



Barwina Białkowski Siemak

ADWOKACI

adw. dr Zbigniew Barwina • adw. Piotr Barwina • adw. dr Michał Białkowski • adw. Bartosz Siemak
adw. Jakub Barański • adw. Paulina Zbyszyńska-Kubasik • adw. Agata Trębacz
r.pr. Tomasz Strząbała • adw. Maciej Zelek
apl. adw. Maria Parol • apl. adw. Natalia Zagórna

Szczecin, 6 listopada 2023 r.

**Prezes
Krajowej Izby Odwoławczej**

ul. Postępu 17a
02-676 Warszawa

Odwołujący:

Konsorcjum Firm:

Lider: LK Inwest sp. z o.o., ul. Wojszycka 46, 53-006 Wrocław, KRS: 0000614387, NIP: 915-179-77-51, REGON: 364281675, reprezentowany przez Krzysztofa Łukszę – Prezesa Zarządu

tel. 514 514 333
biuro@lkinwest.eu

Członek: KB Inwest sp. z o.o., ul. Wojszycka 46, 53-006 Wrocław, KRS: 0000741288, REGON: 380874150, NIP: 9151810411, reprezentowany przez Krzysztofa Łukszę – Prezesa Zarządu

tel. 514 514 333
biuro@lkinwest.eu

działające wraz z pełnomocnikiem adw. Zbigniewem Barwiną

Barwina Białkowski Siemak – Adwokaci
ul. Bogurodzicy 1/15, 70-400 Szczecin

tel. + 48 91 431 09 86
kancelaria@bbslegal.pl

Zamawiający:

Muzeum Szlachty Mazowieckiej w Ciechanowie

tel./fax (23) 672 53 46
sekretariat@muzeumciechanow.pl

**Zamówienie
publiczne:**

**„Budowa centralnego Magazynu zbiorów Muzeum Szlachty
Mazowieckiej w Ciechanowie wraz z przestrzenią zwiększającą
dostęp do kultury”**

adwokat dr ZBIGNIEW BARWINA
adwokat PIOTR BARWINA
adwokat dr MICHAŁ BIAŁKOWSKI
adwokat BARTOSZ SIEMAK

Barwina | Białkowski | Siemak-Adwokaci

ul. Bogurodzicy 1/15 | 70-400 Szczecin
tel. + 48 91 431 09 86 | kancelaria@bbslegal.pl

www.barwina.eu

Znak sprawy: MSM-332/13/2023

Numer ogłoszenia: 2023/BZP 00337975/01

ODWOŁANIE

Działając imieniem odwołującego, w oparciu o pełnomocnictwa, które wraz z dowodem uiszczenia opłaty skarbowej przedkładam w załączeniu, na podstawie art. 513 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (dalej: p.z.p.) **wnoszę odwołanie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności polegającej na:**

- **wyborze jako najkorzystniejszej oferty: MIKOŁAJCZAK sp. z o.o. (ul. Mławska, 1, 06-400 Ciechanów) pomimo, iż przedstawiony przez wykonawcę podmiotowy środek dowodowy w postaci opinii bankowej z dnia 12 października 2023 r. nie potwierdza spełnienia przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej, a w konsekwencji konieczne było wezwanie wykonawcy do złożenia prawidłowego środka dowodowego, ewentualnie do jego uzupełnienia lub poprawienia.**

Zarzucam zamawiającemu naruszenie 128 ust. 1 p.z.p. poprzez jego niezastosowanie, polegające na braku wezwania wykonawcy MIKOŁAJCZAK sp. z o.o. do złożenia prawidłowego środka dowodowego, ewentualnie do jego uzupełnienia lub poprawienia pomimo, iż przedłożona przez wykonawcę opinia bankowa z dnia 12 października 2023 r. nie potwierdza zdolności kredytowej wykonawcy w rozumieniu § 8 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (dalej: rozporządzenie).

Mając na uwadze powyższy zarzut, wnoszę o:

1. nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawcę MIKOŁAJCZAK sp. z o.o.;
2. nakazanie zamawiającemu wezwania wykonawcy MIKOŁAJCZAK sp. z o.o. do złożenia prawidłowego środka dowodowego, którym wykonawca w sposób należyty wykaze, iż posiada zdolność kredytową lub środki finansowe w kwocie co najmniej 5 000 000,00 zł,
3. ewentualnie wnoszę o nakazanie zamawiającemu wezwania wykonawcy MIKOŁAJCZAK sp. z o.o. do uzupełnienia lub poprawienia opinii bankowej z dnia 12 października 2023 r. w taki sposób, by w sposób należyty wykazywała ona, iż wykonawca posiada zdolność kredytową lub środki finansowe w kwocie co najmniej 5 000 000,00 zł,
4. nakazanie zamawiającemu dokonania czynności ponownego badania i oceny ofert;
5. zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika zgodnie ze spisem kosztów, który zostanie złożony na rozprawie.

Wpis od odwołania uiszczono przelewem dnia 6 listopada 2023 r. Dowód uiszczenia wpisu stanowi załącznik do odwołania.

Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty zostało odwołującemu się doręczone dnia 31 października 2023 r. Odwołanie zostaje wniesione w dniu 6 listopada 2023 r. – z zachowaniem terminu, o którym mowa w art. 515 ust. 1 pkt 2 lit. a p.z.p.

Odwołanie zostało doręczone zamawiającemu w dniu 6 listopada 2023 r. – z zachowaniem terminu, o którym mowa w art. 514 ust. 2 p.z.p. Dowód doręczenia odwołania stanowi załącznik do niniejszego odwołania.

Wyjaśniam, że **odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia publicznego oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy** (art. 505 ust. 1 p.z.p.).

Gdyby zamawiający dokonał prawidłowej oceny oferty złożonej przez MIKOŁAJCZAK sp. z o.o. uznałby, że przedstawiony przez wykonawcę podmiotowy środek dowodowy w postaci opinii bankowej z dnia 12 października 2023 r. nie potwierdza spełnienia przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej.

W efekcie zamawiający wezwałby wykonawcę do złożenia prawidłowego środka dowodowego, ewentualnie do jego uzupełnienia lub poprawienia.

Na skutek tych czynności mogłoby dojść do ustalenia, że MIKOŁAJCZAK sp. z o.o. nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, co w konsekwencji doprowadziłoby do odrzucenia oferty złożonej przez MIKOŁAJCZAK sp. z o.o., a to mogłoby prowadzić do wyboru jako najkorzystniejszej oferty konsorcjum LK Inwest sp. z o.o. i KB Inwest sp. z o.o., które złożyło ofertę ocenioną w ramach postępowania jako druga.

Uzasadnienie

1. Stan faktyczny

Zgodnie z postanowieniami zawartymi w SWZ (rozdział 8, ust. 1.3.) Zamawiający postawił wykonawcom ubiegającym się o udział w postępowaniu warunek dotyczący sytuacji ekonomicznej lub finansowej o następującej treści:

Zamawiający uzna warunek za spełniony jeżeli Wykonawca wykaże, że posiada zdolność kredytową lub środki finansowe w kwocie co najmniej 5 000 000,00 zł.

Na potwierdzenie spełnienia przedmiotowego warunku wykonawca przedstawił opinię bankową z dnia 12 października 2023 r., zgodnie z którą:

... ww. Klient aktualnie ma możliwość finansowania swojej działalności bieżącej do łącznej kwoty 5.000.000,- zł (słownie złotych: pięć milionów, groszy: zero). Udzielenie nowego kredytu będzie możliwe po złożeniu wniosku o przyznanie kredytu wraz z kompletem wymaganych w Banku dokumentów, po pozytywnej ocenie zdolności kredytowej oraz po ustanowieniu wzajemnie uzgodnionego prawnego zabezpieczenia spłaty kredytu.

2. Stan prawny

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

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

Zgodnie z art. 128 ust. 1 p.z.p. 1. jeżeli wykonawca nie złożył podmiotowych środków dowodowych lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie.

3. Analiza prawna

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

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

Rolą zamawiającego nie jest interpretowanie opinii bankowej, czy też – mówiąc bardziej dosadnie – domyślanie się, jaką informację bank w istocie chciał przekazać, skoro przepisy ustawy i rozporządzenia w sposób ścisły określają, jaką treść powinna mieć „informacja banku”, by potwierdzała ona spełnienie warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej lub finansowej.

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

I tak z opinii banku wynika, że wykonawca korzysta już z kredytu udzielonego przez bank (*Udzielenie nowego kredytu będzie możliwe po złożeniu wniosku...*). Skoro więc zdaniem banku *Klient aktualnie ma możliwość finansowania swojej działalności bieżącej do łącznej kwoty 5.000.000,- zł*, oznaczać to musi, że bank nie wyklucza udzielenia wykonawcy kolejnego kredytu, który łącznie z kredytem już udzielonym opiewał będzie na kwotę 5.000.000 zł. Oczywiście wykonawca dysponujący dwoma kredytami na łączną kwotę 5.000.000 zł spełni warunek udziału w postępowaniu, jednak wyłącznie przy założeniu, że w momencie składania podmiotowych środków dowodowych żaden z kredytów nie byłby wykorzystany w żadnej części.

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

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

Mając na uwadze powyższe, wnoszę jak we wstępie.

Za odwołującego – pełnomocnik

Załączniki:

1. pełnomocnictwo udzielone przez LK Inwest sp. z o.o.
2. pełnomocnictwo udzielone przez KB Inwest sp. z o.o.
3. odpis z rejestru przedsiębiorców KRS dot. LK Inwest sp. z o.o.
4. odpis z rejestru przedsiębiorców KRS dot. KB Inwest sp. z o.o.
5. dowód uiszczenia opłaty skarbowej
6. dowód uiszczenia wpisu od odwołania
7. dowód doręczenia odwołania zamawiającemu