

WYROK
z dnia 19 października 2020 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska
Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **16 października 2020 roku w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **14 września 2020 roku** przez wykonawcę Odwołującego **FlexiPower Group Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Kudrowicach** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: **Gminę Zawiercie, z siedzibą w Zawierciu**

przy udziale wykonawców zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego:

- 1) Solartime Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rzeszowie,**
- 2) Hymon Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (dawniej Hymon Energy Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością) z siedzibą w Tarnowie**

orzeka:

1. Odrzuca odwołanie w zakresie zarzutów odnoszących się do części II prowadzonego postępowania;
2. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie,
3. kosztami postępowania obciąża Odwołującego: **FlexiPower Group Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Kudrowicach i:**

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego FlexiPower Group Spółka**

z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Kudrowicach tytułem wpisu od odwołania;

3.2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty

30 000 zł 00 gr (słownie: trzydziestu tysięcy złotych zero groszy) tytułem nadpłaconego wpisu na rzecz wykonawcy **Odwołującego FlexiPower Group Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Kudrowicach;**

3.3. zasądza od **Odwołującego FlexiPower Group Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Kudrowicach** na rzecz **Zamawiającego Gminy Zawiercie, z siedzibą w Zawierciu** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity 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 Częstochowie.**

Przewodniczący:

.....

UZASADNIENIE

14 września 2020 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 180 ust. 1 w związku z art. 179 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (dz. U. z 2019, poz. 1843 ze zmianami, zwanej dalej „ustawą Pzp”) odwołanie złożył wykonawca **FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Kudrowicach** (dalej jako „Odwołujący”).

Zamawiający: Gmina Zawiercie z siedzibą w Zawierciu prowadzi postępowanie

pn. „Budowa instalacji odnawialnych źródeł energii w podregionie sosnowieckim - Irządze, Łazy, Poręba, Sosnowiec, Szczekociny, Zawiercie” - CZEŚĆ I, II i III. Odwołanie złożono wobec czynności wyboru najkorzystniejszej oferty unieważnienia postępowania, czyli czynności Zamawiającego polegających na:

-wykluczeniu Odwołującego z części I postępowania i w konsekwencji dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty Wykonawcy Solartime Sp. z o.o. w części I,

-na zaniechaniu odrzucenia oferty Hymon Energy Sp. z o.o. z części II postępowania

i w konsekwencji dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty tego Wykonawcy w części II,

-na wykluczeniu Odwołującego z części III postępowania i w konsekwencji dokonania unieważnienia postępowania w części III.

Czynnościom Zamawiającego Odwołujący zarzucał naruszenia:

1.art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp - poprzez wykluczenie Odwołującego w części I i III, z uwagi na rzekome niewykazanie zdolności finansowej w wysokości 14.900.000 złotych, pomimo faktu, że przedstawione na wezwania

z art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, art. 26 ust. 3 ustawy Pzp dokumenty potwierdzają, że Odwołujący taką zdolność posiada,

2.art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp - poprzez wykluczenie Odwołującego w części I i III, z pominięciem faktu, że wskutek ostatecznego wykluczenia Odwołującego w części II, próg kumulatywnej zdolności finansowej jaką wykazać zobowiązany był Wykonawca zgodnie z punktem 5.2.2. SIWZ obniżony został do 5.900.000 złotych, a FlexiPower wykazał w dokumentach przedstawionych na wezwanie

z art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, że zdolność finansową na takim poziomie posiada,

3.art. 91 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp - poprzez dokonanie czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty w części I oferty Solartime sp. z o.o., po uprzednim wykluczeniu Odwołującego, pomimo, że jego oferta jest ofertą najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ,

4.art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp w zw. z art.

91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie czynności unieważnienia postępowania w części III i zaniechanie wyboru najkorzystniejszej oferty Odwołującego, pomimo że powinien On być dopuszczony do udziału w postępowaniu, a co za tym idzie jego oferta nie powinna podlegać odrzuceniu i zostać wybrana jako najkorzystniejsza,
5.art. 91 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 89 ustawy Pzp ust. 1 pkt 1 i 2 poprzez wybór oferty HYMON Energy sp. z o.o. w części II postępowania, podczas gdy oferta ta podlegała odrzuceniu jako niezgodna z ustawą i SIWZ,
6.art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty HYMON Energy sp. z o.o. w części II, podczas gdy oferowane dostawy falownika dla instalacji 5,04 kW i 5,32 kW, pozostają w sprzeczności ze szczegółowym opisem przedmiotu zamówienia (PFU) pkt 6.2.3. oraz odpowiedziami na pytanie nr 70 i pytanie 71 (wyjaśnienia SIWZ z dnia 11 grudnia 2019 r.),
7.art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty HYMON Energy sp. z o.o. w części II, podczas gdy Wykonawca składając uzupełnienia na wezwanie z art. 26 ust. 1 ustawy Pzp nie potwierdził, że oferowany moduł Munchen MSP 280AS-30 posiada certyfikat potwierdzający zgodność modułu z normą PN - EN 61215 lub PN-EN61646 lub z normami równoważnymi, wydany przez właściwą akredytowaną jednostkę certyfikującą,
8.lewentalnie naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania HYMON Energy sp. z o.o. w części II do złożenia certyfikatu potwierdzającego zgodność modułu Munchen MPS 280AS-30 z normą PN - EN 61215 lub PN-EN61646 lub z normami równoważnymi, wydany przez właściwą akredytowaną jednostkę certyfikującą,
9.art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp poprzez nierówne traktowanie wykonawców w szczególności zaś przez wybór jako najkorzystniejszej w części II postępowania oferty, która zgodnie z ustawą podlegała odrzuceniu,
10.art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania w części II, pomimo, że nie złożono dla tej części żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu.

Odwołujący wnosił o:

I. uwzględnienie odwołania,

II. nakazanie Zamawiającemu :

- a.unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w części I oraz unieważnienie wykluczenia Odwołującego w części I i przeprowadzenie ponownego badania ofert Wykonawców,
- b.unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty w części II i odrzucenie oferty Hymon Energy sp. z o.o. i w konsekwencji unieważnienie postępowania,
- c.unieważnienie czynności unieważnienia postępowania w części III oraz unieważnienie wykluczenia Odwołującego w części III i przeprowadzenie ponownego badania ofert wykonawców.

Zawiadomienie o unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty zostało przesłane Odwołującemu w dniu 3 września 2020 roku. Termin na wniesienie odwołania, o którym mowa w art. 182 ust. 1 pkt. 1 ustawy Pzp został dochowany. Kopia odwołania została prawidłowo przekazana Zamawiającemu. Odwołujący uiścił wpis w wysokości 45 000 (słownie: czterdzieści pięć tysięcy zł) na rachunek UZP.

W sprawie Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia w części I i III. Wynika to z faktu, że uczestniczył on w postępowaniu przetargowym jako wykonawca i został wykluczony. Odwołujący uzyskał najlepszy wynik pod względem kryteriów oceny ofert. Gdyby w wyniku braku wykluczenia, oferta Odwołującego nie została odrzucona, ma on rzeczywistą możliwość uzyskania zamówienia.

Odnosząc się natomiast do interesu w zaskarżeniu czynności podjętych przez Zamawiającego w części II, Odwołujący wskazał, że co prawda został On już wykluczony z przedmiotowej części poprzez uwzględnienie odwołania Hymon Energy sp. z o.o. z dnia 29 kwietnia 2020 r., natomiast nadal przysługuje mu interes w uzyskaniu danego zamówienia. W ocenie Wykonawcy w stosunku do oferty wykonawcy, który został wybrany zachodzą przesłanki niezgodności oferty z SIWZ, które dyskwalifikują możliwość wyboru jej jako najkorzystniejszej w części II. Wobec faktu, że w postępowaniu w części II, po wykluczeniu Odwołującego i potencjalnym odrzuceniu oferty Hymon Energy sp. z o.o. nie pozostanie żadna oferta niepodlegająca odrzuceniu oraz nie wpłynie żaden wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu od wykonawcy niepodlegającego wykluczeniu, postępowanie powinno zostać w tym zakresie unieważnione. Odwołujący posiada interes w uzyskaniu danego zamówienia w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący przytoczył wyrok

z dnia 11 maja 2017 r. w sprawie C- 131/16 (Archus et Gama), w którym Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej odniósł się do pojęcia dane zamówienie, zawartego przez polskiego ustawodawcę w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Trybunał uznał, iż w rozumieniu art. 1 ust. 3 dyrektywy 92/13, zmienionej dyrektywą 2007/66, pojęcie dane zamówienie może dotyczyć ewentualnego wszczęcia nowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zdaniem Trybunału, dyrektywę należy interpretować w ten sposób, że w sytuacji, w której w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego złożono dwie oferty, a instytucja zamawiająca wydała jednocześnie dwie decyzje, odpowiednio, o odrzuceniu oferty jednego z oferentów i o udzieleniu zamówienia drugiemu, odrzucony oferent, który zaskarżył obie te decyzje, powinien mieć możliwość żądania wykluczenia oferty wygrywającego oferenta. W wyroku z dnia 4 lipca 2013 r. w sprawie C-100/12 (Fastweb) TSUE wskazał, że każdy z wykonawców może powołać się na uzasadniony interes wykluczenia ofert innych, co może prowadzić instytucję zamawiającą do stwierdzenia niemożności dokonania wyboru prawidłowej oferty. Stanowisko to pośrednio znalazło także potwierdzenie w wyroku z dnia 5 kwietnia 2016 r. w sprawie C-689/13 (Puligenica Facility Esco), w którym Trybunał uznał, iż w takiej sytuacji każdy z dwóch oferentów posiada interes w uzyskaniu danego zamówienia - jeśli miałyby nastąpić wykluczenie obu oferentów albo odrzucenie dwóch ofert oraz wszczęcie nowego postępowania w sprawie o udzielenie zamówienia publicznego, to każdy z oferentów mógłby wziąć w nim udział i w ten sposób pośrednio otrzymać zamówienie. Pojęcie interesu w uzyskaniu danego zamówienia powinno być zatem rozumiane zgodnie z definicją zamówienia publicznego, wyrażoną w art. 2 pkt 13 ustawy Pzp tj. jako zawarcie umowy między zamawiającym a wykonawcą, której przedmiotem są dostawy, a nie z konkretnym postępowaniem o udzielenie tego zamówienia. Postępowanie o udzielenie zamówienia nie jest bowiem celem samym w sobie, a stanowi jedynie emanację realizacji zasad gospodarności, uczciwej konkurencji i równości wykonawców w ubieganiu się o udzielenie zamówienia. Celem pośrednim ustawodawcy oraz bezpośrednim wykonawców i zamawiających jest osiągnięcie sytuacji, w której umowa na dostawy zostanie zawarta i zrealizowana. W przypadku unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp powstaje dla Odwołującego nowa możliwość uzyskania zamówienia w zakresie części II dot. instalacji fotowoltaicznych. Jeśli natomiast możliwość taka istnieje (a jej realizacja nie jest hipotetyczna, bo poza uwzględnieniem odwołania przez Izbę istnieje także możliwość autokorekty własnej decyzji o wyborze oraz uwzględnienia odwołania przez Zamawiającego), to niezaskarżenie takiej decyzji i utrzymanie stanu zaniechania odrzucenia oferty Hymon Energy sp. z o.o., które to zaniechanie wynika z naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp powoduje po stronie Odwołującego możliwość poniesienia szkody w granicach *lucrum*

cessans w zakresie,

w jakim zamówienie, o którym mowa w art. 2 pkt 13 ustawy Pzp zostało udzielone i droga do jego uzyskania, czy w tym, czy w ponownym postępowaniu została zamknięta dla innych wykonawców. Odwołujący przywołał również wyrok KIO z dnia 20 listopada 2018 r., w sprawie KIO 2090/18.

W sprawie oferta Hymon Energy sp. z o.o. obarczona jest analogiczną wadą, jaką obarczona była oferta Odwołującego, co skutkowało uwzględnieniem przez Zamawiającego odwołania Hymon Energy sp. z o.o. wniesionego przeciwko wyborowi oferty Flexipower

(KIO 922/20). Pozbawienie zatem Odwołującego interesu we wniesieniu odwołania przeciwko wyborowi oferty Hymon Energy sp. z o.o. i w konsekwencji zmierzającego do unieważnienia postępowania stanowiłoby oczywiste i rażące naruszenie zasady równego traktowania wykonawców, gdyż de facto Odwołujący zostałby pozbawiony prawa do zakwestionowania wyboru oferty, która winna być odrzucona z tej samej przyczyny, co wcześniej jej własna oferta.

Odwołujący w uzasadnieniu wskazał, że w dniu 20 kwietnia 2020 r. Gmina Zawiercie, działając jako wyznaczony Zamawiający w trybie art. 16 ustawy Pzp do przeprowadzenia postępowania dokonała czynności wyboru najkorzystniejszej oferty we wszystkich częściach postępowania. W zakresie części I, II i III za najkorzystniejszą została uznana oferta Odwołującego.

W dniu 29 kwietnia 2020 r. Hymon Energy sp. z o.o. wniosła odwołanie od zaniechania wykluczenia Odwołującego oraz zaniechania odrzucenia jego oferty z II części postępowania wskazując na naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 i 4 ustawy Pzp, art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp, art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp i art. 91 ust. 1 ustawy Pzp Zarzuty dotyczące zaniechania wykluczenia Odwołującego obejmowały procedurę uzupełniania dokumentów potwierdzających zdolność finansową lub kredytową Wykonawcy, zaś dotyczące zaniechania odrzucenia oferty Wykonawcy obejmowały niezgodność oferty z opisem przedmiotu zamówienia.

Zamawiający odwołanie to uwzględnił na podstawie art. 186 ust. 2 ustawy Pzp

w związku z czym zobligowany był do przeprowadzenia czynności zgodnie z żądaniem odwołania, a zatem wykluczył Odwołującego z II części postępowania oraz odrzucił

w zakresie II części postępowania ofertę tego Wykonawcy. Odwołujący przystąpił

w ustawowym terminie do postępowania po stronie Zamawiającego. Wobec uwzględnienia zarzutów odwołania przez Zamawiającego Wykonawca nie złożył jednak sprzeciwu. Decyzja ta podyktowana była faktem, że zasadne okazały się stawiane przez Hymon Energy

sp. z o.o. zarzuty dotyczące opisu przedmiotu zamówienia, skutkujące odrzuceniem oferty Odwołującego. Wobec zaistniałej sytuacji procesowej nie istniał po stronie Odwołującego interes we wniesieniu sprzeciwu od uwzględnienia zarzutów i przejęcia roli przeciwnika odwołania w postępowaniu odwoławczym z uwagi na fakt, że oddalenie odwołania w tym zakresie, wobec zasadności zarzutów dotyczących opisu przedmiotu zamówienia doprowadziłoby do odrzucenia oferty w części II na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W dniu 6 lipca 2020 r. Odwołujący wniósł odwołanie od czynności unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 20 kwietnia 2020 r., wnosząc o nakazanie unieważnienia czynności unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty i prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w oparciu o czynność wyboru z dnia 20 kwietnia 2020 r. Krajowa Izba Odwoławcza oddaliła przedmiotowe odwołanie wyrokiem z dnia 20 sierpnia 2020 r. (KIO 1542/20).

Jednocześnie w części II postępowania Hymon Energy sp. z o.o. zaoferowała moduł fotowoltaiczny Munchen MSP280AS-30. Wykonawca nie złożył certyfikatów zgodności produktu Munchen Energieprodukte GmbH z normami PN - EN 61215 lub PN- EN61646 lub z normami równoważnymi, wydanego przez właściwą akredytowaną jednostkę certyfikującą, które to były wymagane punktem 8.3.11.2. SIWZ. Nadto dla instalacji fotowoltaicznych o mocy 5,04 kW i 5,32 kW HYMON Energy sp. z o.o., pomimo że Zamawiający wymagał dla takiej instalacji dwóch inwerterów, zaoferował jeden falownik, wskutek czego jego oferta jest niezgodna z SIWZ.

W dniu 3 września 2020 r. Zamawiający dokonał czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w części I i wykluczenia Odwołującego z postępowania, wyboru najkorzystniejszej oferty w część II oraz unieważnienia postępowania w części III, wskutek wykluczenia Odwołującego.

Zarzuty dotyczące czynności podjętych w części I i III

Zgodnie z pkt. 5.2.2. SIWZ warunek posiadania środków finansowych lub zdolności kredytowej został określony przez Zamawiającego w ten sposób, że został spełniony jeżeli Wykonawca wykazał, że posiadał środki finansowe lub zdolność kredytową na kwotę minimum:

- 2.000.000 złotych dla części I;
- 9.000.000 złotych dla części II;
- 3.500.000 złotych dla części III;
- 400.000 złotych dla części IV;

Warunek ten rozszerzony był o zastrzeżenie, że w przypadku złożenia oferty kumulatywnie na więcej niż jedną część zamówienia, Wykonawca zobowiązany był wykazać posiadanie środków finansowych lub zdolności kredytowej na kwotę stanowiącą sumę kwot dla odpowiednich zadań. W przypadku Odwołującego była to kwota 14.900.000 złotych.

W istocie załączone w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 opinie bankowe potwierdzały, że w okresie miesiąca poprzedzającego złożenie oferty Odwołujący posiadała kumulatywną zdolność finansową lub kredytową w wysokości przenoszącej wartość 14.900.000 złotych. Zestawienie całkowitych średnich miesięcznych obrotów oznacza bowiem, że saldo konta księgowego (różnica między stroną Wn, a Ma) przenosiło środki o wysokości co najmniej liczby ośmiocyfrowej w dolnym przedziale. Oznacza to, że każdorazowo suma dostępnych środków (saldo dostępnego) wraz ze zdolnością kredytową w powyższych okresach nie mogła być mniejsza niż kwota 14.900.000 zł (czternaście milionów dziewięćset tysięcy i 00/100 zł) przy uwzględnieniu, że zdolność kredytowa w opiniach z dnia 9 stycznia 2020 r. oraz 11 lutego 2020 r. określona była na wysokość 12.100.000 złotych. Powyższe okoliczności potwierdzają zaświadczenia wydane przez ING Bank Śląski z dnia 1 lipca 2020 r., mianowicie w okresach:

- od 1 września 2019 r. do 30 listopada 2019 r. (okres z załączonej na wezwanie z art. 26 ust. 1 opinii bankowej)
- od 1 października 2019 r. do 31 grudnia 2019 r. (okres z załączonej na wezwanie

z art. 26 ust. 1 opinii bankowej)

- od 21 grudnia 2019 r. do 21 stycznia 2020 r. (okres miesiąca poprzedzającego dzień składania oferty)

każdorazowo wartość kumulatywna obu zdolności przenosiła wysokość 14.900.000 złotych.

Dowody powyższe potwierdzające to:

- trzy zaświadczenia ING Bank Śląski S.A. z dnia 1 lipca 2020 r. zawierające opinię

o zdolności kredytowej i dostępnych środkach Odwołującego oraz wyjaśnienia treści opinii bankowych z dnia 9 stycznia

2020 r. oraz 11 lutego 2020 r.

Stawiany Odwołującemu zarzut wskazujący, że nie wykazał On posiadania środków finansowych lub zdolności kredytowej na kwotę minimum 14.900.000 złotych jest błędny, wobec czego zastosowania w stosunku do Odwołującego nie może mieć art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp.

Sytuacja ekonomiczna lub finansowa (w tym postępowaniu wyrażająca się w zdolności kredytowej lub finansowej) odpowiadać ma zabezpieczeniu interesu publicznego poprzez dopuszczenie do postępowania jedynie takiego Wykonawcy, który posiada określone środki lub zdolność kredytową, co zapewnia możliwość minimalizacji ryzyka ekonomicznego po stronie Zamawiającego i rękojmię właściwego wykonania ewentualnych obowiązków finansowych wynikających z zawartej umowy o zamówienie, (por. Stachowiak Małgorzata. Art. 22. W: Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. VII. Wolters Kluwer Polska, 2018.). Warunek ten został w ustawie zdefiniowany jako warunek podmiotowy, dotyczący samej osoby Wykonawcy, wyabstrahowany od przedmiotu zamówienia czy samej oferty. Jego niespełnienie przez Wykonawcę skutkuje zatem sankcją wykluczenia z postępowania.

Z samej chronologii redakcyjnej ustawy oraz literalnego brzmienia art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp dopiero spełnianie warunków udziału w postępowaniu w koniunkcji

z niepodleganiem wykluczeniu powodować może po stronie Wykonawcy możliwość ubiegania się o udzielenie zamówienia. Jeżeli zatem wobec Odwołującego zachodziła nawet przesłanka wykluczenia, to złożenie oferty w tej części nie mogło wywołać skutku zastrzeżonego w 5.2.2. SIWZ czyli rozszerzenia stawianego warunku sytuacji ekonomicznej do 14.900.000 złotych.

Zatem w kwestii zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, niezależnie od faktu, że Odwołujący obstał przy stanowisku, że wypełniła kryteria zdolności finansowej i ekonomicznej dla wszystkich czterech części, podkreślić należy także, że za zasadnością zarzutów odwołania przemawiają argumenty dotyczące wykluczenia Odwołującego z części I i III i dokonanie wyboru innej oferty oraz unieważnienie postępowania w części III. Takie zachowanie Zamawiającego jest niezasadne, a wskazuje na to związanie wnioskami odwołania Hymon Energy sp. z o.o. Odwołujący nie jest wskutek wykluczenia z postępowania jego uczestnikiem w części II, a oferta w tym zakresie ex lege na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp uznana jest za odrzuconą, to sama niekwestionowana przez Hymon Energy sp. z o.o. w odwołaniu zdolność kredytowa

w wysokości 12.100.000 złotych przekracza wymaganą zdolność kredytową potwierdzającą sytuację ekonomiczną Wykonawcy dla spełnienia warunków udziału w części I, III i IV postępowania (5.900.000 złotych). Wykluczenie jako instrument Zamawiającego

w postępowaniu jest najdalej idącą sankcją wobec wykonawcy zamykającą wykonawcy możliwość ubiegania się o uzyskanie zamówienia, a więc zamykającą drogę do porównywania ofert. Wobec związania zarówno Zamawiającego jak i Odwołującego wykluczeniem w zakresie części II, ocena ofert oraz ocena spełnienia warunków udziału

w postępowaniu odbyć powinna się z tym założeniem, że jest Wykonawcą biorącym udział w części I, III i IV z uwagi na eliminację podmiotową Wykonawcy z wydzielonej części II zamówienia. Skutek wykluczenia Odwołującego z części II per se determinuje, że nawet sama niekwestionowana w odwołaniu Hymon Energy sp. z o.o. zdolność kredytowa Wykonawcy wystarczy do spełnienia warunków postawionych w SIWZ przez Zamawiającego.

Wykluczenie Odwołującego na tej tylko przesłance, że Zamawiający uwzględnił odwołanie skutkujące wykluczeniem w części II jest zatem skutkiem niepoprawnego wnioskowania Gminy Zawiercie. Skoro bowiem Zamawiający dokonał takiego wykluczenia

w jednej z części, to z uwagi - na wynikające ze związania - niespełnienie przesłanek podmiotowych zmienił wymagania sytuacji ekonomicznej stawiane temu Wykonawcy, jako dopuszczonemu do składania oferty jedynie w części I, III i IV. Nawet jeśli przyjąć argumentację Zamawiającego i Krajowej Izby Odwoławczej zawartą w wyroku KIO 1542/20, tj. że Zamawiający samodzielnie w trybie autokorekty swojej własnej decyzji dokonał ponownego badania ofert i dokonania wykluczenia Odwołującego w części I i III, to takie zachowanie Zamawiającego również obarczone jest naruszeniem przepisów ustawy Pzp. Skoro bowiem, wskutek uwzględnienia odwołania w sprawie KIO 922/20 wobec Odwołującego zastosowana została sankcja wykluczenia z postępowania, a Zamawiający zdecydował się na ponowne badanie ofert w części I i III, to stan, który powinien być badać, powinien być odnoszić się jedynie do tych części, w których Odwołujący nie został wykluczony (I i III i IV). Wymagane dostępne środki lub zdolność kredytowa dla tych trzech części kumulatywnie wynosiły 5.900.000 złotych, a co za tym idzie wykazanie niekwestionowanej (ani przez Hymon w odwołaniu KIO 922/20, ani przez Zamawiającego w informacji

o wykluczeniu) zdolności kredytowej w wysokości 12.100.000 złotych już na etapie wezwania z art. 26 ust. 1 ustawy Pzp były wystarczające do wypełnienia tego warunku podmiotowego.

Co istotne uwzględnione odwołanie Hymon Energy sp. z o.o. w zakresie wniosków wiązało Zamawiającego jedynie w części II - co wynikało nie tylko literalnie z treści odwołania oraz faktu, że Hymon jako wykonawca, który nie składał oferty w pozostałych częściach nie posiadał interesu w wykluczeniu Odwołującego z innych części postępowania,

co negatywnie warunkuje rozciągnięcie uwzględnienia zarzutów na części I, III i IV, ale także z wyroku KIO 1542/20, w którym Izba oddaliła odwołanie Odwołującego.

Odwołujący nie podlega przesłankom wykluczenia w postępowaniu - z pominięciem części II, w której Zamawiający jest związany uwzględnieniem zarzutów odwołania - z uwagi na fakt, że spełnił określone w SIWZ warunki udziału dotyczące sytuacji ekonomicznej lub finansowej.

Na potwierdzenie spełnienia powyższego warunku Odwołujący złożył, na wezwanie z art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, opinie bankowe z dnia 11 lutego 2020 r. oraz z dnia 9 stycznia 2020 r. (wymagane przez SIWZ - informacje banku lub SKOK, potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy) wskazujące na zdolność kredytową spółki ocenioną przez ING Bank Śląski S.A. na kwotę 12.100.000 złotych oraz wskazujące na średniomiesięczne obroty na rachunku w dwóch okresach

w kwotach ośmiocyfrowych w dolnym przedziale. Zamawiający wezwał w dniu 27 marca 2020 r. Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do złożenia informacji banku lub SKOK, potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, wskazując, że o ile złożona opinia potwierdza spełnienie warunku dla każdej części odrębnie, to nie potwierdza spełnienia warunku posiadania środków lub zdolności kredytowej w kwocie łącznej dla czterech zadań. Wobec nieprecyzyjnego uzasadnienia wezwania Wykonawca wyjaśnił w piśmie z dnia 30 marca 2020 r., że warunek został potwierdzony poprzez wykazanie kumulatywnej zdolności finansowej i kredytowej.

Odwołujący podkreślił, że w chwili składania oferty spełniała warunek określony w pkt 5.2.2. SIWZ, warunek ten został wykazany i nie istnieją podstawy do wykluczenia Wykonawcy z postępowania w częściach I, III i IV. Tym samym

decyzja Zamawiającego

o wykluczeniu Wykonawcy w części I i III jest nieprawidłowa, gdyż nie zachodziły przesłanki uzasadniające dokonanie autokorekty własnej decyzji.

Czynność wykluczenia Odwołującego w sposób nieuczciwy wpływa także na konkurencję pomiędzy Wykonawcami. O ile Zamawiający ma prawo korygować czynności dokonane przez siebie w postępowaniu jako jego gospodarz, czynności te winny czynić zadość zasadom uczciwej konkurencji. Wykluczenie Odwołującego powoduje, że pomimo tego, że Wykonawca wykazał zdolność finansową na poziomie 14.900.000 złotych

(lub w przypadku uznania, że zasadnym jest jedynie uwzględnienie zdolności kredytowej - na poziomie 12.100.000 złotych), przy wymaganiach stawianych przez Zamawiającego na poziomie 5.900.000 złotych (po uwzględnieniu odwołania Hymon wykluczającego Odwołującego z części II i odrzucającego tym samym jej ofertę) Wykonawca nie został dopuszczony do postępowania w sytuacji, w której inni Wykonawcy dopuszczeni do postępowania w poszczególnych częściach nie zostali wykluczeni na tej podstawie, że nie wykazali zdolności finansowej dla wszystkich części postępowania prowadzonego przez Zamawiającego.

Zarzuty dotyczące czynności podjętych w części II

Opis przedmiotu zamówienia dla części II przewidywał typy mikroinstalacji fotowoltaicznych dla mocy: 1,96 kW; 2,24 kW; 2,52 kW; 2,8 kW; 3,08 kW; 3,36 kW; 3,64 kW; 3,92 kW; 4,2 kW; 4,48 kW; 4,76 kW; 5,04 kW; 5,32 kW; 5,6 kW; 5,88 kW; 6,16 kW; 6,44 kW; 6,72 kW; 7 kW; 7,28 kW; 7,56 kW; 7,84 kW; 8,12 kW; 8,4 kW; 8,96 kW; 9,24 kW; 9,52 kW; 9,8 kW; 10,08 kW; 10,92 kW; 11,76 kW; 14 kW; 14,84 kW; 16,24 kW; 21 kW.

Zamawiający w programie funkcjonalno - użytkowym opisał szczegółowo sposób wykonania poszczególnych instalacji dla poszczególnych falowników (nazwy zamienne: inwerterów/przekształtników). Zamawiający określił 3 zakresy mocy falowników, które miały zostać wykorzystane przez Wykonawców:

Falowniki 1-fazowe o mocy poniżej 3,1 kW

PARAMETRY WEJŚCIOWE

maksymalny prąd wejściowy maksymalne napięcie wejściowe minimalne napięcie wejściowe

PARAMETRY WYJŚCIOWE

cos ϕ ilość faz

napięcie wyjściowe

częstotliwość

zawartość zniekształceń nieliniowych THD przy mocy nominalnej pobór mocy w nocy sprawność maksymalna 50 Hz <4 %

<10W >95 %

sprawność europejska >94 %

Falowniki 3-fazowe o mocy 2-5-5 kW

PARAMETRY WEJŚCIOWE

maksymalny prąd wejściowy > 11 A na każde MPPT

maksymalne napięcie wejściowe > 500 V

minimalne napięcie wejściowe < 150 V

PARAMETRY WYJŚCIOWE

Cost ϕ > 0.8 ir,d./poj

ilość faz 3

napięcie wyjściowe 230/400 V

częstotliwość 50 Hz

zawartość zniekształceń nieliniowych THD przy mocy nominalnej < 3%

pobór mocy w nocy < 10 W

sprawność maksymalna 98%

sprawność europejska >96%

Falowniki 3-fazowe o mocy 10-5-12,5 kW

PARAMETRY WEJŚCIOWE

maksymalny prąd wejściowy > 11A na każde MPPT

maksymalne napięcie wejściowe > 600 V

minimalne napięcie wejściowe £ 220 V

PARAMETRY WYJŚCIOWE

cost ϕ > 0.8 md/poj.

ilość faz 3

napięcie wyjściowe 230/400 V

częstotliwość 50 Hz

zawartość zniekształceń nieliniowych THD przy mocy nominalnej £ 3 %

pobór energii w nocy < 10W

sprawność maksymalna >98%

sprawność europejska >97,5%

Szczegółowa specyfikacja została przedstawiona zatem jedynie dla falowników 1-fazowych o mocy mniejszej niż 3,1 kW, falowników 3-fazowych o mocy 2 kW - 5 kW oraz falowników 3-fazowych o mocy 10 kW - 12,5 kW. Dane falowniki dobiera się do mocy instalacji fotowoltaicznej określanych jako suma mocy wykorzystanych w danej instalacji fotowoltaicznych modułów fotowoltaicznych. Zamawiający nie określił w opisie przedmiotu zamówienia szczegółowych parametrów dla falowników o mocach innych niż określone w tabeli w punkcie 6.2.3. PFU.

Uściślając wątpliwości Wykonawców co do możliwości zastosowania falowników

o innych mocach znamionowych (np. z przedziału od 5 kW - 10 kW lub powyżej 12,5 kW) Zamawiający udzielił wyjaśnień treści SIWZ w dniu 11 grudnia 2019r. na pytanie nr 70: „Prosimy o sprecyzowanie zapisów dla części II zamówienia W dokumentacji PFU przedstawione są wymagania stawiane falownikom tylko do 12,52 kW. Prosimy o uzupełnienie dokumentacji o wymagania stawiane falownikom 3-fazowym dla instalacji od 14kW do 19,32 kW.”

Zamawiający odpowiedział, że „oczekuje wykorzystania w instalacjach falowników

o parametrach podanych w PFU w rozdz. 6.2.3. W przypadku instalacji o mocach innych niż podane w opisie falowników Zamawiający oczekuje zastosowania dwóch falowników

o podanych parametrach, których moc sumaryczna będzie odpowiednio do mocy instalacji.”

Zamawiający udzielił również wyjaśnienia dotyczącego SIWZ w dniu 11 grudnia 2019r. na pytanie nr 71: „*Prosimy o sprecyzowanie zapisów dla części II zamówienia.*

W dokumentacjach PFU nie przewidziano wymagań stawianych falownikom od 10. kW. Prosimy o uzupełnienie dokumentacji”. Zamawiający odwołał się do odpowiedzi na pytanie nr 70.

Tym samym Zamawiający potwierdził, że w przypadku instalacji fotowoltaicznych o mocach z przedziału od 5 kW - 10 kW lub powyżej 12,5 kW wymagany jest zawsze zastosowanie dwóch falowników o podanych w PFU parametrach i mieszczących się jedynie w przedmiotowych granicach, których moc będzie odpowiednia do mocy instalacji.

Wykonawca HYMON Energy sp. z o.o. w ramach złożonego formularza ofertowego zaoferował dla instalacji o mocy 5,04 kW i 5,32 kW - poz. 12 i 13 formularza ofertowego jeden inwerter SofarSolar 4.4 KTL-X. (str. 45 - 54 uzupełnień HYMON Energy sp. z o.o. z dnia 2 lipca 2020 r.).

Wykonawca HYMON zaoferował pojedynczy falownik dla instalacji znajdującej się w zakresie od 5 kW - 10 kW - pomimo, że z odpowiedzi na pytania nr 71 i 70 wynika jednoznacznie, że każda instalacja, w której moce są inne niż podane w opisie falowniki wymaga - zgodnie z założeniami Zamawiającego - zastosowania dwóch falowników

o parametrach 1 - fazowy poniżej 3,1 kW lub 3 - fazowy 2- 5 kW lub 3 - fazowy 10 - 12,5 kW. Ponieważ z treści oferty wynika jednoznacznie, że zastosowany miałby zostać jeden inwerter, a treść wyjaśnień wskazuje, że w przypadku instalacji o mocy innej niż podane

w opisie falowników zastosowane mają zostać dwa inwertery, oferta Hymon Energy

sp. z o.o. jest sprzeczna z modyfikacjami SIWZ dokonanymi w pytaniach nr 70 i 71.

Nie ma znaczenia, że inwerter SofarSolar 4.4 KTL-X mieści się w przedziale mocy od 2 - 5 kW. Oświadczenie Zamawiającego z odpowiedzi na pytanie 70 i 71 nie wskazuje na to, że w przypadku wejścia w próg mocy instalacji od 5 kW do 10 kW zastosowany ma zostać inwerter o mocy z przedziału 2 kW - 5 kW, który będzie w stanie obsłużyć instalację,

a wprost, że wymagane jest zastosowanie dwóch falowników, bez względu na to, czy będą to falowniki 1 - fazowe z zakresu 0 - 3,1 kW czy 2-fazowe z zakresu 2kW - 5kW. Ponieważ

z oferty HYMON jednoznacznie wynika, dla których instalacji zastosowane mają być 2 falowniki (zapis 2x), należy z całą stanowczością podkreślić, że oferta w zakresie instalacji 5,04 i 5,32 kW jest niezgodna z SIWZ w zakresie w jakim Zamawiający dokonał modyfikacji specyfikacji.

Jednocześnie Odwołujący zauważył powyższa okoliczność stanowiła już przedmiot innego środka ochrony prawnej - wniesionego przez HYMON odwołania w sprawie KIO 922/20, w którym to odwołaniu - uwzględnionym w całości przez Zamawiającego - HYMON kwestionując zgodność oferty Odwołującego z SIWZ sam wskazał na przywołane pytania 70 i 71 i odpowiedzi Zamawiającego. Powyższe oznacza, że HYMON był w pełni świadomy tego, że zgodnie ze zmodyfikowanym SIWZ warunkiem zgodności dostaw z SIWZ było zaoferowanie m.in. dla instalacji 5,04 kW oraz 5,32 kW dwóch falowników.

Jednocześnie HYMON oceniając w tym zakresie ofertę Odwołującego dokonał interpretacji intencji wykonawcy wskazując, że Wykonawca chciał w ten sposób zaoszczędzić na kosztach realizacji zamówienia a w rezultacie obniżyć cenę swojej oferty. Zaoferowane falowników powoduje bowiem, że zamiast zastosowania dwóch falowników, których moc sumaryczna będzie odpowiednia do mocy instalacji, tak jak tego wymagał Zamawiający, wykonawca Flexipower będzie mógł zastosować tylko jeden falownik, którego moc będzie wystarczająca do „obsłużenia” danego typu instalacji fotowoltaicznej. Powyższa argumentacja zaprezentowana w odwołaniu w sprawie KIO 922/20 została w całości zaakceptowana przez Zamawiającego w decyzji o uwzględnieniu odwołania.

Oczywistym jest, że dokładnie w tym samym kierunku zmierza oferta HYMON - poprzez zaoferowanie jednego falownika - pomimo istnienia wymogu dla dwóch falowników dla instalacji w zakresie od 5 kW - 10 kW, takie skonstruowanie oferty powoduje oszczędność kosztów realizacji zamówienia i obniżenie ceny oferty.

Co istotne, takie oświadczenie, które zostało złożone w formularzu ofertowym HYMON w zakresie dostaw przewidzianych dla mocy instalacji 5,04 kW i 5,32 kW jest częścią oferty i nie może podlegać konwalidacji wskutek wezwania, czy to w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, czy to w trybie uzupełniania dokumentów przedmiotowych, gdyż stanowiłoby niedozwolone negocjacje co do treści oferty. Tym samym przedmiotowa oferta winna zostać odrzucona.

Nadto, HYMON w formularzu ofertowym zaoferował moduł Munchen MSP 280AS-30 w części II. Zamawiający dla uzupełnienia formularza ofertowego wymagał podania producenta i modelu danego urządzenia. W trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp Wykonawca Hymon został wezwany do złożenia zgodnie z punktem 8.3.11.2 SIWZ certyfikatu potwierdzającego zgodność modułu PV z normami oraz kartę techniczną oferowanego panelu fotowoltaicznego.

W piśmie z dnia 2 lipca 2020 r. HYMON złożył kartę katalogową Modułu Polikrystalicznego MSPxxxAS-30 produkcji Munchen Energieprodukte GmbH i jednocześnie certyfikat dla modułów produkcji Jiangsu Musol Energy Co.,Ltd. (str. 37 - 41 uzupełnień). Według informacji Odwołującego Munchen Energieprodukte GmbH nie posiada certyfikatu dla modułu o nazwie MSPxxxAS-30 zgodności z normą 61215, a Wykonawca złożył certyfikat produktu o tej samej nazwie produkcji innego producenta.

W ocenie Odwołującego złożenie takiego certyfikatu nie może zostać uznane za potwierdzające zgodność oferowanych dostaw z opisem przedmiotu zamówienia. Produkt MSPxxxAS-30 produkcji Munchen Energieprodukte GmbH nie posiada certyfikatu zgodności z normą, co czyni niewykonalnym możliwość uzupełnienia przedmiotowego certyfikatu, a tym samym konieczność odrzucenia oferty HYMON w części II postępowania. Nie jest także możliwe zaakceptowanie certyfikatu wystawionego dla Jiangsu Musol Energy Co.,Ltd., ze względu na fakt, że zarówno treść formularza ofertowego, jak i załączona karta katalogowa wskazują na pochodzenie oferowanego panelu od Munchen Energieprodukte GmbH. Wobec powyższych okoliczności uzasadniających odrzucenie oferty Hymon, po stronie Zamawiającego powstaje obowiązek unieważnienia postępowania, gdyż na skutek wykluczenia Odwołującego (w związku z uwzględnieniem odwołania w sprawie KIO 922/20) oraz niezgodności oferty Hymon z SIWZ w postępowaniu nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu.

Zgodnie z art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Pozostawanie w mocy czynności wyborów najkorzystniejszej oferty oraz unieważnienie części III postępowania powoduje uniemożliwienie Odwołującemu uzyskanie zamówienia, a co za tym idzie ogranicza możliwość wyboru oferty, która według kryterium oceny ofert jest ofertą najkorzystniejszą. Uwzględnienie odwołania i unieważnienie kwestionowanych czynności będzie skutkowało tym, że zamówienie zostanie udzielone zgodnie z przepisami ustawy Pzp (w części I i III) oraz, że będzie

mogło zostać udzielone bez wad postępowania, w nowym postępowaniu (w części II).

W związku z powyższym, Odwołujący wnosil jak w petitum odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestników postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w SIWZ, ogłoszeniu o zamówieniu, wyjaśnieniach zamieszczonych na stronie internetowej Zamawiającego, ofertach, złożonych przez Wykonawców wyjaśnieniach, odwołaniu, pismach procesowych, postępowaniach odwoławczych o sygn. akt KIO 922/20 i KIO 1542/20, a także wyrażone ustnie i pisemnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Ustalono, że nie została wypełniona w całości żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w całości w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, Izba skierowała odwołanie na rozprawę. Tym niemniej sygnalizacji w tym momencie wymaga okoliczność, że pewne zarzuty złożonego odwołania odnoszące się do czynności i zaniechań Zamawiającego pojęte w części II zamówienia podlegały odrzuceniu.

Ustalono dalej, że wykonawca wnoszący odwołanie 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 częściach I i III zamówienia. Możliwość dokonania w sposób nieprawidłowy czynności badania i oceny ofert, w tym wykluczenie Odwołującego i odrzucenie jego oferty pozbawia Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia w części I i III zamówienia. Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp w przedmiotowym zakresie.

Do postępowania odwoławczego, odpowiadając na wezwanie Zamawiającego, zgłoszenie przystąpienia po stronie Zamawiającego złożyli następujący wykonawcy:

1) Solartime Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie,

2) Hymon Sp. z o.o. (dawniej Hymon Energy Sp. z o.o.) z siedzibą w Tarnowie.

Izba potwierdziła skuteczność przystąpień.

Na podstawie przekazanej dokumentacji o udzielenie zamówienia przekazanej przez Zamawiającego oraz dokumentacji postępowań odwoławczych o sygn. akt KIO 922/20 oraz KIO 1542/20 Izba ustaliła, że Zamawiający, w informacji o wyniku postępowania dla części I zamówienia podał, że Odwołujący podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy PZP z uwagi, iż nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej.

W dniu 20 kwietnia 2020 r. Zamawiający dokonał czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie wszystkich czterech części zamówienia. W zakresie części I, II i III za najkorzystniejszą ofertę została uznana oferta FlexiPower Group sp. z o.o. sp. k. (Odwołującego).

W dniu 29 kwietnia Hymon Energy Sp. z o.o. wniosła odwołanie w zakresie części II zamówienia od zaniechania wykluczenia FlexiPower Group sp. z o.o. sp. k. i zaniechania czynności uznania oferty wykonawcy FlexiPower Group sp. z o.o. sp. k. za odrzuconą.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie w zakresie części II postępowania m.in.:

1) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 24 ust. 1 pkt 12 w związku

z naruszeniem art. 24 ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy FlexiPower z postępowania oraz zaniechanie uznania oferty wykonawcy za odrzuconą, pomimo że FlexiPower nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu;

2) art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 26 ust. 4 ustawy Pzp poprzez dokonanie przez Zamawiającego kolejnego wezwania do uzupełnienia tego samego dokumentu z tych samych względów co poprzednio, jak i poprzez uwzględnienie przez Zamawiającego przy ocenie spełniania warunku udziału w postępowaniu dokumentów, których wykonawca FlexiPower nie złożył w odpowiedzi na wcześniejsze wezwanie do uzupełnienia (art. 26 ust. 3 ustawy Pzp) ale dopiero w odpowiedzi na późniejsze wezwanie do złożenia wyjaśnień (art. 26 ust. 4 ustawy Pzp).

Zamawiający po zapoznaniu się z treścią odwołania, zarzutami, uzasadnieniem tych zarzutów oraz żądaniami, postanowił uwzględnić odwołanie w całości.

FlexiPower przystąpiła do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. W dniu 18.06.2020r. odbyło się posiedzenie Krajowej Izby Odwoławczej, które z racji braku sprzeciwu Przystępującego po stronie Zamawiającego, zostało umorzone (sygn. akt KIO 922/20). Tym samym Zamawiający działając na podstawie art. 186 ust. 3 ustawy Pzp unieważnił przeprowadzoną czynność oceny i wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie części II zamówienia oraz zawiadamił o zamiarze wykonania czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Zarzuty złożonego odwołania miały również wpływ na wykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu dotyczących sytuacji ekonomicznej i finansowej (posiadania zdolności kredytowej lub finansowej) w zakresie części I. Dlatego też Zamawiający kierując się zasadami wyrażonymi w art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, podjął decyzję o unieważnieniu czynności oceny i wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie części I.

Na czynność unieważnienia oceny i wyboru najkorzystniejszej oferty oraz powtórzeniu czynności oceny i badania ofert w zakresie części I Wykonawca FlexiPower wniósł odwołanie, które Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem z dnia 20 sierpnia 2020r. sygn. akt KIO 1542/20 oddaliła.

Zamawiający wskazał, że ogłaszając postępowanie przetargowe z podziałem na cztery niezależne zadania w opisie warunków udziału w postępowaniu w SIWZ — Rozdział 5 pkt. 5.2.2. lit od a) do d) określił, iż Wykonawca winien posiadać środki finansowe lub zdolność kredytową na kwotę minimum:

a) 2.000.000,00 zł (słownie: dwa miliony złotych) dla części I

b) 9.000.000,00 zł (słownie: dziewięć milionów złotych) dla części II,

c) 3.500.000,00 zł (słownie: trzy miliony pięćset tysięcy złotych) dla części III

d) 400.000,00 zł (słownie: czterysta tysięcy złotych) dla części IV.

Jednocześnie Zamawiający określił, iż w przypadku złożenia oferty na więcej niż jedną część powyższy warunek zostanie spełniony, jeśli Wykonawca wykaże, że posiada środki finansowe lub zdolność kredytową na kwotę stanowiącą sumę kwot dla odpowiednich zadań.

W celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu Wykonawca, zgodnie z Rozdziałem 8.3 pkt. 8.3.1 SIWZ winien był, na wezwanie Zamawiającego przedłożyć informację banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo - kredytowej, potwierdzającą wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy,

wystawioną w okresie nie wcześniejszym niż 1 miesiąc przed upływem terminu składania ofert.

W postępowaniu Flexipower złożył ofertę na cztery części zamówienia, zatem winien był wykazać, iż posiada środki finansowe lub zdolność kredytową na kwotę min 14.900.000,00 zł.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z 14 lutego 2020 r., oparte na art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, Flexipower złożył dwa zaświadczenia ING Banku Śląskiego S.A., jedno z 11 lutego 2020 r. i drugie z 09 stycznia 2020 r. Oba zaświadczenia mają bardzo podobną, niemal identyczną treść i dotyczą tego samego rachunku bankowego.

W pierwszym z zaświadczeń wskazano, że całkowite średnio miesięczne obroty na rachunku w okresie od 01.10.2019 do 31.12.2019r. były ośmiocyfrowe w dolnym przedziale zarówno po stronie Wn, jak i po stronie Ma. W ocenie Banku Klient ma zdolność kredytową w kwocie 12 100 000,00 zł.

W drugim, całkowite średnio miesięczne obroty na rachunku w okresie od 01.09.2019 do 30.11.2019r. były ośmiocyfrowe w dolnym przedziale zarówno po stronie Wn, jak i po stronie Ma. W ocenie Banku Klient ma zdolność kredytową w kwocie 12 100 000,00 zł.

W ocenie Zamawiającego przedstawiając takie zaświadczenia wykonawca Flexipower wykazał jedynie, że ma zdolność kredytową w kwocie 12 100 000,00 zł, czyli

w wysokości niższej niż było to wymagane w warunku dotyczącym sytuacji ekonomicznej lub finansowej.

Z uwagi na powyższe Zamawiający pismem z 27 marca 2020 r. wezwał wykonawcę FlexiPower na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową Wykonawcy.

W odpowiedzi na wezwanie FlexiPower, zamiast uzupełnić informację banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo - kredytowej, potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową na kwotę min 14.900.000,00 zł, ograniczył się do złożenia pisma, datowanego na 30 marca 2020 r., i przedstawienia w nim swojego stanowiska w sprawie, czyli złożył wyjaśnienia dotyczące przedstawionej przez niego opinii bankowej. Wykonawca podniósł, że: „Zgodnie z wymaganiami SIWZ (...) oraz zastrzeżeniem, że składając ofertę na więcej niż jedną część zamówienia, Wykonawca musi spełniać warunek posiadania środków finansowych lub zdolności kredytowej na kwotę stanowiącą sumę kwot dla odpowiednich zadań, Wykonawca przedstawił w uzupełnieniach z dnia 24.02.2020 r. opinię bankową z dnia 09.01.2020., która spełnia opisane powyżej wymagania (opinia dla każdego z uzupełnień dla części I, II, i III).

W zapisach Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (§ 2 ust. 2 pkt 3 funkcja alternatywy nierozłącznej „lub” wskazuje na możliwość wyboru sposobu potwierdzenia spełniania warunku dotyczącego sytuacji finansowej. Dzięki temu Wykonawca może potwierdzić warunek dotyczący sytuacji finansowej wykazując się zdolnością kredytową bądź posiadanymi środkami czy też jednym i drugim.

Wykonawca przystępując do czterech części postępowania przetargowego musiał posiadać środki lub zdolność kredytową na łączną kwotę 14 900 000,00 zł. Dla części I, II i III dla których Wykonawca został wezwany do uzupełnienia dokumentów jako oferta najkorzystniejsza, łączna wymagana kwota wynosi 14 500 000, 00 zł. W przedłożonym ZAŚWIADCZENIU I OPINII określone zostało, iż FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp. K., w danym okresie, na rachunku bankowym posiadała środki o wartości ośmiocyfrowej, tj. min. 10 000 000, 00 złotych (wartość poniżej 10 mln to wartość siedmiocyfrowa). Dodatkowo bank deklaruje, że zdolność kredytowa klienta opiewa na kwotę 12 100 000, 00 złotych. Biorąc po uwagę zapisy Rozporządzenia i zasadę posługiwania się spójnikiem „lub”, łączna, minimalna wartość stanowiąca sumę środków finansowych posiadanych przez Wykonawcę oraz zdolność kredytową wynoszą min. 22 100 000, 00 złotych.”

Jak wynika z przedłożonych wyjaśnień, przytoczone postanowienia SIWZ były jasne i zrozumiałe. Z kolei twierdzenia wykonawcy jakoby „łączna, minimalna wartość stanowiąca sumę środków finansowych posiadanych przez Wykonawcę oraz zdolność kredytowa wynoszą min. 22 100 000, 00 złotych” uznać zdaniem Zamawiającego należy za mylne i bezpodstawne.

W rzeczywistości z przedstawionej przez wykonawcę Flexipower Group opinii bankowej z 09 stycznia 2020 r. nic takiego nie wynika. W opinii bankowej stwierdzono, że: „W ocenie Banku Klient ma zdolność kredytową w kwocie 12 100 000, 00 zł (słownie: dwanaście milionów sto tysięcy 00/100 zł).”

Z informacji o całkowitych średnich miesięcznych obrotach na rachunku w okresie od 01 września 2019 r. do 30 listopada 2019 r. w żaden sposób nie wynika informacja, że Wykonawca w danym okresie, na rachunku bankowym posiadała środki o wartości ośmiocyfrowej, wartość poniżej 10 mln to wartość siedmiocyfrowa. Całkowite średnie miesięczne obroty na rachunku z okresu trzech miesięcy nie potwierdzają bowiem konkretnej kwoty, która znajduje się na rachunku bankowym w dniu wydania opinii przez bank. Zwłaszcza tak podane obroty nie wskazują, że w przez cały okres od 01 września 2019 r. do 30 listopada 2019 r. na rachunku bankowym wykonawcy nieprzerwanie znajdowały się środki o wartości ośmiocyfrowej, tj. min. 10.000.000,00 złotych. Równie prawdopodobna jest sytuacja, że np. środki finansowe o znacznie większej wysokości niż ośmiocyfrowa znajdowały się na rachunku bankowym wykonawcy Flexipower Group tylko we wrześniu 2019 r., natomiast w dwóch kolejnych miesiącach na rachunku bankowym wykonawcy znajdowały się środki finansowe o znacznie niższej wysokości niż ośmiocyfrowa, przy czym ich średnia za okres trzech miesięcy ma wartość ośmiocyfrową. Na podstawie przedstawionej opinii banku nie sposób ustalić jaka konkretna kwota środków finansowych znajdowała się na rachunku bankowym wykonawcy w konkretnym dniu czy choćby

w konkretnym miesiącu, gdyż opinia ta zawiera wyłącznie informacje o całkowitych średnich miesięcznych obrotach na rachunku za okres trzech miesięcy.

Powyższe stanowisko w całej rozciągłości stosuje się do drugiej opinii bankowej przedstawionej przez wykonawcę Flexipower Group, tj. opinii z 11 lutego 2020r., w której również wskazano całkowite średnie miesięczne obroty na rachunku bankowym, tyle że w okresie od 01 października 2019r. do 31 grudnia 2019r.

Dodatkowo wskazać należy, że informacja o całkowitych średnich miesięcznych obrotach na rachunku w okresie od 01 września 2019 r. do 30 listopada 2019 r., podana

w opinii bankowej z 09 stycznia 2020 r., dotyczy okresu wcześniejszego niż 1 miesiąc przed upływem terminu składania ofert. Termin składania ofert został bowiem ostatecznie wyznaczony przez Zamawiającego na 21 stycznia 2020 r., godz. 9:30. Zatem informacja banku powinna być wystawiona w okresie nie wcześniejszym niż 1 miesiąc przed upływem

terminu, jak i wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytowa wykonawcy w niej wskazana powinna być podana na dzień przypadający nie wcześniej niż 1 miesiąc przed upływem terminu. Tymczasem informacja o całkowitych średnich miesięcznych obrotach na rachunku w okresie od 1 września 2019 r. do 30 listopada 2019 r. nie tylko, że nie jest informacją o posiadanych środkach finansowych, to jeszcze dotyczy okresu przypadającego przed 21 grudnia 2019 r.

Zamawiający podkreślił, że wezwanie z 27 marca 2020 r. nie było wezwaniem do złożenia wyjaśnień, lecz wezwaniem do uzupełnienia dokumentów, na które wykonawca w wyznaczonym terminie nie zareagował.

Po otrzymaniu odpowiedzi Wykonawcy Zamawiający wezwał wykonawcę na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień do przedłożonej opinii bankowej z dnia 11 lutego 2020r.

Wykonawca Flexipower w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego złożył wyjaśnienia z 07 kwietnia 2020 r. i załączył do nich szereg dokumentów. Traktując de facto je jako kolejne, drugie już wezwanie do uzupełnienia tego samego dokumentu z tych samych względów co poprzednio, czyli kolejne wezwanie wykonawcy do uzupełnienia informacji banku z tego powodu, że żadna z opinii bankowych przedstawionych dotychczas przez wykonawcę nie potwierdzała spełniania warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej lub finansowej.

W wyjaśnieniach wykonawca stwierdził, że: „W załączniku do pisma przedstawiamy potwierdzenie obrotów na kontach bankowych w okresie 21.12.2019 r. do 31.12.2019 r. Dokument został wygenerowany przez portal banku obsługującego główny rachunek firmy Wykonawcy. Dokument potwierdza, że wartość środków na koncie w wymaganym do przedstawienia okresie miała wartość większą niż wymagana do potwierdzenia w wezwaniu. Dodatkowo do niniejszego pisma załączamy 3 opinie bankowe - potwierdzające stan środków i zdolność kredytową w danych:

-27.11.2019 r. - ważna do 27.12.2019 r.

-25.12.2019 r. - ważna do 25.01.2020 r. (przedstawiona w uzupełnieniu z dnia 24.02.2020 r.)

-25.01.2020 r. - ważna do 25.02.2020 r. (przedstawiona w uzupełnieniu z dnia 24.02.2020 r.) Łącznie przedstawione dokumenty potwierdzają, że Wykonawca od 27.11.2019 r. do 25.01.2020 r. posiadał środki odpowiednie do realizacji zadań I, II, III niniejszego postępowania.

Mając na uwadze powyższe, FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp. K. potwierdza, iż dysponuje odpowiednimi środkami i zdolnością kredytową dla wykonania zadań I, II, III łącznie”.

Odnosząc się do załączonych dokumentów Zamawiający wskazał, że dwa z nich to opinie bankowe z ING Banku Śląskiego S.A., przedstawione już wcześniej przez wykonawcę (opinia z 11 lutego 2020 r. i opinia z 09 stycznia 2020 r.), które nie potwierdzają spełniania przez wykonawcę warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej lub finansowej. Trzeci dokument załączony przez wykonawcę to opinia bankowa z ING Banku Śląskiego S.A. wystawiona 4 grudnia 2019 r. Czwartym dokumentem to „Potwierdzenie obrotów na kontach bankowych” w okresie od 21 grudnia 2019 r. do 31 grudnia 2019 r.

Odnosząc się do „Potwierdzenia obrotów na kontach bankowych” Zamawiający podkreślił, że dokument ten w ogóle nie powinien być brany przez Zamawiającego pod uwagę, gdyż nie został złożony w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia z 27 marca 2020 r., ale dopiero w odpowiedzi na następne wezwanie z 6 kwietnia 2020 r., czyli z naruszeniem zasady jednokrotności wezwania do uzupełnienia. Nic nie stało na przeszkodzie, aby odpowiadając na pierwsze wezwanie do uzupełnienia wykonawca przedstawił Zamawiającemu taki dokument. To, że tego nie uczynił, obciąża wyłącznie wykonawcę. Natomiast uwzględnienie przez Zamawiającego tego dokumentu przy ocenie spełniania warunku udziału w postępowaniu przesądziłoby o naruszeniu przez niego zarówno art. 26 ust. 3 ustawy Pzp jak i art. 26 ust. 4 ustawy Pzp.

Niezależnie od powyższego treść dokumentu jest niezrozumiała, wewnątrz sprzeczna a w rezultacie dokument uznać należy za niewiarygodny i niepotwierdzający spełnianie warunku. W dokumencie wskazano, że w okresie od 21 grudnia 2019 r. do 31 grudnia 2019 r. uznania wyniosły łącznie 17.632.808,42 zł a obciążenia łącznie — 2.427.872,90 zł. Pomniejszając uznania o obciążenia otrzymujemy wynik 15.204.935,52 zł. Tymczasem w dokumencie jako saldo zamknięcia wskazano zupełnie inną kwotę, tj. 9.701.971.161 zł, niższą o ponad 5,5 mln zł. Informacje podane w dokumencie wzajemnie się zatem wykluczają.

Dokument ten nie stanowi wymaganej przez przepisy i postanowienia SIWZ informacji banku, lecz jest dokumentem wygenerowanym przez portal banku obsługującego główny rachunek firmy wykonawcy. Jest to zatem wydruk z bankowości internetowej, przygotowany i pobrany samodzielnie przez wykonawcę FlexiPower Group. Tymczasem

w orzecznictwie KIO wskazuje się, że tego rodzaju wydruki nie mogą być przedstawiane na potwierdzenie spełniania warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej lub finansowej

(tak wyrok Izby z dnia 3 stycznia 2017 r., sygn. akt KIO 2391/16, KIO 2392/16).

Przedłożona przez Wykonawcę informacja banku winna w sposób jednoznaczny potwierdzać posiadanie przez wykonawcę oznaczonych środków finansowych lub zdolności kredytowej w wymaganej kwocie. Wykonawca powinien zadbać o to, aby bank wystawił dokument o odpowiedniej treści i w prawidłowej formie, przydatny dla uczestnictwa w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Natomiast podana w przedłożonym dokumencie informacja o całkowitych średnich miesięcznych obrotach na rachunku bankowym jest informacją zupełnie bezużyteczną, gdyż w żaden sposób nie potwierdza spełniania postawionego przez Zamawiającego warunku.

Kwestia braku związku pomiędzy obrotami na rachunku a wykazaniem przez wykonawcę dysponowania określoną kwotą środków finansowych w określonym dniu nie budzi wątpliwości w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (tak wyrok z dnia 27 lutego 2018 r., sygn. akt KIO 258/18).

Wezwanie do wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp nie może polegać na wezwaniu do uzupełnienia dokumentu o informacje, których dany dokument po prostu nie zawiera. Za wyjaśnienia nie mogą być uznane takie treści, które w rzeczywistości wprowadzają do danego dokumentu oferty nową treść. Wyjaśnienia podające treści, które w ogóle nie ma w dokumencie wyjaśnianym, lub jest błędna, stanowią de facto - uzupełnienie treści, a więc stają się wyjaśnieniami udzielonymi w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp (tak Izba w wyroku z dnia 13 kwietnia 2018 r., sygn. akt KIO 646/18).

Zamawiający podziela stanowisko Izby wyrażone w wyroku z dnia 8 lutego 2012 r., sygn. akt KIO 172/12, zgodnie z którym przez skorzystanie z instytucji wyjaśnień w trybie

art. 26 ust. 4 Pzp nie może dojść do uzupełnienia informacji, które nie zostały uzupełnione

w odpowiedzi na prawidłowo dokonane wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. W przypadku wezwania do wyjaśnień nie może bowiem dojść do uzupełnienia dokumentów lub oświadczeń o brakującej treści, a jedynie wyjaśnienia

zamieszczonych w nich informacji budzących wątpliwości. Instytucja wyjaśnień z art. 26 ust. 4 Pzp, choć jest niezależna od instytucji uzupełnienia dokumentów z art. 23 ust. 3 Pzp, to nie może być stosowana w celu obejścia wypracowanej w doktrynie i orzecznictwie zasady jednokrotności wzywania do uzupełnienia dokumentów, gdyż naruszałoby to podstawowe zasady postępowania wyrażone w art. 7 ust. 1 Pzp.

Nadto aktualne pozostaje stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej odnośnie dopuszczalności tylko jednokrotnego wzywania wykonawcy o konkretny brakujący lub nieprawidłowy lub niepotwierdzający spełnienia warunku udziału w postępowaniu (braku podstaw do wykluczenia) dokument (tak wyrok KIO z dnia 9 sierpnia 2017 roku, KIO 1510/17 oraz wyrok KIO 1333/19 z dnia 29 lipca 2019r.).

Reasumując, Zamawiający podał, że wykonawca FlexiPower ani w odpowiedzi na wezwanie do złożenia dokumentów na podstawie z art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, ani też w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów na podstawie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie złożył dokumentów, które potwierdzałyby spełnienie przez niego warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej lub finansowej. Natomiast dokumentów przedstawionych dopiero w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, Zamawiający w ogóle nie powinien był brać pod uwagę.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp z postępowania wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia. Konstrukcja powyższego przepisu jest oczywista — to wykonawca ma wykazać, poprzez złożenie wskazanych przez Zamawiającego oświadczeń i dokumentów, że spełnia warunki udziału w postępowaniu i że nie podlega wykluczeniu z postępowania, a jeżeli tego nie uczyni, to Zamawiający ma obowiązek wykluczyć go z postępowania. W świetle ustawy Pzp nie ma zatem żadnego domniemania spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez wykonawców, nie ma też żadnego domniemania braku podstaw wykluczenia z postępowania. Wskazano za wyrokiem z dnia 25 października 2012 r., sygn. akt: KIO 2220/12, że: „ciężar udowodnienia spełnienia warunków udziału w postępowaniu obciąża wykonawcę. Powinien on — na podstawie dokumentów wymaganych przez Zamawiającego w SIWZ oraz ewentualnie korzystając z instytucji opisanej w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp — spełnienie warunków wykazać, Zamawiający nie jest uprawniony na etapie badania i oceny ofert do liberalizowania czy odstępowania od ustalań przez siebie wymagań, które nie zostały podważone przez wykonawców w drodze dostępnych im środków. Takie działania należy zakwalifikować jako niedopuszczalne i uchybiające art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.” (...). Również w najnowszym orzecznictwie Izby podkreśla się, że to wykonawca ma obowiązek udowodnić, iż spełnia warunki udziału w postępowaniu i że to na wykonawcy spoczywa ciężar dowodu w tym zakresie (tak wyrok z dnia 8 lutego 2019 r., sygn. akt KIO 100/19 oraz wyrok KIO z dnia 20 września 2018 r., sygn. akt KIO 1781/18).

Reasumując, Zamawiający wskazał, że w świetle art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp nie ma żadnego znaczenia, czy obiektywnie dany wykonawca spełnia postawione przez Zamawiającego warunki i nie podlega wykluczeniu z postępowania, jeżeli tego nie wykazał w wymagany przez Zamawiającego sposób. Wykonawca FlexiPower Group nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a dokładniej nie wykazał, że posiada środki finansowe lub zdolność kredytową na kwotę minimum 14.900.000 zł, co skutkuje koniecznością wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp. Ofertę Wykonawcy wykluczonego zgodnie z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp uznaje się za odrzuconą.

Argumentację powyższą Zamawiający powtórzył również przy rozstrzygnięciu dla części II zamówienia, dodatkowo wskazując, iż w tej części oferta Wykonawcy Flexipower Group sp. z o.o. sp. k. z siedzibą Kudrowice została odrzucona na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp w związku z art. 82 ust 3 ustawy Pzp, ponieważ treść oferty wykonawcy nie odpowiada treści SIWZ.

W opisie przedmiotu zamówienia dla Części II — dostawa i montaż wraz z zaprojektowaniem i uruchomieniem 2034 mikro-instalacji fotowoltaicznych przewidziano typy mikroinstalacji fotowoltaicznych w zależności od ich mocy, tj.: 1 kW; 2,24 kW; 2,52 kW; 2,8 kW; 3,08 kW; 3,36 kW; 3,64 kW; 3,92 kW; 4,2 kW; 4,48 kW; 4,76 kW; 5,04 kW; 5,32 kW; 5,6 kW; 5,88 kW; 6,16 kW; 6,44 kW; 6,72 kW; 7,00 kW; 7,28 kW; 7,56 kW; 7,84 kW; 8,12 kW; kW; 8,96 kW; 9,24 kW; 9,52 kW; 9,8 kW; 10,08 kW; 10,92 kW; 11,76 kW; 14,00 kW; 14,84 kW; 16,24 kW; 21 kW. Zamawiający, opisując przedmiot zamówienia, wskazał w SIWZ wymagania jakie ma spełniać każdy wykonawca. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia jak również opis sposobu wykonania Części II zamówienia (III cz. SIWZ: Program Funkcjonalno-Użytkowy). W PFU w rozdziale 6.2 Instalacje fotowoltaiczne, pkt. 62.3. Przekształtnik DC/AC (inaczej falownik lub inwertery) Zamawiający szczegółowo określił parametry dla poszczególnych falowników. Zamawiający przedstawił szczegółową specyfikację tylko dla następujących falowników:

- a) Falowniki 1-fazowe o mocy poniżej 3,1 kW
- b) Falowniki 3- fazowe o mocy 2 kW - 5 kW
- c) Falowniki 3-fazowe o mocy 10 kW -12,5 kW

Falowniki dobiera się do mocy instalacji fotowoltaicznej. Moc instalacji fotowoltaicznej oblicza się sumując moc wykorzystanych w instalacji modułów fotowoltaicznych.

Wykonawcy na etapie przygotowywania ofert zwrócili się do Zamawiającego o udzielenie wyjaśnień treści SIWZ, wskazując na brak możliwości dopasowania falowników spełniających wymagania Zamawiającego do mocy części mikro-instalacji fotowoltaicznych. Na powyższe pytania Zamawiający udzielił następujących odpowiedzi o nr 70 i 71.

Zamawiający w sposób jednoznaczny wyjaśnił, że wykonawca, w przypadku instalacji fotowoltaicznych o mocach innych niż podane w opisie falowników, ma zastosować dwa falowniki o podanych w PFU parametrach, których moc sumaryczna będzie odpowiednia do mocy instalacji. Tak więc w przypadku instalacji fotowoltaicznych o mocach innych niż podane w opisie wykonawca winien zastosować dwa falowniki, których moce mieszczą się w zakresach, podanych w PFU.

Zamawiający w Załączniku 1b — Wzór formularza ofertowego dla Części II zamówienia wskazał typy instalacji fotowoltaicznych w zależności od ich mocy i nakazał, aby każdy wykonawca podał w formularzu ofertowym „Producenta/model Panelu fotowoltaicznego i Falowników” dla każdego typu instalacji (czyli dla instalacji o danej mocy).

Wykonawca Flexipower Group w złożonym formularzu ofertowym dla Części II zamówienia w przypadku instalacji fotowoltaicznych funkcjonalnie związanych z budynkiem mieszkalnym o pow. użyt. do 300m2 (pkt 1 formularza ofertowego) dla następujących typów instalacji fotowoltaicznych:

- 16.Zestaw paneli fotowoltaicznych o mocy min. 6,16 kW
- 17.Zestaw paneli fotowoltaicznych o mocy min. 6,44 kW

- 18. Zestaw paneli fotowoltaicznych o mocy min. 6,72 kW
- 19. Zestaw paneli fotowoltaicznych o mocy min. 7,00 kW
- 34. Zestaw paneli fotowoltaicznych o mocy min. 16,24 kW

zaoferował falownik More BNT006KTL.

Ponadto Wykonawca w ormmularzu ofertowym dla Części II zamówienia w przypadku instalacji fotowoltaicznych funkcjonalnie związanych z budynkiem mieszkalnym o pow. użyt. do 300m² (pkt 1 formularza ofertowego) dla następujących typów instalacji fotowoltaicznych:

- 20. Zestaw paneli fotowoltaicznych o mocy min. 7,28 kW
- 21. Zestaw paneli fotowoltaicznych o mocy min. 7,56 kW
- 22. Zestaw paneli fotowoltaicznych o mocy min. 7,84 kW
- 23. Zestaw paneli fotowoltaicznych o mocy min. 8, 12 kW
- 24. Zestaw paneli fotowoltaicznych o mocy min. 8,40 kW

25. Zestaw paneli fotowoltaicznych o mocy min. 8,96 kW oraz w przypadku instalacji fotowoltaicznych funkcjonalnie związanych z budynkiem mieszkalnym o pow. użyt. powyżej 300m² (pkt 2 formularza ofertowego) dla następujących typów instalacji fotowoltaicznych:

- 5. Zestaw paneli fotowoltaicznych o mocy min. 7,84 kW
- 6. Zestaw paneli fotowoltaicznych o mocy min. 8, 12 kW

zaoferował falownik Afore BNT008KTL.

Zamawiający, pismem z dnia 14 lutego 2020 r. wezwał wykonawcę Flexipower Group, zgodnie z wymaganiami pkt. 8.3.11.1. SIWZ do złożenia dokumentów potwierdzających, że oferowane dostawy spełniają wymagania określone przez Zamawiającego, m.in. kart technicznych oferowanych inwerterów fotowoltaicznych potwierdzających spełnianie przez te urządzenia następujących parametrów zawartych

w OPZ dla tych urządzeń: maksymalny prąd wejściowy, minimalne napięcie wejściowe, zawartość zniekształceń nieliniowych THD przy mocy nominalnej, pobór mocy w nocy, sprawność maksymalna, sprawność europejska.

W odpowiedzi na wezwanie, Wykonawca przedstawił Zamawiającemu karty techniczne inwerterów More BNT006KTL i BNT008KTL, z których wynika:

a) falownik BNT006KTL — posiada moc maksymalną DC 7200W (7,2kW) a po stronie AC moc znamionową AC 6000W (6kW) i maksymalną moc AC 6600W (6,6kW);

b) falownik BNT008KTL — posiada moc maksymalną DC 9600W (9,6kW) a po stronie AC moc znamionową AC 8000W (8kW) i maksymalną moc AC 8800W (8,8kW).

W świetle powyższego Zamawiający nie ma wątpliwości, że zaoferowane falowniki Afore BNT006KTL i More BNT008KTL są falownikami innymi niż te wskazane w opisie falowników w PFU, rozdział 6.2, Instalacje fotowoltaiczne, pkt. 6.2.3. Przekształtniki DC/AC. Żadna z mocy posiadanych przez falowniki (ani moc maksymalna DC, ani moc znamionowa AC 6000W, ani maksymalna moc AC) nie mieści się w zakresach mocy falowników narzuconych przez Zamawiającego w PFU, tj.:

- a) Falowniki 1-fazowe o mocy poniżej 3,1 kW
- b) Falowniki 3- fazowe o mocy 2 kW - 5 kW
- c) Falowniki 3 -fazowe o mocy 10 kW -12,5 kW

Wykonawca Flexipower winien był zaoferować takie modele falowników, których moce mieściłyby się w zakresach mocy falowników narzuconych przez Zamawiającego

w PFU. To po stronie Wykonawcy było dobranie odpowiednich falowników do poszczególnych typów instalacji fotowoltaicznych, przy czym tylko spośród tych falowników, które spełniają wymagania określone przez Zamawiającego w pkt. 6.2.3. PFU, w tym zwłaszcza wymagania co do mocy falowników. Zaoferowanie falowników More BNT006KTL i More BNT008KTL w przypadku wskazanych w odwołaniu typów instalacji fotowoltaicznych powoduje, że zamiast zastosowania dwóch falowników, których moc sumaryczna będzie odpowiednia do mocy instalacji, tak jak tego wymagał Zamawiający, wykonawca Flexipower będzie mógł zastosować tylko jeden falownik (odpowiednio: Afore BNT006KTL albo Afore BNT008KTL), którego moc będzie wystarczająca do obsłużenia danego typu instalacji fotowoltaicznej.

Niezależnie od powyższego, w przypadku falowników 3-fazowych o mocy 10-12,5 kW Zamawiający wymagał, aby: minimalne napięcie wejściowe 220 V.

Minimalne napięcie wejściowe jest parametrem dotyczącym strony DC falownika (DC - ang. direct current - prąd stały), czyli strony falownika odpowiedzialnej za odbiór prądu stałego wyprodukowanego przez panele fotowoltaiczne. Ponadto minimalne napięcie wejściowe jest parametrem ściśle powiązanym z innym parametrem dotyczącym strony DC falownika, czyli z zakresem MPPT. Wyjaśnienia wymaga fakt, że określenia MPPT używa się m.in. w odniesieniu do jednego z wejść do falownika, do którego przyłączany jest co najmniej jeden łańcuch modułów fotowoltaicznych w połączeniu szeregowym. Falowniki mniejszej mocy mają co najmniej jedno takie wejście, dla urządzeń trójfazowych są to najczęściej dwa wejścia. Każde z tych wejść działa niezależnie dla łańcucha modułów fotowoltaicznych przyłączonych do niego. Stąd w kartach katalogowych falowników podaje się parametr: zakres MPPT, oznaczający napięcie minimalne oraz maksymalne, które może zostać przyłączone do jednego wejścia MPPT, aby falownik mógł pracować prawidłowo.

Aby wymóg minimalnego napięcia wejściowego mniejszego lub równego 220 V był spełniony, zakres MPPT musi obejmować 220 V lub wartość niższą niż 220V. Jeżeli zakres MPPT nie obejmuje ani 220 V, ani wartości niższej, to oznacza to, że nie jest spełniony wymóg minimalnego napięcia wejściowego mniejszego lub równego 220 V. Z kolei minimalne napięcie wejściowe to dolna granica zakresu MPPT. Minimalne napięcie wejściowe jest rozumiane jako minimalna wartość napięcia wejściowego, przy którym falownik może pracować i przetwarzać prąd stały na przemienny. Jeżeli napięcie z modułów fotowoltaicznych spadnie poniżej minimalnego napięcia wejściowego (czyli poniżej dolnej) Następnie Zamawiający wskazał, że jak wynika z formularza ofertowego złożonego przez wykonawcę Flexipower Group w przypadku w przypadku instalacji fotowoltaicznych funkcjonalnie związanych z budynkiem mieszkalnym o pow. użyt. do 300m² (pkt 1 formularza ofertowego) dla następujących typów instalacji fotowoltaicznych:

31. Zestaw paneli fotowoltaicznych o mocy min. 11, 76 kW wykonawca Flexipower Group zaoferował Zamawiającemu falownik Afore BNT012KTL produkcji Afore NewEnergy Technology (Shanghai) Co., Ltd.

Zaoferowany falownik jest falownikiem 3-fazowym o mocy mieszczącej się w przedziale 10-12,5 kW, gdyż jego moc znamionowa AC wynosi 12.000 W (12 kW) a maksymalna moc AC - 12.100 W (12,1kW). Tym samym falownik powinien spełniać wszystkie wymagania przewidziane przez Zamawiającego dla falownika 3-fazowego o mocy mieszczącej się w przedziale 10-12,5 kW, w tym wymóg minimalnego napięcia wejściowego mniejszego lub równego 220 V.

Jak wynika ze złożonej przez Wykonawcę karty technicznej dla falownika Afore BNT012KTL, zakres MPPT dla tegoż falownika wynosi od 300 do 800V. Zatem w przypadku falownika zakres MPPT nie obejmuje ani 220 V, ani wartości niższej, gdyż rozpoczyna się dopiero od 300 V. Powyższe oznacza, że nie jest spełniony wymóg Zamawiającego dotyczący minimalnego napięcia wejściowego mniejszego lub równego 220 V. Tym samym falownik nie spełnia wymagań przewidzianych przez Zamawiającego.

W przedłożonej przez Wykonawcę karcie technicznej dla falownika Afore BNT012KTL podano, że napięcie startowe wynosi 200V (czyli mniej niż 220V). Jednak minimalne napięcie wejściowe to zupełnie inny parametr niż napięcie startowe.

Minimalne napięcie wejściowe wyznacza bowiem dolną granicę napięcia prądu produkowanego przez panele fotowoltaiczne, przy którym to napięciu falownik jest w stanie pracować. Innymi słowy minimalne napięcie wejściowe dostarczane do falownika (do wejścia MPPT) jest to minimalna wartość napięcia, przy której falownik będzie pracował i przetwarzał prąd stały na przemienny.

Z kolei napięcie startowe oznacza minimalne wymagane napięcie dostarczane przez panele fotowoltaiczne po osiągnięciu którego falownik uruchomi się. Napięcie startowe jest to zatem wartość napięcia niezbędną, aby falownik wystartował/załączył/uruchomił się. Napięcie startowe to napięcie bez obciążenia — kiedy falownik startuje/załącza/uruchamia się, ale jeszcze nie pracuje, tj. jeszcze nie zamienia prądu stałego na prąd zmienny.

Reasumując nie ma możliwości, aby napięcie startowe było niższe niż dolna granica zakresu MPPT, czyli niższe niż minimalne napięcie wejściowe. Gdyby bowiem napięcie startowe było niższe niż dolna granica zakresu MPPT, czyli niższe niż minimalne napięcie wejściowe, to falownik po uruchomieniu się nie byłby w stanie pracować. Po osiągnięciu napięcia startowego falownik uruchomiłby się, ale napięcie dostarczane z modułów fotowoltaicznych byłoby poniżej dolnej granicy zakresu MPPT (poniżej minimalnego napięcia wejściowego), a minimalne napięcie wejściowe wyznacza dolną granicę napięcia prądu produkowanego przez panele fotowoltaiczne, przy którym to napięciu falownik jest w stanie pracować.

Zatem to, że w karcie technicznej dla falownika Afore BNT012KTL, złożonej przez wykonawcę Flexipower w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego napięcie startowe wynosi 200 V i jest niższe niż zakres MPPT (300-800 V) świadczy tylko o tym, że karta ta nie zawiera prawidłowego parametru napięcia startowego, gdyż w rzeczywistości napięcie startowe falownika More BNT012KTL musi być (i jest) wyższe. Jak wynika z powszechnie dostępnych informacji na temat falownika Afore BNT012KTL jego napięcie startowe wynosi 320 V i taka wartość jest prawidłowa, gdyż mieści się w zakresie MPPT dla tego falownika („MPPT zakres napięcia DC” dla tego falownika wynosi 300-800 V, co już wskazano powyżej).

W świetle powyższego treść oferty wykonawcy Flexipower Group jest niezgodna z treścią SIWZ.

Zamawiający podkreślił, że nie jest możliwe usunięcie opisanej powyżej niezgodności pomiędzy treścią oferty a treścią SIWZ w żaden sposób przewidziany ustawą. Każda próba usunięcia opisanej powyżej niezgodności musiałaby bowiem polegać na zastąpieniu zaoferowanych falowników Afore BNT006KTL, Afore BNT008KTL i More BNT012KTL innymi, niewskazanymi w ofercie falownikami, spełniającym wymagania SIWZ.

Tymczasem zarówno art. 84 ust. 1, jak i art. 87 ust. 1 ustawy Pzp wyraźnie zabraniają dokonywania jakichkolwiek zmian w treści oferty po upływie terminu składania ofert. Zakaz modyfikacji treści oferty poprzez składanie wyjaśnień został wyraźnie wyartykułowany w art. 87 ust. 1 zdanie drugie ustawy Pzp. Również w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej nie budzi żadnych wątpliwości, że wyjaśnienia nie mogą prowadzić do zmiany treści oferty, a zwłaszcza nie mogą służyć usuwaniu niezgodności treści oferty z treścią SIWZ (tak wyrok KIO z dnia 12 marca 2012 r., sygn. akt: KIO 425/12 oraz wyrok z dnia 15 czerwca 2012 r., sygn. akt KIO 118/12; wyrok z dnia 22 stycznia 2013 r., sygn. akt KIO 41/13; wyrok z dnia 25 czerwca 2018 r., sygn. akt KIO 1156/18).

Niedopuszczalne byłoby poprawienie wskazanych powyżej niezgodności treści oferty wykonawcy Flexipower Group z treścią SIWZ w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, czyli jako innej omyłki. Dokonanie poprawki na tej podstawie wymagałoby bowiem uprzedniego zwrócenia się do wykonawcy Flexipower o wyjaśnienie jakie inne falowniki spełniające wymagania SIWZ wykonawca ten oferuje Zamawiającemu w miejsce falowników wskazanych w ofercie.

Ponadto, zgodnie ze stanowiskiem Krajowej Izby Odwoławczej wyrażonym w szeregu orzeczeń, warunkiem *sine qua non* dla dokonania poprawienia innych omyłek w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp jest to, iż Zamawiający ma możliwość samodzielnego dokonania poprawy, tzn. w ofercie zamieszczone są informacje, które umożliwiają mu dokonanie poprawy bez ingerencji wykonawcy oraz wprowadzania do treści oferty informacji z zewnątrz. Tak więc Zamawiający, poprawiając ofertę, może wykorzystywać jedynie informacje w niej zamieszczone i to takie, które nie budzą wątpliwości co do tego, że stanowią treść oświadczenia woli wykonawcy (tak wyrok z dnia 13 października 2014 r. KIO 1975/14; wyrok z dnia 5 października 2012 r., sygn. akt: KIO 1955/12, KIO 1956/12, KIO 1961/12; wyrok z 21 września 2011 r., sygn. akt KIO 1946/11, wyrok z dnia 12 marca 2012 r., sygn. akt: KIO 429/12, wyrok z dnia 16 lipca 2012 r., sygn. akt: KIO 1323/12, wyrok z dnia 23 stycznia 2012 r., sygn. akt: KIO 55/12 oraz wyrok z dnia 27 kwietnia 2012 r., sygn. akt: KIO 758/12, KIO 774/12).

Kwestia powyższa nie budzi również żadnych wątpliwości w orzecznictwie Sądów Okręgowych - przykładowo, wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 21 stycznia 2010 r., V Ca 1051/10.

Mając na uwadze powyższe orzecznictwo Zamawiający wskazał, że w ofercie wykonawcy Flexipower Group brak jest informacji, które pozwalałyby Zamawiającemu na samodzielne jej poprawienie i dostosowanie do treści SIWZ. Z oferty wykonawcy nie wynika bowiem w żaden sposób jakie inne falowniki spełniające wymagania SIWZ wykonawca ten miałby oferować Zamawiającemu w miejsce falowników wskazanych w ofercie. Mając na uwadze powyższe, oferta wykonawcy podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp w związku z art. 82 ust 3 ustawy Pzp.

W części III zamówienia Zamawiający podtrzymał decyzję o wykluczeniu Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, a w konsekwencji unieważnił postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt. 1 ustawy Pzp, bowiem w tej części nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o odrzucenie odwołania w części II postępowania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2,3,5 ustawy Pzp, w pozostałym zakresie wnosił o oddalenie odwołania. Zamawiający powtórzył argumentację przedstawioną w informacji o wykluczeniu wykonawcy, powołał się na orzecznictwo, które przemawia za zasadnością stanowiska Zamawiającego.

Przystępujący Hymon wnosił o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2,3,5 ustawy Pzp w zakresie części II, w przypadku zaś nieuwzględnienia tych wniosków o oddalenie odwołania jako niezasadnego. Przystępujący przedstawił obszerną argumentację przemawiającą za

odrzućeniem odwołania w części II, przywołał orzecznictwo krajowe i europejskie.

Przystępujący Solartime wnosił o oddalenie odwołania w zakresie części I i II postępowania.

Biorąc powyższe ustalenia pod uwagę Izba uznała, iż zarzuty odwołania dotyczące części II zamówienia podlegały odrzuceniu jako niedopuszczalne w trybie art. 189 ust. 2 pkt 2 i pkt 5 ustawy Pzp.

Odwołanie w pozostałej części podlegało oddaleniu jako niezasadne.

Izba podziela stanowisko Zamawiającego i Przystępującego Hymon co do konieczności odrzucenia odwołania jako wniesionego przez podmiot nieuprawniony oraz

z uwagi na okoliczność, że odwołanie dotyczy czynności, którą Zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu lub, w przypadku uwzględnienia zarzutów

w odwołaniu, którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Przy czym Izba zastrzega, że powyższe przesłanki dotyczą jedynie części II zamówienia, nie odnoszą się do całości złożonego środka ochrony prawnej.

Zgodnie z art. 179 ustawy Pzp środki ochrony prawnej określone w ustawie Pzp,

w tym odwołanie, przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy, z tym zastrzeżeniem, że wobec ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia przysługują one również organizacjom wpisanym na listę, o której mowa w art. 154 pkt 5 ustawy Pzp. Tym samym tylko podmioty wskazane w tym przepisie mogą zostać uznane za uprawnione do wniesienia odwołania, stąd *a contrario* podmioty niezaliczające się do tego grona, uznane muszą zostać za nieuprawnione do wniesienia odwołania, a wniesione przez nie odwołanie musi zostać odrzucone na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 2 pkt 11 ustawy Pzp przez wykonawcę należy rozumieć osobę fizyczną, osobę prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, która ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego.

Jak wynika z art. 2 pkt 11 ustawy Pzp, status wykonawcy wiąże się z czynnym uczestnictwem w kolejnych etapach postępowania o udzielenie zamówienia, czy też z realizacją samego zamówienia. W rozpoznawanej sprawie Odwołujący złożył Zamawiającemu ofertę w części II zamówienia. Niewątpliwym jest, że status wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez Zamawiającego pierwotnie Odwołujący posiadał. Niemniej jednak, w wyniku czynności podjętych w postępowaniu o udzielenie zamówienia przez Zamawiającego, będących wynikiem uwzględnienia zarzutów odwołania w sprawie KIO 922/20 przez stronę Zamawiającą oraz brakiem złożenia przez Odwołującego (wówczas Przystępującego FlexiPower) sprzeciwu wobec uwzględnienia zarzutów, co skutkowało umorzeniem postępowania odwoławczego, Odwołujący status aktywnego uczestnika postępowania o udzielenie zamówienia utracił.

Wniesione przez wykonawcę Hymon odwołanie z 29 kwietnia 2020. r. zostało uwzględnione przez Zamawiającego w całości a Odwołujący wobec takiego stanowiska nie wniósł sprzeciwu. W rezultacie postanowieniem z dnia 18 czerwca 2020 r., sygn. akt KIO 922/20, Izba umorzyła postępowanie odwoławcze. Odwołujący został wykluczony z części II zamówienia, a jego oferta odrzucona. Odwołujący wprost przyznaje przywołane okoliczności w odwołaniu. Słusznie zauważył również Przystępujący Hymon, że Odwołujący przyznaje wprost, że odrzucenie jego oferty przez Zamawiającego było zasadne, gdyż treść jego oferty nie odpowiadała treści SIWZ. Tym samym nie ma żadnych wątpliwości,

że wykluczenie Odwołującego z postępowania w Części II i odrzucenie jego oferty jest skuteczne i ostateczne. Odwołujący powyższych czynności Zamawiającego nie kwestionuje

i nie kwestionował nie korzystając z prawa do złożenia sprzeciwu. Nie korzystał on również

z prawa do wniesienia skargi na postanowienie KIO, co oznacza, iż z upływem terminu na zaskarżenie wydanego postanowienia stało się ono ostateczne. W wyniku zaś uwzględnienia zarzutów i żądań odwołania Zamawiający zobowiązany był do wykonania czynności zgodnie z żądaniami w części II zamówienia.

Izba podziela stanowisko przedstawione w uzasadnieniu postanowienia z dnia 4 lipca 2013 roku w sprawie o sygnaturze akt KIO 1500/13, gdzie zauważono, że

„(...) W postanowieniu z 19 marca 2012 r. sygn. akt IX Ga 39/12 (niepubl.) Sąd Okręgowy

w Lublinie wskazał, że w pierwszej kolejności Krajowa Izba Odwoławcza winna ocenić, czy odwołanie zostało wniesione przez podmiot do tego uprawniony.

Izba zważyła, że odwołujący nie kwestionuje czynności wykluczenia go

z postępowania. Czynność wykluczenia wywiera zatem skutki prawne, które – wobec nie wniesienia skargi do Sądu Okręgowego na wyrok Izby z 10 czerwca 2013 r. - mają charakter nieodwracalny. Odwołujący nie jest już uczestnikiem postępowania o udzielenie zamówienia, zatem odwołanie jako wniesione przez podmiot nieuprawniony podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 Pzp.

Prezentowana wykładnia przywołanego przepisu, mającego zastosowanie nie tylko do złożenia odwołania przez niewłaściwie umocowanego pełnomocnika odwołującego, ale również do okoliczności, w których podmiot korzystający ze środków ochrony prawnej nie może uczestniczyć w postępowaniu odwoławczym, gdyż sam jest podmiotem do tego nieuprawnionym, została podniesiona w doktrynie (vide: J. Jerzykowski [w:] M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2010, wyd. IV).

Pogląd, iż niedopuszczalne jest korzystanie ze środków ochrony prawnej przez wykonawcę, który został skutecznie wykluczony z udziału w postępowaniu, a tym samym utracił status uczestnika tego postępowania, znalazł również potwierdzenie w postanowieniu Sądu Okręgowego Warszawa – Praga w Warszawie z dnia 9 października 2008r. sygn. akt IV Ca 521/08 (niepubl.). W uzasadnieniu tego postanowienia Sąd Okręgowy stwierdził, że odwołanie wniesione przez taki podmiot podlega odrzuceniu, jako wniesione przez podmiot nieuprawniony.

Analogiczny pogląd wywiedziony został także w postanowieniu Izby z dnia 18 września 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 1176/09) oraz z dnia 5 kwietnia 2011 r., (sygn. akt: KIO 842/11, KIO 844/11), w których Izba za nieuprawnioną uznała podmiot, któremu nie służy przymiot wykonawcy na etapie postępowania o udzielenie zamówienia, na którym zostaje złożony środek ochrony prawnej”.

Tożsamość stanowiska wynika z postanowień Izby z dnia 9 marca 2015 roku (sygn. akt KIO 341/15) oraz postanowień KIO z dnia 29 września 2016 roku (sygn. akt KIO 1735/16) oraz postanowienia KIO z dnia 4 września 2017 roku (sygn. akt KIO 1794/17).

Z chwilą realizacji przez Zamawiającego w sposób ostateczny czynności wykluczenia wykonawcy lub odrzucenia

złożonej przez niego oferty, podmiot, do którego czynność ta bezpośrednio się odnosi, a który jej nie kwestionuje nie korzystając z przysługujących mu uprawnień w ramach środków ochrony prawnej, traci status aktywnego wykonawcy – przestaje on z tą chwilą czynnie uczestniczyć w postępowaniu o udzielenie zamówienia, tym samy nie może już uzyskać zamówienia w danym postępowaniu ani też skutecznie kwestionować innych czynności podejmowanych przez Zamawiającego.

Reasumując, należało uznać, że Wykonawca wykluczony, którego oferta została odrzucona w wykonaniu postanowienia Izby w danej części zamówienia, nie został wyposażony w uprawnienie do kwestionowania czynności Zamawiającego na drodze wniesienia nowego odwołania, którym kwestionuje czynności Zamawiającego podjęte po wykonaniu czynności wykluczenia i odrzucenia. Konsekwencją takiego stanu jest to, że począwszy od czynności dokonanej w wykonaniu uwzględniania zarzutów odwołania przy braku sprzeciwu podmiotu uprawnionego do jego zgłoszenia, podmiot taki (czyli Odwołujący) został pozbawiony uprawnienia do wnoszenia jakichkolwiek innych odwołań w postępowaniu

o udzielenie zamówienia (dla danej części zamówienia), w których dotychczas uczestniczył, jako wykonawca – nie posiada on już bowiem aktywnego statusu wykonawcy

w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonego przez Zamawiającego. Stąd też każde wniesione przez niego odwołanie dotyczące danej części, nie tylko zmierzające do podważenia czynności odrzuconej przez niego oferty dokonanej w wykonaniu wyroku Izby, ale każdej innej podjętej równocześnie z tą czynnością lub już po niej, winno zostać odrzucone, jako wniesione przez podmiot nieuprawniony. Przy czym Izba ponownie podkreśla, iż rozważania dotyczą części II zamówienia, każdą bowiem część zamówienia należy traktować odrębnie. Ponadto tylko części II postępowania o udzielenie zamówienia dotyczyły zarzuty i żądania podniesione w sprawie KIO 922/20 i tylko w tej części Zamawiający uwzględnił zarzuty i żądania. Zgodnie z art. 32 ust. 4 ustawy Pzp jeżeli zamawiający dopuszcza możliwość składania ofert częściowych albo udziela zamówienia

w częściach, każda z takich części stanowi przedmiot odrębnego postępowania, natomiast wartością zamówienia jest łączna wartość poszczególnych części zamówienia. W ocenie Izby odrębnie zatem w odniesieniu do poszczególnych części należy oceniać przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej.

W ocenie składu orzekającego Izby odwołanie w części II zamówienia podlega również odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp. Zgodnie z przywołaną regulacją Izba odrzuca odwołanie, jeżeli odwołanie dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu - w przypadku uwzględnienia zarzutów w odwołaniu. Odwołanie w sprawie KIO 922/20 zostało uwzględnione przez Zamawiającego w całości a Odwołujący nie wniósł wobec uwzględnienia sprzeciwu, w rezultacie czego KIO postanowieniem z dnia 18 czerwca 2020 r. umorzyła postępowanie odwoławcze.

Zamawiający, stosownie do przepisu art. 186 ust. 2 ustawy Pzp, wykonał czynności w postępowaniu zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu wykonawcy Hymon, w szczególności w zakresie części II wykluczył Odwołującego w tej części i odrzucił jego ofertę jako niezgodną w treści z treścią SIWZ. Czynności te stanowią dokładne wypełnienie żądań odwołania w sprawie KIO 922/20, a zatem są czynnościami, które Zamawiający wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Następczo Zamawiający dokonał czynności wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej oferty. W świetle art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp jest poza sporem, że takich czynności nie można kwestionować poprzez wniesienie kolejnego odwołania, a jeżeli odwołanie takie zostanie wniesione, Izba musi je odrzucić. Kolejne zarzuty Odwołującego dotyczące części II zamówienia należy uznać za niedopuszczalne.

Izba nie uwzględniła wniosków Zamawiającego i Przystępującego Hymon o odrzucenie odwołania w części II postępowania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp jako wniesionego po terminie. Zamawiający i Uczestnik postępowania argumentowali, że Odwołujący dowiedział się, że oferta Przystępującego nie podlega odrzuceniu jako niezgodna z ustawą i SIWZ już w dniu 20 kwietnia 2020 r., tj. gdy otrzymał od Zamawiającego pierwsze zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty w zakresie części II. Zgodnie z zawiadomieniem oferta złożona przez Przystępującego Hymon nie została odrzucona, została natomiast sklasyfikowana na drugim miejscu w rankingu ofert.

Faktem jest, że już w momencie pierwszego wyboru oferty najkorzystniejszej Odwołującemu FlexiPower znana była treść oferty Przystępującego Hymon w warstwie oferowanego przedmiotu. Tym niemniej wówczas oferta Odwołującego była ofertą najkorzystniejszą i nie miał on interesu w kwestionowaniu oferty znajdującej się na niższej pozycji w rankingu. W ocenie składu dopiero z momentem dokonania ponownego procesu badania i oceny ofert oraz ujawnienia wyniku tego badania przez informację o wyborze oferty najkorzystniejszej bieg rozpoczął termin na kwestionowanie tej czynności, oczywiście przy uwzględnieniu okoliczności, że Odwołujący byłby nadal aktywnym uczestnikiem takiego postępowania w części II.

Odrębną kwestią ale wartą jednakże dostrzeżenia na marginesie jest to, że nawet gdy uznać za dopuszczalne złożenie odwołania (jako niepodlegającego odrzuceniu), to niemożliwym byłoby przyjęcie, że Odwołujący posiadał interes we wniesieniu tego odwołania dla części II zamówienia. Wobec wykluczenia Odwołującego i odrzucenia złożonej przez niego oferty, nie jest on władny uzyskać zamówienia (tego konkretnego – „danego”

w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp). Co za tym idzie nie może on ponieść szkody w wyniku ewentualnego dopuszczenia się naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Niezbędnym do wykazania interesu w uzyskaniu zamówienia na etapie składania odwołania jest chociażby potencjalna możliwość uzyskania przez Odwołującego tego konkretnego zamówienia. Nie może uzasadniać istnienia po stronie odwołującej interesu w rozumieniu art. 179 ustawy Pzp próba odwoływania się do konieczności unieważnienia postępowania i przeprowadzenia procedury o udzielenie zamówienia ponownie, zwłaszcza w ujęciu orzecznictwa europejskiego, w tym przywołanego przez samego Odwołującego w odwołaniu. Interes Odwołującego musi być utożsamiany z doznany przez wykonawcę uszczerbkiem w uzyskaniu zamówienia w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia w wyniku naruszenia przepisów ustawy i nie może być odnoszony do przyszłego i niepewnego, hipotetycznego zdarzenia, jakim może być (ale nie musi) ponowne ogłoszenie postępowania o udzielenie zamówienia. Nie można uznać za prawidłowy w obliczu obowiązujących przepisów pogląd, że wykonawca reprezentujący swój interes, w sytuacji gdy nie ma szans na uzyskanie zamówienia, może dążyć do unieważnienia postępowania jako jedynego celu korzystania ze środków ochrony prawnej.

Takiej interpretacji przesłanki „posiadania interesu” nie podziela także orzecznictwo europejskie. Za nieuprawnione należy uznać stanowisko Odwołującego, w zakresie gdzie odwołuje się on do orzeczenia Trybunału Sprawiedliwości Unii

Europejskiej z dnia 11 maja 2017 r. w sprawie C-131/16 Archus et Gama. Orzeczenie to zostało wydane w sytuacji, gdy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego złożono dwie oferty, a instytucja zamawiająca wydała jednocześnie dwie decyzje, odpowiednio, o odrzuceniu oferty jednego z oferentów i o udzieleniu zamówienia drugiemu wykonawcy. Trybunał uznał wówczas, iż odrzucony oferent, który zaskarżył obie te decyzje, powinien mieć możliwość żądania wykluczenia innego wykonawcy i odrzucenia oferty takiego oferenta i w taki sposób zdefiniował pojęcie „danego zamówienia”. Wspomniane orzeczenie, jak również inne przywołane przez Odwołującego w odwołaniu dotyczyły sytuacji, gdzie Wykonawca korzystający ze środków ochrony prawnej, co prawda wnosi o unieważnienie postępowania, ale jednocześnie kwestionuje decyzje zamawiającego podjęte w stosunku do własnej oferty. Z taką sytuacją nie mamy do czynienia w przedmiotowym postępowaniu. Odwołujący bowiem nie polemizuje z decyzją Zamawiającego w odniesieniu do własnej oferty ale próbuje korzystać ze środków ochrony prawnej w kontekście działań pozostałych uczestników postępowania o udzielenie zamówienia akceptując sytuację, że jego udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia zakończył się a oferta została uznana za nieprawidłową.

Ze stanowiska doktryny i orzecznictwa wynika jednoznacznie, że skutek w postaci ewentualnego unieważnienia tak kwestionowanego postępowania nie może być celem samym w sobie. W ocenie składu orzekającego Izby Wykonawca, który został ostatecznie wykluczony z postępowania, zarówno na gruncie przepisów krajowych, jak i europejskich, nie ma interesu w uzyskaniu zamówienia oraz nie może ponieść szkody w wyniku naruszenia zarzucanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp.

Reasumując, z tych powodów zarzuty odwołania w zakresie części II zamówienia podlegały odrzuceniu i nie były rozpoznawane merytorycznie.

W pozostałym zakresie w ocenie składu orzekającego Izby zarzuty odwołania odnoszące się do części I i III postępowania nie zasługiwały na uwzględnienie i w całości zostały uznane za niezasadne.

Nie było sporne między uczestnikami postępowania odwoławczego brzmienie ustalonego w postępowaniu o udzielenie zamówienia warunku udziału odnoszącego się do posiadania określonej zdolności finansowej lub kredytowej. Odwołujący nie zaprzeczał,

że w warunku ustalono zasadę, iż w przypadku złożenia oferty na więcej części warunek musi być spełniony na poziomie wszystkich części. Odwołujący wielokrotnie przywoływał treść warunku w składanych Zamawiającemu w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyjaśnieniach powołując się na ustalone zasady. Także w uprzednio toczących się postępowaniach odwoławczych KIO 922/20 i Kio 1542/20 nie przeczył takiej interpretacji zapisów SIWZ. Innymi słowy, Zamawiający ustalił, a wykonawcy (w tym Odwołujący) zaakceptowali, że ocena zdolności finansowej lub kredytowej w przypadku ubiegania się

o kilka części zamówienia będzie przeprowadzona w sposób kumulatywny. Dla Izby bezspornym jest, że jeżeli w przedmiotowym postępowaniu Odwołujący złożył ofertę na cztery części zamówienia, winien był wykazać iż posiada środki finansowe lub zdolność kredytową na kwotę min 14.900.000,00 zł, czyli w wysokości ustalonej dla wszystkich części, o które Wykonawca się ubiega.

Takie ustalenie i interpretacja warunku udziału w postępowaniu zgodna jest z treścią artykułu 58 (Kryteria kwalifikacji) ustęp 3 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE, gdzie wpisano zasadę, iż *jeżeli zamówienie jest podzielone na części, artykuł ma zastosowanie do każdej poszczególnej części. Instytucja zamawiająca może jednak określić minimalny roczny obrót, który muszą wykazać wykonawcy, poprzez odniesienie do grup części na wypadek, gdyby zwycięskiemu oferentowi przyznano kilka części zamówienia do realizacji w tym samym czasie.*

Dla Izby zupełnie niezrozumiała jest argumentacja Odwołującego zaprezentowana częściowo w odwołaniu, pogłębiona na rozprawie, że z momentem wykluczenia go

z postępowania w części II, a zwłaszcza z momentem odrzucenia odwołania w tej części

z powodu utraty przymiotu podmiotu uprawnionego do korzystania ze środków ochrony prawnej w części II postępowania, zmianie uległ poziom spełniania i oceny warunków

w pozostałych częściach co do poziomu zdolności finansowej lub kredytowej. Odwołujący zdaje się nie zauważać lub nie rozumieć różnicy pomiędzy momentem, w którym ocenia się czy dany wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu i przede wszystkim niezmienności ustalonych warunków, a przebiegiem samego postępowania i czynnościami, które podejmować może Zamawiający oceniając oferty. Bezwzględnie pokreślenia wymaga, iż momentem, na który ocenia się czy dany wykonawca spełnia ustalone warunki udziału

w postępowaniu jest upływ terminu składania ofert. Wówczas treść warunku i treść ofert przyjmuje kształt ostateczny. Odwołujący z tym terminem postanowił ubiegać się o określoną ilość części zamówienia, tym samym dla tych wszystkich części winien był wykazać za pomocą dozwolonych środków dowodowych, że warunki udziału spełnia w terminie złożenia oferty na określoną ilość części postępowania. Czynności podejmowane przez Zamawiającego w poszczególnych częściach w ramach procesu badania i oceny ofert,

to jest wykluczenie wykonawcy, odrzucenie oferty mają charakter następczy wobec ustalonych i niezmiennych warunków udziału. Sama eliminacja danego wykonawcy

z ubiegania się o daną część zamówienia poprzez jego wykluczenie, czy odrzucenie oferty, nie powoduje, że poziom wykazania, czy spełnia on warunki ustalone w terminie składania ofert ulegała zmianie w innych częściach. Przyjęcie argumentacji Odwołujących doprowadziłoby do postępowania sprzecznego z ustawą Pzp, stanowiłoby próbę dokonywania niedozwolonych zmian treści SIWZ po upływie terminu składania ofert. Warunek udziału został na moment złożenia ofert jednoznacznie ustalony, iż w przypadku złożenia oferty na więcej niż jedną część, warunek zostanie spełniony, jeśli Wykonawca wykaże, że posiada środki finansowe lub zdolność kredytową na kwotę stanowiącą sumę kwot dla odpowiednich zadań. Eliminacja oferty wykonawcy z danej części zamówienia nie powoduje, że obniża się poziom konieczności dowiedzenia spełniania warunku w innych częściach. Dopuszczenie do takich sytuacji może doprowadzić do manipulacji przez wykonawców złożonymi ofertami i wtórnych decyzji (po złożeniu oferty), w której części zamówienia podtrzymywanie złożonej oferty jest dla wykonawcy korzystniejsze, co należy uznać za działania niewłaściwe.

Przechodząc następnie do oceny, czy Odwołujący potwierdził spełnienie warunków udziału w postępowaniu co do zdolności finansowej lub kredytowej w wysokości 14 900 000 zł, dostrzeżenia wymaga, iż Wykonawca nie sprostął obowiązкови wykazania, że ustalony

w postępowaniu warunek udziału spełnia.

Na wezwanie Zamawiającego w trybie na art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, Wykonawca złożył dwa zaświadczenia (opinie) ING Baniu Śląskiego S.A. (z 11 lutego 2020 r. i z 09 stycznia 2020 r.). Zaświadczenia mają zbliżoną treść i

dotyczą tego samego rachunku bankowego, dotyczą natomiast innych okresów (01/10/19 do 31/12/19 oraz 01/09/19 do 30/11/19). W każdym z zaświadczeń wskazano, że całkowite średnie miesięczne obroty na rachunku w podanych okresach były ośmiocyfrowe w dolnym przedziale, zarówno po stronie Wn, jak i po stronie Ma. W ocenie Banku Klient ma zdolność kredytową w kwocie 12 100 000,00 zł.

Izba podziela ocenę złożonych dokumentów przeprowadzoną przez Zamawiającego. Po pierwsze, dokumenty potwierdzają spełnienie warunków dla części odrębnie, ale nie potwierdzają warunku kumulatywnej oceny zdolności finansowej lub kredytowej wykonawcy dla wszystkich części zamówienia, o które ubiega się Odwołujący. Następnie jedna z tych opinii (z 09 stycznia 2020 r.) w ogóle nie może być brana pod uwagę, ponieważ dotyczy okresu przypadającego wcześniej niż miesiąc przed terminem składania ofert. Jedyną informacją pewną i potwierdzoną przez bank w zaświadczeniach była okoliczność, że Odwołujący ma zdolność kredytową w kwocie 12 100 000 zł. Z zaświadczeń nie wynika natomiast, że Wykonawca w danym okresie posiadał na koncie środki o wartości ośmiocyfrowej. Informacja o całkowitych średnich obrotach miesięcznych na rachunku nie dowodzi wysokości środków na koncie w danym okresie. Danych tych nie należy traktować jako salda na rachunku. Zauważyć również należy, że strona Wn oraz strona Ma rachunku określone zostały na takim samym poziomie przez Bank, mianowicie „ośmiocyfrowo w dolnym przedziale”. W żaden sposób informacja taka nie dowodzi, że na rachunku saldo zamykało się kwotą ośmiocyfrową w dolnym jej przedziale. Średnie miesięczne obroty na rachunku nie potwierdzają konkretnej kwoty, zaświadczenie nie dowodzi, że jakaś konkretna kwota ośmiocyfrowa w dolnym jej przedziale w danym okresie, a zwłaszcza w jednym punkcie czasowym (konkretnej dacie) znajdowała się na rachunku. Zaświadczenia wprost odnoszą się do średnich miesięcznych obrotów, a nie do konkretnej kwoty. Zauważyć zaś należy, iż warunkiem było dysponowanie określoną wartością wyrażoną w kwocie pieniężnej a nie obrotami na rachunku. Słusznie zauważył w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający, że wysokość posiadanych na koncie środków finansowych nie jest wyrażana miarą obrotów, ale miarą salda danego rachunku.

W ocenie Izby Zamawiający prawidłowo wobec tak złożonych dokumentów zastosował art. 26 ust. 3 ustawy Pzp i wezwał Odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku posiadania środków finansowych lub zdolności kredytowej w wysokości 14 900 000 zł. Na powyższe wezwanie Odwołujący zareagował w ten sposób, że złożył wyjaśnienia i oświadczył, iż w jego ocenie złożone wcześniej dokumenty potwierdzają spełnienie warunku w wymaganej wysokości utrzymując, że

w danym okresie, na rachunku bankowym Wykonawca posiadał środki o wartości ośmiocyfrowej.

Zamawiający w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp postanowił uzyskać od Odwołującego dodatkowe stanowisko w zakresie opinii z dnia 11 lutego 2020 roku, prosząc o wyjaśnienie, czy pomiędzy 21 grudnia 2019 r. a 31 grudnia 2019 r. Wykonawca posiadał środki finansowe w wysokości co najmniej 2 400 000 zł. Odpowiadając na wezwanie Odwołujący złożył dodatkowo (poza ponownie przedstawionymi już zaświadczeniami Banku) *Potwierdzenie obrotów na kontach bankowych* w okresie 21/12/19 do 31/12/19.

Oceniając dokumenty złożone w wyniku wezwania do wyjaśnień, dostrzeżenia wymaga, iż po pierwsze złożono Zamawiającemu ponownie te same zaświadczenia z banku, które już wcześniej przedstawiono, tak samo datowane, o tej samej treści, odnoszące się do tych samych przedziałów czasowych. Izba podziela stanowisko Zamawiającego, że jedyną informacją pewną, którą potwierdzały owe zaświadczenia było posiadanie zdolności kredytowej w wysokości 12 100 000 zł. Wysokość salda rachunku, która mogłaby potwierdzić wymagany poziom zdolności finansowej nie została złożonymi zaświadczeniami wykazana. Natomiast zestawienie w postaci *Potwierdzenia obrotów* jest dokumentem elektronicznym, który wygenerował sam Odwołujący. Zdaniem składu orzekającego Izby Zamawiający oceniając sytuację finansową Odwołującego nie powinien tego dokumentu brać pod uwagę co najmniej z kilku powodów. Po pierwsze dokument o takiej treści został złożony dopiero

w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień, natomiast z uwagi na jego charakter, sposób powstania i treść mógł zostać złożony przez Odwołującego już w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów. Odwołujący czynności przedstawiania takiego dokumentu zaniechał. Samo złożenie więc dokumentu dopiero z wyjaśnieniami należy uznać za działania spóźnione. Po drugie, forma dokumentu nie jest formą przewidzianą w przepisach wykonawczych do ustawy Pzp, za pomocą której wykazuje się spełnianie warunku zdolności finansowej lub kredytowej. Nie jest to opinia, czy też zaświadczenie

z banku, ale dokument samodzielnie generowany elektronicznie przez wykonawcę.

Nie posiada on cech dokumentu urzędowego w rozumieniu przepisów Prawa bankowego, podczas gdy złożone opinie bankowe taki charakter posiadają, co wynika z ich treści. Orzecznictwo, które przywołano w odpowiedzi na odwołanie jasno stanowi, iż tego rodzaju wydruki nie mogą być przedstawiane na potwierdzenie spełniania warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej lub finansowej. Po trzecie dostrzeżenia wymaga, że treść tego dokumentu nie do końca jest zrozumiała. W zestawieniu przedstawiono *Uznania na rachunku, Obciążenia i Saldo zamknięcia* przy czym dostrzeżenia wymaga, że *Uznania*

i *Obciążenia* nie sumują się do kwoty *Salda zamknięcia*. Tym samym w ocenie Izby ponownie Odwołujący nie przedstawił dokumentu, który potwierdzałby, że na dany dzień lub okres dysponował kwotą wystarczającą do potwierdzenia wartości wymaganej warunkiem udziału.

Reasumując, w ocenie składu orzekającego Izby Odwołujący nie potwierdził, że spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności finansowej lub kredytowej, a tym samym decyzja Zamawiającego o wykluczeniu Wykonawcy na podstawie art. 24 ust.1 pkt 12 ustawy Pzp w części I i III postępowania (w konsekwencji unieważnienie postępowania w części III) była trafna i prawidłowa. To rolę Wykonawcy było przedstawić takie dokumenty w odpowiednim czasie (prawidłowo odpowiadając na poszczególne wezwania Zamawiającego) potwierdzające wysokość posiadanych środków lub zdolność kredytową, z których wynikałoby, że warunki udziału łącznie dla części, o które ubiega się Wykonawca zostały spełnione. Odwołujący temu zadaniu nie sprostał. Nie można również pominąć faktu, że Odwołujący miał co najmniej kilka możliwości przedstawienia prawidłowych dokumentów, wzywany był bowiem przez Zamawiającego zarówno do uzupełnienia dokumentów, jak również do złożenia dodatkowych wyjaśnień. Odwołujący ani w odpowiedzi na wezwanie do złożenia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, ani też w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów na podstawie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie złożył dokumentów, które potwierdzałyby spełnianie przez niego warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej lub finansowej. Natomiast dokumenty przedstawionych przez Wykonawcę dopiero w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, Zamawiający nie był uprawniony brać pod uwagę. Zamawiający nie może domniemywać, że skonkretyzowany warunek udziału został spełniony, jeżeli nie uzyska od Wykonawcy potwierdzenia

takiego stanu rzeczy w odpowiednim czasie i formie przewidzianymi przepisami ustawy Pzp.

Podkreślenia wymaga, iż głównym celem weryfikacji wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego nie jest bowiem uzyskanie przez zamawiającego jedynie formalnego potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, ale uzyskanie wiedzy o realnej kondycji wykonawcy, jego wiarygodności jako strony umowy o udzielenie zamówienia publicznego i zdolności do realizacji tej umowy. Wiedza taka może być uzyskana poprzez badanie solidności wykonawcy; tego jak sprawdził się on w dotychczas realizowanych umowach zbliżonych do przedmiotu zamówienia, jego kondycji ekonomicznej i finansowej oraz poprzez badanie dostępnego wykonawcy potencjału, który będzie wykorzystany na etapie realizacji zamówienia. Dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu jest ściśle powiązane z uprzednim pozytywnym zweryfikowaniem przez zamawiającego wiarygodności wykonawcy, który tę ofertę złożył. Nie można mówić o dokonywaniu wyboru oferty najkorzystniejszej w sytuacji, gdy zamawiający nie ma pewności, że wybór ten dotyczy wyłącznie sprawdzonego wykonawcy.

Końcowo zauważenia wymaga, że stosownie do art. 192 ust. 1 ustawy Pzp,

o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie. Z powołanego przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z powyższego wynika, że tylko w wyroku może znaleźć się rozstrzygnięcie merytoryczne, o uwzględnieniu bądź oddaleniu nie można orzec postanowieniem.

Nie oznacza to jednak, że wyrok jako orzeczenie merytoryczne nie zawiera również rozstrzygnięć formalnych – które biorąc pod uwagę jego charakter i treść są postanowieniami. Takim właśnie rozstrzygnięciem jest np. postanowienie o kosztach, które może być samodzielnie przez stronę zaskarżone oraz postanowienie o odrzuceniu odwołania. I tak skarżący może jedynie podważać wnoszoną skargą do sądu

np. rozstrzygnięcie o kosztach bądź o odrzuceniu odwołania - które są w swej istocie postanowieniem – i w konsekwencji takiego zaskarżenia sąd wyda stosowne rozstrzygnięcie odpowiadające istocie tego orzeczenia, t.j. postanowienie (np. postanowienie Sądu Okręgowego we Wrocławiu, X Wydział Gospodarczy z dnia 3 października 2013 r., sygn. akt X Ga 286/13).

Wobec powyższego orzeczenie Izby miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do oddalenia odwołania oraz charakter formalny, gdyż dotyczyło odrzucenia części zarzutów odwołania, a zatem było postanowieniem. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięcia o charakterze merytorycznym i formalnym, całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku. Nie oznacza to jednak, że postanowieniu o kosztach czy też postanowieniu odrzucającemu odwołanie zawartemu w rozstrzygnięciu merytorycznym, jakim jest wyrok odbierany jest charakter i walor tego rozstrzygnięcia. Jak zgodnie przyjmuje się w literaturze, o charakterze orzeczenia decyduje nie jego postać, lecz treść. Weryfikacja postaci orzeczenia należy do sądu, który powinien traktować orzeczenie zgodnie z jego funkcją wynikającą z treści. Jeżeli rozstrzygnięcie o pewnych kwestiach zapada w wyroku, a dla innych kwestii właściwa jest postać postanowienia (np. co do kosztów), postanowienie nie traci swego charakteru i odrębności, pomimo zamieszczenia go w wyroku (A. Góra – Błaszczkowska, Postanowienia..., 2002, s.10 i n.; i m. in. T. Eraciński (w:) Kodeks postępowania cywilnego..., t.2, red. T. Eraciński, s. 110).

W świetle powyższego Izba uznała za niezasadne zarzuty odwołania wskazujące na naruszenia przez Zamawiającego przepisów wymienionych w petitum odwołania. Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, że Zamawiający naruszył wskazywane przepisy ustawy Pzp, a jego działania miały charakter świadomy i celowy.

Biorąc powyższe pod uwagę, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień 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 (tekst jednolity Dz. U. z 2018 r. poz. 2972) zmienionego rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 stycznia 2017 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2017 r., poz. 47), w tym w szczególności § 5 ust. 4. W tym zakresie uwzględniono również okoliczność, że Odwołujący nadpłacił wpis, nadmiarowo wpłacając kwotę 30 000 zł (słownie: trzydziestu tysięcy zł), orzeczono więc o zwrocie powyższej kwoty na rzecz strony Odwołującej.

Przewodniczący:

.....