

Sygn. akt: KIO 216/11

WYROK
z dnia 11 lutego 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Małgorzata Wilim

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 lutego 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez wykonawcę **Gazomontaż S.A. z siedzibą w Ząbkach, 05-091 Ząbki, ul. Powstańców 2c**, od czynności zamawiającego, którym jest **Gmina Głinojeck, 06-450 Głinojeck, ul. Płocka 12**,

przy udziale **Lubelskiego Przedsiębiorstwa Robót Inżynieryjnych Sp. z o.o., 20-445 Lublin, ul. Zembrzycka 53**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie

2. Kosztami postępowania obciąża **Gazomontaż S.A. z siedzibą w Ząbkach, 05-091 Ząbki, ul. Powstańców 2c** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Gazomontaż S.A. z siedzibą w Ząbkach, 05-091 Ząbki, ul. Powstańców 2c**,

- 2) dokonać wpłaty kwoty 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Gazomontaż S.A. z siedzibą w Ząbkach, 05-091 Ząbki, ul. Powstańców 2c** na rzecz **Gminy Głinojeck, 06-450 Głinojeck, ul. Płocka 12**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198 a ust. 1 i 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 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 w **Płocku**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. nr 113, poz.759, ze zm.) [dalej ustawa Pzp] „na budowę kanalizacji sanitarnej w systemie podciśnieniowym w miejscowościach: Kondrajec Szlachecki, Luszewo, Ogonowo, Strzeszewo, Faustynowo, Lipiny, Brody Młockie, Wola Młocka, Kowalewko, Zygmuntowo, Dreglin Śródborze, Zalesie, Żeleźnia, Juliszewo Brody Rumockie, Rumoka, gm. Głinojeck wraz z rurociągami tłocznymi w ramach projektu pn.: Przyspieszenie rozwoju społeczno-gospodarczego i poprawa stanu środowiska naturalnego w Gminie Głinojeck dzięki rozbudowie systemu wodociągów i kanalizacji współfinansowanego z Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego w ramach Priorytetu IV Środowisko, zapobieganie zagrożeniom i energetyka Działania 4.1 Gospodarka wodno-ściekowa Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Mazowieckiego 2007-2013 przez zamawiającego - Gminę Głinojeck. Odwołujący - Gazomontaż S.A.z siedzibą w Ząbkach stwierdził, że Zamawiający naruszył następujące przepisy prawne: (1) przepis art. 7 ust. 3 oraz art. 91 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez wadliwy wybór oferty Lubelskiego Przedsiębiorstwa Robót Inżynieryjnych sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie jako oferty najkorzystniejszej; (2) przepis art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji; (3)przepis art. 22 w związku z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, poprzez niewykluczenie Lubelskiego Przedsiębiorstwa Robót Inżynieryjnych sp. z o.o. wbrew obowiązkowi wynikającemu z powołanych przepisów; oraz (4)przepis § 1 ust. 1 pkt 9 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 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 2009 r. Nr 226 poz. 1817) poprzez niewłaściwe jego zastosowanie i uznanie, że złożona przez Lubelskie Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych sp. z o.o. opinia bankowa spełnia wymogi określone w tym przepisie; a także (5) postanowienia pkt 5.2 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia poprzez uznanie referencji Gminy Dęblin oraz Gminy Skierbieszów przedstawionych przez Lubelskie Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych sp. z o.o. za prawidłowe i spełniające wymogi określone w wymienionym zapisie. Wskazując na powyższe wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu: (1) unieważnienia czynności wyboru oferty

Lubelskiego Przedsiębiorstwa Robót Inżynieryjnych sp. z o.o. jako podjętej z naruszeniem prawa; (2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert i w jej wyniku wykluczenia z postępowania Lubelskiego Przedsiębiorstwa Robót Inżynieryjnych sp. z o.o. i odrzucenia jego oferty; (3) wyboru najkorzystniejszej oferty Odwołującego, oraz (4) obciążenia Zamawiającego kosztami postępowania wynikającego z wniesionego odwołania. W uzasadnieniu podał, że w dniu 24 stycznia 2011 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców, w tym Odwołującego o wyborze najkorzystniejszej oferty, Lubelskiego Przedsiębiorstwa Robót Inżynieryjnych sp. z o.o., która to oferta otrzymała największą ilość punktów, tj. 100. Oferta Odwołującego się otrzymała drugą w kolejności ilość punktów, tj. 93,12. Tym samym, gdyby Zamawiający przy swoich czynnościach nie naruszył przepisów ustawy Pzp i rozporządzenia wykonawczego oraz odrzucił ofertę Lubelskiego Przedsiębiorstwa Robót Inżynieryjnych sp. z o.o. ze względu na fakt, że jej treść nie odpowiadała treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, to oferta Odwołującego się byłaby najkorzystniejsza, a tym samym otrzymałby on zamówienie. Dalej wykonawca podał, że do tego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na budowę kanalizacji sanitarnej w systemie podciśnieniowym w gminie Gliniojeck, została sporządzona Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) z dnia 19 października 2010 r. Zgodnie z pkt 5.4 SIWZ („Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełnienia tych warunków”) o udzielenie zamówienia mogli ubiegać się Wykonawcy, którzy wykazali, że posiadają środki finansowe na rachunku bankowym w wysokości 5 mln zł lub zdolność kredytową na kwotę 5 mln zł. Sposób, w jaki podmioty biorące udział w postępowaniu, mogły udowodnić spełnienie tego warunku, określa stosowny przepis rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. wskazując, że powinna to być informacja banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, w których wykonawca posiada rachunek, potwierdzająca wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy. Tymczasem Lubelskie Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych sp. z o.o., którego oferta została uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą, przedstawiło opinię bankową Banku Gospodarki Żywnościowej SA, który potwierdza jedynie, że „Lubelskie Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych sp. z o.o. posiada zdolność ubiegania się o kredyt w kwocie 10.000.000,00 zł”. Zdaniem wykonawcy, przedstawienie opinii o treści jak powyżej nie spełnia wymogu określonego w pkt 5.4 SIWZ, jak również nie stanowi informacji banku, o której mowa w przepisach rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. Pojęcie „zdolności kredytowej” wymieniane w w/w przepisach oznacza potwierdzenie, że podmiot posiadający taką zdolność rzeczywiście uzyska w danym banku kredyt w żądanej wysokości,

jeżeli tylko złoży odpowiedni wniosek. Jest to rodzaj promesy udzielenia kredytu, wynikającej z pozytywnej oceny banku, dotyczącej sytuacji finansowej danego podmiotu. Pojęcie „zdolności kredytowej” nie jest tożsame ze sformułowaniem „zdolność ubiegania się o kredyt”, które oznacza jedynie, że podmiot może wszcząć procedurę ubiegania się o kredyt, ale ostateczna decyzja banku co do udzielenia kredytu zapadne dopiero po przeprowadzeniu tej procedury, i w chwili wydawania opinii bankowej nie wiadomo, czy decyzja byłaby pozytywna. Stwarza to sytuację niepewną i nie wyjaśnia, jak jest lub będzie sytuacja finansowa danego podmiotu. Tymczasem wymóg przedstawienia opinii bankowej o istnieniu zdolności kredytowej wykonawcy (a nie jedynie zdolności ubiegania się o kredyt) ma na celu zagwarantowanie, że w razie wyboru oferty danego podmiotu, będzie on w istocie dysponował środkami finansowymi pozwalającymi na wykonanie zamówienia, tzn. albo będzie miał środki finansowe w odpowiedniej wysokości na rachunku albo uzyska kredyt w żądanej wysokości. Natomiast przedstawienie opinii o takiej treści, jak opinia wystawiona dla Lubelskiego Przedsiębiorstwa Robót Inżynieryjnych sp. z o.o., nie daje żadnej pewności ani nawet wysokiego prawdopodobieństwa, że ten wykonawca kredyt uzyska i będzie to kredyt w wysokości w odpowiedniej wysokości. Oznacza to, że podmiot, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza nie spełnił wszystkich wymagań, określonych w powoływanych przepisach rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów oraz zapisach SIWZ, bowiem nie przedstawił informacji banku o swojej zdolności kredytowej do kwoty 5 mln zł. Powołując się na orzecznictwo arbitrażowe wykonawca stwierdził, że „wskazanie na możliwość ubiegania się o kredyt lub linię kredytową nie potwierdza posiadania zdolności kredytowej”. Albowiem przez (...) zdolność kredytową rozumie się zdolność do spłaty zaciągniętego kredytu wraz odsetkami w terminach określonych w umowie. Kredytobiorca jest zobowiązany przedłożyć na żądanie banku dokumenty i informacje niezbędne do dokonania oceny tej zdolności. Ustalenie czy kredytobiorca posiada zdolność kredytową na określonym poziomie wymaga przeprowadzenia przez bank analizy różnych obszarów jego aktywności. Dopiero w wyniku takiej analizy stwierdzana jest zdolność kredytowa, a następnie podejmowana decyzja o przyznaniu kredytu” 9...). Zdaniem Odwołującego wybrane Przedsiębiorstwo przedstawiło także inne dokumenty, nie spełniające wymogów określonych w SIWZ, co zostało przeoczone przez Gminę Gliniojeck. W tym przypadku wskazał na wymagania postanowień pkt 5.2 wykonawcy powinni wykazać, że w okresie ostatnich pięciu lat wykonali prawidłowo dwie roboty polegające na wykonaniu kanalizacji w systemie podciśnieniowym spełniającym wymagania normy PN-EN 1091 o łącznej długości minimum 25 km i wybudowaniu dwóch stacji próżniowo-tłocznych o łącznej wartości tych

robót minimum 10 mln zł. Na dowód spełnienia tych ^ wymogów Lubelskie Przedsiębiorstwo Robót Inżynierskich przedstawiło trzy referencje: Gminy Nadarzyn, Gminy Dęblin oraz Gminy Skierbieszów. Dwie ostatnie z tych referencji są nieprawidłowe, tj. nie stanowią potwierdzenia wykonania dwóch robót, takich jak opisane w SIWZ-ie. Referencja wystawiona przez Gminę Dęblin nie zawiera bowiem zapisu o wykonaniu kanalizacji podciśnieniowej zgodnie z normą PN-EN 1091L podczas gdy wyraźnie zapis SIWZ określa, że wymagane jest potwierdzenie wykonania kanalizacji zgodnie z tą normą. W treści referencji Gminy Skierbieszów również brak jest koniecznego zapisu o wykonaniu prac zgodnie z normą PN-EN 1091. A zatem referencje gm. Dęblin i Skierbieszów nie mogą być uznane za dokumenty potwierdzające wykonanie wymaganych prac przez to Przedsiębiorstwo, polegających na wybudowaniu kanalizacji zgodnie z normą o łącznej długości 25 km. Z referencji gm. Nadarzyn (jedynej prawidłowej) nie wynika bowiem, aby Przedsiębiorstwo wykonało kanalizację w oparciu o w/wym. normę o żądanej długości. Wadliwość tych referencji oznacza także, że wybrany podmiot nie wykazał wykonania dwóch stacji próżniowo-tłocznych o wymaganej łącznej wartości, ponieważ nie wynika to z referencji gm. Nadarzyn. Stwierdzenie powyższych okoliczności musi prowadzić do wniosku, że Lubelskie Przedsiębiorstwo Robót Inżynierskich sp. z o.o. powinno ulec wykluczeniu z uwagi na to, że nie wykazało spełnienia koniecznych wymagań, określonych w przepisach powoływanego rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów oraz Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Do takiego działania upoważnia przepis art. 22 w związku z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, a wykluczenie wskazanego podmiotu stanowi jednocześnie obowiązek Zamawiającego. Podkreślił także, że naruszenie przez Zamawiającego powyższych przepisów stanowi jednocześnie naruszenie zasady uczciwej konkurencji (wyrażoną w art. 7 ustawy Pzp) oraz zasad, zgodnie z którymi przeprowadza wybór najkorzystniejszej oferty (art. 7 i 91 ustawy o Pzp). Przede wszystkim nie można oferty, która zawiera nieprawidłowe dokumenty, a więc nie spełnia wszystkich koniecznych wymogów określonych przepisami prawa, traktować na równi z ofertami wykonawców, którzy przedstawiają t^ pełną, prawidłową ofertę. Zamawiający nie może oceniać ofert w sposób dowolny, ale tylko w taki, jaki podał w specyfikacji. Powinien brać przede wszystkim pod uwagę zgodność ze stawianymi przez siebie wymaganiami, inaczej można postawić mu zarzut dowolności przeprowadzenia ocen i nierównego traktowania wykonawców. W sytuacji, w której ocenia się wszystkie oferty, włącznie z ofertami wykonawców, nie spełniającymi określonych w przepisach oraz w zapisach SIWZ wymogów, a ponadto ofertę nieprawidłową (wykonawcy, który powinien podlegać wykluczeniu) wybiera się jako

najkorzystniejszą - zarzut jednoczesnego naruszenia zasady uczciwej konkurencji wydaje się być uzasadniony.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpienie zgłosił wykonawca - Lubelskie Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych sp. z o. o., wnosząc o oddalenie odwołania w całości, oraz dopuszczenie dowodu z dokumentów tj. (1) oświadczenie Banku Gospodarki Żywnościowej z dnia 4 lutego 2011r, (2) pismo Miasta Dęblin z dnia 4 lutego 2011 r., (3) pismo Gminy Skierbieszów z dnia 4 lutego 2011r. - na odparcie twierdzeń Odwołującego i poparcie twierdzeń wykonawcy w zakresie kwestionowanych warunków, które wyjaśniają i udowadniają spełnienie warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając stan faktyczny, ustalony na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia, w tym oferty uznanej za najkorzystniejszą oraz stanowiska stron postępowania odwoławczego i przystępującego do postępowania odwoławczego wykonawcy przedstawione w pisemnych stanowiskach oraz w toku rozprawy, stwierdziła, co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu.

Rozpatrując zarzut naruszenia art. 22 w związku z art. 24 ust.2 pkt 4 ustawy – Prawo zamówień publicznych Izba stwierdziła, że jest on niezasadny, albowiem dokumenty przedłożone do oferty przez wykonawcę Lubelskie Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych sp. z o.o. są prawidłowe i spełniają wymagania określone w specyfikacji w zakresie pkt 5.2 oraz pkt 5.4 siwz.

Zdaniem Izby kwestionowane przez Odwołującego zaświadczenie z Banku, dla potwierdzenia warunku z pkt 5.4, dotyczące zdolności kredytowej wykonawcy, jest zgodne z § 1 ust. 1 pkt. 9 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2009r. Nr 226 poz. 1817), [dalej: przepisy rozporządzenia]. W tym przypadku Izba stoi na stanowisku, że – tak jak wskazał Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie przedstawione na rozprawie oraz przystępujący do postępowania odwoławczego wykonawca – przepisy rozporządzenia nie odsyłają

bezpośrednio w swej treści do art. 70 Prawa bankowego. Stąd też norma zawarta w tym przepisie może mieć tylko odpowiednie zastosowanie. Izba zwraca także uwagę, iż generalnie, wystawiając sporne zaświadczenie bank informuje o tym, że dany klient ma możliwość ubiegania się o kredyt w określonej wysokości, albo zdolność kredytową do określonej kwoty, jednakże nie jest to równoznaczne z przyrzeczeniem przyznania kredytu w przyszłości. Tym samym na gruncie przepisów prawa zamówień publicznych zaświadczenie o zdolności kredytowej czy też o zdolności do ubiegania się o kredyt są pojęciami tożsamymi. Potwierdzają one bowiem, że podmiot którego dotyczą ma taką sytuację finansową, która pozwała mu ubiegać się o kredyt w określonej wysokości i to w dacie wystawienia takiego zaświadczenia. Z tych też względów – tak jak stwierdził Zamawiający - nie jest możliwe określenie szerszego zakresu zaświadczenia o zdolności kredytowej w stosunku do zaświadczenia o zdolności do ubiegania się o kredyt. Tak jak Izba wskazała, dokument ten ma potwierdzać posiadanie przez wykonawcę stosownego zabezpieczenia finansowego, które w kolejnym etapie – jeżeli taka będzie decyzja przedsiębiorcy – pozwoli na uzyskanie potencjalnego, aczkolwiek nieskonkretyzowanego kredytu bankowego.

Także, referencje Gminy Dęblin oraz Gminy Skierbieszów, zdaniem Izby, przedstawione do oferty wypełniają wymagania specyfikacji ustalone w pkt 5.2, który to warunek dotyczy prawidłowego wykonania, zgodnie z zasadami sztuki budowlanej, dwóch robót budowlanych polegających na zrealizowaniu kanalizacji w systemie podciśnieniowym spełniających m.in. wymagania normy PN-EN 1091. Dla potwierdzenia warunku z pkt 5.2. Zamawiający wymagał przedłożenia wykazu robót o treści ustalonej w załączniku nr 5 oraz dokumentów potwierdzających, że te roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo. Inne dokumenty nie były wymagane dla potwierdzenia tego warunku. Tym samym załączone do oferty referencje i wykaz robót spełniają ustalone w tym postępowaniu wymagania. Izba stwierdza także, że takie dokumenty jak np. referencje służą potwierdzeniu, że dane roboty zostały wykonane należycie. Zarówno przepisy ustawy - Prawo zamówień publicznych jak i powołanego rozporządzenia a także inne przepisy nie określają szczegółowego zakresu referencji. Brak jest zatem podstaw do żądania od wykonawcy przedkładania opinii o realizowanych robotach o jakiejś szczególnej treści.

Izba zauważa także, że zgodnie z art. 190 ust.1 ustawy Pzp – strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne zarówno na poparcie swoich twierdzeń jak i na odparcie twierdzeń strony przeciwnej. Zatem przystępujący do postępowania odwoławczego

wykonawca, przedkładając oświadczenia banku oraz zamawiających na rzecz, których realizowane były inwestycje, działał w granicach prawa przyznanego mu przez ustawę – Prawo zamówień publicznych.

Mając powyższe ustalenia na uwadze, tym samym nie podlega także uwzględnieniu zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3, albowiem wybór oferty – w zaskarżonym zakresie - Lubelskiego Przedsiębiorstwa Robót Inżynieryjnych sp. z o.o. z siedzibą Lublinie, jako oferty najkorzystniejszej, nie narusza art. 91 ust. 1 i 2 ustawy Pzp,

W związku z powyższym orzeczono jak w sentencji. O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania z uwzględnieniem § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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).

.....