Sygn. akt: KIO 269/21

WYROK
z dnia 18 lutego 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Luiza Łamejko

Protokolant:Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 lutego 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 stycznia 2021 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Miko-Tech Sp. z o.o. i ECOONE Sp. z o.o., ul. Św. Jana Pawła II 11b, 43-170 Łaziska Górne**w postępowaniu prowadzonym przez **Gminna Gospodarka Komunalna Dobroszyce Sp. z o.o., ul. Oleśnicka 35, 56-410 Dobroszyce reprezentowana przez Gmina Dobroszyce, ul. Rynek 16, 56-410 Dobroszyce**

przy udziale:

A. **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: NEWATER Sp. z o.o. sp. k., ul. Obożna 47, 52-244 Wrocław i S. W. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma Ogólnobudowlana MAS-BUD W. S., ul. Adama Mickiewicza 6C, 59-330 Ścinawa,**

B. **wykonawcy HMK Sp. z o.o., ul. Dworcowa 13, 43-200 Pszczyna,**

zgłaszających przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1.Uwzględnia odwołanie w zakresie:

- zarzutu nr 1 dotyczącego naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 i ust. 1b pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy HMK Sp. z o.o. z postępowania z uwagi na niewykazanie spełniania warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt V pkt 1 ppkt 2 lit. a tiret trzecie,

- zarzutu nr 6 dotyczącego naruszenia art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych przez prowadzenie postępowania w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej w sposób sprzeczny z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych

i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wykluczenie wykonawcy HMK Sp. z o.o. z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 i ust. 1b pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych,

2. Umarza postępowanie w zakresie zarzutów nr 4, 5 i 7 dotyczących badania i oceny przez zamawiającego oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: NEWATER Sp. z o.o. sp. k. iS. W. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma Ogólnobudowlana MAS-BUD W. S.,

3.Oddala odwołanie w zakresie:

- zarzutu nr 2 dotyczącego naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Prawo zamówień publicznych przez zaniechanie wykluczenia HMK Sp. z o.o. z postępowania z uwagi na złożenie nieprawdziwego oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu,

- zarzutu nr 3 dotyczącego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych przez zaniechanie odrzucenia oferty HMK Sp. z o.o., mimo że wykonawca ten podlegał wykluczeniu z postępowania,

4.Kosztami postępowania obciąża zamawiającego - Gminna Gospodarka Komunalna Dobroszyce Sp. z o.o. reprezentowana przez Gmina Dobroszyce w części ½ oraz odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Miko-Tech Sp. z o.o. i ECOONE Sp. z o.o. w części ½ i:

4.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania poniesione przez odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,

4.2.zasądza od zamawiającego na rzez odwołującego kwotę 6 800 zł 00 gr (słownie: sześć tysięcy osiemset złotych zero groszy).

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:……..

Sygn. akt: KIO 269/21

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

Gminna Gospodarka Komunalna Dobroszyce Sp. z o.o. reprezentowana przez Gmina Dobroszyce (dalej: „Zamawiający") prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Modernizacja i rozbudowa oczyszczalni ścieków w miejscowości Dobroszyce, gmina Dobroszyce" w ramach projektu: „Modernizacja i rozbudowa oczyszczalni ścieków w miejscowości Dobroszyce wraz z jej dociążeniem poprzez rozbudowę sieci kanalizacji sanitarnej w Dobroszycach i Nowosiedlicach". Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 19 listopada 2020 r. pod numerem 612909-N-2020.

W dniu 25 stycznia 2021 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Miko-Tech Sp. z o.o. i ECOONE Sp. z o.o. (dalej: „Odwołujący") wnieśli do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie zarzucając

Zamawiającemu naruszenie:

1.art. 24 ust. 1 pkt. 12 w zw. z art. 22 ust.1 pkt 2 i ust. 1b pkt 2 ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy HMK Sp. z o.o., pomimo niespełniania przez tego wykonawcę warunku udziału w postępowaniu polegającego na osiągnięciu
w okresie ostatnich 3 lat obrotowych, wymaganych przez Zamawiającego wskaźników ekonomicznych (wskaźnika zadłużenia długoterminowego oraz wskaźnika zadłużenia ogólnego za rok 2017);

2.art. 24 ust. 1 pkt 16 i pkt 17 ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia HMK Sp. z o.o. z postępowania, mimo iż w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd składając nieprawdziwe oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, które to informacje miały wpływ na decyzję Zamawiającego o wyborze najkorzystniejszej oferty – HMK Sp. z o.o.;

3.art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty HMK Sp. z o.o., mimo iż wykonawca ten podlegał wykluczeniu z postępowania w związku z niespełnieniem warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadanego potencjału ekonomicznego - osiągnięcia wymaganych wskaźników ekonomicznych;

4.art. 22a ust. 2 i ust. 3 ustawy Pzp oraz § 9 ust. 1 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia przez przyjęcie przez Zamawiającego, że wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Newater Sp. z o.o. Sp.k.
i S. W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Firma Ogólnobudowlana MAS-BUD W. S. (dalej: Konsorcjum „Newater") udowodnili, iż będą dysponowali niezbędnymi zasobami ekonomicznymi w postaci wskaźników ekonomicznych udostępnionymi przez QENERGI Sp. z o.o. oraz iż będą dysponowali zasobami ekonomicznymi w postaci środków pieniężnych lub zdolności kredytowej udostępnionymi przez Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe „LARIX" Sp. z o.o., a także poprzez przyjęcie, iż udostępnienie tych potencjałów ekonomicznych miało charakter realny i gwarantuje ono Konsorcjum Newater dostęp do tych zasobów;

5.art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 i ust. 1b pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Konsorcjum Newater, z uwagi na niewykazanie realności udostępnienia potencjału ekonomicznego Konsorcjum Newater przez QENERGI Sp. z o.o. (dalej jako „QENERGI") w postaci wskaźników ekonomicznych ora realności udostępnienia potencjału ekonomicznego w postaci środków pieniężnych lub zdolności kredytowej przez Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe „LARIX" Sp. z o.o. (dalej: „LARIX");

6.art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz dokonania wyboru najkorzystniejszej o oferty w sposób sprzeczny z przepisami ustawy Pzp,

a nadto, działając z ostrożności:

7.art. 26 ust. 3 ustawy Pzp i art. 22a ust. 6 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania Konsorcjum Newater do złożenia wyjaśnień lub uzupełnienia dokumentów celem wykazania realności udostępnienia potencjału ekonomicznego, względnie wezwania Konsorcjum Newater do wykazania zdolności ekonomicznej za pomocą innego podmiotu trzeciego lub samodzielnie.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1.unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej;

2.dokonania ponownej oceny ofert oraz ponownej weryfikacji spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu;

3.wykluczenia z postępowania wykonawcy HMK Sp. z o.o. i odrzucenia jego oferty jako oferty złożonej przez wykonawcę wykluczonego z postępowania,

4.wykluczenia z postępowania Konsorcjum Newater i odrzucenia jego oferty jako oferty złożonej przez wykonawcę wykluczonego z postępowania,

5.wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę niepodlegającego wykluczeniu z postępowania,

ewentualnie, działając z ostrożności:

6.wezwanie Konsorcjum Newater do wykazania realności udostępnienia mu potencjału ekonomicznego przez QENERGI i LARIX.

Odwołujący wskazał, że na potwierdzenie spełniania warunków udziału
w postępowaniu w zakresie zdolności ekonomicznej polegającej na osiągnięciu wymaganych wskaźników ekonomicznych (pkt V ust. 1 pkt 2 lit. s SIWZ), HMK Sp. z o.o. złożyła sprawozdania finansowe za lata 2017-2019, zgodnie z wymogiem SIWZ. Ze sprawozdań tych wynika niezbicie, że HMK Sp. z o.o. nie spełniła wymogów Zamawiającego dotyczących obowiązku wykazania, że w ostatnich trzech latach obrotowych dotrzymane zostały wszystkie wskaźniki ekonomiczne opisane w SIWZ.

Odwołujący stwierdził, że HMK Sp. z o.o. istotnie przekroczyła w roku 2017 dwa wskaźniki:

- Wskaźnik zadłużenia długoterminowego będący stosunkiem zobowiązań długoterminowych do kapitału własnego – na poziomie wartości nie większej niż 0,5;
- Wskaźnik zadłużenia ogólnego liczony jako (zobowiązania i rezerwy na zobowiązania)/(sumę pasywów) nie wyższy niż 0,6.

Jak zauważył Odwołujący, wskaźnik zadłużenia długoterminowego stanowi, zgodnie z SIWZ, stosunek pozycji „zobowiązań długoterminowych" do pozycji „kapitału własnego". Odwołujący podniósł, że ze sprawozdania finansowego HMK Sp. z o.o. za rok 2017 wynika, że zobowiązania długoterminowe wynosiły 388 000 PLN, podczas gdy kapitał własny wynosił 153 566,98 PLN. Oznacza to, że wskaźnik ten wyniósł 2,53 (388 000:153 566,98=2,53). Odwołujący podkreślił, że wskaźnik ten jest 5-krotnie wyższy od maksymalnego dopuszczonego przez Zamawiającego wskaźnika

wynoszącego 0,5.

Odwołujący podniósł, że podobna sytuacja dotyczy wskaźnika zadłużenia ogólnego, który obliczany być miał jako stosunek pozycji „zobowiązania i rezerwy na zobowiązania" oraz „sumy pasywów". Jak zauważył Odwołujący, ze sprawozdania finansowego za rok 2017 wynika, że zobowiązania i rezerwy na zobowiązania wyniosły 1 008 547,51 PLN, podczas gdy suma pasywów wyniosła 1 162 114,49 PLN. Powyższe oznacza, że wskaźnik zadłużenia ogólnego wyniósł 0,87 (1 008 547,51:1 162 114,49 = 0,87). Wskaźnik ten jest zatem istotnie wyższy od wskaźnika maksymalnego dopuszczonego przez Zamawiającego, wynoszącego 0,6.

Odwołujący stwierdził, że HMK Sp. z o.o. nie spełnia ww. wymogów, a niespełnienie tych wymogów powoduje konieczność wykluczenia tego wykonawcy z postępowania. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający nie może bowiem wezwać wykonawcy do uzupełnienia dokumentów w tym zakresie, albowiem wykonawca dysponuje tylko jednym sprawozdaniem finansowym. Na tym etapie niedopuszczalne jest również (zgodnie z orzecznictwem TSUE sygn. C-387/14 w sprawie Esaprojekt) powołanie się w tym zakresie na zasób podmiotu trzeciego. W konsekwencji, w ocenie Odwołującego, jedyną decyzją, jaką może podjąć Zamawiający, jest wykluczenie HMK Sp. z o.o. z postępowania.

Na marginesie Odwołujący wskazał również, że HMK Sp. z o.o. złożyła wraz z ofertą wstępne oświadczenie o spełnianiu warunku (zgodne ze wzorem załącznika nr 3 do SIWZ), podczas gdy w sposób oczywisty go nie spełniała. Przywołując art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp Odwołujący stwierdził, że oświadczenie HMK Sp. z o.o. o spełnianiu warunków udziału
w postępowaniu było nacechowane co najmniej rażącym niedbalstwem. Jak zauważył Odwołujący, postanowienie SIWZ dotyczące przedmiotowych wskaźników było jasne
i oczywiste, nie budzące wątpliwości interpretacyjnych. W konsekwencji, zdaniem Odwołującego, uznać należy, że albo HMK Sp. z o.o. złożyła oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu z pełną świadomością jego nieprawdziwości, albo złożyło to oświadczenie bez uprzedniej weryfikacji czy spełnia ten warunek. Odwołujący podał, że w pierwszym przypadku działanie HMK Sp. z o.o. stanowiłoby zamierzone wprowadzenie
w błąd, w drugim - co najmniej rażące niedbalstwo. W przekonaniu Odwołującego, w każdym wypadku działanie HMK Sp. z o.o. wypełnia dyspozycję art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp, co skutkować winno wykluczeniem tego wykonawcy z postępowania.

W ocenie Odwołującego, działanie HMK Sp. z o.o. wypełniło również przesłankę wykluczenia z art. 24 ust. 1pkt 17 ustawy Pzp, bowiem przedstawione przez HMK Sp. z o.o. informacje miały istotny wpływ na decyzję podjętą przez Zamawiającego o wyborze oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący stwierdził ponadto, że Zamawiający z naruszeniem przepisów ustawy Pzp uznał, że Konsorcjum Newater nie podlega wykluczeniu z postępowania.

Jak wskazał Odwołujący, tytułem wstępnego potwierdzenia spełniania warunku udziału w zakresie potencjału ekonomicznego o jakim mowa w pkt. V.1.2. lit. a) tiret 1 i 3 (posiadania środków finansowych lub zdolności kredytowej oraz spełnienie wskaźników ekonomicznych) Konsorcjum Newater złożyło dwa dokumenty:

a)Oświadczenie LARIX w przedmiocie udostępnienia potencjału w postaci „środków finansowych lub zdolności kredytowej", które miałoby polegać na: „udzieleniu pożyczki na dogodnych warunkach finansowych", „udzieleniu własnych limitów finansowych u dostawców w celu uzyskania dłuższych terminów płatności", „pośrednictwo w dostarczaniu materiałów
z dogodnymi wydłużonymi terminami płatności";

b)Oświadczenie QENERGI w zakresie udostępnienia wszystkich wymaganych wskaźników finansowych w okresie 3 lat (2017-2019), które miałoby polegać na: „udzieleniu własnych limitów finansowych u dostawców w celu uzyskania dłuższych terminów płatności" oraz „wykonanie robót branży AKPiA oraz branży elektrycznej dla przedmiotowego zamówienia publicznego", a także „świadczenie pomocy technicznej, doradztwo i konsultacje, dostarczanie informacji w zakresie wiedzy technicznej i technologicznej".

W zakresie oświadczenia opisanego w lit. a powyżej Odwołujący stwierdził, że jest ono mocno nieprecyzyjne i niewystraczające dla wykazania rzeczywistego udostępnienia zasobu. Zdaniem Odwołującego, oświadczenie nie wyjaśnia, czy udostępnione zostaną środki finansowe czy zdolność kredytowa, jaka będzie wysokość ewentualnej pożyczki oraz warunki jej udzielenia (w tym termin, na jaki zostanie udzielona). Niejasne są również pozostałe formy udostępnienia - nie wiadomo w szczególności o jakie „limity finansowe" u dostawców chodzi, jacy to dostawcy, jakie materiały będą u nich nabywane i na czym ma polegać pośrednictwo w dostarczaniu materiałów z wydłużonym terminem płatności.

Oświadczenie opisane w lit. b powyżej również, w opinii Odwołującego, jest niewystarczające dla wykazania realnego udostępnienia zasobu w postaci wskaźników ekonomicznych. Odwołujący zauważył, że wykonanie części robót budowlanych (przy czym zakres pod wykonawstwa deklarowany w zobowiązaniu nie przekracza 10% całej inwestycji), podobnie jak doradztwo, konsultacje w zakresie wiedzy technicznej i technologicznej, stanowić może co najwyżej udostępnienie wiedzy i doświadczenia, a nie potencjału ekonomicznego w zakresie osiągnięcia wskaźników ekonomicznych. Sam fakt posiadania podwykonawcy lub doradcy technicznego, czy też udzielenie informacji w zakresie wiedzy technologicznej nie poprawia kondycji ekonomicznej wykonawcy, nie poprawia jego płynności, nie zmniejsza wartości istniejących zobowiązań, nie zwiększa wartości jego aktywów etc. Jak wskazał Odwołujący, można argumentować przeciwnie - zatrudnienie podwykonawcy może zwiększać koszty wykonania zamówienia, albowiem podwykonawca dolicza do kosztów wykonania zamówienia swój zysk i koszty ogólne.

Odwołujący podniósł ponadto, że „udzielenie własnych limitów finansowych
u dostawców w celu uzyskania dłuższych terminów płatności" nie stanowi realnego udostępnienia potencjału ekonomicznego. Odwołujący stwierdził, że oświadczenie to jest całkowicie niejasne (nie wyjaśnia o jakie „limity finansowe" chodzi, jakich dostawców dotyczą owe limity, na jak wydłużone terminy płatności może liczyć wykonawca, jakich materiałów/urządzeń etc. miałyby dotyczyć te dostawy, w jakim okresie obowiązywałyby owe wydłużone terminy płatności), ewentualna korzyść wynikająca z nieco wydłużonego terminu płatności nie stanowi korzyści ekonomicznej na tyle doniosłej i istotnej, która mogłaby
w rzeczywisty sposób wzmocnić i ustabilizować pozycję ekonomiczną wykonawcy. Zdaniem Odwołującego, nawet gdyby przyjąć, że takie zobowiązanie podmiotu trzeciego mogłoby nieznacznie polepszyć płynność finansową

Konsorcjum Newater w niektórych okresach trwania umowy, to jednak przedmiotem badania Zamawiającego były 4 wskaźniki finansowe, a tylko jeden z nich dotyczył płynności finansowej. Nadto, z uwagi na przepisy ustawy z dnia 8 marca 2013r. o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych (Dz.U. z 2020, poz. 1086), terminy płatności i tak nie mogą przekraczać terminów maksymalnych dozwolonych tą ustawą.

Odwołujący zauważył, że art. 22a ust. 2 i 3 ustawy Pzp nakazuje wykonawcy udowodnić Zamawiającemu, że realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów, w szczególności przedstawiając zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia. Zamawiający ma z kolei ocenić, czy udostępniane wykonawcy przez inne podmioty zdolności techniczne lub zawodowe lub ich sytuacja finansowa lub ekonomiczna, pozwalają na wykazanie przez wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu. Z kolei zgodnie
z §9 ust. 2 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia w celu oceny, czy wykonawca polegając na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów na zasadach określonych w art. 22a ustawy Pzp, będzie dysponował niezbędnymi zasobami w stopniu umożliwiającym należyte wykonanie zamówienia publicznego oraz oceny, czy stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów, zamawiający może żądać dokumentów, które określają w szczególności:

1)zakres dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu;

2)sposób wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia publicznego;

3)zakres i okres udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia publicznego;

4)czy podmiot, na zdolnościach którego wykonawca polega w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, zrealizuje roboty budowlane lub usługi, których wskazane zdolności dotyczą.

Odwołujący zaznaczył, że przepisy jasno formułują obowiązek udowodnienia przez wykonawcę, że posiada zagwarantowany i rzeczywisty dostęp do zasobów podmiotu trzeciego, których samodzielnie nie posiada, a po stronie Zamawiającego obowiązek oceny przedłożonych dowodów, w tym weryfikacji, czy udostępnione zasoby pozwalają na uznanie, iż wykonawca spełnia określony warunek udziału w postępowaniu. Odwołujący przywołał orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej: wyrok z dnia 1 czerwca 2018 r., sygn. akt KIO 941/18, wyrok z dnia 8 kwietnia 2019 r., sygn. akt KIO 494/19, wyrok z dnia 23 czerwca 2020 r., sygn. akt KIO 766/20, oraz wyrok TSUE z dnia 14 stycznia 2016 r., sygn. C-234/14 w sprawie Ostas celtnieks SIA. Odnośnie realności udostępnienia potencjału ekonomicznego Odwołujący przywołał argumentację przedstawioną w wyroku Krajowej Izb Odwoławczej z dnia 8 stycznia 2014 r., sygn. akt KIO 2931/13, uchwałę Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 sierpnia 2015 r., sygn. akt KIO/KD 44/15, oraz opinię Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych pt. „Powoływanie się na zasoby ekonomiczne podmiotów trzecich oraz solidarna odpowiedzialność wykonawcy i podmiotu trzeciego użyczającego swój potencjał za szkody zamawiającego powstałe na skutek nieudostępnienia zasobów".

Odwołujący stwierdził, że w przypadku udostępnienia potencjału ekonomicznego
w postaci środków finansowych lub zdolności kredytowej w kwocie 8 000 000 PLN, wykonawca powinien udowodnić, iż podmiot trzeci pozostawi w jego dyspozycji kwotę w takiej wysokości. Zdaniem Odwołującego, deklaracja o udzieleniu pożyczki bez wskazania jej wysokości jest z pewnością niewystarczająca (podobnie jak niewystarczające byłoby dla Zamawiającego zaświadczenie o zdolności kredytowej bez wskazania wysokości tej zdolności), albowiem kwota ewentualnej pożyczki może być znacząco niższa, niż ta wynikająca z warunku udziału w postępowaniu. W ocenie Odwołującego, kwestia ta wymaga co najmniej dalszego wyjaśnienia. W opinii Odwołującego, pozostałe sposoby udostępnienia potencjału wskazane w oświadczeniu, tj. „udzielenie własnych limitów finansowych u dostawców", „pośrednictwo w dostarczaniu materiałów z dogodnymi wydłużonymi terminami płatności" również są całkowicie niejasne i wymagają wyjaśnienia. Odwołujący stwierdził, że wykonawca powinien udowodnić, iż „owe limity finansowe u dostawców" lub „wydłużone terminy płatności" stawiają go w jednakowej pozycji względem pozostałych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, którzy posiadają środki finansowe lub zdolność kredytową w wysokości 8 000 000 PLN.

Podobnie, zdaniem Odwołującego, potencjał udostępniony w oświadczeniu QENERGI w żadnej mierze nie poprawia sytuacji ekonomicznej wykonawcy. Odwołujący wskazał, że oświadczenie to nie odnosi się do wzmocnienia gwarancji prawidłowego wykonania umowy poprzez środki o charakterze finansowym (takie jak kumulatywne przystąpienie do długu, poręczenie, wystawienie gwarancji należytego wykonania umowy etc.). Odwołujący stwierdził, że Konsorcjum Newater nie udowodniło, iż w wyniku udostępnienia tego potencjału jego sytuacja ekonomiczna ulegnie takiej poprawie, jak gdyby osiągnął samodzielnie wskaźniki na wymaganym poziomie. Ponadto, jak stwierdził Odwołujący, oświadczenie QENERGI jest niejasne i nieprecyzyjne, a co za tym idzie, nie ma charakteru wiążącego wobec wykonawcy.

W ocenie Odwołującego, przyjęcie treści zobowiązania QENERGI i LARIX za wystarczające stanowiłoby całkowitej iluzoryczności odpowiedzialności solidarnej podmiotu trzeciego za nieudostępnienie zasobów. Zamawiający, który nie zna pełnej treści zobowiązania do udostępnienia zasobów (a zatem nie jest w stanie wykazać co, kiedy i na jakich warunkach miał udostępnić podmiot trzeci), nie będzie w stanie wykazać, że brak udzielenia tych zasobów miał wpływ na powstanie szkody po jego stronie, a tym samym pociągnąć do odpowiedzialności solidarnej podmiot trzeci.

Odwołujący stwierdził, że uznanie ww. dokumentów za prawidłowe i wykazujące realność udostępnienia zasobów godzi w zasadę równego traktowania wykonawców
i zachowanie zasad uczciwej konkurencji. Jest krzywdzące nie tylko dla wykonawców, którzy warunki te rzeczywiście spełniają, ale również dla wszystkich tych wykonawców, którzy nie złożyli oferty w przedmiotowym postępowaniu z uwagi na niespełnienie wymogów dotyczących zdolności ekonomicznych. W opinii Odwołującego, dopuszczenie do składania w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych niewiążących, niejasnych i dowolnych zobowiązań podmiotu trzeciego jest również głęboko sprzeczne z systemową walką, jaką podjął ustawodawca w celu eliminacji patologicznego zjawiska „handlu referencjami", czyli pozornego udostępnienia potencjału przez podmioty trzecie wyłącznie na potrzeby procedury o udzielenie zamówienia publicznego.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosiło Konsorcjum Newater oraz

wykonawca HMK Sp. z o.o.

Odwołujący złożył odpowiedź na odwołanie, w której stwierdził, że nie znalazł podstaw do uwzględnienia zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Na posiedzeniu z udziałem stron i uczestników postępowania Odwołujący złożył oświadczenie, że w związku z oświadczeniem Zamawiającego o zastosowaniu procedury odwróconej, cofa zarzuty wobec badania oferty Konsorcjum Newater, tj. zarzuty nr 4, 5, 7 (str. 2 i 3 odwołania).

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy wymieniony w treści uzasadnienia, jak również stanowiska stron i uczestników postępowania zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Mając na uwadze treść art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 poz. 2020), zgodnie z którym do postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy ustawy, o której mowa w art. 1, Izba do postępowania odwoławczego w przedmiotowej sprawie zastosowała przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm., dalej jako „ustawa nPzp").

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 505 ust. 1 ustawy nPzp. Zakres zarzutów, w sytuacji ich potwierdzenia się, wskazuje na pozbawienie Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji, narażając ich tym samym na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody.

Rozpoznając odwołanie w granicach podniesionych zarzutów Izba uznała, że zaistniały podstawy do jego uwzględnienia w części.

W przedmiotowej sprawie niesporna była okoliczność, że wykonawca HMK Sp. z o.o. nie wykazał osiągnięcia wszystkich wskaźników wymienionych w warunku określonym w pkt V ust. 1 pkt 2 lit. a SIWZ w roku 2017. Wykonawca HMK Sp. z o.o. wykazał osiągnięcie wszystkich wskaźników dla 2 lat obrotowych, tj. 2018 r. i 2019 r.

Przedmiotem sporu jest interpretacja warunku udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej wykonawcy określonego w pkt V ust. 1 pkt 2 lit. a SIWZ.

Izba stwierdziła, że sporny warunek po modyfikacji treści SIWZ z dnia 10 grudnia 2020 r. brzmi:

„Wykonawca spełni warunek jeżeli wykaże że:

(…)

-zgodnie z przedłożonym rocznym sprawozdaniem finansowym za okres ostatnich trzech lat obrotowych (2017 - 2019), a jeżeli okres działalności jest krótszy - w tym okresie, na podstawie których badane będzie osiągnięcie przez Wykonawcę wskaźników wynikających z tych sprawozdań, o których mowa poniżej:

a)płynności finansowej będąca stosunkiem bieżących aktywów do bieżących zobowiązań na poziomie wartości nie mniejszej niż 1,5

b)wskaźnik szybkiej płynności obrotowej - będący stosunkiem (aktywa bieżące – zapasy - rozliczenia międzyokresowe) / (zobowiązania bieżące) co najmniej 1.0

c)wskaźnik zadłużenia długoterminowego będący stosunkiem zobowiązań długoterminowych do kapitału własnego - na poziomie wartości nie większej niż 0,5

d)wskaźnik zadłużenia ogólnego liczony jako - (zobowiązania i rezerwy na zobowiązania) / (sumę pasywów) nie wyższy niż 0,6

Powyższe wskaźniki będą podlegały badaniu przez Zamawiającego dla każdego roku obrotowego osobno.".

Izba stwierdziła, że z treści zacytowanego powyżej warunku nie sposób wyinterpretować, że dla jego spełnienia wystarczające było osiągnięcie wskaźników w jednym z trzech lat obrotowych. Treść warunku wyraźnie wskazuje na wymóg złożenia sprawozdań za okres trzech lat (2017 – 2019), które będą badane pod kątem osiągnięcia wymienionych w warunku wskaźników. W żadnym razie treść warunku nie wskazuje, że możliwe jest wykazanie osiągnięcia wskaźników w jednym roku obrotowym. Zauważyć należy, że przy interpretacji warunku istotna jest jedynie jego treść, nie zaś intencja zamawiającego czy historia zmian, jakich dokonywał zamawiający w toku postępowania. Badając jego spełnienie należy zatem brać pod uwagę jego ostateczną treść.

Uzasadnieniem dla interpretacji warunku w sposób nie wynikający z jego literalnego brzmienia nie mogą być pytania zadawane przez wykonawców. Ponadto, Izba stwierdziła, że prośba wykonawców o zmianę treść SIWZ w przedmiotowym zakresie dotyczyła wyłącznie wysokości wskaźników, nie zaś okresu, za jaki ich osiągnięcie powinno zostać wykazane (pytanie 1 z pisma Zamawiającego z dnia 10 grudnia 2020 r.). W sytuacji, w której zamiarem Zamawiającego było złagodzenie warunku przez wymóg osiągnięcia wskaźników w jednym
z trzech lat obrotowych, taki wymóg powinien zostać jednoznacznie sformułowany w treści SIWZ. Izba miała na uwadze, że złagodzona treść warunku, obejmująca wykazanie wskaźników w jednym z trzech lat obrotowych, mogłaby skutkować zwiększeniem konkurencji w postępowaniu, prawdopodobne jest bowiem, że wykazanie osiągnięcia wskaźników przez okres trzech lat było blokadą dla części wykonawców w ubieganiu się o przedmiotowe zamówienie.

Z uwagi na powyższe, wobec nie wykazania przez HMK Sp. z o.o. spełnienia warunku określonego w pkt V ust. 1 pkt 2 lit. a SIWZ, Izba stwierdziła, że zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 i ust. 1b pkt 2 ustawy Pzp potwierdził się.

W konsekwencji, potwierdził się także zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości (ust. 1), zaś zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy (ust. 3).

Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp. W ocenie Izby, brak jest podstaw do przypisania HMK Sp. z o.o. winy w jakimkolwiek stopniu, o czym mowa w ww. przesłankach wykluczenia wykonawcy z postępowania. Izba uznała, że złożenie przez HMK Sp. z o.o. oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu było wynikiem błędnego rozumienia warunku, nie zaś chęcią wprowadzenia Zamawiającego w błąd.

Nie potwierdził się także zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Przepis ten jest właściwy dla postępowań dwuetapowych, w których ocena podmiotowa wykonawców i w konsekwencji wykluczenie ich z udziału w postępowaniu dokonywane jest na etapie badania wniosków, przed zaproszeniem wykonawców do złożenia oferty. W postępowaniach jednoetapowych, jak postępowanie prowadzone przez Zamawiającego, zastosowanie znajduje przepis art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, zgodnie z którym ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą.

Rozpoznaniu nie podlegały zarzut wobec badania przez Zamawiającego oferty złożonej przez Konsorcjum Newater, jako że zostały one wycofane przez Odwołującego.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy nPzp oraz § 7 ust. 2 pkt 1, § 7 ust. 3 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437, dalej jako „rozporządzenie").

Zgodnie z art. 557 ustawy nPzp w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego, z kolei w myśl art. 575 ustawy nPzp strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku. Zgodnie
z § 5 rozporządzenia, do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się m.in. wpis (pkt 1), uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego w wysokości określonej na podstawie rachunków lub spisu kosztów, złożonych do akt sprawy, obejmujące wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika, jednak nieprzekraczające łącznie kwoty 3600 złotych (pkt 2 lit. b).

Jak stanowi § 7 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia, w przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę w części, koszty ponoszą odwołujący i zamawiający, jeżeli w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca albo uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości albo w części. Zgodnie z ust. 3 tego przepisu w takim przypadku Izba rozdziela 1) wpis stosunkowo, zasądzając odpowiednio od zamawiającego albo uczestnika postępowania odwoławczego wnoszącego sprzeciw na rzecz odwołującego kwotę, której wysokość ustali, obliczając proporcję liczby zarzutów przedstawionych w odwołaniu, które Izba uwzględniła, do liczby zarzutów, których Izba nie uwzględniła; 2) koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, w sposób określony w pkt 1 lub znosi te koszty wzajemnie między odwołującym i odpowiednio zamawiającym albo uczestnikiem postępowania odwoławczego wnoszącym sprzeciw.

W świetle powyższych regulacji, Izba rozdzieliła koszty postępowania stosunkowo, obliczając proporcję liczby zarzutów przedstawionych w odwołaniu, które Izba uwzględniła, do liczby zarzutów, których Izba nie uwzględniła, przy czym rozpoznaniu podlegały zarzuty podtrzymane przez Odwołującego. Odwołanie okazało się zasadne w stosunku 1/2 (zarzuty nr 1 i 6) i bezzasadne w pozostałej części (zarzuty nr 2 i 3). Kosztami postępowania obciążono zatem Zamawiającego w części 1/2 i Odwołującego w części 1/2. Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez Odwołującego w wysokości 10 000 zł (zgodnie z § 5 pkt 1 rozporządzenia), koszty poniesione przez Odwołującego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600 zł (zgodnie z § 5 pkt 2 lit. b rozporządzenia) - łącznie 13 600,00 zł. Odwołujący poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 13 600 zł tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika, tymczasem odpowiadał za nie jedynie do wysokości 6 800,00 zł (13 600,00 zł x 1/2). Różnica pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez Odwołującego a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku, wynosiła zatem 6 800,00 zł.

Przewodniczący:……...