Sygn. akt: KIO 2623/20

WYROK
z dnia 5 listopada 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Anna Kuszel-Kowalczyk
Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 listopada 2020 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 października 2020 r. przez wykonawcę **K. M. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą K. M. – Usługi Leśno-Budowlane „DREWBUD'' z siedzibą w Żdanowie** w postępowaniu prowadzonym przez **Polskie Sieci Elektroenergetyczne S.A. z siedzibą w Konstancinie – Jeziornej**
przy udziale wykonawcy **M. O. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Zadrzewień Zieleni i Rekultywacji ABIES M. O. z siedzibą w Urszulinie** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego – **K. M. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą K. M. – Usługi Leśno-Budowlane „DREWBUD'' z siedzibą w Żdanowie** zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), na niniejszy wyrok, w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia, przysługuje skarga, za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do Sądu Okręgowego w **Warszawie.**

……..

Sygn. akt: KIO 2623/20

Uzasadnienie

Zamawiający – Polskie Sieci Elektroenergetyczne S.A. z siedzibą w Konstancinie – Jeziornej– prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem są kompleksowe prace wycinkowe na liniach przesyłowych najwyższych napięć w latach 2021 – 2022, znak: 2019/WNP-0548-DU-KKO.
Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 roku, poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp.
W dniu 12 października 2020 roku wykonawca K. M. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą K. M. – Usługi Leśno-Budowlane „DREWBUD" z siedzibą w Żdanowie (dalej: Odwołujący) wniósł odwołanie od następujących niezgodnych z przepisami ustawy zaniechań oraz czynności zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia: badania i oceny oferty Odwołującego w zakresie w zakresie pakietów 11,12 i 15 oraz odrzucenia oferty Odwołującego w pakietach nr 11, 12 i 15, a w konsekwencji wyboru oferty Wykonawcy M. O. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: „Zakład zadrzewień zieleni i rekultywacji ABIES" (adres: Łomnica 29, 22-234 Urszulin, NIP: 5651083225) (dalej „Wykonawca"), jako najkorzystniejszej pakietach nr 11,12 i 15.
W związku z powyższym odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp w związku z art. 26 ust. 3, 4 ustawy Pzp i art. 87 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1 i 3 poprzez błędną ocenę ofert i niezasadne odrzucenie oferty Odwołującego pomimo, iż Odwołujący złożył ofertę, której treść jest zgodna z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ), a w konsekwencji
2. art 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 2 pkt 5 lit. a) ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez ich niezastosowanie, a w konsekwencji wybór oferty, która obiektywnie nie jest ofertą najkorzystniejszą.

Odwołujący stwierdził, że Zamawiający wybrał ofertę Wykonawcy, która nie jest ofertą najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ, odrzucił zaś ofertę Odwołującego, która jest obiektywnie najkorzystniejszą ofertą złożoną w postępowaniu, a tym samym uchybił obowiązkowi przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadą przejrzystości.
Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności wyboru oferty Wykonawcy, jako najkorzystniejszej, w zakresie pakietów nr 11, 12 i 15,
2) unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego w zakresie pakietów nr 11,12 i 15
3) wykonanie ponownego badania i oceny ofert w zakresie pakietu nr 11, 12 i 15 z uwzględnieniem, że oferta Odwołującego nie podlega odrzuceniu,

Ponadto Odwołujący wniósł o obciążenie kosztami postępowania odwoławczego Zamawiającego, w tym zasądzenie od Zamawiającego kosztów zastępstwa przed Krajową Izbą Odwoławczą.

W uzasadnieniu wniesionego odwołania odwołujący wpierw przedstawił okoliczności faktyczne sprawy. W dniu 15 marca 2020 r. Zamawiający (Polskie Sieci Elektroenergetyczne Spółka Akcyjna z siedzibą w Konstancinie - Jeziornej) przekazał celem publikacji w Dz. U. UE ogłoszenie o zamówieniu, które następnie zostało opublikowane pod numerem 2020/S 055-131233. Przedmiotowe ogłoszenie dotyczyło postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zamówienia pn. „Kompleksowe prace wycinkowe na liniach przesyłowych najwyższych napięć w latach 2021-2022".

Postępowanie prowadzone było w formie elektronicznej za pośrednictwem Platformy Zakupowej Zamawiającego dostępnej pod adresem .

Termin składania i otwarcia ofert Zamawiający wyznaczył na dzień 07 maja 2020 r., ostatecznie zmieniony na dzień 14 maja 2020 r.

Odwołujący złożył ofertę w zakresie pakietów nr 11,12,14,15 i 16.

W dniu 18 sierpnia 2020 r. Zamawiający opublikował pismo pn. „Zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej" w którym dokonał wyboru najkorzystniejszych ofert w pakietach nr 11,12,15,16,19, 21, 29. Spośród tych pakietów, w pakietach numer 11,12,15 i 16 wybrana została oferta Odwołującego.

W dniu 16 września 2020 r. Zamawiający poinformował, że unieważnił czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz zawiadomił o powtórzeniu czynności badania i oceny ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu uzasadniając to koniecznością wynikającą z uznania przez Zamawiającego części zarzutów odwołania z dnia 27 sierpnia 2020 r. wniesionego do Krajowej Izby Odwoławczej przez Wykonawcę M. O. prowadzący działalność

gospodarczą pod firmą Zakład Zadrzewień zieleni i rekultywacji ABIES.

W dniu 02 października 2020 r. Zamawiający opublikował pismo pn. „Zawiadomienie o ponownym wyborze oferty najkorzystniejszej" w którym dokonał wyboru najkorzystniejszych ofert w rozumieniu art. 2 ust. 5 ustawy Pzp, tj. przedstawiających najkorzystniejszy bilans ceny oraz kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia, w pakietach nr 11, 12 i 15. W pakietach tych Zamawiający wybrał ofertę Wykonawcy, natomiast oferta Odwołującego została przez Zamawiającego odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp.

W ocenie Odwołującego, analiza sposobu dokonania oceny ofert prowadzi do konkluzji, iż Zamawiający dokonał oceny ofert w sposób wadliwy i skutkujący wyborem oferty, która obiektywnie nie jest ofertą najkorzystniejszą, bowiem ze względu na błędną ocenę ofert przeprowadzoną przez Zamawiającego i niezasadne odrzucenie oferty Odwołującego Zamawiający wybrał ofertę Wykonawcy, która nie jest ofertą najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ, zaniechał zaś wyboru oferty Odwołującego, która jest obiektywnie najkorzystniejszą ofertą złożoną w postępowaniu.

Po pierwsze Odwołujący podniósł, że Zamawiający uzasadniając zarzuty odwołania wskazał, że w dniu 02 października 2020 r. poinformował go, iż jego oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp ponieważ treść oferty nie odpowiada treści SIWZ. Zamawiający w uzasadnieniu wskazał, że:

„W dniu 15 czerwca 2020 r. na podstawie art. 26 ust 3, 4 oraz 87 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający wezwał do uzupełnienia oferty (JEDZ) o wykaz osób zgodnie z warunkami udziału w postępowaniu dot. pakietów 11 -16, a także JEDZ o wymaganą przez Zamawiającego ilość posiadanych środków finansowych dla pakietów 11-16, tj. 1 900 000, zł (Drewbud wskazał w JEDZ, że posiada środki finansowe w wysokości 1.109.686,63 zł). W dniu 17 czerwca 2020 r. Drewbud przedłożył Zamawiającemu nowy dokument JEDZ gdzie Wykonawca wykazał posiadanie środków finansowych własnych w wysokości 1.109.686,63 oraz środki finansowe jakie udostępnił mu podmiot trzeci HVS F. K. Sp. J., a także jego zobowiązanie do udostępnienia zasobów finansowych w wysokości 800.000,00 zł oraz zaświadczenie z Banku o posiadanych własnych środkach finansowych.

W terminie składania ofert Drewbud zadeklarował samodzielny udział w postępowaniu jako wykonawca oraz własny potencjał, jeśli chodzi o spełnienie warunków udziału w postępowaniu (tak wynika z oferty i z JEDZ z dnia 12 maja 2020 r.). Zobowiązanie do udostępnienia zasobów finansowych przez podmiot trzeci - HVS F. K. Sp.j. zostało złożone wraz z dokumentami na wezwanie Zamawiającego z dnia 15 czerwca 2015 r. do uzupełnienia JEDZ, po złożeniu oferty wraz z JEDZ, a przed wezwaniem do złożenia dokumentów w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp.

Uzupełnienie JEDZ w zakresie korzystania z zasobów podmiotu trzeciego na skutek wezwania do uzupełnienia na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp (co zresztą nie było zakresem wezwania) może być uznane jako właśnie jako niedopuszczalna modyfikacja oferty, prowadząca do zmiany podmiotowej. Zobowiązanie dotyczy zakresu warunku, którego pierwotnie wykonawca w JEDZ w ogóle nie wskazał (brakująca kwota) nie powoduje, że w tym zakresie można było przedstawić obcy potencjał, zamiast własnego, ale że wykonawca nie spełnił warunku udziału w postępowaniu. Powyższe powoduje, że dokument JEDZ nie został uzupełniony prawidłowo przez Drewbud, a więc wykonawca nie spełnił on warunku udziału w postępowaniu przynajmniej w zakresie zdolności ekonomicznej i finansowej."

Odnosząc się do powyższego stanowiska Zamawiającego, Odwołujący wskazał, że Zamawiający nieprawidłowo odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp, bowiem Odwołujący złożył ofertę, której treść, w tym zakres merytoryczny dotyczący przedmiotu zamówienia, wpisuje się w wymagania Zamawiającego. Zaoferowany przez Odwołującego przedmiot zamówienia jest prawidłowy w świetle postanowień SIWZ, a w szczególności w zakresie dotyczącym opisu przedmiotu zamówienia. Odwołujący podkreślił, że wskazana przez Zamawiającego podstawa prawna odrzucenia oferty nie koresponduje z uzasadnieniem wynikającym z pisma dotyczącego odrzucenia oferty i w związku z powyższym, w jego ocenie, odwołanie winno być uwzględnione już na tej podstawie. Zamawiający jest bowiem związany podstawą prawną rozstrzygnięcia co do odrzucenia oferty, zaś Odwołujący zobowiązany jest do odniesienia się do podstawy prawnej i faktycznej uzasadniającej wniesienie odwołania.

Odwołujący zwraca uwagę, że z treści uzasadnienia wynika, że Zamawiający w rzeczywistości nie kwestionuje zgodności oferty z przedmiotem zamówienia (i to nie tylko samym uzasadnieniu, ale również wcześniej, w trakcie postępowania) tylko nie wykazanie przez Odwołującego spełniania warunku zdolności ekonomicznej i finansowej.

Odwołujący przywołał wyrok KIO z dnia 2020-08-20, KIO 1805/20, „Nie jest bowiem możliwe zastępowanie uznania braku spełnienia warunku udziału w postępowaniu przepisem o niezgodności oferty z treścią SIWZ, gdyż warunki podmiotowe zostały w Pzp wyraźnie oddzielone od niezgodności oferty z wymaganiami Zamawiającego. Zgodnie ze wskazanym powyżej przepisem art, 24 ust 1 pkt 12 Pzp Zamawiający wyklucza z postępowania wykonawcę, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Zastosowanie tego przepisu musi być jednak poprzedzone procedurą przewidzianą w art. 26 ust. 3 Pzp. (...) Izba uwzględniając jednak treść uzasadnienia czynności Zamawiającego - pomimo wskazania błędnie podstawy prawnej - stwierdziła, że w opisie stanu faktycznego odrzucenia, zostały wskazane okoliczności odnoszące się do braku spełnienia przez osobę dedykowaną na stanowiska kierownika budowy postawionych wymagań, a tym samym wymagań co do podmiotu, a nie przedmiotu zamówienia. Tym samym Izba uznała, że pomimo powyższych niezgodności podniesione zarzuty winny podlegać ocenie Izby."

Odnosząc się zatem do treści uzasadnienia Odwołujący wskazał, że w rozdz. VII SIWZ (Warunki udziału w postępowaniu i podstawy wykluczenia) w pkt. 3 (w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej) Zamawiający określił dla każdego pakietu oddzielnie minimalną wysokość środków finansowych lub zdolności, w szczególności w zakresie pakietów 11,12,14,15 i 16 wynosiła ona:

Pakiet 11	350 000.00 zł
Pakiet 12	450 000.00 Zł
Pakiet 14	300 000,00 zł
Pakiet 15	400 000.00 zł
Pakiet 16	400 000,00 zł

Ponadto Odwołujący wskazał, że złożył ofertę na pakiety nr 11, 12, 14, 15 i 16, a skarżone przez Odwołującego czynności odrzucenia oferty i wyboru oferty najkorzystniejszej dotyczą pakietów nr 11,12 i 15.

Dalej, w rozdz. VII SIWZ (Warunki udziału w postępowaniu i podstawy wykluczenia) w pkt. 3 (w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej) Zamawiający, co do powyższego warunku, wskazał, że:

„*W przypadku wykazania się posiadaniem środków finansowych lub zdolnością kredytową, w walucie innej niż PLN, przeliczenie tych wartości nastąpi po średnim kursie ogłoszonym przez NBP w dniu opublikowania ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. W przypadku, gdy w tym dniu NBP (tabela A) nie opublikuje tabeli kursów średnich, Zamawiający przyjmie jako podstawę kurs z tabeli kursów Średnich ogłoszony w pierwszym dniu po dniu opublikowania ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej.*"

Odwołujący podniósł, że w toku postępowania Zamawiający dodatkowo wyjaśniał treść SIWZ (w zakresie warunku zdolności ekonomicznej i finansowej) w odpowiedzi na złożone przez wykonawców wnioski o wyjaśnienie:

1)w dniu 26 marca 2020 r. następująco: „*c) Czy Oferent składając ofertę na kilka pakietów aby spełnić wymóg w zakresie zdolności ekonomicznej lub finansowej musi posiadać zdolność kredytową lub środki finansowe w wysokości sumy zdolności wymaganych na każdy pakiet?*

Odpowiedź: Zgodnie z tabelą zawartą w pkt. VII.3 Część I SIWZ środki finansowe lub zdolność kredytowa sumują się dla poszczególnych (przyp. Odwołującego - poszczególny «każdy z wielu, pojedynczo rozpatrywany - wg.) pakietów. Wykonawca składając ofertę na kilka pakietów musi posiadać środki finansowe lub zdolność kredytową odpowiadającą sumie środków finansowych lub zdolności kredytowej dla tych pakietów, określona w tabeli zawartej w pkt VII.3 Część I SIWZ.″

d) Czy Zamawiający uzna warunek za spełniony jeśli Oferent przedstawi w ofercie zaświadczenie o zdolności kredytowej do jednego pakietu oraz o posiadanych środkach na rachunku bankowym do innego pakietu?

Odpowiedź: Zamawiający wyraża zgodę jw. przy założeniu spełnienia warunku z odpowiedzi c) niniejszego pisma.

2)w dniu 07 kwietnia 2020 r. następująco:

„3. Czy wysokość posiadanych środków finansowych na koncie bankowym oraz zdolność kredytowa jest sumowana dla wykazania środków będących w dyspozycji firmy?

Odpowiedź*:* W ramach danego Pakietu nie dopuszcza się sumowania posiadanych środków finansowych na koncie bankowym oraz zdolności kredytowej. Jednak w przypadku złożenia oferty np. na dwa pakiety dopuszcza się dla jednego pakietu wykazanie posiadanych środków finansowych, a dla drugiego pakietu wykazanie zdolności kredytowej.″

W nawiązaniu do powyższego Odwołujący podkreślił, że w zakresie postanowień SIWZ, a także późniejszych wyjaśnień dokonywanych w toku postępowania, a które dotyczyły warunku zdolności ekonomicznej i finansowej Zamawiający nie dokonał żadnej zmiany treści SIWZ w stosunku do pierwotnych postanowień, a tylko (w odpowiedzi na złożone przez wykonawców wnioski o wyjaśnienie treści SIWZ) poprzestał na wyjaśnieniu wzajemnej relacji (sumowania) środków finansowych pozostających na rachunku bankowym lub zdolności kredytowej w ramach poszczególnych pakietów. W tym miejscu Odwołujący przywołał wyrok KIO z 21 kwietnia 2015 r., sygn. akt KIO 681/15.

Dalej w rozdz. IX SIWZ (Oświadczenia i dokumenty, jakie mają dostarczyć Wykonawcy w celu definitywnego potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia) Zamawiający w pkt 1} lit m) określił, że na potwierdzenie zgodnego z zasadami określonymi w rozdz. VII SIWZI spełnienia warunku udziału Wykonawca na żądanie Zamawiającego powinien przedłożyć:

„Informację banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, potwierdzającą wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową Wykonawcy lub podmiotu, na którego zdolnościach finansowych Wykonawca polega, zgodnie z Rozdziałem VII pkt. 2) ppkt. 3. Części I SIWZ wystawioną nie wcześniej niż 1 miesiąc przed upływem terminu składania ofert. W przypadku przedstawienia w informacji kwoty, w walucie innej niż złoty polski, Zamawiający przeliczy tę kwotę po średnim kursie NBP (Tabela A) ogłoszonym w dniu publikacji ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym UE. Jeżeli w dniu publikacji ogłoszenia NBP nie ogłosił kursu walut, zastosowanie znajdzie pierwszy ogłoszony kurs po dniu publikacji ogłoszenia. Jeżeli z uzasadnionej przyczyny Wykonawca nie może złożyć dokumentu, o którym mowa w zdaniu 1, Zamawiający dopuszcza złożenie przez Wykonawcę innych dokumentów, o których mowa w art. 26 *ust.* 2c ustawy."

Powyższe stanowi całość wymagań odnoszących się do warunku zdolności finansowej i ekonomicznej, jaką zawarł w SIWZ Zamawiający. W nawiązaniu do wyżej wymienionych postanowień SIWZ Odwołujący wskazał, że w swojej ofercie złożył JEDZ w którym w części IV B (SYTUACJA EKONOMICZNA I FINANSOWA) w którym oświadczył, że: „Posiad środki finansowe w wysokości 1.109.686,63zł - posiadam zaświadczenia bankowe."

Powyższe zostało potwierdzone złożonymi (w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do złożenia dokumentów podpisanego w dniu 25.06.2020 r.) informacjami z banku tj.:

-zaświadczeniem Alior Bank z dnia 28.04.2020 r. - środki dostępne 585 106,08 zł

-zaświadczeniem mBank z 21.04.2020 r. - środki dostępne 246 601,68 zł

-zaświadczeniem mBank z 21.04.2020 r. - środki dostępne 210 181,22 zł

-zaświadczeniem mBank z 21.04.2020 r. - środki dostępne 67 797,95 zł

Powyższe w sumie daje dostępną dla Odwołującego na 1 miesiąc przed upływem terminu składania ofert (tj. 14.05.2020 r.) wysokość posiadanych środków finansowych na 1 109 686,93 zł.

W ocenie Odwołującego, nie powinien mieć znaczenia fakt, że posłużył się on celem wykazania spełnienia postawionego w SIWZ warunku zdolności ekonomicznej i finansowej kilkoma informacjami z banku, bowiem za wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2019-01-22, KIO 2710/18 wskazał, że„w ocenie Izby historia konta przedstawiona przez Odwołującego powinna być uwzględniona przy ocenie spełnienia warunku, bowiem określa wysokość środków finansowych, którymi dysponuje wykonawca. Dyskredytowanie informacji przedstawionej w takiej formie nie jest zasadne. Co do zaś twierdzenia Zamawiającego, że w przypadku przelewania środków na różne konta Odwołujący winien wskazać przynajmniej jeden wiarygodny dokument, z którego zamawiający mógł zaczerpnąć wiedzy o wysokości posiadanych środkach finansowych izba uznała, że wykonawca może przedstawić dwa lub więcej dokumentów, które łącznie potwierdzają spełnianie warunku. Skoro przedsiębiorcy można posiadać więcej niż jeden rachunek to wykładnia celowościowa przepisu umożliwia złożenie większej liczby dokumentów, o ile potwierdzają spełnienie warunku w sposób niebudzący wątpliwości. Środki na rachunkach w dwóch bankach niewątpliwie muszą być odrębnymi środkami. Wykonawca nie może posługiwać się tymi samymi środkami przelanymi między różnymi rachunkami bankowymi celem spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Niemniej Zamawiający nie udowodnił, że taka sytuacja zaistniała w niniejszym stanie faktycznym. Wobec powyższego Izba uznała, że wykluczenie Odwołującego z postępowania było niezasadne."

Analizując powyższe Odwołujący podkreślił, że Zamawiający nie zawarł dodatkowych wymogów w SIWZ w odniesieniu do ww. warunku niż żądanie posiadania przez Odwołującego określonej (dla poszczególnych pakietów) wysokości środków finansowych lub zdolności kredytowej (w rozdzielnych konfiguracjach tj. dla każdego z pakietów na jakie została złożona oferta musiała to być albo suma zdolności kredytowej albo suma środków finansowych). W żadnym przypadku, w odniesieniu do pakietów 11, 12, 14, 15 i 16 Zamawiający nie określił tej wysokości na większą niż 450 000.00 zł. W tym miejscu Odwołujący przywołał wyrok KIOz dnia 29 września 2017 r., o sygn. akt KIO 1922/17 oraz wyrok SO w Nowym Sączu z 18 marca 2015 r. w spr. III Ca 70/15.

Dodatkowo Odwołujący wskazał, że Zamawiający przewidział realizację pakietów nr 14, 15, 16 na rok 2022 r. natomiast realizację pakietów nr 11, 12 na rok 2021 r. co jeszcze bardziej oddala inne rozumienie sformułowania warunku w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej niż określenie dla każdego pakietu oddzielnie minimalnej

wysokość środków finansowych lub zdolności kredytowej. Wspólne wymaganie bowiem środków w wysokości 1900000,00 zł dla wszystkich oferowanych pakietów - przeznaczonych przecież do zrealizowania w różnych latach - wydaje się skrajnie nieproporcjonalne w stosunku do przedmiotu zamówienia i naruszające zasadę równego traktowania.

Nawiązując do powyższego, Odwołujący zauważył, że art. 22c ust. 4 ustawy Pzp zawiera wytyczne, w jaki sposób ustalać warunki udziału w postępowaniu dotyczące sytuacji finansowej lub ekonomicznej w przypadku udzielania zamówień w częściach. Podstawowa zasada jest ustalanie ich dla każdej części odrębnie w oparciu o ust. 1-3. Swoiste odstępstwo ustawodawca przewidział jedynie w przypadku minimalnego rocznego obrotu, wskazując, że może on zostać określony także w odniesieniu do więcej niż jednej części zamówienia, na wypadek, gdyby wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, przyznano kilka części zamówienia do realizacji w tym samym czasie.
Składając ofertę Odwołujący wskazał zatem posiadanie środków finansowych w wysokości 1.109.686,63zł, uznając, że posiadanie środków w tejże wysokości jest w zupełności wystarczające dla spełnienia warunku postawionego w SIWZ dla każdego z oferowanych pakietów.

W tym miejscu Odwołujący wskazał, że Zamawiający (pismem podpisanym elektronicznie w dniu 15.06.2020 r. - w terminie do 18.06.2020 r.) wezwał Odwołującego do złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień - z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, równocześnie, w tym samym piśmie, wzywając do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp - z art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, oraz wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty - z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający nie określił, co dokładnie Odwołujący miałby uzupełnić, czy wyjaśnić, a wezwanie jedynie opatrzył następującą informacją:
„Państwo w JEDZ nie przedstawili wymaganej przez Zamawiającego ilości posiadanych środków finansowych dla Pakietów na które Państwo złożyli ofertę tj. 1 900 000, zł. Prosimy o potwierdzenie i uzupełnienie, że posiadają Państwo taką zdolność finansową."

Odwołujący podkreślił, że ww. żądanie Zamawiającego wykazania przez Odwołującego środków finansowych w kwocie 1 900 000,00 zł nie znajduje pokrycia w żadnych postanowieniach SIWZ i jako takie jest nieuzasadnione i wprowadzające w błąd Odwołującego. Dalej z uwagi na wymaganą przepisami prawa treść ogłoszenia o zamówieniu, tego rodzaju zmiana treści SIWZ (w postaci elementu tak istotnego jak warunek udziału w postępowaniu) powinna znaleźć odzwierciedlenie również w treści tego ogłoszenia, co jednak nie nastąpiło.

Dodatkowo powyższe wezwanie miało miejsce jeszcze przed wystosowaniem przez Zamawiającego do Odwołującego wezwania przewidzianego w art. 26 ust. 1 ustawy Pzp tj. pisma pt. „Wezwanie do złożenia dokumentów i oświadczeń" - podpisanego elektronicznie w dniu 25.06.2020 r., zaś Zamawiający nie wskazywał jakie dokumenty Odwołujący miałby złożyć, uzupełnić lub poprawić lub, czego miałyby dotyczyć udzielone wyjaśnienia. Zamawiający nie wskazał też w jaki sposób Odwołujący uchybił wymaganiom Zamawiającego. Odwołujący przywołał wyrok KIOz dnia 22 stycznia 2019 r. o sygn. akt KIO 2710/18 oraz wyrok z dnia 5 stycznia 2015 r. o sygn. akt KIO 2658/14.
Na ww. wezwanie Zamawiającego podpisane elektronicznie w dniu 15.06.2020 r. Odwołujący, działając li tylko w sytuacji wynikającej z błędnie sformułowanego i nie znajdującego podstaw w treści SIWZ wezwania Zamawiającego, odpowiedział w dniu 17.06.2020 r. składając zobowiązanie wspólnika HVS F. K. Sp. j. do udostępnienia zasobów finansowych w wysokości 800.000,OOzł wraz potwierdzającą to informacją z banku z dnia 30.04.2020 r., przez co Odwołujący dążył do spełnienia zadość nieuzasadnionemu wezwaniu Zamawiającego.

Podsumowując powyższe Odwołujący stwierdził, że z uwagi na powyższe, wezwanie do uzupełnienia dokumentów było bezpodstawne i jako takie powinno zostać unieważnione, a Zamawiający powinien uznać, że warunek udziału w postępowaniu - zdolności ekonomicznej i finansowej - został skutecznie potwierdzony przez Odwołującego.
Tym samym oferta Odwołującego, w jego ocenie, w zakresie wykazania się odpowiednią zdolnością ekonomiczną i finansową od samego początku była złożona poprawnie - w sposób odpowiadający wymaganiom Zamawiającego określonym w SIWZ, wobec czego zastosowane przez Zamawiającego środki w postaci wezwania pismem podpisanym elektronicznie w dniu 15.06.2020 r. skutkowały tylko wprowadzeniem w błąd Odwołującego i podjęciem niezasadnej decyzji o odrzuceniu jego oferty przez Zamawiającego.
Podsumowując, na marginesie powyższych rozważań, z ostrożności procesowej, Odwołujący wskazał, że nawet gdyby ww. wezwanie Zamawiającego podpisane elektronicznie w dniu 15.06.2020 r. miało być uznane za zasadne to odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na fakt, że Odwołujący przed terminem składania ofert dysponował swoimi zasobami finansowymi w wysokości 1.109.686,63 zł oraz zobowiązaniem firmy HVS F. K. Sp. j. udostępnienia środków finansowych w wysokości 800.000,00 zł, bowiem zaświadczenie HVS F. K. Sp. J. o wysokości posiadanych środków finansowych w banku zostało uzyskane w dniu 30.04.2020 r. tj. przed terminem składania ofert.
W dniu 30 października 2020 r. zamawiający przekazał odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o odrzucenie odwołania w całości na podstawie art. 189 ust 2 pkt 3 ustawy Pzp, alternatywnie, w razie uznania, że nie zachodzą przesłanki odrzucenia o oddalenie odwołania w całości. Zamawiający podniósł, że Ze stanowiskiem Odwołującego zawartym w odwołaniu oraz zarzutami i żądaniami nie można się zgodzić, ponieważ tok czynności Zamawiającego w Postępowaniu był prawidłowy, w tym w zakresie oceny ofert Odwołującego i Przystępującego. Zamawiający podnosi, że zarzuty zostały opisane przez Odwołującego w sposób ogólny i chaotyczny tak, że nie sposób z nich wywieść jednoznacznie czego dotyczą (oceny podmiotowej Odwołującego, oceny przedmiotowej jego oferty, treści warunku udziału w postępowaniu, wyjaśnień treści S1WZ lub wezwań do uzupełnień dokumentów), nie sposób też przyporządkować im konkluzji przytoczonego w odwołaniu orzecznictwa.
W pierwszej kolejności Zamawiający przedstawił argumentację uzasadniającą wniosek o odrzucenie odwołania. Zdaniem Zamawiającego zachodzą przesłanki odrzucenia odwołania na podstawie przepisu art. 189 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp, jako odwołania wniesionego po upływie terminu określonego w ustawie.

Zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia - jeżeli zostały przesłane w sposób określony w art. 180 ust 5 zdanie drugie, gdy wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Stosownie do art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu, a jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, także wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wnosi się w terminie 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej — jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Zgodnie art. 182 ust. 3 pkt 1) ustawy Pzp odwołanie wobec czynności innych niż określone w ust. 1 i 2 wnosi się w przypadku zamówień, których wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 - w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia.

Zamawiający zaznaczył, że okoliczności faktyczne konstytuujące zarzuty Odwołującego, czyli określone twierdzenia o faktach (czynnościach lub zaniechaniach Zamawiającego), z których wywodzone są skutki prawne, mają decydujące znaczenie dla terminów na wniesienie odwołania zawierającego te zarzuty. Terminy te mają charakter zawity, liczony od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia albo od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia.
Zamawiający zwrócił tez uwagę, że całość mylnych zarzutów dotyczących oceny oferty Odwołującego i zarzucanej Zamawiającemu wadliwości czynności jej odrzucenia zasadza się na kwestionowaniu brzmienia trzech wymienionych w treści odwołania dokumentów (czynności Zamawiającego, wyznaczających okoliczności faktyczne sprawy):

1)SIWZ w zakresie brzmienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności ekonomicznej i finansowej (publikacja ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 18 marca 2020 r.),
2)wyjaśnień treści SIWZ w zakresie brzmienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności ekonomicznej i finansowej opublikowanych przez Zamawiającego w dniu 23 marca 2020 r. oraz w dniu 7 kwietnia 2020 r.,
3)wezwania do uzupełnienia dokumentów, w tym JEDZ, skierowanego do Odwołującego w dniu 15 czerwca 2020 r.

W ocenie Zamawiającego, całość uzasadnienia odwołania począwszy od str. nr 4 oparta jest na kwestionowaniu prawidłowości treści warunku udziału w postępowaniu określonego w SIWZ, względnie wyjaśnieniu jego brzmienia w odpowiedziach na pytania wykonawców (względnie - zaniechania zmian treści warunku w treści ogłoszenia). Jeśli Odwołujący na tym etapie wywodzi za orzecznictwem co do SIWZ, wyjaśnień treści SIWZ i ewentualnych modyfikacji, że *„przede wszystkim muszą być jasne, jednoznaczne, niesprzeczne z innymi postanowieniami siwz i innymi odpowiedziami na pytania wykonawców (wykonawcy muszą mieć pewność co do oczekiwań zamawiającego) oraz zrozumiałe i nie mogą prowadzić do naruszenia zasady uczciwej konkurencji",* czy *„wspólne wymaganie bowiem środków finansowych wysokości 1 900 000,00 zł dla wszystkich oferowanych pakietów (...) wydaje się skrajnie nieproporcjonalne",* to w ocenie Zamawiającego są to rozważania oczywiście spóźnione na obecnym etapie Postępowania.
Podobny wniosek Zamawiający wywiódł odnośnie rozważań w zakresie wezwania do uzupełnień dokumentów skierowanego do Odwołującego w dniu 15 czerwca 2020 r. odnośnie którego Odwołujący wskazuje m. in.:

-„Zamawiający nie określił, co dokładnie odwołujący miałby uzupełnić, czy wyjaśnić (...)"
-„żądanie Zamawiającego wykazania przez Odwołującego środków finansowych w kwocie 1900 000,00 zł nie znajduje pokrycia w żadnych postanowieniach SIWZ i jako takie jest nieuzasadnione i wprowadzające w błąd Odwołującego. Dalej z uwagi na wymaganą przepisami prawa treść ogłoszenia o zamówieniu, tego rodzaju zmiana treści SIWZ (w postaci elementu tak istotnego jak warunek udziału w postępowaniu) powinna znaleźć odzwierciedlenie również w treści tego ogłoszenia, co jednak nie nastąpiło[1]',
-„Na ww. wezwanie Zamawiającego podpisane elektronicznie w dniu 15.06.2020 r. *Odwołujący, działając li tylko w sytuacji wynikającej z błędnie sformułowanego i nie znajdującego podstaw w treści SIWZ wezwania Zamawiającego,* odpowiedział w dniu 17.06.2020 r. składając zobowiązanie wspólnika HVS F. K. Sp. j. do udostępnienia zasobów finansowych w wysokości 800.000,00 zł wraz potwierdzającą to informacją z banku z dnia 30.04.2020 r., przez co Odwołujący dążył do spełnienia zadość nieuzasadnionemu wezwaniu Zamawiającego**.** Podsumowując powyższe, z uwagi na powyższe wezwanie do uzupełnienia dokumentów było bezpodstawne i jako takie powinno zostać unieważnione, *a* Zamawiający powinien uznać, że warunek udziału w postępowaniu - zdolności ekonomicznej i finansowej - został skutecznie potwierdzony przez Odwołującego.

Dla porządku Zamawiający wskazał, że kwestionowane w odwołaniu wezwanie z dnia 15 czerwca 2020 r. m.in. uzupełnienia JEDZ (procedura odwrócona) zgodnie z warunkami udziału w postępowaniu w zakresie pakietów 11, 12, 14, 15 i 16, na które ofertę złożył Odwołujący, o wymagane przez Zamawiającego zdolności ekonomiczne lub finansowe dla tych pakietów (1 900 000, zł). W odpowiedzi na ww. wezwanie Odwołujący przedłożył m. in. dokument JEDZ z 18 czerwca 2020 r. ze wskazaniem dodatkowych zdolności w wysokości 800 000, 00 zł podmiotu HVS F. K. Sp. j. ponad zadeklarowane uprzednio własne zdolności na kwotę 1 109 686,63 zł. Zatem Odwołujący doskonale zrozumiał, iż dla spełnienia warunków udziału w postępowaniu brakuje mu potwierdzenia dysponowania zdolnością ekonomiczną lub finansową w kwocie niemal 800 000 zł, której sam nie posiadał. Ponieważ brakujące zdolności uzupełniono o potencjał podmiotu w rozumieniu art 22a ust. 1 ustawy Pzp, zgłoszonego po terminie składania ofert, nie mogły być one uznane, wespół ze zdolnościami samego Odwołującego, za wystarczające do spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności ekonomicznej lub finansowej.
Powyższe okoliczności, w ocenie Zamawiającego, jednoznacznie wskazują, że po pierwsze, fakt uzupełnienia dokumentów (jakkolwiek niewłaściwie) o brakujące zdolności ekonomiczne lub finansowe zgodne kwotowo z treścią warunku udziału w postępowaniu, świadczy o tym, że Odwołujący dokładnie zrozumiał treść wezwania i na tamtym etapie Postępowania nie uznał go za chybione. Po drugie, rozumiejąc intencje Zamawiającego, nie skorzystał ze środków ochrony prawnej w terminie wyznaczonym okolicznością faktyczna, z której mógł ewentualnie wywodzić skutki prawne (czynnością wezwania do uzupełnienia dokumentu).
Jak wskazał Zamawiający, daty publikacji lub przekazania wykonawcom ww. w pkt 1) - 3) dokumentów wskazują, że termin na wniesienie odwołania od treści warunku udziału w postępowaniu upłynął w dniu 18 marca 2020 r., zaś kwestionowanie wyjaśnień jego brzmienia lub ewentualną niedozwoloną zmianę SIWZ mogło nastąpić najpóźniej w terminie 10 dni od dnia 23 marca lub 7 kwietnia 2020 r. Z kolei podnoszenie zarzutów wobec niezasadności lub braku jednoznaczności wezwania Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp należało liczyć najpóźniej od dnia 15 czerwca 2020 r. Przyjęcie odmiennej interpretacji skutkowałoby wprost obejściem przepisu art. 182 ustawy Pzp. W tym miejscu Zamawiający przywołał orzecznictwo Izby tj. postanowienie KIO z 16 maja 2014 r., sygn. akt KIO 839/14, oraz postanowienie z dnia 13 czerwca 2012 roku, sygn. akt KIO 1164/12, a także wyrok z dnia 13 sierpnia 2019 r., sygn. akt KIO 1492/19, oraz z dnia 29 stycznia 2014 r., sygn. akt KIO 61/14.
Reasumując, Zamawiający wskazał, że podnoszenie zarzutów w zakresie objętym treścią odwołania dopiero w dniu 12 października 2020 r. należy uznać za dokonane z naruszeniem terminu do jego wniesienia.
W części argumentacji dotyczącej wniosku o oddalenie odwołania Zamawiający wskazał co następuje.
1.Odwołujący uzasadnia brak przesłanek do odrzucenia jego oferty i wadliwość tej czynności Zamawiającego m.in. błędem w przywołaniu podstawy prawnej w informacji o ponownym wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 2 października 2020 r., co nie koresponduje z jej uzasadnieniem. Jednak całość podniesionej przez Odwołującego argumentacji jedynie potwierdza, zresztą słusznie, iż kwalifikacja prawna jest w tym przypadku irrelewantna dla prawidłowości i skuteczności czynności odrzucenia jego oferty. W tym miejscu Zamawiający przywołał orzecznictwo Izby tj. wyrok o sygn. KIO 918/13 z dnia 30 kwietnia 2013 r., wyrok w sprawie o sygn. akt KIO 1117/15 z dnia 17 czerwca

2015 oraz wyrok o sygn. akt KIO 1557/20 z dnia 31 lipca 2020 r.).
W tym miejscu Zamawiający przypomniał, że w ww. informacji z dnia 2 października 2020 r. w uzasadnieniu wyjaśnił m. in., iż „uzupełnienie JEDZ w zakresie korzystania z zasobów podmiotu trzeciego na skutek wezwania do uzupełnienia na podstawie art. 26 ust. *3* ustawy Pzp (co zresztą nie było zakresem wezwania) może być uznane właśnie jako niedopuszczalna modyfikacja oferty, prowadząca do zmiany podmiotowej. Zobowiązanie dotyczy zakresu warunku, którego pierwotnie wykonawca w JEDZw ogóle nie wskazał (brakująca kwota) nie powoduje, że w tym zakresie można było przedstawić obcy potencjał, zamiast własnego, ale że wykonawca nie spełnił warunku udziału w postępowaniu. Powyższe powoduje, że dokument JEDZ nie został uzupełniony prawidłowo przez Drewbud a więc wykonawca nie spełnił on warunku udziału w postępowaniu przynajmniej w zakresie zdolności ekonomicznej i finansowej**”.**
Powyższe, w ocenie Zamawiającego, stanowiło klarowne wyjaśnienie motywacji Zamawiającego i okoliczności, które leżały u podstaw odrzucenia oferty Odwołującego, a mianowicie faktu braku spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności ekonomicznej lub finansowej. Odwołujący mógł zatem w pełni zrozumieć powody odrzucenia jego oferty, sam zresztą na to wskazuje w treści odwołania stwierdzając, że *„z treści uzasadnienia wynika, że Zamawiający w rzeczywistości nie kwestionuje zgodności oferty z przedmiotem zamówienia (i to nie tylko samym uzasadnieniu, ale również wcześniej, w trakcie postępowania) tylko nie wykazanie przez Odwołującego spełniania warunku zdolności ekonomicznej i finansowej”.*
Zamawiający wskazał, że na tym tle niezrozumiałym jest twierdzenie Odwołującego, jakoby Zamawiający był związany podstawą prawną rozstrzygnięcia co do odrzucenia oferty. Podstawę wywiedzenia przez Zamawiającego negatywnych skutków prawnych (odrzucenie) wobec Odwołującego wyznaczają przede wszystkim fakty będące przyczyną dokonywanych czynności i należyte ich uzasadnienie. Przy tym zakres przekazywanych informacji oraz uzasadnienia faktycznego oraz ich obszerność zależy zawsze od okoliczności konkretnej sprawy. Celem informacji przekazywanej w oparciu o art. 92 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp (tj. informacji przekazywanej wykonawcom nt. wykonawców, których oferty zostały odrzucone) jest po pierwsze - zapewnienie wykonawcy możliwości podjęcia decyzji, czy skorzystać ze środków ochrony prawnej, a po drugie - jakie zarzuty sformułować w odwołaniu i w jaki sposób polemizować ze stanowiskiem zamawiającego.
W ocenie zamawiającego, tylko sytuacja, w której wykonawca nie mógłby zidentyfikować powodów odrzucenia jego oferty oraz sformułować zarzutu wobec braku wskazania przyczyn, dla których ocena jego oferty była negatywna, mogłaby prowadzić do naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Wykonawca nie może w takiej sytuacji domyślać się, jakie elementy były decydujące dla ostatecznej oceny jego oferty oraz jaka stała za tym argumentacja. Jednak w analizowanej sprawie, zachowane zostały zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a także została zapewniona przejrzystość dokonywanych czynności. Wykładnia funkcjonalna i celowościowa przepisu art 92 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp prowadzi bowiem do wniosku, że czynność informacyjna Zamawiającego z 2 października 2020 r. była prawidłowa ze względu na podstawy leżące u jej źródeł.
Na marginesie Zamawiający wskazał, że również fragment orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej przytoczony na stronie nr 4 odwołania stoi w sprzeczności z rozumowaniem i zarzutem Odwołującego. W okolicznościach objętych zarzutem Odwołującego nie doszło do „zastąpienia" uznania braku spełnienia warunku udziału w postępowaniu przepisem o niezgodności oferty z treścią SIWZ, gdyż uzasadnienie faktyczne informacji z 2 października 2020 r. wyraźnie wskazuje na warunki podmiotowe jako przyczynę wykluczenia wykonawcy i odrzucenia jego oferty (Zamawiający nie powołuje faktów świadczących o niezgodności oferty z SIWZ, ale wskazujące na brak wykazania przez Odwołującego spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności ekonomicznej i finansowej). Ponadto przytoczony przez Odwołującego fragment neguje tezę o wadliwości czynności informacyjnej zamawiającego ze względu na omyłkową podstawę prawną, wskazując na decydującą treść uzasadnienia czynności zamawiającego. Z ostatniego zdania fragmentu można wysnuć wniosek, że jeśli w opisie stanu faktycznego odrzucenia zostały wskazane okoliczności odnoszące się do podstaw faktycznych odrzucenia, czynność zamawiającego pozostaje ważna i skuteczna, zarzuty wobec niej mogą być przez wykonawcę sformułowane, a tym samym mogą podlegać ocenie KIO.
2. Zamawiający wskazał, że kolejnym argumentem Odwołującego uzasadniającym brak przesłanek do odrzucenia jego oferty jest, twierdzenie, jakoby spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności ekonomicznej lub finansowej zostało przez Odwołującego skutecznie potwierdzone. Również w tym przypadku uzasadnienie odwołania stoi w sprzeczności z przyjętym założeniem, stojącym u podstaw zarzutu. Trudno też jednoznacznie rozstrzygnąć, jak sam Odwołujący ten warunek rozumie.
W Rozdziale VII SIWZ pkt 2) ppkt 3 SIWZ-Część I (str. Nr 4 Części I SIWZ) Zamawiający postawił warunek w zakres sytuacji ekonomicznej lub finansowej posiadania środków finansowych lub zdolności kredytowej w wysokości nie mniejszej niż:

- •Pakietu 11 - 350000,00zł
- •Pakiet 12 - 450000,00zł
- •Pakiet 14 - 300000,00zł
- •Pakiet 15 - 400000,00zł
- •Pakiet 16 - 400000,00zł

W wyjaśnieniach treści SIWZ z dnia 26 marca 2020 r. opublikowanych w odpowiedzi na pytanie wykonawców Zamawiający wskazał na następujące: ,,c) Czy Oferent składając ofertę na kilka pakietów aby spełnić wymóg w zakresie zdolności ekonomicznej lub finansowej musi posiadać zdolność kredytową lub środki finansowe w wysokości sumy zdolności wymaganych na każdy pakiet? Odpowiedź: Zgodnie z tabelą zawartą w pkt. VII3 Część I SIWZ środk finansowe lub zdolność kredytowa sumują się dla poszczególnych pakietów**.** Wykonawca składając ofertę na kilka pakietów musi posiadać środki finansowe lub zdolność kredytowa odpowiadającą sumie środków finansowych lub zdolności kredytowej dla tych pakietów**.** określoną w tabeli zawartej w pkt VII. 3 Część I SIWZ.
d) Czy Zamawiający uzna warunek za spełniony jeśli Oferent przedstawi w ofercie zaświadczenie o zdolności kredytowej do jednego pakietu oraz o posiadanych środkach na rachunku bankowym do innego pakietu? Odpowiedź: Zamawiający wyraża zgodę jw. przy założeniu spełnienia warunku z odpowiedzi c) niniejszego pisma".
W wyjaśnieniach treści SIWZ z dnia 7 kwietnia 2020 r. opublikowanych w odpowiedzi na pytanie wykonawców Zamawiający wskazał na następujące: „3. Czy wysokość posiadanych środków finansowych na koncie bankowym oraz zdolność kredytowa jest sumowana dla wykazania środków będących w dyspozycji firmy? Odpowiedź: W ramach danego Pakietu nie dopuszcza się sumowania posiadanych środków finansowych na koncie bankowym oraz zdolności kredytowej. Jednak w przypadku złożenia oferty np. na dwa pakiety dopuszcza się dla jednego pakietu wykazanie posiadanych środków finansowych, a dla drugiego pakietu wykazanie zdolności kredytowej*".*
Wyjaśnienia treści SIWZ z dnia 26 marca 2020 r. wyraźnie wskazywały, w ocenie Zamawiającego, iż złożenie oferty na

kilka pakietów będzie skutkować koniecznością wykazania przez wykonawcę posiadania środków finansowych lub zdolności kredytowej odpowiadających sumie (wynik dodawania wartości liczbowych) środków finansowych lub zdolności kredytowej dla pakietów, na które oferta jest składana, wymaganych w warunku udziału w postępowaniu. Kwestia ta jest oczywista i nie wymaga rozważań ani wykładni innej niż językowa.
Zarówno treść warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w Rozdziale VII SIWZ pkt 2) ppkt 3 SIWZ - Część I, jak dokonana przez Zamawiającego czynność wyjaśnienia treści SIWZ z dnia 26 marca 2020 r. nie były kwestionowane przez wykonawców.
Odwołujący złożył ofertę na pakiety nr 11, 12, 14, 15 i 16. Suma wartości zdolności ekonomicznej lub finansowej określonej w warunku udziału w postępowaniu w tych pakietach wynosiła 1 900 000 zł.
W ofercie z dnia 12 maja 2020 r. oraz złożonym JEDZ Odwołujący wskazał, że nie występuje w postępowaniu wspólnie z innymi wykonawcami oraz nie polega na zasobach podmiotów trzecich celem spełniania warunków udziału w postępowaniu w rozumieniu art. 22a ustawy Pzp. W Części IV JEDZ Odwołujący wskazał, że posiada własny potencjał w wysokości 1 109 686,63 zł.
Zamawiający stosował w Postępowaniu procedurę odwróconą z art. 24aa ust. 1 ustawy Pzp, a oferta Odwołującego została pierwotnie oceniona jako najkorzystniejsza ze względu na kryteria oceny ofert (jedyne kryterium: "Cena").
Dnia 15 czerwca 2020 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do uzupełnienia JEDZ zgodnie z warunkami udziału w postępowaniu w zakresie pakietów 11, 12, 14, 15 i 16 o wymagane przez Zamawiającego zdolności dla tych pakietów, tj. 1 900 000, zł.
W odpowiedzi na ww. wezwanie Odwołujący przedłożył m. in. dokument JEDZ z 18 czerwca 2020 r. ze wskazaniem w Części IV Sekcja C pkt 6):*„Posiadam środki finansowe w wysokości 1 109 686,63 zł - posiadam zaświadczenia bankowe. Posiadamy zobowiązanie przez firmę HVS udostępnienia na czas realizacji prawe wycinkowych środków finansowych w wysokości 800 000, 00 zł'.* Odwołujący dołączył też zobowiązanie do udostępnienia zasobów w postaci środków finansowych w wysokości 800 000 zł HVS F. K. Sp. j. i dokumenty bankowe dotyczące tego podmiotu. Poza rozważaniem należy pozostawić kwestię poprawności dokumentów złożonych w odniesieniu do tego podmiotu. Z powyższego wynika jednak, że Odwołujący doskonale zrozumiał, iż dla spełnienia warunku udziału w postępowaniu brakuje mu potwierdzenia dysponowania zdolnością ekonomiczną lub finansową w kwocie niemal 800 000 zł.
Zamawiający zwrócił w tym miejscu uwagę na zasadniczą kwestię, jaką jest fakt, że w terminie składania ofert Odwołujący zadeklarował samodzielny udział w postępowaniu jako wykonawca oraz własny potencjał, jeśli chodzi o spełnienie warunków udziału w postępowaniu (tak wynika z oferty i z JEDZ z dnia 12 maja 2020 r.). JEDZ uzupełniony o informację o korzystaniu z zasobów ekonomicznych i finansowych podmiotu trzeciego w rozumieniu art. 22a ust. 1 ustawy Pzp oraz zobowiązanie do udostępnienia zasobów przez ten podmiot trzeci - HVS F. K. Sp. j. zostało złożone wraz z dokumentami na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp z 15 czerwca 2015 r. do uzupełnienia JEDZ.
Zamawiający przypomniał rozwój orzecznictwa w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu i możliwości powoływania się na zasoby innych podmiotów, przede wszystkim na skutek wyroku Trybunału Sprawiedliwości UE w sprawie C-387/14 „Esaprojekt". Trybunał stwierdził, że nie stoi na przeszkodzie poprawianiu lub uzupełnianiu szczegółów oferty, zwłaszcza jeśli w sposób oczywisty wymaga ona niewielkiego wyjaśnienia lub sprostowania oczywistej omyłki, o ile zmiany wprowadzone w wyniku tego poprawiania lub uzupełniania nie prowadzą do rezultatu porównywalnego z przedstawieniem w istocie nowej oferty. W sprawie będącej przedmiotem odesłania prejudycjalnego wykonawca po upływie terminu składania ofert powołał się na doświadczenie podmiotu trzeciego oraz dostarczył zobowiązanie tego podmiotu do oddania mu do dyspozycji zdolności i środków niezbędnych do realizacji zamówienia. Z wyroku wynika, że takie wyjaśnienia nie są jedynie zwykłym wyjaśnieniem szczegółów lub sprostowaniem oczywistej omyłki i stanowią de facto istotną i znaczącą zmianę pierwotnej oferty, wskazującą raczej na przedstawienie nowej oferty. Uzupełnienie dokumentów ma bezpośredni wpływ na kluczowe elementy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, gdyż warunkuje samą tożsamość wykonawcy, któremu zostanie ewentualnie udzielone zamówienie, oraz na wynik weryfikacji zdolności tego wykonawcy, a zatem jego zdolności do zrealizowania zamówienia. Zdaniem Trybunału, gdyby zamawiający dopuścił, by dany wykonawca złożył omawiane dokumenty w celu uzupełnienia swej pierwotnej oferty, w sposób nieuzasadniony potraktowałby tego wykonawcę korzystniej w stosunku do innych kandydatów i tym samym naruszyłby zasady równego i niedyskryminacyjnego traktowania wykonawców, a także wynikający z nich obowiązek przejrzystości. W konsekwencji wykonawca, który w momencie składania oferty opiera się jedynie na własnych zdolnościach, zdaniem Trybunału nie jest uprawniony do powoływania się na zdolności podmiotów trzecich w ramach wyjaśniania i uzupełniania dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Kluczowe dla stanowiska Trybunału w tym zakresie jest przekonanie, że dopuszczenie takiej zmiany skutkowałoby poniekąd zmianą podmiotową po stronie wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia.
Powyższe potwierdza, w ocenia Zamawiającego, ugruntowana już linia orzecznicza i wykładnia, wskazujące na niedopuszczalność wprowadzenia przez wykonawcę po otwarciu ofert nowego podmiotu trzeciego, nieznanego w momencie ofertowania, gdyż stoi to w przeciwieństwie do zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, wynikających zarówno z prawa krajowego jak i przepisów prawa unijnego. Już z treści oferty powinno wynikać, że wykonawca powołuje się, w celu spełniania warunków udziału w postępowaniu, na potencjał innego podmiotu, np. poprzez dołączenie zobowiązania do udostępnienia zasobów, zaznaczenie odpowiedniej rubryki w formularzu ofertowym lub w oświadczeniu wstępnym (tak m. in. w wyrokach Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 października 2018 r., sygn. akt KIO 2083/18, z dnia 13 lipca 2018 r., sygn. akt KIO 1286/18, z dnia 12 lutego 2018 r., sygn. akt KIO 154/18, z dnia 8 listopada 2017 r., sygn. akt KIO 2266/17). Za stanowiskiem Urzędu Zamówień Publicznych wyrażonym w opinii „*Dokumenty na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia. Aktualność dokumentów w świetle nowelizacji ustawy Pzp*" Zamawiający przytoczył, że oceniając spełnianie warunków udziału w postępowaniu w oparciu o wstępne oświadczenia, w szczególności jednolity dokument, dokonuje także oceny braku podstaw do wykluczenia z postępowania podmiotów trzecich, W celu dokonania takiej oceny zamawiający musi dysponować pełną informacją o tym, że w ogóle potencjał podmiotu trzeciego powinien podlegać jego wstępnej ocenie.
Podsumowując, Zamawiający stwierdził, że oświadczenie wstępne stanowi punkt wyjścia do oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu dokonywanej przez zamawiającego w oparciu o deklaracje wykonawców. Jeżeli w złożonym wraz z ofertą dokumencie JEDZ znajdowała się deklaracja wykonawcy, że wykazując spełnianie warunków udziału w postępowaniu nie polega na zasobach podmiotów trzecich, wykonawca ten nie może po otwarciu ofert zmienić swojego oświadczenia i powołać się na zasoby podmiotu trzeciego.
Zdaniem Zamawiającego, uzupełnienie JEDZ o informację w zakresie korzystania z zasobów podmiotu trzeciego na

potrzeby spełniania warunku, której nie wskazano na etapie złożenia oferty - na skutek wezwania do uzupełnienia JEDZ na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, powinno być uznane właśnie jako niedopuszczona modyfikacja oferty, prowadząca do zmiany podmiotowej po stronie wykonawcy, o której mowa powyżej. Jedyną możliwością dla wykonawcy jest wówczas uzupełnienie zakresu potencjału, którego pierwotnie wykonawca w JEDZ w ogóle nie wskazał (brakująca kwota zdolności ekonomicznej lub finansowej), o własne zdolności, nie zaś zdolności podmiotu trzeciego. W przeciwnym razie należy uznać, że wykonawca nie spełnił warunku udziału w postępowaniu.
Nie ulega wątpliwości, że wezwanie do uzupełnienia JEDZ z dnia 15 czerwca br. skierowane było do Odwołującego w takim zakresie, w jakim ten wcześniej potwierdził, że nie podlega wykluczeniu i spełnia warunki udziału w postępowaniu - czyli samodzielnie. Przywołanie w odpowiedzi na to wezwanie w JEDZ z 18 czerwca br. zdolności HVS F. K. Sp. j. powoduje, że dokument JEDZ nie został uzupełniony prawidłowo, a Odwołujący nie spełnił warunku udziału w postępowaniu przynajmniej w zakresie zdolności ekonomicznej lub finansowej (deklarując własną zdolność w kwocie 1 109 686,63 zł, zamiast odpowiadającej kwocie wymaganej dla pakietów, na które złożył ofertę w kwocie 1 900 000 zł). Powtórzenie wezwania do uzupełnienia byłoby w tym wypadku naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, jak też naruszeniem zasady jednokrotności wezwań w danym zakresie.
Mając na uwadze powyższe, na skutek rozważenia zarzutów odwołania z dnia 27 sierpnia 2020 r. wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przez Przystępującego, Zamawiający stwierdził, iż był zmuszony naprawić swój błąd w zakresie oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu w odniesieniu do zdolności finansowej i ekonomicznej Odwołującego, co przełożyło się na dokonanie w dniu 16 września 2020 r. unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz zawiadomienia o konieczności powtórzenia czynności badania i oceny ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu w zakresie pakietów 11, 12,15,16.
Mając na uwadze powołane wyżej okoliczności Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości.
Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ wraz z ich wyjaśnieniami, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron i przystępującego zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie i dalszych pismach procesowych, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Izba nie przychyliła się do wniosku Zamawiającego o odrzucenie odwołania w oparciu o art. 189 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp, jako odwołania wniesionego po upływie terminu określonego w ustawie. Czynnością zaskarżoną była czynność odrzucenia/wykluczenia Odwołującego z postępowania dokonana w dniu 2 października 2020 r. Odwołujący odwołanie wobec tej czynności wniósł odwołanie w dniu 12 października 2020 r., wobec powyższego zachowany został termin określony w art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Izba uznała jednocześnie, że część argumentacji odwołującego, na co zwracał uwagę również zamawiający, była spóźniona, w szczególności w zakresie argumentacji dotyczącej prawidłowości ustalonej treści SIWZ. Argumentację tę, jako spóźnioną, Izba przy rozstrzyganiu niniejszej sprawy pominęła.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 179 ust. 1 Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez odwołującego szkody w wyniku kwestionowanych czynności zamawiającego.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu wykonawcę zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, uznając, iż zostały spełnione przesłanki z art. 185 ust. 2 Pzp.

Izba ustaliła, że:

Zamawiający prowadzi postępowanie, w trybie przetargu nieograniczonego, o udzielenie zamówienia pn. Kompleksowe prace wycinkowe na liniach przesyłowych najwyższych napięć w latach 2021-2022, nr postępowania: 2019-WNP-0548-DU-KKO. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 18 marca 2020 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2020/S 055-131233.
Przywołana powyżej treść SIWZ oraz wyjaśnień do SIWZ udzielonych przez Zamawiającego, w zakresie spornego warunku udziału dot. sytuacji ekonomicznej lub finansowej wykonawcy, odpowiadają ich treści w dokumentacji przetargowej.
Odwołujący wraz z ofertą złożył dokument JEDZ datowany na 12 maja 2020 r.
W cz. II.A. ww. dokumentu pn. Informacje na temat wykonawcy w kolumnie odpowiadającej na zapytanie:W stosownych przypadkach wskazanie części zamówienia, w odniesieniu do której (których) wykonawca zamierza złożyć ofertę, wykonawca wpisał *Pakiet nr 11,12,14,15,16.*
W cz. II.C. JEDZ pn.Informacje na temat polegania na zdolnościach innych podmiotów, wykonawca na pytanie czy wykonawca polega na zdolności innych podmiotów w celu spełnienia kryteriów kwalifikacji określonych poniżej w części IV oraz (ewentualnych) kryteriów i zasad określonych poniżej w części V? odwołujący odpowiedział: *NIE*.
W cz. IV JEDZ Kryteria kwalifikacji, pkt. B Sytuacja ekonomiczna i finansowa, w odpowiedzi na pkt „6) W odniesieniu do innych ewentualnych wymogów ekonomicznych lub finansowych, które mogły zostać określone w stosownym ogłoszeniu lub dokumentach zamówienia, wykonawca oświadcza, że: "*Posiadam środki finansowe w wysokości 1.109.686,63zł – posiadam zaświadczenia bankowe.*"
Zamawiający za pismem znak: 0572-DU-SP.230.10.2020.10 wezwał Odwołującego na podstawie art. 26 ust. 3, 4 oraz 87 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. - Prawo zamówień publicznych, do złożenia wyjaśnień lub uzupełnienia oferty m.in. w zakresie:
„b) Zgodnie z Rozdziałem IX pkt. 1. m) Zamawiający wymagał, aby Wykonawca wraz Część IV: Kryteria kwalifikacji B. SYTUACJA EKONOMICZNA I FINANSOWA 6) Informację banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytow potwierdzającą wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową Wykonawcy lub podmiotu, na którego zdolnościach finansowych Wykonawca polega, zgodnie z Rozdziałem VII pkt. 2) ppkt. 3. Części I SIWZ wystawioną nie wcześniej niż 1 miesiąc przed upływem terminu składania ofert. W przypadku przedstawienia w informacji kwoty, w walucie innej niż złoty polski, Zamawiający przeliczy tę kwotę po średnim kursie NBP (Tabela A) ogłoszonym w dniu publikacji ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym UE. Jeżeli w dniu publikacji ogłoszenia NBP nie ogłosił kursu walut, zastosowanie znajdzie pierwszy ogłoszony kurs po dniu publikacji ogłoszenia. Jeżeli z uzasadnionej przyczyny Wykonawca nie może złożyć dokumentu, o którym mowa w zdaniu 1, Zamawiający dopuszcza złożenie przez Wykonawcę innych dokumentów, o których mowa w art. 26 ust. 2c ustawy.
Państwo w JEDZ nie przedstawili wymaganej przez Zamawiającego ilości posiadanych środków finansowych dla Pakietów na które Państwo złożyli ofertę tj. 1 900 000, zł. Prosimy o potwierdzenie i uzupełnienie, że posiadają Państwo taką zdolność finansową."

Odwołujący w piśmie datowanym na dzień 17 czerwca 2020 r. w odpowiedzi na pismo 0572-DU-SP.230.10.2020.10 wskazał:
„*2. W zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej przedstawiam zobowiązanie Firmy HVS F. K. Sp. J. do udostępnienia zasobów finansowych w wysokości 800.000,00zł oraz zaświadczenie z Banku o posiadanych środkach finansowych tj. nw. załączniki:*
- „udostępnienie zasobów finansowych HVS" – plik „pdf"
- „zaświadczenie mBank HVS" - plik „pdf"
- „Udostępnienie zasobu.pdf" – plik XML,
- „zaświadczenie mBank.pdf" - plik XML,
Pliki XML zostały podpisane profilem zaufanym, weryfikacja prawidłowości podpisów plików XML na stronie:" i złożył następujące dokumenty:
- JEDZ (podpisany w dniu 18 czerwca 2020 r.) gdzie w cz. II.C. JEDZ pn.Informacje na temat polegania na zdolnościach innych podmiotów, wykonawca na pytanie czy wykonawca polega na zdolności innych podmiotów w celu spełnienia kryteriów kwalifikacji określonych poniżej w części IV oraz (ewentualnych) kryteriów i zasad określonych poniżej w części V? odwołujący odpowiedział: *NIE*. Natomiast w części IV JEDZ Kryteria kwalifikacji, pkt. B Sytuacja ekonomiczna i finansowa, w odpowiedzi na pkt „6) W odniesieniu do innych ewentualnych wymogów ekonomicznych lub finansowych, które mogły zostać określone w stosownym ogłoszeniu lub dokumentach zamówienia, wykonawca oświadcza, że: "wykonawca oświadczył: „*Posiadam środki finansowe w wysokości 1.109.686,63zł – posiadam zaświadczenia bankowe. Posiadamy zobowiązanie przez firmę HVS udostępnienia na czas realizacji prac wycinkowych środków finansowych w wysokości 800.000,00zł*."
- zobowiązanie HVS F. K. Sp.j. do udostępnienia środków finansowych w kwocie 800 000 zł.
- zaświadczenie mbank z 30.4.2020 r. wystawione dla HVS F. K. Sp. j.
Zamawiający za pismem znak: 0625-DU-SP.230.10.2020.12 stosownie do postanowień art. 26 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. wezwał odwołującego do złożenia m.in. Informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, potwierdzającą wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową Wykonawcy lub podmiotu, na którego zdolnościach finansowych Wykonawca polega, zgodnie z Rozdziałem VII pkt. 2) ppkt. 3. Części I SIWZ wystawioną nie wcześniej niż 1 miesiąc przed upływem terminu składania ofert. W przypadku przedstawienia w informacji kwoty, w walucie innej niż złoty polski, Zamawiający przeliczy tę kwotę po średnim kursie NBP (Tabela A) ogłoszonym w dniu publikacji ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym UE. Jeżeli w dniu publikacji ogłoszenia NBP nie ogłosił kursu walut, zastosowanie znajdzie pierwszy ogłoszony kurs po dniu publikacji ogłoszenia. Jeżeli z uzasadnionej przyczyny Wykonawca nie może złożyć dokumentu, o którym mowa w zdaniu 1, Zamawiający dopuszcza złożenie przez Wykonawcę innych dokumentów, o których mowa w art. 26 ust. 2c ustawy.
Odwołujący w odpowiedzi złożył m.in. podpisany w dniu 6 lipca 20202 r. dokument pn. Sytuacja ekonomiczno – finansowa, w którym wskazał „*Przystępując do postępowania o udzielenie zamówienia niepublicznego na:*
Kompleksowe prace wycinkowe na liniach przesyłowych najwyższych napięć w latach 2021- 2022
przedstawiam wykaz środków finansowych:

Nr pakietu	*Rok realizacji*	*Wymagane środki finansowe [zł]*	*Posiadane środki finansowe [zł]*	*Potwierdzenie posiadania*
11	*2021*	*350.000,00*	*800.000,00*	*Zobowiązanie podmiotu HVS F. K. Sp. J. do udostępnienia środków finansowych w wysokości 800,00 tys. złotych*
12	*2021*	*450.000,00*		
14	*2022*	*300.000,00*	*1.109.686,93*	*1. zaświadczenia o posiadanych środkach finansowych w mBanku w wysokości 524.580,85 zł.* *2. zaświadczenia o posiadanych środkach finansowych w Alior Banku w wysokości 585.106,08 zł.*
15	*2022*	*400.000,00*		
16	*2022*	*400.000,00*		

Wraz z ww. dokumentem Odwołujący złożył:
1. Ponownie zobowiązanie HVS F. K. Sp. j. wraz z zaświadczeniem z mbank,
2. Zaświadczenie z Alior Bank S.A. wystawione w dn. 28 kwietnia 2020 r. potwierdzające saldo dostępne: 585 106,08 zł,
3. Zaświadczenie z 21 kwietnia 2020 r. wystawione przez mbank wykazujące saldo dostępne na kwotę 246 601,68 zł,
4. Zaświadczenie z 21 kwietnia 2020 r. wystawione przez mbank wykazujące saldo dostępne na kwotę 210 181, 22 zł,
5. Zaświadczenie z 21 kwietnia 2020 r. wystawione przez mbank wykazujące saldo dostępne na kwotę 67 797, 95 zł.

Zaświadczenia z pkt 2-5 wystawione na rzecz Odwołującego potwierdzające salda na różnych kontach.
W wyniku dokonania ponownej oceny ofert Zamawiający pismem znak: *986-DU-SP.230.10.2020.45* poinformował o wyborze oferty w pakietach 11, 12, 15 oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego: „Działając na podstawie art. 92 ust. 1 pkt 3) ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. - Prawo zamówień publicznych Zamawiający zawiadamia o odrzuceniu ofert złożonych w postępowaniu publicznym, sektorowym prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na "Kompleksowe prace wycinkowe na liniach przesyłowych najwyższych napięć w latach 2021-2022" Pakiet 11,12,15. Oferta została odrzucona na mocy art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy". Przedstawiając dla tej czynności następujące uzasadnienie:
„W dniu 15 czerwca 2020 r. na podstawie art. 26 ust. 3, 4 oraz 87 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający wezwał do uzupełnienia oferty (JEDZ) o wykaz osób zgodnie z warunkami udziału w postępowaniu dot. pakietów 11 – 16, a także JEDZ o wymaganą przez Zamawiającego ilość posiadanych środków finansowych dla pakietów 11 – 16, tj. 1 900 000, zł (Drewbud wskazał w JEDZ, że posiada środki finansowe w wysokości 1.109.686,63 zł). W dniu 17 czerwca 2020 r. Drewbud przedłożył Zamawiającemu nowy dokument JEDZ gdzie Wykonawca wykazał posiadanie środków finansowych własnych w wysokości 1.109.686,63 oraz środki finansowe jakie udostępnił mu podmiot trzeci HVS F. K. Sp. J, a także jego zobowiązanie do udostępnienia zasobów finansowych w wysokości 800.000,00zł oraz zaświadczenie z Banku o posiadanych własnych środkach finansowych.
W terminie składania ofert Drewbud zadeklarował samodzielny udział w postępowaniu jako wykonawca oraz własny

potencjał, jeśli chodzi o spełnienie warunków udziału w postępowaniu (tak wynika z oferty i z JEDZ z dnia 12 maja 2020 r.). Zobowiązanie do udostępnienia zasobów finansowych przez podmiot trzeci - HVS F. K. Sp. j. zostało złożone wraz z dokumentami na wezwanie Zamawiającego z dnia 15 czerwca 2015 r. do uzupełnienia JEDZ, po złożeniu oferty wraz z JEDZ, a przed wezwaniem do złożenia dokumentów w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp.
Uzupełnienie JEDZ w zakresie korzystania z zasobów podmiotu trzeciego na skutek wezwania do uzupełnienia na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp (co zresztą nie było zakresem wezwania) może być uznane jako właśnie jako niedopuszczalna modyfikacja oferty, prowadząca do zmiany podmiotowej. Zobowiązanie dotyczy zakresu warunku, którego pierwotnie wykonawca w JEDZ w ogóle nie wskazał (brakująca kwota) nie powoduje, że w tym zakresie można było przedstawić obcy potencjał, zamiast własnego, ale że wykonawca nie spełnił warunku udziału w postępowaniu. Powyższe powoduje, że dokument JEDZ nie został uzupełniony prawidłowo przez Drewbud, a więc wykonawca nie spełnił on warunku udziału w postępowaniu przynajmniej w zakresie zdolności ekonomicznej i finansowej.
Odrzucenie ofert ww. Wykonawców znajduje uzasadnienie w postanowieniu art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. – Prawo zamówień publicznych, zgodnie, z którym Zamawiający odrzuca ofertę w przypadku, gdy jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia."

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Wydając wyrok Izba uznała za istotne dla sprawy i rozstrzygające poniższe kwestie.

Odwołujący w odwołaniu zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości, oraz ust. 3 ww. przepisu tj. zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Ponadto podstawa prawna zarzutów opierała się na normie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp stosownie do której zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Na wstępie Izba stwierdza, że Zamawiający w sposób oczywisty wskazał błędną podstawę prawną działań podjętych wobec oferty odwołującego tj. w informacji z dnia 2 października 2020 r. wskazał, że oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp ponieważ jej treść nie odpowiada treści SIWZ, przy czym uzasadnienie faktyczne jednoznacznie dotyczy niewykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności ekonomicznej i finansowej. Podstawą prawną czynności Zamawiającego winien być przepis art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, a nie wskazany przez niego przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Izba podziela pogląd wyrażony w wyroku KIO z dnia 20 sierpnia 2020 r., przywołanym przez odwołującego, o sygn. akt KIO 1805/20, zgodnie z którym nie jest możliwe zastępowanie uznania braku spełnienia warunku udziału w postępowaniu przepisem o niezgodności oferty z treścią SIWZ, gdyż warunki podmiotowe zostały w Pzp wyraźnie oddzielone od niezgodności oferty z wymaganiami Zamawiającego. Zgodnie ze wskazanym powyżej przepisem art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp Zamawiający wyklucza z postępowania wykonawcę, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Zastosowanie tego przepisu musi być jednak poprzedzone procedurą przewidzianą w art. 26 ust. 3 Pzp. Izba uwzględniając jednak treść uzasadnienia czynności Zamawiającego – pomimo wskazania błędnie podstawy prawnej - stwierdziła, że w opisie stanu faktycznego odrzucenia, zostały wskazane okoliczności odnoszące się do braku spełnienia przez odwołującego warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności ekonomicznej i finansowej. Tym samym Izba uznała, że pomimo powyższych niezgodności podniesione zarzuty winny podlegać ocenie Izby, w kontekście faktycznej podstawy działań Zamawiającego tj. wykluczenia wykonawcy, czego też dotyczy argumentacja Odwołującego podniesiona w odwołaniu.

Jak ustaliła Izba, Zamawiający postawił w SIWZ warunek dotyczący zdolności ekonomicznej i finansowej określając dla każdego pakietu oddzielnie minimalną wysokość środków finansowych lub zdolności, w szczególności w zakresie pakietów 11,12,14,15 i 16, na które ofertę składał Odwołujący, wynosiła ona:

Pakiet 11	350 000.00 zł
Pakiet 12	450 000.00 Zł
Pakiet 14	300 000,00 zł
Pakiet 15	400 000.00 zł
Pakiet 16	400 000,00 zł

Ponadto w toku postępowania Zamawiający odnośnie warunku zdolności ekonomicznej i finansowej udzielał następujących wyjaśnień, które aktualnie stanowią integralny element SIWZ: W wyjaśnieniach treści SIWZ z dnia 26 marca 2020 r. opublikowanych w odpowiedzi na pytanie wykonawców Zamawiający wskazał na następujące: „c) Czy Oferent składając ofertę na kilka pakietów aby spełnić wymóg w zakresie zdolności ekonomicznej lub finansowej musi posiadać zdolność kredytową lub środki finansowe w wysokości sumy zdolności wymaganych na każdy pakiet? Odpowiedź: Zgodnie z tabelą zawartą w pkt. VII3 Część I SIWZ środki finansowe lub zdolność kredytowa sumują się dla poszczególnych pakietów**.** Wykonawca składając ofertę na kilka pakietów musi posiadać środki finansowe lub zdolność kredytową odpowiadającą sumie środków finansowych lub zdolności kredytowej dla tych pakietów**,** określoną w tabeli zawartej w pkt VII. 3 Część I SIWZ.

d) Czy Zamawiający uzna warunek za spełniony jeśli Oferent przedstawi w ofercie zaświadczenie o zdolności kredytowej do jednego pakietu oraz o posiadanych środkach na rachunku bankowym do innego pakietu? Odpowiedź: Zamawiający wyraża zgodę jw. przy założeniu spełnienia warunku z odpowiedzi c) niniejszego pisma".

W wyjaśnieniach treści SIWZ z dnia 7 kwietnia 2020 r. opublikowanych w odpowiedzi na pytanie wykonawców Zamawiający wskazał na następujące: „3. Czy wysokość posiadanych środków finansowych na koncie bankowym oraz zdolność kredytowa jest sumowana dla wykazania środków będących w dyspozycji firmy? Odpowiedź: W ramach danego Pakietu nie dopuszcza się sumowania posiadanych środków finansowych na koncie bankowym oraz zdolności kredytowej. Jednak w przypadku złożenia oferty np. na dwa pakiety dopuszcza się dla jednego pakietu wykazanie posiadanych środków finansowych, a dla drugiego pakietu wykazanie zdolności kredytowej". Treść warunku i udzielanych wyjaśnień nie była kwestionowana przez wykonawców, skutkiem czego aktualnie stanowi treść SIWZ na podstawie której Zamawiający dokonuje oceny wykonawców w niniejszym postępowaniu.

Skoro więc Zamawiający ustalił poziom wymaganej zdolności dla każdego z pakietów odrębnie, a następnie w udzielanych wyjaśnieniach wskazywał, że „Wykonawca składając ofertę na kilka pakietów musi posiadać środki finansowe lub zdolność kredytową odpowiadającą sumie środków finansowych lub zdolności kredytowej dla tych pakietów**,** określoną w tabeli zawartej w pkt VII. 3 Część I SIWZ, przy czym „W ramach danego Pakietu nie dopuszcza się sumowania posiadanych środków finansowych na koncie bankowym oraz zdolności kredytowej. Jednak w przypadku złożenia oferty np. na dwa pakiety dopuszcza się dla jednego pakietu wykazanie posiadanych środków finansowych, a

dla drugiego pakietu wykazanie zdolności kredytowej", uprawnione jest przyjęcie, że Zamawiający dla potwierdzenia spełniania warunku zdolności ekonomicznej i finansowej w przypadku składania ofert na więcej niż 1 pakiet wymagał wykazania dysponowania zasobami (środki finansowe lub zdolność kredytowa) równymi sumie kwot wymaganych dla pakietów o które ubiegał się wykonawca. W ocenie Izby, skoro zamawiający obrazując przykładowo postawiony warunek wskazał, że w przypadku złożenia oferty np. na dwa pakiety dopuszcza dla jednego pakietu wykazanie posiadanych środków finansowych, a dla drugiego pakietu wykazanie zdolności kredytowej, to jedynym prawidłowym wnioskiem jest wniosek, że Zamawiający nie dopuścił wykazania spełnienia warunku poprzez wskazanie dla każdego z pakietów tożsamych zasobów, czy to w postaci środków finansowych czy zdolności kredytowej. Tym samym, w ocenie Izby zasadne było wezwanie Odwołującego do uzupełnienia dokumentu JEDZ. Wezwanie zostało sformułowane w sposób jasny i precyzyjny. Odwołujący nie wnosił odnośnie jego treści żadnych zapytań do Zamawiającego. Ponadto przedstawił zobowiązanie i dokumenty potwierdzające dysponowanie zasobami na poziomie wymaganym przez Zamawiającego.

A contrario nie uprawnione jest przyjęcie argumentacji odwołującego, jakoby Zamawiający wypowiadał się tylko w zakresie możliwości sumowania środków finansowych oraz zdolności kredytowej w obrębie poszczególnych pakietów, a maksymalną wartością zasobów jakimi miał wykazać się Odwołujący (składający ofertę na pakiety: 11,12,14,15 i 16) jest kwota 450 000 zł., ustalona dla pakietu nr 12. Za uznaniem tej argumentacji za stworzoną li tylko na potrzeby postępowania odwoławczego przemawia także fakt, iż Odwołujący już w dokumencie JEDZ złożonym pierwotnie wykazał dysponowanie kwotą ponad dwukrotnie wyższą niż kwota 450 000 zł, która to w jego ocenie była kwotą wystarczającą do wykazania spełnienia warunku zdolności ekonomicznej i finansowej. Ponadto Odwołujący nie kwestionował wezwania do uzupełnienia JEDZ gdzie Zamawiający podkreślił,iż nie przedstawiono w JEDZ wymaganej ilości posiadanych środków finansowych dla pakietów na które odwołujący złożył ofertę tj. 1900 000 zł i prosił o potwierdzenie i uzupełnienie, że Odwołujący posiada taką zdolność finansową. W odpowiedzi Odwołujący, dążąc do wykazania spełnienia warunku zdolności ekonomicznej i finansowej dla wszystkich pakietów w których złożył ofertę, powołał sią na zasoby własne oraz podmiotu trzeciego - firmy HVS F. K. Sp. J. – przedkładając zmieniony JEDZ oraz stosowne dokumenty, w tym zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobów finansowych w wysokości 800 000 zł, czym zmienił pierwotne oświadczenie zawarte w JEDZ o samodzielnym spełnianiu warunków, zmianę tę Odwołujący potwierdził również złożeniem dokumentów w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. W związku z powyższym, wobec wykazania już pierwotnie kwoty znacznie wyższej, niż w opinii Odwołującego mogła być wymagana, oraz wobec dwukrotnie podjętej przez Odwołującego próby wykazania spełniania warunku zdolności ekonomicznej i finansowej na poziomie 1900000 zł przez Odwołującego, Izba nie dała wiary zapewnieniom Odwołującego, że działał on pod wpływem błędu, a postawiony warunek od początku rozumiał w taki sposób w jaki argumentował w odwołaniu.

W zakresie niedopuszczalności zmiany po upływie terminu składania ofert, zadeklarowanego w ofercie samodzielnego, w oparciu o własny potencjał, spełnienia warunków udziału w postępowaniu, na wykazanie spełnienia warunków z wykorzystaniem zasobów podmiotu trzeciego, Izba w pełni podziela argumentację Zmawiającego zawartą w odpowiedzi na odwołanie i uznaje ją za własną. Taka niedopuszczalność została potwierdzona wyrokiem TSUE dnia 4 maja 2017 r., C-387/14 w sprawie Esaprojekt, oraz utrwaloną linią orzeczniczą KIO i stanowiskiem doktryny.Wobec powyższego irrelewantne dla podlegania wykluczeniu z postępowania jest, co podkreślał z ostrożności procesowej Odwołujący, że potencjałem podmiotu trzeciego dysponował już przed terminem składania ofert. Dla niniejszej sprawy istotne jest oświadczenie, które wraz z ofertą złożył Odwołujący. W terminie składania ofert Odwołujący oświadczył, że w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu nie będzie polegał na zdolnościach innych podmiotów. Oświadczenie to Odwołujący zmienił w toku postępowania. Powyższe okoliczności, w ocenie Izby, skutkują uznaniem, że Odwołujący podlegał wykluczeniu z postępowania, a tym samym oddaleniem odwołania.

Wobec uznania przez Izbę zasadności wykluczenia Odwołującego nie potwierdziło się również naruszenie przez Zamawiającego art 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 2 pkt 5 lit. a) ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący:……