

WYROK

z dnia 19 listopada 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 listopada 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 listopada 2012 r. przez **UAB „ESSPO” w Republice Litewskiej** w postępowaniu prowadzonym **Port Lotniczy Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Gdańsku**

orzeka:

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża **UAB „ESSPO” w Republice Litewskiej** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **UAB „ESSPO” w Republice Litewskiej** tytułem wpisu od odwołania
 - 2.2. zasądza od **UAB „ESSPO” w Republice Litewskiej** na rzecz **Portu Lotniczego Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Gdańsku** kwotę **6 199 zł 09 gr** (słownie: sześć tysięcy sto dziewięćdziesiąt dziewięć złotych dziewięć groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika i dojazdu na posiedzenie Izby.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gdańsku**.

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Port Lotniczy Gdańsk Sp. z o.o. w Gdańsku – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na umowę ramową dla dostawy ekologicznych środków chemicznych do odładzania nawierzchni lotniskowych na sezon zimowy 2012/2013.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku Nr 113, poz. 759 ze zmianami), zwanej dalej ustawą Pzp.

W dniu 8 listopada 2012 roku wykonawca UAB „ESSPO” w Republice Litewskiej wniósł odwołanie wobec czynności zamawiającego zarzucając zamawiającemu błędne uznanie, że dokument przedstawiony przez wykonawcę „STEGA” UAB, zaświadczenie o posiadaniu zdolności kredytowej na kwotę co najmniej 100 000,00 zł odpowiada warunkom ustalonym w rozdziale IV pkt 1.3 SIWZ i rozdziale V pkt 6.3 SIWZ.

W związku z czym zamawiający nie odrzucił oferty UAB „STEGA” jako niezgodnej z SIWZ.

W ocenie odwołującego się postępowanie zamawiającego narusza § 1 ust. 1 pkt 9 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U. z 31.2009). a w związku z tym art. 22 ust. 1 pkt 4 ustawy zp oraz art. 82 ust. 3 i art. 89 ust. 1 pkt 2.

Odwołujący się podniósł, że zamawiający przyjmując w ogłoszeniu o zamówieniu - zamówienie sektorowe, w sekcji 2.1 całkowitą wielkość lub zakres dostawy na powyżej 400000 EUR zobowiązany był zażądać od wykonawców „informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, w której 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;” (§ 1 ust. 1 pkt 9 rozporządzenia Prezesa RM z 30 grudnia 2009 r.). Wysokość środków finansowych czy minimalny limit zdolności kredytowej zamawiający może określić samodzielnie odnosząc to do wartości zamówienia i specyfiki jego wykonania. W niniejszej sprawie zamawiający ustalił tę kwotę na 100 000 zł (rozdział IV. 1.3 SIWZ). Wykonawca UAB Stega do swej oferty załączyło zaświadczenie z banku, który deklaruje udzielenie UAB Stega kredytu obrotowego w wysokości 100 000 LTL pod warunkiem, że zostanie ona ogłoszona

zwycięzcą przetargu na umowę ramową w sprawie dostawy środków odlodzeniowych do portu Lotniczego w Gdańsku. Zamawiający uznał dokument ten za wystarczający do spełnienia warunków udziału w przetargu UAB Stega w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej art. 22 ust. 1 pkt 4. Zdaniem wnoszącego odwołanie biorąc pod uwagę treść tego dokumentu jego ocena jako potwierdzającego zdolność kredytową jest błędna. Dokument istotnie wystawiony został przez bank. Jednakże nigdzie w nim nie wskazano, że jest to bank, który prowadzi rachunek UAB Stega. Wadium UAB Stega przełało z rachunku w banku DNB Nord, który jako swój bank wskazuje także na stronie internetowej. Informacja z banku AB Siauliu jest promesą kredytu, ale pod warunkiem przyszłym i niepewnym, zatem w momencie jej wystawiania bank nie deklaruje, że gotów jest udzielić kredytu. Oświadcza coś przeciwnego, że kredyt może być udzielony, jeśli klient uzyska zamówienie. Jest dość powszechne w doktrynie i orzecznictwie, że potwierdzenie zdolności kredytowej przez bank może być związane z wypełnieniem jakiegoś warunku, ale z pewnością musi to być warunek zależny od klienta, a zatem taki, który jest w jego dyspozycji, a nie zdarzenie przyszłe i niepewne. Wydaje się też, że trudno przyjąć w tym konkretnym przypadku, że obietnica kredytu jest, implicite potwierdzeniem zdolności kredytowej. Ustawodawca żądając dla oceny sytuacji ekonomicznej i finansowej potwierdzenia przez bank, a zatem instytucję zaufania publicznego, że podmiot ma określone środki lub pewien poziom zdolności kredytowej dążył do stworzenia wiarygodnych, a prostych w ocenie przesłanek oceny sytuacji finansowej i ekonomicznej. Wydaje się, że sprowadza się to do prostej formuły, jako bank prowadzący rachunek danego podmiotu potwierdzamy, że ma on środki finansowe lub może je na określonym poziomie w każdej chwili uzyskać zgodnie ze znanymi bankowi procedurami i oceną możliwości klienta. Zamienność gotówki na zdolność kredytową nie może prowadzić do sytuacji, w której pieniądze, czyli środki ekonomiczne jak gdyby bezwarunkowo zastępuje się obietnicą kredytu pod warunkiem przyszłym i niepewnym. Ocena zdolności kredytowej, o której mowa w Prawie zamówień publicznych to faktycznie opinia o kondycji finansowej podmiotu. Nie przypadkiem zatem ustawodawca domaga się, aby owa opinia pochodziła od banku, w którym podmiot ma rachunek. Ograniczona zamienność poświadczenia zdolności kredytowej promesą kredytu wynika także i z tego, że Prawo bankowe (ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 z późn.zm.) w art. 70 definiując zdolność kredytową jako zdolność do spłaty zaciągniętego kredytu wraz z odsetkami przewiduje też pod pewnymi warunkami, w ust. 2 tegoż artykułu, możliwość udzielenia kredytu także podmiotowi, który zdolności kredytowej nie ma.

Wobec powyższego odwołujący się wniósł o:

- odrzucenie oferty wykonawcy UAB Stega, Laisves ul. 17, LT-8922 Republika Litewska jako niezgodnej z SIWZ ogłoszoną przez zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu oraz uznanie, że zgodną z SIWZ i najkorzystniejszą ofertę złożyło UAB „ESSPO”.
- Obciążenie zamawiającego kosztami wpisu w kwocie 15000 zł,
- Zobowiązanie wykonawcy do zwrotu odwołującemu kosztów pracy pełnomocnika i kosztów jego dojazdu (zał. nr 4).

W piśmie z dnia 6 listopada 2012 roku zatytułowanym „Uzupełnienie odwołania z dnia 2 listopada 2012 roku odwołujący się zarzucił zamawiającemu również błędne uznanie, że dokumenty przedstawione przez wykonawcę UAB Stega wystawione przez Chemiko Limited z Anglii zostały wystawione przez osobę nieuprawnioną, wobec czego oferta UAB Stega jest niezgodna z SIWZ i winna zostać odrzucona.

Zamawiający w piśmie z dnia 16 listopada 2012 roku oraz oświadczeniem złożonym na rozprawie wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Izba ustaliła, co następuje:

Stosownie do postanowień rozdziału IV SIWZ o zawarcie umowy mogą ubiegać się wykonawcy, którzy:

posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz dysponują osobami zdolnymi do wykonania zamówienia lub przedstawiają pisemne zobowiązanie innych podmiotów do udostępnienia wiedzy i doświadczenia lub osób zdolnych do wykonania zamówienia,

w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia – wykonali należycie w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej trzy dostawy ekologicznych środków chemicznych do odladzania nawierzchni lotniskowych za kwotę netto minimum 400.000 PLN każda (słownie: czterysta tysięcy złotych),

w zakresie sytuacji finansowej – posiadają środki finansowe na rachunku w banku lub w spółdzielczej kasie oszczędnościowo-kredytowej lub zdolność kredytową w wysokości co najmniej 100.000 (słownie: sto tysięcy złotych).

W celu wykazania spełniania warunków, o których mowa w Rozdziale IV SIWZ, zgodnie z Rozdziałem V wykonawca powinien był złożyć:

oświadczenie, że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy, według załącznika nr 3,

wykaz dostaw, o których mowa w Rozdziale IV pkt 1 ppkt 2 wraz z dokumentami potwierdzającymi, że dostawy te zostały wykonane należycie, według załącznika nr 4,

informację banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, w których wykonawca posiada rachunek, potwierdzającą wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, w kwocie co najmniej 100.000 zł, wystawioną nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert.

Wykonawca UAB Stega złożył informację z Banku AB Šiaulių bankas filia w Możejkach z dnia 26 września 2009 roku, z której wynika, że bank rozpatrzył złożone przez spółkę UAB Stega dokumenty niezbędne do uzyskania kredytu i rozważył kwestię udzielenia kredytu w wysokości 100 000 LTL (sto tysięcy litów), tj. około 120 000 zł na finansowanie środków obrotowych pod warunkiem, że klient zostanie ogłoszony zwycięzcą przetargu (Przetarg na umowę ramową dla dostawy środków chemicznych do odladzania nawierzchni lotniskowych na sezon zimowy 2012/2013), organizowanego przez Port Lotniczy Gdańsk Sp. z o.o. na sprzedaż 500 t płynu do odladzania na bazie mrówczanu potasu oraz 300 t produktu granulowanego na bazie mrówczanu sodu Bank podjął decyzję, że mógłby udzielić klientowi kredytu o wspomnianej wysokości na okres 12 miesięcy. Środki kredytowe zostaną wypłacone klientowi po podpisaniu umowy kredytowej w formie i o treści określonej przez Bank oraz po wykonaniu wszelkich określonych w umowie kredytowej wstępnych warunków raty kredytu.

W zakresie wykazania wymaganego doświadczenia wykonawca UAB Stega złożył dokumenty, w których wykazał między innymi dostawy wykonywane na rzecz Chemiko Limited.

Pismem z dnia 16 października 2012 roku odwołujący się poinformował zamawiającego o swoich wątpliwościach co do osoby, która podpisała referencje wystawione przez Chemiko Limited. Stwierdził, że rekomendację firmy Chemiko Limited podpisał Pan T..... N..... Dla potrzeb postępowania w Porcie Lotniczym w Gdańsku rekomendację podpisał Pan T..... N....., zaś z dokumentów rejestrowych wynika, że dyrektorem Chemiko Limited jest Pan T..... N.....

Zamawiający wezwał UAB Stega do złożenia wyjaśnień i uzupełnienia dokumentów.
W odpowiedzi UAB Stega złożył:

- oświadczenie Chemiko Limited podpisane przez Pana T..... N....., zawierające potwierdzenie należytego wykonania dostaw, a także oświadczenie w przedmiocie uprawnienia do reprezentowania spółki,
- dokumenty CMR potwierdzające faktyczne wykonanie dostaw,
- protokoły odbioru referencyjnych produktów.

Zamawiający uznał, że złożone dokumenty potwierdzają, iż wykonawca UAB Stega posiada wymagane w tym postępowaniu doświadczenie.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest bezzasadne.

W pierwszej kolejności Izba uznała, że odwołujący się jest uprawniony do wnoszenia środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

W ocenie Izby dokument przedłożony przez wykonawcę UAB Stega czyni zadość wymogom przedmiotowego przetargu. Należy zwrócić uwagę na fakt, iż zgodnie z art. 22 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące sytuacji ekonomicznej i finansowej. Informacja w tej kwestii pozwala zamawiającemu na dokonanie oceny, czy kondycja finansowa danego wykonawcy pozwoli mu na udział w przedsięwzięciu wymagającym zaangażowania własnych lub pozostawionych do jego dyspozycji znacznych środków finansowych. W przypadku, gdyby wykonawca polegał na środkach finansowych pochodzących z kredytu, zamawiający może domagać się informacji, czy kredyt w wymaganej wysokości zostałby wykonawcy udzielony.

Uzyskanie takiej wiedzy jest możliwe poprzez żądanie, by wykonawca biorący udział w postępowaniu złożył wraz z ofertą informację z 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. Wynika to z § 1 ust. 1 pkt 9 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane. Żądana informacja dotycząca zdolności kredytowej wykonawcy nie musi zawierać danych odpowiadających definicji zdolności

kredytowej wykonawcy w rozumieniu art. 70 ust. 1 zd. 2 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 roku – Prawo bankowe (Dz. U. z 2002 roku Nr 72, poz. 665 ze zmianami), zgodnie z którym przez zdolność kredytową rozumie się zdolność do spłaty zaciągniętego kredytu wraz z odsetkami w terminach określonych w umowie. Jak już wyżej zaznaczono dla potrzeb postępowania zamawiający powinien posiadać wiedzę tylko co do możliwości uzyskania przez wykonawcę kredytu w określonej wysokości. Kwestią wtórną, pozostającą poza strefą zainteresowania zamawiającego są warunki przyznania takiego kredytu, tym bardziej, że z informacji banku wynika jedynie, iż kredyt taki zostałby udzielony pod warunkiem wygrania przedmiotowego przetargu. Bank nie postawił żadnych innych warunków, jakie winien spełnić wykonawca, a zatem uznać należy, że bank potwierdził zdolność kredytową wykonawcy.

Zgodnie z cytowanym wyżej przepisem rozporządzenia informacja powinna pochodzić od banku, w którym wykonawca posiada rachunek. Wykonawca UAB Stega złożył informację z Banku AB Šiaulių bankas filia w Možejkach. Odwołujący się podał w wątpliwość, czy wykonawca UAB Stega rzeczywiście posiada w tym banku rachunek, ponieważ w treści informacji nie ma mowy na ten temat.

Izba wskazuje, że wskazany przepis rozporządzenia nie nakazuje zawierania w treści wystawionego dokumentu informacji, iż bank prowadzi rachunek wykonawcy. Brak zatem podstaw prawnych do żądania od wykonawcy tego typu informacji w złożonym dokumencie. Ponadto z faktu, iż wykonawca UAB Stega zapłacił wadium z innego rachunku oraz jeszcze inny rachunek podaje na swojej stronie internetowej nie można jeszcze wywodzić, iż w banku AB Šiaulių bankas filia w Možejkach nie posiada rachunku. Izba przeanalizowała dowody, na które powołał się zamawiający, w tym pismo banku AB Šiaulių bankas filia w Možejkach z dnia 15 listopada 2012 roku i uznała za udowodniony fakt, że wykonawca UAB Stega posiada we wskazanym banku trzy rachunki założone w dniu 31 lipca 2012 roku.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego wystawienia przez osobę nieuprawnioną dokumentów poświadczających wykonywanie przez wykonawcę UAB Stega określonych dostaw dla Chemiko Limited Izba stwierdziła, iż zarzuty odwołującego się nie znajdują podstaw.

Odwołujący się zarzucił, iż dokumenty te powinny zostać podpisane przez Pana T..... N..... Zamawiający wezwał UAB Stega do wyjaśnień i uzupełnienia złożonych dokumentów. Dokumenty potwierdzające należyte wykonanie zamówień na rzecz Chemiko Limited zamawiający uznał za wystarczające dla wykazania wymaganego doświadczenia. Odwołujący się nie zakwestionował uzupełnionych dokumentów, w odwołaniu podnosił jedynie te same zarzuty, które sformułował w piśmie do zamawiającego informującym go o rozbieżnościach w nazwisku osoby, która podpisała dokumenty złożone

wraz z ofertą. Nie odniósł się natomiast do dokumentów złożonych w wyniku wezwania. Tym samym w ocenie Izby brak jest podstaw do kwestionowania decyzji zamawiającego o uznaniu, iż wykonawca UAB Stego spełnia wymagany warunek wiedzy i doświadczenia.

O kosztach postępowania Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

.....