

Sygn. akt: KIO 2047/14

WYROK

z dnia 17 października 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 października 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 października 2014 r. przez wykonawcę Budimex S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez Sąd Okręgowy w Radomiu, ul. J. Piłsudskiego 10, 26-600 Radom

przy udziale wykonawcy ROSA BUD S.A., ul. Gazowa 5/7, 26-600 Radom zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża Budimex S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Budimex S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Radomiu.

Przewodniczący:.....

Uzasadnienie

Zamawiający: Sąd Okręgowy w Radomiu, ul. Piłsudskiego 10 26-600 Radom wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dokończenie Inwestycji pn. „Budowa budynku Sądu Rejonowego i Sądu Okręgowego, przy ul. Warszawskiej/Parkowej, 26-600 Radom”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE z dnia 25 lipca 2014 r. pod numerem: 2014/S 141-252162

Odwołujący: Budimex S.A., ul. Stawki 40,, 01 - 040 Warszawa w dniu 24 września 2014 r. poinformował Budimex SA o dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty ROSA-BUD SA. w przedmiotowym postępowaniu.

Nie zgadzając się z powyższym rozstrzygnięciem przetargu Odwołujący w dniu 3 października 2014r.wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 24 ust 2 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp, przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy, który nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności finansowej;

2) art. 7 ust 1 ustawy Pzp przez nierówne traktowanie wykonawców, w tym dokonanie oceny oferty złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu;

alternatywnie

1) art. 26 ust 3 ustawy Pzp ze względu na zaniechanie czynności wezwania do uzupełnienia dokumentów w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności finansowej.

Wskazując na powyższe wnosił o nakazanie Zamawiającemu:

- dokonania ponownej oceny ofert,
- wykluczenia wykonawcy ROSA-BUD S.A.
- wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez Budimex SA alternatywnie:
- dokonania ponownej oceny ofert poprzedzonej wezwaniem do uzupełnienia dokumentów potwierdzających, że ROSA-BUD S.A. spełnia warunek w zakresie zdolności finansowej.

W pierwszej kolejności wskazał, że zgodnie z pkt 6.1. ppkt 4 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej SIWZ Zamawiający wymagał, aby wykonawcy przystępujący do udziału w postępowaniu wykazali się zdolnością finansową w postaci posiadania środków finansowych na rachunku lub zdolności kredytowej w wysokości, co najmniej 20 mln zł, a na potwierdzenie spełnienia warunku wykonawcy zgodnie z pkt 7.1. ppkt 4 SIWZ powinni przedłożyć informacje banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzającej wysokość posiadanych środków lub zdolność finansową wykonawcy wystawioną nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert.

Wskazał przy tym, że w ofercie złożonej przed ROSA-BUD SA na potwierdzenie spełnienia warunku zostały złożone 4 opinie bankowe:

1) opinia wystawiona w dniu 17.06.2014 r. przez Bank Pekao (Centrum Korporacyjne w Radomiu), z której wynika zdolność kredytowa wykonawcy na kwotę 5 000 000 zł;

2) opinia wystawiona w dniu 20.06.2014 r. przez Bank Powszechna Kasa Oszczędności Bank Polski SA (Centrum Obsługi Klienta Korporacyjnego Biuro w Warszawie), w której bank stwierdza bieżącą zdolność kredytową do kwoty 6 300 000 zł, a jednocześnie informuje, że spółka korzysta z limitu kredytowego w nieokreślonej wysokości;

3) opinia wystawiona w dniu 23.06.2014 r. przez Deutsche Bank Polska SA (centrum Doradztwa dla Firm Warszawa 3), w której bank ocenia zdolność kredytową wykonawcy na kwotę 8 325 000 zł;

4) opinia wystawiona w dniu 21.08.2014 r. przez Bank Spółdzielczy w Iłży Oddział w Radomiu, w której bank stwierdza, że wykonawca posiada linię kredytową w rachunku bieżącym z limitem 1 500 000 zł, z czego aktualne zadłużenie z tytułu kapitału wynosi 950 000 zł.

W ocenie Odwołującego z powyższego zestawienia dokumentów wynika, że wykonawca konkurencyjny wykazał, co najwyżej, że:

- ma dostęp do środków finansowych w wysokości 550 000 zł - może wykorzystać pozostałą część przyznanego kredytu w rachunku bieżącym prowadzonym przez Bank Spółdzielczy w Iłży

oraz

- posiada zdolność kredytową na kwotę maksymalną 8 325 000 zł.

Zdaniem Odwołującego łączna ocena zdolności finansowej wynosi więc 8 875 000 zł, co stanowi mniej niż połowę wymagania postawionego przez Zamawiającego w SIWZ.

Odwołujący stwierdził, że Zamawiający oceniając spełnienie warunku zdolności kredytowej prawdopodobnie zastosował błędne działanie polegające na zsumowaniu kwot zdolności kredytowej wynikających z opinii różnych banków.

Według Odwołującego wykonanie takiego działania jest błędem metodologicznym, należy, bowiem zauważyć, że zdolność kredytowa określana w różnych bankach stanowi „tą samą” zdolność do zaciągnięcia kredytu, bowiem zgodnie z art. 70 ust. 1 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r Prawo bankowe 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.

Stwierdził przy tym, że banki w praktyce przyjmują różne metody wyznaczania zdolności kredytowej klientów. Stosowane są metody opisowe, punktowe, finansowe, analiza dyskryminacyjna, metoda CAMPARI ICE, metoda 5C/6C.

Przechodząc do oceny dokumentów złożonych przez ROSA-BUD S.A. podniósł, że trzy opinie bankowe, które określają najwyższe poziomy zdolności kredytowej wystawione są w okresie 6 następujących po sobie dni (w tym sobota i niedziela).

Wskazał przy tym, że analiza zdolności kredytowej w każdej z możliwych metod jest dokonywana przez bank na podstawie przede wszystkich złożonej dokumentacji dotyczącej danego przedsiębiorcy - w tym sprawozdań finansowych (potwierdza to m.in. treść opinii wystawionej przez PKO BP). Jak wynika z doświadczenia analiza taka trwa od kilku do kilkadziesiąt dni. Tym samym założyć należy, że banki PKO BP, Pekao oraz Deutsche Bank dokonywały analizy zdolności kredytowej ROSA-BUD S.A. równolegle.

Nadto zauważył, że każdy z banków opierał się na informacjach o tym samym podmiocie (możliwe jest, że na różnym zestawie tych informacji, co zależy od przyjętej przez bank metody oceny zdolności kredytowej).

Według Odwołującego w każdym przypadku bank nie brał pod uwagę, że spółka w tym samym czasie zaciągnie kredyt na znaczną kwotę w innym banku, a taka zaś informacja znacząco wpływa na ocenę zdolności kredytowej.

Przyznał, że pozyskiwanie informacji o zdolności kredytowej w różnych bankach równolegle nie jest zakazane ani naganne - jest to praktyka stosowana powszechnie w celu ustalenia m.in., w którym banku możliwe jest zaciągnięcie kredytu do jakiej wysokości.

Jednakże błędem logicznym – w opinii Odwołującego - jest sumowanie uzyskanych ocen zdolności kredytowej.

Zwrócił uwagę, że gdyby przyjąć, że dopuszczalne jest sumowanie zdolności kredytowej określonej przez różne banki prowadziłyby to do absurdalnej sytuacji, w której korzystniej traktowany byłby wykonawca, który wystosował wnioski o wydanie opinii do kilkunastu lub kilkudziesięciu banków, a te w oparciu o przedłożone dokumenty (w tym finansowe oraz Informacje o zaciągniętych zobowiązaniach), oceniałyby zdolność kredytową - wysokość możliwego do zaciągnięcia kredytu w tym banku.

Zamawiający oceniając opinie złożone przez ROSA-BUD SA wraz z ofertą popełnił – zdaniem Odwołującego – powyższy błąd logiczny. Pomimo, że opinie nie wskazują na to, że cztery banki mają świadomość, że sytuacja wykonawcy ulegnie zmianie przy zaciągnięciu kredytu w którymkolwiek z nich, Zamawiający przeprowadził proste sumowanie kwot określonej przez banki zdolności kredytowej.

Zdaniem Odwołującego ocena tych dokumentów jest błędna - wykonawca nie wykazał bowiem, że posiada zdolność kredytową w wysokości 20 000 000 zł, a wykazana zdolność finansowa może być oceniona bez wątpliwości na kwotę maksymalną 8 875 000 zł, a więc znacząco mniejszą niż wymagana.

W związku z tym – w ocenie Odwołującego - uznać należy, że wykonawca nie wykazał posiadania zdolności finansowej na wymaganym przez zamawiającego poziomie, a więc zachodzi przesłanka wykluczenia wykonawcy z postępowania na podst. art. 24 ust 2 pkt 4 ustawy Pzp.

Z ostrożności procesowej jednak wskazał, że wedle wiedzy Odwołującego, Wykonawca ten nie był wzywany do uzupełnienia dokumentów w omawianym zakresie.

Odwołujący stanął na stanowisku, że nie jest możliwe uzupełnienie przez wykonawcę dokumentów na potwierdzenie posiadania zdolności finansowej na dzień składania ofert, gdyż z przedłożonych wynika, że zdolności tej wykonawca nie posiada, dopuszczając możliwość naruszenia art. 26 ust 3 ustawy Pzp.

Pismem z dnia 8 października 2014r. wykonawca ROSA-BUD S.A., zwany dalej Przystępującym zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść dokumentacji postępowania przetargowego, w tym ogłoszenia i Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ), oferty Przystępującego, informacji Zamawiającego o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 24 września 2014r., pisma Przystępującego z dnia 7 października 2014r., odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie z dnia 9 października 2014r., jak również na podstawie złożonych na rozprawie przez strony i uczestnika wyjaśnień i pism Izba postanowiła odwołanie oddalić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba nie doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art.7, art.24 ust.2 pkt. 4 i art.26 ust.3 ustawy Pzp.

Istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie była kwestia oceny czy Zamawiający miał dostateczne podstawy prawne do uznania braku spełniania przez Przystępującego warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania zdolności finansowej, a w konsekwencji czy Zamawiający miał obowiązek wykluczenia tego wykonawcy z przetargu.

Jednocześnie dla udzielenia odpowiedzi na powyższe pytanie koniecznym stało się rozstrzygnięcie aspektu prawnej dopuszczalności sumowania zdolności kredytowej jednego wykonawcy w warunkach oceny tej zdolności przez różne banki na poziomie poniżej wymaganego przez Zamawiającego progu, przy czym łączna suma tych udzielonych przez banki zdolności do zaciągnięcia kredytów przekraczała oczekiwaną przez Zamawiającego wartość.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że zgodnie z pkt.6.1.4 lit.a SIWZ o udzielenie zamówienia publicznego mogą ubiegać się wykonawcy nie wykluczeni na podstawie art.24 ust.1 i 2 ustawy Pzp i spełniający warunki z art.22 ust.1 ustawy Pzp tj. wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące sytuacji ekonomicznej i finansowej – posiadają środki finansowe na rachunku lub zdolność kredytową w wysokości co najmniej 20 000 000 zł.

Jednocześnie stosownie do pkt.7.1 l.p.4 wykonawcy mieli dostarczyć w celu oceny spełniania przez Wykonawcę warunków, o których mowa w art.22 ust.1 ustawy Pzp informację banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo – kredytowej potwierdzającą wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, wystawioną nie wcześniej niż trzy miesiące przed upływem terminu składania ofert.

Izba ustaliła, że Przystępujący na stronach 18 – 21 przedłożył 4 opinie bankowe, z których wynika łączna wartość zdolności kredytowej przekraczająca 20 000 000 zł.

Analiza przepisów ustawy Pzp i wydanych na jej podstawie przepisów wykonawczych oraz powyższej treści SIWZ doprowadziła Izbę do przekonania, że taki zabieg sumowania zdolności kredytowych nie jest prawem zakazany.

Według Izby racjonalny system prawny zawierający szczegółowe regulacje dotyczące wymaganych dokumentów dla potwierdzenia warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego musi określać *expressis verbis*, w jakich okolicznościach zdolność kredytowa wykonawcy nie będzie uwzględniana przy ocenie jego zdolności finansowej.

Nadto, jeżeli wykonawca miałby zostać wykluczony z przetargu z powodu nie spełniania warunku zdolności finansowej, to także ustawa powinna zawierać wyraźny zakaz sumowania kredytów udzielanych przez inne banki.

Jeżeli prawo nie przewiduje takich sytuacji, to nie można stosować wykładni celowościowej, która może stanowić naruszenie praw podmiotowych wykonawców, w wyniku dowolności interpretacyjnej Zamawiających.

Stosownie do przepisu § 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 w celu oceny spełniania przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej „ustawą”, zamawiający może żądać następujących dokumentów: informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, wystawionej nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert albo składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Powyższe unormowanie prawne nie zawiera w tym zakresie możliwości sumowania

zdolności kredytowej jakiegokolwiek dyrektywy określającej warunki jej posiadania.

Bezspornym w rozpoznawanej sprawie jest, że metodyka oceny zdolności kredytowej klienta przez banki nie jest jednolita, a zatem informacja bankowa w stosunku do tego samego podmiotu może nie być jednakowa, o czym zresztą świadczą różne oceny banków zdolności kredytowej tego samego podmiotu (vide: str.18 – 21 oferty Przystępującego).

Poza tym akta sprawy wskazują, że dokumenty wystawiane przez banki mają jedynie charakter opinii i w zasadzie nie są dla banku wiążące, co wynika z informacji, że ewentualne udzielenie kredytu byłoby uwarunkowane złożeniem wniosku kredytowego oraz podjęciem decyzji przez właściwe organy banku (vide: str.18 oferty Przystępującego - opinia bankowa Banku Pekao S.A.), a także, że finansowanie transakcji o charakterze kredytowym wymaga każdorazowo przeprowadzenia pełnej oceny zdolności kredytowej wnioskodawcy na dzień udzielania kredytowania (vide: str.19 oferty Przystępującego - opinia bankowa Powszechnej Kasy Oszczędnościowej Bank Polski S.A.).

W świetle powyższego za bezzasadne należy uznać twierdzenia Odwołującego, że wnioski kredytowe in blanco przedstawione przez niego na rozprawie mogą stanowić dowody na potwierdzenie okoliczności związanych ze zgłoszonymi zarzutami, także z tego powodu, że treść zawartych tam informacji dotyczy etapu udzielania kredytu zainteresowanemu wnioskodawcy, a nie sytuacji wystawiania opinii bankowej dla potrzeb prowadzonego przetargu.

W zakresie prawnej dopuszczalności sumowania wartości zdolności kredytowych dla potrzeb wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego dotyczącego zdolności finansowej wykonawcy Izba podzieliła zapatrywania prezentowane w dotychczasowym orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (vide: wyrok z dnia 6 sierpnia 2010r, sygn. akt KIO 1553/10, wyrok z dnia 13 stycznia 2012r., sygn. akt KIO 2939/12 i 2942/12, wyrok z dnia 22 maja 2013r., sygn. akt KIO 1100/13).

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp postanowiła oddalić odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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:.....