

WYROK
z dnia 22 września 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolant: Edyta Paziewska

po rozpatrzeniu na rozprawie w dniu 19 września 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 września 2017 r. przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia **J.C. Sp. z o.o., (...)** w postępowaniu prowadzonym przez **G.P.W. Spółka Akcyjna, (...)**

przy udziale wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia **D., (...)** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, a w toku ponownego badania ofert, wezwanie przystępującego, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, do złożenia dokumentu potwierdzającego spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności finansowej przez potwierdzenie wysokości posiadanych środków finansowych lub zdolności kredytowej, zgodnie z wymogami określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.
2. kosztami postępowania obciąża **G.P.W. S.A. z siedzibą w K.** i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **J.C. Sp. z o.o. z siedzibą w G.** wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **G.P.W. S.A. z siedzibą w K.** na rzecz **J.C. Sp. z o.o. siedzibą w G.** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 ze zmianami) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Katowicach**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający: **G.P.W. Spółka Akcyjna, (...)** prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie na dostawę materiałów filtracyjnych z podziałem na 2 części: Część I: dostawa nowego węgla aktywnego granulowanego w ilości 540 m³, Część II: dostawa nowego węgla aktywnego granulowanego w ilości 120 m³. Nr postępowania: (...) Wartość przedmiotu zamówienia na część I: 3.002.184,00 zł ODWOŁANIE

Odwołujący: **J.C. Sp. z o.o., (...)** wniósł odwołanie na czynności zamawiającego zarzucając, że zamawiający swoim postępowaniem polegającym na zaniechaniu odrzucenia oferty spółki D., (...), naruszył:

- art. 89 ust. 1 pkt. 2), ustawy pzp, albowiem treść oferty spółki D. nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, tj. pkt. 3.3. SIWZ, zgodnie z którą wykonawca w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu zobowiązany jest do złożenia informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową Wykonawcy, w okresie nie wcześniejszym niż 1 miesiąc przed upływem terminu składania ofert, podczas gdy D. nie wykazała tej przesłanki zamówienia, ograniczając się wyłącznie do złożenia pisma z dnia 9.08.2017 roku, którego treść nie dotyczy zdolności kredytowej lecz wyłącznie współpracy podmiotu sporządzającego pismo ze spółką oraz wyłącznie subiektywnej opinii dotyczącej możliwości technicznych i finansowych spółki,

- art. 22 lb.pkt 2) ustawy pzp, albowiem Zamawiający określając w SIWZ obowiązek wykazania sytuacji finansowej Wykonawcy, zaniechał i poprzez to, błędnie ustalił zdolność kredytową spółki D., która nie wykazała iż ją posiada w wysokości 1.500.000 zł.

W wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy (zaniechania dokonania czynności przez zamawiającego) interes wnoszącego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, albowiem doszło do wybrania oferty podlegającej odrzuceniu, a odwołujący się uczestniczył w postępowaniu jako - wykonawca oferent.

Mając na uwadze powyższe, wniósł o :

- nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
- unieważnienia oferty spółki D.,
- powtórzenia czynności Zamawiającego wyboru najkorzystniejszej oferty.

Uzasadniając zarzuty i żądania odwołujący wskazał, co następuje.

W dniu 25.08.2017 roku Zamawiający zamieścił informację o wyborze najkorzystniejszej oferty w zakresie części I zamówienia dotyczącego dostawy materiałów filtracyjnych z podziałem na 2 części: Część I: dostawa nowego węgla aktywnego granulowanego w ilości 540 m³. W informacji tej zamawiający poinformował o wyborze oferty spółki D.. W uzasadnieniu faktycznym Zamawiający podniósł, iż Wykonawca nie podlega wykluczeniu z postępowania, a oferta spełnia wszystkie warunki i wymagania określone przez Zamawiającego, a także otrzymała maksymalną ilość punktów.

Zamawiający zaniechał odrzucenia oferty spółki D., do czego był zobowiązany. Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt.2) ustawy pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści siwz, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3. Zgodnie z pkt. 3.3.1. SIWZ, w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, wykonawca zobowiązany był do złożenia informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową Wykonawcy, w okresie nie wcześniejszym niż 1 miesiąc przed upływem terminu składania.

Z kolei z Rozdziału XII, pkt. 2 SIWZ wynika, że o udzielenie zamówienia mogą się ubiegać Wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, określone zgodnie z art. 22 ust.1b Prawa zamówień publicznych dotyczące: 2.1. Sytuacji ekonomicznej lub finansowej: Wykonawca musi wykazać, że posiada środki finansowe lub zdolność kredytową o wartości nie mniejszej niż : a) 1.500.000,00 zł dla części I postępowania; b) 250.000,00 zł dla części II postępowania.

Spółka D. w żaden sposób nie wykazała, że posiada środki finansowe, nie wykazała także, że posiada zdolność kredytową w wysokości 1.750.000,00 zł.

Z dokumentów złożonych w toku postępowania o udzielenia zamówienia, wynika wyłącznie, że spółka D. na okoliczność wykazania sytuacji finansowej złożyła pismo z dnia 09.08.2017 roku w języku angielskim wraz z niewiarygodnym tłumaczeniem na język polski (nie wiadomo przez kogo pismo to zostało przetłumaczone).

Co do treści tego pisma, stwierdzić należy, że nie zawiera ono informacji o zdolności kredytowej, albowiem:

1. Sporządzone tłumaczenie z języka angielskiego na polski w zakresie dotyczącym „zdolności kredytowej” jest błędne.

W angielskojęzycznej wersji pisma z dnia 09.08.2017 roku znajduje się następująca treść: "... that, at this present time, we consider that this company has the financial capacity corresponding to the size of the project with ..."

Zwrot w języku angielskim "financial capacity" nie jest tożsamy z pojęciem "zdolności kredytowej" albowiem pojęcie to w języku angielskim brzmi: "creditworthiness". Z przedłożonego przez spółkę D. tłumaczenia wynika zapis wprowadzający Zamawiającego w

błąd albowiem spółka przedłożyła dokument w języku angielskim z tłumaczeniem na język polski zwrotu: "financial capacity" jako "zdolność kredytowa", co jest ewidentnie błędne.

Ponadto nie wiadomo, kto w imieniu spółki dokonał tłumaczenia oryginalnej wersji językowej pisma, albowiem na piśmie tym widnieje wyłącznie zwrot : " Za zgodność z tłumaczeniem" i podpis: A.A., Pełnomocnik D..

2. Z pisma nie wynika, że spółka posiada zdolność kredytową w żądanej wysokości. Zgodnie z art. 70 Prawa bankowego 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. Kredytobiorca jest obowiązany przedłożyć na żądanie banku dokumenty i informacje niezbędne do dokonania oceny tej zdolności.

Pismo z dnia 09.08.2017 roku dotyczy wyłącznie współpracy podmiotu go sporządzającego ze spółką D., ich wzajemnych relacji biznesowych i technicznych. Nie ma nic wspólnego z zaświadczeniami sporządzanymi przez banki, a dotyczącymi zdolności kredytowej.

Ponadto z pisma w żaden sposób nie wynika, że spółka posiada zdolność do spłaty zaciągniętego kredytu (1.750.000,00 zł) wraz z odsetkami, co niezbędne jest dla spełnienia warunków definicji „zdolności kredytowej”,

3. D. nie wykazał, że pismo z dnia 09.08.2017 roku pochodzi od banku w rozumieniu art.2 Ustawy prawo bankowe

Zgodnie z art. 2. Prawa bankowego, bank jest osobą prawną utworzoną zgodnie z przepisami ustaw, działającą na podstawie zezwoleń uprawniających do wykonywania czynności bankowych obciążających ryzykiem środki powierzone pod jakimkolwiek tytułem zwrotnym.

Faktem jest, że powyższe pismo zawiera słowo: „Banque”, niemniej jednak to wyłącznie jedyne słowo w treści tego pisma, wskazujące, że zostało ono sporządzone przez bank działający zgodnie z art. 2 prawa bankowego, a to zdecydowanie za mało, aby wnioskować, że pismo pochodzi z banku, a nie np. podmiotu prawa handlowego współpracującego ze spółką D. zawierającego w nazwie słowo sugerujące działalność bankową.

Mając na uwadze powyższe, odwołanie jest zasadne i konieczne.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie z uwagi na bezzasadność.

W pierwszym rzędzie wskazał na braki formalne odwołania polegające na:

1/ braku wskazania przez odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy pzp, a jedynie podaniu faktu, że odwołujący uczestniczył w postępowaniu,

- 2/ zaniechaniu wskazania w treści odwołania nr telefonu lub faksu oraz adresu e-mail zamawiającego wymaganego zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia PRM w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań,
- 3/ braku wskazania części zamówienia, której dotyczy odwołanie (§ 4 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia powołanego powyżej),
- 4/ braku wskazania numeru ogłoszenia o zamówieniu (§ 4 ust. 1 pkt 4 rozporządzenia powołanego powyżej),
- 5/ naruszeniu art. 180 ust. 3 ustawy pzp i § 1 ust. 1 pkt 5 rozporządzenia jw. przez zaniechanie wskazania w treści odwołania czynności lub zaniechań zamawiającego, której zarzuca się niezgodności z przepisami ustawy, albowiem mimo, że odwołujący wskazuje na niewykazanie przez przystępującego spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji finansowej lub ekonomicznej, to jednocześnie błędnie wskazuje, że taka okoliczność stanowi naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp dotyczący niezgodności treści oferty z treścią siwz,
- 6/ § 4 ust. 1 pkt 7 rozporządzenia jw. przez sformułowanie sposobu rozstrzygnięcia odwołania polegającego na żądaniu unieważnienia oferty przystępującego, podczas gdy przepisy nie przewidują czynności unieważnienia oferty.

Uzasadniając swoje stanowisko zamawiający zauważył, że procedura odwołania została zainicjowana z przywołaniem błędnej podstawy prawnej. Stwierdza, że niewykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu stanowi przesłankę wykluczenia wykonawcy z postępowania, a nie jak stara się wykazać odwołujący – przesłankę z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. Zauważa także, iż ustawa nie zna instytucji „unieważnienia oferty.”

W zakresie zarzutu podniesionego wobec złożonego przez przystępującego dokumentu zamawiający zauważył, że zgodnie z zasadą wyrażoną w art. 9 ust. 2 ustawy pzp postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzi się w języku polskim, co koresponduje z przepisem § 16 ust. 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów /.../ (Dz.U. z 2016 r., poz1126), dalej „rozporządzenie”, stanowiącym, że dokumenty sporządzone w języku obcym składane są wraz z tłumaczeniem na język polski.

Przepisy ustawy i rozporządzenia nie przewidują dla tłumaczeń żadnej szczególnej formy, a zatem tłumaczenie może być wykonane również przez samego wykonawcę. Zamawiający stwierdził, że nie miał podstaw prawnych, aby żądać od wykonawcy uwierzytelnionego tłumaczenia informacji banku sporządzonej w języku angielskim, złożonej w celu potwierdzenia spełnienia warunku dotyczącego sytuacji finansowej. Szczególne formy tłumaczenia nie zostały zastrzeżone również w siwz, co zresztą pozostawałoby w

sprzeczności z przepisami rozporządzenia oraz zapisami R. XIII 5.5.5 siwz. Zatem ewentualne żądanie uwierzytelnionego tłumaczenia byłoby działaniem nieuprawnionym.

Zamawiający cytując zarzut odwołania z wnioskiem o błędny tłumaczeniem dokumentu stwierdził, że miał prawo oprzeć się na otrzymanym tłumaczeniu zakładając, że wykonawca jest profesjonalista, działa w dobrej wierze i z należytą starannością, a tym samym, że treść tłumaczenia odzwierciedla treść dokumentu w języku obcym.

Zamawiający wskazał na brak obowiązku samodzielnego badania prawidłowości tłumaczenia dokumentów potwierdzony piśmiennictwem i orzecnictwem.

Zauważa także, że nie powinien pozostać bierny w przypadku, gdy dostrzeże, że przedłożony dokument w języku obcym i dokument przetłumaczony różnią się w zakresie treści, a treść tłumaczenia odbiega od informacji wynikających z oryginału w taki sposób, że może mieć to wpływ na wynik postępowania. Powyższe nie ma jednak miejsca w przypadku tłumaczenia przedłożonego przez przystępującego. W ocenie zamawiającego otrzymane dokumenty potwierdzają spełnienie przez przystępującego warunku dotyczącego sytuacji finansowej, który został szczegółowo opisany w Rozdziale XII 2.2.1 siwz.

Niezależnie od powyższego zamawiający zauważył, że pod pojęciem „financial capacity” użytym w kontekście dokumentu oryginalnego należy rozumieć zdolność finansową/możliwości finansowe wykonawcy. Wg słownika synonimów W.B. „Gdy Ci słowa zabraknie. Słownik synonimów” Haroldson 2010 synonimem do słowa „Finansowy” są wyrazy „pieniężny”, „kredytowy”.

Biorąc pod uwagę powyższe, jak i kontekst sprawy, jeśli dokument banku przedłożony stanowi, że przystępujący posiada zdolność finansową w wymaganej wysokości, jest to równoznaczne z wykazaniem spełnienia warunku w zakresie sytuacji finansowej, a bez znaczenia dla oceny spełniania tegoż warunku pozostaje okoliczność czy przystępujący dysponuje środkami pieniężnymi w wymaganej wysokości czy też posiada zdolność kredytową w wymaganej wysokości czy też wykazuje spełnienie tegoż warunku częściowo środkami pieniężnymi, a częściowo zdolnością kredytową, które łącznie opiewają na kwotę wymaganą przez zamawiającego.

W tym świetle użyte w tłumaczeniu pojęcie „zdolności kredytowej” nie oznacza, że zamawiający został celowo wprowadzony w błąd, a wykonawca nie spełnia warunku udziału w zakresie zdolności finansowej. Rzekome „błędy” w tłumaczeniu, na które wskazuje odwołujący pozostają bez wpływu na ocenę spełniania tego warunku udziału. Żądanie, by w dokumencie banku wskazano literalnie, że przystępujący posiada wymagane środki finansowe lub zdolność kredytową i ewentualne wezwanie go w trybie art. 26 ust. 3 ustawy do uzupełnienia informacji, która w swej treści takie sformułowanie zawiera, świadczyłoby o nadmiernym formalizmie prowadzonego postępowania. Zamawiający nie ma wątpliwości co

do spełnienia wymaganego warunku. Podkreśla, że terminologia użyta w dokumencie zagranicznym nie musi być identyczna, jak w języku polskim, gdyż jest uzależniona od specyfiki zwrotów językowych używanych w poszczególnych krajach i obowiązujących tam przepisów prawa.

Zamawiający zauważa także, że banki działające poza terytorium Rzeczypospolitej Polskie nie są zobligowane do stosowania polskiego prawa bankowego. W treści kwestionowanego dokumentu jednoznacznie wskazano, że przystępujący posiada zdolność finansową odpowiadającą wielkości przetargu (projektu) G.P.W. S.A. na dostawę węgla aktywnego do wysokości 1.750.000.00 zł, a tym samym wykazano spełnienie warunku. Dodatkowo zamawiający zwrócił uwagę, że informacje wystawiane przez banki działające na terytorium RP zawierają sformułowania dotyczące wzajemnej współpracy i relacji biznesowych z klientami. W dokumentach tych często zawierane są zastrzeżenia, że informacja o zdolności kredytowej została wydana na podstawie informacji o kliencie, co nie może być traktowane jako promesa kredytu, czy jako podstawa roszczeń o przyznanie kredytu, gdyż ten uzależniony jest od przeprowadzenia konkretnej procedury weryfikacyjnej i akceptowalnego przez bank zabezpieczenia spłaty kredytu. Wskazano na wyrok KIO 2263/15 i KIO 1097/14, KIO 1104/14.

Zamawiający zauważa, że dokument jest autorstwa banku, a nie wykonawcy nie mającego wpływu na treść dokumentu. Wskazuje na orzecznictwo KIO jw. oraz KIO 942/13.

Stwierdził także, że nie ma podstaw do oceny treści dokumentu przez pryzmat ustawy Prawo bankowe i definicji z art. 70 ustawy Prawo bankowe ani przyjęcia, że istnieje ustalony wzór treści tegoż.

W zakresie zarzutu o braku wykazania, że pismo z dnia 9 sierpnia 2017 r. pochodzi od banku w rozumieniu art. 2 prawa bankowego zamawiający stwierdził, że nie miał podstaw do weryfikowania, czy informacja ta została wystawiona przez bank. Zwrócił uwagę, że prawo bankowe dotyczy podmiotów działających na terenie RP. Zauważył także, że ciężar dowodu w zakresie postawionego zarzutu spoczywa na tym, kto zarzut podnosi, a odwołujący takich dowodów nie przedstawił. W szczególności nie jest takim dowodem wątpliwość, czy kwestionowany dokument pochodzi od banku.

W toku rozprawy strony i uczestnik przedstawili stanowiska

Odwołujący poparł odwołanie i zawarł w nim argumentację uznając, że przystępujący nie wykazał wymaganej postanowieniami SIWZ zdolności finansowej. Zauważył, że w pkt 3.3 SIWZ wprost wskazano na wymóg wykazania określonych środków finansowych lub zdolności kredytowej. Podtrzymał stwierdzenie, iż dokument z 09.08.2017 r. został błędnie przetłumaczony i w ten sposób Zamawiający został wprowadzony w błąd. Oceniał, że

Zamawiający powinien tę okoliczność ustalić tj. poprawną treść dokumentu. Dodatkowo wskazał na zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 z wnioskiem o wykluczenie na tej podstawie wykonawcy z postępowania.

Zamawiający podtrzymał stanowisko określone w rozstrzygnięciu o wyborze oferty jak i zawarte w odpowiedzi na odwołanie. Zauważył, że ustawa PZP nie zawiera odesłania do prawa bankowego w zakresie sposobu oceny sytuacji finansowej wykonawcy w tym także pojęcia zdolności kredytowej. Zauważył, że takie pojęcie użyte zostało jedynie w rozporządzeniu w sprawie dokumentów, a w ustawie używa się określenia o sytuacji finansowej lub ekonomicznej. Przypomniał aktualne wymogi dotyczące tłumaczeń dokumentów składanych w postępowaniu, co szczegółowo opisano w złożonym piśmie. Oceniał, że złożony przez Przystępującego dokument potwierdza spełnienia spornego warunku udziału w postępowaniu. Złożył przykładowe dokumenty opinii bankowych zawierające niezależnie od informacji o zdolności finansowej, kredytowej także informacja o współpracy banków z wykonawcami. Złożył także wydruk internetowy z informacją o banku Credit Lyonnais (LCL) Bank. Podkreślił, że w ustawie świadomie użyto określeń o pewnym stopniu ogólności (sytuacja finansowa i ekonomiczna), co może mieć szczególnie przydatność dla podmiotów zagranicznych, których mogą być użyte odmienne określenia niż na gruncie prawa polskiego. Wskazał na zmiany ustawy umożliwiające odformalizowanie procedur w niektórych sytuacji, jako przykład wskazuje art. 26 ust. 2c. . Stwierdził, że Odwołujący nie dochował szeregu wymów formalnych w odwołaniu, nie przedstawił przepisów mających ewentualne zastosowanie, natomiast oczekuje od Zamawiającego nadmiernego formalizmu opisanego w uzasadnieniu.

Przystępujący podzielił w całości stanowisko Zamawiającego, w tym zawarte w odpowiedzi na odwołanie. Podkreślił, że zarzuty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy oraz art. 22 ust. 1b pkt 2 ustawy nie znalazły uzasadnienia w opisanym stanie faktycznym.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym dokumentację postępowania, na którą w szczególności składają się postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferta wybranego wykonawcy, jak również stanowiska stron przedstawione na piśmie i do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Izba stwierdziła, że odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy pzp; zakres zarzutów, w sytuacji ich potwierdzenia się, wskazałby na możliwość uzyskania zamówienia i jego realizacji, a tym samym na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody w sytuacji udzielenia zamówienia konkurującemu wykonawcy.

W ocenie składu orzekającego odwołujący wykazał częściowo zasadność podniesionych zarzutów, tym samym twierdzenie że wybrany wykonawca nie przedstawił dowodu na spełnienie wymaganej postanowieniami siwz zdolności finansowej.

Na wstępie Izba podziela stanowisko zamawiającego co do braków formalnych odwołania wyszczególnionych w odpowiedzi na odwołanie, w tym co do braku wskazania interesu w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy pzp, zaniechaniu wskazania nr telefonu lub faksu oraz adresu e-mail zamawiającego, braku wskazania części zamówienia, której dotyczy odwołanie, braku wskazania numeru ogłoszenia o zamówieniu, zaniechania wskazania w treści odwołania czynności lub zaniechań zamawiającego, której zarzuca się niezgodności z przepisami ustawy, bowiem mimo, że odwołujący wskazuje na niewykazanie przez przystępującego spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji finansowej lub ekonomicznej, to jednocześnie błędnie wskazuje, że taka okoliczność stanowi naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp dotyczącego niezgodności treści oferty z treścią siwz, a także sformułowania sposobu rozstrzygnięcia odwołania polegającego na żądaniu unieważnienia oferty przystępującego, podczas gdy przepisy nie przewidują czynności unieważnienia oferty.

Wymienione uchybienia formalne odwołania nie stanowią jednak przeszkody w jego rozpoznaniu. Niespornym zarzutem odwołania jest bowiem niespełnienie przez przystępującego warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganej postanowieniami SIWZ zdolności finansowej, którą należało udowodnić, stosownie do pkt 3.3 SIWZ przez wykazanie dysponowania określonymi środkami finansowymi lub zdolnością kredytową w określonej kwocie.

Z dokumentów złożonych przez przystępującego zamawiającemu toku postępowania o udzielenia zamówienia, wynika, że spółka D. na okoliczność wykazania sytuacji finansowej złożyła pismo z dnia 09.08.2017 roku w języku angielskim wraz z tłumaczeniem na język polski w zakresie zdolności finansowej podmiotu zawarte zostało stwierdzenie „that, at this present time, we consider that this company has the financial capacity corresponding to the size of the project with G.P.W....”

W tłumaczeniu dokumentu przedstawionym przez przystępującego sformułowanie „financial capacity” zostało wskazane jako „zdolność kredytowa” i opis ten kwestionuje odwołujący stwierdzając, że w poprawnym tłumaczeniu pojęcie „financial capacity” oznacza „zdolność finansową”, które to pojęcie nie jest tożsame ze zdolnością kredytową. Na okoliczność tego twierdzenia przedstawił tłumaczenie przysięgłe przedmiotowego dokumentu i stwierdził, że dla pojęcia zdolności kredytowej właściwym określeniem w języku angielskim jest „creditworthiness”.

Skład orzekający podziela w powyższym zakresie stanowisko odwołującego uznając, na podstawie powszechnie dostępnych źródeł polsko i anglojęzycznych, że istotnie „financial capacity” to zdolność finansowa rozumiana jako możliwość finansowania określonych potrzeb lub ogólnie rozumiana wypłacalność, zdolność do regulowania należności itp., lecz nie jest to pojęcie oznaczające zdolność kredytową, dla którego używa się bardziej precyzyjnych określeń z reguły z elementem słowa „credit” tj. oprócz określenia podanego przez odwołującego „creditworthiness”, w obrocie stosowane są określenia „debt carrying capacity” albo „credit standing”.

Powyższe oznacza, że wykonawca w niewystarczający sposób tj. niezgodnie z wymogami siwz przedstawił dokument mający potwierdzać jego zdolność finansową w postaci środków pieniężnych lub zdolności kredytowej.

Ponieważ w ocenie Izby nie zachodzą przesłanki do stwierdzenia, że wykonawca złożył w omawianym zakresie świadomie nieprawdziwe informacje lub że wprowadził zamawiającego w błąd skład orzekający stwierdza, że dokument przedstawiony przez przystępującego zamawiającemu nie potwierdza zdolności finansowej tego wykonawcy w zakresie wymaganym postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Konsekwencją powyższego nie jest jednak wykluczenie wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy pzp, lecz uznanie, że zachodzą przesłanki zastosowania wobec tego wykonawcy procedury przewidzianej w art. 26 ust. 3 ustawy pzp. Zgodnie z przepisem, jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

W pozostałym zakresie zarzuty odwołania, w tym co do wymagań formalnych dotyczących przedstawianych tłumaczeń, a także charakteru prawnego podmiotu, który wystawił sporny dokument, nie zostały udowodnione, a tym samym brak jest podstaw do ich uwzględnienia.

W tym stanie rzeczy Izba stwierdziła, iż odwołanie należało uwzględnić i na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy pzp, orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach skład orzekający Izby orzekł na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp oraz 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. Nr 41, poz. 238 ze zm.).

Przewodniczący: