

WYROK

z dnia 21 maja 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska-Romek

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 maja 2019r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 maja 2019 r. przez wykonawcę S. O.,

prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Konserwacji Obiektów Zabytkowych, ul. Przestrzenna 82, 93-424 Łódź w postępowaniu prowadzonym przez Miasto Łódź - Zarząd Inwestycji Miejskich, ul. Piotrkowska 175, 90-447 Łódź

orzeka:

1. oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża S. O., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Konserwacji Obiektów Zabytkowych, ul. Przestrzenna 82, 93-424 Łódź i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez S. O., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Konserwacji Obiektów Zabytkowych, ul. Przestrzenna 82, 93-424 Łódź tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 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 Łodzi.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający - Miasto Łódź - Zarząd Inwestycji Miejskich - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na Rewitalizację

Obszarową Centrum Łodzi - Projekt 7,8 - przebudowa, rozbiórka, remont konserwatorski nieruchomości zlokalizowanej w Łodzi przy ul. Legionów 20, Legionów 37 a oraz Legionów 44 wraz z zagospodarowaniem terenu i niezbędną infrastrukturą techniczną w systemie zaprojektuj i wybuduj. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr S 2018/ S 198-446874.

W dniu 6 maja 2019r. Odwołujący - Przedsiębiorstwo Konserwacji Obiektów Zabytkowych w Łodzi - wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od czynności Zamawiającego polegających na:

1. unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp,
2. wykluczeniu Odwołującego z postępowania w zakresie części III zamówienia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp i odrzuceniu oferty na podstawie art. 24 ust. 4 Pzp,
3. zaniechaniu wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień złożonych dokumentów lub do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 6.3.2 SIWZ.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 Pzp przez brak zachowania zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania z uwagi na brak uznania, iż zaświadczenie z Credit Agricole Polska S. A z dnia 29.03.2019r. o uruchomionej pożyczce na dzień 21.11.2019r. wskazuje na zdolność kredytową Odwołującego, która podlega sumowaniu z wartościami zgromadzonych środków finansowych Odwołującego na odrębnych rachunkach bankowych, co do których Odwołujący przedłożył odrębne zaświadczenia,
2. § 2 ust. 2 pkt 3 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26lipca 2016r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia - przez brak uwzględnienia zaświadczenia z Credit Agricole Bank Polska S.A. z dnia 29.03.2019r. o uruchomionej pożyczce na dzień 21.11.2017 wskazującego na zdolność kredytową Odwołującego, która podlega sumowaniu na odrębnych rachunkach bankowych, co do których Odwołujący przedłożył odrębne zaświadczenia - w sytuacji, gdy rozporządzenie posługuje się funktorem alternatywy nierozłącznej „lub” wskazującym na możliwość wyboru sposobu potwierdzenia spełniania warunku dotyczącego sytuacji finansowej,
3. art. 26 ust. 4 Pzp przez brak zastosowania i zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnienia treści dokumentu z dnia 29.03.2019r. z Banku Credit Agricole oraz wskazania czy przedłożony dokument jest informacją o posiadanych środkach czy informacją o zdolności kredytowej.
4. art. 26 ust. 3 Pzp - przez brak precyzyjnego pouczenia w wezwaniu do przedłożenia dokumentu - tj. brak wskazania dokładnie jakiego dokumentu i z jakiej daty wymaga Zamawiający
5. art. 26 ust. 2 f Pzp przez brak jego zastosowania i nie wezwanie do aktualizacji informacji o środkach na rachunku w banku Credit Agricole w sytuacji, gdy postępowanie przetargowe w sprawie przedłużało się znacząco tj. od listopada 2018r do marca 2019r.
6. art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp w zw. z art. 24 ust 4 Pzp przez niezasadne wykluczenie Odwołującego i uznanie jego oferty za odrzuconą w sytuacji, gdy Odwołujący spełniał warunki udziału w postępowaniu w zakresie wymaganej zdolności finansowej a ocena spełniania tego warunku przez Zamawiającego została dokonana wadliwie.
7. art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp przez niezasadne unieważnienie postępowania w sytuacji, gdy oferta Odwołującego była skutecznie złożona a Odwołujący spełniał warunki udziału w postępowaniu, a zatem nie było podstaw do unieważnienia postępowania z uwagi na brak złożenia jakiegokolwiek oferty niepodlegającej odrzuceniu.

Odwołujący wniósł o

1. unieważnienie czynności polegającej na unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp,
2. unieważnienie czynności polegającej na wykluczeniu Odwołującego z udziału w postępowaniu w zakresie części III zamówienia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 oraz odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 4 Pzp

3. nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny złożonych ofert z uwzględnieniem okoliczności wskazanych w odwołaniu.

W uzasadnieniu wskazał, że przedłożone zaświadczenie o posiadanych środkach z 4 banków oraz 1 zaświadczenie z Credit Agricole z dnia 19.03.2019r. o uruchomionej pożyczce w kwocie 200 000zł w dniu 21.11.2018r. (termin składania ofert to 28.11.2018) winno być ocenione przez Zamawiającego łącznie - jako informacja o posiadanych środkach oraz informacja o zdolności kredytowej. Zamawiający nie dokonał wszechstronnej oceny przedłożonych dokumentów i nie wyjaśnił powstałych wątpliwości. Skoro Odwołującemu została udzielona w dniu 28.11.2018r. pożyczka to tym bardziej posiadał zdolność kredytową na poziomie 200 000zł. Tą okoliczność Zamawiający pominął. Zamawiający nie miał wątpliwości co do 3 pozostałych dokumentów z banku o saldach bankowych i zaświadczenia o aktualnym limicie z dnia 9.11.2018r. MBanku. Zaświadczenie z Credit Agricole wskazuje, że 7 dni przed terminem składania ofert Odwołujący dysponował środkami w kwocie wskazanej w zaświadczeniu. Skoro zaświadczenie z dnia 29.03.2019r. wskazuje, że

Odwołującemu została uruchomiona w dniu 21.11.2018r. pożyczka w kwocie 200 000 zł a nie zaświadczenie to nie zawiera żadnych informacji o wyczerpaniu tej kwoty - to należy przyjąć, że Odwołujący dysponował na tym koncie co najmniej taką kwotą. Nie powinno budzić wątpliwości, że w okresie od udzielenia pożyczki 21.11.2018 do składania dokumentów tj. do dnia 29.03.2019r. spełniał warunki udziału dotyczące jego sytuacji finansowej, a tym samym nie powinno budzić wątpliwości, że pożyczka jest nadal aktualna na dzień 29.03.2019r. Nie można, zdaniem Odwołującego, zgodzić się ze stanowiskiem, że Zamawiający nie miał informacji w jakim stopniu Odwołujący wykorzystał posiadany limit i jaka jest faktyczna zdolność kredytowa Odwołującego wynikająca z posiadania rachunku. Wszystkie dokumenty i oświadczenie, składane w wyniku pierwotnego wezwania czy uzupełniania muszą potwierdzać stan i okoliczności wynikające z oświadczenia własnego wykonawcy, składanego wraz z ofertą czyli termin składania ofert. Zatem ważnym jest by zaświadczenie potwierdzało stan istniejący w dacie składania ofert.

Odwołujący podniósł także, że Zamawiający wystosowując wezwanie w trybie art. 26 ust 3 Pzp nie wskazał precyzyjnie jakich dokumentów ono dotyczy, jakie stwierdził błędy lub wątpliwości oraz na czym opiera zastrzeżenia. Wezwanie nie może być ogólne, nie powinno odwoływać się do określonych w SIWZ wymagań. Gdyby Odwołujący wiedział, że chodzi o wskazanie wartości środków zgromadzonych przez Odwołującego na koncie indywidualnym przypisanym do udzielonej pożyczki wtedy sam przedstawiłby wyciąg rachunku na dzień 21.03.2019r., który wskazał, że posiada tam 127 419,88zł.

W toku postępowania przed Izłą strony podtrzymały swoje stanowiska, Odwołujący przedłożył do akt sprawy opinię bankową Credit Agricole z dnia 21.03.2019r., w której wskazano: kwota limitu odnawialnego: 200 000PLN, data uruchomienia limitu w koncie: 21.11.2018r, okres kredytowania: 12 miesięcy, w czasie trwania umowy limit w koncie jest spłacany zgodnie z umową i Regulaminem Konta Biznes, saldo konta na dzień: 20.03.2019 wynosi 127 419,88PLN.

Na podstawie dokumentacji akt sprawy oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron

1 uczestnika postępowania zaprezentowane w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

W pkt 6.2.3 SIWZ Zamawiający wymagał, aby wykonawca na potwierdzenie spełniania warunku dotyczącego sytuacji finansowej wykazał, że dysponuje środkami finansowymi lub posiada zdolność kredytową na kwotę w wysokości dla części III -

2 300 000zł. Termin składania ofert został wyznaczony na 28.11.2018r.,

Na wezwanie Zamawiającego z dnia 6 grudnia 2018r, w trybie art. 26 ust. 1 Pzp, Odwołujący przedłożył:

1. zaświadczenie z mBank S.A. z dnia 9.11.2018r. na kwotę 273 508 (kwota aktualnego limitu),
2. zaświadczenie z mBank S.A. z dnia 12.12.2018r. na kwotę 821 101,96zł (saldo dostępne na rachunku),
3. zaświadczenie z Idea Bank S.A. z dnia 13.12.2018r. na kwotę 194 471,54 zł (środki dostępne na rachunku),
4. zaświadczenie o rachunku z Idea Bank z dnia 7.11.2018r na kwotę 815 176, 99zł

(środki dostępne na rachunku).

5. opinię o pożyczce w koncie z Credit Agricole z dnia 16.11.2018r., w której wskazano,

- limit (pożyczka z koncie): 200 000zł, data uruchomienia limitu (pożyczki w koncie)

22.11.2017r. W czasie trwania umowy limit (pożyczka w koncie) jest spłacany zgodnie z umową i Regulaminem Konta Biznes.

W dniu 12.03.2019r. Zamawiający, działając na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, wezwał Odwołującego do uzupełnienia przedłożonych dokumentów o dokument, który w sposób nie budzący wątpliwości potwierdzi, że wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu, określony w pkt 6.3.2 SIWZ. W piśmie Zamawiający wskazał, że z Opinii o pożyczce w koncie z dnia 16.11.2018r. nie wynika w jakim stopniu wykonawca wykorzystał posiadany limit i jaka jest faktyczna, aktualna zdolność kredytowa wykonawcy wynikająca z posiadania tego rachunku. W odpowiedzi na wezwanie wykonawca przedłożył Zamawiającemu zaświadczenie Credit Agricole z dnia 29.03.2019r., w którym zaświadcza się, że na „rachunku została uruchomiona pożyczka w koncie w wysokości 200 000 PLN”.

W dniu 24.04.2019r. Zamawiający poinformował o wykluczeniu Odwołującego z udziału w postępowaniu w zakresie części III zamówienia na podstawie art. 24 ust.1 pkt 12 z powodu niewykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności finansowej. Zamawiający unieważnił postępowanie na podstawie art. 93 ust.1 pkt 1 Pzp z uwagi na fakt, iż nie złożono żadnej oferty nie podlegającej odrzuceniu.

Mając na uwadze powyższe, Izba zważyła co następuje:

Odwołanie nie zawierało braków formalnych oraz zostało uiszczony od niego wpis. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 Pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp.

Zdaniem Izby, Odwołujący nie wykazał spełnienia warunku finansowego, opisanego przez Zamawiającego w pkt 6.2.3 SIWZ dla części III zamówienia tj. nie potwierdził, że posiada środki finansowe lub zdolność kredytową w wysokości 2 300 000zł

Po pierwsze, nie można zgodzić się ze stanowiskiem pełnomocnika Odwołującego, iż wezwanie z dnia 12.03.2019r., w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, było nieprecyzyjne i niezrozumiałe dla wykonawcy. Zamawiający w treści tego pisma wskazał jasno, że z przedstawionego dokumentu Opinii o pożyczce w koncie z dnia 16.11.2018r. wystawionej przez Credit Agricole nie wynika, jaka jest faktyczna kwota wykorzystanego limitu i aktualna zdolność kredytowa, wynikająca z posiadania rachunku i w związku z tym wezwał wykonawcę do uzupełnienia przedłożonych dokumentów o dokument, który w sposób nie budzący wątpliwości potwierdzi, że wykonawca spełnia warunek udziału, określony w pkt 6.3.2 SIWZ.

Po drugie, wskazać należy, że Izba oceniając zaistniały stan faktyczny sprawy może wziąć pod uwagę jedynie dokumenty złożone Zamawiającemu w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Dokument z Credit Agricole z dnia 21.03.2019r., który Odwołujący złożył w toku rozprawy, nie może być wzięty pod uwagę przy ocenie spełnienia warunku finansowego z uwagi na to, że nie został on przedłożony Zamawiającemu w trybie art. 26 ust. 1 Pzp czy też na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Izba w postępowaniu odwoławczym ocenia zgodność działań i zaniechać Zamawiającego w oparciu o dokumenty zgromadzone przez niego w toku procedury o udzielenie zamówienia, która ma charakter sformalizowany. Z tych względów przy ocenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu nie można uwzględnić opinii bankowej z dnia 21.03.2019, na którą powoływał się Odwołujący w toku rozprawy, a która nie została formalnie złożona Zamawiającemu.

Oceniając treść zaświadczeń z Credit Agricole, przedstawionych Zamawiającemu w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zdaniem Izby zarówno z opinii

o pożyczce z dnia 16.11.2018r jak również uzupełnionego w trybie 26 ust. 3 Pzp zaświadczenia z dnia 29.03.2019r. nie wynika, że wykonawca posiada środki na koncie lub zdolność kredytową w wysokości 200tys. zł. Z uzupełnionego zaświadczenia z dnia 29.03 wynika jedynie, że wykonawcy została udzielona w dniu 21.11.2018r. pożyczka w koncie w wysokości 200tys zł, ale nadal nie wiadomo jaki jest poziom jej wykorzystania i jaka jest aktualna wysokość dostępnych środków finansowych, tym bardziej, że od jej udzielenia do wystawienia zaświadczenia upłynęło ponad 4 miesiące. Zaświadczenie to wskazuje tylko na uruchomienie pożyczki w koncie w listopadzie 2018r. i nie odnosi się do aktualnej sytuacji nie finansowej wykonawcy.

Nie zasługuje na uznanie zarzut naruszenia art. 26 ust.4 Pzp polegający na zaniechaniu wezwania Odwołującego do udzielenia wyjaśnień czy przedłożony dokument z banku Credit Agricole jest informacją o posiadanych środkach czy informacją o zdolności kredytowej. Wezwanie takie jest zbędne, w świetle braku potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu i stanowiska pełnomocnika Odwołującego złożonego do protokołu rozprawy, iż zaświadczenie z banku Credit Agricole jest zaświadczenie o posiadanych środkach finansowych.

Wskazać trzeba, że to na wykonawcy, ubiegającym się o udzielenie zamówienia spoczywa ciężar jednoznacznego wykazania Zamawiającemu iż spełnia on warunki udziału w postępowaniu a stan spełniania warunków udziału w postępowaniu jest aktualny również na dzień złożenia dokumentów.

Z uwagi na to, że Odwołujący był już wezwany w trybie art. 26 ust.3 Pzp do uzupełnienia dokumentów, potwierdzających spełnienie warunku finansowego i nie istnieje możliwość ponownego wezwania do uzupełniania, należy uznać, że czynności Zamawiającego polegające na wykluczeniu Odwołującego z udziału w postępowaniu w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp, odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 24 ust. 4 Pzp i w konsekwencji unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp były prawidłowe. Nie zachodzą także przesłanki do wezwania Odwołującego w trybie art. 26 ust. 2f Pzp do złożenia aktualnych dokumentów, bowiem złożony uprzednio dokument z banku nie są dokumentem nieaktualnym, ale niepotwierdzającym spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

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, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 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. 2018, poz. 972).

Przewodniczący: