Sygn. akt: KIO 468/16

WYROK
z dnia 13 kwietnia 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 kwietnia 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 kwietnia 2016 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia
ADD Polska Sp. z o.o. sp.k. ul. Słomińskiego 15/504, 00-195 Warszawa,
ADD Production S.R.L. ul. bd. Decebal 139, MD-2060 Kiszyniów, Mołdawia
w postępowaniu prowadzonym przez
ENEA Operator Sp. z o.o. ul. Strzeszyńska 58, 60-479 Poznań
przy udziale wykonawcy **Sagemcom Poland Sp. z o.o. ul. Bema 83, 01-233 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia ADD Polska Sp. z o.o. Sp.k. i ADD Production S.R.L. i:
2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia ADD Polska Sp. z o.o. Sp.k. i ADD Production S.R.L. tytułem wpisu od odwołania,
2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia ADD Polska Sp. z o.o. Sp.k. i ADD Production S.R.L. na rzecz ENEA Operator Sp. z o.o. kwotę 593 zł 28 gr (słownie: pięćset dziewięćdziesiąt trzy złote dwadzieścia osiem groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu dojazdu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Poznaniu.

Przewodniczący: ……..…

Sygn. akt KIO 468/16

Uzasadnienie

Zamawiający – ENEA Operator Sp. z o.o. prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „dostawę infrastruktury pomiarowej dla pilotażowego wdrożenia inteligentnego opomiarowania (Systemu AMI) w ENEA Operator Sp. z o.o.” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164), w trybie przetargu ograniczonego.
Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 24 grudnia 2015 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2015/S 249-456043. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

I Zarzuty i żądania odwołania:
Odwołujący – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia ADD Polska sp. z o.o. sp. k. i ADD Production S.R.L wniósł odwołanie zarzucając zamawiającemu

naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych ze względu na bezpodstawne wezwanie do złożenia dokumentów wymaganych przez Zamawiającego na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, pomimo że Odwołujący wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu.
Odwołujący wniósł o:
1. unieważnienie czynności wezwania do złożenia dokumentów określonych w wezwaniu skierowanym na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych,
2. dokonanie oceny wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu Odwołującego z uwzględnieniem dokumentów złożonych wraz z ofertą Odwołującego na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu,
3. zwrot kosztów postępowania.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że pismem z 23 marca 2016 r. Zamawiający wezwał go, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy lub innego podmiotu w wysokości nie mniejszej niż 10.000.000 PLN. Wezwanie takie jest niezgodne z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych oraz postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zgodnie z postanowieniami sekcji III 2.2.) pkt 1.1 i sekcji III.2.2) pkt 2.1 ogłoszenia o zamówieniu dotyczących zdolności ekonomicznej i finansowej oraz informacji i formalności koniecznych do dokonania oceny spełniania wymogów Zamawiający miał uznać, że wykonawcy spełniają warunki dotyczące zdolności ekonomicznej i finansowej, jeżeli wykażą, że posiadają środki finansowe lub zdolność kredytową w wysokości nie mniejszej niż 5.000.000 PLN dla zadania nr 1 oraz 5.000.000 PLN dla zadania nr 2. Na potwierdzenie spełniania ww. warunku wykonawcy mieli załączyć do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu informację banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, w których wykonawca, a w przypadku, gdy powołuje się on na zdolności finansowe innego podmiotu, ten podmiot, posiada rachunek, potwierdzającą wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy lub innego podmiotu, wystawioną nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu;
W sekcji III.2.2) pkt 3 i 5 ogłoszenia o zamówieniu wskazano, że wykonawca może polegać na zdolnościach finansowych lub ekonomicznych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował tymi zasobami w trakcie realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie (w formie oryginału lub potwierdzonej notarialnie kopii) tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia. Za dowód mogło służyć w szczególności pisemne zobowiązanie takiego podmiotu do oddania wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów. W wypadku kwot podanych w innej walucie niż PLN, Zamawiający miał dokonać przeliczenia podanych kwot na PLN według średniego kursu NBP obowiązującego w dacie publikacji ogłoszenia o zamówieniu.
Odwołujący spełnił wszystkie ww. wymagania. Zamawiający wezwał go jednak do złożenia (uzupełnienia): „Informacji banku lub kasy oszczędnościowo-kredytowej, w których Wykonawca, a w przypadku, gdy powołuje się on na zdolności innego podmiotu, ten podmiot, posiada rachunek, potwierdzającą wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową Wykonawcy lub innego podmiotu w wysokości nie mniejszej niż 10.000.000,00 PLN zgodnie z wielkością określoną w Sekcji III 2.2.) pkt 1.1 Ogłoszenia, wystawioną nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zgodnie z wymaganiami określonymi w Sekcji III.2.2) pkt 2.1 Ogłoszenia."
Powyższe wezwanie było drugim pismem kierowanym w tej sprawie. Pismem z 8 marca 2016 r. Zamawiający wezwał do uzupełnienia ww. dokumentu, jednakże w odpowiedzi Odwołujący wyjaśnił, że w wezwaniu do uzupełnienia dokumentu Zamawiający nie wskazał, dlaczego przedłożone wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu

zaświadczenie uznał za dokument niepotwierdzający spełniania warunku udziału w postępowaniu. Obowiązkiem Zamawiającego, w przypadku wezwania wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, jest zawsze dokładne opisanie, dlaczego Zamawiający uznał dokument za wadliwy lub niepełny. Wezwania nie spełniające tych wymogów, nie wywołują skutku, prawidłowego wezwania wykonawcy do złożenia dokumentu, czy też do udzielenia wyjaśnień. Odwołujący zwrócił też uwagę, że wg stanu na dzień 5 stycznia 2016 r. posiada zdolność kredytową na łączną kwotę 16.500.000,00 PLN oraz 1.675.000,00 EUR, które to kwoty znacznie przekraczają wymóg zdolności finansowej określony w ogłoszeniu.
W dołączonym do wniosku zaświadczeniu z Banku Zachodniego WBK z 7 stycznia 2015 r. potwierdzającym aktualność zawartych w nim informacji wg stanu na dzień 5 stycznia 2016 r. bank wyraźnie stwierdził, że wskazana firma posiada zdolność kredytową, która została zweryfikowana i oceniona przez bank, który wydał wskazane zaświadczenie według określonych standardów i stosowanej w tym względzie procedury przyznania określonemu podmiotowi zdolności kredytowej.
Zdaniem Odwołującego złożone wraz z wnioskiem o dopuszczenie od udziału w postępowaniu zaświadczenie banku jednoznacznie potwierdza spełnianie przez Odwołującego warunku w zakresie wymaganej zdolności finansowej do wykonania zamówienia, wynoszącej, po podsumowaniu wszystkich produktów, 23.450.000 PLN.
Z § 1 ust. 1 pkt 10 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U. z 2013 r. poz. 231), potwierdzając wymaganą przez zamawiającego zdolność finansową, wykonawca ma do wyboru przedłożenie informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzającej: wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, wystawioną nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert albo składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia.
Z cytowanego przepisu wynika, że wykonawca ma do wyboru co najmniej albo wykazać się kwotą posiadanych środków, w wymaganej na określony dzień wysokości albo zdolnością kredytową.
Wbrew interpretacji Zamawiającego, zaprezentowanej w piśmie z 23 marca 2016 r. oba pojęcie nie są tożsame i nie oznaczają faktycznie posiadanych środków finansowych na dany dzień.
W żadnym z wezwań Zamawiający nie wskazał, dlaczego zaświadczenie z Banku Zachodniego WBK z 7 stycznia 2015 r., potwierdzające jednocześnie aktualność zawartych

w nim informacji wg stanu na dzień 5 stycznia 2016 r. uznał za dokument niepotwierdzający spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w ogłoszeniu.
Odnosząc się do definicji zdolności kredytowej, należy mieć na względzie art. 70 ust. 1 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe (Dz.U. z 2015 r. poz. 128, z późn. zm.) bank uzależnia przyznanie kredytu od zdolności kredytowej kredytobiorcy. Przez zdolność kredytową rozumie się zdolność do spłaty zaciągniętego kredytu wraz z odsetkami w terminach określonych w umowie. Kredytobiorca jest obowiązany przedłożyć na żądanie banku dokumenty i informacje niezbędne do dokonania oceny tej zdolności.
Z ww. przepisu prawa bankowego wynika zatem, że deklaracja banku przyznania kredytu w określonej kwocie jest potwierdzeniem zdolności kredytowej klienta w tej wysokości. Dokument taki nie jest jednak przyrzeczeniem pomocy finansowej, w związku z tym instytucje finansowe często zamieszczają w nich zastrzeżenie mówiące o tym, iż faktyczne udzielenie kredytu będzie uzależnione od spełnienia przez wykonawcę dodatkowych warunków. Zastrzeżenie takie nie ujmuje jednak skuteczności samego zaświadczenia.
W piśmie z 23 marca 2016 r. Zamawiający stwierdził, że: „Zarówno „Linia na gwarancję”, jak i „Akredytywa Stand-by”, o którym mowa w powyższym dokumencie, nie stanowią środków, które Wykonawca może wykorzystać na sfinansowanie realizacji przedmiotu zamówienia”.
Z takim twierdzeniem nie można się zgodzić. Przedłożona wraz z wnioskiem informacja z banku dowodzi, że Odwołujący jest w stanie zapewnić środki finansowe na realizację

zamówienia do czasu dokonania płatności przez zamawiającego. Stawiając powyższą tezę Zamawiający nie wyjaśnił ani stanowiska wobec pojęć: „Linii na gwarancję" i „Akredytywy Stand-by", ani podstaw zrównania tych pojęć z pojęciem: „wysokości posiadanych środków finansowych" (na realizację zamówienia).
„Akredytywa Stand-by" to zobowiązanie banku otwierającego tę akredytywę do zapłaty kwoty akredytywy na pierwsze żądanie beneficjenta, jeżeli zleceniodawca akredytywy (importer) nie wywiąże się ze swych zobowiązań, tzn. nie zapłaci w uzgodnionym terminie za dostarczony towar lub usługę. Akredytywy stand-by mogą zostać otwarte w oparciu o UCP 600 lub ISP98 (International Stand-by Practices). Niezależnie zatem od stanowiska, że nie wolno utożsamiać posiadanych na rachunku środków ze zdolnością kredytową wykonawcy, wykazana w zaświadczeniu banku BZ WBK „Akredytywa Stand-by" niewątpliwie spełnia oczekiwania Zamawiającego.
„Linia na gwarancję" to linia wielocelowa przeznaczona na finansowanie bieżącej działalności gospodarczej i zapotrzebowania na kapitał obrotowy, wystawianie akredytyw (zabezpieczenie otwartych akredytyw) i gwarancji oraz finansowanie płatności z tytułu akredytyw. Linia daje możliwość zadłużania się do określonej kwoty i korzystania ze wszystkich produktów funkcjonujących w ramach przyznanej linii. Uruchamiane w ramach linii produkty każdorazowo odpowiednio pomniejszają przyznany w ramach niej limit.

II Stanowisko Zamawiającego
Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości oraz zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.
Wskazał, że w ogłoszeniu o zamówieniu podał, że wykonawcy są zobowiązani wykazać, iż posiadają zdolność finansową w wysokości 5 mln zł w zakresie zadania nr 1 oraz kolejne 5 mln zł w zakresie zadania nr 2. Zamawiający jednocześnie wskazał, że wykonawcy składający wnioski na więcej niż jedno zadanie są zobowiązani zsumować wymogi finansowe. Wykonawcy mogli polegać na zasobach finansowych podmiotów trzecich.
Odwołujący w ramach wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożył informację banku dotyczącą podmiotu trzeciego, który udostępnił swoje zasoby składającemu wniosek. W załączonej informacji Bank Zachodni WBK S.A. wskazuje, że podmiot trzeci, ARCUS S.A. z siedzibą w Warszawie, korzysta z 4 produktów zapewnionych przez bank, mianowicie: a) kredytu w rachunku bieżącym, b) linii na gwarancje, c) akredytywy stand-by; d) linii kredytowej.
Przy tym kredyt w rachunku bieżącym został przyznany na kwotę 7,5 mln zł i został już wykorzystany na kwotę 5.044.356,91 zł. Z powyższego wynika, że zdolność kredytowa wykonawcy, w zakresie tego produktu, na dzień składania wniosków wynosi jedynie 2.455.643,09 zł. Nie można, jak wskazuje Odwołujący, obliczać zdolności kredytowej wykonawcy wg maksymalnej kwoty kredytu w rachunku bieżącym. Zdolność ta musi być zdolnością realną aktualną na dzień składania wniosków. Oznacza to, że dysponent informacji banku w chwili składania wniosków nie posiadał już zdolności kredytowej w tym zakresie na kwotę 7,5 mln zł, lecz kwotę pomniejszoną o kwotę kredytu, z którego już skorzystał i którą bank wyraźnie wskazał (5.044.356,91 zł).
Z kolei akredytywa stand-by jest produktem, który obowiązywał do 31 stycznia 2016 r. Wobec faktu, że termin składania wniosków to 8 lutego 2016 r., nie można uznać, iż w chwili składania wniosków Odwołujący spełniał przedmiotowy warunek.
Także wskazana w zaświadczeniu linia kredytowa na kwotę 8 mln zł musi zostać pomniejszona o kwotę kredytu wykorzystanego, tj. o 4.087.580,00 zł, zatem zdolność kredytowa w zakresie tego produktu, na dzień składania wniosków wynosi jedynie 3.912.420,00 zł. Wobec powyższego, całkowita zdolność kredytowa podmiotu użyczającego zasoby finansowe, a w konsekwencji Odwołującego, to kwota 7.368.063,09 zł, podczas gdy zobowiązany był wykazać zdolność finansową na kwotę 10 mln zł. Zatem Zamawiający był zobowiązany wezwać Odwołującego do uzupełnienia przedmiotowego dokumentu.
Ponadto Zamawiający 12 kwietnia 2016 ponownie wezwał Odwołującego do uzupełnienia przedmiotowego dokumentu wraz ze szczegółowym uzasadnieniem, w którym wskazał, że

---

z załączonego zaświadczenia banku wynika, iż podmiot trzeci użyczający zasoby

w poniższym zakresie posiada:
1. kredyt w rachunku bieżącym – przyznany na kwotę 7,5 mln zł i wykorzystany na kwotę 5.044.356,91 zł, zatem zdolność kredytowa wykonawcy w zakresie tego produktu na dzień składania wniosków wynosi jedynie 2.455.643,09 zł. Nie można obliczać zdolności kredytowej wykonawcy wg maksymalnej kwoty kredytu w rachunku bieżącym. Zdolność ta musi być zdolnością realną aktualną na dzień składania wniosków,
2. linię na gwarancje do kwoty 1.000.000,00 PLN,
3. akredytywę stand-by – jak wynika z przedmiotowego dokumentu, obowiązywała ona do 31 stycznia 2016 r. Wobec faktu, że termin składania wniosków to 8 lutego 2016 r., nie można uznać, iż Wykonawca w chwili składania wniosków spełniał przedmiotowy warunek.
4. linia kredytowa – wskazana linia kredytowa na kwotę 8 mln zł musi zostać pomniejszona o kwotę kredytu wykorzystanego, tj. o 4.087.580,00 zł, zatem zdolność kredytowa w zakresie tego produktu na dzień składania wniosków wynosi 3.912.420,00 zł.
Wobec powyższego, całkowita wielkość posiadanych środków lub zdolność kredytowa podmiotu użyczającego zasoby finansowe Wykonawcy to kwota 7.368.063,09 zł, tym samym wykonawca nie spełnia warunku dysponowania środkami finansowymi lub zdolnością kredytową w wysokości 10.000.000 PLN.

III Ustalenia Izby
Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania.

W oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania oraz złożonych oświadczeń Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, iż stan faktyczny postępowania (treść dokumentów) nie jest sporny między stronami i odpowiada stanowi opisanemu przez Odwołującego w odwołaniu oraz przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie i nie był on kwestionowany przez Strony ani Przystępującego.

Zgodnie z informacjami zawartymi w sekcji III 2.2. ogłoszenia o zamówieniu Zamawiający miał uznać, że wykonawcy spełniają warunki dotyczące zdolności ekonomicznej i finansowej, jeżeli wykażą, że posiadają środki finansowe lub zdolność kredytową w wysokości nie

mniejszej niż 5.000.000 PLN dla zadania nr 1 oraz 5.000.000 PLN dla zadania nr 2. Przy tym, jeśli wniosek dotyczył obu części, kwota ta powinna wynosić 10.000.000 zł.
Na potwierdzenie spełniania ww. warunku wykonawcy mieli załączyć do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu standardowe dokumenty wskazane w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U. z 2013 r. poz. 231), czyli informację banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, w których wykonawca, a w przypadku, gdy powołuje się on na zdolności finansowe innego podmiotu, ten podmiot, posiada rachunek, potwierdzającą wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy lub innego podmiotu, wystawioną nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.
W sekcji III.2.2) wskazano też, że wykonawca może polegać na zdolnościach finansowych lub ekonomicznych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany był udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował tymi zasobami w trakcie realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia.

Odwołujący wraz z wnioskami dla obu części przedstawił jedno zaświadczenie wystawione przez Bank Zachodni WBK, datowane na 7 stycznia 2015 r. (jak wskazał, rok 2015 został podany omyłkowo zamiast 2016) – potwierdzające aktualność zawartych w nim informacji wg stanu na dzień 5 stycznia 2016 r., wystawione dla podmiotu trzeciego, spółki ARCUS S.A.

z siedzibą w Warszawie.
Z zaświadczenia tego wynika, że spółka ta korzysta z następujących usług kredytowych w zakresie finansowania działalności gospodarczej:
1) kredytu w rachunku bieżącym przyznanego na kwotę 7.500.000 zł, który został już wykorzystany na kwotę 5.044.356,91 zł,
2) linii na gwarancje do kwoty 1.000.000 PLN, okres dostępności 1.12.2015 – 1.12.2016 r.,
c) akredytywy stand-by do kwoty 1.675.000 EUR, data obowiązywania do 31.01.2016 r.,
d) linii kredytowej na krótkoterminowe kredyty obrotowe na kwotę 8.000.000 PLN, przy kwocie zadłużenia 4.087.580 PLN.

Zdaniem Izby Zamawiający prawidłowo ocenił powyższe informacje Banku Zachodniego WBK – pomijając fakt, że zaświadczenie to, w świetle przepisów ww. rozporządzenia, nie dotyczy zdolności kredytowej spółki ARCUS, lecz posiadanych przez nią środków. Zdolność kredytową ocenia się bowiem niejako na przyszłość, tj. w stosunku do kredytów, które

dopiero mają zostać udzielone (o tych nie ma mowy w zaświadczeniu). Natomiast kredyty udzielone już wcześniej tę zdolność co najwyżej zmniejszają, gdyż mieszczą się po stronie pasywów wykonawcy jako jego zadłużenie.
Rację ma Zamawiający, że zdolność kredytowa musi być zdolnością realną, aktualną na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a nie zdolnością na dzień przyznawania kredytu, czyli np. rok 2014. Zresztą sam przepis rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane wskazuje, że „aktualność" oceny zdolności kredytowej to jedynie 3 miesiące przed upływem terminu składania wniosków.

Z drugiej strony jednak, kwotę kredytu, która jeszcze nie została wykorzystana ani przeznaczona na inne cele, można uznać za środki, którymi podmiot dysponuje, a więc środki posiadane. Dotyczy to jednak jedynie kwoty kredytu dostępnej dla kredytodawcy, czyli nie wykorzystanej (kwota wykorzystana to, jak wskazano powyżej, jedynie dług kredytobiorcy). Tym samym Zamawiający, oceniając potencjał finansowy, poprawnie odjął kwotę kredytu wykorzystanego od kwoty kredytu udzielonego (7.500.000 – 5.044.356,91 = 2.455.643,09 zł).
Podobnie sytuacja przedstawia się także w stosunku do linii kredytowej na krótkoterminowe kredyty obrotowe, która została przyznana na kwotę 8.000.000 PLN, ale z której wykorzystano już 4.087.580 PLN. Tym samym za dostępne środki można uznać jedynie 3.912.420 PLN.
Obie te kwoty dają łącznie 6.368.063,09 PLN przy wymaganych 10.000.000 PLN.

Zamawiający także poprawnie nie uznał środków dotyczących akredytywy stand-by, gdyż z zaświadczenia banku wynika, że jej data obowiązywania upłynęła 31.01.2016 r., czyli przed upływem terminu składania wniosków. Jeżeli informacja ta nie była prawidłowa, a umowa dotycząca akredytywy została przedłużona, to brak ten (lub błąd) obciąża wykonawcę, który przedstawił zaświadczenie o takiej treści. Oczywiście jest to błąd/brak, który można skorygować w ramach uzupełnienia dokumentu.
Przy produkcie tym, podobnie jak i przy linii na gwarancje, jednak należy wziąć pod uwagę dodatkowo dwie okoliczności. Po pierwsze, same nazwy produktów wskazują, że zostały one przeznaczone na finansowanie określonych elementów działalności. Tym samym nie są one tym samym co linia kredytowa, którą można przeznaczyć na dowolny cel, czyli np. sfinansowanie niniejszego zamówienia.
Jak wyjaśnił Odwołujący „akredytywa stand-by" to zobowiązanie banku otwierającego tę akredytywę do zapłaty kwoty akredytywy na pierwsze żądanie beneficjenta, jeżeli zleceniodawca akredytywy (importer) nie wywiąże się ze swych zobowiązań, tzn. nie zapłaci

w uzgodnionym terminie za dostarczony towar lub usługę, a „linia na gwarancję" to linia wielocelowa przeznaczona na finansowanie bieżącej działalności gospodarczej i zapotrzebowania na kapitał obrotowy, wystawianie akredytyw (zabezpieczenie otwartych akredytyw) i gwarancji oraz finansowanie płatności z tytułu akredytyw.

Po drugie, owa akredytywa stand-by oraz linia na gwarancje zostały przyznane spółce ARCUS S.A. na określone cele – i o ile można jeszcze co do zasady założyć, że udzielony kredyt podmiot może wykorzystać w dowolny sposób, czyli np. udzielając pożyczki innemu podmiotowi – to biorąc pod uwagę sposób finansowania przez bank, wynikający czy to z akredytywy, czy udzielania gwarancji, nie jest pewne, czy spółka ARCUS w ogóle może tymi środkami dysponować przekazując je innemu podmiotowi (jest to raczej wątpliwe). Tym samym, zdaniem Izby, aby uznać, że środki przynależące do akredytywy stand-by oraz linii na gwarancje mogą być przedmiotem skutecznego zobowiązania, o którym mowa w art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych, należałoby uzyskać odpowiednią zgodę banku lub informację, że ARCUS S.A. może tymi środkami dowolnie dysponować, także pożyczając lub użyczając je innym podmiotom.
Tym samym decyzja Zamawiającego o wezwaniu wykonawcy do uzupełnienia dokumentów była prawidłowa.

W zakresie zarzutu dotyczącego samej nieprawidłowej treści wezwania do uzupełnienia dokumentów z 23 marca 2016 r. (nie wyjaśniającego zastrzeżeń Zamawiającego co do treści przedstawionego wcześniej dokumentu) Izba stwierdziła, że zarzut nie potwierdziła się. O ile nie ma wątpliwości, że wezwanie z 8 marca 2016 r. było nieprawidłowe, gdyż Zamawiający nie wskazał, dlaczego z przedstawionego dokumentu nie wynika, że wykonawca dysponuje wymaganymi środkami finansowymi lub zdolnością kredytową, o tyle treść wezwania z 23 marca była już bardziej rozbudowana (nawet jeśli nie tak dalece, jak życzyłby sobie tego Odwołujący). Zamawiający wskazał bowiem, jaką kwotą, według niego, Odwołujący dysponuje (6.368.063,09 PLN), z czego można wnioskować, że przyjął jedynie ww. dwie kwoty niewykorzystanego kredytu z punktu 1 i 4 zaświadczenia. Zamawiający wskazał też, że według niego akredytywa stand-by i linia na gwarancje nie stanowią środków, które wykonawca może wykorzystać na sfinansowanie zamówienia.
Oczywiście Zamawiający mógłby szerzej uzasadnić swoje stanowisko, jak zrobił to w wezwaniu z 12 kwietnia 2016 r. (pomijając fakt, że zmienił w nim nieco swoje stanowisko w stosunku do wyrażonego we wcześniejszym wezwaniu), gdyż uzasadnienie zawsze może być bardziej szczegółowe, ale nie oznacza to, że wezwanie z 23 marca 2016 r. nie oddawało stanowiska Zamawiającego i nie dawało Odwołującemu wiedzy o tym, jak przedstawione zaświadczenie ocenił Zamawiający i dlaczego nie uznał go za wystarczające dla wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Tym samym Izba uznała zarzut za niezasadny.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji oddalając odwołanie.

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 i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: ……..…