

**Wyrok**  
**z dnia 19 stycznia 2015 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Andrzej Niwicki**

**Protokolant: Łukasz Listkiewicz**

po rozpatrzeniu na rozprawie dnia 19 stycznia 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 grudnia 2014 r. przez wykonawcę **Eurovia Polska S.A., Bielany Wrocławskie, ul. Szwedzka 5, 55-040 Kobierzyce** w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Ruda Śląska, pl. Jana Pawła II 6, 41-709 Ruda Śląska**

przy udziale wykonawcy **Przedsiębiorstwo Budowy Dróg "DROGOPOL-ZW" Sp. z o.o., ul. Siemianowicka 52d, 40-301 Katowice** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nakazuje dokonanie ponownego badania i oceny ofert z zastosowaniem procedury przewidzianej w art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych tj. wezwaniem do uzupełnienia dokumentów potwierdzających sytuację finansową i ekonomiczną wykonawcy **Przedsiębiorstwo Budowy Dróg "DROGOPOL-ZW" Sp. z o.o.** z siedzibą w Katowicach.
2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego **Miasto Ruda Śląska, pl. Jana Pawła II 6, 41-709 Ruda Śląska** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Eurovia Polska S.A., Bielany Wrocławskie, ul. Szwedzka 5, 55-040 Kobierzyce** tytułem wpisu od odwołania;

2.1 Zasądza od **Miasta Ruda Śląska, pl. Jana Pawła II 6, 41-709 Ruda Śląska** na rzecz wykonawcy **Eurovia Polska S.A., Bielany Wrocławskie, ul. Szwedzka 5, 55-040 Kobierzyce** kwotę 23 600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych 00 gr) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego poniesionych z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

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

**Przewodniczący:**

.....

### **Uzasadnienie**

Zamawiający Miasto Ruda Śląska - prowadzi w przetargu nieograniczonym postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Budowę odcinka trasy N-S od ul. 1-go Maja do ul. Bukowej w Rudzie Śląskiej wraz z węzłem dwupoziomowym i budową odcinka drogi od ul. Bukowej do u. ks. Niedzieli ~ ul. Nowobukowa”.

Od decyzji Zamawiającego z dnia 17 grudnia 2014 r. o wyborze najkorzystniejszej oferty wniósł odwołanie wykonawca - firma EUROVIA POLSKA S.A. Bielany Wrocławskie (w dalszej Odwołujący) stwierdzając, iż wybrany wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art.24 ust.2 pkt. 4, a jego oferta odrzuceniu na podstawie art. 89 ust.1 pkt. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust.2 pkt 4 poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcy, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej;
2. art. 89 ust 1 pkt 5 poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy, który winien był być wykluczony z postępowania;
3. art. 91 ust.1 nakazującego Zamawiającemu wybrać ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
4. art. 7 ust. 3 zobowiązującego Zamawiającego do udzielenia zamówienia wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy i prowadzenia postępowania w sposób zapewniający uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców.

Wnosząc o uwzględnienie odwołania Odwołujący wniósł o:

1. unieważnienia czynności wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Budowy Dróg DROGOPOL-ZW Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach;
2. powtórzenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty spośród wykonawców nie podlegających wykluczeniu oraz ofert nie podlegających odrzuceniu.

Uzasadniając zarzuty i żądania odwołujący wskazał, co następuje.

W postępowaniu Zamawiający wymagał, między innymi, aby w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej wykonawcy wykazali się posiadaniem środków finansowych lub zdolnością kredytową w wysokości nie mniejszej niż 10 mln złotych.

Powyższy wymóg został wskazany zarówno w treści „Ogłoszenia o zamówieniu” (Sekcja III.2.2.) pkt.2 ), jak i w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (pkt 2.4.2. str.7).

Celem potwierdzenia spełnienia warunku, Zamawiający wymagał, aby do oferty wykonawcy

załączyli informację banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo- kredytowej potwierdzającą wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, wystawionej nie wcześniej niż 3 miesiące przed terminem składania ofert.

Wybrany wykonawca Przedsiębiorstwo Budowy Dróg DROGOPOL-ZW Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach załączył do oferty pismo BNP PARIBAS Bank Polska SA z Katowic z dnia 26 sierpnia 2014 r., w którym Bank, między innymi, potwierdza iż:

- a) średniomiesięczne obroty w okresie ostatnich 12 miesięcy na rachunku bieżącym, zarówno po stronie WN i MA wyrażają się kwotą ośmiocyfrową w dolnym przedziale;
- b) na dzień wystawienia informacji Klient korzysta z limitu kredytowego w ramach wielocelowej linii kredytowej wyrażonej kwotą siedmiocyfrową w środkowym przedziale wartości;
- c) na dzień wystawienia informacji Klient korzysta z kredytu nieodnawialnego, którego bieżące saldo zadłużenia jest wyrażone kwotą siedmiocyfrową w dolnym przedziale wartości;
- d) obecne saldo zadłużenia Klienta z tytułu zawartej(ych) umowy(ów) leasingu w PLN wyrażone jest kwotą sześciocyfrową w dolnym przedziale wartości;

Posiłkując się słownictwem informacji bankowej, Zamawiający żądał, celem potwierdzenia spełnienia warunku udziału, wykazaniem się przez wykonawców posiadaniem środków finansowych lub zdolnością kredytową przekraczającą kwotę siedmiocyfrową

Dokonując oceny złożonego dokumentu oraz przyjmując - tylko celem lepszego zilustrowania omawianych okoliczności - hipotetycznie, wartości, o których mowa w lit. b), c),,

d) informacja wskazuje, że wybrany wykonawca:

- 1) uzyskuje zarówno wpływy jak i wydatki na tym samym poziomie, co nie pozwala na wnioskowanie o posiadaniu środków w wymaganej wysokości;
- 2) na dzień wystawienia informacji już korzysta z limitu kredytowego w ramach wielocelowej linii kredytowej o wartości ok. 5.000.000 PLN;
- 3) na dzień wystawienia, korzysta z kredytu nieodnawialnego, którego bieżące saldo zadłużenia wynosi ok. 2.500.000 PLN;
- 4) obecne saldo zadłużenia z tytułu zawartej(ych) umowy(ów) leasingu wynosi ok. 250.000 PLN

Mając na uwadze fakt, iż zdolność kredytowa świadczy o maksymalnym możliwym zadłużeniu klienta wraz z jego wszystkimi innymi zobowiązaniami, korzystanie przez wybranego wykonawcę z aktualnie już udzielonych kredytów i jego zadłużenie w wyżej oszacowanych wielkościach oraz fakt, iż w przedłożonej informacji Bank stwierdza, że Przedsiębiorstwo Budowy Dróg DROGOPOL- ZW Sp. z o.o. posiada zdolność kredytową do obsługi i spłaty produktów kredytowych do łącznej kwoty 10.000.000 PLN nie może być spornym, iż wybrany wykonawca nie potwierdził spełnienia warunku udziału.

Skoro zadłużenie wybranego wykonawcy - Przedsiębiorstwo Budowy Dróg DROGOPOL-ZW Sp. z o.o.- wynikające z obsługi i spłaty produktów kredytowych na dzień wystawienia informacji wyraża się - stosując słownictwo z informacji bankowej - kwotą siedmiocyfrową w górnym przedziale wartości, to nie jest możliwe wykazanie się na rzecz przedmiotowego postępowania zdolnością kredytową przekraczającą wartość wyrażoną kwotą siedmiocyfrową, przy zdolności kredytowej - do łącznej kwoty 10.000.000 PLN.

W świetle okoliczności wskazanych w przedłożonej informacji Banku, wybrany wykonawca aktualnie:

- i. korzystając z limitu kredytowego w ramach wielocelowej linii kredytowej;
- ii. korzystając z kredytu odnawialnego;
- iii. mając zadłużenie z tytułu zawartej (ych) umowy(ów) leasingu;
- iv. posiadając zdolność kredytową do łącznej kwoty 10.000.000 PLN

nie był w stanie wykazać się zdolnością kredytową nie mniejszą niż 10 min złotych, wymaganą przez Zamawiającego, jako potwierdzenie spełnienia warunku udziału dotyczącego jego sytuacji ekonomicznej i finansowej.

Potwierdzeniem właściwej i prawidłowej oceny zaistniałych okoliczności, dokonanej przez Odwołującego, mogą być także cytowane poniżej, przykładowe aktualne wyroki Krajowej Izby Odwoławczej. KI01862/14.,Zdaniem Izby (...) zamawiający zasadnie wykluczył odwołującego z udziału w postępowaniu z powodu niewykazania warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej. Zamawiający prawidłowo ocenił, że odwołujący złożonymi dokumentami nie wykazał zdolności kredytowej lub środków finansowych na poziomie 3 min złotych.

Istotą warunków finansowych polegających na konieczności wykazania zdolności kredytowej lub środków finansowych, opisywanych przez zamawiających na podstawie art 22 ust 3 w zw. z art. 22 ust 1 pkt 4 ustawy Pzp, jest udowodnienie, że wykonawca ma dostęp do finansowania w określonej kwocie, bądź to w postaci środków własnych bądź w postaci środków, które może uzyskać w drodze kredytu.

Podkreślenia wymaga ugruntowane w orzecznictwie Izby stanowisko, że w przypadku kredytów udzielonych i uruchomionych. na poczet zdolności finansowej zaliczeniu mogą ulec jedynie takie środki finansowe pochodzące z uruchomionego kredytu, które pozostają do dyspozycji wykonawcy. Jeżeli bowiem kredyt odnawialny czy linia kredytowa są częściowo wykorzystane na inne przedsięwzięcia, warunkiem dostępu do kredytu czy linii w pierwotnej, nominalnej wysokości jest wcześniejsza spłata zobowiązań. Jeżeli wykonawca ma ten kredyt w całości lub części wykorzystany, to nie ma dostępu do niego w pełnej wysokości.

(...) Prawdą jest, że bank w dniu 14 maja 2014 r. ocenił pozytywnie zdolność kredytową odwołującego na poziomie 1 min zł. Istotnym w sprawie było jednak to, że - jak

jednoznacznie wynikało z opinii bankowej - w wyniku takiej oceny zdolności kredytowej odwołującemu w dacie sporządzenia opinii został już udzielony kredyt w rachunku bieżącym. Zdolność kredytowa na poziomie 1 mln zł została zatem skonsumowana poprzez udzielenie kredytu. Ponadto - jak wynikało z dalszej części opinii - kwota dostępnych środków na rachunku bieżącym odwołującego wynosiła jedynie 468.793,41 zł. W ocenie Izby ujawnione saldo dotyczyło rachunku bieżącego, w którym odwołującemu przyznano i uruchomiono kredyt. Na konieczność takiej interpretacji opinii wskazuje również treść regulaminu prowadzenia rachunków bankowych w BNP Paribas Bank Polska S.A., złożonego przez zamawiającego. Zgodnie z § 6 ust 1 tego regulaminu, w umowie o kredyt w rachunku bieżącym bank zobowiązuje się do udostępnienia kredytobiorcy środków pieniężnych do wysokości kwoty kredytu określonej w umowie, na rachunku kredytobiorcy prowadzonym przez bank. Korzystanie z udostępnionych w ten sposób środków pieniężnych następuje w ciężar salda debetowego tego rachunku.

Powyższe oznaczało, że z udzielonego odwołującemu kredytu pozostała do wykorzystania jedynie ww. kwota, która mogła być zaliczona na poczet wymaganej zdolności finansowej.\*

Sygn. akt KI01705/14 „Trafnie Zamawiający uznał, że dokument w postaci opinii bankowej z dnia 29 maja 2014 r. nie potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu, którego treścią było wykazanie się środkami pieniężnymi lub zdolnością kredytową na kwotę co najmniej 256 000 zł. Podkreślenia bowiem wymaga, że możliwość posłużenia się zdolnością kredytową oznacza konieczność posiadania zbadanej przez bank możliwości uzyskania kredytu na wymaganą wysokość. Ze złożonej opinii banku wynika, że w nieokreślonej przeszłości bank zbadał zdolność kredytową Odwołującego, skutkiem czego jest udzielony mu kredyt obrotowy na łączną wysokość 5 800 000 zł, z czego jednak część jest wykorzystana. tak, że aktualnie, na dzień wystawienia zaświadczenia wykonawca może skorzystać tylko z kwoty 146.025,48 zł. Z treści dokumentu składanego w celu wykazania zdolności finansowej winno wynikać, że wykonawca na moment najpóźniej o 3 miesiące poprzedzający termin składania ofert dysponuje zdolnością kredytową na określoną w SIWZ wysokość. Oznacza to możliwość dysponowania w pełni kredytem w wymaganej wysokości. Fakt wykorzystania określonej części kredytu oznacza, że o tyle mniejsza jest zdolność kredytowa danego wykonawcy, o ile wykorzystana część kredytu pomniejsza pierwotnie przyznany kredyt. Wykonawca nie potwierdził więc zdolności kredytowej na wymaganą kwotę, to jest na 256 000 zł. Nie sposób też uznać, że powinna być tu brana pod uwagę historyczna zdolność kredytowa z nieznanego momentu przyznania wykonawcy kredytu obrotowego. Przypomnienia wymaga, że w świetle § 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. 2013, poz.231], dokument potwierdzający zdolność kredytową musi być wystawiony

nie dawniej niż 3 miesiące przed terminem składania ofert, w tym więc okresie powinno także mieć miejsce badanie zdolności kredytowej.

Jeżeli kredyt został udzielony na zupełnie inny cel, a w szczególności kiedy został już wykorzystany lub środki z niego pochodzące są stale zaangażowane na Inną działalność wykonawcy - w żaden sposób nie potwierdza zdolności sfinansowania realizacji zamówienia. Należy zauważyć przy tym, że z uwagi na uregulowanie wynikające z § 1 pkt 9 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, de facto wystarczające jest wykazanie przez wykonawcę, że w jakimkolwiek dniu w okresie trzech miesięcy przed terminem składania ofert miał dostęp do środków finansowych na sfinansowanie realizacji zamówienia' WYROK z dnia 29 lipca 2014 r. Sygn. akt: KI01443/14

„Zdolność kredytowa wymagana w ramach warunku udziału w postępowaniu jest i powinna być ekwiwalentem wymaganych w ramach tego warunku środków finansowych, które ustala się na poziomie potrzebnym do sfinansowania zamówienia. . Nie jest to zdolność rozumiana jako możliwość sfinansowania transakcji skarbowych czy uzyskania gwarancji bankowych, ale możliwość sfinansowania wykonania danego zamówienia. Przy czym zaznaczyć należy, iż w ramach swoich informacji bank wyraźnie rozdzielił i rozróżnił ww. produkty bankowe.

Tymczasem jak wynika z przedłożonych dokumentów bankowych Odwołujący może uzyskać kredyt w wysokości 9 500 000 zł, z czego ponad 8 500 000 zł już wykorzystał. Pozostaje więc niespełna 500 000 zł. Co w zestawieniu z posiadanymi środkami finansowymi daje potencjał finansowych wykonawcy na poziomie nieco powyżej 750 000 zł, a więc znacznie poniżej wymaganych 2 mln. zł.”

Reasumując - przedłożona przez wybranego wykonawcę opinia bankowa nie potwierdza, ani posiadania środków finansowych, ani też zdolności kredytowej w wymaganej wysokości 10.000.000 PLN. Z opinii bankowej jednoznacznie wynika, iż środki finansowe jakie wybrany wykonawca może ewentualnie pozyskać na potrzeby realizacji przedmiotowego zamówienia są bezspornie znacznie niższe aniżeli wymagał Zamawiający.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. Stwierdził, że zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy pzp jest przedwczesny, nawet gdyby przyznać rację odwołującemu co do niewykazania przez wybranego wykonawcę spełnienia warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej wobec obowiązkowego stosowania procedury z art. 26 ust. 3 ustawy pzp.

Zamawiający zauważa, że wymagał w siwz wyłącznie wykazania przez wykonawców, że posiadają środki finansowe lub zdolność kredytową w wysokości nie mniejszej niż 10 000 000 zł, a na potwierdzenie spełniania warunku należało przedłożyć z ofertą informację banku lub skok potwierdzającą wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytowa.

Wybrany wykonawca złożył informację wystawioną przez BNP Paribas Polska S.A. z siedzibą w Warszawie, datowaną na dzień 26 sierpnia 2014 r., z której wynika, iż wykonawca ten „posiada zdolność kredytową do obsługi i spłaty produktów kredytowych do łącznej kwoty 10 000 000 zł.” Pozostałe stwierdzenia zawarte w opinii tylko uzupełniają wiarygodność ekonomiczną i finansową, a nie obniżają ją. W szczególności opinia wykazuje, że wykonawca posiada nie tylko hipotetyczną, ale realną zdolność kredytową potwierdzając uruchomienie linii kredytowych, a nie ich wykorzystanie. Dodatkowo informacje o obrocie miesięcznym, ośmiocyfrowym, czyli przynajmniej 10 000 000 zł oraz posiadanie trzech r-ków bankowych. Przy takich sformułowaniach zamawiający nie ma wątpliwości, że wykonawca wykazał spełnienie warunku odnoszącego się do posiadania środków finansowych bądź zdolności kredytowej w wysokości nie mniejszej niż 10 000 000 zł. Zamawiający stwierdził, że bank wydając opinię wziął pod uwagę wypłacalność klienta, kapitał, zabezpieczenie, warunki ekonomiczne, czyli wszystkie elementy wpływające na kondycję wykonawcy. Zamawiający zauważa przy tym, że nie ma wymogu dedykowania zdolności bądź środków finansowych na potrzeby konkretnego zamówienia.

Odnosząc się do zarzutów odwołania zamawiający podnosi błędne zinterpretowanie opinii bankowej, które nie zawiera informacji o kwocie 5 mln wykorzystywanego limitu, nie ma również informacji o kwotach w wysokości 2 500 000 zł i 250 000 zł.

Wskazał także na stanowisko wykonawcy, który stwierdził, że limit kredytowy w wysokości 3 mln zł (a nie 5 mln zł) został udzielony i uruchomiony i jest dostępny w pełnej wysokości. Podobnie kredyt nieodnawialny, którego bieżące saldo zadłużenia wynosi 1 611 949,97 zł, a nie 2 500 000 zł. Wykonawca posiada także dostępne saldo w linii gwarancyjnej w wysokości 2 304 329,25 zł.

Zamawiający wskazuje także, że wykonawca posiada rachunki bankowe z saldem końcowym od 4 243 870,15 zł do kwoty 5 832 256,42 zł. Tym samym środki finansowe, jakimi dysponował wykonawca w okresie 3 miesięcy przed upływem terminu składania ofert przekraczały wartość 10 000 000 zł.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp zamawiający zauważa, że przepis ten odnosi się do trybów wieloetapowych, co nie ma miejsca w niniejszym postępowaniu.

Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wniósł o oddalenie odwołania wskazał na treść zaświadczenia banku uznając, że opinia o wysokości zdolności kredytowej stanowi wniosek końcowy po uprzednich informacjach banku określających wiarygodność klienta.

Z ostrożności stwierdził, iż nawet przyjmując, że kwota zdolności kredytowej tj. 10 mln zł podlega obniżeniu o uprzednio zaciągnięte i dotychczas niespłacone kredyty, należy



zauważyć, że jej dopełnieniem do wymaganej przez zamawiającego wartości są środki pieniężne przystępującego zgromadzone na rachunku bankowym. Pokrywają one sumę zaciągniętego i jeszcze niespłaconego kredytu oraz kwotę zobowiązań leasingowych.

Wykonawca przedstawił zaświadczenie banku o stanie środków zgromadzonych oraz zaświadczenie o stanie wykorzystania przez przystępującego kredytu w rachunku bieżącym i linii gwarancyjnej datowane na dzień 19.09.2014 r.

W ocenie przystępującego złożona z ofertą informacja umożliwiała dokonanie prawidłowej oceny o jego kondycji finansowej w świetle wymagań siwz. Na potwierdzenie powyższego przystępujący przedstawił zestawienie środków finansowych sporządzone na podstawie informacji uzyskanych z banku, w którym posiada rachunek bankowy.

Nie podzielając stanowiska odwołującego, zgodnie z którym ogólna zdolność kredytowa przystępującego miałyby ulegać o wykorzystane już kredyty, przystępujący wskazuje, że nawet 18 września 2014 r., gdzie miał miejsce najniższy poziom środków własnych, wykonawca osiągał zdolność finansową co najmniej na poziomie 11 407 801,46 zł.

Do oferty dołączył dokumenty, które w sposób wystarczający opisują jego sytuację ekonomiczną bez ujawniania szczegółowego stanu jego finansów. Jednakże z powodu zniekształcenia informacji przez odwołującego, przystępujący rozwinął informacje w złożonym piśmie procesowym.

W toku rozprawy strony i uczestnik podtrzymali stanowisko.

Odwołujący stwierdził, że wykonawca zgodnie z wymogami SIWZ powinien dysponować środkami finansowymi lub zdolnością kredytową, które to wielkości powinny być realne. Wskazał, że dokonane przez niego oszacowanie oparł na informacjach zawartych w piśmie banku z dnia 26 sierpnia 2014r. Zauważył, że z pisma tego nie można wnioskować o wysokości posiadanych przez wykonawcę środków finansowych wobec treści, iż obroty po stronie „winien” jak i „ma” są wyrażone kwotą 8 cyfrową w dolnym przedziale wartości. Zauważył, że ocena zdolności finansowej wykonawcy, wbrew twierdzeniom zamawiającego, nie należy do banku, lecz zamawiającego jako prowadzącego postępowanie. Stwierdził, iż istotna jest ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu na dzień dokonania przez zamawiającego czynności, w tym wypadku wyboru oferty najkorzystniejszej, to jest dzień 17 grudnia 2014r. (wyrok SO w Poznaniu XGa652/13). Stwierdził, że dokumenty przystępującego złożone w piśmie skierowanym do Izby datowane są na 19 września 2014r., a zamawiający tymi dokumentami nie dysponował w dacie wyboru oferty. Stwierdził, że wskazane w piśmie banku i analizowane przez niego zdarzenia mają wpływ na wysokość zdolności kredytowej wykonawcy, która jest opisana jako zdolność „do łącznej kwoty”. Zauważa że złożona przez niego opinia bankowa wskazała na korzystanie z kredytu w

określonej kwocie i jednoczesnej zdolności kredytowej w wysokości nie mniejszej niż wymagana.

Zamawiający podniósł, że ciężar dowodu w zakresie postawionej tezy obciąża odwołującego. Zauważył, że analizy odwołującego opierają się wyłącznie na wygodnych mu informacjach bez brania pod uwagę informacji o posiadanych rachunkach, zdolności kredytowej w kwocie wymaganej. Oceniał, że bank dokonał prawidłowej oceny sytuacji finansowej wykonawcy, a przedstawione w toku postępowania odwoławczego dokumenty przez przystępującego dodatkowo potwierdzają poprawność dokonanej wycen. Wskazał na różnice pojęcia udzielenia kredytu, a jego wykorzystania. Stwierdził, że informacje zawarte w 6 punktach pisma banku nie są informacjami wpływającymi na pomniejszenie zdolności kredytowej, lecz potwierdzają tę zdolność w kwocie określonej w części końcowej tego pisma. Stwierdził, że na równych zasadach oceniał dokumenty dotyczące sytuacji finansowej i ekonomicznej wszystkich 12 wykonawców, a dokumenty te były podobne i zbliżone w swej treści, w tym także przedstawione przez odwołującego. W opiniach bankowych niejednokrotnie zawarta była informacja o korzystaniu z kredytu, co nie pomniejszało waloru przedstawionej zdolności kredytowej.

Przystępujący stwierdził, że pismo banku z 26 sierpnia 2014r. zawiera informacje wstępne ujęte w 6 punktach (nie wymagane postanowieniami SIWZ) i na końcu wniosek zawierający opinię banku o zdolności kredytowej. Opinia ta została wydana niewątpliwie po przeprowadzeniu przez wystawcę stosownej procedury.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego oraz stanowisk stron i przystępującego, zaprezentowanych na piśmie oraz w toku rozprawy skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej ustalił i zważył, co następuje.

Przedmiotem sporu jest, czy wybrany wykonawca potwierdził wymaganą przez zamawiającego sytuację ekonomiczną i finansową. Zamawiający wymagał w tym zakresie aby wykonawcy wykazali się posiadaniem środków finansowych lub zdolnością kredytową w wysokości nie mniejszej niż 10 mln złotych. Powyższy wymóg został wskazany zarówno w treści „Ogłoszenia o zamówieniu” (Sekcja III.2.2.) pkt.2 ), jak i w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (pkt 2.4.2. str.7)..

Celem potwierdzenia spełnienia warunku należało do oferty wykonawcy załączyć informację banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzającą wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, wystawionej nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert.

Wykonawca Przedsiębiorstwo Budowy Dróg DROGOPOL-ZW Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach załączył do oferty pismo BNP PARIBAS Bank Polska SA z Katowic z dnia 26

sierpnia 2014 r., w którym Bank potwierdza, że współpracuje z firmą od dnia 19 września 2003 r. w zakresie prowadzenia bieżącego rachunku bankowego.

Następnie w piśmie banku zawarte są informacje ujęte w sześciu punktach (tiret) o treści:

Klient posiada w Banku następujące rachunki bankowe:

Bieżący rachunek bankowy w PLN o numerze: PL70 1600 1055 0002 3211 5043 001, rachunek walutowy w EUR o numerze PL15 1600 1055 0002 3211 5043 0021, rachunek walutowy w USD o numerze PL85 1600 1055 0002 3211 5043 0022,

średniomiesięczne obroty na rachunku bieżącym w PLN w okresie ostatnich 12 miesięcy, zarówno po stronie WN i MA wyrażają się kwotą ośmiocyfrową w dolnym przedziale wartości;

na dzień 22.08.2014 r. rachunki Klienta nie były obciążone tytułami egzekucyjnymi,

na dzień dzisiejszy korzysta z limitu kredytowego w ramach wielocelowej linii kredytowej wyrażonej kwotą siedmiocyfrową w środkowym przedziale wartości oraz kredytu nieodnawialnego, którego bieżące saldo zadłużenia jest wyrażone kwotą siedmiocyfrową w dolnym przedziale wartości;

Obecne saldo zadłużenia Klienta z tytułu zawartej (ych) umowy(ów) leasingu w PLN wyrażone jest kwotą sześciocyfrową w dolnym przedziale wartości. Ostateczny termin spłaty przypada na 13 maja 2018 roku. Klient terminowo reguluje swoje zobowiązania wobec Banku.

W opinii Banku Klient posiada zdolność kredytową do obsługi i spłaty produktów kredytowych do łącznej kwoty 10.000.000 PLN (słownie: dziesięć milionów złotych). Niniejsza opinia została wydana na prośbę klienta w oparciu o metodologię oceny stosowaną standardowo przez Bank.

Niesporne jest, że powołany wyżej dokument był jedynym dowodem mającym potwierdzić sytuację finansową i ekonomiczną wykonawcy złożonym wraz z ofertą.

Skład orzekający uznaje za uzasadnione stwierdzenie, że przedmiotowy dokument potwierdzający spełnienie warunku udziału w postępowaniu podlega ocenie w całej swojej treści. Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego uznaje, że treść zaświadczenia banku jest opinią o wysokości zdolności kredytowej i stanowi wniosek końcowy po uprzednich informacjach banku określających wiarygodność klienta. W ocenie odwołującego informacje o korzystaniu przez wykonawcę z limitów kredytowych i kredytu jakkolwiek nie określające kwot wykorzystanych zawierają jednak stwierdzenia o korzystaniu z kredytu oraz zadłużeniach w kwotach opisanych liczbą cyfr.

Skład orzekający w sprawie w wyniku analizy opinii bankowej stoi na stanowisku, iż sformułowanie o zdolności kredytowej „do łącznej kwoty 10.000.000 zł” oznacza ocenę banku, iż do tej kwoty wykonawca „posiada zdolność kredytową do obsługi i spłaty produktów kredytowych.” Zacytowane sformułowanie uzasadnia wniosek, że wskazana

kwota zdolności kredytowej jest w dacie jej wskazania kwotą maksymalną i zawarte są w niej również wartości kredytów udzielonych i wykorzystywanych. Przy odmiennej ocenie tego stanu rzeczy należałoby poddać w wątpliwość celowość informacji o kredytach udzielonych. Tym samym, w ocenie Izby kwota zdolności kredytowej tj. 10 mln zł podlega obniżeniu o uprzednio zaciągnięte i dotychczas niespłacone kredyty, te bowiem stanowią swoiste reduktory kwoty pełnej zdolności kredytowej.

W takim stanie rzeczy skład orzekający nakazał zamawiającemu dokonanie ponownej oceny ofert zauważając, że złożona z ofertą informacja nie umożliwiła dokonania prawidłowej oceny o kondycji finansowej przystępującego w świetle wymagań siwz. Zatem zamawiający jako prowadzący postępowanie jest zobowiązany do żądania od wykonawcy złożenia niezbędnych dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunków udziału i oceny tych dokumentów.

W świetle powyższych ustaleń i uznania, że zamawiający naruszył przepisy ustawy pzp w zakresie wyboru najkorzystniejszej oferty w wyniku nieprawidłowej oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, orzeczono jak w sentencji. Wobec powyższego należy ponowić ocenę wykonawcy z zastosowaniem obligatoryjnej procedury przewidzianej w art. 26 ust. 3 ustawy pzp wskazanej w sentencji orzeczenia.

Jednocześnie Izba zauważa, że w postępowaniu niniejszym nie ma zastosowania przepis art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy jako nie odnoszący się do postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) tj. stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego z tytułu reprezentacji, na podstawie faktury złożonej do akt sprawy.

**Przewodniczący:** .....