

Sygn. akt: KIO/UZP 1244/09

WYROK
z dnia 15 października 2009r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Sylwester Kuchnio

Członkowie: Magdalena Grabarczyk
Marek Koleśnikow

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 października 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **H. Cegielski - Fabryka Pojazdów Szynowych Sp. z o.o., 60-965 Poznań, ul. 28 czerwca 1956r. nr 223/229** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Tramwaje Szczecińskie Sp. z o.o., 71-241 Szczecin, ul. Klonowicka 5** protestu z dnia 3 sierpnia 2009 r.

przy udziale wykonawcy **PESA Bydgoszcz S.A., 85-082 Bydgoszcz, ul. Zygmunta Augusta 11** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje powtórzenie oceny ofert w postępowaniu z uwzględnieniem oferty odwołującego.

2. kosztami postępowania obciąża **Tramwaje Szczecińskie Sp. z o.o., 71-241 Szczecin, ul. Klonowicka 5**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 2 231 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące dwieście trzydzieści jeden złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **H. Cegielski - Fabryka Pojazdów Szynowych Sp. z o.o., 60-965 Poznań, ul. 28 czerwca 1956r. nr 223/229,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 5 830 zł 00 gr. (słownie: pięć tysięcy osiemset trzydzieści złotych zero groszy) przez **Tramwaje Szczecińskie Sp. z o.o., 71-241 Szczecin, ul. Klonowicka 5** na rzecz **H. Cegielski - Fabryka Pojazdów Szynowych Sp. z o.o., 60-965 Poznań, ul. 28 czerwca 1956r. nr 223/229** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać zwrotu kwoty 12 769 zł 00 gr (słownie: dwanaście tysięcy siedemset sześćdziesiąt dziewięć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **H. Cegielski - Fabryka Pojazdów Szynowych Sp. z o.o., 60-965 Poznań, ul. 28 czerwca 1956r. nr 223/229.**

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

STAN FAKTYCZNY

Zamawiający, Tramwaje Szczecińskie Sp. z o.o., prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę 6 sztuk fabrycznie nowych przegubowych, wielocłonowych, całkowicie niskopodłogowych tramwajów wraz ze specjalistycznym wyposażeniem obsługowym oraz pakietem naprawczym.

Szacunkową wartość zamówienia przekracza kwoty wskazane w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11. ust 8 Pzp.

W dniu 24.07.2009 r. zamawiający zawiadomił wykonawców biorących udział w postępowaniu o wyborze najkorzystniejszej oferty, za którą uznano ofertę Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. (PESA) z Bydgoszczy oraz wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp wykonawcy H. Cegielski - Fabryka Pojazdów Szynowych Spółka z o.o. (FPS) z Poznania, który złożył ofertę z najniższą ceną (kryterium w sytuacji niniejszego postępowania przesądzające o wyborze oferty). Jako podstawę faktyczną wykluczenia wykonawcy wskazano, iż wykonawca przedłożył opinię bankową, z której wynika jedynie, iż posiada zdolność kredytową do wysokości 26 mln. zł pod warunkiem finansowania ewentualnym kredytem kontraktu uzyskanego w ramach przedmiotowego postępowania. Według zamawiającego oznaczało to, iż w chwili składania ofert wykonawca nie udokumentował spełniania warunku udziału w postępowaniu sformułowanego w pkt. V.2.8 siwz – wymagana informacja z banku lub SKOK, w których wykonawca posiada rachunek bankowy, potwierdzające wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolności kredytowej wykonawcy (jednoznaczny zapis o wysokości środków, jakimi rzeczywiście dysponuje wykonawca w ramach linii kredytowej), w wysokości co najmniej 25 mln zł. – ani nie uzupełnił powyższego na wezwanie skierowane do niego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp.

PROTEST

W dniu 03.08.2009 r. H. Cegielski - Fabryka Pojazdów Szynowych Spółka z o.o. wniosła protest wobec ww. czynności zamawiającego.

Protestujący zarzucił zamawiającemu:

1. naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy poprzez jego wykluczenie z postępowania, pomimo złożenia przez protestującego dokumentów, które potwierdzały spełnienie przez FPS warunku udziału w Postępowaniu, sformułowanego w rozdziale V. punkcie 1. podpunkcie 5) lit. b) tiret pierwszy specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz): „o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają następujące warunki dodatkowe: (...) znajdują się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia: (...) posiadają środki finansowe lub zdolność kredytową w wysokości nie niższej niż 25 000 000 PLN (...)”;
2. naruszenie § 1 ust. 3 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 87, poz. 605, z późn. zm.); zwanego dalej "rozporządzeniem", w rozdziale V. punkcie 2. podpunkcie 8) specyfikacji istotnych warunków zamówienia zażądał bowiem

przedłożenia dokumentu mającego potwierdzić "wysokość środków, jakimi rzeczywiście dysponuje wykonawca w ramach linii kredytowej", żądanie takie było natomiast nieuzasadnione w świetle ww. przepisu rozporządzenia;

3. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp poprzez odrzucenie oferty protestującego, przepis ten bowiem upoważnia zamawiającego do odrzucenia oferty wykonawcy, który ofertę złożył pomimo wcześniejszego wykluczenia go z postępowania o udzielenie zamówienia, tymczasem składając swą ofertę Protestujący nie był wykluczony z Postępowania (nie posiadał też wiedzy, że nastąpi to później);
4. naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy poprzez dokonanie wyboru oferty PESA jako oferty najkorzystniejszej pomimo bezprawnego wykluczenia protestującego, tj. oferta protestującego powinna zostać dopuszczona do oceny oraz zgodnie z kryteriami oceny ofert sformułowanymi w siwz powinna zostać uznana za najkorzystniejszą.

W związku z powyższym protestujący zażądał:

- a) unieważnienia czynności Tramwajów Szczecińskich polegającej na wykluczeniu (i odrzuceniu) FPS z Postępowania;
- b) unieważnienia czynności zamawiającego polegającej na wyborze oferty PESA jako oferty najkorzystniejszej;
- c) powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz dokonania wyboru oferty FPS jako oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu protestu podniesiono m.in.:

„[...]

Po złożeniu przez FPS oferty w Postępowaniu, w jego toku, Zamawiający wystosował do Protestującego wezwanie z dnia 6 lipca 2009 r. do złożenia, dokumentu w postaci "informacji z banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, w których wykonawca posiada rachunek bankowy, potwierdzającą wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy (jednoznaczny zapis o wysokości środków, jakimi rzeczywiście dysponuje wykonawca w ramach linii kredytowej), w wysokości co najmniej 25.000.000,00 PLN wystawioną nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert".

W odpowiedzi na powyższe wezwanie w piśmie z dnia 8 lipca 2009r. FPS oświadczył, że wobec przedłożenia przez Protestującego opinii bankowej z dnia 18 czerwca 2009 r., wydanej przez BRE BANK S.A. Oddział Korporacyjny Poznań (znak: BRE/OP/K2/TK/453/2009), wezwanie Tramwajów Szczecińskich jest bezprzedmiotowe. Powyższe Protestujący uzasadnił tym, że z powyższej opinii bankowej jednoznacznie wynika, że FPS "na dzień wystawienia tej opinii posiada zdolność kredytową do kwoty

26.000.000 PLN', a zatem stawiany Protestującemu warunek udziału w Postępowaniu, ujęty w rozdziale V. punkcie I podpunkcie

5) lit. b) tiret pierwszy specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej jako: "SIWZ") został spełniony.

W dniu 24 lipca 2009 r., po dokonaniu oceny ofert, Zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze oferty PESA jako najkorzystniejszej oferty oraz o wykluczeniu FPS z Postępowania, na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Uzasadniając wykluczenie Protestującego Tramwaje Szczecińskie wskazały, że FPS nie udokumentował spełnienia warunku udziału w Postępowaniu, wynikającego z rozdziału V. punktu 1. podpunktu 5) lit. b) tiret SIWZ.

Rozstrzygnięcie Zamawiającego jest bezpodstawne i istotnie narusza szereg przepisów Prawa zamówień publicznych.

II.

W uzasadnieniu zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, wskazanego w punkcie 1.1. petitum niniejszego protestu, a dotyczącego bezprawnego wykluczenia Protestującego z Postępowania, FPS podaje:

Zastosowany przez Zamawiającego błędnie, jak twierdzimy, przepis art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp stanowi, iż:

„2 postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy (...) nie złożyli oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub dokumentów potwierdzających spełnianie tych warunków lub złożone dokumenty zawierają błędy, z zastrzeżeniem art. 26 ust. 3”.

W świetle brzmienia wyżej powołanego przepisu niewątpliwym jest, iż nie uzasadnia wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia przedłożenie przez niego takich dokumentów, które potwierdzają spełnienie warunków udziału w postępowaniu, postawionych przez zamawiającego w SIWZ.

W tym miejscu podkreślić należy, że Tramwaje Szczecińskie w żadnym miejscu w SIWZ nie sformułowały warunku udziału w Postępowaniu, w postaci konieczności posiadania przez wykonawców otwartej linii kredytowej wraz ze wskazaniem środków jakimi rzeczywiście wykonawcy dysponują w ramach takiej linii. Jednocześnie należy wyraźnie podkreślić, iż pojęcie posiadania zdolności kredytowej w żadnym zakresie nie jest tożsame z pojęciem posiadania linii kredytowej, tak więc za całkowicie niezrozumiałe i niewłaściwe należy uznać wykluczenie FPS z Postępowania ze względu na brak przedstawienia dokumentu, z którego wynikać będzie jakimi rzeczywiście środkami Protestujący dysponuje w ramach linii kredytowej, przy jednoczesnym stawianiu warunku udziału w Postępowaniu w postaci tylko posiadania określonej zdolności kredytowej. Wskazać trzeba, że wymaganie przedłożenia dokumentu potwierdzającego posiadanie przez wykonawcę otwartej linii kredytowej z

odpowiednim limitem środków, uzasadnione byłoby jedynie w przypadku zamieszczenia w SIWZ stosownego warunku dodatkowego udziału w postępowaniu, czego jednak Zamawiający nie uczynił.

Wbrew powyższemu Zamawiający doszedł do wniosku, że Protestujący nie potwierdził, iż posiada środki finansowe lub zdolność kredytową w wysokości co najmniej 25.000.000 PLN, wskazując przy tym, iż wniosek taki płynie z fragmentu przedłożonej przez FPS opinii bankowej z dnia 18 czerwca 2009 r., w której bank stwierdził, iż "Spółka na dzień wystawienia niniejszej opinii posiada zdolność kredytową do kwoty 26 000 000,-PLN, pod warunkiem finansowania ewentualnym kredytem kontraktu uzyskanego w ramach ogłoszonego przetargu, którego realizacja stanowiłaby źródło spłaty kredytu". FPS w żaden sposób nie może zgodzić się z takim stanowiskiem Zamawiającego. Z przedłożonej opinii banku wynikało bowiem jednoznacznie, iż na dzień jej wystawienia tj. na dzień 18 czerwca 2009 r. Protestujący posiadał zdolność kredytową w wysokości wymaganej przez Zamawiającego tj. w wysokości nie niższej niż 25.000.000 PLN. Fakt zastrzeżenia przez bank dodatkowych warunków od jakich uzależnia przyznanie ewentualnego kredytu w ramach wskazanej w opinii zdolności kredytowej, nie ma przy tym żadnego znaczenia, albowiem dla oceny spełnienia warunku udziału w Postępowaniu określonego w rozdziale V. punkcie 1. podpunkcie 5) lit. b) tiret pierwszy SIWZ, rozstrzygające jest zawarte w opinii bankowej stwierdzenie o posiadaniu zdolności kredytowej do kwoty 26.000.000 PLN.

Mając powyższe na uwadze, należy wyraźnie podkreślić, iż przedłożona przez FPS opinia bankowa z dnia 18 czerwca 2009 r. spełniała stawiane przez Zamawiającego wymagania odnośnie posiadania odpowiedniej zdolności kredytowej, będąc zatem w pełni wystarczająca na użytek Postępowania. W tej sytuacji uznanie przez Zamawiającego, że dokumenty złożone przez FPS nie potwierdzają spełnienia opisanego wcześniej warunku udziału w Postępowaniu jest całkowicie niezasadne.

Protestujący pragnie dodatkowo podkreślić, iż żądanie przez Zamawiającego doręczenia dokumentów, z których wynikać będzie, iż FPS ma zawartą umowę kredytową, bo właśnie do tego sprowadzała się żądanie posiadania otwartej linii kredytowej o odpowiedniej wysokości środków, było zbyt wygórowane i absolutnie zbędne dla celów Postępowania. Żądając od wykonawców informacji o zdolności kredytowej, co uczynił w Postępowaniu Zamawiający (vide: Rozdział V. punkt 1. podpunkt 5) lit. b) tiret pierwszy SIWZ), ma na celu uzyskanie przez niego wiarygodnych informacji o możliwości uzyskania kredytu przez wykonawcę, co w żadnym razie nie może być utożsamiane z posiadaniem otwartej linii kredytowej. Należy przy tym wskazać, iż przepis art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp nie wymaga od wykonawców fizycznego posiadania konkretnych środków finansowych. Jak słusznie zauważył skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej w uzasadnieniu do wyroku z dnia 12 lutego 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 131/09): "Od wykonawców wymaga się dysponowania

takim potencjałem finansowym, który potencjalnie umożliwiłby mu i uprawdopodobniał wykonanie danego zamówienia". Jak wskazano w dalszej części ww. wyroku: "W przypadku realizacji zamówienia publicznego wybrany wykonawca nie jest bowiem zobowiązany do uzyskania kredytu i nie musi danej inwestycji finansować z takich źródeł. Jego możliwości finansowe bada się pod kątem potencjalnej możliwości wykonania zamówienia, którą można ustalić również na podstawie wstępnej oceny zdolności wykonawcy, dokonanej przez bank, która potwierdza możliwość spłaty kredytu o określonej wysokości. Samo uzyskanie tego kredytu związane z koniecznością wypełniania dodatkowych wymogów przez wykonawcę w stosunku do banku (złożenia formalnego wniosku o udzielenie kredytu, czy też innych, wymaganych dokumentów, które są podstawą pełnej oceny zdolności do spłaty kredytu przez tego wykonawcę) nie ma znaczenia dla oceny potencjału finansowego wykonawcy, badanego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego".

W świetle powyższego należy wyraźnie podkreślić, iż kwestionowany przez Zamawiającego zapis opinii bankowej z dnia 18 czerwca 2009 r., w żadnym zakresie nie umniejsza potencjalnej zdolności kredytowej Protestującego, który w przypadku uzyskania zamówienia będzie w stanie, o ile oczywiście zajdzie taka konieczność, uzyskać kredyt w odpowiedniej wysokości, tak aby zapewnić należyte wykonanie zamówienia. Fakt, że bank stawia warunek finansowania ewentualnym kredytem uzyskanego zamówienia, stanowi przy tym dla Zamawiającego dodatkową gwarancję, iż uzyskane przez FPS w ramach kredytu środki finansowe będą musiały być przeznaczone na realizację zamówienia, a nie na inny niezwiązany z tym cel. Wobec tego kwestionowanie tego zapisu jest niezrozumiałe. Również bez znaczenia dla Zamawiającego jest fakt, iż bank zakłada, iż ewentualny kredyt spłacany będzie środkami uzyskanymi przez Protestującego od Zamawiającego z tytułu zapłaty za wykonanie przedmiotu zamówienia. Jest bowiem oczywistym, iż FPS w przypadku konieczności zaciągnięcia kredytu, w związku z uzyskaniem zamówienia, będzie musiał go spłacać, do czego prawdopodobnie posłużą mu również środki finansowe uzyskane od Zamawiającego. Niewykluczone jest przy tym, co należy uznać za powszechną praktykę banków przy finansowaniu dużych przedsięwzięć gospodarczych, iż jedną z form zabezpieczenia udzielonego Protestującemu kredytu, będzie cesja na bank wierzytelności przysługującej FPS (z tytułu wynagrodzenia za zrealizowanie zamówienia) w stosunku do Zamawiającego. Przy tym, taki powszechnie stosowany przez banki sposób zabezpieczenia udzielonego kredytu, w żaden sposób nie wpłynie negatywnie na interesy Zamawiającego, który po prostu, w przypadku zaistnienia takiej konieczności, należne Protestującemu wynagrodzenie z tytułu wykonania zamówienia, będzie wpłacać bezpośrednio do banku, a nie do FPS.

III.

Uzasadniając zarzut naruszenia przez Zamawiającego § 1 ust. 3 pkt 2 rozporządzenia, wskazany w punkcie 1.2. petitum niniejszego protestu, podnieść należy, iż:

Zamawiający naruszył § 1 ust. 3 pkt 2 rozporządzenia zażądał bowiem w SIWZ przedłożenia dokumentu mającego potwierdzić "wysokość środków, jakimi rzeczywiście dysponuje wykonawca w ramach linii kredytowej", żądanie takie było natomiast nieuzasadnione w świetle powołanego wyżej przepisu rozporządzenia, który to przepis wskazuje, iż:

"W celu potwierdzenia opisanego przez zamawiającego warunku znajdowania się przez wykonawcę w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia, zamawiający może żądać następujących dokumentów: (...) 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 składania ofert;"

Szczególnego podkreślenia w tym miejscu wymaga, że zażądanie Zamawiającego (do przedłożenia przedmiotowego dokumentu) wykraczało ponadto to, czego Tramwaje Szczecińskie mogły domagać się od wykonawcy zgodnie z normą § 1 ust. 3 pkt 2 rozporządzenia.

IV.

Uzasadniając zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, wskazany w punkcie 1.3. petitum niniejszego protestu, odnoszący się do błędnego odrzucenia oferty Protestującego, podnieść należy, iż:

Protestujący podnosi, że Zamawiający wskutek błędnego rozumienia normy art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, zgodnie z którą ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą, w konsekwencji niewłaściwie zastosował przepis art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp i odrzucił ofertę FPS, zamiast uznać ją za odrzuconą. W uzasadnieniu powyższego wskazać należy, że pomimo pozornego podobieństwa przepisy art. 24 ust. 4 i art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp dotyczą zupełnie innych sytuacji. Norma z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp dotyczy w szczególności ofert, które zostały złożone przez wykonawców w postępowaniach jednoetapowych (przetarg nieograniczony, zapytanie o cenę, zamówienie z wolnej ręki), którzy składając ofertę nie mieli wiedzy, że zostaną wykluczeni z postępowania. Zastosowany przez niewłaściwie przez Zamawiającego przepis art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp odnosi się natomiast do ofert złożonych przez wykonawców, którzy zostali we wcześniejszej części postępowania poinformowani o wykluczeniu (np. na podstawie oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu), a mimo to złożyli oferty albo też złożyli oferty, pomimo, że nie zostali zaproszeni do ich składania.

Niezależnie od powyższego Protestujący podnosi, że odrzucenie jego oferty jest wadliwie o tyle, iż bezprawny charakter miało samo wykluczenie FPS z Postępowania (którym Zamawiający uzasadnia odrzucenie oferty Protestującego).

V.

Zarzut bezprawnego wyboru oferty PESA jako oferty najkorzystniejszej, wynikający z punktu 1.4.petitum niniejszego protestu, jest uzasadniony z następujących przyczyn:

FPS podnosi, iż skoro w świetle zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, popartego wcześniej przedstawioną argumentacją, czynności wyboru oferty PESA jako oferty najkorzystniejszej Zamawiający dokonał bezprawnie, Tramwaje Szczecińskie miały obowiązek wybrać ofertę Protestującego jako ofertę najkorzystniejszą, przemawiały bowiem za tym kryteria oceny ofert określone przez Zamawiającego w SIWZ. Postępując wbrew wyraźnym zapisom SIWZ w powyższym względzie Zamawiający naruszył art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

[...]"

ROZSTRZYGNIĘCIE PROTESTU

W dniu 11.08.2009 r. zamawiający ww. protest w całości oddalił.

W uzasadnieniu rozstrzygnięcia protestu podniesiono m.in.:

„[...]

Zamawiający nie podziela stanowiska Protestującego, iż przedłożona przez niego informacja z banku potwierdza spełnienie warunku udziału w postępowaniu sformułowanego w Rozdziale V pkt 1 ppkt S) lit. b) tiret pierwsze specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Jak wynika z treści Opinii bankowej z dnia 18 czerwca 2009 r. wystawionej przez BRE Bank S.A. z siedzibą w Warszawie Oddział Korporacyjny w Poznaniu, Protestujący posiada zdolność kredytową do kwoty 26.000.000 zł po warunkiem finansowania ewentualnym kredytem kontraktu uzyskanego w ramach ogłoszonego przetargu, którego realizacja stanowiłaby źródło spłaty kredytu.

(2)

Określona w specyfikacji istotnych warunków zamówienia zdolność kredytowa wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego stanowi przejaw znajdowania się w sytuacji finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia (vide: art. 22 ust. 1 pkt 3 PZP). Warunek udziału w postępowaniu, w tym warunek opisany w art. 22 ust. 1 pkt 3 PZP, stanowi

wymóg podmiotowy, warunkujący ocenę oferty wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia. Niespełnienie warunku udziału w postępowaniu (lub niezłożenie dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu) stanowi podstawę wykluczenia wykonawcy z postępowania, zaś oferta wykonawcy wykluczonego traktowana jest jak odrzucona (art. 24 ust. 4 PZP). Tym samym wykonawca nie spełniający warunku udziału w postępowaniu, w świetle postanowień PZP, nie może uzyskać zamówienia publicznego. Powyższe oznacza, iż ocena warunku udziału w postępowaniu może odnosić się wyłącznie do zdarzeń poprzedzających dzień składania ofert lub dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Nie jest możliwe uwzględnienie w takiej ocenie zdarzeń przyszłych i niepewnych.

W przypadku informacji z banku przedłożonej przez Protestującego, bank wystawiający przedmiotową informację jednoznacznie wskazał, iż warunkuje zdolność kredytową Protestującego uzyskaniem zamówienia, o które dopiero ubiega się Protestujący. W informacji tej BRE Bank S.A. wskazuje bowiem, iż źródłem spłaty kredytu byłaby umowa w sprawie zamówienia publicznego, o które ubiega się Protestujący.

Tym samym przedmiotowa informacja z banku wskazuje na zdolność kredytową nie w okresie podlegającym ocenie w świetle postanowień § 1 ust. 3 pkt 2) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 87, poz. 60S z późno zm.). Wskazany przepis stanowi bowiem jednoznacznie, iż w celu potwierdzenia opisanego przez zamawiającego warunku znajdowania się przez wykonawcę w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia, zamawiający może żądać 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 składania ofert.

Informacja z banku przedłożona przez Protestującego odnosi się do jego zdolności kredytowej, jednakże po ewentualnym uzyskaniu przez Protestującego zamówienia, a nie w okresie poprzedzającym termin składania ofert. Bank jednoznacznie wyjaśnia bowiem, iż warunkuje wymaganą zdolność kredytową pozyskaniem zamówienia (dosł. "kontraktu"), którego realizacja stanowiłaby źródło spłaty kredytu. Takie sformułowanie informacji z banku uniemożliwia, w odniesieniu do Protestującego, weryfikację jego zdolności kredytowej jako przejawu warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w art. 22 ust. 1 pkt 3 PZP. Skoro bowiem spełnienie warunku udziału w postępowaniu jest warunkiem sine qua non dopuszczenia oferty wykonawcy do czynności wyboru i oceny ofert, to nie można przy

ocenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu honorować informacji z banku, która ocenę zdolności kredytowej uzależnia od uzyskania tegoż zamówienia.

(3)

Pojęcie zdolności kredytowej zostało zdefiniowane w przepisach ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. -Prawo bankowe (Dz. U. z 2002 r. Nr 72, poz. 665 z późno zm. dalej: „Pr, Bank.”). Zgodnie z art. 70 ust. 1 zd. 2 Pr. Bank. przez zdolność kredytową rozumie się zdolność do spłaty zaciągniętego kredytu wraz z odsetkami w terminach określonych w umowie. Na konieczność rozumienia pojęcia zdolności kredytowej, o którym mowa w przepisach o zamówieniach publicznych przez pryzmat Pr. Bank. wskazuje orzecznictwo Zespołów Arbitrów przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych. W wyroku z dnia 30 stycznia 2007 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-88/07) Zespół Arbitrów wskazał: "Skoro ustawa -Prawo zamówień publicznych nie definiuje pojęcia "zdolności kredytowej", należy odwołać się do jego definicji zawartej w art. 70 ust. 1 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 roku -Prawo bankowe".

Mając na uwadze normatywne znaczenie pojęcia zdolności kredytowej nie można podzielić twierdzeń zawartych w proteście, jakoby informacja z banku przedłożona przez Protestującego potwierdzała zdolność kredytową w kwocie wymaganej w postanowieniach specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Pomijając fakt, iż Protestujący cytuje jedynie wyrwany z kontekstu fragment przedmiotowej opinii nie dostrzegając całokształtu treści przedłożonej informacji z banku, to Protestujący nie dostrzega faktu, iż informacja ta w sposób jednoznaczny warunkuje zdolność kredytową Protestującego od uzyskania zamówienia. Nie chodzi zatem, jak stara się zasugerować w proteście Protestujący, iż Zamawiający dokonał wykluczenia Protestującego z uwagi na wskazanie w informacji bankowej dodatkowych warunków przyznania kredytu. Zamawiającemu jest znane orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej w tym zakresie i w pełni je szanuje. W przypadku jednak przedłożonej przez Protestującego informacji z banku bank nie tylko określił warunki przyznania kredytu, ale także warunki przyznania zdolności kredytowej.

(4)

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego to wykonawca zobowiązany jest przedstawiać dokumenty wymagane na potwierdzenie spełnienia warunków. Informacja z banku przedłożona przez Protestującego nie potwierdza warunku udziału w postępowaniu. Jak wskazuje orzecznictwo w spawach zamówień publicznych, "Spełnienia warunku określonego w SIWZ w zakresie posiadania środków lub posiadania zdolności kredytowej nie można domniemywać. Dokumenty na potwierdzenie tych faktów winny być jednoznaczne i niebudzące żadnych wątpliwości" (tak Zespół Arbitrów w wyroku z dnia 24 kwietnia 2007 r. sygn. akt UZP/ZO/0-448/07)

[...]"

ODWOŁANIE

W dniu 20.08.2009 r. H. Cegielski - Fabryka Pojazdów Szynowych Sp. z o.o. wniosła odwołanie od ww. rozstrzygnięcia protestu.

Odwołujący powtórzył i podtrzymał wszystkie zarzuty oraz żądania, a także argumentację na ich poparcie sformułowane w proteście.

W uzasadnieniu odwołania podniesiono m.in.:

„[...]

Jednym z warunków udziału w Postępowaniu stawianych przez Zamawiającego jest konieczność spełnienia przez Wykonawcę przesłanki pozostawania w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia (przesłanka z art. 22 ust. 1 pkt 3 Ustawy Pzp), którą Zamawiający doprecyzował m.in. w ten sposób, iż wymagał od wykonawcy posiadania środków finansowych lub zdolności kredytowej w wysokości nie niższej niż 25 000 000 PLN.

Jak zatem należy rozumieć pojęcie zdolności kredytowej? Zdolność kredytowa to termin doskonale znany w działalności bankowej. Dlatego też, Ustawa pzp nie reguluje przedmiotowej materii. Wobec powyższego, aby zrozumieć właściwy sens i zakres tego pojęcia należy odwołać się do wypracowanych poglądów i orzecznictwa funkcjonującego na gruncie ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. -Prawo bankowe (Dz. U. z 2002 r. Nr 72, poz. 665 z późno zm., zwana dalej "Pr. bank."). Zgodnie z treścią art. 70 ust. 1 tejże ustawy, przez zdolność kredytową rozumie się zdolność do spłaty zaciągniętego kredytu wraz z odsetkami w terminach określonych w umowie. Dla służb kredytowych posługiwanie się pojęciem zdolności kredytowej to niemal codzienność, gdyż badaniu zdolności kredytowej i jej ocenie

poświęca się w procedurze kredytowania sporo uwagi. Wynika to z faktu, że jest ona ustawowym i obligatoryjnym warunkiem, od którego przepisy Prawa bankowego uzależniają przyznanie kredytu. Od tak rozumianej zdolności kredytowej bank uzależnia przyznanie kredytu, ale aby było możliwe dokonanie jej oceny, na kredytobiorcy spoczywa powinność jej udokumentowania. Kredytobiorca jest bowiem zobowiązany przedłożyć na żądanie banku niezbędne dokumenty i informacje dla oceny jego zdolności kredytowej. Musi on również umożliwić bankowi podejmowanie czynności związanych z oceną jego sytuacji finansowej i gospodarczej oraz kontrolę wykorzystania i spłaty kredytu.

W polskim systemie bankowym nie ma jednolitej, uniwersalnej metodyki badania zdolności kredytowej, która znajdowałaby uznanie ogółu banków. Na ogół każdy bank wypracowuje swoją technikę właściwą do uwarunkowań, w jakich funkcjonuje. Jak jednak podkreśla się w piśmiennictwie, zdolność kredytowa zależy od wielu czynników, które powinny być uwzględniane przy jej ocenie. Warto tu choćby wymienić:

- płynność finansową,
- jakość gospodarowania środkami produkcji,
- sposób wykorzystywania akumulacji,
- dynamikę produkcji,
- poziom kosztów,
- wydajność pracy,
- warunki zbytu towarów i usług,
- przewidywany poziom dochodów własnych.

Niemniej jednak zdolność kredytowa jest pojęciem bardziej złożonym. W orzecznictwie Sądu Najwyższego uznaje się ją bowiem za stan abstrakcyjny, który może dotyczyć tylko konkretnej osoby i określonego stanu faktycznego. Może zostać stwierdzona, mimo braku niektórych elementów w konkretnym stanie faktycznym zwykle podlegających rozważeniu w podobnych sytuacjach życia gospodarczego oraz przeciwnie, mimo legitymowania się przez podmiot ubiegający się o kredyt wieloma czynnikami z natury rzeczy zdolnymi wpływać pozytywnie na efektywność gospodarczą i finansową -może nie zostać stwierdzona. Zdolność kredytowa wyraża charakterystykę kredytobiorcy według oceny banku, który ma w tym zakresie wyłączność i pełną swobodę. Badanie zdolności kredytowej kredytobiorcy, kryteria, metoda i aspekt czasowy takiego badania (przed lub po zawarciu umowy kredytowej) jest suwerennym uprawnieniem instytucji kredytowej. Podobnie również M. Zdebel: "Brzmienie przepisu art. 70 ustawy [Prawo bankowej przesądza o tym, że banki posiadają pełną swobodę decyzji przy ustalaniu zdolności kredytowej". Nie jest więc zdolność kredytowa ani zespołem składników rzeczowych, ani prawem. Jest jedynie cechą

kredytobiorcy nadaną przez bank po dokonaniu oceny według różnych kryteriów nie dających się zobiektywizować.

Mając na względzie ustawową definicję zdolności kredytowej, można przyjąć, że składa się na nią stan majątkowy podmiotu ubiegającego się o kredyt oraz bieżąca i przewidywana w przyszłości efektywność gospodarowania, gwarantująca terminowy zwrot kredytu i zapłatę odsetek. Zdolność kredytową posiadają te podmioty, których stan majątkowy oraz poziom efektywności finansowej prowadzonej działalności gospodarczej (przewidywany poziom dochodów własnych) stwarzają pełne zabezpieczenie wykonania zobowiązań nie tylko wobec banku, ale wobec wszystkich wierzycieli. Znamienny w tym względzie niech będzie wyrok SN z dnia 18 czerwca 1997r., Sygn. II CKN 207/97: "Zdolność kredytową ma każdy podmiot, którego stan majątkowy oraz bieżąca i przewidywana w przyszłości efektywność gospodarowania zapewnia wypłacalność, gwarantującą zwrot kredytu wraz z należnymi odsetkami w ustalonym w umowie terminie".

Na potwierdzenie potencjalnego rozumienia zdolności kredytowej, niech również będzie przytoczona poniżej teza wyroku KIO z dnia 12 lutego 2009 r. Sygn. akt KIO/UZP 131/09: "w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego chodzi o weryfikację potencjalnej zdolności kredytowej danego wykonawcy, a nie gwarancję i przyrzeczenie ze strony jednostki finansowej (banku) przyznania konkretnego kredytu. Czym innym jest określenie potencjalnej zdolności kredytowej, a czym innym udzielenie samego kredytu".

Zdolność kredytowa to pojęcie utożsamiane z możliwością spłaty kredytu (zdolność do spłaty kredytu). Określeniu zdolności kredytowej potencjalnego kredytobiorcy służy analiza kredytowa. Posiadanie bieżącej i perspektywicznej zdolności kredytowej przez wnioskodawcę jest podstawą podjęcia przez bank pozytywnej decyzji kredytowej. W świetle całokształtu przedstawionej w proteście jak i w niniejszym odwołaniu argumentacji. w szczególności prezentującej, iż nie ma jednolitej, uniwersalnej metodyki badania zdolności kredytowej, która znajdowałaby uznanie ogółu banków, jednocześnie zaznaczającej się w tym zakresie wyłączności i pełnej swobodzie oraz suwerenności banków oceniających zdolność wykonawcy, a przede wszystkim fakt, że bank wydający opinię jednoznacznie potwierdził na dzień wystawiania opinii posiadanie wymaganej zdolności (aczkolwiek dał wyraz branemu pod uwagę przewidywanemu poziomowi dochodów), należy odmówić zamawiającemu uprawnienia do odmiennej interpretacji, co do posiadania zdolności kredytowej Odwołującego, niż przedstawiona przez Bank (w opinii) a podtrzymywana przez Odwołującego zarówno w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentu, w proteście jak i niniejszym odwołaniu.

[...]"

Uwzględniając dokumentację postępowania oraz stanowiska i oświadczenia stron i przystępującego złożone w trakcie rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że odwołujący legitymuje się interesem prawnym w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, o których stanowi art. 179 ust. 1 Pzp.

Zgodnie z art. 22 ust. 1 pkt 3 Pzp o udzielenie zamówienia publicznego mogą ubiegać się wykonawcy znajdujący się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia. Sformułowany w ten sposób warunek udziału w postępowaniu jednoznacznie wskazuje na cel przepisu, który ma zagwarantować dopuszczenie do wykonywania zamówienia jedynie podmioty, które będą mogły sfinansować proces jego realizacji. Jakkolwiek spełnianie warunków udziału w postępowaniu dokonuje się na pewnych etapach postępowań o udzielenie zamówienia przed oceną i wyborem ofert według stanu jaki wynika z przedłożonych oświadczeń i dokumentów. Powołany przepis wyraźnie jednak odsyła do przyszłości, tj. zarówno formułując i konkretyzując warunek udziału w postępowaniu w tym przedmiocie, czy też weryfikując jego spełnianie (np. interpretując postanowienia przedłożonej opinii bankowej) zamawiający powinien uwzględnić przy powyższym okoliczności, do których hipoteza przepisu referuje, czyli zapewnienie finansowania wykonania danego zamówienia.

Upraszczając, w świetle powyższego należałoby stwierdzić, że podmiot, który przedstawił opinię banku, iż posiada zdolność kredytową niezbędną do wykonania danego zamówienia (na poziomie określonym przez zamawiającego), chociażby posiadał ją pod warunkiem, że dane zamówienie otrzyma, w pełni odpowiada hipotezie i dyspozycji ww. przepisu, tj. wykonawca powinien zostać dopuszczony do wykonywania niniejszego zamówienia jako znajdujący się w sytuacji finansowej gwarantującej jego wykonanie.

Bez znaczenia jest w danym przypadku tego typu warunek zawarty w opinii bankowej przedłożonej przez odwołującego. Nie jest to żadne zdarzenie przyszłe i niepewne, ale zwykły okres warunkowy ściśle wiążący hipotezę (opisana sytuacja) i dyspozycję (dopuszczenie do udziału w postępowaniu i ewentualne umożliwienie uzyskania zamówienia) przepisu, z okolicznościami, iż dany wykonawca znajduje się ewidentnie w sytuacji (obecnie), która umożliwi mu wykonania zamówienia (w przyszłości). Reasumując, w niniejszym postępowaniu potwierdzone zostało, iż w chwili składania ofert odwołujący wskazał bank, który w tym momencie deklarował, że pozytywnie ocenia zdolność

wykonawcy do spłacenia kredytu przeznaczonego na sfinansowanie wykonania przedmiotowego zamówienia.

Nieuprawnione jest prezentowane przez zamawiającego w rozstrzygnięciu protestu i w trakcie rozprawy generalizowanie warunków udziału w postępowaniu jako odnoszących się jedynie do przeszłości, na podstawie której li tylko ich spełnianie może być w chwili obecnej oceniane. Stanowisko, iż inna interpretacja przepisów ustawy oznacza dopuszczenie wykazywania się np. doświadczeniem, które wykonawca dopiero zamierza uzyskać, czy nawet uzyskać przy zamówieniu, o które się ubiega, chociaż erystycznie efektowne, w ogóle nie znajduje odzwierciedlenia w przepisach oraz ich konsekwentnym, wynikającym ze sformułowania samych norm prawnych, stosowaniu. Zamawiający w swoim stanowisku zdaje się nie uwzględniać różnicy w charakterze poszczególnych warunków sformułowanych w pkt 1-4 ust. 1 art. 22 Pzp. O ile oczywiście doświadczenie lub stosowne uprawnienia ... etc... można nabyć jedynie przed ubieganiem się o udzielenie zamówienia, to już np. potwierdzenie dysponowania odpowiednimi osobami czy sprzętem niezbędnymi do wykonania danego zamówienia może zostać dokonane poprzez odesłanie do sytuacji przyszłych, również jako takich wyrażonych warunkowo. Dla przykładu: wykonawca może przedstawić zobowiązania innych podmiotów do udostępnienia określonych urządzeń, wystawione pod warunkiem, iż sprzęt udostępnią jeśli wykonawca dane zamówienie uzyska i jeżeli używał go będzie jedynie do wykonania tego zamówienia. W takiej sytuacji, należałoby uznać wykonawcę za spełniającego warunek udziału w postępowaniu dotyczący posiadanego sprzętu opisany w art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp oraz prawidłowe udokumentowanie jego spełniania. Analogicznie należy postąpić w przypadku oceny posiadania i dokumentowania zdolności kredytowej.

Jak słusznie podnosił odwołujący, przez zdolność kredytową zgodnie z art. 70 ust. 1 ustawy Prawo bankowe, należy rozumieć zdolność do spłaty zaciągniętego kredytu wraz z odsetkami w określonych umową terminach. Zdolność kredytowa podmiotu jest więc jego cechą przypisaną mu arbitralnie przez dany bank, uwzględniający przy jej wyliczeniu różne okoliczności i warunki (zgodnie z procedurami wewnętrznymi banku) wpływające na możliwość spłaty i tym samym przyznania kredytu w przyszłości. Jednoznacznie na tego typu rozumienie zdolności kredytowej (powiązanie zdolności ocenianej i wyrażanej w danej chwili z przyszłymi warunkami zaciągania i spłaty kredytu) wskazuje Sąd Najwyższy w orzeczeniu powołanym w odwołaniu.

Podany przez BRE BANK w przedłożonej przez odwołującego opinii „warunek” przyznania kredytu, czy jak wykazuje zamawiający – przyznania zdolności kredytowej, może zostać uznany za standardowy, chociaż w sytuacji niniejszego postępowania bardziej uszczegółowiony, warunek rozpatrywania i wyliczania przez banki zdolności kredytowej

klientów i elementów wpływających na podejmowanie decyzji kredytowych. Tego typu warunki obecne są, chociaż często *explicite* nie wyrażane, w każdej opinii bankowej tego typu, w której banki antycypują różnorakie okoliczności i warunki w jakich przyjdzie im kredytów udzielać i uzależniać swoje decyzje w tej sprawie. Przyjąć wręcz można, że ze swojej istoty wyliczona przez bank zdolność kredytowa chociaż wyrażająca opinię banku w przedmiocie na daną chwilę, nigdy nie odnosi się do teraźniejszej czy przeszłej akcji kredytowej. Jak wynika z samej definicji zdolności kredytowej bank w opinii swojej opinii ocenia zdolność do spłacania przyszłych kredytów i zobowiązań – kredytów nie udziela się ani zdolności kredytowej nie wylicza się wstecz.

Przyjąć więc można, iż bank wydając opinię ta temat aktualnej zdolności kredytowej klienta uwzględni (choć nie koniecznie wyraża) wszystkie realne i istotne z punktu widzenia banku czynniki i warunki (zarówno pozytywne jak i negatywne, czy bardziej cywilistycznie – zawieszające i rozwiązujące) mogące wystąpić w przyszłości i wpływać na zdolność spłaty kredytu. Ujmując rzecz lapidarnie: nie ma bezwarunkowych opinii nt. zdolności kredytowej. Tego typu walor mogą mieć jedynie otwarte linie kredytowe czy wręcz przyznane już kredyty. W związku z powyższym wyciąganie wniosków z powoływanych przez przystępującego orzeczeń Zespołów Arbitrów w zakresie generalnej niedopuszczalności przedstawiania i potwierdzania spełniania warunku posiadania zdolności finansowej przy pomocy opinii bankowych zawierających różnoraki warunki jej wyliczenia czy przyznania, należy uznać za błędne i nieuprawnione. W przypadku pojawienia się tego typu postanowień należy badać je pod kontem realizacji celu warunku udziału w postępowaniu sformułowanego w art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy odnoszącego się do zabezpieczenia wykonania zamówienia, a nie potwierdzenia abstrakcyjnych i ocenianych niejako „idealnie”, w oderwaniu od rzeczywistości udzielanego zamówienia cech wykonawcy, czyli w oderwaniu od odnoszących się do powyższego wskazanych regulacji ustawowych.

Poza sporem pozostaje fakt, iż bankowa opinia o zdolności kredytowej nie stanowi promesy udzielenia kredytu czy nawet otwarcia linii kredytowej z określonym limitem, jednak z punktu widzenia potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w świetle obowiązujących przepisów w pełni wystarcza. W tym kontekście należy wskazać, iż zgodnie z § 1 ust. 3 pkt 2 rozporządzenia, w celu potwierdzenia opisanego przez zamawiającego warunku znajdowania się przez wykonawcę w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia, zamawiający może żądać informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, w których wykonawca posiada rachunek, potwierdzającej wysokość posiadanych (obecnie) środków finansowych przez wykonawcę lub jego zdolność kredytową (możliwość zaciągania kredytów w przyszłości).

Tego typu opinią jak wskazana w ww. przepisie rozporządzenia przedstawił odwołujący. Z jej treści literalnie wynika, iż wykonawca posiada na dzień wystawienia niniejszej opinii zdolność kredytową do kwoty 26 000 000 zł, (czyli wyższej niż wymagana przez zamawiającego), natomiast w dalszej części zdania dodano warunek finansowania ewentualnym kredytem kontraktu, którego realizacja stanowiłaby źródło spłaty kredytu. Z powyższego sformułowania (warunku) wynika ni mniej ni więcej, iż owa posiadana na dzień wystawienia opinii zdolność kredytowa została przez bank oceniona i wyliczona przy uwzględnieniu i założeniu ewentualnych warunków przyznawania i spłaty konkretnych kredytów w przyszłości, co, jak wyżej podkreślano, dla oceny zdolności kredytowej klienta banku jest nieodzowne.

Ponadto Izba wskazuje, iż sformułowany przez zamawiającego warunek udziału w postępowaniu dotyczył posiadania środków czy zdolności kredytowej na poziomie 25 mln. zł i w związku z powyższym żądanie podania jednoznacznych informacji na temat otwartej linii kredytowej, w ramach której kredyt może zostać pozyskany należy ocenić jako niedopuszczalne zarówno w świetle braku tego typu dokumentu w katalogu dokumentów przewidzianych przepisami rozporządzenia, jak i w świetle art. 25 ust. 1 ustawy – jest to dokument zbędny do przeprowadzenia postępowania. Tym samym powyższe postanowienia siwz nie mogą wywierać żadnych skutków prawnych.

Izba uwzględniła jako dowód w sprawie pismo BRE BANK S.A. z dnia 07.09.2009 r., w której wystawca opinii przedłożonej przez odwołującego wraz z ofertą jednoznacznie potwierdza, że na dzień wystawienia opinii pierwotnej wykonawca wskazaną zdolnością kredytową dysponował, a powyższe oceniono i wyrażono już w tej opinii zgodnie z procedurami obowiązującymi w BRE BANK – podany w jej treści warunek był tylko jednym z branych przez bank pod uwagę przy ocenie zdolności kredytowej.

Izba stwierdza, iż oświadczenie tego typu nie stanowi żadnej nowej opinii w sprawie zdolności kredytowej przedłożonej z naruszeniem wymaganych i dopuszczalnych terminów, ale jedynie dopuszczalną wykładnię autentyczną przedstawionego pierwotnie dokumentu. W świetle powyższego nieuprawniona jest interpretacja treści opinii bankowej dokonana przez zamawiającego wbrew oczywistym intencjom wystawcy oraz przedkładającego, a także dosłownemu brzemieniu dokumentu, wyraźnie potwierdzającego, iż w danej chwili klient banku zdolnością kredytową o określonej wysokości dysponuje.

Uwzględniając powyższe Krajowa Izba Odwoławcza za potwierdzone uznała naruszenie przez zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy poprzez wykluczenie odwołującego z postępowania – odwołujący prawidłowo udokumentował swoją sytuację finansową umożliwiającą mu wykonanie przedmiotowego zamówienia w granicach liczbowych

zdolności kredytowej wskazanych w siwz i zgodnie z obowiązującymi w tym zakresie przepisami ustawy i rozporządzenia. Tym samym zasadne stało się nakazanie zamawiającemu dokonanie powtórnej oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego, które jest równoznaczne z nakazaniem dokonania wszelkich czynności typu unieważnienie wykluczenia odwołującego, unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty... *etc...* związanych z przywróceniem odwołującego do postępowania i umożliwieniem mu uzyskania przedmiotowego zamówienia.

Zarzut naruszenia § 1 ust. 3 pkt 2 rozporządzenia jako odnoszący się do postanowień siwz należało uznać za spóźniony w świetle postanowień art. 180 ust. 2 Pzp, niemniej jednak prawidłowe stosowanie tego przepisu oraz konsekwencje płynące z norm w nim zawartych zostały uwzględnione przez Izbę w trakcie dokonywanej oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Naruszenie innych przepisów ustawy, których według odwołującego miał się również dopuścić zamawiający, było wtórne w stosunku do nieprawidłowego zastosowania art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy i jako takie ich rozpatrywanie przez Izbę jest bezprzedmiotowe.

W związku z powyższym na podstawie art. 191 ust. 1 i 2 ustawy orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp stosownie do wyniku sprawy. Uwzględniając treść § 4 ust. 1 pkt 2 lit. a i b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze zm.), uznano za uzasadnione koszty odwołującego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika i zasądzono je na podstawie przedstawionej faktury VAT.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Szczecinie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....