

Sygn. akt: KIO/UZP 137/09

WYROK
z dnia 13 lutego 2009r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Członkowie: Izabela Niedziałek
Andrzej Niwicki

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na ~~posiedzeniu~~ rozprawie* w dniu ~~w dniach~~ 13.02.2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Euroclean Sp. z o.o., 60-352 Poznań, ul. Grunwaldzka 55/18/19** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **PKP Przewozy Regionalne Sp. z o.o., Dolnośląski Zakład Przewozów Regionalnych, 50-085 Wrocław, ul. Marszałka Józefa Piłsudskiego 105** protestu ~~protestów~~* z dnia 22.01.2009 r.

przy udziale wykonawcy zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego/odwołującego.

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i unieważnić czynność wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentu zawartą w piśmie z dnia 21.01.2009r.

2. kosztami postępowania obciąża **PKP Przewozy Regionalne Sp. z o.o., Dolnośląski Zakład Przewozów Regionalnych, 50-085 Wrocław, ul. Marszałka Józefa Piłsudskiego 105**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 574 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Euroclean Sp. z o.o., 60-352 Poznań, ul. Grunwaldzka 55/18/19,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 8 174 zł 00 gr (słownie: osiem tysięcy sto siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **PKP Przewozy Regionalne Sp. z o.o., Dolnośląski Zakład Przewozów Regionalnych, 50-085 Wrocław, ul. Marszałka Józefa Piłsudskiego 105** na rzecz **Euroclean Sp. z o.o., 60-352 Poznań, ul. Grunwaldzka 55/18/19** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 10 426 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Euroclean Sp. z o.o., 60-352 Poznań, ul. Grunwaldzka 55/18/19.**

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

W odwołaniu wniesionym w piśmie z dnia 30 stycznia 2009 r. Odwołujący – Euroclean sp. Z o.o. z siedzibą w Poznaniu [zwanym również Wykonawcą] zarzucił Zamawiającemu – „PKP Przewozy Regionalne” spółka z o.o. Dolnośląski Zakład Przewozów Regionalnych we Wrocławiu naruszenie przepisów art. 7 ust. 1 i 3, art. 26 ust. 3 i 4, oraz art. 182 ust. 2 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. nr 223, poz. 1655 ze zm.) [zwana dalej ustawą lub PZP] w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na usługę utrzymania w czystości taboru kolejowego i wniósł o

uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wezwania z dnia 21 stycznia 2009 r. do uzupełnienia przez Odwołującego dokumentu oraz uznanie złożonego przez Wykonawcę dokumentu – zaświadczenia o zdolności kredytowej, za potwierdzający spełnianie przez Odwołującego warunku udziału w postępowaniu, określonego w pkt 6.2.3a siwz. Jednocześnie wykonawca uzasadniając interes prawny we wniesieniu odwołania wskazał, iż w wyniku naruszenia ww. przepisów interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, gdyż Zamawiający żądając w sposób sprzeczny z ustawą PZP dokumentu potwierdzającego zdolność kredytową wykonawcy utrudnia dostęp do uzyskania i wykonania zamówienia publicznego. Uwzględnienie zatem odwołania umożliwi Odwołującemu uzyskanie zamówienia, gdyż jego oferta jest najkorzystniejsza w świetle kryterium oceny ofert. Powyższe dowodzi naruszenia interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia, co czyni zadość wymaganiom określonym w art. 179 ust. 1 PZP do wniesienia odwołania.

W uzasadnieniu podniesionych w odwołaniu zarzutów Wykonawca wskazał, iż:

1) zgodnie z pkt 6.2.3 lit. a SIWZ warunkiem udziału w postępowaniu było m. in. znajdowanie się w sytuacji ekonomiczno-finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia i w tym przypadku Wykonawca musiał wykazać się posiadaniem środków finansowych lub zdolności kredytowej w wysokości nie mniejszej niż 15 % ceny oferty, a w przypadku składania ofert na wybrane zadania wykonawca winien wykazać się posiadaniem środków finansowych lub zdolności kredytowej w wysokości stanowiącej co najmniej 15% sumy cen ofert składanych na wybrane zadania.

2) w pkt 7 SIWZ Zamawiający określił dokumenty wymagane dla potwierdzenia warunków udziału w postępowaniu i zgodnie z pkt 7.2.6 wykonawcy mieli przedłożyć "Informację z banku, lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, w którym wykonawca posiada rachunek, potwierdzającą wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, wystawioną nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert".

Na potwierdzenie powyższego warunku Odwołujący złożył w ofercie zaświadczenie z banku BZ WBK S.A. i to zaświadczenie – w jego ocenie - spełnia wymogi ustanowione w SIWZ i potwierdza spełnianie warunku, o którym mowa w pkt 6.2.3.a SIWZ.

Jednakże Zamawiający pismem z dnia 21 stycznia 2009 r. wezwał Odwołującego na podstawie art. 26 ust. 3 PZP do przedstawienia informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, żądając wyjaśnienia jego treści oraz przedłożenia bezwarunkowej zgody na udzielenie kredytu jako dokumentu potwierdzającego spełnianie warunku, o którym mowa w pkt 6.2.3.a SIWZ. W uzasadnieniu Zamawiający podał, że z przedłożonego zaświadczenia BZ WBK S.A. wynika, że udzielenie kredytu jest uzależnione od spełnienia dodatkowych warunków. W wezwaniu z dnia 21.01.2009 r. Zamawiający nie

wyjaśnił, dlaczego nie akceptuje przedłożonego zaświadczenia BZ WBK S.A., niemniej jednak w rozstrzygnięciu protestu stwierdził, że zaświadczenie to nie ma charakteru wiążącego dla banku, a jedynie wstępny i nie zobowiązujący. W ocenie Zamawiającego informacja z banku potwierdzająca zdolność kredytową ma mieć charakter wiążący dla banku i zobowiązywać bank do udzielenia kredytu.

Wykonawca kwestionując stanowisko Zamawiającego wskazał na przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 87, poz. 605 ze zm.), podnosząc, iż co prawda Zamawiający udzielając zamówienia sektorowego – jak w tym przypadku - może żądać innych dokumentów, jednak w odniesieniu do informacji o zdolności kredytowej Zamawiający nie skorzystał z tej możliwości poprzestając jedynie na przytoczeniu treści § 1 ust. 3 pkt 2 rozporządzenia. Wymaganie zatem od wykonawcy przedłożenia oświadczenia o zdolności kredytowej, które byłoby wiążące dla banku wykracza poza ramy określone rozporządzeniem, a także nie było przewidziane w treści SIWZ. Zamawiający w istocie rzeczy wymaga nie informacji potwierdzającej zdolność kredytową lecz promesy kredytu, a takiego wymogu Zamawiający nie zawarł w SIWZ. Dalej. Wykonawca podniósł, iż zgodnie z przepisami ustawy - prawo bankowe przez zdolność kredytową rozumie się zdolność do spłaty zaciągniętego kredytu wraz z odsetkami w terminach określonych w umowie, co oznaczałoby, że o zdolności kredytowej można mówić jedynie wtedy, gdy istnieje umowa kredytowa. Tylko wtedy bowiem można byłoby ustalić jakie są terminy spłaty. Jednakże taka interpretacja, zbyt rygorystyczna, nie uwzględniałaby realiów obrotu gospodarczego oraz specyfiki postępowania o zamówienie publiczne. Przyjęcie, że w ten właśnie sposób należy oceniać zdolność kredytową wykonawców ubiegających się o zamówienie oznaczałoby, że każdy wykonawca, który składa ofertę musi mieć zawartą umowę kredytową, a taki wymóg byłby wygórowany oraz zbędny dla celów postępowania. Wykonawca ubiegając się o zamówienie nie ma pewności jego uzyskania dlatego też bezcelowym byłoby wcześniejsze zawarcie umowy kredytowej. Trudno sobie wyobrazić aby taka myśl przyświecała ustawodawcy. Celem żądania informacji o zdolności kredytowej jest zapewnienie Zamawiającemu wiarygodnego źródła informacji o możliwościach uzyskania kredytu przez wykonawcę, nie może to być jednak utożsamiane ze zobowiązaniem się banku do udzielenia kredytu w określonej wysokości. Z tych też względów zaświadczenie BZ WBK jest prawidłowe i potwierdza spełnianie warunku określonego w pkt 6.2.3.a SIWZ. Z zaświadczenia jednoznacznie wynika, że Odwołujący posiada zdolność do spłaty kredytu w wysokości 2.500.000,-zł, a więc w wymaganej przez Zamawiającego wysokości. Wprawdzie bank dodatkowo wskazał, jakie są warunki, czyli, co należy zrobić, by faktycznie uzyskać kredyt w ramach wskazanej w zaświadczeniu zdolności kredytowej i w jaki sposób bank będzie

podejmował decyzję o przyznaniu kredytu, ale są to dodatkowe -w stosunku do wymaganych przez Zamawiającego -informacje. Dla oceny zaświadczenia rozstrzygające jest stwierdzenie: "posiada zdolność do spłaty kredytu (...) 2) w wysokości 2.500.000, zł i to zaświadczenie jest typowym zaświadczeniem o zdolności kredytowej wydawanym przez banki na użytek postępowania w sprawie zamówienia publicznego. Zawarte w zaświadczeniu przez bank stwierdzenia, że zostało ono wydane na podstawie wstępnej oceny zdolności kredytowej, a warunkiem udzielenia kredytu jest złożenie wniosku o kredyt wraz z niezbędnymi załącznikami pozwalającymi na przeprowadzenie pełnej oceny zdolności do spłaty kredytu są oczywiste, jeżeli się weźmie pod uwagę, że Odwołujący nie ubiegał się o kredyt, a jedynie o zaświadczenie, którego celem było przedstawienie podczas postępowania o zamówienie publiczne, co z resztą przez BZ WBK zostało zaznaczone w treści zaświadczenia. Również zastrzeżenie Banku, że nie ponosi on odpowiedzialności za skutki działania lub zaniechania innych uczestników obrotu dokonanych na podstawie informacji zawartych w zaświadczeniu nie może być przyczyną zakwestionowania ważności tego zaświadczenia. Zastrzeżenie to ma charakter informacyjny bowiem Bank nie ponosi odpowiedzialności za takie działania podmiotów trzecich, a Zamawiający nie może oczekiwać, że Bank tą odpowiedzialność na siebie przyjmie.

Wykonawca dodatkowo wskazał, że dokument, który jest już w posiadaniu Zamawiającego potwierdza dokładnie te informacje, których Zamawiający wymagał w treści SIWZ i żądał w wezwaniu z dnia 21.01.2009 r. Wobec powyższego wezwanie z dnia 21.01.2009 r. jest pozbawione podstaw prawnych i faktycznych a tym samym narusza wskazane przepisy. Podkreślił również, że żądanie uzupełnienia dokumentów zawarte w piśmie z dnia 21.01.2009 r. jest ponownym żądaniem Zamawiającego uzupełnienia tego samego dokumentu, a tym samym narusza art. 182 ust. 1 pkt 2 oraz 26 ust. 3 i 4 PZP. W przypadku tego dokumentu Zamawiający uprzednio w piśmie z dnia 6 stycznia 2009 r. skierował analogiczne żądanie, która to czynność została oprotestowana przez odwołującego się i protest ten został przez Zamawiającego w piśmie z dnia 16 stycznia 2009 r. uwzględniony w całości i to rozstrzygnięcie ma walor ostateczności w rozumieniu art. 182 ust. 2 pkt 2 PZP, a zatem ponowne żądanie uzupełnienia tego samego dokumentu, jest sprzeczne z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu i narusza art. 182 ust. 2 pkt 2 PZP. Ostateczne rozstrzygnięcie jest bowiem tak samo wiążące dla wykonawców jak i dla Zamawiającego. Konsekwencją wskazanych działań Zamawiającego – w ocenie Wykonawcy - jest również naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 PZP, nakazującego zachowanie zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, w tym również udzielenia zamówienia wykonawcy wyłącznie wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Zamawiający bowiem utrudnia dostęp do zamówienia wykonawcy, który nie posiada własnych środków finansowych i zamierza pozyskać je poprzez kredytowanie, co czego jest uprawniony.

Tytułem wyjaśnienia Odwołujący wskazał, iż w proteście mylnie oznaczył naruszony przepis jako art. 182 ust. 1 pkt 2 zamiast 182 ust. 2 pkt 2. Stanowi to oczywistą omyłkę pisarską, bowiem -jak słusznie zauważył Zamawiający - PZP nie zawiera przepisu art. 182 ust. 1 pkt 2.

Rozpatrując wniesione odwołanie Skład Orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Rozpatrując zgłoszenie o przystąpieniu do postępowania odwoławczego wykonawcy - Dolnośląskie Przedsiębiorstwo Usługowe Sp. z o.o. a siedzibą w Krakowie po stronie Zamawiającego, Skład Orzekający postanowił nie dopuścić tego wykonawcy do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze przystępującego do postępowania odwoławczego. W tym przypadku Skład Orzekający uznał, że zgłoszone przystąpienie do protestu nie wypełnia dyspozycji przepisu art. 181 ust. 5 Pzp, a w przypadku zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego – dyspozycji przepisu art. 184 ust. 4 Pzp - co do wskazania interesu prawnego w przystąpieniu. Dodatkowo, w przypadku przystąpienia do protestu wykonawca również nie określił żądań w zakresie zarzutów zawartych w proteście wniesionym przez Euroclean Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu.

Rozpatrując zarzuty podniesione w odwołaniu ustalono, iż Zamawiający prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na usługę utrzymania w czystości taboru kolejowego. Niniejsze postępowanie zostało ogłoszone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2008/S 224-295993 i jest zamówieniem „sektorowym”.

W specyfikacji istotnych warunków zamówienia [SIWZ] w pkt 6.2.3 lit. a wskazano, iż warunkiem udziału w postępowaniu jest wykazanie przez wykonawców posiadania środków finansowych lub zdolności kredytowej w wysokości nie mniejszej niż 15 % ceny oferty, a w przypadku składania ofert na wybrane zadania wykonawca winien wykazać się posiadaniem środków finansowych lub zdolności kredytowej w wysokości stanowiącej co najmniej 15% sumy cen ofert składanych na wybrane zadania. Na potwierdzenie tego warunku w pkt 7.2.6 SIWZ Zamawiający wymagał przedłożenia informacji z banku, lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, w którym wykonawca posiada rachunek, potwierdzającą wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, wystawioną nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert.

Wykonawca w zakresie tego warunku złożył w ofercie zaświadczenie o zdolności kredytowej z dnia 11 grudnia 2008 r., w którym Bank Zachodni WBK S.A. z siedzibą we Wrocławiu, oświadcza, iż wykonawca posiada zdolność do spłaty kredytu obrotowego w wysokości 2.500.000 zł udzielonego na okres 12.2008 do 12.2011 r.. Dalej wskazano, iż niniejsze zaświadczenie zostało wystawione na podstawie wstępnej oceny zdolności

kredytowej Wykonawcy, podając jednocześnie, iż niniejsze zaświadczenie wydaje się według stanu na dzień 11 grudnia 2008 r. na prośbę Klienta celem przedstawienia w przetargu.

Skład Orzekający ustalił, iż Zamawiający w toku oceny oferty - powołując się na przepis art. 26 ust.3 i 4 Pzp – wezwał Wykonawcę w piśmie z dnia 6 stycznia 2009 r. do przedłożenia bezwarunkowej zgody na udzielenie kredytu, wystawionej nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert, uznając, iż powyższe zaświadczenie o zdolności kredytowej nie spełnia wymogu SIWZ. Na tę czynność został wniesiony protest i Zamawiający, rozstrzygając ten protest uwzględnił go w całości (vide! pismo z dnia 16 stycznia 2009 r.). W kolejnym wezwaniu zawartym w piśmie z dnia 21 stycznia 2009 r. Zamawiający ponownie wskazał, iż zaświadczenie o zdolności kredytowej nie spełnia wymogów określonych w SIWZ i wezwał Wykonawcę na podstawie art. 26 ust.3 i 4 Pzp do przedstawienia stosownej informacji potwierdzającej spełnianie warunku określonego w pkt 6.2.3a specyfikacji, która to czynność jest przedmiotem zarzutu podnoszonego w odwołaniu.

W tym przypadku Skład Orzekający uznał, iż Zamawiający uwzględniając protest z dnia 16 stycznia 2009 r. unieważnił pierwszą czynność (z dnia 6 stycznia 2009 r.) wezwania do uzupełnienia dokumentu, a tym samym nie może się ostać zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust.3 Pzp, w związku z ponownym wezwaniem (z dnia 21 stycznia 2009 r.) wykonawcy do uzupełnienia tego samego dokumentu. Uwzględniając bowiem protest zamawiający *de facto* - zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu z dnia 16 stycznia 2009 r., unieważnił czynność wezwania do uzupełnienia dokumentu zawartą w piśmie z dnia 6 stycznia 2009 r. Zatem Izba zobowiązana jest odnieść się merytorycznie, co do zasadności czynności wezwania (z dnia 21 stycznia 2009 r.) do uzupełnienia dokumentu i zarzutu formułowanego względem tego zaświadczenia o zdolności kredytowej, celem ustalenia, czy treść tego dokumentu uprawniała Zamawiającego do żądania jego uzupełnienia.

Uwzględniając wyjaśnienia stron w toku rozprawy oraz mając na względzie postanowienia SIWZ, skład orzekający Izby uznał, iż zaświadczenie o zdolności kredytowej z dnia 11 grudnia 2008 r. wystawione przez BZ WBK odpowiada wymogom ustalonym w SIWZ i potwierdza spełnianie warunku określonego w pkt 6.2.3.a SIWZ. Z treści tego zaświadczenia jednoznacznie wynika, że Odwołujący na dzień wystawienia zaświadczenia posiada zdolność do spłaty kredytu w wysokości wymaganej przez Zamawiającego, odpowiadającej w tym przypadku kwocie 2.500.000,-zł. Wprawdzie bank dodatkowo wskazał, jakie są warunki, czyli, co należy zrobić, by faktycznie uzyskać kredyt w ramach wskazanej w zaświadczeniu zdolności kredytowej i w jaki sposób bank będzie podejmował

decyzję o przyznaniu kredytu, ale są to dodatkowe - w stosunku do wymaganych przez Zamawiającego – informacje, albowiem dla oceny tego zaświadczenia w aspekcie ustalonego warunku w SIWZ, rozstrzygające jest zawarte w nim stwierdzenie o posiadaniu zdolności do spłaty kredytu (...) 2) w wysokości 2.500.000, zł, i tym samym zaświadczenie na użytek tego postępowania w sprawie zamówienia publicznego jest wystarczające.

W tym przypadku należy zwrócić uwagę, iż dokument – zaświadczenie o zdolności kredytowej w rozumieniu przepisów ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz przepisów powołanego rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane - spełnia funkcję opinii o kondycji finansowej – wiarygodności ekonomicznej i finansowej w rozumieniu art. 22 ust.1 pkt 3 PZP - przedsiębiorcy w związku z ubieganiem się o zamówienie publiczne i finansowej możliwości wykonania tego zamówienia. Z tych też względów nie może mieć wprost zastosowania, wskazywany przepis art. 70 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe (Dz. U. t.j. z 2002 r. Nr 72, poz. 665 ze zm.), albowiem przepis ten odwołuje się wprost do zdolności do spłaty zaciągniętego kredytu wraz z odsetkami w terminach określonych w umowie kredytowej. Żądanie zatem od wykonawcy przedłożenia oświadczenia o zdolności kredytowej, które byłoby wiążące dla banku i zobowiązywałoby bank do udzielenia kredytu na określoną kwotę – wykraczałoby - tak jak podniósł Wykonawca - poza ramy określone rozporządzeniem i nie odpowiadałoby wymaganiom przewidzianym w treści SIWZ.

Z tych też względów odwołanie należało uwzględnić i unieważnić czynność wezwania Wykonawcy z dnia 21 stycznia 2009 r. do uzupełnienia dokumentu tj zaświadczenia o zdolności kredytowej.

Wobec powyższych ustaleń orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania.

Jednocześnie też skład orzekający Izby, uwzględniając treść § 4 ust. 1 pkt 2 lit a i b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 z późn. zm.), uznał za uzasadnione koszty Odwołującego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600,00 zł.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) na niniejszy wyrok/~~postanowienie~~* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego we **Wrocławiu**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*