

**WYROK**  
**z dnia 20 października 2014 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz**

**Protokolant: Magdalena Cwyl**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 października 2014 roku, w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 października 2014 r. przez wykonawcę Warbud S.A. z siedzibą w Warszawie w Alejach Jerozolimskich 162A, 02-342 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Centrum Onkologii Instytutu im. M. Skłodowskiej-Curie, Oddział w Gliwicach przy ulicy Wybrzeże Armii Krajowej 15, 44-101 Gliwice

przy udziale –

- a) Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Mostostal Warszawa S. A. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Konstruktorskiej 11A, 02-673 Warszawa (pełnomocnik), Ekosystem Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie,
  - b) Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Erbud S.A. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Puławskiej 300A, 02-819 Warszawa (pełnomocnik), ERBUD - Rzeszów Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie
- zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

**orzeka:**

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Warbud S.A. z siedzibą w Warszawie w Alejach Jerozolimskich 162A, 02-342 Warszawa i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Warbud S.A. z siedzibą

w Warszawie w Alejach Jerozolimskich 162A, 02-342 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 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 Gliwicach.

**Przewodniczący:** .....

## UZASADNIENIE

Zamawiający Centrum Onkologii Instytutu im. M. Skłodowskiej-Curie, Oddział w Gliwicach przy ulicy Wybrzeże Armii Krajowej 15, 44-101 Gliwice prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na budowę Ośrodka Terapeutyczno - Diagnostycznego w Centrum Onkologii - Instytutu im. Marii Skłodowskiej - Curie w Gliwicach przy ul. Wybrzeże Armii Krajowej 15.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej

4 kwietnia 2014 roku 2012 roku pod numerem 2014/S 126-223654.

24 września 2014 roku Zamawiający przekazał informację o wyniku postępowania.

3 października 2014 roku Odwołujący, działając na podstawie art. 180 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawno zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 roku, poz. 907 ze zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”) wniósł Odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy czynności i zaniechań Zamawiającego, zarzucając naruszenie:

1) art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 4 ustawy przez zaniechanie wykluczenia z postępowania następujących wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia:

- ERBUD Spółka Akcyjna, ul. Puławska 300A, 02-819 Warszawa i ERB UDRZE SZÓ W sp. z o.o., ul. Fredry 4, 35-959 Rzeszów zw. dalej „Konsorcjum ERBUD”,
- Mostostal Warszawa S.A., ul. Konstruktorska U A, 02-673 Warszawa i Firma EKOSYSTEM sp. z o.o., ul. Prandoty 6/8, 31-425 Kraków zw. dalej „Konsorcjum Mostostal”,
- DORBUD S.A., ul. Zagnańska 153, 25-563 Kielce i Przedsiębiorstwo Instalacji Sanitarnych INSAN PLUS, ul. Witosa 611, 25-561 Kielce zw. dalej „Konsorcjum DORBUD”

mimo, że ww. wykonawcy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu dotyczących posiadania zdolności finansowej i ekonomicznej polegających na braku wykazania spełniania wymaganych przez Zamawiającego przychodów i wskaźników finansowych;

2) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy przez dokonanie oceny spełniania warunków finansowych i ekonomicznych w stosunku do ww. wykonawców w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności badania i oceny ofert oraz czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert,
- wykluczenia z postępowania ze względu na nie wykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu następujących wykonawców: Konsorcjum ERBUD, Konsorcjum Mostostal, Konsorcjum DORBUD,
- dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazał, że ma interes we wniesieniu odwołania. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisów ustawy, interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, gdyż w przypadku prawidłowego działania Zamawiającego i potwierdzenia się zarzutów odwołania, oferta złożona przez Odwołującego zostałaby uznana za ofertę najkorzystniejszą. Nie ulega wątpliwości, iż wskutek niezgodnych z przepisami ustawy działań i zaniechań Zamawiającego, Odwołujący może ponieść szkodę, gdyż nie uzyska przedmiotowego zamówienia.

Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty:

Zgodnie z pkt. V.1.1.d) str. 7 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, Zamawiający wymagał wykazania przez Wykonawcę, że:

*1. W ostatnich 3 latach obrotowych, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - za ten okres ~ osiągnął łączne przychody nie mniejsze niż 50.000,000,00 PLN (na podstawie „Rachunku zysków i strat” pozycja „Przychód netto ze sprzedaży produktów, towarów i materiałów” lub „Przychód netto ze sprzedaży i zrównane z nimi”).*

*Jednocześnie Wykonawca musi wykazać, że na koniec każdego z ostatnich 3 lat obrotowych osiągnął niżej wymienione wskaźniki finansowe:*

- *Wskaźnik płynności gotówkowej, będący stosunkiem posiadanych środków pieniężnych do sumy bieżących zobowiązań - na poziomie mniejszym niż 0,3*
- *Wskaźnik zadłużenia ogólnego będący stosunkiem zobowiązań ogółem (zobowiązania i rezerwy na zobowiązania pozycja B pasywów) do sumy pasywów na poziomie nie większym niż 0,9.*

Zgodnie ze zmianą SIWZ z dn. 23.07.2014 dokonaną w odpowiedzi na pytanie nr 69, Zamawiający wskazał, iż przez

*Wskaźnik płynności gotówkowej rozumie wskaźnik, będący stosunkiem posiadanych środków pieniężnych (Bilans, Aktywa, poz. B III.1.c) do sumy bieżących zobowiązań*

*(Bilans, Pasywa, poz. B.III - poz. B.III. La powyżej 12 miesięcy + Bilans, Pasywa, poz. B.III2.d powyżej 12 miesięcy + Bilans, Pasywa, poz. B.I.2 krótkoterminowa + Bilans, Pasywa, poz. B.I.3 krótkoterminowe + Bilans, Pasywa, poz. B.IV2 krótkoterminowe) na poziomie mniejszym niż 0,3.*

Podkreślenia wymaga fakt, że Zamawiający wymagał, aby każdy wykonawca spełnił jednocześnie kryterium przychodowe i wskaźnikowe, co jest podejściem o tyle uzasadnionym, że spółka o dużym wolumenie sprzedaży nie może sobie „pożyczyć” wskaźnika płynności tylko po to, by spełnić kryteria progowe Zamawiającego.

Wykonawcy: Konsorcjum ERBUD, Konsorcjum Mostostal i Konsorcjum DORBUD nie spełniają postawionego warunku zarówno indywidualnie (tj. żaden z członków konsorcjów nie spełnia tego warunku indywidualnie) jak również w ramach zawiązanych konsorcjów.

Wskazani Wykonawcy nie spełniają wymaganego wskaźnika płynności gotówkowej za lata 2011-2013 przy jednoczesnym wolumenie sprzedaży nie niższym niż 50 mln zł w każdym z analizowanych lat obrotowych.

Szczegółowe wyliczenia poszczególnych wskaźników, jak również ich zestawienie dla poszczególnych wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia oraz dla konsorcjów jako całości Odwołujący zawarł w załączniku nr 1 do odwołania.

Ocena spełniania warunku przez poszczególnych członków ww. Konsorcjów indywidualnie.

Oceniając zdolność do wykonania zamówienia przez konsorcjum należy, w pierwszym kroku ocenić czy sytuacja ekonomiczno-finansowa przynajmniej jednego z uczestników konsorcjum zabezpiecza właściwe wykonanie zamówienia.

Na podstawie wyliczeń (załącznik nr 1) należy stwierdzić, że żaden z uczestników Konsorcjów Erbud, Dorbud i Mostostal nie spełnił indywidualnie - w ciągu kolejnych ostatnich 3 lat obrotowych - kryterium wymaganego poziomu przychodów i jednocześnie wskaźników płynności gotówkowej. Co prawda Erbud Rzeszów czy Przedsiębiorstwo Instalacji Sanitarnych INSAN PLUS w wybranych latach spełniają wymagany wskaźnik płynności, ale nie spełniają w tych latach kryterium przychodów (>50 mln zł rocznie). Sam Erbud Rzeszów dysponuje środkami w poszczególnych latach na poziomie: 2011: 527 tys. zł, 2012: 1.464 tys. zł, 2013: 1.487 tys. zł. Sam P.I.S INSAN PLUS dysponuje środkami w poszczególnych latach na poziomie: 2011r.: 161 tys. zł, 2012 r.: 170 tys. zł, 2013: 171 tys. zł, Te poziomy gotówki zaspokajają płynność tych spółek przy ich skali działalności, ale zupełnie nie przystają do działalności liderów konsorcjów (Erbud S.A., Dorbud S.A.), jak również do oczekiwanego przez Zamawiającego, co znalazło odzwierciedlenie w postawionym warunku, wolumenu sprzedaży (min. 50 mln zł rocznie). Konkludując, żaden z członków ww.

konsorcjów nie spełnia w całości postawionego warunku. Za niedopuszczalną należy uznać próbę wyrwykowego traktowania poszczególnych wskaźników finansowych, w oderwaniu od skali działalności pojedynczej spółki lub konsorcjum ogółem. Gdyby było inaczej, wystarczyłoby uczynić członkiem konsorcjum spółkę o kapitale 5 tys. zł, która nie posiada żadnych zobowiązań i posiłkować się jej sztucznie wysokim wskaźnikiem płynności. Należy się zgodzić, że taka spółka nie daje wystarczającego zabezpieczenia finansowego dla konsorcjum, od którego wymaga się obrotów rzędu 50 mln rocznie.

Ocena spełniania warunku przez konsorcjum łącznie.

Uczestnicy konsorcjum mogą sumować niezbędne zasoby celem wspólnego spełniania warunków i późniejszej realizacji zamówienia. Do takich zasobów należą również zasoby finansowe (np. środki pieniężne), które determinują płynność konsorcjum. Natomiast należy bezwzględnie podkreślić, że sam wskaźnik płynności nie jest zasobem finansowym, który można udostępnić, czy dowolnie przekazać, w ramach konsorcjum. Zasobem są środki pieniężne, wykorzystywane do skalkulowania wskaźnika płynności danego konsorcjum. Dla celów wyliczenia wskaźników przez konsorcjum należy zsumować odpowiednie pozycje sprawozdawcze wszystkich uczestników konsorcjum i na tej podstawie wyliczyć stosowne wskaźniki. Tylko łączne spełnienie kompletu wymogów przez całe konsorcjum dowodzić może posiadania przez Wykonawcę (a zatem również konsorcjum firm) niezbędnych zasobów finansowych. Na podstawie wyliczeń należy stwierdzić, że żadne z ww. konsorcjów, tj., Konsorcjum ERBUD, Konsorcjum Mostostal i Konsorcjum DORBUD nie spełnia warunku w zakresie wymaganego wskaźnika płynności gotówkowej.

Istotą warunku i sposobu jego oceny było rzetelne zbadanie potencjału finansowego i ekonomicznego wykonawców. Ww. Konsorcja nie wykazały spełniania tego warunku, bez względu na przyjętą zasadę jego obliczania. Tj. żaden z członków konsorcjów nie jest w stanie wykazać się posiadaniem wymaganych przychodów i wskaźników finansowych samodzielnie. Jak również ww. Konsorcja nie spełniają warunku łącznie w ramach danego konsorcjum.

Jak wynika z informacji zamieszczonej w Protokole postępowania, Zamawiający prawdopodobnie przyjął do dokonanych obliczeń stary wzór czyli wzór znajdujący się w SIWZ przed jej zmianą dokonaną odpowiedzią na pytanie nr 69: *Pierwotne brzmienie SIWZ: Zamawiający przez Wskaźnik płynności gotówkowej rozumie wskaźnik, będący stosunkiem posiadanych środków pieniężnych (Bilans, Aktywa, poz. B.III.1.c) do sumy bieżących zobowiązań (Bilans, Pasywa, poz. B.II1. La powyżej 12 miesięcy + Bilans, Pasywa, poz. B.II12.dpowyżej 12 miesięcy + Bilans Pasywa, poz. B.I.2 – krótkoterminowa + Bilans,*

*Pasywa, poz. B.I.3 - krótkoterminowe + Bilans, Pasywa, poz. B.1Y.2 krótkoterminowe) na poziomie nie mniejszym niż 0,3*

Po odpowiedzi nr 69 z dnia 23.07.2014r:

*Zamawiający przez Wskaźnik płynności gotówkowej rozumie wskaźnik, będący stosunkiem posiadanych środków pieniężnych (Bilans, Aktywa, poz. B III1.c) do sumy bieżących zobowiązań (Bilans, Pasywa, poz.. B.III. – poz. B.III. La powyżej 12 miesięcy + Bilans, Pasywa, poz. B.III.2. d powyżej 12 miesięcy + Bilans Pasywa, poz. B.I.2 — krótkoterminowa + Bilans, Pasywa, poz. B.I.3 - krótkoterminowe + Bilans, Pasywa, poz. B.IV2 krótkoterminowe) na poziomie nie mniejszym niż 0,3*

W pierwotnej definicji nie była uwzględniona pozycja zobowiązań krótkoterminowych B.III.

Na podstawie błędnie, tj. niezgodnie ze wzorem podanym przez Zamawiającego, wyliczonych wskaźników, Zamawiający błędnie uznał, że ww. Wykonawcy, tj. Konsorcjum ERBUD, Konsorcjum Mostostal i Konsorcjum DORBUD spełniają postawiony warunek udziału w postępowaniu. Prawidłowe wyliczenie wskaźników znajduje się w Załączniku nr 1. Wyliczenia pokazują, co zostało wspomniane powyżej, że żadne z Konsorcjów nie spełnia postawionego warunku zdolności ekonomicznej. Odwołujący z ostrożności wskazuje, iż błędem byłoby również przyjęcie, do obliczenia zdolności ekonomicznej konsorcjum poszczególnych wskaźników wybranych w sposób wybiórczy. Wskaźniki finansowe służą ocenie kondycji finansowej przedsiębiorstwa oraz stopnia efektywności przedsięwzięć gospodarczych i decyzji finansowych podejmowanych przez dany podmiot. Osiągane wartości są zatem wynikiem strategii finansowej przedsiębiorstwa którego decyzje, co do sposobu prowadzenia działalności, znajdują odzwierciedlenie w poszczególnych pozycjach części sprawozdania finansowego, a tym samym również we wskaźnikach finansowych, które są instrumentem ułatwiającym ich analizę.

Wymaga podkreślenia, iż analiza wskaźników musi mieć charakter kompleksowy, tzn. nie jest możliwa rzetelna i realna ocena kondycji finansowej przedsiębiorstwa w oparciu jedynie o jeden wybrany wskaźnik, z pominięciem pozostałych wartości wykazywanych w sprawozdaniu finansowym. Poszczególne pozycje bilansu i rachunku zysków i strat są bowiem od siebie zależne i wykazywanie dobrej kondycji finansowej przedsiębiorstwa polega na zbilansowaniu poziomu osiągniętych wskaźników, tak aby mieściły się w przyjętych w danej sytuacji normach. Wynika to zarówno z podstawowej zasady równowagi bilansowej (suma aktywów musi równać się sumie pasywów), jak również z konstrukcji samych wskaźników, które polegają na przyrównaniu istotnych pozycji bilansu lub rachunku zysków i strat w różnych konfiguracjach.

Przykładowo: zwiększenie wskaźnika płynności gotówkowej (a więc ilości posiadanych środków pieniężnych w stosunku do bieżących zobowiązań) odbywa się zwykle kosztem zwiększenia zobowiązań długoterminowych lub kapitałów własnych. Oznacza to krótko

mówiąc, iż zwiększenie zasobów gotówki, którą dysponuje przedsiębiorstwo można uzyskać poprzez obciążenie go zobowiązaniami długoterminowymi (np. kredyt hipoteczny), co wpływa bezpośrednio na wartość innego wskaźnika - wskaźnika zadłużenia kapitału własnego - jego zbyt wysoki poziom jest jednym z głównych objawów problemów finansowych przedsiębiorstwa. Oznacza to, że sam fakt wykazywania wysokiego poziomu płynności gotówkowej bez wiedzy o stanie zobowiązań przedsiębiorstwa, nie pozwala dokonać oceny jego kondycji finansowej. Nieprzypadkowo, Zamawiający do oceny sytuacji finansowej wykonawców, wymagał od nich wykazania się nie jednym, lecz zestawem podstawowych wskaźników finansowych, definiując konkretnie sposób ich wyliczenia.

Wskaźniki finansowe nie są zatem wartościami, które podlegać mogą dowolnemu sumowaniu czy łączeniu, nie są to bowiem wartości absolutne (jak np. ilość środków finansowych na rachunku bankowym), ale relacje pomiędzy co najmniej dwiema wartościami ukazujące stosunek tych wybranych parametrów względem siebie. Nie jest zatem możliwe wykazanie spełniania warunku udziału w postępowaniu posługując się wybranymi wybiórczo wskaźnikami każdego z trzech konsorcjantów, w zależności od tego, który z nich akurat osiąga ich wartość na wymaganym poziomie.

Stanowisko Odwołującego znajduje potwierdzenie w orzecznictwie KIO: „Z art. 23 ust. 3 Pzp nie wynika postulat łączenia zasobów przez wykonawców tworzących konsorcjum w sposób całkowicie dowolny. Zasadniczo, jak wskazuje ustawowy nakaz odpowiedniego stosowania przepisów dotyczących wykonawców do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, potencjał konsorcjum powinien odpowiadać zdolności do wykonania zamówienia pojedynczego wykonawcy Tym samym zdolność konsorcjum do wykonania przedmiotu zamówienia z należytą starannością nie może być mniejsza, lecz porównywalna z potencjałem wykonawcy, który o udzielenie zamówienia ubiega się samodzielnie. (...) Uwzględnienie wskaźników ekonomicznych pochodzących od różnych członków konsorcjum nic nie mówi o potencjale ekonomicznym konsorcjum. Wymaganie osiągnięcia wskaźników na wymaganym poziomie w okresie trzech kolejnych lat obrotowych, daje podstawę do oceny stałości sytuacji ekonomicznej i finansowej wykonawcy. Na podstawie powtarzalności wysokości wskaźników w okresie trzech kolejnych lat można uznać, że zamawiający oczekuje wykonawcy o stabilnej sytuacji ekonomicznej i finansowej umożliwiającej dokończenie inwestycji o znacznym rozmiarze. Z całą pewnością posługiwanie się wartościami wskaźników ekonomicznych osiągniętych przez poszczególnych członków konsorcjum w różnym czasie nie prowadzi do udzielenia zamówienia wykonawcom, których potencjał ekonomiczny i finansowy jest adekwatny do przedmiotu zamówienia i porównywalny z zasobami wykonawcy samodzielnie ubiegającego się o udzielenie zamówienia. Stanowi również niedopuszczalną preferencję na rzecz wykonawców



tworzących konsorcja kosztem pojedynczego wykonawcy ” (wyrok z dnia 26 marca 2013r. Sygn. akt KIO 550/13 Sygn. akt KIO 563/13).

Wykonawcy wyżej wymienieni nie potwierdzili spełniania warunku posiadanej zdolności ekonomicznej pomimo załączenia do oferty wszystkich niezbędnych do tej oceny dokumentów, brak jest podstaw i możliwości wezwania tych wykonawców do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron i uczestnika postępowania odwoławczego złożonych na rozprawie Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, nr 113 poz. 759 z późn. zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 3 października 2014 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy – *Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy* - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia a także stanowiska i oświadczenia Stron i uczestnika postępowania odwoławczego złożone ustnie do protokołu.

Izba dopuściła dowody złożone przez Odwołującego:

- dowód nr 1 – opracowanie własne (1 karta) tabela zawierająca zestawienie wyliczenia wskaźników zgodnie z protokołem postępowania oraz zgodnie ze wzorem liczonym po modyfikacji,
- dowód nr 2 – dokument prywatny (8 kart) opracowanie (opinia) sporządzona przez BDO Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, pismo przewodnie podpisane przez Pana J. S. Biegłego Rewidenta,

- dowód nr 3 – opracowanie własne (1 karta) wzór matematyczny w postaci ułamka sporządzony na podstawie odpowiedzi na pytanie nr 69 z dnia 23 lipca 2014 roku,
- dowód nr 4 – fragmenty publikacji wraz z życiorysami autorów (19 kart).

Uczestnik postępowania odwoławczego - Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Erbud S.A. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Puławskiej 300A, 02-819 Warszawa (pełnomocnik), ERBUD - Rzeszów Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie (dalej: Konsorcjum Erbud lub Uczestnik postępowania odwoławczego) złożył *Pismo procesowe przystępującego* z dnia 15 października 2014 roku.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego tj:

- a) Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Mostostal Warszawa S. A. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Konstruktorskiej 11A, 02-673 Warszawa (pełnomocnik), Ekosystem Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie,
- b) Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Erbud S.A. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Puławskiej 300A, 02-819 Warszawa (pełnomocnik), ERBUD - Rzeszów Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie

W trakcie posiedzenia Izby z udziałem Stron stwierdzono, po pierwsze, że Zamawiający – zgodnie z art. 185 ust 1 ustawy Prawo zamówień publiczne - *Zamawiający przesyła niezwłocznie, nie później niż w terminie 2 dni od dnia otrzymania, kopię odwołania innym wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a jeżeli odwołanie dotyczy treści ogłoszenia o zamówieniu lub postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zamieszcza ją również na stronie internetowej, na której jest zamieszczone ogłoszenie o zamówieniu lub jest udostępniana specyfikacja, wzywając wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego* - przesłał wszystkim wykonawcy informację o wpłygnięciu odwołania w dniu 6 października 2014 roku; po drugie, że zgłoszenie przystąpienia wpłynęły w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania tj. 9 października 2014 roku, zgłaszający przystąpienie wskazali Stronę, po której zgłosili przystąpienie i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Strony, do której zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego. Zgłoszone przystąpienia doręczone zostało Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej, a kopia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu, co Strony postępowania odwoławczego oświadczyły na posiedzeniu z udziałem Stron.

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, nr 113 poz. 759 z późn. zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), *Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.* Izba dokonawszy oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów biorąc pod uwagę stanowiska Stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego przedstawione na rozprawie stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła i zwarzyła:

W Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ) – inaczej niż podaje w odwołaniu Odwołujący, w punkcie V.1.1.d) Zamawiający wymagał wykazania przez wykonawców składających ofertę:

*d) sytuacji ekonomicznej i finansowej, w celu potwierdzenia spełnienia tego warunku Zamawiający wymaga wykazania przez Wykonawcę, że:*

- *posiada środki finansowe lub zdolność kredytową w wysokości, co najmniej 10 000 000,00 zł (słownie: dziesięć milionów złotych),*
  - *w ostatnich 3 latach obrotowych, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - za ten okres – osiągnął łączne przychody nie mniejsze niż 50.000,000,00 PLN (słownie: pięćdziesiąt milionów złotych) netto w każdym roku (na podstawie „Rachunku zysków i strat” pozycja „Przychód netto ze sprzedaży produktów, towarów i materiałów” lub „Przychód netto ze sprzedaży i zrównane z nimi”).*
  - *Jednocześnie Wykonawca musi wykazać, że na koniec każdego z ostatnich 3 lat obrotowych osiągnął niżej wymienione wskaźniki finansowe:*
    - *Wskaźnik płynności gotówkowej, będący stosunkiem posiadanych środków pieniężnych do sumy bieżących zobowiązań - na poziomie nie mniejszym niż 0,3*
    - *Wskaźnik zadłużenia ogólnego będący stosunkiem zobowiązań ogółem („zobowiązania i rezerwy na zobowiązania” – pozycja B pasywów) do sumy pasywów na poziomie nie większym niż 0,9.*

Pismem z dnia 23 lipca 2014 roku Zamawiający działając na podstawie art. 38 ust. 2 i 4 ustawy udzielił wyjaśnień w tym na pytanie nr 1 –

*(...) prosimy również o wyjaśnienie i udzielenie odpowiedzi w następującej kwestii:*

*Istotą wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia na zasadach określonych w art. 23 ust. 1 ustawy Pzp jest możliwość łączenia potencjałów występujących w konsorcjum*

*podmiotów, zatem poszczególne podmioty konsorcjum swój potencjał mogą wykazać łącznie. W związku z powyższym oraz rozbudowaną strukturą warunków udziału w niniejszym postępowaniu, określonych w punkcie V SIWZ, na które składają się poszczególne przesłanki warunkujące ich spełnienie, prosimy o potwierdzenie, że w przypadku wykonawców ubiegających się o zamówienie wspólnie, spełniane przez konsorcjum wszystkich przesłanki składających się na warunki udziału w postępowaniu w ten sposób, że część przesłanek spełnionych jest tylko i wyłącznie przez jednego z konsorcjantów, a pozostała część przesłanek tylko i wyłącznie przez drugiego z konsorcjantów tj. np. na 10 przesłanek jeden konsorcjant spełnia 4 z nich a drugi pozostałe 6, to czy Zamawiający uzna, że takie konsorcjum spełnia warunki udziału w postępowaniu.*

Odpowiedź na pytanie nr 1 z dnia 23 lipca 2014 roku -

*(...) Istotą wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia jest możliwość łączenia potencjałów wspólnie występujących podmiotów. Warunki udziału w postępowaniu będą spełnione jeżeli będzie je spełniać konsorcjum wspólnie (a nie oddzielnie każdy z konsorcjantów) np. w taki sposób jak wskazał Wykonawca w ostatnim zdaniu. (...)*

Wskazać należy, że postanowienia SIWZ wraz z wyjaśnieniami zawartymi w piśmie jakie przekazał Zamawiający wykonawcom są wiążące w postępowaniu zarówno dla Zamawiającego jak i wykonawców składających ofertę – potwierdza to ugruntowane stanowisko w orzecznictwie, które również szeroko powołuje w piśmie uczestnik postępowania odwoławczego. W odpowiedzi na pytanie nr 1 Zamawiający dokonał wykładni sposobu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie w tym postępowaniu. Zamawiający ukształtował, w sposób który nie jest niezgodny z obowiązującym prawem sposób oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu wskazując, że uzna za spełnione warunki jeżeli konsorcjum będzie je spełniało wspólnie np.: w taki sposób, że część przesłanek spełnionych jest tylko przez jednego członka konsorcjum a inna część przesłanek składających się na wykazanie potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu zostanie spełniona przez innego członka konsorcjum.

W obliczu dokonanej przez Zamawiającego wykładni sposobu oceny spełnienia warunków udziału w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w odpowiedzi na pytanie nr 1 z dnia 23 lipca 2014 roku nie znajduje uzasadnienia argumentacja Odwołującego odnosząca się do tego, że wykazać osiągnięcie łącznych przychodów na poziomie nie mniejszym niż 50 mln zł netto rocznie oraz na koniec każdego z 3 lat obrotowych wskaźnika płynności gotówkowej na poziomie nie mniejszym niż 0,3 musi jedno z członków konsorcjum ubiegającego się o udzielenie tego zamówienia. Wskazać należy, po pierwsze - zgodnie z odpowiedzią na pytanie nr 1 dnia 23 lipca 2014 roku Zamawiający wskazał, że uzna warunek

udział w postępowaniu za spełniony, w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, jeżeli część przesłanek spełni jeden członek konsorcjum a część drugi członek konsorcjum. Po drugie - Zamawiający opisał sposób spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej przez konieczność wykazania: (1) posiadania środków finansowych lub zdolności kredytowej w wysokości co najmniej 10 000 000,00 zł, (2) wykazania że wykonawca z okresu ostatnich 3 lat obrotowych a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - za ten okres – osiągnął łączne przychody nie mniejsze niż 50.000,000,00 PLN netto w każdym roku (na podstawie „ Rachunku zysków i strat ” pozycja „ Przychód netto ze sprzedaży produktów, towarów i materiałów” lub „Przychód netto ze sprzedaży i zrównane z nimi ”); (3) wykazać, że na koniec każdego z ostatnich 3 lat obrotowych wykonawca osiągnął niżej wymienione wskaźniki finansowe: Wskaźnik płynności gotówkowej, będący stosunkiem posiadanych środków pieniężnych do sumy bieżących zobowiązań - na poziomie nie mniejszym niż 0,3 oraz Wskaźnik zadłużenia ogólnego będący stosunkiem zobowiązań ogółem („zobowiązania i rezerwy na zobowiązania” – pozycja B pasywów) do sumy pasywów na poziomie nie większym niż 0,9. Na podstawie SIWZ oraz udzielonych odpowiedzi do pytania nr 1 z dnia 23 lipca 2014 roku należy uznać za zasadne, że spełnienie każdej z przesłanek (trzech określonych dla wykazania spełnienia warunku w zakresie zdolności ekonomicznej i finansowej) mógł wykazać jeden z członków konsorcjum (jeden z wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie) lub każdą z przesłanek wykazania spełnienia tego warunku mógł wykazać inny członek konsorcjum (różni wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówieni). Po trzecie – odniesienie się przez Odwołującego do użytego w SIWZ słowa „jednocześnie” (*Jednocześnie Wykonawca musi wykazać, że na koniec każdego z ostatnich 3 lat obrotowych osiągnął niżej wymienione wskaźniki finansowe: (...)*) nie stanowi w ocenie Izby o istnieniu obowiązku wykazania przez jednego z wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia łącznie wymagania finansowego dotyczącego posiadania rocznego przychodu na określonym poziomie oraz wykazania danego poziomu określonych wskaźników ekonomicznych, bowiem: (1) wskazanie wymagania w SIWZ „po kropce” – co pominął Odwołujący w odwołaniu – co wskazuje na odrębność ukształtowanego wymagania; (2) jednoczesność należy odnieść do konieczności wykazania spełnienia obu wymaganych przez Zamawiającego wskaźników na wymaganym poziomie.

Odwołujący oparł swoją argumentację na powiązaniu wymagania co do wykazania łącznych przychodów w skali roku z wymaganiami dotyczącymi spełnienia warunków w zakresie wykazania posiadania wskaźników wskazując na konieczność takiego powiązania wynikającego z nauki ekonomii. Izba wskazuje, że opis sposobu spełnienia warunku udziału w postępowaniu został zawarty w SIWZ, jego wykładnia natomiast dokonana została w odpowiedzi na pytanie nr 1 z dnia 23 lipca 2014 roku a Odwołujący nie wykazał,

że na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego tylko jeden z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia musi wykazać spełnienie przesłanki posiadania dochodów w skali roku i wskaźników łącznie. Należy zaznaczyć również, że Odwołujący w treści odwołania nie odniósł się do udzielonych pismem z dnia 23 lipca 2014 roku wyjaśnień oraz na rozprawie nie ustosunkował się do argumentacji Konsorcjum Erbud i Zamawiającego wskazując jedynie, że pytanie nr 1 dotyczyło warunku wiedzy i doświadczenia. Izba wskazuje, że pytanie nr 1 w pierwszej części dotyczyło warunku wiedzy i doświadczenia, w kolejnej części dotyczyło warunku dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia natomiast w końcowej części (przytoczonej powyżej) stanowiło wniosek o wyjaśnienie i udzielenie odpowiedzi w zakresie sposobu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu przez konsorcjum.

W zakresie spełnienia wymagania dotyczącego wskaźnika płynności gotówkowej (*Wskaźnik płynności gotówkowej, będący stosunkiem posiadanych środków pieniężnych do sumy bieżących zobowiązań - na poziomie nie mniejszym niż 0,3*) Izba uznała, że Odwołujący nie wykazał, że ocena w zakresie wykazania spełnienia tego wymagania nastąpiła w sposób nieprawidłowy. Zamawiający odpowiedzią na pytanie nr 69 z dnia 23 lipca 2014 roku podał wzór dla oceny kryterium oceny płynności gotówkowej wykonawców: *Zamawiający przez Wskaźnik płynności gotówkowej rozumie wskaźnik, będący stosunkiem posiadanych środków pieniężnych (Bilans, Aktywa, poz. B.III.1.c) do sumy bieżących zobowiązań (Bilans, Pasywa, poz.B.III - poz.B.III.1.a powyżej 12 miesięcy + Bilans, Pasywa, poz. B.III.2.d powyżej 12 miesięcy + Bilans, Pasywa, poz.B.I.2 – krótkoterminowa + Bilans, Pasywa, poz. B.I.3- krótkoterminowa + Bilans, Pasywa, poz. B.IV.2 krótkoterminowa) na poziomie nie mniejszym niż 0,3.*

Wskazać należy, że Odwołujący argumentując swoje stanowisko wskazał, że powołał się na wzór podany przez Zamawiającego w odpowiedzi na pytanie nr 69 z dnia 23 lipca 2014 roku wskazując, że *w miejscach, w których w odpowiedzi podane są myślniki, odwołujący dokonał działania matematycznego odejmowania, podaje, że wskazuje na to logika sprawozdania finansowego i ustawy o rachunkowości. Wyjaśnia, że to miejsce jest jedno tj. „B.III-poz.B.III.1a powyżej 12 miesięcy”.* Słusznie wskazał Zamawiający, że w podanym wzorze Zamawiający użył wielu myślników ale tylko ten jeden Odwołujący potraktował jako „minus”. Uwzględniając treść odpowiedzi na pytanie nr 69 z dnia 23 lipca 2014 roku można stwierdzić, że został użyty przez Zamawiającego „myślnik” pomiędzy *B.III-poz.B.III.1a powyżej 12 miesięcy*, bowiem w dalszej części tego wzoru „myślnik” – ten sam znak graficzny - jest używany, a sam Odwołujący przyznał, że jest to „myślnik”, ponieważ w dalszej części dokonując obliczeń w miejscu takiego samego znaku graficznego

nie dokonywał operacji matematycznej (odejmowania). W obliczu powyższego nie sposób zgodzić się z argumentacją Odwołującego.

Niezależnie od tego czy wzór zastosowany do wyliczenia wskaźnika płynności gotówkowej zastosowany zostałby zgodnie z interpretacją dokonaną przez Odwołującego czy też w sposób jakiego dokonał Zamawiający uczestnik postępowania odwoławczego spełnia wymagania Zamawiającego bowiem jedne z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia spełnia wymaganie w zakresie wskaźnika płynności gotówkowej, co wynika jednoznacznie z dowodu nr 1 przedstawionego przez Odwołującego.

Na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy – *Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy.* Przepis ten nakłada na Strony postępowania obowiązek, który zarazem jest uprawnieniem Stron, wykazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne. Postępowanie przez Izbę stanowi postępowanie kontradyktoryjne, czyli sporne a z istoty tego postępowania wynika, iż spór toczą Strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne. Powołując w tym miejscu regulację art. 14 ustawy *do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej* przechodząc do art. 6 Kodeksu cywilnego *ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne* należy wskazać, iż właśnie z tej zasady wynika reguła art. 190 ust 1 ustawy. Przepis art. 6 Kodeksu cywilnego wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne; *ei incumbit probatio qui dicit non qui negat (na tym ciąży dowód kto twierdzi a nie na tym kto zaprzecza)*. To na Odwołującym, który twierdził, że Zamawiający zaniechał wykluczenia z postępowania wykonawców, ciążył obowiązek wykazania niewykazania spełnienia przez wykonawców warunku udziału w postępowaniu.

Odwołujący powołał dowód nr 1 – opracowanie własne, tabela zawierającą zestawienie obliczonych wartości wskaźników, powołany na okoliczność wykazania, że sposób liczenia wskaźnika płynności gotówkowej przez zamawiającego jest nieprawidłowy; Izba wskazuje, że z dowodu tego nie wynika, że sposób obliczenia wartości wskaźników przez Zamawiającego jest nieprawidłowy, z dokumentu tego wynika jedynie to, że inną wartość

wskaźników wskazał Zamawiający a inną wartość Odwołujący a jednocześnie potwierdzając, że Erbud Rzeszów (jedne z członków konsorcjum uczestnika postępowania odwoławczego) niezależnie od sposobu wyliczenia spełnia wymagane wskaźniki płynności finansowej. W zakresie dowód nr 2 – opinii prywatnej powołanej na okoliczność wykazania w jaki sposób wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie powinni wykazać spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie ekonomicznym i finansowym – została ta opinia oparta na niepełnej informacji o postępowaniu, bowiem pominięto w niej odpowiedź na pytanie nr 1 z dnia 23 lipca 2014 roku tym samym nie zawiera pełnej informacji, co powoduje, że informacje zawarte w opinii są nieużyteczne. Dowód nr 3 – wzór matematyczny przedstawiony w postaci graficznej w oparciu o odpowiedź na pytanie nr 69 z dnia 23 lipca 2014 roku na okoliczność wykazania policzenia wskaźników przez odwołującego w sposób zgodny z treścią tej odpowiedzi, nie stanowi o wykazaniu poprawności wyliczenia wartości wskaźników przez Odwołującego a jedynie wskazuje na sposób interpretacji wzoru jaki został dokonany przez Odwołującego, tym samym potwierdza jedynie w jaki sposób Odwołujący rozumiał wzór. Również dowód nr 4 – fragmenty publikacji wraz z życiorysami autorów złożone na okoliczność wykazania, że interpretacja wskaźnika płynności gotówkowej zgodnie z odpowiedzią na pytanie nr 69 z 23 lipca 2014 roku jest zgodna z doktryną powszechnie obowiązującą w literaturze przedmiotu, wskazuje jedynie na to, że istnieją pewne sposoby interpretacji w literaturze przedmiotu. Natomiast nie odnoszą się bezpośrednio do treści wzór dla oceny kryterium oceny płynności gotówkowej wykonawców określonego przez Zamawiającego na potrzeby tego postępowania .

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. *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).

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

**Przewodniczący:** .....



