

**WYROK**  
z dnia 15 marca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Izabela Kuciak**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 marca 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 marca 2012 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) Murator Expo Sp. z o.o. (pełnomocnik konsorcjum), (2) Polska Izba Przemysłu Jachtowego i Sportów Wodnych, adres dla pełnomocnika: ul. Senatorska 13/15, 00-075 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Ministerstwo Gospodarki, Plac Trzech Krzyży 3/5, 00-507 Warszawa,**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) Fundacja Klaster Polskie Jachty (pełnomocnik konsorcjum), (2) ICM Poland Sp. z o.o., adres dla pełnomocnika: Al. Jerozolimskie 42 lok. 17, 00-024 Warszawa** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) Murator Expo Sp. z o.o. (pełnomocnik konsorcjum), (2) Polska Izba Przemysłu Jachtowego i Sportów Wodnych, adres dla pełnomocnika: ul. Senatorska 13/15, 00-075 Warszawa** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy), uiszczoną przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) Murator Expo Sp. z o.o. (pełnomocnik konsorcjum), (2) Polska Izba Przemysłu Jachtowego i Sportów Wodnych, adres dla pełnomocnika: ul. Senatorska 13/15, 00-075 Warszawa,** tytułem wpisu od odwołania.

1

---

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

**Przewodniczący: .....**

2

**Uzasadnienie**

Zamawiający prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest "przygotowanie oraz realizacja koncepcji branżowego programu promocji branży jubilersko-bursztynicznej/branży produkcji jachtów i łodzi rekreacyjnych w ramach realizowanego projektu systemowego pn. „Promocja polskiej gospodarki na rynkach międzynarodowych”, Poddziałanie 6.5.1 Programu Operacyjnego Innowacyjna Gospodarka". Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 28 grudnia 2011 r. pod numerem 2011/S 249-406337.

W niniejszym postępowaniu Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów art. 82 ust. 3, art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (zwanej dalej „ustawą Pzp”) w związku z postanowieniami § 1 ust. 1 pkt 9, § 1 ust. 3 i § 6 ust. 1 i 2 rozporządzenia

Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U Nr 226, poz. 1817) i wnosząc o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia kwestionowanej czynności i powtórzenia czynności badania i oceny ofert.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Odwołujący wyjaśnia, iż Konsorcjum Fundacja Klaster Polskie Jachty oraz ICM Poland sp. z o.o., na dowód spełnienia warunku, określonego w rozdziale 5 pkt 5 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”), przedłożyło zobowiązanie Netpower S.A. z dnia 13.01.2012 r. oraz niepodpisane i niepotwierdzone za zgodność z oryginałem wydruki ze strony internetowej Citibank on-line: z rachunku Fundacji Klaster Polskie Jachty z dnia 25.10.2011 r., z rachunku ICM Poland sp. z o.o. z dnia 31.10.2011 r., z rachunku Netpower S.A. z 31.10.2011 r.

W ocenie Odwołującego, w świetle § 1 ust. 3 oraz § 6 ust. 1 i 2 powołwanego rozporządzenia, przedstawione przez Konsorcjum wydruki ze strony internetowej banku nie powinny być uznane za informację banku w rozumieniu pkt 5 rozdziału 5 SIWZ, jak i w rozumieniu ustawy Pzp. Zdaniem Odwołującego, przedmiotowe wydruki nie stanowiły bowiem ani formalnego zaświadczenia wystawionego przez bank ani dokumentu elektronicznego, nie wymagającego pieczętki ani podpisu, w rozumieniu art. 7 Prawa bankowego. Co więcej nie były nawet poświadczone „za zgodność z oryginałem”.

Nadto, Odwołujący podniósł, iż zobowiązanie Netpower S.A. nie zostało w żaden sposób zweryfikowane w trakcie postępowania przetargowego, w związku z czym budzi poważne zastrzeżenia jako zaświadczenie mogące spełniać warunki określone w pkt 10 w związku z pkt 5 rozdziału 5 SIWZ.

3

---

Dalej Odwołujący podniósł, iż przedstawione przez Konsorcjum przedmiotowe zobowiązanie nie zostało jednak ani zweryfikowane w trakcie postępowania ani nawet poparte aktualnym odpisem z KRS spółki Netpower S.A., potwierdzającym możliwość reprezentowania spółki przez Pana Jacka G. Zdaniem Odwołującego, uzasadniona jest zatem wątpliwość, czy takie zobowiązanie jest skuteczne w świetle powołanych postanowień SIWZ.

#### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:**

Zgodnie z rozdziałem 5 pkt 5 SIWZ, o udział w postępowaniu mogą ubiegać się wykonawcy, którzy m.in. znajdują się w odpowiedniej sytuacji ekonomicznej i finansowej, tj. posiadają środki finansowe w wysokości co najmniej 1.000.000,00 zł lub posiadają zdolność kredytową w wysokości co najmniej 1.000.000,00 zł. W celu potwierdzenia spełnienia przedmiotowego warunku wykonawcy zostali zobowiązani do przedstawienia informacji banu lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, w którym wykonawca posiada rachunek, potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy – wystawionej nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert. Dokumenty żądane przez Zamawiającego należało składać w formie oryginału lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę (pkt 8).

Jednocześnie Zamawiający zastrzegł, iż wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić Zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. Zobowiązanie innych podmiotów do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów musi być w formie oryginału bądź kopii notarialnie poświadczonej za zgodność z oryginałem (pkt 10 rozdziału 5 SIWZ).

#### **Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:**

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba nie podziela jednakże stanowiska Zamawiającego, iż Odwołujący nie posiada interesu we wniesieniu odwołania. Jak podkreśla się w orzecznictwie, legitymacja uprawniająca do korzystania ze środków ochrony prawnej, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, stanowi materialno-prawną przesłankę zasadności odwołania i podlega ocenie na dzień jego wniesienia. Stwierdzenie braku tej legitymacji skutkuje koniecznością

---

oddalenia odwołania, bez rozpatrywania zarzutów, niezależnie od ich treści merytorycznej i ich zasadności.

Zgodnie ze wskazanym powyżej przepisem, środki ochrony prawnej przysługują m.in. wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Niezbędne jest zatem stwierdzenie, po pierwsze, że wykonawca posiada lub posiadał interes w uzyskaniu danego zamówienia, po drugie, że poniósł lub może ponieść szkodę i po trzecie, że potencjalna szkoda jest wynikiem naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Tym samym Odwołujący, w pierwszej kolejności, obowiązany był wykazać, iż posiada lub posiadał interes w uzyskaniu zamówienia w przedmiotowym postępowaniu o zamówienie publiczne i jednocześnie, że poniósł lub może ponieść szkodę, w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Z orzecnictwa bezspornie wynika, że interes w uzyskaniu zamówienia, o którym stanowi art. 179 ust.1 ustawy Pzp, dotyczyć powinien tego zamówienia, którego dotyczy odwołanie, tym samym – jak podnosi się także w doktrynie - konkretnego postępowania, w którym środek ochrony prawnej jest wnoszony, prowadzonego w celu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Niewątpliwie Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia, albowiem ubiega się o udzielenie tego zamówienia, składając w przedmiotowym postępowaniu niepodlegającą odrzuceniu ofertę. Jednakże przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp wymaga od wnoszącego odwołanie wykonawcy nie tylko legitymowania się interesem w uzyskaniu zamówienia, ale również wykazania – jak wcześniej wskazano – poniesienia szkody lub możliwości jej poniesienia w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Tak jak podnosi się w doktrynie i orzecnictwie, przez szkodę należy rozumieć uszczerbek majątkowy lub niemajątkowy, jakiego doznaje lub dozna poszkodowany wykonawca w wyniku określonego działania lub zaniechania zamawiającego. Tym samym, oferta wnoszącego odwołanie - w przypadku uwzględnienia zarzutów, powinna być uznana za najkorzystniejszą i dane postępowanie powinno zakończyć się zawarciem umowy z Odwołującym.

W toku postępowania odwoławczego ustalono jedynie, jaką kwotę Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację przedmiotowego zamówienia oraz że kwota, stanowiąca cenę oferty Odwołującego przekracza tę kwotę. Jednakże, w ocenie Izby, nie uzasadnia to domniemania, iż Zamawiający nie ma możliwości podwyższenia rzeczzonej kwoty. Umocowany przedstawiciel Zamawiającego również takiego oświadczenia nie złożył. Stąd, zdaniem Izby, w okolicznościach niniejszej sprawy, brak podstaw do stwierdzenia, iż Odwołujący nie mógłby uzyskać przedmiotowego zamówienia, gdyż wybór oferty tego wykonawcy nie prowadziłby do zawarcia z tym wykonawcą umowy, lecz do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust.1 pkt 4 ustawy Pzp.

---

Przechodząc do merytorycznej oceny zarzutów podniesionych w odwołaniu stwierdzić należy, iż bezprzedmiotowy jest zarzut naruszenia przepisu § 1 ust. 1 pkt 9 powoływanego rozporządzenia. Norma prawna, zawarta we wskazanym przepisie stanowi normatywną podstawę (uprawnienie) do żądania przez zamawiającego określonych dokumentów. W katalogu wymienionych dokumentów znajduje się informacja banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, w których wykonawca posiada rachunek, potwierdzająca wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy. Zatem, w sytuacji, w której po pierwsze sam Odwołujący wskazuje na przepis, który kreuje dla Zamawiającego uprawnienie do żądania określonych dokumentów, po drugie, sam Odwołujący w istocie nie kwestionuje możliwości domagania się przez Zamawiającego przedmiotowej informacji, zarzut nie znajduje oparcia w okolicznościach faktycznych, jak również w okolicznościach prawnych (wobec braku ich podniesienia) i z tych względów zasługuje na oddalenie.

Z analogicznych powodów, o których była mowa wyżej, zarzut naruszenia przepisu § 1 ust. 3 powołanego rozporządzenia, nie zasługiwał na uwzględnienie.

Zgodnie z § 6 ust. 1 powoływanego rozporządzenia, dokumenty są składane w oryginale lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę. W przypadku składania elektronicznych dokumentów powinny być one opatrzone przez

wykonawcę bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu. Powyższe unormowanie oznacza, iż możliwe jest składanie przez wykonawców dokumentów w formie pisemnej, jak również w postaci kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem oraz w postaci dokumentów elektronicznych, przy spełnieniu określonych wymagań. W ocenie Izby, nie ulega jednakże wątpliwości, iż w świetle przepisów ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe (Dz. U. z 2002 r., Nr 72, poz. 665 ze zm.), zachowanie formy pisemnej należy oceniać, biorąc pod uwagę fakt, iż przedmiotowe przepisy stanowią regulację szczególną w odniesieniu do art. 78 § 2 k.c. (B. Smykła: *Prawo bankowe. Komentarz.*). Zaś, zgodnie z przepisem art. 7 ust. 1 ustawy Prawo bankowe, czynności bankowe dokonane w formie elektronicznej spełniają wymagania formy pisemnej. Skoro więc, w świetle art. 5 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo bankowe, prowadzenie rachunków bankowych stanowi czynność bankową, a wszelkie oświadczenia woli związane z dokonywaniem czynności bankowych mogą być składane w formie elektronicznej (art. 7 ust. 1 ustawy Prawo bankowe), to nie ulega wątpliwości, iż informacja banku o stanie rachunku bankowego mieści się w zakresie oświadczeń woli składanych w związku z wykonywaniem czynności bankowych i dopuszczalne jest jej przedstawienie w postaci elektronicznej, nie wymagającej opatrzenia bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym przy pomocy ważnego kwalifikowanego certyfikatu. Przy czym, elektroniczna postać tychże dokumentów, z mocy wskazanych przepisów, spełnia wymagania formy pisemnej.

6

---

W okolicznościach niniejszej sprawy oznacza to, iż wymóg przedłożenia oryginału dokumentu w istocie oznacza przedstawienie dokumentu w formie pisemnej. Zaś, zachowanie formy pisemnej w odniesieniu do informacji z banku o wysokości zgromadzonych na rachunku, prowadzonym przez ten bank, środków finansowych jest równoznaczne ze sporządzeniem tej informacji w postaci elektronicznej. Wbrew więc twierdzeniom Odwołującego, przedmiotowe informacje nie wymagały formy pisemnej ani też potwierdzenia za zgodność z oryginałem przez wykonawcę. Dla dochowania formy pisemnej, w świetle przepisów ustawy Prawo bankowe, nie jest również wymagane opatrzenie przedmiotowych dokumentów pieczęcią banku ani też podpisem jego pracownika. W tym miejscu Izba zwraca uwagę, iż w poczet materiału dowodowego w sprawie nie został zaliczony dokument przedstawiony przez Przystępującego, sporządzony przez pracownika banku, nie stanowi on bowiem dowodu na potwierdzenie powołanych okoliczności, a zawiera w istocie opinię co do stosowania prawa, którą z oczywistych względów, Izba nie jest związana.

W tym stanie rzeczy zarzut naruszenia przepisu § 6 ust. 1 powołanego rozporządzenia nie znalazł potwierdzenia. W konsekwencji powyższego rozstrzygnięcia, zarzut naruszenia § 6 ust. 2 przedmiotowego rozporządzenia stał się bezprzedmiotowy.

Zarzut podniesiony przez Odwołującego na rozprawie, iż Konsorcjum nie wykazało posiadania na rachunku bankowym wymaganych środków finansowych, jako nie objęty treścią odwołania, z mocy przepisu art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, nie podlega rozpoznaniu.

W opinii Izby, brak również uzasadnienia dla przyjęcia, iż sporne zobowiązanie podmiotu trzeciego nie zostało zweryfikowane i budzi poważne wątpliwości. Odwołujący nie wskazał bowiem nawet, a tym bardziej nie uzasadnił okoliczności, które stanowiłyby podstawę zgłaszanych wątpliwości. Natomiast fakt, iż Zamawiający nie żądał przedstawienia oprócz zobowiązania, innych dokumentów dotyczących podmiotu trzeciego, mógłby być kwestionowany wobec postanowień SIWZ, w terminach określonych w przepisie art. 182 ust. 2 ustawy Pzp. Na obecnym etapie postępowania przedmiotowe działania należy uznać za spóźnione. Jeśli zaś Odwołujący chciałby skutecznie kwestionować uprawnienie Pana Jacka G. do działania w imieniu Netpower S.A. musiałby wykazać podnoszoną okoliczność, tymczasem Odwołujący nie podjął w tym przedmiocie nawet żadnej próby.

Oddalenie ww. zarzutu stanowi o bezprzedmiotowości zarzutu naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 82 ust. 3 ustawy Pzp.

Brak również podstaw do stwierdzenia naruszenia przepisu art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, Odwołujący nie wykazał bowiem, iż Zamawiający w toku oceny ofert kierował się innymi kryteriami niż te ustalone w SIWZ.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

7

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), zaliczając do kosztów postępowania odwoławczego wpis od odwołania w wysokości 15.000,00 zł.

**Przewodniczący: .....**