

**WYROK**

z dnia 17 grudnia 2012 roku

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz**

**Protokolant: Paweł Nowosielski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 grudnia 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 listopada 2012 roku przez wykonawcę **UniControls a.s., Krenicka 2257, 100 00 Praha 10 Republika Czeska** w postępowaniu prowadzonym przez **"Przewozy Regionalne" Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Wileńskiej 14a, 03-414 Warszawa,**

przy udziale wykonawcy **Sesto Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi przy ulicy Wygodnej 23, 94-024 Łódź** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

**orzeka:**

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **UniControls a.s., Krenicka 2257, 100 00 Praha 10 Republika Czeska** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **UniControls a.s., Krenicka 2257, 100 00 Praha 10 Republika Czeska** tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od wykonawcy **UniControls a.s., Krenicka 2257, 100 00 Praha 10 Republika Czeska** na rzecz **"Przewozy Regionalne" Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Wileńskiej 14a, 03-414 Warszawa** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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 Warszawa-Praga.

**Przewodniczący:** .....

## UZASADNIENIE

Zamawiający "Przewozy Regionalne" Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Wileńskiej 14a, 03-414 Warszawa prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą *Dostawa liczników energii elektrycznej*. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 20 lipca 2012 roku pod numerem 2012/S 138-231201.

20 listopada 2012 roku Zamawiający ogłosił wynik postępowania informując, że do realizacji zamówienia wybrał wykonawcę Sesto Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi przy ulicy Wygodnej 23, 94-024 Łódź.

30 listopada 2012 roku Odwołujący, działając na podstawie art. 180 ust. 1 w zw. z art. 179 oraz art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawno zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zmianami; dalej „ustawa” lub „Pzp”), wniósł Odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegających na wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Sesto Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi przy ulicy Wygodnej 23, 94-024 Łódź (dalej: Sesto).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- art. 7 ust. 1 i 3 ustawy, poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji oraz wyboru wykonawcy niezgodnie z przepisami ustawy,
- art. 22 ust. 1 pkt. 4) ustawy, poprzez zaniechanie wykluczenia Sesto jako, że nie spełniał on warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej,
- art. 24 ust. 2 pkt 4) ustawy, poprzez zaniechanie wykluczenia Sesto jako, że nie wykazała ona spełnienia warunków udziału w postępowaniu, określonych w § 6 ust. 2 pkt. 4) SIWZ.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert, ze szczególnym uwzględnieniem art. 24 ust. 2 pkt. 4) ustawy,
- wykluczenie Sesto, ul. Wygodna 23, 94 - 024 Łódź,
- dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem art. 7 ust. 1 i 3 ustawy.

Odwołujący podniósł, że ma interes we wniesieniu odwołania, bowiem jego oferta została

sklasyfikowana na drugiej pozycji i wobec czynności Zamawiającego polegającej na wyborze wykonawcy podlegającego wykluczeniu tj. Sesto (sklasyfikowanej na pozycji pierwszej), Zamawiający pozbawił Odwołującego uzyskania zamówienia, wobec czego poniósł on szkodę.

Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty:

Odwołujący wskazał, że Zamawiający w § 6 ust. 2 pkt 4) SIWZ wymagał, żeby Wykonawca biorący udział w postępowaniu - zgodnie z art. 22 ust. 1 ustaw - musiał spełniać warunki dotyczące sytuacji ekonomicznej i finansowej tj. Wykonawca musi wykazać, że dysponuje środkami finansowymi lub posiadaniem zdolności kredytowej co najmniej w wysokości 1.5 mln zł (jeden milion pięćset tysięcy złotych). Dla potwierdzenia ww. warunku Wykonawca, zgodnie z § 7 ust. 2 pkt 3) SIWZ powinien przedłożyć informację banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, w którym Wykonawca posiada rachunek, potwierdzającą wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową Wykonawcy zgodnie z warunkiem określonym w § 6 ust. 2 pkt 4 — wystawiona nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert.

Wykonawca Sesto na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, określonego w § 6 ust. 2 pkt. 4) SIWZ, w swojej ofercie na stronie 43 przedstawił zaświadczenie Raiffeisen Bank Polska S.A. z dnia 21.08.2012 r., w którym m.in. czytamy: „Firma posiada zdolność kredytową do wysokości 1.500.000 PLN. Ostateczna kwota kredytu oraz warunki ubezpieczenia będą zawarte w umowie kredytowej na podstawie decyzji właściwego organu Banku”. Zamawiający wiedząc, że wartość zamówienia określona jest na kwotę 14 760 000,00 PLN ustalił bardzo niski poziom dysponowania środkami finansowymi lub posiadania zdolności kredytowej na kwotę co najmniej w wysokości 1,5 mln zł. Zatem absolutnym minimum wymagań dla Wykonawcy startującego w przetargu była kwota 1,5 mln złotych, na co wskazuje sformułowanie „co najmniej”. Z zaświadczenia Raiffeisen Bank Polska S.A. z dnia 21.08.2012 r wynika, że maksymalna zdolność kredytowa Sesto to kwota 1,5 mln złotych, na co wskazuje sformułowanie „do wysokości” jednakże po ww. sformułowaniu bank dopisał zastrzeżenie, że „Ostateczna kwota kredytu oraz warunki ubezpieczenia będą zawarte w umowie kredytowej na podstawie decyzji właściwego organu Banku”. Jeżeli zatem bank w ostateczności określi prawdziwą zdolność kredytową choćby tylko o 1 grosz niższą niż ta prognozowana, to Wykonawca nie spełni wymaganych przez Zamawiającego warunków. Zgodnie z art. 70 ust. 1 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. -

Prawo bankowe „Bank uzależnia przyznanie kredytu od zdolności kredytowej kredytobiorcy. Przez zdolność kredytową rozumie się zdolność do spłaty zaciąg nie tego kredytu wraz z odsetkami

w terminach określonych w umowie. Kredytobiorca jest obowiązany przedłożyć na żądanie banku dokumenty i informacje niezbędne do dokonania oceny tej zdolności” Bank w ww. zaświadczeniu dopisał, że „Opinię wydaje się na prośbę klienta celem wzięcia udziału w przetargu ”. Ponadto, jak wynika z § 2 ust. 4 Regulaminu kredytowego Raiffeisen Bank Polska S.A. z dnia 27.07.2012 r. „Pozytywna ocena zdolności kredytowej Wnioskodawcy nie zobowiązuje Banku do udzielenia Kredytu. Bank ma prawo odmówić udzielenia Kredytu bez podania przyczyn odmowy.”

Odwołujący stwierdził, że Bank wydając zaświadczenie: wydał zaświadczenie na prośbę klienta, nie badając czy będzie on zdolny do spłaty zaciągniętego kredytu, a co winien uczynić, Bank otrzymawszy prośbę od Sesto wystawił zaświadczenie do maksymalnej kwoty, którą żądał Zamawiający tj. 1 500 000,00 PLN, a więc do wymaganej przez Zamawiającego kwoty, a nie na tę kwotę, Bank doskonale znając sytuację finansową swojego klienta, zastrzegł w swoim zaświadczeniu, że „ostateczna kwota kredytu oraz warunki ubezpieczenia będą zawarte w umowie kredytowej na podstawie decyzji właściwego organu Banku”, zaświadczenie wydane przez bank, w świetle obowiązującego *Regulaminu kredytowego Raiffeisen Bank Polska S.A. z dnia 27.07.2012 r.* nie może zagwarantować Zamawiającemu, że znajduje się on w sytuacji finansowej, która umożliwia mu wykonanie zamówienia w sposób prawidłowy.

Odwołujący wskazał, że w oparciu o powyższe, można jednoznacznie stwierdzić, że zaświadczenie wystawione przez Raiffeisen Bank Polska S.A. nie jest zaświadczeniem określającym zdolność kredytowa Wykonawcy, a jedynie nic nie znaczącym zaświadczeniem banku wystawionym Klientowi niejako z uprzejmości (z którym relacje określił jako bardzo dobre), na potrzeby przetargu prowadzonego przez Zamawiającego i jako takie wyklucza Wykonawcę z ubiegania się o udzielenie zamówienia. Zaświadczenie stanowi jedynie pewien rodzaj „prognozy“ do wystawienia prawidłowego zaświadczenia o zdolności kredytowej, gdyż nie wynika z niego, na jaką kwotę Bank określa zdolność kredytową Wykonawcy (czego wymaga Zamawiający), a jedynie do jakiej kwoty jest ona możliwa.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron i uczestnika postępowania odwoławczego złożonych na rozprawie Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, nr 113 poz. 759 z późn. zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 30 listopada 2012 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy– *Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy* - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia a także stanowiska i oświadczenia Stron i uczestnika postępowania odwoławczego złożone ustnie do protokołu.

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, nr 113 poz. 759 z późn. zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), *Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.* Izba dokonawszy oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów biorąc pod uwagę stanowiska Stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego przedstawione na rozprawie stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, że w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) Zamawiający wymagał w § 6 pkt 2 ppkt4) : *Wykonawca biorący udział w postępowaniu — zgodnie z art. 22 ust. 1 ustaw - musi spełniać warunki dotyczące: (...) 4) sytuacji ekonomicznej i finansowej tj. Wykonawca musi wykazać, że dysponuje środkami finansowymi lub posiadaniem zdolności kredytowej co najmniej w wysokości 1.5 mln zł (jeden milion pięćset tysięcy złotych).* W § 7 pkt 2 ppkt 3) SIWZ Zamawiający wskazał, że w celu wykazania spełnienia

warunku wykonawca powinien złożyć *informację banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, w którym Wykonawca posiada rachunek, potwierdzająca wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową Wykonawcy zgodnie z warunkiem określonym w § 6 ust. 2 pkt 4 — wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert.* Wykonawca Sesto (strona 43 złożonej oferty) załączył do oferty Zaświadczenie wystawione przez Raiffeisen Bank w Łodzi 21 sierpnia 2012 roku.

Na wstępie Izba wskazuje, że Zamawiający prowadząc postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego ma na celu udzielenie zamówienia wykonawcy zdolnemu do realizacji tegoż zamówienia. Między innymi weryfikacji takiej dokonuje na podstawie złożonych przez wykonawcę wraz z ofertą dokumentów żądanych w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, których to ocena następuje w oparciu o ukształtowany i zamieszczony w Ogłoszeniu o zamówieniu oraz Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia opis sposobu dokonania oceny spełnienia warunków. Aby możliwe było skuteczne zweryfikowanie wykonawców wymagania im stawiane muszą być skonkretyzowane (porównaj: wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 7 lipca 2008 roku sygn. akt V Ca 984/08). Opis sposobu dokonania oceny spełnienia warunków musi być jednoznaczny, a dokumenty, jakimi ma wykazać się wykonawca muszą być konkretnie określone i wskazane (porównaj: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 października 2008 roku sygn. akt KIO/UZP 938/08).

Postanowienia w zakresie opisu sposobu dokonania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz wymaganych dokumentów potwierdzających warunki należy interpretować zgodnie z wykładnią gramatyczną. Tak więc wymagania, które określa Zamawiający *wynikają wprost z literalnego brzmienia ogłoszenia i SIWZ* (porównaj: wyrok Sadu Okręgowego w Warszawie z dnia 07 października 2008 roku sygn. akt XXIII Ga 446/08). Ocena spełnienia wymagań winna zostać dokonana w oparciu o literalne brzmienie ukształtowanych przez Zamawiającego wymagań, nie jest więc dopuszczona rozszerzająca, niewyartykułowana interpretacja opisu sposobu oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu oraz dokonana w oparciu o nią ocena spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Przenosząc powyższe na grunt analizowanej sprawy Zamawiający jednoznacznie wskazał, iż *Wykonawca musi wykazać, że dysponuje środkami finansowymi lub posiadaniem zdolności kredytowej co najmniej w wysokości 1.5 mln zł (jeden milion pięćset tysięcy złotych).* Wykonawca Sesto złożył dokument z którego treści wynika, że *posiada zdolność kredytową do wysokości 1 500 000,00 zł.* Informacja – zaświadczenie jakie złożył wykonawca Sesto Sp. z o.o. odpowiada wymagania jakie określa ustawa oraz rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 roku w sprawie rodzajów

*dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawców oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. nr 226 poz. 1817) (dalej: rozporządzenie). Na podstawie § 1 pkt 1 ppkt 9 rozporządzenia W celu wykazania spełnienia przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych, (...), których opis sposobu oceny spełnienia został dokonany w ogłoszeniu o zamówieniu, zaproszeniu do negocjacji lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w postępowaniach określonych w art. 26 ust 1 ustawy zamawiający żąda, a w postępowaniach określonych w art. 26 ust 2 ustawy zamawiający może żądać następujących dokumentów: (...) 9) informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo – kredytowej, w których wykonawca posiada rachunek, potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, wystawionej nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składani ofert. W ocenie Izby, czynność badania tego zaświadczenia dokonana przez Zamawiającego była prawidłowa i nie naruszała podnoszonych przez Odwołującego przepisów ustawy tj. art. 22 ust. 1 pkt 4) ustawy - o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki, dotyczące: (...) dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia oraz art. 24 ust.2 pkt 4 ustawy, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy: (...) nie wykazali spełnienia warunków udziału w postępowaniu.*

Z zaświadczenia wystawionego przez Raiffeisen Bank w Łodzi 21 sierpnia 2012 roku złożonego w ofercie przez Sesto wynika, że wykonawca ten posiada zdolność kredytową do wysokości 1 500 000,00 zł. tym samym wykazał, że spełnia warunek posiadania zdolności kredytowej w wysokości co najmniej 1 500 000,00 zł.

Podkreślenie wymaga zatem, że nie znajdują uzasadnienia argumenty zgłaszane przez Odwołującego, gdyż:

po pierwsze - z treści zaświadczenia wynika wprost, że wykonawca Sesto posiada zdolność kredytową na kwotę 1 500 000,00 zł a minimalna wymagana zdolność kredytowa określona przez Zamawiającego w SIWZ była na kwotę 1 500 000,00 zł, tym samym wykonawca potwierdził spełnienie warunku udziału w postępowaniu, zaznaczyć trzeba że, nie ma tu znaczenia potwierdzenie „bardziej lub mniej”, „mocniej lub słabiej” warunku udziału w postępowaniu, warunek udziału w postępowaniu się spełnia lub nie spełnia,

po drugie - przepis rozporządzenia upoważnia Zamawiającego jedynie do żądania „informacji z banku”, Zamawiający nie są upoważnieni do żądania innych dokumentów, w szczególności nie mogą żądać dokumentów, które stanowiłyby informację o przyznaniu kredytu w danej wysokości, promesy (porównaj: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej



z 25 stycznia 2011 roku sygn. akt KIO 70/11). Przepisy rozporządzenia nie odsyłają do art. 70 Prawa bankowego, dlatego też norma tam zawarta może mieć jedynie pomocnicze zastosowanie, zgodnie z orzeczeniem Sądu Okręgowego w Katowicach z 9 kwietnia 2009 roku sygn. akt XIX Ga 118/09 *nie można bowiem na gruncie omawianej problematyki przenieść pojęcia zdolności kredytowej, które zostało zawarte w art. 70 ust. 1 zd. 2 pr. ban. Zgodnie z tym przepisem przez zdolność kredytową rozumie się zdolność do spłaty zaciągniętego kredytu wraz z odsetkami w terminach określonych w ustawie. Chodzi więc tutaj o realną możliwość zwrotu pobranej kwoty kredytu powiększonej o należne bankowi odsetki. Polskie ustawodawstwo nie zna więc pojęcia ogólnej zdolności kredytowej.* Dodatkowo w orzeczeniu tym sąd uznał za poprawne złożenie zaświadczenia, które zawiera informację o tym, że wydaje się je w celu złożenia w przetargu - w rozpoznawanej sprawie w zaświadczeniu zawarto następującą informację *Opinię wydaje się na prośbę klienta celem wzięcia udziału w przetargu*, a także za poprawne uznał zawarcie zastrzeżenia, że ocena pełnej zdolności kredytowej zostanie dokonana po złożeniu niezbędnych do tego dokumentów - w rozpoznawanej sprawie w zaświadczeniu zawarto następującą informację *Ostateczna kwota kredytu oraz warunki zabezpieczenia będą zawarte w umowie kredytowej na podstawie decyzji właściwego organu Banku.* Tym samym należy stwierdzić, że bank wystawiając zaświadczenie, informuje o tym, że dany klient ma możliwość ubiegania się o kredyt w określonej wysokości albo posiada zdolność kredytową do określonej kwoty, jednakże nie jest to jednoznaczne z przyrzeczeniem przyznania kredytu w przyszłości. Powyżej wykazane stanowisko Izby znajduje szerokie odzwierciedlenie w doktrynie i orzecznictwie porównaj: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 11 lutego 2011 roku sygn. akt KIO 216/11, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 7 czerwca 2011 roku sygn. akt KIO 1110/11, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 24 października 2011 roku sygn. akt KIO 2214/11.

Na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy – *Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy.* Przepis ten nakłada na Strony postępowania obowiązek, który zarazem jest uprawnieniem Stron, wykazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne. Postępowanie przez Izbą stanowi postępowanie kontradyktoryjne, czyli sporne a z istoty tego postępowania wynika, iż spór toczą Strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne. Powołując w tym miejscu regulację art. 14 ustawy *do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny, jeżeli przepisy*

*ustawy nie stanowią inaczej* przechodząc do art. 6 Kodeksu cywilnego *ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne* należy wskazać, iż właśnie z tej zasady wynika reguła art. 190 ust 1 ustawy. Przepis art. 6 Kodeksu cywilnego wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne; *ei incubit probatio qui dicit non qui negat (na tym ciąży dowód kto twierdzi a nie na tym kto zaprzecza)*.

To na Odwołującym, który twierdził, że wykonawca Sesto Sp. z o.o. nie spełnił określonego w SIWZ warunku udziału w postępowaniu spoczywał obowiązek wykazania tego faktu. Odwołujący nie wykazał tego, nawet nie uprawdopodobnił, że wykonawca Sesto Sp. z o.o. nie posiada zdolności kredytowej co najmniej na kwotę 1 500 000,00 zł. a wręcz przeciwnie, w odwołaniu wskazał i nie kwestionował, że wystawione zaświadczenie o posiadaniu zdolności kredytowej do wysokości 1 500 000,00 zł spełnia wymaganie Zamawiającego posiadania zdolności na co najmniej 1 500 00,00 zł.

Podsumowując, wykonawcy biorący udział w postępowaniu, składający oferty mają prawo oczekiwać, że złożone w postępowaniu oferty zostaną ocenione zgodnie z wyartykułowanymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymaganiami oraz na podstawie ustawy w poszanowaniu zasad udzielania zamówień publicznych a Zamawiający wykona ciążące na nim ustawowe obowiązki, gwarantując tym samym zabezpieczenie interesów uczestników procesu udzielania zamówień publicznych. W świetle powyższego Izba ustaliła, iż działanie Zamawiającego było zgodne z obowiązującymi przepisami i nie naruszało zasad zamówień publicznych, w tym zasad równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji oraz zasady udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Zasada równego traktowania wykonawców, jak podniósł to Sąd Okręgowy w Bydgoszczy *oznacza jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania, bez stosowania przywilejów, ale także środków dyskryminujących wykonawców ze względu na ich właściwości. Jej przestrzeganie polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji, nie zaś na jednakowej ocenie wykonawców* (porównaj: postanowienie Sądu Okręgowego w Bydgoszczy z 17 marca 2008 roku sygn. akt VIII Ga 22/08). Zasada równego traktowania wykonawców wskazuje więc na obowiązek jednakowego traktowania wykonawców bez ulg i przywilejów zaś zasada zachowania uczciwej konkurencji związana jest z obowiązkami jakie nakłada ustawodawca na Zamawiającego w czasie przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w tym dokonania rzetelnej oceny ofert (porównaj: wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach z 22 kwietnia 2008 roku sygn. akt X Ga 25/08). Zasada udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie

z przepisami ustawy określona w art. 7 ust. 3, uwzględniając znaczenie powyżej przywołanych zasad oraz racjonalność przepisów, dotyczy zakazu dokonywania cesji praw lub przejęcia długów na rzecz podmiotów lub przez podmioty nieuczestniczące w postępowaniu o zamówienie publiczne. Tym samym Zamawiający, wywodząc to z zasady legalizmu działania Zmawiającego, zobowiązany jest do udzielenia zamówienia wykonawcy, który uczestniczył w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz został wybrany zgodnie z przepisami ustawy. W stanie faktycznym sprawy Zamawiający dokonał prawidłowej oceny zaświadczenia wystawionego przez Raiffeisen Bank w Łodzi 21 sierpnia 2012 roku a załączonego do oferty wykonawcy Sesto.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 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).

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

**Przewodniczący:** .....

