

Sygn. akt: KIO 2009/12

WYROK
z dnia 4 października 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki
Członkowie: Anna Chudzik
Dagmara Gałczewska-Romek

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 października 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 września 2012 r. przez wykonawcę **ELWO S.A. w Pszczynie**

w postępowaniu prowadzonym przez **Spółkę Energetyczną Jastrzębie S.A. w Jastrzębiu-Zdroju**

orzeka:

1. **uwzględni odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu oraz powtórzenie czynności oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, z uwzględnieniem wniosku odwołującego,**
2. kosztami postępowania obciąża **Spółkę Energetyczną Jastrzębie S.A. w Jastrzębiu-Zdroju** i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę ELWO S.A. w Pszczynie tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2 zasądza od **Spółki Energetycznej Jastrzębie S.A. w Jastrzębiu-Zdroju** na rzecz **ELWO S.A. w Pszczynie** kwotę 18.600,00 zł (osiemnastu tysięcy sześciuset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Spółka Energetyczna Jastrzębie S.A. w Jastrzębiu-Zdroju prowadzi w trybie przetargu ograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia sektorowego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „modernizacja elektrofiltru oraz układu odbioru i transportu popiołu z elektrofiltru kotła WP-70 nr 5 w Spółce Energetycznej Jastrzębie EC Zofiówka”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 16 sierpnia 2012 r., nr 2012/S 156-261159.

W dniu 14 września 2012 r. zamawiający za pośrednictwem faksu zawiadomił wykonawcę ELWO S.A. w Pszczynie, zwanego dalej „odwołującym” o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz o wykluczeniu go z udziału w postępowaniu.

Wobec:

- 1) czynności zamawiającego polegającej na wykluczeniu z postępowania,
- 2) zaniechania dokonania przez zamawiającego czynności, polegającej na zaproszeniu odwołującego do składania ofert

odwołujący wniósł w dniu 21 września 2012 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) naruszenie normy określonej w art. 26 ust. 2b w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, polegające na pominięciu, że odwołujący korzysta w niniejszym postępowaniu ze zdolności finansowej podmiotu trzeciego i bezpodstawne wykluczenie odwołującego z postępowania,
- 2) naruszenie normy określonej w § 1 pkt 9 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 roku w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2009 r., Nr 226, poz. 1817 dalej: „Rozporządzenie”) w zw. z art. 49 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 roku - Prawo bankowe (Dz. U. z 2002r., Nr 72, poz. 665 t.j.; dalej: „BankPr”) oraz art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, poprzez błędną wykładnię §1 pkt 9 Rozporządzenia, polegającą na przyjęciu, że norma ta wymaga, by wykonawca wykazał posiadanie określonej ilości gotówki na rachunku bieżącym w banku prowadzącym ten rachunek, a nie przewiduje możliwości uwzględnienia posiadania przez wykonawcę tej samej kwoty na rachunku lokaty terminowej, a więc pominięcie, że rachunek lokaty

terminowej jest rodzajem rachunku bankowego, a - w konsekwencji - błędne przyjęcie, że odwołujący nie wykazał posiadania przez podmiot udostępniający zasoby kwoty 4 000 000,00 PLN na rachunku bankowym;

- 3) naruszenie normy określonej w §1 pkt 9 Rozporządzenia w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, polegające na pominięciu, że dokumenty w postaci „potwierdzeń wykonania operacji finansowych”, wygenerowane z systemu informatycznego banku stanowią „informację banku” w rozumieniu §1 pkt 9 Rozporządzenia, a w konsekwencji bezpodstawne wykluczenie odwołującego z postępowania;
- 4) naruszenie normy określonej art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, poprzez błędne przyjęcie, iż odwołujący nie wykazał, że z zaświadczenia Raiffeisen Bank Polska S.A. wynika, że podmiot, który udostępnił odwołującemu zasoby posiada w tym banku rachunek bankowy, a w konsekwencji bezpodstawne wykluczenie odwołującego z postępowania;
- 5) naruszenie normy określonej w art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, poprzez błędne przyjęcie, iż odwołujący nie wykazał, że kwoty wskazane w „potwierdzeniach wykonania operacji finansowych” znajdowały się w dniu 27 sierpnia 2012 roku na rachunkach podmiotu, na którego zasoby odwołujący się powołuje w Banku Pekao S.A., a w konsekwencji bezpodstawne wykluczenie odwołującego z postępowania;
- 6) naruszenie normy określonej w art. 7 BankPr w zw. z art. 5 ust. 1 pkt 2 BankPr, poprzez zaniechanie jej zastosowania, a w konsekwencji pominięcie, iż elektronicznie wygenerowane dokumenty (dołączone do wniosku odwołującego o dopuszczenie do udziału w postępowaniu) dotyczą czynności bankowych i - w związku z tym - mają moc dokumentów sporządzonych w formie pisemnej, zastrzeżonej pod rygorem nieważności;
- 7) naruszenie normy określonej w art. 51 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie jej zastosowania, a w konsekwencji nie zaproszenie odwołującego do udziału w postępowaniu, mimo, iż spełnia on wszystkie warunki wskazane w ogłoszeniu.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego z postępowania;
- 2) dokonania powtórnej oceny wniosku odwołującego o dopuszczenie do udziału w postępowaniu;
- 3) zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący, odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 26 ust. 2b w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp podniósł, że uzasadnienie informacji zamawiającego o wykluczeniu odwołującego z postępowania sugeruje, że zamawiający nie

wziął pod uwagę tego, że odwołujący korzysta w postępowaniu z zasobów podmiotu trzeciego.

Uzasadniając zarzut naruszenia § 1 pkt 9 Rozporządzenia w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp podniósł, że zamawiający błędnie zinterpretował pojęcia „rachunku bankowego” oraz „informacji banku”.

Odnosnie pierwszego z pojęć odwołujący wywodził, że zamawiający błędnie identyfikował pojęcie „rachunku” wyłącznie z rachunkiem bieżącym. W §1 pkt 9 Rozporządzenia jest mowa wyłącznie o informacji banku, w którym wykonawca ma rachunek, potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych(...). Nie ma tu żadnych ograniczeń zarówno, co do rodzaju rachunku, jak i formy i podstawy prawnej dysponowania przez bank środkami wykonawcy. Już zatem językowe brzmienie normy określonej w §1 pkt 9 Rozporządzenia świadczy o tym, że istotny - z punktu widzenia oceny spełnienia warunku dotyczącego sytuacji finansowej - jest również stan rachunku lokaty terminowej. Zwłaszcza, iż zgodnie z art. 49 ust. 1 pkt 2 Prawa bankowego rachunek lokaty terminowej (tak samo jak rachunek bieżący) jest po prostu rodzajem rachunku bankowego, czyli również rachunku w rozumieniu §1 pkt 9 Rozporządzenia. W art. 49 ust. 1 pkt 2 BankPr wskazano, że banki mogą prowadzić w szczególności następujące rodzaje rachunków bankowych:

- a) rachunki rozliczeniowe, w tym bieżące i pomocnicze,
- b) rachunki lokat terminowych,
- c) rachunki oszczędnościowe, rachunki oszczędnościowo-rozliczeniowe oraz rachunki terminowych lokat oszczędnościowych,
- d) rachunki powiernicze.

W ocenie odwołującego pogląd ten znajduje także uzasadnienie w świetle celu art. 22 ust. 1 ustawy Pzp. Wymagania dotyczące wykazania przez wykonawcę określonej sytuacji ekonomicznej i finansowej zostały wprowadzone po to, by dopuszczać do postępowań wyłącznie te podmioty, które są w stanie podołać nałożonym na nich zadaniom (wykonać zobowiązania w sposób zgodny z treścią stosunku obligacyjnego). Jeżeli stan środków na rachunku bieżącym potwierdza zdolność wykonawcy do realizacji zamówienia (bezsporne), to zdolność tą potwierdza również stan rachunku lokaty terminowej.

Przywołał orzeczenia Izby wydane w sprawach o sygn. KIO 1197/11 z dnia 21.VI.2011 r., z 1.10.2008 sygn. akt KIO/UZP 988/08, oraz wyrok Zespołu Arbitrów przy Urzędzie Zamówień Publicznych z dnia 19.1.2005r., sygn. akt UZP/ZO/0-27/05.

Odnosnie błędnej interpretacji przez zamawiającego drugiego pojęcia z §1 pkt 9 Rozporządzenia tj. pojęcia „informacja banku” odwołujący wywodził, że zamawiający nieprawidłowo uznał, iż dokumenty wygenerowane z systemu informatycznego Banku Pekao

S.A., a stanowiące „potwierdzenia operacji finansowych” nie są informacjami banku. „Informacja banku” może przybrać jakąkolwiek formę, byle potwierdzała, że wykonawca posiada na rachunku bankowym określoną ilość środków finansowych. Przywołał orzeczenia Izby z dnia 6 grudnia 2010 sygn. akt KIO/UZP 2570/10, z dnia 21 czerwca 2011 roku, sygn. akt KIO 1197/11, z dnia 15 marca 2012 roku sygn. akt KIO 445/12.

Uzasadniając zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp odwołujący podniósł, że zamawiający po pierwsze, błędnie uznał, że zaświadczenie Raiffeisen Banku Polska S.A. z dnia 3 września 2012 roku nie potwierdza, że podmiot, na którego zasoby odwołujący się powołał posiada rachunek bankowy w tymże banku. Po drugie zaś, błędnie przyjął, że „potwierdzenia wykonania operacji finansowych” nie dokumentują stanu środków na rachunku bankowym odwołującego.

Argumentował, że uwzględniając prawidłową wykładnię § 1 pkt 9 Rozporządzenia i pojęcia „rachunek bankowy” należało uznać, że zaświadczenie Raiffeisen Banku Polska S.A. potwierdzające, że podmiot trzeci posiada na dzień 27 sierpnia 2012 roku (dzień upływu terminu do składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu) lokaty na kwotę 3 355 114,70 PLN dowodzi, że podmiot ten ma w Raiffeisen Banku Polska S.A. rachunki lokat terminowych.

Wywodził, że złożone przez niego dokumenty „Potwierdzenia wykonania operacji finansowych” świadczą nie tylko wyłącznie o dokonywaniu operacji finansowych na lokatę w danych terminach, ale również potwierdzają stan środków na rachunkach. Dokumenty te potwierdzają, że w dniu, w którym upłynął termin do złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (tzn. w dniu 27 sierpnia 2012 roku) podmiot, na którego zasoby odwołujący się powołał posiadał kwotę 6 935 000,00 PLN na różnych rachunkach lokat terminowych w banku Pekao S.A. Dokumenty przedstawione przez odwołującego zostały wystawione (tu: wygenerowane z systemu elektronicznego Banku Pekao S.A.) w dniu 3 września 2012 roku, a więc potwierdzają, że stan rachunków bankowych, o których mowa w tych dokumentach nie zmienił się od dnia dokonania danego przelewu do (co najmniej) dnia 3 września 2012 roku. Z drugiej strony, z treści tych dokumentów wynika, że środki pieniężne znajdowały się na rachunkach lokat terminowych już w dniu, w którym upływał termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Co więcej, większość tych środków (ok. 4 200 000,00 PLN) została tam umieszczona znacznie wcześniej tzn. 13 lipca i 13 sierpnia 2012 roku. Nie może być wątpliwości, że w dniu 27 sierpnia 2012 roku stan tych rachunków wynosił 6 935 000,00 PLN.

Na marginesie odwołujący wskazał, że stany rachunków podlegają sumowaniu, a więc odwołujący wykazał, że podmiot, na którego zasoby się powołał dysponował w dniu 27

sierpnia 2012 roku kwotą ponad 10 000 000,00 PLN (6 935 000,00 PLN + 3 355 114,70 PLN).

Uzasadniając zarzut naruszenia art. 7 w zw. z art. 5 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo bankowe odwołujący podniósł, że zamawiający pominął, iż wydruki z systemu informatycznego banku - z uwagi, iż potwierdzają dokonywanie czynności bankowych - spełniają wymagania formy pisemnej zastrzeżonej pod rygorem nieważności (a więc nie muszą być podpisane przez przedstawicieli banku, ani potwierdzane za zgodność z oryginałem). Przywołał wyrok Izby z dnia 15.03.2012r., sygn. akt KIO 445/12. Wydruki komputerowe z systemu informatycznego Pekao S.A. (wykazujące dokonanie określonych operacji finansowych) spełniają zatem wymagania formy pisemnej, zastrzeżonej pod rygorem nieważności.

Uzasadniając zarzut naruszenia art. 51 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp wywodził, że zamawiający przyjmując bezpodstawnie, że odwołujący nie spełnia warunków udziału w postępowaniu - błędnie zaniechał zaproszenia go do złożenia oferty.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, wnioski z 27 sierpnia 2012 r. o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożony przez odwołującego, wezwanie zamawiającego z 3 września 2012 r. znak: L.dz. UP/1450/Z.M./2012 skierowane do odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, pismo odwołującego z 10 września 2012 r. znak: L.dz. 45/09//2012/HH/W wraz z załącznikami uzupełniające dokumenty potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu, pismo zamawiającego z 14 września 2012 r. znak: L.dz. UP/1533/Z.M./2012 informujące o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i wykluczeniu odwołującego z udziału w postępowaniu, odwołanie, zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, dokumenty i stanowiska stron złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. W dalszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu ograniczonego z zastosowaniem przepisów ustawy Pzp wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W ocenie Izby, wypełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Ustalenie - w wyniku uwzględnienia odwołania – że odwołujący został bezpodstawnie wykluczony z udziału w postępowaniu spowoduje konieczność powtórzenia czynności badania i oceny złożonego przez niego wniosku, co może oznaczać zaproszenie go do składania ofert i w efekcie umożliwić mu uzyskanie zamówienia. Tracąc zaś możliwość uzyskania zamówienia ponosi szkodę rozumianą jako utrata korzyści jakie wiążą się z realizacją zamówienia.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła następujący stan faktyczny.

Zamawiający na podstawie art. 22 ust. 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp dokonał opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności finansowej wykonawcy. Zastrzegł bowiem, stosownie do pkt III.2.2. ppkt a ogłoszenia o zamówieniu z 16.08.2012 r. Nr 2012/S 156-261159, że o udzielenie zamówienia sektorowego w trybie przetargu ograniczonego mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu *posiadają środki finansowe lub zdolność kredytową w kwocie minimum 4 000 000,00 zł (cztery miliony zł) lub równowartość tej kwoty w innej walucie, przeliczoną wg kursu średniego NBP na dzień wystawienia dokumentu , o którym mowa w sekcji III.2.2 Ad.a).*

Działając na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp zamawiający wskazał dokumenty, jakie należało złożyć w celu wykazania tak opisanego warunku udziału w postępowaniu. Stosownie do pkt III.2.2. ogłoszenia o zamówieniu wykonawcy zobowiązani byli złożyć *informację z banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, w którym wykonawca posiada rachunek potwierdzającą wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową w wysokości minimum 4 000 000,00 zł (cztery miliony złotych) - wystawioną nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.*

W pkt VI.3. ogłoszenia o zamówieniu zamawiający wskazał, że do złożenia oferty zostanie zaproszonych 5 wykonawców, którzy uzyskają największą liczbę punktów. Zastrzeżono również, że *wykonawcy mogą polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale*

technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić Zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia.

Termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu upływał w dniu 27 sierpnia 2012 r. o g. 10.00 (pkt IV.3.4 ogłoszenia o zamówieniu).

Do upływu terminu składania wniosków, wnioski złożyło 6 wykonawców, w tym odwołujący (protokół postępowania, s. 4)

Odwołujący nie załączył do wniosku dokumentów w celu wykazania opisanego przez zamawiającego warunku w zakresie zdolności finansowej (wniosek odwołującego z 27.08.2012 r.).

Zamawiający w dniu 3 września 2012 r. działając na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wezwał odwołującego do uzupełnienia dokumentów, w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt III.2.2. ogłoszenia o zamówieniu (pismo z 3 września 2012 r. znak: L.dz. UP/1450/Z.M./2012, pkt. 2.2.).

W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego odwołujący złożył pismo z dnia 10 września 2012 r., znak: L.dz. 45/09/2012/HH/W. Do pisma tego załączył m.in.

- 1) pismo z 27 sierpnia 2012 r. zatytułowane „pisemne zobowiązanie podmiotu do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów” wystawione przez Farby Kabe Polska sp. z o.o. w Katowicach, w którym podmiot ten oświadczył, iż zobowiązuje się w postępowaniu o zamówienie publiczne, prowadzonym w trybie przetargu ograniczonego na modernizację elektrofiltru oraz układu odbioru i transportu popiołu z elektrofiltru kotła WP-70 nr 5 w Spółce Energetycznej Jastrzębie EC Zofiówka do oddania do dyspozycji odwołującemu zdolności finansowej na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia.
- 2) zaświadczenie wystawione przez Raiffeisen Bank S.A. w Warszawie z 3 września 2012 r. dla Farby Kabe Polska sp. z o.o., w którym bank potwierdza, że na dzień 27.08.2012 r. firma Farby Kabe Polska sp. z o.o. posiadała lokatę na kwotę 3.355.114,70 zł PLN, z datą początkową 27.08.2012 r. i datą końcową 28.08.2012 r.
- 3) potwierdzenie wykonania przez Farby Kabe Polska sp. z o.o. operacji z dnia 13.VII.2012 roku (godz. 15:34:55) przelew na lokatę na kwotę 1 000 000,00 PLN; z datą rozpoczęcia 13.07.2012 i datą zapadalności 12.10.2012 r.

- 4) potwierdzenie wykonania przez Farby Kabe Polska sp. z o.o. operacji z dnia 13.VII.2012 roku (godz. 15:35:53) przelew na lokatę na kwotę 1 000 000,00 PLN, z datą rozpoczęcia 13.07.2012 i datą zapadalności 12.10.2012 r.;
- 5) potwierdzenie wykonania przez Farby Kabe Polska sp. z o.o. operacji z dnia 13.VIII.2012 roku (godz. 15:27:33) przelew na lokatę na kwotę 1 000 000,00 PLN, z datą rozpoczęcia 13.08.2012 i datą zapadalności 03.09.2012 r.;
- 6) potwierdzenie wykonania przez Farby Kabe Polska sp. z o.o. operacji z dnia 13.VIII.2012 roku (godz. 15:27:53) przelew na lokatę na kwotę 1 000 000,00 PLN, z datą rozpoczęcia 13.08.2012 i datą zapadalności 03.09.2012 r.;
- 7) potwierdzenie wykonania przez Farby Kabe Polska sp. z o.o. operacji z dnia 20.VIII.2012 roku (godz. 15:36:23) przelew na lokatę na kwotę 200 000,00 PLN, z datą rozpoczęcia 20.08.2012 i datą zapadalności 31.08.2012 r.;
- 8) potwierdzenie wykonania przez Farby Kabe Polska sp. z o.o. operacji z dnia 27.VIII.2012 roku (godz. 15:41:55) przelew na lokatę na kwotę 2 000 000,00 PLN, z datą rozpoczęcia 27.08.2012 i datą zapadalności 29.08.2012 r.;
- 9) potwierdzenie wykonania przez Farby Kabe Polska sp. z o.o. operacji z dnia 27.VIII.2012 roku (godz. 15:42:26) przelew na lokatę na kwotę 735 000,00 PLN; z datą rozpoczęcia 27.08.2012 i datą zapadalności 28.08.2012 r.

Potwierdzenia wykonania operacji finansowych zawierały daty księgowania ww. operacji, a nadto opatrzone były nazwą i adresem banku, a oraz adnotacją iż są to dokumenty sporządzone elektronicznie na podstawie art. 7 ust. 1 i ust. 2 ustawy Prawo bankowe, art. 60 kc i art. 20 ust. 2 i 5 ustawy o rachunkowości, nie wymagające stempla ani podpisu.

Zamawiający w dniu 14 września 2012 r. poinformował odwołującego o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Wskazał, że odwołujący został wykluczony z udziału w postępowaniu. Jako podstawę prawną wykluczenia zamawiający wskazał art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. W uzasadnieniu zamawiający wywiódł, że odwołujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Zdaniem zamawiającego, informacja wystawiona przez Bank potwierdza posiadanie na dzień 27.08.2012 r. lokaty w wysokości 3.355.114,70 zł, równocześnie z informacji tej nie wynika, czy wykonawca w tym banku posiada rachunek. Również złożone „potwierdzenia wykonania operacji” opiewające na różne kwoty i w różnych datach, nie świadczą o spełnieniu stawianego warunku, tylko o dokonywaniu operacji finansowych na lokatę w danych terminach, nie potwierdzają one stanu środków na rachunku zgodnie z wymogami Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form w jakich dokumenty mogą być składane.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpoznaniu odwołania stwierdziła, że zasługuje ono na uwzględnienie.

Jak wynika z uzasadnienia decyzji zamawiającego o wykluczeniu odwołującego z udziału w postępowaniu powodem takiego rozstrzygnięcia było wyłącznie to, iż:

- 1) informacja wystawiona przez Raiffeisen Bank Polska S.A. potwierdza posiadanie na dzień 27.08.2012 r. lokaty w wysokości 3.355.114,70 zł, równocześnie z informacji tej nie wynika, czy wykonawca w tym banku posiada rachunek,
- 2) ponadto złożone „potwierdzenia wykonania operacji” opiewające na różne kwoty i w różnych datach, nie świadczą o spełnieniu stawianego warunku, tylko o dokonywaniu operacji finansowych na lokatę w danych terminach, nie potwierdzają one stanu środków na rachunku zgodnie z wymogami Rozporządzenia.

Odnosząc się do pierwszego powodu wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu Izba stwierdziła, że zamawiający dokonał błędnej wykładni pojęcia „rachunek” wynikającego z przepisu § 1 pkt 9 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. nr 226, poz. 1817). Stosownie do przywoływanego przepisu wykonawca składa informację banku (lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej), w których wykonawca posiada rachunek, potwierdzającą wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy.

Jak wynika z uzasadnienia zamawiający zdawał się utożsamiać pojęcie rachunku wyłącznie z rachunkiem bieżącym, gdyż pominął wynikający z treści zaświadczenia fakt prowadzenia przez bank dla podmiotu udostępniającego zasoby rachunku lokaty terminowej. Stanowisko takie należało uznać za nieuprawnione.

Z literalnej wykładni przepisu § 1 pkt 9 rozporządzenia w sprawie dokumentów nie wynika ograniczenie możliwości wykazania posiadania środków jedynie do kwot zgromadzonych na rachunku bieżącym, gdyż posłużono się ogólnym pojęciem „rachunek”. W ocenie Izby nie ma powodów, aby pojęciu „rachunek” nadawać znaczenie zawężające i jednocześnie odrębne aniżeli na gruncie prawa cywilnego, a wynikające z art. 725 Kodeksu cywilnego i doprecyzowanego w art. 49 Prawa bankowego. Jak wiadomo bowiem do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy Kodeksu Cywilnego, jeżeli ustawa Pzp nie stanowi inaczej (art. 14 ustawy Pzp). Stosowanie przepisów KC w sprawach nieuregulowanych następuje wprost, a nie odpowiednio.

Zgodnie z art. 725 Kodeksu cywilnego *Przez umowę rachunku bankowego bank zobowiązuje się względem posiadacza rachunku, na czas oznaczony lub nieoznaczony, do przechowywania jego środków pieniężnych oraz, jeżeli umowa tak stanowi, do przeprowadzania na jego zlecenie rozliczeń pieniężnych.* Jak wynika z przywołanego przepisu konstytutywnym elementem umowy rachunku bankowego jest zawarcie przez podmiot kwalifikowany, którym jest bank, z posiadaczem umowy, której celem jest przechowywanie przez bank środków pieniężnych należących do posiadacza. Na tym tle nie ulega wątpliwości, że umowa rachunku lokaty terminowej jest umową rachunku bankowego w rozumieniu art. 725 i n. KC. Stanowisko takie przedstawiane jest w doktrynie prawa cywilnego (por. Komentarz do art. 49 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe (Dz.U.02.72.665), [w:] F. Zoll (red.), A. Adamek, K. Bitner-Przybylska, M. Brożyna, M. Chudzik, A. Frań, I. Karasek, K. Kohutek, K. Korus, R. Kwaśnicki, J. Lachner, J. Molis, M. Olczyk, K. Płóczyk, P. Podlasko, M. Porzycki, A. Rataj, D. Rogoń, M. Rusinek, M. Spyra, T. Spyra, S. Szuster, P. Tereszkiwicz, A. Waclawik, F. Wejman, M. Wyrwiński. Prawo bankowe. Komentarz, Tom I i II, Zakamycze, 2005).

Potwierdzeniem takiej interpretacji są również przepisy ustawy Prawo bankowe, które uszczegóławiają ogólne normy KC i wymieniają przykładowo rodzaje rachunków bankowych, jakie może prowadzić bank. W myśl art. 49 ust. 1 przywoływanej ustawy banki mogą prowadzić w szczególności następujące rodzaje rachunków bankowych:

- a) rachunki rozliczeniowe, w tym bieżące i pomocnicze,
- b) rachunki lokat terminowych,
- c) rachunki oszczędnościowe, rachunki oszczędnościowo-rozliczeniowe oraz rachunki terminowych lokat oszczędnościowych,
- d) rachunki powiernicze.

Z powyższego przykładowego wyliczenia wynika, że ustawodawca jednoznacznie traktuje rachunek lokaty terminowej jako rodzaj rachunku bankowego.

Dostrzeżenia wymaga również, że oprócz językowej wykładni za takim rozumieniem pojęcia „rachunek” przemawiają także reguły wykładni celowościowej. Celem przepisu §1 pkt9 Rozporządzenia w sprawie dokumentów jest bowiem wyłącznie udokumentowanie posiadania przez wykonawcę określonej sumy pieniężnej. Z tego punktu widzenia dla uwiarygodnienia sytuacji finansowej wykonawcy nie ma znaczenia rodzaj rachunku bankowego na którym przechowuje on środki pieniężne. Rachunek lokaty terminowej różni od rachunku bieżącego przede wszystkim sposobem gromadzenia na nim środków pieniężnych. Swoboda dokonywania dyspozycji środkami zostaje bowiem ograniczona na czas określony poprzez zawarcie stosownej klauzuli stosownie do art. 50 ust. 1 zdanie 2 Prawa bankowego. Jednakże z punktu widzenia celu dla jakiego składana jest

zamawiającemu informacja z banku tj. wyłącznie udokumentowania posiadania określonych środków pieniężnych, okoliczność ta ma znaczenie drugorzędne.

Skład orzekający Izby w omawianym zakresie podziela tym samym wcześniej wyrażane przez Izbę poglądy dotyczące możliwości wykazania posiadania środków pieniężnych zgromadzonych na rachunkach lokat terminowych. *Wskazać należy ponadto, że ww. przepis rozporządzenia nie określa także wymogu, aby informacja banku dotyczyła wyłącznie rachunku bieżącego wykonawcy. Rachunki lokat terminowych stanowią niewątpliwie rachunki w rozumieniu tego przepisu, a środki finansowe pozostające na tych rachunkach mogą być wykazywane w celu potwierdzenia sytuacji finansowej przedsiębiorcy. (por. wyrok KIO z 21 czerwca 2011 r., sygn. akt: KIO 1197/11); Potwierdzenie stanu środków, będących w dyspozycji Wykonawcy, zawsze zostaje określone na konkretny dzień i może obejmować nie tylko stan wolnych środków finansowych, znajdujących się aktualnie na koncie ale także lokat, gdyż są to środki w pełni dostępne dla klienta. (por. wyrok KIO z dnia 1 października 2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 988/08).*

Przenosząc powyższe rozważania na grunt przedmiotowej sprawy należało stwierdzić, że z zaświadczenia wystawionego przez Raiffeisen Bank Polska S.A. wynikało, że na dzień 27.08.2012 r. podmiot na którego zasoby odwołujący się powołał tj. Farby Kabe Polska sp. z o.o. posiadała lokatę na kwotę 3.355.114,70 zł PLN, z datą początkową 27.08.2012 r. i datą końcową 28.08.2012 r. Z treści tego zaświadczenia wynikało więc, wbrew stanowisku zamawiającego, że podmiot trzeci posiadał w tym banku rachunek bankowy, a mianowicie rachunek lokaty terminowej. Dokument ten potwierdzał więc w wystarczający sposób posiadanie na rachunku przez podmiot udostępniający zasoby środków finansowych w kwocie 3.355.114.70 zł.

Oceniając ww. dokument Izba nie mogła odnieść się do sformułowanego dopiero w trakcie rozprawy przez zamawiającego kolejnego powodu zakwestionowania ww. zaświadczenia. Wbrew ciężącemu na zamawiającym z mocy art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp obowiązku podania wyczerpującego uzasadnienia decyzji o wykluczeniu zamawiającego dopiero w trakcie rozprawy podniósł, że zaświadczenie z Raiffeisen Bank winno zostać podpisane przez wykonawcę lub podmiot trzeci, natomiast zaświadczenie to zostało poświadczane przez zastępcę głównej księgowej podmiotu trzeciego Farby Kabe Polska, która, w ocenie zamawiającego, miała nie być umocowana do reprezentowania tego podmiotu trzeciego.

Konsekwencją uchybienia zamawiającego jego ustawowemu obowiązkowi było to, że odwołujący nie mógł i nie sformułował zarzutów w odwołaniu wobec domniemanej ww. przyczyny wykluczenia. Konsekwencją zaś braku zarzutów w odwołaniu był brak możliwości rozpoznania ich przez Izbę, a to na zasadzie art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, zgodnie z którym

Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Przepis art. 192 ust. 7 ustawy Pzp ma podwójne znaczenie, nie tylko chroni zamawiającego przed podnoszeniem na rozprawie przez wykonawcę nowych zarzutów, które nie znalazły się w odwołaniu, ale i stanowi przeszkodę merytorycznego rozpoznania zasadności wykluczenia wykonawcy z powodu uprzednio mu nieznanego.

W celu potwierdzenia stanowiska Izby należy przywołać jedno z nowszych orzeczeń Trybunału Sprawiedliwości, który zajął stanowisko, iż termin do wniesienia odwołania biegnie dopiero wtedy gdy wykonawca mógł zapoznać się nie tylko z rozstrzygnięciem postępowania ale i jego motywami (*por. Wyrok Trybunału (trzecia izba) z dnia 28 stycznia 2010 r. wydany w sprawie Uniplex (UK) Ltd przeciwko NHS Business Services Authority, sygn. akt C 406/08*), w którym wyrażono stanowisko, iż fakt, że kandydat lub oferent dowiaduje się, że jego kandydatura lub oferta zostały odrzucone, nie pozwala mu na skuteczne wniesienie odwołania. *Takie informacje nie są wystarczające, aby umożliwić kandydatowi lub oferentowi wykrycie wystąpienia naruszenia prawa, które może być przedmiotem odwołania. Wyłącznie po poinformowaniu zainteresowanego kandydata lub oferenta o motywach wykluczenia go z postępowania o udzielenie zamówienia, może on nabrać wyraźnego przekonania co do wystąpienia ewentualnego naruszenia obowiązujących przepisów, jak też co do możliwości wniesienia odwołania.*

Przyjęcie poglądu przeciwnego i orzeczenie o zasadności wskazanych dopiero w trakcie rozprawy domniemanych, ewentualnych powodach wykluczenia nastąpiłoby z naruszeniem prawa wykonawców do wniesienia odwołania w terminie wynikającym z art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Wiązałoby się z faktycznym pozbawieniem wykonawcy prawa do skorzystania ze środka ochrony prawnej. W konsekwencji Izba przy wyrokowaniu pominęła argumentację zamawiającego dotyczącą zakomunikowanych dopiero w trakcie rozprawy innych przyczyn kwestionowania zaświadczenia Banku Raiffeisen Bank Polska S.A.

Z przedstawionego wyżej przez Izbę stanowiska, że rachunki lokat terminowych są „rachunkami” w rozumieniu przepisu § 1 pkt 9 Rozporządzenia w sprawie dokumentów, za błędny należało uznać także drugi powód, dla którego zamawiający wykluczył odwołującego z udziału w postępowaniu.

Zamawiający uznał, że „potwierdzenia wykonania operacji” wygenerowane z systemu informatycznego banku Pekao S.A. świadczyły tylko o dokonywaniu operacji finansowych na lokatę w danych terminach i nie potwierdzały stanu środków na rachunku zgodnie z wymogami § 1 pkt 9 Rozporządzenia. Stanowisko to należało ocenić jako niezasadne. W ocenie Izby, spośród złożonych przez odwołującego dokumentów „potwierdzeń wykonania

operacji” za odpowiadające pkt III.2.2 ogłoszenia o zamówieniu mogły być uznane następujące dokumenty:

- 1) potwierdzenie wykonania przez Farby Kabe Polska sp. z o.o. operacji z dnia 13.VII.2012 roku (godz. 15:34:55) przelew na lokatę na kwotę 1 000 000,00 PLN; z datą rozpoczęcia 13.07.2012 i datą zapadalności 12.10.2012 r.
- 2) potwierdzenie wykonania przez Farby Kabe Polska sp. z o.o. operacji z dnia 13.VII.2012 roku (godz. 15:35:53) przelew na lokatę na kwotę 1 000 000,00 PLN, z datą rozpoczęcia 13.07.2012 i datą zapadalności 12.10.2012 r.;
- 3) potwierdzenie wykonania przez Farby Kabe Polska sp. z o.o. operacji z dnia 13.VIII.2012 roku (godz. 15:27:33) przelew na lokatę na kwotę 1 000 000,00 PLN, z datą rozpoczęcia 13.08.2012 i datą zapadalności 03.09.2012 r.;
- 4) potwierdzenie wykonania przez Farby Kabe Polska sp. z o.o. operacji z dnia 13.VIII.2012 roku (godz. 15:27:53) przelew na lokatę na kwotę 1 000 000,00 PLN, z datą rozpoczęcia 13.08.2012 i datą zapadalności 03.09.2012 r.;
- 5) potwierdzenie wykonania przez Farby Kabe Polska sp. z o.o. operacji z dnia 20.VIII.2012 roku (godz. 15:36:23) przelew na lokatę na kwotę 200 000,00 PLN, z datą rozpoczęcia 20.08.2012 i datą zapadalności 31.08.2012 r.;

Jak wynika z ww. dokumentów, na skutek ww. operacji finansowych został dokonany wewnętrzny przelew pomiędzy rachunkami prowadzonymi przez Bank Pekao S.A. dla podmiotu udostępniającego zasoby finansowe. Środki te przed operacją znajdowały się na rachunku bieżącym tego podmiotu prowadzonym przez Bank Pekao S.A. Świadczył o tym numer rachunku bankowego należący do Banku Pekao S.A. a także nazwa właściciela rachunku tj. podmiotu trzeciego. Następnie w wyniku wykazanej operacji finansowej środki finansowe zostały przelane na odpowiednie rachunki lokaty terminowej prowadzone przez Bank Pekao S.A. dla tego samego podmiotu. Operacja finansowa została zaksięgowana przed upływem terminu składania wniosków, termin rozpoczęcia lokat przypadł przed dniem składania wniosków, zaś termin zapadalności lokat kończył dopiero po tym terminie. Zatem, wbrew twierdzeniom zamawiającego, dokumenty te potwierdzały nie tylko dokonanie odpowiednich operacji finansowych tj. przelewów, ale stanowiły także dowód posiadania odpowiednich środków finansowych na rachunkach bankowych, jakimi były rachunki lokaty terminowej. Gdyby podmiot trzeci nie posiadał środków finansowych na rachunku bieżącym w banku, nie mógłby dokonać ich transferu w drodze przelewu wewnętrznego na rachunek lokaty terminowej w tym samym banku.

Dokumenty te potwierdzały także spełnienie warunku udziału w postępowaniu w ramach czasowych określonych treścią warunku i dokumentami, które w celu jego udowodnienia należało złożyć. Wprawdzie sformułowany przez zamawiającego warunek

brzmiał: o udzielenie zamówienia sektorowego w trybie przetargu ograniczonego mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu posiadają środki finansowe lub zdolność kredytową w kwocie minimum 4 000 000,00 zł. Literalna wykładnia tego warunku prowadziłyby do wniosku, że należało wykazać środki finansowe znajdujące się na rachunku bankowym tylko i wyłącznie w dniu 27 sierpnia 2012 r. Jednakże taka wykładnia prowadziłyby do wewnętrznej dysharmonii z innymi postanowieniami ogłoszenia. Zamawiający uznał bowiem w pkt III.2.2. ogłoszenia, a w ślad za §1 pkt 9 Rozporządzenia w sprawie dokumentów, że spełnienia warunku dowodzić będzie informacja z banku wystawiona nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Ponieważ informacja o stanie rachunku wystawiona wcześniej nie może potwierdzać środków które znajdują się na tym rachunku w przyszłości, to za spełniające warunek udziału w postępowaniu należało uznać środki pieniężne, które znalazły się na rachunku bankowym w okresie 3 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków, zgodnie z brzmieniem §1 pkt 9 Rozporządzenia w sprawie dokumentów. Ponadto tylko takie rozumienie warunku pozostawałoby w harmonii z przepisem art. 26 ust. 3 zd. 2 ustawy Pzp. Przepis art. 26 ust. 3 zd. 2 Pzp określa jednoznacznie termin, według którego należy ocenić spełnianie warunków udziału w postępowaniu, tj. „nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (...)”, a nie „na dzień składania wniosków”.

Ponieważ termin składania wniosków upłynął w dniu 27 sierpnia 2012 r. o g. 10 tej, zatem za odpowiadające warunkowi udziału należało uznać środki pieniężne, które znalazły się na rachunkach lokat terminowych w okresie przypadającym na 3 miesiące przed tą datą. W okresie tym mieściły się zatem środki pieniężne zgromadzone na rachunkach bankowych podmiotu trzeciego w dniach 13 lipca, 13 sierpnia i 20 sierpnia 2012 r.

W ocenie Izby brak było również podstaw do kwestionowania ww. dokumentów z przyczyn formalnych. Po pierwsze „Informacja banku” nie ma ściśle określonej formy, musi pochodzić od banku i koniecznym aby można było z niej wyinterpretować, że wykonawca posiada na rachunku bankowym określoną ilość środków finansowych.

Według Izby nie ulegało wątpliwości, iż potwierdzenia wykonania operacji stanowią informacje pochodzące z banku. Zostały wygenerowane z systemu informatycznego banku. Ponadto opatrzone zostały nazwą i siedzibą banku, informacjami z art. 374 § 1 ksh oraz zawierały adnotację iż są sporządzone elektronicznie na podstawie art. 7 ust. 1 i ust. 2 ustawy Prawo bankowe, art. 60 kc i art. 20 ust. 2 i 5 ustawy o rachunkowości, nie wymagają stempla ani podpisu.

Dostrzeżenia wymaga, iż w myśl art. 7 ust. 1 prawa bankowego *Oświadczenia woli związane z dokonywaniem czynności bankowych mogą być składane w postaci elektronicznej*, zaś w myśl art. 7 ust. 3 Prawa bankowego *Jeżeli ustawa zastrzeżę dla*

czynności prawnej formę pisemną, uznaje się, że czynność dokonana w formie, o której mowa w ust. 1, spełnia wymagania formy pisemnej także wtedy, gdy forma została zastrzeżona pod rygorem nieważności. Zaś czynnością bankową w myśl art. 5 ust. 1 pkt 2 Prawa bankowego jest m.in. prowadzenie innych rachunków bankowych.

Z przywołanych przepisów wynika zatem, że aby oświadczenie woli złożone w formie elektronicznej wywołało skutek jak dla formy pisemnej, wykazywało jedynie związek z czynnością bankową. W ocenie Izby niewątpliwie związku z czynnością bankową, jaką jest prowadzenie rachunku bankowego, nie sposób odmówić operacji finansowej, polegającej na przelewie środków na ten rachunek.

W ocenie Izby potwierdzeniu znajdowania się wykonawcy w odpowiedniej sytuacji finansowej nie mogły służyć jedynie środki pieniężne, których posiadanie wykazano następującymi informacjami z banku:

- 1) potwierdzenie wykonania przez Farby Kabe Polska sp. z o.o. operacji z dnia 27.VIII.2012 roku (godz. 15:41:55) przelew na lokatę na kwotę 2 000 000,00 PLN, z datą rozpoczęcia 27.08.2012 i datą zapadalności 29.08.2012 r.;
- 2) potwierdzenie wykonania przez Farby Kabe Polska sp. z o.o. operacji z dnia 27.VIII.2012 roku (godz. 15:42:26) przelew na lokatę na kwotę 735 000,00 PLN; z datą rozpoczęcia 27.08.2012 i datą zapadalności 28.08.2012 r.

Jednakże powód dla którego dokumenty te należało uznać za niewystarczające dla wykazania warunku udziału w postępowaniu były odmienne od wskazanych przez zamawiającego w uzasadnieniu wykluczenia odwołującego z postępowania. W ocenie Izby nie dowodziły one bowiem posiadania odpowiednich środków finansowych na rachunku bankowym w wymaganym 3 miesięcznym terminie przed upływem terminu składania wniosków. Termin składania wniosków upływał w dniu 27 sierpnia 2012 r. o g. 10. Ww. przelewy z rachunku bieżącego na lokaty zostały dokonane w dniu 27 sierpnia 2012 r. po g. 15.00 i wtedy zaksięgowane. Zatem środki przed operacją finansową musiały się znajdować na rachunku bieżącym. Jednakże nie wiadomo kiedy się tam znalazły, a w szczególności czy zostały zgromadzone przed g. 10 czy też znalazły się na nim po tym terminie.

Oceniając zaś, czy odwołujący wykazał posiadanie wymaganej przez zamawiającego sumy środków pieniężnych na rachunku należy podnieść, co następuje.

Środki pieniężne zgromadzone na rachunku bankowym mają wymierny, policzalny charakter. Jeśli więc wykonawca posiada odrębnie zgromadzone środki finansowe na kilku odrębnych rachunkach bankowych to z punktu widzenia zdolności finansowej wykonawcy środki te podlegają zsumowaniu. Stąd dopuszczalnym jest złożenie informacji z kilku banków o posiadanych środkach finansowych byleby informacje te nie dotyczyły de facto tych

samych środków pieniężnych. Stanowisko takie było już wcześniej wyrażane w orzeczeniach Izby (*por. wyrok Izby z 6 sierpnia 2010 r. sygn. akt KIO 1553/10*). Wyeliminowanie możliwości kilkukrotnego wykazania tej samej sumy pieniężnej może nierzadko okazać się nad wyraz trudne. Jedynie bowiem informacje z banków wystawione w tym samym momencie (nawet nie w tej samej dacie, biorąc pod uwagę coraz bardziej popularne przelewy natychmiastowe) lub zablokowanie środków na jednym rachunku i uzyskanie zaświadczenia z innego rachunku w trakcie trwania blokady gwarantowałyby z całą pewnością zamawiającemu, że nie wykazano posiadania tej samej sumy pieniędzy.

W ocenie Izby, z sytuacją możliwości zdublowania tej samej sumy pieniężnej zetknął się w analizowanej sprawie zamawiający. Złożono mu bowiem informacje z 2 różnych banków, w których podmiot trzeci posiadał rachunki, wystawione w wymaganym okresie 3 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków, lecz pochodzące z różnych dat. Jednakże ocena zaistniałego stanu faktycznego dokonana przez zamawiającego była nieprawidłowa. Zamawiający swe wątpliwości co do tego czy nie wykazano mu tej samej sumy pieniężnej rozstrzygnął na niekorzyść wykonawcy. Nie wziął on pod uwagę tego, że wykonawca złożył mu dokładnie takie dokumenty jakich zamawiający żądał w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu i wypełniające wymogi z § 1 pkt 9 Rozporządzenia w sprawie dokumentów. Zawsze bowiem złożenie informacji z dwóch banków o wysokości posiadanych środków ale wystawionych w różnych datach, czego wykonawcom w świetle obowiązujących przepisów zabronić nie można, rodzić będzie wątpliwości, czy nie są to te same środki. W ocenie Izby w tej sytuacji zamawiający, który nie jest w stanie w oparciu o komplet żądanych przez siebie prawidłowych dokumentów rozstrzygnąć analizowanej kwestii, powinien swe wątpliwości rozwiązać wykorzystując instytucję wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnienia uregulowaną w art. 26 ust. 4 ustawy Pzp i uzyskać oświadczenie wykonawcy, że wykazane środki finansowe nie zostały zdublowane.

Reasumując Izba stwierdziła, że sprzecznym z zebrany w sprawie materiałem dowodowym było ustalenie zamawiającego, iż z informacji wystawionej przez Raiffeisen Bank Polska S.A. nie wynika, czy wykonawca w tym banku posiada rachunek, a ponadto iż złożone „potwierdzenia wykonania operacji” nie potwierdzają stanu środków na rachunku zgodnie z wymogami §1 pkt 9 Rozporządzenia w sprawie dokumentów. W konsekwencji zamawiający naruszył art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez jego niewłaściwe zastosowanie, gdyż nie zostały wypełnione przesłanki wymienione w tym przepisie.

Natomiast zamawiający nie naruszył art. 51 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie zaproszenia odwołującego do składania ofert, gdyż - jak wynikało z dokumentacji przesłanej przez zamawiającego – zamawiający na moment wyrokowania nie wykonał jeszcze

czynności zaproszenia do składania ofert, oczekując na wynik postępowania odwoławczego w niniejszej sprawie.

Izba nie odnosiła się do podniesionego w odwołaniu zarzutu naruszenia art. 26 ust. 2b w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, mającego polegać na pominięciu, że odwołujący korzysta w niniejszym postępowaniu ze zdolności finansowej podmiotu trzeciego, gdyż – jak wynikało z odpowiedzi na odwołanie - okoliczność ta nie była powodem wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu, a zatem nie była sporna pomiędzy stronami.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co ze wskazanych wyżej względów miało miejsce w niniejszej sprawie.

Biorąc powyższe pod uwagę, na podstawie art. 192 ust. 1 oraz art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy §6 w zw. z § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. Nr 41 poz. 238).

Izba uwzględniła koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w wysokości 3600,00 zł, na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy, stosownie do brzmienia § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b przywoływanego rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....