

Sygn. akt: KIO 2214/11

**WYROK**

**z dnia 24 października 2011 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Ewa Sikorska**

**Protokolant: Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 października 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 października 2011 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **PUP CERBUD Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością, ISOPLUS Polska Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością, AMSTER Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą dla lidera w Nowym Sączu w postępowaniu prowadzonym przez ENERGA OPEC Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Ostrołęce**

**orzeka:**

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **PUP CERBUD Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością, ISOPLUS Polska**

**Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością, AMSTER Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą dla lidera w Nowym Sączu i:**

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **PUP CERBUD Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością, ISOPLUS Polska Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością, AMSTER Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą dla lidera w Nowym Sączu** tytułem wpisu od odwołania
- 2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **PUP CERBUD Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ISOPLUS Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, AMSTER Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą dla lidera w Nowym Sączu** na rzecz **ENERGA OPEC Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Ostrołęce** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (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 we **Ostrołęce**.

**Przewodniczący:** .....

**Uzasadnienie**

Zamawiający – ENERGA OPEC Sp. z o.o. w Ostrołęce – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Przebudowę sieci kanałowej na technologię rur preizolowanych – Ostrołęka, ul. 1 Armii Wojska Polskiego – zadanie 3”.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku Nr 113, poz. 759 ze zmianami), zwanej dalej ustawą Pzp.

W dniu 14 października 2011 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: PUP CERBUD Sp. z o.o., ISOPLUS Polska Sp. z o.o., AMSTER Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera w Nowym Sączu (dalej: odwołujący się) wnieśli odwołanie wobec czynności zamawiającego polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Krzysztof Jendrych prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe DEDAL I z siedzibą w Łodzi oraz na zaniechaniu odrzucenia jego oferty pomimo, że jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) z powodu:

I. nieprzedłożenia wymaganych Załączniku nr 3 - Specyfikacja Techniczna Wykonania i Odbioru Robót w pkt. 3.2 ppkt. 1) litera a, b, c, wyników badań surowca, U. przedłożenia niezgodnego z wymaganiami Rozdziału IV. pkt. 15) ppkt. 13 SIWZ dokumentu potwierdzającego wysokość posiadanych środków lub zdolność kredytową Wykonawcy

W ocenie odwołującego się zamawiający zarzucił:

- Art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
  - Art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy do złożenia dokumentu potwierdzającego spełnienie warunku udziału w postępowaniu, dotyczącego zdolności kredytowej wykonawcy,
  - Art. 87. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie żądania od wykonawcy wyjaśnienia treść dokumentu potwierdzającego jego zdolność kredytową
- poprzez ich niezastosowanie

W związku z powyższym odwołujący się wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania w całości,
2. unieważnienie czynności zamawiającego wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 5 października 2011 r.,
3. nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
4. dopuszczenie dokumentów postępowania w szczególności SIWZ, ofert, Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót oraz zawiadomienia o wyborze oferty,
5. zasądzenia kosztów postępowania tj. wpisu oraz kosztów zastępstwa w sprawie oraz kosztów zastępstwa.

Zamawiający w SIWZ określił, iż w przetargu mogą wziąć udział wykonawcy, którzy załączą do oferty dokumenty wymagane postanowieniami i zapisami Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót, potwierdzające spełnienie parametrów technicznych i jakościowych na materiały przewidywane do realizacji zamówienia.

Specyfikacja Techniczna Wykonania i Odbioru Robót w pkt. 3 - Sieci ciepłne oraz Wymagania techniczne, w ppkt. 3.2. ppkt. 1) określającym wymagania techniczne dla Rury osłonowej i izolacji ciepła, precyzuje wymagania techniczne, w których zamawiający zastrzegł, że Rura osłonowa z polietylenu PE-HD wysokiej gęstości musi spełniać wymagania normy PN-EN 253:2005 m.in. odnośnie:

- a) gęstości surowca,
- b) wskaźnika szybkości płynięcia surowca - powinien mieścić się w zakresie  $0,2 < \text{MFR} < 1,4 \text{ g/10 min}$ ,
- c) czasu indukcji utleniania OIT surowca.

Nadto dla wymienionych powyżej surowców zamawiający żądał przedłożenia wraz z ofertą, wyników badań wykonanych przez niezależną instytucję badawczą, przy czym wyniki badań winny być przeprowadzone w terminie nie późniejszym niż trzy lata od daty złożenia oferty. Wymagane przez zamawiającego badania stanowiły potwierdzenie właściwości technicznych surowca zastosowanego do produkcji Rury osłonowej czyli, granulatu polietylenowego.

Oferta wykonawcy Krzysztofa Jendrycha Przedsiębiorstwo Wielobranżowe DEDAL I Krzysztof Jendrych nie zawiera wymaganych przez Zamawiającego wyników badań dla wymienionych w SIWZ właściwości technicznych surowców. W związku z brakiem ww. badań

oferta Krzysztofa Jendrycha nie odpowiadała treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

Zamawiający w sposób nie budzący wątpliwości wskazał, iż rura osłonowa z polietylenu musi spełniać wymagania polskiej normy odnośnie gęstości surowca, wskaźnika płynności surowca i czasu indukcji surowca. Zakładając nawet, że zaoferowana przez Wykonawcę Rura osłonowa z polietylenu PE-HD spełniała wymagania normy PN-EN 253:2005, to jednak Wykonawca nie przedłożył badań poświadczających wymagania techniczne surowców wykonane przez niezależną instytucję badawczą, w okresie 3 lat od daty złożenia oferty.

W ocenie odwołującego się uchybienie wykonawcy winno skutkować odrzuceniem oferty przez zamawiającego z powołaniem się na przepis art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych. Zamawiający jednak, pomimo braku wyników badań surowców, powodujących sprzeczność oferty z treścią SIWZ, nie tylko nie odrzucił oferty wykonawcy, ale dokonał wyboru oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejszej, czym naruszył przepisy art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W SIWZ, w Rozdziale IV. Oferta, pkt. 15) w części określającej wymagane dokumenty, ppkt. 13), zamawiający żądał od oferentów przedłożenia informacji z banku, w którym Wykonawca posiada podstawowy rachunek bankowy potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową Wykonawcy w kwocie 2 000 000,00 zł.

Odwołujący się podniósł, że złożony przez Krzysztofa Jendrycha dokument budzi poważne wątpliwości interpretacyjne. Otóż dokument w brzmieniu sformułowanym przez GETIN NOBEL BANK S.A Departament Sprzedaży Kredytów Firmowych i Factoringu, Region Wschód z dnia 9 września 2011 r. nie potwierdza zdolności kredytowej Krzysztofa Jendrycha jako przedsiębiorcy prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe DEDAL I. Załączony do oferty dokument, wystawiony przez GETIN NOBEL BANK S.A nie jest ani promesą udzielenia kredytu wykonawcy przez tenże Bank, ani też nie jest też opinią Banku stanowiącą ocenę zdolności kredytowej wykonawcy, nie gwarantując tym samym wysokości zdolności kredytowej wykonawcy na poziomie 2 000 000,00 zł. Wystawiony przez Bank dokument jest wyłącznie lakoniczną informacją Banku o możliwości ubiegania się przez wykonawcę o kredyt do kwoty 2 000 000 zł, a nie potwierdzeniem zdolności kredytowej, t.j. zdolności kredytobiorcy do spłaty kredytu w kwocie 2 000 000,00 zł w określonych kwotach i terminach ustalonych w umowie kredytu. Innymi słowy nie zawiera on wiążącej deklaracji Banku, iż kredyt taki zostanie wykonawcy udzielony lub został udzielony

SIWZ wyraźnie formułuje wymagania zamawiającego co do dokumentu potwierdzającego sytuację ekonomiczną i finansową wykonawcy. Otóż, informacja winna pochodzić od banku w którym wykonawca posiada podstawowy rachunek bankowy potwierdzając wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolności kredytowej wykonawcy kwocie 2 000.000,00 zł.

Załączony do oferty dokument, nie wskazuje natomiast, czy wykonawca jest posiadaczem rachunku podstawowego w GETIN NOBEL BANK S.A. Nie potwierdza również wysokości środków finansowych zgromadzonych na rachunku bankowym w powyższym Banku, a także nie wskazuje w sposób jednoznaczny, iż wykonawca otrzyma z Banku kredyt w wysokości 2 000 000,00 zł. Poza ww. brakami dokument ten nie określa także postępowania przetargowego, w którym będzie wykorzystany przez Wykonawcę. Nie bez znaczenia pozostaje fakt, iż Wykonawca brał również udział w postępowaniu przetargowym ogłoszonym przez Zamawiającego na „Przebudowę sieci kanałowej na technologię rur preizolowanych - Ostrołęka, odcinek Statoil - Korczaka - zadanie 4”, gdzie w ofercie Wykonawca złożył ten sam dokument, albo dokument zgodny co do daty i treści z dokumentem przedłożonym w niniejszym postępowaniu.

Pomimo tego, iż treść ww. dokumentu nie tylko nie potwierdza wymaganych przez Zamawiającego informacji, powodując że jest on niezgodny z treścią SIWZ, zamawiający nie wezwał wykonawcy do złożenia wyjaśnień, czym naruszył art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Pozostawienie bez wyjaśnienia informacji Banku o zdolności kredytowej wykonawcy powoduje natomiast to, że jego oferta nie odpowiada treści SIWZ, co w świetle art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp rodzi podstawę do odrzucenia oferty.

Zdaniem odwołującego, po zamawiający winien uznać na podstawie art. 26 ust. 3, iż oferta nie zawiera wymaganego dokumentu, a co najmniej stosując art. 87 ust. 1 zamawiający powinien wezwać wykonawcę do wyjaśnienia jego treści. Zaniechanie wyjaśnienia treści dokumentu na podstawie art. 87 ust. 1, narusza nie tylko ww. przepis, lecz także jest uchybieniem przepisu art. 22 ust. 1 pkt. 4 ustawy - Prawo zamówień publicznych. Ustawodawca stanowi, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki określone przez zamawiającego dotyczące sytuacji ekonomicznej i finansowej. Na podstawie złożonego przez wykonawcę dokumentu nie można stwierdzić, że spełnia on wymagane przez zamawiającego warunki ekonomiczne i finansowe, w związku z czym oferta, jako sprzeczna z treścią SIWZ, powinna być odrzucona, czego jednak zamawiający zaniechał.

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

Odwołanie jest bezzasadne.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że odwołujący się ma interes w uzyskaniu zamówienia uprawniający go do wnoszenia środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba uznała za niezasadny zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp polegający na zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy Krzysztofa Jendrycha prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „DEDAL I” z siedzibą w Łodzi pomimo, że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zamawiający zgodnie z pkt. 3.2 ppkt 1 lit. a, b i c Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót (STWiOR) określił następujące wymagania dotyczące rury osłonowej i izolacji cieplnej:

- 1) Rura osłonowa z polietylenu PE-HD wysokiej gęstości musi spełniać wymagania normy PN-EN 253: 2005 odnośnie:
  - a) gęstości surowca,
  - b) wskaźnika szybkości płynięcia surowca powinien mieścić się w zakresie  $0,2 < \text{MFR} < 1,4$  g/10 min,
  - c) czasu indukcji utleniania OIT surowca.

Wraz z ofertą wykonawcy obowiązani byli dostarczyć wyniki badań ww. właściwości wykonane przez niezależną instytucję badawczą. Wyniki badań winny być przeprowadzone w terminie nie późniejszym niż 3 lata od daty złożenia oferty.

Wykonawca Krzysztof Jendrych złożył wraz z ofertą badania rury osłonowej z dnia 25 sierpnia 2008 roku wykonane przez niezależną jednostkę badawczą IMA DRESDEN wraz z ich tłumaczeniem na język polski. Fakt złożenia tych badań, status jednostki, która je wykonała oraz produkt, którego dotyczą, nie są sporne pomiędzy stronami.

Podniesiony zarzut dotyczył braku badań dotyczących surowca, w tym jego gęstości, szybkości płynięcia oraz czasu indukcji utleniania OIT. Odwołujący się podniósł, że badania, które wykonawca Krzysztof Jendrych dołączył do oferty nie zostały wykonane przez

niezależną instytucję badawczą, ale przez producenta surowca, a zatem nie spełniają wymagań STWiOR.

Po przeanalizowaniu właściwych zapisów STWiOR Izba stwierdziła, iż zamawiający w żadnym miejscu tego dokumentu, jak również w żadnym innym miejscu SIWZ nie wymagał dołączenia do oferty badań dotyczących surowca. Wymagania dotyczyły wyłącznie rury osłonowej dla surowca o wskazanych parametrach i takie badania zostały przez wykonawcę Krzysztofa Jendrycha do oferty dołączone. Z badań tych w sposób jednoznaczny wynika, że surowiec spełnia postawione warunki i brak jest podstaw do kwestionowania prawidłowości oferty w tym zakresie.

Izba uznała za niezasadne zarzuty naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy do złożenia dokumentu potwierdzającego spełnienie warunku udziału w postępowaniu, dotyczącego zdolności kredytowej wykonawcy oraz art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie żądania od wykonawcy wyjaśnienia treści dokumentu potwierdzającego jego zdolność kredytową.

Izba ustaliła, że w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w Rozdziale IV pkt 15 ppkt 13 zamawiający żądał od wykonawców przedłożenia informacji z banku, w którym wykonawca posiada podstawowy rachunek bankowy, potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy w kwocie 2 000 000,00 zł.

Wykonawca Krzysztof Jendrych wraz z ofertą złożył dokument wystawiony przez GETIN NOBEL BANK SA z dnia 9 września 2011 roku, z którego wynika, że wykonawca może ubiegać się o kredyt do kwoty 2 000 000 ,00 zł.

W ocenie Izby przedłożony dokument czyni zadość wymogom przedmiotowego przetargu. Należy zwrócić uwagę na fakt, iż zgodnie z art. 22 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące sytuacji ekonomicznej i finansowej. Informacja w tej kwestii pozwala zamawiającemu na dokonanie oceny, czy kondycja finansowa danego wykonawcy pozwoli mu na udział w przedsięwzięciu wymagającym zaangażowania własnych lub pozostawionych do jego dyspozycji znacznych środków finansowych. W przypadku, gdyby wykonawca polegał na środkach finansowych pochodzących z kredytu, zamawiający może domagać się informacji, czy kredyt w wymaganej wysokości zostałby wykonawcy udzielony. Kwestią wtórną, pozostającą poza strefą zainteresowania zamawiającego są warunki przyznania takiego kredytu, w szczególności jego oprocentowanie i terminy spłat.



Uzyskanie takiej wiedzy jest możliwe poprzez żądanie, by wykonawca biorący udział w postępowaniu złożył wraz z ofertą informację z banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, w których wykonawca posiada rachunek, potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, wystawionej nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert. Wynika to z § 1 ust. 1 pkt 9 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane. Żądana informacja dotycząca zdolności kredytowej wykonawcy nie musi zawierać wszystkich danych odpowiadających definicji zdolności kredytowej wykonawcy w rozumieniu art. 70 ust. 1 zd. 2 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 roku – Prawo bankowe (Dz. U. z 2002 roku Nr 72, poz. 665 ze zmianami), zgodnie z którym przez zdolność kredytową rozumie się zdolność do spłaty zaciągniętego kredytu wraz z odsetkami w terminach określonych w umowie. Jak już wyżej zaznaczono dla potrzeb postępowania zamawiający powinien posiadać wiedzę co do możliwości uzyskania przez wykonawcę kredytu w określonej wysokości. Informacje dotyczące warunków, na jakich kredyt taki może wykonawcy zostać udzielony, nie są informacjami niezbędnymi dla oceny kondycji finansowej wykonawcy.

Reasumując Izba stwierdza, że informacja z GETIN NOBEL BANK SA jest wystarczająca dla oceny, czy wykonawca Krzysztof Jendrych spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej. Oznacza to, iż zamawiający nie był obowiązany do wzywania tegoż wykonawcy do uzupełnienia dokumentu na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, ani też wyjaśnienia jego treści na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Zarzuty odwołania należy zatem uznać za bezpodstawne.

O kosztach postępowania Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

.....