

WYROK

z dnia 2 marca 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: członek Krajowej Izby odwoławczej - **Barbara Bettman**

Protokolant: **Magdalena Cwyl**

po rozpatrzeniu na rozprawie dnia **2 marca 2015 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **19 lutego 2015 r.** przez wykonawcę **Eurovia Polska S.A., Bielany Wrocławskie, ul. Szwedzka 5, 55-040 Kobierzyce** w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Ruda Śląska, Pl. Jana Pawła II 6, 41-709 Ruda Śląska**

przy udziale wykonawcy **Przedsiębiorstwo Budowy Dróg "DROGOPOL-ZW" Sp. z o.o., ul. Siemianowicka 52d, 40-301 Katowice** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu:
 - 1.1. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
 - 1.2. dokonanie ponownego badania i oceny ofert;
 - 1.3. nakazuje wykluczenie z postępowania wykonawcy **Przedsiębiorstwo Budowy Dróg "DROGOPOL-ZW" Sp. z o.o.** z siedzibą w Katowicach.
2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego **Miasto Ruda Śląska, Pl. Jana Pawła II 6, 41-709 Ruda Śląska**
 - 2.1. i zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez

wykonawcę **Eurovia Polska S.A., Bielany Wrocławskie, ul. Szwedzka 5, 55-040 Kobierzyce** tytułem wpisu od odwołania;

2.2 Zasądza od **zamawiającego Miasta Ruda Śląska, Pl. Jana Pawła II 6, 41-709 Ruda Śląska** na rzecz wykonawcy **Eurovia Polska S.A., Bielany Wrocławskie, ul. Szwedzka 5, 55-040 Kobierzyce** kwotę łączną **23 600 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych 00 gr) zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym:

- a) **20 000,00 zł** z tytułu wpisu od odwołania,
- b) **3 600,00 zł** z tytułu 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 ze zm.), na niniejszy wyrok w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gliwicach**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie:

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Budowa odcinka trasy N-S od ul. 1-go Maja do ul. Bukowej w Rudzie Śląskiej wraz z węzłem dwupoziomowym i budową odcinka drogi od ul. Bukowej do u. ks. Niedzieli - ul. Nowobukowa” (Dz. Urz. UE 2014/S 156-279620 z 16.08.2014 r.), w dniu 19 lutego 2015 r. zostało złożone pisemne odwołanie przez wykonawcę Eurovia Polska S.A., w kopii przekazane zamawiającemu w tym samym terminie.

Wniesienie odwołania nastąpiło skutkiem powiadomienia za pośrednictwem faksu w dniu 11 lutego 2015 r. o ponownym wyborze oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Budowy Dróg "DROGOPOL-ZW" Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach.

Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 19 lutego 2015 r. pisemne zgłoszenie do postępowania odwoławczego, w kopii przesłane stronom, w dniu 20 lutego 2015 r. złożył wykonawca wybrany Przedsiębiorstwo Budowy Dróg "DROGOPOL-ZW" Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach, który wnosił o oddalenie odwołania.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę Przedsiębiorstwo Budowy Dróg "DROGOPOL-ZW" Sp. z o.o., uznając że przesłanki wymienione w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp zostały wykazane.

Odwołanie dotyczy zaniechania czynności nakazanych ustawą Prawo zamówień publicznych oraz czynności podjętych przez zamawiającego polegających na ponownym wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy, który w ocenie odwołującego - podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 4 Pzp, a jego oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 24 ust. 4 oraz art.89 ust.1 pkt. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu - Miastu Ruda Śląska naruszenie następujących przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) dalej „ustawa Pzp”, mające wpływ na wynik postępowania:

1. art. 7 ust 3 zobowiązującego zamawiającego do udzielenia zamówienia wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy;

2. art. 7 ust.1 zobowiązującego zamawiającego do prowadzenia postępowania w sposób zapewniający uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców;
3. art. 24 ust. 2 pkt 4 poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcy, który nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej;
4. art. 24 ust.4 poprzez zaniechanie uznania oferty tego wykonawcy, jako oferty odrzuconej;
5. art. 89 ust.1 pkt 5 poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy, który winien był być wykluczony z postępowania;
6. art. 91 ust.1 nakazującego zamawiającemu wybrać ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Mając na względzie powyższe odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i żądał nakazania zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności z dnia 11 lutego 2015 r.(tj. wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Budowy Dróg DROGOPOL-ZW Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach;
2. wykluczenia z postępowania wykonawcy Przedsiębiorstwa Budowy Dróg DROGOPOL- ZW Sp. z o.o. na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4, w następstwie tej decyzji - uznania oferty tego wykonawcy jako odrzuconej na podstawie art. 24 ust. 4 i art. 89 ust.1 pkt 5 ustawy;
3. powtórzenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty - oferty odwołującego, jako już jedyne go uczestnika postępowania.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań odwołujący powołał się na naruszenie swego interesu w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz wyjaśniał, że zamawiający - Miasto Ruda Śląska - wymagał, między innymi, aby w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej wykonawcy wykazali się posiadaniem środków finansowych lub zdolnością kredytową w wysokości nie mniejszej niż 10 mln złotych. Zapis ten wskazuje, iż, aby spełnić warunek udziału w postępowaniu, wykonawca musi bezspornie wykazać, iż posiada wolne środki w kwocie wymaganej przez zamawiającego, lub musi mieć możliwość uruchomienia dodatkowych środków finansowych w formie kredytu na kwotę nie mniejszą niż 10 mln złotych.

Powyższy wymóg został zamieszczony zarówno w treści „Ogłoszenia o zamówieniu” opublikowanego w dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej Nr 2014/S 156- 279620 z 16.08.2014 r.), Sekcja II 1.2.2.) pkt.2), jak i w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) (pkt 2.4.2. str. 7). Celem potwierdzenia spełnienia warunku, zamawiający wymagał, aby do oferty wykonawcy załączyli informację banku lub spółdzielczej

kasy oszczędnościowo-kredytowej, potwierdzającą wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, wystawioną nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert.

Wybrany wykonawca Przedsiębiorstwo Budowy Dróg DROGOPOL-ZW Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach załączył do oferty pismo BNP PARIBAS Bank Polska S.A. z Katowic z dnia 26 sierpnia 2014 r., w którym Bank, między innymi, stwierdza iż:

- a) średniomiesięczne obroty w okresie ostatnich 12 miesięcy na rachunku bieżącym, zarówno po stronie WN i MA wyrażają się kwotą ośmiocyfrową w dolnym przedziale;
- b) na dzień wystawienia informacji Klient korzysta z limitu kredytowego w ramach wielocelowej linii kredytowej wyrażonej kwotą siedmiocyfrową w środkowym przedziale wartości;
- c) na dzień wystawienia informacji Klient korzysta z kredytu nieodnawialnego, którego bieżące saldo zadłużenia jest wyrażone kwotą siedmiocyfrową w dolnym przedziale wartości;
- d) obecne saldo zadłużenia Klienta z tytułu zawartej(ych) umowy(ów) leasingu w PLN wyrażone jest kwotą sześciocyfrową w dolnym przedziale wartości;

Mając na uwadze fakt, iż zdolność kredytowa świadczy o maksymalnym możliwym zadłużeniu klienta wraz z jego wszystkimi innymi zobowiązaniami, sytuacja wybranego wykonawcy została oceniona przez Bank, jako posiadanie zdolności kredytowej do obsługi i spłaty produktów kredytowych do łącznej kwoty 10.000.000 PLN, co - biorąc pod uwagę istniejące i ujawnione już zobowiązania wykonawcy wobec banku - powodowało, iż nie mogło być spornym, iż wybrany wykonawca nie potwierdził spełnienia warunku udziału. Ponieważ zamawiający wybrał ofertę tego wykonawcy, jako ofertę najkorzystniejszą - informacja o wyborze oferty z dnia 17 grudnia 2014 r. - odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Wyrokiem z dnia 19 stycznia 2015 r. (sprawa o sygn. KIO 2797/14) Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła zarzuty podniesione w odwołaniu i nakazała zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej,
2. dokonanie ponownego badania i oceny ofert z zastosowaniem procedury przewidzianej w art.26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych tj. wezwania do uzupełnienia dokumentów potwierdzających sytuację finansową i ekonomiczną wykonawcy Przedsiębiorstwo Budowy Dróg DROGOPOL-ZW Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach.

Wykonując wyrok Izby, zamawiający unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej a następnie, w dniu 30 stycznia 2015 r., działając w trybie art. 26 ust. 3 Pzp wezwał wykonawcę Przedsiębiorstwo Budowy Dróg DROGOPOL-ZW Sp. z o.o. (pismo z dnia 30.01.2015 znak AP.271.104.2014) do złożenia stosownych dokumentów, które winny jednoznacznie potwierdzać spełnienie warunków udziału w postępowaniu.

W odpowiedzi na wezwanie, wykonawca Przedsiębiorstwo Budowy Dróg DROGOPOL-ZW Sp. z o.o., w dniu 9 lutego 2015 r. złożył zamawiającemu pismo wraz z załącznikami (pismo l.dz. PP/19/14- 051/2015).

W oparciu o treść powyższego pisma i załączników zamawiający:

1. uznał, iż wykonawca potwierdza spełnienie warunku dotyczącego wymaganej sytuacji ekonomicznej i finansowej,
2. w dniu 11 lutego 2015 r. dokonał powtórnego wyboru oferty tego wykonawcy, jako oferty najkorzystniejszej.

Oceniając treść pisma oraz treść i formę załączników przekazanych zamawiającemu przez Przedsiębiorstwo Budowy Dróg DROGOPOL-ZW, zdaniem odwołującego, brak jest podstaw do uznania, iż wybrany wykonawca potwierdził spełnienie warunku udziału w postępowaniu.

Dodatkowo odwołujący podkreślił, że przekazanie tych dokumentów zostało dokonane w trybie odpowiedzi na wezwanie skierowane zgodnie z art. 26 ust.3 ustawy - co oznacza brak możliwości powtórzenia tej czynności. Tym samym, wykonawca Przedsiębiorstwo Budowy Dróg DROGOPOL-ZW Sp. z o.o. - winien zostać wykluczony z postępowania.

Odwołujący stwierdził, że przekazując w dniu 11 lutego 2015 r. „Zawiadomienie o dokonaniu ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty zamawiający nie wskazał, które z licznych dokumentów przekazanych przez wybranego wykonawcę wraz z pismem z dnia 9 lutego 2015 r. uznał za właściwe i wiarygodne, tzn. nie wskazał na podstawie jakich informacji wywiódł, iż wezwany wykonawca potwierdził spełnienie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji finansowej i ekonomicznej, w dalszej treści odwołania odwołujący odnosił się więc do wszystkich tych dokumentów.

I. Odwołujący w pierwszej kolejności odniósł się do stanowisk i opinii wyrażanych przez wykonawcę w treści pisma z dnia 9 lutego 2015 r., w jego ocenie niezgodnych ze stanem faktycznym, naruszających zasady poszanowania prawa:

Na str.2/28 DROGOPOL-ZW stwierdza „... spółka stała (i nadal stoi) na stanowisku. że informacja banku z dnia 26 sierpnia 2014 r. dołączona do oferty była wystarczającym dowodem na spełnienie warunku udziału w postępowaniu” (str. 2/28).

Powyższe stanowisko wybranego wykonawcy uznał odwołujący za całkowicie sprzeczne z wyrokiem z dnia 19 stycznia 2015 r. wydanym przez Krajową Izbę Odwoławczą (Sygn. akt KIO 2797/14). Jeżeli wykonawca nie podzielał stanowiska Izby wyrażonego powyższym wyrokiem, miał pełne prawo - jako uczestnik postępowania odwoławczego - wnieść skargę do sądu na zasadach określonych przepisami Działu VI Rozdział 3 (art.198a -

198f) ustawy Pzp. Skoro wykonawca zaniechał wniesienia skargi do sądu, dalsze kontestowanie przez wykonawcę, prawomocnego wyroku izby, jest niedopuszczalne i zupełnie bezprzedmiotowe.

Na str. 1/28 wykonawca wybrany stwierdza, iż *„celem ostatecznego wyjaśnienia wszelkich wątpliwości w zakresie spełnienia przez spółkę warunków udziału, przedkładam dokumenty powołane jako dowody w postępowaniu odwoławczym prowadzonym przez KIO pod sygn. akt 2797/14, wskazując na trzy dokumenty - dwa pochodzące z BNP Paribas Banku Polska S.A., oraz dokonane wyliczenia własne.”*

Powyższe stwierdzenie, zdaniem odwołującego jest niezgodne ze stanem faktycznym, gdyż mimo, że wykonawca wybrany - na rozprawie w dniu 19 stycznia 2015 r. przedłożył wskazywane dokumenty, jednak Izba dokonując ich oceny nie uznała tych dokumentów jako dowodów. Potwierdzeniem jest stanowisko, jakie wyraziła Izba w treści uzasadnienia (str.11/12) iż *„Niesporne jest, że powołany wyżej dokument [opinia banku z dnia 26 sierpnia 2014 r. - uzupełnienie własne] był jedynym dowodem mającym potwierdzić sytuację finansową i ekonomiczną wykonawcy złożonym wraz ofertą”,* nie odnosząc się do formy i treści przywoływanych przez wykonawcę dokumentów.

Za pozostającą poza sporem poczytał odwołujący podnoszoną kwestię dotyczącą możliwości wykazania spełnienia warunku udziału w zakresie sytuacji finansowej poprzez wykazanie się posiadaniem środków finansowych lub zdolnością kredytową (str. 1/28). Na żadnym dotychczasowym etapie postępowania, ani też w uprzednim postępowaniu odwoławczym, odwołujący nie odnosił się do tej kwestii, jako że wskazywane możliwości stanowią uprawnienie wykonawcy wynikające wprost z przepisów prawa. To wykonawca składając ofertę decyduje w jaki sposób jest w stanie potwierdzić spełnienie warunku udziału w postępowaniu.

Odwołujący zaznaczał, że przy ocenach stanu prawnego oraz stanu faktycznego, wynikających z przedłożonych dokumentów, nie można pominąć następujących, istotnych zagadnień:

- 1) wszystkie dokumenty dołączone przez wykonawcę do wyjaśnień z dnia 9 lutego 2015r. mają charakter dokumentów prywatnych;
- 2) treść wyjaśnień wskazuje na ewidentne sprzeczności lub brak racjonalności w podejmowanych przez wykonawcę działaniach na etapie sporządzania oferty.

O ile można uznać, zwłaszcza w świetle przedkładanych dokumentów, iż wykonawca - jak stwierdza w złożonym piśmie - dążył do tego, aby nie ujawniać szczegółowego swojego stanu finansów, gdyż *„może [to] powodować negatywne konsekwencje dla spółki”*

(wyłączenie na str. 1/28), o tyle budziła wątpliwość odwołującego celowość uzyskiwania na etapie sporządzania oferty trzech kolejnych pism z BNP Paribas Bank

- z dnia 5 września 2014r. (załącznik nr 4 do wyjaśnień) oraz dwa odrębne:

- z dnia 19 września 2014 r. (załączniki nr 1 i nr 2 do wyjaśnień).

Przy czym, w każdym z tych pism, w coraz większym stopniu szczegółowości, ujawniane są informacje, na ochronie których tak podobno zależało wykonawcy. Zdziwienie odwołującego budziła również kolejność przywoływanych dokumentów - najpierw wykonawca wskazuje jako dowód, dokumenty z 19 września 2014 r., a dopiero później, dokument uzyskany od tego samego banku 2 tygodnie wcześniej.

Odwołujący zaznaczał, że jeżeli rzeczywistym zamiarem wykonawcy było jedynie nieujawnianie szczegółów swojej kondycji finansowej, a na obecnym etapie (udzielając wyjaśnienia), wykonawca próbuje potwierdzać spełnienie warunku - udziałem środków finansowych udostępnianych przez inne podmioty (jeden podmiot prawny, trzy to osoby fizyczne), które to w żadnym stopniu nie ujawniają faktycznej kondycji finansowej wykonawcy i takie potwierdzenie - jak próbuje wykazać wykonawca - uzyskał przed, lub w terminie składania ofert, to odwołującemu nasunęły się oczywiste pytania:

- dlaczego skarżony wykonawca tych dokumentów nie załączył do oferty?
- dlaczego tych dokumentów nie przedłożył na rozprawie w dniu 19 stycznia 2015 r.?
- dlaczego ujawnia je dopiero teraz ? i jaki był racjonalnie uzasadniony cel uzyskiwania takich zobowiązań w przededniu lub w dniu, w którym upływał termin składania ofert?

Odwołujący stwierdził, że w świetle przywoływanych już wyjaśnień wykonawcy i jego - jakoby - przemyślanych działań, oraz wobec powyższych okoliczności zadziwiająco brzmi, jako argument - przytoczony przez wykonawcę w wyjaśnieniach (str.3/28) fragment z kilku uzasadnień wyroków KIO, na który wykonawca - podkreślając go - zwraca szczególną uwagę: *„przepis umożliwia więc zarówno złożenie dokumentu, który został wystawiony przed terminem składania ofert i jest w posiadaniu wykonawcy, a jedynie przez przeoczenie nie został złożony wraz z ofertą.”* W ocenie odwołującego najbardziej prawdopodobną jest teza, iż wybrany wykonawca nie załączył tych dokumentów gdyż na dzień składania ofert ich nie posiadał. Za dodatkowe potwierdzenie takiej oceny przyjął, że w trakcie rozprawy przed Krajową Izbą Odwoławczą w dniu 19 stycznia 2015 r. wybrany wykonawca nie próbował nawet przedłożyć Izbie zobowiązań podmiotów trzecich, które rzekomo posiadał, już od 10 października 2014 r.

W ocenie odwołującego, mając na uwadze obowiązujące i wiążące strony postępowania, tak zamawiającego jak i wykonawców, przepisy prawa - żaden z dokumentów, przedłożonych przez wykonawcę wraz z wyjaśnieniami z dnia 9 lutego 2015 r., nie powinien być uznany jako dowód, z uwagi na poniższe okoliczności:

a) pisma załączone przez wybranego wykonawcę, pochodzące z BNP Paribas Bank Polska S.A. (załącznik nr 1, załącznik nr 2, załącznik nr 4 do wyjaśnień) - nie mogą być uznane jako dokumenty, z uwagi na zasadniczą wadę - są niepodpisane. Konstytutywną cechą każdego dokumentu prywatnego jest własnoręczny podpis wystawcy dokumentu, stanowiący potwierdzenie, że osoba która dokument podpisała złożyła oświadczenie o treści zawartej w dokumencie. W przypadku osób prawnych, podpis/podpisy na dokumencie winny złożyć osoby upoważnione – tj. (wskazane w dokumencie rejestrowym podmiotu) lub osoby upoważnione. W odniesieniu do trzech pism BNP Paribas Bank Polska S.A. - z dnia 5 września 2014 r. i dwa pisma z 19 września 2014 r. - widnieją na nich tylko niezidentyfikowane znaki graficzne (prawdopodobnie parafy), jednak brak możliwości wskazania kto te pisma w taki sposób oznaczył. Dodatkową przesłanką potwierdzającą, iż są to prawdopodobnie tylko pisma przygotowane do podpisania - stąd też tylko parafowane - jest brak jakiegokolwiek sygnatury, numeru dziennika lub innego wyróżnika potwierdzającego, iż są to pisemne i wiążące dokumenty Banku, co mogłoby bezspornie potwierdzać termin ich przekazania klientowi.

Dodatkowo, niezależnie od faktu, iż pisma z BNP Paribas Bank nie mogą być uznane jako dokumenty bankowe, odwołujący zwracał uwagę, że z ich treści można byłoby wywodzić, iż wykonawca posiadał wskazywaną zdolność kredytową tylko w niektórych, wybranych w sposób uznaniowy dniach. Stąd też, dla potwierdzenia spełnienia warunku udziału, wykonawca, wbrew treści pisma PNB Paribas Bank z dnia z dnia 26 sierpnia 2014r., złożonego wraz z ofertą teraz odwołuje się już do bilansu wartości możliwego do uzyskania kredytu - pomniejszonego o zadłużenia wobec banku z tytułu linii gwarancyjnej, kredytu nieodnawialnego i zobowiązań leasingowych - oraz posiadanego kredytu odnawialnego i stanu środków na rachunku. Wątpliwości odwołującego, co do wiarygodności tak wykazywanego potwierdzenia spełnienia warunku udziału budził fakt wykazywania posiadanych środków na rachunku z wybranych przez wykonawcę kilku dni września 2014r., jak też różnorodnie przedstawiane wysokości środków i zobowiązań wykonawcy wobec banku;

b) pismo z dnia 10 października (termin składania ofert) stanowiące zobowiązanie firmy HYDROTECH S.A. z siedzibą w Rybniku, o udostępnieniu środków finansowych w wysokości 10.000.000 PLN, wraz z fragmentem niezidentyfikowanego pisma (załącznik nr 5 do wyjaśnień). Niniejsze pismo, podpisane przez Prezesa Zarządu - podobnie jak i pisma z Banku - również nie posiada jakiegokolwiek sygnatury, numeru dziennika lub innego wyróżnika potwierdzającego, iż jest to pisemny dokument Spółki, sporządzony w dacie jaką został opatrzony i zarejestrowany w systemie obiegu dokumentów. Do pisma załączono fragment nieznanego dokumentu - na piśmie wyraźne jest oznakowanie „1 z 112” co niewątpliwie wskazuje, iż jest to tylko pierwsza strona ze 112 stron dokumentu. Powyższy fragment

pisma, zawierający na załączonej stronie „Potwierdzenie warunków negocjowanej lokaty terminowej, nie może być uznany za, wymaganą przepisami § 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 - informację banku potwierdzającą wysokość posiadanych środków finansowych. Wynegocjowanie warunków lokaty nie jest tożsame z założeniem lokaty i nie może stanowić potwierdzenia, że do takiego zdarzenia doszło.

W świetle powyższych faktów oraz wymagań określonych przepisami prawa i postanowieniami SIWZ, zdaniem odwołującego wykonawca wybrany nie mógł więc skutecznie potwierdzić spełnienia wymaganego warunku dodatkowo przedłożonymi dokumentami. Z treści zobowiązania podmiotu udostępniającego wynika również, iż stosunek prawny jaki ma łączyć strony: Przedsiębiorstwo Budowy Dróg DROGOPOL-ZW Sp. z o.o. oraz HYDROTECH S.A., zostanie uregulowany „stosowną umową o współpracy lub pożyczki czy też innymi porozumieniami,” dopiero „w przypadku skorzystania przez Wykonawcę z udostępnionych zasobów;”

d) trzy, jednobrzmiące w swojej treści „Pisemne zobowiązania podmiotu o oddaniu niezbędnych zasobów” wszystkie z dnia 9 października 2014 r. wystawione przez panów: S. W., M. W., P. W. (wszyscy z Katowic) wraz z informacjami z banków z terminów 12 stycznia 2015 r., 19 stycznia 2015 r. oraz 22 stycznia 2015 r. (załączniki nr 6.1,6.2, 6.3 do wyjaśnień), zdaniem odwołującego nie stanowią skutecznego udostępnienia zasobów finansowych.

Załączone do wyjaśnień dokumenty, potwierdzające wysokość środków jakie posiadają na wskazanych kontach wymienieni wyżej Panowie, pochodzące z banków: BNP Paribas Bank, BPH oraz Best Bank EUROMONEY, zostały wystawione w styczniu 2015 r. Oznacza to, że na dzień uzyskania zobowiązania od wskazanych osób i dzień składania ofert (10.10.2014 r.) wybrany wykonawca nie posiadał dokumentów wymaganych przepisami prawa oraz postanowieniami SIWZ, a tym samym nie mógł na bazie powyższych zobowiązań potwierdzić spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Na marginesie tej kwestii odwołujący wskazał na fakt, że Pan M. W. „pożyczający” Spółce pieniądze jest jednocześnie jej prokurentem, przez co przyjmował istnienie kolizji interesów poprzez zawieranie umowy pożyczki przez Spółkę z jej prokurentem.

Zarówno z treści złożonych przez wezwanego wykonawcę wyjaśnień, jak i z treści oraz formy złożonych pism, a także z wyspecyfikowanych powyżej uwag i wątpliwości odwołujący wywiódł wniosek, że niektóre z tych pism zostały stworzone już po terminie składania ofert w następstwie wniesionego odwołania i wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 stycznia 2015 r. Mając na uwadze przepis art. 6. K.c. oraz ograniczone w tym

zakresie instrumentarium prawne jakim dysponuje odwołujący (tak jak i każdy inny wykonawca), praktycznie możliwe jest tylko należyte uprawdopodobnienie stawianych zarzutów. Zaznaczał, że powyższą kwestię rozstrzygnął Trybunał Sprawiedliwości UE, orzekając odnośnie procedury uzupełniania żądanych przez zamawiających dokumentów opisujących sytuację wykonawcy (dokumentów dotyczących potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu). W wyroku z dnia 10 października 2013 r. w sprawie C-336/12 (Manova) Trybunał wskazał co następuje i orzekł: „(6) Zgodnie z art. 51 dyrektywy 2004/18 „instytucje zamawiające mogą wezwać wykonawców do uzupełnienia zaświadczeń i dokumentów przedłożonych na podstawie art. 45 -50 lub o ich wyjaśnienie.”

(28) *Jednym z głównych celów, jakim służą przepisy prawa Unii w dziedzinie zamówień publicznych jest zapewnienie swobody świadczeń usług i otwarcia na niezakłóconą konkurencję we wszystkich państwach członkowskich. Osiągnięciu tego podwójnego celu służy między innymi zasada równego traktowania oferentów i kandydatów oraz wynikający z niej obowiązek przejrzystości.*

(29) *Zastosowanie zasady równego traktowania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie jest więc celem samym w sobie, lecz należy je rozpatrywać w świetle rezultatów, do jakich mają doprowadzić.*

(39) *Instytucja zamawiająca może więc zażądać poprawienia lub uzupełnienia w szczegółach informacji przedstawionych w zgłoszeniu, pod warunkiem, że dotyczy to informacji lub danych, jak publikowane sprawozdanie finansowe, co do których można obiektywnie ustalić, że pochodzą sprzed daty upływu terminu zgłoszeń.*

Z powyższych względów Trybunał (dziesiąta izba) orzeka, co następuje: „Zasadę równego traktowania należy interpretować w ten sposób, że nie stoi ona na przeszkodzie wezwaniu kandydata przez instytucję zamawiającą, po upływie terminu zgłoszeń do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, do przedstawienia dokumentów opisujących sytuację kandydata, na przykład sprawozdań finansowych, co do których można w sposób obiektywny ustalić, iż istniały przed upływem terminu zgłoszeń, o ile w materiałach dotyczących zamówienia nie zawarto wyraźnie wymogu przedstawienia takich dokumentów pod rygorem wykluczenia kandydata. Żądanie takie nie może powodować nieuzasadnionego bardziej lub mniej korzystnego traktowania kandydata lub kandydatów, do których zostało skierowane.”

Mając więc na uwadze:

1) obowiązujący przepis art. 267 Traktatu o Unii Europejskiej, wskazujący iż „Trybunał Sprawiedliwości jest właściwy do orzekania w trybie prejudycjalnym o ważności i wykładni przepisów przyjętych przez instytucje Wspólnoty.”

2) wyrok Trybunału z dnia 13 lipca 2000 r. w sprawie C-456/98 (Centrosteeel), który w motywie (19) zdanie drugie wskazuje na obowiązek stosowania pro unijnej wykładni prawa:

„Sąd krajowy jest zobligowany, stosując przepisy prawa krajowego, sprzed lub po wprowadzeniu Dyrektywy, aby interpretować te przepisy, na ile to tylko możliwe, w świetle wykładni Dyrektywy i tak aby stosowane były w sposób podążający za Dyrektywą.”

3) przywołany powyżej we fragmentach wyrok TS UE z dnia 10 października 2013 r. w sprawie C- 336/12 (Manova), wskazujący na dwie, okoliczności związane z czynnościami poprawiania lub uzupełnienia dokumentów opisujących sytuacje wykonawcy, dokonywanych na wezwanie zamawiającego

- odwołujący wnosił o nieuwzględnianie jako materiału dowodowego pism prywatnych (dokumentów prywatnych), co do których nie można obiektywnie ustalić, że zostały uzyskane przez wybranego wykonawcę przed terminem składania ofert. Dotyczy to przede wszystkim zobowiązań udostępnienia wybranemu wykonawcy środków finansowych na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Reasumując, odwołujący podtrzymał argumentację, że:

1. żadne z trzech pism pochodzących z BNP Paribas Bank, z uwagi na ich wadę - brak podpisania pisma - nie może być uznane jako dokument bankowy potwierdzający posiadania środków finansowych lub zdolność kredytową w wymaganej wysokości nie mniejszej niż 10.000.000 PLN;
2. własne wyliczenia Głównego Księgowego Przedsiębiorstwa Budowy Dróg DROGOPOL-ZW Sp. z o.o. nie mogą zastąpić wymaganego dokumentu - informacji banku;
3. zobowiązania podmiotów trzecich (HYDROTECH S.A. oraz trzech osób fizycznych) o udostępnieniu swoich środków finansowych, nie mogą stanowić potwierdzenia spełnienia warunku udziału zarówno z uwagi na wskazane wadliwości tych dokumentów jak i z uwagi na fakt, iż nie można obiektywnie ustalić, że pochodzą sprzed daty upływu terminu składania ofert.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie i do protokołu rozprawy nie zgodził się z przedstawionymi zarzutami i podał, co następuje.

Ad. zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcy, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej.

Zamawiający podnosił, że wykonując wyrok Izby sygn. akt KIO 2797/14 wezwał przystępującego do uzupełnienia dokumentów odnośnie sytuacji ekonomicznej i finansowej. Wspomniany wykonawca pismem z dnia 9 lutego 2015 r. złożył wyjaśnienia oraz dokumenty, które w ocenie zamawiającego potwierdzają, że wykonawca spełnia postawiony warunek.

Zamawiający podał, że tytułem uzupełnienia wykonawca Przedsiębiorstwo Budowy Dróg DROGOPOL-ZW Sp. z o.o. przedłożył 2 informacje z BNP Paribas Bank, które zdaniem zamawiającego w sposób jednoznaczny potwierdzają posiadanie środków

finansowych i zdolność kredytową przystępującego w kwocie 10 000 000,00 zł, co obrazuje tabela sporządzona przez głównego księgowego tego przedsiębiorcy na podstawie zaświadczeń bankowych z 19.09.2014 r. Ponadto wykonawca dołączył zobowiązania innych podmiotów do udostępnienia zasobów finansowych wraz z dokumentami potwierdzającymi posiadanie przez te podmioty stosownych środków finansowych.

Zamawiający nie zgodził się z argumentacją odwołującego i uznawał, że odwołanie jest wyrazem nieuprawnionego dyskredytowania oferty konkurenta. Przytoczył pogląd wyrażony w wyroku SO w Gliwicach z 23 lutego 2007 r., sygn. akt X Ga 23/07, że formalizm postępowania w procedurach przetargów publicznych nie jest celem samym w sobie.

Zamawiający uznawał pojawianie się kolejnych dokumentów na każdym etapie postępowania składanych przez przystępującego za racjonalne, gdyż na wezwanie zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp musiały zostać złożone dokumenty nie występujące wcześniej w ofercie. Zdaniem zamawiającego nie ma żadnych podstaw, aby twierdzić, iż dokumenty te nie istniały na dzień upływu terminu do składania ofert - czego odwołujący nie udowodnił wbrew regułom wynikającym z art. 6 K.c.

Zdaniem zamawiającego nieuprawnione są twierdzenia, że dokumenty z BNP Paribas są niewłaściwie podpisane, gdyż pod pieczęcią banku widnieją dwa podpisy, co wypełnia wymogi art. 95 ust. 1 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 Prawo bankowe, gdyż oświadczenia podpisane przez osoby upoważnione mają moc prawną dokumentów urzędowych. Osobę czynną w lokalu przedsiębiorstwa przeznaczonym do obsługi publiczności poczytuje się w razie wątpliwości za umocowaną do dokonywania czynności prawnych, które zazwyczaj bywają dokonywane z osobami korzystającymi z usług podmiotu – art. 97 K.c. Za istotne zamawiający poczytał własnoręczność złożonych podpisów na dokumentach wystawionych przez BNP Paribas.

Za pozbawione znaczenia zamawiający uznał, że wymieniony bank jedynie w oznaczonych dniach potwierdził wymaganą zdolność kredytową wybranego wykonawcy, gdyż informacja została podana nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert, zgodnie z SIWZ.

Zdaniem zamawiającego potencjał udostępniony na zasadzie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp wzmacnia argumentację przystępującego, że wykazał on swoją zdolność finansową do realizacji zamówienia. Wartość udostępnionych tylko w ten sposób środków wynosi prawie 15 000 000,00 zł. Zamawiający zaznaczał, że zgodnie z wzorem umowy podmiot udostępniający ponosi odpowiedzialność solidarną z wykonawcą zamówienia, a dokument potwierdzający zobowiązanie podmiotu trzeciego, wykonawca zobowiązany będzie przedłożyć przy zawarciu umowy.

Zamawiający przytaczał poglądy Izby, (wyrok sygn. KIO 623/12), że możliwe jest uwzględnienie dokumentów, które zostały wystawione po upływie terminu składania ofert, ale potwierdzają spełnianie przez wykonawcę warunków udziału nie później niż w dniu złożenia oferty. Zamawiający podnosił, iż nie ma podstaw, aby twierdzić, że dokumenty wystawione przez inne podmioty były antydatowane, gdyż widnieje na nich data wcześniejsza niż upływ terminu składania ofert.

Zarzut naruszenia art. 89 ust.1 pkt 5 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy, który winien był być wykluczony z postępowania uznał odwołujący za pozbawiony podstaw, gdyż przepis ten odnosi się do przetargu ograniczonego, jak wskazała Izba w wyroku sygn. akt KIO 2797/14.

Podobnie za chybiony uznał zamawiający zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp nakazujący wybrać ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, gdyż tak właśnie postąpił zamawiający kierując się kryterium najniższej ceny oferty przyjętym w SIWZ. Za podlegający oddaleniu zamawiający uznawał zarzuty naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

Przystępujący Przedsiębiorstwo Budowy Dróg DROGOPOL-ZW Sp. z o.o. powołał się na swoje stanowisko w piśmie złożonym na rozprawie dnia 2 marca 2015 r. Do protokołu rozprawy przytoczył następującą argumentację.

W zaświadczeniu z 5.09.2014 BNP Paribas wyraźnie określił zdolność kredytową przystępującego w wysokości 10 mln zł, przedstawiając jednocześnie stan środków na rachunkach bankowych, rachunku lokat overnight wg stanu na 4.09.2014 r. i nie wykorzystany kredyt w rachunku bieżącym, dane te przedstawiają stan zadłużenia klienta. W ocenie przystępującego, liczyło się potwierdzenie zdolności kredytowej nie do kwoty 10 mln, a w kwocie 10 mln. Przystępujący wyjaśniał, że dlatego nie dołączył dokumentu z 5.09.2014r. pierwotnie do oferty, ponieważ podane zostały tam konkretne kwoty, a chciał uniknąć ujawnienia tych danych konkurentom. Przystępującemu jest znany art. 8 ust. 3 Pzp, że tego rodzaju dokument może być zastrzeżony jako tajemnica przedsiębiorstwa. Składając wnioski, dowodowe w poprzednim postępowaniu odwoławczym, przystępujący ujawnił kwotę posiadanych środków i zobowiązań. Był to jednak dalszy etap postępowania. Przystępujący stwierdził, że wówczas, co prawidłowości podpisania tego dokumentu odwołujący nie zgłaszał żadnych zarzutów, mimo że dokument z 26.08.2014 r. BNP Paribas, był w taki sam sposób podpisany. Izba nie zdyskredytowała tego dokumentu ze względu na jego formę. Przystępujący zaznaczał, że przedłożył jako dowody pełnomocnictwa dla osób podpisujących dokumenty w imieniu banku, a dokumenty z tego banku odebrał osobiście główny księgowy w siedzibie banku, przy tym bank nie żądał potwierdzenia, że ktoś odebrał

te dokumenty w oznaczonej dacie. Przystępujący wyjaśniał, że być może księgowy kwitował odbiór tych informacji w siedzibie banku, ale takimi odpisami nie dysponuje. Opatrzanie dokumentu kolejną liczbą, czy sygnaturą daty jego wydania nie zmienia daty wydania dokumentu. Przystępujący stwierdził, że jedyny dokument z datą pewną, tj. urzędowy lub pochodzący od notariusza, mógłby w sposób obiektywny potwierdzać datę jego wydania, a przystępujący takim dokumentem nie dysponuje. Uznawał, że dokument został wydany z taką datą, jaką został opatrzony. Część dokumentów została przedstawiona jako oryginalna, a część w kopii potwierdzonej z oryginałem. Opinia z 5.09.2014 r. została przedstawiona w oryginale. Nie ma dyspozycji normatywnych określających, co ma się znaleźć w informacji bankowej, a informacja bankowa jest oświadczeniem wiedzy. Nie można stosować przepisów Kodeksu cywilnego dotyczących oświadczeń woli w odniesieniu do informacji bankowych. Bo informacja bankowa nie kreuje stosunków prawnych pomiędzy podmiotami. Ma znaczenie w procedurach o w ubieganiu się o zamówienie publiczne. Przystępujący stwierdził, że różne oddziały Banku BNP Paribas stosują różne standardy, co do formy dokumentów i potwierdzania danych, bo jest to dokument pochodzący z banku, a nie z urzędu administracji publicznej. Przystępujący stwierdził, że zgodnie z tabelą przedstawioną na str. 3 złożonych wyjaśnień z 9.02.2015 r., wolna zdolność kredytowa pomniejszona o zobowiązania finansowe wobec banku wynosiła 5 386 622 zł 6 gr. Wyjaśniał, że środki finansowe udostępnione przez Panów W. traktował jako środki uzupełniające i podwyższające jego zdolność finansową - do łącznej kwoty jaką oceniał na ok. 28 mln złotych, i tak też należało traktować zobowiązania przedsiębiorcy Hydrotech S.A. z Rybnika. Przystępujący powoływał się na złożone dowody, w tym przedstawione potwierdzenie z banku Millenium, że Hydrotech w tym banku posiadał w dniu 6.10.2014 r. lokatę na 10 mln zł. Zaznaczał, że odwołujący nie złożył żadnego wniosku dowodowego zgodnie z Kpc, który mogłyby służyć do wykazania jego twierdzeń, stąd odwołanie powinno zostać oddalone. Art. 14 Pzp odsyła do przepisów K.c. jedynie w zakresie czynności zamawiającego i wykonawców, a nie osób 3-cich, ponadto każdy bank ma swoją praktykę.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody: z protokołu postępowania, ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty przystępującego, korespondencji w sprawie uzupełnienia dokumentów przedstawionych w ofercie przystępującego. Izba z urzędu w trybie art. 190 ust. 2 ustawy Pzp dopuściła dowód z akt postępowania odwoławczego sygn. KIO 2797/14.

Dowody z dokumentów wnioskowane przez przystępującego na rozprawie, tj.:

- 1) pismo BNP Paribas 26.02.2015 r. wraz z załącznikiem 1 a, 1 b na okoliczność wystawienia wcześniejszych pism tj. z dnia 5.09.2014 r. oraz 19.09.2014 r., jako

podpisanych przez osoby umocowane do działania w tym zakresie w imieniu banku, z tym, że pisma z 19.09.2014 r. były załączone jako dowody w sprawie KIO 2797/14, pismo z 5.09.2014 r. było złożone na wezwanie zamawiającego

- Izba uznała za potwierdzające zróżnicowane praktyki tego Banku w zakresie sygnowania wydawanych dokumentów,
- 2) pismo Banku Millenium z 26.02.2015 r., w którym bank ten potwierdza zawarcie negocjowanej umowy terminowej z Hydrotech S.A. z 6.10.2014 r. na kwotę 10 mln na okres 28 dni, na okoliczność że wykonawca udostępniający zasoby w trybie art. 26 ust. 2b Pzp dysponował taką kwotą
- nie mogło zmieniać, i nic nie wносиło do złożonych dokumentów na wezwanie zamawiającego.

Wnioskowane dowody przez odwołującego z opinii PNP Paribas wystawionych do innych postępowań, które odwołujący uzyskiwał z tego Banku z oddziału we Wrocławiu i Warszawie, z których wynika, że bank ten wystawiając opinię zachowywał takie czynności formalne, że pod pieczęcią banku podpisywały się osoby, których tożsamość była ustalona wskazaniem w treści pisma z imienia i nazwiska oraz zajmowanej funkcji – potwierdzają różne praktyki tego Banku oraz możliwość uzyskania dokumentów w formie potrzebnej klientowi.

Ponadto, Izba rozważyła stanowiska stron i uczestnika przedstawione w złożonych pismach oraz do protokołu rozprawy.

Rozpatrując sprawę w granicach zarzutów odwołania, jak stanowi art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba ustaliła, co następuje.

Z akt postępowania przetargowego udostępnionych przez zamawiającego oraz z akt sprawy odwoławczej dopuszczonych przez Izbę z urzędu jako dowód - wynika następujący stan faktyczny.

Przedmiotem zamówienia jest „Budowa odcinka trasy N-S od ul. 1-go Maja do ul. Bukowej w Rudzie Śląskiej wraz z węzłem dwupoziomowym i budową odcinka drogi od ul. Bukowej do u. ks. Niedzieli - ul. Nowobukowa”.

Termin składania ofert został wyznaczony do dnia 10.10.2014 r.

W postępowaniu zamawiający wymagał, między innymi, aby w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej wykonawcy wykazali się posiadaniem środków finansowych lub zdolnością kredytową w wysokości nie mniejszej niż 10 mln złotych.

Powyższy wymóg został wskazany zarówno w treści ogłoszenia o zamówieniu (Sekcja III.2.2.) pkt.2), jak i w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (pkt 2.4.2. str.7). Celem potwierdzenia spełnienia warunku zamawiający wymagał, aby wraz z ofertą

wykonawcy załączyli informację z banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzającą wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, wystawionej nie wcześniej niż 3 miesiące przed terminem składania ofert.

W rozdziale XII SIWZ uwaga nr 9 zamawiający zapowiedział, że potwierdzenie spełnienia warunków udziału w niniejszym postępowaniu, oceniać będzie na podstawie wymaganych oświadczeń i dokumentów. Ocena spełnienia warunków dokonywana będzie w systemie „spełnia- nie spełnia”. Nie spełnienie chociażby jednego z postawionych warunków udziału spowoduje wykluczenie wykonawcy z postępowania.

Do oferty przystępujący załączył opinię BNP PARIBAS Bank Polska SA z 26 sierpnia 2014 r.

Do swojego pisma z dnia 14 stycznia 2014 r. złożonego w sprawie sygn. KIO 2797/14 przystępujący załączył pismo BNP PARIBAS Bank Polska SA z Katowic z dnia 19.09. 2014r. (zał. nr 1), w którym Bank potwierdza, że w opinii Banku firma na dzień 19.09.2014 r. posiada zdolność kredytową w wysokości 10 000 000 PLN z załącznikiem z tej samej daty wystawionym przez BNP PARIBAS Bank Polska SA, obrazującym salda kredytu wykorzystanego i dostępnego (zał. nr 2). W zał. nr 3 przystępujący przedstawił zestawienie własne środków finansowych. Przystępujący wnioskował o przeprowadzenie w sprawie dowodów z tych dokumentów.

Wyrok sygn. akt KIO 2797/15 z dnia 19 stycznia 2015 r. podaje: Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego oraz stanowisk stron i przystępującego, zaprezentowanych na piśmie oraz w toku rozprawy skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej ustalił i zważył, co następuje.

„Przedmiotem sporu jest, czy wybrany wykonawca potwierdził wymaganą przez zamawiającego sytuację ekonomiczną i finansową. Zamawiający wymagał w tym zakresie aby wykonawcy wykazali się posiadaniem środków finansowych lub zdolnością kredytową w wysokości nie mniejszej niż 10 mln złotych. Powyższy wymóg został wskazany zarówno w treści „Ogłoszenia o zamówieniu” (Sekcja III.2.2.) pkt.2), jak i w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (pkt 2.4.2. str.7).

Celem potwierdzenia spełnienia warunku należało do oferty wykonawcy załączyć informację banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzającą wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, wystawionej nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert.

Wykonawca Przedsiębiorstwo Budowy Dróg DROGOPOL-ZW Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach załączył do oferty pismo BNP PARIBAS Bank Polska SA z Katowic z dnia 26 sierpnia 2014 r., w którym Bank potwierdza, że współpracuje z firmą od dnia 19 września 2003 r. w zakresie prowadzenia bieżącego rachunku bankowego.

Następnie w piśmie banku zawarte są informacje ujęte w sześciu punktach (tiret) o treści:

Klient posiada w Banku następujące rachunki bankowe:

Bieżący rachunek bankowy w PLN o numerze: PL70 1600 1055 0002 3211 5043 001, rachunek walutowy w EUR o numerze PL15 1600 1055 0002 3211 5043 0021, rachunek walutowy w USD o numerze PL85 1600 1055 0002 3211 5043 0022,

średniomiesięczne obroty na rachunku bieżącym w PLN w okresie ostatnich 12 miesięcy, zarówno po stronie WN i MA wyrażają się kwotą ośmiocyfrową w dolnym przedziale wartości;

na dzień 22.08.2014 r. rachunki Klienta nie były obciążone tytułami egzekucyjnymi,

na dzień dzisiejszy korzysta z limitu kredytowego w ramach wielocelowej linii kredytowej wyrażonej kwotą siedmiocyfrową w środkowym przedziale wartości oraz kredytu nieodnawialnego, którego bieżące saldo zadłużenia jest wyrażone kwotą siedmiocyfrową w dolnym przedziale wartości;

Obecne saldo zadłużenia Klienta z tytułu zawartej(ych) umowy(ów) leasingu w PLN wyrażone jest kwotą sześciocyfrową w dolnym przedziale wartości. Ostateczny termin spłaty przypada na 13 maja 2018 roku. Klient terminowo reguluje swoje zobowiązania wobec Banku.

W opinii Banku Klient posiada zdolność kredytową do obsługi i spłaty produktów kredytowych do łącznej kwoty 10.000.000 PLN (słownie: dziesięć milionów złotych). Niniejsza opinia została wydana na prośbę klienta w oparciu o metodologię oceny stosowaną standardowo przez Bank.

Niesporne jest, że powołany wyżej dokument był jedynym dowodem mającym potwierdzić sytuację finansową i ekonomiczną wykonawcy złożonym wraz z ofertą.

Skład orzekający uznaje za uzasadnione stwierdzenie, że przedmiotowy dokument potwierdzający spełnienie warunku udziału w postępowaniu podlega ocenie w całej swojej treści. Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego uznaje, że treść zaświadczenia banku jest opinią o wysokości zdolności kredytowej i stanowi wniosek końcowy po uprzednich informacjach banku określających wiarygodność klienta. W ocenie odwołującego informacje o korzystaniu przez wykonawcę z limitów kredytowych i kredytu jakkolwiek nie określające kwot wykorzystanych zawierają jednak stwierdzenia o korzystaniu z kredytu oraz zadłużeniach w kwotach opisanych liczbą cyfr.

Skład orzekający w sprawie w wyniku analizy opinii bankowej stoi na stanowisku, iż sformułowanie o zdolności kredytowej „do łącznej kwoty 10.000.000 zł” oznacza ocenę banku, iż do tej kwoty wykonawca „posiada zdolność kredytową do obsługi i spłaty produktów kredytowych.” Zacytowane sformułowanie uzasadnia wniosek, że wskazana kwota zdolności kredytowej jest w dacie jej wskazania kwotą maksymalną i zawarte są w

niej również wartości kredytów udzielonych i wykorzystywanych. Przy odmiennej ocenie tego stanu rzeczy należałoby poddać w wątpliwość celowość informacji o kredytach udzielonych. Tym samym, w ocenie Izby kwota zdolności kredytowej tj. 10 mln zł podlega obniżeniu o uprzednio zaciągnięte i dotychczas niespłacone kredyty, te bowiem stanowią swoiste reduktory kwoty pełnej zdolności kredytowej.

W takim stanie rzeczy skład orzekający nakazał zamawiającemu dokonanie ponownej oceny ofert zauważając, że złożona z ofertą informacja nie umożliwiła dokonania prawidłowej oceny o kondycji finansowej przystępującego w świetle wymagań siwz. Zatem zamawiający jako prowadzący postępowanie jest zobowiązany do żądania od wykonawcy złożenia niezbędnych dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunków udziału i oceny tych dokumentów.

W świetle powyższych ustaleń i uznania, że zamawiający naruszył przepisy ustawy pzp w zakresie wyboru najkorzystniejszej oferty w wyniku nieprawidłowej oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, orzeczono jak w sentencji. Wobec powyższego należy ponowić ocenę wykonawcy z zastosowaniem obligatoryjnej procedury przewidzianej w art. 26 ust. 3 ustawy pzp wskazanej w sentencji orzeczenia.”

Z kolei w sentencji wyroku Izba nakazała zamawiającemu „dokonanie ponownego badania i oceny ofert z zastosowaniem procedury przewidzianej w art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych tj. wezwaniem do uzupełnienia dokumentów potwierdzających sytuację finansową i ekonomiczną wykonawcy Przedsiębiorstwo Budowy Dróg "DROGOPOL-ZW" Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach.”

Pismem z dnia 30 stycznia 2015 r. zamawiający wezwał wykonawcę Przedsiębiorstwo Budowy Dróg DROGOPOL-ZW Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach zgodnie z wyrokiem sygn. akt KIO 2797/14 na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów potwierdzających sytuację finansową i ekonomiczną wykonawcy. „Zgodnie z pkt 2.4.2. rozdział XII specyfikacji istotnych warunków zamówienia Wykonawca musi wykazać, że posiada środki finansowe lub zdolność kredytową, w wysokości nie mniejszej niż 10 000 000 zł. Zamawiający zażądał dołączenia informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo- kredytowej potwierdzającą wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, wystawioną nie wcześniej niż 3 miesiące przed terminem składania ofert. Mając na uwadze powyższe wzywamy do złożenia dokumentów, o których mowa powyżej, tak aby jednoznacznie potwierdzić spełnienie warunku udziału w postępowaniu.”

W określonym terminie wykonawca - Przedsiębiorstwo Budowy Dróg DROGOPOL-ZW Sp. z o.o. złożył pismo z dnia 9 lutego 2015 r. opisując swoją sytuację finansowo- ekonomiczną - do czego nie był wzywany oraz załączył plik dokumentów, w tym ponownie:

- załączył pismo BNP PARIBAS Bank Polska SA z Katowic z dnia 19.09. 2014r. (zał nr 1), w którym Bank potwierdza, że w opinii Banku firma na dzień 19.09.2014 r. posiada zdolność kredytową w wysokości 10 000 000 PLN z załącznikiem z tej samej daty wystawionym przez BNP PARIBAS Bank Polska S.A., obrazującym salda kredytu wykorzystanego i dostępnego (zał. nr 2). W zał. nr 3 przystępujący przedstawił zestawienie własne środków finansowych.

Ponadto, załączył:

1. Załącznik nr 4 opinię bankową BNP PARIBAS Bank Polska S.A. z Katowic z dnia 05.09.2014r. stwierdzającą na dzień 04.09.2014r. stan środków na rachunkach bankowych klienta, stan zadłużenia klienta, i że w opinii Banku na dzień 04.09.2014r. klient, tj. przystępujący posiadał zdolność kredytową w wysokości 10 000 000,00 PLN.
2. Przystępujący w zał. nr 5 przedstawił oświadczenie o udostępnieniu zasobów z dnia 10.10.2014 r. wystawione przez Hydrotech S.A. w Rybniku, że ten zobowiązuje się do udostępnienia zasobów w postaci środków pieniężnych w wysokości 10 000 000,00 zł dla przystępującego w celu realizacji przedmiotowego zamówienia publicznego. Na potwierdzenie dysponowania środkami w tej kwocie przystępujący załączył potwierdzenie otwarcia lokaty terminowej 10 000 000,00 zł przez Hydrotech S.A. w dniu 6.10.2014 r. do 3.11.2014 r. w Banku Milenium S.A.
3. W załącznikach 6.1;6.2;6.3 do pisma przystępujący załączył oświadczenia datowane na 09.10.2014 r. panów: S. W., M. W. i P. W. o udostępnieniu na rzecz przystępującego posiadanych środków pieniężnych w okresie wykonywania zamówienia, a stosunek prawny będzie wynikał z umowy pożyczki środków pieniężnych. Przystępujący załączył zaświadczenia różnych banków wystawione po dacie składania ofert, potwierdzające stan środków na posiadanych przez panów Waszkiewiczów rachunkach, według stanu na dzień 09.10.2014 r. na łączną kwotę wyliczoną przez przystępującego – 4 230 127,00 zł.

Przystępujący w swoim wyjaśnieniu do zamawiającego stwierdził, mimo wyroku Izby, iż uznaje, że pierwotnie załączone dokumenty do jego oferty - zaświadczenie BNP PARIBAS Bank Polska SA z Katowic z 26.08.2014 r. było prawidłowe i „stanowiły podstawę do wyciągnięcia końcowego wniosku o zdolności finansowej spółki na poziomie wymaganym w SIWZ.” Ponadto, stwierdził, że spółka obok środków własnych jest w stanie pozyskać środki z innych źródeł finansowania.

W dniu 11 lutego 2015 r. zamawiający powiadomił wykonawców o ponownym wyborze oferty Przedsiębiorstwa Budowy Dróg DROGOPOL-ZW Sp. z o.o., jako zawierającej najniższą cenę ofertową spośród ofert niepodlegających odrzuceniu. Uzasadnienia dla przyjęcia poprawności uzupełnionych dokumentów w zakresie sytuacji finansowej i ekonomicznej wykonawcy wybranego zamawiający nie przedstawił. Takiego uzasadnienia komisji przetargowej brak w załącznikach do protokołu postępowania.

Przystępujący – cena oferty – 49 906 748,20 zł brutto,

Odwołujący – cena oferty – 56 576 778,67 zł brutto, druga w kolejności.

Izba zważyła, co następuje.

Odwołujący wykazał legitymację do wniesienia odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, skoro jego oferta została oceniona jako druga w kolejności. Był zatem uprawniony, aby skarżyć - jak dowodził niezgodne z ustawą Pzp czynności i zaniechania zamawiającego wobec oceny oferty wybranego konkurenta, które godziły w interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia i mogły narażać go na poniesienie szkody.

Z przytaczanych w materiale dowodowym sprawy ustaleń wynika, że Izba w wyroku z dnia 19 stycznia 2015 r. uznała, iż poprzez złożone dokumenty w zbiorze oferty oraz przedłożone, jako dowody na rozprawie - wykonawca Przedsiębiorstwo Budowy Dróg DROGOPOL-ZW Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach nie wykazał w sposób podany w ogłoszeniu oraz w SIWZ zdolności w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej do wykonania zamówienia, (Sekcja III.2.2.) pkt.2 ogłoszenia), jak i w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (pkt 2.4.2.), tj. nie legitymował się bowiem posiadaniem środków finansowych lub zdolnością kredytową w wysokości nie mniejszej niż 10 mln złotych. Celem potwierdzenia spełnienia warunku. zamawiający wymagał, aby wraz z ofertą wykonawcy załączyli informację banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzającą wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, wystawionej nie wcześniej niż 3 miesiące przed terminem składania ofert. Z tych względów Izba nakazała zamawiającemu wezwanie tego wykonawcy do uzupełnienia dokumentów potwierdzających sytuację finansową i ekonomiczną.

Z mocy art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp, stosowanego *a contrario* strony są związane wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej, a zamawiający jest zobowiązany przeprowadzić nakazane czynności zgodnie z wyrokiem. Izba podzieliła stanowisko odwołującego, że niedopuszczalne było stwierdzenie, iż przystępujący „*stał(a) (i nadal stoi) na stanowisku. że informacja banku z dnia 26 sierpnia 2014 r. dołączona do oferty była wystarczającym dowodem na spełnienie warunku udziału w postępowaniu*” (str. 2/28 wyjaśnień). Negatywną ocenę tego dokumentu zawiera wiążące orzeczenie Izby wydane w sprawie Sygn. akt KIO

2797/14 i żadne inne wyjaśnienia wykonawcy oraz wymienionego Banku na temat tego dokumentu mogły zostać uwzględnione. Pozostawałoby to bowiem całkowicie sprzeczne z wyrokiem z dnia 19 stycznia 2015 r. sygn. akt KIO 2797/14.

Jeżeli wykonawca nie godził się z powyższym wyrokiem Izby, miał pełne prawo - jako uczestnik postępowania odwoławczego - wnieść skargę do sądu na zasadach określonych przepisami Działu VI Rozdział 3 ustawy Pzp. Skoro przystępujący nie zdecydował się na wniesienie środków zaskarżenia do sądu, podważanie prawomocnego wyroku Izby, jest niedopuszczalne.

Nieuprawnione było również oczekiwanie, aby Izba rozpoznając niniejsze odwołanie na ponowny wybór oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Budowy Dróg DROGOPOL-ZW Sp. z o.o. działała rewizyjnie względem wcześniejszego wyroku Izby z dnia 19 stycznia 2015 r.

Przedmiotem rozpoznania w niniejszej sprawie mogły być jedynie czynności zamawiającego oceny dokumentów uzupełnionych na wezwanie, jednakże innych niż odnoszących się do załączonego do oferty pisma BNP PARIBAS Bank Polska S.A. z Katowic z dnia 26 sierpnia 2014 r. oraz przedłożonych na rozprawie, załączonych do pisma przystępującego z dnia 14 stycznia 2014 r. złożonego w sprawie sygn. KIO 2797/14 tj.: pisma BNP PARIBAS Bank Polska S.A. z dnia 19.09.2014r. (zał. nr 1), w którym Bank potwierdza, że w opinii Banku firma na dzień 19.09.2014 r. posiada zdolność kredytową w wysokości 10 000 000 PLN z załącznikiem z tej samej daty wystawionym przez BNP PARIBAS Bank Polska S.A., obrazującym salda kredytu wykorzystanego i dostępnego (zał. nr 2). W zał. nr 3 przystępujący przedstawił zestawienie własne posiadanych środków finansowych. Przystępujący wnioskował o przeprowadzenie w poprzedniej sprawie dowodów z tych dokumentów, a dowody te były już podstawą wyrokowania. Izba stwierdziła, str. 10 że wyrok został wydany na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego. W protokole postępowania, ani w wyroku nie odnotowano, że dokumenty BNP PARIBAS Bank Polska S.A. z Katowic z dnia 19.09.2014r. nie zostały dopuszczone jako dowody w sprawie.

Zgodnie z art. 26 ust. 2a ustawy Pzp wykonawca na żądanie zamawiającego i w zakresie przez niego wskazanym jest zobowiązany wykazać odpowiednio, nie później niż na dzień składania (...) ofert spełnienie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, w tym dotyczących sytuacji ekonomiczno-finansowej. Dokumenty te wymienia § 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). W zgodności z tym przepisem zamawiający wymagał, aby wraz z ofertą wykonawcy załączyli informację banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzającą wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową w kwocie nie mniejszej niż 10 000 000 zł,

wystawioną nie wcześniej niż 3 miesiące przed terminem składania ofert. Zamawiający *wezwał przystępującego „do złożenia dokumentów, o których mowa powyżej, tak aby jednoznacznie potwierdzić spełnienie warunku udziału w postępowaniu.”*

Dokument „Potwierdzenie warunków negocjowanej lokaty terminowej,” nie może być uznany za wymaganą przepisami §1 ust.1 pkt 10 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów informację banku wydawaną w celu umożliwienia wykonawcom uczestnictwa w postępowaniach przetargowych.

W SIWZ w rozdziale XII - uwaga 6 zamawiający dopuścił składanie innych dokumentów, niż wprost wyszczególnione dla wykazania warunku z pkt 2.4. SIWZ tylko wówczas, gdy wykonawca z uzasadnionych przyczyn nie może przedstawić dokumentów wymaganych. Przystępujący na takie okoliczności się nie powoływał, że z przyczyn uzasadnionych nie mógł przedstawić dokumentów wprost wymaganych w SIWZ, tj. informacji z banku jednoznacznie wskazującej stan posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, (czy też w odniesieniu do podmiotu udostępniającego zasoby) w kwocie nie mniejszej niż 10 000 000 zł, wydanej w celu umożliwienia uczestnictwa w procedurze przetargowej.

Zamawiający zapowiedział ponadto w rozdziale XII SIWZ uwaga nr 9, że potwierdzenie spełnienia warunków udziału w niniejszym postępowaniu, oceniał będzie na podstawie wymaganych oświadczeń i dokumentów. Ocena spełnienia warunków dokonywana będzie w systemie „spełnia- nie spełnia”. Nie spełnienie chociażby jednego z postawionych warunków udziału spowoduje wykluczenie wykonawcy z postępowania.

Oznaczało to, że również dokumenty uzupełniane na wezwanie musiały mieć wymaganą postać, a nie stanowić dowolne zestawienia, opinie, czy komentarze do zaistniałej sytuacji finansowej oferenta. Przepis art. 26 ust. 2c ustawy Pzp stanowi wprawdzie, że jeżeli z uzasadnionej przyczyny wykonawca nie może przedstawić dokumentów dotyczących sytuacji finansowej i ekonomicznej wymaganych przez zamawiającego, może przedstawić inny dokument, który w wystarczający sposób potwierdza spełnienie opisanego przez zamawiającego warunku. Dla skutecznego skorzystania z dyspozycji tej normy przystępujący musiałby dodatkowo wykazać uzasadnione przyczyny, które uniemożliwiały mu złożenie informacji banku, potwierdzającej jednoznacznie wysokość posiadanych środków lub wymaganą zdolność kredytową.

W ocenie Izby, stosowne zaświadczenie (informacja) banku winno potwierdzać okoliczność posiadania przez wykonawcę oznaczonych środków finansowych lub zdolności kredytowej w wymaganej kwocie - w sposób jednoznaczny. Ani zamawiający, ani tym bardziej Izba nie ma obowiązku wyliczania środków finansowych wykonawcy, czy jego

zdolności kredytowej w oparciu o zawile dane banku, obejmujące bez potrzeby informacje na temat udzielonych kredytów, czy postawionych do dyspozycji wykonawcy linii kredytowych i zakresu ich wykorzystania w poszczególnych dniach.

Rzeczą wykonawcy jest zadbanie o to, aby bank wystawił dokument o odpowiedniej - jasnej treści i prawidłowej formie, przydatny dla uczestnictwa w procedurach przetargowych. Takie też zaświadczenia (jednoznaczne informacje) z banku są przedstawiane bez żadnych przeszkód przez wykonawców ubiegających się o zamówienia publiczne. W ocenie Izby, skoro BNP PARIBAS Bank Polska S.A. z Katowic jednocześnie z potwierdzeniem zdolności kredytowej przystępującego zamieścił w wydawanych poświadczeniach, w tym także tych z dnia 19.09.2014 r. dane o dostępnych liniach kredytowych, wykorzystanych środkach kredytowych, to dane te należało uwzględnić przy ocenie zdolności kredytowej wykonawcy, biorąc pod uwagę dokumenty wystawione przez ten bank w danej sprawie, a nie tylko w oderwaniu uwzględniać opinię bankową z 5 września 2014 r. w którym bank wprawdzie określił, że przystępujący posiadał na 4.09.2014 r. zdolność kredytową w wysokości 10 000 000,00 zł, ale również przytaczał dane na temat stanu środków, w tym niewykorzystanego kredytu na koncie, i stanu zadłużenia klienta, zastrzegając, że *„nie ponosi odpowiedzialności za sposób użycia opinii, jak i za wnioski, które w oparciu o nią zostaną wyciągnięte.”*

Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe t.j. Dz. U. z 2012 r. poz. 1376 ze zm.) w art. 70 ust. 1 definiuje pojęcie zdolności kredytowej. Bank uzależnia przyznanie kredytu od zdolności kredytowej kredytobiorcy. Przez zdolność kredytową rozumie się zdolność do spłaty zaciągniętego kredytu wraz z odsetkami w terminach określonych w umowie. Kredytobiorca jest obowiązany przedłożyć na żądanie banku dokumenty i informacje niezbędne do dokonania oceny tej zdolności.

Zamawiający w sposób jednoznaczny wymagał, aby do oferty wykonawcy załączyli informację banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo - kredytowej potwierdzającą wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, wystawionej nie wcześniej niż 3 miesiące przed terminem składania ofert. Składane dokumenty, powinny zawierać zatem oznaczoną powyżej treść. Jeżeli wykonawca nie chciał ujawniać danych o swojej kondycji finansowej wobec konkurentów - mógł zastrzec ich poufność w trybie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp.

Skoro w uwadze nr 9 na stronie 9 SIWZ zamawiający podał, że potwierdzenie spełnienia warunków udziału w niniejszym postępowaniu, zamawiający oceniał będzie na podstawie wymaganych oświadczeń i dokumentów. Ocena spełnienia warunków dokonywana będzie w systemie 0-1 tj. „spełnia nie spełnia”, a nie spełnienie chociażby jednego z postawionych warunków spowoduje wykluczenie wykonawcy z postępowania, to

nie był uprawniony, aby na etapie oceny ofert odstępować od warunków wyznaczonych w SIWZ i podanych w ogłoszeniu, gdyż czynności zamawiającego muszą być przewidywalne dla wykonawców, którzy zdecydowali się na udział w danym postępowaniu przetargowym.

Zasadą jest, że wszystkie wymagane w SIWZ dokumenty winny być załączone do oferty nie później niż w którym upłynął termin składania ofert. Przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp na zasadzie wyjątku stanowi, że zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy i usługi wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert.

Niedopuszczalne było, aby zamawiający przyjmując za prawidłowe uzupełnione przez przystępującego dokumenty - w liczbie nadprogramowej, nie uzasadnił w powiadomieniu o ponownym wyborze oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Budowy Dróg DROGOPOL-ZW Sp. z o.o., które z tych dokumentów uznał za potwierdzające stawiany warunek. Na rozprawie zamawiający stwierdził, iż w oparciu o wszystkie uzupełnione dokumenty ocenia zdolność finansową przystępującego na około 27 mln złotych. Izba może uwzględnić odwołanie jedynie z tej przyczyny, że uzasadnienie dla czynności zamawiającego uzna za niedostateczne i utrudniające wykonawcom korzystanie ze środków ochrony prawnej. Zamawiający nie załączył w dokumentach postępowania nawet protokołu z posiedzenia komisji przetargowej, oceniającej wymienione kwestie. Zamawiający nie ujawniając wiedzy co do motywów dokonanego rozstrzygnięcia przetargu i nieprzejrzystej oceny uzupełnionych przez przystępującego dokumentów, zmusił tym samym odwołującego do zaskarżenia wszystkich hipotetycznych działań zamawiającego w tym zakresie. Z kolei Izba, zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, rozpatruje odwołanie w granicach podnoszonych zarzutów. Konkretyzowanie i uzasadnianie podejmowanych działań przez zamawiającego dopiero na rozprawie przed Izbą narusza zasady równego traktowania wykonawców i narusza zasady prowadzenia postępowania z poszanowaniem reguł uczciwej konkurencji, uwzględniających jednocześnie przejrzystość działań zamawiającego.

Izba podzieliła stanowisko odwołującego, że wszystkie uzupełnione na wezwanie zamawiającego dokumenty są nadal wadliwe, a ponadto ich istnienie w wyznaczonej dacie upływu składania ofert - 10.10.2014 r. nie zostało przez przystępującego Przedsiębiorstwo

Budowy Dróg DROGOPOL-ZW Sp. z o.o. w żaden wiarygodny sposób wykazane. W pierwszej kolejności dowód, że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu obciąża przystępującego, gdyż wykonawca ubiegający się o zamówienie z mocy art. 22 ust. 1 w związku z art. 24 ust. 2 pkt 4 jest zobowiązany okoliczności te wykazać, pod rygorem wykluczenia z postępowania.

Załącznik nr 4 opinia bankowa BNP PARIBAS Bank Polska S.A. z Katowic z dnia 05.09.2014r. stwierdzająca na dzień 04.09.2014r. stan środków na rachunkach bankowych klienta, stan zadłużenia klienta, i że w opinii Banku na dzień 04.09.2014 r. klient, tj. przystępujący posiadał zdolność kredytową w wysokości 10 000 000,00 PLN - również wykazuje stan zadłużenia klienta. Liczne dokumenty BNP PARIBAS Bank Polska S.A. podają rozbieżne dane w zależności od tego według jakiego stanu bank udziela informacji. Sam przystępujący w swoich wyjaśnieniach z dnia 9 lutego 2015 r. w poz. 2 tabeli oznaczył swoją wolną zdolność kredytową, pomniejszoną o zobowiązania bilansowe wobec banku na kwotę na kwotę 5 359 622, 06 zł., a środki dostępne - jako środki wraz z udzielonym kredytem.

Zdaniem Izby na potrzeby procedur przetargowych dokumenty, w tym także zawierające oświadczenia wiedzy - powinny być opatrzone podpisami osób, które imiennie można zidentyfikować, z uwagi na wagę takich dokumentów, które umożliwiają ubieganie się o zamówienia publiczne, a w przypadku nieprawdziwych informacji w nich zawartych, czy posłużenia się nierzetelnym dokumentem – działania takie są sankcjonowane odrębnymi przepisami.

Załącznik nr 5 zawierający oświadczenie o udostępnieniu zasobów z dnia 10.10.2014r. wystawione przez Hydrotech S.A. w Rybniku, że spółka ta zobowiązuje się do udostępnienia zasobów w postaci środków pieniężnych w wysokości 10 000 000,00 zł dla przystępującego w celu realizacji przedmiotowego zamówienia publicznego obejmuje - na potwierdzenie dysponowania środkami w tej kwocie załączone potwierdzenie warunków negocjowanej lokaty terminowej na 10 000 000,00 zł dla Hydrotech S.A. od dnia 6.10.2014 r. do 3.11.2014 r. w Banku Milenium S.A. Potwierdzenie warunków negocjowanej lokaty terminowej nie stanowi informacji, czy też zaświadczenia banku o wysokości posiadanych środków finansowych, w rozumieniu przytaczanego wyżej przepisu rozporządzenia w sprawie rodzaju dokumentów. Ponadto oświadczenie podmiotu udostępniającego w formie w jakiej zostało złożone - nie dają się w żaden obiektywny sposób zweryfikować, co do faktycznej daty jego wystawienia.

Przedstawione w załącznikach 6.1;6.2;6.3 do pisma przystępującego - oświadczenia datowane na 09.10.2014 r. panów: S. W., M. W. i P. W. o udostępnieniu na rzecz przystępującego posiadanych środków pieniężnych na okres wykonywania zamówienia,

gdzie stosunek prawny będzie wynikał z umowy pożyczki środków pieniężnych, również nie dają się zweryfikować, iż rzeczywiście zostały złożone przed upływem składania ofert. Zaświadczenia różnych banków wystawione zostały po dacie składania ofert, tj. w styczniu 2015 r. (z przekroczeniem 3 miesięcznego terminu) potwierdzają stan środków na posiadanych przez panów Waszkiewiczów rachunkach, według stanu na dzień 09.10.2014 r. na łączną kwotę wyliczoną przez przystępującego – 4 230 127,00 zł.

W ocenie Izby, gdyby do upływu terminu składania ofert, przystępującemu rzeczywiście zostałyby udostępnione na zasadach art. 26 ust. 2b ustawy Pzp wskazane kwotowo zasoby ww. osób fizycznych, zaświadczenia banków byłby wystawione jeszcze przed tą datą, gdyż na ich podstawie nastąpiło zestawienie posiadanych aktywów.

W tych okolicznościach należało przychylić się do argumentacji odwołującego odsyłającej do rozstrzygnięć Trybunału Sprawiedliwości UE w sprawach dotyczących procedury uzupełniania żądanych przez zamawiających dokumentów opisujących sytuację wykonawcy (dokumentów dotyczących potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu), że zamawiający nie miał podstaw do uwzględnienia uzupełnionych przez przystępującego dokumentów na wykazanie zdolności finansowej do realizacji zamówienia.

Izba w sprawie niniejszej przyjęła pogląd wyrażony w wyroku KIO 2797/14, że mimo, że wskazana w opinii bankowej kwota zdolności kredytowej w dacie 4.09.2014 r. wymienia kwotę 10 000 000,00 zł, to nadal z uwagi na inne zastrzeżenia banku *„jest kwotą maksymalną i uprawnia do stwierdzeń, że zawarte są w niej również wartości kredytów udzielonych i wykorzystywanych. Przy odmiennej ocenie tego stanu rzeczy należałoby poddać w wątpliwość celowość informacji o kredytach udzielonych. Tym samym, w ocenie Izby kwota zdolności kredytowej tj. 10 mln zł podlega obniżeniu o uprzednio zaciągnięte i dotychczas niespłacone kredyty, te bowiem stanowią swoiste reduktory kwoty pełnej zdolności kredytowej.”*

Przywołane przez odwołującego orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości UE stanowi wiążące wytyczne interpretacyjne. W wyroku z dnia 10 października 2013 r. w sprawie C-336/12 (Manova) Trybunał wskazał co następuje i orzekł: *„(6) Zgodnie z art. 51 dyrektywy 2004/18 „instytucje zamawiające mogą wezwać wykonawców do uzupełnienia zaświadczeń i dokumentów przedłożonych na podstawie art. 45 -50 lub o ich wyjaśnienie.”*

(39) Instytucja zamawiająca może więc zażądać poprawienia lub uzupełnienia w szczegółach informacji przedstawionych w zgłoszeniu, pod warunkiem, że dotyczy to informacji lub danych, jak publikowane sprawozdanie finansowe, co do których można obiektywnie ustalić, że pochodzą sprzed daty upływu terminu zgłoszeń.

Z powyższych względów Trybunał (dziesiąta izba) orzeka, co następuje: „Zasadę równego traktowania należy interpretować w ten sposób, że nie stoi ona na przeszkodzie wezwaniu kandydata przez instytucję zamawiającą, po upływie terminu zgłoszeń do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, do przedstawienia dokumentów opisujących sytuację kandydata, na przykład sprawozdań finansowych, co do których można w sposób obiektywny ustalić, iż istniały przed upływem terminu zgłoszeń, o ile w materiałach dotyczących zamówienia nie zawarto wyraźnie wymogu przedstawienia takich dokumentów pod rygorem wykluczenia kandydata. Żądanie takie nie może powodować nieuzasadnionego bardziej lub mniej korzystnego traktowania kandydata lub kandydatów, do których zostało skierowane.”

Mając więc na uwadze:

- 1) obowiązujący przepis art. 267 Traktatu o Unii Europejskiej, wskazujący iż *„Trybunał Sprawiedliwości jest właściwy do orzekania w trybie prejudycjalnym o ważności i wykładni przepisów przyjętych przez instytucje Wspólnoty.”*
- 2) wyrok Trybunału z dnia 13 lipca 2000 r. w sprawie C-456/98 (Centrosteeel), który w motywie (19) zdanie drugie wskazuje na obowiązek stosowania pro unijnej wykładni prawa: *„Sąd krajowy jest zobligowany, stosując przepisy prawa krajowego, sprzed lub po wprowadzeniu Dyrektywy, aby interpretować te przepisy, na ile to tylko możliwe, w świetle wykładni Dyrektywy i tak aby stosowane były w sposób podążający za Dyrektywą.”*

Z powyższego wynika, że prawo unijne ustanawia w ten sposób granice dla pewnych metod wykładni stosowanych w krajowym systemie prawnym, a wymaganie spójnej wykładni, która jest wiążąca dla Krajowej Izby Odwoławczej wyklucza interpretację prawa krajowego w sposób odmienny od wykładni zgodnej z dyrektywą.

Ponadto, zamawiający nie uwzględnił - przytaczając poglądy wyrażone w wyroku SO w Gliwicach z 23 lutego 2007 r., sygn. akt X Ga 23/07, iż formalizm postępowania w procedurach przetargów publicznych nie jest celem samym w sobie - są na tyle aktualne, na ile uwzględniają okoliczność, że ustawodawca od roku 2007 znacznie złagodził rygoryzm procedur przetargowych - wprowadzając możliwość uzupełniania wadliwych lub brakujących dokumentów, jednakże w zgodności z zasadami określonymi w ustawie Prawo zamówień publicznych.

Ponownie wzywanie o uzupełnienie tych samych dokumentów w świetle art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie jest dopuszczalne, a zamawiający jest zobligowany wykluczyć z postępowania wykonawcę, który nie wykazał w wyznaczony sposób spełnienia warunków udziału w postępowaniu i uznać jego ofertę za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 w związku z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp.

Postępowanie dowodowe potwierdziło zasadność zarzutów czynionych zamawiającemu naruszenia:

- 1) art. 7 ust 3 ustawy Pzp zobowiązującego zamawiającego do udzielenia zamówienia wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy;
2. art. 7 ust.1 ustawy Pzp zobowiązującego zamawiającego do prowadzenia postępowania w sposób zapewniający uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców;
3. art. 24 ust. 2 pkt 4 poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcy, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej;
4. art. 24 ust. 4 poprzez zaniechanie uznania oferty tego wykonawcy, jako oferty odrzuconej.

Naruszenie to miało istotny wpływ na wynik postępowania rozumieniu art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, który stanowi, że Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy Pzp, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

W tym stanie rzeczy Izba uwzględniła odwołanie i orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1, 2, 3 pkt 1 ustawy Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp.

Izba zaliczyła na poczet kosztów postępowania odwoławczego uiszczony przez odwołującego wpis, stosownie do postanowień § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) oraz zasądziła zamawiającego na rzecz odwołującego zwrot kosztów postępowania odwoławczego, stosownie do § 3 pkt 2 i § 5 ust. 2 pkt 1 powołanego rozporządzenia.

Przewodniczący:

.....