

Sygn. akt: KIO 2783/15

POSTANOWIENIE
z dnia 5 stycznia 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 5 stycznia 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 grudnia 2015 r. przez wykonawcę: **DGT Sp. z o.o., ul. Młyńska 7, 83-010 Straszyn** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **ENEA Operator Sp. z o.o. ul. Strzeszyńska 58, 60-479 Poznań,**

przy udziale wykonawcy: **Apator ELKOMTECH S.A., ul. Wołowa 2C, 93-569 Łódź** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 2783/15 po stronie zamawiającego,

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze,
2. dokonać zwrotu kwoty **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy: **DGT Sp. z o.o., ul. Młyńska 7, 83-010 Straszyn** uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Poznaniu.**

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający: ENEA Operator Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu prowadzi postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w trybie negocjacji z ogłoszeniem, którego przedmiotem jest „Zakup urządzeń teletechnicznych na potrzeby realizacji transmisji danych z stacji SN/nn”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 12.09.2015r., pod nr 2015/S 177-322367.

W dniu 23 grudnia 2015 r. wykonawca DGT Sp. z o.o. z siedzibą w Straszynie wniósł odwołanie wobec dokonanej przez Zamawiającego oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i wykluczenie Odwołującego z postępowania.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), zwanej dalej „Pzp”:

1. art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, poprzez wykluczenie z postępowania Odwołującego, który wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu dotyczących sytuacji ekonomicznej i finansowej stawianych przez Zamawiającego;
2. art. 26 ust. 3 oraz 87 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie treści przedłożonych dokumentów i ewentualnego uzupełnienia dokumentów potwierdzających sytuację finansową i ekonomiczną Odwołującego;
3. art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp, poprzez udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy i prowadzenia postępowania w sposób niezapewniający uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania, w tym o unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania, powtórzenie czynności badania wniosku Odwołującego i dokonanie wyboru tego wniosku do dalszego etapu postępowania, jako niepodlegającego wykluczeniu lub odrzuceniu, zasądzenia zwrotu kosztów postępowania od Zamawiającego.

Odwołujący wyjaśnił, że w pkt.III.2.2 Ogłoszenia o zamówieniu „Zdolność ekonomiczna i finansowa Informacje i formalności konieczne do dokonania oceny spełniania wymogów” Zamawiający postawił następujące wymaganie: „1. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają następujące warunki: a) znajdują się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej należyte wykonanie zamówienia, b) posiadają zdolność finansową pozwalającą na wykonanie zamówienia udokumentowaną poprzez przedstawienie informacji z banku o ilości posiadanych środków. lub zdolności kredytowej Wykonawcy na kwotę co najmniej 7 500 000 (siedem milionów pięćset tysięcy)

PLN. c) posiadają opłacone ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności na wartość sumy ubezpieczenia nie mniejszą niż 7 500 000 (siedem milionów pięćset tysięcy) PLN.

Odwołujący we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, załączył informację z PKO Bank Polski SA z dnia 09.09.2015 r. o posiadaniu zdolności ekonomicznej i finansowej polegającej na dysponowaniu kredytem wielocelowym z limitem w wysokości 10.000.000 PLN.

W dniu 10.11.2015 r. Zamawiający, w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, wezwał Odwołującego do uzupełnienia dokumentu, potwierdzającego posiadanie zdolności ekonomicznej i finansowej, tj. w zakresie ewentualnego stopnia wykorzystania przyznanego Odwołującemu limitu kredytowego.

Pismem z dnia 13.11.2015 r. Odwołujący przedłożył Zamawiającemu zaświadczenie Banku z dnia 12.11.2015 r., z którego wynikało, iż na dzień 08.09.2015r. Odwołujący wykorzystał kwotę 1 854 842,82 PLN, z kredytu w formie limitu kredytowego wielocelowego. Tym samym na dzień 08.09.2015 r. w ramach limitu kredytowego, Odwołujący dysponował środkami w łącznej kwocie 8.145.157,18 PLN. Tak więc z różnicy podanych kwot w zaświadczeniu nr CKK- BKK01/054-6455-1517932/2015 oraz zaświadczeniu nr CKK- BKK01/054-8753-1561210/2015 bezspornie wynika, iż Odwołujący posiada wymaganą przez Zamawiającego zdolność ekonomiczną i finansową pozwalającą na wykonanie zamówienia.

W dniu 17.12.2015 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o niewykazaniu spełniania warunków udziału w postępowaniu i wykluczeniu z postępowania na podstawie art.24 ust.2 pkt.4 Pzp.

Odwołujący zaprzeczył twierdzeniu Zamawiającego, iż z treści złożonych w postępowaniu dokumentów w postaci: informacji Banku z dnia 9 września 2015 r. uzupełnionej w dniu 13.11.2015 r. w formie zaświadczenia banku z dnia 12.11.2015r. oraz wyjaśnień Odwołującego z dnia 13.11.2015 r. wynika, że Odwołujący nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Zdaniem Odwołującego, zaprezentowane stanowisko Zamawiającego jest o tyle niezrozumiałe, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem i praktyką KIO „Kwota zdolności kredytowej podana w Informacji udzielonej przez bank za pomocą sformułowania „do” jest w dacie jej wskazania kwotą maksymalną, w której zawarte są wartości kredytów udzielonych i wykorzystywanych. Z tego względu kwota ta podlega obniżeniu o uprzednio zaciągnięte i dotychczas niespłacone kredyty, te bowiem stanowią swoiste reduktory kwoty pełnej zdolności kredytowej”. (tak: KIO z dnia 19.01.2015 r. sygn. akt KIO 2797/14, KIO z dnia 22.09.2014 r. sygn. akt KIO 1862/14).

Zamawiający przy ocenie złożonych dokumentów nie wziął pod uwagę wyjaśnień Odwołującego z dnia 13.11.2015 r., w których Odwołujący jednoznacznie wskazał,

że w ramach limitu kredytu wielocelowego w wysokości 10.000.000 PLN korzysta on z kredytu w rachunku bieżącym i wykorzystał go na dzień składania wniosku do kwoty 1854842,82 PLN.

Bez żadnego znaczenia dla dokonanych ustaleń Zamawiającego oraz jego rozstrzygnięć w sprawie jest to, iż zadłużenie z tytułu kredytu dotyczy rachunku bieżącego nr 26 1020 1811 0000 0302 0080 8840 natomiast limit kredytowy wielocelowy oznaczony jest numerem 92 1020 1811 0000 0302 0181 6743. Wykorzystany przez Odwołującego kredyt w rachunku bieżącym zawarty jest w kredycie wielocelowym z limitem do 10.000.000 PLN.

Potwierdzeniem poprawności twierdzeń Odwołującego zawartych w niniejszym odwołaniu są: wyciąg z Aneksu 17 do umowy limitu kredytowego wielocelowego oraz zaświadczenie z Banku z dnia 21.12.2015 r. (wyciąg z Aneksu nr 17 do umowy limitu kredytu wielocelowego, zaświadczenie z Banku z dnia 21.12.2015 r. pismo - wyjaśnienia Odwołującego z dnia 13.11.2015 r.). Analiza wszystkich złożonych przez Odwołującego dokumentów oraz zaprezentowanych w odwołaniu dowodów potwierdza, że Zamawiający naruszył przepis art. 24 ust.2 pkt.4 Pzp, gdyż w niniejszej sprawie brak jest podstaw do wykluczenia Odwołującego z postępowania.

W świetle opinii Banku, kredyt w rachunku bieżącym został udzielony w kwocie 1 854842,82 PLN w ramach kredytu wielocelowego z limitem do 10.000.000 PLN. Fakt udzielenia kredytu w ww. wysokości powoduje, że opinia Banku potwierdzała zdolność finansową Odwołującego na kwotę co najmniej 7.500.000,00 PLN na dzień składania wniosków a Zamawiający dowolnie uznał, że opinia Banku z dnia 12.11.2015 r. dotyczy innego rachunku bankowego i nie wynika z niego na jaką sumę kredyt został udzielony.

Taka interpretacja opinii narusza zasadę, że wątpliwości dot. oferty/wniosku składanego w postępowaniu przetargowym jak również znajdujących się w nim dokumentów nie mogą być interpretowane na niekorzyść wykonawcy. A zatem, nawet jeżeli przyjąć, że z treści załączonych przez Odwołującego dokumentów nie wynikało jednoznacznie spełnienie wymagań Zamawiającego, to Zamawiający winien skierować do Odwołującego w trybie art. 26 ust.3 Pzp wnioski o wyjaśnienie rozbieżności w treści informacji Banku z dnia 09.09.2015 r. i 12.11.2015 r. z wyjaśnieniami Odwołującego z dnia 13 listopada 2015 r. Zamawiający mógł, ponadto, zwrócić się o dodatkowe wyjaśnienia w trybie art. 87 ust 1 Pzp. Wszelkie wątpliwości wówczas zostałyby wyjaśnione. Odwołujący z przyczyn od siebie niezależnych nie mógł przedstawić Zamawiającemu dowodów takich jak w postępowaniu odwoławczym.

Przepisy art. 26 ust. 3 i 4 Pzp mają charakter bezwzględnie obowiązujący i nakładają na Zamawiającego nie prawo, a obowiązek wezwania do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów oraz do ich wyjaśnienia. Zaniechanie powyższego stanowi naruszenie przepisów ustawy Pzp. Zamawiający jest zwolniony z obowiązku wzywania do uzupełnienia

dokumentów i oświadczeń, jeżeli mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Tym samym, skoro Zamawiający po przedstawieniu mu dokumentów Banku z dnia 09.09.2015r i 12.11.2015r. oraz stanowiska Odwołującego z 13.11.2015 r. miał wątpliwości co do wzajemnie wykluczającej się treści ww. dokumentów i sprzeczności tam zawartych, to o stosowane wyjaśnienie musiał bezwzględnie wnieść do Odwołującego. Zamawiający w sposób oczywisty naruszył prawo w powyższym zakresie. Takie zachowanie Zamawiającego w sposób oczywisty narusza również zasadę art. 7 ust. Pzp, dotyczącą prowadzenia postępowania w sposób zapewniający uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców. Naruszenie tej zasady należy zarzucić Zamawiającemu przy ocenie wniosku Odwołującego w przedmiotowym postępowaniu przetargowym.

Wykonawca Apator ELKOMTECH S.A., z siedzibą w Łodzi zgłosił w dniu 28 grudnia 2015 r. przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania.

Zamawiający w dniu 31 grudnia 2015 r. złożył do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odpowiedź na odwołanie - pismo z dnia 29 maja 2015 r. - w której uwzględnił w całości zarzuty odwołania.

W dniu 31 grudnia 2015 r. Prezes KIO skierował do przystępującego Apator ELKOMTECH S.A., w trybie § 13 ust. 2 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (tj. Dz.U. z 2014 r. poz. 964) do złożenia oświadczenia w przedmiocie złożenia sprzeciwu co do uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu w terminie 3 dni od dnia doręczenia ww. wezwania pod rygorem umorzenia postępowania.

W ww. terminie, tj. do dnia 4 stycznia 2016 r. przystępujący Apator ELKOMTECH S.A. nie wniósł sprzeciwu, o którym mowa w art. 186 ust. 5 Pzp.

Wobec powyższego, Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 186 ust. 3 Pzp, umorzyła postępowanie odwoławcze w niniejszej sprawie, uwzględniając okoliczność, iż uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

Izba orzekła o kosztach postępowania odwoławczego stosownie do art. 186 ust. 6 pkt 2 lit.b Pzp oraz § 5 ust. 1 pkt 2 lit a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: