

Sygn. akt: KIO 1472/21

**WYROK**  
**z dnia 14 czerwca 2021 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Magdalena Rams**

**Protokolant: Klaudia Kwadrans**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 czerwca 2021 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 maja 2021 r. przez wykonawcę **A. K., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą FUH Adam-Tours A. K., Kraków,**

w postępowaniu prowadzonym przez **Centrum Obsługi Edukacji w Słomnikach,**

przy udziale wykonawcy **K. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Transport Osób i Towarów "STEFAN" K. K., Iwanowice,** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

- 1 Oddala odwołanie.
  
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę **A. K., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą FUH Adam-Tours A. K., Kraków** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do 580 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie.**

**Przewodniczący:**

.....

## UZASADNIENIE

W dniu 17 maja 2021 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy A. K., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą FUH Adam-Tours A. K., Kraków (dalej „**Odwołujący**”) zarzucając zamawiającemu Centrum Obsługi Edukacji w Słomnikach (dalej „**Zamawiający**”) naruszenie przepisów ustawy Pzp w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn.: Dowóz i odwóz dzieci szkolnych wraz z opieką dla Gminy Słomniki w okresie od podpisania umowy do 30.VI.2022r. z podziałem na zadania:

1. Zadanie I. Dowóz i odwóz dzieci szkolnych wraz z opieką dla Gminy Słomniki w okresie od podpisania umowy do 30. VI.2022r. do Szkoły Podstawowej w Niedźwiedziu;
2. Zadanie II Dowóz i odwóz dzieci szkolnych wraz z opieką dla Gminy Słomniki w okresie od podpisania umowy do 30.VI.2022r. do Szkoły Podstawowej w Prandocinie;
3. Zadanie III Dowóz i odwóz dzieci szkolnych wraz z opieką dla Gminy Słomniki w okresie od podpisania umowy do 30.VI.2022r. do Szkoły Podstawowej w Kocicach;
4. Zadanie IV Dowóz i odwóz dzieci szkolnych wraz z opieką dla Gminy Słomniki w okresie od podpisania umowy do 30. VI.2022r. Zespół Szkół w Smrokowie,

polegających na:

- a) bezpodstawnym odrzuceniu oferty Odwołującego dla zadania nr 1. Dowóz i odwóz dzieci szkolnych wraz z opieką dla Gminy Słomniki w okresie od podpisania umowy do 30.VI.2022r. do Szkoły Podstawowej w Niedźwiedziu;
- b) zaniechania wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej dla zadania nr 1 Dowóz i odwóz dzieci szkolnych wraz z opieką dla Gminy Słomniki w okresie od podpisania umowy do 30.VI.2022r. do Szkoły Podstawowej w Niedźwiedziu oraz dla zadania nr 4 IV Dowóz i odwóz dzieci szkolnych wraz z opieką dla Gminy Słomniki w okresie od podpisania umowy do 30.VI.2022r. Zespół Szkół w Smrokowie;
- c) wyborze oferty wykonawcy Transport Osób i Towarów „Stefan” K. K. dla zadania nr I i IV, która winna być odrzucona z uwagi na brak wykazania wymogu zdolności technicznej do realizacji przedmiotowego zamówienia.

W związku z w/w zaskarżonymi czynnościami i zaniechaniami Zamawiającego Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

- naruszenie art. 24 ust 1 pkt 12 ustawy Prawo Zamówień Publicznych, poprzez jego błędne zastosowanie i nieuzasadnione uznanie, iż Odwołujący nie spełnił warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej;

- w konsekwencji powyższego naruszenie art. 89 ust 1 pkt 5 ustawy Prawo Zamówień Publicznych poprzez jego błędne zastosowanie i odrzucenie oferty Odwołującego jako oferty złożonej przez wykonawcę wykluczonego z postępowania o udzielenie zamówienia;
- naruszenie art. 7 ustawy Pzp w zw. z art. 22 ust 1b pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 22 a Pzp w zw. z art. 24 ust 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący wniósł o: uwzględnienie odwołania, unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego dla zadania nr 1 Dowóz i odwóz dzieci szkolnych wraz z opieką dla Gminy Słomniki w okresie od podpisania umowy do 30. VI.2022r. do Szkoły Podstawowej w Niedźwiedziu, odrzucenie oferty wykonawcy Transport Osób i Towarów „Stefan” K. K. jako nie spełniającej wymogów udziału w postępowaniu w trybie art. 24 ust 1 pkt 12 ustawy Pzp, oraz niespełniającej warunków SIWZ, nakazanie Zamawiającemu dokonanie ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego w celu prawidłowego udzielenia zamówienia na realizację zadania pn. „Dowóz i odwóz dzieci szkolnych wraz z opieką dla Gminy Słomniki w okresie od podpisania umowy do 30.VI.2022r. do Szkoły Podstawowej w Niedźwiedziu”; nakazanie Zamawiającemu dokonanie ponownej oceny ofert z wykluczeniem oferty wykonawcy Transport Osób i Towarów w celu prawidłowego udzielenia zamówienia na realizację zadania pn. Zadanie IV Dowóz i odwóz dzieci szkolnych wraz z opieką dla Gminy Słomniki w okresie od podpisania umowy do 30.VI.2022r. Zespół Szkół w Smrokowie, zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów Odwołujący wskazał, że decyzja Zamawiającego odnośnie odrzucenia oferty Odwołującego została wydana przez Zamawiającego dwukrotnie. Pierwszą decyzję w tym przedmiocie Odwołujący otrzymał pismem z dnia 17.03.2021r., w którym Zamawiający wskazał, iż oferta Odwołującego nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia tj. zapisowi pkt IX ppkt 2 oraz pkt X ppkt 3 ppkt 11 SIWZ. Na powyższą decyzję Zamawiającego, Odwołujący sporządził odwołanie i w określonym ustawą terminie tj. w dniu 22.03.2021r. zgodnie z obowiązującą procedurą wystąpił przedmiotowe odwołanie do Zamawiającego w celu zapoznania się z jego treścią, jednocześnie został opłacony wpis od odwołania przed jego przekazaniem do Krajowej Izby Odwoławczej. Po ok. 20 minutach od przesłania odwołania Zamawiającemu, Odwołujący otrzymał od Zamawiającego informację, iż ten unieważnia czynność odrzucenia ofert, powyższa informacja nie posiadała żadnego uzasadnienia. Następnie po prawie 2 miesiącach, Odwołujący otrzymał w dniu 13.05.2021r. pismo Zamawiającego, iż

Zamawiający ponownie odrzuca ofertę Odwołującego tym razem wskazując nową podstawę prawną tj. z art. 24 ust 1 pkt 12 Pzp, jednakże w całości powtarzając uzasadnienie z decyzji z dnia 17.03.2021r. - dowód: pismo Zamawiającego z dnia 17.03.2021r. dowód przesłania odwołania Odwołującego z dnia 22.03.2021r., pismo zamawiającego z dnia 22.03.2021r. Co więcej decyzja o odrzuceniu oferty Odwołującego dotyczy tylko zadania nr 1, choć wykonawca składał ofertę na łącznie zadanie nr I, zadanie nr II i zadanie nr IV. Zamawiający wykluczył ofertę wykonawcy jednakże tylko na zadaniu nr 1, ponieważ na tym zadaniu jego oferta była ofertą najkorzystniejszą.

Odwołujący nie zgadza się z decyzją Zamawiającego objętą pismem z dnia 13.05.2021r., a także z jej uzasadnieniem. Odwołujący wskazał, że spełnił warunki, jakie nakłada na niego ustawa Pzp oraz warunki określone w SIWZ, zatem jego oferta jest ważna i prawidłowa. Zgodnie z zapisem pkt IX ppkt 2 SIWZ wykonawca miał spełnić warunek posiadania środków pieniężnych lub zdolności kredytowej do wysokości (dla zadania 1) 150 000 zł - w okresie nie wcześniejszym niż 1 miesiąc przed upływem składania ofert. Zgodnie zaś z zapisem pkt X ppkt 3 ppkt 11 SIWZ w celu wykazania spełnienia powyższego wymogu wykonawca miał przedstawić informację banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy w okresie nie wcześniejszym niż 1 miesiąc przed upływem składania ofert - dowód: specyfikacja istotnych warunków zamówienia dla przedmiotowego zamówienia publicznego - na okoliczność jej treści oraz przewidzianych wymogów udziału w postępowaniu.

W celu zadośćuczynienia w/w obowiązkom wykonawca w celu wykazania spełnienia warunku posiadania zdolności finansowej na realizację zadania I zamówienia publicznego - przedłożył umowę o kredyt w rachunku bieżącym nr RBR20-16905536, na mocy której wykonawca jest upoważniony do korzystania z kredytu do wysokości 380 000 zł w terminie do 30.06.2021r. - dowód: umowa kredytu w rachunku bieżącym nr RBR20-16905536 - na okoliczność jej treści oraz spełnienia przez wykonawcę warunku wykazania zdolności kredytowej do wysokości 380 000 zł. Zamawiający pismem z dnia 22.02.2021r. wskazał, iż przedmiotowa umowa kredytu, jego zdaniem nie stanowi dokumentu, wymaganego warunkami SIWZ, bowiem nie ma pewności czy środki przewidziane w/w umową kredytu nie zostały już pobrane, a zatem czy na dzień składania ofert wykonawca spełnił wymóg posiadania zdolności finansowej. W odpowiedzi na powyższe pismo wykonawca w dniu 25.02.2021r. wyjaśnił, iż jest nadal uprawniony jest do dysponowania ww. kwotą kredytu, jednakże z uwagi na wątpliwości zamawiającego wykonawca poprosił o przedłużenie terminu do przedstawienia dodatkowego dokumentu bankowego potwierdzającego fakt spełnienia

wymogu posiadania zdolności finansowej do realizacji w/w zadania - dowód: pismo zamawiającego z dnia 22.02.2021r. oraz pismo wykonawcy z dnia 25.02.2021r.

Odwołujący wskazał, że w określonym dodatkowym terminie tj. w dniu 4.03.2021r. przedłożył obok wcześniej udostępnionej już umowy kredytu, zaświadczenie wydane przez bank (datowane na dzień 03.03.2021r.) o stanie środków dostępnych na rachunku wykonawcy oraz potwierdzające fakt posiadania przez wykonawcę czynnego kredytu obrotowego w wysokości 380 tys. zł. - dowód: zaświadczenie banku z dnia 03.03.2021r. oraz pismo wykonawcy z dnia 4.03.2021r. W ocenie Odwołującego nie ulega zatem wątpliwości, iż wykonawca spełnił warunek posiadania zdolności finansowej do realizacji zadania I przewidzianego w ramach zamówienia publicznego. Co więcej Zamawiający sam również wskazał, iż w/w dokumenty nie budzą jego wątpliwości, co do spełnienia przez wykonawcę w/w warunku, niemniej jednak zdaniem zamawiającego, dokumenty te z uwagi na fakt, iż noszą datę 03.03.2021 r. nie mogą być uznane jako zgodne z wymaganiami SIWZ.

Zdaniem Odwołującego, powyższe twierdzenia Zamawiającego jest nieprawdziwe, nie ulega bowiem wątpliwości, iż wszystkie dokumenty złożone przez Odwołującego w toku postępowania przetargowego, w celu wykazania przez niego spełnienia wymogu posiadania zdolności finansowej na realizację zadania zamówienia publicznego, winny być ocenione łącznie. Późniejsze oświadczenia banku winny być zatem oceniane w świetle przedłożonej wcześniej przez wykonawcę umowy kredytowej, gdyż wykonawca przedkładając w/w zaświadczenie banku chciał w ten sposób rozwiązać wszelkie wątpliwości zamawiającego co posiadanej zdolności finansowej. Ponadto wbrew stanowisku Zamawiającego Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 08.09.2020r. wydanym w sprawie o sygn. 1652/20 wskazała, że warunki udziału w postępowaniu muszą być spełnione już w dacie składania ofert. Tym samym już w tym momencie wykonawca musi posiadać potencjał niezbędny do realizacji zamówienia. Natomiast oświadczenia lub dokumenty, które mają potwierdzić spełnienie warunków udziału w postępowaniu, składane na wezwanie z art. 26 ust. 1 lub 2 p.z.p. powinny być aktualne na dzień ich złożenia. Wskazuje na to brzmienie ww. przepisów, które nakładają na zamawiającego obowiązek lub uprawnienie do wezwania wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie "aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1". Oświadczenia lub dokumenty składane na wezwanie powinny potwierdzać brak podstaw do wykluczenia na moment ich złożenia (w czasie terażniejszym, w odniesieniu do aktualnego stanu faktycznego), tym samym potwierdzając także, że aktualne pozostają okoliczności wskazane w oświadczeniu wstępnym. Odwołujący powołał się również na orzeczenie Izby o sygn. KIO 1559/20, o sygn. KIO 1069/20 oraz o sygn. akt: KIO/KD 20/20.

Zdaniem Odwołującego, wbrew zatem twierdzeniom Zamawiającego, dokumenty przedłożone przez Odwołującego w toku postępowania przetargowego potwierdzały wstępne oświadczenia wykonawca złożone wraz z jego ofertą w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu przetargowym i w sposób niebudzący wątpliwości potwierdzały, iż wykonawca posiada środki przewyższające minimalne warunki przewidziane SIWZ oraz potwierdzały fakt, iż sytuacja finansowa wykonawcy jest dobra i okoliczność ta ma charakter trwały, co tylko zwiększa gwarancję prawidłowego wykonania zamówienia.

W związku z powyższym, w ocenie Odwołującego odrzucenie jego oferty nastąpiło z rażącym naruszeniem przepisu art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp. Dodatkowo wskazuję, iż oferta Odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą, co skutkować winno udzieleniem mu zamówienia publicznego w zakresie w jakim złożył ofertę.

Ponadto Odwołujący wskazał, że oferta wykonawcy Transport Osób i Towarów „Stefan” K. K., oparta na zasobach technicznych (samochodach) podmiotu trzeciego, winna być odrzucona z uwagi na fakt, iż nie spełniała wymogów udziału w postępowaniu oraz SIWZ. Zgodnie z zapisem pkt X ust 11 pkt 1 SIWZ, wykonawcy mogą składać oświadczenia, o których mowa w niniejszej SIWZ dotyczące wykonawcy i innych podmiotów, na których zdolnościach lub sytuacji polega Wykonawca na zasadach określonych w art. 22a ustawy Pzp oraz dotyczące podwykonawców, składane są w oryginale. Tymczasem z pisma Zamawiającego stanowiącego odpowiedź na pismo Odwołującego z dnia 23.03.2021r. (do udostępnienia oferty w/w wykonawcy) wynika, iż do oferty wykonawcy K. K. w ogóle nie zostało przedłożone oświadczenie osoby trzeciej uzasadniające prawo do korzystania przez tego wykonawcę z zasobu technicznego innego podmiotu. Ponadto z pisma zamawiającego z dnia 19.03.2021r. wynika, iż oferty w postępowaniu oraz wszelkie inne dokumenty stanowiące korespondencję pomiędzy Zamawiającym i Wykonawcą K. K. zostały złożone w formie elektronicznej, dlatego też nie jest możliwe udostępnienie ich w formie skanów na adres email. Powyższe oznacza, iż wykonawca K. K. nie przedłożył wspomnianego dokumentu do oferty oraz na etapie późniejszym postępowania nie przedłożył żadnego takiego oświadczenia w oryginale, zgodnie z wymogami SIWZ, a zatem jego oferta winna być odrzucona jako iż wykonawca ten nie wykazał w sposób prawidłowy spełnienia wymogu technicznego - dowód: pismo Odwołującego z dnia 23.03.2021r. wraz z odpowiedzią zamawiającego; Pismo zamawiającego z dnia 19.03.2021r.

W ocenie Odwołującego, z uwagi na fakt, ocena dokumentów złożonych przez Odwołującego w toku postępowania o zamówienie publiczne nastąpiła przed wyborem

najkorzystniejszej oferty, zatem stosownie do reguły z art. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, oferty wszystkich wykonawców, w tym złożone przez nich oświadczenia winny być ocenione w ten sam sposób oraz w tym samym czasie, przy zastosowaniu tej samej miary staranności, co do treści i formy przedkładanych przez wykonawców dokumentów.

***Izba ustaliła co następuje:***

Izba ustaliła, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Dowóz i odwóz dzieci szkolnych wraz z opieką dla Gminy Słomniki w okresie od podpisania umowy do 30 VI 2022 r. z podziałem na zadania:

Zadanie I Dowóz i odwóz dzieci szkolnych wraz z opieką dla Gminy Słomniki w okresie od podpisania umowy do 30 VI 2022 r. do Szkoły Podstawowej w Niedźwiedziu;

Zadanie II Dowóz i odwóz dzieci szkolnych wraz z opieką dla Gminy Słomniki w okresie od podpisania umowy do 30 VI 2022 r. do Szkoły Podstawowej w Prandocinie;

Zadanie III Dowóz i odwóz dzieci szkolnych wraz z opieką dla Gminy Słomniki w okresie od podpisania umowy do 30 VI 2022 r. do Szkoły Podstawowej w Kacicach;

Zadanie IV Dowóz i odwóz dzieci szkolnych wraz z opieką dla Gminy Słomniki w okresie od podpisania umowy do 30 VI 2022 r. Zespołu Szkół w Smrokowie.

W Rozdziale IX SIWZ Zamawiający określiła warunki udziału w postępowaniu. Zamawiający wskazał, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki, dotyczące:

1. kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów – W celu spełnienia warunku Wykonawca musi wykazać się posiadaniem Koncesji, zezwolenia lub licencji - na przewóz osób.

2. sytuacji ekonomicznej lub finansowej – W celu spełnienia warunku Wykonawca winien przedstawić: 1) informację banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy w wysokości minimum odpowiednio dla zadań - w okresie nie wcześniejszym niż 1 miesiąc przed upływem terminu składania ofert Zadanie I 150.000,00 zł (Słownie sto pięćdziesiąt tysięcy złotych 00/100), Zadanie II 100.000,00 zł (Słownie sto tysięcy złotych 00/100), Zadanie III 30.000,00 zł (Słownie trzydzieści tysięcy złotych 00/100), Zadanie IV 120.000,00 zł (Słownie sto dwadzieścia tysięcy złotych 00/100), składając ofertę na kilka zadań wykonawca musi wykazać się posiadaniem środków finansowych lub zdolnością

kredytową łącznie dla tych zadań. Przykładowo składając ofertę na zadanie I, II i IV musi wykazać się posiadaniem środków lub zdolnością kredytową na kwotę minimum 370.000,00 zł (trzysta siedemdziesiąt tysięcy złotych). 2) dokumenty potwierdzające, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną minimum Zadanie I: minimum 150.000,00 zł (sto pięćdziesiąt tysięcy złotych 00/100) Zadanie II: minimum 100.000,00 zł (sto tysięcy złotych 00/100) Zadanie III: minimum 30.000,00 zł (trzydzieści tysięcy złotych 00/100) Zadanie IV: minimum 120.000,00 zł (sto dwadzieścia tysięcy złotych 00/100). Składając ofertę na dwa lub więcej zadań Wykonawca musi wykazać się łączną sumą ubezpieczenia dla poszczególnych zadań. Przykładowo składając ofertę na zadania I i III Wykonawca musi wykazać się łączną sumą ubezpieczenia dla dwóch zadań w wysokości minimum 180.000,00 zł (sto osiemdziesiąt tysięcy złotych 00/100). Składając ofertę na zadania I, II, III i IV Wykonawca musi wykazać się łączną sumą ubezpieczenia dla wszystkich zadań w wysokości minimum 400.000,00 zł (czteryście tysięcy złotych 00/100).

W zakresie warunku dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej, Zamawiający wymagał m.in.

2) wykaz narzędzi, wyposażenia zakładu lub urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy w celu wykonania zamówienia publicznego wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi zasobami dla Zadania I: minimum 2 środkami transportu – autobusami o liczbie miejsc siedzących dla pasażerów 60 każdy dla Zadania II: minimum 2 środkami transportu - autobusami o liczbie miejsc siedzących dla pasażerów 60 każdy dla Zadania III: 1 środkiem transportu – autobus/bus o minimalnej liczbie miejsc siedzących dla 19 pasażerów. dla Zadania IV: minimum 3 środkami transportu – autobusami/busami o minimalnej liczbie miejsc siedzących (1 - min 55 miejsc siedzących, 2 i 3 – min 35 miejsc siedzących) Środki transportu muszą posiadać aktualne ubezpieczenie oraz aktualny przegląd techniczny.

Izba ustaliła, że Zamawiający ustalił termin składania ofert na dzień 8 lutego 2021 r. Na te trzy części (zadania) ofertę swą złożył Wykonawca FUH Adam - Tours, oświadczając (deklarując) w uzupełnionym formularzu JEDZ na str. 12 pkt 6, iż jego zdolność ekonomiczna to 380 000,00 zł.

Izba ustaliła, że w dniu 9 lutego 2021 r. Zamawiający wezwał Odwołującego w zakresie zadania nr I do złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu. W wezwaniu Zamawiający wskazał, że Odwołujący ma obowiązek złożyć m.in. informację banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzającej



wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy w okresie nie wcześniejszym niż 1 miesiąc przed upływem terminu składania ofert na kwotę: Zadanie I 150.000,00 zł (Słownie sto pięćdziesiąt tysięcy złotych 00/100).

Odwołujący na wezwanie do złożenia dokumentów zgodnie z art. 26 ust. 1 ustawy Pzp złożył skan umowy o kredyt nr RBR20-16905536 zawartej w dniu 30 czerwca 2020 r. (dalej „**Umowa kredytu**”). Zamawiający na podstawie złożonego dokumentu uznał warunek za niespełniony. Zamawiający wezwał Odwołującego do uzupełnienia dokumentów zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Na wezwanie do uzupełnienia dokumentów Odwołujący złożył wyjaśnienia i poprosił o przedłużenie terminu na uzupełnienie dokumentów. Zamawiający wyraził zgodę. W dniu 04.03.2021 r. Odwołujący złożył wyjaśnienie oraz zaświadczenie Banku BNP PARIBAS z dnia 04.03.2021 r. (dalej „**Zaświadczenie**”).

Izba ustaliła, że na Bank BNP Paribas przyznał Odwołującemu na podstawie Umowa kredytu z dnia 30 czerwca 2020 r. kredyt w wysokości maksymalnej 380.000 zł. Bank ustalił okres kredytowania do dnia 30 czerwca 2021 r. Termin wymagalności kredytu – ostatni dzień okresu kredytowania tj. 30 czerwca 2021 r. Ponadto Izba ustaliła, że Zaświadczenie złożone przez Odwołującego nie zostało podpisane podpisem kwalifikowanym ani przez pracownika banku ani też przez Odwołującego (za zgodność z oryginałem gdyby zostało wygenerowane automatycznie). W treści zaświadczenia bank potwierdza, że wykonawca na wskazanym rachunku posiada saldo dostępnych środków w wysokości 153.719,75 na dzień 03.03.2021 r.

Izba ustaliła, że pismem z dnia 17 marca 2021 r. Zamawiający dokonał odrzucenia oferty Odwołującego na zadanie I z powodu braku wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji ekonomicznej wykonawcy. W dniu 22 marca 2020 r. Zamawiający unieważnił czynność odrzucenia oferty Odwołującego i wskazał, że dokonana ponownego badania i oceny ofert.

Izba ustaliła, że w dniu 17 marca 2021 r. wezwał Przystępującego w zakresie zadania nr I i III do złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Przystępujący wykazał dla zadania IV umowę użyczenia pojazdu Mercedes Benz Nr rej KRA 3952T, którego właścicielem jest Lajkonik T. C., K. K. M. A. Sp. Jawna 32-095 Widoma 36. Pan K. K. prowadzący działalność gospodarczą Transport Osób i Towarów „STEFAN” K.K. jest jednocześnie współnikiem spółki Lajkonik C., K. K. M. A. Sp. Jawna 32-095 Widoma 36, co stanowi go współwłaścicielem pojazdu Mercedes Benz Nr rej KRA 3952T. Zamawiający dla potwierdzenia faktycznego użyczenia pojazdu wezwał wykonawcę do przedstawienia

zobowiązania podmiotu trzeciego do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów. W odpowiedzi na wezwania Przystępujący przedstawił zobowiązanie podmiotu trzeciego oraz umowę użyczenia niniejszego pojazdu.

Izba ustaliła, że pismem z dnia 22 kwietnia 2021 r. Zamawiający wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień. Zamawiający wskazał, że zgodnie z SIWZ wykonawca składa wykaz narzędzi, wyposażenia zakładu lub urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy w celu wykonania zamówienia publicznego wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi zasobami dla Zadania I: minimum 2 środkami transportu – autobusami o liczbie miejsc siedzących dla pasażerów 60 każdy dla Zadania III: 1 środkiem transportu – autobus/bus o minimalnej liczbie miejsc siedzących dla 19 pasażerów. Środki transportu muszą posiadać aktualne ubezpieczenie oraz aktualny przegląd techniczny. Wykonawca wykazał w ofercie oraz wykazie narzędzi pojazdy: 1. Mercedes KRA 4413L wyposażony w 62 miejsca siedzące 2. Setra KRA 7447N Wyposażony w 61 miejsca siedzące 3. Mercus KRA 7272N wyposażony w 27 miejsc siedzących. W celu potwierdzenia czy wymienione pojazdy spełniają wymagania stawiane w SIWZ Zamawiający zwraca się o wyjaśnienie/przedstawienie dokumentów potwierdzających, czy wykazane pojazdy posiadają wymaganą liczbę miejsc siedzących, aktualne badania techniczne, aktualne ubezpieczenie oraz wykazaną do oferty normę emisji spalin. Jednocześnie w dniu 29 kwietnia 2021 r. Zamawiający w piśmie skierowanym do Przystępującego wskazał, że zgodnie z SIWZ Wykonawca składa wykaz narzędzi, wyposażenia zakładu lub urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy w celu wykonania zamówienia publicznego wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi zasobami dla Zadania I: minimum 2 środkami transportu – autobusami o liczbie miejsc siedzących dla pasażerów 60 każdy Środki transportu muszą posiadać aktualne ubezpieczenie oraz aktualny przegląd techniczny. W wykazie narzędzi Wykonawca wskazał pojazd Mercedes KRA 4413L wyposażony w 62 miejsca siedzące z informacją o podstawie dysponowania- Umowa cywilnoprawna (najem) - posiadanie nie stanowiące zobowiązania podmiotu trzeciego. W złożonych w dniu 28.04.2021 dokumentach wykonawca załączył skan dowodu rejestracyjnego w którym jako właściciel widnieje Przewóz Osób J. K., A. K. Sp. J. Zamawiający zwraca się o złożenie wyjaśnień, w tym o przedstawienie umowy najmu, potwierdzającej podstawę dysponowania w/w pojazdem. W odpowiedzi na wezwanie, Przystępujący w dniu 06.05.2021 złożył umowę najmu pojazdu. Izba ustaliła, że zobowiązanie podmiotu trzeciego jak i umowy najmu zostały sporządzone w wersji papierowej. Przystępujący złożył dokumenty w formie skanu potwierdzonego kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

Izba ustaliła, że pismem z dnia 13 maja 2021 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wynikach postępowania. Odwołujący został wykluczony w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp. Oferta Przystępującego została uznana za najkorzystniejszą w zadaniu nr I i III.

***Izba zważyła co następuje:***

W ocenie Izby zarzuty podniesione w odwołaniu okazały się niezasadne. W konsekwencji Izba oddaliła odwołanie.

Należy wskazać, że zgodnie z art. 22 ust. 1b ustawy Pzp warunki udziału w postępowaniu mogą dotyczyć między innymi sytuacji ekonomicznej lub finansowej. W celu wykazania spełnienia warunku dotyczącego zdolności finansowej, na mocy §2 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia Ministra Rozwoju z 26.07.2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2020 r. poz. 1282) (dalej „**Rozporządzenie**”) zamawiający uprawniony był do żądania informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, w okresie nie wcześniejszym niż 1 miesiąc przed upływem terminu składania ofert. Jednocześnie należy wskazać, że oświadczenia lub dokumenty, które mają potwierdzić spełnienie warunków udziału w postępowaniu, składane na wezwanie z art. 26 ust. 1 lub 2 ustawy Pzp powinny być aktualne na dzień ich złożenia, a więc co do zasady mogą być datowane na dzień późniejszy niż data złożenia oferty. Istotne jest, aby treść oświadczeń lub dokumentów składanych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu nie podważała prawdziwości złożonego w tym zakresie oświadczenia wstępnego.

Ponadto, Izba wskazuje, że pojęcie zdolności kredytowej nie zostało zdefiniowane w ustawie Pzp i przepisach wykonawczych do ustawy. Zastosowanie mają w tym zakresie przepisy ustawy prawo bankowe (Dz.U. z 2020 r. poz. 1896 ze zm.). Zgodnie z art. 70 ustawy Prawo bankowe, 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. Regulacja ta, adresowana do banków, wprowadza procedurę weryfikacji przez bank sytuacji finansowej przyszłego kredytobiorcy przed podjęciem decyzji o udzieleniu kredytu. Działanie to ma zabezpieczyć bank przed ewentualnym zagrożeniem spłaty kredytu i innych opłat.

Mając na uwadze powyższe, Izba wskazuje, że Zmawiający prawidłowo uznał, że Odwołujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności ekonomicznej. W celu spełnienia warunku opisanego w Rozdziale IX pkt 2 SIWZ, Odwołujący złożył Umowę kredytu. Przedstawiona przez Odwołującego umowa potwierdza jedynie, iż 30.06.2020 r. wykonawca zawarł bankiem umowę kredytową na finansowanie działalności bieżącej. Z dokumentu w żaden sposób nie można wywnioskować, czy uruchomione środki zostały, czy nie zostały dotychczas wykorzystane, ani czy umowa nie została na przykład przez bank wypowiedziana z uwagi na nieprawidłową obsługę rat zadłużenia. Zdaniem Izby, złożona Umowa kredytu może ewentualnie potwierdzać, że na dzień zawarcia umowy tj. na dzień 30 czerwca 2020 r. bank określił zdolność kredytową Odwołującego na poziomie uzasadniającym przyznanie kredytu na kwotę wskazaną w umowie. To jednak nie stanowi dowodu na wykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w Rozdziale IX pkt 2 SIWZ.

Dalej Izba wskazuje, że Zamawiający prawidłowo wezwał Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu określonego w Rozdziale IX pkt 2 SIWZ. Dostarczone przez Odwołującego w dniu 4 marca 2021 r. Zaświadczenie wskazuje posiadanie środków w ramach kredytu na dzień 03.03.2021 czyli po upływie terminu składania ofert. Ponadto, Zaświadczenie to nie wskazuje z jakiego kredytu środki pochodzą (nie można przecież wykluczyć, że Odwołujący mógł podjąć nowy kredyt np. przed dniem uzupełnienia) i czy na dzień składania ofert Odwołujący posiadał wymagane w SIWZ środki albo czy posiadał na dzień składania ofert zdolność kredytową.

Zdaniem Izby biorąc powyższe pod uwagę złożone przez Odwołującego dokumenty Zamawiający prawidłowo uznał, że Odwołujący nie wykazał, że posiada środki finansowe lub zdolność kredytową w wysokości minimum 150000,00 zł na dzień składania ofert tj. 08.02.2021 r.

Izba wskazuje, że gdyby Odwołujący złożył do Zamawiającego Zaświadczenie wystawione w dniu 03.03.2021 r., w którym to byłoby wskazane, że na dzień 08.02.2021 lub do miesiąca wcześniej Odwołujący posiadał środki bądź zdolność kredytową w wysokości wymaganej w SIWZ, to wówczas wykonawca wykazałby spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Złożone zaświadczenie pomijając fakt, że nie zostało podpisane potwierdzało (co czego Izba ustosunkuje się poniżej) tylko, że na dzień 03.03.2021 r. Odwołujący posiada środki z kredytu. Nie wiadomo jakiego czy to wskazanego pierwotnie czy innego ponieważ nie wskazano żadnej informacji która wiązała by zaświadczenie z przedstawioną pierwotnie

umową np. numeru umowy kredytowej. Wykonawca mógł podjąć nowy kredyt z którego wykazał środki i były one dostępne dopiero w dniu 03.03.2021. Ponadto, zdaniem Izby, gdyby Odwołujący rzeczywiście posiadał środki na koncie w dniu 08.02.2021 mógł dołączyć np. wyciąg z konta bankowego który potwierdziłby posiadanie tychże środków lub zaświadczenie z banku określające wysokość środków na dzień 8 luty 2021 r. Jest powszechną praktyką banków wystawianie na wniosek klientów zaświadczeń co do posiadanych środków w banku w określonym czasie.

Zdaniem Izby nie można zgodzić się z Odwołującym, że wskazanie okresu kredytowania w umowie na dzień 30 czerwca 2021 r. potwierdza zdolność kredytową wykonawcy w całym okresie trwania takiej umowy. Takie stanowiska nie znajduje uzasadnienia w przepisach ustawy prawo bankowe, a także nie jest możliwe do zaakceptowania z uwagi na cel w jakim prowadzona jest przez bank ocena zdolności kredytowej. Bank dokonuje bowiem oceny kondycji finansowej danego podmiotu w określonym przedziale czasu tj. przed udzieleniem kredyty. Nie ma żadnych racjonalnych przesłanek ani przepisów prawa, aby taką ocenę rozciągać na cały czas trwania umowy kredytu. Oznaczałoby to przyjęcie nieuprawnionego założenia, iż w okresie spłaty kredytu sytuacja finansowa kredytobiorcy nie ulega zmianie, jest w przysłowiowej „stagnacji”, co zdaniem Izby, byłoby założeniem absurdalnym i nieracjonalnym. Zrównanie pojęcia zdolności kredytowej z okresem kredytowania jest zdaniem Izby niedopuszczalne i nie znajduje żadnego uzasadnienia w przepisach ustawy prawo bankowe czy ustawy Pzp.

Zdaniem Izby nie ulega wątpliwości, że w analizowanym stanie faktycznym bank ocenił zdolność kredytową Odwołującego na moment zawarcia umowy kredytowej, a więc 30 czerwca 2020 r. W tym okresie badał i analizował sytuację ekonomiczną wykonawcy i przyznał mu kwotę kredytu wskazaną w Umowie kredytowej. Nie sposób jednakże uznać, że ta zdolność kredytowa Odwołującego obowiązuje przez cały okres trwania umowy, jak argumentował Odwołujący, a w związku z tym należy uznać, że spełnił warunek udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji finansowej.

W ocenie Izby Zamawiający prawidłowo wezwał Odwołującego do uzupełnienia dokumentów w zakresie warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej. Odwołujący nie wykazał, że spełnił warunek na dzień złożenia oferty. Zamawiający zatem prawidłowo wykluczył Odwołującego z postępowania, a jego oferta odrzucona tylko na zadanie nr 1 ponieważ na to zadanie tylko jego oferta we wstępnej ocenie ofert na podstawie formularza ofertowego oraz JEDZ została najwyżej oceniona.

Odnosząc się do dodatkowych zastrzeżeń Zamawiającego odnośnie prawidłowości wypełnienia JEDZ-a, Izba wskazuje, że te nieprawidłowości nie stanowiły podstawy do odrzucenia oferty Odwołującego, a w konsekwencji pozostają poza przedmiotem rozpoznania w przedmiot postępowaniu odwoławczym.

Izba wskazuje, również, iż w decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego, Zamawiającego nie kwestionował formy Zaświadczenia złożonego przez Odwołującego. Argumenty te zostały podniesione dopiero w odpowiedzi na odwołaniu. Choć Izba uznaje argumenty i stanowisko Zamawiającego za zasadne, jednakże z uwagi na to, iż nie zostały one wskazane w decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego nie mogą obecnie stanowić podstawy do uznania zasadności decyzji Zamawiającego.

Odnosząc się do zarzutów dotyczących ofert wykonawcy Transport Osób i Towarów „STEFAN” K. K., Izba uznała zarzuty za niezasadne. Odwołujący nie wskazał na żadne dowody, które potwierdzałyby niespełnienie warunku udziału w postępowaniu przez Przystępującego.

Przystępujący wykazał dla zadania IV umowę użyczenia pojazdu Mercedes Benz Nr rej KRA 3952T, którego właścicielem jest Lajkonik T. C., K. K. M. A. Sp. Jawna 32-095 Widoma 36. Pan K. K. prowadzący działalność gospodarczą Transport Osób i Towarów „STEFAN” K. K. jest jednocześnie współnikiem spółki Lajkonik C., K. K. M. A. Sp. Jawna 32-095 Widoma 36, co stanowi go współwłaścicielem pojazdu Mercedes Benz Nr rej KRA 3952T. Zamawiający dla potwierdzenia faktycznego użyczenia pojazdu wezwał wykonawcę pismem z dnia 17.03.2021 r do przedstawienia zobowiązania podmiotu trzeciego do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na co wykonawca przedstawił zobowiązanie podmiotu oraz umowę użyczenia niniejszego pojazdu. Przystępujący składając ofertę złożył również JEDZ wykonawcy Lajkonik T. C., K. K. M. A. Sp. Jawna 32-095 Widoma 36 wskazując, że będzie polegał na zasobach podmiotu trzeciego co zostało następnie potwierdzone w dokumentach złożonych w trakcie ich złożenia/uzupełniania/poprawienia zgodnie z przepisami ustawy Pzp. Odwołujący w tym zakresie nie formułuje żadnych zarzutów ani nie przedstawia żadnych dowodów na wykazanie nieprawidłowości w działaniu Przystępującego.

Jednocześnie Zamawiający prawidłowo ustalił, że dla zadania I Przystępujący dysponuje pojazdem na podstawie umowy najmu samochodu Mercedes KRA 4413L. W odpowiedzi na wezwanie do złożenia dokumentów z dnia 17.03.2021 w dniu 30.03.2021 Przystępujący złożył wykaz w którym wskazał, że pojazdem dysponuje na podstawie umowy cywilnoprawnej (najem). W wyniku złożenia wyjaśnień Przystępujący w dniu 06.05.2021 złożył umowę najmu pojazdu. Zobowiązanie podmiotu trzeciego jak i umowy najmu zostały

sporządzone w wersji papierowej w związku z czym Przystępujący składając taki dokument był zobowiązany do jego odwzorowania w formie skanu potwierdzonego kwalifikowanym podpisem elektronicznym, co wykonawca uczynił. Takie forma złożenia dokumentów jest zgodna z przepisami Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 17 października 2018 r. w sprawie użycia środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz udostępniania i przechowywania dokumentów elektronicznych (Dz.U. poz. 1320 ze zm.).

Zgodnie z § 5 ust. 1, jeżeli oryginał dokumentu lub oświadczenia, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy, lub inne dokumenty lub oświadczenia składane w postępowaniu o udzielenie zamówienia, nie zostały sporządzone w postaci dokumentu elektronicznego, wykonawca może sporządzić i przekazać elektroniczną kopię posiadanego dokumentu lub oświadczenia. W związku z powyższym zarzuty Odwołującego o niezłożeniu wymaganych dokumentów Izba uznaje za niezasadne.

Ponadto Izba wskazuje, że w odwołaniu Odwołujący wskazał: „samochody zaproponowane przez Odwołującego do realizacji zamówienia są nowsze i sprawniejsze niż pojazdy zaproponowane przez wykonawcę, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą”. Zarzut ten, zdaniem Izby, nie ma żadnego znaczenia dla oceny działania Zamawiającego. Zamawiający bowiem dokonując oceny ofert w SIWZ zobowiązany jest stosować postanowienia zawarte w SIWZ, nie zaś kierować się subiektywnymi oczekiwaniami wykonawcy. Odwołujący poza chęcią wyboru jego własnej oferty, nie wykazał w żaden sposób, że oferta Przystępującego jest niezgodna z wymaganiami wskazanymi w SIWZ.

Podnoszone przez Odwołującego argumenty o rzekomym celowym unieważnieniu przez Zamawiającego pierwotnego wyboru oferty najkorzystniejszej, są zdaniem Izby, argumentami spóźnionymi. Czynność unieważnienia podlegała zaskarżeniu w terminach określonych w ustawie Pzp. Kwestionowanie takiej czynności na obecnym etapie postępowania jest nieuprawnione.

Zdaniem Izby, Odwołujący podnosi, że oferta Przystępującego powinna być odrzucona nie podając żadnych dowodów świadczących o błędnym postępowaniu Zamawiającego. Zdaniem Izby, mając na uwadze postanowienia SIWZ, Zamawiający dokonał prawidłowej oceny zarówno oferty Przystępującego jak i samego Odwołującego.

Mając na uwadze powyższe, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 557 oraz art. 574 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 oraz § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 31 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

**Przewodniczący:** .....