

Q/tT

pVH^{LI}

WYROK

ODPIS

IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 8 stycznia 2010 r.

Sąd Okręgowy w Szczecinie Wydział VIII Gospodarczy
w składzie następującym:

Przewodniczący: SSO Piotr Sałamaj (spr.)

Sędziowie: SO Tomasz Żelazowski

SO Krzysztof Górski

Protokolant: st. sekr. sąd. Joanna Witkowska
po rozpoznaniu w dniu 18 grudnia 2009 r. w Szczecinie
na rozprawie

sprawy ze skargi zamawiającego Tramwaje Szczecińskie spółki z ograniczoną
odpowiedzialnością w Szczecinie

na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z
dnia 15 października 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 1244/09

przy udziale odwołującego H. Cegielski - Fabryki Pojazdów Szynowych spółki z
ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu oraz interwenienta ubocznego po stronie
zamawiającego Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz spółki akcyjnej holding w
Bydgoszczy

I. oddała skargę,

II. zasądza od skarżącego Tramwaje Szczecińskie spółki z ograniczoną
odpowiedzialnością w Szczecinie na rzecz odwołującego H. Cegielski - Fabryki
Pojazdów Szynowych spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu kwotę
617 (sześćset siedemnaście) złotych tytułem kosztów procesu w postępowaniu
wywołanym wniesieniem skargi.

SSO Piotr Sałamaj

SSO Krzysztof Górski

„\0 \ Zamawiający Tramwaje Szczecińskie Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w
A^gSzi&^nie na podstawie ogłoszenia zamieszczonego w Dzienniku Urzędowym Unii
. Ehtfonpjskiej w dniu 13.05.2009 r. pod nr 2009/S 91-131457, wszczął postępowanie o

^jL^zfeienie zamówienia na dostawę 6 sztuk fabrycznie nowych, jednakowych,
foczonowych, przegubowych, całkowicie niskopodłogowych tramwajów, zestawu
specjalistycznego wyposażenia do obsługi tramwajów, zestawu specjalistycznego
wyposażenia do obsługi tramwajów wraz z dostawą specjalistycznego dźwigu oraz
zestawu pakietu naprawczego oraz przeprowadzenie szkoleń pracowników

zamawiającego.

Pismem z dnia 3 sierpnia 2009 r. H. Cegielski — Fabryka Pojazdów Szynowych
Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu wniósł protest wobec wykluczenia
protestującego z postępowania przez zamawiającego oraz wobec czynności
zamawiającego polegającej na wyborze oferty wykonawcy Pojazdy Szynowe PESA
Bydgoszcz S.A., jako oferty najkorzystniejszej i zaniechanie wyboru oferty FPS.

Protestujący zarzucił zamawiającemu, że:

1. z naruszeniem art. 24 ust. 2 pkt 3 PZP, wykluczył FPS z postępowania, pomimo
złożenia przez protestującego dokumentów, które potwierdzały spełnienie przez FPS
warunku udziału w postępowaniu, sformułowanego w rozdziale V. punkcie 1.
podpunkcie 5) lit. b) tiret pierwszy specyfikacji istotnych warunków zamówienia [SIWZ];
2. zamawiający naruszył § 1 ust. 3 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z
19.05.2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od
wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U. Nr 87, poz.
605, z późn. zm.), w rozdziale V. pkt. 2. ppkt. 8) SIWZ zażądał bowiem przedłożenia
dokumentu mającego potwierdzić wysokość środków, jakimi rzeczywiście dysponuje
wykonawca w ramach linii kredytowej, żądanie takie było natomiast niezasadne w
świecie ww. przepisu rozporządzenia, który to przepis wprost wskazuje jakich dokumentu
może zażądać wykonawca;
3. zamawiający odrzucając ofertę protestującego naruszył art. 89 ust. 1 pkt 5 PZP, przepis
ten bowiem upoważnia zamawiającego do odrzucenia oferty wykonawcy, który ofertę
złożył pomimo wcześniejszego wykluczenia go z postępowania o udzielenie zamówienia,
tymczasem składając swą ofertę protestujący nie był wykluczony z postępowania;
4. wyboru oferty PESA, jako oferty najkorzystniejszej zamawiając} ’ dokonał bezprawnie,
w świetle bowiem zarzutów sformułowanych w punkcie 1. powyżej zamawiający nie
powinien wykluczać protestującego z postępowania, lecz dokonać wyboru oferty FPS, po
przeprowadzeniu badania i oceny ofert protestującego oraz PESA, kierując się przy tym
kryteriami oceny ofert określonymi w SIWZ - zaniechując powyższego zamawiający
naruszył art. 91 ust. 1 ustaw} ’ PZP.

-2-

W związku z powyższym protestujący zgłosił żądanie:

- 1) unieważnienia czynności Tramwajów Szczecińskich polegającej na wykluczeniu (i
odrzućeniu) FPS z postępowania, 2) unieważnienia czynności zamawiającego polegającej
na wyborze oferty PESA, jako oferty najkorzystniejszej, 3) powtórzenia czynności badania
i oceny ofert oraz dokonania wyboru oferty FPS, jako oferty najkorzystniejszej. ?!

/<a

W dniu 10.08.2009 r. zamawiający oddalił protest w całości. Nie podzielił
stanowiska protestującego, że przedłożona przez niego informacja z banku potwierdzała

spełnienie warunku udziału w postępowaniu, sformułowanego w rozdz. V pkt 1. ppkt 5)" lit. b) tiret pierwszy SIWZ. Protestujący posiada zdolność kredytową do kwoty 26.000.000 zł pod warunkiem finansowania ewentualnym kredytem, kontraktu uzyskanego w ramach ogłoszonego przetargu, którego realizacja stanowiłaby źródło spłaty kredytu. Przedmiotowa informacja z banku wskazuje na zdolność kredytową nie w okresie podlegającym ocenie w świetle postanowień § 1 ust. 3 pkt 2) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19.05.2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów (...). Wskazany przepis stanowi bowiem jednoznacznie, iż w celu potwierdzenia opisanego przez zamawiającego warunku znajdowania się przez wykonawcę w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia, zamawiający może żądać informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, w których wykonawca posiada rachunek, potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, wystawionej nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert. Tym samym wykonawca nie spełniający warunku udziału w postępowaniu, w świetle postanowień PZP, nie może uzyskać zamówienia publicznego. Powyższe oznacza, że ocena warunku udziału w postępowaniu może odnosić się wyłącznie do zdarzeń poprzedzających dzień składania ofert lub dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Nie jest możliwe uwzględnienie w takiej ocenie zdarzeń przyszłych i niepewnych. Informacja z banku przedłożona przez protestującego odnosi się do jego zdolności kredytowej, jednakże po ewentualnym uzyskaniu przez protestującego zamówienia, a nie w okresie poprzedzającym termin składania ofert. Takie sformułowanie informacji z banku uniemożliwia, w odniesieniu do protestującego, weryfikację jego zdolności kredytowej jako przejawu warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w art. 22 ust. 1 pkt 3 PZP.

Od powyższego rozstrzygnięcia pismem z dnia 20 sierpnia 2009 r., składając)' protest wniósł odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej. W przekonaniu odwołującego się zamawiający naruszył:

- 1) art. 24 ust. 2 pkt 3 PZP, bowiem wykluczył odwołującego z postępowania, pomimo złożenia dokumentów, które potwierdzały spełnianie warunków udziału w postępowaniu, sformułowanego w rozdziale V pkt 1 ppkt 5) lit. b) tiret pierwszy SIWZ;
- 2) § 1 ust. 3 pkt 2 Rozporządzenia Prezesa RM z 19.05.2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów (...), poprzez nieuprawnioną interpretację zapisu w rozdz. V pkt. 2. ppkt. 8)

-3-

SWIZ, uznając w trakcie oceny ofert złożonych przez wykonawców, że jedyną możliwością spełnienia warunku jest udokumentowanie posiadania linii kredytowej, a w jej ramach udokumentowania rzeczywistej wysokości środków jakimi dysponuje wykonawca;

art. 89 ust. 1 pkt 5 PZP, bowiem przepis upoważnia do odrzucenia oferty wykonawcy, ofertę złożył pomimo wcześniejszego wykluczenia go z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tymczasem odwołujący składając ofertę nie był wykluczony z

"T, ait' 91 USt' 1 PZP, bowiem w świetle powyższych zarzutów dokonał bezprawnego wyboru oferty PESA, jako oferty najkorzystniejszej.

Zamawiający pozbawił odwołującego możliwości uzyskania zamówienia, co dowodzi naruszenia jego interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia i stanowi wystarczającą przesłankę do skorzystania przez odwołującego ze środków ochrony prawnej przewidzianych w art. 179 i nast. PZP.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz

- 1) unieważnienie czynności zamawiającego polegającej na wykluczeniu odwołującego z

postępowania, 2) unieważnienie czynności zamawiającego polegającej na wyborze oferty PESA, jako oferty najkorzystniejszej, 3) powtórzeniu czynności badania i oceny ofert oraz dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Wyrokiem z dnia 15 października 2009 r. Krajowa Izba Odwoławcza (sygn. akt KIO/UZP 1244/09) uwzględniła odwołanie i nakazała powtórzenie oceny ofert w postępowaniu z uwzględnieniem oferty odwołującego (pkt 1), kosztami postępowania obciążyła Tramwaje Szczecińskie Spółkę z o.o. (pkt 2).

Uzasadniając swoje stanowisko KIO wskazała, że zgodnie z art. 22 ust. 1 pkt 3 PZP o udzielenie zamówienia publicznego mogą ubiegać się wykonawcy znajdujący się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia. Celem przepisu jest zagwarantowanie dopuszczenia do wykonywania zamówienia jedynie podmioty, które będą mogły sfinansować proces jego realizacji. Spełnianie warunków udziału w postępowaniu dokonuje się na pewnych etapach postępowań o udzielenie zamówienia przed oceną i wyborem ofert wg stanu, jaki wynika z przedłożonych oświadczeń i dokumentów. Przepis ten wyraźnie odsyła do przyszłości, tj. zarówno formułując i konkretyzując warunek udziału w postępowaniu w tym przedmiocie, czy też weryfikując jego spełnianie (np. interpretując postanowienia przedłożonej opinii bankowej) zamawiający powinien uwzględnić przy powyższym okoliczności, do których hipoteza przepisu referuje, czyli zapewnienie finansowania wykonania danego zamówienia. Należałoby zatem stwierdzić, że podmiot, który przedstawił opinię banku, iż posiada zdolność kredytową niezbędną do wykonania danego zamówienia (na poziomie określonym przez zamawiającego), chociażby posiadał ją pod warunkiem, że dane zamówienie otrzyma, w pełni odpowiada hipotezie i dyspozycji ww. przepisu, tj. wykonawca powinien zostać dopuszczony do wykonywania niniejszego zamówienia jako znajdujący się w sytuacji finansowej gwarantującej jego wykonanie. Bez znaczenia jest w

danym przypadku tego typu warunek zawarty w opinii bankowej przedłożonej przez odwołującego. Nie jest to żadne zdarzenie przyszłe i niepewne, ale zwykły okres warunkowy ściśle wiążący hipotezę (opisana sytuacja) i dyspozycję (dopuszczenie do udziału w postępowaniu i ewentualne umożliwienie uzyskania zamówienia) przepisu, » okolicznościami, iż dany wykonawca znajduje się ewidentnie w sytuacji (obecnie), kćajfcz umożliwi mu wykonania zamówienia (w przyszłości). $i > + * \blacksquare / J$

Reasumując KIO wskazała, że potwierdzone zostało, iż w chwili składania pieu* odwołujący wskazał bank, który w tym momencie deklarował, że pozytywnie ocenią^, zdolność wykonawcy do spłacenia kredytu przeznaczonego na sfinansowanie wykonania przedmiotowego zamówienia. Za nieuprawnione uznała Izba prezentowane przez zamawiającego w rozstrzygnięciu protestu i w trakcie rozprawy, generalizowanie warunków udziału w postępowaniu, jako odnoszących się jedynie do przeszłości, na podstawie której li tylko ich spełnianie może być w chwili obecnej oceniane. Zamawiający w swoim stanowisku zdaje się nie uwzględniać różnicy w charakterze poszczególnych warunków sformułowanych w pkt 1-4 ust. 1 art. 22 PZP. Przez zdolność kredytową zgodnie z art. 70 ust. 1 Prawa bankowego, należy rozumieć zdolność do spłaty zaciągniętego kredytu wraz z odsetkami w określonych umową terminach. Zdolność kredytowa podmiotu jest więc jego cechą przypisaną mu arbitralnie przez dany bank, uwzględniający przy jej wyliczeniu różne okoliczności i warunki (zgodnie z procedurami wewnętrznymi banku) wpływające na możliwość spłaty i tym samym przyznania kredytu w przyszłości. Jednoznacznie na tego typu rozumienie zdolności kredytowej (powiązanie zdolności ocenianej i wyrażanej w danej chwili z przyszłymi warunkami zaciągania i spłaty kredytu) wskazuje Sąd Najwyższy w orzeczeniu powołanym w odwołaniu. Podany przez BRE Bank w przedłożonej przez odwołującego opinii „warunek” przyznania kredytu, czy jak wykazuje zamawiający - przyznania zdolności kredytowej, może zostać uznany za standardowy, chociaż w sytuacji niniejszego postępowania bardziej uszczegółowiony, warunek rozpatrywania i wyliczania przez banki zdolności kredytowej klientów i elementów wpływających na podejmowanie decyzji kredytowych. Przyjąć wręcz można, że ze swojej istoty wyliczona przez bank zdolność kredytowa chociaż wyrażająca opinię banku w przedmiocie na daną chwilę, nigdy nie odnosi się do terażniejszej czy przeszłej akcji kredytowej. Jak wynika z samej definicji

zdolności kredytowej bank w opinii swojej opinii ocenia zdolność do spłacania przyszłych kredytów i zobowiązań - kredytów nie udziela się ani zdolności kredytowej nie wylicza się wstecz. Przyjąć więc można, iż bank wydając opinię na temat aktualnej zdolności kredytowej klienta uwzględni (choć nie koniecznie wyraża) wszystkie realne i istotne z punktu widzenia banku czynniki i warunki (zarówno pozytywne jak i negatywne, czy bardziej cywilistycznie - zawieszające i rozwiązujące) mogące wystąpić w przyszłości i wpływać na zdolność spłaty kredytu. W związku z powyższym wyciąganie wniosków z powoływanych przez przystępującego orzeczeń Zespołów Arbitrów w zakresie generalnej niedopuszczalności przedstawiania i potwierdzania spełniania warunku posiadania zdolności finansowej przy pomocy opinii bankowych zawierających różnorakie warunki

- 5 -

jej wyliczenia czy przyznania, należy uznać za błędne i nieuprawnione. W przypadku pojawienia się tego typu postanowień należy badać je pod kątem realizacji celu warunku udziału w postępowaniu, sformułowanego w art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy odnoszącego się do zabezpieczenia wykonania zamówienia, a nie potwierdzenia abstrakcyjnych i ocenianych niejako „idealnie”, w oderwaniu od rzeczywistości udzielanego zamówienia przez wykonawcę, czyli w oderwaniu od odnoszących się do powyższego wskazanych w ustawach.

Za okoliczność pozostającą poza sporem uznała KIO fakt, iż bankowa opinia o zdolności kredytowej nie stanowi promesy udzielenia kredytu, czy nawet otwarcia linii kredytowej z określonym limitem, jednak z punktu widzenia potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w świetle obowiązujących przepisów w pełni wystarcza. W tym kontekście należało w ocenie Izby Odwoławczej wskazać, iż zgodnie z § 1 ust. 3 pkt 2 rozporządzenia, w celu potwierdzenia opisanego przez zamawiającego warunku znajdowania się przez wykonawcę w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia, zamawiający może żądać informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, w których wykonawca posiada rachunek, potwierdzającej wysokość posiadanych (obecnie) środków finansowych przez wykonawcę lub jego zdolność kredytową. Tego typu opinią jak wskazana w ww. przepisie rozporządzenia, jest w ocenie KIO, opinia przedstawiona przez odwołującego. Z jej treści literalnie wynika, iż wykonawca posiada na dzień wystawienia niniejszej opinii zdolność kredytową do kwoty 26.000.000 zł, (czyli wyższej niż wymagana przez zamawiającego), natomiast w dalszej części zdania dodano warunek finansowania ewentualnym kredytem kontraktu, którego realizacja stanowiłaby źródło spłaty kredytu. Z powyższego sformułowania (warunku) wynika ni mniej ni więcej, iż owa posiadana na dzień wystawienia opinii zdolność kredytowa została przez bank oceniona i wyliczona przy uwzględnieniu i założeniu ewentualnych warunków przyznawania i spłaty konkretnych kredytów w przyszłości, co, jak wyżej podkreślano, dla oceny zdolności kredytowej klienta banku jest niedozwolne. Ponadto Izba wskazała, iż sformułowany przez zamawiającego warunek udziału w postępowaniu dotyczył posiadania środków, czy zdolności kredytowej na poziomie 25 mln zł i w związku z powyższym żądanie podania jednoznacznych informacji na temat otwartej linii kredytowej, w ramach której kredyt może zostać pozyskany należy ocenić jako niedopuszczalne zarówno w świetle braku tego typu dokumentu w katalogu dokumentów przewidzianych przepisami rozporządzenia, jak i w świetle art. 25 ust. 1 ustawy - jest to dokument zbędny do przeprowadzenia postępowania. Tym samym powyższe postanowienia SIWZ nie mogą wywierać żadnych skutków prawnych.

Izba uwzględniła jako dowód w sprawie pismo BRE Bank S.A. z 7.09.2009 r., w którym wystawca opinii przedłożonej przez odwołującego wraz z ofertą jednoznacznie potwierdza, że na dzień wystawienia opinii pierwotnej, wykonawca wskazaną zdolnością kredytową dysponował, a powyższe oceniono i wyrażono już w tej opinii zgodnie z

procedurami obowiązującymi w BRE Banku - podany w jej treści warunek był tylko jednym z branych przez bank pod uwagę przy ocenie zdolności kredytowej.

W świetle powyższego za nieuprawnioną uznała KIO interpretację treści opinii bankowej dokonanej przez zamawiającego wbrew oczywistym intencjom wystawcy oraz

przedkładającego, a także dosłownemu brzmieniu dokumentu, wyrażenie potwierdzające, iż w danej chwili klient zdolnością kredytową o określonej wysokości dysponuje. Uwzględniając powyższe KIO za potwierdzone uznała naruszenie przez zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 3 PZP poprzez wykluczenie odwołującego postępowania - odwołujący prawidłowo udokumentował swoją sytuację finansową umożliwiającą mu wykonanie przedmiotowego zamówienia w granicach budżetowych zdolności kredytowej wskazanych w SIWZ i zgodnie z obowiązującymi w tym zakresie przepisami ustawy i rozporządzenia.

Tym samym za zasadne uznała nakazanie zamawiającemu dokonanie powtórnej oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego, które jest równoznaczne z nakazaniem dokonania wszelkich czynności typu: unieważnienie wykluczenia odwołującego, unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty, związanych z przywróceniem odwołującego do postępowania i umożliwieniem mu uzyskania przedmiotowego zamówienia.

Zarzut naruszenia § 1 ust. 3 pkt 2 rozporządzenia jako odnoszący się do postanowień SIWZ należało uznać za spóźniony w świetle postanowień art. 180 ust. 2 PZP, niemniej jednak prawidłowe stosowanie tego przepisu oraz konsekwencje płynące z norm w nim zawartych zostały uwzględnione przez Izbę w trakcie dokonywanej oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Naruszenie innych przepisów ustawy, których według odwołującego miał się również dopuścić zamawiający, było wtórne w stosunku do nieprawidłowego zastosowania art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy i jako takie ich rozpatrywanie przez Izbę jest bezprzedmiotowe.

W skardze na powyższy wyrok zamawiający Tramwaje Szczecińskie Spółka z o.o. zarzucił orzeczeniu:

1. naruszenie prawa materialnego, tj. art. 22 ust. 1 pkt 3 PZP i § 1 ust. 3 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 19.05.2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów (...), poprzez nieprawidłowe ich zastosowanie, polegające na przyjęciu, iż znajdowanie się przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia w sytuacji finansowej i ekonomicznej zapewniającej wykonanie zamówienia może być wykazane przy pomocy informacji z banku, która warunkuje zdolność kredytową wykonawcy od uzyskania zamówienia, o które się ubiega,
2. a w jego rezultacie naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 3) PZP poprzez zaniechanie jego zastosowania.

W związku z tym skarżący wniósł o:

- 1) zmianę w całości zaskarżonego wyroku i oddalenie odwołania,
- 2) obciążanie przeciwnika skargi kosztami postępowania przed Sądem Okręgowym wg norm prawem przepisanych oraz przed KIO zgodnie z rachunkami złożonymi do akt sprawy podczas rozprawy przed KIO,
- 3) przeprowadzenie wszystkich dowodów wymienionych w uzasadnieniu skargi.

W uzasadnieniu skarżący wskazał, że z treści opinii bankowej z dnia 18.06.2009 r. wystawionej przez BRE Bank S.A. z siedzibą w Warszawie Oddział Korporacyjny w Poznaniu wynika, że przeciwnik skargi posiada zdolność kredytową do kwoty 26.000.000 zł pod warunkiem finansowania ewentualnym kredytem, kontraktu uzyskanego w ramach ogólnego przetargu, którego realizacja stanowiłaby źródło spłaty kredytu. Dokument ten stał przedłożony przez przeciwnika skargi na potwierdzenie spełnienia opisanego w § 1 pkt 2) PZP warunku znajdowania się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia, którego przejawem miało być posiadanie środków finansowych lub zdolności kredytowej w wysokości nie niższej niż 25.000.000 zł. Określona w SIWZ zdolność kredytowa wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego stanowiła przejaw znajdowania się go w sytuacji finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia, stanowiąc doprecyzowanie na potrzeby niniejszego postępowania warunku

udziału w postępowaniu opisanego w art. 22 ust. 1 pkt 3 PZP (vide: § 1 ust. 3 pkt 2 rozporządzenia Prezesa RM z 19.05.2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów ...). Weryfikacja, tak opisanego warunku znajdowania się w sytuacji finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia, miała nastąpić przy pomocy dokumentów wymienionych w Rozdziale V pkt 2 ppkt 8) SIWZ. Zarówno treść warunku udziału w postępowaniu, jak wymagane dokumenty na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu określone w SIWZ były znane przeciwnikowi skargi - nigdy nie zostały przez niego zakwestionowane, ani w drodze środków ochrony prawnej opisanych w Dziale VI PZP, ani w żaden inny sposób. Warunek udziału w postępowaniu, w tym warunek opisany w art. 22 ust. 1 pkt 3 PZP, stanowi wymóg podmiotowy, warunkujący ocenę oferty wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia. Niespełnienie warunku udziału w postępowaniu (lub niezłożenie dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu) stanowi podstawę wykluczenia wykonawcy z postępowania (art. 24 ust. 1 pkt 10 oraz art. 24 ust. 2 pkt 3 PZP), zaś oferta wykonawcy wykluczonego traktowana jest jak odrzucona (art. 24 ust. 4 PZP). Tym samym wykonawca nie spełniający warunku udziału w postępowaniu, w świetle regulacji PZP, nie może uzyskać zamówienia publicznego. Powyższe oznacza, iż ocena warunku udziału w postępowaniu

może odnosić się wyłącznie do zdarzeń poprzedzających dzień składania ofert lub dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Nie jest możliwe uwzględnienie w takiej ocenie zdarzeń przyszłych i niepewnych.

W przypadku informacji z banku przedłożonej przez przeciwnika skargi, bank wystawiający przedmiotową informację jednoznacznie wskazał, iż warunkuje zdolność kredytową uzyskaniem zamówienia, o które dopiero ubiega się. Źródłem spłaty kredytu byłaby umowa w sprawie zamówienia publicznego, o które ubiega się protestujący. Przedmiotowa informacja wskazuje więc w przekonaniu skarżącego na zdolność kredytową nie w czasie podlegającym ocenie w świetle postanowień § 1 ust. 3 pkt 2) Rozporządzenia w sprawie dokumentów. Informacja z banku przedłożona przez

przeciwnika skargi odnosi się do jego zdolności kredytowej, jednakże po ewentualnym uzyskaniu przez niego zamówienia, a nie w okresie poprzedzającym termin składania ofert. Sformułowanie informacji z banku, że bank warunkuje wymaganą zdolność kredytową pozyskaniem zamówienia, którego realizacja stanowiłaby źródło spłaty kredytu, uniemożliwia w ocenie skarżącego, weryfikację zdolności kredytowej, jako przejawu warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w art. 22 ust. 1 pkt 3 PZP./ Skoro bowiem spełnienie warunku udziału w postępowaniu jest warunkiem *sine qua non* dopuszczenia oferty wykonawcy do czynności wyboru i oceny ofert, to nie można przy ocenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu honorować informacji z banku, która ocenę zdolności kredytowej uzależnia od uzyskania tegoż zamówienia. ?

W przekonaniu zamawiającego żadną miarą nie można zgodzić się z oceną zawartą w zaskarżonym wyroku, iż *per analogiam* do art. 22 ust. 1 pkt 2 PZP, przy ocenie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego znajdowania się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia należy oceniać z uwzględnieniem sytuacji przyszłych. Przedstawiona wykładnia, nakazując w stosowaniu art. 22 ust. 1 pkt 3) przyjęcie analogii do art. 22 ust. 1 pkt 2) PZP, pomija jednak zasadniczą różnicę w treści norm prawnych wyrażonych w obu tych przepisach. Art. 22 ust. 1 pkt 2), w którym wyrok KIO nakazuje szukać analogii, w odniesieniu do czasu, w którym następuje badanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, został sformułowany w sposób całkowicie odmienny niż przepis art. 22 ust. 1 pkt 3). Zgodnie bowiem z treścią art. 22 ust. 1 pkt 2) o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy dysponują potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia lub przedstawia pisemne zobowiązanie innych podmiotów do udostępnienia potencjału technicznego i osób zdolnych do wykonania zamówienia. Z kolei art. 22 ust. 1 pkt 3) stanowi jednoznacznie, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy znajdują się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia. Zachodzi zatem zasadnicza różnica w normatywnym ujęciu warunków udziału w postępowaniu sformułowanych w art. 22 ust. 1 pkt 3) oraz art. 22 ust. 1 pkt 2) PZP. W treści przepisu art. 22 ust. 1 pkt 2) zakłada się, iż spełnienie warunku udziału w postępowaniu ma dwa alternatywne sposoby: (1) poprzez dysponowanie potencjałem technicznym i osobami

zdolnymi do wykonania zamówienia lub (2) poprzez przedstawienie pisemnego zobowiązania innych podmiotów do udostępnienia potencjału technicznego i osób zdolnych do wykonania zamówienia. Analogiczne ukształtowanie warunku udziału w postępowaniu nie nastąpiło w przepisie art. 22 ust. 1 pkt 3) PZP. Przepis ten w żadnym stopniu nie odnosi się do ewentualnej przyszłej sytuacji ekonomicznej i finansowej wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia. Stanowi wyłącznie, iż o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy znajdują się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia. Posłużenie się w treści art. 22 ust. 1 pkt 3) PZP jedynie czasem teraźniejszym („znajdują się”) i nie odniesienie się w żaden sposób do sytuacji przyszłej wykonawcy stanowi o kluczowej różnicy pomiędzy sposobem wykładni przywołanych przepisów. Posługiwanie się analogią z art. 22 ust. 1 pkt 2) przy

dokonywaniu wykładni art. 22 ust. 1 pkt 3) nie znajduje więc żadnych podstaw. Podstaw tych nie wskazała zresztą i Krajowa Izba Odwoławcza w uzasadnieniu zaskarżanego wyroku. Poszukiwanie analogii z art. 22 ust. 1 pkt 2) przy dokonywaniu wykładni art. 22 ust. 1 pkt 3) PZP nie znajduje więc w przekonaniu zamawiającego żadnych podstaw także w świetle treści przepisów wykonawczych do PZP.

Skarżący podniósł, że rozumienie warunku znajdowania się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia, o którym mowa w art. 22 ust. 1 pkt 3) nie powinno odnosić się do sytuacji przyszłej i niepewnej wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia. Warunek udziału w postępowaniu opisany w Art. 22 ust. 1 pkt 3), stanowi wymóg podmiotowy, warunkujący ocenę oferty wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia. Niespełnienie warunku udziału w postępowaniu stanowi podstawę wykluczenia wykonawcy z postępowania, zaś oferta wykonawcy wykluczonego traktowana jest jak odrzucona. Tym samym wykonawca niespełniający warunku udziału w postępowaniu nie może uzyskać zamówienia publicznego. Powyższe oznacza, iż ocena warunku udziału w postępowaniu może odnosić się wyłącznie do zdarzeń poprzedzających dzień składania ofert lub dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Nie jest możliwe uwzględnienie w takiej ocenie zdarzeń przyszłych i niepewnych. Za przedstawionym rozumieniem warunku znajdowania się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia przemawia też treść postanowień § 1 ust. 3 pkt 2) Rozporządzenia w sprawie dokumentów. Dokument składany na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu jest wtórny w stosunku do samego warunku. Ma jedynie stanowić potwierdzenie jego spełnienia, nigdy zaś nie kreuje samodzielnie treści tego warunku. Z tego powodu przepis § 1 ust. 3 pkt 2), stanowiąc o informacji z banku potwierdzającej zdolność kredytową wykonawcy, musi być interpretowany z uwzględnieniem nadrzędności przepisu art. 22 ust. 1 pkt 3) PZP, które wskazuje treść warunku udziału w postępowaniu dot. znajdowania się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia. Informacja z banku potwierdzająca zdolność kredytową wykonawcy (czyli dokument z § 1 ust. 3 pkt 2) Rozporządzenia), może być uznawana za potwierdzającą spełnienie warunku udziału w postępowaniu tylko wtedy, gdy potwierdza warunek w treści nadanej ustawą, czyli stwierdza znajdowanie się (aktualnie a nie w przyszłości) w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia.

Skarżący wskazał także, że KIO nieprawidłowo dokonała oceny znaczenia dokumentu z 7.09.2009 r. wystawionego przez BRE Bank S.A., złożonego na rozprawie przez przeciwnika skargi. Dokument ten stanowi, że BRE Bank S.A. potwierdza, iż przeciwnik skargi posiadał na dzień wystawienia opinii załączonej do ofert} ' zdolność kredytową do kwoty 26.000.000 zł, zaś warunek wskazany w treści opinii był jednym z kilku, które zgodnie z obowiązującymi procedurami BRE Bank S.A. brał pod uwagę oceniając zdolność kredytową klienta. W ocenie skarżącego dokument ten jest nową opinią banku w przedmiocie zdolności kredytowej przeciwnika skargi i nie powinien być brany pod uwagę przy dokonywaniu oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu, bowiem ani nie został złożony wraz z ofertą, ani też nie został przedłożony w ramach procedury uzupełniania dokumentów, o której mowa w art. 26 ust. 3 PZP.

W odpowiedzi na skargę jej przeciwnik H. Cegielski - Fabryka Pojazdów

Szynowych Spółka z o.o. wniósł o oddalenie skargi i obciążenie skarżącego kosztami postępowania przed Sądem Okręgowym, w tym kosztami zastępstwa procesowego wZ< norm przepisanych. W uzasadnieniu podniósł, że zaskarżony wyrok nie narusza prawfr • materialnego, za to działanie zamawiającego narusza przepisy art. 24 ust. 2 pkt 3) PZP związku z nieuprawnioną interpretacją przepisów art. 22 ust. 1 pkt 3) ustawy oraz § 1 ust/>' - 3 pkt 2) Rozporządzenia Prezesa RM z 19.05.2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów (...). W ocenie przeciwnika skargi dopisek zamawiającego w treści samego warunku - żądanie podania jednoznacznych informacji na temat otwartej linii kredytowej, w ramach której kredyt może zostać pozyskany, należy ocenić jako niedopuszczalne zarówno w świetle braku tego typu dokumentu w katalogu dokumentów przewidzianych przepisami Rozporządzenia, jak i w świetle art. 25 ust. 1 ustawy. Tym samym postanowienia powyższe nie mogą wywierać żadnych skutków prawnych. Postanowienia powyższe nie obowiązują zarówno, gdy przejawiają się poprzez określone żądania zamawiającego dotyczące niedozwolonego katalogu dokumentów (tutaj: informacji na temat otwartej linii kredytowej), jak również, gdy ich przejawem jest niedozwolona interpretacja, prowadząca do nieuprawnionych wniosków, które legły u podstaw wykluczenia wykonawcy.

Wykonawca Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. Holding w Bydgoszczy, występując jako interwenient uboczny po stronie skarżącego, wniósł o:

1. zmianę w całości wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 października 2009 r. wydanego w sprawie o sygn. akt KIO/UZP/ZO 1244/09 i oddalenie odwołania H. Cegielski - Fabryki Pojazdów Szynowych Sp. z o.o. w Poznaniu,
2. zasądzenie od przeciwnika skargi kosztów postępowania według norm przepisanych.

Sąd Okręgowy ustalił i zważył, co następuje:

Skarga okazała się nieuzasadniona.

Sąd Okręgowy podziela i akceptuje ustalenia faktyczne Krajowej Izby Odwoławczej oraz ich konsekwencje prawne, które spowodowały uwzględnienie odwołania i nakazanie powtórzenia oceny ofert łącznie z ofertą odwołującego.

Podstawą skargi było naruszenie prawa materialnego, tj. art. 22 ust. 1 pkt 3) ustawy) 'Prawo zamówień publicznych [PZP] i § 1 ust. 3 pkt 2) rozporządzenia Prezesa RM z 19.05.2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w' jakich te dokumenty mogą być składane, a w konsekwencji naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 3) PZP poprzez zaniechanie jego zastosowania.

Przepis art. 22 ustawy) 'statuuje tzw. warunki podmiotowe, czyli takie które musi spełnić każdy wykonawca ubiegający się o zamówienie publiczne, a fakt ich spełniania

wykonawca powinien potwierdzić stosownym oświadczeniem lub/i stosownymi dokumentami, gdyż nie potwierdzenie spełniania warunków jest podstawą do wykluczenia wykonawcy z postępowania. Naruszony zdaniem skarżącego przepis art. 22 ust. 1 pkt 3) jest przepisem blankietowym, gdyż właściwą treścią powinien go wypełnić zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia [SIWZ]. To on powinien sformułować konkretne warunki finansowe, które według niego pozwolą na podjęcie przez wykonawcę zamówienia, a także konkretne wskaźniki ekonomiczne, które umożliwią dokonanie oceny zdo^śaści wykonawcy do realizacji zamówienia.

A JW niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający waciki udziału w nim sformułował w rozdz. V SIWZ, gdzie w punkcie 1. podpunkt 3)

. jjJwłazło się powielenie treści art. 22 ust. 1 pkt 3) PZP, a więc zapis, że: „O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy znajdują się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia”, zaś w ppkt 5) zamieszczone zostały warunki dodatkowe, które powinni spełniać wykonawcy, z których istotne dla tej sprawy są zapisy pod lit. b) turet pierwszy: „posiadają środki finansowe lub zdolność kredytową w

wysokości nie niższej niż 25 000 000 PLN”. Z kolei w punkcie 2. rozdz. V SIWZ znalazł się wykaz obowiązkowych dokumentów, które mieli złożyć wykonawcy dla potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu. I tak w ppkt 8) znalazł się wymóg przedłożenia - „Informacji z banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, w których wykonawca posiada rachunek bankowy, potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy (jednoznaczny zapis o wysokości środków, jakimi rzeczywiście dysponuje wykonawca w ramach linii kredytowej), w wysokości co najmniej 25 000 000 PLN, wystawionej nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert”.

Analiza tych zapisów SIWZ - w świetle ustawy Prawo zamówień publicznych i rozporządzenia z 19.05.2006 r. - wskazuje zdaniem Sądu Okręgowego, że zamawiający wykroczył poza katalog możliwych do żądania dokumentów (§ 1 ust. 3 pkt 2) rozporządzenia), który nie obejmuje informacji o „jednoznacznym zapisie o wysokości środków, jakimi rzeczywiście dysponuje wykonawca w ramach linii kredytowej”. Oczywistym jest bowiem, że zdolność kredytowa to nie to samo, co linia kredytowa oznaczająca już przyznany kredyt. Poza tym zamawiający może żądać tylko dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, a więc potwierdzających warunki zastrzeżone w SIWZ (art. 25 PZP). Wśród tych warunków skarżący nie zamieścił linii kredytowej, ograniczając się do powtórzenia treści ustawy⁷ z dopisaniem tylko kwoty⁷ środków pieniężnych lub zdolności kredytowej na poziomie 25 mln zł.

Wypełniając w tym zakresie warunki zamieszczone w SIWZ wykonawca H. Cegielski — Fabryka Pojazdów Szynowych przedłożył w ramach swojej oferty⁷ opinię bankową BRE Banku S.A. z dnia 18.06.2009 r. z informacją, że spółka na dzień wystawienia tej opinii posiada zdolność kredytową do kwoty⁷ 26.000.000 zł, pod

-12-

warunkiem finansowania ewentualnym kredytem kontraktu, uzyskanego w ramach ogłoszonego przetargu, którego realizacja stanowiłaby źródło spłaty kredytu.

Dokument ten został zakwestionowany przez zamawiającego, który na podstawie art. 26 ust. 3 PZP w dniu 6.07.2009 r. wezwał wykonawcę do złożenia dokumentu o treści jak w rozdz. V pkt 2. ppkt. 8) SIWZ, a więc ponownie do złożenia informacji o rzeczywiście posiadanych środkach, jakimi dysponuje w ramach linii kredytowej. Zatem, zamawiający tylko powtórzył żądanie zamieszczone w SIWZ, zresztą w zakresie likwidacji/ kredytowej niedopuszczalne, zamiast skorzystać z przepisu art. 26 ust. 4 PZP i wezwać do złożenia wyjaśnień dotyczących rzeczonej opinii bankowej z 18.06.2009 r., bądź zażądać innych dokumentów opisanych w § 1 ust. 3 pkt 1) rozporządzenia, jeżeli miał wątpliwości

Cff

co do spełniania przez tego wykonawcę warunku z art. 22 ust. 1 pkt 3) PZP. W rezultacie uprawniona była odpowiedź wykonawcy z dnia 9.07.2009 r., że żądanie zamawiającego jest bezprzedmiotowe, gdyż dokument potwierdzający zdolność kredytową na poziomie 26 mln zł już złożył.

iWydane na podstawie art. 25 ust. 2 PZP przepisy wykonawcze zawierają zamknięty katalog dokumentów. Zamawiającemu nie wolno żądać innych dokumentów, niż wymienione w rozporządzeniu z 19.05.2006 r. Jedyne wyjątki dotyczą zamówień sektorowych, do których zalicza się niniejsze, gdzie przepis art. 138c ust. 1 pkt 2 PZP uprawnia zamawiającego do wyjścia poza katalog dokumentów określonych w rozporządzeniu. Jednakże Tramwaje Szczecińskie nie skorzystały z tego uprawnienia i nie zażądały od wykonawców innych dokumentów niż określone w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów (*vide* pkt 2. rozdz. V SIWZ). Zamieszczony bowiem w ppkt 8) wymóg „jednoznacznego zapisu o wysokości środków, jakimi rzeczywiście dysponuje wykonawca w ramach linii kredytowej” należy ocenić co najwyżej jako nieuprawnione usiłowanie zrównania pojęcia „zdolności kredytowej” z pojęciem „linii kredytowej”, co było ponadto niedopuszczalne w świetle postawionego warunku posiadania środków finansowych lub

zdolności kredytowej w wysokości nie niższej niż 25 mln zł (pkt 1. ppkt 5 lit. b) tiret pierwszy rozdz. V SIWZ).

W tych okolicznościach - w ocenie Sądu - prawidłowo przyjęła Krajowa Izba Odwoławcza, że podmiot, który przedstawił opinię banku, że posiada zdolność kredytową niezbędną do wykonania danego zamówienia i na poziomie określonym przez zamawiającego, chociażby posiadał ją pod warunkiem, że dane zamówienie otrzyma, w pełni odpowiada hipotezie i dyspozycji normy z art. 22 ust. 1 pkt 3) PZP. Przedłożona przez wykonawcę H. Cegielski - FPS spółkę z o.o. opinia bankowa spełnia warunki opisane w SIWZ, a więc potwierdza, że w chwili składania ofert odwołujący wskazał bank, który w tym momencie deklarował, że pozytywnie ocenia zdolność kredytową wykonawcy do spłacenia kredytu przeznaczonego na sfinansowanie wykonania / przedmiotowego zamówienia. \ /

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego chodzi o weryfikację / potencjalnej zdolności kredytowej danego wykonawcy, a nie gwarancję i przyrzeczenie ze I

strony jednostki finansującej (banku) przyznania konkretnego kredytu. Czym innym jest określenie potencjalnej zdolności kredytowej, a czym innym udzielenie samego kredytu (*vide* wyrok KIO z 12.02.2009 r., KIO/UZP 131/09, LEX nr 487629). Zatem przedstawienie przez wykonawcę opinii bankowej z 18.06.2009 r. o treści, że „Spółka na dzień wystawienia niniejszej opinii posiada zdolność kredytową do kwoty 26.000.000 PLN, pod warunkiem finansowania ewentualnym kredytem kontraktu, uzyskanego w ramach ogłoszonego przetargu (...)”, stanowiło potwierdzenie znajdowania się przez wykonawcę w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia, w sytuacji, gdy zamawiający określił ten warunek w SIWZ w sposób wyżej podany, a więc „młco z powołaniem się na posiadanie środków finansowych lub zdolności kredytowej na poziomie 25 mln zł, zaś „doprecyzowanie” w postaci żądania informacji na temat linii kredytowej (w kontekście posiadania zdolności kredytowej) okazało się niedopuszczalne, z czym zresztą skarżący w ogóle nie polemizuje.

Odnosząc się do dalszych argumentów skarżącego Sąd Okręgowy podziela stanowisko Izby, że bez znaczenia jest tego typu warunek zawarty w opinii bankowej przedłożonej przez odwołującego. Wbrew skarżącemu nie jest to warunek w rozumieniu k.c., a więc zdarzenie przyszłe i niepewne. Zresztą skarżący nawet nie precyzuje na czym miałyby polegać ta przyszłość i niepewność, akcentując tylko aspekt teraźniejszości, a więc że ocena warunku udziału w postępowaniu może odnosić się wyłącznie do zdarzeń poprzedzających dzień składania ofert. Jednakże zdaniem Sądu kwestię tę należy rozpatrywać w kontekście aktualności dokumentów składanych przez wykonawcę na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu przetargowym. Zatem dokument taki powinien być wystawiony nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert i potwierdzać posiadanie zdolności kredytowej na dzień jego sporządzenia, co akurat rzeczona opinia BRE Banku spełnia. Wywodzenie więc przez skarżącego o niemożności uwzględniania w dokumentach potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia zdarzeń przyszłych jest nieuzasadnione i nie mające oparcia w przepisach ustawy. Zarówno przepisy Prawa zamówień publicznych, jak i rozporządzenia wykonawczego nie odnoszą się, a tym bardziej nie ingerują w sposób ustalania zdolności kredytowej. Na płaszczyźnie Prawa zamówień publicznych, istotne jest, aby zachowane zostały reguły terminowości wystawienia wymaganego dokumentu. Co zaś się tyczy, istoty zdolności kredytowej i sposobu jej ustalania, należy oceniać to na gruncie przepisów ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe (art. 70 ust. 1), z uwzględnieniem wypracowanych poglądów doktryny i orzecznictwa. Poza tym - wbrew stanowisku skarżącego - to nie do zamawiającego należy weryfikacja zdolności kredytowej wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia. Oceny tej dokonuje dany bank i zawiera ją w opinii wydawanej na wniosek potencjalnego kredytobiorcy, a do zamawiającego, jak w tym przypadku, co najwyżej należy sprawdzenie czy zdolność kredytowa jest na poziomie kwotowym zastrzeżonym w SIWZ.

W świetle brzmienia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych oraz rozporządzenia, za dozwolone znaczenie zwrotu „znajduje się” należy uznawać „posiadanie zdolności kredytowej” na dzień wystawienia dokumentu, który został wystawiony nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert. Dalsza ingerencja w znaczenie wyrażenia „zdolność kredytowa” nie znajduje podstaw w przywołanych przepisach. Wywody przedstawione przez skarżące należy uznać za nadinterpretację pozostającą w sprzeczności z obowiązującymi przepisami zarówno Prawa zamówień publicznych, jak i Prawa bankowego. Zdolność kredytowa wyraża^ <<

Z *

charakterystykę kredytobiorcy według oceny banku, który ma w tym zakresie wyłącznością-, pełną swobodę. Badanie zdolności kredytowej kredytobiorcy, kryteria, metoda i aspekt czasowy takiego badania (przed lub po zawarciu umowy kredytowej) jest suwerennym uprawnieniem instytucji kredytowej. Nie jest więc zdolność kredytowa ani zespołem składników rzeczowych, ani prawem. Jest jedynie cechą kredytobiorcy nadaną przez bank po dokonaniu oceny według różnych kryteriów nie dających się zobiektywizować. Nie wyraża ona więc nic innego, jak jedynie warunek powodujący gotowość konkretnego banku do udzielenia zainteresowanemu kredytowi na ustalonych warunkach (por. Leszek Mazur - Prawo bankowe. Komentarz, 2. wydanie, C. H. Beck, Warszawa 2008, do art. 70).

Brzmienie przepisu art. 70 Prawa bankowego przesądza o tym, że banki posiadają pełną swobodę decyzji przy ustalaniu zdolności kredytowej. Zaś przez zdolność kredytową rozumie się zdolność do spłaty zaciągniętego kredytu wraz z odsetkami w terminach określonych w umowie, a na kredytobiorcy ciąży obowiązek przedłożenia na żądanie banku dokumentów i informacji niezbędnych do dokonania oceny tej zdolności — ust. 1 zdanie drugie art. 70 (L. Mazur - Prawo bankowe. Komentarz ...). Z drugiej strony trzeba mieć na względzie, że wszelkie ustalenia w zakresie zdolności kredytowej potencjalnego kredytobiorcy mają jedynie charakter prognozy przyszłego stanu rzeczy, dokonywanej w określonym momencie (por. Prawo bankowe. Komentarz - pod red. Eugenii Fojcik-Mastalskiej, wyd. 2, Wyd. Prawnicze LexisNexis, W-wa 2002, do art. 70). Podobnie do pojęcia zdolności kredytowej podchodzi Sąd Najwyższy uznając, że zdolność kredytową ma każdy podmiot, którego stan majątkowy oraz bieżąca i przewidywana w przyszłości efektywność gospodarowania zapewnia wypłacalność, gwarantującą zwrot kredytu wraz z należnymi odsetkami w ustalonym w umowie terminie (wyrok z 18.06.1997 r., II CKN 207/97, LEX nr 32536). —'

Mając zatem na względzie ustawową definicję zdolności kredytowej oraz poglądy doktryny⁷ i orzecznictwa, należało przyjąć, że przedłożona przez wykonawcę opinia BRE Banku S.A. z 18 czerwca 2009 r., uwzględniająca zarówno bieżącą sytuację H. Cegielski - Fabryki Pojazdów Szynowych spółki z o.o., jak i prognozy⁷ przyszłego stanu rzeczy, według kryteriów stosowanych przez tenże Bank, stwierdzała posiadanie przez wykonawcę zdolności kredytowej na dzień sporządzenia opinii w wysokości wymaganej przez zamawiającego. Natomiast zawarty⁷ w¹ niej warunek finansowania ewentualnym kredytem kontraktu uzyskanego w ramach ogłoszonego przetargu, był jednym z kilku,

które zgodnie z obowiązującymi procedurami BRE Bank S.A. brał pod uwagę oceniając zdolność kredytową klienta. Przekonuje o tym m.in. opinia bankowa z dnia 7.09.2009 r. (karta 156 akt niniejszych), przedłożona na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą przez odwołującego i przez Izbę uwzględniona przy orzekaniu, która - na wniosek

skarżącego zawarty w skardze — została także dopuszczona jako dowód postanowieniem Sądu Okręgowego z dnia 18 grudnia 2009 r. (k. 186).

Reasumując powyższe rozważania należy stwierdzić, że skoro zamawiający tak, a nieónaczej, określił warunki udziału w postępowaniu, to nie może wykluczać z niego podmiotu, który tak postawione warunki spełnił, przedkładając dokumenty potwierdzające posiadanie zdolności kredytowej na poziomie żądanym przez Tramwaje Szęfcocińskie spółkę z o.o. w Szczecinie. Bezzasadny okazał się więc zarzut skarżącego Oroszenia prawa materialnego w postaci art. 22 ust. 1 pkt 3) PZP i § 1 ust. 3 pkt 2 rozporządzenia z dnia 19.05.2006 r.

W konsekwencji oczywiście nie miało także miejsca naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 3) PZP, gdyż brak było podstaw do wykluczenia wykonawcy z przyczyn wskazanych przez zamawiającego w piśmie z dnia 24 lipca 2009 r. Wykonawca złożył bowiem dokumenty wymagane w SIWZ, które uzupełnienia nie wymagały, przez co zbędne było wezwanie z dnia 6.07.2009 r. - w trybie art. 26 ust. 3 PZP - zwłaszcza, że zmierzało ono do wyegzekwowania od wykonawcy informacji wykraczających poza katalog określony przepisami wydanymi na podstawie art. 25 ust. 2 PZP.

Mając na uwadze całokształt poczynionych rozważań Sąd Okręgowy uznał, że Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniając odwołanie wykonawcy H. Cegielski - Fabryka Pojazdów Szynowych spółki z o.o. nie naruszyła przepisów wymienionych w petitum skargi, co skutkowało oddaleniem — na podstawie przepisu art. 198 ust. 2 PZP — skargi jako bezzasadnej.

O kosztach postępowania sądowego (pkt II. sentencji) Sąd orzekł stosując normę art. 108 w zw. z art. 98 k.p.c. oraz art. 194 ust. 2 PZP, a na zasądzoną kwotę składa się wynagrodzenie pełnomocnika procesowego przeciwnika skargi (odwołującego), ustalone na podstawie § 10 ust. 1 pkt 4) w zw. z § 2 ust. 1 i § 12 ust. 1 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28.09.2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (Dz.U. z 2002, Nr 163, poz. 1349 ze zm.).

SSO Piotr Salamaj

SSO Krzysztof Górski

**Na oryginale
Za**

**iwie podpisy
ość**

Sekret

/ZIZYftji
