

WYROK

z dnia 19 sierpnia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący – członek Krajowej Izby Odwoławczej: **Barbara Bettman**

Protokolant: **Mateusz Michalec**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **19 sierpnia 2013 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **5 sierpnia 2013 r.** przez wykonawcę: **Saltex Europa Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Sudecka 106A, 53-129 Wrocław** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Gminę Miasto Nowy Targ, ul. Krzywa 1, 34-400 Nowy Targ,**

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie,

1.1. nakazuje zamawiającemu: **Gminie Miasto Nowy Targ, ul. Krzywa 1, 34-400 Nowy Targ**

1.1.1. unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,

1.1.2. unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego z postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą,

1.1.3. oraz nakazuje ponowienie czynności oceny ofert i wyboru oferty, z udziałem oferty odwołującego.

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego: Gminę Miasto Nowy Targ, ul. Krzywa 1, 34-400 Nowy Targ,

2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000,00 zł** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego: **Saltex Europa Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Sudecka 106A, 53-129 Wrocław,** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od zamawiającego: **Gminy Miasto Nowy Targ, ul. Krzywa 1, 34-400 Nowy Targ** na rzecz odwołującego: **Saltex Europa Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Sudecka 106A, 53-129 Wrocław**, kwotę **14 359,24 zł** (słownie: czternaście tysięcy trzysta pięćdziesiąt dziewięć złotych dwadzieścia cztery grosze), tytułem zwrotu kosztów poniesionego wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika i kosztów dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (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 w **Nowym Sączu**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie:

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie w przetargu nieograniczonego na wykonanie robót budowlanych wraz z dostawą i montażem wyposażenia terenowych obiektów sportowych dla zadania inwestycyjnego pn.: „Modernizacja terenowych obiektów Miejskiej Hali Sportowej GORCE w Nowym Targu” (BZP poz. 210742 z 31.05.2013 r. oraz z dnia 12.06.2013 r.), w dniu 5 sierpnia 2013 r. zostało złożone w formie pisemnej odwołanie przez wykonawcę: Saltex Europa Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, z siedzibą we Wrocławiu, w kopii przekazane zamawiającemu w terminie ustawowym, tj. 5 sierpnia 2013 r.

Odwołanie zostało wniesione wobec czynności zamawiającego polegającej na wykluczeniu Saltex Europa Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, o której to czynności odwołujący został powiadomiony w dniu 31 lipca 2013 roku.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu: Gminie Miasto Nowy Targ, naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013, poz. 907), dalej zwanej ustawą Pzp, tj.: art. 22 ust. 1 pkt. 4 w związku z art. 24 ust. 2 pkt. 4 i ust. 4 Pzp poprzez ich niewłaściwe zastosowanie w stosunku do oferty złożonej przez odwołującego i bezpodstawne wykluczenie go z udziału w postępowaniu oraz odrzucenie jego oferty.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania oraz o nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w przedmiotowym postępowaniu i nakazanie dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Saltex Europa Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań odwołujący wskazywał, iż ma interes prawny we wniesieniu niniejszego odwołania, albowiem złożona przez niego oferta jest ofertą najkorzystniejszą (finansowo) dla zamawiającego i w przypadku uwzględnienia odwołania, to właśnie ta oferta winna zostać wybrana. Do oferty zostały załączone stosowne dokumenty oraz oświadczenia, w tym w szczególności informacje potwierdzające wysokość posiadanych środków finansowych.

Zgodnie z treścią pkt. VII SIWZ ust. 1 pkt. 4 „Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków. Wykaz oświadczeń i dokumentów jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków

udziału w postępowaniu” o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunek dotyczący sytuacji ekonomicznej i finansowej, tzn. tacy, którzy wykażą posiadanie środków lub zdolność kredytową w wysokości co najmniej 1 000 000,00 zł. W zakresie wykazania spełnienia przez wykonawcę powyższego warunku oferta musiała zawierać informację z banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo - kredytowej potwierdzającą wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy w wysokości minimum 1 000 000,00 zł, wystawioną nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert.

Pomijając kwestię uzupełniania przez odwołującego treści oferty w końcowym efekcie w jej skład weszły dwie informacje:

1. informacja Alior Bank S.A. z siedzibą w Warszawie, z dnia 23 kwietnia 2013 roku, o treści: „Alior Bank SA z siedzibą w Warszawie, wpisany pod numerem KRS 0000305178 do Rejestru Przedsiębiorców prowadzonego przez Sąd Rejonowy dla m. st. Warszawy XII Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego; NIP 1070010731; wysokość kapitału zakładowego i kapitału wpłaconego: 512.500.000,00 zł, Oddział we Wrocławiu, ul. Ołtaszyńska 92b/7, 53-034 Wrocław zaświadcza, że: Saldo na rachunku bankowym Firmy j/w, o numerze: 95 2490 0005 0000 4520 3219 5713 na dzień 27 marca 2013 r. wynosi: PLN 736.711,93.”
2. informacja SGB - Bank S.A. z siedzibą w Poznaniu Oddział we Wrocławiu, z dnia 25 czerwca 2013 roku, o treści: SGB - Bank SA z siedzibą w Poznaniu Oddział we Wrocławiu zaświadcza, że Saltex Europa Sp. z o. o. z siedzibą przy ul. Sudeckiej 106A, 53-129 Wrocław, posiada w naszym banku rachunek bieżący w PLN i Euro. Wysokość salda na rachunku firmowym w PLN na dzień 14 czerwca 2013 r. wynosiła 400 172,14 PLN. (...).”

Pismem z dnia 31 lipca 2013 roku zamawiający poinformował odwołującego, że na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 4 Pzp wyklucza Saltex Europa Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z postępowania, ponieważ w ocenie zamawiającego w świetle przedłożonych dokumentów spółka nie wykazała spełnienia warunku ekonomicznego i finansowego udziału w postępowaniu. W uzasadnieniu powyższej decyzji zamawiający wskazał, że wykonawca wprawdzie przesłał dwie informacje z banków dotyczące posiadanych środków finansowych, jednak zdaniem zamawiającego, żadna z tych informacji nie spełnia wymogu SIWZ w zakresie wykazania posiadania środków finansowych lub zdolności kredytowej na wymaganą kwotę. Wykonawca nie wykazał, że w jakimkolwiek dniu w okresie trzech miesięcy przed terminem składania ofert miał dostęp do środków na sfinansowanie realizacji zamówienia, bowiem wysokość salda w danym okresie nie jest

równoznaczna ze zdolnością kredytową lub posiadaniem środków finansowych przez wykonawcę.

Z twierdzeniem takim, odwołujący nie zgodził się, gdyż stanowisko zamawiającego nie tylko uznał za niezgodne ze sformułowanym warunkiem udziału w postępowaniu i z logicznym rozumowaniem, a wręcz za absurdalne.

W pierwszej kolejności, odwołujący podnosił, że sformułowany przez zamawiającego warunek udziału w postępowaniu dotyczył posiadania środków finansowych lub zdolności kredytowej w wysokości minimum 1 000 000,00 zł w okresie nie wcześniejszym niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert. Na potwierdzenie jego spełnienia wykonawca zobligowany był do złożenia informacji z banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo - kredytowej potwierdzającej powyższą informację. Odwołujący przekonywał, że warunek ten został spełniony, albowiem obie złożone przez niego informacje banków, łącznie wskazują na dysponowanie środkami przekraczającymi określoną przez zamawiającego progową kwotę 1 000 000,00 zł. Jak wynika z treści uzasadnienia decyzji zamawiającego z dnia 31 lipca 2013 roku możliwość złożenia dwóch (lub więcej) informacji potwierdzających spełnienie warunku ekonomicznego i finansowego udziału w postępowaniu nie jest kwestionowana. W ocenie zamawiającego jednak, aby uznać ten warunek za spełniony, koniecznym jest dysponowanie określoną wysokością środków finansowych lub zdolnością kredytową w określonym dniu. Stanowisko takie, zdaniem odwołującego, nie znajduje jakiegokolwiek uzasadnienia w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Mowa jedynie o posiadaniu środków finansowych lub zdolności kredytowej w danym (nie wcześniej niż trzy miesiące przed terminem otwarcia ofert) okresie czasu. Tym samym kwestionowanie w chwili obecnej złożonych przez odwołującego informacji i spełnienia przez niego postawionego przez zamawiającego warunku - nie znajduje jakiegokolwiek uzasadnienia.

Odwołujący zaznaczał, że co równie istotne, dostrzeżenia wymaga natura wymagań tworzących opisany przez zamawiającego warunek ekonomiczno - finansowy. Oczywistym jest, że spełnianie warunku dotyczącego środków pieniężnych lub zdolności kredytowej może nastąpić przez sumowanie zasobów wykonawcy, w szczególności wykonawców działających w ramach konsorcjum (vide: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 sierpnia 2010 roku, sygn. akt KIO 1553/10, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 października 2012 roku, sygn. akt KIO 2009/12). Potencjał wykonawcy nie musi być realny, a składane przez niego dokumenty nie muszą potwierdzać, że posiadane środki finansowe lub zdolność kredytowa mogą być skierowane do realizacji danego zamówienia. Zgodnie z § 1 ust. 1 pkt. 9 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, na potwierdzenie

spełniania warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej wykonawcy należy złożyć informację banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo - kredytowej, w których wykonawca posiada rachunek, potwierdzające wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert. W przeświadczeniu odwołującego, stanowisku zamawiającego przeczy już samo znaczenie pojęcia zdolności kredytowej, wskazujące na zdolność kredytową, jako stan abstrakcyjny, nie dający się zobiektywizować, zależny od oceny banku, który posiada w tym zakresie pełną swobodę. Zdolność kredytowa nie jest zatem gwarancją, przyrzeczeniem ze strony banku przyznania wykonawcy środków finansowych w określonej kwocie. Z dopuszczenia w wymienionym powyżej przepisie rozporządzenia - złożenia informacji banku o zdolności kredytowej wykonawcy należy wywodzić, iż badaniu przez zamawiającego podlega potencjał wykonawcy do uzyskania oznaczonej kwoty, nie zaś posiadanie konkretnych środków na realizację danego przedsięwzięcia. Zasadności stanowiska zamawiającego przeczy również termin, w jakim taka informacja może być wydana, tj. 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert. Zauważył również, że z przepisów ustawy Pzp, jak też wskazywanego powyżej rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, w żaden sposób nie wynika wymóg, aby składane przez wykonawcę informacje (o ile będzie ich więcej niż jedna) wydane zostały w jednej dacie. Odwołujący zwracał uwagę na okoliczność, że warunki udziału w postępowaniu odnoszą się do sytuacji i kondycji wykonawcy we wskazanym czasookresie, a ich spełnianie można wykazać jedynie w oparciu o pewne dane historyczne, zatem ocena spełniania warunków dokonywana przez zamawiającego - musi dotyczyć tego okresu. Przyjęcie przeciwnego stanowiska nie znajduje oparcia w przepisach prawa, jak również pozbawione jest racjonalnego uzasadnienia, należy bowiem wziąć pod uwagę, że sytuacja przedsiębiorcy ulega ciągłym zmianom, brak zatem podstaw do wymagania od wykonawcy, aby niezależnie od czasu trwania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak też braku możliwości przewidzenia jego ostatecznego wyniku, gwarantował określoną niezmienną w przedmiocie sytuacji ekonomicznej i finansowej. Istotne jest zatem jedynie stwierdzenie, że dotychczasowa działalność i obecny potencjał wykonawcy dają podstawy do przyjęcia, że wykonawca jest w stanie zrealizować dane zamówienie. Analogiczne stanowisko stanowiło podstawę wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 marca 2013 roku, sygn. akt KIO 369/13. Odwołujący argumentował stawiane zarzuty, iż nie zasługuje na uwzględnienie także twierdzenie zamawiającego, iż wysokość salda w danym okresie nie jest równoznaczna ze zdolnością kredytową lub posiadaniem środków finansowych przez wykonawcę." Stanowisko takie, jak utrzymywał odwołujący, wynikać może jedynie z nieznajomości przez zamawiającego znaczenia terminu „saldo”. Zgodnie z

definicją zawartą w słowniku języka polskiego (sjp.pwn.pl/szukaj/saldo) „saldo” to: stan konta, różnica wynikająca z zestawienia sum przychodu i rozchodu; zestawienie wyników jakiejś działalności, uwzględniające zarówno sukcesy, jak i porażki. Tym samym zawarte w przedłożonych przez odwołującego informacjach banków dane dotyczące salda dotyczą w istocie stanu rachunku bankowego odwołującego i wysokości znajdujących się na nim środków.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 6 sierpnia 2013 r. do postępowania odwoławczego w terminie ustawowym, nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca.

Postępowanie prowadzone jest w procedurze poniżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, dotyczy jednak wykluczenia odwołującego z postępowania i odrzucenia jego oferty, zatem jest dopuszczalne w świetle przepisów art. 180 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy Pzp.

Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Faksem przesłanym w dniu 19 sierpnia 2013 r. zamawiający wnosił o odroczenie rozprawy wyznaczonej na dzień 19 sierpnia 2013 r. godzina 13:00, utrzymując że w tej dacie otrzymał powiadomienie o terminie rozprawy. Izba postanowiła nie uwzględnić wniosku zamawiającego, uznając że powiadomienie o terminie rozprawy zostało doręczone skutecznie - zgodnie z § 15 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 22 marca 2010r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznaniu odwołań (Dz. U. Nr 48, poz. 280, z 2013 r. poz. 232). Zawiadomienie o terminie i miejscu rozprawy doręcza się stronom za potwierdzeniem odbioru, co najmniej na trzy dni przed wyznaczonym terminem rozprawy. Za doręczenie zawiadomienia uważa się również jego przesłanie faksem, jeśli strony potwierdziły fakt jego otrzymania. W przypadku niemożności zawiadomienia faksem, dotyczy to również przesłania zawiadomienia drogą e-mailową. W związku z brakiem możliwości wysłania pisma faksem w dniu 13 sierpnia 2013 r. pismo – zawiadomienie o terminie rozprawy – zostało wysłane mailem w dniu 13 sierpnia 2013 r. o godz. 15:46. Fakt otrzymania tego pisma ze strony zamawiającego potwierdził telefonicznie pan Stanisław Żółtek. Zgodnie z § 7 ww. rozporządzenia, z wyjątkiem wniesienia odwołania i zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego korespondencja w sprawie odwoławczej kierowana przez strony (...), a także korespondencja kierowana przez Izbę może być przesyłana faksem lub drogą elektroniczną. W przypadku korespondencji przesłanej faksem lub drogą elektroniczną, domniemywa się, że dzień przesłania korespondencji faksem lub drogą elektroniczną jest dniem doręczenia, jeżeli korespondencja została przesłana niezwłocznie również w formie pisemnej, co nie jest kwestionowane. Niestawiennictwo

strony, prawidłowo zawiadomionej o terminie rozprawy zgodnie z § 21 ust. 3 rozporządzenia nie wstrzymuje rozpoznania sprawy.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody: z protokołu postępowania, ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty odwołującego, korespondencji stron.

Ponadto, Izba rozważyła stanowiska stron przedstawione w pismach oraz do protokołu rozprawy.

Rozpatrując sprawę w granicach zarzutów odwołania, jak stanowi art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba ustaliła, co następuje.

Przetarg obejmuje: wykonanie robót budowlanych wraz z dostawą i montażem wyposażenia terenowych obiektów sportowych dla zadania inwestycyjnego pn.: „Modernizacja terenowych obiektów Miejskiej Hali Sportowej GORCE w Nowym Targu”.

Sekcja III.3.5. ogłoszenia. Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełnienia tych warunków.

Sytuacja ekonomiczna i finansowa. Wykonawca musi znajdować się w sytuacji ekonomicznej i finansowej pozwalającej na realizację zamówienia. Dlatego też musi wykazać posiadanie środków lub zdolności kredytowej w wysokości co najmniej 1 000 000,00 zł.

Sekcja IV.4. Informacja o oświadczeniach lub dokumentach, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu wykazania spełnienia tych warunków (...).

Informację z banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo - kredytowej potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, wystawioną nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert.

Warunki te, zostały powtórzone w rozdziale VII, punkt 1.4), punkt 2.4) SIWZ.

Kryterium oceny ofert – najniższa cena.

Termin składania ofert został wyznaczony do dnia 27.06.2013 r.

Odwołujący złożył ofertę z ceną 3 859 155,33 zł i była to oferta z najniższą ceną spośród 5-u ofert, które wpłynęły w postępowaniu. Zamawiający wybrał ofertę wykonawcy Moris-Sport Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie z ceną realizacji 3 998 649,10 zł. Pozostałych wykonawców zamawiający wykluczył z postępowania.

W dokumentach oferty odwołujący złożył zobowiązanie p. Józefa Paryl prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą SAMBUD w miejscowości Wiśniowa, do udostępnienia na rzecz odwołującego potencjału w postaci „posiadanej zdolności kredytowej” wraz z zaświadczeniem Banku Spółdzielczego Rzemiosła w Krakowie, że ww. może otrzymać

kredyt do wysokości 5 000 000,00 zł, po spełnieniu warunków regulaminu kredytowania tegoż banku.

Pismem z dnia 4 lipca 2013 r. zamawiający wezwał odwołującego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów oferty, w tym dotyczących sytuacji finansowej i ekonomicznej. *„Na potwierdzenie warunku sytuacji ekonomicznej i finansowej zgodnie z rozdziałem VII ust. 2 pkt 4 do oferty należało dołączyć informację; z banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy w wysokości min 1 000 000,00 zł, wystawioną nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert.*

Z dostarczonego przez Państwa dokumentu, zdaniem zamawiającego nie wynika, iż spełniony został powyższy warunek. W zaświadczeniu jest napisane, iż wykonawca „...może otrzymać kredyt do wysokości 5 000 000,00 zł po spełnieniu warunków...”. Oraz jest napisane „...zaświadczenie wydano, - bez badania zdolności kredytowej...” Zgodnie z warunkiem określonym w SIWZ wykonawca powinien udokumentować posiadanie środków finansowych lub zdolności kredytowej w wysokości minimum 1 000 000,00 zł. wobec powyższego proszę o dostarczenie informacji z banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo - kredytowej potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, wystawioną nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert. Zamawiający przypomina, że zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp złożone na wezwanie zamawiającego dokumenty powinny potwierdzać spełnienie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert.”

W odpowiedzi, przy piśmie z dnia 5 lipca 2013 r. odwołujący załączył 2 zaświadczenia z banków, informując, że:

„W nawiązaniu do otrzymanego pisma przekazujemy dwie opinie bankowe potwierdzające wartość posiadanych środków przez firmę Saltex Europa Sp. z o. o. na łączną kwotę 1 136 884,07 zł . Oświadczamy, iż wykazane środki pieniężne w załączonych opiniach bankowych są środkami różnymi i nie dublują się. Dodatkowo chcielibyśmy poinformować Zamawiającego, iż złożenie informacji z kilku banków o posiadanych środkach finansowych jest dopuszczalne PZP.

W pierwszym zaświadczeniu z dnia 23.04.2013 r. Alior Bank S.A. z siedzibą w Warszawie, wpisany pod numerem KRS 0000305178 do Rejestru Przedsiębiorców prowadzonego przez Sąd Rejonowy dla m.st. Warszawy, XII Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego; NIP 1070010731; wysokość kapitału zakładowego i kapitału wpłaconego: 512 500 000,00 zł, Oddział we Wrocławiu, ul. Ołtaszyńska 92b/7, 53-034 Wrocław, zaświadcza,

że: „Saldo na rachunku bankowym Firmy j/w [Saltex Europa Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Sudecka 106A, 53-129 Wrocław], o numerze: 95 2490 0005 0000 4520 3219 5713 na dzień 27-03-2013 r. wynosi: PLN 736.711,93. Zaświadczenie wydaje się na pisemną prośbę Klienta, celem dołączenia do dokumentacji przetargowej.”

W drugim zaświadczeniu z dnia 25.06.2013 r. SGB - Bank S.A. z siedzibą w Poznaniu Oddział we Wrocławiu zaświadcza, że: „Saltex Europa Sp. z o. o. z siedzibą przy ul. Sudeckiej 106A, 53-129 Wrocław, posiada w naszym banku rachunek bieżący w PLN i Euro. Wysokość salda na rachunku firmowym w PLN na dzień 14 czerwca 2013 r. wynosiła 400.172,14 PLN. Rachunek prowadzony jest prawidłowo. Klient nie korzysta z kredytu w naszym banku. Klient nie posiada zobowiązań z tytułu zaległych opłat i prowizji bankowych. Rachunek nie jest obciążony tytułami egzekucyjnymi. Zaświadczenie wydaje się na prośbę Klienta, według stanu na dzień 14.06.2013 r.”

Pismem z dnia 30.07.2013 r. przekazany odwołującemu 31 lipca 2013 r. Burmistrz Miasta Nowy Targ informuje, „że na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity z 2010 r. Dz. U. Nr 113 poz. 759 z późn. zm.) wyklucza Państwa Spółkę z niniejszego postępowania, ponieważ w ocenie zamawiającego i w świetle przedłożonych dokumentów spółka nie wykazała spełnienia warunku ekonomicznego i finansowego udziału w postępowaniu. Uzasadnienie: W wyżej wymienionym przetargu nieograniczonym wpłynęła między innymi oferta Państwa Spółki. Do oferty spółka dołączyła zaświadczenie z Banku Spółdzielczego Rzemiosła w Krakowie dla pana Józefa Paryła. To zaświadczenie nie potwierdzało spełnienia warunku finansowego przez wykonawcę. Zamawiający na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy, pismem znak ZP.271.7.2013 z dnia 4 lipca 2013r. wezwał do złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu. W uzupełnieniu do oferty przesłanym w dniu 5 lipca 2013 r. (data wpływu 8 lipiec 2013 r.) wykonawca wprawdzie przesłał dwie informacje z banków dotyczące posiadanych środków finansowych, jednak w ocenie zamawiającego żadna z tych informacji nie spełnia wymogu SIWZ w zakresie wykazania posiadania środków finansowych lub zdolności kredytowej na wymaganą kwotę. Wykonawca nie wykazał, że w jakimkolwiek dniu w okresie trzech miesięcy przed terminem składania ofert miał dostęp do środków na sfinansowanie realizacji zamówienia, bowiem wysokość salda w danym okresie nie jest równoznaczna ze zdolnością kredytową lub posiadaniem środków finansowych przez wykonawcę. Ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą.

Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający zobowiązany jest wykluczyć wykonawcę z wyżej wymienionego postępowania ponieważ

wykonawca nie wykazał spełnienia warunku ekonomicznego i finansowego udziału w postępowaniu. W związku z powyższym wykluczenie Państwa Spółki jest uzasadnione.”

Izba zważyła, co następuje.

Odwołujący, wykazał legitymację do wniesienia odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp - skoro jego oferta, jako zawierająca korzystniejszą cenę niż wybranego wykonawcy - została odrzucona. Był zatem uprawniony aby skarżyć - jak dowodził - niezgodne z ustawą Pzp czynności zamawiającego wobec oceny spełnienia wyznaczonych warunków udziału w postępowaniu, które godziły w interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia i mogły narażać odwołującego na poniesienie szkody.

W odniesieniu do wymaganej od wykonawców przepisem art. 22 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp sytuacji ekonomicznej i finansowej, pozwalającej na realizację zamówienia, według skonkretyzowanych warunków podanych w SIWZ i w ogłoszeniu, przepis § 1 ust. 1 pkt 10) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. poz. 231) - pozwala żądać informacji z banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych, lub zdolność kredytową wykonawcy, wystawionej nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert.

Zamawiający postawił warunek, aby wykonawca ubiegający się o przedmiotowe zamówienie wykazał posiadanie środków finansowych lub zdolności kredytowej w kwocie nie mniejszej niż 1 000 000,00 zł.

Przytaczany wyżej przepis, ani ustanowione w oparciu o przywołane regulacje warunki SIWZ, nie zobowiązywały wykonawcy, aby posiadane środki były ulokowane na rachunku bankowym w jednym i tym samym banku.

Odwołujący bezspornie wykazał dysponowanie na rachunku w Aloor Banku S.A. na dzień 27.03.2013 r. kwotą 736 711,93 zł oraz dysponowanie w dniu 14.06.2013 r. SGB - Bank S.A. z siedzibą w Poznaniu Oddział we Wrocławiu kwotą 400 172,14 PLN. Łącznie kwoty te przekraczają wyznaczony poziom minimalny 1 000 000,00 zł i dotyczą okresu nie wcześniejszego niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert.

Termin składania ofert został wyznaczony do dnia 27 czerwca 2013 r., zatem zsumowane kwoty posiadanych środków finansowych, potwierdzają spełnienie wyznaczonego warunku udziału w postępowaniu, z zachowaniem wymogu, że ma to nastąpić nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem wyznaczonego terminu składania ofert.

Ustawodawca w art. 26 ust. 2c ustawy Pzp dopuścił nawet taką sytuację, gdy wykonawca z uzasadnionej przyczyny nie może przedstawić dokumentów dotyczących sytuacji finansowej i ekonomicznej wymaganych przez zamawiającego, aby przedstawił inny dokument, który w wystarczający sposób potwierdza spełnienie opisanego przez zamawiającego warunku.

W odniesieniu do warunków ekonomiczno-finansowych, wymóg przedłożenia zaświadczeń z banku, wystawionych nie wcześniej niż 3 miesiące przed terminem składania ofert należy odczytywać w ten sposób, że wykonawca powinien dysponować wyznaczoną kwotą nie wcześniej niż w dowolnym dniu tegoż 3-miesięcznego okresu. W żadnym wypadku wykonawca nie jest zobowiązany aby utrzymywać cały czas taką samą ilość środków finansowych na koncie, aż do ustalenia wyniku postępowania, gdyż udział w przetargu nie wpływa na możliwość obracania zadeklarowanymi środkami. Okolicznością niepodważalną jest, że potencjał finansowy wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, o których mowa w art. 23 ust. 1 ustawy Pzp podlega zsumowaniu, w oparciu o zaświadczenia wydane w różnym czasie przez banki dla poszczególnych uczestników konsorcjum. Nie byłoby zatem właściwe, z punktu widzenia równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, aby interpretować odnośne przepisy w ten sposób, aby bardziej rygorystycznie traktować wykonawcę samodzielnie ubiegającego się o zamówienie i wymagać aby dysponował on oznaczoną w SIWZ kwotą w jednym banku i w jednym i tym samym dniu.

Niezrozumiałe są zastrzeżenia zamawiającego do użytego w zaświadczeniu bankowym terminu „saldo na rachunku”. Saldo - w ujęciu księgowym, to kwota wykazywana w dowolnym momencie na danym koncie odzwierciedlająca kwotę netto wszystkich obrotów danego konta po stronie „*winien i ma*” na dany moment. Skoro bank zaświadcza, że saldo na rachunku bankowym klienta w danym dniu wynosiło wskazaną kwotę, jest to równoznaczne z posiadaniem takich środków i możliwością dysponowania nimi.

Wykonawca ubiegający się o zamówienie publiczne może według swego wyboru, posłużyć się zaświadczeniem, że posiada oznaczoną kwotę na swoim koncie, czy też na kontach, lub też przedstawić zaświadczenie z banku o posiadaniu zdolności kredytowej do określonego limitu, zgodnie z definicją tego terminu zawartą w art. 70 ust. 1 ustawy z dnia 10.12.2012 r. Prawo Bankowe (Dz. U. z 2012 r., poz. 1376), gdzie przez zdolność kredytową - rozumie się zdolność do spłaty zaciągniętego kredytu wraz z odsetkami w terminach określonych w umowie. Wymaganie zdolności kredytowej od wykonawcy ubiegającego się o zamówienie publiczne, nie oznacza, iż jest on zobowiązany uzyskać od banku promesę udzielenia kredytu. Ponadto, kwestia oceny zdolności kredytowej odwołującego była bez znaczenia, albowiem wykazał on dysponowanie wystarczającymi środkami własnymi na rachunku bankowym.

Postępowanie dowodowe potwierdziło zasadność stawianych zamawiającemu zarzutów naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013, poz. 907), tj.: art. 22 ust. 1 pkt. 4 w związku z art. 24 ust. 2 pkt. 4 i art. 24 ust. 4 Pzp poprzez ich niewłaściwe zastosowanie w stosunku do oferty złożonej przez odwołującego i bezpodstawne wykluczenie odwołującego z udziału w postępowaniu oraz uznaniu jego oferty za odrzuconą, a stwierdzone naruszenia miały wpływ na wynik postępowania.

W tym stanie rzeczy Izba uwzględniła odwołanie o czym orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1, ust. 2 oraz ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp.

Izba zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 14 359,24 zł tytułem zwrotu kosztów wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika i kosztów dojazdu na rozprawę na podstawie złożonych rachunków, stosownie do postanowień § 3 pkt 1) i pkt 2) oraz § 5 ust. 2 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania. (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....