Sygn. akt: KIO 2642/23

WYROK
z dnia 21 września 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Luiza Łamejko

Piotr Kozłowski

Emil Kuriata

Protokolant:Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 września 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 września 2023 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: NDI S.A. z siedzibą w Sopocie, NDI Sopot S.A. z siedzibą w Sopocie i M. F. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Ocean Sense M. F. z siedzibą w Gdyni** w postępowaniu prowadzonym przez **Wojskową Akademię Techniczną im. Jarosława Dąbrowskiego w Warszawie**

przy udziale:

A.**wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Polimex Infrastruktura Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i Polimex Mostostal S.A. z siedzibą w Warszawie**

zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

B.**wykonawcy UNIBEP S.A. z siedzibą w Bielsku Podlaskim**

zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1.Oddala odwołanie.
2.Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: NDI S.A. z siedzibą w Sopocie, NDI Sopot S.A. z siedzibą w Sopocie i M. F. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Ocean Sense M. F. z siedzibą w Gdyni i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: NDI S.A. z siedzibą w Sopocie, NDI Sopot S.A.
z siedzibą w Sopocie i M. F. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Ocean Sense M. F. z siedzibą w Gdyni tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.) 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:……...

……...

……...

Sygn. akt: KIO 2642/23

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

Wojskową Akademia Techniczna im. Jarosława Dąbrowskiego w Warszawie (dalej: „Zamawiający") prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie
o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Budowa Centrum Innowacji
i Cyberbezpieczeństwa Wydziału Cybernetyki". Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej: „ustawy Pzp". Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 22 lutego 2023 r. pod numerem 2023/S 038-112213.

W dniu 8 września 2023 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: NDI S.A. z siedzibą w Sopocie, NDI Sopot S.A. z siedzibą w Sopocie i M. Fprowadzący działalność gospodarczą pod firmą Ocean Sense M. F. z siedzibą w Gdyni (dalej: „Odwołujący") wnieśli do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec zaniechań i czynności Zamawiającego polegających na:

- nieprawidłowym (dwukrotnym) wezwaniu wykonawcy Unibep S.A. do uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego składanego w celu wykazania spełniania tego samego warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności finansowej,

- nieprawidłowej ocenie przez Zamawiającego oferty złożonej przez Unibep S.A., skutkującej niezasadnym uznaniem, iż wykonawca ten spełnia warunki udziału w postępowaniu
i w konsekwencji zaniechaniem odrzucenia oferty Unibep S.A. i dokonaniem wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez Unibep S.A.;

- zaniechaniu wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

(1) art. 128 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1) ustawy Pzp poprzez dwukrotne wezwanie Unibep S.A. w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp do uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego, służącego wykazaniu spełniana warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności finansowej określonego w Rozdziale V pkt 1 ppkt 3) lit. a) SWZ dla postępowania, pomimo tego, iż wezwanie do uzupełnienia danego podmiotowego środka dowodowego, wystosowane na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, winno mieć charakter jednokrotny, co w konsekwencji doprowadziło do naruszenia tzw. zasady jednokrotności wezwania oraz nieusprawiedliwionego uprzywilejowania Unibep S.A.,

(2) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Unibep S.A., pomimo tego, iż wykonawca ten nie spełnia warunków udziału w postępowaniu;

(3) art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wybór, jako oferty najkorzystniejszej, oferty złożonej przez Unibep S.A., pomimo tego, iż jako oferta podlegająca odrzuceniu nie powinna być oceniana w ramach kryteriów oceny ofert oraz poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu.

Odwołujący wniósł o:

- uwzględnienie Odwołania w całości,

- nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nakazane ponownego badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu, a w jej następstwie odrzucenia oferty złożonej przez Unibep S.A.,

- przeprowadzenie dowodów z dokumentów wskazanych w uzasadnieniu Odwołania na okoliczności tam wskazane oraz dokumentów, które zostaną złożone na rozprawie przed KIO w celu wykazania faktów określonych w sformułowanych wówczas tezach dowodowych,

- przeprowadzenie eksperymentu procesowego w postaci walidacji, zgodnie
z rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 910/2014 z dnia 23 lipca 2014 r. w sprawie identyfikacji elektronicznej i usług zaufania w odniesieniu do transakcji elektronicznych na rynku wewnętrznym oraz uchylające dyrektywę 1999/93/WE (Dz. U. UE. L. z 2014 r. Nr 257, str. 73 – „Rozp. eIDAS") podpisów elektronicznych, którym podpisana została informacja z banku BNP Paribas Bank Polska S.A. dot. Unibep S.A. nieposiadająca daty podpisana podpisem elektronicznym w imieniu banku przez p. A. B. w dniu 4 kwietnia 2023 r., a przedłożona przez Unibep S.A. wraz z pismem z dnia 22 czerwca 2023 r. skierowanym do Zamawiającego, a stanowiącym odpowiedź na wezwanie do złożenia podmiotowych środków dowodowych;

- przeprowadzenie dowodu z wyników walidacji, o której mowa w tiret trzecim powyżej;

- zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego zgodnie ze spisem kosztów, który zostanie przedstawiony na rozprawie przed KIO.

Uzasadniając podniesione zarzuty Odwołujący przedstawił zaistniały
w przedmiotowym postępowaniu stan faktyczny. Odwołujący wskazał, że pismem z dnia 13 czerwca 2023 r. działając na podstawie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający wezwał wykonawcę Unibep S.A., którego oferta została uznana za najkorzystniejszą, do złożenia podmiotowych środków dowodowych dotyczących wszystkich warunków udziału
w postępowaniu oraz podstaw wykluczenia z postępowania. W odpowiedzi na to wezwanie,
w dniu 22 czerwca 2023 r., Unibep S.A. złożyła podmiotowe środki dowodowe, a wśród nich informację z banku BNP Paribas Bank Polska S.A. nieposiadającą daty, podpisaną podpisem elektronicznym w imieniu banku przez p. A. B. w dniu 4 kwietnia 2023 r.

Odwołujący podał, że w wyniku badania i oceny podmiotowych środków dowodowych złożonych przez Unibep S.A., Zamawiający uznał, że nie pozwalają one na uznanie, że wykonawca ten wykazał spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności finansowej (Rozdział V pkt 1 ppkt 3 lit. a SWZ) i w związku z tym w dniu 27 czerwca 2023 r. wezwał Unibep S.A. na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych m.in. w odniesieniu do informacji z banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową Wykonawcy, w okresie nie wcześniejszym niż 3 miesiące przed upływem terminu jej złożenia.

W dniu 28 czerwca 2023 r. Unibep S.A., w odpowiedzi na wezwanie wystosowane przez Zamawiającego na podstawie art. 128 ust. 1 PZP, przedłożył nową informację z banku BNP Paribas Bank Polska S.A. dot. Unibep S.A. z dnia 2 czerwca 2023 r.

W dniu 27 lipca 2023 r. Zamawiający powiadomił wykonawców o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Unibep S.A. (z ceną 200 859 000,00 PLN), której Zamawiający przyznał 100 pkt. Na drugim miejscu oceniona została oferta Odwołującego (z ceną
201 584 472,24 PLN), której Zamawiający przyznał 99,78 pkt.

Procedura badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu, która skutkowała zaniechaniem odrzucenia oferty złożonej przez Unibep S.A. i jej wyborem jako oferty najkorzystniejszej została uznana przez Odwołującego za sprzeczną z przepisami ustawy Pzp i zakwestionowana poprzez wniesienie w dniu 7 sierpnia 2023 r. odwołania.

W odwołaniu z dnia 7 sierpnia 2023 r. (zawisłym pod sygn. akt: KIO 2317/23) Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Unibep S.A., pomimo tego, iż wykonawca ten nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, a także art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wybór, jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu oferty złożonej przez Unibep S.A., pomimo tego, iż jako oferta podlegająca odrzuceniu nie powinna być oceniana w ramach kryteriów oceny ofert oraz poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej. W oparciu
o ww. zarzuty Odwołujący wniósł m.in. o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nakazanie ponownego badania i oceny ofert, a w jej następstwie odrzucenia oferty złożonej przez Unibep S.A.

Zamawiający w dniu 17 sierpnia 2023 r. złożył do akt sprawy odwoławczej o sygn. akt: KIO 2317/23 pisemną odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że 16 sierpnia 2023 r. dokonał unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i przystępuje do ponownego badania i oceny ofert.

Mając na uwadze treść odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie, KIO postanowieniem z dnia 17 sierpnia 2023 r. umorzyła postępowanie odwoławcze w sprawie
o sygn. akt: KIO 2317/23 na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy Pzp.

W ramach ponownego badania i oceny ofert Zamawiający, pismem z dnia 18 sierpnia 2023 r., wezwał Unibep S.A. do złożenia podmiotowego środka dowodowego, potwierdzającego spełnianie warunku udziału w postępowaniu określonego w Rozdziale V pkt 1 ppkt 3) lit. a) SWZ, ponownie opierając swoje żądanie o przepis art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, tak jak uprzednio uczynił to w swoim pierwszym wezwaniu z dnia z dnia 27 czerwca 2023 r.

W odpowiedzi na ww. wezwanie Unibep S.A. pismem z dnia 23 sierpnia 2023 r. przedłożył dwa dokumenty: (1) informację z Banku Gospodarstwa Krajowego z dnia 17 sierpnia 2023 r. dot. stanu na dzień 30 maja 2023 r. oraz (2) informację z BGK z dnia 22 sierpnia 2023 r. dot. stanu na dzień 21 sierpnia 2023 r.

Zamawiający, po analizie Opinii BGK na dzień 30 maja 2023 r. oraz Opinii BGK na dzień 21 sierpnia 2023 r. uznał, że Unibep S.A. wykazał spełnianie warunku udziału
w postępowaniu w zakresie zdolności finansowej, określonego w Rozdziale V pkt 1 ppkt 3)
lit. a) SWZ i w dniu 28 sierpnia 2023 r. dokonał ponownego wyboru oferty Unibep S.A. jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący stwierdził, że dokonana przez Zamawiającego procedura ponownego badania i oceny oferty Unibep S.A., która skutkowała zaniechaniem odrzucenia oferty złożonej przez Unibep S.A. i jej wyborem jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu narusza bezwzględnie obowiązujące przepisy ustawy Pzp.

W ocenie Odwołującego, pismo Zamawiającego z dnia 27 czerwca 2023 r., wskazujące jako podstawę prawną wezwania art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, stanowi jednoznaczny wyraz przyjęcia przez Zamawiającego, że opinia bankowa z 4 kwietnia 2023 r. przedstawiona przez Unibep S.A. nie może służyć potwierdzeniu spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności finansowej.

Odwołujący zauważył ponadto, że ze złożonej przez Unibep S.A. w dniu 28 czerwca 2023 r. opinii BNP Paribas Bank Polska S.A. z 2 czerwca 2023 r. nie wynika żadną miarą, że wykonawca ten posiada zdolność kredytową na kwotę 100 000 000 PLN wymaganą w treści warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w Rozdziale V pkt 1 ppkt 3 lit. a SWZ. Odwołujący stwierdził, że treść ww. opinii wskazuje na posiadanie przez Unibep S.A. zdolności kredytowej jedynie w kwocie 17 450 892,80 PLN (różnica między wartością limitu kredytowego w wysokości 143 000 000 PLN a kwotą wykorzystanego kredytu 125 549 107,20 PLN).

Jak wskazał Odwołujący, z punktu widzenia celu postawienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności finansowej, istotne znaczenie ma informacja dotycząca aktualnej zdolności kredytowej wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia, a nie informacja w sprawie jego zdolności historycznej. W przedmiotowej sprawie, jak zauważył Odwołujący, BNP Paribas Bank Polska S.A. szczegółowo poinformował odbiorców wystawionych przez niego informacji jaki limit kredytowy przydzielił (historycznie) Unibep S.A. oraz jakie jest saldo wykorzystania przez Unibep S.A. tego limitu kredytowego (na dzień 31 maja 2023 r. wynosiło ono 125 549 107,20 PLN). Zamawiający powinien zatem w toku badania i oceny ofert uwzględnić wszystkie informacje zawarte w Opinii bankowej z dnia 2 czerwca 2023 r. i na podstawie wszystkich (a nie tylko niektórych) informacji zawartych w tym podmiotowym środku dowodowym dokonać oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu, w jej następstwie – oceny oferty Unibep S.A. w aspekcie przesłanek odrzucenia. Zdaniem Odwołującego, wybór oferty Unibep S.A. wskazuje, iż Zamawiający pominął informację o wykorzystanym już kredycie, najprawdopodobniej uznając informację o wysokości linii kredytowej za tożsamą z informacją o zdolności kredytowej tego wykonawcy. Tymczasem, jak wskazał Odwołujący, szeroki dorobek orzeczniczy Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie oceny informacji z banku zawierającej dane o kredycie przyznanym i wykorzystanym wskazuje, iż wielkość kredytu wykorzystanego pomniejsza zdolność kredytową braną pod uwagę przy ocenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności finansowej.

Odwołujący podkreślił, że literalne stwierdzenie o zdolności kredytowej zawarte w informacjach z banku BNP Paribas Bank Polska S.A. złożonych przez Unibep S.A. powinno być oceniane łącznie z informacją o kredycie wykorzystanym. Odwołujący zauważył, że bank lojalnie i precyzyjnie przekazał tą informację wystawionym przez siebie dokumencie tak, aby informacja o korzystaniu przez z Linii wielocelowej wielowalutowej premium BIS numer umowy CRD/L/31399/10 w kwocie 143 000 000,00 PLN nie stworzyła mylnego wrażenia, iż Unibep S.A. posiada właśnie taką zdolność kredytową. Odwołujący stwierdził, że informacja ta winna być wzięta pod uwagę przez Zamawiającego przy ocenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, czego jednak Zamawiający bezpodstawnie zaniechał dokonując wyboru oferty Unibep S.A. jako najkorzystniejszej w postępowaniu w dniu 27 lipca 2023 r.

Odwołujący stwierdził, że przebieg i wynik tej oceny oraz ponowny wybór oferty Unibep S.A. jako najkorzystniejszej jest sprzeczny z prawem.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający z naruszeniem art. 128 ust. 1 ustawy Pzp i wynikającej z niego zasady jednokrotności wezwania, pismem z dnia 18 sierpnia 2023 r. po raz drugi wezwał Unibep S.A. do uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego w postaci informacji z banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową (pierwotne wezwanie nastąpiło w dniu 27 czerwca 2023 r.).

Odwołujący podniósł również, że niezależnie od naruszenia zasady jednokrotności wezwania, Zamawiający nieprawidłowo ocenił trzecią przedłożoną przez Unibep S.A. w trakcie postępowania informację z banku uznając, iż przedłożone przez tego wykonawcę dokumenty z Banku Gospodarstwa Krajowego potwierdzają spełnianie przez Unibep S.A. warunku udziału w postępowaniu, określonego w Rozdziale V pkt 1 ppkt 3) lit. a) SWZ pomimo tego, iż ich treść w żadnym przypadku nie pozwala na tego rodzaju wniosek.

Odwołujący, uzasadniając naruszenie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, zauważył, że zasada jednokrotności uzupełniania dokumentów jest przesądzona w orzecznictwie KIO, ukształtowanym już na gruncie uprzednio obowiązującej ustawy Pzp (ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych – tekst jedn. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 z późn. zm.) oraz jednolicie przyjmowana na gruncie aktualnie obowiązującego art. 128 ust. 1 ustawy Pzp. Jak podał Odwołujący, przyjęcie wskazanej zasady przez KIO powoduje ten skutek, że zamawiający nie może ponownie wezwać wykonawcę do złożenia podmiotowego środka dowodowego, do którego złożenia lub poprawienia wykonawca był już wzywany, jak również nie może samodzielnie złożyć ponownie dokumentu, który już uprzednio złożył, zgodnie z

wezwaniem zamawiającego. Tytułem przykładu Odwołujący przywołał wyrok KIO z dnia 7 lipca 2022 r., sygn. akt: KIO 1642/22.

Tymczasem, jak wskazał Odwołujący, w realiach postępowania Zamawiający dwukrotnie wezwał Unibep S.A. do uzupełnienia tego samego podmiotowego środka dowodowego w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp:

− pismem z dnia 27 czerwca 2023 r. - podnosząc wadliwość formy pierwotnie złożonej informacji z banku BNP Paribas Bank Polska S.A.,

− pismem z dnia 18 sierpnia 2023 r. – wskazując, że uzupełniona przez Unibep S.A. w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp informacja z banku BNP Paribas Bank Polski S.A. nie potwierdza, iż wykonawca ten posiada zdolność kredytowa na kwotę min. 100 000 000 zł brutto, jak wymaga tego Rozdział V pkt 1 ppkt 3) lit. a) SWZ.

Odwołujący zwrócił uwagę, że ponowne wezwanie do uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego, czyli wezwanie dokonane pismem z dnia 18 sierpnia 2023 r. zostało prawdopodobnie dokonane przez Zamawiającego w następstwie podzielenia argumentów prezentowanych przez pełnomocnika Unibep S.A. w piśmie z dnia 16 sierpnia 2023 r. W piśmie tym pełnomocnik Unibep S.A. wskazywał, że*Prezentowane przez Odwołującego stanowisko oraz interpretacja zasady „jednokrotności wezwania", niewyrażonej w przepisach PZP, ale wynikającej z dorobku orzeczniczego Krajowej Izby Odwoławczej pomija kluczowy aspekt stosowania tej zasady – jednokrotność wezwania dotyczy zakazu wzywania do uzupełnienia lub poprawienia tego samego błędu lub uchybienia, które było już przedmiotem wezwania, a nie dokumentu potwierdzającego dane okoliczności. Innymi słowy, zamawiający nie może ponownie wezwać wykonawcy do uzupełnienia lub poprawienia dokumentu (art. 128 ust. 1 PZP) jeżeli w odpowiedzi na pierwsze wezwanie w trybie art. 128 ust. 1 PZP wykonawca skutecznie nie uzupełnił lub nie poprawił dokumentu w zakresie uchybień precyzyjnie wskazanych w treści wezwania pierwszego wezwania. Powyższe z kolei oznacza, że zakaz ponownego wezwania nie dotyczy sytuacji, w której zamawiający wzywa do uzupełnienia lub poprawienia dokumentu z uwagi na błędy lub uchybienia, które nie zostały wskazane we wcześniejszym wezwaniu w trybie art. 128 ust. 1 PZP*.

Zdaniem Odwołującego, stanowisko to jest nieadekwatne w przedmiotowym stanie faktycznym. Odwołujący stwierdził, że prawdą jest, iż pierwsze wezwanie do uzupełnienia dokumentów, czyli wezwanie z dnia 27 czerwca 2023 r. wskazywało, że informacja z banku przedłożona pierwotnie przez Unibep S.A. (czyli Opinia BNP Paribas Bank Polska S.A. z dnia 4 kwietnia 2023 r.) została wadliwie złożona. Zamawiający podnosił w tym wezwaniu, że „złożony dokument został podpisany przez Wykonawcę, zgodnie z zapisami SWZ powinien być złożony jako oryginał w formie elektronicznej.". Jednakże, jak wskazał Odwołujący, opinia BNP Paribas Bank Polski S.A. z dnia 4 kwietnia 2023 r. została złożona przez Unibep S.A.
w formie zgodnej z przepisami rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej
w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie (Dz. U. poz. 2452). Jak stanowi § 6 ust, 1 tego rozporządzenia, w przypadku gdy podmiotowe środki dowodowe, przedmiotowe środki dowodowe, inne dokumenty, w tym dokumenty, o których mowa w art. 94 ust. 2 ustawy, lub dokumenty potwierdzające umocowanie do reprezentowania odpowiednio wykonawcy, wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, podmiotu udostępniającego zasoby na zasadach określonych w art. 118 ustawy lub podwykonawcy niebędącego podmiotem udostępniającym zasoby na takich zasadach, zwane dalej "dokumentami potwierdzającymi umocowanie do reprezentowania", zostały wystawione przez upoważnione podmioty inne niż wykonawca, wykonawca wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, podmiot udostępniający zasoby lub podwykonawca, zwane dalej "upoważnionymi podmiotami", jako dokument elektroniczny, przekazuje się ten dokument.

Odwołujący zauważył, że opinia BNP Paribas Bank Polski S.A. z dnia 4 kwietnia 2023 r. została złożona w postaci oryginału, tj. jako dokument wystawiony w postaci elektronicznej przez Paribas Bank Polska S.A. podpisany kwalifikowanym podpisem elektronicznym w imieniu banku przez p. A. B.. Dodatkowo, oryginał Opinii BNP Paribas Bank Polski S.A. z dnia 4 kwietnia 2023 r. został podpisany kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez p. Janusza Romaniaka - pełnomocnika Unibep S.A. Dokument ten zawiera dwa kwalifikowane podpisy elektroniczne: (1) wystawcy (p. A. B.) oraz (2) pełnomocnika wykonawcy (p. Janusza Romaniaka). Zdaniem Odwołującego, podpisanie dokumentu dodatkowo przez p. Janusza Romaniaka nie pozbawia go waloru oryginału, gdyż fakt walidacji podpisu p. A. B. potwierdza, że po podpisaniu przez nią Opinii bankowej z dnia 4 kwietnia 2023 r. dokument ten nie został zmieniony.

Odwołujący wywiódł, że skoro Opinia BNP Paribas Bank Polski S.A. z dnia 4 kwietnia 2023 r. była dokumentem prawidłowym z uwagi na formę wymaganą przepisami rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r.

w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie (Dz. U. poz. 2452), to pierwszym (i jedynym dopuszczalnym) wezwaniem do uzupełnienia dokumentów, było wezwanie z dnia 27 czerwca 2023 r. Z kolei wezwanie z dnia 18 sierpnia 2023 r. było już drugim, a zatem niedopuszczalnym wezwaniem, do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, które Zamawiający wystosował do Unibep S.A.

Odwołujący stwierdził, że nawet gdyby przyjąć, że pierwsze wezwanie do uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego wystosowane do Unibep S.A. (wezwanie z dnia 27 czerwca 2023 r.) nastąpiło z uwagi na nieprawidłową formę Opinii bankowej z dnia 4 kwietnia 2023 r., to okoliczność ta w żadnym przypadku nie upoważniała Zamawiającego do wystosowania drugiego wezwania do uzupełnienia w dniu 18 sierpnia 2023 r.

Odwołujący podniósł, że niezachowanie wymaganej przepisami formy podmiotowego środka dowodowego ma bowiem skutek najdalej idący, tzn. powoduje, iż dokument jako taki (niezależnie od jego treści) nie może posłużyć wykonawcy wykazaniu spełnienia warunku udziału w postępowaniu lub braku podstawy do wykluczenia.

Jak zauważył Odwołujący, interpretacja art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, którą zaprezentował Unibep S.A. w piśmie swojego pełnomocnika z dnia 16 czerwca 2023 r. pozwalałaby natomiast na:

(1) uzupełnienie danego podmiotowego środka dowodowego odrębnie z uwagi wadliwość formy dokumentu

oraz dodatkowo

(2) kolejne uzupełnienie wad o charakterze merytorycznym występujących w dokumencie złożonym tytułem uzupełnienia dokumentu pierwotnego (wadliwego co do formy);

W ocenie Odwołującego, taka wykładnia nie tylko nie ma jakiegokolwiek umocowania w ustawie Pzp, ale stałaby w jawnej opozycji do art. 16 pkt 1) ustawy Pzp konstytuującej zasadę równego traktowania wykonawców (jako jedną z naczelnych zasad zamówień publicznych). Odwołujący podał, że wykładnia taka w istocie skutkowałaby preferencyjnym traktowaniem wykonawców, którzy nie dochowali wymaganej od nich staranności i przedłożyli podmiotowe środki dowodowe nieczyniące zadość wymaganiom formalnym. Wykonawcy ci mieliby bowiem dwie szanse poprawienia lub uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, w sytuacji gdy wykonawca, który pierwotnie złożył poprawny formalnie ale wadliwy merytorycznie podmiotowy środek dowodowy miałby tylko jedną szansę na złożenie poprawnego podmiotowego środka dowodowego.

Odwołujący podniósł ponadto, że Opinia BGK na dzień 30 maja 2023 r. oraz Opinia BGK na 21 sierpnia 2023 r. złożone przez Unibep S.A. wraz z pismem z dnia 23 sierpnia
2023 r. nie potwierdzają spełniania przez Unibep S.A. warunku udziału w postępowaniu,
o którym mowa w Rozdziale V pkt 1 ppkt 3) lit. a) SWZ.

Odwołujący w swoim odwołaniu z dnia 7 sierpnia 2023 r. (zawisłym pod sygn. akt: KIO 2317/23) zaprezentował stanowisko o konieczności dokonywana oceny informacji z banków w sprawie zdolności kredytowej z uwzględnieniem obowiązku odliczenia wysokości kwot kredytu wykorzystanego. Treść odpowiedzi Zamawiającego na to odwołanie z dnia 17 sierpnia 2023 r., a także dokonane w postępowaniu czynności, świadczą, zdaniem Odwołującego, że Zamawiający podzielił argumentację Odwołującego w tym zakresie w odniesieniu do informacji z Banku BNP Paribas Bank Polska S.A. złożonych w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, a całkowicie pominął ją oceniając Opinie z BGK złożone
w dniu 23 sierpnia 2023 r. w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 128 ust. 1 PZP wystosowane do Unibep S.A. w dniu 18 czerwca 2023 r.

Odnosząc się do treści Opinii z BGK na dzień 22 sierpnia 2023 r. Odwołujący stwierdził, iż nie sposób oprzeć się wrażeniu, iż bank ten chciał przekazać możliwie rzetelną i obszerną informację w sprawie sytuacji finansowej Unibep S.A. W ww. obu informacjach na wstępie bank BGK zawarł ogólne informacje na temat produktów bankowych, z których korzysta Unibep S.A. (tj. informacje dotyczące prowadzonych rachunków bankowych, kredytów, pożyczek, udzielonego limitu gwarancyjnego), zaś w dalszej części Opinii BGK na dzień 22 sierpnia 2023 r. Bank BGK odniósł się do posiadanej przez Unibep S.A. zdolności kredytowej.

Zdaniem Odwołującego, przyjęta przez Zamawiającego kwota zdolności kredytowej nie jest zdolnością kredytową Unibep S.A. ponad kredyty i limity już teraz udzielone temu wykonawcy przez Bank BGK - kwota kredytu w wysokości 30 mln zł, o której mowa w pkt B Opinii BGK z dnia 22 sierpnia 2023 r., oraz limit gwarancyjny w wysokości: 80 000 000 zł wchodzą w zakres przedmiotowej zdolności kredytowej. W ocenie Odwołującego, gdyby postawić przeciwny wniosek, to Bank BGK powinien był oświadczyć, iż Unibep S.A. posiada zdolność kredytową do kwoty 250 000 000 zł, na którą to

zdolność składa się dotychczas udzielony limit kredytowy w wysokości 110 000 000 zł oraz pozostały do wykorzystania limit kredytowy/możliwy do uzyskania kredyt w kwocie 140 000 000 zł, o których mowa w akapicie pod nazwą: „Informacja BGK o zdolności kredytowej Klienta" na 2 str. Opinii z BGK.

Odwołujący zaznaczył ponadto, że Opinie z BGK nie są jedynymi podmiotowymi środkami dowodowymi złożonymi w toku postępowania, które odnoszą się do kwestii zdolności kredytowej Unibep S.A. Unibep S.A. przedłożył również informacje z Banku BNP Paribas. Co znamienne, jak zauważył Odwołujący, Bank BNP Paribas również ocenił zdolność kredytową Unibep S.A. na kwotę ok. 140 000 000 zł - Opinia BNP Paribas z dnia 4 kwietnia 2023 r. oraz Opinia BNP Paribas z dnia 2 czerwca 2023 r. - którą Unibep S.A. pierwotnie złożył
w postępowaniu, składając podmiotowe środki dowodowe na wezwanie Zamawiającego wystosowane w oparciu o art. 126 ust. 1 ustawy Pzp. W informacji tej wskazano bowiem, że: *Według stanu na dzień 31.03.2023 r. oraz na bazie informacji aktualnie posiadanych przez Bank, Klient posiada zdolność kredytową do kwoty 143 000 000,00 PLN (słownie sto czterdzieści trzy miliony złotych 00/100)*.

Zdaniem Odwołującego, mając na uwadze treść obu opinii wystawionych przez BNP Paribas oraz Opinii z BGK można wywieść jednoznaczny wniosek, iż zdolność kredytowa Unibep S.A. oscyluje w granicach 140 000 000 - 143 000 000 zł, przy czym ocenie na potrzeby spełnienia warunku udziału w postępowaniu winna zostać poddana nie ogólna zdolność kredytowa wykonawcy, a realna zdolność kredytową na dzień złożenia oferty oceniana
z uwzględnieniem informacji w sprawie kwot wykorzystanych kredytów, linii kredytowych, limitów gwarancyjnych etc, które to informacje zostały rzetelnie podane przez banki
w dokumentach, którymi dysponuje Zamawiający.

Odwołujący stwierdził, że na potrzeby spełnienia warunku udziału w postępowaniu winna zostać poddana nie ogólna zdolność kredytowa wykonawcy, a realna zdolność kredytowa na dzień złożenia oferty oceniana z uwzględnieniem informacji w sprawie kwot wykorzystanych kredytów, linii kredytowych, limitów gwarancyjnych etc., a które to informacje zostały rzetelnie podane przez banki w dokumentach, którymi dysponuje Zamawiający. Odwołujący przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 23 stycznia 2018 r., sygn. akt KIO 2748/17. Tymczasem, jak wskazał Odwołujący, z dokumentów, którymi dysponuje Zamawiający wynika ponad wszelką wątpliwość, że Unibep S.A. aktywnie korzystał
z przyznanych mu linii kredytowych, co spójnie i jednoznacznie potwierdzają wszystkie informacje z banków złożone przez Unibep S.A. w trakcie postępowania. Co więcej, jak podkreślił Odwołujący, dokumenty przedkładane przez Unibep S.A. później w postępowaniu, niejako „uaktualniające" sytuację finansową Unibep S.A. wskazują na coraz większy stopień wykorzystania środków z przyznanych kredytów. W Opinii BNP Paribas Bank Polski S.A.
z dnia 2 czerwca 2023 r. (dokument złożony przez Unibep S.A. w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 27 czerwca 2023 r.) wskazano bowiem, iż: *Powyżej określony limit zdolności kredytowej dla Klienta uwzględnia linię wielocelową wielowalutową premium BIS numer umowy CRD/L/31399/10 w kwocie 143 000 000,00 PLN (słownie sto czterdzieści trzy miliony złotych 00/100). Saldo wykorzystane na dzień sporządzenia opinii wynosiło 125 549 107,20 PLN. Okres obowiązywania kredytu do dnia 26.01.2024 r.* co oznacza wykorzystanie środków z udzielonego kredytu na poziomie około 125 500 000 zł i realną zdolność kredytową na poziomie 17 500 000 zł.

Odwołujący podał, że z Opinii z BGK złożonych przez Unibep S.A. w odpowiedzi na kolejne wezwanie Zamawiającego z dnia 18 sierpnia 2023 r. wynika natomiast, że:

− według stanu na dzień 30 maja 2023 r. Unibep S.A. wykorzystał kredyt w kwocie
23 114 060,44 zł oraz limit gwarancyjny 44 464 219,31 zł, a zatem realna zdolność kredytowa kształtowała się na poziomie niższym niż wymagana przez Zamawiającego wartość minimum 100 000 000 zł,

− według stanu na dzień 21 sierpnia 2023 r. Unibep S.A. wykorzystał kredyt w kwocie
27 273 803,36 zł oraz limit gwarancyjny 44 441 717,60 zł, a zatem realna zdolność kredytowa kształtowała się na poziomie niższym niż wymagana przez Zamawiającego wartość minimum 100 000 000 zł

Podsumowując, Odwołujący stwierdził, że żaden z przedłożonych przez Unibep S.A. podmiotowych środków dowodowych nie potwierdzał spełnienia przez tego wykonawcę warunku udziału w postępowaniu określonego w Rozdziale V pkt 1 ppkt 3) lit. a) SWZ, co winno skutkować odrzuceniem oferty Unibep S.A. w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) ustawy Pzp.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Polimex Infrastruktura Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i Polimex Mostostal S.A. z siedzibą w Warszawie, zaś po stronie zamawiającego wykonawca Unibep S.A.

W dniu 14 września 2023 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w

całości i obciążenie Odwołującego kosztami postępowania.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego wskazanego w treści uzasadnienia, jak też po zapoznaniu się z oświadczeniami i stanowiskami stron
i uczestników postępowania złożonymi pisemnie oraz ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp. Zakres zarzutów, w sytuacji ich potwierdzenia się, wskazuje na pozbawienie Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji, narażając tym samym Odwołującego na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody.

Izba za bezzasadny uznała zarzut naruszenia art. 128 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1) ustawy Pzp poprzez dwukrotne wezwanie Unibep S.A. w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp do uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego, służącego wykazaniu spełniana warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności finansowej określonego w Rozdziale V pkt 1 ppkt 3) lit. a) SWZ.

Izba ustaliła, że w Rozdziale V pkt 1 ppkt 3) lit. a SWZ Zamawiający żądał, aby w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności ekonomicznej
i finansowej wykonawca wykazał się posiadaniem środków finansowych lub zdolności kredytowej na kwotę min. 100 000 000,00 zł brutto.

W celu potwierdzenia spełniania ww. warunku Zamawiający wymagał złożenia informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, w okresie nie wcześniejszym niż 3 miesiące przed upływem terminu jej złożenia (Rozdział VII pkt 6 ppkt 9 SWZ).

Wobec uznania oferty Unibep S.A. za najkorzystniejszą, w dniu 13 czerwca 2023 r. Zamawiający wezwał tego wykonawcę na podstawie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia podmiotowych środków dowodowych, w tym informacji z banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy.

W odpowiedzi na ww. wezwanie w dniu 22 czerwca 2023 r. Unibep S.A. przedłożył Zamawiającemu m.in. opinię bankową BNP Paribas Bank Polska S.A. W opinii tej stwierdzono:

Według stanu na dzień 31.03.2023 r. oraz na bazie informacji aktualnie posiadanych przez Bank, Klient posiada zdolność kredytową do kwoty 143 000 000,00 PLN (słownie sto czterdzieści tray miliony złotych 00/100).

Powyżej określony limit zdolności kredytowej dla Klienta uwzględnia linię wielocelową wielowalutową premium BIS numer umowy CRD/L/31399/10 w kwocie 143 000 000,00 PLN (słownie sto czterdzieści tray miliony złotych 00/100). Saldo wykorzystane na dzień sporządzenia opinii wynosiło 112 254 411,74 PLN. Okres obowiązywania kredytu do dnia 26.01.2024 r.

Klient nie zalega ze zobowiązaniami wobec Banku.

Rachunek Klienta nie jest objęty postępowaniem egzekucyjnym.

Wszystkie zobowiązania Firmy wobec Banku regulowane są na bieżąco.

W dniu 27 czerwca 2023 r. Zamawiający wezwał Unibep S.A. w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp do uzupełnienia informacji z banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową. Uzasadniając wezwanie Zamawiający wskazał, że złożony dokument został podpisany przez wykonawcę, zaś zgodnie z zapisami SWZ powinien być złożony jako oryginał w formie elektronicznej.

W dniu 28 czerwca 2023 r. Unibep S.A. złożył opinię wydaną przez BNK Paribas Bank Polska S.A. z 2 czerwca 2023 r. W opinii tej stwierdzono m.in.:

Według stanu na dzień 31.05.2023 r. oraz na bazie informacji aktualnie posiadanych przez Bank, Klient posiada zdolność kredytową do kwoty 143 000 000,00 PLN (słownie sto czterdzieści trzy miliony złotych 00/100).

Powyżej określony limit zdolności kredytowej dla Klienta uwzględnia linię wielocelową wielowalutową premium BIS numer umowy CRD/L/31399/10 w kwocie 143 000 000,00 PLN (słownie sto czterdzieści trzy miliony złotych 00/100). Saldo

wykorzystane na dzień sporządzenia opinii wynosiło 125 549 107,20 PLN. Okres obowiązywania kredytu do dnia 26.01.2024 r.

Klient nie zalega ze zobowiązaniami wobec Banku.

Rachunek Klienta nie jest objęty postępowaniem egzekucyjnym.

Wszystkie zobowiązania Firmy wobec Banku regulowane są na bieżąco.

W dniu 18 sierpnia 2023 r. Zamawiający działając na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp wezwał Unibep S.A. do uzupełnienia informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy. Zamawiający stwierdził, że złożony przez wykonawcę dokument w opinii Zamawiającego, nie potwierdza, że posiada on wymaganą zapisami SWZ i złożonym oświadczeniem JEDZ, zdolność kredytową na kwotę min. 100 000 000,00 zł brutto. Zamawiający wskazał, że Opinia bankowa wystawiona przez BNP Paribas Bank Polska S.A. z 4 kwietnia 2023 r. nie określa w sposób jednoznaczny zdolności kredytowej wykonawcy.

Unibep S.A. w dniu 23 sierpnia 2023 r., w odpowiedzi na ww. wezwanie, złożyła Opinię bankową wg stanu na dzień 30 maja 2023 r. wydaną przez Bank Gospodarstwa Krajowego w dniu 17 sierpnia 2023 r. oraz Opinię bankową wg stanu na dzień 21 sierpnia 2023 r. wydaną przez Bank Gospodarstwa Krajowego w dniu 22 sierpnia 2023 r.

Zgodnie z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, 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.

W orzecznictwie ugruntowany jest pogląd, że wezwanie do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp może nastąpić tylko raz w stosunku do danego uchybienia stwierdzonego przez zamawiającego. Ww. ograniczenie liczby wezwań związane jest z koniecznością zachowania zasad równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. W wezwaniu zamawiający powinien precyzyjnie wskazać stwierdzoną nieprawidłowość, zakres koniecznych do przedłożenia oświadczeń lub dokumentów, a także określić termin, w jakim powinny być one uzupełnione. W przypadku nieprecyzyjnego wezwania lub nie wskazania na wszystkie uchybienia, których usunięcie jest konieczne, może zaistnieć podstawa do wystosowania kolejnego wezwania do uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego (np. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 marca 2023 r., sygn. akt KIO 492/23).

Izba stwierdziła, że w przedmiotowej sprawie utrwalona w orzecznictwie zasada jednokrotności wezwania do uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego nie została naruszona. Jak wskazano powyżej, podstawą wezwania z dnia 13 czerwca 2023 r. był art. 126 ust. 1 ustawy Pzp. Pierwsze wezwanie na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp z dnia 27 czerwca 2023 r. zostało dokonane z uwagi na stwierdzoną przez Zamawiającego nieprawidłowość formalną dotyczącą formy dokumentu – opinia z dnia 4 kwietnia 2023 r. została podpisana podpisem kwalifikowanym przez pracownika banku panią A. B. oraz przez przedstawiciela Unibep S.A., na skutek czego, w ocenie Zamawiającego, dokument nie został złożony jako oryginał dokumentu elektronicznego. W kolejnym wezwaniu z dnia 18 sierpnia 2023 r. Zamawiający wezwał ponownie Unibep S.A. do uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego tym razem wskazując na nieprawidłową treść dokumentu, która, zdaniem Zamawiającego, nie potwierdza, że wykonawca ten posiada wymaganą zdolność kredytową.

Treść wezwań wystosowanych przez Zamawiającego na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp do uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego potwierdzającego spełnianie warunku udziału w postępowaniu określonego w Rozdziale V pkt 1 ppkt 3) lit. a SWZ w sposób nie budzący wątpliwości potwierdza, że dwukrotne wezwanie wykonawcy do usunięcia tego samego uchybienia nie miało miejsca. Nie może być zatem mowy o naruszeniu zasady jednokrotności wezwania w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp.

W przedmiotowej sprawie bez znaczenia pozostaje kwestia oceny czy wezwanie z dnia 27 czerwca 2023 r. było prawidłowe. Wykonawca nie może ponosić negatywnych konsekwencji nieprawidłowych decyzji Zamawiającego. Naruszeniem podstawowych zasad zamówień publicznych byłoby działanie polegające na wezwaniu wykonawcy do usunięcia określonego uchybienia w podmiotowym środku dowodowym, a następnie odrzucenie oferty wykonawcy z

uwagi na stwierdzenie innego uchybienia w danym dokumencie. Analogicznie, wskazanie przez zamawiającego w wezwaniu do uzupełnienia dokumentu jednego uchybienia, podczas gdy zamawiający dostrzega więcej uchybień, wprowadzałoby wykonawcę w błąd. W przedmiotowej sprawie wykonawca Unibep S.A. działał w zaufaniu do Zamawiającego starając się uczynić zadość kierowanym do niego wezwaniom.

Izba oddaliła wniosek dowodowy złożony przez Odwołującego o przeprowadzenie eksperymentu procesowego w postaci walidacji podpisów elektronicznych, którymi podpisana została informacja z BNP Paribas Bank Polska S.A. w dniu 4 kwietnia 2023 r. Odwołujący na posiedzeniu wyjaśnił, iż przeprowadzenie eksperymentu procesowego w postaci walidacji podpisów miałoby wykazać, iż dokument wystawiony przez BNP Paribas Bank Polska S.A.
z 4 kwietnia 2023 r. został podpisany w sposób prawidłowy podpisem kwalifikowanym przez jego wystawcę. Okoliczność ta nie była sporna - Zamawiający oraz Unibep S.A. potwierdzili, iż dokument ten został podpisany przez przedstawiciela banku panią A. B..

Nie potwierdził się również zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Unibep S.A. pomimo tego, iż wykonawca ten nie spełnia warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący stwierdził, że Opinia Banku Gospodarstwa Krajowego z 17 sierpnia 2023 r. oraz Opinia Banku Gospodarstwa Krajowego z 22 sierpnia 2023 r. nie potwierdzają spełniania przez Unibep S.A. warunku udziału w postępowania, o którym mowa w Rozdziale V pkt 1 ppkt 3) lit. a SWZ.

Izba ustaliła, że w Opinii z 17 sierpnia 2023 r. Bank Gospodarstwa Krajowego stwierdza m.in.:

Informacja BGK o zdolności kredytowej Klienta:

Bank Gospodarstwa Krajowego informuje, że po analizie bieżącej sytuacji ekonomiczno-finansowej klienta, dokonanej na podstawie sprawozdań finansowych na dzień 31.12.2022 r. i wstępnych na dzień 31.03.2023 r. oraz innych dokumentów i informacji znajdujących się
w posiadaniu BGK, w tym oświadczeń podpisanych przez Klienta, jak również na podstawie dotychczasowej współpracy z Klientem, ocenia iż wg stanu na dzień 30.05.2023 r. i na chwilę wydawania niniejszej opinii, Klient posiada zdolność kredytową:

Na kwotę 140 000 000,00 zł (słownie: sto czterdzieści milionów złotych 00/000 groszy).

W związku z powyższym Klient mógłby uzyskać kredyt w takiej wysokości, pod warunkiem złożenia wniosku kredytowego wraz z kompletem wymaganych dokumentów, podjęcia przez Bank pozytywnej decyzji kredytowej oraz po spełnieniu innych wymogów, określonych
w wewnętrznych regulacjach Banku, związanych z procedurą udzielenia kredytu, w tym związanych z zabezpieczeniem spłaty kredytu.

Analogiczne postanowienia zawiera informacja BGK z dnia 22 sierpnia 2023 r.

Po analizie ww. dokumentów Izba stwierdziła, że ich treść wskazuje jednoznacznie, że na dzień 30 maja 2023 r., a także na chwilę wydawania przedmiotowych opinii, Unibep S.A. posiada zdolność kredytową na kwotę 140 000 000,00 zł. Opinie te wskazują również, że ww. zdolność kredytowa jest realna - Unibep S.A. mógłby uzyskać kredyt w takiej wysokości, pod warunkiem złożenia wniosku kredytowego oraz dopełnienia procedury przyznania kredytu. Literalne brzmienie ww. opinii Banku Gospodarstwa Krajowego wyraźnie wskazuje na możliwość pozyskania nowego produktu, niezależnie od produktów, z których dotąd korzysta Unibep S.A. Treść ww. opinii w żaden sposób nie wskazuje, że podana w opiniach zdolność kredytowa powinna być pomniejszona o kwoty uzyskanych dotąd przez wykonawcę kredytów, linii kredytowych czy gwarancji. Odwołujący również w żaden sposób nie udowodnił tej okoliczności.

W konsekwencji, nie znalazł potwierdzenia zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wybór jako oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez Unibep S.A.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 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
(Dz. U. z 2020 r. poz. 2437, dalej jako „rozporządzenie").

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzpw wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba

rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego, z kolei w myśl art. 575 ustawy Pzp strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.

Jak stanowi § 8 ust. 2 rozporządzenia, w przypadku oddalenia odwołania przez Izbę w całości, koszty ponosi odwołujący.

W świetle powyższych regulacji, Izba obciążyła kosztami postępowania Odwołującego.

Przewodniczący:……..

……..

……..