

WYROK
z dnia 23 marca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Ronikier-Dolańska

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 marca 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 22 lutego 2010 r. przez **Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego „BUDOPRZEM” sp. z o.o. z siedzibą przy ul. Orkana 5b, 10-012 Olsztyn**

w postępowaniu prowadzonym przez

Warmińsko-Mazurską Agencję Rozwoju Regionalnego S.A. w Olsztynie z siedzibą przy Placu Generała Józefa Bema 3, 10-516 Olsztyn

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu zmianę postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia w odniesieniu do sposobów oceny spełnianiu warunków udziału w postępowaniu w następujący sposób:

- w pkt 15.6.6.1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia kwotę „12 000 000,00 zł” zastąpić kwotą „5 000 000,00 zł”;
- w pkt 15.6.6.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia kwotę „12 000 000,00 zł” zastąpić kwotą „5 000 000,00 zł”;
- w pkt 15.6.6.3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia kwotę „30 000 000,00 zł” zastąpić kwotą „15 000 000,00 zł”.

2. kosztami postępowania obciąża Warmińsko-Mazurską Agencję Rozwoju Regionalnego S.A. w Olsztynie z siedzibą przy Placu Generała Józefa Bema 3, 10-516 Olsztyn i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero

- groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego „BUDOPRZEM” sp. z o.o. z siedzibą przy ul. Orkana 5b, 10-012 Olsztyn,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) przez **Warmińsko-Mazurską Agencję Rozwoju Regionalnego S.A. w Olsztynie z siedzibą przy Placu Generała Józefa Bema 3, 10-516 Olsztyn** na rzecz **Przedsiębiorstwa Budownictwa Ogólnego „BUDOPRZEM” sp. z o.o. z siedzibą przy ul. Orkana 5b, 10-012 Olsztyn** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania,
- 3) dokonać zwrotu kwoty **5 566 00 zł 00 gr** (słownie: pięć tysięcy pięćset sześćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Przedsiębiorstwa Budownictwa Ogólnego „BUDOPRZEM” sp. z o.o. z siedzibą przy ul. Orkana 5b, 10-012 Olsztyn.**

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

Warmińsko-Mazurska Agencja Rozwoju Regionalnego S.A. w Olsztynie zwana dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j.: Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp”, prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie w celu zawarcia umowy na budowę wraz z projektowaniem Centrum Wdrażania i Promocji Innowacji w Olsztynie.

Szacunkowa wartość zamówienia jest niższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Postępowanie o udzielenie zamówienia wszczęto dnia 17 lutego 2010 r. Tego dnia Zamawiający zamieścił specyfikację istotnych warunków zamówienia (zwaną dalej „siwz”) oraz ogłoszenie o postępowaniu na swojej stronie internetowej www.wmarr.olsztyn.pl. W tym samym dniu ogłoszenie zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych nr 1 z 2010r. pod pozycją 45800. Umowa na przedmiot zamówienia nie została zawarta.

Pismem z dnia 19 lutego 2010 r. Odwołujący wniósł odwołanie (wpływ do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej oraz kopii do Zamawiającego w dniu 22 lutego 2010 r., co potwierdzają prezentaty odpowiednio na każdym z dokumentów) zarzucając

Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 22 ust. 4 Pzp poprzez opisanie sposobu dokonywania oceny spełnienia warunków w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i niezwiązany z jego przedmiotem oraz opisanie przedmiotu zamówienia w sposób naruszający zasadę konkurencyjności postępowania i równego traktowania oferentów. Wskazał, iż określony w punkcie 15 siwz sposób oceny warunków udziału w postępowaniu w zakresie dotyczącym sytuacji ekonomicznej i finansowej wykonawcy tj. uznanie, iż za wykonawcę znajdującego się w sytuacji ekonomicznej i finansowej gwarantującej wykonanie zamówienia Zamawiający uzna takiego, który:

- wykaże się posiadaniem aktualnego ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej w wysokości minimum 12 000 000,00 zł (pkt 15.6.6.1 siwz),
- wykaże się posiadaniem zdolności kredytowej lub posiadaniem środków na rachunku bankowym w wysokości minimum 12 000 000,00 zł (pkt 15.6.6.1 siwz),
- wykaże się osiągnięciem w każdym roku obrotowym za 2007, 2008 i 2009 roku minimalnego przychodu z działalności budowlano - montażowej w wysokości 30 000 000,00 zł (pkt 15.6.6.1 siwz).

W wyniku opisanych powyżej naruszeń Odwołujący domagał się:

- modyfikacji treści pkt.15.6.6.1. siwz oraz pkt.16.1.1.9. siwz poprzez dokonanie ograniczenia posiadania przez wykonawcę aktualnego ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej do wysokości nie większej niż 5 000 000,00 zł,
- modyfikacji treści pkt. 15.6.6.2. siwz oraz pkt.16.1.1.8. siwz poprzez dokonanie ograniczenia posiadania przez wykonawcę zdolności kredytowej lub wykazania posiadania środków na rachunku bankowym wyłącznie do kwoty wysokości nie większą niż 5 000 000,00 zł,
- modyfikacji treści pkt.15.6.6.3 siwz oraz pkt.16.1.1.7 siwz poprzez ograniczenie minimalnego przychodu z działalności budowlano - montażowej wykonawcy za lata 2007, 2008, 2009 do kwoty 15 000 000,00 zł w każdym roku obrotowym.

W uzasadnieniu do podniesionych w odwołaniu zarzutów Odwołujący:

- w odniesieniu do wymogu posiadania przez wykonawców aktualnego ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej w wysokości minimum 12 000 000,00 zł (pkt 15.6.6.1 siwz) wskazał, iż z opisu przedmiotu zamówienia dokonanej przez Zamawiającego oraz z dokonanej na tej podstawie wstępnej wyceny przedmiotu zamówienia wynika, że szacunkowa wartość nie przekroczy kwoty 12 000 000,00 zł. W takiej sytuacji żądanie posiadania aktualnego ubezpieczenia na kwotę wyższą od wartości zamówienia jest niezgodne z intencją ustawodawcy wyrażoną w § 1 ust. 1 pkt 10) Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać Zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane. Powyższy przepis wskazuje, że przedstawiona polisa ma jedynie obrazować sytuację ekonomiczną wykonawcy. Jej żądanie nie służy wykazaniu, że wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia jest już przygotowany do realizacji umowy, gdyż polisa nie obejmuje przedmiotu zamówienia. Na potwierdzenie swojego stanowiska przywołał wyrok KIO o sygn. akt. KIO/UZP 560/09, z którego wynika, że *„celem żądania polisy ubezpieczeniowej od wykonawców ubiegających się udzielenie zamówienia, jest jedynie ocena sytuacji ekonomicznej i finansowej, a nie potwierdzenie ubezpieczenia przedmiotu zamówienia”*.

- w odniesieniu do wymogu posiadania zdolności kredytowej lub posiadania środków na rachunku bankowym w wysokości minimum 12 000 000,00 zł (pkt 15.6.6.1 siwz) wskazał, iż zapisy tej treści ograniczają dostęp do przedmiotowego zamówienia poprzez konieczność legitymowania się zdolnością finansową o wartości przekraczającej wartość przedmiotu zamówienia, ale równocześnie ich spełnienie nie jest wymagane w trakcie realizacji samych robót budowlanych. Podnosił także, iż Zamawiający nie wymaga od wykonawcy kredytowania inwestycji, za czym przemawia brzmienie § 4 warunków umowy dotyczących warunków płatności - Załącznik nr 9 do siwz, który stanowi, że *„Rozliczenie robót będzie odbywało się fakturami przejściowymi, obejmującymi wykonane kompletne elementy robót. Zapłata będzie następowała w terminie 30 dniowym od daty otrzymania przez Zamawiającego faktury wraz, z protokołem odbioru wykonanych robót, podpisanym przez inspektora nadzoru, oraz kierownika budowy zatwierdzonym przez Inwestora zastępczego”*. W ocenie Odwołującego taki zapis pozwala wykonawcom na realizowanie kolejnych etapów ze środków uzyskiwanych od Zamawiającego, zatem nie jest konieczne, aby wykonawca legitymował się tak wysoką zdolnością kredytową.

- odnosząc się do wymogu osiągnięcia w każdym roku obrotowym za 2007, 2008 i 2009 roku minimalnego przychodu z działalności budowlano - montażowej w wysokości 30 000 000,00 zł (pkt 15.6.6.1 siwz) wskazał, że wymóg średniorocznego obrotu brutto na poziomie 30 000

000,00 zł tzn. prawie trzykrotnie wyższym stanowi nie tylko o naruszeniu wprost zasad konkurencyjności i równego traktowania wykonawców, ale także stawia w uprzywilejowanej pozycji wąską grupę podmiotów. Warunek ten w żadnym stopniu nie jest uzasadniony ani wartością ani stopniem skomplikowania zamówienia.

Odwołujący wskazał, iż wszystkie trzy wymagania zostały określone w oderwaniu od przedmiotu zamówienia i okoliczności towarzyszących jego realizacji, co pozostaje w sprzeczności z poglądem wyrażonym w Informatorze Urzędu Zamówień Publicznych Nr 3/2009 r., w którym zostało stwierdzone, iż *„Każdy warunek udziału w postępowaniu musi być związany z charakterystyką przedmiotu zamówienia.”* Stawiane przez Zamawiającego warunki winny być proporcjonalne, adekwatne oraz związane z przedmiotem zamówienia, w żadnym wypadku nie mogą w drodze nadmiernych wymagań z góry eliminować z udziału w postępowaniu niektórych wykonawców, a także nie mogą stawiać w uprzywilejowanej pozycji niektórych z nich, co potwierdziła KIO w wyroku o sygn. akt. KIO/UZP 235/09. Argumentował, iż w województwie Warmińsko-Mazurskim praktycznie żadna z firm nie jest w stanie spełnić stawianego wymogu, mimo iż większość z nich byłaby w stanie zrealizować zamówienie w sposób należyty, dając rękojmię prawidłowej realizacji zadania. Odwołujący stwierdził, iż kwestionowane warunki udziału w postępowaniu wprost eliminują z postępowania wykonawców, w tym Odwołującego, zdolnych do wykonania zamówienia, którzy dysponują odpowiednim doświadczeniem potwierdzonym referencjami, a którzy nie spełniają wygórowanych w stosunku do przedmiotu zamówienia wymagań ekonomicznych nieadekwatnych do przedmiotu zamówienia. Podniósł, iż Zamawiający jest obowiązany zachować niezbędną równowagę między jego interesem polegającym na uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia publicznego, a interesem potencjalnych wykonawców, których nie wolno w drodze wprowadzenia nadmiernych wymagań z góry eliminować z udziału w postępowaniu.

Pismem z dnia 22 lutego 2010r. Zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania zamieszczając w dniu 23 lutego 20201r. jego treść wraz z wezwaniem do przystąpienia do postępowania odwoławczego na swojej stronie internetowej.

Żaden z wykonawców nie zgłosił przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Zamawiający nie wniósł odpowiedzi na odwołanie.

Uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia, w tym w szczególności postanowienia siwz, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone podczas rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie w dniu 17 lutego 2010 r. tj. po dacie wejścia w życie w dniu 29 stycznia 2010 r. ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz.1778) do rozpoznawania niniejszej sprawy mają zastosowanie przepisy Pzp w brzmieniu znowelizowanym.

Odwołanie nie zawiera braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlega rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek odrzucenia odwołania. Uwzględniając powyższe Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Odwołujący podtrzymał swoje dotychczasowe stanowisko. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania argumentując, iż określone przez niego warunki udziału w przedmiotowym postępowaniu nie uchybiają przepisom ustawy i żaden z zarzutów Odwołującego nie powinien być przez Izbę uwzględniony.

Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, gdyż poprzez niezgodne z art. 7 ust. 1 oraz art. 22 ust. 4 Pzp określenie przez Zamawiającego sposobu oceny warunków udziału w postępowaniu dotyczących sytuacji ekonomicznej i finansowej Odwołujący został pozbawiony możliwości skutecznego udziału w postępowaniu, a tym samym tracąc możliwość uzyskania zamówienia został narażony na szkodę.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy Izba stwierdziła, iż wobec naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, które miało istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut 1 - dotyczący naruszenia przez Zamawiającego ustawy poprzez wymaganie, aby wykonawca wykazał, iż posiada zdolność kredytową lub posiada środki na rachunku bankowym w wysokości minimum 12 000 000,00 zł (pkt 15.6.6.2 siwz) potwierdził się.

Izba ustaliła, iż Zmawiający w pkt 15.6.6.2 siwz wymagał, aby wykonawcy – w celu wykazania, iż znajduje się w sytuacji ekonomicznej i finansowej gwarantującej wykonanie zamówienia - posiadali zdolność kredytową lub środki na rachunku bankowym w wysokości minimum 12 000 000,00 zł. Wartość szacunkowa zamówienia Zamawiający ustalił – jak wynika treści pisma z dnia 25 lutego 2010 r. (L.dz.3579/2010) skierowanego przez Zamawiającego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej – na 10 753 789,88 zł.

Płatności za wykonanie przedmiotowego zamówienia realizowane będą zgodnie z wymaganym przez Zamawiającego na mocy pkt. 22.3.4. siwz harmonogramem rzeczowo-finansowym. Wykonawca zobowiązany jest załączyć do oferty harmonogram rzeczowo-finansowy, który będzie oceniany przez Zamawiającego wyłącznie w zakresie zgodności z granicznymi terminami realizacji zamówienia wynikającymi m.in. z § 2 projektu umowy stanowiącego załącznik nr 9 do siwz.

Ponadto, jak Zamawiający postanowił w pkt.30.6 siwz opisującym sposób obliczenia ceny, *„Wykonawca w celu rozliczenia częściowego wynagrodzenia za wykonanie poszczególnych elementów robót określi ceny poszczególnych elementów rozliczeniowych stanowiących podstawę do wystawienia częściowej faktury.”* Z cytowanymi zapisami siwz korespondują postanowienia § 4 ust. 1 projektu umowy określające warunki płatności, stosownie do których *„Rozliczenie robót będzie odbywało się fakturami przejściowymi, obejmującymi wykonane kompletne elementy robót. Zapłata będzie następowała w terminie 30 dniowym od daty otrzymania przez Zamawiającego faktury wraz z protokołem odbioru wykonanych robót, podpisanym przez inspektora nadzoru, oraz kierownika budowy zatwierdzonym przez Inwestora zastępczego”*. Z brzmienia ust. 2 zdanie ostatnie przywołanego wyżej paragrafu wynika, iż *„Wartość faktury końcowej nie może być niższa niż 10% wartości zamówienia”*.

Uwzględniając powyższe Izba zważyła, iż Zamawiający opisując wskazany w art. 22 ust.1 pkt 3 ustawy warunek udziału w postępowaniu dotyczący sytuacji ekonomicznej i finansowej wykonawców poprzez wymaganie, aby – jak wynika z postanowień pkt 15.6.6.2 siwz – wykonawcy wykazali, iż posiadają zdolność kredytową lub środki na rachunku bankowym w wysokości minimum 12 000 000,00 zł narusza art. 7 ust. 1 ustawy zobowiązujący Zamawiającego do przygotowania i prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Stwierdzić trzeba, iż opis sposobu dokonania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu wskazanego w art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy, ze względu na nieproporcjonalność do przedmiotu zamówienia, uchybia treści art. 22 ust. 4 Pzp wymagającego, aby sformułowany przez Zamawiającego opis sposobu dokonania oceny

spełniania warunków udziału w postępowaniu był związany z przedmiotem zamówienia oraz do niego proporcjonalny.

Izba w powyższym zakresie podzieliła stanowisko Odwołującego, że w świetle zapisów siwz oraz projektu umowy przewidujących płatności częściowe za realizację przedmiotu zamówienia stosownie do harmonogramu rzeczowo-finansowego, który nie podlega ocenie Zamawiającego (z wyjątkiem terminów granicznych) i którego wzoru Zamawiający nie określił, nie formułując także w tym zakresie żadnych szczegółowych wymagań żądanie, aby wykonawcy wykazali się zdolnością kredytową lub posiadali środki finansowe w kwocie minimum 12 000 000,00 zł, jest wymogiem wygórowanym i nieadekwatnym do przedmiotu zamówienia.

Oceny tej nie zmienia fakt, iż – jak twierdzi Zamawiający – płatności dokonywane będą za poszczególne zakończone, kompletne instalacje. W żadnym miejscu siwz nie znajdujemy bowiem definicji „*kompletnego elementu robót*”. Przez kompletny element robót mogą być uznane - według Zamawiającego – np. wszystkie instalacje, jak i każda z nich z osobna. Dla oceny kompletności istotne jest, by dany element stanowił funkcjonalną całość. Za nie znajdujące potwierdzenia w materiale dowodowym należy uznać twierdzenia Zamawiającego, iż mimo że w harmonogramie rzeczowo-finansowym wykonawcy mogą w zasadzie dowolnie określić terminy realizacji poszczególnych prac, to płatności skumulują się w końcowym okresie realizacji umowy. Twierdzenia takiego nie uzasadnia także brzmienie § 4 ust. 2 projektu umowy, z którego wynika, iż „*wartość faktury końcowej nie może być niższa niż 10% wartości zamówienia*”.

Izba nie podzieliła poglądu Zamawiającego, iż dla oceny, czy opis sposobu dokonywania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu odpowiada przepisowi art. 22 ust. 4 Pzp, jest wystarczające odniesienie się do wartości szacunkowej zamówienia. Zamawiający argumentował, iż skoro wartość zamówienia wynosi 10 753 789,88 zł netto, a 13 119 623,65 zł brutto, zatem nie może budzić wątpliwości adekwatność i proporcjonalność do przedmiotu zamówienia kwoty 12 000 000,00 zł wskazanej w kwestionowanym opisie sposobu oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Izba stoi na stanowisku, iż opis sposobu oceny spełnienia warunków zamówienia jest konkretyzowany w każdym postępowaniu z uwzględnieniem specyfiki przedmiotu zamówienia, w tym warunków płatności, terminów i harmonogramu realizacji umowy, a nie – jak chciałby Zamawiający – wyłącznie w odniesieniu do wartości zamówienia. Uwzględniając powyższą argumentację należy wyrazić pogląd, iż wymóg, aby wykonawcy wykazali się zdolnością kredytową lub środkami finansowymi na realizację całego zadania jest wymogiem wygórowanym, ograniczającym w sposób nieuzasadniony dostęp do zamówienia i nieadekwatnym.

Argumentem przemawiającym za prawidłowością kwestionowanego przez Odwołującego opisu sposobu oceny omawianego warunku udziału w postępowaniu

nie może być także wyrażony przez Zamawiającego pogląd, iż ustawa dopuszcza w art. 23 wspólne ubieganie się wykonawców o zamówienie, zatem Odwołujący, jak i każdy inny wykonawca, jeśli samodzielnie nie jest w stanie wykazać, iż spełnia warunek udziału w postępowaniu może wziąć w nim udział wraz z innym podmiotem.

Odnosząc się do powyższych twierdzeń Zamawiającego należy podnieść, iż ustawa w art. 23 uprawnia wykonawców do wspólnego ubiegania się o zamówienie, nie może to stanowić jednak ich obowiązku i uzasadniać opisu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, czego gwarancją ma być określenie sposobu oceny ww. warunków w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz adekwatny tj. pozostający z zamówieniem w związku na tyle ścisłym, by spełniający je wykonawca był w stanie wykonać przedmiot zamówienia z należytą starannością.

W ocenie Izby dla weryfikacji, czy wykonawca spełnia warunki dotyczące sytuacji ekonomicznej i finansowej, a zatem daje rękojmię należytej realizacji zamówienia w tym zakresie jest wystarczające wykazanie przez wykonawcę, iż posiada zdolność kredytową lub środki na rachunku bankowym w wysokości minimum 5 000 000,00 zł.

Zarzut 2 - dotyczący naruszenia przez Zamawiającego ustawy poprzez wymaganie, aby wykonawca wykazał, że osiągnął w każdym z lat obrotowych 2007, 2008 i 2009 minimalny przychód z działalności budowlano - montażowej w wysokości 30 000 000,00 zł (pkt 15.6.6.3 siwz) potwierdził się.

Izba ustaliła, iż Zamawiający w pkt 15.6.6.3 siwz wymagał, aby wykonawcy – w celu wykazania, iż znajduje się w sytuacji ekonomicznej i finansowej gwarantującej wykonanie zamówienia – osiągnęli w każdym z lat obrotowych 2007, 2008 i 2009 minimalny przychód z działalności budowlano - montażowej w wysokości 30 000 000,00 zł.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, iż określony przez Zamawiającego w pkt 15.6.6.3 siwz, a kwestionowany przez Odwołującego, sposób oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej wykonawców należy oceniać w świetle omówionych w odniesieniu do zarzutu 1 postanowień projektu umowy dotyczących warunków płatności oraz wartości zamówienia.

Izba podziela pogląd Odwołującego, iż ustalenie przez Zamawiającego progu przychodów z działalności budowlano-montażowej za lata 2007-2009 w wysokości trzykrotnie wyższej niż wartość zamówienia stanowi o naruszeniu zasad wyrażonych

w art. 7 ust.1 ustawy, których realizacji służą wytyczne wyartykułowane przez ustawodawcę w art. 22 ust. 4 Pzp. Formułując zapisy siwz w powyższy sposób Zamawiający uniemożliwił wykonawcom, którzy dają rękojmię należytej realizacji umowy, skuteczne ubieganie się o przedmiotowe zamówienie. Zamawiający nie wykazał w toku postępowania dowodowego, iż wymóg zawarty w pkt 15.6.6.3 siwz jest uzasadniony wartością bądź stopniem skomplikowania zamówienia, jego specyfiką. Fakt, iż brutto wartość zamówienia – jak wskazuje Zamawiający – wynosi 13 119 623,65 zł, także nie może być argumentem przemawiającym za proporcjonalnością i adekwatnością kwestionowanego wymogu zamawiającego. Nie może nim być także wyrażony przez Zamawiającego pogląd, iż ustawa dopuszcza w art. 23 wspólne ubieganie się wykonawców o zamówienie oraz w art. 26 możliwość wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu w oparciu o zdolność ekonomiczną i finansową podmiotu trzeciego, a zatem Odwołujący mógł korzystając z uprawnień wynikających z przywołanych przepisów tym samym wykazać, iż posiada stosowną zdolność ekonomiczną. Do kwestii wspólnego udziału wykonawców w postępowaniu Izba odniosła się w punkcie dotyczącym zarzutu 1 i w tym zakresie wywody Izby w pełni uznać trzeba za zasadne także w odniesieniu do zarzutu 2. Ustosunkowania się wymaga natomiast stanowisko Stron dotyczące możliwości posiłkowania się zdolnością ekonomiczną innego podmiotu. W ocenie Izby Odwołujący wyraził trafny pogląd, iż wykonawca nie może udowodnić swojej zdolności ekonomicznej (a wykazaniu spełniania tego warunku służy wymóg przychodów w odpowiedniej wysokości) polegając na zdolności ekonomicznej innych podmiotów chyba, że wspólnie z nimi bierze udział w postępowaniu. Za takim stanowiskiem przemawia wprost brzmienie przepisu art. 26 ust. 2b pzp *„Wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolności finansowej innych podmiotów”*. Cytowany przepis nie pozostawia wątpliwości, iż uprawnienie wykonawcy do opierania się na potencjale innych podmiotów nie odnosi się do zdolności ekonomicznej. Warunek ten dotyczy więc wyłącznie wykonawcy. Zatem argumentacja Zamawiającego w omawianym zakresie jest chybiona i nie znajduje uzasadnienia w przepisach ustawy.

Uwzględniając powyższe Izba stanęła na stanowisku, iż Zamawiający opisując wskazany w art. 22 ust.1 pkt 3 ustawy warunek udziału w postępowaniu dotyczący sytuacji ekonomicznej i finansowej wykonawców poprzez wymaganie, aby – jak wynika z postanowień pkt 15.6.6.3 siwz – wykonawcy wykazali, iż że osiągnęli w każdym z latach obrotowych 2007, 2008 i 2009 minimalny przychód z działalności budowlano - montażowej w wysokości 30 000 000,00 zł narusza art. 7 ust. 1 ustawy zobowiązujący Zamawiającego do przygotowania i prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Stwierdzić trzeba, iż opis sposobu dokonania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu wskazanego

w art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy, ze względu na nieproporcjonalność do przedmiotu zamówienia, uchybia treści art. 22 ust. 4 Pzp wymagającego, aby sformułowany przez Zamawiającego opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu był związany z przedmiotem zamówienia oraz do niego proporcjonalny. W toku postępowania dowodowego Zamawiający nie wskazał na żadne okoliczności, które pozwoliłyby na odmienną ocenę Izby w przedmiotowym zakresie. Niewątpliwym jest bowiem – jak wyżej Izba wskazała – analizując prawidłowość określonego przez Zamawiającego sposobu oceny spełniania danego warunku udziału w postępowaniu, iż należy wziąć pod uwagę całokształt okoliczności związanych z danym zamówieniem, jego specyfikę tj. wartość zamówienia, termin realizacji, wymagania funkcjonalne, stopień skomplikowania zamówienia, warunki płatności itp. Zamawiający nie dał jednak podstaw dla przyjęcia, iż w niniejszym postępowaniu zaistniały jakiegokolwiek przesłanki uzasadniające kwestionowane przez Odwołującego zapisy siwz. Zamawiający nie wskazał podstaw do ustalenia tak wysokiego progu dotyczącego przychodów za lata 2007-2009, czym w sposób nieuzasadniony i naruszający zasadę uczciwej konkurencji ogranicza potencjalnym wykonawcom możliwość uzyskania zamówienia, pomimo posiadania dobrej sytuacji finansowej i ekonomicznej pozwalającej na należyte wykonanie przedmiotu zamówienia.

W ocenie Izby dla weryfikacji, czy wykonawca spełnia warunki dotyczące sytuacji ekonomicznej i finansowej, a zatem daje rękojmię należytej realizacji zamówienia jest wystarczające wykazanie przez wykonawcę, iż wykaże się osiągnięciem w każdym z lat obrotowych 2007, 2008 i 2009 roku minimalnego przychodu z działalności budowlano - montażowej w wysokości 15 000 000,00 zł.

Zarzut 3 - dotyczący naruszenia przez Zamawiającego ustawy poprzez wymaganie, aby wykonawca wykazał, że posiada aktualne ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej w wysokości minimum 12 000 000,00 zł (pkt 15.6.6.1 siwz) nie potwierdził się.

Izba ustaliła, iż Zamawiający w pkt 15.6.6.1 siwz wymagał, aby wykonawcy – w celu wykazania, iż znajdują się w sytuacji ekonomicznej i finansowej gwarantującej wykonanie zamówienia – posiadali aktualne ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej w wysokości minimum 12 000 000,00 zł, przy uwzględnieniu wartości zamówienia w wysokości 10 753 789,88 zł. Ponadto w pkt 39.9 siwz Zamawiający zobowiązał wykonawców najpóźniej w dniu podpisania umowy do dostarczenia polisy lub innego dokumentu ubezpieczenia potwierdzających, że wykonawca

posiada ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej na kwotę 12 000 000,00 zł.

Izba, uwzględniając powyższe ustalenia, zważyła, iż w świetle okoliczności sprawy ze szczególnym uwzględnieniem wartości zamówienia wymóg, aby wykonawca posiadał w momencie składania ofert aktualne ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej na kwotę minimum 12 000 000,00 zł, nie może zostać uznane za niezgodne z art. 7 ust. 1 ustawy oraz art. 22 ust. 4 ustawy, jak chciałby Odwołujący.

Należy podzielić pogląd Odwołującego, znajdujący potwierdzenie także w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (m.in. wyrok KIO z dnia 12 maja 2009 r. o sygn. akt. KIO/UZP 560/09), iż *„celem żądania polisy ubezpieczeniowej od wykonawców ubiegających się udzielenie zamówienia, jest jedynie ocena sytuacji ekonomicznej i finansowej, a nie potwierdzenie ubezpieczenia przedmiotu zamówienia”*. Powyższe nie przesądza jednak, iż żądanie Zamawiającego, aby wykonawca dysponował ubezpieczeniem o wartości 12 000 000,00 zł jest nadmierne i nieuzasadnione. Zamawiający jest bowiem uprawniony do weryfikacji zdolności ekonomicznej i finansowej wykonawców, poprzez odpowiedni tj. związany z przedmiotem zamówienia i proporcjonalny do niego opis sposobu dokonania oceny spełniania danego warunku w konkretnym postępowaniu. Postępowanie dowodowe nie pozwala na stwierdzenie, iż omawiane ubezpieczenie ma służyć innym celom, niż potwierdzenie zdolności ekonomicznej i finansowej wykonawcy. Trzeba podkreślić, iż Odwołujący, w celu uzasadnienia swojego żądania, nie podniósł innych argumentów, niż ten wskazujący, iż wymaganie ubezpieczania odpowiedzialności cywilnej służyć ma weryfikacji zdolności ekonomicznej i finansowej, a nie ubezpieczeniu przedmiotu zamówienia. W szczególności nie wykazał, iż określona przez Zamawiającego wartość wymaganego ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej w wysokości zasadniczo odpowiadającej wartości zamówienia, jest wymaganiem wygórowanym. Izba stoi na stanowisku, iż przedmiotowy wymóg nie może być uznany za wygórowany, nieproporcjonalnie wysoki i nieadekwatny w odniesieniu do przedmiotu zamówienia. Z samej istoty ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej wynika, iż ma ono stanowić zabezpieczenie ubezpieczającego lub ubezpieczonego przed ewentualnymi negatywnymi skutkami finansowymi związanymi z roszczeniami poszkodowanych. W przypadku ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej z tytułu prowadzonej działalności gospodarczej ubezpieczający lub ubezpieczony zabezpiecza się przed negatywnymi skutkami ewentualnych roszczeń poszkodowanych w związku z prowadzoną przez niego działalność gospodarczą. Pozyskanie ubezpieczenia w tym zakresie ma na celu przeniesienie na zakład ubezpieczeń ciężaru zobowiązań wpływających negatywnie na działalność ubezpieczonego lub których on sam nie mógłby udźwignąć nie narażając jej na szwank. Istnieje zatem

naturalna korelacja pomiędzy rodzajem i skalą prowadzonej działalności a wysokością sum gwarancyjnych zabezpieczających interes ubezpieczającego lub ubezpieczonego. Zakłady ubezpieczeń rozpatrując wniosek o ubezpieczenie poddają analizie zawarte w nim informacje. Mają one również możliwość skonfrontowania z rzeczywistością danych zawartych w takim wniosku, kwestionariuszu oceny ryzyka i dokumentach dotyczących funkcjonowania przedsiębiorcy na rynku, stanowiących dla nich źródło wiedzy na temat samego podmiotu jak i potencjalnych ryzyk związanych z jego działalnością.

Uwzględniając powyższe dla oceny zasadności niniejszego warunku bez znaczenia są zapisy ust. 39.9 siwz, które dotyczą wyłącznie wykonawcy, który złoży ofertę najkorzystniejszą i będzie wykonywał zamówienie. Analizując dopuszczalność opisu sposobu dokonania oceny spełnienia danego warunku udziału w postępowaniu należy kierować przede wszystkim wytycznymi określonymi w dyspozycji art. 22 ust. 4 ustawy (proporcjonalność oraz związek z przedmiotem zamówienia). Brzmienie tego przepisu służyć ma realizacji zasad wynikających z art. 7 ust. 1 ustawy i w ocenie Izby w omawianym zakresie Zamawiający w sposób prawidłowy sformułował postanowienia siwz, a wykazanie przez wykonawców, iż dysponują odpowiednim ubezpieczeniem, także nie powinno stanowić nadmiernej uciążliwości, zatem zarzut nie może w tym zakresie zostać uwzględniony.

Odwołujący, w odwołaniu, zarzucił także Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy poprzez niezgody z przywołanym przepisem opis przedmiotu zamówienia. Na poparcie powyższego zarzutu nie przedstawił żadnych argumentów ani nie sformułował żądań, zatem w tym zakresie Izba odwołania nie uwzględniła.

Izba nie uwzględniła żądania Odwołującego w zakresie modyfikacji treści pkt. 16.1.1.8. oraz 16.1.1.7 siwz, bowiem przywołane postanowienia siwz odnoszą się do dokumentów wymaganych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowania. Zamawiający nie odnosi się w omawianych zapisach siwz ani do wartości, na którą opiewać ma polisa odpowiedzialności cywilnej lub w przypadku jej braku, inny dokument potwierdzający stosowne ubezpieczenie ani do wysokości przychodu, który ma wynikać z rachunku zysków i strat bądź – w przypadku, gdy wykonawca nie jest zobowiązany do sporządzania sprawozdania finansowego – z innych dokumentów określających przychody netto ze sprzedaży za lata obrotowe 2007 i 2008, a jeśli okres prowadzenia działalności jest krótszy, za ten okres oraz informacji określającej przychody netto ze sprzedaży za rok 2009r.

Na marginesie należy zauważyć, iż Zamawiający winien – uwzględniając stadium przedmiotowego postępowania, w którym termin składania ofert minął w dniu 5 marca 2010 r. - dokonać analizy skutków przedmiotowego orzeczenia w świetle przesłanek unieważnienia postępowania wskazanych w przepisie art. 93 ust. 1 ustawy, w szczególności w pkt. 7, stosownie do którego zamawiający zobowiązany jest unieważnić postępowanie, jeśli stwierdzi, iż jest ono obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Spełnienie powyższej przesłanki unieważnienia postępowania powinien Zamawiający ocenić uwzględniając fakt, iż nie skorzystał w przedmiotowym postępowaniu z uprawnienia wynikającego z przepisu art. 182 ust. 5 ustawy, na mocy którego w przypadku wniesienia odwołania wobec postanowień siwz zamawiający może przedłużyć termin składania ofert. Wobec nieskorzystania przez Zamawiającego z tej możliwości i nieodwracalnym upływie terminu składania ofert oraz w świetle brzmienia przepisu art. 38 siwz 4 Pzp zmiana siwz na aktualnym etapie postępowania nie jest dopuszczalna, zatem rozważenie przez Zamawiającego zastosowania art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy jest w pełni uzasadnione i konieczne, Izba bowiem nie jest uprawniona do nakazania Zamawiającemu unieważnienia postępowania.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 2 Pzp uwzględniła odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy, czyli stosownie do wyniku postępowania z uwzględnieniem postanowień rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007 r., Nr 128, poz. 886 z późn. zm.).

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Olsztynie**.

Przewodniczący:

.....

