

Sygn. akt KIO/167/11

**WYROK**  
z dnia 10 lutego 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Emil Kawa**

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 lutego 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Przedsiębiorstwo Robót Energetyczno-Budowlanych "BUDREM" Roman Rybak, 84-242 Luzino, ul. Krótka 1** od czynności zamawiającego **Rejonowy Zarząd Inwestycji w Słupsku Sp. z o.o., 76-200 Słupsk, ul. Banacha 15.**

orzeka:

**1. oddala odwołanie**

**2. Kosztami postępowania obciąża Przedsiębiorstwo Robót Energetyczno-Budowlanych "BUDREM" Roman Rybak, 84-242 Luzino, ul. Krótka 1 i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Przedsiębiorstwo Robót Energetyczno-Budowlanych "BUDREM" Roman Rybak, 84-242 Luzino, ul. Krótka 1;**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **4 402 zł 36 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta dwa złote trzydzieści sześć groszy) przez **Przedsiębiorstwo Robót**

**Energetyczno-Budowlanych "BUDREM" Roman Rybak, 84-242 Luzino, ul. Krótka 1** na rzecz **Rejonowego Zarządu Inwestycji w Słupsku Sp. z o.o., 76-200 Słupsk, ul. Banacha 15** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Słupsku**.

**Przewodniczący:**

.....

## **UZASADNIENIE**

Rejonowy Zarząd Inwestycji w Słupsku Spółka z o.o. 76-200 Słupsk, ul. Banacha 15 zwany dalej „zamawiającym” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. "Budowa Ośrodka Sportowo-Rekreacyjnego przy ul. Niedziałkowskiego w Słupsku w ramach projektu „Rewitalizacja Traktatu Książęcego w Słupsku w obrębie I obszaru problemowego Lokalnego Programu Rewitalizacji Miasta Słupska na lata 2009-2015" prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego (nr post. publikacja w Dzienniku Unii Europejskiej pod nr 2010/S288658- 2010).

W wyniku dokonanej oceny złożonych ofert zamawiający jako ofertę najkorzystniejszą wybrał ofertę Przedsiębiorstwa Budowlano-Uslugowego „BUDOPOL” Spółka Akcyjna z siedzibą w 85-739 Bydgoszczy, ul. Fordońska 199 który to wykonawca zgłosił przystąpienie do toczącego się postępowania, jednak ze względu na niezachowanie terminu do zgłoszenia przystąpienia, przystąpienie zostało uznane przez Izbę, jako nieskuteczne. Odwołanie od dokonanego wyboru najkorzystniejszej oferty firmy „BUDOPOL” złożył wykonawca Przedsiębiorstwo Robót Energetyczno-Budowlanych BUDREM Roman Rybak 84-242 Luzino, ul. Krótka 1 zwany dalej „odwołującym”.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu, że:

1. Treść wybranej oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Budowlano-Uslugowe „BUDOPOL” Spółka Akcyjna z siedzibą w 85-739 Bydgoszcz, ul. Fordońska 199 nie odpowiadała treści SIWZ
2. Zamawiający nie odrzucił oferty Przedsiębiorstwa Budowlano-Uslugowego „BUDOPOL” Spółka Akcyjna a tym samym nie dokonał wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Postępowaniu zamawiającego zarzucił naruszenie art. 82 ust.3 i art. 89 ust.1 pkt.2 ustawy pzp.

W odwołaniu podniósł dwa zarzuty wskazując iż oferta przystępującego nie spełniała wymogu rozdziału V pkt.2.2 ppkt.3 w zakresie niewykazania w złożonej ofercie spełniania postanowień siwz w zakresie :posiadania środków własnych lub zdolności kredytowej w wysokości minimum 2 milionów złotych oraz że wykonawca był ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę minimum 2 miliony

złotych. W trakcie posiedzenia odwołujący cofnął drugi zarzut dotyczący nie posiadania przez przystępującego polisy ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej.

W uzasadnieniu zarzutu dotyczącego braku wykazania się posiadaniem przez przystępującego środków własnych lub zdolności kredytowej w kwocie minimum 2 miliony złotych odwołujący podniósł, że na potwierdzenie spełniania tego faktu należało do oferty załączyć informacje banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, w których wykonawca posiada rachunek, potwierdzającą wysokość posiadanych środków lub zdolność kredytową wykonawcy na kwotę minimum 2.000.000,00zł. Natomiast przystępujący dołączył informację banku, lecz z jej treści nie wynika, aby posiadał wymaganą zdolność kredytową, ani że posiada on wymagane przez siwz środki finansowe. W opinii bankowej jest zapis:

*„ W nawiązaniu do rozmów prowadzonych pomiędzy PBU „BUDOPOL” S.A. a Fortis Bank Polska S.A. związanych z udziałem Firmy w przetargach publicznych oraz naszej dotychczasowej wzorowej współpracy, chcielibyśmy poinformować, że Fortis Bank Polska S.A. jest zainteresowany udzieleniem kredytu PBU „BUDOPOL” S.A. do kwoty 35.000.000,00 zł w celu realizacji przez PBU „BUDOPOL ” S.A. zadań przetargowych. Powyższą opinię wydaję się na prośbę PBU „BUDOPOL S.A. Wszelkie decyzje kredytowe dotyczące finansowania mogą jednak zostać podjęte przez Komitet Kredytowy Fortis Bank Polska S.A. po podpisaniu stosownych umów. ”*

Analizując w/w tekst odwołujący wskazał że z informacji banku wynika że wykonawca ten nie posiada wymaganej zdolności, a jedynie możliwość jej otrzymania po pozytywnym rozpatrzeniu wniosku przez Komitet Kredytowy Fortis Bank Polska S.A. Powołał się na orzeczenie Zespołu Arbitrów sygn. UZP/ZO/0-2070/06 , gdzie wskazano że przepis art. 70 ust. 1 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997r. Prawo Bankowe (Dz. U. z 2002r. Nr 72, poz. 665 ze zm.) definiuje zdolność kredytową, jako realną możliwość zwrotu pobranej kwoty kredytu powiększonej o należne bankowi odsetki w terminach określonych w umowie a nie jako zdolność do otrzymania kredytu. „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”.

Według odwołującego z przedłożonego dokumentu, w sposób jednoznaczny i nie budzący żadnej wątpliwości nie wynika spełnienie tego warunku.

W dniu 6 lutego 2011 roku do Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęła odpowiedź zamawiającego na odwołanie w której zamawiający wnosząc o oddalenie odwołania

podniósł że opinia bankowa Fortis Bank Polska SA - przedłożona przez wybranego wykonawcę Przedsiębiorstwo Budowlano - Usługowe „BUDOPOL” S.A. w Bydgoszczy (strona 44 oferty) poświadcza, że wykonawca korzysta z rachunku bieżącego prowadzonego przez bank wydający opinię, rachunek nie jest obciążony wymagalnymi roszczeniami, obsługa kredytów przebiega prawidłowo oraz, że Fortis Bank Polska S.A. jest zainteresowany udzieleniem wymienionemu wykonawcy kredytu do kwoty 35.000.000 zł. Wskazał nadto, że zarówno w tej jak i w każdej tego typu opinii bank zastrzega, że decyzje kredytowe mogą zostać podjęte przez Komitet Kredytowy Fortis Bank Polska S.A. po podpisaniu stosownych umów.

Wobec takich zapisów w opinii bankowej zdaniem zamawiającego została jednoznacznie wyartykułowana zdolność kredytowa wykonawcy, i to nie na żadaną przez zamawiającego kwotę 2 mln. złotych, a na kwotę siedemnastokrotnie wyższą. Zdaniem zamawiającego nie ma bezwarunkowych opinii na temat zdolności kredytowej klientów banku, gdyż tego typu walor mogą mieć jedynie otwarte linie kredytowe czy wręcz przyznane już kredyty. Natomiast przypadku postawienia przez zamawiającego warunków udziału w postępowaniu (tu: sytuacji ekonomicznej i finansowej), należy badać je pod kątem realizacji celu sformułowanego warunku udziału w postępowaniu w art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy p.z.p. odnoszącego się do zabezpieczenia wykonania zamówienia. Ponadto bankowa opinia o zdolności kredytowej nie stanowi promesy udzielenia kredytu czy nawet otwarcia linii kredytowej z określonym limitem, jednak - z punktu widzenia potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w świetle obowiązujących przepisów - w pełni wystarcza. Zamawiający wskazał również na kilka orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej wskazujących na zasadność zajętego przez niego stanowiska przy podejmowaniu oceny oferty przystępującego. Podniósł ponadto, że stanowisko odwołującego w tym zakresie jest niezrozumiałe gdyż również do jego oferty została załączona opinia wystawiona w dniu 10.11.2010 przez Raiffeisen Bank, którą gdyby oceniać zarzutami odwołania również jest niezgodna z wymogiem postawionym przez zamawiającego, bowiem bank potwierdził zdolność kredytową odwołującego pod warunkiem złożenia depozytu kaucyjnego, a zamawiający nie wie czy odwołujący jest w stanie spełnić ten warunek, a oferta zarówno odwołującego jak i wybranego wykonawcy nie została z tego powodu odrzucona.

Na rozprawie zamawiający złożył dodatkowo pisemną informację banku wystawiającego opinię bankową dla wykonawcy BUDOPOL w którym to bank podaje dodatkowo że w nawiązaniu do opinii z 26 października 2010 r. stwierdza, że firma "BUDOPOL" S.A. korzysta na dzień 26 października z kredytów na rachunku bieżącym z limitem kwoty 10 milionów złotych kredytu inwestycyjnego w wysokości 1.505.272 złotych oraz gwarancji bankowej w kwocie 168.822 złotych.

Zamawiający podniósł że z powyższego pisma wynika, że firma "BUDOPOL" S.A. spełnia warunek określony w siwz czyli posiadania zdolności kredytowej w wysokości minimum dwóch milionów złotych i że na dzień wystawionej pierwotnej opinii firma "BUDOPOL" S.A. posiadała zdolność do obsługi zobowiązań kredytowych, jak również posiadała kredyt z limitem do 10 milionów złotych.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron postępowania zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu rozprawy stwierdza co następuje:

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Następnie Izba stwierdziła, że odwołujący posiada interes w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 ustawy prawo zamówień publicznych. Środki ochrony prawnej przysługują każdemu podmiotowi, którego interes w uzyskaniu zamówienia dozna lub choćby zagraża mu doznanie uszczerbku w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Odwołujący wnosząc przedmiotowe odwołanie w dostateczny sposób wykazał swój interes w złożeniu niniejszego środka ochrony prawnej gdyż w przypadku uwzględnienia odwołania ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Stan faktyczny sprawy podany przez strony postępowania w odwołaniu nie wymagał zdaniem Izby dodatkowych ustaleń.

**Izba stwierdza, że wniesione odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.**

Przepis art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że uwzględnienie odwołania może mieć miejsce tylko wtedy, gdy zostanie stwierdzone takie naruszenie przepisów ustawy, które miało lub może mieć istotny wpływ na

wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, co w niniejszej sprawie nie miało miejsca, a tym samym skutkowało oddaleniem odwołania.

Odwołujący wnosząc odwołanie wskazał zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 82 ust. 3 i art. 89 ust.1 pkt.2 a więc dotyczących niezgodności złożonej przez wykonawcę BUDOPOL oferty z treścią siwz. co zobowiązywało Izbę do badania zgodność przedłożonej opinii bankowej z wymogiem rozdziału V pkt. 2.2 pkt.3 siwz.

Dokonując oceny opinii bankowej Izba stwierdza, że z jej treści wynika zdolność wykonawcy BUDOPOL do terminowego regulowania swoich zobowiązań finansowych tak względem banku jak i innych podmiotów gospodarczych, natomiast nie wynika wprost iż według oceny banku wykonawca ma potwierdzoną zdolność kredytową do zaciągnięcia kredytu na kwotę co najmniej dwa miliony złotych, gdyż w treści opinii nie ma takiego sformułowania.

Izba oceniając treść opinii z 26 października 2010 roku – bez opinii uzupełniającej, wskazuje ,że w zakresie zdolności finansowej wykonawców wykazujących zdolność kredytową należy wskazać na dwie sytuacje – jedną dotyczącą uzyskania środków finansowych w ramach udzielonego kredytu i drugą dotyczącą posiadania zdolności kredytowej na potrzeby spełnienia warunku z art. 22 ust.1 pkt 4. Przepis ten nie wymaga aby dla spełnienia tego warunku wykonawca posiadał na czas realizacji zamówienia konkretne środki finansowe.

Gdyby w sposób ściśle literalny przyjmować definicję zdolności kredytowej tak jak podnosi to odwołujący, to wykonawca aby ją wykazać składając ofertę, winien w zasadzie przedłożyć decyzje o przyznaniu lub przyrzeczeniu mu kredytu bankowego na konkretną sumę. Jednakże taki wymóg nie wynika z art. 22 ust.1 pkt. 4 ustawy pzp gdyż w przypadku realizacji zamówienia publicznego wykonawca nie jest zobowiązany do uzyskania kredytu. Jego możliwości finansowe bada się tylko pod kątem potencjalnej możliwości wykonania zamówienia, którą w tym przypadku można ustalić na podstawie wstępnej oceny zdolności finansowej dokonanej przez bank, a która to opinia potwierdza możliwość spłaty kredytu o określonej wysokości. Tym samym należy stwierdzić że wspomniany przepis wskazuje na potrzebę wykazania się przez wykonawcę bycia w sytuacji finansowo – ekonomicznej uwiarygodniającej możliwość posiadania zdolności kredytowej, a po spełnieniu określonych warunków formalnych również uzyskania kredytu. W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego chodzi bowiem o weryfikację potencjalnej zdolności kredytowej danego wykonawcy, a nie gwarancję i przyrzeczenie ze strony

jednostki finansowej przyznania konkretnego kredytu. Fakt wykazania się posiadaniem zdolności kredytowej na przestrzeni określonego czasu – w tym przypadku nie później niż trzy miesiące przed terminem składania ofert, jest niczym innym jak wykazaniem się deklaracją banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej iż na dzień wystawienia opinii, bank pozytywnie ocenia zdolność wykonawcy do spłacania ewentualnego kredytu przeznaczonego na sfinansowanie wykonania zamówienia. Tym samym powstaje domniemanie iż określony podmiot banku – wykonawca zamówienia publicznego, jest w sytuacji ekonomiczno-finansowej pozwalającej mu - według wiadomości banku, spłacać zaciągnięty kredyt do wysokości kwoty wskazanej w opinii.

Warunki, wskazane w opinii banku od których uzależnione jest udzielenie kredytu a tym samym stwierdzenia zdolności kredytowej danego wykonawcy, nie mogą w żaden sposób dezawuować przedłożonej opinii, gdyż są typowe dla tego typu oceny, w której to banki antycypują różnorakie okoliczności i warunki od których uzależniają swoje decyzje w przyznaniu kredytu. Wskazać należy, że wykazana przez bank opinia o sytuacji finansowej podmiotu wyraża opinię banku w tym przedmiocie na daną chwilę, odnosi się do terażniejszej i przyszłej zdolności kredytowej. Zdolność kredytowa podmiotu jest więc jego cechą przypisaną mu arbitralnie przez dany bank, uwzględniający przy jej wyliczeniu różne okoliczności i warunki- zgodnie z procedurami wewnętrznymi banku, wpływające na możliwość spłaty i tym samym przyznania kredytu w przyszłości.

Dokonując oceny złożonej przez zamawiającego opinii uzupełniającej z dnia 8 lutego 2011 roku Izba stwierdza że opinie tę należy traktować jako bardziej uszczegółowiony opis sytuacji ekonomiczno – finansowej, wykonawcy BUDOPOL gdzie bank ponownie potwierdza iż na dzień 26 października 2010 roku wykonawca ten był w dobrej kondycji finansowej w oparciu o którą bank deklaruje wolę udzielenia temu podmiotowi dalszego kredytu, z czego niewątpliwie wynika zdaniem Izby iż podmiot ten posiada zdolność kredytową. Ponadto bank wskazuje, że BUDOPOL posiada otwartą linię kredytową z limitem do 10 milionów złotych, a tym samym według ustaleń banku posiada zdolność kredytową pięciokrotnie większą niż wymóg postawiony w siwz. Po zanalizowaniu treści obu opinii banku na rozprawie odwołujący również przychylił się w zakresie podniesionego zarzutu do argumentacji zamawiającego, gdyż stwierdza, „*biorąc pod uwagę treść pisma z 8 lutego br. nie twierdzi, iż wykonawca - Przedsiębiorstwo Budowlano-Uslugowe "BUDOPOL" S.A.*

*nie posiadał na dzień składania ofert zdolności kredytowej, jednakże podnosi iż w dacie złożenia oferty przez wykonawcę z poprzedniej opinii nie wynikało, iż firma zdolność kredytową na wymaganą kwotę posiada”.*

Wobec takiego stanu rzeczy Izba stwierdza, że brak wyraźnego zapisu w opinii z 26 października 2010 roku o posiadaniu zdolności kredytowej wybranego wykonawcy, uzasadniał wezwanie wykonawcy do złożenia uzupełniającej opinii banku w zakresie zdolności kredytowej wykonawcy BUDOPOL. Jednakże biorąc treść przedłożonego na rozprawie, dodatkowego stanowiska banku uważa za niecelowe unieważnianie wyboru najkorzystniejszej oferty i nakazywanie wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów o dodatkową opinię czy wyjaśnienie banku oraz nakazanie ponownej oceny ofert, gdyż taką opinię uzupełniającą zamawiający już przedstawił.

Należy domniemywać, że bank wystawił by identyczny dokument jak ten z 8 lutego 2011 roku, który potwierdzał by spełnienie przez BUDOPOL SA wymogów siwz i tym samym dokonana ponowna ocena ofert nie miałaby wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Izba stwierdza, że zamawiający miał prawo w oparciu o przepis art. 190 ust.1 zd.2 złożyć pismo banku z dodatkowymi informacjami potwierdzającymi spełniania wymogów siwz przez wybranego wykonawcę.

Izba orzekła jak w sentencji, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust.2 i 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt.1a i 2 p.pkt.b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku 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).

**Przewodniczący .....**