Sygn. akt: KIO 3319/23

WYROK

z dnia 21 listopada 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzeszewski

Protokolant: Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 listopada 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 listopada 2023 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia LK Inwest sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu i KB Inwest sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Muzeum Szlachty Mazowieckiej w Ciechanowie

przy udziale wykonawcy M. sp. z o.o. z siedzibą w Ciechanowie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 3319/23 po stronie zamawiającego

orzeka:

1.uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu: Muzeum Szlachty Mazowieckiej w Ciechanowie unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy M. sp. z o.o. z siedzibą w Ciechanowie oraz nakazuje temu Zamawiającemu wezwanie tego wykonawcy do złożenia podmiotowego środka dowodowego w trybie przepisu art.128 ust.1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605) potwierdzającego posiadanie zdolności kredytowej lub środków finansowych w kwocie co najmniej 5 000 000, 00 zł,

2.kosztami postępowania obciąża Przystępującego: wykonawcę M. sp. z o.o. z siedzibą w Ciechanowie i:

2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia LK Inwest sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu i KB Inwest sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu tytułem wpisu od odwołania,

2.2.zasądza od Przystępującego: wykonawcy M. sp. z o.o. z siedzibą w Ciechanowie kwotę 13 617 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset siedemnaście złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, zwrotu kosztów poniesionej opłaty skarbowej i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust.1 i 580 ust.1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący……

KIO 3319/23

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający: Muzeum Szlachty Mazowieckiej w Ciechanowie wszczął postępowanie o udzielenie zamówien publicznego pod nazwą „Budowa centralnego Magazynu zbiorów Muzeum Szlachty Mazowieckiej w Ciechanowie wraz przestrzenią zwiększającą dostęp do kultury", znak sprawy:
MSM-332/13/2023.

Przedmiotowe zamówienie zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 2023/BZP 00337975/01.

W dniu 31 października 2023 r. Odwołujący - wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: LK Inwest sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu i KB Inwest sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu powziął wiadomość o wyborze najkorzystniejszej wykonawcy M. sp. z o.o. z siedzibą w Ciechanowie, zwanego dalej Przystępującym.

Nie zgadzając się z powyższą czynnością Zamawiającego Odwołujący w dniu 6 listopada 2023 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zarzucając Zamawiającemu naruszenie art.128 ust. 1ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605), zwanej dalej ustawą Pzppoprzez jego niezastosowanie, polegające na braku wezwania Przystępującego do złożenia prawidłowego środka dowodowego, ewentualnie do jego uzupełnienia lub poprawienia pomimo, iż przedłożona przez wykonawcę opinia bankowa z dnia 12 października 2023 r. nie potwierdza zdolności kredytowej wykonawcy w rozumieniu § 8 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (dalej: rozporządzenie).

Mając na uwadze powyższy zarzut, Odwołujący wnosił o:

1.nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Przystępującego;

2.nakazanie zamawiającemu wezwania Przystępującego do złożenia prawidłowego środka dowodowego, którym wykonawca w sposób należyty wykaże, iż posiada zdolność kredytową lub środki finansowe w kwocie co najmniej 5 000 000,00 zł,

3.ewentualnie wnoszę o nakazanie zamawiającemu wezwania Przystępującego do uzupełnienia lub poprawienia opinii bankowej z dnia 12 października 2023 r. w taki sposób, by w sposób należyty wykazywała ona, iż wykonawca posiada zdolność kredytową lub środki finansowe w kwocie co najmniej 5 000 000,00 zł,

4.nakazanie zamawiającemu dokonania czynności ponownego badania i oceny ofert;

5.zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika zgodnie ze spisem kosztów, który zostanie złożony na rozprawie.

Odwołujący zwrócił uwagę, że zgodnie z postanowieniami zawartymi w SWZ (rozdział 8 ust. 1.3.) Zamawiający postawił wykonawcom ubiegającym się o udział w postępowaniu warunek dotyczący sytuacji ekonomicznej lub finansowej o następującej treści: Zamawiający uzna warunek za spełniony jeżeli Wykonawca wykaże, że posiada zdolność kredytową lub środki finansowe w kwocie co najmniej 5 000 000,00 zł.

Nadto, Odwołujący zauważył, że na potwierdzenie spełnienia przedmiotowego warunku Przystępujący przedstawił opinię bankową z dnia 12 października 2023 r., zgodnie z którą: „(…)ww. Klient aktualnie ma możliwość finansowania swojej działalności bieżącej do łącznej kwoty 5.000.000,- zł (słownie złotych: pięć milionów, groszy: zero). Udzielenie nowego kredytu będzie możliwe po złożeniu wniosku o przyznanie kredytu wraz z kompletem wymaganych w Banku dokumentów, po pozytywnej ocenie zdolności kredytowej oraz po ustanowieniu wzajemnie uzgodnionego prawnego zabezpieczenia spłaty kredytu.(…)".

Odwołujący wskazał również, że zgodnie z art. 115 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w odniesieniu do sytuacji finansowej lub ekonomicznej zamawiający może określić warunki, które zapewnią posiadanie przez wykonawców zdolności ekonomicznej lub finansowej niezbędnej do realizacji zamówienia. W tym celu zamawiający może wymagać w szczególności posiadania przez wykonawcę określonej zdolności kredytowej lub środków finansowych.

Dodatkowo, zaznaczył, że stosownie do § 8 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu dotyczących sytuacji ekonomicznej lub finansowej zamawiający może żądać, w szczególności informacji banku potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy.

Ostatecznie Odwołujący podniósł, że art. 128 ust. 1 ustawy Pzp przewiduje, że jeżeli wykonawca nie złożył podmiotowych środków dowodowych lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie.

W ocenie Odwołującego - wystawiając informację o zdolności kredytowej w celu złożenia jej w postępowaniu o udzielenie zamówienia, bank informuje o tym, że dany klient posiada zdolność kredytową do określonej kwoty. Taka deklaracja banku nie stanowi wprawdzie o zweryfikowaniu zdolności kredytowej wykonawcy w rozumieniu art. 70 ust. 1 Prawo bankowe, nie zmienia to jednak faktu, że treść „informacji banku" (w rozumieniu § 8 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia) musi wprost zawierać wiadomość o posiadaniu przez danego wykonawcę „zdolności kredytowej" (w rozumieniu art. 115 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia).

Według Odwołującego - oznacza to, że weryfikacja posiadania przez wykonawcę zdolności kredytowej opierać się musi na dokumencie wystawionym przez bank, który zawiera informację o „zdolności kredytowej" wykonawcy. W konsekwencji zamawiający nie może pozytywnie ocenić zdolności kredytowej w oparciu o dokument, który obejmuje informację o innych przymiotach wykonawcy, choćby nawet dotyczyły one jego sytuacji ekonomicznej lub finansowej. Dlatego też informacja banku o kwocie, do której wykonawca ma możliwość finansowania swojej działalności bieżącej nie stanowi informacji o „zdolności kredytowej".

Odwołujący argumentował, że rolą zamawiającego nie jest interpretowanie opinii bankowej, czy też domyślanie się, jaką informację bank w istocie chciał przekazać, skoro przepisy ustawy i rozporządzenia w sposób ścisły określają, jaką treść powinna mieć „informacja banku", by potwierdzała ona spełnienie warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej lub finansowej.

W opinii Odwołującego - w przedmiotowym postępowaniu opinia bankowa z dnia 12 października 2023 r. nie tylko nie potwierdza, że wykonawca posiada zdolność kredytową do określonej kwoty, ale dodatkowo zawiera informacje, które przynajmniej poddają w wątpliwość posiadanie zdolności kredytowej przez wykonawcę.

Zwrócił również uwagę, że z opinii banku wynika, że wykonawca korzysta już z kredytu udzielonego przez bank „(…)Udzielenie nowego kredytu będzie możliwe po złożeniu wniosku(…).”.

Z powyższego Odwołujący wywodził, że skoro więc zdaniem banku Klient aktualnie ma możliwość finansowania swojej działalności bieżącej do łącznej kwoty 5.000.000,- zł, oznaczać to musi, że bank nie wyklucza udzielenia wykonawcy kolejnego kredytu, który łącznie z kredytem już udzielonym opiewał będzie na kwotę 5.000.000 zł.

Zdaniem Odwołującego - Przystępujący dysponujący dwoma kredytami na łączną kwotę 5.000.000 zł spełni warunek udziału w postępowaniu, jednak wyłącznie przy założeniu, że w momencie składania podmiotowych środków dowodowych żaden z kredytów nie byłby wykorzystany w żadnej części.

Odwołujący przekonywał, że w sytuacji, jaka zaistniała w przedmiotowym postępowaniu, zamawiający powinien więc rozumieć, że z opinii bankowej wynika w istocie brak posiadania przez wykonawcę zdolności kredytowej na kwotę 5.000.000 zł, gdyż pierwszy z udzielonych wykonawcy kredytów został już uruchomiony i niewątpliwie jest w części wykorzystany.

Na marginesie Odwołujący dodał, że w swojej opinii bank z jednej strony nie podaje, że kwota 5.000.000 zł stanowi wysokość zdolności kredytowej wykonawcy, a z drugiej deklaruje, iż udzielenie nowego kredytu możliwe będzie po pozytywnej ocenie zdolności kredytowej. Oznacza to, iż na etapie wydawania opinii z dnia 12 października 2023 r. bank nie zweryfikował zdolności kredytowej wykonawcy ani w rozumieniu art. 70 ust. 1 Prawo bankowe, ani art. 115 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp lub § 8 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia.

W dniu 9 listopada 2023 r. wykonawca M. sp. z o.o. z siedzibą w Ciechanowie, zwany dalej Przystępującym zgłosił swoje przystąpienie do przedmiotowego postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Pismem z dnia 9 listopada 2023 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie oświadczając, że uwzględnia odwołanie w całości, przy czym Przystępujący w dniu 17 listopada 2023 r. zgłosił sprzeciw przeciwko powyższej czynności procesowej Zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść akt sprawy odwoławczej, w tym treść Specyfikacji Warunków Zamówienia, zwanej dalej SWZ, oferty Odwołującego, odwołania, wniosku Przystępującego z dnia 11 października 2023 r. skierowanego do banku, opinii bankowej z dnia 12 października 2023 r. Banku Spółdzielczego w Płońsku Oddział w Ciechanowie, przystąpienia do postępowania odwoławczego z dnia 9 listopada 2023 r., odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie z dnia 14 listopada 2023 r., sprzeciwu z dnia 17 listopada 2023 r., jak również na podstawie złożonych wyjaśnień Izba postanowiła odwołanie uwzględnić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisu art.128 ust.1 ustawy Pzp oraz § 8 ust.1 pkt 3 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy z dnia 23 grudnia 2020 r. .

Rozpoznając meritum sprawy należy wskazać, że podstawowym, istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia była kwestia oceny czy Zamawiający miał dostateczne podstawy prawne do wezwania Przystępującego do złożenia nowej opinii bankowej lub jej uzupełnienia w celu potwierdzenia spełniania podmiotowego warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności ekonomicznej i finansowej.

W zakresie niezbędnym do rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy Izba ustaliła, że Zamawiający w pkt 8.1.3. SWZ postanowił, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, tj.: w zakresie sytuacji i finansowej w ten sposób, że Zamawiający uzna warunek za spełniony jeżeli Wykonawca wykaże, że posiada zdolność kredytową lub środki finansowe w kwocie co najmniej 5 000 000, 00 zł.

Izba stwierdziła również, że we wniosku z dnia 11 października 2023 r. Przystępujący zwrócił się do Banku Spółdzielczego w Płońsku Oddział w Ciechanowie z prośbą o wydanie zaświadczenia poświadczającego zdolność kredytową spółki na kwotę nie mniejszą niż 5 000 000,00 zł.

W wykonaniu powyższego warunku SWZ Przystępujący na potwierdzenie jego spełniania przedłożył opinię bankową z dnia 12 października 2023 r. następującej treści: „(…) Jednocześnie informujemy, że ww. Klient aktualnie ma możliwość finansowania swojej działalności bieżącej do łącznej kwoty 5.000.000,- zł (słownie złotych: pięć milionów, groszy: zero). Udzielenie nowego kredytu będzie możliwe po złożeniu wniosku o przyznanie kredytu wraz z kompletem wymaganych w Banku dokumentów, po pozytywnej ocenie zdolności kredytowej oraz po ustanowieniu wzajemnie uzgodnionego prawnego zabezpieczenia spłaty kredytu.(…)”.

Według zapatrywania Izby – powyższa informacja banku nie potwierdza spełniania przez Przystępującego

powołanego wyżej warunku SWZ.

Stosownie do przepisu § 8 ust.1 pkt 3 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy z dnia 23 grudnia 2020 r. w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących sytuacji ekonomicznej lub finansowej zamawiający może żądać, w szczególności, następujących podmiotowych środków dowodowych informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, w okresie nie wcześniejszym niż 3 miesiące przed jej złożeniem.

W związku z treścią przepisu, o którym wyżej mowa należało przyjąć, że powyższy warunek pkt 8.1.3. SWZ w całej rozciągłości odpowiadał treści tego przepisu, jednak wykonanie tego warunku przez Przystępującego, jak również sama ocena Zamawiającego spełnienia przez Przystępującego tego warunku nie mieściły się w granicach tego przepisu prawa.

W związku z tym w pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę, że Przystępujący nie przedłożył jakiegokolwiek dokumentu potwierdzającego posiadanie w banku jakichkolwiek środków finansowych, a zatem ta część warunku odnosząca się do posiadania środków finansowych w kwocie co najmniej 5 000 000, 00 zł nie została spełniona.

Dalej, w przekonaniu Izby - na szczególną uwagę zasługuje fakt, że bank tej zdolności kredytowej nie potwierdził, pomimo jednoznacznego wniosku Przystępującego o poświadczenie zdolności kredytowej spółki na kwotę nie mniejszą niż 5 000 000,00 zł., lecz enigmatycznie poinformował Przystępującego, że aktualnie ma on możliwość finansowania swojej działalności bieżącej do łącznej kwoty 5.000.000, 00 zł.

Zdaniem Izby - z powyższego oświadczenia w żaden sposób nie można wnioskować o posiadaniu przez Przystępującego zdolności kredytowej według oczekiwanej przez Zamawiającego wartości, tym bardziej, że bank przewidział taką ocenę w przyszłości i uzależnił on jej wydanie po ustanowieniu wzajemnie uzgodnionego prawnego zabezpieczenia.

Wymaga również zauważenia, że zgodnie z art.70 ust.1 zd.2 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo Bankowe, tj. z dnia 23 października 2023 r. przez zdolność kredytową rozumie się zdolność do spłaty zaciągniętego kredytu wraz z odsetkami w terminach określonych w umowie.

Nie ulega dla Izby wątpliwości, że bank nie wypowiedział się co do takiej zdolności spłaty kredytu na poziomie wymaganym cyt. wyżej warunkiem. Na rozprawie Przystępujący przyznał, że ani bank nie zgłaszał zastrzeżeń do samego wniosku, ani sam Przystępujący nie zgłaszał zastrzeżeń do treści opinii, pomimo tego, że – zdaniem Izby – bank wydał opinię poza zakresem treści złożonego wniosku.

Oczywiście należy się zgodzić z tym, że bank jest dysponentem własnych oświadczeń zarówno woli, jak i wiedzy jednak ich treść pociąga za sobą konkretne skutki prawne jak w rozpoznawanej sprawie.

Dodatkowo, Przystępujący sam przyznał informacyjnie w zgłoszeniu przystąpienia z dnia 9 listopada 2023 r., że posiada w tym banku odnawialny kredyt obrotowy w rachunku bieżącym do kwoty 750 000 zł, co może wskazywać, że deklaracja banku o aktualnej możliwości finansowania działalności bieżącej Przystępującego do łącznej kwoty 5.000.000,- zł jest wątpliwa, biorąc pod uwagę, że ta wartość wskazana przez bank jest już obciążona kwotą 750 000 zł i w takim przypadku powinna być ona pomniejszona o istniejące już zobowiązanie.

Mówiąc o racjonalności działania banku i wiedzy tego podmiotu co do celu wydania zaświadczenia Przystępujący zdaje się zapominać czemu ma służyć warunek potwierdzający zdolność ekonomiczną i finansową danego wykonawcy.

Ma on przede wszystkim zabezpieczać wykonanie i należyte wykonanie przedmiotu zamówienia i eliminować wykonawców, który podejmują się określonej realizacji zamówienia nie posiadając minimalnej zdolności ekonomicznej czy finansowej do przeprowadzenia jak w tym przypadku procesu inwestycyjnego.

Jednocześnie należy podkreślić, że powołane wyżej przepisy prawa posługują się jednoznacznymi pojęciami prawnymi: „posiadaniem środków finansowych lub zdolności kredytowej", a nie dopuszczają one innej podobnej lub równoważnej formuły zabezpieczającej zdolność ekonomiczną lub finansową.

Z powyższych względów Izba uznała, że Przystępujący nie złożył stosownego podmiotowego środka dowodowego zawierającego informacje o odpowiedniej zdolności kredytowej Przystępującego.

W takiej sytuacji – w ocenie Izby – zaistniały przesłanki do zastosowania przez Zamawiającego przepisu art. 128 ust.1 ustawy Pzp, który stanowi, że jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w , podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że:

1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub

2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

Jeżeli zatem Zamawiający nie skorzystał z powyższego przepisu obowiązującego prawa, to należało przyjąć, że dopuścił się zaniechania czynności wezwania Przystępującego do złożenia odpowiednich podmiotowych środków dowodowych według treści § 8 ust.1 pkt 3 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy z dnia 23 grudnia 2020 r. .

W tym stanie rzeczy, uznając, iż powyższe naruszenia przepisów ustawy miały i mogły mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, Izba na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, postanowiła odwołanie uwzględnić.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 589
ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania .

Mając powyższe na uwadze, na zasadzie art.553 w związku z art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:……...