Sygn. akt: KIO 221/21

WYROK
z dnia 3 marca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Luiza Łamejko

Emil Kuriata

Anna Kuszel-Kowalczyk

Protokolant:Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 marca 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 stycznia 2021 r. przez wykonawcę **G. Sz. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą HOLSTERS HPE Polska G. Sz., ul. Długa 15, 25-650 Kielce** w postępowaniu prowadzonym przez **Komendę Główną Policji, ul. Puławska 148/150, 02-624 Warszawa**

przy udziale wykonawcy **B. S. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowe „POLSKÓR" B.S, ul. Szczęśliwa 31, 97-200 Tomaszów Mazowiecki** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1.Uwzględnia odwołanie w zakresie:

- zarzutu dotyczącego naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy – B. S. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowe „POLSKÓR" B. S. z uwagi na niewykazanie spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale VI pkt 1.2 SIWZ,

- zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych przez zaniechanie wezwania wykonawcy – B. S. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowe „POLSKÓR" B. S. do uzupełnienia dokumentu wymaganego postanowieniami rodziału VII pkt 4.7 SIWZ,

- zarzutu naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych przez wybór oferty wykonawcy – B. S. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowe „POLSKÓR" B. S. jako najkorzystniejszej,

i nakazuje zamawiającemu - Komendzie Głównej Policji unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert,
w tym wezwanie wykonawcy – B. S. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowe „POLSKÓR" B. S. na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego spełnianie warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale VI pkt 1.2 SIWZ,

2.W pozostałym zakresie oddala odwołanie,

3.Kosztami postępowania obciąża zamawiającego – Komendę Główną Policji w części 2/5 oraz odwołującego - wykonawcę G. Sz. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą HOLSTERS HPE Polska G. Sz., ul. Długa 15, 25-650 Kielce w części 3/5 i:

3.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania poniesione przez odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,

3.2.zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 7 440 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy czterysta czterdzieści złotych zero groszy).

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:……..

……..

……..

Sygn. akt: KIO 221/21

U z a s a d n i e n i e

Komenda Główna Policji z siedzibą w Warszawie (dalej: „Zamawiający") prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Produkcja i dostawa zestawów przeciwuderzeniowych". Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843), zwanej dalej: „ustawa Pzp". Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 27 listopada 2020 r. pod numerem 2020/S 232-570012.

W dniu 18 stycznia 2021 r. wykonawca G. Sz. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą HOLSTERS HPE Polska G. Sz. (dalej: „Odwołujący") wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na:

1)Dokonaniu wyboru oferty wykonawcy B. S. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowe „POLSKÓR" B. S. (dalej: „Polskór") jako oferty najkorzystniejszej;

2)Zaniechaniu wykluczenia Polskór z udziału w postępowaniu w sytuacji, w której wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunek udziału w postępowaniu, o którym mowa
w rozdziale VI pkt 1.2 SIWZ oraz że dla potrzeb realizacji zamówienia korzystał będzie
z zasobów finansowych podmiotu trzeciego - spółki Trawena Sp. z o.o. Sp. k. w sytuacji,
w której w rzeczywistości zobowiązanie tego podmiotu miało i ma charakter całkowicie pozorny (wydane zostało jedynie w celu umożliwienia wykonawcy wzięcia udziału w postępowaniu, bez faktycznego zamiaru udostępnienia wykonawcy rzeczonych zasobów), a wprowadzenie Zamawiającego w błąd co do dysponowania zasobami finansowymi ww. podmiotu miało decydujący wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu (uznania, że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu, prowadzącego do wyboru jego oferty, jako oferty najkorzystniejszej);

3)Zaniechaniu wykluczenia Polskór z udziału w postępowaniu w sytuacji, w której wykonawca ten nie wykazał, że spełnił warunek udziału w postępowaniu określony w rozdziale VI pkt 1.2 SIWZ dotyczący sytuacji ekonomicznej i finansowej, bowiem przedłożone przez wykonawcę zobowiązanie podmiotu trzeciego – Trawena Sp. z o.o. Sp. k. nie spełniało wszystkich wymagań wskazanych w rozdziale VII pkt 4.7 SIWZ, w szczególności nie określało warunków, na jakich nastąpić miałoby udostępnienie zasobów finansowych, nie określało zasad sposobu wykorzystywania środków finansowych przez Polskór oraz wskazywało, że stosunek prawny łączący udostępniającego zasoby finansowe i Polskór będzie (dopiero) wynikał z umowy cywilnoprawnej (a więc umowy przyszłej), a zatem nie można uznać, że udostępnienie zasobów finansowych było w tych okolicznościach faktycznych sprawy realne;

4)Zaniechaniu wykluczenia Polskór z udziału w postępowaniu, w sytuacji, w której wykonawca ten nie wykazał, że spełnił warunek udziału w postępowaniu określony w rozdziale VI pkt 1.4 SIWZ dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej, skoro z przedstawionego przez niego opisu urządzeń technicznych oraz środków organizacyjno-technicznych nie wynikało, że Polskór posiada park maszynowy, jak również zaplecze techniczne i osobowe, które umożliwiłoby mu realizację przedmiotowego zamówienia, a dodatkowo okoliczności faktyczne sprawy nakazują wręcz uznać, że wykonawca ten nie jest w stanie (w ogóle) zrealizować przedmiotowego zamówienia,

5)Zaniechaniu wezwania Polskór do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny przedmiotu zamówienia, którą w realiach faktycznych tej sprawy należy uznać za cenę nierzetelną, niewiarygodną i nierealistyczną,

a w konsekwencji

6) Zaniechaniu wyboru oferty Odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej,

oraz ewentualnie (z daleko posuniętej ostrożności)

7) Zaniechaniu wezwania Polskór do uzupełnienia dokumentu wymaganego postanowieniami rozdziału VII pkt 4.7 SIWZ, tj. dokumentu, który rzeczywiście określałby sposób i warunki wykorzystania zasobów finansowych podmiotu, na zdolnościach finansowych którego Polskór (rzekomo) polega w niniejszym postępowaniu, a także który określałby rzeczywisty charakter stosunku prawnego łączącego wykonawcę z podmiotem udostępniającym swoje zasoby finansowe.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1)art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Polskór, pomimo, że wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału
w postępowaniu, w szczególności, że będzie polegał na zdolnościach lub sytuacji finansowej innego podmiotu w sytuacji, w której rzeczywiście nie doszło do udostępnienia Polskór przedmiotowych zasobów przez podmiot trzeci, bowiem - jak się okazało - zobowiązanie podmiotu trzeciego miało i ma charakter całkowicie pozorny, co miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu, w tym w szczególności na uznanie, że Polskór spełnia warunki ubiegania się o udzielenie zamówienia, a w konsekwencji wybranie oferty wykonawcy Polskór jako oferty najkorzystniejszej;

2)art. 24 ust. 1 pkt 12) ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Polskór z udziału w postępowaniu w sytuacji, w której wykonawca ten nie wykazał, że spełnił warunki udziału w postępowaniu, określone w rozdziale VI pkt 1.2 S1WZ dotyczące sytuacji ekonomicznej i finansowej, bowiem przedłożone przez Polskór zobowiązanie podmiotu trzeciego -Trawena Sp. z o.o. Sp.k. nie spełniało wszystkich wymagań wskazanych
w rozdziale VII pkt 4.7 SIWZ, w szczególności nie określało warunków, na jakich nastąpić miałoby udostępnienie zasobów finansowych wykonawcy Polskór, nie określało zasad sposobu wykorzystywania środków finansowych przez Polskór oraz wskazywało, że stosunek prawny łączący udostępniającego zasoby finansowe i Polskór będzie (dopiero) wynikał
z umowy cywilnoprawnej (a więc umowy przyszłej), a zatem nie można uznać, że udostępnienie zasobów finansowych było w tych okolicznościach faktycznych sprawy realne;

3)art. 24 ust. 1 pkt 12) ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Polskór z udziału w postępowaniu w sytuacji, w której wykonawca ten nie wykazał, że spełnił warunki udziału w postępowaniu określone w rozdziale VI pkt 1.4 SIWZ dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej, skoro z przedłożonego przez Polskór opisu urządzeń technicznych oraz środków organizacyjno-technicznych absolutnie nie wynika, że wykonawca ten posiada park maszynowy, jak również zaplecze techniczne i osobowe, które umożliwiłoby mu realizację przedmiotowego zamówienia, a dodatkowo okoliczności faktyczne sprawy nakazują wręcz uznać, że wykonawca nie jest w stanie (w ogóle) zrealizować przedmiotowego zamówienia;

a w konsekwencji

4)art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wybór oferty wykonawcy Polskór jako najkorzystniejszej, podczas gdy to oferta Odwołującego była ofertą najkorzystniejszą
i niepodlegającą odrzuceniu;

lub ewentualnie:

5)art. 90 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Polskór do złożenia wyjaśnień
w zakresie zaoferowanej ceny przedmiotu zamówienia, którą w realiach faktycznych tej sprawy należy uznać za cenę nierzetelną, niewiarygodną i nierealistyczną;

6)art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Polskór do uzupełnienia dokumentu wymaganego postanowieniami rozdziału VII pkt 4.7 SIWZ, tj. dokumentu, który rzeczywiście określałby sposób wykorzystania zasobów finansowych podmiotu, na zdolnościach którego wykonawca polega w niniejszym postępowaniu, który określałby warunki, na jakich nastąpić miałoby udostępnienie tych zasobów oraz który wskazywałby na stosunek prawny realnie łączący podmiot udostępniający zasoby finansowe i Polskór, a zatem dokumentu, z którego wynikałoby, że zobowiązanie do udostępnienia zasobów, w tych okolicznościach faktycznych sprawy można uznać za realne.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1)unieważnienia czynności dokonanej przez Zamawiającego w dniu 7 stycznia 2021 r. polegającej na wyborze jako oferty najkorzystniejszej oferty Polskór,

2)wykluczenia z postępowania wykonawcy Polskór z uwagi na fakt, że nie spełnił on warunków udziału w postępowaniu, jak również z uwagi na fakt, że w wyniku zamierzonego działania wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, w szczególności, że w toku realizacji zamówienia będzie dysponował zasobami finansowymi innego podmiotu – Trawena Sp. z o.o. Sp. k. w sytuacji,
w której „udostępnienie" Polskór przedmiotowych zasobów przez podmiot trzeci miało i ma charakter całkowicie pozorny (fikcyjny),

3)dokonania powtórnego badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu przetargowym, z uwzględnieniem wyłącznie oferty Odwołującego,

4)uznania oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej i złożonej - jako jedyna -
w sposób prawidłowy i skuteczny oraz wybór tej oferty jako oferty najkorzystniejszej,

lub ewentualnie (z daleko posuniętej ostrożności):

5)wezwania Polskór w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny przedmiotu zamówienia,

6)wezwania Polskór w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do przedłożenia dokumentu spełniającego wymagania zawarte w SIWZ oraz ustawie Pzp, tj. dokumentu, z którego będzie w sposób nie budzący wątpliwości wynikało, że zobowiązanie podmiotu trzeciego - Trawena Sp. z o.o. Sp.k. ma charakter realny, a zatem dokumentu, który będzie określał warunki, na jakich nastąpić miałoby udostępnienie zasobów finansowych, zasady sposobu wykorzystywania środków finansowych przez Polskór, oraz który wskazywał będzie, że zobowiązanie do udostępnienia zasobów finansowych wynika z rzeczywiście zawartej przez Strony umowy, a nie będzie wynikał (dopiero) z umowy przyszłej, do zawarcia której może w ogóle nie dojść.

Ponadto Odwołujący wniósł o:

1)dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z zeznań świadka K. K. - pracownika Odwołującego - na okoliczności wskazane szczegółowo w uzasadnieniu odwołania, w tym w szczególności na okoliczność braku spełnienia przez Polskór warunku udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji finansowej i wprowadzenia w błąd Zamawiającego odnośnie tego, że w toku realizacji zamówienia będzie mógł korzystać
z zasobów finansowych podmiotu trzeciego - Trawena Sp. z o.o. Sp.k., a zatem na okoliczność, że zobowiązanie podmiotu trzeciego miało i ma charakter całkowicie pozorny (fikcyjny) - na podstawie art. 529 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm.),

2)dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentów załączonych do odwołania na okoliczności wskazane w jego uzasadnieniu,

3)nieujawnianie osobom trzecim, w tym przystępującym do postępowania odwoławczego, informacji zawartych w Załączniku nr 9 do odwołania stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa Odwołującego w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2020 r., poz. 1913), których zasadność utajnienia Odwołujący wykazał w treści przedmiotowego załącznika,

4)dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z przesłuchania Odwołującego G. Sz. na okoliczności wskazane szczegółowo w uzasadnieniu odwołania, w tym
w szczególności na okoliczność braku spełnienia przez Polskór warunku udziału
w postępowaniu dotyczącego sytuacji finansowej i wprowadzenia w błąd Zamawiającego odnośnie tego, że w toku realizacji zamówienia będzie mógł korzystać z zasobów finansowych podmiotu trzeciego - Trawena Sp. z o.o. Sp.k., a zatem na okoliczność, że zobowiązanie podmiotu trzeciego miało i ma charakter całkowicie pozorny (fikcyjny),

5)obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania i zasądzenie na rzecz Odwołującego kwoty 18.600 zł, stanowiącej uzasadnione koszty Odwołującego poniesione
w postępowaniu odwoławczym, na którą to kwotę składa się kwota w wysokości 15.000 zł - tytułem wpisu od odwołania oraz kwota w wysokości 3.600 zł z tytułu kosztów zastępstwa (wynagrodzenia pełnomocnika).

Uzasadniając zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp Odwołujący wskazał, że Zamawiający naruszył art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Polskór, pomimo że wykonawca ten podlegał wykluczeniu, gdyż w wyniku zamierzonego działania wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, o których mowa
w rozdziale VI pkt 1.2 SIWZ i że dla potrzeb realizacji zamówienia korzystał będzie z zasobów finansowych podmiotu trzeciego (Trawena Sp. z o.o. Sp.k.), co jednak nie było zgodne
z prawdą. Odwołujący stwierdził, że w rzeczywistości zobowiązanie podmiotu trzeciego miało i ma charakter całkowicie

pozorny i zostało wydane jedynie w celu umożliwienia Polskór wzięcia udziału w postępowaniu. W rzeczywistości jednak podmiot ten nie będzie udostępniał wykonawcy żadnych zasobów.

W ocenie Odwołującego, doszło do wprowadzenia Zamawiającego w błąd przez Polskór co do dysponowania przez tego wykonawcę zasobami finansowymi podmiotu trzeciego (Trawena Sp. z o.o. Sp. k.), a działanie to miało decydujący wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu (uznania, że Polskór spełnia warunki udziału w postępowaniu), których wynikiem był wybór jego oferty jako najkorzystniejszej.

Odwołujący podał, że w dniu 16 grudnia 2020 r. miało miejsce spotkanie pomiędzy Odwołującym, G. Sz., a Wiceprezesem Zarządu Trawena Sp. z o.o. Sp.k. – T. Z. Powodem spotkania było to, że Odwołujący zaskoczony był faktem, że Polskór wziął udział w postępowaniu, jako że wykonawca ten od dłuższego czasu boryka się z problemami finansowymi, a z informacji posiadanych przez Odwołującego wynika, że jest także na skraju upadłości, nie posiada odpowiednich maszyn i urządzeń, które pozwoliłyby mu we wskazanym w ofercie terminie na wykonanie przedmiotowego zamówienia, ale przede wszystkim tym, że mimo istniejących problemów finansowych, „udało mu" się spełnić warunek udziału w postępowaniu w postaci „posiadanej zdolności finansowej lub ekonomicznej" na stosunkowo wysoką kwotę 3.000.000 zł. W związku z tym, że Odwołujący miał wątpliwości co do tego, czy zobowiązanie spółki Trawena Sp. z o.o. Sp. k. do udostępnienia Polskór swoich zasobów finansowych złożone wraz z ofertą ma realny charakter (wątpliwość ta pośrednio wynikała z treści dokumentu dołączonego przez Polskór wraz z ofertą), chciał tę informacje potwierdzić bezpośrednio u Wiceprezesa Zarządu tej spółki, który dokument w imieniu spółki Trawena Sp. z o.o. Sp. k. podpisał, a z którym bardzo dobrze się zna i z którym utrzymuje relacje biznesowe. Odwołujący stwierdził, że podczas tego spotkania przedstawiciel Trawena Sp. z o.o. Sp. k. poinformował Odwołującego, że jego udział w postępowaniu jest całkowicie pozorny i ogranicza się jedynie do „udostępnienia" Polskór dokumentu, dzięki któremu wykonawca ten wykaże spełnienie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności finansowej. Faktycznie jednak, do udostępnienia żadnych zasobów finansowych nie dojdzie, a udział tego podmiotu kończy się w chwili podpisania przez Polskór umowy z Zamawiającym. Odwołujący poinformował, że według twierdzeń Wiceprezesa Zarządu Trawena Sp. z o.o.
Sp. k., faktycznie Polskór „finansuje" ktoś zupełnie inny i w praktyce żadnych środków finansowych Trawena Sp. z o.o. Sp. k. nie przekaże wykonawcy. Odwołujący zaznaczył, że legitymowanie się przez Polskór rzeczonym dokumentem (który mógłby złożyć wraz z ofertą) miało być jedynie „przysługą". Odwołujący podał, że świadkiem powyższej rozmowy oraz podniesionych w niej twierdzeń był pracownik Odwołującego - Pan K. K.

Z ww. rozmowy Odwołujący wywiódł, że zobowiązanie podmiotu trzeciego Trawena Sp. z o.o. Sp. k. miało i ma charakter całkowicie pozorny i zostało podpisane przez tę spółkę jedynie w celu umożliwienia Polskór wzięcia udziału w postępowaniu. W rzeczywistości jednak podmiot ten nie będzie udostępniał Polskór żadnych zasobów finansowych.

Zdaniem Odwołującego, złożenie przez Polskór dokumentu, z którego wynikało, że
w toku realizacji zamówienia wykonawca ten będzie polegał na zdolności finansowej innego podmiotu oraz że podmiot ten na czas realizacji zamówienia użyczy mu tych zasobów stanowiło „zamierzone działanie" ukierunkowane na wprowadzenie Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, co bez wątpienia miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu. Na podstawie tych informacji Zamawiający uznał bowiem, że Polskór spełnia warunki ubiegania się o udzielenie zamówienia, a w konsekwencji na tej podstawie wybrał ofertę Polskór jako najkorzystniejszą.

Odwołujący uznał, że zostały wypełnione przesłanki, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 16) i 17) ustawy Pzp nakazujące Zamawiającemu wykluczenie Polskór z udziału
w postępowaniu.

Odwołujący zarzucił również Zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia Polskór z udziału w postępowaniu w sytuacji, w której wykonawca ten nie wykazał, że spełnił warunki udziału w postępowaniu określone w rozdziale VI pkt 1.2 S1WZ dotyczące sytuacji ekonomicznej i finansowej, bowiem przedłożone przez Polskór zobowiązanie podmiotu trzeciego - Trawena Sp. z o.o. Sp.k. nie spełniało wszystkich wymagań wskazanych w rozdziale VII pkt 4.7 SIWZ, w szczególności nie określało warunków, na jakich nastąpić miałoby udostępnienie zasobów finansowych, nie określało zasad sposobu wykorzystywania środków finansowych przez Polskór oraz wskazywało, że stosunek prawny łączący udostępniającego zasoby finansowe i Polskór będzie (dopiero) wynikał z umowy cywilnoprawnej (a więc umowy przyszłej). W ocenie Odwołującego, z uwagi na powyższe nie można uznać, że udostępnienie zasobów finansowych było w tych okolicznościach faktycznych sprawy realne.

Odwołujący zauważył, że w sytuacji polegania na zasobach podmiotów trzecich Polskór musiał udowodnić Zamawiającemu, iż będzie dysponował tymi zasobami w trakcie realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia.

Jak wskazał Odwołujący, w celu oceny czy Polskór będzie dysponował niezbędnymi zasobami w stopniu umożliwiającym należyte wykonania zamówienia oraz oceny czy stosunek łączący Polskór z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów, Zamawiający zażądał dokumentów, które określać będą:

- zakres dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu,

- sposób wykorzystania zasobów innego podmiotu przez wykonawcę przy wykonywaniu zamówienia,

- zakres i okres udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia publicznego.

Odwołujący podniósł, że treść dołączonego do oferty dokumentu pn. „Zobowiązanie podmiotu trzeciego do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania" z dnia 10 grudnia 2020 r. pochodzący od Trawena Sp. z o.o. Sp.k. budzi daleko idące wątpliwości i, w ocenie Odwołującego, nie spełnia ww. wymagań zawartych w SIWZ. Zamawiający zaś badając wskazane wyżej dokumenty dążyć winien do ustalenia czy zostały spełnione warunki postawione w tym zakresie względem wykonawcy ubiegającego się
o zamówienie, a w konsekwencji, czy wykonawca powołujący się na zdolność podmiotu trzeciego może być uznany za zdolnego do realizacji zamówienia. Odwołujący zaznaczył, że Zamawiający nie powinien mieć wątpliwości, że wykonawca rzeczywiście pozyskał możliwość korzystania z sytuacji finansowej podmiotu trzeciego oraz, że łącznie oba podmioty

łączy realny stosunek prawny, na podstawie którego następuje udostępnienie zasobów. Odwołujący przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 7 września 2017 r., sygn. akt KIO 1778/17. Za wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z 25 lutego 2016 r., sygn. akt KIO 196/16 Odwołujący podał, że udostępnienie zasobów musi mieć charakter realny, nie może mieć jedynie charakteru udostępnienia formalnego, dla celów sporządzenia oferty. Odwołujący wskazał, że w przedmiotowej sprawie wątpliwości Izby wzbudziły dokumenty użyczenia potencjału finansowego, które nie wskazywały sposobu wykorzystania tego zasobu przez wykonawcę przy wykonywaniu zamówienia, a także charakteru stosunku, jaki będzie łączył odwołującego z tymi podmiotami. W tej sprawie Izba wyraziła pogląd, że samo zobowiązanie do przekazania zasobu nie przesądza o charakterze stosunku, jaki będzie łączył odwołującego z danym podmiotem, a jest to informacja pozwalająca zamawiającemu na ocenę, czy stosunek łączący odwołującego z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp.

Odwołujący podniósł, że w treści zobowiązania Trawena Sp. z o.o. Sp. k. nie został określony ani sposób wykorzystania zasobów finansowych tej spółki przez wykonawcę Polskór, ani charakter stosunku prawnego, jaki będzie łączył wykonawcę z tym podmiotem.

Odwołujący powołał się również na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 26 marca
2015 r., sygn. akt KIO 454/15 wskazując, że Izba stanęła na stanowisku, że koniecznym elementem zobowiązania do udostępniania zasobów finansowych jest określenie zasad sposobu wykorzystywania środków finansowych przez wykonawcę. Co prawda nie można wymagać, aby udostępnienie nastąpiło na zasadzie pożyczki, darowizny, czy udzielenia kredytu, gdyż są to tylko przykłady udostępnienia, a podmiot trzeci i wykonawca mają swobodę co do określenia sposobu, na podstawie którego odbywać się będzie korzystanie z zasobów finansowych podmiotu trzeciego, ale taki sposób musi bezsprzecznie wynikać z treści zobowiązania podmiotu. Niezbędne jest jednak określenie w sposób nie budzący możliwości wykorzystywania zasobów przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia tak, aby przy uwzględnieniu tych reguł nie było wątpliwości co do realności udostępnienia określonego zasobu. W ocenie składu orzekającego Izby w ww. sprawie, odwołujący nie udowodnił zamawiającemu, że będzie w sposób realny dysponował zasobami podmiotu trzeciego w zakresie zdolności finansowej. Izba uznała, że samo odwołanie się do wysokości linii kredytowej, bez wskazania konkretnej kwoty, nie świadczy o realności udostępnienia.

Odwołujący stwierdził także, że w zobowiązaniu nie określono zasad czy też sposobu wykorzystania określonych zasobów podmiotu trzeciego. Odwołujący zwrócił uwagę, że
w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej podkreśla się, że to na wykonawcach spoczywa obowiązek udowodnienia realności dysponowania zasobami, na które się powołują. Odwołujący przywołał orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej z 21 maja 2013 r., sygn. akt
KIO 1007/13, KIO 1021/13, KIO 1050/13, KIO 1054/13, z 14 października 2014 r., sygn. akt KIO 1833/14, z 18 września 2014 r., sygn. akt KIO 1840/14.

Odwołujący zauważył, że w przedmiotowym postępowaniu trudno domyślać się, na czym miałaby polegać rola podmiotu trzeciego w zakresie udostępnienia swojej linii kredytowej bez szczegółowego określenia zasad i warunków tego udostępnienia. Jak wskazał Odwołujący, z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, w tym z wyroku z 10 kwietnia
2014 r., sygn. akt KIO 591/14, można wyciągnąć wniosek, że zobowiązanie do udostępnienia zasobów finansowych musi być jasne i jednoznaczne, musi być zobowiązaniem, o którym mowa w kodeksie cywilnym, które można egzekwować, musi określać warunki, na jakich nastąpi udostępnienie zasobów finansowych, nie może wynikać z umów przyszłych.

Odwołujący stwierdził, że w realiach niniejszej sprawy nie dość, że, jak wynika z treści zobowiązania, na moment składnia ofert podmiotu trzeciego z wykonawcą nie łączył żaden stosunek prawny, bowiem w treści zobowiązania znajduje się stwierdzenie, że „stosunek, jaki będzie łączył nasza firmę z Wykonawcą będzie miał charakter umowy cywilnoprawnej", to również z treści tego dokumentu nie wynikają warunki, na jakich nastąpi udostępnienie zasobów finansowych, a zatem nie wynika z niego, że wykonawca realnie pozyskał możliwość korzystania z sytuacji finansowej podmiotu trzeciego. Odwołujący zwrócił tez uwagę, że
w opinii Urzędu Zamówień Publicznych podkreśla się, że fakt braku możliwości oddzielenia zdolności ekonomicznej lub finansowej podmiotu trzeciego, w celu jej udostępnienia, od samego podmiotu trzeciego, w praktyce oznacza, że powoływanie się na takie zdolności przez wykonawcę będzie ograniczone do szczególnych przypadków, w których powiązania pomiędzy wykonawcą a podmiotem trzecim będą tego rodzaju, że uzasadnią one możliwość realnego korzystania z tej zdolności przez wykonawcę w trakcie realizacji zamówienia (por. Opinia UZP „Powoływanie się na zasoby ekonomiczne podmiotów trzecich oraz solidarna odpowiedzialność wykonawcy i podmiotu trzeciego użyczającego swój potencjał, za szkody zamawiającego powstałe na skutek nieudostępnienia zasobów"). Jak wynika z ww. opinii, Zamawiający tylko wówczas będzie mógł uznać zdolność wykonawcy do realizacji zamówienia, gdy wykonawca wykaże, poprzez treść przedstawianych dokumentów, realny sposób, w jaki jest przewidziane korzystanie z potencjału ekonomicznego lub finansowego podmiotu trzeciego w czasie realizacji zamówienia, a zatem realny sposób, w jaki podmiot trzeci gwarantuje wykonawcy rzeczywisty dostęp do swojego potencjału ekonomicznego lub finansowego w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia.

W ocenie Odwołującego, nie można w stanie faktycznym przedmiotowej sprawy uznać, że zobowiązanie Trawena Sp. z o.o. Sp. k. wskazuje realny sposób, w jaki jest przewidziane korzystanie z potencjału finansowego podmiotu trzeciego w czasie realizacji zamówienia. Zdaniem Odwołującego, w przedmiotowym postępowaniu próżno szukać informacji, na czym miałaby polegać rola podmiotu trzeciego w zakresie udostępnienia swojej linii kredytowej, skoro nie określono w nim zasad i warunków tego udostępnienia. W szczególności nie wiadomo czy w razie potrzeby podmiot trzeci uruchomi swoją linię kredytową (fizycznie weźmie kredyt w ING Banku Śląskim) i przekaże możliwość dysponowania środkami uzyskanymi z kredytu Polskór (np. w formie kredytu czy pożyczki udzielonej następnie wykonawcy), czy może przekaże te środki wykonawcy tytułem darowizny lub wydzieli je na osobnym koncie, do którego dostęp uzyska Polskór. Ponadto, jak zauważył Odwołujący, nie wiadomo czy Polskór będzie uprawiony do tego by bezpośrednio dysponować wskazanymi środkami finansowymi, dokonywać z nich płatności za zakupy produktów i materiałów niezbędnych do wykonania zamówienia, płatności wynagrodzeń pracowniczych, czy może będzie uprawiony do tego by dysponować nimi jedynie za pośrednictwem podmiotu trzeciego.

Z uwagi na powyższe, w ocenie Odwołującego, Polskór nie udowodnił Zamawiającemu, że będzie w sposób realny dysponował zasobami podmiotu trzeciego
w zakresie zdolności finansowej. Odwołujący stwierdził, że samo odwołanie się do wysokości linii kredytowej, bez określenia zasad, czy sposobu wykorzystywania określonych zasobów podmiotu trzeciego, jak również bez wskazania na

to, jaki faktycznie podmioty te łączy stosunek prawny, świadczy o braku realności udostępnienia Polskór zasobów finansowych.

Odwołujący argumentował dodatkowo, że nie można uznać, że istnieje obowiązek niczym nieograniczonego, oderwanego od okoliczności konkretnego przypadku, dopuszczenia powołania się na zdolności innego podmiotu, bez uwzględnienia, czy przekazanie dysponowania zdolnością finansową jest w danym przypadku realne i będzie w praktyce możliwe. Odwołujący wskazał, że przyjęcie takiej interpretacji prowadziłoby do ukształtowania w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego szkodliwej praktyki, dopuszczającej fikcję w wykazywaniu spełniania warunków udziału, dając możliwość udziału w postępowaniu takim wykonawcom, którzy nie spełniają wymogów zamawiającego i nie uzyskali realnego wsparcia od podmiotu trzeciego, a jedynie składają należący do tego podmiotu dokument oraz oświadczenie, o którym nie wiadomo, jak w praktyce mogłoby zostać zrealizowane. W przekonaniu Odwołującego, Polskór posługujący się zobowiązaniem podmiotu trzeciego nie wykazał, by istniało takie powiązanie kapitałowe czy organizacyjne pomiędzy wykonawcą a podmiotem udostępniającym, albo przewidziany udział tego podmiotu w wykonaniu zamówienia, które by pozwalały na uznanie, że Polskór dysponuje zdolnością finansową podmiotu trzeciego jak własną.

Jak zauważył Odwołujący, dyspozycja art. 22a ust. 4 ustawy Pzp wymaga, aby wykonawca powołujący się na zasoby innego podmiotu udowodnił, że stosunek łączący wykonawcę z tym podmiotem gwarantuje rzeczywisty dostęp do tych zasobów. Dysponowanie zasobami innego podmiotu musi wynikać z przedstawionych dowodów w sposób jednoznaczny i nie może być przedmiotem dedukcji czy domniemania. Odwołujący zaznaczył, że na podstawie dokumentów przedstawionych w celu potwierdzenia rzeczywistego dostępu do zasobów innego podmiotu, zamawiający musi mieć możliwość jednoznacznego ustalenia, że określony zasób podmiotu trzeciego zostanie realnie udostępniony (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 7 lutego 2020 r., sygn. KIO 123/20).

Uzasadniając zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Polskór z udziału w Postępowaniu, w sytuacji, w której Wykonawca ten nie wykazał, że spełnił warunki udziału w postępowaniu określone w rozdziale VI pkt 1.4 SIWZ dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej Odwołujący podniósł, że z przedłożonego przez Polskór opisu urządzeń technicznych oraz środków organizacyjno-technicznych nie wynika, że wykonawca ten posiada odpowiednią wiedzę, doświadczenie, park maszynowy, jak również zaplecze techniczne i osobowe, które umożliwiłoby mu realizację przedmiotowego zamówienia.

Odwołujący wskazał na postanowienia SIWZ, zgodnie z którymi, o zamówienie mógł ubiegać się wykonawca, który spełnia warunek udziału w postępowaniu, dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej, tj. posiada wiedzę i doświadczenie, w tym dysponuje odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, w tym zakładem(ami) produkcyjnym(i), w którym(ch) będzie realizowany przedmiot zamówienia, mającym(i) wdrożony system zarzadzania jakością w zakresie produkcji odzieży lub wyrobów z tkanin technicznych.

Odwołujący stwierdził, że wykładnia gramatyczna ww. postanowień specyfikacji nakazuje przyjąć, że są to jedynie podstawowe i minimalne wymagania stawiane wykonawcy, nie stanowiące katalogu zamkniętego, a zatem jeśli w ramach ww. zdolności technicznej lub zawodowej, przez którą należy rozumieć m.in. posiadanie odpowiedniej wiedzy i doświadczenia, dysponowanie odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia okaże się, że wykonawca nie posiada zdolności do wykonania zamówienia, nie daje rękojmi należytego wykonania przedmiotu przyszłej umowy oraz zachodzi wysokie prawdopodobieństwo (graniczące z pewnością), że nie będzie on zdolny do prawidłowej realizacji zamówienia, wówczas takiego wykonawcę należy wykluczyć z udziału w postępowaniu. Dlatego tak ważne jest, by interpretację każdych wymagań rozpatrywać w kontekście przepisów prawa, ale też zgodnie z zasadami logiki. Jak wskazał Odwołujący, przepisy ustawy Pzp ustanawiają różne instrumenty w celu ochrony wykonawców w postępowaniu udzielenie zamówienia publicznego, lecz także wskazują ich obowiązki - przede wszystkim wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia ma być zdolny do jego wykonania, co wynika z art. 22 ust. 1 ustawy Pzp (celem warunków jest ocena zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia).

Odwołujący podniósł, że w złożonym przez Polskór w dniu 23 grudnia 2020 r. opisie urządzeń technicznych i środków organizacyjno-technicznych stosowanych przez wykonawcę Polskór wskazał, że w celu zapewnienia jakości wyrobów oraz zaspakajania bieżących i przyszłych potrzeb Klientów przedsiębiorstwo opracowało i wdrożyło System Zarządzania Jakością oparty na normie ISO 9001:2015 oraz wymaganiach NATO określonych w AQAP 2110:2016. Wykonawca wskazał, że jego przedsiębiorstwo posiada:

- Certyfikat ISO 9001:2015 nr 692/S/2018

- Certyfikat AQAP 2110:2016 nr 692/A/2018.

Odwołujący zwrócił uwagę, że z certyfikatu ISO 9001:2015 nr 692/S/2018 wynika, że jego ważność jest uwarunkowana spełnieniem wymagań zawartych w potwierdzeniu stanowiącym integralną część certyfikatu. Z potwierdzenia zaś wynikało, że warunkiem ważności certyfikatu jest m.in. uzyskanie pozytywnych wyników audytów w nadzorze do dnia 24 kwietnia 2019 r. oraz do dnia 24 kwietnia 2020 r., a fakt ich uzyskania (a tym samym posiadania ważnego certyfikatu) nie został już przez Polskór wykazany.

Z ostrożności Odwołujący wskazał, że zgodnie z wymogami zawartymi w SIWZ, Zamawiający wymagał przedłożenia „opisu urządzeń technicznych oraz środków organizacyjno-technicznych zastosowanych przez wykonawcę w celu zapewnienia jakości (ze wskazaniem zakładu/ów produkcyjnego/ych) potwierdzającego spełnianie warunku określonego w Rozdziale VI ust 1 pkt. 1.4 SIWZ. Zamawiający dopuścił złożenie w ramach powyższego opisu certyfikatu potwierdzającego wdrożenie systemu zarządzania jakością w zakresie produkcji odzieży lub wyrobów z tkanin technicznych”.

Powyższe, zdaniem Odwołującego, oznacza, że przedłożenie certyfikatu nie mogło zastąpić ww. opisu, skoro certyfikat mógł zostać złożony „w ramach opisu” a nie „w ramach warunku”. Z brzmienia specyfikacji nie wynika też, że

mógł on zostać przedłożony „zamiast opisu". Potwierdza to również brzmienie samego wzoru Umowy, który także wymaga od wykonawcy przedłożenia (niezależnie od siebie) tych dwóch dokumentów, wskazując w § 2 ust. 11 wzoru umowy, że „każdy zakład produkcyjny w którym będzie realizowany przedmiot umowy musi mieć wdrożony system zarządzania jakością w zakresie przedmiotowej produkcji. Na potwierdzenie ww. wymagania Wykonawca/Pełnomocnik konsorcjum niezwłocznie po podpisaniu umowy dostarczy Zamawiającemu oraz „organowi upoważnionemu", tj. ITB „MORATEX" opis urządzeń technicznych oraz środków organizacyjno-technicznych zastosowanych w celu zapewnienia jakości. W przypadku posiadania przez zakład/y produkcyjny/e certyfikatu potwierdzającego wdrożenie systemu zarządzania jakością
w zakresie przedmiotowej produkcji należy go dostarczyć wraz z przedmiotowym opisem".

Odwołujący zwrócił uwagę, że w ramach ww. opisu urządzeń technicznych i środków organizacyjno-technicznyc stosowanych przez Polskór, wykonawca wskazał również, że Polskór posiada zasoby infrastruktury wymagane d produkcji zestawów przeciwuderzeniowych. W skład infrastruktury produkcyjnej wchodzą: budynki (hala produkcyjna magazyny materiałów i surowców, magazyny wyrobów gotowych) oraz wyposażenie produkcyjne (maszyny, urządzenia) Wykaz
maszyn i urządzeń stosowanych przy produkcji zestawów przeciwuderzeniowych, który jest w posiadaniu Polskór i który ma umożliwić mu produkcję przedmiotu zamówienia to:

- Wycinarka hydrauliczna - 2 szt.

- Krajarka taśmowa -1 szt.

- Nóż pionowy -1 szt.

- Maszyna szwalnicza płaska - 8 szt.

- Maszyna szwalnicza słupkowa - 6 szt.

- Szablony i wykrojniki

- Sprzęt kontrolno-pomiarowy (przymiary zwijane, suwmiarki, waga).

Odwołujący uznał, że załączony wykaz maszyn nie tylko jest niepełny, to również wynika z niego bezsprzecznie, że przy ich użyciu Polskór nie jest w stanie wykonać przedmiotu zamówienia. W załączonym wykazie brakuje bowiem maszyn, jakie są niezbędne do wytworzenia (w ramach zestawów) elementów z tworzyw sztucznych. Brakuje maszyn takich jak: maszyna do zgrzewania ultradźwiękami, frezarka CNC (min. 3-osiowa), maszyna do procesów terfmoformowania (wyposażona w system ogrzewania formowanego tworzywa) lub termoformierka (z zewnętrznym piecem) oraz specjalistyczna maszyna do szycia rękawic.

Odwołujący wyjaśnił, że maszyna do zgrzewania jest niezbędna do wykonania zgrzewu pokrowca na wkład przeciwuderzeniowy, zamontowany w kamizelce zgodnie z pkt 4.2 opis ogólny wyrobu zamieszczonego w Specyfikacji Technicznej Kamizelka przeciwuderzeniowa OPP-4/K o nr ST 57/Ckt/2020/2. Jak zaznaczył Odwołujący, bez tej maszyny niemożliwe jest wykonanie wkładów przeciwuderzeniowych do kamizelki zgodnie z wymaganiami Specyfikacji Technicznej.

Frezarka CNC jest z kolei maszyną służącą do wykonania form umożliwiających formowanie wymaganych w specyfikacji elementów zestawu tzw. kształtek ochronnych
z tworzywa sztucznego typu ABS, mających za zadanie podnieść poziom ochrony przed uderzeniami niebezpiecznymi przedmiotami typu kij, pałka, kamień itp. (vide: Opis ogólny wyrobu, pkt 4.2 Specyfikacji Technicznej Ochraniacz Barku i Ramienia OPP-4/0 o nr ST 57/Ckt/2020/3). Przy użyciu tego urządzenia wykonawca musi wykonać około 10 (dziesięciu) niezależnych form głównych do produkcji poszczególnych kształtek: kształtka ochraniacza braku, kształtka ochraniacza ramienia (w trzech długościach), kształtka ochraniacza kolana, kształtka ochraniacza piszczela (w trzech długościach), kształtka ochraniacza stopy, kształtka ochraniacza kostki, kształtka ochraniacza wewnętrznej części kolana, kształtka ochraniacza łokcia, kształtka ochraniacza przedramienia, kształtka ochraniacza uda. Te kształtki ochronne są przy tym kluczowym elementem całego zestawu, bowiem decydują one o tym czy wyrób spełnia wymagania Zamawiającego wskazane w Specyfikacji Technicznej dotyczące odpowiedniej ochrony przed uderzeniami.

Termoformierka z kolei to maszyna, która przy wykorzystaniu uprzednio opisanych form pozwala - przy stworzeniu odpowiednich warunków termicznych - na uformowanie kształtek ochronnych, tak aby spełniały one wymagania Specyfikacji Technicznej.

Dodatkowo, jak zauważył Odwołujący, w skład ukompletowania zestawu wchodzą rękawice przeciwuderzeniowe. Odwołujący stwierdził, że z wykazu maszyn Polskór nie wynika, by wykonawca ten posiadał specjalistyczną maszynę do uszycia tych rękawic. Jak wskazał Odwołujący, przy produkcji rękawic przeciwuderzeniowych niezbędne jest wykorzystanie materiałów termoformowanych w postaci ochrony kostek wierzchniej części dłoni (twardy ochraniacz nakłykciowy o anatomicznie dopasowanym kształcie), a zatem do ich uszycia wymagane jest posiadanie specjalistycznej maszyny umożliwiającej uformowanie (nadanie kształtu) dla tego elementu z termoformowanego tworzywa sztucznego, a następnie wszycie go w tekstylną część rękawicy. Ponadto w kolejnym etapie produkcji należy zespoić ze sobą bazowe elementy tekstylne (część wierzchnia i spodnia oraz pozostałe) rękawic, czego nie można zrobić przy pomocy maszyn wskazanych przez Polskór (wymagana do tego jest maszyna typu laszówka o poziomym ruchu igieł).

W przekonaniu Odwołującego, brak zawarcia w opisie urządzeń technicznych ww. maszyn nakazywał Zamawiającemu stwierdzić, że Polskór nie wykazał, że spełnił warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej. Zdaniem Odwołującego, „park maszynowy", którym dysponuje Polskór, a który został opisany przez wykonawcę w dokumencie przedłożonym Zamawiającemu, uniemożliwia wykonawcy wykonanie przedmiotu zamówienia (wszystkich elementów wchodzących w skład zestawu). Za istotną Odwołujący uznał okoliczność, że Polskór w przedłożonej przez siebie ofercie (która wymagała wskazania zakładu(ów) produkcyjnego(ych), w których realizowany będzie przedmiot zamówienia), nie wskazał żadnego innego zakładu poza własnym, nie powołał się także na zasoby jakiegokolwiek innego podmiotu, którymi mógłby dysponować przy realizacji tego zamówienia. Odwołujący wywiódł z

powyższego, że skoro Polskór nie wskazał żadnego innego zakładu, w którym realizowany miałby być przedmiot zamówienia, oznacza to, że będzie wykonywał zestawy przeciwuderzeniowe w zakładzie własnym, zlokalizowanym w Tomaszowie Mazowieckim przy ul. Szczęśliwej 31. Odwołujący stoi na stanowisku, że załączony przez Polskór opis pokazuje, że wykonawca ten nie jest w stanie przy użyciu wyszczególnionych w nim maszyn wykonać przedmiotu zamówienia.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający, jako podmiot wyspecjalizowany i mający po swojej stronie doradcę w postaci Instytutu Moratex, powinien z łatwością dostrzec i zweryfikować, że przedłożony przez Polskór opis urządzeń technicznych oraz środków organizacyjno-technicznych nie potwierdza, że wykonawca ten spełnia omawiany warunek udziału w postępowaniu, gdyż wskazanymi przez Polskór maszynami byłby on wstanie wykonać co najwyżej elementy tekstylne wchodzące w skład zestawów przeciwuderzeniowych bez jakichkolwiek elementów z tworzyw sztucznych (które spełniają nadrzędną rolę w ramach zestawów, to one bowiem zapewniają wymagany poziom ochrony przed uderzeniami).

Dodatkowo, Odwołujący wskazał, że wyszczególniony przez Polskór wykaz maszyn nie tylko jest niepełny, ale także świadczy o tym, że stosowana przez wykonawcę technologia jest całkowicie przestarzała i nie nadaje się do wykonania przedmiotu zamówienia (zestawów przeciwuderzeniowych nowej generacji), a już na pewno nie w tak krótkim czasie, jak to zadeklarował Polskór. Odwołujący podał, że wszystkie maszyny wskazane przez Polskór nie dość, że wymagają manualnej obsługi (nie jest to produkcja zautomatyzowana, jaka jest wskazana do realizacji zestawów nowej technologii), to również wpływają na znaczne wydłużenie samego procesu produkcji, tym samym realnie zwiększają jej koszt.

Odwołujący podkreślił, że czym innym są zestawy przeciwuderzeniowe, jakie były przedmiotem dostawy w 2017 r. (zgodnie z przedłożonymi przez Polskór referencjami), a czym innym te, będące przedmiotem niniejszego postępowania. Oba zestawy, pomimo tożsamej nazwy, znacząco różnią się od siebie, w szczególności w zakresie technologii wykonania, produkcji, użytych materiałów, wymaganych parametrów i innych wymagań technicznych zawartych w Specyfikacji Technicznej. W opinii Odwołującego, to, że Polskór w 2017 r. wykonał i dostarczył Zamawiającemu 505 kompletów zestawów przeciwuderzeniowych, przy wykorzystaniu wskazanej w Opisie infrastruktury i technologii (*notabene* działając w tamtym postępowaniu ramach konsorcjum także z Odwołującym), nie oznacza, że jest zdolny do wykonania niniejszego zamówienia, które jest zamówieniem dużo bardziej wymagającym i skomplikowanym. Odwołujący uznał, że jest w pełni uprawniony do powyższego stwierdzenia jako podmiot, który opracował dokumentację techniczną tych zestawów i sam te zestawy wraz z Moratexem „stworzył".

Odwołujący podniósł także, że z przedłożonego przez Polskór Opisu wynika, że wykonawca ten nie dysponuje także odpowiednim zapleczem osobowym zdolnym do realizacji przedmiotowego zamówienia. Odwołujący zwrócił uwagę, ze zgodnie z przedłożonym Opisem, przy produkcji zestawów przeciwuderzeniowych, będących przedmiotem postępowania będą zatrudnieni pracownicy na następujących stanowiskach:

- Szef produkcji -1 osoba

- Krojczy -1 osoba

- Szyjak maszynowy -14 osób

- Pracownik produkcji - prace pomocnicze - 5 osób

- Kierownik kontroli jakości -1 osoba.

Z opisu nie wynika zatem, jak stwierdził Odwołujący, że Polskór dysponuje tymi osobami, a jedynie, że ww. osoby zostaną (cyt. „będą") zatrudnione do realizacji przedmiotu zamówienia. Ponadto, zdaniem Odwołującego, nawet gdyby taką ilością pracowników Polskór dysponował już na tym etapie, to i tak jest to zbyt małe zaplecze osobowe, biorąc pod uwagę manualną infrastrukturę maszynową (produkcyjną), w jakiej posiadaniu jest ten wykonawca oraz stosowaną przez niego przestarzałą technologię. Wskazuje na to opisany cykl produkcyjny przedmiotu zamówienia stworzony przez Odwołującego przy opracowywaniu zestawów przeciwuderzeniowych nowej technologii (we współpracy z Moratexem), który dodatkowo jest jedynym podmiotem, który faktycznie opracował, stworzył i wykonał taki zestaw, jak ten będący przedmiotem postępowania.

Odwołujący wskazał, w oparciu o sporządzony opisu procesu produkcyjnego kamizelki przeciwuderzeniowej, że łączny czas produkcji jednej kamizelki w ramach zestawu (z wykorzystaniem automatycznych procesów, w których posiadaniu jest jedynie Odwołujący) wynosi ok 353,36 minut, co daje 5,88 godziny (353,35:60=5,88). Przy ilości 1.000 zestawów, czas potrzebny na ich wykonanie to ok 5880 godzin (5,88x1000=5880). Przy uwzględnieniu zaplecza osobowego w postaci 20 pracowników, do wykonania samych kamizelek przeciwuderzeniowych potrzeba jest 294 godzin (5880:20=294). 294 godziny to z kolei 36,75 dni roboczych (294:8=36,75).

Odwołujący podał, że łączny czas produkcji jednej kamizelki w ramach zestawu (z wykorzystaniem manualnych/ręcznych procesów, których w posiadaniu jest Polskór) wyniesie ok 517 minut, co daje 8,61 godziny (517:60=8,61). Przy ilości 1.000 zestawów czas potrzebny na ich wykonanie to ok 8610 godzin (8,61x1000=8610). Przy uwzględnieniu zaplecza osobowego w postaci 20 pracowników, do wykonania samych kamizelek przeciwuderzeniowych potrzeba jest 430,5 godzin (8610:20=430,5). 430,5 godziny to z kolei 53,81 dni roboczych (430,5:8=53,81). Odwołujący zwrócił uwagę, że Polskór musi przy tym zamówić materiały (których nie posiada), a zakładając, że otrzyma je po ok 26 tygodniach, następnie wyśle je do laminacji (5 tygodni), kondycjonowania (3 tygodnie), cięcia lamówki (2 tygodnie, choć można to robić w tym samym czasie, co laminację), to przede wszystkim potrzebował będzie jeszcze czasu na produkcję seryjną (ww. 54 dni roboczych). Sumując powyższe wyliczenia Odwołujący otrzymał: 34 tygodnie do samego rozpoczęcia produkcji, a następnie 10,8 tygodnia na produkcję. Łącznie: 44,8 tygodni.

Odwołujący zwrócił uwagę, że Polskór zobowiązał się do wykonania zamówienia w terminie do 30 czerwca 2021 r. Zakładając, że podpisałaby umowę w poniedziałek 18 stycznia 2021 r. do granicznego terminu, w którym ma zostać wykonana umowa pozostało zaledwie 163 dni. W przekonaniu Odwołującego, Polskór

faktycznie potrzebuje jednak ok.
44-45 tygodni na wykonanie Umowy, a zatem ponad 300 dni.

Zdanie Odwołującego, już samych kamizelek Polskór nie jest w tanie wyprodukować w terminie wynikającym z umowy (lub nawet zbliżonym do niego).

Na podstawie sporządzonego opisu procesu produkcyjnego ochraniaczy na nogi i przedramiona Odwołujący stwierdził, że łączny czas produkcji jednego ochraniacza w ramach zestawu (z wykorzystaniem automatycznych procesów, których w posiadaniu jest jedynie Odwołujący) wynosi ok 440 minut, co daje 7,33 godziny (440:60=7,33). Przy ilości 1.000 zestawów czas potrzebny na ich wykonanie to ok 7330 godzin (7,33x1000=7330). Uwzględniając zaplecze osobowe w postaci 30 pracowników, do wykonania samych ochraniaczy na nogi i przedramiona potrzebne jest 244,33 godzin (7330:30=244,33). 244,33 godziny to z kolei 30,5 dni roboczych (244,33:8=30,5).

Według obliczeń Odwołującego, łączny czas produkcji jednego ochraniacz na nogi i przedramiona w ramach zestawu (z wykorzystaniem manualnych/ręcznych procesów, których w posiadaniu jest Polskór) wyniesie ok 575 minut, co daje 9,58 godziny (575:60=9,58). Przy ilości 1.000 zestawów czas potrzebny na ich wykonanie to ok 9580 godzin (9,58x1000=9580). Przy uwzględnieniu zaplecza osobowego w postaci 20 pracowników, do wykonania samych kamizelek przeciwuderzeniowych potrzeba jest 479 godzin (9580:20=479). 479 godziny to z kolei 59,87 dni roboczych (479:8=59,87).

Jak zauważył Odwołujący, Polskór będzie mógł rozpocząć produkcję dopiero, gdy otrzyma materiały zasadnicze. Wykonawca materiałów tych jednak nie posiada i musi je dopiero zamówić. Zakładając, że otrzyma je po około 26 tygodniach, następnie wyśle je do laminacji (5 tygodni), kondycjonowania (3 tygodnie), cięcia lamówki (2 tygodnie, choć można to robić w tym samym czasie, co laminację), to przede wszystkim potrzebował będzie jeszcze czasu na produkcję seryjną (ww. 60 dni roboczych). Sumując powyższe wyliczenia Odwołujący otrzymał: 34 tygodnie do samego rozpoczęcia produkcji, a następnie 12 tygodni na produkcję. Łącznie 46 tygodni. Odwołujący zauważył, że Polskór zobowiązał się do wykonania zamówienia w terminie do 30 czerwca 2021 r. Odwołujący stwierdził, że zakładając, że Polskór podpisałaby umowę w poniedziałek 18 stycznia 2021 r., do granicznego terminu, w którym ma zostać wykonana umowa pozostało zaledwie 163 dni. Faktycznie jednak, w przekonaniu Odwołującego, Polskór potrzebuje około 46 tygodni na wykonanie Umowy, a więc 322 dni. Odwołujący stoi na stanowisku, że Polskór nie jest w stanie zrealizować zamówienia, tym bardziej, że przyjęte 20-osób do realizacji tej części zamówienia zajmowało się będzie w rzeczywistości produkcją kamizelki przeciwuderzeniowej (lub na odwrót). Tym samym, zdaniem Odwołującego, Polskór nie dysponuje osobami zdolnymi do realizacji tej części zamówienia (ochraniacz na nogi i przedramiona), niezależnie od tego, że nie posiada materiału do ich wyprodukowania.

Ponadto, jak stwierdził Odwołujący, Polskór nie posiada w swoim zapleczu maszyn umożliwiających wykonanie kształtek z tworzyw sztucznych, co w zupełności uniemożliwia mu wykonanie tego elementu.

Na podstawie sporządzonego opisu procesu produkcji rękawic przeciwuderzeniowych Odwołujący obliczył, że łączny czas produkcji jednej pary rękawic w ramach zestawu (z wykorzystaniem automatycznych procesów, których w posiadaniu jest jedynie Odwołujący) wynosi ok 39 minut, co daje 0,65 godziny (39:60=0,65). Przy ilości 1.000 zestawów czas potrzebny na ich wykonanie to ok 650 godzin (0,65x1000=650). Dysponując zapleczem osobowym w postaci 30 pracowników do wykonania samych rękawic potrzeba jest 21,66 godzin (650:30=21,66). 21,66 godziny to z kolei 2,7 dni roboczych (21,66:8=2,7).

Według obliczeń Odwołującego, łączny czas produkcji jednej pary rękawic przeciwuderzeniowych w ramach zestawu (z wykorzystaniem manualnych/ręcznych procesów, których w posiadaniu jest Polskór) wyniesie ok 39 minut, co daje 0,65 godziny (39:60=0,65). Przy ilości 1.000 zestawów czas potrzebny na ich wykonanie to ok 650 godzin (0,65x1000=650). Dysponując zapleczem osobowym w postaci 20 pracowników do wykonania samych kamizelek przeciwuderzeniowych potrzeba jest 32,5 godziny (650:20=32,5). 32,5 godziny to z kolei 4 dni roboczych (32,5:8=4).

Odwołujący zaznaczył, że w tym przypadku, Polskór nie dość, że nie ma osób, które mogłyby wykonać tę część zamówienia (z założenia wykonują one kamizelki przeciwuderzeniowe), to przede wszystkim Polskór nie posiada sprzętu (maszyn), na których mógłby wykonać ten element zestawu. W ocenie Odwołującego, istotne jest także to, że Polskór w przedłożonej przez siebie ofercie nie powołał się także na zasoby jakiegokolwiek innego podmiotu, którymi mógłby dysponować przy realizacji tego zamówienia, nie wskazał żadnego innego zakładu, w którym realizowany miałby być przedmiot zamówienia. To zaś oznacza, że będzie wykonywał zestawy przeciwuderzeniowe w zakładzie własnym, przy użyciu wyłącznie własnych zasobów osobowych, wskazanych w ramach Opisu. Ten jednak nakazuje przyjąć, w opinii Odwołującego, że Polskór nie jest zdolny do zrealizowania zamówienia, a zatem nie spełnia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej.

Odwołujący ponadto zaznaczył, że Polskór nie wskazał w wykazie osób pracujących przy tym projekcie konstruktora lub projektanta mogącego zaprojektować nowe elementy wchodzące w skład zestawu przeciwuderzeniowego, takie jak kamizelka, czy też nowe ochraniacze barków i ramion. Wskazał jednak, że posiada odpowiednie szablony do wykonania tych elementów. W ocenie Odwołującego, oświadczenie wydaje się być niewiarygodne i nieprawdziwe, bowiem szablony są elementem powstającym dopiero przy projektowaniu nowego rozwiązania, a zatem Polskór takowych posiadać nie może (dedykowanych do nowego zestawu przeciwuderzeniowego). Odwołujący wskazał, że nie ma realnej możliwości by w stosunku do nowo zaprojektowanych elementów zestawu zastosować posiadane szablony i na tej podstawie uruchomić produkcję seryjną.

Ponadto, Odwołujący stwierdził, że Polskór nie udowodnił też, że dysponuje technologiem, tj. osobą zdolną do wykonania dokumentacji techniczno-technologicznej przedmiotu umowy, zgodnej ze Specyfikacją Techniczną, która stosowanie do postanowień umowy ma zostać sporządzona przez wykonawcę w terminie 2 tygodni od dnia jej podpisania.

Odwołujący wskazał, że zgodnie ze wzorem umowy, stanowiącym załącznik nr 3 do SIWZ, po podpisaniu umowy i przed rozpoczęciem produkcji wykonawca jest zobowiązany do wykonania, w oparciu o określoną dokumentację, wzorów

przedmiotu umowy i przekazania jednego egzemplarza do dyspozycji Zamawiającego. Zamawiający ma prawo w terminie do 15 dni kalendarzowych od daty zawarcia umowy pisemnie zażądać od wykonawcy przedstawienia dwóch egzemplarzy wzoru przedmiotu umowy, w celu dokonania jego oceny przez Zamawiającego oraz „organ upoważniony" i zatwierdzenia jego wykonania.
W przypadku niedostarczenia tych wzorów, Zamawiający jest uprawniony do odstąpienia od umowy z winy leżącej po stronie wykonawcy bez wyznaczania dodatkowego terminu na przedstawienie wzoru (§ 2 ust. 14 i nast. wzoru umowy). Powyższe oznacza, że wykonawca musi być gotowy i zdolny do wykonania wzorów umowy niemalże zaraz po jej zawarciu
(a przed uruchomieniem produkcji seryjnej). Zdaniem Odwołującego, Polskór tego wymagania nie spełnia. Odwołujący podał, że od wszystkich dostawców materiałów i tkanin, jakie są przeznaczone do realizacji tego zamówienia, otrzymał informację, że do dnia składania ofert w przedmiotowym postępowaniu, ale także i do dnia informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty, powyższe firmy nie otrzymały nawet zapytań od Polskór o dostępność tych materiałów. Odwołujący podkreślił, że nie dość, że Polskór nie zamówił tych tkanin i produktów (średni czas oczekiwania na tkaniny zasadnicze to ok 26 tygodni), to nawet nie wysłał zapytań o ich dostępność, termin realizacji czy też wycenę. Odwołujący podał też w wątpliwość, czy Polskór posiada wiedzę skąd takie materiały mógłby pozyskać, skoro tkaniny te trzeba dopiero stworzyć (wyprodukować) na indywidualne zamówienie, gdyż żadna z dostępnych na rynku tkanin „katalogowych" nie sprostała tak wysokim wymaganiom i parametrom technicznym, wytrzymałościowym, odporności na przebarwienia, trudnopalności. Odwołujący podkreślił, że ppracowanie takich tkanin (która dodatkowo przejdzie pozytywnie wszystkie badania) jest jednak niezwykle złożonym, skomplikowanym i rozbudowanym procesem, a Polskór w tym zakresie nie posiada wymaganej wiedzy oraz doświadczenia. W przekonaniu Odwołującego, niemożliwym jest także to, żeby Polskór posiadał te materiały na stanie, skoro jest to nowy projekt, a badania nad nimi zakończyły się dopiero w 2019 r., dokumentacja techniczna pochodzi także z 2019 r. (a materiały użyte do produkcji muszą pochodzić z roku produkcji bądź roku go poprzedzającego).

Powyższe oznacza, zdaniem Odwołującego, że Polskór nie jest w stanie wykonać zaraz po podpisaniu umowy wzorów (ale także całej produkcji seryjnej), ale także wskazuje na brak rzetelności po stronie Polskór, oraz brak rękojmi należytego wykonania przedmiotu przyszłej umowy.

Odwołujący zauważył, że brak jest wiedzy, w jaki sposób Polskór oszacował koszt
i czas realizacji zestawów przeciwuderzeniowych nowego typu, skoro do formalnego złożenia oferty nie złożył żadnego zapytania o dostępność i cenę materiałów, jak również nie pozyskał żadnej oferty w tym zakresie. Odwołujący stwierdził, że nie posiadając cen bazowych materiałów produkcyjnych, doświadczenia w produkcji tego zestawu w przeszłości, jak i nie biorąc udziału w procesie powstania tego produktu, Polskór nie posiada żadnych obiektywnych i miarodajnych danych mogących być podstawą szacunku ceny i terminu realizacji. W ocenie Odwołującego, w związku z brakiem wzorów, brakiem doświadczenia, brakiem parku maszynowego, brakiem zaplecza pracowniczego, brakiem środków (o czym świadczy finansowanie przez podmiot trzeci), a nawet brakiem ofert na tkaniny zasadnicze, Polskór nie ma jakichkolwiek żadnych szans na realizację tego zamówienia w zaoferowanym terminie.

Odwołujący podniósł, że wykonawca biorący udział w postępowaniu może - co do zasady - wykazać, że spełnia warunki udziału w postępowaniu (w tym przypadku w zakresie zdolności technicznej i zawodowej) w następujący sposób:

- samodzielnie,

- poprzez odwoływanie się do potencjału podmiotów trzecich,

- uczestnicząc w postępowaniu w ramach konsorcjum.

Odwołujący przypomniał, że Polskór w zakresie zdolności technicznej i zawodowej nie korzysta z zasobów jakiegokolwie innego podmiotu, a deklaruje, że samodzielnie spełnia ww. warunek udziału w postępowaniu tzn. samodzielnie „dysponuj odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, w tym zakłader produkcyjnym, w którym realizowany będzie przedmiot zamówienia, mającym wdrożony system zarządzania jakością v zakresie produkcji odzieży lub wyrobów z tkanin tekstylnych". Odwołujący stwierdził, że na dowód powyższeg wykonawca Polskór złożył opis urządzeń technicznych oraz środków organizacyjno-technicznych z którego nie wynika, ż posiada zdolność do wykonania zamówienia. W ocenie odwołującego, na tej podstawie Zamawiający powinien wykluczy Polskór z udziału w postępowaniu.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający wskazał powyższe wymogi, mimo iż nie był do tego zobowiązany (art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp). Zdaniem Odwołującego, oceniając sformułowane przez Zamawiającego wymaganie należy brać również pod uwagę cel, jaki przyświeca określeniu warunków udziału w postępowaniu, tj. dopuszczenie do postępowania wykonawców, którzy dają rękojmię należytego wykonania przedmiotu przyszłej umowy oraz wyeliminowanie wykonawców, co do których zachodzi prawdopodobieństwo, że nie będą zdolni do prawidłowej realizacji zamówienia. Z uwagi na powyższe, jak stwierdził Odwołujący, interpretację każdych wymagań należy rozpatrywać zgodnie z zasadami logiki, ale też
w kontekście przepisów prawa – ustawa Pzp ustanawia różne instrumenty w celu ochrony wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, lecz także wskazuje ich obowiązki - przede wszystkim wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia ma być zdolny do jego wykonania, co wynika z art. 22 ust. 1 ustawy Pzp. Wykonawca, który w sposób oczywisty nie jest zdolny do wykonania zamówienia, nie zasługuje na ochronę. Udzielenie zamówienia takiemu wykonawcy stanowiłoby bowiem naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców z punktu widzenia innych wykonawców biorących udział w postępowaniu - w szczególności tych, którzy są zdolni do wykonania zamówienia.

Odwołujący wyraził przekonanie, że tym bardziej aktualne w tym stanie faktycznym pozostaje stanowisko, że przy specjalistycznym charakterze zamówienia, istnieje wręcz konieczność określenia wymagań odnośnie wiedzy i doświadczenia w danym przedmiocie na wysokim poziomie, gdyż poziom ten gwarantuje, że zamówienie zostanie wykonane należycie. Odwołujący stwierdził, że z opisu urządzeń technicznych oraz środków organizacyjno-technicznych przedłożonych przez Polskór nie wynika jednak, że wykonawca ten spełnia warunek posiadania odpowiedniej wiedzy i doświadczenia i że jest zdolny do wykonania przedmiotowego zamówienia.

Przyjmując, że doszło do naruszenia przez Zamawiającego przepisów wskazanych powyżej Odwołujący

stwierdził, że Zamawiający naruszył art. 91 ust. 1 ustawy Pzp dokonując wyrobu oferty Polskór jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący podniósł ponadto, że pozostaje niewiadomą to, w jaki sposób Polskór oszacował koszt realizacji zestawów przeciwuderzeniowych nowego typu, skoro do złożenia oferty przez Polskór w dniu 10 grudnia 2020 r. nie złożył żadnego zapytania o dostępność
i cenę materiałów, jak również nie pozyskał żadnej oferty w tym zakresie. Zdaniem Odwołującego, nie posiadając cen bazowych materiałów produkcyjnych, doświadczenia
w produkcji tego zestawu w przeszłości, jak i nie biorąc udziału w procesie powstania tego produktu, Polskór nie posiada żadnych obiektywnych i miarodajnych danych mogących być podstawą szacunku ceny przedmiotu zamówienia.

W przekonaniu Odwołującego, nie ma znaczenia okoliczność, że cena zaoferowana przez Polskór jest ceną wyższą od kwoty, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia, bowiem brak jest informacji, na podstawie jakich danych i informacji Zamawiający oszacował wartość zamówienia na potrzeby tego postępowania. Odwołujący stoi na stanowisku, że w tym przypadku doszło do nienależytego oszacowania tej wartości przez Zamawiającego.

Odwołujący podał, że dokonał kalkulacji poziomu cenowego w oparciu
o doświadczenia podczas pracy nad Nowym Zestawem Przeciwuderzeniowym i przekazał go do ITB Moratex. Szacowana kwota na dzień 4 marca 2019 r. to: 3500,- netto / 4305,- brutto / 1 komplet. Odwołujący zaznaczył, że kalkulacja uwzględniała zestaw składający się
z kamizelki nowego typu, ochraniaczy na nogi i przedramiona starego typu oraz torby transportowej. Kalkulacja nie uwzględniała kosztów dodatkowych: rękawic przeciwuderzeniowych, badań materiałowych, kosztu sublicencji względem Moratexu.

Ponadto, jak zauważył Odwołujący, w postępowaniu przetargowym dotyczącym Nowej Kamizelki Przeciwuderzeniowej Odwołujący złożył ofertę i dostarczył do ITB Moratex 30 kamizelek. Oferta w postępowaniu dla ITB Moratex to kwota 2000,- netto / 2460,- brutto / za jedną kamizelkę. Odwołujący zaznaczył, że od momentu przygotowania wzorcowych kamizelek miał realne możliwości oszacowania poziomu cenowego tego produktu, dlatego finalnie oferta Odwołującego wyniosła 4350,- netto / 5350,50 brutto / 1 komplet.

Z uwagi na powyższe Odwołujący uznał, że kwota oszacowana przez Polskór jest zupełnie nierzetelna. Odwołujący stwierdził, że z uwagi na okoliczność, że doświadczenie Polskór w temacie zestawów przeciwuderzeniowych zakończyło się na udziale
w postępowaniach na stary wzór przeszło 2 lata temu, a wykonawca ten nie brał udziału
w pracach dotyczących wersji zmodernizowanej, powinien on oprzeć swoją kalkulację o oferty na materiały produkcyjne. Odwołujący z porównania kwoty, za jaką Polskór zobowiązał się do wykonania przedmiotu zamówienia do szacunku Odwołującego (mającego doświadczenie
w produkcji nowych zestawów) wywiódł, że Polskór nie jest w stanie osiągnąć zysków realizując to zamówienie nawet w terminie.

Odwołujący zwrócił ponadto uwagę, że Polskór, używający technologii konwencjonalnych opartych na pracach ręcznych, nie posiada szans na realizację zamówienia w terminie. Zdaniem Odwołującego, w swojej kalkulacji Polskór powinien zawrzeć poza bazowymi kosztami wyprodukowania elementów nowego zestawu, dodatkowo także poniższe elementy:

- kary za opóźnienia dostawy przedmiotu zamówienia na poziomie 5% - 235 237,50 zł,

- koszty wykonania form na kształtki ochraniaczy nowego typu: ok. 15 000 zł,

- koszty wykonania form na wkłady amortyzujące piankowe: ok. 15 000 zł

- koszty wykonania dokumentacji techniczno-technologicznej do zestawu (Polskór nie posiada w zasobach pracowniczych technologa, więc zmuszony będzie do zakupu dokumentacji lub zlecenia jej wykonania firmie zewnętrznej): ok. 10 000 zł

- koszty udostępnienia przez podmiot trzeci środków gwarantujących realizację zamówienia,

- sublicencja dla ITB Moratex: 5% wartości zamówienia,

- koszt badań zgodnych z wymaganiami SIWZ: 120 zł / 1 komplet,

- koszt kompletów przekazanych na badania (16 szt.),

- koszty stworzenia projektu kamizelki przeciwuderzeniowej nowego typu.

Odwołujący przywołał art. 537 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm.

Odwołujący podniósł, że przedłożenie przez Polskór zobowiązania podmiotu trzeciego (odnośnie udostępnienia zasobów finansowych) nie spełniającego wymagań opisanych postanowieniami rozdziału VII pkt 4.7 SIWZ, tj. dokumentu, który rzeczywiście określałby sposób wykorzystania zasobów finansowych podmiotu, na zdolnościach którego wykonawca polega, który określałby warunki, na jakich nastąpić miałoby udostępnienie tych zasobów oraz który wskazywałby na stosunek prawny realnie łączący podmiot udostępniający zasoby finansowe i Polskór, a zatem dokumentu, z którego wynikałoby, że zobowiązanie do udostępnienia zasobów, w tych okolicznościach faktycznych sprawy można uznać za realne, powodował, że na etapie oceny ofert nie była możliwa weryfikacja spełnienia przez Polskór warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale VI pkt 1.2 SIWZ.

Na wypadek, gdyby Izba uznała, że Zamawiający winien wezwać Polskór do uzupełnienia tego dokumentu (choć w

ocenie Odwołującego jest to mocno wątpliwe, tym bardziej z uwagi na faktyczną pozorność zobowiązania podmiotu trzeciego), Odwołujący wskazał na naruszenie przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania Polskór do uzupełnienia zobowiązania.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca Polskór.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy wymieniony w treści uzasadnienia, jak również stanowiska stron i uczestnika postępowania zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Mając na uwadze treść art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 poz. 2020), zgodnie z którym do postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy ustawy, o której mowa w art. 1, Izba do postępowania odwoławczego w przedmiotowej sprawie zastosowała przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm., dalej jako „ustawa nPzp").

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 505 ust. 1 ustawy nPzp. Zakres zarzutów, w sytuacji ich potwierdzenia się, wskazuje na pozbawienie Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji, narażając ich tym samym na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody.
O braku interesu Odwołującego we wniesieniu odwołania nie może stanowić okoliczność, że cena zaoferowana przez Odwołującego przekracza kwotę, jaką przeznaczył Zamawiający na sfinansowanie zamówienia. Izba miała na uwadze okoliczność, że obie oferty, jakie otrzymał Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu przekraczały ww. kwotę. Na rozprawie Zamawiający zadeklarował jednak, że jest w stanie zwiększyć środki przeznaczone na realizację zamówienia do ceny zaoferowanej przez Polskór, jednak nie może zwiększyć tej kwoty do wysokości ceny zaoferowanej przez Odwołującego. Izba stwierdziła, że na obecnym etapie nie zostało wykazane, że Zamawiający nie posiadałby środków na realizację zamówienia, jeśli to oferta Odwołującego zostałaby uznana za najkorzystniejszą. Nawet gdyby takie okoliczności zaistniały, Zamawiający po przeanalizowaniu własnej sytuacji budżetowej mógłby ewentualnie podjąć decyzję o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, a decyzja ta podlegałaby zaskarżeniu.

Rozpoznając odwołanie w granicach podniesionych zarzutów Izba uznała, że zaistniały podstawy do jego uwzględnienia w części.

Za zasadny Izba uznała zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Polskór z uwagi na niewykazanie spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale VI pkt 1.2 SIWZ dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej wykonawcy, tj. warunku posiadania środków finansowych lub zdolności kredytowej w wysokości nie mniejszej niż 3 000 000,00 zł.

Izba zważyła, że ustawodawca w art. 22a ustawy Pzp dopuścił możliwość polegania na sytuacji finansowej lub ekonomicznej innego podmiotu w celu potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu, niezależnie od charakteru prawnego stosunków łączących wykonawcę z takim podmiotem (ust. 1). Ustawodawca zastrzegł, że wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów, musi udowodnić zamawiającemu, że realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów,
w szczególności przedstawiając zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia.

Zgodnie z § 9 ust. 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu
o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2020 r., poz. 1282), w celu oceny, czy wykonawca polegając na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów na zasadach określonych w art. 22a ustawy, będzie dysponował niezbędnymi zasobami w stopniu umożliwiającym należyte wykonanie zamówienia publicznego oraz oceny, czy stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów, zamawiający może żądać dokumentów, które określają w szczególności:

1) zakres dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu;

2) sposób wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia publicznego;

3) zakres i okres udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia publicznego;

4) czy podmiot, na zdolnościach którego wykonawca polega w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, zrealizuje roboty budowlane lub usługi, których wskazane zdolności dotyczą.

Zamawiający w pkt 4 SIWZ powtórzył wymagania opisane powyżej.

Na potwierdzenie spełniania ww. warunku wykonawca Polskór złożył zobowiązanie Trawena Sp. z o.o. Sp. k. z 10 grudnia 2020 r., w którym podmiot ten zobowiązał się do oddania na potrzeby wykonania zamówienia „zdolności ekonomicznej lub finansowej – Rozdział VI ust. 1 pkt 1.2 SIWZ w zakresie kwoty 3 000 000,00 zł" do dyspozycji Polskór. Trawena Sp. z o.o. Sp. k. oświadczyła:

„a) udostępniam Wykonawcy ww. zasoby, w następującym zakresie:

Dla potrzeb realizacji Zamówienia zgodnie z Rozdział VI ust. 1 pkt 1.2 SIWZ w zakresie kwoty 3 000 000,00 zł (słownie: trzy miliony złotych) w postaci posiadania zdolności kredytowej.

b) sposób wykorzystania udostępnionych przeze mnie zasobów będzie następujący:

Zasoby finansowe będą wspierały realizację zamówienia zgodnie z wymogami dla zdolności finansowej lub ekonomicznej. Wykonawca będzie z tego powodu mógł z nich skorzystać
w razie potrzeby w trakcie realizacji zamówienia.

c) charakter stosunku łączącego mnie z Wykonawcą będzie następujący:

Oświadczamy, że stosunek jaki będzie łączył naszą firmę z Wykonawcą będzie miał charakter umowy cywilnoprawnej.

d) okres mojego udziału przy wykonywaniu zamówienia będzie następujący:

W trakcie realizacji zamówienia.

Jako podmiot udostępniający swoje zasoby oświadczam, że odpowiadam solidarnie
z Wykonawcą, który polega na mojej zdolności sytuacji finansowej lub ekonomicznej, za szkodę poniesioną przez Zamawiającego wskutek nieudostępnienia przeze mnie Wykonawcy tych zasobów, chyba że wykażę brak swojej winy w związku z nieudostępnieniem tych zasobów.”.

Polskór złożył Zamawiającemu także zaświadczenie i opinię ING Bank Śląski S.A. z 10 grudnia 2020 r., w której stwierdzono, że Trawena Sp. z o.o. Sp.k. posiada zdolność kredytową
w kwocie 16 000 000,00 zł.

Izba stwierdziła, że ww. dokumenty nie potwierdzają spełniania warunku udziału
w postępowaniu opisanego w rozdziale VI pkt 1.2 SIWZ, z uwagi na okoliczność, że zobowiązanie Trawena Sp. z o.o. Sp. k., na którym oparł się Polskór wykazując spełnianie przedmiotowego warunku nie spełnia wymagań określonych w § 9 ust. 1 rozporządzenia
w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy
w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz w rozdziale VII pkt 4.7 SIWZ. W zobowiązaniu Trawena Sp. z o.o. Sp. k. brak jest informacji o sposobie wykorzystania udostępnionych zasobów. Twierdzenie zawarte w zobowiązaniu: „Zasoby finansowe będą wspierały realizację zamówienia zgodnie z wymogami dla zdolności finansowej lub ekonomicznej. Wykonawca będzie z tego powodu mógł z nich skorzystać w razie potrzeby w trakcie realizacji zamówienia.” nie określa sposobu wykorzystania zasobów udostępnionych przez podmiot trzeci przy wykonywaniu zamówienia, a jedynie wskazuje w sposób ogólny na możliwość ich wykorzystania przez wykonawcę.

Należy zauważyć, że ustalenie sposobu wykorzystania zasobów udostępnionych przez podmiot trzeci ma zasadnicze znaczenie przy ocenie spełniania przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu. Ustalenie ww. okoliczności nabiera szczególnego znaczenia przy ocenie zdolności ekonomicznej lub finansowej, jako że owe zasoby są ściśle powiązane
z podmiotem je udostępniającym.

Z uwagi na powyższe, Izba stwierdziła, że wykonawca Polskór nie potwierdził spełniania przedmiotowego warunku i powinien podlegać wykluczeniu. Przed dokonaniem takiej czynności, która kończyłaby udział wykonawcy w postępowaniu, ustawodawca dał jednak wykonawcom możliwość uzupełnienia/poprawienia tego rodzaju uchybień w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Zaistniały zatem podstawy do wezwania Polskór na zasadzie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego spełnianie warunku udziału
w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale VI pkt 1.2 SIWZ.

Izba nie dostrzegła uchybień w treści przedmiotowego zobowiązania z uwagi na to, że z jego treści wynika, że stosunek prawny łączący podmiot udostępniający zasoby
z wykonawcą będzie dopiero wynikał z umowy cywilnoprawnej, a także ze względu na brak wskazania warunków, na jakich miałoby nastąpić udostępnienie zasobów. Wskazać należy, że określenie powyższego w zobowiązaniu nie jest wymagane ani przepisami rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy
w postępowaniu o udzielenie zamówienia, ani treścią SIWZ. Dodatkowo, za dokument wystarczający do wykazania spełniania warunku przez powołanie się na zasoby podmiotu trzeciego ustawodawca uznał zobowiązanie tego podmiotu do oddania wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia (art. 22a ust. 2 ustawy Pzp).

W konsekwencji, potwierdził się także zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 91 ust. 1 ustawy Pzp przez wybór oferty Polskór jako najkorzystniejszej.

Izba nie stwierdziła podstaw do uznania, że Polskór wprowadził Zamawiającego w błąd co do dysponowania zasobami finansowymi podmiotu trzeciego, co miałoby skutkować naruszeniem przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp.

Odwołujący podniósł, że udostępnienie zasobów przez Trawena Sp. z o.o. Sp. k. ma charakter pozorny, a zobowiązanie tego podmiotu zostało podpisane wyłącznie w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu przez Polskór. Odwołujący oparł swoje twierdzenia na wynikach spotkania, które, jak oświadczył, odbyło się w dniu 16 grudnia 2020 r. z wiceprezesem zarządu Trawena Sp. z o.o. Sp. k. Na dowód ww. spotkania Odwołujący złożył tekst mający stanowić stenogram rozmowy, jaka została przeprowadzona w toku ww. spotkania. Wydruk ten nie może jednak stanowić dowodu na pozorność udostępnienia zasobów przez Trawena Sp. z o.o. Sp. k., jako że nie został on podpisany. Ponadto, Odwołujący wycofał wnioski dowodowe w postaci przesłuchania K. K. oraz G. Sz. Brak jest zatem wiarygodnego dowodu na okoliczność, że w dniu 16 grudnia 2020 r. odbyło się spotkanie w gronie, jakie deklaruje Odwołujący, oraz że osoba reprezentująca Trawena Sp. z o.o. Sp. k. złożyła oświadczenia o treści przywołanej przez Odwołującego.

Stanowisku Odwołującego przeczy złożone przez Polskór oświadczenie Trawena

Sp. z o.o. Sp. k., w którym podmiot ten potwierdził fakt złożenia w dniu 10 grudnia 2020 r. zobowiązania do oddania do dyspozycji Polskór niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia pn. „Produkcja i dostawa zestawów przeciwuderzeniowych" prowadzonego przez Komendę Główną Policji. Trawena Sp. z o.o. Sp. k. powołała się na umowę zawartą z Polskór, w której stwierdzono, jak wynika z treści oświadczenia, że zasobu udziela się do zakończenia realizacji umowy. W przedmiotowym oświadczeniu Trawena Sp. z o.o. Sp. k. potwierdziła, że zgodnie z zobowiązaniem, Polskór będzie mógł skorzystać w trakcie realizacji zamówienia
z przekazanych zasobów finansowych, przy czym forma skorzystania z zasobów będzie zależna od danej sytuacji faktycznej. W ocenie Izby, oświadczenie Trawena Sp. z o.o. Sp. k. stanowi zaprzeczenie pozorności udostępnienia zasobów. Dowodu na powyższe nie może stanowić złożona przez Polskór umowa z 10 grudnia 2020 r. zawarta pomiędzy Trawena
Sp. z o.o. Sp. k. a Polskór, jako że wykonawca ten złożył w poczet materiału dowodowego jedynie wydruk treści tej umowy, który nie zawiera podpisów stron umowy.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że Odwołujący nie wykazał, że udostępnienie zasobów przez Trawena Sp. z o.o. Sp. k. miało charakter pozorny, a Polskór wprowadził Zamawiającego w błąd co do dysponowania zasobami podmiotu trzeciego.

Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia Polskór z udziału w postępowaniu ze względu na niewykazanie, że wykonawca ten spełnia warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej określony w rozdziale VI pkt 1.4 SIWZ.

W rozdziale VI pkt 1.4 Zamawiający podał, że o zamówienie może ubiegać się wykonawca, który spełnia warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej, w tym dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, w tym zakładem(ami) produkcyjnym(i), w którym(ch) będzie realizowany przedmiot zamówienia, mającym(i) wdrożony system zarządzania jakością w zakresie produkcji odzieży lub wyrobów z tkanin technicznych. Na potwierdzenie spełniania ww. warunku Zamawiający wymagał złożenia opisu urządzeń technicznych oraz środków organizacyjno-technicznych zastosowanych przez wykonawcę w celu zapewnienia jakości (ze wskazaniem zakładu/ów produkcyjnego/ych) potwierdzającego spełnianie warunku określonego w rozdziale VI ust. 1 pkt 1.4 SIWZ. Zamawiający dopuścił przy tym złożenie
w ramach powyższego opisu certyfikatu potwierdzającego wdrożenie systemu zarządzania jakością w zakresie produkcji odzieży lub wyrobów z tkanin technicznych.

Na potwierdzenie spełniania przedmiotowego wymagania Polskór złożył Opis urządzeń technicznych oraz środków organizacyjno-technicznych stosowanych przez PPH „Polskór" w celu zapewnienia jakości, certyfikat ISO 9001:2015 nr 692/S/2018 oraz certyfikat AQAP 2110:2016 nr 692/A/2018.

Izba zważyła, że Zamawiający formułując warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej *de facto* nie określił wymagań, jakie wykonawca powinien spełnić. Jedynym skonkretyzowanym wymaganiem jest posiadanie zakładu produkcyjnego mającego wdrożony system zarządzania jakością w zakresie produkcji odzieży lub wyrobów
z tkanin technicznych. Zamawiający w żaden sposób nie określił co należy rozumieć pod pojęciem „odpowiedni potencjał techniczny oraz osoby zdolne do wykonania zamówienia". Zamawiający nie postawił wymogów w zakresie infrastruktury, maszyn i urządzeń, jakimi powinien dysponować wykonawca, jak również nie opisał wymagań co do liczby osób, czy ich kwalifikacji. Wobec braku takich wymagań, niemożliwym staje się ocena spełnienia przedmiotowego warunku. Izba nie zgodziła się ze stanowiskiem Odwołującego, który stwierdził, że warunek z rozdziału VI pkt 1.4 zawiera podstawowe i minimalne wymagania stawiane wykonawcy, nie stanowiące katalogu zamkniętego. Izba stoi na stanowisku, że warunki udziału w postępowaniu stanowią jeden z najistotniejszych elementów postępowania o udzielenie zamówienia. Aby w toku takiego postępowania mogły zostać zachowane podstawowe zasady, o których mowa w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, opis warunków stawianych wykonawcy powinien być jednoznaczny i nie budzić wątpliwości. Wykonawca przystępujący do postępowania, na podstawie sformułowanych przez zamawiającego warunków, powinien móc stwierdzić czy posiada wymagane przez zamawiającego zdolności. Badanie wykonawcy na podstawie wymagań, które nie zostały jasno sprecyzowane w dokumentacji postępowania byłoby nieuprawnione i stanowiłoby naruszenie zasad udzielania zamówień publicznych.

Z uwagi na powyższe, wszelkie twierdzenia Odwołującego o nieposiadaniu przez Polskór odpowiedniej infrastruktury, maszyn, urządzeń, zaplecza osobowego nie znajdują oparcia w treści SIWZ. Co za tym idzie, również dowody złożone przez Odwołującego na okoliczność niespełniania przez Polskór przedmiotowego warunku, jak też potencjału, jaki powinien posiadać wykonawca, aby należycie zrealizować zamówienie, nie mogły stanowić podstawy do rozstrzygnięcia przedmiotowego zarzutu. Podkreślić należy, że ocenie przez zamawiającego mogą podlegać wyłącznie wymagania sprecyzowane w SIWZ, wszelka dowolność w tym zakresie będzie stanowiła naruszenie przepisów ustawy Pzp (art. 7). Izba nie uwzględniła również wniosku Odwołującego o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu
z zeznań świadka K. Cz. z uwagi na fakt, że dowód z zeznań świadka może być przeprowadzony na okoliczność faktów, a nie ocen.

W konsekwencji, ocenie pod kątem spełniania warunku z rozdziału VI pkt 1.4 SIWZ może podlegać wyłącznie wymaganie posiadania przez wykonawcę zakładu produkcyjnego mającego wdrożony system zarządzania jakością w zakresie produkcji odzieży lub wyrobów
z tkanin technicznych. W tym zakresie Polskór złożył oświadczenie o posiadaniu zakładu produkcyjnego położonego w Tomaszowie Mazowieckim, a także o wdrożeniu Systemu Zarządzania Jakością opartego na normie ISO 9001:2015 oraz wymaganiach NATO określonych w AQAP 2110:2016. Polskór złożył także Certyfikat ISO 9001:2015 nr 692/S/2018 oraz Certyfikat AQAP 2110:2016 nr 692/A/2018. Z treści certyfikatu ISO 9001:2015 nr 692/S/2018 istotnie wynika, że jego ważności warunkowana jest uzyskaniem pozytywnych wyników audytów. Izba stwierdziła, że tego rodzaju dokumenty mogą zostać uzupełnione
w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. W przedmiotowej sprawie Polskór złożył stosowne dokumenty wraz z pismem z dnia 25 lutego 2021 r., a zatem niecelowe byłoby wzywanie wykonawcy do uzupełnienia tych dokumentów.

Za niezasadny Izba uznała także zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 90 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania Polskór do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny. Izba ustaliła, że w przedmiotowym postępowaniu nie zaistniały ustawowe przesłanki do wystosowania takiego wezwania. Odwołujący nie podjął inicjatywy dowodowej

mającej na celu wykazanie zaistnienia podstaw do badania ceny zaoferowanej przez Polskór. W tym miejscu podkreślenia wymaga, że to na Odwołującym spoczywał ciężar wykazania zaistnienia podstaw do wezwania Polskór do złożenia wyjaśnień co do elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. W doktrynie i orzecznictwie utrwalony jest pogląd, że odwrócony ciężar dowodu, o którym stanowi art. 537 ustawy nPzp (art. 190 ust. 1a ustawy Pzp), dotyczy kolejnego etapu postępowania, tj. obrony zaoferowanej ceny po złożonych wyjaśnieniach z art. 90 ustawy Pzp.

W okolicznościach przedmiotowej sprawy, mając na względzie brak zaistnienia ustawowych przesłanek do wezwania Polskór do złożenia wyjaśnień, a także brak dowodów na okoliczność, że kalkulacja Polskór jest nieprawidłowa i powinna budzić wątpliwości, Izba stwierdziła, że przedmiotowy zarzut nie potwierdził się.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy nPzp oraz § 7 ust. 2 pkt 1, § 7 ust. 3 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437, dalej jako „rozporządzenie").

Zgodnie z art. 557 ustawy nPzp w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego, z kolei w myśl art. 575 ustawy nPzp strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku. Zgodnie
z § 5 rozporządzenia, do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się m.in. wpis (pkt 1), uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego w wysokości określonej na podstawie rachunków lub spisu kosztów, złożonych do akt sprawy, obejmujące wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika, jednak nieprzekraczające łącznie kwoty 3600 złotych (pkt 2 lit. b).

Jak stanowi § 7 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia, w przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę w części, koszty ponoszą odwołujący i zamawiający, jeżeli w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca albo uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości albo w części. Zgodnie z ust. 3 tego przepisu, w takim przypadku Izba rozdziela 1) wpis stosunkowo, zasądzając odpowiednio od zamawiającego albo uczestnika postępowania odwoławczego wnoszącego sprzeciw na rzecz odwołującego kwotę, której wysokość ustali, obliczając proporcję liczby zarzutów przedstawionych w odwołaniu, które Izba uwzględniła, do liczby zarzutów, których Izba nie uwzględniła; 2) koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, w sposób określony w pkt 1 lub znosi te koszty wzajemnie między odwołującym i odpowiednio zamawiającym albo uczestnikiem postępowania odwoławczego wnoszącym sprzeciw.

W świetle powyższych regulacji, Izba rozdzieliła koszty postępowania stosunkowo, obliczając proporcję liczby zarzutów przedstawionych w odwołaniu, które Izba uwzględniła, do liczby zarzutów, których Izba nie uwzględniła, przy czym do liczby zarzutów Izba nie wliczyła zarzutu naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp (zarzut nr 4) stwierdzając, że jest to zarzut wynikowy, będący konsekwencją pozostałych zarzutów podniesionych w odwołaniu. Odwołanie okazało się zasadne w stosunku 2/5 (zarzut nr 2 i 6) i bezzasadne w pozostałej części (zarzuty nr 1, 3 i 5). Kosztami postępowania obciążono zatem Zamawiającego w części 2/5 i Odwołującego w części 3/5. Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez Odwołującego w wysokości 15 000 zł (zgodnie z § 5 pkt 1 rozporządzenia), koszty poniesione przez Odwołującego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości
3 600 zł (zgodnie z § 5 pkt 2 lit. b rozporządzenia) - łącznie 18 600,00 zł. Odwołujący poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 18 600 zł tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika, tymczasem odpowiadał za nie jedynie do wysokości 11 160,00 zł (18 600,00 zł x 3/5). Różnica pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez Odwołującego a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku, wynosiła zatem 7 440,00 zł.

Przewodniczący:……...

……...

……...