

Sygn. akt: KIO 1777/18

**WYROK**  
**z dnia 17 września 2018 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Anna Wojciechowska**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 14 września 2018 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 września 2018 r. przez **wykonawcę „RAFKO” K. Sp. j. z siedzibą w Krakowie** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego PKP Polskie Linie Kolejowe z siedzibą w Warszawie**

**orzeka:**

1. **Oddala odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża **wykonawcę „RAFKO” K. Sp. j. z siedzibą w Krakowie i**
  - 2.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 15 000 zł. 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę „RAFKO” K. Sp. j. z siedzibą w Krakowie** tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. Zasądza od **wykonawcy „RAFKO” K. Sp. j. z siedzibą w Krakowie** na rzecz **zamawiającego PKP Polskie Linie Kolejowe z siedzibą w Warszawie** kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) z tytułu poniesionych kosztów zastępstwa prawnego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579, 2018) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **Warszawa - Praga w Warszawie.**

**Przewodniczący: .....**

### **Uzasadnienie**

Zamawiający – PKP Polskie Linie Kolejowe z siedzibą w Warszawie - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Dostawa pojazdu dwudrogowego do inspekcji obiektów inżynierskich”, nr referencyjny: 6060/ILG 6/05555/01686/18/P. Postępowanie zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 30 marca 2018 r. za numerem 2018/S 063-140882. Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są dostawy jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579, 2018 zwanej dalej „ustawą pzp”).

W dniu 3 sierpnia 2018 r. odwołanie wniósł wykonawca „RAFKO” K. Sp. j. z siedzibą w Krakowie – dalej Odwołujący. Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego z dnia 22 sierpnia 2018 r.: wykluczenia Odwołującego z postępowania, a w konsekwencji odrzucenia jego oferty oraz czynności unieważnienia postępowania.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 24 ust. 1 pkt 12 w związku z art. 22 ust. 1 pkt 1 i 2 i ust. 1 b pkt 2) ustawy pzp oraz § 2 ust. 2 pkt 3 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2016 r., poz. 1126), zwanego dalej "Rozporządzeniem" poprzez uznanie przez Zamawiającego, że Odwołujący nie spełnia warunków udziału w postępowaniu dotyczącym sytuacji ekonomicznej i finansowej, w tym w szczególności błędne uznanie, że przedłożona przez Odwołującego kopia fragmentu umowy kredytu ze względu na upływ terminu ważności tej umowy (już po upływie terminu składania ofert) nie stanowi odpowiedniego dokumentu na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, prowadząc do wykluczenia Odwołującego z ubiegania się o udzielenie zamówienia i w konsekwencji do bezzasadnego uznania oferty Odwołującego za odrzuconą na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5) ustawy pzp;

2. art. 25 w zw. z art 26 ust 1 w zw. z § 2 ust. 2 pkt 3 Rozporządzenia poprzez ich błędną, rozszerzającą interpretację i uznanie, że posiadanie przez Odwołującego zdolności kredytowej, potwierdzonej przedłożonym fragmentem kopii umowy kredytu, ważnej w całym okresie 1 miesiąca przed upływem terminu składania ofert nie stanowi dostatecznego potwierdzenia posiadania zdolności kredytowej Odwołującego, a kluczowe dla Zamawiającego jest zachowanie ciągłości terminu ważności przedłożonego dokumentu,

mimo że takiego uprawnienia Zamawiającego nie przewidują przepisy obowiązującego prawa;

3. art. 26 ust. 4 ustawy pzp - poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących dokumentu potwierdzającego spełnienie warunku udziału w postępowaniu polegającego na posiadaniu odpowiedniej sytuacji finansowej, tj. fragmentów kopii umowy kredytu, ze względu na potencjalne wątpliwości, w jakiej wysokości posiada on zdolność kredytową w banku - stronie umowy kredytu (wyjaśnienie/ wskazanie w jakiej części pozostawały niewykorzystane produkty kredytowe wymienione w tym dokumencie);

4. art. 7 ust. 1 ustawy pzp w zw. z w/w przepisami poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, polegające na bezzasadnym nieuznaniu przedłożonych przez Odwołującego dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu dotyczącym sytuacji ekonomicznej i finansowej z powodów, które nie przewidują przepisy obowiązującego prawa;

5. art. 7 ust. 3 w zw. z art. 91 ust 1 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy pzp, poprzez naruszenie obowiązku udzielania zamówienia wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy pzp, polegające na zaniechaniu wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej oferty, a bezzasadne wykluczenie Odwołującego, który wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu zgodnie z obowiązującymi w/w przepisami prawa;

6. art. 93 ust 1. pkt 1) ustawy pzp w zw. z art 91 ust. 1 ustawy pzp - poprzez niezasadne unieważnienie postępowania w sytuacji, gdy wykonawca (Odwołujący) złożył ofertę niepodlegającą odrzuceniu i zaniechanie dokonania wyboru oferty złożonej przez wykonawcę (Odwołującego), jako oferty najkorzystniejszej, wobec wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący w oparciu o wyżej wskazane zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania i w konsekwencji unieważnienie czynności unieważnienia postępowania, a także powtórzenie czynności badania i oceny ofert. Ponadto wniósł o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów doradztwa prawnego, zgodnie z fakturą przedstawioną przez Odwołującego na rozprawie.

Odwołujący oświadczył, że posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy pzp. Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż złożył ofertę

najkorzystniejszą pod względem wszystkich kryteriów oceny ofert spośród ofert niepodlegających odrzuceniu, zatem potwierdzenie się zarzutów naruszenia przepisów ustawy pzp przez Zamawiającego, tj. czynności bezzasadnego wykluczenia Odwołującego i tym samym bezzasadnego unieważnienia postępowania mogłoby prowadzić do sytuacji umożliwiającej Odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia i korzyści z jego realizacji. W związku z powyższym, Odwołujący ma niebudzący wątpliwości interes we wniesieniu odwołania i może ponieść szkodę w wyniku niezgodnych z przepisami prawa działaniami Zamawiającego.

Uzasadniając zarzuty odwołania Odwołujący wskazał, że w przedmiotowym postępowaniu zostały złożone 3 oferty, w tym oferta Odwołującego, która została przez Zamawiającego najwyżej oceniona. W konsekwencji w dniu 3 lipca 2018 r. Zamawiający wezwał na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy pzp Odwołującego do przedłożenia m.in.: *W celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, o którym mowa w Rozdziale VIII ust 2 pkt 2 SIWZ, tj. sytuacji ekonomicznej i finansowej oraz na potwierdzenie oświadczenia złożonego w JEDZ w Części IV Sekcji B pkt 6, oraz w oświadczeniu złożonym w dniu 25.06.2018 r. na wezwanie Zamawiającego z dnia 20.06.2018 r. Wykonawca winien jest złożyć informację z banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzającą wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową Wykonawcy w wysokości co najmniej - 2 000 000 złotych w okresie nie wcześniejszym niż 1 miesiąc przed upływem terminu składania ofert.* Realizując powyższe wezwanie, Odwołujący w dniu 16 lipca 2018 r. w swojej odpowiedzi, wskazał na przedłożoną już Zamawiającemu - wraz z odpowiedzią z dnia 25 czerwca 2018 r. - kopię pierwszej i ostatniej strony umowy kredytu nr 001/16/157 na kwotę 2 500 000,00 zł. Oprócz ww. umowy kredytu Odwołujący przedłożył Zamawiającemu również wydruk z banku Mbank z dnia 24 kwietnia 2018 r. wykazujący stan kasy na rachunku bankowym w kwocie 1 209 249,79 zł. W ocenie Zamawiającego ww. dokumenty nie mogły stanowić potwierdzenia wykazania przez Odwołującego spełnienia warunku udziału w postępowaniu, gdyż jak wskazał Zamawiający w piśmie z dnia 26 lipca 2018 r. (wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy pzp skierowane do Odwołującego) w odniesieniu do umowy kredytu *Z przedstawionego dokumentu wynika, iż powyższa umowa wygasła w dniu 22 czerwca 2018 r., dlatego też nie może być brana pod uwagę przez Zamawiającego na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowe.* Na ww. wezwanie Zamawiającego Odwołujący w dniu 31 lipca 2018 r. przedłożył m.in. raz jeszcze wspomnianą umowę kredytu z linią kredytową z przeznaczeniem na kontrakty w wysokości 2 500 000,00 zł, jako potwierdzenie - zgodnie z żądaniem Zamawiającego postanowień SIWZ. W konsekwencji

powyższego, Zamawiający w dniu 22 sierpnia 2018 r. drogą elektroniczną poinformował Odwołującego o wykluczeniu go z postępowania i tym samym odrzuceniu jego oferty z uwagi na rzekome niewykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności ekonomicznych i finansowych. Odwołujący nie zgodził się z wykluczeniem, a tym bardziej z uzasadnieniem Zamawiającego w odniesieniu do przedłożonej kopii fragmentu umowy kredytu.

Odwołujący wskazał, że z Rozdziału VIII ust. 2 pkt 2 SIWZ jednoznacznie wynika, że wykazanie przez Wykonawcę posiadania zdolności kredytowej w okresie nie wcześniejszym niż 1 miesiąc przed upływem terminu składania ofert (tutaj w okresie 23 kwietnia 2018 r. - 23 maja 2018 r.) powinno być wystarczającą podstawą do wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Odwołujący przedłożył kopię fragmentu umowy kredytu zawartej w dniu 23 czerwca 2016 r. i potwierdzającej przyznanie Odwołującemu kredytu rewolwingowego w złotych polskich w rachunku kredytowym w kwocie 2.500.000,00 zł stanowiącą górną granicę zadłużenia na okres od 23 czerwca 2016 r. do dnia 22 czerwca 2018 r. na sfinansowanie: zakupu pojazdów do dalszej odsprzedaży, zakupu półproduktów potrzebnych do wykonania zamówień, kontraktów, przetargów. Wobec powyższego, w okresie co najmniej 1 miesiąca przed upływem terminu składania ofert, Odwołujący bezsprzecznie posiadał zdolność kredytową, która powinna być brana pod uwagę (oceniana) przez Zamawiającego przy ocenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Konieczność wykazania właśnie posiadania przez Odwołującego zdolności kredytowej w danym okresie sprzed terminu złożenia oferty była dla Odwołującego nadrzędna przy prowadzeniu korespondencji z Zamawiającym w trybie wezwań z art. 26 ust. 1 i ust. 3 ustawy pzp, gdyż Zamawiający każdorazowo kierując wezwania do Odwołującego wskazywał na fakt, że *zdolność kredytowa ma być potwierdzona w okresie nie wcześniejszym niż 1 miesiąc przed upływem terminu składania ofert*. Wskazał, że w kierowanych do Odwołującego pismach (wezvaniach), jak i w uzasadnieniu wykluczenia Odwołującego, Zamawiający nie kwestionował w żadnym aspekcie prawidłowości pod względem merytorycznym przedłożonej umowy kredytu, w tym potwierdzającej fakt posiadania określonej zdolności kredytowej Odwołującego w okresie ważności umowy kredytu, a jedynie zakwestionował cały dokument przez wzgląd jedynie na upływ ważności dokumentu (przyznanego kredytu), który nastąpił już po terminie składania ofert i na tej tylko podstawie uznał błędnie, że nie może być ta zdolność kredytowa brana pod uwagę.

Odwołujący zaznaczył odnosząc się do określonego w przepisach Rozporządzenia okresu ważności dokumentów składanych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, że *prawodawca określając terminy ważności tych dokumentów podał*

*jedynie dolną granicę ich ważności. W przypadku informacji z banku potwierdzającej wysokość posiadanych środków lub zdolność kredytową, termin jej ważności określono „nie wcześniej niż 1 miesiąc przed upływem terminu składania ofert” (tak KIO w wyroku z dnia 9 marca 2017 r., KIO 352/17). Istotne zatem w kontekście stanu faktycznego niniejszej sprawy jest wykazanie, że wykonawca posiadał określoną zdolność kredytową w okresie zakreślonym ww. Rozporządzeniem, co niewątpliwie miało miejsce w odniesieniu do Odwołującego. Podkreślił, że poprzednie brzmienie Rozporządzenia (z okresu 20 lutego 2013 r. - 27 lipca 2016 r.) wskazywało, że zamawiający może żądać: 10) informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, wystawionej nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert albo składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Aktualne Rozporządzenie wymaga, aby określony dokument nie był wystawiony w określonym okresie, ale aby taki dokument (informacja banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej) potwierdzała wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, w okresie nie wcześniejszym niż 1 miesiąc przed upływem terminu składania ofert (zgodnie z aktualnym brzmieniem Rozporządzenia: informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, w okresie nie wcześniejszym niż 1 miesiąc przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu). Obowiązujący przepis § 2 ust. 2 pkt 3 Rozporządzenia nie odwołuje się do ważności czy aktualności informacji z banku (ani tym bardziej daty jego wystawienia), a jedynie konieczności wynikającego z niej potwierdzenia, że w okresie nie wcześniejszym niż 1 miesiąc przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, wykonawca posiadał określone środki finansowe lub zdolność kredytową. Tymczasem wbrew brzmieniu ww. Rozporządzenia, a także SIWZ, Zamawiający uznał, że upływ ważności przedłożonego dokumentu (który upłynął już po terminie składania ofert) uniemożliwia uwzględnienie tego dokumentu (jego jakkolwiek ocenę). Powołał się na wyrok z dnia 24 maja 2012 r., sygn. akt: KIO 959/12. Odwołujący wskazał, że gdyby przedmiotowa umowa teoretycznie nie miała zakreślonego okresu ważności albo dłuższy okres obowiązywania - to zostałaby zapewne uwzględniona przez Zamawiającego. Taka praktyka i podejście Zamawiającego do oceny przedłożonej umowy kredytu jest w ocenie Odwołującego nieuprawniona w świetle postanowień SIWZ oraz przepisów Rozporządzenia. Praktyką jest, że umowy kredytowe, jak i poświadczenia z banku mają określoną datę ważności, a nie obowiązują bezterminowo.*

Z powyższych powodów zdaniem Odwołującego Zamawiający powinien uwzględnić przy ocenie zdolności kredytowej Wykonawcy przedłożoną umowę kredytową, a co najwyżej - zbadać (wezwać do wyjaśnień), jaka kwota udzielonego kredytu - na dzień składania ofert (w okresie 1 miesiąca przed terminem składania ofert) pozostawała w dyspozycji Odwołującego (tak wyrok KIO z 23 stycznia 2018 r., sygn. akt. KIO 24/18, KIO 2748/17, w którym Izba nakazała, poza żądaniem odwołania, wezwać wykonawcę w trybie art. 26 ust. 4 ustawy pzp do wyjaśnienia dokumentów złożonych przez tego wykonawcę na potwierdzenie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności finansowej przez wskazanie w jakiej części pozostawały niewykorzystane produkty kredytowe wymienione w tych dokumentach). Odwołujący wskazał, że w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu dotyczących sytuacji ekonomicznej i finansowej dopuszczalne jest sumowanie wysokości posiadanych środków finansowych oraz zdolności kredytowej wykonawcy (tak KIO w wyroku z 6 sierpnia 2010r., KIO 1553/10 oraz w wyroku z 4 października 2012 r., KIO 2009/12). Tymczasem Zamawiający kierując kolejne wezwania do Odwołującego nie kwestionował, ani formy przedstawionego dokumentu, ani wysokości wynikającej z niej (aktualnej) linii kredytowej, ale zakwestionował jedynie ważność samej umowy kredytu, która upłynęła już po terminie składania ofert (tak uzasadnienie Zamawiającego, który każdorazowo wskazywał, że wygaśnięcie umowy kredytu uniemożliwia jej wzięcie pod uwagę przy ocenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu).

Mając na uwadze powyższe, Odwołujący wykazał Zamawiającemu, że na podstawie wydruku z banku Mbank posiadał na dzień 24 kwietnia 2018 r. na rachunku bankowym kwotę 1 209 249,79 zł, a ponadto w ocenie Odwołującego wykazał, że posiada zdolność kredytową do kwoty 2 500 000,00 zł w okresie 1 miesiąca przed terminem składania ofert - przy minimalnym wymogu Zamawiającego ustalonym w wysokości 2 000 000,00 zł. Powyższe oba dokumenty w ocenie Odwołującego stanowią potwierdzenie spełnienia postawionego warunku udziału w postępowaniu. Z całokształtu przedstawionych okoliczności faktycznych i prawnych trudno w zdaniem Odwołującego uznać, że przedstawiona kopia fragmentu umowy kredytu Odwołującego, która potwierdza określone zdolności kredytowe Odwołującego na określony - wymagany przepisami prawa okres, może być tak arbitralnie pominięta przy ocenie tej zdolności przez Zamawiającego z przyczyn tylko odnoszących się do utraty ważności takiego dokumentu. Zamawiający zatem niezasadnie wykluczył Odwołującego i odrzucił jego ofertę, czym dopuścił się naruszenia wskazanych przepisów prawa. Zatem w sytuacji, gdy w postępowaniu została złożona oferta przez wykonawcę który spełnił warunki udziału w postępowaniu, wykazał brak podstaw do wykluczenia, a złożona

oferta jest zgodna ze wszystkimi wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zamawiający zgodnie z art. 91 ust. 1 pzp winien dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W zaistniałych okolicznościach unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt. 1 pzp było w ocenie Odwołującego działaniem nieuprawnionym.

W dniu 13 września 2018 r. Zamawiający złożył dwie odpowiedzi na odwołanie i wniósł o odrzucenie odwołania, ewentualnie o jego oddalenie. W odpowiedzi jak również w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Zamawiający wskazał, że zarzuty odwołania są całkowicie bezpodstawne, a Odwołujący w sposób celowy buduje argumentację jedynie na części okoliczności składających się na zaistniały stan faktyczny, co może prowadzić do błędnego przekonania, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie. Podniósł ponadto, że zarzuty odwołania oraz sformułowana argumentacja dotyczą okoliczności negatywnej weryfikacji złożonych wydruków komputerowych wyciągów bankowych oraz umowy kredytowej, o której Odwołujący został poinformowany w dniu 26 lipca 2018 r., a zatem termin na wniesienie odwołania upłynął w dniu 3 sierpnia 2018 r. Zamawiający w dniu 20 czerwca 2018 r. wezwał Odwołującego do uzupełnienia części IV sekcja b lit. 6 JEDZ w zakresie informacji czy Odwołujący spełnia warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności finansowej lub kredytowej. Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie złożył w dniu 25 czerwca 2018 r. dokumenty: raport kasowy potwierdzający stan środków pieniężnych w kasie Odwołującego na dzień 21 maja 2018 r. oraz kopię pierwszej i ostatniej strony umowy kredytowej. Zamawiający w dniu 3 lipca 2018 r. wezwał Odwołującego do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 1 ustawy pzp potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie ww. zdolności finansowej lub ekonomicznej. Odwołujący w dniu 16 lipca 2018 r. przedłożył wygenerowane elektronicznie zestawienie operacji potwierdzające saldo początkowe konta w MBank w wysokości 1 252 249,79 zł. Zamawiający w dniu 26 lipca 2018 r. wezwał Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy pzp do uzupełnienia dokumentów wskazując, że złożony raport kasowy nie stanowi informacji z banku lub SKOK natomiast kopia umowy bankowej nie potwierdza spełniania warunku udziału w postępowaniu na dzień jej złożenia, gdyż obowiązywała jedynie do 22 czerwca 2018 r. W odpowiedzi na ww. wezwanie Odwołujący złożył w dniu 31 lipca 2017 r. pismo, w którym wskazał, że „spółka (...) na dzień składania ofert posiadała linię kredytową z przeznaczeniem na kontrakty w wysokości 2.500.000 zł. Odwołujący wyspecyfikował jako jeden z załączników zaświadczenie z banku o zdolności kredytowej - niemniej jednak dokument ten nie został dołączony do ww. pisma. W ww. piśmie Odwołujący nie odniósł się



w żaden sposób do kwestii związanej z terminem oraz charakterem przedłożonego fragmentu umowy kredytowej. W świetle powyższego Zamawiający — z uwagi na wyczerpanie procedury konwalidacji ww. braku — był zobowiązany do wykluczenia Odwołującego z uwagi na niespełnienie warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający podkreślił, że uzasadnienie wykluczenia Odwołującego z postępowania stanowi powielenie argumentacji zawartej w wezwaniu do uzupełnienia dokumentów z dnia 26 lipca 2018 r., w której to Zamawiający wskazał, że umowa kredytowa i wydruki komputerowe w jego ocenie nie potwierdzają spełnienia warunku udziału w postępowaniu tj. o negatywnej ocenie przedłożonych dokumentów. W ocenie Zamawiającego należy uznać, że Odwołujący już w dacie 26 lipca 2018 r. posiadał informację, że Zamawiający uznał, że przedłożone dokumenty nie spełniają jego oczekiwań, a zatem już w tej dacie miał możliwość skorzystania ze środków ochrony prawnej. Odwołujący nie skorzystał z przysługujących mu uprawnień i w dniu 31 lipca 2018 r. złożył pismo przewodnie, w którym powołał się na dokumenty inne aniżeli te, które zostały zakwestionowane przez Zamawiającego. Odwołujący wskazał, że posiada otwartą linię kredytową z przeznaczeniem na kontrakty w wysokości 2.500.000 zł, co miało potwierdzać wskazane jako załącznik „zaświadczenie z banku o zdolności kredytowej”. Przedmiotowy dokument nie został jednakże dołączony do ww. pisma. Odwołujący w ww. piśmie nie zakwestionował w żaden sposób faktu wezwania go do uzupełnienia dokumentów, nie wszedł w żaden sposób w polemikę z decyzją Zamawiającego w zakresie weryfikacji umowy kredytowej i wydruków bankowych. W świetle powyższego, w ocenie Zamawiającego, można próbować budować domniemanie, że Odwołujący zaaprobował działanie Zamawiającego uznając, że przedmiotowe wezwanie było prawnie uzasadnione. Z uwagi na powyższe okoliczności kwestionowanie decyzji Zamawiającego na tym etapie postępowania jest spóźnione, nieuprawnione oraz niezgodne z zasadą koncentracji środków ochrony prawnej, która nakazuje wnoszenie odwołań już przy pierwszej czynności zamawiającego stanowiącej podstawę do jego wniesienia. Powołał się na wyrok KIO, sygn. akt: KIO 1796/13 oraz KIO 2523/14.

Żądając oddalenia odwołania Zamawiający wskazał, że Rozporządzenie w sprawie dokumentów rozróżnia kilka rodzajów dokumentów, jakie mogą być składane w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu. W przypadku zdolności ekonomicznej i finansowej dokumentami potwierdzającymi spełnienie warunku są dokumenty określone w § 2 ust. 2 ww. Rozporządzenia. W przypadku, gdy Zamawiający wymaga legitymowania się określonymi środkami pieniężnymi lub zdolnością kredytową wykonawca jest zobowiązany przedstawić informację banku lub SKOK potwierdzającą wysokość posiadanych środków lub wysokości zdolności kredytowej. Rozporządzenie wskazuje

również dolną granicę „ważności” ww. dokumentów, tj. dokumenty powinny być wystawione nie wcześniej niż 1 miesiąc przed terminem składania ofert. Rozporządzenie nie określa górnej granicy ważności dokumentów, tym niemniej jednak ustawa pzp wymaga, aby dokumenty składane na wezwanie z art. 26 ust. 1 i 3 ustawy pzp były aktualne na dzień ich złożenia. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej został wypracowany pogląd, zgodnie z którym przedkładane przez wykonawców dokumenty mają potwierdzać, że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu zarówno na dzień złożenia oferty, jak również na dzień ich uzupełnienia. Powołał się na wyrok KIO sygn. akt: KIO 2218/17, KIO 1927/17, KIO 65/2018 oraz stanowisko Urzędu Zamówień Publicznych. Dalej, Zamawiający podniósł, że wykonawca w przypadku ww. dokumentów jest zobowiązany wykazać ciągłość (w okresie od dnia złożenia oferty do dnia uzupełnienia dokumentów) spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Powołał się na wyrok KIO sygn. akt: KIO 707/16, KIO 352/17, KIO 166/18 oraz opinię Urzędu Zamówień Publicznych. Zazaczył, że za powyższymi twierdzeniami przemawia również fakt, że zamawiający w toku całego postępowania posiada uprawnienie do żądania od wykonawców przedkładania aktualnych dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w sytuacji, gdy posiada podejrzenie, że wcześniej złożone dokumenty utraciły swoją ważność. Wynika to z przepisu art. 26 ust. 2f ustawy pzp. Następnie Zamawiający przedstawił harmonogram zdarzeń, które stanowiły podstawę do przyjęcia, że przedłożona przez Wykonawcę kopia umowy kredytowej uniemożliwia pozytywną weryfikację zdolności podmiotowej wykonawcy: 23.06.2016 r. - zawarcie umowy kredytowej, 20.06.2018 r. — wezwanie Wykonawcy do uzupełnienia JEDZ, 22.06.2018 r. - wygaśnięcie umowy kredytowej, 25.06.2018 r. pierwsze pismo Wykonawcy: przedłożenie umowy kredytowej, 03.07.2018 r. - wezwanie Wykonawcy w trybie art. 26 ust. 1 ustawy pzp do uzupełnienia dokumentów, 16.07.2018 r. drugie pismo Wykonawcy; przedłożenie ponownie umowy kredytowej, 26.07.2018 r. - wezwanie Wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3 ustawy pzp do uzupełnienia dokumentów, 31.07.2018 r. — trzecie pismo Wykonawcy; przedłożenie ponownie umowy kredytowej. W świetle powyższych zdarzeń Zamawiający wskazał, iż w niniejszym stanie faktycznym z uwagi na okoliczność wygaśnięcia obowiązku w toku postępowania umowy kredytowej nie było możliwym jej zakwalifikowanie jako dokumentu potwierdzającego spełnianie warunku udziału w postępowaniu na dzień jego uzupełnienia. Oświadczenie banku — kredytobiorcy, o tym że Wykonawca posiada zdolność kredytową przestało być bowiem aktualne. Zamawiający jako gospodarz postępowania oraz dysponent środków publicznych jest zobowiązany działać w poszanowaniu przepisów prawa oraz stosować się do wytycznych Urzędu Zamówień Publicznych, jak również aktualnego stanowiska Krajowej Izby Odwoławczej. Zaaprobowanie działania Wykonawcy oraz uznanie, że złożona kopia umowy kredytowej potwierdza ww.

okoliczności byłoby działaniem nieuprawnionym godzącym w zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz mogłoby narażać Zamawiającego na skutki finansowe z tym związane. Zamawiający zauważył, że ustawodawca nie bez przyczyny wprowadził do ustawy warunek udziału w postępowaniu w postaci legitymowania się określonymi środkami pieniężnymi lub zdolnością kredytową. Możliwość ustanowienia przez zamawiających ww. warunku ma na celu zabezpieczenia interesu zamawiającego poprzez wyłonienie wykonawcy, który posiada niezbędne fundusze do „skredytowania” realizacji zamówienia do czasu otrzymania wynagrodzenia - w niniejszym postępowaniu wykonawcy, który posiada środki niezbędne do zakupu pojazdu oraz dostawy. Uwzględnienie odwołania poprzez przyjęcie, że Odwołujący posiada ww. środki w kontekście powyżej opisanych okoliczności (brak aktualnego i ważnego oświadczenia banku o możliwości udzielenia kredytu) narazi Zamawiającego na ryzyko wyłonienia wykonawcy, który nie daje rękojmi należytego wykonania zamówienia. Odwołując się do wskazanego w odwołaniu wyroku KIO 959/12 odnośnie różnicowania dokumentów określających ich „ważność” od dokumentów nie zawierających terminu ich „ważności” Zamawiający zauważył, że ww. wyrok zapadł na kanwie nieobowiązującego już stanu prawnego, kiedy ustawa nie przewidywała przedkładania dokumentów podmiotowych na wezwanie Zamawiającego, a zatem ich aktualność nie była badana w tożsamym kontekście jak ma to miejsce w obowiązującym stanie prawnym. W świetle powyższego ww. wyrok należy uznać w ocenie Zamawiającego za nieadekwatny do niniejszej sprawy. Ustosunkowując się natomiast do argumentacji dotyczącej faktu, że umowa kredytowa została zawarta w okresie wcześniejszym niż 1 miesiąc przed terminem składania ofert (pkt 2.26 odwołania i następne) Zamawiający wskazał, że ww. okoliczność, zgodnie z uzasadnieniem wykluczenia Odwołującego z postępowania nie stanowiła podstawy decyzji Zamawiającego, a zatem nie powinna stanowić przedmiotu orzekania przez Izbę. Odnosząc się natomiast do kwestii, że Zamawiający nie kwestionował samego faktu przedłożenia dokumentu w postaci umowy kredytowej (badanie merytoryczne) Zamawiający zauważył, że z uwagi na okoliczności opisane powyżej powodujące niemożliwość uznania ww. dokumentu jako właściwego na potrzeby zdolności wykonawcy kwestie takie jak forma złożonego dokumentu (złożenie jedynie fragmentów kopii dokumentu) czy też faktyczna wartość dostępnych środków pieniężnych na dzień złożenia oferty (w kontekście wykorzystanych już możliwości kredytowych) miała znaczenie drugorzędne i nie stanowiła szczegółowej weryfikacji Zamawiającego. W zakresie zarzutu zaniechania wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień Zamawiający wskazał, że ww. działanie stałoby w sprzeczności z zasadą uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Zamawiający nadmienił, że dwukrotnie wzywał Odwołującego do złożenia dokumentów, w tym w wezwaniu z dnia 26 lipca 2018 r.

wyraźnie komunikując, że złożone dokumenty nie mogą zostać uznane jako potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający wskazał również, że w zaistniałym stanie faktycznym nie istnieje możliwość konwalidacji ww. sytuacji poprzez złożenie wyjaśnień „w jakiej wysokości posiada on zdolność kredytową w banku stronie umowy kredytu (wyjaśnienie/wskazanie w jakiej części pozostawały niewykorzystane produkty kredytowe w tym dokumencie)”. Wątpliwości w ww. zakresie nie stanowiły podstawy wykluczenia wykonawcy z postępowania, zatem uwzględnienie ww. zarzutu pozostaje bez związku z zaistniałym stanem faktycznym. Jedynie przedłożenie (uzupełnienie) aktualnego na dzień złożenia dokumentu potwierdzającego spełnienie ww. warunku (np. zaświadczenia z banku) prowadziłoby do pozytywnej weryfikacji podmiotowej Odwołującego.

**Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Izba ustaliła, że nie zaistniały przesłanki określone w art. 189 ust. 2 ustawy pzp, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Odnosząc się do wniosku Zamawiającego o odrzucenie odwołania Izba wskazuje, że na dzień 26 lipca 2018 r., czyli wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy pzp Zamawiający nie zakończył jeszcze czynności badania podmiotowego Wykonawcy. W odpowiedzi na wezwanie Odwołujący mógł uzupełnić wymagane dokumenty na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, co też, jak wynika z ustalonego stanu faktycznego Odwołujący próbował uczynić, bowiem wymienił w piśmie z dnia 31 lipca 2018 r. załącznik *zaświadczenie z banku o zdolności kredytowej*, który ostatecznie nie został dołączony do pisma. Tym samym uznać należy, że na dzień wezwania Wykonawca nie miał interesu w złożeniu odwołania i kwestionowaniu czynności wezwania do uzupełnienia dokumentów, gdyż czynność ta nie rodziła dla Odwołującego żadnych negatywnych skutków. Dopiero czynność wykluczenia Odwołującego z postępowania takie skutki spowodowała. Dlatego też Izba uznała, że odwołanie zostało wniesione prawidłowo w terminie określonym w art. 189 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy pzp. Odwołujący jest podmiotem, który został wykluczony z postępowania i którego oferta została odrzucona. W przypadku uwzględnienia odwołania oferta Odwołującego może

zostać uznana za ofertę najkorzystniejszą. Odwołujący może ponieść szkodę przejawiającą się ostatecznie w niezyskaniu zamówienia.

Izba dopuściła dowody z całości dokumentacji przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) wraz z załącznikami, pytania i odpowiedzi do SIWZ oraz zmiany SIWZ, ofertę Odwołującego, informację z otwarcia ofert, wezwania Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 i 26 ust. 3 ustawy pzp i odpowiedzi Odwołującego wraz z załącznikami, zawiadomienie o unieważnieniu postępowania, wykluczeniu Odwołującego z postępowania i odrzuceniu jego oferty, odwołanie wraz z załącznikami, odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie wraz z załącznikami.

**Na podstawie tych dokumentów, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody złożone przez strony w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła:**

Odwołanie podlegało oddaleniu.

W zakresie podniesionych zarzutów Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

W Rozdziale IX pkt 2. SIWZ Zamawiający postawił następujący warunek dotyczący zdolności ekonomicznej lub finansowej: *za spełniających warunek udziału w Postępowaniu zostaną uznani wykonawcy, którzy wykażą, że posiadają środki finansowe lub zdolność kredytową Wykonawcy w wysokości co najmniej 2 000 000 złotych w okresie nie wcześniejszym niż 1 miesiąc przed upływem terminu składania ofert.*

W Rozdziale X pkt 5.1. SIWZ na potwierdzenie spełnienia warunku Zamawiający żądał: *informacji z banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzającą wysokość posiadanych środków lub zdolność kredytową Wykonawcy w wysokości co najmniej 2 000 000 złotych w okresie nie wcześniejszym niż 1 miesiąc przed upływem terminu składania ofert.*

Ustalono, że Zamawiający pismem z dnia 20 czerwca 2018 r. wezwał Odwołującego do uzupełnienia formularza JEDZ w trybie art. 26 ust. 3 ustawy pzp w zakresie oświadczenia, że Wykonawca posiada środki finansowe lub zdolność kredytową Wykonawcy w wysokości co najmniej 2 000 000 złotych w okresie nie wcześniejszym niż 1 miesiąc przed upływem terminu składania ofert.

W odpowiedzi Odwołujący do pisma z dnia 25 czerwca 2018 r. dołączył raport kasowy potwierdzający stan kasy Odwołującego (2 042 275,01 zł) oraz kopię umowy kredytowej (pierwszą i ostatnią stroną), która została zawarta do dnia 22 czerwca 2018 r., w której bank

udzielił Odwołującemu kredytu w kwocie 2 500 000,00 zł

Pismem z dnia 3 lipca 2018 r. Zamawiający wezwał Odwołującego w trybie art. 26 ust. 1 ustawy pzp do uzupełnienia dokumentów *informacji z banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzającą wysokość posiadanych środków lub zdolność kredytową Wykonawcy w wysokości co najmniej 2 000 000 złotych w okresie nie wcześniejszym niż 1 miesiąc przed upływem terminu składania ofert* na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej.

Odwołujący pismem z dnia 16 lipca 2018 r. przedłożył Zamawiającemu wydruk z banku Mbank z dnia 24 kwietnia 2018 r. wykazujący stan kasy na rachunku bankowym kwotę 1 209 249,79 zł oraz wskazał, że *w celu potwierdzenia warunków udziału w postępowaniu, o którym mowa tj. sytuacji ekonomicznej i finansowej oświadczamy, że spółka przesłała we wcześniejszej odpowiedzi materiały potwierdzające ten fakt, to znaczy zamawiający otrzymał od uczestnika postępowania nie tyle oświadczenie banku o zdolności kredytowej lecz dokument nadrzędny jakim jest kopia pierwszej i ostatniej strony umowy kredytu na kwotę 2,5 mln PLN, potwierdzający że uczestnik posiada środki z przeznaczeniem na zakup materiałów, podwozi samochodowych i innych półproduktów do wykonania uzyskanych kontraktów. W tym przypadku uczestnik zrobił więcej niż zamawiający wymagał. Dodatkowo w ostatniej odpowiedzi uczestnik przedstawił wydruk z kasy spółki (raport kasowy), że „spółka posiada w dniu 21.05.2018 roku w depozycie firmy gotówkę w kwocie 2 042 275,01 zł [...] co dodatkowo potwierdza zdolność i przygotowanie spółki do wykonywania tego rodzaju zamówień.*

Zamawiający w dniu 26 lipca 2018 r. skierował do Wykonawcy wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy pzp i stwierdził, że w zakresie warunku dotyczącego zdolności ekonomicznej lub finansowej zgodnie z zapisami SIWZ Wykonawca był zobowiązany złożyć informację banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzającą wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową Wykonawcy w wysokości co najmniej 2 000 000.00 złotych w okresie nie wcześniejszym niż 1 miesiąc przed upływem terminu ofert. Zaznaczył, że dostarczony wydruk z banku Mbank wykazuje stan kasy na rachunku niższy niż postawiony w warunku. Odnośnie przywołanej przez Wykonawcę umowy kredytu Zamawiający wskazał, iż powyższa umowa wygasła w dniu 22 czerwca 2018 roku, dlatego też nie może być brana pod uwagę przez Zamawiającego na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu. Ponadto Zamawiający zaznaczył, że Wykonawca powołuje się na wydruk z kasy spółki, który to dokument nie jest informacją z banku lub kasy oszczędnościowo - kredytowej potwierdzającą wysokość środków finansowych lub zdolność kredytową Wykonawcy, dlatego też nie może on być brany pod uwagę przez Zamawiającego na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji

ekonomicznej lub finansowej. Dlatego też, Zamawiający wezwał Wykonawcę do złożenia informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzającą wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową Wykonawcy w wysokości co najmniej 2 000 000,00 złotych w okresie nie wcześniejszym niż 1 miesiąc przed upływem terminu ofert.

W odpowiedzi z dnia 31 lipca 2018 r. Wykonawca wskazał, że *w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu przedstawia stosowne zaświadczenie z banku, w którym mowa iż spółka na dzień składania ofert posiadała linię kredytową z przeznaczeniem na kontrakty w wysokości 2.500.000,00 zł. Dodatkowo spółka posiada zdolność kredytową - zaświadczenie z banku oraz środki zdeponowane na koncie w wysokości 1.209.249,79 zł i środki w kasie spółki w gotówce w wysokości 2.042.275,03 zł czego dowodem są załączone dokumenty. Tym samym spółka spełniła warunki udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej.* Do pisma zostały dołączone wyłącznie: zaświadczenie mBank, umowa kredytu, wydruk kasowy. Pomimo, iż w załącznikach jest mowa o zaświadczeniu z banku o zdolności kredytowej, dokument ten nie został dołączony do pisma.

Pismem z dnia 22 sierpnia 2018 r. Zamawiający unieważnił postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp ze względu na to, że w postępowaniu nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu. Ponadto, Zamawiający wykluczył Odwołującego z postępowania i wskazał, że *Wykonawca na wezwanie Zamawiającego w wyznaczonym terminie nie złożył wymaganych dokumentów, tym samym zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 12 Ustawy Pzp nie wykazał on spełnienia warunków udziału w postępowaniu przetargowym oraz braku podstaw do wykluczenia. W dniu 26.07.2018 r. za pismem nr ILG6d-231-03-10/18 Zamawiający na podstawie art 26 ust 3 Ustawy PZP wezwał Wykonawcę do złożenia na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej oraz braku podstaw do wykluczenia z postępowania niżej wymienionego dokumentu: a) informacji banku, b) lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, potwierdzającą wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową Wykonawcy w wysokości co najmniej 2 000 000,00 złotych w okresie nie wcześniejszym niż 1 miesiąc przed upływem terminu składania ofert. Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego dostarczył te same dokumenty jakie złożył w dniu 16.08.2018 r. na wezwanie Zamawiającego z dnia 03.07.2018 r. tj. wydruk z banku Mbank z dnia 24.04.2018 r. wykazujący stan środków finansowych na rachunku bankowym w kwocie 1 209 249,79 zł, kopię pierwszej i ostatniej strony umowy kredytu nr 001/16/157 na kwotę 2 500 000,00 zł, wydruk z kasy spółki (raport Kasowy) potwierdzający, że w dniu 21.05.2018 r. w depozycie Firmy była gotówka w kwocie 2 042 275,03 zł. Ponadto Wykonawca w piśmie wskazał, iż w*

celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu przedstawia stosowne zaświadczenie z banku, w którym mowa jest, iż spółka na dzień składania ofert posiadała linię kredytową z przeznaczeniem na kontrakty w wysokości 2 500 000,00 zł. W spisie załączników w pozycji pierwszej Wykonawca wymienia powyższy dokument tj. Zaświadczenie z banku o zdolności kredytowej. Niestety niniejszy dokument nie mógł być przez Zamawiającego zweryfikowany, gdyż fizycznie nie został dołączony do dokumentacji przesłanej e-mailem na adres krzysztof.wawraszek@plksa.pl w dniu 31.07.2018 r. Natomiast oryginał dokumentacji do dnia dzisiejszego nie dotarł do Zamawiającego. Reasumując zgodnie z zapisami Rozdziału X ust. 5 pkt 5.1 SIWZ Wykonawca winien był złożyć informację banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, potwierdzającą wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową Wykonawcy w wysokości co najmniej 2 000 000,00 złotych w okresie nie wcześniejszym niż 1 miesiąc przed upływem terminu składania ofert. Odnośnie dostarczonego przez Wykonawcę wydruku z banku Mbank z dnia 24.04.2018 r. to wykazuje on stan kasy na rachunku bankowym w kwocie 1 209 249,79 zł, a nie jak wymagał Zamawiający w kwocie 2 000 000,00 zł. Odnośnie dokumentu jakim jest kopia pierwszej i ostatniej strony umowy kredytu nr 001/16/157 na kwotę 2 500 000,00 zł. Z przedstawionego dokumentu wynika, iż powyższa umowa wygasła w dniu 22 czerwca 2018 roku, dlatego też nie może być brana pod uwagę przez Zamawiającego na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej. Odnośnie wydruku z kasy spółki (raport Kasowy) potwierdzający, że w dniu 21.05.2018 r. w depozycie Firmy była gotówka w kwocie 2 042 275,03 zł. Niniejszy dokument nie jest informacją z banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzającą wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową Wykonawcy, dlatego też nie może on być brany pod uwagę przez Zamawiającego na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej. Dodatkowo, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp została odrzucona oferta nr 3 Odwołującego, gdyż została złożona przez Wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu [...]

Zamawiający przed udzieleniem zamówienia, którego wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1. [...] - art. 26 ust. 1 ustawy pzp.

Zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy pzp jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym



*mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.*

*Artykuł 26 ust. 2c ustawy pzp stanowi, że jeżeli z uzasadnionej przyczyny wykonawca nie może złożyć dokumentów dotyczących sytuacji finansowej lub ekonomicznej wymaganych przez zamawiającego, może złożyć inny dokument, który w wystarczający sposób potwierdza spełnianie opisanego przez zamawiającego warunku udziału w postępowaniu [...].*

*W myśl art. 26 ust. 2f ustawy pzp jeżeli jest to niezbędne do zapewnienia odpowiedniego przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia, zamawiający może na każdym etapie postępowania wezwać wykonawców do złożenia wszystkich lub niektórych oświadczeń lub dokumentów potwierdzających, że nie podlegają wykluczeniu, spełniają warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, a jeżeli zachodzą uzasadnione podstawy do uznania, że złożone uprzednio oświadczenia lub dokumenty nie są już aktualne, do złożenia aktualnych oświadczeń lub dokumentów.*

*Zgodnie z § 2 ust. 2 pkt 3 Rozporządzenia w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących sytuacji ekonomicznej lub finansowej zamawiający może żądać następujących dokumentów: 3) informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, w okresie nie wcześniejszym niż 1 miesiąc przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.*

*W ocenie Izby zarzuty naruszenia przywołanych przez Odwołującego przepisów prawa są nieuzasadnione.*

*Na wstępie wskazania wymaga, że w niniejszym postępowaniu odwoławczym bezsporne było pomiędzy Stronami, że umowa kredytu (pierwsza i ostatnia strona) złożona przez Odwołującego w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego wygasła w dniu 22 czerwca 2018 r. Odwołujący przedłożył w postępowaniu szereg dokumentów, żaden jednak nie stanowił wymaganej warunkiem informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej.*

Co więcej, Odwołujący nie wskazał w pismach kierowanych do Zamawiającego, że z uzasadnionej przyczyny nie może złożyć dokumentów dotyczących sytuacji finansowej lub ekonomicznej wymaganych przez zamawiającego, co uprawniałoby go do złożenia innego dokumentu, który w wystarczający sposób potwierdzałby spełnianie opisanego przez zamawiającego warunku udziału w postępowaniu (art. 26 ust. 2c ustawy pzp). Podkreślić należy, że Zamawiający w kierowanych wezwaniach wskazywał na tą okoliczność, iż celem wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu Wykonawca jest zobowiązany przedstawić informację banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej. W decyzji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania Zamawiający w odniesieniu do złożonej umowy kredytu wskazał na jego nieaktualność. Odwołujący domagał się więc zbadania powyższego dokumentu, jako wykazującego w jego ocenie warunek udziału w postępowaniu: zdolność kredytową Wykonawcy w wysokości co najmniej 2 000 000.00 złotych w okresie nie wcześniejszym niż 1 miesiąc przed upływem terminu składania ofert, gdyż jak zaznaczał Rozporządzenie nie stawia wymagania odnośnie aktualności dokumentów. Argumentacja Odwołującego nie znajduje uzasadnienia w przepisach prawa, jak i w świetle bieżącego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej oraz stanowiska doktryny. Izba podziela w całości twierdzenia Zamawiającego zawarte w odpowiedzi na odwołanie. Po pierwsze, na konieczność złożenia dokumentów cechujących się aktualnością wskazuje dyspozycja art. 26 ust. 1 ustawy pzp. Inaczej mówiąc okoliczności stwierdzone w dokumentach składanych na potwierdzenie warunków udziału w postępowaniu powinny być prawdziwe na dzień ich złożenia (oddawać rzeczywistość w momencie ich złożenia) i odnosić się do aktualnego stanu faktycznego. Co istotne, okoliczność spełnienia warunków udziału w postępowaniu musi charakteryzować się ciągłością, co oznacza, że wykonawca jest zobowiązany spełniać warunki nie tylko w dacie składania ofert ale przez cały okres aż do zakończenia postępowania. Na taką interpretację wskazuje treść art. 26 ust. 2f ustawy pzp. Zamawiający może zwrócić się o złożenie dokumentów, które stały się już nieaktualne na każdym etapie postępowania tak aby wykonawca dawał rękojmię należytego wykonania zamówienia aż do zakończenia postępowania. Dotyczy to jednak sytuacji, gdy w toku postępowania dokumenty wcześniej potwierdzające warunki udziału w toku postępowania stały się nieaktualne. Warunki udziału w postępowaniu mają na celu wyłonienie wykonawcy zdolnego do wykonania zamówienia, nie zaś zdolnego wyłącznie na dzień składania ofert, dlatego też stan ich spełnienia musi być utrzymany również na moment ich złożenia. Okoliczność podnoszona przez Odwołującego, że Rozporządzenie nie określa górnej granicy ważności dokumentów - w tym przypadku - informacji banku lub kasy oszczędnościowo - kredytowej, nie oznacza że Zamawiający nie jest zobowiązany wymagać dokumentów aktualnych. Jak słusznie wskazał Zamawiający, Rozporządzenie oraz ustawę

pzp należy interpretować łącznie, a nakaz uzupełnienia dokumentów aktualnych wynika wprost z ustawy pzp - art. 26 ust. 1. Odwołujący złożył na wezwanie Zamawiającego dokumenty nie będące informacją banku czy kasy oszczędnościowo - kredytowej, w tym umowę kredytu, której brak aktualności stał się przedmiotem sporu. Tym samym, w świetle przywołanych postanowień SIWZ Izba uznała, że Zamawiający słusznie wykluczył Odwołującego z postępowania, gdyż Wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności ekonomicznej lub finansowej. W konsekwencji Izba nie uwzględniła także pozostałych zarzutów odwołania dotyczących wezwania do wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy pzp oraz unieważnienia postępowania.

Mając na względzie powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie do wyniku spraw oraz zgodnie z § 3 pkt. 1 i 2 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. z 2018 r. poz. 972) zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez Odwołującego oraz zasądzając od Odwołującego na rzecz Zamawiającego koszty zastępstwa prawnego na podstawie faktury Vat złożonej przez Zamawiającego na rozprawie.

Izba nie uwzględniła kosztów w wysokości 90,00 z tytułu kosztów zastępstwa prawnego, stosownie bowiem do § 3 pkt 2 lit b 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. z 2018 r. poz. 972), do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się wynagrodzenie pełnomocników, jednak nie wyższe niż 3 600,00 zł.

**Przewodniczący:** .....