

Sygn. akt: KIO 2435/13

WYROK

z dnia 28 października 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aneta Mlącka

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 października 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 października 2013 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. Trakcja S.A., 2. Przedsiębiorstwo Robót Kolejowych i Inżynieryjnych S.A., 3. Pomorskie Przedsiębiorstwo Mechaniczno-Torowe Sp. z o.o. oraz 4. Comsa S.A., ul. Złota 59/XVIII p., 00-120 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa,**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: PKP Energetyka S.A., Przedsiębiorstwo Robót Mostowych "Mosty-Łódź S.A., Przedsiębiorstwo Napraw i Utrzymania Infrastruktury Kolejowej w Krakowie Sp. z o.o.,INTOP Warszawa Sp. z o.o., INTOP Tarnobrzeg Sp. z o.o, ul. Hoża 63/67, 00-681 Warszawa** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: SALINI POLSKA Sp. z o.o., IMPREGILO S.p.A.,Salcef Costruzioni Edili e Ferroviarie S.P.A, Salcef Costruzioni Edili e Ferroviarie S.P.A S.A. Oddział w Polsce, Salcef Polska Sp. z o.o., ul. Marszałkowska 72/19/20, 00-545 Warszawa** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania oraz nakazuje ponowne dokonanie czynności badania i oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu z udziałem wniosku Odwołującego, w tym w szczególności dokonanie czynności wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów, o których mowa w pkt III 2.2) ppkt II Ogłoszenia o zamówieniu (dotyczących posiadanych środków finansowych lub zdolności kredytowej)

2. kosztami postępowania obciąża **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa** 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: 1. Trakcja S.A., 2. Przedsiębiorstwo Robót Kolejowych i Inżynierskich S.A., 3. Pomorskie Przedsiębiorstwo Mechaniczno-Torowe Sp. z o.o. oraz 4. Comsa S.A., ul. Złota 59/XVIII p., 00-120 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa** na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. Trakcja S.A., 2. Przedsiębiorstwo Robót Kolejowych i Inżynierskich S.A., 3. Pomorskie Przedsiębiorstwo Mechaniczno-Torowe Sp. z o.o. oraz 4. Comsa S.A., ul. Złota 59/XVIII p., 00-120 Warszawa** kwotę **23 600 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego Warszawa-Praga.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Konsorcjum firm: Trakcja S.A., Przedsiębiorstwo Robót Kolejowych i Inżynieryjnych S.A., Pomorskie Przedsiębiorstwo Mechaniczno-Torowe Sp. z o.o. oraz Comsa S.A. Zamawiający PKP PLK S.A. prowadzi postępowanie w trybie przetargu ograniczonego, którego przedmiotem są zasadnicze roboty na linii kolejowej nr 226 w ramach projektu POLiŚ Nr 7.2-4.1 pn. „Projekt poprawy dostępu kolejowego do Portu Gdańsk (most + dwutorowa linia kolejowa)”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2013/S 038-059783.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że zaniechania i czynności podjęte przez Zamawiającego dokonane zostały z naruszeniem przepisów zawartych w art. 24 ust. 2 pkt 4 i art. 26 ust. 3 Ustawy w sposób mogący mieć istotny wpływ na wynik postępowania.

Odwołujący wniósł nakazanie Zamawiającemu dokonania unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania, wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów.

Stosownie do pkt III 2.2) ppkt 2 Ogłoszenia o zamówieniu Zamawiający wymagał, aby Wykonawca posiadał środki finansowe lub zdolność kredytową w wysokości nie mniejszej niż 28 000 000,00 PLN. Na potwierdzenie spełnienia ww. warunku Wykonawca zobowiązany był przedstawić: informację 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 składania wniosków.

Odwołujący w treści wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu na potwierdzenie spełniania wyżej wymienionego warunku udziału w postępowaniu załączył wystawioną przez ALIOR BANK S.A. w dniu 6 lutego 2013 r. opinię bankową (str. 315 wniosku), w której zawarte są informacje o: posiadaniu środków finansowych na rachunku podstawowym w kwocie 11.414.638,51 zł (pkt 1 opinii), posiadaniu środków finansowych na rachunku pomocniczym, w kwocie 908.924,10 zł (pkt 2 opinii), zdolność kredytowa w wysokości 6.000.000,00 zł (pkt 3 opinii) i zdolność kredytowa w wysokości 15.000.000,00 zł (pkt 4 opinii). Ww. zdolność kredytowa Odwołującego wynika z przyznanych kredytów odnawialnych, których daty zakończenia w opinii bankowej określono odpowiednio: dla kredytu wymienionego w pkt 3 opinii na dzień 31 marca 2013 r., a dla kredytu wymienionego w pkt 4 opinii na dzień 30 marca 2013 r. Termin składania wniosków był ustalony na dzień 8

kwietnia 2013 r. Odwołujący 16 sierpnia 2013 r. został zawiadomiony przez Zamawiającego o zakwalifikowaniu na drugiej pozycji do dalszego etapu przedmiotowego postępowania w oparciu o ujawniony w ogłoszeniu o zamówieniu sposób punktacji.

Zamawiający w dniu 20 września 2013 roku zwrócił się do wykonawcy, informując o powtórzeniu czynności badania i oceny wniosków. Na podstawie artykułu 26 ust. 3 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, Zamawiający wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień albo brakujących dokumentów dotyczących Wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonego w przedmiotowym postępowaniu. Zamawiający wskazał, że „z dokumentu złożonego we Wniosku na stronie 315 (opinia bankowa Alior Banku) wynika, że Wykonawca posiada: środki finansowe w kwocie: 11 414 638,51 PLN w rachunku podstawowym oraz w kwocie 908 924,10 PLN w rachunku pomocniczym. Natomiast ww. opinia wskazuje również, że Wykonawca posiada: zgodnie z pkt 3 – kredyt odnawialny w kwocie udzielonego limitu w wysokości 60 000 000,00 PLN z datą końca kredytu: 2013-03-31; zgodnie z pkt 4 – kredyt odnawialny w kwocie udzielonego limitu w wysokości 15 000 000,00 PLN z datą końca kredytu: 2013-03-30. W związku z powyższym, wzywam do wyjaśnienia co oznaczają daty: 2013-03-31 wskazana w pkt. 3 Opinii oraz 2013-03-30. Natomiast w przypadku, gdy wskazane daty są datami zakończenia kredytu odnawialnego, wzywam do uzupełnienia Wniosku na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu wskazanym w pkt III.2.2) ppkt II Ogłoszenia o zamówieniu”.

Odwołujący 26 września 2013 r. przedstawił wyjaśnienia, z których wynikało, iż dnia 19 marca 2013 r. kredyty wykazane w pkt 3 i 4 opinii zostały przedłużone do 31 marca 2014 r. Zatem daty - 2013-03-31 (pkt 3 opinii) i 2013-03-30 (pkt 4 opinii) - nie są datami zakończenia kredytów odnawialnych. Odwołujący załączył aneksy do obu umów kredytowych. Zamawiający poddał ocenie wyjaśnienia Odwołującego wraz z aneksami do umów kredytowych i dopatrzył się w jednym z aneksów zapisu, który zdaniem Zamawiającego ograniczył zdolność kredytową Odwołującego i na tę okoliczność Zamawiający samodzielnie wystąpił do ALIOR BANK S.A. z pisemnym zapytaniem, aby wyjaśnić tę kwestię.

W dniu 9 października 2013 r. Odwołujący otrzymał kolejne zawiadomienie, o zmianie decyzji Zamawiającego i o wykluczeniu Odwołującego z postępowania. Odwołujący nie zgodził się z decyzją Zamawiającego i wniósł odwołanie.

Odwołujący argumentował, że z pisma z 20 września 2013 roku wynika, że Zamawiający w pierwszej kolejności wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie, co oznaczają daty w opinii bankowej załączonej do wniosku Odwołującego. Wskazano, że chodzi o daty: 2013-03-31 w pkt 3 opinii i 2013-03-30 w pkt 4 opinii. W dalszej kolejności Zamawiający wzywał Odwołującego do uzupełnienia wniosku (należy rozumieć - do uzupełnienia dokumentów), ale Zamawiający zaznaczył przy tym, że wyłącznie w przypadku, gdy

wskazane wyżej daty są datami zakończenia kredytu odnawialnego. Zamawiający określił tę drugą część wezwania jako wezwanie do uzupełnienia wniosku na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu wskazanym w pkt III.2.2) ppkt II) ogłoszenia o zamówieniu. Odwołujący wskazywał, że wyjaśnienia, zawarte w piśmie Odwołującego z dnia 26 września 2013 r., były odpowiedzią na wezwanie Zamawiającego w zakresie, co oznaczają daty 2013-03-31 (pkt 3 opinii) i 2013-03-30 (pkt 4 opinii). W rozumieniu Odwołującego zapytanie Zamawiającego „co oznaczają daty ...?”, miało sens wyłącznie przy założeniu, że Zamawiający domniemywał, iż mogło dojść do przedłużenia ważności kredytów odnawialnych przed terminem składania wniosków, czyli najpóźniej w dniu 8 kwietnia 2013 r. W ocenie Odwołującego, Zamawiający z wyjaśnień Odwołującego dowiedział się, że tak właśnie jest, bowiem, kredyty zostały przedłużone w dniu 19 marca 2013 r. do 31 marca 2014 r. Na potwierdzenie swoich wyjaśnień Odwołujący załączył aneksy do obu umów kredytowych. Odwołujący wskazywał, że Zamawiający poddał ocenie wyjaśnienia Odwołującego wraz z aneksami do umów kredytowych i dopatrył się w jednym z aneksów zapisu, który zdaniem Zamawiającego ograniczył zdolność kredytową Odwołującego i na tę okoliczność Zamawiający samodzielnie wystąpił do ALIOR BANK S.A. z pisemnym zapytaniem, aby wyjaśnić tę kwestię. Odwołujący podniósł, że na skutek analizy wyjaśnień i załączników do nich Zamawiający ustalił, iż daty wyżej przytoczone nie są datami zakończenia kredytów. Dodatkowo Zamawiający ustalił także, że kredyt na 15 mln zł (pkt 4 opinii) jest przeznaczony na finansowanie innego konkretnego zadania inwestycyjnego i w związku z tym Zamawiający powziął wątpliwość, czy kredyt ten może posłużyć do wykazania zdolności finansowej Odwołującego.

To ostatnie ustalenie i powstała wątpliwość były powodem skierowania do ALIOR BANK S.A. pytania o możliwość wykorzystania przedmiotowego kredytu na inne cele. Uzyskana odpowiedź od banku była negatywna i spowodowała, że Zamawiający ocenił, iż Odwołujący definitywnie nie legitymuje się posiadaniem środków finansowych lub/i zdolności kredytowej w wymaganej wysokości i ta ocena stała się powodem wykluczenia Odwołującego z postępowania. Zamawiający uzasadnił swoją decyzję tym, że w wyniku tak przedstawionego wyjaśnienia oraz uzupełnienia, Odwołujący nie potwierdził spełniania warunków udziału w postępowaniu w obecnej sytuacji Zamawiający nie może ponownie wezwać Odwołującego do złożenia wyjaśnień lub uzupełnień dokumentów zgodnie z art. 26 ust. 3 i 4 Ustawy. Taki wniosek Zamawiającego, wobec występującego rzeczywistego stanu faktycznego, jest w ocenie Odwołującego nieuprawniony. Odwołujący podkreślał, że aneksy do umów kredytowych nie były dokumentami uzupełnianymi przez Odwołującego. Odwołujący wskazał, że aneksy były wyłącznie elementem jego wyjaśnień, załącznikami do wyjaśnień. Odwołujący podkreślał, że z treści zawiadomienia o wykluczeniu Odwołującego z postępowania wynika, że Zamawiający potraktował je jako dokumenty uzupełnione i to w

trybie w art. 26 ust. 3 Ustawy. Umowy i aneksy do umów kredytowych nie są objęte dyspozycją ww. przepisu Ustawy, nie obejmuje ich także Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów w sprawie dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz formy, w jakich te dokumenty mogą być składane z dnia 19 lutego 2013 r. (Dz.U.2013.231), nie wymienia ich również ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu jako dokumentów, które wykonawca winien załączyć do wniosku.

Odwołujący argumentował, że Zamawiający w alternatywnym wezwaniu do wyjaśnień lub uzupełnienia dokumentów z dnia 20 września 2013 r. w drugiej kolejności rzeczywiście wezwał Odwołującego do uzupełnienia wniosku na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu wskazanego w pkt III.2.2) ppkt II) ogłoszenia o zamówieniu, ale jednocześnie wskazał, że powinno to nastąpić jedynie wtedy, gdy wskazane daty są datami zakończenia kredytu odnawialnego.

Odwołujący argumentował także, że daty wskazane w pkt 3 i 4 opinii bankowej nie są datami zakończenia kredytów odnawialnych wymienionych w tych punktach opinii. Datą zakończenia kredytów jest dzień 30 marca 2014 r. Wobec wyżej przedstawionego stanu rzeczy i na podstawie tak sformułowanego wezwania, nie było potrzeby, a nawet możliwości, uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności finansowej. Nie wystąpiły okoliczności określone w wezwaniu i pozwalające na uzupełnienie dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu zgodnie z pkt III.2.2) ppkt II) ogłoszenia o zamówieniu. Inną kwestią jest to, że potwierdzenia spełnienia tego warunku można było dokonać wyłącznie w formie opinii bankowej, nie było to możliwe za pomocą umowy kredytowej, czy aneksu do takiej umowy. Takie dokumenty mogą wyłącznie służyć do wyjaśnienia lub uszczegółowienia treści opinii bankowej, jeżeli takie wyjaśnienie lub uszczegółowienie są niezbędne.

W ocenie Odwołującego wykluczenie go z postępowania, przed wezwaniem do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Ustawy, było czynnością przedwczesną. Zamawiający na tym etapie postępowania nie mógł stwierdzić, że Odwołujący definitywnie nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, zatem bezpodstawne wykluczenie Odwołującego z postępowania w oparciu o art. 24 ust. 2 pkt 4 Ustawy stanowi o naruszeniu tego przepisu.

Na skutek wypełnienia przez Odwołującego przesłanek zawartych w pierwszej części alternatywnego wezwania, wykorzystana została jedynie uregulowana w art. 26 ust. 4 Ustawy instytucja złożenia wyjaśnień dotyczących dokumentów. Złożone przez Odwołującego wyjaśnienia Zamawiający winien ocenić przed podjęciem dalszych czynności.

Negatywna ocena wyjaśnień nie upoważniała jednak Zamawiającego do wykluczenia Odwołującego z postępowania.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający winien wezwać Odwołującego do uzupełnienia dokumentów - opinii bankowej lub opinii bankowych, z której/których wynikałoby spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności finansowej. Zamawiający zaniechał czynności wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów, czym naruszył także przepis art. 26 ust. 3 Ustawy. Odwołujący wskazywał, że pozostali członkowie dysponują także środkami finansowymi i/lub zdolnością kredytową zatem wykazanie zdolności finansowej całego konsorcjum nie będzie nastęrczać Odwołującemu trudności.

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie. Zarzuty podniesione w odwołaniu uznał za bezzasadne i wniósł o oddalenie odwołania. W podniesionej argumentacji wskazał, że w ocenie Zamawiającego złożone przez Odwołującego dokumenty (aneksy do umowy kredytowej), nie stanowią wyjaśnienia wniosku, ale z całą pewnością stanowią jego uzupełnienie.

Zamawiający po analizie aneksów stwierdził, że w aneksie do umowy kredytowej (wskazanej w pkt 4 opinii bankowej) znajduje się zapis o przeznaczeniu kredytu na konkretny cel, a zatem nie ma możliwości użycia środków z tego kredytu na inny niż wskazany w umowie cel. Zamawiający wystąpił do wystawcy opinii bankowej, jak również jednocześnie umowy kredytowej (Alior Bank) o wyjaśnienie sytuacji. W odpowiedzi Alior Bank jednoznacznie potwierdził, iż środki kredytowe mogą zostać użyte, jedynie na cel wskazany w umowie. Tym samym, Zamawiający stwierdził, że Odwołujący nie potwierdził spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania środków finansowych w wysokości 28 mln zł, albowiem można mu zaliczyć jedynie środki w wysokości 18 323 562,61 zł.

Zamawiający podnosił, że o wyjaśnieniu nie możemy mówić w sytuacji gdy wykonawca przedkłada wraz z wyjaśnieniami dokumenty, których nie on jest ich wystawcą i mają one potwierdzać spełnienie warunków udziału w postępowaniu. W ocenie tak Zamawiającego, takie działanie stanowi uzupełnienie wniosku. Wynika to z faktu, iż wyjaśnić można wątpliwości, natomiast jeżeli nawet wyjaśnieniu towarzyszy przedłożenie jakichkolwiek dokumentów, to należy uznać, iż stanowi to uzupełnienie, tym bardziej, że ma ono służyć ocenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Zamawiający przyznał, iż w wezwaniu wskazano, że należy uzupełnić wniosek w przypadku, gdy daty wskazane w opinii bankowej są datami zakończenia kredytu, jednak zamawiający nie zgodził się że „... *nie było potrzeby, a nawet możliwości, uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności finansowej.*” Chociaż nie wystąpiły okoliczności konkretnie takie, jak opisano w wezwaniu,

jednak w ocenie Zamawiającego jego przesłanie było czytelne i nie mogło budzić żadnych wątpliwości Odwołującego, że właśnie znalazł się z sytuacji, gdzie ma możliwość potwierdzić, że spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Zamawiający nie zgodził się także z twierdzeniem Odwołującego podniesionym w odwołaniu, że jeżeli daty wskazane w opinii bankowej byłyby datami zakończenia kredytu, to Odwołujący wiedziałby, że należy uzupełnić wniosek, natomiast w przypadku gdy Odwołujący posiadał wiedzę, że umowa kredytowa wskazana w pkt 4 opinii bankowej również nie stanowi dokumentu, który może potwierdzić warunek udziału w postępowaniu, to nie występowała okoliczność uzupełnienia wniosku. Wskazał, że skoro Odwołujący został wezwany przez Zamawiającego do uzupełnienia wniosku w zakresie wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu wskazanym w pkt III.2.2) ppkt. II) Ogłoszenia o zamówieniu, to powinien przedstawić takie dokumenty, które potwierdzałyby spełnienie tego warunku, a nie przedkładać dokumenty, o których wiedział, że nie potwierdzają jego spełnienia. Wezwanie do uzupełnienia wniosku nie odnosi się wszakże do wykazania, że daty wskazane w opinii bankowej nie są datami zakończenia kredytu odnawialnego (albowiem posiadanie kredytu do konkretnej daty nie było warunkiem udziału w postępowaniu) ale do wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt III.2.2) ppkt II) Ogłoszenia o zamówieniu, co wynika wprost z treści wezwania tj. do wykazania posiadania środków finansowych w wysokości nie mniejszej niż 28 mln zł.

Izba nie znalazła przesłanek do odrzucenia odwołania. Podstawą odwołania jest czynność Zamawiającego dotycząca bezpodstawnego wykluczenia Odwołującego. Czynność wykluczenia miała miejsce w dniu 9 października 2013 r., zatem niniejsze odwołanie wniesione w dniu 15 października 2013 r. należy uznać za wniesione w terminie. W ocenie Izby Wykonawca może wnieść odwołanie od czynności Zamawiającego, która została mu przedstawiona na piśmie, brak jest podstaw do uznania, aby termin na wniesienie odwołania liczony był od okoliczności, które nie zostały wskazane Wykonawcy przez Zamawiającego, ale o których Wykonawca (jak w niniejszym postępowaniu) w ocenie innych uczestników postępowania powinien był się dowiedzieć lub domyślać.

Podkreślić należy, że niniejsze odwołanie dotyczy czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania, błędnego zakwalifikowania uzupełnionych dokumentów i zaniechania przez Zamawiającego wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów, po negatywnej ocenie wyjaśnień, a więc czynności dokonanych przez Zamawiającego w dniu 9 października 2013 r, nie zaś 20 września 2013 roku.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody Stron złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do wniesienia odwołania, zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Jest jednym z wykonawców, którzy złożyli wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i został wykluczony. W przypadku potwierdzenia zarzutów podniesionych w odwołaniu miałby szansę na uzyskanie zamówienia.

Izba ustaliła, że Zamawiający wezwał Odwołującego do wyjaśnienia co oznaczają daty: 2013-03-31 wskazana w pkt. 3 Opinii oraz 2013-03-30. W treści wezwania wskazał: „Natomiast w przypadku, gdy wskazane daty są datami zakończenia kredytu odnawialnego, wzywam do uzupełnienia Wniosku na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu wskazanym w pkt III.2.2) ppkt II Ogłoszenia o zamówieniu.”

Należy stwierdzić, że z treści wezwania wystosowanego przez Zamawiającego do Odwołującego wynika, że Zamawiający przede wszystkim wymagał od Odwołującego wyjaśnienia, co oznaczają daty 30.03.2013r. oraz 31.03.2013r., wskazane w pkt. 3 opinii Alior Bank S.A. Zamawiający przewidział obowiązek złożenia przez Odwołującego dodatkowych dokumentów wyłącznie w przypadku, gdyby wskazane w opinii Alior Bank S.A. daty były datami zakończenia kredytu odnawialnego. W takim przypadku, Odwołujący zobowiązany był do uzupełnienia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu poprzez złożenie dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, określonych w pkt. III.2.2) ppkt II ogłoszenia o zamówieniu. Treść wezwania determinowała zachowanie Odwołującego. Z treści wezwania wynikało, że Odwołujący ma złożyć dokumenty potwierdzające spełnienie warunku udziału w postępowaniu w sytuacji, gdy daty wskazane w oświadczeniu banku są datami końca kredytów.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego Odwołujący wyjaśnił, że daty wskazane w treści opinii Alior Bank S.A. nie są datami zakończenia kredytów odnawialnych, gdyż oba kredyty udzielone Odwołującemu zostały przedłużone. Z uwagi na taką treść wyjaśnień Odwołującego, Odwołujący nie był zobowiązany do składania Zamawiającemu jakichkolwiek dokumentów potwierdzających te twierdzenia, gdyż w treści wezwania Zamawiający nie przewidział obowiązku ich złożenia. Pomimo tego, Odwołujący takie dokumenty złożył i dokumenty te potwierdzają przedłużenie kredytów o rok.

W ocenie Izby, brak jest podstaw do przyjęcia, iż Odwołujący złożył dokumenty w innym celu niż w celu potwierdzenia faktu przedłużenia obowiązywania udzielonych mu kredytów. W

szczegółności brak jest podstaw do przyjęcia, że Odwołujący złożył te dokumenty w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu w trybie artykułu 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Taka interpretacja nie znajduje potwierdzenia w treści wyjaśnień złożonych przez Odwołującego, który jednoznacznie oświadczył, że wskazane w opinii Alior Bank S.A. daty nie są datami zakończenia kredytów. Złożenie oświadczenia przez Odwołującego, że wskazane daty nie są datami zakończenia kredytów powodowało, że Odwołujący nie był zobowiązany do składania jakichkolwiek dodatkowych dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Skoro tak, Zamawiający nie był uprawniony do potraktowania dokumentów złożonych przez Odwołującego jako dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu.

W ocenie Izby, treść wezwania Zamawiającego była precyzyjna. Odwołujący powinien złożyć dodatkowe dokumenty wyłącznie w przypadku, gdy daty wskazane w opinii banku, są datami zakończenia kredytów. A contrario, gdy daty nie są datami zakończenia kredytów, nie ma obowiązku złożenia dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

W ocenie Izby na podkreślenie zasługuje fakt, że Zamawiający w pierwszej kolejności powinien dokonać czynności oceny wyjaśnień złożonych przez Odwołującego. Z wyjaśnień tych bowiem wynikała okoliczność, którą Zamawiający badał kierując do Odwołującego wezwanie do wyjaśnień treści wniosku. Zamawiający zwracając się o wyjaśnienia badał okoliczność dotyczącą dat zakończenia kredytu. Wyjaśniał, czy daty wskazane w treści opinii (pkt 3 i 4) są końcem okresu na jaki przyznany został kredyt. Dla Zamawiającego była to bowiem okoliczność niezbędna do ustalenia, gdyż w sytuacji, gdyby daty wskazane w treści opinii były datami końcowymi na jaki przyznany został kredyt, to Zamawiający przy ocenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu nie mógłby wziąć pod uwagę kredytu opisanego w punkcie 3 i 4 opinii bankowej. Skoro Wykonawca odpowiedział, że przedmiotowe daty nie są datami zakończenia okresu, na jaki przyznany został kredyt, to dla Zamawiającego powinno oznaczać, że Wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu. Tym bardziej, że przekazane wraz z treścią odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego aneksy potwierdzały prawdziwość twierdzenia Odwołującego w zakresie spornych dat zakończenia przyznanego kredytu. Należy zauważyć, że dopiero w trakcie badania dokumentów dodatkowo złożonych przez Odwołującego, Zamawiający powziął informację, że przedstawiona przez Odwołującego zdolność kredytowa może nie potwierdzać warunków udziału w postępowaniu, z uwagi na ściśle określony sposób przeznaczenia kredytu. Jest to okoliczność, której Zamawiający w ogóle nie badał przy wzywaniu do wyjaśnień, okoliczność całkowicie nowa względem wezwania z dnia 20 września 2013 r. i przede wszystkim -

całkowicie pominięta w treści tego wezwania. Zamawiający w wezwaniu do wyjaśnień z dnia 20 września 2013 roku nie wymagał od Odwołującego wyjaśnień w tym zakresie. Treść wezwania do wyjaśnień (z dnia 20 września 2013 roku) w niniejszym postępowaniu dotyczyła wyjaśnienia dat zakończenia okresu, na jaki przyznany został kredyt kredytu. W treści wezwania Zamawiający ani razu nie podniósł kwestii swoich ewentualnych podejrzeń co do przeznaczenia kredytu udzielonego Odwołującemu na inne cele. Zamawiający w trakcie rozprawy podnosił, że Odwołujący doskonale wiedział o podejrzaniach Zamawiającego co do braku spełnienia udziału warunków w postępowaniu przez Odwołującego, na co wskazywało uprzednio wniesione odwołanie przez konsorcjum SALINI. Należy podkreślić, że nieuprawnione jest twierdzenie Zamawiającego, że wykonawca powinien śledzić treść korespondencji Zamawiającego z innymi wykonawcami i na podstawie treści tej korespondencji powinien domyślać się, jakie mogły być intencje Zamawiającego przy kierowaniu do wykonawcy wezwania. Treść wezwań kierowanych do wykonawców przez Zamawiającego powinna być jednoznaczna i jednoznacznie wskazywać, jakie mogły być intencje miał Zamawiający kierując te wezwania oraz co ma być przedmiotem wyjaśnień. Na marginesie Izba zauważa, że odwołanie zwrócone wykonawcy nie wywołuje żadnych skutków prawnych. Z całą pewnością nie jest to podstawa dla Wykonawcy do odgadywania intencji Zamawiającego na późniejszych etapach postępowania przetargowego. Obowiązkiem Zamawiającego jest precyzyjne wskazanie, w jakim zakresie oczekuje od Wykonawcy wyjaśnień. Co więcej, wezwanie nieprecyzyjne nie może negatywnie obciążać Wykonawcy. Zatem, w ocenie Izby Zamawiający w pierwszej kolejności powinien ocenić wyjaśnienia Odwołującego pod kątem zadanego pytania. Skoro, w jego ocenie powstały dodatkowe wątpliwości, miał możliwość wyjaśnienia ich w następnej kolejności, poprzez sformułowanie precyzyjnego zapytania lub wezwania. W niniejszym postępowaniu Zamawiający wezwał o wyjaśnienie okoliczności dotyczącej dat zakończenia okresu, na jaki został przyznany kredyt, zaś oceniał inną, (dotyczącą udzielonego kredytu innej instytucji), o której dowiedział się dopiero przy okazji złożenia dokumentów. Trafnie argumentował Odwołujący, że aneksy nie musiały zostać w ogóle załączone do treści wyjaśnień. Skoro więc Odwołujący odpowiedział na pytanie Zamawiającego w sposób, który potwierdzić miał spełnienie warunku udziału w postępowaniu, a więc, że daty wskazane w opinii bankowej nie są datami zakończenia okresu, na jaki został przyznany kredyt, to oczywistym jest, że nie był zobowiązany składać dokumentów dodatkowych w trybie artykuł 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Tym samym należało uznać, że Odwołujący przedstawił aneksy do umów kredytowych celem uwiarygodnienia złożonych wyjaśnień, nie zaś w trybie artykułu 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. W sytuacji zaś, gdy po dokonanych wyjaśnieniach powstały nowe okoliczności, czy wątpliwości, Zamawiający miał możliwość ich wyjaśnienia lub wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów.

Wobec powyższego, Izba nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania oraz nakazała ponowne dokonanie czynności badania i oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu z udziałem wniosku Odwołującego, w tym w szczególności dokonanie czynności wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów, o których mowa w pkt III 2.2) ppkt II Ogłoszenia o zamówieniu (dotyczących posiadanych środków finansowych lub zdolności kredytowej). Skoro bowiem z Zamawiający ustalił w drodze wyjaśnień i własnych ustaleń, że Wykonawca z treści złożonego wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie wynikało spełnienie przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu (co nie jest przedmiotem sporu pomiędzy stronami), to Zamawiający powinien wezwać Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych do uzupełnienia dokumentów, o których mowa w pkt III 2.2) ppkt II Ogłoszenia o zamówieniu (dotyczących posiadanych środków finansowych lub zdolności kredytowej).

Zgodnie z treścią ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający dokonuje oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu na podstawie złożonych dokumentów, także dokumentów złożonych w trybie artykułu 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zatem złożone przez Odwołującego w trakcie rozprawy dokumenty (opinia bankowa z 15 lutego br.), które miałyby ewentualnie potwierdzać zdolność kredytową Odwołującego nie podlegają ocenie przez Izbę.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania. Na podstawie § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia.

Przewodniczący:

.....