

**WYROK**

**z dnia 23 listopada 2012 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **20 listopada 2012 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 listopada 2012 r.

przez wykonawcę: **Devoteam S.A. z siedzibą w Warszawie**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego: **Skarb Państwa – Minister Finansów reprezentowany przez Dyrektora Izby Celnej w Katowicach**

przy udziale wykonawcy: **Atos IT Services sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** – zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

**orzeka:**

- 1. Oddala odwołanie.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego: Devoteam S.A. z siedzibą w Warszawie i:**
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego: Devoteam S.A. z siedzibą w Warszawie – tytułem wpisu od odwołania,**
  - 2.2. zasądza od odwołującego: Devoteam S.A. z siedzibą w Warszawie na rzecz zamawiającego: Skarbu Państwa – Ministra Finansów reprezentowanego przez Dyrektora Izby Celnej w Katowicach kwotę 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uzasadnionych kosztów strony obejmujących wynagrodzenie pełnomocnika.**

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

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Dyrektor Izby Celnej w Katowicach jako pełnomocnik przygotował i prowadzi dla Zamawiającego Skarbu Państwa – Ministra Finansów w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759; zwanej dalej również „ustawą pzp” lub „ppz”), postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługi pn. *Wykonanie, dostawę i wdrożenie Systemu Help Desk, czyli jednolitej platformy informacji i pomocy dla użytkowników Systemu Informacyjnego Służby Celnej budowanego w ramach „Programu e-Cło* (oznaczenie sprawy 33-ILGW-253-11/2012).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane jako obligatoryjne w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 17 lipca 2012 r. pod nr 2012/S\_135-225142, w tym samym dniu pełnomocnik Zamawiającego zamieścił w swojej siedzibie i na swojej stronie internetowej ([www.katowice.ic.gov.pl](http://www.katowice.ic.gov.pl)), na której na której udostępnił również od tego dnia r. specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej zwaną w skrócie „s.i.w.z.” lub „SIWZ”).

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp i została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 2.762.601,63 zł, co stanowi równowartość 687.282,72 euro.

31 października 2012 r. Zamawiający przesłał drogą elektroniczną Odwołującemu – Devoteam S.A. z siedzibą w Warszawie zawiadomienie o wykluczeniu z postępowania oraz o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Atos IT Services sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

9 listopada 2012 r. (pismem z tej daty) Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od powyższych czynności Zamawiającego, któremu zarzucił rażące naruszenie następujących przepisów ustawy pzp:

1. Art. 7 ust. 3 – w zakresie naruszenia zasady udzielania zamówienia publicznego wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy pzp.
2. Art. 24 ust. 2 pkt. 4 – przez jego błędną wykładnię i uznanie przez Zamawiającego, że nie zostały złożone przez Odwołującego odpowiednie dokumenty lub oświadczenia, prowadząc do wykluczenia Odwołującego z ubiegania się o udzielenie zamówienia i w konsekwencji do uznania oferty Odwołującego za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4.
3. Art. 25 w zw. z art. 26 ust. 1 w zw. z § 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 z

(Dz.U. Nr 226, poz. 1817) poprzez ich błędną, rozszerzającą interpretację i żądanie od Odwołującego oświadczenia banku wskazującego na wysokość środków wykorzystanych w ramach linii kredytowej udzielonej Odwołującemu przez Bank HSBC, mimo że takiego uprawnienia Zamawiającego nie przewidują przepisy obowiązującego prawa.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.
2. Unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania.
3. Ponownego dokonania czynności badania i oceny ofert.
4. Dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący sprecyzował swój zarzut przez wskazanie następujących okoliczności prawnych i faktycznych uzasadniających wniesienie odwołania.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający w treści SIWZ wymagał aby wykonawca wykazał, iż posiada zdolność kredytową na poziomie co najmniej 2.000.000 złotych (rozdział VI, pkt 1 ppkt 4) przez przedstawienie opinii bankowej wystawionej nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert. Odwołujący podniósł, że przedstawił oświadczenie banku HSBC Bank Polska S.A. datowane na 30 sierpnia 2012 r. (podczas gdy termin składania ofert przypadał na 4 września 2012 r.), potwierdzające posiadanie przez niego w tym banku otwartej linii kredytowej w wysokości 5 mln zł.

W ocenie Odwołującego z otrzymanego uzasadnienia wykluczenia wynika, że Zamawiający interpretuje pojęcie zdolności kredytowej niezgodnie zarówno z literalnym brzmieniem art. 70 Prawa bankowego (na który to przepis Zamawiający sam się powołuje), jak i z wypracowaną linią orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej w zakresie interpretacji tego pojęcia na gruncie ustawy pzp. Art. 70 prawa bankowego stanowi, że: *Przez zdolność kredytową rozumie się zdolność do spłaty zaciągniętego kredytu wraz z odsetkami w terminach określonych w umowie*. Sens pojęcia zdolności kredytowej z tego przepisu jednoznacznie rozumiany jest w doktrynie jako przymiot składającego wniosek o udzielenie kredytu, a później kredytobiorcy, występujący przez cały okres od złożenia wniosku do całkowitej spłaty udzielonego kredytu. Natomiast Zamawiający zdaje się rozumieć pojęcie zdolności kredytowej bardzo wąsko – jako możliwość uzyskania w przyszłości kredytu przez wykonawcę. W ocenie Odwołującego takie podejście nie znajduje oparcie w przepisach prawa ani w orzecznictwie.

Zdolność kredytowa jest bowiem prognozą określonego stanu rzeczy, który będzie istniał aż do chwili wymagalności roszczenia o zwrot kredytu, dokonywaną na podstawie informacji dostarczonych przez kredytobiorcę, danych własnych banku, informacji uzyskanych z instytucji upoważnionych ustawowo do gromadzenia i przetwarzania danych, o których mowa w art. 105 ust. 4 Prawa bankowego i w ustawie z 9 kwietnia 2010 r.

o udostępnianiu informacji gospodarczych i wymianie danych gospodarczych, a także innych publicznie dostępnych informacji. Odwołujący podkreślił, że art. 70 Prawa bankowego statuuje publicznoprawny obowiązek banku, polegający na konieczności weryfikacji zdolności kredytowej kredytobiorcy. Obowiązek ten wynika z tego, że środki udostępniane kredytobiorcy w ramach kredytu, są jednocześnie środkami zdeponowanymi przez klientów banku. W celu ochrony ich interesów ustawodawca nałożył na banki obowiązek stałej weryfikacji zdolności kredytowej kredytobiorców. Obowiązek ten podlega weryfikacji przez Komisję Nadzoru Finansowego, która np. w wydanych na podstawie art. 137 pkt 5 Prawa bankowego rekomendacjach dla banków zaleca kontrolowanie na bieżąco przez bank wypełniania przez kredytobiorcę obowiązków z umowy kredytowej oraz jego zdolności kredytowej, na podstawie dostarczonych przez kredytobiorcę dokumentów, w sposób pozwalający na obiektywną ocenę ryzyka związanego ze spłatą zadłużenia (por. Rekomendacja S ze stycznia 2011, w szczególności rekomendacja 10 i 12). Konsekwencją niedotrzymywania przez kredytobiorcę warunków umowy kredytu lub utraty przez niego zdolności kredytowej może być wypowiedzenie przez bank umowy kredytu. To daleko idące uprawnienie banku zostało przewidziane wprost w art. 75 ust. 1 Prawa bankowego, przy czym, przepis ten ma charakter bezwzględnie obowiązujący. Zdaniem Odwołującego z przepisu tego wynika także, że zdolność kredytowa nie jest pojęciem abstrakcyjnym, ocenianym wyłącznie na dzień podejmowania przez bank decyzji o udzieleniu kredytu (jak chciałby ją interpretować Zamawiający), ale jest cechą wykonawcy, którą legitymuje się on przez cały okres obowiązywania umowy kredytu.

Zdaniem Odwołującego rozważania Zamawiającego sugerujące możliwość, że bank przed udzieleniem kredytu lub w trakcie obowiązywania umowy kredytowej nie dokonywał oceny zdolności kredytowej Odwołującego muszą być uznane za bezprzedmiotowe. W przeciwnym razie należałoby uznać, że bank nie wypełnił obowiązku nałożonego na niego na mocy art. 70 Prawa bankowego i złamał prawo. Zamawiający nie uprawniony do dokonywania takich ocen i kwestionowania zarówno czynności bankowych podjętych przez bank, jak i treści złożonych przez bank oświadczeń. Z kolei żądanie przedstawienia dodatkowych dokumentów wystawionych przez bank mających na celu udowodnienie *czy w związku z przyznaniem linii kredytowej przez HSBC Bank Polska SA, bank ten badał zdolność kredytową polskiej spółki Devoteam SA, a jeśli tak to na jaki dzień badana była zdolność kredytowa Devoteam SA* – nie znajduje w ocenie Odwołującego oparcia w przepisach ustawy pzp i musi być uznane za bezprawne.

Odwołujący podał, że przedstawiona przez niego opinia bankowa wskazuje, że do jego dyspozycji postawiony jest kredyt odnawialny w rachunku bieżącym w wysokości 5.000.000 złotych (pięć milionów złotych). Specyfika tego kredytu polega na możliwości zadłużania się do kwoty kredytu wielokrotnie w okresie obowiązywania umowy kredytu.

Udzielenie kredytu oznacza pozytywną opinię banku w zakresie zdolności kredytowej Wykonawcy do kwoty 5.000.000 złotych. Zdolność kredytowa Wykonawcy oceniana jest w sposób ciągły przez bank w okresie obowiązywania umowy kredytu, przez weryfikację informacji na temat sytuacji finansowej Wykonawcy, który zobowiązany jest przekazywać bankowi informacje dotyczące działalności i sytuacji finansowej, w tym kopie kwartalnych sprawozdań F-01 w terminie 30 dni od zakończenia odpowiednich okresów obrachunkowych wraz z opinią i raportem biegłego rewidenta, informacje dodatkowe i sprawozdanie zarządu. O istnieniu takiej ciągłej weryfikacji Odwołujący poinformował Zamawiającego w piśmie z 17 października 2012 r., wskazując również, że ostatnia z tych weryfikacji odbyła się już po złożeniu oferty a jej rezultatem było przedłużenie umowy na kolejny okres aneksem zawartym 4 października 2012 r. Informacja ta przekazana została w odpowiedzi na wątpliwości zgłoszone przez Zamawiającego w piśmie z 17 października 2012 r. i miała na celu jedynie wskazanie na fakt dokonywana weryfikacji zdolności kredytowej Wykonawcy przez HSBC Bank Polska SA w sposób ciągły w trakcie obowiązywania umowy.

Odwołujący uznał również za nieuprawnione następujące stwierdzenie Zamawiającego: *Z oświadczenia HSBC Bank Polska SA wynika, że Unia kredytowa przyznana Devoteam SA spółce polskiej jest w 100 % zabezpieczona przez spółką matkę, francuską spółkę Devoteam SA. Skoro linia kredytowa wykonawcy jest w 100% zabezpieczona przez inny podmiot z grupy kapitałowej wykonawcy będący podmiotem dominującym, to zdaniem Zamawiającego z dokumentu takiego nie wynika, czy przed udzieleniem wykonawcy Unii kredytowej bank w ogóle badał kondycję finansową oraz sytuację ekonomiczną spółki Devoteam SA z siedzibą w Polsce.* Wbrew przekonaniu Zamawiającego w doktrynie i piśmiennictwie ugruntowany jest pogląd, że zdolność kredytowa i zabezpieczenie kredytu to dwie odrębne kategorie prawne. Zabezpieczenie jest ustanawiane na wypadek niespłacenia kredytu w terminie, co jest najczęściej wynikiem właśnie utraty zdolności kredytowej. Dokonując oceny zdolności kredytowej, nie należy się więc kierować rodzajem i wartością proponowanych zabezpieczeń.

Odwołujący stwierdził, że błędna interpretacja pojęcia zdolności kredytowej, jaka wystąpiła po stronie Zamawiającego, jest rzadkością. Z tego powodu trudno odwołać się do orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, które by już w tezach orzeczeń prezentowałyby przedstawione w odwołaniu stanowisko. Odwołujący podkreślił, że przywołany przez Zamawiającego w treści uzasadnienia wyrok Zespołu Arbitrów z 5 stycznia 2006 roku (sygn. akt UZP/ZO/03968/05) jest poglądem nieaktualnym, kilkakrotnie zweryfikowanym w późniejszym orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. Odwołujący zwrócił uwagę, że stany faktyczne rozpatrywane przez Izbę najczęściej dotyczyły kwestionowania przez zamawiających opinii bankowych wskazujących na warunkowe określenie zdolności kredytowej (odwołujący podał tu wyrok z 10.02.2011 r., sygn. akt KIO 167/11; wyrok

z 12.05.2010 r., sygn. akt KIO 738/10; wyrok z 15.10.2009 r., sygn. akt KIO/UZP 1244/09).  
Odwołujący stwierdził, że dokonując interpretacji pojęcia zdolności kredytowej na potrzeby stosowania pzp Krajowa Izba Odwoławcza stoi na stanowisku, że pojecie to powinno być interpretowane mniej rygorystycznie, niż wymaga tego literalne brzmienie art. 70 Prawa bankowego. Z tego względu uznaje się, że wystarczającym jest przedstawienie w ramach postępowań o udzielenie zamówienia publicznej opinii bankowej o zdolności kredytowej niestanowiącej promesy kredytowej i obarczonej warunkami typu *uzyskanie ostatecznej, pozytywnej decyzji komitetu kredytowego banku wystawiającego opinie*. Jednocześnie Izba, wskazując na dopuszczalność składania przez wykonawców opinii bankowych zawierających warunkowe określenie zdolności kredytowej, podkreśla, że gdyby interpretować Art. 70 prawa bankowego ściśle, to jedynie w przypadku posiadania przez wykonawcę promesy udzielenia kredytu lub otwartej linii kredytowej, można by mówić o posiadaniu przez niego zdolności kredytowej (w odwołaniu wskazano na wyrok Izby z 15 października 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 1244/09).

Zdaniem Odwołującego wynika z tego, że oświadczenie, w którym bank potwierdza posiadanie przez Wykonawcę otwartej linii kredytowej, potwierdza zdolność kredytowa podmiotu do wysokości przyznanego kredytu w 100%, zaś wszelkie, powszechnie akceptowane w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych oświadczenia banków potwierdzają jedynie pewne prawdopodobieństwo, że wykonawca kredyt o określonej wysokości mógłby wystąpić i go uzyskać. Odwołujący stwierdził, że taki pogląd potwierdza również wnioskowanie *a maiori ad minus*, w myśl którego, jeśli zamawiający obowiązany jest zaakceptować i uznać za wystarczające oświadczenie banku stanowiące jedynie niewiążącą deklarację przyszłego kredytowania – to tym bardziej obowiązany jest uznać za wykazaną zdolność kredytową wykonawcy, w sytuacji kiedy temu wykonawcy bank faktycznie udzielił kredytu o wymaganej wartości. Odwołujący podsumował, że nie sposób znaleźć lepszego potwierdzenia istnienia zdolności kredytowej wykonawcy niż fakt, że jest on stroną obowiązującą na dzień składania ofert umowy o udzielenie kredytu, zwłaszcza, jeśli jest to kredyt w formie linii kredytowej, którego specyfika polega na możliwości zadłużania się do kwoty kredytu wielokrotnie w okresie obowiązywania umowy kredytu. Instytucja bankowa udzielając Wykonawcy kredytu w formie odnawialnej linii kredytowej potwierdziła istnienie jego zdolności kredytowej co najmniej na kwotę kredytu i Zamawiający fakt ten obowiązany jest przyjąć do wiadomości a warunek wykazania potencjału ekonomiczno-finansowego uznać za spełniony.

W ocenie Odwołującego bezprawne jest również żądanie przez Zmawiającego przedstawienia dodatkowego oświadczenia o stanie wykorzystania linii kredytowej, gdyż uprawnień takich nie przyznaje ani ustawa pzp, ani wydane na jej podstawie rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający

od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane z dnia 30 grudnia 2009 r. (Dz.U. Nr 226, poz. 1817). W ocenie Odwołującego żądając oświadczenia o wysokości środków z kredytu pozostałych do wykorzystania, Zamawiający dokonuje swoistej, nieuprawnionej kompilacji warunków w postaci (1) posiadania przez Wykonawcę kwoty określonej na rachunku lub (2) określonej zdolności kredytowej – oczekując wykazania istnienia realnej kwoty na rachunku kredytowym Wykonawcy, w ramach wykazanej już przecież przez Wykonawcę zdolności kredytowej.

Zamawiający nie wniósł na piśmie lub ustnie do protokołu odpowiedzi na odwołanie.

Wskutek wezwania przez Zamawiającego 12 listopada 2012 r. pozostałych wykonawców uczestniczących w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym wraz z przekazaniem kopii odwołania – 15 listopada 2012 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło zgłoszenie przez Atos IT Services sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Wobec braku zgłoszenia opozycji przez Strony oraz dokonania zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego w ustawowym terminie, we właściwej formie i z zachowaniem wymogu przekazania jego kopii Stronom postępowania (art. 185 ust. 2 pzp) – Izba nie stwierdziła podstaw do niedopuszczenia tego Wykonawcy do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego jako uczestnika tego postępowania (Przystępującego).

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych i wpis został przez Odwołującego uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

Wobec ustalenia w toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających, iż nie została wypełniona żadna przesłanka skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 189 ust. 2 pzp, i braku złożenia w tym zakresie odmiennych wniosków na posiedzeniu, Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Odwołujący podtrzymał odwołanie, natomiast Zamawiający i Przystępujący wnieśli o jego oddalenie.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Uczestników postępowania (Stron i Przystępującego), uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron i Przystępującego – zawarte w odwołaniu, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole – Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**



Zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 pzp odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W ocenie Izby Odwołujący legitymuje się interesem w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, w którym złożył ofertę z ceną niższą, niż oferta wybrana przez Zamawiającego. Jednocześnie wykluczenie z postępowania naraża Odwołującego na szkodę z powodu nieuzyskania odpłatnego zamówienia publicznego, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, która została również przekazana Izbie w formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez Zamawiającego, w szczególności zaś przeprowadziła dowody z następujących dokumentów: ogłoszenia o zamówieniu, s.i.w.z., oferty Odwołującego, wezwania do uzupełnienia dokumentów, złożonych w odpowiedzi wyjaśnień Odwołującego, a także z protokołu postępowania.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba wzięła również pod uwagę stanowiska i oświadczenia Stron i Przystępującego wyrażone oraz ustnie do protokołu w toku rozprawy.

Izba ustaliła także, że Minister Finansów upoważnieniem z 6 marca 2012 r., na podstawie art. 34 ust. 1 ustawy z dnia 8 sierpnia 1996 r. o Radzie Ministrów (Dz. U. z 2003 r. Nr 24, poz. 199, z późn. zm.) w związku z art. 15 ust. 2 i 3 ustawy pzp oraz ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. Nr 157, poz. 1240, z późn. zm.), powierzył Dyrektorowi Izby Celnej w Katowicach przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w którym zostało wniesione rozpatrywane odwołanie.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz zarzuty podniesione w odwołaniu i podlegające rozpatrzeniu, Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że Zamawiający miał podstawy do uznania, że Odwołujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji finansowej polegającej na posiadaniu środków finansowych lub zdolności kredytowej w wysokości nie mniejszej niż 2 mln zł, co uzasadniało wykluczenie Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 pzp.

Zamawiający w sposób wyczerpujący podał uzasadnienie swojej decyzji, począwszy od przedstawienia stanu faktycznego w zakresie opisu warunku udziału w postępowaniu, dokumentu jaki został załączony przez Odwołującego do oferty, wezwania do uzupełnienia

dokumentu, wyjaśnień udzielonych w odpowiedzi, a skończywszy na argumentacji prawnej dotyczącej niewykazania przez Odwołującego spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Z tego względu nie potrzeby powtarzania okoliczności dotyczących przebiegu postępowania, które zostały adekwatnie przedstawione, ani powtarzania argumentacji prawnej, którą w większości Izba podziela. Zastrzeżenie Izby budzi jedynie wniosek Zamawiającego wysnuty z okoliczności, że linia kredytowa udzielona Odwołującemu zabezpieczona jest w 100% gwarancją korporacyjną udzieloną przez francuską spółkę matkę. Twierdzenie na tej podstawie, że może to oznaczać brak zbadania przez bank kondycji ekonomiczno-finansowej Odwołującego, jest zbyt daleko idące i pozostaje nieudowodnione. Przede wszystkim jednak wątpliwe jest, czy miałyby to jakiegokolwiek znaczenie dla możliwości negatywnej weryfikacji w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Z mocy art. 26 ust. 2b pzp wykonawca może przy spełnianiu warunku udziału dotyczącego sytuacji finansowej polegać na zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Zatem możliwa jest sytuacja, że choć wykonawca sam nie posiada wymaganej zdolności kredytowej lub środków finansowych, to zostanie oceniony jako spełniający warunek udziału w tym zakresie. Tym bardziej brak podstaw aby Zamawiający wnikał w sposób oceny zdolności kredytowej wykonawcy prowadzonej przez bank, jeżeli ten ocenia ją pozytywnie z uwagi na potencjał finansowy spółki powiązanej z nim kapitałowo.

W pozostałym zakresie ustalenia i ocena prawna Zamawiającego są adekwatne dla dokumentu przedstawionego przez Odwołującego na potwierdzenie spełnienia warunku. Pomimo możliwości jego uzupełnienia, Odwołujący zdecydował się poprzestać na datowanym na 30 sierpnia 2012 r. oświadczeniu, w którym bank potwierdził, że Odwołujący posiada otwartą linię kredytową w wysokości 5 mln zł. Tymczasem zamawiający kierując w trybie art. 26 ust. 3 pzp wezwanie precyzyjnie określił jakie braki stwierdził, w szczególności wskazując na to, że nie ma informacji o stanie wykorzystania linii kredytowej, względnie informacji kiedy bank badał zdolność kredytową w związku z przyznaną linią kredytową. Wbrew stanowisku zawartemu w odwołaniu dla oceny znajdowania się przez Odwołującego w sytuacji finansowej umożliwiającej mu ubieganie się o udzielenie przedmiotowego zamówienia ma znaczenie, czy wielkość środków finansowych, pozostających w jego dyspozycji z tytułu udzielonej linii kredytowej, wynosiła co najmniej 2 mln zł. Zadaniem wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia jest wykazanie, że ma dostęp do źródeł finansowania, które umożliwią mu poniesienie kosztów realizacji zamówienia do czasu otrzymania wynagrodzenia od Zamawiającego. Chodzi zatem o realny dostęp do środków finansowych przeznaczonych na sfinansowanie konkretnego zamówienia, przy czym mogą to być zarówno środki własne wykonawcy albo środki pożyczone przez stosowną instytucję finansową. W tym ostatnim przypadku, z uwagi na to,

że trudno wymagać aby wykonawcy ubiegający się dopiero o udzielenie zamówienia brali już kredyt na poczet zamówienia, którego mogą nie uzyskać – wystarczające jest wykazanie się realną możliwością do uzyskania takiego kredytu. Jeżeli wykonawca nie ma własnych środków to jego zadaniem jest uzyskanie potwierdzenia od instytucji finansowej, że pozytywnie ocenia zdolność wykonawcy do spłacenia kredytu przeznaczonego na sfinansowanie zamówienia. Zatem nie chodzi o zdolność kredytową w ogóle, tylko zdolność kredytową związaną z uzyskaniem środków na realizację zamówienia. Z tego względu niekoniecznie udzielony już kredyt stanowi pewniejsze potwierdzenie znajdowania się w sytuacji finansowej umożliwiającej realizację zamówienia od kredytu dopiero obiecanego, np. pod warunkiem, że wykonawca zamówienie uzyska. Jeżeli kredyt został udzielony na zupełnie inny cel, a w szczególności kiedy został już wykorzystany lub środki z niego pochodzące są stale zaangażowane na inną działalność wykonawcy – w żaden sposób nie potwierdza zdolności sfinansowania realizacji zamówienia. Należy zauważyć przy tym, że z uwagi na uregulowanie wynikające z § 1 pkt 9 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, *de facto* wystarczające jest wykazanie przez wykonawcę, że w jakimkolwiek dniu w okresie trzech miesięcy przed terminem składania ofert miał dostęp do środków finansowych na sfinansowanie realizacji zamówienia. Stąd w przypadku Odwołującego wystarczające byłoby uzupełnienie treści załączonego do oferty dokumentu o informację, z której wynikałoby, że bank potwierdza na datę przypadającą nie dalej niż 3 miesiące przed 4 września 2012 r. pozostawanie do wykorzystania w ramach linii kredytowej środków finansowych na kwotę 2 mln zł. Natomiast Odwołujący odmówił Zamawiającemu przedstawienia takiej informacji, zamiast tego podając wymijająco, że do jego dyspozycji jest kredyt odnawialny w rachunku bieżącym w wysokości 5 mln zł, którego specyfika polega na możliwości zadłużania się do maksymalnej kwoty wielokrotnie w okresie obowiązywania umowy, a linia kredytowa każdego dnia wykorzystana może być w różnym stopniu. W tych okolicznościach Zamawiający miał prawo uznać za niewykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu odmowę złożenia informacji z banku potwierdzającej na dzień jej wystawienia lub na inny dzień przypadający maksymalnie 3 miesiące przed terminem składania ofert, że przyznana linia kredytowa nie była wykorzystana lub była wykorzystana w zakresie nie większym niż do kwoty wymaganej przez Zamawiającego.

Odwołujący miał alternatywnie możliwość potwierdzenia znajdowania się w wymaganej przez Zamawiającego sytuacji finansowej przez wykazanie, że bank przeprowadził ocenę jego zdolności kredytowej, odrębnie lub w związku z udzieloną uprzednio linią kredytową, nie dawniej niż 3 miesiące przed terminem składania ofert, oraz zaświadcza, że wynosi ona co najmniej 2 mln zł. Zamiast tego Odwołujący poinformował Zamawiającego, że taka ocena została przeprowadzona już po składaniu ofert w związku z przedłużeniem obowiązywania umowy kredytowej na kolejny rok. Na rozprawie Odwołujący

dotatkowo poinformował, że na mocy podpisanego 4 października 2012 r. aneksu limit kredytowy został podniesiony do 7 mln zł. Wynika z tego Odwołujący gdyby tylko o to zadbał mógłby wykazać się aktualną pozytywną oceną zdolności kredytowej w wysokości wymaganej przez Zamawiającego.

Odwołujący niezadanie zarzuca Zamawiającemu naruszenie art. 25 i art. 26 ust.1 pzp w zw. z § 1 pkt 9 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów. Zarówno w treści s.i.w.z. jak i na etapie badania ofert Zamawiający nie wymagał od Odwołującego innych dokumentów, niż określone w § 1 pkt 9 rozporządzenia. Przepis ten nie konkretyzuje treści informacji z banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, poza wymaganiami aby wynikało z niej potwierdzenie wysokości posiadanych środków kredytowych lub zdolności kredytowej. Musi to jednak nastąpić w taki sposób aby wykonawca wypełnił ciążący na nim z mocy art. 26 ust. 2a pzp obowiązek wykazania spełniania warunku udziału w zakresie wymaganym przez zamawiającego w s.i.w.z. Odwołujący mylnie utożsamia wskazanie przez Zamawiającego na czym polegają braki dokumentu, do którego uzupełnienia wezwał w trybie art. 26 ust. 3 pzp, z żądaniem przedstawienia dodatkowego dokumentu. Odwołujący bezpodstawnie również twierdzi, że Zamawiający w sposób nieuprawniony zażądał wykazania jednocześnie zdolności kredytowej i posiadania środków finansowych na kwotę 2 mln zł. Przepisy ustawy pzp, jak i przywoływany powyżej przepis rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, nie rozróżniają – w zakresie warunku dotyczącego sytuacji finansowej wykonawcy – odrębnego sposobu dla oceny posiadanych faktycznie na rachunku bankowym przez wykonawcę środków finansowych i oceny zdolności kredytowej wykonawcy. Nie pozwala to na odrębne traktowanie oceny zdolności kredytowej wykonawcy i oceny posiadanych przez niego na rachunku bankowym środków finansowych. Wykonawca może więc potwierdzić spełnianie warunku udziału w postępowaniu częściowo przez wykazanie, że zsumowanie jego własnych środków finansowych na rachunku bankowym i zdolności kredytowej na określonej kwotę (lub już udzielonego kredytu pozostającego do jego dyspozycji) daje w rezultacie wymagany w postępowaniu poziom zdolności finansowej.

Wbrew rozeznaniu Odwołującego, w orzecznictwie Izby pojawiała się już problematyka oceny spełniania warunku udziału dotyczącego sytuacji finansowej na podstawie dokumentów, w których bank potwierdzał posiadanie przez wykonawcę przyznanej linii kredytowej, kredytu odnawialnego czy innego kredytu. Warto tu wskazać uzasadnienie wyroku z 16 września 2011 r. (sygn. akt KIO 1898/11), z którego wynika, że podstawą uznania przez Izbę skutecznego wykazania przez wykonawcę spełnienia warunku posiadania środków finansowych lub zdolności kredytowej na określonej kwotę była drobiazgowa analiza treści opinii bankowej, w której wskazano nie tylko daty udzielenia poszczególnych kredytów, w tym otwarcia linii kredytowej, jak również na jaki zostały

udzielone, ale również aktualny stan zadłużenia wykonawcy.

Mając powyższe na uwadze, Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp w związku z § 3 pkt 1 i 2 lit.a oraz § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), obciążając Odwołującego kosztami niniejszego postępowania, na które złożył się uiszczony przez niego wpis oraz uzasadnione koszty Zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, w wysokości wynikającej z przedłożonego do akt sprawy rachunku.

**Przewodniczący: .....**