi SIWZ, odnoszące się do treści oferty. Pojęcie oferty w prawie zamówień publicznych jest traktowane funkcjonalnie i odnosi się bądź to do samego oświadczenia woli, bądź łącznie do tego oświadczenia i składanych wraz z nim załączników. Treść oferty musi odpowiadać treści SIWZ, co oznacza, że oferta w swej warstwie merytorycznej musi odpowiadać oczekiwaniom zamawiającego wyrażonym w specyfikacji [por. W. Dzierżanowski w: Prawo zamówień publicznych. Komentarz, WKP, 2012]– [Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 2013–12–04, V Ca 2808/13].

[5] W zakresie zarzutów dotyczących oferty e–Tech J. S. spółka jawna:

W ocenie Wykonawcy YAMO, oferta Wykonawcy e–Tech J. S. spółka jawna winna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 2 pkt. 3 ustawy i art 89 ust. 1. pkt 2 ze względu na niezgodność z SIWZ. Zarzut Odwołującego dotyczy pozycji WI–15 UPS 3000VA. Odwołujący wskazuje, na niespełnienie przez urządzenie oferowane przez Wykonawcę e–Tech wymagania Zamawiającego określonego w opisie przedmiotu zamówienia dla pozycji WI–15 w zakresie czasu podtrzymania przy obciążeniu 50% który miał wynosić co najmniej 20 minut. Odwołujący podnosi, że w przedłożonej w ofercie firmy e–Tech kopii karty specyfikacji oferowanego modelu Fideltronik ARES Rack 3000VA/1800W, którą firma e – Tech zaproponowała w ofercie, podana jest wartość parametru „Czas podtrzymania przy obciążeniu, 50% jako 15 min”. W pierwszej kolejności zauważyć należy, iż informacja zgodnie z którą „Czas podtrzymania przy obciążeniu 50% jako 15 min” wynika z folderu informacyjnego dystrybutora a nie producenta tego urządzenia. Jednocześnie w załączonym materiale znajduje się zastrzeżenie tegoż dystrybutora, że „*pomimo dołożenia wszelkich*

starań nie gwarantujemy, że publikowane dane techniczne nie zawierają braków lub błędów [...]". Zamawiający mając na względzie posiadaną wiedzę odnośnie przedmiotowego urządzenia a także niezależne źródła tj. specyfikację techniczną dostępną na oficjalnej stronie internetowej producenta firmy Fideltronik oraz kopię instrukcji obsługi urządzenia Fideltronik ARES Rack 3000VA/1800W stwierdził, że podana w przedłożonych w ofercie materiałach marketingowych dystrybutora [które nie są oryginalnymi materiałami producenta produktu] wartość czasu podtrzymania przy obciążeniu 50% tj. 15 min jest wynikiem pomyłki materiału marketingowego dystrybutora, zaś potwierdzona przez producenta poprawna wartość tego parametru wynosi 20 min.

Tym samym Zamawiający nie znalazł podstawy do odrzucenia oferty firmy e-Tech bowiem podana wartość była wynikiem oczywistej omyłki pisarskiej. Na możliwości takiej omyłki wskazywał przy tym sam materiał informacyjny.

Jednocześnie podnoszona przez Odwołującego wiedza o wartości czasu podtrzymania równej 15 minut, jak to określa, „zaczerpnięta od producenta” nie znajduje potwierdzenia w oficjalnych dokumentach producenta urządzenia firmy Fideltronik.

Zamawiający dokonując oceny oferty zobowiązany jest do oceny faktycznej niezgodności oferowanego produktu z wymaganiami siwz, przy czym ocena taka powinna zostać dokonana po wyeliminowaniu tak jak w niniejszym przypadku pewnych omyłek pisarskich czy drobnych nieścisłości, które dla Zamawiającego są oczywiste.

Ponadto, w ocenie Odwołującego zaoferowany przez firmę e-Tech w pozycji WI-17 Serwer plików QNAP TS-420U nie posiada wymaganego przez Zamawiającego w SIWZ wydajnego szyfrowania dysków z kluczem AES256 bit. Zgodnie z wymaganiami Zamawiającego określonymi w opisie przedmiotu zamówienia dla pozycji WI-17 Serwer powinien posiadać wydajne szyfrowanie dysków z kluczem AES256bit. Odwołujący podnosi, że w przedłożonej w ofercie firmy e-Tech w karcie specyfikacji oferowanego modelu QNAP TS-420U nie wykazano wymaganej funkcjonalności szyfrowania kluczem AES256 bit.

Zamawiający, na etapie badania oferty firmy e-Tech stwierdził rozbieżność między informacją zawartą w ofercie wykonawcy w zakresie zapisu dotyczącego funkcjonalności "szyfrowanie" a posiadaną wiedzą i informacjami producenta. W przedłożonym w ofercie wydruku pojawiła się informacja o braku wykazanej funkcjonalności szyfrowania podczas gdy z materiałów dystrybutora produktu tj. firmy EPA Systemy sp. z o.o. i anglojęzycznej strony producenta – QNAP TS-420U wynika, że wskazany model posiada wymaganą funkcjonalność szyfrowania [„TS-420U is validated with military-grade FIPS AES256-bit

encryption" – tj. TS-420U ma potwierdzoną zgodność z wojskowym standardem szyfrowania FIPS [Federalny standard przetwarzania informacji – USA] AES256-bit"]. W załączonym przez e-Tech materiale znajdowało się jednak zastrzeżenie dystrybutora, że „*pomimo dołożenia wszelkich starań nie możemy zagwarantować, że podane przez nas ceny oraz dane techniczne są wolne od błędów [...]*”. Wobec stwierdzenia powyższej rozbieżności oraz informacji o możliwych błędach Zamawiający wezwał firmę e-Tech w trybie złożenia wyjaśnień do oferty o potwierdzenie spełniania przez oferowany produkt wymagań Zamawiającego w zakresie funkcjonalności szyfrowania. Wykonawca firma e-Tech złożył wyjaśnienie, w którym potwierdził przez oświadczenie posiadanie przez wskazane urządzenie wymaganej funkcjonalności i tym samym spełnienie wymagań Zamawiającego.

W związku z powyższym Zamawiający uznał, że oferta jest zgodna z SIWZ.

W kontekście podniesienia przez Odwołującego zarzutu nierównego traktowania oferty Odwołującego i oferty firmy e-Tech Zamawiający zwrócił uwagę, że podobna rozbieżność jak w pozycji WI-17 oferty firmy e-Tech została rozpoznana przez Zamawiającego na etapie oceny oferty firmy YAMO dla pozycji WI-01-1 dla podzespołu Dysk SSD. Zamawiający wymagał, by dysk SSD należał do kategorii PRO. W ofercie firmy YAMO dla podzespołu Dysk SSD wskazano produkt firmy SanDisk: SanDisk SSD Standard G25. Zamawiający rozpoznał, że wg. informacji na oficjalnej stronie www producenta dysku firmy SanDisk wskazany typ dysku nie jest zaliczony do kategorii PRO [Professional].

Wobec rozbieżności Zamawiający wezwał firmę YAMO w trybie złożenia wyjaśnień do oferty, aby potwierdziła spełnianie przez oferowany produkt wymagań Zamawiającego w zakresie kategorii dysku SSD. Wykonawca firma YAMO złożyła wyjaśnienie, w którym potwierdziła przez oświadczenie przynależność wskazanego urządzenia do wymaganej kategorii PRO i tym samym spełnienie wymagań Zamawiającego. Zamawiający, postępując dokładnie tak jak w przypadku pozycji WI-17 oferty firmy e-Tech uznał złożone wyjaśnienie za zadowalające.

Zamawiający podał, że dochował należytej staranności przy ocenie oferty firmy e-Tech i podobnie jak pozostałych wykonawców wezwał do wyjaśnienia drobnych rozbieżności aby wyjaśnić wszystkie kluczowe dla oceny ofert kwestie. W konsekwencji działań Zamawiającego ocena ofert została dokonana rzetelnie w oparciu o wyjaśnione i udokumentowany stan faktyczny, tym samym zarzuty Odwołującego są bez zasadne.

V. Do postępowania odwoławczego zgłosił w dniu 25 sierpnia 2014 r. pisemnie przystąpienie po stronie Zamawiającego wykonawca e – Tech J. S. spółka jawna w Łodzi. Pismo w przedmiocie przystąpienia zostało też przesłane faksem do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 sierpnia 2014 r. Zamawiający przekazał informację o wniesieniu odwołania wraz z wezwaniem do przystąpienia do postępowania odwoławczego wykonawcy e – Tech J. S. spółka jawna w Łodzi w dniu 20 sierpnia 2014 r. Wykonawca wskazał jako uzasadnienie interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego następujące okoliczności: *„Zamawiający, podejmując czynności zgodne z przepisami ustawy Pzp, dokonał w sposób prawidłowy oceny złożonych w niniejszym postępowaniu ofert, co doprowadziło do uznania oferty złożonej przez Przystępującego za najkorzystniejszą. Powyższe dowodzi, iż Przystępujący posiada interes w tym, aby przedmiotowe postępowanie zostało rozstrzygnięte na korzyść Zamawiającego. Jedyne bowiem oddalenie odwołania w zakresie wszystkich podniesionych zarzutów, zapewni należyłą ochronę interesu prawnego Przystępującego w uzyskaniu niniejszego zamówienia. Nie budzi zatem wątpliwości, iż Przystępujący spełnia przesłanki, o których mowa w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp – w sposób oczywisty dysponuje on bowiem interesem w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje, tj. na korzyść Zamawiającego. Jedyne bowiem oddalenie odwołania w całości zapewni utrzymanie w mocy decyzji Zamawiającego o wyborze złożonej przez Przystępującego oferty jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i doprowadzi do zawarcia przez Zamawiającego z Przystępującym umowy w sprawie zamówienia publicznego w sposób zgodny z przepisami prawa ”.*

Nie dopuszczono tego wykonawcy do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze przystępującego do postępowania po stronie Zamawiającego.

W myśl znajdującego zastosowanie dla ustalenia terminu na zgłoszenie w niniejszym przypadku art. 185 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgłoszenie przystąpienia wnosi się w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania.

W dniu 20 sierpnia 2014 r. Zamawiający przekazał kopię odwołania wykonawcy – Tech J. S. spółka jawna w Łodzi wraz z wezwaniem do przystąpienia do postępowania odwoławczego. Trzydniowy termin na przystąpienie wypadł zatem w dniu 23 sierpnia 2014 r. tj. w sobotę, która nie stanowi dnia ustawowo wolnego od pracy. Termin na zgłoszenie przystąpienia upłynął zatem w tej dacie. Zarówno więc pismo z dnia 22 sierpnia 2014 r. jak i z dnia 25 sierpnia są złożonymi po tym terminie. Ponadto, podkreślenia wymaga, że ustawa Prawo zamówień publicznych w brzmieniu nadanym nowelizacją z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz

o zmianie niektórych innych ustaw nie wiąże żadnych skutków z nadaniem zgłoszenia przystąpienia w placówce operatora publicznego ani z jego nadaniem do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w formie faksu.

Po rzeczonyj nowelizacji, dla zachowania terminu na zgłoszenie przystąpienia koniecznym jest faktyczne doręczenie zgłoszenia przystąpienia Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej w ustawowym, trzydniowym terminie. W przepisach Prawa zamówień publicznych po nowelizacji z dnia 2 grudnia 2009 roku brak bowiem domniemania, że złożenie zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego w placówce pocztowej operatora publicznego jest równoznaczne z jego wniesieniem do Prezesa Izby. Powyższe oznacza, że ustawodawca dla skutecznego wniesienia zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego zastrzegł wyraźnie jego doręczenie w ustawowym terminie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Podkreślić również należy, że ustawa Prawo zamówień publicznych nie wiąże żadnych skutków prawnych z wniesieniem zgłoszenia przystąpienia do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w formie faksu. Zgodnie bowiem z treścią art. 185 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgłoszenie przystąpienia wnosi się do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w formie pisemnej albo elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu.

Tak więc, za datę zgłoszenia przystąpienia w niniejszej sprawie należy uznać dzień 25 sierpnia 2014 r. – tj. datę złożenia przystąpienia do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w formie pisemnej, a nie dzień jego nadania w placówce pocztowej operatora publicznego ani dzień przesłania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej faksem.

Reasumując, należy uznać, że zgłoszenie przystąpienia przez wykonawcę – Tech J. S. spółka jawna w Łodzi jest wniesione z uchybieniem ustawowego terminu na jego wniesienie, co skutkuje koniecznością uznania zgłoszenia przystąpienia za nieskuteczne.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

I. PRZESŁANKI DO ODRZUCENIA ODWOŁANIA

Ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Nie podzielono wniosku Zamawiającego o odrzucenie odwołania, uzasadnionego brzmieniem art. 189 ust. 2 pkt. 3 i 4 ustawy, to jest skierowaniem, w ocenie Zamawiającego, odwołania

wobec czynności wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, w związku z wezwaniem do uzupełnienia dokumentu stanowiącego dokument potwierdzający wysokość posiadanych środków albo zdolność kredytową, które to wezwanie do uzupełnienia wystosowano do Odwołującego w dniu 21 lipca 2014r. zdaniem Zamawiającego, Odwołujący miał zatem termin na kwestionowanie tego wezwania do 31 lipca 2014 r., zaś odwołanie skierowane wobec czynności wykluczenia jest odwołaniem spóźnionym.

Biorąc jednak pod uwagę fakt, że odwołanie skierowane jest wobec czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania oraz odrzucenia oferty tego wykonawcy, zarzuty skierowane wobec tej czynności podlegają rozpatrzeniu. Inną sprawą jest bowiem zasadność lub nie określonych zarzutów, natomiast zakres rozpoznania oraz zachowanie terminu do wniesienia odwołania, wyznacza czynność, jaką wykonawca zainteresowany rozstrzygnięciem wskaże jako przedmiot zaskarżenia [czynność lub zaniechanie określonej czynności, do której jest obowiązany zamawiający]. One to stanowią bowiem zakres odwołania, a w konsekwencji – zakres rozstrzygnięcia przez Krajową Izbę Odwoławczą.

W zakresie podstawy odrzucenia odwołania, której Zamawiający upatruje w treści art. 189 ust. 1 pkt 5 ustawy, dostrzeżenia wymaga, że w postępowaniu nie wydano wcześniej rozstrzygnięcia, a sam Zamawiający przyznał na posiedzeniu, że ta część argumentacji została wskazana w wyniku błędu.

I. PRZESŁANKI MATERIALNOPRAWNE, W ROZUMIENIU ART. 179 UST. 1 USTAWY PRAWO ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Ustalono, że wykonawca, którego odwołanie podlega rozpatrzeniu, posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych: w razie potwierdzenia podniesionych zarzutów Odwołujący będzie miał szansę na uzyskanie zamówienia. Dotyczy to jednak wyłącznie zarzutów skierowanych wobec wykluczenia Odwołującego z postępowania oraz odrzucenia jego oferty. Zarzuty skierowane wobec wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę e-Tech J. S. sp. jawna w Łodzi nie mieszczą się w ramach przesłanek materialnoprawnych określonych w art. 179 ust. 1 ustawy.

Odwołujący nie wykazał w powyższym zakresie możliwości poniesienia szkody w wyniku stawianych zarzutów wobec oferty, sklasyfikowanej jako mniej korzystna od jego własnej oferty. Przy jedynym kryterium stanowiącym cenę, wartość oferty Odwołującego opiewa na kwotę 635 426,61 zł, i jest niższa [bardziej korzystna] aniżeli oferta e-Tech J. S.

sp. jawna w Łodzi z ceną 849 995,10 zł. W zakresie wykazania przesłanek materialnoprawnych, Odwołujący podał zaś *„Uzasadniam zatem potrzebę zgłoszenia niniejszego odwołania swym interesem polegającym na przyjęciu, że oferta niewadliwa [tj. oferta spełniająca warunki zamówienia], i najkorzystniejszą, spośród niewadliwych ofert zgłoszonym w niniejszym postępowaniu o zamówienie publiczne, została błędnie odrzucona przez Zamawiającego. Tymczasem oferta Skarżącego winna zostać uznana za najkorzystniejszą, w rozumieniu art. 2 pkt. 5 pr. zam. publ. Takie zaś rozstrzygnięcie Zamawiającego uniemożliwia wykonanie zamówienia wnoszącemu odwołanie Wykonawcy. Prowadzi to do naruszenia praw Wykonawcy [naruszenie jego interesu], który przedstawia się jako uniemożliwienie realizacji zadania dotyczącego zamówienia.”*

W warunkach poddawanego analizie postępowania, ocena oferty wykonawcy e–Tech J. S. sp. jawna w Łodzi jest dla Odwołującego neutralna a interes oraz możliwość poniesienia szkody przez Odwołującego, obejmuje jedynie te działania wykonawcy, które zmierzają do utrzymania oferty Odwołującego w postępowaniu [skutecznego zakwestionowania wykluczenia Odwołującego z postępowania oraz odrzucenia jego oferty]. Dostrzegł to także Odwołujący, akcentując zastosowanie środka ochrony prawnej w celu zakwestionowania czynności skutkujących wyeliminowaniem Odwołującego z postępowania i zauważając, że w ten sposób zrealizuje się – skoro oferta tego wykonawcy jest najtańsza – interes tego wykonawcy.

W zakresie popierania zarzutów kierowanych wobec oceny oferty złożonej przez e–Tech J. S. spółka jawna w Łodzi, Odwołującemu nie sposób przyznać posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniesienia, względnie możliwości poniesienia szkody w związku z zarzucanymi naruszeniami, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodnie z przywołanym przepisem, uprawnionym do wniesienia odwołania jest wykonawca, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę. Należy zwrócić uwagę, iż w świetle brzmienia tego przepisu, odwołujący ma wykazać już posiadanie nie interesu prawnego [jak to było na gruncie przepisów przed nowelizacją] – ale interesu w uzyskaniu konkretnego zamówienia, z jednoczesną możliwością poniesienia szkody. Wskazany interes oraz możliwość poniesienia szkody – w zakresie zarzutu podnoszonego w odniesieniu do drugiego kwestionowanego w odwołaniu zachowania Zamawiającego – tj. zaniechania odrzucenia oferty e–Tech J. S. sp. jawna w Łodzi nie występuje. Niezależnie bowiem od uznania bądź nieuznania zasadności powyższego zarzutu, w okolicznościach sprawy, że oferta Odwołującego, jest najtańszą spośród złożonych w postępowaniu, interes tego wykonawcy realizuje się poprzez posiadanie, względnie utrzymanie statusu wykonawcy, którego oferta jest ważna i nie

podlegająca odrzuceniu. Wszelkie zarzuty i wnioski kierowane w odniesieniu do ofert wykonawców, którzy złożyli oferty niżej ocenione [droższe, przy jedynym kryterium oceny ofert stanowiącym cenę] nie rzutują bowiem na sytuację wykonawcy wyżej ocenionego, w sposób który mógłby spowodować naruszenie lub zagrożenie jego interesu w uzyskaniu tego konkretnego zamówienia i skutkować poniesieniem lub możliwością poniesienia szkody – odrzucenie bądź nie ofert innych wykonawców, których oferty okazały się droższe od oferty Odwołującego pozostaje bowiem neutralne dla tego wykonawcy.

Odwołujący zatem, w zakresie wskazywanego zaniechania odrzucenia oferty e-Tech J. S. sp. jawna w Łodzi nie wykazał, by poniósł lub mógł ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy [tak też: wyroki Krajowej Izby Odwoławczej z 11 grudnia 2009 r. w spr. KIO/UZP 1558/09, z dnia 15 grudnia 2010 r. w spr. KIO 2607/10, 2613/10, z dnia 23 sierpnia 2012 r. w spr. KIO 1683/12].

Podkreślenia wymaga, że przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych traktują odwołanie jako środek ochrony prawnej skierowany na zmianę sytuacji wykonawcy, polegającą na możliwości uzyskania w danym postępowaniu zamówienia [wybór oferty wykonawcy odwołującego się w danym postępowaniu]. Odwołanie, w świetle ustawy Prawo zamówień publicznych nie stanowi środka mającego na celu uzyskanie ogólnej zgodności działań zamawiającego z prawem, ale środek zmierzający do wyboru oferty odwołującego. Wyraz takiego stanowiska dał Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 7 grudnia 2011 r. w sprawie o sygn. V Ca 1973/11, w odniesieniu do oceny interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody. W uzasadnieniu tego orzeczenia Sąd Okręgowy wskazał, iż [...] *przepis art. 179 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych [Dz. U. z 2010 roku, Nr 113, poz. 759, ze zm.], w aktualnym swym brzmieniu, powinien być interpretowany szeroko. Środki ochrony prawnej przewidziane w dziale ustawy inaugurowanym przez rzeczony przepis, przysługują wszystkim osobom, które mają lub miały interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniosły lub mogą ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Szerokie rozumienie wyraża się w tym, że wystarcza zadowolić się hipotetycznym interesem w uzyskaniu zamówienia i szkodą, która nie musi być pewna. Przepis ten jednak, wbrew sugestiom skarżącego, nie pełni funkcji publicznych. Postępowanie odwoławcze ma jedynie na celu ochronę interesów osoby wnoszącej środki ochrony prawnej, o których mowa w tym artykule. Konstatacja taka płynie nie tylko z treści przywołanego przepisu, gdzie mowa wyraźnie o „interesie w uzyskaniu zamówienia” oraz o „szkodzie”, ale z konstrukcji całego postępowania odwoławczego. Wystarczy prześledzić poszczególne rozwiązania legislacyjne przyjęte w kolejnych przepisach ustawy by przekonać się, że postępowanie odwoławcze i skargowe*

nakierowane są na ochronę interesów uczestników i potencjalnych uczestników procedury wyboru kontrahenta, nie zaś na ochronę interesu publicznego. Interes publiczny leży u podstaw przepisów regulujących postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, ale już nie przepisów mających na celu ochronę interesów konkurentów podmiotu wybranego do wykonania zamówienia. Tu ścierają się przede wszystkim interesy uczestników postępowania, a racje natury publicznej są jedynie refleksem właściwej funkcji postępowania odwoławczego. Dlatego wnosząc odwołanie, a następnie sprzeciw, skarżący nie może powoływać się na naruszenie przez zamawiającego reguł gry ze względu na interes społeczny. Do kontroli tego rodzaju powołane są organy ścigania i inne podmioty, do których zadań statutowych to należy [choćby Najwyższa Izba Kontroli, vide: art. 2 ustawy z dnia 23 grudnia 1994 roku o Najwyższej Izbie Kontroli, Dz. U. z 2007 roku, Nr 231, poz. 1701, ze zm.]. W przeciwnym razie ustawodawca nie posłużyłby się zwrotem „interes w uzyskaniu zamówienia” i nie warunkowałby możliwości wniesienia odwołania od szkody, jaką może wyrządzić działanie zamawiającego naruszające przepisy ustawy. Takie ograniczenie jest zresztą konieczne, bo łatwo wyobrazić sobie jakie skutki powodować by mogła nieograniczona podmiotowo możliwość kwestionowania wyników wyboru wykonawcy zamówienia. Byłaby to pożywka dla tych wszystkich, którzy – z różnych powodów – widzieliby korzyść w paraliżowaniu postępowania w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego. Koncepcja powyższa znajduje potwierdzenie w źródle unormowania przyjętego w ustawie w postaci dyrektywy Rady z dnia 21 grudnia 1989 roku w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane [Dz. U. UE. L.89.395.33, ze zm.], gdzie w art. 1 normującym zakres zastosowania i dostępność procedur odwoławczych prawodawca posłużył się taką samą formułą, stanowiącą w pkt. 3, że państwa członkowskie zapewniają dostępność procedur odwoławczych, w ramach szczegółowych przepisów, które państwa członkowskie mogą ustanowić, przynajmniej dla każdego podmiotu, który ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia i który poniósł szkodę lub może ponieść szkodę w wyniku domniemanego naruszenia.”

Zatem, rzeczą wykonawcy korzystającego ze środka ochrony prawnej, jakim jest odwołanie, jest wykazanie opisanych w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych przesłanek. Oznacza to konieczność wykazania wpływu podnoszonych zarzutów na sytuację wykonawcy, wyrażającego się zaistnieniem po stronie odwołującego uszczerbku stanowiącego szkodę, w następstwie naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, w sposób pozwalający na uchwycenie związku przyczynowo – skutkowego pomiędzy zarzucanymi naruszeniami ustawy a uszczerbkiem po stronie wykonawcy.

Odwołujący nie sprostął temu obowiązkowi, w części, w jakiej podnoszone zarzuty dotyczą oferty niżej sklasyfikowanej [mniej korzystnej], niż oferta Odwołującego. W zakresie wykazania przesłanek materialnoprawnych, o których traktuje art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, mieści się obowiązek zaprezentowania relacji pomiędzy zarzucanymi naruszeniami ustawy a uszczerbkiem w sytuacji wykonawcy, a w konsekwencji – pomiędzy uwzględnieniem podniesionych zarzutów a zmianą tej sytuacji polegającą na zniwelowaniu szkody. Odwołujący nie był w stanie wykazać, że zarzuty skierowane wobec wykonawcy, którego oferta oceniona została jako mniej korzystna niż oferta Odwołującego, może spowodować poniesienie przez niego szkody w danym postępowaniu.

Ponadto, zarzuty kierowane wobec wyboru e-Tech J. S. sp. jawna w Łodzi, rozpatrywane samodzielnie zmierzają do uzyskania stanu, w którym wszystkie oferty złożone w postępowaniu podlegają odrzuceniu a w konsekwencji – do unieważnienia postępowania. Wykonawca, wnosząc środek ochrony prawnej obowiązany jest posiadać interes w uzyskaniu danego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia prawa przez zamawiającego. Obie przesłanki materialnoprawne, wynikające z art. 179 ust. 1 ustawy zrelatywizowane zostały więc przez ustawodawcę do tego konkretnego postępowania, a nie do przyszłego, potencjalnego postępowania, jakie może ewentualnie toczyć się w wyniku unieważnienia postępowania. Skutek w postaci unieważnienia postępowania nie jest generalnie objęty interesem w uzyskaniu danego zamówienia ani możliwością poniesienia szkody, ponieważ obie te przesłanki należy rozpatrywać w odniesieniu do tego konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w którym składane jest odwołanie, a nie jakiegoś potencjalnego, które hipotetycznie może toczyć się w przyszłości jako rezultat unieważnienia obecnego postępowania. Powyższe wynika z faktu, że zamawiający nie jest zobowiązany do udzielenia określonego zamówienia, a wykonawca nie ma roszczenia o przeprowadzenie kolejnego postępowania, nie ma też pewności, że będzie miał możliwość ubiegać się o zamówienie w ewentualnym przyszłym postępowaniu. [tak: wyroki Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 października 2010 r., w spr. KIO 2015/10, KIO 2025/10 i 2033/10, z dnia 24 sierpnia 2010 r. w spr. KIO 1719/10, z 30 marca 2012 r. w spr. KIO 482/12, 1 kwietnia 2011 r. w spr. KIO 576/11, 577/11, 27 grudnia 2011 r. w spr. KIO 2679/11, 2680/11]. Podkreślono to także w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Piotrkowie Trybunalskim z dnia 17 lutego 2011 r. w spr. II Ca 9/11: *„Legitymacja zatem do wniesienia środka ochrony prawnej [w tym wypadku odwołania] służy tylko takiemu uczestnikowi, który wykaże interes w uzyskaniu zamówienia, przy czym to odwołujący musi dowieść, iż posiada obiektywną, tj. wynikającą z rzeczywistej utraty możliwości uzyskania zamówienia, lub ubiegania się o udzielenie zamówienia, potrzebę uzyskania określonego rozstrzygnięcia. Interes, o którym tu mowa musi dotyczyć tego*

konkretnego postępowania, w którym środek ochrony prawnej jest wnoszony. Wnoszący odwołanie nie może więc powoływać się na interes hipotetyczny, odnoszący się do innego zamówienia przewidywanego w przyszłości. Przepis art. 179 ust. 1 pzp mówi o interesie w uzyskaniu „danego zamówienia”, co oznacza, że chodzi o przetarg, który się toczy, a nie jakiś hipotetyczny, który może zostać rozpisany w przyszłości. W szczególności wykonawca nie może argumentować, że jeśli toczące się postępowanie zostanie unieważnione, to dojdzie do rozpisania nowego, w którym będzie mógł wziąć ponownie udział, a do tego właśnie zmierzało przedmiotowe odwołanie”

Nie można bowiem akceptować sytuacji, kiedy Odwołujący wnosząc odwołanie i podnosząc zarzuty, co do których niewątpliwie posiada interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy, to jest zarzuty kierowane wobec wykluczenia z postępowania i odrzucenia własnej oferty [których to potwierdzenie zarzutów realizuje w pełni jego interes, skoro jego oferta byłaby najkorzystniejszą, gdyby podlegała ocenie], „podpina” pod te zarzuty szereg innych zarzutów w stosunku do wykonawcy czy wykonawców, których oferty w żaden sposób nie zagrażają jego interesowi w uzyskaniu zamówienia [tak wyrok KIO z dnia 23 sierpnia 2012 r. w spr. KIO 1683/12]. Powyższe stanowiłoby o obejściu regulacji ustawy, traktujących odwołanie jako środek nakierowany na realizację interesu wykonawcy, polegającego na uzyskaniu zamówienia w tym konkretnym postępowaniu. Ten interes, w sytuacji gdy oferta Odwołującego jest najkorzystniejszą, sprowadza się więc do podejmowania działań mających na celu wyłącznie spowodowanie stanu, w którym będzie podlegała ona ocenie [a zatem zwalczania czynności wykluczenia z postępowania czy odrzucenia oferty takiego wykonawcy], nie zaś do czynności neutralnych dla wyboru oferty Odwołującego, jakimi jest kwestionowanie wyboru oferty innego wykonawcy, którego oferta jest mniej korzystna od oferty Odwołującego, a tym samym, który to wybór nie miałby miejsca, gdyby oferta Odwołującego była ważna i nie podlegała odrzuceniu zaś wykonawca nie był wykluczony.

Ponadto, sam fakt postawienia zarzutów, co do których wykonawca spełnia przesłanki materialnoprawne nie uzasadnia stawiania innych zarzutów, które samodzielnie rozpatrywane są dla wykonawcy neutralne i nie zmierzają do wyboru jego oferty w postępowaniu. Wszak odwołanie, po myśli art. 180 ust. 1 ustawy, przysługuje od niezgodnej z przepisami czynności zamawiającego lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy. Oznacza to, że każda z czynności lub zaniechań zamawiającego, może być przedmiotem samodzielnego odwołania i z osobna musi być rozpatrywana przez pryzmat dopuszczalności odwołania, spełnienia przesłanek do jego rozpatrzenia [takich choćby jak zachowanie terminu do wniesienia odwołania oraz innych podstaw wskazanych w art. 189 ust. 1 ustawy], wreszcie, co do każdej z nich wykonawca

musi legitymować się istnieniem przesłanek materialnoprawnych, o których traktuje art. 179 ust. 1 ustawy.

Kwestia zarzutów kierowanych wobec oferty mniej korzystnej, aniżeli oferta Odwołującego musi być wreszcie rozważana przez pryzmat wpływu na wynik postępowania, którego wymaga dla uwzględnienia odwołania przepis art. 192 ust. 2 ustawy. Zgodnie z tym przepisem, Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Warunkiem uwzględnienia odwołania, obok potwierdzenia zasadności stawianych w nim zarzutów kierowanych wobec czynności i zaniechań zamawiającego, jest wic stwierdzenie, że potwierdzone naruszenie ma lub miało istotny wpływ na wynik postępowania. Z istotnym wpływem na wynik postępowania, o którym mowa w przywołanym przepisie, mamy do czynienia w sytuacji, w której uwzględnienie zarzutów wyartykułowanych w odwołaniu prowadzi do wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez odwołującego. Powyższe stanowisko potwierdza uzasadnienie wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 4 marca 2013 r. [w spr. o sygn. akt: V Ca 3270/12].

II. ZAKRES ROZSTRZYGNIĘCIA O ZARZUTACH ODWOŁANIA

[1] Po pierwsze, w myśl art. 192 ust. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, Krajowa Izba Odwoławcza jest związana zarzutami podniesionymi w odwołaniu – nie może przy dokonywaniu rozstrzygnięcia brać pod uwagę okoliczności nie objętych zarzutami odwołania. Nie były brane zatem pod uwagę okoliczności podniesione dopiero na rozprawie, które nie zostały zawarte w odwołaniu – okoliczności te, jako dotyczące wyboru najkorzystniejszej oferty, droższej od oferty Odwołującego, jak wskazano wyżej, nie mogły być brane pod uwagę również ze względu na kwestie przesłanek materialnoprawnych oraz wpływu na wynik postępowania. Dotyczy to w szczególności zastrzeżeń kierowanych wobec wyboru oferty uznanej przez Zamawiającego za najkorzystniejszą, które to Odwołujący dostrzegł i podniósł po złożeniu odwołania.

[2] Po drugie, Krajowa Izba Odwoławcza jest związana zarzutami, jakie skierowane zostały wobec czynności Zamawiającego, uzasadnionych i zakomunikowanych wykonawcy [w analizowanej sprawie, w piśmie z 14 sierpnia 2014 r.] Izba rozstrzyga odwołanie od czynności i zaniechań zamawiającego podjętych w kształcie i dacie ich dokonania, a zatem wyłącznie w granicach uzasadnienia tych czynności podanego w piśmie o wykluczeniu Odwołującego z postępowania oraz o odrzuceniu jego oferty. Nie mogły więc być brane pod uwagę te twierdzenia, które Zamawiający podnosił dla zaprezentowana stanowiska

o zasadności odrzucenia oferty Odwołującego, ale które nie zostały wyraźnie wyartykułowane w piśmie z 14 sierpnia 2014 r.

[3] Po trzecie, rozpoznane mogą być jedynie te zarzuty, kierowane wobec czynności i zaniechań Zamawiającego, co do których odwołanie wniesiono z zachowaniem dziesięciodniowego terminu, po myśli art. 182 ust. 1 pkt 1) i ust. 3 pkt 1) ustawy. Dotyczy to więc wykluczenia Odwołującego z postępowania i odrzucenia oferty Odwołującego. Nie mogły podlegać analizie i rozpatrzeniu zarzuty dotyczące ogólnych nieprawidłowości, czy zakresu wezwania przez Zamawiającego do uzupełnienia dokumentów z dnia 21 lipca 2014 r. Odwołujący nie kwestionował tych czynności w ustawowym terminie, liczonym od daty wezwania, co mógł uczynić. W wyroku z dnia 18 listopada 2011 r. w spr. o sygn. akt V Ca 2059/11, Sąd Okręgowy w Warszawie potwierdził, możliwość i zasadność kwestionowania w drodze środka ochrony prawnej wezwania do uzupełnienia dokumentów, jeśli godzi ono w interes wykonawcy, co pozwala przyjąć, że wezwanie do uzupełnienia dokumentów – jeśli w ocenie Odwołującego jest bezpodstawne – może i powinno być kwestionowane w drodze odwołania. Tym samym, wyrażona przez Zamawiającego w wezwaniu z dnia 21 lipca 2014 r. do uzupełnienia na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy dokumentów ocena, co do niewykazania spełnienia postawionego warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności finansowej dokonana na podstawie złożonej w ofercie opinii bankowej z 21 maja 2014 r. wywołała ten skutek, że oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu należy dokonywać na podstawie uzupełnionego przez Odwołującego dokumentu – to jest tej samej opinii, przez pryzmat wstępnej oceny dokonanej w wezwaniu z 21 lipca 2014 r. Odwołujący przy tym nie podjął w odpowiedzi na wezwanie jakiegokolwiek próby polemizowania ze stanowiskiem Zamawiającego czy przekonania, że ocena złożonego dokumentu jest niewłaściwa, ograniczając się do stwierdzenia, że *„W nawiązaniu do Państwa Pisma z dnia 21.07.2014 r. przesyłamy informację banku o posiadanych przez nas środkach finansowych oraz zdolności kredytowej [5 800 000,00 PLN], aktualną na dzień składania ofert.”* Tym samym Odwołujący mimo negatywnej oceny przez Zamawiającego złożonego w ofercie dokumentu [opinii bankowej], złożył ten sam dokument, przyjmując tym na siebie skutki, że ta ocena zostanie powtórzona w takim samym zakresie w ramach rozstrzygnięcia postępowania.

[4] Po czwarte, nie mogły odnosić skutku dla rozstrzygnięcia odwołania rozważania dotyczące oferty innego wykonawcy, czy też uwagi ogólne co do samego postępowania, jeśli bezpośrednio nie rzutują one na pozycję Odwołującego w postępowaniu, tym nie sposób bowiem przypisać Odwołującemu przesłanek materialnoprawnych.

Zatem zawarte w odwołaniu ogólne spostrzeżenia wskazujące na nieprawidłowe

działanie i nie zasługującą na akceptację ocenę przez Zamawiającego innej oferty, nie mogą mieć znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy. Wprawdzie Odwołujący postawił zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy, to jednak powyższe nie może wywołać samodzielnie skutku w postaci uwzględnienia odwołania – te okoliczności mogą przemawiać co najwyżej za negatywną oceną działań Zamawiającego, nie mogą jednakże mieć wpływu na wynik postępowania, rozumianego jako możliwość zmiany czynności Zamawiającego, w sposób który pozwoli Odwołującemu uzyskać zamówienie. Jak wskazano wyżej, art. 179 ust. 1 ustawy wymaga wykazania przesłanek materialno prawnych. To oznacza tyle, że odwołanie nie jest środkiem służącym do kontroli poprawności działań zamawiającego a ma służyć realizacji interesu wykonawcy zmierzającego do uzyskania danego zamówienia.

Ponadto, przypomnienia w tej mierze wymaga, że Zamawiający jest uprawniony do podejmowania dodatkowo innych, aniżeli wynikające z orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej, czynności, w tym samodzielnego unieważniania dokonanych przez siebie czynności lub ich powtórzenia, jeśli dostrzeże w ich zakresie uchybienia.

Jak bowiem wskazuje orzecznictwo, zamawiający jest uprawniony do powtórzenia z własnej inicjatywy czynności, jeśli dopatry się w swoim działaniu nieprawidłowości. Wskazuje się, że zamawiający ma każdorazowo prawo do samoistnego podjęcia decyzji o powtórzeniu dokonanych przez siebie czynności w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego o ile uzna, iż dokonane uprzednio czynności są obarczone wadą lub zachodzą inne okoliczności uzasadniające ich unieważnienie. Zamawiający jest uprawniony do samodzielnego unieważnienia pierwotnie podjętej decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej, do dokonania ponownego badania ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej, choćby taki obowiązek nie wynikał z wyroku Krajowej Izby Odwoławczej albo sądu powszechnego, a termin na skorzystanie ze środków ochrony prawnej upłynął. Zamawiający jest także uprawniony do unieważnienia z własnej inicjatywy wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonywania badania i oceny ofert, niezakwestionowanych w drodze odwołania, jeśli dostrzeże, iż uprzednio popełnił błąd wybierając oferty lub dokonując inne czynności postępowania z naruszeniem ustawy. Celem wszczęcia i prowadzenia każdego postępowania o zamówienie publiczne jest bowiem zawarcie ważnej oraz nie podlegającej unieważnieniu umowy. Powyższe determinuje wniosek, iż czynności zamawiającego podejmowane w toku postępowania powinny przede wszystkim zmierzać do skutecznego udzielenia zamówienia [zawarcia umowy]. Zgodnie bowiem z normą wyrażoną w art. 7 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Postępowanie o udzielenie zamówienia ma zatem prowadzić do wyboru wykonawcy niepodlegającego wykluczeniu, który złożył ofertę

niepodlegająca odrzuceniu, a nie jakiegokolwiek wykonawcy. Dokonując wszystkich czynności w postępowaniu należy mieć więc na uwadze przede wszystkim cel postępowania, którym jest zawarcie ważnej i nie podlegającej unieważnieniu umowy o zamówienie publiczne. Pewność obrotu wymaga tego, aby w obrocie funkcjonowały umowy zawarte prawidłowo [analogiczny pogląd wyrażono w wyrokach Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 kwietnia 2013 r. w spr. KIO 719/13, z dnia 23 września 2010 r. w spr. KIO 1939/10, z dnia 28 grudnia 2010 r. w spr. o sygn. KIO 2685/10 i KIO 2686/10, z dnia 19 stycznia 2011 r. w spr. KIO 34/11, z dnia 21 czerwca 2011 r. w spr. KIO 1231/11, postanowieniu z 1 lutego 2011 r. w spr. KIO 159/11, z dnia 10 października 2012 r. w sprawach KIO 2037/12 i KIO 2047/12].

Jeśli zatem Zamawiający dostrzeże nieprawidłowości danej oferty [przykładowo jej niezgodność z SIWZ] później, nie może przejść nad tym do porządku, choćby wcześniej traktował w tym zakresie ofertę za poprawną, niezależnie czy dostrzeżenie tych niedoskonałości jest wynikiem rozstrzygnięcia odwołania, uwzględnienia zarzutów przez zamawiającego, czy też własnego dostrzeżenia ich przez zamawiającego. Zamawiający obowiązany jest bowiem traktować wszystkich wykonawców równo, zaś postawione przez siebie w SIWZ wymagania konsekwentnie egzekwować. Gdyby miało być inaczej, i ocena ofert – wbrew wymaganiom stawianym w SIWZ – miałyby następczo pomijać wyartykułowane

w SIWZ wymagania, stanowiłoby to przejaw dyskryminującego traktowania wykonawców: może bowiem być tak, że część wykonawców potencjalnie zainteresowanych uczestnictwem w postępowaniu nie złożyła ofert zapoznając się z wymaganiami stawianymi w SIWZ, co uczyniliby, gdyby tych wymagań nie było, czy też gdyby nie były one brane pod uwagę przy ocenie ofert. Tym samym, Zamawiający obowiązany jest dokonać wyboru oferty zgodnej z wymaganiami SIWZ, zaś jeśli dostrzeże, choćby po dokonanej wcześniej wyborze oferty, że jest ona obciążona wadami uzasadniającymi jej odrzucenie, ma podstawę, by uchylić dokonane czynności celem doprowadzenia postępowania do zgodności z przepisami.

Stąd niemożność orzeczenia o poprawności lub nie oceny oferty innego wykonawcy, nie zamyka Zamawiającemu prawa do dalszego badania oferty, w tym brania pod uwagę później dostrzeżonych jej niedoskonałości.

Przypomnienia wymaga także, że Zamawiający obowiązany jest dokonać badania ofert złożonych w postępowaniu z uwzględnieniem reguł równego traktowania, na podstawie ustalonych przez siebie w SIWZ reguł. Jeśli by się okazało, że oferowany przez wybranego wykonawcę przedmiot zamówienia nie posiada deklarowanych cech, Zamawiający obowiązany jest z pełną surowością zastosować sankcje wobec nierzetelnego kontrahenta – od ponownej weryfikacji oferty i uznania jej za niezgodną z SIWZ – jeżeli umowy jeszcze nie

zawarto, po zastosowanie instrumentów właściwych prawu cywilnemu, w postaci kar umownych, odpowiedzialności odszkodowawczej czy odstąpienia od umowy – po jej zawarciu. Ponadto, w myśl art. 140 ust. 1 i 3 ustawy, przedmiot dostarczony na etapie wykonywania umowy musi być tożsamy z tym, jaki wykonawca zobowiązał się dostarczyć w ofercie, ten zaś musi odpowiadać określeniu przedmiotu zamówienia zawartemu w SIWZ. Zgodnie z tym przepisem, zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie, przy czym umowa podlega unieważnieniu w części wykraczającej poza określenie przedmiotu zamówienia zawarte w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Powyższe oznacza, że rzeczą Zamawiającego jest dążyć do tego, by istniała całkowita pewność co do treści złożonej w postępowaniu oferty, w tym by odpowiadała ona treści SIWZ, tak jak rzeczą Zamawiającego jest zawrzeć nie podlegającą unieważnieniu umowę.

Jeśliby zatem potwierdziły się zastrzeżenia, jakie zostały sformułowane w postępowaniu, to Zamawiający z tym większą surowością powinien eliminować i piętnować jako nieuczciwe, tego rodzaju praktyki.

[5] Dla oceny zasadności zarzutów stawianych w odwołaniu, oraz jego uwzględnienia, istotne są czynności oraz zarzuty skierowane wobec czynności wykluczenia z postępowania Odwołującego i odrzucenia oferty Odwołującego, te bowiem jedynie naruszają interes Odwołującego i oraz mogą skutkować poniesieniem przez niego szkody w danym postępowaniu [art. 179 ust. 1 ustawy]. Konsekwentnie, jedynie potwierdzenie tych zarzutów może mieć wpływ na wynik postępowania, o którym stanowi art. 192 ust. 2 ustawy.

Jak wskazano wcześniej, odwołanie może podlegać rozstrzygnięciu jedynie w zakresie tych zarzutów, które nakierowane są na zmianę sytuacji wykonawcy, wyrażająca się możliwością uzyskania przez Odwołującego zamówienia, będącego przedmiotem tego postępowania o zamówienie. Ten rezultat osiągnięty być może jedynie przez skuteczne zakwestionowanie decyzji Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego.

III. ROZSTRZYGNIECIE O ZARZUTACH ODWOŁANIA

Odwołanie nie mogło być uwzględnione.

[1] W zakresie zarzutów dotyczących wykluczenia Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy i odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, podkreślenia wymaga uzasadnienie wskazanych czynności Zamawiającego wyartykułowane w piśmie z dnia 14 sierpnia 2014 r., które determinuje

zakres oceny tych czynności w świetle stawianych wobec nich zarzutów. w uzasadnieniu tych czynności, Zamawiający podał:

- odniesieniu do odrzucenia oferty Odwołującego: „Zamawiający wymagał, zgodnie pkt. 6.4.1. Specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego, złożenia przez Wykonawców wraz z ofertą następujących dokumentów: Ilustrowanych folderów lub/i prospektów lub/i kart katalogowych lub/i opisów technicznych [w języku polskim lub angielskim] lub innych dokumentów jednoznacznie potwierdzających spełnianie minimalnych parametrów technicznych wymaganych przez Zamawiającego, zgodnie z opisem zawartym w załącznikach nr 1a, 1b, 1c, 1d, 1e do SIWZ, w zależności od Zadania, na które Wykonawca składa ofertę. Wykonawca nie złożył wraz z ofertą wszystkich w/w dokumentów. Zamawiający zwrócił się wezwaniem do ich uzupełnienia.

Przedłożone, w terminie wskazanym do uzupełnienia, dokumenty nie potwierdzają jednoznacznie spełniania minimalnych parametrów technicznych wymaganych przez Zamawiającego dla wszystkich pozycji Zadania I.

W szczególności:

- Przedłożone w terminie wskazanym do uzupełnienia opisy specyfikacji pozycji Zadania I oznaczonych w SIWZ jako WI-01-1; WT-01-2; WI-01-3 nie pochodzą z oficjalnych materiałów informacyjnych producentów elementów składowych oferowanych jednostek centralnych PC i nie zawierają kompletu danych dokumentujących jednoznacznie spełnianie minimalnych parametrów technicznych wymaganych przez Zamawiającego.
- Przedłożony w terminie wskazanym do uzupełnienia dla pozycji Zadania I oznaczonej w SIWZ jako WI-20, opis techniczny, wobec braku jednoznacznego wskazania typów dysków twardych oferowanych w zestawie, nie potwierdza jednoznacznie spełnienia minimalnych parametrów technicznych wymaganych przez Zamawiającego.”

- w odniesieniu do wykluczenia Odwołującego z postępowania: „Zgodnie z zapisami punktu 6.1.4 SIWZ w celu wykazania spełnienia przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej Wykonawcy zostali zobowiązani do załączenia:

Informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową Wykonawcy, **nie niższą niż równowartość kwoty, określonej w pkt. 5.4.1 [w zależności od Zadania, na które Wykonawca składa ofertę]** wystawionej nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert.

W przypadku oferty na Zadanie I, złożonej przez firmę Yamo Sp. z o.o., na kwotę nie niższą niż 256 000,00 zł.

Z treści złożonego w ofercie dokumentu, tj. Opinii Bankowej, wynikało, że firma Yamo Sp. z o.o. dysponuje środkami finansowymi, na wskazanym rachunku, do wykorzystania na dzień wystawienia zaświadczenia w wysokości 146 025,48 zł. Kwota jest kwotą niższą od wymaganej przez Zamawiającego.

Zamawiający wezwał Wykonawcę do uzupełnienia w/w dokumentu. Wykonawca w wyznaczonym terminie przedłożył Opinię Bankową zawierającą takie same treści jak w Opinii Bankowej załączonej do oferty, tj. wskazana kwota, którą firma dysponuje do wykorzystania, na dzień wystawienia zaświadczenia, wynosi 146 025,48 zł.

Tym samym Wykonawca nie spełnił warunku udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej wskazanego w pkt. 5.4.1 SIWZ.”

[2] Biorąc pod uwagę postawione zarzuty a także podane przez Zamawiającego powody odrzucenia oferty Odwołującego jako niezgodnej z SIWZ, podkreślenia wymaga, że oceny treści oferty, jej zgodności z SIWZ należy dokonywać na podstawie reguł opisanych w treści SIWZ. Wyniki rozprawy czynią celowym, a wręcz nieodzownym, przypomnienie oczywistych zasad, jakim rządzi się postępowanie o zamówienie publiczne:

Po pierwsze, każdorazowo, Zamawiający obowiązany jest dokonać oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej z nich na podstawie przyjętych przez siebie w SIWZ zasad. Rzeczą Zamawiającego jest opisanie wymagań stawianych wobec przedmiotu zamówienia a następnie – ich wyegzekwowanie od wykonawców, którzy zgłosili akces do postępowania o zamówienie publiczne. Wszak wybór oferty może dotyczyć tylko oferty zgodnej z SIWZ. Jak wskazano wyżej, w myśl art. 140 ust. 1 i 3 ustawy, zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy, jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie, przy czym umowa podlega unieważnieniu w części wykraczającej poza określenie przedmiotu zamówienia zawarte w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Po drugie, Zamawiający dysponuje relatywnie szerokim wachlarzem instrumentów, które może wprowadzić dla zaprezentowania oferty, a tym samym – jej zbadania przez pryzmat zgodności z SIWZ: może polegać wyłącznie na oświadczeniach wykonawców co do zgodności przedmiotu z SIWZ; może oczekiwać złożenia określonych dokumentów dotyczących tego przedmiotu - jego charakterystyki technicznej, może wreszcie przewidzieć złożenie próbki i jej demonstrację w celu namacalnego zbadania walorów oferowanego przedmiotu. Stosownie do tych instrumentów, przewidzianych przez siebie w SIWZ, Zamawiający obowiązany jest zbadać każdą ofertę złożoną w postępowaniu.

Po trzecie, jeśli Zamawiający wymaga złożenia określonych dokumentów dla scharakteryzowania oferowanego przedmiotu - dla zbadania, czy spełnia on wymagania stawiane w postępowaniu, to obowiązany jest na ich podstawie dokonać oceny oferty. Co do zasady nie jest niedopuszczalne podejmowanie przez Zamawiającego jednostronnych czynności mających na celu wyjaśnienie czy oferta odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, szczególnie wtedy gdy celem tych czynności jest rozwianie wątpliwości co do oferty i składających się na nią dokumentów, ustawa nie wyłącza bowiem tego rodzaju działań a przeciwnie – nakłada na zamawiającego obowiązek przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zgodnie z zasadami uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, w sposób bezstronny i obiektywny. Zgodzić się trzeba z ogólnym stwierdzeniem, że w sytuacji, gdy zamawiający nie ma pewności co do zgodności oferowanego przedmiotu z wymaganiami postawionymi treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia na podstawie złożonej oferty i załączonych do niej dokumentów, jest uprawniony do sięgania do własnej wiedzy, w tym także zbierania informacji pochodzących z innych źródeł, aniżeli wykonawca, którego oferty dotyczą wątpliwości, szczególnie gdy ma to służyć rozwianiu wspomnianych wątpliwości, jeśli tylko ostatecznie umożliwi wykonawcy samodzielne wypowiedzenie się w tym zakresie i jeśli ocena w przedmiocie spełnienia lub nie wymagań stawianych w postępowaniu dokonana zostanie na podstawie informacji i oświadczeń pochodzących od wykonawcy, złożonych zgodnie z zasadami określonymi w SIWZ oraz przepisami ustawy, w szczególności art. 87 ust. 1 i 2 ustawy a także 26 ust. 3 i 4 ustawy. Dostrzec trzeba w tym miejscu, że każdorazowo granicą dopuszczalności takiej praktyki będzie wyrażony w art. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązek prowadzenia postępowania o udzielenia zamówienia publicznego w sposób zapewniający równe traktowanie wykonawców i uczciwej konkurencji. Za niedopuszczalne należy zatem uznać takie działania zamawiającego, które zmierzałoby do usunięcia braków oferty czy też wątpliwości pojawiających się na jej tle za wykonawcę – zamawiający nie może bowiem podejmować czynności za wykonawcę i z całkowitym pominięciem tego wykonawcy, w tym zawartością złożonej przez niego oferty i składających się na nią dokumentów, celem wykazania że oferowany przez niego przedmiot spełnia wymagania postawione w postępowaniu. W takiej sytuacji zamawiający stanie się bowiem rzecznikiem jednego z uczestników postępowania, zaś takie działanie może i powinno być potraktowane jako naruszające zasadę równego traktowania wykonawców.

Tym samym, jeśli Zamawiający wymaga określonych dokumentów dla potwierdzenia zgodności oferowanego przedmiotu z SIWZ, takiej oceny powinien dokonać na podstawie złożonych przez wykonawcę dokumentów, oraz ewentualnych wyjaśnień oferty, składanych z zastrzeżeniem zasad określonych w art. 87 ust. 1 ustawy, to jest, że nie jest dopuszczalna

po terminie składania ofert zmiana oferty bądź jej negocjowanie, za wyjątkiem poprawek dokonywanych na podstawie art. 87 ust. 2 ustawy a także trybu dialogu konkurencyjnego.

Po czwarte, ewentualne nieścisłości, braki informacyjne, niezgodności z SIWZ i omyłki, winny być usunięte na podstawie działań Zamawiającego podejmowanych w oparciu o postanowienia SIWZ, a przede wszystkim z zastosowaniem regulacji przewidzianych w ustawie. Jeśli zatem wykonawca nie złoży dokumentu potwierdzającego, że oferowana dostawa odpowiada SIWZ, Zamawiający winien zwrócić się do wykonawcy o uzupełnienie dokumentu [pamiętając zarazem, że dorobkiem orzecznictwa jest stwierdzenie, że takie uzupełnienie w tym samym zakresie nie powinno mieć miejsca więcej niż jeden raz – tak wyrok Sądu Okręgowego w Białymstoku z dnia 18 kwietnia 2014 r. w spr. II Ca 238/14, wyroki Krajowej Izby Odwoławczej z 12 lipca 2012 r. w spr. KIO 1418/12, z dnia 23 kwietnia 2012 r. w spr. KIO 732/12, z dnia 19 maja 2011 r. w spr. KIO 954/11], i z tym zastrzeżeniem, że to uzupełnienie nie może zmieniać treści oferty, sprzeciwia się temu bowiem przepis art. 87 ust. 1 ustawy. Wątpliwości na tle oferowanego przedmiotu winny być przedmiotem wyjaśnienia wykonawcy w oparciu o wezwanie zamawiającego wystosowane na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy. Niezgodności w ofercie, niezależnie od ich domniemywanej przez zamawiającego przyczyny i charakteru, winny być naprawione z zastosowaniem regulacji art. 87 ust. 2 ustawy i - co do poprawy omyłek pisarskich i rachunkowych a także niezgodności z SIWZ – zamawiający obowiązany jest powiadomić wykonawcę o poprawie, zaś w ostatnim przypadku, dodatkowo uzyskać jego zgodę na dokonanie poprawy pod rygorem odrzucenia oferty [art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy]. Jakakolwiek swoboda zamawiającego jest w tym zakresie wyłączona i może być postrzegana przez pryzmat naruszenia fundamentalnych zasad postępowania.

Reasumując, ocena ofert musi odbyć się z uwzględnieniem wspomnianych, wynikających z przepisów zasad oraz wymagań stawianych treścią SIWZ.

[3] Na gruncie analizowanego postępowania Zamawiający postawił szereg bardzo szczegółowych wymagań wobec oferowanego sprzętu, które ujął w tabeli, stanowiącej, dla zadania I załącznik 1a do SIWZ. Tym samym Zamawiający musi respektować, by złożone przez wykonawców w postępowaniu oferty te wymagania spełniały.

Zamawiający określił również sposób zbadania tych wymagań. W pkt 6.4.1 SIWZ, Zamawiający przewidział wymaganie, dotyczące udokumentowania spełnienia wymagań, opisanych w załączniku 1a:

„6.4. W celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego, Wykonawcy muszą złożyć wraz z ofertą następujące dokumenty:

6.4.1. Ilustrowane foldery lub/i prospekt lub/i karty katalogowe lub/i opisy techniczne [w języku polskim lub angielskim] lub inne dokumenty jednoznacznie potwierdzające spełnianie minimalnych parametrów technicznych wymaganych przez Zamawiającego, zgodnie z opisem zawartym w **załącznikach nr 1a, 1b, 1c, 1d, 1e do SIWZ**, w zależności od Zadania, na które Wykonawca składa ofertę”. [wyboldowanie własne Zamawiającego].

Tak określone wymaganie oznacza, że – po pierwsze – o zgodności oferowanego przedmiotu Zamawiający winien wnioskować na podstawie dokumentów złożonych przez wykonawcę, po drugie – że mają to być dokumenty o charakterze technicznym, takie jak wymienione w pkt 6.4.1. SIWZ, po trzecie – że z dokumentów tych powinno wynikać spełnienie parametrów wskazanych w odpowiednich załącznikach [dla zadania I – w załączniku 1a].

Nie sposób przy tym przyjąć, że jeśli wykonawca złożył „ilustrowany folder”, czy też inny dokument z wymienionych w tym postanowieniu SIWZ, nie zawierający elementów charakteryzujących sprzęt [przykładowo, ilustrowany folder reklamowy, nie zawierający szczegółowych danych technicznych], to zwolniony jest ze złożenia opisu lub charakterystyki tego sprzętu, które pozwolą na zbadanie spełnienia wymagań stawianych przez Zamawiającego. Takie rozumienie wskazanego postanowienia SIWZ byłoby irracjonalne. Przepis art. 25 ust. 1 zd. pierwsze ustawy, pozwala zamawiającemu wymagać jedynie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Wymaganie w pkt 6.4.1. SIWZ, by dokumenty jednoznacznie potwierdzały spełnianie minimalnych parametrów technicznych wymaganych przez Zamawiającego, zgodnie z opisem zawartym w odpowiednim załączniku, dotyczy każdego z wymienionych w nim dokumentów. Jeśli dany dokument nie zawiera określonych informacji, nie ma przeszkody, by dopełnić je własnym opisem technicznym wykonawcy. Ewentualne wątpliwości co do rozumienia tego postanowienia rozwiewa część wstępna, poprzedzająca pkt 4.6.1. SIWZ, która wskazuje, że wymienione dokumenty mają być złożone w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego. Te wymagania określa załącznik nr 1a do SIWZ, i do tego załącznika wyraźnie odsyła także pkt 6.4.1 SIWZ, mówiący o wymaganych dokumentach i ich zakresie informacyjnym. Trudno by taki cel miały realizować katalogi, czy ilustrowane prospekty nie zawierające wymaganych w postępowaniu informacji – w takim wypadku rzeczą wykonawcy było złożenie takich dokumentów, nawet jeśli będą one własnymi opisami wykonawcy [zresztą trudno także katalogom, czy ilustrowanym folderom nadać jakieś bardziej oficjalne znaczenie; nie można wyłączyć że sam

wykonawca opracuje taki folder czy katalog]. Zatem fakt, że wykonawca jest producentem oferowanego sprzętu [komputerów] i złożył karty katalogowe dotyczące tego sprzętu, o określonym zakresie informacyjnym [tj. nie wymieniające szczegółowo tych parametrów, których w załączniku 1a do SIWZ wymaga Zamawiający, ale wskazujące na zastosowane komponenty z określenia producenta, nazwy, typu czy modelu], nie ogranicza w żaden sposób wykonawcy w opracowaniu na użytek przedmiotowego postępowania i złożenia Zamawiającemu informacji, mających potwierdzać spełnienie wymagań. Przeciwnie, jeśli Odwołujący jest producentem sprzętu, to tym łatwiej o taką charakterystykę oferowanego przedmiotu. Fakt, że wykonawca – producent sprzętu w posiadanych dla tego sprzętu kartach katalogowych nie opisuje szczegółowo tych parametrów, jakich wymagał Zamawiający, nie oznacza, że wykonawca nie ma obowiązku wykazania, że oferowany sprzęt jest zgodny z SIWZ. Z treści pkt 6.4.7 SIWZ wynika, że wykonawca dysponuje w tej mierze relatywnie szerokim wachlarzem możliwości wykazania spełnienia wymagań, mogąc przykładowo złożyć opisy techniczne oferowanego sprzętu, co nie wyłącza przecież własnego opracowania wykonawcy w tej mierze, które w takim wypadku będzie stanowiło oświadczenie o oferowanym przedmiocie.

Bezsporne jest, że złożone w ofercie Odwołującego karty katalogowe nie zawierają wszystkich wymienionych w załączniku 1a do SIWZ informacji.

Zamawiający pismem z 21 lipca 2014 r. wezwał Odwołującego, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy, m.in. w następującym zakresie:

„2. Zgodnie z zapisami punktu 6.4.1. SIWZ wymaga by na potwierdzenie że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego, Wykonawca przedłożył: ilustrowane foldery lub/i prospekt lub/i karty katalogowe lub/i opisy techniczne [w języku polskim lub angielskim] lub inne dokumenty jednoznacznie potwierdzające spełnianie minimalnych parametrów technicznych wymaganych przez Zamawiającego, zgodnie z opisem zawartym w załącznikach nr 1a, 1b, 1c, 1d, 1e do SIWZ, w zależności od Zadania, na które Wykonawca składa ofertę.

W złożonej ofercie Wykonawca nie przedłożył dokumentów jednoznacznie potwierdzających spełnianie minimalnych parametrów technicznych wymaganych przez Zamawiającego zgodnie z opisem zawartym w załączniku nr 1a do SIWZ dla Zadania I, dla pozycji:

WI-01-1; WI-01-2; WI-01-3; WI-05 [dotyczy elementów: okablowanie]; WI-07 [dotyczy elementów: sumator HDMI, rozgałęźnik HDMI, okablowanie HDMI]; WI-10; WI-17 [dotyczy

elementów: patchcody kat.6/6A]; WI-20 [dotyczy elementów: dyski twarde; oraz patchcody kat.6/6A].”.

Wezwanie zatem wyraźnie mówi o obowiązku uzupełnienia dokumentów jednoznacznie potwierdzających spełnianie minimalnych parametrów technicznych, nawiązuje także wyraźnie do postanowienia pkt 6.4.1. SIWZ, w całości je przytaczając. W oparciu o to wezwanie wykonawca winien był złożyć jakiegokolwiek z szerokiego katalogu dokumentów wymienionych w pkt 6.4.1. SIWZ dokumenty, które potwierdziłyby spełnianie minimalnych parametrów technicznych określonych w załączniku 1a do SIWZ. Finalnie, w odniesieniu do komputerów WI-01-1, WI-01-2, WI-01-3, Odwołujący złożył te same karty katalogowe, jakie złożył wraz z ofertą, dodatkowo zawierając w piśmie przewodnim oświadczenie, że *„1. Poz. nr WI-01-1, WI-01-2, WI-01-3 oraz WI-05 będą posiadać wymagane zapisami SIWZ okablowanie, tj.:*

- poz. WI-01-1 – patchcord kat. 6/6A RJ45–RJ45 o długości 1,5 m, kabel zasilający AC, standard PL, 3 biegunowy, długość 1,5 metra.

- poz. WI-01-2 – patchcord kat. 6/6A RJ45–RJ45 o długości 1,5 m, kabel zasilający AC, standard PL, 3 biegunowy, długość 1,5 metra.

- poz. WI-01-3 – patchcord kat. 6/6A RJ45–RJ45 o długości 3m, kabel zasilający AC, standard PL, 3 biegunowy, długość 3 metry.

- poz. WI-05 – komplet długich kabli 2xVGA, 2xUSB, 2xHDMI, 1xRJ-45 oraz 1 x zasilający AC [standard PL, 3 biegunowy], każdy z kabli o długości 5m.”

Tym samym, Odwołujący nie złożył takich dokumentów, które by potwierdzały spełnianie minimalnych parametrów technicznych. Powyższe zaś czyni poprawną i mającą umocowanie w treści SIWZ, czynność Zamawiającego, polegającą na odrzuceniu oferty Odwołującego w oparciu o stwierdzenie, że przedłożone, w terminie wskazanym do uzupełnienia dokumenty nie potwierdzają jednoznacznie spełniania minimalnych parametrów technicznych wymaganych przez Zamawiającego dla wszystkich pozycji Zadania I, w szczególności, przedłożone w terminie wskazanym do uzupełnienia opisy specyfikacji pozycji Zadania I oznaczonych w SIWZ jako WI-01-1; WI-01-2; WI-01-3 nie zawierają kompletu danych dokumentujących jednoznacznie spełnianie minimalnych parametrów technicznych wymaganych przez Zamawiającego.

Nie potwierdziły się natomiast dalsze powody odrzucenia oferty Odwołującego. Stwierdzenie, że przedłożone w terminie wskazanym do uzupełnienia opisy specyfikacji pozycji Zadania I oznaczonych w SIWZ jako WI-01-1; WI-01-2; WI-01-3 nie pochodzą z oficjalnych materiałów informacyjnych producentów elementów składowych oferowanych

jednostek centralnych PC, pozostaje w sprzeczności z postanowieniem pkt 6.4.1. SIWZ, w którym zamawiający nie postawił wymagania złożenia jakichkolwiek „oficjalnych” materiałów informacyjnych, nie zdefiniował co się kryje pod tym pojęciem, a ponadto wyraźnie podał, że mogą być złożone także opisy techniczne lub inne dokumenty jednoznacznie potwierdzające spełnianie minimalnych parametrów technicznych wymaganych przez Zamawiającego. Z powyższego wynika, że nie jest właściwym kwestionowanie złożenia innych, niż owe „oficjalne” dokumentów, jeśli by tylko potwierdziły one wymagane przez Zamawiającego informacje.

Także kolejny powód odrzucenia oferty Odwołującego nie znalazł potwierdzenia. Stwierdzenie przez Zamawiającego, że przedłożony w terminie wskazanym do uzupełnienia dla pozycji Zadania I oznaczonej w SIWZ jako WI-20, opis techniczny, wobec braku jednoznacznego wskazania typów dysków twardej oferowanych w zestawie, nie potwierdza jednoznacznie spełnienia minimalnych parametrów technicznych wymaganych przez Zamawiającego, nie uwzględnia własnych dopisków wykonawcy na karcie katalogowej, z których wynika zarówno spełnienie wymagania dotyczącego ilości zainstalowanych dysków [12 TB] jak i określenie typu dysku. Prezentowany na rozprawie wniosek Zamawiającego o zaoferowaniu 17 dysków, jako opcji nie uwzględnia wyjaśnienia Odwołującego, że podane w karcie katalogowej dyski opisano jako „opcje” i nie dotyczą oznaczenia oferowanego dysku.

Kwestia ta mogła być przedmiotem wyjaśnienia, jeśli Zamawiający miał wątpliwości co do zawartości informacyjnej karty katalogowej urządzenia WI-20 [art. 26 ust. 4 ustawy], zaś odrzucenie oferty w tej mierze, należy uznać za nieuzasadnione, a w każdym razie – przedwczesne.

Reasumując, skoro potwierdziła się przynajmniej jedna podstawa odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy – czynność Zamawiającego w tej mierze odpowiada prawu.

[4] W zakresie zarzutu skierowanego wobec wykluczenia Odwołującego z postępowania, dostrzeżenia wymaga argumentacja podniesiona przez Odwołującego, która ma uzasadniać postawiony zarzut.

I tak, zdaniem Odwołującego, Bank w przedstawionym zaświadczeniu wskazał na istnienie zdolności kredytowej wykonawcy, a także bank ten już przyznał wykonawcy w oparciu o posiadaną przez niego zdolność kredytową kredyt. W zaświadczeniu banku użyto bowiem trybu dokonanego [„klient korzysta”]. Zaświadczenie, zdaniem Odwołującego, nie stanowiło zatem promesy przyznania kredytu z określeniem zaledwie zdolności

kredytowej, lecz już zaakceptowaną decyzję o przyznaniu kredytu na poziomie 5,8 mln zł w rachunku bieżącym; przyznany kredyt jest kredytem obrotowym [na rachunku bieżącym] na dowolny cel w ramach prowadzonej przez wykonawcę działalności. Dokument ten, w ocenie Odwołującego, wykazuje zdolność kredytową [zaakceptowaną przyznaniem kredytu] na poziomie wielokrotnie wyższym od kwoty wymaganej przez Zamawiającego zdolności kredytowej dla zadania I, tj. 256.000 zł.

Dostrzeżenia wymaga, że – po pierwsze – Zamawiający w dniu 21 lipca 2014 r. skierował do odwołującego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy, wezwanie m.in. w następującym zakresie: *„Zgodnie z zapisami punktu 6,1.4 SIWZ w celu wykazania spełnienia przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej Wykonawcy zostali zobowiązani do załączenia:*

*Informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo–kredytowej potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową Wykonawcy, **nie niższą niż równowartość kwoty, określonej w pkt. 5.4.1 [w zależności od Zadania, na które Wykonawca składa ofertę]** wystawionej nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert. W przypadku Pastwa oferty na kwotę nie niższą niż 256 000,00 zł.”*

W odpowiedzi Odwołujący podał: *„W nawiązaniu do Państwa Pisma z dnia 21.07.2014 r. przesyłamy informację banku o posiadanych przez nas środkach finansowych oraz zdolności kredytowej [5 800 000,00 PLN], aktualną na dzień składania ofert.” i załączył ponownie tę samą opinię z banku.”*

Opinia ma następującą treść:

„Klient korzysta z kredytu w rachunku bieżącym w kwocie 5 800 000,00 zł [słownie złotych: pięć milionów osiemset 00/100]. Kredyt obsługiwany jest prawidłowo.

Saldo środków na rachunku do wykorzystania na moment wystawienia zaświadczenia wynosi: 146.025,48 zł [słownie złotych: sto czterdzieści sześć tysięcy dwadzieścia pięć 48/100].

Bank [...] nie ponosi odpowiedzialności za wnioski wyciągnięte na podstawie powyższych informacji oraz skutki decyzji podjętych w oparciu o powyższe zaświadczenie.”

Biorąc powyższe pod uwagę, dostrzeżenia wymaga, że Odwołujący nie kwestionował wezwania do uzupełnienia dokumentu, mimo, że zawierało ono określoną, negatywną ocenę przez Zamawiającego złożonego dokumentu, jakim jest opinia bankowa. W odpowiedzi

Odwołujący złożył ten sam dokument, co obligowało Zamawiającego do oceny zdolności finansowej wykonawcy wyłącznie w oparciu o ten dokument.

Trafnie Zamawiający uznał, że dokument w postaci opinii bankowej z dnia 29 maja 2014 r. nie potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu, którego treścią było wykazanie się środkami pieniężnymi lub zdolnością kredytową na kwotę co najmniej 256 000 zł. Podkreślenia bowiem wymaga, że możliwość posłużenia się zdolnością kredytową oznacza konieczność posiadania zbadanej przez bank możliwości uzyskania kredytu na wymaganą wysokość. Ze złożonej opinii banku wynika, że w nieokreślonej przeszłości bank zbadał zdolność kredytową Odwołującego, skutkiem czego jest udzielony mu kredyt obrotowy na łączną wysokość 5 800 000 zł, z czego jednak część jest wykorzystana, tak, że aktualnie, na dzień wystawienia zaświadczenia wykonawca może skorzystać tylko z kwoty 146.025,48 zł. Z treści dokumentu składanego w celu wykazania zdolności finansowej winno wynikać, że wykonawca na moment najpóźniej o 3 miesiące poprzedzający termin składania ofert dysponuje zdolnością kredytową na określonej w SIWZ wysokości. Oznacza to możliwość dysponowania w pełni kredytem w wymaganej wysokości. Fakt wykorzystania określonej części kredytu oznacza, że o tyle mniejsza jest zdolność kredytowa danego wykonawcy, o ile wykorzystana część kredytu pomniejsza pierwotnie przyznany kredyt. Wykonawca nie potwierdził więc zdolności kredytowej na wymaganą kwotę, to jest na 256 000 zł. Nie sposób też uznać, że powinna być tu brana pod uwagę historyczna zdolność kredytowa z nieznanego momentu przyznania wykonawcy kredytu obrotowego. Przypomnienia wymaga, że w świetle § 1 ust. 1 pkt 10 *Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane [Dz. U. 2013, poz.231]*, dokument potwierdzający zdolność kredytową musi być wystawiony nie dawniej niż 3 miesiące przed terminem składania ofert, w tym więc okresie powinno także mieć miejsce badanie zdolności kredytowej.

Podzielono w powyższej mierze stanowisko wyrażone w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 23 listopada 2012 r. w spr. KIO 2480/12, zgodnie z którym, „*zadaniem wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia jest wykazanie, że ma dostęp do źródeł finansowania, które umożliwią mu poniesienie kosztów realizacji zamówienia do czasu otrzymania wynagrodzenia od Zamawiającego. Chodzi zatem o realny dostęp do środków finansowych przeznaczonych na sfinansowanie konkretnego zamówienia, przy czym mogą to być zarówno środki własne wykonawcy albo środki pożyczone przez stosowną instytucję finansową. W tym ostatnim przypadku, z uwagi na to, że trudno wymagać aby wykonawcy ubiegający się dopiero o udzielenie zamówienia brali już kredyt na poczet zamówienia,*

którego mogą nie uzyskać – wystarczające jest wykazanie się realną możliwością do uzyskania takiego kredytu. Jeżeli wykonawca nie ma własnych środków to jego zadaniem jest uzyskanie potwierdzenia od instytucji finansowej, że pozytywnie ocenia zdolność wykonawcy do spłacenia kredytu przeznaczonego na sfinansowanie zamówienia. Zatem nie chodzi o zdolność kredytową w ogóle, tylko zdolność kredytową związaną z uzyskaniem środków na realizację zamówienia. Z tego względu niekoniecznie udzielony już kredyt stanowi pewniejsze potwierdzenie znajdowania się w sytuacji finansowej umożliwiającej realizację zamówienia od kredytu dopiero obiecanego, np. pod warunkiem, że wykonawca zamówienie uzyska. Jeżeli kredyt został udzielony na zupełnie inny cel, a w szczególności kiedy został już wykorzystany lub środki z niego pochodzące są stale zaangażowane na inną działalność wykonawcy – w żaden sposób nie potwierdza zdolności sfinansowania realizacji zamówienia. Należy zauważyć przy tym, że z uwagi na uregulowanie wynikające z § 1 pkt 9 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, de facto wystarczające jest wykazanie przez wykonawcę, że w jakimkolwiek dniu w okresie trzech miesięcy przed terminem składania ofert miał dostęp do środków finansowych na sfinansowanie realizacji zamówienia. Stąd w przypadku Odwołującego wystarczające byłoby uzupełnienie treści załączonego do oferty dokumentu o informację, z której wynikałoby, że bank potwierdza na datę przypadającą nie dalej niż 3 miesiące przed 4 września 2012 r. pozostawanie do wykorzystania w ramach linii kredytowej środków finansowych na kwotę 2 mln zł. Natomiast Odwołujący odmówił Zamawiającemu przedstawienia takiej informacji, zamiast tego podając wymijająco, że do jego dyspozycji jest kredyt odnawialny w rachunku bieżącym w wysokości 5 mln zł, którego specyfika polega na możliwości zadłużania się do maksymalnej kwoty wielokrotnie w okresie obowiązywania umowy, a linia kredytowa każdego dnia wykorzystana może być w różnym stopniu. W tych okolicznościach Zamawiający miał prawo uznać za niewykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu odmowę złożenia informacji z banku potwierdzającej na dzień jej wystawienia lub na inny dzień przypadający maksymalnie 3 miesiące przed terminem składania ofert, że przyznana linia kredytowa nie była wykorzystana lub była wykorzystana w zakresie nie większym niż do kwoty wymaganej przez Zamawiającego. Odwołujący miał alternatywnie możliwość potwierdzenia znajdowania się w wymaganej przez Zamawiającego sytuacji finansowej przez wykazanie, że bank przeprowadził ocenę jego zdolności kredytowej, odrębnie lub w związku z udzieloną uprzednio linią kredytową, nie dawniej niż 3 miesiące przed terminem składania ofert, oraz zaświadcza, że wynosi ona co najmniej 2 mln zł. Zamiast tego Odwołujący poinformował Zamawiającego, że taka ocena została przeprowadzona już po składaniu ofert w związku z przedłużeniem obowiązywania umowy kredytowej na kolejny rok. Na rozprawie Odwołujący dodatkowo poinformował, że na mocy podpisanego 4 października 2012 r. aneksu limit kredytowy został podniesiony do 7

mln zł. Wynika z tego Odwołujący gdyby tylko o to zadbał mógłby wykazać się aktualną pozytywną oceną zdolności kredytowej w wysokości wymaganej przez Zamawiającego.”

Reasumując, na podstawie złożonej przez Odwołującego opinii bankowej, zasadnym było stwierdzenie, że wykonawca nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Zgodnie z treścią art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 24 ust. 4 ustawy, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy nie wykazali spełnienia warunków udziału w postępowaniu, zaś ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą.

W świetle ustalonych okoliczności sprawy, Zamawiający w sposób prawidłowy dokonał wykluczenia Odwołującego z postępowania na podstawie przywołanego art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy.

Nie potwierdziły się tym samym zarzuty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy oraz art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, mimo, że nie wszystkie wskazane przez Zamawiającego podstawy odrzucenia oferty Odwołującego znalazły potwierdzenie.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania – na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 2] *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]. Uwzględniono koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego w wysokości 3.600,00 zł, na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy, stosownie do brzmienia § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b przywoływanego rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r.

Skład orzekający:

