

Sygn. akt: KIO 2629/12

## WYROK

z dnia 19 grudnia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Małgorzata Rakowska**

**Protokolant: Jakub Banasiak**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 grudnia 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 listopada 2012 r. przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Robót Inżynierskich „POL-AQUA” S.A. z siedzibą w Warszawie, 00-972 Warszawa, ul. A. Branickiego 15** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Miasta Toruń, 87-100 Toruń, ul. Wały Gen. Sikorskiego 10,**

**orzeka:**

**1. oddala odwołanie,**

**2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę Przedsiębiorstwo Robót Inżynierskich „POL-AQUA” S.A. z siedzibą w Warszawie, 00-972 Warszawa, ul. A. Branickiego 15 i:**

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Robót Inżynierskich „POL-AQUA” S.A. z siedzibą w Warszawie, 00-972 Warszawa, ul. A. Branickiego 15** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawcy **Przedsiębiorstwa Robót Inżynierskich „POL-AQUA” S.A. z siedzibą w Warszawie, 00-972 Warszawa, ul. A. Branickiego 15** na rzecz **Gminy Miasta Toruń, 87-100 Toruń, ul. Wały Gen. Sikorskiego 10** kwotę **5 354 zł 00 gr** (słownie: pięć tysięcy trzysta pięćdziesiąt cztery złote zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, dojazdu na posiedzenie Izby oraz sporządzenia opinii.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 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 **Toruniu**.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Gmina Miasta Toruń, zwana dalej „zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, wszczął, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia na „Zagospodarowanie terenu Jordanek na cele kulturalno-kongresowe – budowa wielofunkcyjnej sali koncertowej w Toruniu.”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 20 listopada 2012 r., nr 2012/S 223-367340.

W dniu 30 listopada 2012 r. (pismem z tej samej daty) odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ pisma do zamawiającego w dniu 30 listopada 2012 r.) na treść ogłoszenia oraz postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwaną dalej „SIWZ”, zarzucając zamawiającemu określenie warunków udziału w postępowaniu i opisu sposobu dokonania oceny spełniania tych warunków w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej w postaci konieczności posiadania:

- a) bieżącej płynności finansowej nie mniej niż 1,2, potwierdzonej wskaźnikiem bieżącej płynności, liczonym jako iloraz aktywa bieżące/zobowiązania bieżące,
- b) szybkiej płynności finansowej nie mniej niż 1,2, potwierdzonej wskaźnikiem szybkiej płynności liczonej jako iloraz (aktywa bieżące – zapasy)/zobowiązania bieżące,
- c) rentowności sprzedaży netto nie mniej niż 0,01 potwierdzonej wskaźnikiem liczonym jako iloraz zysk netto/(przychody netto ze sprzedaży produktów, towarów i materiałów + pozostałe przychody operacyjne + przychody finansowe + zyski nadzwyczajne),

w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, co w konsekwencji powoduje, że zamawiający uniemożliwia złożenie ofert w postępowaniu przez szeroki krąg podmiotów na zasadzie równości i konkurencyjności, tj. naruszenie art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 1 pkt 4, art. 22 ust. 4 oraz art. 29 ust. 2 ustawy Pzp.

Jednocześnie odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu zmianę treści ogłoszenia o zamówieniu i treści SIWZ poprzez wprowadzenie następujących modyfikacji:
  - zmianę pkt III.2.2) ppkt 3 a) ogłoszenia oraz pkt 3.4.3 a) SIWZ poprzez obniżenie wartości wymaganego wskaźnika bieżącej płynności do poziomu 0,9;

- zmianę pkt III.2.2) ppkt 3 b) ogłoszenia oraz pkt 3.4.3 b) SIWZ poprzez obniżenie wartości wymaganego wskaźnika szybkiej płynności do poziomu 0,9;
  - usunięcie pkt III.2.2) ppkt 3 c) ogłoszenia oraz pkt 3.4.3 c) SIWZ w całości,
- 2) obciążenie zamawiającego kosztami postępowania.

W uzasadnieniu odwołujący wskazał m.in., iż taki opis warunków udziału w postępowaniu narusza zasadę uczciwej konkurencji. Co do zasady, płynność finansowa jako zdolność do regulowania bieżących zobowiązań może mieć znaczenie dla wykonania zamówienia, a tym samym dla zamawiającego, jednakże wskaźniki tej płynności, jak również wskaźnik rentowności netto liczony jako zysk netto liczony za ostatnie 2 pełne lata obrotowe (2010 i 2011) mogą nie dawać wiarygodnego obrazu płynności finansowej wykonawcy w czasie realizacji zamówienia, gdyż jego realizacja przewidziana została na 25 miesięcy od udzielenia zamówienia (a zatem będą to w przypadku tego zamówienia lata 2013, 2014 i 2015) - co nie może i nie daje wiarygodnej oceny sytuacji ekonomicznej i finansowej potencjalnego wykonawcy. Tym samym, przedmiotowe warunki na obecnym, żądanym przez zamawiającego poziomie w sposób nieuprawniony utrudniają dostępność zamówienia podmiotom, których sytuacja finansowa pozwala na wykonywanie zamówienia, mimo niemożności wykazania się wskaźnikami płynności na poziomie 1,2 czy dodatnim wynikiem finansowym netto. W tym zakresie odwołujący powołał wyrok Zespołu Arbitrów z 2006 r. (UZP/ZO 0-838/06). Wymagane w Ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ wskaźniki dotyczące sytuacji finansowej przedsiębiorstw są całkowicie oderwane od wskaźników posiadanych przez wszystkie duże i średnie firmy budowlane zarówno w Polsce, jak i na całym rynku europejskim. Z tego powodu, uzależnienie udziału w postępowaniu od spełnienia tak dalece nierealnych wymogów stanowi rażące naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Powyższe znajduje potwierdzenie w raportach spółek z branży budowlanej notowanych na giełdzie papierów wartościowych (na podstawie informacji publikowanych przez spółki finansowych raportów rocznych i kwartalnych), dostępnych na stronach internetowych spółek oraz na stronie internetowej Giełdy Papierów Wartościowych w Warszawie ([www.gpw.pl](http://www.gpw.pl)). Reasumując wniósł o dokonanie zmniejszenia określonych w SIWZ i Ogłoszeniu o zamówieniu wskaźników do 0,9 oraz usunięcie wymogu posiadania zysku w 2 ostatnich latach obrotowych.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treść ogłoszenia o zamówieniu oraz treść SIWZ, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, jak również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie, uznając iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, iż zamawiający w Ogłoszeniu o zamówieniu sekcja III, pkt III.2.2) „Zdolność ekonomiczna”, ppkt 3 zamieścił postanowienie:

„W okresie ostatnich 2 pełnych lat obrotowych, a jeśli okres prowadzenia jest krótszy – za ten okres posiadają:

- a) bieżącą płynność finansową nie mniej niż 1,2 potwierdzoną wskaźnikiem bieżącej płynności, liczoną jako iloraz aktywa bieżące/zobowiązania bieżące,
- b) szybką płynność finansową nie mniej niż 1,2 potwierdzoną wskaźnikiem szybkiej płynności liczonej jako iloraz (aktywa bieżące – zapasy)/zobowiązania bieżące,
- c) rentowności sprzedaży netto nie mniej niż 0,01 potwierdzonej wskaźnikiem liczoną jako iloraz zysk netto/(przychody netto ze sprzedaży produktów, towarów i materiałów + pozostałe przychody operacyjne + przychody finansowe + zyski nadzwyczajne)”.  
Tę samą treść zamawiający zamieścił SIWZ, pkt 3, ppkt 3.4.a), 3.4.b) i 3.4.c)

Odwołujący zakwestionował powyższe postanowienia Ogłoszenia o zamówieniu, jak i SIWZ, wnosząc w tym zakresie odwołanie.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Niewątpliwym jest, iż warunek znajdowania się w sytuacji ekonomicznej i finansowej ma za zadanie potwierdzenie zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia w wyznaczonym przez zamawiającego terminie i sfinansowania go do czasu dokonania płatności przez zamawiającego. Sytuacja finansowa odnosi się więc do wykazania, iż wykonawca jest w stanie dysponować środkami finansowymi w wymaganej wysokości do realizacji zamówienia. Sytuacja ekonomiczna to także zespół wskaźników o charakterze ekonomicznym dotyczącym np. wielkości obrotów, płynności finansowej, zysku itp. W zasadzie wskaźnik dotyczący dodatniego wyniku finansowego nie jest elementem potwierdzającym lub zaprzeczającym istnieniu wiarygodności finansowej danego wykonawcy i jego odpowiedniej sytuacji ekonomicznej. Sytuacja ekonomiczna nie powinna być oceniana za pomocą tylko i wyłącznie tego jednego wskaźnika. W takiej sytuacji zamawiający powinien bowiem dokonać oceny w oparciu o kilka wskaźników.

W niniejszym stanie faktycznym zamawiający będzie dokonywał tej oceny, w kwestionowanym zakresie, w oparciu o wskaźnik bieżącej płynności finansowej („1,2”), wskaźnik szybkiej płynności finansowej („1,2”) oraz zysk netto.

Wskaźnik bieżącej płynności finansowej obrazuje zdolność wykonawcy do regulowania zobowiązań posiadanymi środkami obrotowymi. Stanowi on bowiem stosunek majątku obrotowego firmy do wysokości bieżących zobowiązań krótkoterminowych. Wartość wzorcowa tego wskaźnika – jak wynika z piśmiennictwa - powinna się mieścić w granicach od 1,2 do 2,0.

Natomiast wskaźnik szybkiej płynności finansowej odzwierciedla natychmiastową zdolność wykonawcy do spłaty zaciągniętych zobowiązań. Wartość wzorcowa tego wskaźnika - jak wynika z piśmiennictwa - powinna się mieścić w granicach od 1,0 do 1,2.

Niemniej jednak nie należy niejako automatycznie wskazywać wymaganego poziomu danego wskaźnika. Określenie wymaganego poziomu wskaźnika zarówno bieżącej, jak i szybkiej płynności finansowej powinno być bowiem zawsze poprzedzone wynikiem badania, jakim poziomem tego wskaźnika powinien legitymować się wykonawca ubiegający się o dane zamówienia, aby uznać, iż znajduje się on w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej jego prawidłowe wykonanie. Zamawiający – jak konsekwentnie podkreślał – postawił w tym postępowaniu rygorystyczne warunki płatności, co związane jest z ograniczeniami budżetowymi, w tym treścią umowy podpisaną z instytucją współfinansującą jego realizację (województwem kujawsko-pomorskim). A ponadto postępowanie to jest drugim postępowaniem na wykonanie tego właśnie zamówienia. W poprzednim postępowaniu identycznie sformułowano warunki dotyczące sytuacji ekonomicznej i finansowej wykonawcy (wymagano legitymowania się identycznymi wskaźnikami („1,2”) i zyskiem netto. Warunek ten spełniło wówczas 11 z 13 wykonawców, w tym m.in. Warbud S.A., Strabag Sp. z o.o., Porr Polska S.A. itp., a więc duże spółki giełdowe (protokół postępowania – DRUK ZP-PO oraz protokół z II posiedzenia Komisji Przetargowej). Zamawiający brał także pod uwagę obecną sytuację na rynku budowlanym i ryzyko upadłości wielu firm budowlanych. Dlatego też, stawiając takie właśnie wymogi, dążył do zminimalizowania ryzyka upadłości wykonawcy na etapie realizacji zamówienia. Wartość tego zamówienia wynosi bowiem około 120.000.000,00 zł., a czas jego wykonania został określony na lata 2013, 2014 i 2015, gdzie maksymalne wynagrodzenie będzie dla poszczególnych lat wynosiło odpowiednio 30%, 40% i 30%. Przewidziane w SIWZ zabezpieczenie w postaci posiadania przez wykonawcę środków finansowych na realizację zamówienia w wysokości 20.000.000,00 zł stanowi 20% wartości tego zamówienia. W tych okolicznościach postawienie wykonawcom przez zamawiającego wymagania w postaci wskaźnika bieżącej, jak i szybkiej płynności finansowej na poziomie 1,2 nie może być uznane za sprzeczne z art. 22 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Wskaźnik bieżącej, jak i szybkiej

płynności finansowej w ostatnich dwóch latach obrotowych (2011 i 2010) na poziomie co najmniej 1,2 ze względu na rozmiary tego zamówienia, jak i okoliczności wskazane powyżej, jest jednym z obiektywnych czynników decydujących o zdolności ekonomicznej i finansowej wykonawcy do wykonania tego konkretnego zamówienia. Tego rodzaju wymóg – jak wykazał zamawiający - spełnia 1050 przedsiębiorstw, które w latach 2010 i 2011 miały wskaźnik płynności bieżącej i szybkiej jednocześnie powyżej 1,2. W kontekście powyższego okoliczność, iż wymogu tego nie spełniają wykonawcy (8) wskazani przez odwołującego nie stanowi naruszenia zasady zachowania uczciwej konkurencji. Odwołujący nie wykazał także zasadności obniżenia wskaźnika bieżącej i szybkiej płynności finansowej do 0,9, zwłaszcza że już spadek wartości choćby wskaźnika szybkiej płynności finansowej poniżej 1,0 oznacza zachwianie płynności finansowej danego wykonawcy, ograniczając się jedynie do stwierdzenia, że zarówno sam odwołujący, jak i wskazani przez niego wykonawcy mogliby wziąć udział w tym postępowaniu.

Za uzasadniony Izba uznała także wymóg wykazania się przez wykonawców posiadaniem rocznych przychodów netto, biorąc pod uwagę potrzeby zamawiającego wynikające ze specyfiki zamówienia, jego złożoności, czasu trwania, jak i okoliczność – wykazanej przez zamawiającego – istnienia 241 przedsiębiorców, którzy w latach 2010 i 2011 miały wskaźnik płynności bieżącej i szybkiej jednocześnie powyżej 1,2 oraz były zyskowe (zysk netto > 0) i posiadały przychody powyżej 30 milionów złotych. Tym samym uznając, że ów wymóg także nie stanowi naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Tym samym Izba stwierdziła, iż tak postawiony warunek jest proporcjonalny i adekwatny do przedmiotu zamówienia.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), tj. stosownie do wyniku postępowania, ograniczając wysokość wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego do kwoty 3.600,00 zł oraz przyznając zamawiającemu koszty dojazdu na posiedzenie Izby w wysokości 524,00 zł.

Izba zasądziła także na rzecz zamawiającego koszty sporządzonej opinii w zakresie „Określenia realności przyjętych w SIWZ wskaźników płynności i rentowności” w wysokości 1.230,00 zł, gdyż – zgodnie z § 3, pkt 2 ww. rozporządzenia - uzasadnione koszty strony (zamawiającego) zalicza się do kosztów postępowania, a rozporządzenie zawiera w tym zakresie jedynie przykładowy katalog takich kosztów.

**Przewodniczący:** .....