Sygn. akt KIO 1597/19

WYROK

z dnia 27 sierpnia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Osiecka

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 sierpnia 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 sierpnia 2019 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Kafar Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka Komandytowa z siedzibą w Ostrowcu Świętokrzyskim oraz B. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Kafar B. S. z siedzibą w Zielonce w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - 2 Regionalna Baza Logistyczna z siedzibą w Warszawie

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Kafar Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka Komandytowa z siedzibą w Ostrowcu Świętokrzyskim oraz B. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Kafar B. S. z siedzibą w Zielonce i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Kafar Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka Komandytowa z siedzibą w Ostrowcu Świętokrzyskim oraz B. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Kafar B. S. z siedzibą w Zielonce, tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Kafar Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka Komandytowa z siedzibą w Ostrowcu Świętokrzyskim oraz B. S. prowadzący działalność gospodarczą pod

firmą Kafar B. S. z siedzibą w Zielonce na rzecz zamawiającego - 2 Regionalnej Bazy Logistycznej z siedzibą w Warszawie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika.

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 Warszawa - Praga w Warszawie.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt KIO 1597/19

2 Regionalna Baza Logistyczna, dalej „Zamawiający”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę zestawów do rozbudowy sieci energetycznych niskiego napięcia w latach 2019-2022. Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.), dalej „ustawa Pzp”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii

Europejskiej w dniu 6 czerwca 2019 r. pod numerem 2019/S 108 - 262600.

W dniu 16 sierpnia 2019 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie

zamówienia Kafar Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka Komandytowa z siedzibą w Ostrowcu Świętokrzyskim oraz B. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Kafar B. S. z siedzibą w Zielonce, dalej „Odwołujący”, wnieśli odwołanie, zarzucając Zamawiającemu

naruszenie:

1. art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez niewykluczenie

wykonawcy Genpower Sp. z o.o. z siedzibą w Pniewach, dalej „Genpower”, który nie spełnił warunków udziału w postępowaniu określonych w rozdziale V specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dalej „SWIZ”, (punkt 1.2.2) i rozdziale VII SWIZ (punkt 2.1.1.), tj. nie wykazał posiadania środków finansowych lub zdolności kredytowej w wysokości nie mniejszej niż 2 500 000 zł poprzez przedłożenie odpowiedniej informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej;

2. art. 91 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 ustawy Pzp poprzez wybór oferty niespełniającej wymogów zawartych w SIWZ, określonych w rozdziale V SIWZ, punkt 1.2.2., odnoszących się do sytuacji ekonomicznej lub finansowej wykonawcy, który powinien posiadać środki finansowe lub zdolność kredytową w wysokości nie mniejszej niż 2 500 000 zł, podczas gdy z dokumentów załączonych przez wykonawcę, którego ofertę uznano za najkorzystniejszą, nie wynika, by posiadał on zdolność kredytową w wymaganej wysokości.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu: wykluczenia wykonawcy Genpower z postępowania, unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i uznania oferty Odwołującego za najkorzystniejszą.

Odwołujący wskazywał, że zaświadczenie dotyczące zdolności kredytowej, które przedłożył Genpower nie odpowiada wymogom sformułowanym w przepisach prawa i w SIWZ. Przede wszystkim wskazywał, że informacja, którą przedłożył Genpower nie zawiera informacji na temat tego, że jest wystawiana w celu złożenia w przetargu, a zatem nie odpowiada wymaganiom, które stawia się tego rodzaju informacjom. Dodatkowo, wobec faktu, że informacja ta zawiera wzmiankę, że dotyczy ona wyłącznie informacji, które były przedmiotem wniosku Klienta, a treść wniosku klienta nie była znana Zamawiającemu (w szczególności zaś nie sposób stwierdzić, czy Genpower poinformował bank, że wnioskowaną informację zamierza wykorzystać w przetargu), wystawiona przez bank informacja jest nieweryfikowalna. Ponadto, bank zastrzegł w treści dokumentu, że nie ponosi odpowiedzialności za wnioski wysunięte z niniejszego zaświadczenia. Wnioskiem, który można wysunąć z tego zaświadczenia jest wniosek, że Genpower posiada zdolność kredytową we wskazanej wysokości. Skoro jednak bank nie bierze odpowiedzialności za wnioski płynące z tego zaświadczenia, to trudno uznać, że posiada ono wymaganą przez Zamawiającego moc.

Odwołujący podnosił, że przepisy prawa zamówień publicznych nie zawierają wprawdzie definicji zaświadczenia, niemniej definicję taką formułują przepisy kodeksu postępowania administracyjnego. Definicja ta odnosi się co prawda do zaświadczeń

wystawianych przez organy administracji publicznej, niemniej definicja zaświadczenia wywiedziona z KPA będzie aktualna nawet po usunięciu z niej elementu wystawcy. Rzecz jasna, zaświadczenie pochodzące od podmiotu innego niż organ administracji publicznej nie będzie mieć mocy dokumentu urzędowego. W doktrynie postępowania administracyjnego wskazuje się, że zaświadczenie jest czynnością organu administracji publicznej, polegającą na urzędowym potwierdzeniu obiektywnie istniejących okoliczności faktycznych lub stanu prawnego. Usunięcie z tej definicji elementów charakterystycznych dla postępowania administracyjnego („organ administracji publicznej", „urzędowo") powoduje, że otrzymuje się definicję, zgodnie z którą zaświadczenie to czynność polegająca za potwierdzeniu obiektywnie istniejących okoliczności lub stanu prawnego. Zatem, zaświadczenie zawierające adnotację, że wystawiający je podmiot nie ponosi odpowiedzialności za wnioski z niego wysunięte, jest pozbawione jakiejkolwiek mocy prawnej i jako takie nie powinno zostać uwzględnione przez Zamawiającego.

O ile nie ulega wątpliwości, że kwota wskazana w informacji jako kwota, która znajduje się na rachunku bankowym wykonawcy, stanowi kwotę pewną i - w braku innych okoliczności - wykonawca może tą kwotą dysponować, o tyle oceniając kwestię zdolności kredytowej należy brać pod uwagę charakter tej instytucji. Przede wszystkim kwotę wskazaną jako zdolność kredytową należy pomniejszyć o uprzednio zaciągnięte i dotychczas niespłacone kredyty, te bowiem stanowią swoiste reduktory kwoty pełnej zdolności kredytowej. W związku

z powyższym zaświadczenie takie, jak przedłożone przez Genpower, w istocie nie wskazuje na zdolność kredytową tego podmiotu. Brak mu bowiem informacji o dotychczas zaciągniętych zobowiązaniach w instytucji, która zaświadczenie wystawiała.

Pismem z dnia 20 sierpnia 2019 r. wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawcy Genpower Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pniewach.

Zgłaszający przystąpienie wniósł o oddalenie odwołania.

Pismem z dnia 27 sierpnia 2019 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie w całości. Zamawiający wskazywał, że z zaświadczenia jednoznacznie wynika, że wykonawca Genpower posiada zdolność kredytową w wysokości 6.500.000 zł, a więc o wartości znacznie większej niż wymagana przez Zamawiającego. Wprawdzie bank dodatkowo wskazał, że ewentualne udzielenie kredytu uzależnione będzie od spełnienia przez spółkę wszystkich wymogów przewidzianych prawem bankowym i wszystkimi regulacjami obowiązującymi w banku, ale są to dodatkowe - w stosunku do wymaganych przez Zamawiającego informacje. Dla oceny zaświadczenia wystarczające i rozstrzygające było stwierdzenie - „ posiada zdolność kredytową w kwocie 6. 500 000 PLN". Zamawiający nie miał zatem podstaw do zakwestionowania tego zaświadczenia.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestników postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania, w szczególności: z protokołu postępowania o udzielenie zamówienia, ogłoszenia o zamówieniu, postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty Genpower Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pniewach, informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty. Izba wzięła również pod uwagę stanowiska wyrażone w odwołaniu oraz odpowiedzi na odwołanie, a także oświadczenia i stanowiska stron wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 27 sierpnia 2019 r.

Izba pomięła argumentację Odwołującego o stosowanej praktyce przez Zamawiającego w zakresie oceny dokumentów podmiotowych w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonych przez Zamawiającego. Izba uznała, że stanowisko Odwołującego nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy, gdyż dotyczy danych, które nie są przedmiotem oceny w toku niniejszego postępowania odwoławczego.

Izba nie dopuściła i nie przeprowadziła wnioskowanych przez Zamawiającego

dowodów z: zaświadczenia banku z dnia 20 sierpnia 2019 r., wyciągów z rachunku wykonawcy

Genpower z dnia 27 czerwca 2019 r. oraz z dnia 20 sierpnia 2019 r. Izba uznała, że

wykonawca po wyborze najkorzystniejszej oferty nie powinien przedstawiać nowych dowodów na potwierdzenie prawidłowości wykazania warunku udziału w postępowaniu. Wszelkie informacje przedstawione przez wykonawcę muszą być znane zamawiającemu na konkretnym etapie postępowania, celem umożliwienia mu podjęcia decyzji co do ewentualnego wykluczenia wykonawcy. Rozprawa przed Krajową Izbą Odwoławczą nie może stanowić kolejnego etapu procedury określonej w art. 26 ust. 1 lub 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Uwzględniając powyższe, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że zgłoszenie przystąpienia z dnia 20 sierpnia 2019 r., złożone przez wykonawcę Genpower Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pniewach było nieskuteczne z uwagi na nieprzekazanie odwołującemu kopii zgłoszenia przystąpienia, co jest jednym z warunków formalnych zgłoszenia przystąpienia, wynikających zustawy Pzp. Zgodnie zustawy Pzp wykonawca
może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby w postaci papierowej albo elektronicznej opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie.

Obowiązkiem wykonawcy, który zgłasza przystąpienie do postępowania odwoławczego jest więc przesłanie kopii zgłoszenia przystąpienia zarówno zamawiającemu jak i odwołującemu. W trakcie posiedzenia Izby w dniu 27 sierpnia 2019 r. odwołujący oświadczył, że nie otrzymał od wykonawcy Genpower kopii zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego. W tej sytuacji to na zgłaszającym przystąpienie, stosownie doKodeksu cywilnego w zw. zustawy Pzp, spoczywał ciężar wykazania faktu przesłania kopii zgłoszenia do odwołującego. Zgodnie bowiem z przywoływanym przepisem, ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. Izba ustaliła, że w piśmie z dnia 20 sierpnia 2019 r., zatytułowanym „Zgłoszenie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego" znajdowało się stwierdzenie, że „W załączeniu przedkładam potwierdzenie przesłania kopii niniejszego zgłoszenia elektronicznie do Zamawiającego oraz Wykonawcy wnoszącego odwołanie oraz jego pełnomocnika". Niemniej takie potwierdzenia nie znalazły się w piśmie przekazanym do Izby.

Ponieważ zgłaszający przystąpienie spornego faktu nie wykazał, bowiem nie stawił się na posiedzenie, pomimo prawidłowego zawiadomienia o miejscu i terminie posiedzenia

należało przyjąć, że kopia zgłoszenia przystąpienia nie została odwołującemu przekazana. Przesłanie kopii zgłoszenia przystąpienia odwołującemu jest jednym z elementów formalnych zgłoszenia przystąpienia. Nieprzesłanie kopii zgłoszenia przystąpienia odwołującemu należało uznać za brak formalny zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego. Jednocześnie ustawa Pzp nie zna instytucji usunięcia braków formalnych zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego. Powyższe skutkowało koniecznością uznania za bezskuteczne zgłoszenie przystąpienia wykonawcy Genpower Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pniewach w niniejszym postępowaniu odwoławczym.

W dalszej kolejności ustalono, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwotę określoną w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Izba uznała, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odnosząc się do zarzutu zaniechania wykluczenia wykonawcy Genpower, Izba ustaliła, co następuje. Przedmiotem zamówienia jest dostawa zestawów do rozbudowy linii energetycznych niskiego napięcia w latach 2019-2022. Zgodnie z Rozdziałem V punkt 1.2.2 SIWZ zamawiający wymaga na potwierdzenie spełnienia warunku znajdowania się w sytuacji

ekonomicznej lub finansowej, aby wykonawca posiadał środki finansowe lub zdolność kredytową w wysokości nie mniejszej niż 2 500 000.00 zł w okresie nie wcześniejszym niż 1 miesiąc przed upływem terminu składania ofert. Stosownie do Rozdziału VII punkt 2.1.1 SIWZ na potwierdzenie ww. warunku Zamawiający żądał przedłożenia 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. Do upływu terminu składania ofert, tj. do dnia 16 lipca 2019 r., złożono dwie ofert. Odwołujący za realizację zamówienia zaproponował cenę 9 451 320 zł. Wykonawca Genpower zaproponował cenę 7 443 960 zł. Pozostałe kryteria zostały zaoferowane w sposób tożsamy przez wszystkich wykonawców.

Izba ustaliła, że Zamawiający wezwał wykonawcę Genpower na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp (pismo z dnia 24 lipca 2019 r.) do złożenia stosownych dokumentów i oświadczeń. Wykonawca pismem z dnia 5 sierpnia 2019 r. przedłożył m.in. zaświadczenie wystawione przez ING Bank Śląski S.A. z dnia 27 czerwca 2019 r., z którego wynika m.in. że w ocenie Banku klient posiada zdolność kredytową w kwocie 6500 000 zł. Ponadto, niniejsze zaświadczenie wydaje się na prośbę klienta i dotyczy wyłącznie informacji, które były przedmiotem wniosku Klienta. Dodatkowo, ING Bank Śląski S.A. nie ponosi odpowiedzialności za wnioski wysunięte z niniejszego zaświadczenia. Dnia 7 sierpnia 2019 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty wykonawcy Genpower.

Przedmiotem sporu jest okoliczność, czy przedłożone przez wykonawcę Genpower zaświadczenie z banku jest prawidłowe. Izba stwierdziła, że sporny dokument potwierdzał posiadanie przez wykonawcę Genpower zdolności kredytowej na poziomie wymaganym przez Zamawiającego.

Odnosząc się do argumentacji Odwołującego, że przedstawione przez wykonawcę zaświadczenie nie odpowiada wymogom sformułowanym w przepisach prawa i w SIWZ należy wskazać, że z postanowień SIWZ nie wynika, aby zaświadczenie banku miało zawierać informację o jego wydaniu w celu złożenia w przetargu. Nadto, z żadnego przepisu prawa powszechnie obowiązującego nie wynika (i, jak słusznie zauważył Zamawiający, Odwołujący nie wskazał przepisu) wymóg zawarcia w zaświadczeniu informacji, że jest ono wydawane w celu złożenia w przetargu. Zgodnie z §2 ust. 2 pkt 3 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz.U. z 2016 r. poz. 1126) w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących sytuacji ekonomicznej lub finansowej zamawiający może żądać 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 albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Informacja wystawiana przez bank lub spółdzielczą kasę oszczędnościowo - kredytową jest dokumentem, który nie ma określonej przepisami prawa treści czy nazwy. To podmiot go wystawiający decyduje każdorazowo o informacjach w nim zawartych. Informacja winna jedynie potwierdzać wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, w okresie nie wcześniejszym niż 1 miesiąc przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Nadto, zarówno ustawa Prawo zamówień publicznych, jak i akty do niej wykonawcze, nie zawierają obowiązku przedkładania Zamawiającemu wraz z informacją banku zapytania kierowanego przez wykonawcę do stosownej instytucji celem uzyskania ww. informacji. Równocześnie żadne przepisy, czy też postanowienia SIWZ, nie nakładają na wykonawcę obowiązku podania w dokumencie pochodzącym z banku informacji o dotychczas zaciągniętych zobowiązaniach w instytucji wystawiającej przedmiotowy dokument. Jeżeli Odwołujący chciał wykazać, że wskazana kwota zdolności kredytowej nie uwzględnia uprzednio zaciągniętych i dotychczas niespłaconych kredytów winien to uczynić do zamknięcia rozprawy. Odwołujący, na którym spoczywał ciężar udowodnienia (zgodnie z art. 6 Kodeksu cywilnego oraz art. 190 ust. 1 ustawy Pzp) nie uprawdopodobnił nawet, że taka sytuacja zaistniała.

Informacja banku o zdolności kredytowej składana przez wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ma służyć jedynie weryfikacji zdolności finansowej wykonawcy, który dopiero ubiega się o zamówienie. W szczególności celem składania takiej informacji nie jest dowodzenie zamawiającemu, iż wykonawca zawarł przykładowo przedwstępną umowę kredytową. Izba podziela pogląd prezentowany przez Zamawiającego,

że przedstawiona informacja banku stanowi typową informację o zdolności kredytowej wydawaną przez banki na użytek postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a zawarte w nim zastrzeżenie, że bank nie ponosi odpowiedzialności za wnioski wysunięte z niniejszego zaświadczenia nie może być przyczyną zakwestionowania jego ważności przez Zamawiającego. Takie zastrzeżenie jest standardowe i ma charakter informacyjny. Użycie sformułowań wskazujących na to, że bank nie ponosi odpowiedzialności za wnioski płynące z wydanego zaświadczenia, nie świadczy o tym, że złożony dokument nie potwierdza zdolności finansowej wykonawcy jedynie ubiegającego się o zamówienie. Oczywistym jest, że bank nie ponosi odpowiedzialności za działania innych podmiotów, a Zamawiający nie może oczekiwać, że bank tę odpowiedzialność na siebie przyjmie. Zawarte zastrzeżenie mogło mieć jedynie na celu podkreślenie, że nie może być ono traktowane jako promesa kredytowa.

Dodatkowo należy wskazać, iż przedkładane w postępowaniach informacje z banku są jedynie opiniami banku, niepoprzedzonymi analizą zdolności kredytowej w rozumieniu art. 70 ust. 1 Prawa bankowego. W przypadku realizacji zamówienia publicznego wybrany wykonawca nie jest bowiem zobowiązany do uzyskania kredytu i nie musi danej inwestycji finansować z takich źródeł. Jego możliwości finansowe bada się pod kątem potencjalnej, a nie rzeczywistej, jak to wskazywał Odwołujący, możliwości wykonania zamówienia, którą można ustalić również na podstawie wstępnej oceny zdolności wykonawcy, dokonanej przez bank, która potwierdza zdolność kredytową w określonej wysokości. Żądanie zaś od wykonawcy przedłożenia oświadczenia o zdolności kredytowej, które byłoby wiążące dla banku i

zobowiązywałoby bank do udzielenia kredytu na określoną kwotę byłoby niezgodne chociażby z przepisami rozporządzenia.

Reasumując, nie potwierdził się zarzut niewykazania przez wykonawcę Genpower spełniania warunku w zakresie zdolności finansowej. Z treści zaświadczenia z banku wynika, że wykonawca Genpower na dzień wystawienia informacji, tj. na dzień 27 czerwca 2019 r. posiada zdolność do spłaty kredytu w wysokości wymaganej przez Zamawiającego. Uszło również uwadze Odwołującego, że gdyby zarzut się potwierdził, wykonawca Genpower byłby wezwany wpierw do uzupełnienia spornego dokumentu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Nie można też przypisać Zamawiającemu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, bowiem przepis ten nie ma zastosowania w przetargu nieograniczonym. Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp odrzuceniu podlega oferta złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub niezaproszonego do składania ofert. Zastosowanie tej przesłanki ma związek z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, zgodnie z którym ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą. Jednak te dwie regulacje należy odnieść do dwóch rożnych sytuacji. Art. 24 ust. 4 ustawy Pzp dotyczy co do zasady postępowań jednoetapowych, gdzie wykonawcy, składając ofertę, nie wiedzą, że zostaną wykluczeni z postępowania. Art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp odnosi się do szerszego kręgu wykonawców, tj. także do tych, którzy składają oferty pomimo tego, że zostali już poinformowani o wykluczeniu z postępowania. Ponadto odrzuceniu podlegają oferty złożone przez każdego wykonawcę niezaproszonego do składania ofert. Taka sytuacja będzie miała miejsce tylko w postępowaniu, w którym zamawiający przewidział etap poprzedzający zaproszenie do złożenia ofert, np. składanie wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. W takiej sytuacji oferta złożona przez wykonawcę niezaproszonego podlega odrzuceniu.

W odniesieniu do informacji znajdującej się w odwołaniu, że zaoferowana przez wykonawcę Genpower cena może świadczyć o korzystaniu przez wykonawcę z tańszych zamienników, należy wskazać, że zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Ustawa Pzp nie definiuje pojęcia zarzutu, użytego w ww. przepisie. Niemniej, w świetle całokształtu regulacji ustawowej, zwłaszcza w powiązaniu z instytucją uwzględniania odwołania przez zamawiającego, należy przyjąć, że zarzutu nie tworzy samo wskazanie informacji, lecz podanie naruszonych przepisów prawa oraz okoliczności faktycznych, na których zarzut polega i na których się zasadza. Izba ustaliła, że Odwołujący ani nie przytoczył żadnej podstawy prawnej, ani nie wskazał okoliczności faktycznych w powyższym zakresie.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący: .....