

WYROK
z dnia 18 kwietnia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska
Katarzyna Brzeska
Honorata Łopianowska

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 kwietnia 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 marca 2013 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **SUMMIT S.A., Miejska Kolej Linowa Karpacz Sp. z o.o., Konfeksjoner Sp. z o.o., ul. Armii Krajowej 10, 41-506 Chorzów** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Jednostka Wojskowa NR 4226, ul. Marsa 110, 04-470 Warszawa,**

przy udziale wykonawcy: **ARLEN S.A ul. Sapieżyńska 10, 00-215 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 724/13 po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie wykonawcy **ARLEN S.A.** do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: **ARLEN S.A ul. Sapieżyńska 10, 00-215 Warszawa**, i:

1

-
- 2.1. 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 zamówienie: **SUMMIT S.A., Miejska Kolej Linowa Karpacz Sp. z o.o., Konfeksjoner Sp. z o.o., ul. Armii Krajowej 10, 41-506 Chorzów** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawcy: **ARLEN S.A ul. Sapieżyńska 10, 00-215 Warszawa** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **SUMMIT S.A., Miejska Kolej Linowa Karpacz Sp. z o.o., Konfeksjoner Sp. z o.o., ul. Armii Krajowej 10, 41-506 Chorzów** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

2

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:

.....

.....

Sygn. akt: KIO 724/13

Uzasadnienie

Zamawiający, Jednostka Wojskowa NR 4226 z siedzibą w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „dostawę przedmiotów zaopatrzenia mundurowego (ubrania ochronne)”. Przedmiotem zamówienia są następujące zadania: Nr 1 - dostawa ubrań ochronnych (kurtek z ocieplaczem i spodni) w łącznej liczbie (zamówienia pewnego i opcjonalnego) - 29.000 kompletów; Nr 2 - dostawę ubrań ochronnych (kurtek z ocieplaczem i spodni) w łącznej liczbie (zamówienia pewnego i opcjonalnego) - 22.000 kompletów; Nr 3 - dostawę ubrań ochronnych marynarki wojennej (kurtek z ocieplaczem i spodni) w łącznej liczbie (zamówienia pewnego i opcjonalnego) - 2.200 kompletów. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 25 stycznia 2013 r. pod numerem 2013/S 018 – 026332.

Oferty na zadania nr 1 i 2 złożyli ARLEN S.A. oraz odwołujący, natomiast na zadanie nr 3 ofertę złożył ARLEN S.A. W dniu 20 marca 2013 r. zamawiający poinformował odwołującego o wynikach postępowania, tj. o wyborze na wszystkie 3 zadania - jako najkorzystniejszej - oferty wykonawcy: ARLEN S. A.

Konsorcjum SMK128 w składzie: SUMMIT S.A., Miejska Kolej Linowa Karpacz Sp. z o.o., Konfeksjoner Sp. z o.o. wniosło odwołanie wobec zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawcy ARLEN S.A. z powodu niespełnienia warunków udziału w postępowaniu i w konsekwencji zaniechania odrzucenia złożonej przez ww. wykonawcę oferty oraz wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez ARLEN S.A.

Odwołujący zarzucił naruszenie przepisów ustawy Pzp, tj:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez niezgodne z prawem dokonanie czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty ARLEN S.A. w sytuacji gdy oferta ta podlega odrzuceniu w związku z tym, że jej treść nie odpowiadała treści siwz z tego względu, że ARLEN S.A. nie określił w treści złożonej oferty zakresu (części) zamówienia, którą zamierza powierzyć podwykonawcom;
2. art. 26 ust. 3 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania ARLEN S.A. do uzupełnienia wymaganych dokumentów potwierdzających wykonanie dostaw z należytą starannością oraz tożsamy co do funkcji i przeznaczenia z przedmiotem zamówienia i potwierdzających wykonanie dostaw o wymaganej wartości;
3. art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 4 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp przez zaniechanie wykluczenia ARLEN S.A. w sytuacji gdy wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje dotyczące spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, a w konsekwencji zaniechania odrzucenia oferty ARLEN S.A.;
4. art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 4 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 i art. 22 ust. 1 pkt

2 i 3 Pzp, przez zaniechanie wykluczenia ARLEN S.A. z powodu niespełnienia przez tego wykonawcę warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia oraz sytuacji ekonomicznej i finansowej, a w konsekwencji zaniechania odrzucenia ww. oferty;

5. art. 7 ust. 1 i ust. 3 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 Pzp, poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, polegające na zaniechaniu wykluczenia z postępowania ARLEN S.A., jako wykonawcy, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia oraz sytuacją ekonomiczną i finansową i nadto złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Odwołujący wniosł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty ARLEN S.A. jako najkorzystniejszej, powtórzenia czynności badania i oceny ofert, wykluczenia z postępowania ARLEN S.A., uznania oferty złożonej przez ARLEN S.A. za odrzuconą. Ponadto odwołujący wniosł o:

- przeprowadzenie dowodów z dokumentów powołanych w treści odwołania, dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów znajdujących się w aktach sprawy toczącej się

przed Sądem Rejonowym w Ostrołęce V Wydział Gospodarczy sygn. akt V GU 10/13 na okoliczność sytuacji ekonomicznej podwykonawcy zamówienia wskazanego przez ARLEN S.A. tj. PPH KAMA sp. z o.o. i w tym celu wystąpienie przez KIO do Sądu Rejonowego w Ostrołęce V Wydział Gospodarczy o wypożyczenie ww. akt postępowania względnie o dostarczenie odpisu wniosku o ogłoszenie upadłości PPH KAMA sp. z o.o. wraz z załącznikami;

- obciążenie zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego.

Odwołujący podniósł w uzasadnieniu, co następuje.

I. ARLEN S.A. przedłożył ofertę nieodpowiadającą treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący podniósł, że w pkt 10 Rozdziału III siwz wskazano, że „Wykonawca może powierzyć wykonanie zamówienia podwykonawcom. W takiej sytuacji, Wykonawca obowiązany jest do wskazania w ofercie, części zamówienia, którą powierzy co oznacza w ofercie zakresu podwykonawcom”, wyraźny wymóg wskazania podwykonawstwa.

W złożonej przez ARLEN S. A. ofercie (załącznik nr 2 do SIWZ strona 3, pkt 4 oświadczenia) nie został sprecyzowany w ogóle zakres zamówienia, który zostanie powierzony podwykonawcom. Tym samym uznać należy, że treść oferty nie odpowiada wymaganiom siwz, co w konsekwencji winno skutkować odrzuceniem oferty ARLEN S. A.

5

Odwołujący zauważył, że w wyroku z dnia 25 marca 2011 r., sygn. KIO 510/11 Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że „braki w odniesieniu do oświadczenia o zakresie powierzenia części zamówienia podwykonawcom nie mogą podlegać uzupełnieniu”.

II. ARLEN S.A. nie spełnił warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia.

Zgodnie z treścią pkt III.2.3 ogłoszenia o zamówieniu i pkt 1.2 rozdział V siwz zamawiający wymagał wykazania przez wykonawców posiadania wiedzy i doświadczenia w zakresie dostaw ubiorów tożsamyh co do funkcji i przeznaczenia z przedmiotem zamówienia o wartości łącznej dostaw nie mniejszej niż:

Zadanie 1 – 12853000,00 zł, z których co najmniej jedna o wartości nie mniejszej niż 8033000,00 zł

Zadanie 2 – 9768000,00 zł, z których co najmniej jedna o wartości nie mniejszej niż 6105000,00 zł,

Zadanie 3 – 996000,00 zł, z których co najmniej jedna o wartości nie mniejszej niż 622000,00 zł.

W przypadku składania oferty na kilka zadań należało wykazać wartość wykonanych dostaw w wysokości nie mniejszej niż łączna wartość określona dla części (zadań) na które składana jest oferta (uwaga nr 1). Dodatkowo załącznik nr 1 do siwz precyzuje warunki techniczne przedmiotu zamówienia, wskazując, że musi on spełniać wymagania określone w Wojskowej Dokumentacji Techniczno-Technologicznej nr 128/MON (zadanie nr 1 i 2).

ARLEN S.A. przedstawił w wykazie dostaw i referencjach doświadczenie nie potwierdzające posiadania wiedzy i doświadczenia niezbędnych do spełnienia udziału w postępowaniu. Wskazane w ofercie dostawy ubrań wykonane dla Poczty Polskiej S.A. nie są tożsame co do funkcji i przeznaczenia z przedmiotem zamówienia, albowiem ubrania te nie zawierają choćby elementu kamuflażu - tzw. nadruku maskującego. Niewątpliwie wykazane przez ARLEN S.A. oraz PPH Kama Sp. z o.o. (podmiot, z którego zasobów i wiedzy będzie korzystać wykonawca przy wykonywaniu zamówienia) realizacje polegające na dostawie ubrań dla listonoszy nie mają takiego samego przeznaczenia i funkcji jak przedmiot zamówienia. Ubrania ochronne posiadają specyficzną, odmienną technologię wykonania czy obszycia niż asortyment przedstawiony przez ARLEN S.A. w wykazie dostaw dla Poczty Polskiej S.A. Ubrania dla listonoszy posiadają odmienną funkcję i przeznaczenie niż ubrania wojskowe, które wykorzystywane są w warunkach polowych i pełnią funkcję kryjącą.

W sytuacji, gdy ARLEN S.A. nie przedstawił dokumentów do złożenia dokumentów potwierdzających wykonanie dostaw tożsamyh co do funkcji i przeznaczenia z przedmiotem zamówienia, zamawiający powinien był wezwać ARLEN S. A., do uzupełnienia dokumentów

6

w trybie art. 26 ust. 3 Pzp.

Do wykazu dostaw należało dołączyć dokumenty potwierdzające należyte wykonanie dostaw. Załączone przez ARLEN S.A. do oferty listy referencyjne wystawione przez Poczty Polską S.A. nie potwierdzają należytego wykonania umowy. Referencje muszą w sposób niebudzący wątpliwości wskazywać, iż wykonawca posiada wskazane w siwz doświadczenie oraz że dostawy zostały zrealizowane w sposób prawidłowy. W sytuacji gdy ARLEN S.A. nie przedstawił dokumentów potwierdzających należyte wykonanie dostaw dla Poczty Polskiej zamawiający winien był wezwać wykonawcę do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp.

Odwołujący podniósł ponadto, że mając na uwadze wymaganą wartość dostaw dla zadania Nr 2 wartość dostaw dla Poczty Polskiej S.A., które zostały wskazane przez ARLEN S.A., wynosiła 7045.795,93 PLN (suma L.p. 1 i 2 wykazu dostaw dla zadania nr 2). Skoro ARLEN S.A. nie przedstawił dokumentów potwierdzających należyte wykonanie ww. dostaw, a ponadto dostawy te nie są tożsame co do funkcji i przeznaczenia z przedmiotem zamówienia ARLEN S.A. nie może wykazywać swojego doświadczenia tymi dostawami. W konsekwencji, nie uwzględniając dostaw dla Poczty Polskiej S.A. w zakresie zadania Nr 2, ARLEN S.A. nie wykazał wartości dostaw w minimalnym wymaganym zakresie. Odwołujący zauważył, że z listu referencyjnego wystawionego przez Poczty Polską S.A. dla PPH Kama Sp. z o.o. wynika, że przedmiotem dostawy dla Poczty Polskiej były rękawiczki, a brak jest informacji, jaka była wartość dostawy rękawiczek, a zatem wartość ta nie powinna być uwzględniona w wykazie dostaw.

Zamawiający nie wezwał wykonawcy do uzupełnienia dokumentów i niezasadnie uznał przedłożone dokumenty jako potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia.

III. ARLEN S.A. złożył nieprawdziwe informacje dotyczące spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia.

W zakresie referencji odnoszących się do Zadania nr 2 w odniesieniu do dostaw dla Poczty Polskiej S.A. nie zawarł żadnych informacji o należyтым wykonaniu umów. Tym samym wykonawca przedłożył dokumenty, które nie odpowiadają siwz i załącznikowi nr 4 do siwz.

Z posiadanych przez odwołującego pism Poczty Polskiej S.A. z dnia 26 lutego 2010 r., 6 września 2010 r. i 8 listopada 2010 r., 11 lutego 2011 r. oraz noty księgowej nr 8/ZZ-ZR/2010 z dnia 28 września 2010 r. wynika, że umowa nie została wykonana należyście, a zamawiający obciążył wykonawcę karami umownymi.

IV. ARLEN S.A. złożył nieprawdziwe informacje dotyczące spełnienia warunków w zakresie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania

7

zamówienia oraz sytuacji ekonomicznej i finansowej.

Zgodnie z pkt 4 rozdział V siwz, 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 zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. Z treści dokumentu musi wynikać sposób przekazania potencjału na czas realizacji zamówienia.

ARLEN S.A. wskazał jako podwykonawcę PPH Kama Sp. z o.o. Z załączonego do oferty ARLEN S.A. zobowiązania złożonego przez PPH Kama Sp. o.o. nie wynika jednoznacznie, w jaki sposób zostaną przekazane zasoby tej spółki na czas realizacji zamówienia.

Ponadto odwołujący podniósł, że podwykonawca złożył wniosek o ogłoszenie upadłości z możliwością zawarcia układu do Sądu Rejonowego w Ostrołęce V Wydział Gospodarczy. W świetle przepisów prawa upadłościowego i naprawczego istnieją dwie przesłanki ogłoszenia upadłości: a) niewypłacalność spółki z 0.0. powstająca, gdy nie wykonuje ona swoich wymagalnych zobowiązań b) niewypłacalność spółki powstająca, gdy zobowiązania przekroczą wartość majątku spółki, niezależnie od tego, czy na bieżąco reguluje ona swoje zobowiązania. Powyższe oznacza, że wykonawca ARLEN S.A. nie może polegać na potencjale technicznym podwykonawcy, który w najbliższym czasie (od kwietnia

2013 roku) zamierza wydzierżawić zorganizowaną część przedsiębiorstwa osobie trzeciej, czy sprzedać środki trwałe. Opisana przez podwykonawcę we wniosku o ogłoszenie upadłości sytuacja uzasadnia twierdzenie, iż nie dysponuje on odpowiednim potencjałem i osobami zdolnymi do wykonania zobowiązania i nie spełnia sytuacji ekonomicznej i finansowej. Bez wątpienia uzasadnienie wniosku o ogłoszenie upadłości potwierdza, że sytuacja ekonomiczna PPH KAMA sp. z o.o., już w dacie złożenia oferty przez ARLEN S.A. na wykonanie przedmiotowego zamówienia, uzasadniała złożenie wniosku o ogłoszenie upadłości.

Wykonawca ARLEN S.A. zgłosił dnia 2 kwietnia 2013 r. przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Przystępujący podniósł kwestię braku przekazania wraz z kopią odwołania pełnomocnictwa od członków konsorcjum odwołującego dla lidera konsorcjum Summit S.A. Wskazał na brak interesu odwołującego we wniesieniu odwołania w zakresie zadania 3, gdyż odwołujący nie złożył oferty na to zadanie. W zakresie zadania nr 1 i 2 odwołujący złożył

8

oferty zawierające ceny wyższe niż kwoty jakie zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie tych części zamówienia, a w związku z tym odwołujący powinien wykazać, że zamawiający jest w stanie zwiększyć wspomnianą kwotę, gdyż w przeciwnym razie odwołujący nie spełnia wymogu, o którym mowa w art. 179 ust. 1 Pzp.

Ponadto, zdaniem przystępującego żaden z zarzutów odwołania nie dotyczy zadania nr 1. W zakresie tego zadania odwołujący nie przywołał jakichkolwiek okoliczności, które świadczyłyby o zamiarze korzystania z podwykonawstwa przez przystępującego (zarzut 1 naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp). Treść zarzutów 2, 4 i 5 wskazuje, że dotyczą one wyłącznie dokumentów potwierdzających spełnianie warunku w zakresie zadania nr 2. Zarzut 3 został sformułowany w odniesieniu do informacji dotyczących zadania nr 2 Tym samym odwołujący nie podjął nawet próby wykazaniu w odwołaniu, że informacje te wywarły czy mogłyby wywrzeć wpływ na wynik postępowania w innych zadaniach niż zadanie nr 2.

Przystępujący podniósł, że wszystkie zarzuty odwołania są bezzasadne.

W odniesieniu do zarzutu 1 przystępujący wskazał, że na str. 3 w pkt 4 oferty przystępujący wskazał, że „produkcję części przedmiotu zamówienia” powierzy podwykonawcom. Zamawiający nie żądał szczegółowego określenia części, w której zakłada się podwykonawstwo, a w związku z tym nie doszło do naruszenia siwz.

W zakresie zarzutu 2 przystępujący podniósł, że przedmiotem umowy z Poczta Polska, na której wykonanie powołuje się przystępujący była „dostawa składników ubioru służbowego” obejmująca ocieplane kurtki oraz spodnie, stanowiące umundurowanie funkcjonariuszy Poczty. Zamówienie, którego dotyczy odwołanie jest zamówieniem na przedmioty zaopatrzenia mundurowego, jakimi są (załącznik nr 1 do siwz) „kurtka z ocieplaczem oraz spodnie”. Nie sposób więc uznać, że funkcja i przeznaczenie tych dostaw jest odmienna. Obie służą umundurowaniu osób w zakresie spodni i kurtek chroniących przed zimnem. Odwołujący próbuje utożsamiać funkcję i przeznaczenie z identycznymi cechami przedmiotu dostaw, czego zamawiający nie wymagał. Ponadto stałoby to w sprzeczności z art. 22 ust. 4 Pzp, jako warunek nieproporcjonalny. Wobec spełnienia przez przystępującego warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp jest nietrafny.

Odnosząc się do zarzutu 3 przystępujący wskazał, że załączone do odwołania pisma Poczty Polskiej z 26 lutego i 6 września 2010 r., w których Poczta Polska kieruje żądanie usunięcia wad i informacje o naliczeniu kary umownej wobec konsorcjum, którego członkowie (w tym ARLEN) realizowali zamówienie nie zakończyły się ani zapłatą kary, ani koniecznością wymiany ubiorów, gdyż na propozycje wymiany ubiorów Poczta Polska wycofała swoje żądania i do konieczności wymiany ani zapłaty kar nie doszło. Cała umowa

9

została zrealizowana prawidłowo. Nieporozumienia w toku realizacji umowy wynikały ze sporu pomiędzy zamawiającym i wykonawcą co do zasad realizacji umowy. Spór ten nigdy jednak nie wpłynął na negatywną ocenę realizacji umowy.

Zarzut 4 został oparty zdaniem przystępującego na błędnym przyjęciu, że zamawiający korzysta z potencjału technicznego i osób udostępnianych przez PPH Kama

sp. z o.o. Jak wynika z treści oferty, przystępujący z potencjału firmy Kama korzysta wyłącznie w zakresie wiedzy i doświadczenia, nie mógł więc złożyć nieprawdziwych informacji dotyczących Kama w zakresie potencjału technicznego i osób, gdyż te nie składnikiem jego oferty. W odwołaniu brak jest natomiast zarzutu co do potencjału w zakresie wiedzy i doświadczenia udostępnianego przez PPH Kama sp. z o.o. Przystępujący wyjaśnił dodatkowo, że składanie informacji o ewentualnym wniosku o upadłość podmiotu udostępniającego swoje zasoby nie było wymagane w siwz. Odwołujący sam wskazuje także, że w dniu złożenia oferty taki wniosek wobec Kama nie był złożony, a więc sam zaprzeczył tym samym zarzutowi złożenia nieprawdziwych informacji. Ponadto złożenie wniosku o upadłość nie skutkuje wykluczeniem z postępowania. Skutkuje nim dopiero ogłoszenie upadłości likwidacyjnej. Do chwili obecnej nie została ogłoszona nawet upadłość układowa, która nie stanowi przesłanki wykluczenia z postępowania.

Zamawiający nie złożył na piśmie odpowiedzi na odwołanie. W toku posiedzenia niejawnego z udziałem stron zamawiający wniosł o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 Pzp, jako wniesionego przez osobę, która nie jest umocowana do wniesienia odwołania, gdyż ze złożonych do odwołania pełnomocnictw nie wynika, że osoba, która udzieliła pełnomocnictwa wnoszącemu odwołanie była umocowana do udzielania dalszych pełnomocnictw w imieniu konsorcjum.

W toku rozprawy zamawiający złożył do protokołu oświadczenie, że uwzględni odwołanie w całości. Wobec tego oświadczenia wykonawca ARLEN S.A., który przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, wniosł sprzeciw.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że odwołujący posiada legitymację materialno-prawną, o której mowa w art. 179 ust. 1 Pzp, do wniesienia odwołania w zakresie dotyczącym części 1 i części 2 zamówienia, tj. w odniesieniu do części zamówienia, na które wykonawca złożył ofertę. Izba uznała jednocześnie, że w odniesieniu do części 3 zamówienia, na którą odwołujący nie

10

złożył oferty nie posiada interesu w uzyskaniu zamówienia i nie wykazał, że poniósł lub może ponieść szkodę w związku z ewentualnym stwierdzeniem naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp, poprzez czynności dokonane przez zamawiającego w zakresie części 3 zamówienia.

Izba zważyła, że zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, legitymacja do wniesienia odwołania przysługuje wykonawcy, uczestnikowi konkursu, bądź innemu podmiotowi, który wykaże łączne spełnienie następujących przesłanek: (1) posiada lub posiadał interes w uzyskaniu danego zamówienia, (2) poniósł lub może ponieść szkodę, (3) poniesiona lub ewentualna szkoda jest wynikiem naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Tym samym legitymacja do wniesienia odwołania przysługuje podmiotowi, który wykaże, że posiada lub posiadał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz jednocześnie poniósł lub może ponieść szkodę, a poniesiona lub ewentualna szkoda jest wynikiem naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp, wskazanych w odwołaniu..

W ocenie Izby, pierwsza z ww. przesłanek wskazująca, że legitymacja do wniesienia środka ochrony prawnej służy tylko takiemu podmiotowi, który wykaże interes w uzyskaniu zamówienia, nie może zostać spełniona poprzez wykazanie interesu, rozumianego jako zainteresowanie w rozstrzygnięciu, które nie może być poparte normą prawa materialnego. Odwołujący musi dowieść, iż posiada obiektywną, tj. wynikającą z rzeczywistej utraty możliwości uzyskania zamówienia, lub ubiegania się o udzielenie zamówienia, potrzebę uzyskania określonego rozstrzygnięcia wniesionego środka ochrony prawnej. Ponadto, jak wynika z brzmienia analizowanego przepisu, interes w uzyskaniu zamówienia dotyczyć musi „danego” zamówienia, a zatem konkretnego postępowania, w którym środek ochrony prawnej jest wnoszony, które ma doprowadzić do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Podmiot wnoszący odwołanie, nie może powoływać się na interes hipotetyczny, odnoszący się do innego przewidywanego w przyszłości zamówienia.

Izba uznała, że wykonawca ARLEN S.A. skutecznie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Przystępujący zgłosił przystąpienie w terminie,

określonym w art. 185 ust. 2 Pzp oraz posiada interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść zamawiającego, jako wykonawca, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza.

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania, w tym na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 Pzp, powołanym przez zamawiającego wraz z wnioskiem o odrzucenie odwołania. Odwołujący przedstawił prawidłowe pełnomocnictwa uprawniające adwokata Michała Karsińskiego do wniesienia odwołania. W trybie przewidzianym w art. 187 ust. 7 Pzp oraz § 13 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu

11

postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. nr 48, poz 280 z póź. zm.) w zw. z art. 187 ust. 3 Pzp, odwołujący złożył umowę konsorcjum zawartą w dniu 29 stycznia 2013r. pomiędzy SUMMIT S.A., a Miejską Koleją Linową Karpacz Sp. z o.o. i Konfeksjoner Sp. z o.o., z treści której wynika (§ 3), że lider konsorcjum został umocowany przez członków konsorcjum do udzielania dalszych pełnomocnictw materialnych i procesowych m.in. w zakresie swojego umocowania do wnoszenia środków ochrony prawnej.

Stosownie do art. 192 ust. 7 Pzp Izba rozpoznała odwołanie w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu.

Izba uznała za niezasadny zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty ARLEN S.A. w związku z tym, że jej treść nie odpowiadała treści siwz ze względu na to, że wykonawca nie określił w treści złożonej oferty zakresu (części) zamówienia, który zamierza powierzyć podwykonawcom.

Izba ustaliła, że w specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający nie zawarł szczegółowych wymagań dotyczących formy lub treści wymaganej w ramach oświadczenia o zamiarze powierzenia części zamówienia podwykonawcom. Zamawiający nie wymagał również określenia podmiotu, któremu wykonawca zamierza powierzyć wykonanie części zamówienia. W pkt 10 Rozdziału III siwz wskazano, że „Wykonawca może powierzyć wykonanie zamówienia podwykonawcom. W takiej sytuacji, Wykonawca obowiązany jest do wskazania w ofercie, części zamówienia, którą powierzy podwykonawcom”. W formularzu ofertowym w pkt 4 zamawiający przewidział wykropkowane miejsce do wypełnienia w przypadku, gdy wykonawca zamierza korzystać z udziału podwykonawcy w realizacji części zamówienia.

W ofercie złożonej przez ARLEN S.A. w pkt 4 formularza oferty przystępujący podał, że zamierza korzystać z podwykonawcy „w części dotyczącej produkcji części przedmiotu zamówienia”. Sformułowanie to, w ocenie Izby, wypełnia ogólne wymaganie zamawiającego oraz przepisów ustawy (art. 36 ust. 4 Pzp). W ocenie Izby sposób wypełnienia tego punktu przez ARLEN S.A. jest zbliżony, jak w ofercie odwołującego, który podał, że zamierza powierzyć wykonanie zamówienia w zakresie „szycia i konfekcjonowania”. Fakt, że odwołujący rozdzielił czynności składające się na produkcję, w ocenie Izby, nie ma znaczenia dla oceny prawidłowości treści oświadczenia. Skoro zamawiający nie sprecyzował w siwz szczegółowych wymagań odnośnie sposobu prezentacji wymaganego oświadczenia w pkt 4 formularza oferty, to należy uznać, że wykonawcy mogli posłużyć się sformułowaniem dowolnym, określającym część zamówienia. W tych okolicznościach oświadczenie złożone przez ARLEN S.A. spełnia wymagania siwz.

Izba uznała, że potwierdził się zarzut, iż ARLEN S.A. nie wykazał spełniania warunku

12

udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia w odniesieniu do części 2 zamówienia.

Izba ustaliła, że zgodnie z treścią pkt III.2.3 ogłoszenia o zamówieniu i pkt 1.2 rozdział V siwz zamawiający wymagał wykazania przez wykonawców posiadania wiedzy i doświadczenia w zakresie dostaw ubiorów tożsamyh co do funkcji i przeznaczenia z przedmiotem zamówienia, o wartości łącznej dostaw nie mniejszej niż: dla Zadania 1 – 12 853 000,00 zł, z których co najmniej jedna o wartości nie mniejszej niż 8 033 000,00 zł, dla Zadania 2 – 9 768 000,00 zł, z których co najmniej jedna o wartości nie mniejszej niż 6 105 000,00 zł, dla Zadania 3 – 996 000,00 zł, z których co najmniej jedna o wartości nie mniejszej niż 622 000,00 zł. W przypadku składania oferty na kilka zadań należało wykazać wartość wykonanych dostaw w wysokości nie mniejszej niż łączna wartość określona dla części

(zadań), na które składana jest oferta (uwaga nr 1).

Zgodnie z postanowieniem siwz zawartym w rozdz. VI pkt 2.1, w celu potwierdzenia spełniania warunku posiadania przez wykonawcę niezbędnej wiedzy i doświadczenia wykonawcy byli zobowiązani złożyć wykaz wykonanych dostaw oraz dokumenty potwierdzające należyte wykonanie dostaw.

W zakresie zadania nr 1 wykonawca ARLEN S.A. przedstawił w wykazie wykonanych dostaw jedną dostawę, która nie była kwestionowana przez odwołującego.

W zakresie zadania 2 - w wykazie przystępujący wskazał 10 pozycji. Odwołujący zakwestionował pozycję nr 1, tj. ubrania ochronne dla listonoszy – dostawę o wartości 6 177 088,75 zł wykonaną w październiku 2010 r. na rzecz Poczty Polskiej S.A. przez PPH KAMA sp. z o.o., tj. podmiot, który udostępnił przystępującemu swoje zasoby w postaci wiedzy i doświadczenia w trybie art. 26 ust. 2b Pzp. ARLEN S.A. załączył do wykazu list referencyjny wystawiony przez Poczta Polską S.A. z 28 lutego 2013 r. w celu potwierdzenia, że ww. dostawa została wykonana należyście.

Izba uznała, że w zakresie dostawy z poz. 1 wykazu dla zadania nr 2 załączony przez ARLEN S.A. do oferty list referencyjny wystawiony przez Poczta Polską S.A. dla firmy PPH KAMA sp. z o.o. nie potwierdza należytego wykonania dostawy. Złożony w ofercie dokument zawiera jedynie potwierdzenie wykonania dostaw, co nie stanowi potwierdzenia, że dostawy zostały wykonane w sposób należyty, tj. w pełni zgodny z zawartą umową. Dokument ten nie potwierdza wobec tego spełniania warunku udziału w postępowaniu.

W tych okolicznościach, mając na uwadze fakt, że wartość dostaw w pozycji nr 1 dla zadania 2 ma istotne znaczenie dla oceny, czy wykonawca spełnia warunek pod względem wymaganej wartości wykonanych dostaw, zamawiający winien jest wezwać wykonawcę do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, czego zaniechał w ramach wykonanych czynności badania i oceny ofert.

Odnosząc się do zarzutu, że wartości dostaw wskazane w liście referencyjnym

13

i wykazie dla tej dostawy (pozycja nr 1 dla zadania 2) nie są tożsame, co może świadczyć o tym, że dokumenty te dotyczą różnych dostaw, Izba uznała, że powyższe okoliczności nie potwierdziły się. W treści listu referencyjnego wystawionego przez Poczta Polską S.A. dla PPH Kama Sp. z o.o. złożonego w ofercie wskazano, że przedmiotem dostawy były rękawiczki. Jak wyjaśnił przystępujący wartość dostawy w tym zakresie została odliczona od wartości całej dostawy, gdyż dostawa rękawiczek nie mogła być zaliczona w poczet doświadczenia wymaganego w przedmiotowym postępowaniu. W wykazie została podana wartość pomniejszona. Odwołujący nie przedstawił dowodów potwierdzających zasadność tego zarzutu.

Izba stwierdziła ponadto, że złożone przez przystępującego na rozprawie dokumenty również nie potwierdzają należytego wykonania dostawy, określonej w pozycji nr 1 dla zadania 2.

Określenie „należyte wykonanie zobowiązania” jest pojęciem ogólnym, niedookreślonym. O nienależytym spełnieniu świadczenia można mówić w aspekcie zachowania terminu, miejsca, sposobu lub jakości świadczenia itp. warunków wynikających z zawartej umowy. Przy nienależytym wykonaniu zobowiązania świadczenie jest wprawdzie spełnione, lecz nie jest ono prawidłowe, gdyż odbiega w większym lub mniejszym stopniu od świadczenia wymaganego. Podkreślić należy, że należyte wykonanie umowy ma szczególne znaczenie w stosunkach między przedsiębiorcami. Nienależyte wykonanie świadczenia określonego w kontrakcie może wywołać dotkliwe skutki dla kontrahenta, który nie wywiązał się ze swoich obowiązków (odsetki, kary umowne, odszkodowanie). W przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania wierzycielowi przysługuje uprawnienie do wykonania świadczenia lub naprawienia szkody. Naprawienie szkody najczęściej następuje poprzez zapłatę odpowiedniej sumy pieniężnej, tzw. odszkodowania.

Przystępujący złożył na rozprawie pismo Poczty Polskiej S.A. z dnia 13 września 2011 r., które potwierdza wyłącznie „wykonanie umowy”, co nie jest tożsame z potwierdzeniem należytego wykonania umowy, a zatem wykonania w pełni zgodnego z umową. Złożony przez przystępującego list referencyjny z 6 marca 2013 r. potwierdza jedynie okoliczność, że umowa została wykonana terminowo, podczas gdy terminowość nie jest jedyną przesłanką do stwierdzenia, że dostawa została wykonana należyście. W ocenie Izby również protokół odbioru wstępnego nr 03/DZ/2010 z dnia 3 sierpnia 2010 r. nie dowodzi należytego wykonania omawianej umowy dostawy, ponieważ dotyczy on tylko

jednej z dostaw wykonanych przez PPH KAMA sp. z o.o. w ramach ww. umowy.

Na marginesie Izba wskazuje, że okoliczności co do składu konsorcjum realizującego umowę na rzecz Poczty Polskiej S.A. nie były sporne w niniejszej sprawie, zatem w tym zakresie Izba pominęła dowody złożone przez przystępującego – wyrok SO w Warszawie z dnia 16 lipca 2009 r. sygn. akt XVI GC 682/08 oraz umowa dostawy nr

14

91/CI/2009.

Izba podzieliła stanowisko odwołującego, że z pism Poczty Polskiej S.A. z dnia 26 lutego 2010 r. i 6 września 2010 r. załączonych do odwołania nie wynika w sposób niezbity, że umowa 91/CI/2009 z dnia 3 września 2009 r. została wykonana należycie. Pismo Poczty Polskiej S.A. z dnia 24 lutego 2010 r., złożone przez odwołującego na rozprawie, stwierdza, że wyroby wchodzące w zakres ww. umowy 91/CI/2009 nie przeszły pozytywnie części badań w zakresie tkaniny. Wskazano w nim także, że informacje o podjętych czynnościach w tej sprawie zostaną przekazane odrębnym pismem. W ocenie Izby powyższe potwierdza, że w odniesieniu do ww. umowy zaistniały w trakcie jej wykonywania pewne sporne okoliczności pomiędzy stronami umowy.

Powyższe pismo nie potwierdza jednak niezbitcie, że w ostatecznym rozrachunku umowa została wykonana nienależycie. Izba nie podzieliła też stanowiska odwołującego, że z powoływanej przez odwołującego noty księgowej nr 8/ZZ-ZR/2010 z dnia 28 września 2010 r., wynika, że zamawiający (poczta Polska S.A.) obciążył wykonawcę karami umownymi w związku z nienależytym wykonaniem umowy. Powyższe twierdzenie nie zostało udowodnione przez odwołującego.

W tych okolicznościach Izba uznała, że wykonawca ARLEN S.A. nie wykazał spełniania warunku posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia. W ocenie Izby nie potwierdził się natomiast zarzut złożenia przez ARLEN S.A. w powyższym zakresie nieprawdziwych informacji, a tym samym naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. art. 24 ust. 4 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp. Podkreślić należy, że informacja jest nieprawdziwa jeżeli nie odpowiada rzeczywistości. Przepis art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp odnosi się do informacji, a zatem oświadczenia wiedzy, które może być badane co do obiektywnej zgodności z rzeczywistością. W ocenie Izby odwołujący nie wykazał, że w złożonych przez przystępującego w ofercie dokumentach (wykaz, listy referencyjne) zostały podane przez wykonawcę informacje nieprawdziwe. Oświadczenie woli (oświadczenie wykonawcy o spełnianiu warunków udziału) nie stanowi informacji, w rozumieniu ww. przepisu, gdyż odzwierciedla wyłącznie subiektywne przekonanie wykonawcy co do oceny danych okoliczności, które nie może być rozpatrywane w obiektywnych kategoriach prawdy i fałszu.

Odnosząc się do zarzutu, że dostawy ubrań wykonane dla Poczty Polskiej S.A. nie są tożsame co do funkcji i przeznaczenia z przedmiotem zamówienia, Izba stwierdziła, że przedmiotowe zamówienie obejmuje dostawy przedmiotów zaopatrzenia mundurowego, jakimi są (załącznik nr 1 do siwz) „kurtka z ocieplaczem oraz spodnie”. Zamawiający nie postawił w siwz warunku posiadania doświadczenia w dostawach ubrań ochronnych tożsamy z przedmiotem zamówienia, tj. takich samych, jak opisane szczegółowo w załączniku nr 1 do siwz, precyzującym warunki techniczne przedmiotu zamówienia, w tym

15

w zakresie wymagań określonych w Wojskowej Dokumentacji Techniczno-Technologicznej nr 128/MON (zadanie nr 1 i 2). W treści warunku nie zawarto odniesienia do wymagań technicznych zawartych w załączniku nr 1 do siwz. Ponadto w świetle art. 22 ust. 4 Pzp, warunek wymagający wykazania dostaw tożsamy z przedmiotem zamówienia należałoby uznać za nadmierny, a tym samym nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

Zamawiający nie zdefiniował także w siwz pojęcia „ubiorów tożsamy co do funkcji i przeznaczenia z przedmiotem zamówienia”, a zatem pojęcie to należy rozumieć w powszechnie przyjętym znaczeniu. W takim znaczeniu funkcja odzieży w tym postępowaniu to, zgodnie z określeniem rodzaju odzieży - funkcja ochronna – odzież ma chronić człowieka, który ją nosi przed szkodliwymi wpływami różnych czynników np. zimna, natomiast przeznaczenie tej odzieży - to stosowanie odzieży przez pracowników mundurowych.

Przedmiotem umowy z Poczta Polska S.A., jak wynika z jej treści, była „dostawa

składników ubioru służbowego" obejmująca ocieplane kurtki oraz spodnie, stanowiące umundurowanie pracowników Poczty. Ten przedmiot dostaw służy umundurowaniu osób w zakresie spodni i kurtek chroniących przed zimnem, tak jak w przedmiotowym postępowaniu. W ocenie Izby brak tzw. nadruku maskującego, nie dyskwalifikuje tej odzieży jako tożsamej co do funkcji i przeznaczenia z przedmiotem zamówienia, jako element wtórny (ozdobny), który nie decyduje o przeznaczeniu odzieży. W konsekwencji Izba uznała za niezasadny zarzut zaniechania wezwania ARLEN S. A., w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku doświadczenia w zakresie dostaw ubiorów spełniających wymaganie tożsamości co do funkcji i przeznaczenia z przedmiotem zamówienia.

Nie potwierdził się zarzut, że wykonawca ARLEN S.A. złożył nieprawdziwe informacje dotyczące spełnienia warunków w zakresie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, a także w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej, tj. naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 4 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 i art. 22 ust. 1 pkt 2, 3 i 4 Pzp.

Zgodnie z treścią art. 26 ust. 2b Pzp, w pkt 4 rozdział V siwz, zamawiający postanowił, że 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 zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. Z treści

16

dokumentu musi wynikać sposób przekazania potencjału na czas realizacji zamówienia.

Odwolujący zarzucił, że z załączonego do oferty zobowiązania złożonego przez PPH Kama Sp. o.o. nie wynika, w jaki sposób zasoby tej spółki zostaną przekazane przystępującemu na czas realizacji zamówienia.

Izba stwierdziła, że wykonawca ARLEN S.A. złożył w ofercie zobowiązanie podwykonawcy PPH Kama Sp. z o.o., w którym podmiot ten zobowiązał się do udostępnienia wykonawcy swojej wiedzy i doświadczenia niezbędnej do realizacji zamówienia na dostawy ubrań ochronnych na czas realizacji zamówienia, w którym wskazano, że firma KAMA sp. z o.o. będzie produkowała część przedmiotu zamówienia.

W ocenie Izby powyższe oświadczenie wyczerpuje wymóg wskazania sposobu przekazania potencjału wiedzy i doświadczenia na rzecz wykonawcy ARLEN S.A.

W zakresie warunków dotyczących posiadania odpowiedniego potencjału technicznego i osób zdolnych do wykonania zamówienia oraz potencjału ekonomicznego i zdolności finansowej, jak wynika z treści złożonej oferty, wykonawca ARLEN S.A. nie korzysta z potencjału PPH KAMA ani jakiegokolwiek innego podmiotu. W tej sytuacji zarzut - braku możliwości korzystania przez ARLEN S.A. z potencjału spółki KAMA w powyższym zakresie jest nieuzasadniony. Dodatkowo podkreślić należy, że w treści siwz zamawiający, w odniesieniu do warunku udziału w postępowaniu - dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, nie sprecyzował żadnych wymagań, których spełnienie wykonawca był zobowiązany wykazać (rozdz. 3 pkt 1.3 siwz). Powyższe oznacza, że nie było wymagane w postępowaniu wykazanie warunku, o którym mowa w art. 22 ust. 1 pkt 3 Pzp.

W odniesieniu do warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej (rozdz. 3 pkt 1.4 siwz) Izba stwierdziła natomiast, że wykonawca ARLEN S.A. wykazał spełnianie tego warunku, składając w ofercie opinię banku Deuche Bank PBC S.A. o zdolności kredytowej przystępującego na dzień 20 lutego 2013 r. w wymaganej w siwz wartości. Dokument ten nie był kwestionowany przez odwołującego ani w kontekście art. 24 ust. 2 pkt 4, ani też w kontekście art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Podniesiona przez odwołującego okoliczność, że PPH KAMA sp. z o.o. - podwykonawca przystępującego - złożyła wniosek o ogłoszenie upadłości z możliwością zawarcia układu nie dowodzi, że wykonawca ARLEN S.A. nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, określonych przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Okoliczność ta dotycząca podwykonawcy (lub wykonawcy) nie stanowi przesłanki do wykluczenia wykonawcy w oparciu o art. 24 ust. 1 Pzp.

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego warunki udziału w postępowaniu są oceniane przez zamawiającego na dzień - nie później niż termin składania ofert, wobec tego okoliczności, które nastąpiły w okresie późniejszym nie są brane pod uwagę (art. 26 ust. 2a,

17

art. 26 ust. 3 Pzp). Fakt, że ww. wniosek o ogłoszenie upadłości układowej został złożony do sadu po terminie składania ofert, został przyznany przez odwołującego. Zapowiedź zawarta we wniosku firmy KAMA, że w najbliższym czasie (od kwietnia 2013 r.) zamierza wydzierżawić zorganizowaną część przedsiębiorstwa osobie trzeciej, czy sprzedać środki trwale nie może stanowić podstawy do uznania, że w dniu 6 marca 2013 r. podmiot ten nie dysponował odpowiednim potencjałem i osobami zdolnymi do wykonania zobowiązania i nie spełnia wymogów sytuacji ekonomicznej i finansowej do wykonywania zamówienia w charakterze podwykonawcy.

Izba nie uwzględniła wniosku odwołującego o przeprowadzenie dowodów z dokumentów znajdujących się w aktach sprawy toczącej się przed SR w Ostrołęce V Wydział Gospodarczy sygn. akt V GU 10/13 na okoliczność sytuacji ekonomicznej podwykonawcy zamówienia wskazanego przez ARLEN S.A. tj. PPH KAMA sp. z o.o. Izba stwierdziła, że rozpoznanie zarzutów nie wymaga dowodu z ww. dokumentów. Podkreślić należy, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego ma charakter sformalizowany - ocena sytuacji podmiotowej wykonawców dokonywana jest w oparciu o warunki udziału opisane w siwz i na podstawie wymaganych w siwz dokumentów. Ocena ta dokonywana jest, jak już wyżej wskazano, na dzień –nie później niż termin składania ofert, a wobec tego zamawiający nie jest uprawniony do wykraczania przy ocenie sytuacji podmiotowej wykonawców poza wymagania, które zostały określone w ogłoszeniu o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Podsumowując, w konsekwencji uwzględnienia zarzutu, dotyczącego nieuprawnionego uznania przez zamawiającego, że wykonawca ARLEN S.A. wykazał spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia, a tym samym naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp oraz wobec zaniechania przez zamawiającego wezwania wykonawcy ARLEN S.A. do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie tego warunku i w ten sposób naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp, Izba stwierdziła także naruszenie przepisów art. 7 ust. 1 i 3 Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższy stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 pkt 1 Pzp.

18

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 i 2 § 5 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....

.....

19