

WYROK

z dnia 1 czerwca 2018 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Zuzanna Idzkowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 maja 2018 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 maja 2018 roku przez wykonawcę Pollight Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Gminę Miejską Kościerzyna z siedzibą w Kościerzynie

orzeka:

1.

a) uwzględnia odwołanie w zakresie naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp w zw. z § 2 ust. 2 pkt 3 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą oraz nakazuje Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego;

b) w zakresie zarzutu naruszenia art. 22a ust. 6 ustawy Pzp odwołanie uznaje za niezasadne.

2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego - Gminę Miejską Kościerzyna z siedzibą w Kościerzynie i:

1) zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwudziestu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Pollight Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,

2) zasądza od Zamawiającego Gminę Miejską Kościerzyna z siedzibą w Kościerzynie na rzecz wykonawcy - Pollight Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie kwotę w wysokości 23 600 zł 00 gr (słownie: dwudziestu trzech tysięcy sześciuset złotych i zero groszy) tytułem zwrotu kosztów wpisu od odwołania i kosztów zastępstwa przed Izbą.

publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 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 Gdańsku.

Przewodniczący:

sygn. akt KIO 941/18

UZASADNIENIE

W dniu 10 maja 2018 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 180 ust. 1 i ust. 2 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 zwanej dalej „Pzp”) odwołanie złożył wykonawca Pollight Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwany dalej „Odwołującym”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 15.12.2017 r. pod numerem 2017/S 241-499873. Przedmiotem zamówienia jest wymiana 1946 szt. nieefektywnych i energochłonnych opraw oświetleniowych na energooszczędne oprawy typu LED wysięgników w ilości 838 szt. wraz z zastosowaniem autonomicznej redukcji mocy w oprawach, zlokalizowanych w ciągach komunikacyjnych i na ogólnodostępnych przestrzeniach publicznych na terenie Gminy Miejskiej Kościerzyna. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzi Zamawiający: Gmina Miejska Kościerzyna z siedzibą w Kościerzynie.

Odwołujący zarzuca naruszenie przez Zamawiającego zasad udzielania zamówień publicznych i przepisów ustawy Pzp, w tym:

1. art. 7 ust. 1 Pzp, tj. naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zasady proporcjonalności i przejrzystości w związku z działaniami Zamawiającego, skutkującymi dalszymi zarzutami;

2. art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp w zw. z § 2 ust. 2 pkt 3 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 2016 r. poz. 1126), tj. poprzez podjęcie przez Zamawiającego wadliwej decyzji (pismo z dnia 30.04.2018 r.) o wykluczeniu Odwołującego jako Wykonawcę, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu. W konsekwencji Zamawiający wadliwie zastosował art. 92 ust. 1 pkt 2 i 3 w zw. z art. 24 ust.4 Pzp uznając ofertę Odwołującego za odrzuconą;

3. art. 22a ust. 6 Pzp przez jego niezastosowanie.

Odwołujący wnosil o:

1. nakazanie unieważnienia decyzji o wykluczeniu Wykonawcy,
2. nakazanie unieważnienia decyzji o odrzuceniu oferty Wykonawcy,
3. zwrot kosztów postępowania.

Odwołujący zaznaczył, że w wymaganym terminie złożył ofertę w postępowaniu. Zgodnie z art. 86 ust. 5 Pzp Zamawiający, po otwarciu ofert, zamieścił na stronie internetowej informacje dotyczące kwoty, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, firm oraz adresów wykonawców, którzy złożyli oferty w terminie oraz m.in. ceny i okresu gwarancji zawartych w ofertach. Z przedstawionych informacji wynika, że oferta

Odwołującego w stosunku do pozostałych oferentów może zostać oceniona najwyżej, co oznacza, że w wyniku postępowania mogłaby zostać wybrana jako najkorzystniejsza. Wykluczenie Wykonawcy i odrzucenie oferty niweczy interes, jaki miał Wykonawca w uzyskaniu zamówienia publicznego, zamyka możliwość zawarcia umowy i realizacji zamówienia.

Zamawiający poinformował Odwołującego o jego wykluczeniu i odrzuceniu oferty w dniu 30.04.2018 r. Odwołanie zostało więc wniesione w ustawowym terminie, a jego kopia prawidłowo przekazana Zamawiającemu. Odwołujący uiszczył wpis w wymaganej wysokości na

rachunek UZP.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący zauważył, że pismem z dnia 13.03.2018 r. Zamawiający wezwał Wykonawcę na podstawie art. 26 ust. 1 Pzp do złożenia aktualnych na dzień złożenia oświadczeń i dokumentów potwierdzających:

- 1) brak podstaw do wykluczenia (szereg dokumentów i oświadczeń wymienionych w piśmie);
- 2) spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej - informacji z banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo - kredytowej potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy w okresie nie wcześniejszym niż jeden miesiąc przed upływem terminu składania ofert;
- 3) spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej;
- 4) spełnienie przez oferowane dostawy wymagań, określonych przez Zamawiającego odpowiednio w dokumentacji technicznej, specyfikacji technicznej materiałów i dostaw.

W odpowiedzi na wezwanie Odwołujący załączył dokumenty potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw do wykluczenia, w szczególności zaś w pkt 3 a i b ww. pisma Wykonawca przedstawił wyjaśnienia dotyczące posiadanych środków finansowych oraz przedłożył informację z banku dotyczącą posiadanych środków finansowych w języku hebrajskim wraz z tłumaczeniem na język polski. Z dokumentu stanowiącego „Wyjaśnienia dotyczące posiadanych środków finansowych, w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu”, wynika m.in., że „Wykonawca Pollight sp. z o.o. w zakresie spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji ekonomicznej lub finansowej powołuje się zgodnie z przedstawionym Zamawiającemu zobowiązaniem na zasoby firmy E.C. Leditech Ltd. Przedstawiony wyciąg z rachunku bankowego firmy E.C. Leditech Ltd potwierdza spełnienie warunku dotyczącego posiadania środków finansowych w wysokości co najmniej 1 500 000,00 zł.” Wykonawca przedstawił wyciąg z rachunku bankowego prowadzonego w Banku Hapoalim, na którym dostępna była w dniu 8.02.2018 r. kwota 2.394.586,19 ILS (nowych izraelskich szekli).

W przeliczeniu na polskie złote według średniego kursu NBP z 22.03.2018 r. powyższa kwota stanowiła równowartość 2.346.694,47 zł.

Zamawiający pismem z dnia 30.04.2018 r. poinformował Odwołującego o wykluczeniu go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp. W uzasadnieniu powyższej decyzji Zamawiający wskazał m.in., że w ogłoszeniu o zamówieniu (pkt III. 1.2) i specyfikacji istotnych warunków zamówienia (pkt 7.1.2) określił warunek udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej następująco - „posiadanie środków finansowych lub zdolności kredytowej w wysokości co najmniej 1.500.000 zł.” Zamawiający wskazał ponadto, że określając warunek udziału w postępowaniu skonstruował go zgodnie z treścią Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (dalej również jako: „Rozporządzenie”). W szczególności Zamawiający potwierdził, iż poprzez spełnienie warunku udziału w tym zakresie oczekiwał „złożenia informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo - kredytowej potwierdzającej wysokość posiadanych środków lub zdolność kredytową wykonawcy w okresie nie wcześniejszym niż jeden miesiąc przed upływem terminu składania ofert”.

Zamawiający potwierdził, że Wykonawca na wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 Pzp dostarczył dokumenty i oświadczenia mające potwierdzać spełnienie tego warunku, wśród których wymienił m.in. „wydruk z bankowości elektronicznej (1 strona) - wyciąg transakcji na koncie z banku HAPOALIM przedstawiający operacje bankowe na rachunku za okres 01/02/2018 - 08/02/2018”, jak też tłumaczenie tego wydruku z bankowości elektronicznej dokonane przez tłumacza przysięgłego.

Zdaniem Zamawiającego przedstawione przez Wykonawcę dokumenty i oświadczenia, były niewystarczające dla spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający wskazał w szczególności, że przedstawiony wydruk nie był zgodny z wymaganiami SIWZ ani z treścią § 1 ust. 1 pkt 10 Rozporządzenia. Dodatkowo Zamawiający uznał, że wskazana przez Wykonawcę kwota 2.394.586,19 ILS (nowych izraelskich szekli), „nie była saldem rachunku na dzień 08/02/2018 r., gdyż tego samego dnia dokonano jeszcze kilku operacji bankowych”.

Zamawiający w trybie art. 26 ust. 3 Pzp pismem z dnia 03.04.2018 r. wezwał Wykonawcę o uzupełnienie właściwych dokumentów potwierdzających spełnienie

wymaganego warunku w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej w okresie nie wcześniejszym niż jeden miesiąc przed upływem terminu składania ofert.

W odpowiedzi na wezwanie w powyższym zakresie Odwołujący pismem z dnia 10.04.2018 r. załączył wydruk sporządzony w oddziale biznesowym Shaul Hamelekh banku Hapoalim obejmujący transakcje na rachunku bankowym E.C. Leditech Limited za okres 7/01/2018 - 15/01/2018. Dokument ten potwierdza m.in. salda występujące w tym okresie na rachunku w kwotach: 1.518.290,67 ILS, ale również 1.513.735,94 ILS.

Zdaniem Zamawiającego przedstawione przez Wykonawcę dokumenty nie potwierdzają spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji finansowej. Zamawiający dokonał, według zupełnie nieznanego ani w SIWZ ani w przepisach Pzp metody, przeliczenia kwoty 1.513.735,94 ILS (stanowiącej saldo z 7/01/2018) według kursu średniego NBP jaki wystąpił ponad 3 miesiące później tj. z 11.04.2018 r., a który wynosił wówczas 0,9634 zł. Przeliczając kwotę w ILS z 7.01.2018 r. według kursu średniego NBP z 11.04.2018 r. Zamawiający doszedł do wniosku, że w ten sposób „otrzymujemy kwotę 1 458.333, 205 zł., która stanowi wartość poniżej wymaganego 1.500.000 zł.

Zdaniem Odwołującego ze stanowiskiem Zamawiającego całkowicie nie sposób się zgodzić.

1. Forma informacji banku potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych

Zamawiający zakwestionował dokumenty i oświadczenia przedstawione przez Odwołującego w zakresie spełnienia warunku udziału w postępowaniu odnośnie do jego sytuacji finansowej. Zamawiający uprawniony (a nie zobligowany) do żądania stosownych dokumentów, o których mowa w § 2 ust. 2 pkt 3 Rozporządzenia (błędnie wskazano na § 1 ust. 1 pkt 10), wezwał Wykonawcę do wykazania, że jest w sytuacji finansowej polegającej na posiadaniu środków finansowych (lub zdolności kredytowej) w wysokości co najmniej 1.500.000 zł. (pkt 7.1.2. SIWZ oraz pkt III.1.2 ogłoszenia o zamówieniu), w okresie miesiąca przed terminem składania oferty. Innymi słowy, Zamawiający oczekiwał od Wykonawcy, iż wskaże, że jest w dyspozycji środków finansowych w wysokości nie mniejszej niż 1.500.000 zł lub też takich środków nie posiada ale będzie w stanie uzyskać korzystając z instytucji kredytu.

W pierwszej kolejności Odwołujący nie zgadza się z interpretacją dokonaną przez Zamawiającego, iż przedstawienie wydruku z rachunku bankowego, następnie przetłumaczonego przez tłumacza przysięgłego, nie jest wystarczające do wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Należy bowiem podkreślić, że przepis § 2 ust. 2 pkt 3 Rozporządzenia, nie określa formy, w jakiej może być wystawiana informacja banku, czy ma to być potwierdzenie stanu salda, czy informacja zawierająca oświadczenie wiedzy banków, co do wysokości dostępnych środków na konkretnym rachunku bankowym. Co więcej, Zamawiający wprost wskazał, że formułując wymagania w tym zakresie posiłkował się treścią Rozporządzenia i również nie określił żadnych szczegółowych, dodatkowych, wymagań odnośnie oceny sytuacji ekonomicznej lub finansowej wykonawcy.

Ponadto, skoro ustawodawca (jak też sam Zamawiający) nie ograniczył formy wystawianego dokumentu, tak jak to uczynił ustawodawca np. w zakresie zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego (...) potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków (...) lub zaświadczenia właściwej terenowej jednostki organizacyjnej Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne (§ 5 pkt 2 i 3 rozporządzenia), to dopuszczalna jest każda forma informacji, istotne jest to, żeby pochodziła z banku (np. bankowy dokument elektroniczny nie wymagający dla swej ważności podpisu, ani stempla). Takie stanowisko potwierdza choćby wyrok KIO z 15.05.2013 r., sygn. akt KIO 942/13. Informacja banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo - kredytowej nie musi mieć formy wystawionego przez bank lub spółdzielczą kasę oszczędnościowo - kredytową zaświadczenia o wysokości posiadanych środków finansowych na rachunku w określonej dacie.

Odwołujący przytoczył także pogląd wyrażony przez Edmunda Józefa Nowickiego w artykule opublikowanym w Monitorze Zamówień Publicznych 2017/11/56, w którym autor uznał, że „Informacja z banku nie musi mieć formy zaświadczenia, może zawierać jedynie potwierdzenie o potencjalnej możliwości uzyskania przez wykonawcę kredytu w kwocie określonej przez zamawiającego. Stanowi ona ogólną ocenę kondycji wykonawcy, jego zdolności i możliwości kredytowych. W żadnej mierze nie można wymagać, aby opinia taka nosiła cechy wiążącej decyzji kredytowej lub przyrzeczenia udzielenia kredytu.”

Zdaniem Odwołującego należy uznać za całkowicie błędne stanowisko Zamawiającego sprowadzające się do stwierdzenia, że wydruk z rachunku bankowego, a następnie przetłumaczony przez tłumacza przysięgłego, nie są wystarczające do wykazania spełnienia

warunków udziału w postępowaniu.

2. Cel mechanizmu oceny sytuacji ekonomicznej lub finansowej wykonawcy poprzez przedstawienie informacji banku

Istotne jest także określenie celu warunku, innymi słowy czemu w ogóle służy instytucja (mechanizm) weryfikacji sytuacji ekonomicznej lub finansowej wykonawcy. Zdaniem Odwołującego, dokonanie weryfikacji sytuacji ekonomicznej lub finansowej wykonawcy nie może powodować przykładowo konieczności zamrożenia środków finansowych w bliżej nieokreślonym prawnie (niesprecyzowanym) czasie, czego zdaje się właśnie oczekiwać Zamawiający wbrew regułom, które sam ustanowił w SIWZ i ogłoszeniu o zamówieniu.

Mechanizm weryfikacji sytuacji finansowej wykonawcy dotyczy zbadania potencjału wykonawcy i to nie w dowolnym czasie lecz w okresie zbliżonym do momentu, w którym wybrany przez Zamawiającego wykonawca byłby finansowo lub ekonomicznie na tyle wiarygodny aby móc realizować dane zamówienie publiczne (miesiąc przed terminem składania ofert). Ponadto, w ramach oceny sytuacji finansowej wykonawcy, Zamawiający bada w istocie możliwość (realność) dokonywania w nieodległej przyszłości określonych transferów pieniężnych, tj. na przyjętym ze względu na rozmiar zamówienia poziomie finansowym. Rzeczą wykonawcy jest wykazanie, że przykładowo kwota 1.500.000 zł jest dla niego osiągalna, bądź kwotą taką może mieć w bezpośredniej dyspozycji w krótkim czasie.

Natomiast Zamawiający z istotnym naruszeniem przepisu § 2 ust. 2 pkt 3 Rozporządzenia oczekuje, aby Wykonawca wykazywał swój potencjał finansowy za każdym razem na dzień składania dokumentów na wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 lub ust. 3 Pzp. Takie podejście Zamawiającego jest rażąco nielogiczne oraz wbrew treści przepisów Rozporządzenia, skoro Zamawiający sam w SIWZ oraz w ogłoszeniu oczekiwał przedstawienia stanu rachunku bankowego z okresu nie wcześniejszego niż 1 miesiąc przed terminem składania ofert.

W ocenie Odwołującego decyzję o tym, w jaki sposób badana będzie sytuacja finansowa lub ekonomiczna wykonawcy, każdorazowo podejmuje zamawiający, choć w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający w żadnym miejscu dokumentacji przetargowej nie wskazał innych niż przewidziane w Rozporządzeniu wymagań odnośnie sposobu oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu w kontekście badania sytuacji finansowej wykonawcy. Zdaniem Odwołującego, całkowicie błędne jest podejście zaprezentowane przez Zamawiającego polegające wyłącznie na ocenie wykonawcy poprzez badanie posiadanych środków finansowych i to w okresie prowadzenia postępowania w sprawie zamówienia publicznego. Takie stanowisko nie wynika z żadnego przepisu, jak też nie uwzględnia w ogóle, że okres prowadzenia postępowania nigdy nie jest ściśle określony i wcześniej wykonawcom znany.

Niezgodna z prawem interpretacja dokonana przez Zamawiającego instytucji oceny sytuacji finansowej wykonawcy przypomina wręcz dążenie przez Zamawiającego do stworzenia zupełnie nowego ograniczenia dla Wykonawcy, przypominającego instytucję wadium, który to instrument pełni m.in. funkcję warunku uczestnictwa w przetargu oraz stanowi zabezpieczenie zawarcia umowy.

3. Środki finansowe na rachunku bankowym a spełnianie warunku udziału w postępowaniu

Przyjęte przez ustawodawcę przepisy ustawy Pzp po nowelizacjach, których konsekwencją było również wydanie aktu wykonawczego - Rozporządzenia z 2016 r., miały na celu odformalizowanie i uproszczenie procedur przetargowych. Tymczasem, pomimo takich zabiegów racjonalnego ustawodawcy, Zamawiający wykluczając Odwołującego całkowicie zaprzeczył idei uproszczenia, odformalizowania i zrjonalizowania procedur przetargowych.

Zamawiający mając w dyspozycji, przedstawiony przez Odwołującego, wydruk z rachunku bankowego Banku HAPOALIM, w ogóle nie zauważył, że w okresie miesiąca przed składaniem ofert, a dokładnie w dniu 7/02/2018 r. Wykonawca był w dyspozycji blisko 5 mln zł (4.724.633,60 ILS). Czyli już choćby z tego powodu Wykonawca wykazał, że posiada środki finansowe niemal 3 krotnie wyższe od wymaganych przez Zamawiającego i to w okresie prawem przewidzianym tj. w okresie miesiąca przed terminem składania ofert. Wypada dodatkowo zauważyć, że saldo końcowe dnia 7.02.2018 r. a zarazem saldo początkowe z 8.02.2018 r. wynosiło 1.903.096,40 ILS a zatem o ok. 400 tys zł przewyższało kwotę wymaganą przez Zamawiającego. Dla porządku wypada podkreślić, że również wskazana przez Wykonawcę kwota z dnia następnego tj. 8.02.2018 r. również znacząco przekracza kwotę 1.500.000 zł gdyż wynosiła 2.394.586,19 ILS (nowych izraelskich szekli).

W wyniku ponownego wezwania Wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, Wykonawca przedłożył kolejny dokument potwierdzający salda na rachunku bankowym E.C. Leditech Ltd z okresu 6-8.01.2018 r. Zamawiający wziął pod uwagę saldo z dnia 7.01.2018 r. i dokonał przeliczenia kwoty 1.513.735,94 ILS (stanowiącej saldo z 7/01/2018) według kursu średniego NBP jaki wystąpił ponad 3 miesiące później tj. z 11.04.2018 r., a który wynosił wówczas 0,9634 zł. Przeliczając kwotę w ILS z 7.01.2018 r. według kursu średniego NBP z 11.04.2018 r. Zamawiający zastosował nieprzewidzianą w przepisach Prawa zamówień publicznych metodę, która posłużyła mu do wykazania, że kwota na rachunku bankowym z 7.01.2018 r. miała wartość po przeliczeniu według kursu z 11.04.2018r. niższą niż wymagana przez Zamawiającego.

Mając na uwadze specyficzne „operacje rachunkowe” Zamawiającego, po pierwsze, powstaje uzasadniona wątpliwość czy dokonanie takiego działania matematycznego ma jakiegokolwiek podstawy prawne w świetle oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu? Po wtóre, dlaczego Zamawiający nie dokonał przeliczenia kwoty z 7.01.2018r. według kursu z tego samego dnia (lub z dnia bezpośrednio najbliższego wskazanego przez NBP) zgodnie z zasadami rachunkowości?

Należy zauważyć, że przedłożone dwukrotnie przez Wykonawcę dokumenty potwierdzały stan środków finansowych w danym okresie i co najmniej kilkakrotnie przekraczały wymaganą przez Zamawiającego kwotę. W okresie miesiąca przed terminem składania ofert - a więc w czasie jaki bezwzględnie brany jest pod uwagę w procesie oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu - Wykonawca, korzystając z zasobów E.C.Leditech Ltd., dysponował środkami finansowymi znacząco przekraczającymi kwotę 1.500.000zł.

Ponadto, salda uwidocznione na rachunku bankowym nie mogły być dowolnie przeliczane według metod niesformalizowanych w żadnym akcie prawnym. Jeśli w jakikolwiek sposób Zamawiający mógł dokonać ustalenia wartości sald rachunków bankowych w danym dniu, to wyłącznie w oparciu o obowiązujące w naszym porządku prawnym przepisy dotyczące zasad rachunkowości. Innymi słowy, Zamawiający nie mógł dowolnie stosować przeliczenia określonej wartości sald konta według wybranego z dowolnego dnia kursu średniego walut obcych NBP. Z uwagi na brak szczegółowych przepisów w tym zakresie w Prawie zamówień publicznych jak i w SIWZ, Zamawiający mógłby jedynie dokonać przeliczenia sald według kursu z danego dnia, w jakim konkretne saldo zostało ustalone. Jeśli zamierzał zastosować kontrowersyjną metodę przeliczenia salda, powinien był w wezwaniu w trybie art. 26 ust. 3 Pzp wskazać Wykonawcy oczekiwany przez niego sposób przeliczenia salda rachunku bankowego na polską walutę, tak aby stworzyć Wykonawcy możliwości wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu przy zastosowaniu metody wymyślonej przez Zamawiającego a nigdzie wcześniej nie uregulowanej ani nie opisanej w żadnym punkcie dokumentacji przetargowej. Tego natomiast Zamawiający z niezrozumiałych powodów nie uczynił.

Saldo z 7.01.2018 r. w przeliczeniu według kursu z 7.01.2018 r., który stanowił 1,0006 zł, wynosiło ponad 1.500.000 zł. Odwołujący nie znajduje żadnego racjonalnego oraz prawnego uzasadnienia dla przyjętej przez Zamawiającego metody przeliczenia salda z dnia 7.01.2018 r. po kursie z dnia 11.04.2018 r., gdzie kwota z dnia 7.01.2018 r. nie koresponduje z saldem na rachunku w dniu kursu przeliczenia. Przy tak dowolnym, nieuzasadnionym prawnie, podejściu Zamawiającego do oceny stanu finansowego wykonawców, równie dobrze Zamawiający mógłby oczekiwać, że w dowolnie wskazanym przez niego dniu Wykonawca musiałby zachowywać na rachunku bankowym wymaganą przez Zamawiającego kwotę 1.500.000 zł (lub jej równowartość). Taka interpretacja w ocenie Odwołującego jest rażąco sprzeczna z treścią i sensem normy prawnej §2 ust. 2 pkt 3 Rozporządzenia, który określa jedyną cezurę czasową 1 miesiąca przed upływem terminu składania ofert, która jest brana pod uwagę przy ocenie sytuacji finansowej wykonawcy. Innymi słowy, tylko przedstawienie np. stanu rachunku bankowego wykonawcy w dowolnym dniu jednakże w okresie miesiąca przed terminem składania ofert stanowił będzie potwierdzenie sytuacji finansowej wykonawcy.

Zamawiający tworząc własną, nigdzie niesformalizowaną, metodę przeliczania sald rachunku bankowego według kursu z innego zupełnie dnia, naruszył również zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji (art. 7 Pzp), w tym sensie, że w przypadku podmiotów wykazujących się posiadaniem środków w polskiej walucie nie określał wobec nich żadnych dodatkowych wymogów. Innymi słowy, przedstawienie przez podmiot posiadający środki finansowe w polskiej walucie wyciągu z rachunku w danym dniu, na którym znajdowała się kwota 1.500.000 zł byłoby informacją wystarczającą dla Zamawiającego do uznania, że Wykonawca taki spełnia warunek udziału w postępowaniu. Zupełnie inaczej Zamawiający podszedł do oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu wobec podmiotów posiadających środki finansowe w walucie obcej. Zamawiający nałóżł na takie podmioty dodatkowe ograniczenia, wymuszając wykazywanie się środkami finansowymi w różnym czasie, według mechanizmu przeliczenia wartości

nigdzie nieuregulowanego.

W związku z powyższym dokonane przez Zamawiającego obliczenia rachunkowe Odwołujący uznaje za całkowicie wadliwe i poczynione wyłącznie w celu wykazania z góry postawionej tezy.

Dodatkowo Odwołujący odniósł się do niezwykle poważnego w jego ocenie zarzutu wobec niego sformułowanego. Zamawiający analizując przedłożony przez Wykonawcę wydruk z rachunku bankowego, który nie był w pełni przetłumaczony (aczkolwiek w niezbędnym zakresie pozwalającym na weryfikację sald w określonych dniach był przetłumaczony), wprost pozwolił sobie na insynuację, że takie działanie Wykonawcy „może sugerować próbę wprowadzenia Zamawiającego w błąd co do sytuacji finansowej E.C.Leditech Limited.” Absurdalność, a przede wszystkim nieprawdziwość tego twierdzenia, podważa wprost choćby fakt, że Zamawiający odniósł się do dokumentu - wydruku z rachunku bankowego - ze stycznia 2018 r. zaś już w lutym 2018 r. salda na rachunku E.C.Leditech Limited wynosiły w dniu 7.02.2018 r. równowartość prawie 5 mln zł. Twierdzenia Zamawiającego w tym kontekście są zadziwiające i zmuszają Odwołującego do stawiania pytań o prawdziwe intencje Zamawiającego jeśli posunął się do tak oczywistego „naginania” rzeczywistości do z góry ustalonej tezy.

4. Niezgodne z prawem wykluczenie Pollight Sp. z o.o. z postępowania - rażące naruszenie art. 22a ust. 6 Pzp poprzez jego niezastosowanie

Decyzja Zamawiającego o wykluczeniu Wykonawcy poprzedziła wezwania do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 1 oraz ust. 3 Pzp. Zdaniem Odwołującego w istocie doszło do niezgodnego z prawem ograniczenia, a wręcz pozbawienia uprawnienia wynikającego z art. 22a ust. 6 Pzp. Zgodnie z treścią art. 22a ust. 6 Pzp jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe lub sytuacja ekonomiczna lub finansowa, podmiotu, na zasoby którego Wykonawca się powołuje, nie potwierdzają spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub zachodzą wobec tych podmiotów podstawy wykluczenia, zamawiający żąda, aby wykonawca w terminie określonym przez zamawiającego zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami lub zobowiązał się do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia, jeżeli wykaże zdolności techniczne lub zawodowe lub sytuację finansową lub ekonomiczną, o których mowa w ust. 1 ww. art. 22a.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający poprzez pominięcie żądania, w wezwaniu do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, w zakresie możliwości zastosowania przesłanek zastąpienia podmiotu lub podmiotów na zasobach których (ich zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej) się opierał, innym podmiotem lub podmiotami, spowodowało pozbawienie Odwołującego uprawnienia przysługującego mu z mocy prawa.

Oceny ofert, a w tym oceny spełniania warunków i dokumentów dokonuje Zamawiający, a nie Wykonawca. Z treści wezwań Zamawiającego wynikało, że w stosunku do E.C. Leditech Ltd, tj. podmiotu, na który potencjał finansowy Wykonawca się powołał, zachodzą przesłanki do wykluczenia. W takiej sytuacji Zamawiający powinien w jednoznaczny sposób zażądać, aby Wykonawca:

- zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami lub
- zobowiązał się do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia, jeżeli wykaże zdolności techniczne lub zawodowe lub sytuację finansową.

Powyższe wnioski potwierdza także dotychczasowe orzecznictwo wskazujące na konieczność jednoznaczności treści wezwania do uzupełnienia dokumentów, przykładowo:

- 1) Wyrok z dnia 7 lutego 2017 r. (sygn. akt: KIO 191/17)
- 2) Wyrok z dnia 9 lutego 2017 r. (sygn. akt: KIO 189/17)
- 3) Wyrok z dnia 10 stycznia 2017 r. (sygn. akt: KIO 2417/16)
- 4) Wyrok z dnia 28 grudnia 2016 r. (sygn. akt KIO 2370/16).

Regulacje zawarte w art. 22a ust. 1-6 Pzp zostały wprowadzone w związku

z implementacją przepisów art. 63 w zw. z art. 57 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE. Artykuł 63 cytowanej Dyrektywy (Poleganie na zdolności innych podmiotów) stanowi:

1. W odniesieniu do kryteriów dotyczących sytuacji ekonomicznej i finansowej,

określonych zgodnie z art. 58 ust. 3, oraz kryteriów dotyczących zdolności technicznej i zawodowej, określonych zgodnie z art. 58 ust. 4, wykonawca może, w stosownych przypadkach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, polegać na zdolności innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi powiązań. W odniesieniu do kryteriów dotyczących wykształcenia i kwalifikacji zawodowych, określonych w załączniku XII część II lit. f), lub dotyczących stosownego doświadczenia zawodowego, wykonawcy mogą jednak polegać na zdolności innych podmiotów tylko wtedy, gdy te ostatnie zrealizują roboty budowlane lub usługi, odnośnie do których takie zdolności są niezbędne. W przypadku gdy wykonawca chce polegać na zdolności innych podmiotów, musi udowodnić instytucji zamawiającej, że będzie dysponował niezbędnymi zasobami, przedstawiając na przykład w tym celu stosowne zobowiązanie takich podmiotów.

2. Instytucja zamawiająca sprawdza, zgodnie z art. 59 (Jednolity europejski dokument zamówienia), 60 (Środki dowodowe) i 61 (Internetowe repozytorium zaświadczeń, czy podmioty, na których zdolności wykonawca zamierza polegać, spełniają odpowiednie kryteria kwalifikacji, i czy istnieją podstawy wykluczenia na mocy art. 57. Instytucja zamawiająca wymaga, by wykonawca zastąpił podmiot, który nie spełnia stosownego kryterium kwalifikacji lub wobec którego istnieją obowiązkowe podstawy wykluczenia. Instytucja zamawiająca może wymagać lub może być zobowiązana przez państwo członkowskie do wymagania, by wykonawca zastąpił podmiot, wobec którego istnieją nieobowiązkowe podstawy wykluczenia.

3. Jeżeli wykonawca polega na zdolności innych podmiotów w odniesieniu do kryteriów dotyczących sytuacji ekonomicznej i finansowej, instytucja zamawiająca może wymagać od wykonawcy i tych podmiotów solidarnej odpowiedzialności za realizację zamówienia.

Przepis jest więc jednoznaczny i wymaga, aby to Zamawiający, a nie Wykonawca badał czy podmiot, na zasobach którego opiera się Wykonawca, czy udostępniający zasoby podwykonawca, spełnia wymagania określone przez Zamawiającego (tu: brak podstaw do wykluczenia).

Biorąc pod uwagę specyfikę sprawy (w zakresie decyzji o wykluczeniu), Odwołujący podkreślał, że przekazując dokumentację uzupełniającą na wezwanie Zamawiającego był i nadal jest w przekonaniu, że zostanie ona zweryfikowana pod kątem spełniania wszystkich wymagań (co wynika zarówno z prawa polskiego, jak i regulacji unijnych), w tym także wymagań z zakresu spełnienia lub braku spełnienia przesłanek wykluczenia. Tymczasem Odwołujący pozostając w przekonaniu o rzetelności złożonej dokumentacji, o tym, że Zamawiający zweryfikował je negatywnie dowiedział się ostatecznie dopiero 30.04.2018 r. w zawiadomieniu o wykluczeniu Wykonawcy z postępowania.

Skoro Zamawiający uznał, że dokument złożony na wezwanie nie spełnia wymagań, to powinien przed wykluczeniem zwrócić się do Wykonawcy z wezwaniem do zastąpienia innym podmiotem lub przyjęcia zobowiązania o wykonaniu zamówienia osobiście.

Odwołujący jest natomiast przekonany o prawidłowym wykonaniu wezwań i spełnianiu warunku udziału w postępowaniu. Przekonanie Wykonawcy wynika m.in. z okoliczności takich, iż stosowana przez Zamawiającego metoda przeliczania nie została nigdzie prawnie ściśle określona ani w przepisach powszechnie obowiązujących ani przez samego Zamawiającego w SIWZ lub ogłoszeniu o zamówieniu. Wykonawca starał się do metody przeliczenia podejść racjonalnie i wykazał przy wypełnieniu wezwań Zamawiającego, że był w dyspozycji środków finansowych przekraczających 1.500.000 zł i to kilkukrotnie w okresie miesiąca przed terminem składania ofert.

Ponadto, Wykonawca w żadnym momencie nie został poinformowany jaką metodę przeliczenia sald zastosuje Zamawiający. Gdyby Zamawiający poinstruował w SIWZ w tym zakresie, Wykonawca zastosowałby się do tej instrukcji. Skoro takiej instrukcji Zamawiający nie zamieścił, Wykonawca był w pełni uprawniony do zastosowania własnej metody przeliczenia sald, w której zachował pełną konsekwencję. Zamawiający nie dość, że nie dookreślił metody, to następnie posłużył się nią tendencyjnie w celu wykluczenia Wykonawcy.

Odwołujący był przekonany dodatkowo o tym, że jeżeli przedstawione przez niego dokumenty na wezwanie Zamawiającego nie przejdą pomyślnie etapu weryfikacji i jeżeli zostaną uznane za niewłaściwe, to zgodnie z art. 22a ust. 6 Pzp zostanie o tym wstępnie poinformowany i otrzyma dodatkowy termin, w którym będzie mógł zastąpić ten podmiot innym spełniającym postawione przez Zamawiającego warunki podmiotowe lub zobowiązać się osobiście do wykonania części zamówienia.

W ocenie Odwołującego, potencjał ekonomiczny i finansowy Pollight Sp. z o.o., jak również doświadczenie w realizacji tego typu i znacząco większych wartościowo i ilościowo przetargów, nie powinny budzić żadnych wątpliwości Zamawiającego, który przedłożone przez Wykonawcę dokumenty powinien od razu uwzględnić i zaakceptować.

Mając na uwadze powyższe, Wykonawca wnosil o uwzględnienie odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Następnie Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej w postaci odwołania, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody przez Odwołującego będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności. Wnoszący odwołanie złożył w postępowaniu ofertę, w procesie badania i oceny ofert z zastosowaniem procedury odwróconej Wykonawca został wykluczony z postępowania, a jego oferta została uznana za odrzuconą, co Wykonawca zakwestionował w ramach złożenia odwołania. Zatem, w przypadku uwzględnienia odwołania i przywrócenia w postępowaniu ma on szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

W postępowaniu nie zgłoszono przystąpień.

Na rozprawie Odwołujący podtrzymał zarzuty i żądania sformułowane w odwołaniu.

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wnosil o jego oddalenie w całości jako bezzasadnego i bezpodstawnego.

Na wstępie należy Zamawiający zauważyć, iż Odwołujący nie spełnia samodzielnie warunków udziału w postępowaniu postawionych w zakresie określonym w art. 22 ust. 1b pkt 2 ustawy Pzp dotyczącym sytuacji finansowej. Powołał się w tym zakresie na zasoby innego podmiotu E.C.Leditech Limited.

Zgodnie z art. 22a ust. 2 Pzp to 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. Posługując się pojęciami „musi” i „udowodnić” przepis stanowi, że przeprowadzenie jednoznacznego dowodu w tym zakresie jest bezwzględny obowiązek wykonawcy. Przepis nie dopuszcza jedynie „uprawdopodobnienia” tych okoliczności. Z konstrukcji przepisu wynika ponadto, że wykonawca nie jest ograniczony wobec zamawiającego środkami dowodowymi, przy pomocy których ma mu udowodnić, że w sposób rzeczywisty i realny tymi środkami będzie dysponował realizując zamówienie. Rolą zaś zamawiającego jest ocena, czy dowody przedłożone przez wykonawcę w sposób dostateczny wykazują, że ma on realną zdolność do wykonania zamówienia.

Wykonawca w toku postępowania dwukrotnie przedłożył zamawiającemu wyciągi z rachunku bankowego podmiotu trzeciego. Pierwszy wydruk (złożony po wezwaniu Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 Pzp) obejmował okres 01-08.02.2018 r., drugi wydruk (złożony po wezwaniu Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp) obejmował okres 07-15.01.2018 r., przy czym przez tłumacza przysięgłego został przetłumaczony jedynie jego fragment obejmujący 7 i 8 dzień stycznia 2018 r. Zamawiający dopiero drugi z tych wyciągów uznał za dokument odpowiadający wymogom § 2 ust. 2 pkt 3 Rozporządzenia o dokumentach, gdyż stanowi on informację banku potwierdzającą wysokość posiadanych środków finansowych. Zamawiający oparł się na informacji, co wynika z jego tłumaczenia, że wydruk ten został „sporządzony w Oddziale biznesowym banku Shaul Hamelekh”. Teza taka znajduje potwierdzenie w orzecznictwie KIO, które Zamawiający przytoczył w uzasadnieniu wykluczenia: samodzielnie wykonane przez wykonawców wydruki z systemów obsługi bankowości elektronicznej nie są dokumentami potwierdzającymi spełnianie warunków udziału w postępowaniu (wyrok KIO z dnia 3 stycznia 2017 r., KIO 2391/16; Kto 2392/16). Odwołujący nie skorzystał przy tym z możliwości wynikających z przepisu art. 26 ust. 2c

ustawy Pzp, który wprost przewiduje możliwość złożenia innego dokumentu, który w wystarczający sposób potwierdza spełnianie opisanego przez zamawiającego warunku,

ale przepis wymaga w tym wypadku wykazania przez wykonawcę uzasadnionej przyczyny niemożności przedłożenia dokumentu właściwego. Wykonawca nie wskazał takiej przyczyny. Zdaniem Zamawiającego, nawet gdyby przyjąć, że wykonawca wykazał, że podmiot trzeci w okresie miesiąca przed upływem terminu składania ofert posiadał przez krótki moment kwotę wyższą niż przez niego wymagana (1.500.000 PLN), to okoliczność ta nie stanowi wystarczającego dowodu na to, iż wykonawca będzie realnie dysponował taką kwotą w celu realizacji zamówienia.

Po pierwsze, należy mieć na uwadze, iż przedłożone wydruki z rachunku bankowego dotyczą środków pieniężnych nie należących do wykonawcy, którymi ma prawo dysponować wedle własnego uznania, ale są to środki należące do podmiotu trzeciego - zachowującego odrębność prawną organizacyjną i finansową. Ta okoliczność całkowicie Odwołującemu umyka. Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego wskazał, co prawda, że będzie tymi środkami dysponował na podstawie umowy pożyczki, ale nie przedłożył żadnych informacji ani dokumentów, czy wzmiankowana umowa pożyczki została już zawarta, czy będzie dopiero zawarta w przyszłości, jakie są warunki tej umowy lub też planowanej umowy i czy podmiot trzeci rzeczywiście gwarantuje mu udostępnienie środków w wymaganej wysokości, które mają być zużytkowane na realizację zamówienia. Innymi słowy, po prostu nie wiadomo, czy E.C. Leditech Limited będzie w ogóle dysponował kwotą potrzebną do realizacji zamówienia, skoro zazwyczaj taką kwotą nie dysponuje. Zamawiający wcale nie oczekuje od wykonawcy, aby ten „zamrażał” jakiegokolwiek środki finansowe, ale oczekuje jedynie jednoznacznego i nie pozostawiającego wątpliwości dowodu, iż będzie w stanie zrealizować przedmiotowe zamówienie. Warunkiem jego realizacji jest posiadanie przez wykonawcę określonej wielkości środków pieniężnych lub zdolności kredytowej. Tymczasem z przedłożonych przez niego dokumentów wyłania się zupełnie inny obraz sytuacji finansowej. Ścisłej rzecz biorąc, o sytuacji finansowej Odwołującego się wykonawcy nie wiadomo nic, zaś podmiot na którego zasoby się powołuje, środki pieniężne w wysokości choćby zbliżonej do wymaganego przez Zamawiającego poziomu posiada sporadycznie, przez krótki moment czasu, a następujące po nich salda zawsze wykazują znaczne tendencje zniżkowe i oscylują wokół kwot rażąco odbiegających od wymaganej wartości. Dodatkowo, co nie umknęło uwadze Zamawiającego, saldo rachunku E.C. Leditech Limited w wysokości 4.724.633,60 ILS z dnia 07.02.2018 r., na które wykonawca powołuje się w odwołaniu, obejmowało środki pochodzące z jeszcze innej pożyczki: jak należy mniemać kolejnego podmiotu trzeciego. Środki pochodzące z pożyczki, jak wiadomo, podlegają zwrotowi pożyczkodawcy. Skoro zostały zużyte przez E.C. Leditech Limited w bieżącej działalności, a dodatkowo muszą zostać zwrócone, to powstaje poważna wątpliwość co do zdolności E.C. Leditech Limited do udzielenia pożyczki w wysokości 1.500.000 PLN na rzecz Odwołującego.

Po drugie, argumentacja Odwołującego, że wystarczy jednokrotne lub nawet parokrotne wykazanie, iż w okresie miesiąca przed terminem składania ofert podmiot trzeci posiadał wymaganą kwotę, jest błędna. Wykonawca oświadczeniem dołączonym do oferty wstępnie potwierdza spełnianie warunków udziału oraz brak podstaw do wykluczenia. Następnie na mocy art. 26 ust. 1 Pzp ten wykonawca, którego oferta została najwyżej oceniona, zostaje wezwany do złożenia aktualnych na dzień złożenia oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Dokumenty i oświadczenia, o których mowa powyżej, a także ich uzupełnienia muszą potwierdzać prawdziwość złożonych oświadczeń o spełnianiu warunków udziału i braku podstaw wykluczenia przez cały okres postępowania, a nie tylko w wybranym momencie czasu. Wykładnię taką prezentuje Urząd Zamówień Publicznych w opinii prawnej: „Dokumenty na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia Aktualność dokumentów w świetle nowelizacji ustawy Pzp”: Zatem oświadczenia lub dokumenty „aktualne” to takie, które oddają rzeczywistość w momencie ich złożenia, innym słowy potwierdzają okoliczność, co do której wykonawca wcześniej złożył wstępne oświadczenie, i która obecnie (w czasie teraźniejszym) występuje. Wezwanie Zamawiającego o przedłożenie oświadczenia lub dokumentu implikuje odpowiedź wykonawcy, która ma być w czasie teraźniejszym prawdziwa i potwierdzać prawdziwe okoliczności - adekwatnie do całego toku postępowania.

Odwołujący powołuje się na fakt, iż z wyciągu z rachunku E.C. Leditech Limited obejmującym okres 07-08/01/2018 wynikało, że saldo na dzień 07.01.2018 wynosiło 1.513.735,94 ILS (nowych izraelskich szekli). Zrzucił Zamawiającemu, że dokonał nieznaną SIWZ ani w przepisach Pzp metody przeliczenia tej kwoty według kursu średniego NBP, jaki wystąpił ponad 3 miesiące później, tj. 11 kwietnia 2018 r., i wynosił 0,9634 zł. Istotnie, należy zauważyć, że przepisy Pzp nie zawierają regulacji, która wprost określałaby, jaki kurs walut obcych i z jakiego dnia należy stosować przy badaniu zdolności finansowych wykonawców lub podmiotów trzecich. SIWZ również nie zawiera takiej regulacji, gdyż Zamawiający nie ma obowiązku wprowadzania takowej do SIWZ. Ponadto Odwołujący ani

żaden inny wykonawca na etapie poprzedzającym składanie ofert nie kwestionował treści SIWZ w postępowaniu lub nie wskazywał, że jest niekompletna, jak również nie składał zapytań dotyczących wyjaśnienia jej treści. Wydaje się, iż to Odwołujący, skoro wiedział, iż samodzielnie nie spełnia warunków udziału w postępowaniu i będzie się posilkował zasobami innego podmiotu, w dodatku wyrażonymi w walucie obcej, powinien był złożyć zapytanie dotyczące tej kwestii.

Powstaje pytanie, czy przepisy nie zawierają w tym zakresie luki prawnej. Po głębszym zastanowieniu należy dojść do wniosku, iż luka prawna nie występuje. Jak powszechnie wiadomo, środki finansowe w walutach obcych mają zmienną zdolność nabywczą na terenie danego kraju, gdyż nieustannie występują wahania ich kursów. Skoro zamówienie ma być zrealizowane na terenie Rzeczypospolitej Polskiej, to Zamawiający prawidłowo określił minimalny poziom posiadanych środków finansowych lub zdolności kredytowej w polskich złotych (PLN). Poziom ten określił w wysokości 1.500.000 PLN. Wielkości tej ani zastosowanej waluty nie kwestionował żaden z wykonawców. Zamawiający zastosował średni kurs waluty ILS ogłaszany przez Narodowy Bank Polski jako uśredniony w najbardziej wiarygodny sposób i miarodajny dla gospodarki narodowej. Wynika to z przepisów art. 24 ust. 1 i 2 i g ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o Narodowym Banku Polskim (t. j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1373), wedle których zasady ustalania kursu złotego w stosunku do walut obcych ustala Rada Ministrów w porozumieniu z Radą Polityki Pieniężnej, a tę następnie realizuje Narodowy Bank Polski, który także ogłasza bieżące kursy walut oraz kursy innych wartości dewizowych (zob. np. wyrok NSA z 13 grudnia 2007 r., sygn. II FSK 324/07). Z kolei obowiązek zastosowania przez Zamawiającego kursu z dnia 11.04.2018 r. można wywieść z treści przepisu art. 26 ust. 1 Pzp. Zgodnie z tym przepisem wykonawca, którego oferta została najwyższej oceniona, składa w terminie wyznaczonym przez zamawiającego aktualne na dzień złożenia oświadczenia lub dokumenty potwierdzające okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp. Zatem oświadczenia te i dokumenty winny wykazywać aktualność spełniania warunków udziału w postępowaniu na dzień ich złożenia. Wykonawca pismem z dnia 03.04.2018r. został wezwany w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp o uzupełnienie właściwych dokumentów potwierdzających spełnienie wymaganego warunku w zakresie sytuacji finansowej w okresie nie wcześniejszym niż jeden miesiąc przed upływem terminu składania ofert. Wykonawca zwrócił się o zmianę terminu złożenia uzupełnień. Zamawiający pismem z dnia 06.04.2018r. przychylił się do wniosku wykonawcy i wyznaczył nowy termin złożenia oświadczeń i dokumentów, zgodnie z propozycją wykonawcy, tj. do dnia 11.04.2018 r. W tym właśnie dniu Odwołujący złożył uzupełniające dokumenty, w tym wydruk z rachunku bankowego zawierający m. in. sporne saldo na dzień 07 stycznia 2018 r., w kwocie 1 513.735,94 ILS. Zatem na dzień 11 kwietnia 2018 r. Zamawiający obowiązany był zbadać, czy wykazywana przez wykonawcę wysokość środków pieniężnych w walucie obcej posiadała wystarczającą siłę nabywczą na terytorium RP, aby umożliwić nabycie za nią wymaganej wartości 1.500.000 PLN. Badanie to wypadło negatywnie i okazało się, iż na dzień 11 kwietnia 2018 r., wykazywana ilość środków pieniężnych w ILS nie miała takiej wartości. Prawidłowy był wniosek, iż wykonawca nie wykazał spełnienia wszystkich warunków udziału w postępowaniu.

Nie bez znaczenia jest fakt, iż wykonawca złożył na wezwanie Zamawiającego (art. 26 ust. 3 Pzp) kolejny wydruk z rachunku bankowego E.C. Leditech Limited. Gdyby wykonawca uważał, że pierwotnie złożony przez niego dokument był właściwy i w sposób należyty wykazywałby spełnianie warunków udziału w postępowaniu, to nie składałby kolejnego dokumentu. Po raz drugi złożony dokument, co istotne, obejmował okres o około miesiąc wcześniejszy - nie był więc dokumentem obrazującym bardziej aktualny stan finansów.

Odwołujący zarzuca również Zamawiającemu brak zastosowania art. 22a ust. 6 Pzp. Zarzut ten jest całkowicie chybiony. W przypadku braku potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu art. 22a ust. 6 Pzp daje wykonawcy uprawnienie do zastąpienia podmiotu, na którego zasobach polega Wykonawca, innym podmiotem lub podmiotami lub możliwość zobowiązania się do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia, jeżeli wykaże wymaganą sytuację finansową. Wykonawca nie skorzystał z tego uprawnienia. Zamawiający w toku postępowania wzywał wykonawcę do złożenia oświadczeń i uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Obowiązkiem wykonawców uczestniczących w przetargu jest znajomość przepisów prawa dotyczących prowadzonego postępowania. Jak wyjaśnia opinia prawna Urzędu Zamówień Publicznych „Relacja art. 22a ust. 6 do art. 26 ust 3 ustawy Prawo zamówień publicznych” analizowany przepis art. 22a ust. 6 określa jedynie sposób wykonania obowiązku z art. 26 ust. 3 Pzp. Wykonawca wezwany w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia dokumentu podmiotu trzeciego, może, albo, dokonać stosownego uzupełnienia dokumentu dotyczącego podmiotu trzeciego zgłoszonego pierwotnie, albo, skorzystać z dyspozycji art. 22a ust 6 Pzp, tj. na okoliczność wezwania zmienić podmiot trzeci na inny lub samodzielnie spełnić warunek w zakresie udostępnianego zasobu. Nie jest to jednak instytucja nowa w systemie zamówień publicznych - możliwość zmiany podmiotu trzeciego na inny podmiot trzeci lub samodzielne wykazanie przez wykonawcę spełnienia warunku w zakresie objętym zasobem podmiotu

trzeciego istniała także przed nowelizacją Pzp. Przepis art. 22a ust. 6 Pzp nie dubluje zatem zasady dotyczącej uzupełniania dokumentów z art. 26 ust. 3 Pzp, nie ingeruje w nią i nie stanowi odrębnej regulacji względem tej zasady. Przepis art. 22a ust. 6 Pzp - nie stanowi zatem także o możliwości dalszego badania zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia ponad to na co przyzwala art. 26 ust. 3 Pzp (reguła jednokrotnego wezwania o dany dokument). Powyższa wykładnia znalazła również potwierdzenie w orzecznictwie KIO, np. wyrok KIO z 18.10.2017 r., KIO 2073/17; wyrok KIO z 11.04.2017 r., KIO 583/17. Biorąc to pod uwagę, Zamawiający nie był uprawniony do wystosowania do wykonawcy kolejnego wezwania.

Biorąc pod uwagę całość przytoczonej argumentacji zdaniem Zamawiającego Odwołujący został prawidłowo wykluczony z postępowania.

Izba ustaliła, że Odwołujący w odwołaniu prawidłowo przytoczył zapisy SIWZ oraz treść warunku i złożonych dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu istotne dla rozstrzygnięcia sprawy.

Biorąc pod uwagę zgromadzony materiał dowodowy Izba uznała, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Zamawiający oceniając spełnianie przez Odwołującego warunku udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji ekonomicznej lub finansowej czyli posiadania środków finansowych lub zdolności kredytowej w wysokości co najmniej 1 500 000 zł poddał ocenie dokumenty złożone przez Odwołującego na wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp w postaci wydruku z bankowości elektronicznej z rachunku w banku podmiotu trzeciego przedstawiającego operacje za okres 01/02/2018 do 0/02/2018 wraz z tłumaczeniem W tym zakresie Zamawiający uznał, że dokument ten nie potwierdza spełniania warunku, ponieważ samodzielnie wykonany wydruk przez wykonawcę z systemu obsługi bankowej nie jest dokumentem odpowiednim co do formy dopuszczonej przez Rozporządzenie o dokumentach (za wyrokiem KIO 2391/16 oraz KIO 2392/16). Ponadto, Zamawiający zauważył, że kwota wskazywana przez Odwołującego nie była saldem rachunku, gdyż tego samego dnia dokonano jeszcze kilku operacji bankowych. Zatem analiza tego dokumentu nie potwierdziła realnego dysponowania środkami finansowymi przez podmiot trzeci, na zasoby którego powoływał się Odwołujący.

Izba stwierdziła, że z oceną Zamawiającego nie można się zgodzić. Zgodnie z przepisami Rozporządzenia o dokumentach w celu potwierdzenia warunku możliwe jest złożenie informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, w okresie nie wcześniejszym niż 1 miesiąc przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Jeżeli zaś z uzasadnionej przyczyny wykonawca nie może złożyć wymaganych przez zamawiającego dokumentów, o których mowa w ust. 2 Rozporządzenia, zamawiający dopuszcza złożenie przez wykonawcę innych dokumentów, o których mowa w art. 26 ust. 2c ustawy Pzp, czyli innych dokumentów, które w wystarczający sposób potwierdzają spełnianie opisanego przez zamawiającego warunku udziału w postępowaniu lub kryterium selekcji.

Dostrzeżenia wymagało, że pojęcie „informacja banku”, jest szerszym pojęciem niż opinia czy zaświadczenie. Jednocześnie Zamawiający w SIWZ nigdzie nie ograniczył formy tej informacji. Nie ulega wątpliwości, że informacją taką może być zarówno zaświadczenie podpisane przez upoważnionego pracownika banku, jak i niewymagający podpisu dokument wygenerowany przez system bankowy. Złożone przez Odwołującego dokumenty stanowiły nic innego jak wydruki z systemu informatycznego banku zagranicznego, czego zresztą Zamawiający nie kwestionował. Na powyższe wskazywało logo banku, adresy strony internetowej bankowości elektronicznej, z których te wydruki wykonano, z wydruków wynikało do kogo dane konto bankowe należy oraz precyzyjnie określono okres, którego wydruk dotyczy istotny dla potwierdzenia spełnienia warunku. Z wydruków tych można było także z łatwością ustalić wysokość salda na kontach podmiotu udostępniającego zasoby oraz prześledzić historię operacji bankowych. W ocenie Izby informacja zaczerpnięta z systemu informatycznego banku w dalszym ciągu pozostaje informacją pochodzącą od banku i powinna być uwzględniona przy ocenie spełnienia warunku. Jest to niewątpliwie informacja określająca wysokość środków finansowych, którymi dysponuje i obraca dany podmiot. Dyskredytowanie informacji przedstawionej w takiej formie nie jest zasadne. Podzielono w tym zakresie analogiczne stanowisko przedstawione przez Izbę w wyroku z 15 maja 2013 r., sygn. akt KIO 942/13, wyroku z 4 października 2012 r., sygn. akt KIO 2009/12, wyroku z 30 maja 2016 r., sygn. akt KIO 795/16, wyroku z 1 marca 2018 r. sygn. akt 171/18.

Co do zaś wysokości salda, to zdaniem składu orzekającego Izby Zamawiający oceniając wiarygodność dokumentu wyciągnął zbyt daleko idące wnioski z prześledzenia historii operacji bankowych na rachunku, z czego wnioskował że udostępnienie określonego potencjału przez podmiot trzeci nie ma realnego charakteru. Wydaje się, że Zamawiający jednakowo traktuje i utożsamia ze sobą potwierdzenie spełnienia warunku udziału przez złożenie określonych dokumentów oraz badanie realności udzielonego przez podmiot trzeci zobowiązania do udostępnienia określonego potencjału. O ile potwierdzenie spełnienia warunku udziału następuje przez złożenie dokumentów z zamkniętego katalogu określonego przez przepisy wykonawcze do ustawy Pzp, o tyle w przypadku badania realności udostępnienia zasobów możliwości badania tego zakresu przez Zamawiającego są rozbudowane. W celu oceny, czy wykonawca polegając na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów na zasadach określonych w ustawie Pzp, 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 w szczególności określonych dokumentów. Zakres więc badania realności udostępnienia zasobów w zakresie dokumentów nie jest ograniczony przedmiotowo i uprawnienia Zamawiającego celem udowodnienia możliwości dysponowania potencjałem są szersze. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający skupił się na analizie formy złożonych dokumentów bankowych i ich ocenie, pomijając ocenę prawidłowości tych dokumentów w zestawieniu ze złożonym przez Odwołującego zobowiązaniem.

W ocenie Izby z przedstawionych wydruków bankowych wynikało, że podmiot trzeci dysponuje kwotami potwierdzającymi spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie określonej w SIWZ minimalnie zdolności ekonomicznej lub finansowej. Wystarczające zdaniem Izby było wskazanie sald otwarcia rachunku z danego dnia, które w przeliczeniu na polskie złote przewyższało kwotę 1 500 000 zł. Kwoty na rachunku wskazywały, że udzielenie pożyczki w wysokości wymaganej minimalnej zdolności finansowej określonej w SIWZ jest możliwe ze środków finansowych, którymi dysponuje podmiot trzeci.

Natomiast zupełnie inną kwestię stanowi ocena, czy Odwołujący w realny sposób może, czy też będzie mógł przy realizacji zamówienia z określonych zasobów finansowych podmiotu trzeciego korzystać. W ocenie Izby Zamawiający w żaden sposób tego aspektu złożonego przez Odwołującego zobowiązania nie kwestionował, chociaż w Informacji o wykluczeniu Zamawiający kilkakrotnie się do tego zagadnienia odwoływał wskazując na brak realności udostępnienia. Choć Zamawiający (oraz Izba) nie kwestionuje możliwości udostępnienia zasobów w formie pożyczki, to element ten nie pojawił się w wezwaniach do uzupełnienia dokumentów wystosowanych przez Zamawiającego. Dostrzeżenia w ocenie składu orzekającego Izby wymaga, że samo wskazanie wysokości kwoty na wydruku z rachunku bankowego podmiotu trzeciego nie jest wystarczające do udowodnienia, że wykonawca będzie mógł takimi środkami dysponować. Niewątpliwie środkami tymi dysponować może podmiot trzeci, natomiast nie sposób stwierdzić, czy, a jeżeli tak, to jaką kwotą środków finansowych dysponować może Odwołujący. Jednakże Zamawiający wzywając wykonawcę do uzupełnienia dokumentów, nie zaznaczał, że konieczne jest sprecyzowanie w oświadczeniu podmiotu trzeciego wysokości środków, która będzie znajdowała się w dyspozycji Odwołującego, choć doprecyzowano sposób, w jaki to nastąpi, mianowicie przez udzielenie pożyczki. Zamawiający kierując wezwania do Odwołującego skoncentrował się w dużej mierze na formie składanych dokumentów. O ile można zgodzić się z Zamawiającym, że historia rachunku pokazuje duże wahania bieżących środków finansowych na koncie podmiotu trzeciego, to już dalsza część wyводу z Informacji o wykluczeniu, że Odwołujący nie miałby zapewnionego wsparcia finansowego podmiotu trzeciego nie znajduje uzasadnienia w procesie badania i oceny oferty Odwołującego przeprowadzonym przez Zamawiającego. Ten bowiem kierując do Odwołującego wezwania w zakresie udostępnienia dokumentów skupił się na wysokości środków na rachunku i formie samego dokumentu, nie analizując głębiej zagadnienia realności udostępnienia zasobów. Z uwagi zatem na okoliczność, że realność udostępnienia nie była podstawą wykluczenia wykonawcy Odwołującego się z postępowania i nie była formalnie objęta treścią zarzutów odwołania, Izba w związku z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp nie mogła merytorycznie odnieść się do tej kwestii uznając jedynie, że w zakresie złożonych dokumentów bankowych poziom środków finansowych wymaganych warunkiem został osiągnięty.

Odnosnie drugiego z przedstawionych w wyniku uzupełnienia dokumentów - mianowicie wydruku sporządzonego w oddziale banku podmiotu trzeciego obejmującego transakcje za okres 07/01/2018 do 15/01/2018, który złożony został wraz z tłumaczeniem przysięgłym dotyczącym jedynie dnia 07-08/01/2018, to według Zamawiającego decyduje znaczenie miało do oceny poprawności tego dokumentu zastosowanie przelicznika walutowego z określonego dnia - to jest 11/04/2018. Choć kwestia ta pojawiła się także przy ocenie pierwszego dokumentu finansowego, to z uwagi na wysokość środków na rachunku nie miała ona decydującego znaczenia, bowiem zastosowanie którejkolwiek metody przeliczenia oznaczało przekroczenie progu minimalnego ustalonego dla warunku udziału.

Generalnie, ani SIWZ, ani inne dokumenty wytworzone przez Zamawiającego w postępowaniu nie określają zasad przeliczania wartości wyrażonych w innej walucie niż polski złoty. Wykonawcy w toku postępowania nie zadawali także pytań odnoszących się do tego zagadnienia.

Zamawiający dokonując oceny dokumentów zawierających wyczerpanie w walucie obcej uznał w przypadku Odwołującego, że właściwym będzie średni kurs waluty ze strony internetowej NBP określony na dzień 11/04/2018, czyli na dzień złożenia dokumentów przez Wykonawcę. Powyższe powiązał z aktualnością dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału na dzień złożenia oświadczeń i dokumentów. Zgodnie z opinią UZP, na którą powołał się Zamawiający, dokumenty aktualne, to takie, które oddają rzeczywistość w momencie ich złożenia, czyli potwierdzają okoliczności, co do których wykonawca złożył wstępne oświadczenia i które nadal w czasie teraźniejszym występują.

Działanie Zamawiającego Izba uznała za nieuprawnione i przede wszystkim godzące w zasadę równego traktowania wykonawców. W ocenie Izby data oceny elementów oferty wyrażonych w walutach obcych winna być ustalona dla wszystkich wykonawców w jednakowy sposób, tak by wartości te były oceniane na podstawie informacji z tego samego dnia, np. dnia ogłoszenia o zamówieniu, co stanowi częstą praktykę wśród zamawiających. Jedynie określenie z góry takiego momentu czasowego gwarantuje porównywalność ofert, gwarantując wykonawcom prawidłową ocenę, umożliwiając im przedstawienie takich informacji (w postaci oświadczeń lub dokumentów) w ofercie, które potwierdzą spełnienie warunków udziału. W innym wypadku, zamawiający, który może zastosować średni kurs danej waluty z bliżej nieokreślonego dnia z przyszłości, zawsze może twierdzić, że wykonawca powołuje się na okoliczności, które nie potwierdzają spełniania warunków udziału. Jeżeli zaś takich zasad przeliczeń nie ustalono, to należy zastosować metodę względniejszą dla wykonawcy. Słusznie zauważył Odwołujący, że jeżeli Zamawiający nie wskazał jednej daty do przeliczeń, to wykonawcy nie mieli w tym zakresie ograniczeń.

Ustalenie takiej zasady nie jest związane z aktualnością dokumentów, które mają potwierdzać oświadczenia wykonawców złożone w JEDZ. Jak już wspomniano, zasady takie gwarantują porównywalność ofert. Zamawiający nie ocenił spełniania warunków udziału na dzień 11/04/2018 roku, a jedynie wymagał złożenia aktualnych w tej dacie dokumentów potwierdzających oświadczenia znajdujące się w JEDZ. W tym przypadku „aktualny” nie znaczy oceniany na dzień wyznaczony na uzupełnienie dokumentów. „Aktualny” oznacza potwierdzający sytuację finansową opisaną w JEDZ, jednocześnie wystawiony nie wcześniej niż na jeden miesiąc przed upływem terminu składania ofert. Wykonawca może posługiwać się dokumentami, odzwierciedlającymi stan po terminie składania ofert, z tym zastrzeżeniem, że dokument pozostawać aktualny w zakresie określonej sytuacji danego wykonawcy. Oba przedstawione wyciągi z rachunku bankowego podmiotu trzeciego w tym znaczeniu aktualność posiadały. Natomiast z uwagi na niewyznaczenie zasad przeliczenia walut obcych należało do analizy danych w tych dokumentach się znajdujących przyjąć zasady

korzystniejsze dla wykonawcy.

Dla przykładu, zgodnie z ustawą z dnia z dnia 29 września 1994 r. o rachunkowości (tj. z dnia 30 stycznia 2018 r. Dz. U. z 2018 r. poz. 395) dowód księgowy opiewający na

waluty obce powinien zawierać przeliczenie ich wartości na walutę polską według kursu obowiązującego w dniu przeprowadzenia operacji gospodarczej.

W przypadku ustawy z dnia 26 lipca 1991 r. o podatku dochodowym od osób fizycznych (tj. z dnia 8 grudnia 2017 r. Dz. U. z 2018 r. poz. 200), na podstawie art. 11a ust. 1 do 3 przychody w walutach obcych przelicza się na złote według kursu średniego walut obcych ogłaszanego przez Narodowy Bank Polski z ostatniego dnia roboczego poprzedzającego dzień uzyskania przychodu. Koszty poniesione w walutach obcych przelicza się na złote według kursu średniego ogłaszanego przez Narodowy Bank Polski z ostatniego dnia roboczego poprzedzającego dzień poniesienia kosztu. Kwoty uprawniające do odliczenia od dochodu, podstawy obliczenia podatku lub obniżenia podatku, wydatki oraz podatek, wyrażone w walutach obcych przelicza się na złote według kursu średniego walut obcych ogłaszanego przez Narodowy Bank Polski z ostatniego dnia roboczego poprzedzającego dzień poniesienia wydatku lub zapłaty podatku.

Innymi słowy, zauważyć daje się reguła, gdzie przeliczenie walutowe powiązane jest z określonym zdarzeniem gospodarczym, którego dany element dokumentujący to zdarzenie dotyczy. Izba zgadza się ze stanowiskiem Odwołującego, że w przedmiotowej sprawie zastosowanie przeliczeń walutowych kursu ILS zbliżonych do daty wydruków z rachunku potwierdzać będzie spełnianie warunków udziału w postępowaniu, tak w przypadku wyciągu z 08/02/2018, jak też w przypadku 07/01/2018. Nie istniały powody, dla których za

prawidłową należało uznać strategię Zamawiającego oceny tych dokumentów na dzień 11/04/2018, kiedy to kurs ILS był niższy niż w dniu składania ofert.

Co do drugiego z wyciągów, Izba przywołuje argumentację znajdującą się w uzasadnieniu niniejszego orzeczenia, że wystarczającym do wykazania warunku udziału w postępowaniu było wskazanie sald rachunku z danego dnia, które w przeliczeniu na polskie złote przewyższało kwotę 1 500 000 zł. Oznacza to, że saldo z dnia 07/01/2018 w wysokości 1 513 735,94 ILS spełniało minimalne wymogi ustalone przez Zamawiającego.

Odwołujący wskazywał także, że obowiązkiem Zamawiającego było zastosowanie nowej regulacji prawnej art. 22a ust. 6 ustawy Pzp umożliwiającej wykonawcy składającemu ofertę zastąpienie podmiotu trzeciego niespełniającego warunków albo zobowiązanie się przez wykonawcę do osobistego wykonania zamówienia.

W tym zakresie Izba podziela stanowisko Zamawiającego, który w odpowiedzi na odwołanie słusznie zauważył, że zupełnie inny jest cel wprowadzenia danej regulacji prawnej. Przepis ten umożliwiać ma ochronę interesów wykonawcy pozostającego w błędzie co do potencjału podmiotu, na którym polega. Zatem nie dotyczy on sytuacji jak w przedmiotowym postępowaniu, bowiem doszłoby do promowania wykonawców, którzy posiłkują się potencjałem podmiotu trzeciego, którzy w momencie uznania, że razem z podmiotem trzecim nie spełniają pierwotnie wymagań Zamawiającego, mogliby w wyniku ponownego wezwania do uzupełnienia dokumentów wykazywać spełnianie warunków udziału w postępowaniu po terminie składania ofert w zmienionym kształcie, co prowadziłoby do niedozwolonej zmiany treści oferty. Prawdłowo wskazywał Zamawiający, że nadal aktualna jest reguła jednokrotnego wezwania do uzupełnienia dokumentów. Treść przepisu art. 22a ust. 6 ustawy Pzp nie stanowi odrębnej podstawy do kolejnego wezwania o uzupełnienie tego samego dokumentu. Przepis ten umożliwia wykonawcy w momencie otrzymania wezwania zmianę sposobu wykazania spełniania warunku przez powołanie się na inny podmiot trzeci lub samodzielne jego wykazanie.

Reasumując, odwołanie zasługiwało na uwzględnienie w zakresie naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp w zw. z § 2 ust. 2 pkt 3 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. W tym zakresie Izba nakazała unieważnienie wcześniejszych decyzji Zamawiającego i ponowienie procesu badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego, szczególnie w zakresie okoliczności wskazanych w uzasadnieniu niniejszego orzeczenia.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp w związku z § 3 pkt 2 i § 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 ze zmianami) - obciążając Zamawiającego tymi kosztami, na które złożył się wpis uiszczony przez Odwołującego oraz koszty zastępstwa procesowego na podstawie rachunków złożonych do zamknięcia rozprawy.

Przewodniczący: