

Sygn. akt: KIO 1115/15

**WYROK**

**z dnia 10 czerwca 2015 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Małgorzata Rakowska**

Protokolant: Marta Polkowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 czerwca 2015 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 maja 2015 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Budownictwo Drogowo – Sanitarne FUCHS Sp. z o.o. z siedzibą w Głogowie, al. Wolności 23/2, 67-200 Głogów (lider) i W. RJK Sp. k. z siedzibą w Nowej Soli, ul. Wojska Polskiego 100c, 67-100 Nowa Sól (adres do korespondencji: Budownictwo Drogowo – Sanitarne FUCHS Sp. z o.o., ul. Wojska Polskiego 100A, 67-100 Nowa Sól) w postępowaniu prowadzonym przez Zarząd Dróg Wojewódzkich w Zielonej Górze, al. Niepodległości 32, 65-042 Zielona Góra**

przy udziale wykonawcy **SKANSKA S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Gen. Jozefa Zajączka 9, 01-518 Warszawa (adres do korespondencji: SKANSKA S.A. Oddział Budownictwa Inżynieryjnego w Poznaniu, ul. Abpa A. Baraniaka 6)** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1115/15 po stronie zamawiającego

**orzeka:**

**1.uwzględnia odwołanie i nakazuje: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności wykluczenia z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Budownictwo Drogowo – Sanitarne FUCHS Sp. z o.o. z siedzibą w Głogowie i W. RJK Sp. k. z siedzibą w Nowej Soli, a tym samym odrzucenia ich oferty oraz ponowne badanie i ocenę ofert z udziałem oferty tych wykonawców**

2.kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Zarząd Dróg Wojewódzkich w Zielonej Górze, al. Niepodległości 32, 65-042 Zielona Góra** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Budownictwo Drogowo – Sanitarne FUCHS Sp. z o.o. z siedzibą w Głogowie, al. Wolności 23/2, 67-200 Głogów (lider) i W. RJK Sp. k. z siedzibą w Nowej Soli, ul. Wojska Polskiego 100c, 67-100 Nowa Sól (adres do korespondencji: Budownictwo Drogowo – Sanitarne FUCHS Sp. z o.o., ul. Wojska Polskiego 100A, 67-100 Nowa Sól)** tytułem wpisu od odwołania
- 2.2. zasądza od **Zarządu Dróg Wojewódzkich w Zielonej Górze, al. Niepodległości 32, 65-042 Zielona Góra** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Budownictwa Drogowo – Sanitarnego FUCHS Sp. z o.o. z siedzibą w Głogowie, al. Wolności 23/2, 67-200 Głogów (lider) i W. RJK Sp. k. z siedzibą w Nowej Soli, ul. Wojska Polskiego 100c, 67-100 Nowa Sól (adres do korespondencji: Budownictwo Drogowo – Sanitarne FUCHS Sp. z o.o., ul. Wojska Polskiego 100A, 67-100 Nowa Sól)** kwotę **13 600 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Zielonej Górze.

Przewodniczący: .....

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

Zarząd Dróg Wojewódzkich w Zielonej Górze, zwany dalej „zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia na „Rozbudowę drogi wojewódzkiej nr 297 w m. Leszno Dolne”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 24 kwietnia 2015 r., poz. 94512.

W dniu 22 maja 2015 r. (pismem z tej samej daty) zamawiający poinformował wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Budownictwo Drogowo – Sanitarne FUCHS Sp. z o.o. z siedzibą w Głogowie i W. RJK Sp. k. z siedzibą w Nowe Soli, zwanych dalej „odwołującym”, o wykluczeniu go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, a tym samym o odrzuceniu jego oferty, wskazując, iż wykonawca w odpowiedzi na wezwanie przedłożył ponowną informacją z Banku Spółdzielczego w Przemkowie. Dokument ten został podpisany jednoosobowo przez Panią A. M. – Wiceprezesa Zarządu Banku Spółdzielczego w Przemkowie, odmiennie niż opinia banku załączona do oferty, która była podpisana przez Prezesa Zarządu Panią J. P. i Wiceprezesa Zarządu Panią A. M. . W związku z tym, zamawiający pobrał ze strony internetowej (<http://ems.ms.gov.pl>) wydruk aktualnego odpisu z Krajowego Rejestru Sądowego dla Banku Spółdzielczego z siedzibą w Przemkowie. Jak wynika z wypisu z KRS, Pani A. M. nie może samodzielnie występować w imieniu Banku Spółdzielczego w Przemkowie W związku z tym, informacja Banku Spółdzielczego w Przemkowie, potwierdzająca zdolność kredytową podmiotu, tj. P.H.U.P. „BARTEX” S. B. przedłożona w dniu 19.05.2015 r. została podpisana niezgodnie ze sposobem reprezentacji podmiotu określonego w KRS. Reasumując podniósł, iż wykonawca nie wykazał spełnienia warunku, o który mowa w pkt 5D.

W dniu 27 maja 2015 r. (pismem z dnia 26 maja 2015 r.) odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ pisma do zamawiającego w dniu 26 maja 2015 r.) wobec czynności zamawiającego polegającej na wykluczeniu odwołującego z postępowania, zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w związku z § 1 ust. 1 pkt 10 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r., poz. 231), zwanego dalej „rozporządzeniem w sprawie dokumentów”, poprzez nieuzasadnione wykluczenie odwołującego ze względu na niewykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu i błędne przyjęcie, że informacja banku potwierdzająca zdolność kredytową wykonawcy,

złożona przez odwołującego w toku postępowania, stanowi oświadczenie woli banku, które zostało złożone niezgodnie z zasadą reprezentacji określoną w KRS.

Jednocześnie odwołujący wniósł o:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej
2. nakazanie zamawiającemu dokonanie powtórnej czynności oceny ofert oraz ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej – z uwzględnieniem oferty odwołującego
3. obciążenie zamawiającego kosztami postępowania, zgodnie z zestawieniem kosztów, które zostanie przedłożone na rozprawie
4. przeprowadzenie dowodu z dokumentu załączonego do odwołania i akt postępowania przetargowego o udzieleni zamówienia publicznego

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał m.in., że na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej złożył zobowiązanie do udostępnienia zasobów w zakresie potencjału ekonomiczno - finansowego w postaci środków finansowych w kwocie 1.500.00,00 zł, wystawione przez P.H.U.P. „BARTEX” B. S. z siedzibą w miejscowości Gościeszowice oraz informację Banku Spółdzielczego w Przemkowie z dnia 7 maja 2015 r. potwierdzającą, że B. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą PHUP BARTEX posiada zdolność kredytową w wysokości 1.600.000,00 zł. Mimo to, zamawiający wezwał go do złożenia prawidłowych dokumentów w postaci bezwarunkowej informacji Banku Spółdzielczego w Przemkowie potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową w wysokości nie mniejszej, niż 1.500.000,00 zł, wystawioną nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert oraz dokumenty potwierdzające, na jakich zasadach środki te zostaną udostępnione wykonawcy - konsorcjum w składzie Budownictwo Drogowo - Sanitarne FUCHS Sp. z o.o., oraz W. RJK Sp.k. Żądane dokumenty zostały złożone przez wykonawcę w terminie wyznaczonym przez zamawiającego, tj. w dniu 19 maja 2015 r. Niezależnie od powyższego został on wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. Z decyzją tą odwołujący się nie zgodził, podnosząc, że Informacja banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzająca wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, o której mowa w § 1 ust. 1 pkt 10 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, jest oświadczeniem wiedzy podmiotu wystawiającego, a nie oświadczeniem woli, do którego stosować należy zasady reprezentacji określone w KRS. Informacja ta stanowi bowiem wyłącznie ocenę banku co do zdolności kredytowej podmiotu na dzień wystawienia dokumentu i nie kreuje zobowiązania banku do udzielenia kredytu w tej wysokości. Informacja banku, co do zdolności kredytowej podmiotu nie prowadzi do powstania stosunku prawnego, a w szczególności nie prowadzi do powstania

zobowiązania banku do udzielenia kredytu we wskazanej wysokości. Temu celowi służy promesa kredytowa względnie gwarancja bankowa uregulowana w przepisach art. 81 i nast. ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe (Dz. U. tj. z 2015 r., poz. 128 ze zm.).

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,

Informacja Banku Spółdzielczego w Przemkowie złożona przez odwołującego nie zawiera oświadczenia woli tego banku i nie stanowi źródła zobowiązania, co wynika wprost z jej treści. Tym samym informacja ta nie musiała zostać podpisana zgodnie z zasadą reprezentacji tego banku wymaganą do składania oświadczeń woli, co nie zmienia faktu, że jest to dokument bankowy, o którym mowa w § 1 ust. 1 pkt 10 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane. Wiceprezes BS w Przemkowie jest osobą upoważnioną do samodzielnego wystawiania tego rodzaju informacji, dowodem czego jest pismo Prezesa Zarządu BS w Przemkowie z dnia 25.05.2015 r.

Reasumując podniósł, iż wskutek błędnej oceny charakteru dokumentu wystawionego przez BS w Przemkowie, zamawiający bezpodstawnie uznał, że odwołujący się nie spełnia warunków udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej.

W dniu 27 maja 2015 r. zamawiający przekazał wykonawcom kopię odwołania, wzywając do przystąpienia do postępowania odwoławczego toczącego się w wyniku wniesienia odwołania.

W dniu 29 maja 2015 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca Skanska S.A. z siedzibą w Warszawie zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego, po stronie zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia odwołującemu i zamawiającemu.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treść ogłoszenia o zamówieniu, treść SIWZ, złożone**

**oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Przystępującego złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył, co następuje:**

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, jak również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, iż zamawiający w rozdziale 5) SIWZ „Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania spełniania tych warunków”, pkt D podał, iż o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące sytuacji ekonomicznej i finansowej – przedłożą informację banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo – kredytowej, potwierdzającą wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy w wysokości nie mniejszej niż 1.500.000,00 zł, wystawioną nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert.

Odwołujący w załączeniu do oferty złożył „Informację dla potrzeb przetargowych – PHUP „BARTEX” S. B.” (podmiot udostępniający potencjał ekonomiczno – finansowy) wystawioną w dniu 7 maja 2015 r. przez Bank Spółdzielczy w Przemkowie, w treści którego wskazano, iż „PHUP „BARTEX” S. B. (...) posiada zdolność kredytową w wys. 1.600.000,00 zł (słownie złotych: jeden milion sześćset tysięcy 00/100), po spełnieniu warunków zawartych w przepisach Ustawy Prawo Bankowe oraz regulacjach wewnętrznych Banku dotyczących kredytowania działalności gospodarczej.”. Informacje tę podpisały: J. P. Prezes Zarządu Banku Spółdzielczego i A. M. Wiceprezes Zarządu Banku Spółdzielczego.

Zamawiający, pismem z dnia 15 maja 2015 r., wskazał, iż informacja o takiej treści nie jest jednoznaczna dla zamawiającego. Wynika z niej bowiem, że podmiot P.H.U.P. „BARTEX” będzie posiadał zdolność kredytową dopiero po spełnieniu określonych warunków zawartych w przepisach ustawy Prawo Bankowe oraz regulacjach wewnętrznych Banku dotyczących kredytowania działalności gospodarczej. Rodzi się więc pytanie, czy przed wystawieniem przedmiotowej informacji Bank dokonał już analizy zdolności kredytowej czy dopiero będzie jej dokonywał po złożeniu przez podmiot stosownych dokumentów. Dlatego też, działając na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wezwał odwołującego do złożenia bezwarunkowej informacji od Banku Spółdzielczego w Przemkowie, potwierdzającą zdolność kredytową firmy, tj. P.H.U.P. „BARTEX” względnie złożenia innej informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo – kredytowej, potwierdzającą wysokość posiadanych

środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy w wysokości nie mniejszej niż 1.500.000,00 zł, wystawioną nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert.

W odpowiedzi na powyższe odwołujący w załączeniu do pisma z dnia 19 maja 2015 r. złożył „bezwarunkową informację od Banku Spółdzielczego w Przemkowie potwierdzającą zdolność kredytową Firmy P.H.U.P. „BARTEX”, w treści której podano „PHUP „BARTEX” S. B. (...) posiada zdolność kredytową w wys. 1.600.000,00 zł (słownie złotych: jeden milion sześćset tysięcy 00/100)”. Informację tę podpisała A. M. Wiceprezes Zarządu Banku Spółdzielczego.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Z treści informacji od Banku Spółdzielczego w Przemkowie wynika, iż podmiot udostępniający potencjał ekonomiczny i finansowy, tj. PHUP „BARTEX” S. B. posiada zdolność kredytową w wys. 1.600.000,00 zł (słownie złotych: jeden milion sześćset tysięcy 00/100). Informacja ta wynika zarówno z dokumentu załączonego do oferty, jak również dokumentu złożonego w wyniku uzupełniania, przy czym w pierwszym przypadku zawiera ona także informację zamieszczoną po informacji o posiadaniu zdolności kredytowej, że „po spełnieniu warunków zawartych w przepisach Ustawy Prawo Bankowe oraz regulacjach wewnętrznych Banku dotyczących kredytowania działalności gospodarczej”. Informacja ta spełnia wymogi rozporządzenia w sprawie dokumentów, którego przepisy nie odsyłają bezpośrednio do art. 70 ustawy Prawo bankowe. Dlatego też norma zawarta w tym przepisie może mieć tylko odpowiednie zastosowanie. Bank, wystawiając tego typu informację, jak ma to miejsce w tym konkretnym stanie faktycznym, informuje o tym, że dany klient ma zdolność kredytową do określonej kwoty, jednak nie jest to równoznaczne z przyrzeczeniem przyznania mu kredytu w przyszłości. Uzyskanie kredytu związane jest ze spełnieniem dodatkowych wymogów przez stronę w stosunku do banku. Informacja ta potwierdza jedynie, że podmiot którego ona dotyczy ma taką sytuację finansową, która pozwala mu ubiegać się o kredyt w określonej wysokości i to w dacie wystawienia takiego zaświadczenia. Dokument ten ma więc potwierdzać tylko i wyłącznie fakt posiadania przez wykonawcę stosownego zabezpieczenia finansowego, które pozwoli mu na uzyskanie potencjalnego, aczkolwiek nieskonkretyzowanego kredytu bankowego i to po spełnieniu określonych wymogów banku. Informacja ta nie zawiera oświadczenia woli banku i nie stanowi źródła zobowiązania banku. Nie musi być więc podpisana przez osoby ujawnione w KRS. Okoliczność tę potwierdza także oświadczenie Prezesa Zarządu Banku Spółdzielczego w Przemkowie, w treści którego stwierdzono, że „informacje zawarte w niniejszym dokumencie (dokumencie z 07.05.2015 roku) nie są oświadczeniem woli, a jedynie informacją”. Mogły być więc podpisane jednoosobowo przez Wiceprezesa Zarządu Banku.

Na marginesie należy dodać, że poza informacją złożoną przez odwołującego i podpisaną przez jednego członka zarządu banku (Wiceprezesa Zarządu), także informacje złożone przez innych wykonawców nie są podpisane przez osoby ujawnione w KRS. Informacje te podpisali, np. dwaj pełnomocnicy; starszy specjalista, kierownik działu oraz dyrektor oddziału (łącznie) mimo to, dokumenty te nie budziły wątpliwości zamawiającego. Wątpliwości zamawiającego w informacji uzupełnionej przez odwołującego, poza podpisem, wzbudziły także – jak podkreślił na rozprawie – jej data oraz brak w jej treści zakwestionowanej przez niego części i pozostawienie przecinka na końcu zadania. Zamawiający dowiadywał się także w miejscowym banku kto standardowo podpisuje tego typu informacje. Niemniej jednak jego wątpliwości nie zostały nigdzie wcześniej wyartykułowane i były wyjaśniane w sposób, który nie jest przewidziany w przepisach ustawy Pzp, mimo iż istnieją ku temu środki przewidziane prawem.

Tym samym Izba uznała, że zarzut ten potwierdził się.

Izba nie stwierdziła naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp wskazanych przez odwołującego w treści wniesionego odwołania.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono, jak w sentencji.

Izba w poczet materiału dowodowego zaliczyła dokumentację przedmiotowego postępowania oraz dokumenty złożone na rozprawie, uznając je za stanowiska je składających.



O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 4 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 (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), tj. stosownie do wyniku postępowania.

**Przewodniczący:** .....