Sygn. akt KIO 3268/24

WYROK

Warszawa, dnia 1 października 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:

Andrzej Niwicki

Protokolant:

Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 września 2024 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 września 2024 r. przez MTM Budownictwo Sp. z o.o. z/s w Tarnowie

w postępowaniu prowadzonym przez AQUA S.A. Bielsko-Biała

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża MTM Budownictwo Sp. z o.o. z/s w Tarnowie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez tego wykonawcę tytułem wpisu od odwołania.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie -Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący:

Sygn. akt KIO 3268/24

Uzasadnienie

Odwołujący: MTM Budownictwo Sp. z o.o. z/s w Tarnowie wniósł dnia 9 września 2024 r.

odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegających na:

1. sformułowaniu w SWZ wymogu dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej w

odniesieniu do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia oraz podmiotów udostępniających potencjał, w sposób ograniczający konkurencyjność oraz zasady równości, uczciwej konkurencji a także nieproporcjonalny

(warunek w brzmieniu: „W przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, a także w przypadku, gdy Wykonawca polega na sytuacji finansowej i ekonomicznej innych podmiotów, warunek dotyczący sytuacji finansowej i ekonomicznej winien spełniać w całości co najmniej jeden z Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia lub podmiot udostępniający zasoby"),

2. sformułowaniu w SWZ warunków dotyczących sytuacji ekonomicznej i finansowej w

brzmieniu:

a) posiadają środki finansowe lub zdolność kredytową w kwocie nie mniejszej niż 55.000.000 PLN (pięćdziesiąt pięć milionów PLN);

c) osiągnął w każdym z ostatnich trzech lat roczny przychód ze sprzedaży produktów,

towarów i usług w wysokości co najmniej 100.000.000 PLN (sto milionów PLN) (a jeżeli okres prowadzenia działalności

gospodarczej jest krótszy to za każdy rok obrotowy).

d) osiągnął w każdym z ostatnich trzech lat współczynnik bieżącej płynności finansowej

(liczonej jako iloraz aktywów do zobowiązań krótkoterminowych) w wysokości minimum 1,50 w sposób ograniczający konkurencyjność oraz zasad równości, uczciwej konkurencji a także nieproporcjonalny.

Zaskarżonym czynności Zamawiającego zarzucił naruszenie :

Ad 1) art. 117 ust 1, w zw. z art. 58 ust 1, art. 118 ust 1 oraz 112 ust 1, 16 pkt 1 i 3 Pzp przez: nieuzasadnione przedmiotem zamówienia, nieproporcjonalne i ograniczające konkurencję a także dyskryminujące, sformułowania w SWZ zakazu spełniania warunków finansowo ekonomicznych przez sumowanie potencjału wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie oraz przez udostępnienie potencjału podmiotu trzeciego (wymóg spełniania warunku samodzielnie przez jednego z wykonawców bądź użyczającego).

Ad 2) art. 112 ust 1, 115 ust 1 i 16 pkt 1 i 3 Pzp przez: nieuzasadnione przedmiotem

zamówienia, nieproporcjonalne i ograniczające konkurencję i dyskryminujące, sformułowanie warunków podmiotowych udziału w postępowaniu.

W oparciu o przedstawione wyżej zarzuty wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonanie modyfikacji SWZ przez:

Ad 1) usunięcie wymogu w brzmieniu:

W przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, a także w przypadku, gdy Wykonawca polega na sytuacji finansowej i ekonomicznej innych podmiotów, warunek dotyczący sytuacji finansowej i ekonomicznej winien spełniać w całości co najmniej jeden z Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia lub podmiot udostępniający zasoby.

W przypadku nieusunięcia ograniczenia o którym mowa powyżej

Ad 2) dokonanie modyfikacji SWZ poprzez zmianę warunków ekonomiczno-finansowych w następujący sposób:

Jest: a) posiadają środki finansowe lub zdolność kredytową w kwocie nie mniejszej niż 55.000.000 PLN (pięćdziesiąt pięć milionów PLN);

po zmianie:

a) posiadają środki finansowe lub zdolność kredytową w kwocie nie mniejszej niż 30.000.000,00 PLN (trzydzieści milionów PLN);

przed zmianą:

c) osiągnął w każdym z ostatnich trzech lat roczny przychód ze sprzedaży produktów,

towarów i usług w wysokości co najmniej 100.000.000 PLN (sto milionów PLN) (a jeżeli okres prowadzenia działalności gospodarczej jest krótszy to za każdy rok obrotowy).

po zmianie

c) osiągnął w każdym z ostatnich trzech lat roczny przychód ze sprzedaży produktów, towarów i usług w wysokości co najmniej 80.000.000 PLN (osiemdziesiąt mln PLN) (a jeżeli okres prowadzenia działalności gospodarczej jest krótszy to za każdy rok obrotowy).

alternatywnie - dopuszczenie dodatkowo (poza warunkiem przed zmianą) także możliwości spełnienia warunku w następujący sposób:

c) osiągnął średni przychód ze sprzedaży produktów, towarów i usług w okresie ostatnich trzech lat obrotowych w wysokości co najmniej 140.000.000 PLN (sto czterdzieści mln PLN) przed zmianą:

d) osiągnął w każdym z ostatnich trzech lat współczynnik bieżącej płynności finansowej

(liczonej jako iloraz aktywów do zobowiązań krótkoterminowych) w wysokości min 1,50 po zmianie:

d) osiągnął w każdym z ostatnich trzech lat współczynnik bieżącej płynności finansowej

(liczonej jako iloraz aktywów do zobowiązań krótkoterminowych) w wysokości min 1,30

Odwołujący z uwagi na treść warunku, wnosi o łączne uwzględnienie w przypadku zarzutu 2 wszystkich żądanych zmian warunku – wyłącznie bowiem w takim przypadku Odwołujący uzyska zdolność do ubiegania się o zamówienie.

Odwołujący podkreśla, że po modyfikacji spełniać będzie wszystkie określone w SWZ warunki podmiotowe udziału w

postępowaniu i będzie zdolny do wykonania przedmiotowego zamówienia.

UZASADNIENIE

Zamawiający określił wobec wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia szereg warunków podmiotowych w warunki ekonomiczne i finansowe,

Zamawiający określił w szczególności rozbudowane warunki doświadczenia:

2. Zdolność techniczna lub zawodowa: /…/

W odniesieniu do warunków dotyczących doświadczenia zawodowego oraz personelu Zamawiający w przypadku wspólnego ubiegania się o zamówienie dopuszcza sumowanie potencjałów. /…/

W przypadku warunku ekonomiczno-finansowego Zamawiający zakazuje sumowania potencjałów wspólnie ubiegających się o zamówienie jak również korzystania w celu spełniania warunku z sumowania potencjału podmiotu trzeciego. W konsekwencji spełnienie tego warunku musi być dokonane w całości przez jednego z wykonawców (samodzielnie ubiegający się lub jednego z konsorcjantów bądź podmiot użyczający).

W przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, a także w przypadku, gdy Wykonawca polega na sytuacji finansowej i ekonomicznej innych podmiotów, warunek dotyczący sytuacji finansowej i ekonomicznej winien spełniać w całości co najmniej jeden z Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia lub podmiot udostępniający zasoby.

W ocenie Odwołującego ograniczenie powyższe prowadzi wprost do naruszenia podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych. Specyfika zamówienia ani zakres warunku nie uzasadniają tak głębokiej ingerencji w sposób spełnienia warunku przy czym same parametry określono dyskryminująco o czym mowa w drugim z zarzutów odwołania.

Należy przy tym mieć na względzie, że w odniesieniu do rozbudowanego warunku doświadczenia zawodowego Zamawiający wprost taką możliwość (sumowania warunku siłami konsorcjantów) dopuszcza. Uwzględniając dodatkowo nadmiarowe elementy samego warunku ekonomiczno finansowego powyższe ograniczenie w sposób zasadniczy eliminuje konkurencyjność postępowania a tym samym ma bezpośredni wpływ na wynik i wybór oferty obiektywnie najkorzystniejszej.

Dopuszczenie możliwości sumowania elementów warunku (usunięcie ograniczenia) nie spowoduje, że o zamówienie będą ubiegały się podmioty niezdolne do realizacji przedmiotu

zamówienia zapewniając, że warunek będzie proporcjonalny, niedyskryminujący i realnie umożliwiający wykonawcom wspólne ubieganie się o udzielenie zamówienia.

Odwołujący wnosi o modyfikację warunku przez nadanie mu brzmienia: d)osiągnął w każdym z ostatnich trzech lat współczynnik bieżącej płynności finansowej (liczonej jako iloraz aktywów do zobowiązań krótkoterminowych) w wysokości minimum 1,30

Odwołujący wskazuje powołując się na przykłady z innych inwestycji publicznych o znacznych wartościach, że albo Zamawiający nie określali warunków w zakresie kondycji ekonomiczno finansowej albo też określali je na poziomie istotnie niższym niż w przedmiotowym przetargu:

W zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu dotyczących sytuacji ekonomicznej i finansowej, Zamawiający wymaga aby:

a) Wykonawca wykazał, że dysponuje środkami finansowymi lub zdolnością kredytową nie mniejszą niż 8.000.0000 PLN – na potwierdzenie sytuacji finansowej;

b) Wykonawca posiadał ubezpieczenie OC w zakresie prowadzonej działalności, związanej z przedmiotem zamówienia, na sumę ubezpieczenia, co najmniej 20.000.000 PLN – na potwierdzenie sytuacji ekonomicznej.

Ponadto kwestionowane działanie Zamawiającego należy uznać za naruszające zasadę proporcjonalności.

Na etapie przygotowania postępowania zasada proporcjonalności przekłada się na obowiązek takiego opisania przez zamawiającego wymagań i opisu zamówienia, by były one uzasadnione: wartością zamówienia, charakterystyką, zakresem, stopniem złożoności lub warunkami realizacji zamówienia, a także by nie ograniczały dostępu do zamówienia wykonawcom dającym rękojmię należytego jego wykonania.

Zgodnie z art. 112 ust. 1 Pzp zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.

Zatem to na Zamawiającym, ustalającym wymagane zdolności podmiotowe, które mają bezpośredni wpływ na możliwość ubiegania się przez wykonawców o udzielenie zamówienia publicznego, ciąży obowiązek zapewnienia, aby postawione wymogi pozwalały na wyłonienie wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia,

eliminując podmioty przypadkowe, które nie dają gwarancji prawidłowej realizacji umowy.

Jednocześnie ustawodawca ogranicza swobodę gospodarza postępowania zakazując mu stawiania wymogów, które są nadmierne, nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia, ograniczające uczciwą konkurencję czy wykraczające poza cel podmiotowej weryfikacji wykonawcy.

Każdy warunek udziału w postępowaniu musi więc zostać przez zamawiającego merytorycznie uzasadniony i znajdować usprawiedliwienie w specyfice przedmiotu zamówienia.

Co do zasady, każdy warunek podmiotowy prowadzi do ograniczenia dostępu do wzięcia udziału w postępowaniu. Niemniej, ograniczenia takie są dopuszczalne w granicach zachowania zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i proporcjonalności warunku do jego celu, co wynika z konieczności zachowania zasad naczelnych określonych w art. 16 pkt 1 i 3 Pzp.

W ocenie Odwołującego kwestionowane odwołaniem warunki stanowią ograniczenie dostępu do postępowania bez koniecznego uzasadnienia i ma charakter ograniczający konkurencję, przy czym jednocześnie mają charakter nieproporcjonalny a modyfikacja warunków w sposób o którym mowa w żądaniu odwołania wciąż zagwarantuje, że realizacja zamówienia nie zostanie powierzona podmiotom niezdolnym do jego realizacji.

Pojęcie proporcjonalności zostało zdefiniowane w orzecznictwie.

Nieproporcjonalność warunku zachodzi w sytuacji, gdy równowaga ta zostanie zachwiana, powodując uniemożliwienie ubiegania się o zamówienie wykonawcom mającym doświadczenie dające rękojmię jego prawidłowej realizacji.

Z drugiej strony za nieproporcjonalne należy uznać kształtowanie warunków oderwanych od przedmiotu zamówienia, pozwalając na ubieganie się o zamówienie przez podmioty nie posiadające adekwatnego do przedmiotu zamówienia doświadczenia zawodowego.

Określony przez zamawiającego opis sposobu oceny warunków udziału w postępowaniu powinien umożliwić ustalenie zdolności do wykonania zamówienia, a nie w nieuzasadniony sposób preferować konkretnego wykonawcę kosztem dyskryminacji reszty uczestników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Tym samym, zamawiający jest zobowiązany zachować równowagę pomiędzy swoim interesem polegającym na uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia a interesem potencjalnych wykonawców, których nie można eliminować z udziału w postępowaniu poprzez postawienie nadmiernych warunków udziału w postępowaniu. Opis spełnienia warunków udziału w postępowaniu winien być adekwatny z celem jakiemu służy – z wyborem wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia przy równoczesnym braku ograniczenia dostępu do zamówienia wykonawcom zdolnym do jego wykonania.

Podkreślenia wymaga, że w wyniku wnioskowanej modyfikacji SWZ wciąż o zamówienie będą ubiegały się wyłącznie podmioty doświadczone, które legitymują się potencjałem ekonomiczno finansowym w zupełności wystarczającym i gwarantującym realizację zamówienia na wysokim poziomie jakości oraz kompetencji ale jednocześnie postępowanie zostanie otwarte na konkurencję.

Podsumowując, w ocenie Odwołującego, koniecznym staje się dokonanie modyfikacji w zakresie kwestionowanych odwołaniem postanowień SWZ zgodnie z żądaniem odwołania.

Mając powyższe na względzie, wnosi o uwzględnienie odwołania.

Zamawiający - „AQUA” S.A. z siedzibą w Bielsku-Białej, w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie i przeprowadzenie wskazanych dowodów na potwierdzenie okoliczności, że: - formułując w pkt.XI.1 SWZ warunki udziału w postępowaniu na wykonanie przedmiotu

zamówienia, dotyczące sytuacji ekonomicznej i finansowej wykonawców

- nie naruszył art. 117 ust 1 w zw. art. 58 ust1, art. 118 ust 1 oraz art. 112 ust 1, art. 115 ust 1 oraz art. 16 pkt 1 i 3 Ustawy Pzp .

Wskazano treść żądań i zarzutów.

Zamawiający wskazuje, że nie zgadza się ze argumentacją Odwołującego i uznaje ją za pozbawioną podstaw faktycznych i prawnych.

Odpowiadając na zarzut naruszenia art. 112, art. 115 ust.1 oraz art. 16 pkt 1 i 3 Ustawy Pzp, Zamawiający wskazuje, co następuje.

Artykuł 16 pkt 1 i 3 Ustawy Pzp wyraża podstawowe zasady udzielania zamówień publicznych tj. zasadę równego traktowania wykonawców, zachowania uczciwej konkurencji, a także proporcjonalności.

Zgodnie z Art. 112 ust.1 Pzp Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.

Artykuł 115 ust. 1 Pzp stanowi, że w odniesieniu do sytuacji finansowej lub ekonomicznej Zamawiający może określić warunki, które zapewnią posiadanie przez wykonawców zdolności ekonomicznej lub finansowej niezbędnej do realizacji zamówienia.

W tym celu zamawiający może wymagać w szczególności:

1) aby wykonawcy posiadali określone minimalne roczne przychody, w tym określone

minimalne roczne przychody w zakresie działalności objętej zamówieniem;

2) aby wykonawcy przedstawili informacje na temat ich rocznych sprawozdań

finansowych wykazujących w szczególności stosunek aktywów do zobowiązań;

3) posiadania przez wykonawcę odpowiedniego ubezpieczenia odpowiedzialności

cywilnej;

4) posiadania przez wykonawcę określonej zdolności kredytowej lub środków

finansowych.

W ocenie Zamawiającego warunki udziału w postępowaniu na udzielenie zamówienia dotyczące sytuacji ekonomicznej i finansowej wykonawcy, wskazane w SWZ – zostały

określone z poszanowaniem wskazanych zasad tj. równego traktowania wykonawców, zachowania uczciwej konkurencji oraz w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, jako minimalne poziomy zdolności wykonawcy, tak aby zapewnić Zamawiającemu należyte wykonania przedmiotu zamówienia.

Zamawiający wskazuje, że :

1) Odnosząc się do żądania Odwołującego co do zmiany warunku wykazania posiadania środków finansowych lub zdolności kredytowej w kwocie nie mniejszej niż 55.000.000 PLN (pięćdziesiąt pięć milionów PLN) - na posiadanie środków finansowych lub zdolności kredytowej w kwocie nie mniejszej niż 30.000.000,00 (trzydzieści milionów PLN)

- Zamawiający podnosi, że nie zgadza się żądaniem i nie widzi uzasadnienia do zmiany w/w warunku z poniżej wskazanych przyczyn:

Zgodnie z kosztorysem inwestorskim szacunkowa wartość Inwestycji, wynosi 107 492 025,47 zł netto (sto siedem milionów czterysta dziewięćdziesiąt dwa tysiące dwadzieścia pięć 47/100 PLN), co stanowi kwotę brutto 132 215 191,33 (sto trzydzieści dwa miliony dwieście piętnaście tysięcy sto dziewięćdziesiąt jeden 33/100 PLN).

Realizacja została zaplanowana na okres do 31 miesięcy, licząc od dnia zawarcia umowy.

Wedle §10 pkt. 6 wzoru umowy „Rozliczenie fakturami przejściowymi odbywało się będzie do wysokości 50% wartości wynagrodzenia brutto, wyliczonego za wykonane prace, na podstawie zatwierdzonego przez Inspektora Nadzoru procentu zaawansowania poszczególnych elementów (etapów) prac budowlanych".

Zamawiający przewidział, że ostateczne rozliczenie i zapłata faktury końcowej przez Zamawiającego nastąpi, po całkowitym wykonaniu przedmiotu zamówienia tj. podpisaniu protokołu odbioru końcowego i przekazania do eksploatacji przedmiotu zamówienia.

Istotne w sprawie jest także, że Inwestycja obejmuje wykonywanie robót przez wykonawców reprezentujących w zasadzie wszystkie branże budowlane tj. geotechniczną, konstrukcyjną, ogólnobudowlaną, instalacyjną, elektryczną, teletechniczną, drogową, jak również branżę specjalistyczną jaką jest technologia basenowa. To spowoduje, że Wykonawca niewątpliwie powierzy wykonanie części prac podwykonawcom, którym będzie musiał terminowo wypłacać wynagrodzenie, a przed końcowym odbiorem Inwestycji, będzie zobowiązany do wykazania Zamawiającemu, iż uregulował wszelkie zobowiązania finansowe względem wszystkich, podwykonawców.

Zatem szacowana wartości Inwestycji, czas jej trwania, zakres techniczny i technologiczny, oraz sposób jej rozliczania - spowodują, że w trakcie trwania Inwestycji po stronie Wykonawcy niewątpliwie pojawi się konieczność zapewnienia bieżącego finansowania realizacji tej Inwestycji (w tym w szczególności kosztów materiałów, urządzeń, kosztów osobowych itp.), które w końcowej fazie wykonywania przedmiotu zamówienia osiągnie poziom około 50% wartości całej Inwestycji.

Inwestor szacuje, że do dnia otrzymania zapłaty za fakturę końcową Wykonawca będzie zobowiązany do zaangażowania swojego kapitału w wysokości co najmniej 55.000.000 PLN (pięćdziesiąt pięć mln PLN), co stanowi brutto ok 68 000 000 PLN (sześćdziesiąt osiem milionów złotych PLN).

Wskazane okoliczności niewątpliwie, wymagają posiadania przez Wykonawców, chcących realizować Inwestycję odpowiedniego, stabilnego potencjału finansowego i ekonomicznego, pochodzącego z innych źródeł niż zawarta z

Zamawiającym umowa na realizację przedmiotu zamówienia.

Zamawiający zatem nie może zgodzić się z twierdzeniem, iż posiadanie przez wykonawcę środków finansowych lub zdolności kredytowej w kwocie nie mniejszej niż 30 000 000 zł, da Zamawiającemu rękojmię należytego wykonania, na warunkach projektu umowy.

Odwołujący wnioskując o obniżenie ilości środków finansowych niezbędnych do zaangażowania w realizację Inwestycji nie kieruje się przesłankami obiektywnymi z punktu widzenia każdego potencjalnego wykonawcy, a wyłącznie przesłankami subiektywnymi, dążąc do zmiany tak, aby to jego firma (MTM Budownictwo Sp. z o.o.) spełniła warunki udziału w postępowaniu, bowiem w bilansie za ostatni rok obrachunkowy (2023), po stronie aktywów w pozycji B.III.1.c „środki pieniężne i inne aktywa pieniężne" Odwołujący wykazuje kwotę 30.779.451,11 zł dowód nr 2 – Sprawozdanie finansowe Odwołującego za rok 2023 (str nr 7). 2) Odnosząc się do żądania zmiany warunku dotyczącego, wykazania przez wykonawcę rocznego przychodu ze sprzedaży produktów, towarów i usług w wysokości co najmniej 100.000.000 PLN (sto mln) – na 80 000 000 PLN (osiemdziesiąt mln) lub alternatywnie – dopuszczenia dodatkowo (poza warunkiem przed zmianą) także możliwości spełnienia warunku poprzez osiągnięcie średniego przychodu ze sprzedaży produktów, towarów i usług w okresie ostatnich trzech lat obrotowych w wysokości co najmniej 140.000.000 PLN (sto czterdzieści milionów PLN)

- Zamawiający podnosi, że nie zgadza się żądaniem Odwołującego i nie widzi uzasadnienia do zmiany postawionego w/w warunku z poniżej wskazanych przyczyn.

Oczywistym jest, że w wyniku przetargu Zamawiający - Inwestor dąży do osiągniecia najważniejszych celów, tj. uzyskania najlepszych możliwych warunków w zakresie jakości, ceny i terminów wykonania prac. Biorąc pod uwagę szacowaną wartość Inwestycji, jej zakres, czas trwania oraz warunki płatności –zdaniem Zamawiającego- podmiotami które realnie mogą między sobą konkurować i być zainteresowane złożeniem ofert w przedmiotowym postępowaniu, a następnie wykonać w sposób prawidłowy Inwestycję - mogą być jedynie podmioty, które cechują się stabilną pozycją na rynku oraz posiadają doświadczenie w finansowaniu i realizacji przedsięwzięć o podobnej skali.

W celu zapewnienia przejrzystości i jednoznaczności warunków udziału w

postępowaniu, Zamawiający - zgodnie także z zasadami logiki - stwierdził, że osiągnięcie

przez potencjalnego przyszłego wykonawcę w każdym z ostatnich trzech lat przychodów ze sprzedaży produktów, towarów i usług na minimalnym poziomie oscylującym na poziomie wartości zamówienia tj. nie mniejszym niż 100 000 000 PLN (sto mln) jest odpowiednim – a nie nadmiernym- wskaźnikiem, który potwierdza, że stabilność ekonomiczna, finansowa i doświadczenie potencjalnych przyszłych wykonawców jest na wystarczającym poziomie. Formułując warunki udziału w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający zwrócił uwagę potencjalnych wykonawców na skalę przedsięwzięcia i fakt, że realizacja tego zamówienia publicznego winna zostać powierzona jedynie podmiotowi, który ma stosowne zasoby finansowe oraz doświadczenie w realizacji Inwestycji o podobnej skali.

Odnosząc się do żądania Odwołującego aby podnieść wymagany do uzyskania w ostatnich trzech latach średni limit przychodów do wartości 140 000 000 PLN (sto czterdzieści mln) Zamawiający uważa, iż byłoby to działanie ryzykowne, gdyż uśrednianie tego istotnego parametru może spowodować, że w postępowaniu wezmą udział wykonawcy dla których wykonanie tak znaczącego zamówienia było zdarzeniem sporadycznym i aktualnie znajdują się w niestabilnej lub nawet słabnącej kondycji finansowej.

W przypadku wnioskowania o zmianę tego warunku ekonomicznego Odwołujący żądając zmiany z wymaganej wartości 100 mln PLN uzyskanego przychodu - na 80 000 000 lub na uzyskanie 140 mln PLN średniego przychodu ponownie nie kieruje się przesłankami obiektywnymi z punktu widzenia każdego, potencjalnego wykonawcy, a wyłącznie subiektywnymi przesłankami, dążąc do zmiany po to, aby to jego firma spełniła warunki udziału w postępowaniu. O powyższym świadczą wyniki finansowe za ostatnie trzy lata obrachunkowe. Odwołujący w pozycji A Rachunku Zysków i Strat (RZiS)„Przychody netto ze sprzedaży produktów, towarów i materiałów" wykazuje kwoty:

RZiS SF za rok 2021 SF za rok 2022 SF za rok 2023

A. Przychody netto ze sprzedaży produktów, towarów i materiałów 84.121.280,67 zł 146.390.821,65 zł 197.804.973,76 zł

Średni przychód w okresie ostatnich trzech lat 142.772.358,69 zł

Odnosząc się do żądania zmiany warunku udziału dotyczącego wykazania, że wykonawca osiągnął w każdym z ostatnich trzech lat współczynnik bieżącej płynności finansowej (iloraz aktywów do zobowiązań krótkoterminowych) w wysokości min 1,50) - na współczynnik bieżącej płynności finansowej w wysokości minimum 1,30

- Zamawiający nie zgadza się żądaniem i nie widzi uzasadnienia do zmiany postawionego w/w warunku z poniżej wskazanych przyczyn :

Biorąc pod uwagę szacunkową wartość zamówienia, czas realizacji umowy na wykonanie Inwestycji, a w szczególności warunki płatności przewidziane we wzorze umowy, Zamawiający uważa, że ocena przyszłego potencjalnego wykonawcy poprzez pryzmat wskaźnika bieżącej płynności jest oczywista, niezbędna i jest zgodna z zapisami Ustawy Pzp i rozporządzenia

Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 roku, w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy.

Wskaźnik ustalany jest na podstawie sprawozdania finansowego, czyli dokumentu wskazanego w w/w rozporządzeniu. Stanowi on iloraz aktywów bieżących (obrotowych) oraz pasywów bieżących (zobowiązań krótkoterminowych).

Jeśli wskaźnik osiąga wartości powyżej 1,5 oznacza to, że przedsiębiorstwo sprawnie może regulować swoje zobowiązania i taką właśnie wartość wskaźnika Zamawiający przyjął w SWZ jako parametr, który potwierdzi, że potencjalny przyszły wykonawca jest zdolny do podjęcia się realizacji tak dużej Inwestycji, która niewątpliwie wpłynie niekorzystnie na utrzymanie płynności finansowej wykonawcy podczas realizacji przedsięwzięcia.

Wskaźnik płynności finansowej na poziomie 1,5 upewni Zamawiającego, że podmiot, który podejmuje się realizacji Inwestycji ma na tyle silną kondycję finansową, że sprosta warunkom umowy, w szczególności warunkom rozliczania się z wykonawcą i jest należycie zabezpieczony przed ewentualną utratą płynności w trakcie realizacji i przed otrzymaniem płatności końcowej.

„Za idealne minimum od dawna dość powszechnie uznawano wartość wskaźnika bieżącej płynności na poziomie 2, niemniej jednak wartość na poziomie 1,5 również jest uznawana za dobrą płynność finansową."(„Zarządzanie finansami przedsiębiorstwa", Witold Bień, wyd. Difin, Warszawa 1999 str.105 oraz „Wskaźniki Finansowe" M. R. Tyran, Biblioteka

Praktyków Zarzadzania Oficyna Ekonomiczna, Kraków 2005, str.106). Zamawiający zatem, nie widzi uzasadnienia dla którego świadomie miałby narażać przyszłych wykonawców na ryzyko utraty płynności finansowej w trakcie trwania kontraktu przez obniżanie wskaźnika.

Zamawiający utrzymuje więc, że wskaźnik bieżącej płynności jest niezwykle istotny dla oceny zdolności ekonomicznej i finansowej wykonawcy, zwłaszcza wobec wagi i znaczenia przedmiotu zamówienia oraz przy długich okresach płatności w trakcie jego wykonywania, a także, że został ustalony w SWZ na poziomie odpowiednim dla tego rodzaju przedsięwzięcia W przypadku wnioskowania o zmianę tego warunku ekonomicznego Odwołujący usiłując zmienić warunki zamówienia z wymaganej wartości 1,5 wskaźnika na 1,3 kolejny raz nie kieruje się przesłankami obiektywnymi z punktu widzenia każdego potencjalnego wykonawcy, a wyłącznie subiektywnymi przesłankami, po to aby to jego firma (MTM Budownictwo Sp. z o.o.) spełniła warunki udziału w postępowaniu, o czy świadczy wskaźnik CR wyliczony na podstawie danych w Sprawozdaniu Finansowym Odwołującego za lata 2021, 2022 i 2023 SF za rok 2021 SF za rok 2022 SF za rok 2023

Wskaźnik bież. płynności finansowej 1,80 1,34 1,99

4/ Odnosząc się do zarzutu nieuzasadnionego przedmiotem zamówienia,

nieproporcjonalnego i ograniczającego konkurencję, a także dyskryminującego,

sformułowania w SWZ zakazu spełniania warunków finansowo ekonomicznych poprzez sumowanie potencjału wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie oraz poprzez udostępnienie potencjału podmiotu trzeciego (wymóg spełniania warunku samodzielnie przez jednego z wykonawców bądź użyczającego)

- Zamawiający nie widzi uzasadnienia do zmiany postawionego w/w warunku z poniżej wskazanych przyczyn.

Zamawiający jest zobowiązany dokonać oceny zdolności finansowej Wykonawcy. W postępowaniu wskazane zostały takie wskaźniki (warunki) ekonomicznofinansowe, których analiza ma sens tylko i wyłącznie wtedy, jeżeli „pobrane" zostaną z ksiąg rachunkowych jednego przedsiębiorstwa. Każdy inny sposób ich analizy byłby naruszeniem zasad rachunkowości zarządczej.

Odwołujący żądając od Zamawiającego usunięcia zapisu-

"W przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, a także w przypadku, gdy Wykonawca polega na sytuacji finansowej i ekonomicznej innych podmiotów, warunek dotyczący sytuacji finansowej i ekonomicznej winien spełniać w całości co najmniej jeden z Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia lub podmiot udostępniający zasoby",

- oczekuje, aby Zamawiający dokonał tej analizy w sposób nierzetelny, a mianowicie poddał analizie i ocenił wskaźniki finansowe wyliczone na podstawie danych pochodzących z ksiąg rachunkowych różnych przedsiębiorstw, być może o nieporównywanej wielkości i kondycji finansowej.

Ponadto Zamawiający zaznacza, że wymóg uzyskania odpowiednich parametrów finansowych postawił się jedynie przed jednym z Wykonawców jeżeli wspólnie ubiegają się o udzielnie zamówienia, a nie w stosunku do wszystkich wykonawców, którzy wspólnie zamierzają ubiegać się o przedmiotowe zamówienie.

Zdaniem Zamawiającego z żadnego przepisu ustawy Pzp, nie wynika obowiązek łączenia potencjału ekonomicznego lub finansowego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Tylko co do zasady należy przyjmować, że w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, warunki udziału w postępowaniu, o których mowa art. 112 ust. 2 pkt 3 i 4 Ustawy Pzp powinny zostać spełnione łącznie przez tych wykonawców. Żadne przepisy Ustawy Pzp nie nakładają na zamawiającego obowiązku

dopuszczenia sumowania sytuacji ekonomicznej lub finansowej, (ani też zdolności technicznej lub zawodowej), wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.

W wyroku z 10 października 2005 r., V Ca 428/05, SO w Warszawie uznał, że „Z art. 23 ust. 3 nie wynika postulat łączenia zasobów przez wykonawców tworzących konsorcjum w sposób całkowicie dowolny, a „łącznie" nie zawsze należy utożsamiać z matematycznym

sumowaniem potencjałów konsorcjantów. Zasadniczo, jak wskazuje ustawowy nakaz odpowiedniego stosowania przepisów, 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 pojedynczego wykonawcy, który o udzielenie zamówienia ubiega się samodzielnie."

Rzeczywiście, z jednej strony warunki udziału w postępowaniu nie powinny ograniczać ubiegania się o udzielenie zamówienia wykonawcom zdolnym do jego realizacji, jednakże z drugiej strony ich celem jest ocena zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. Na gruncie przepisów art. 112 ust. 1 Ustawy Pzp Zamawiający jest uprawniony do określania warunków udziału w postępowaniu w sposób umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania umowy.

Zatem ocena naruszenia przez Zamawiającego art. 112 ust. 1 Ustawy Pzp powinna być dokonywana w okolicznościach konkretnego przypadku z uwzględnieniem wszystkich okoliczności danego postępowania.

Ocena ta powinna sprowadzać się do ustalenia, czy określone przez Zamawiającego warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu spełniania tych warunków także przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, nie naruszają podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych tj zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz proporcjonalności. Takie ustalenie jest istotne ze względu na określoną w przepisach w art. 17 ust. 2 Ustawy Pzp zasadę udzielenia zamówienia wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami Ustawy Pzp.

Zdaniem Zamawiającego - uczciwa konkurencja i równe traktowanie wykonawców wcale nie oznacza, że wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia będący w złej sytuacji ekonomicznej lub finansowej lub nie mający zdolności technicznej lub zawodowej mogą być traktowani lepiej niż wykonawca indywidualnie ubiegający się o zamówienie i korzystający wyłącznie np. z własnego potencjału ekonomicznego lub finansowego.

Warunek udziału w postępowaniu odnoszący się do posiadania środków finansowych lub zdolności kredytowej to warunek szczególny, ponieważ brak środków finansowych lub zdolności kredytowej stanowi często barierę uniemożliwiającą wykonanie zamówienia. Celem każdego postępowania jest nie tylko zawarcie umowy, ale przede wszystkim udzielenie zamówienia wykonawcy, który będzie zdolny je wykonać w sposób prawidłowy i zgodny z uzasadnionym oczekiwaniem Zamawiającego. Nie ulega wątpliwości, że wymaganie posiadania środków finansowych lub zdolności kredytowej w wysokości zapewniającej wykonanie zamówienia, a jednocześnie nie naruszającej uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawcy, nie może być uznane za niedopuszczalne.

Nadto w orzecznictwie wyrażony został również pogląd o dopuszczalność wykazania warunku opisanego za pomocą wskaźnika ekonomicznego przez jednego z konsorcjantów. W wyrokach z KIO 272/13, KIO 285/13 KIO 292/13, KIO 295/13, KIO 309/13 Izba uznała, że „Wymaganie przez zamawiającego osiągnięcia wskaźników ekonomicznych na określonym poziomie przez jednego z członków konsorcjum nie narusza zasady równego traktowania wykonawców oraz nie jest sprzeczne z istotą konsorcjum".

Warto zauważyć, także, iż użyte w art. 112 ust. 1 Ustawy Pzp sformułowanie „określa warunki udziału w postępowaniu (…) w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia" oznacza, że określone warunki udziału w postępowaniu powinny być adekwatne do osiągnięcia celu, a więc wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania przedmiotu zamówienia. Zasada proporcjonalności oznacza, że określone przez Zamawiającego warunki udziału w postępowaniu muszą być uzasadnione wartością zamówienia, charakterystyką, zakresem, stopniem złożoności lub warunkami realizacji zamówienia.

Mając na względzie powyższe okoliczności Zamawiający ocenił że jedynie wykonawcy, którzy wykażą, że :

1) posiadający środki finansowe lub zdolności kredytowej w kwocie nie mniejszej niż 55.000.000,00 PLN (pięćdziesiąt pięć milionów PLN), co stanowi zaledwie ok 42% szacunkowej wartości Inwestycji, oraz

2) roczny przychodu ze sprzedaży produktów, towarów i usług w wysokości co najmniej 100.000.000,00 PLN (sto milionów PLN),oraz

3) bieżącej płynności finansowej (liczonej jako iloraz aktywów do zobowiązań krótkoterminowych) w wysokości minimum 1,50)

- mogą dać Zamawiającemu rękojmię nienależytego wykonania należytego wykonania przedmiotu zamówienia.

Tak jak wspominał powyżej Zamawiający, zgodnie z ustaloną linią orzeczniczą warunki udziału w postępowaniu muszą być związane z przedmiotem zamówienia oraz do niego proporcjonalne. Warunki udziału w postępowaniu muszą być adekwatne do przedmiotu zamówienia i sformułowane z poszanowaniem konkurencyjnych reguł postępowania. Celem ich wprowadzenia jest bowiem przede wszystkim zapewnienie możliwości wyboru wykonawcy dającego rękojmię

należytego wykonania zamówienia, nie naruszając przy tym zasady równego traktowania wykonawców czy zasady uczciwej konkurencji, a zatem muszą one być adekwatne i konieczne do osiągnięcia tego celu.

Podsumowując, Zamawiający podnosi, że w jego ocenie warunki udziału w postępowaniu na udzielenie zamówienia w ramach postępowania dotyczące sytuacji ekonomicznej i finansowej wykonawcy, wskazane w pkt XI. 1 SWZ – zostały określone z poszanowaniem wskazanych wyżej zasad tj równego traktowania wykonawców, zachowania uczciwej konkurencji oraz w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, jako minimalne poziomy zdolności

wykonawcy, tak aby zagwarantować Zamawiającemu należyte wykonani przedmiotu zamówienia.

Zamawiający podkreśla, że zna rynek, ponieważ od lat przeprowadza przetargi na roboty budowlane. Z jego wiedzy wynika, że firmy, które zajmują się zawodowo robotami budowlanymi dla przedsięwzięć, podobnych do przedmiotu zamówienia objętego prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniem są w stanie spełnić postawione przez Zamawiającego warunki zarówno ekonomiczno-finansowe. Poziom kwotowy w poszczególnych warunkach ekonomiczno-finansowych został określony także z uwzględnieniem doświadczenia Zamawiającego, wynikającego z dotychczasowych realizacji kontraktów na roboty budowane, w tym skali szkód i roszczeń powstałych na skutek zaangażowania do ich wykonania wykonawcy, który ze względu na sytuację finansową ogłosił upadłość w trakcie wykonywania robót budowalnych i dosłownie z dnia na dzień opuścił placu budowy, pozostawiając Zamawiającego z niewykonanym przedmiotem zamówienia i zobowiązaniem do zapłacenia wynagrodzenia podwykonawcom, co do których upadający wykonawca nie wywiązał się z płatności tego wynagrodzenia.

Przepisy Pzp mają na celu zabezpieczenie interesów zamawiających poprzez zapewnienie racjonalnego i celowego wydatkowania przez nich środków finansowych przy jednoczesnym zapewnieniu równego dostępu przedsiębiorców do zamówień.

Dla wykazania możliwości naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców nie jest wystarczające samo podniesienie, że dla Odwołującego dane warunki udziału w postępowaniu są niewygodne, nieopłacalne bądź utrudnione.

Należy podkreślić także, iż Odwołujący w odwołaniu nie wykazał, że Zamawiający nie zachował w przedmiotowym postępowaniu zasady proporcjonalności tj równowagi pomiędzy interesem wykonawców, a interesem Zamawiającego.

Na Odwołującym spoczywał ciężar wykazania okoliczności, które mają świadczyć o zasadności jego stanowiska. Skąpa argumentacja Odwołującego, ograniczająca się w zasadzie jedynie do stwierdzenia, że w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający sformułował warunki udziału w postępowaniu odnośnie sytuacji finansowej i ekonomicznej wykonawców w sposób nieuzasadniony przedmiotem zamówienia, nieproporcjonalnie, dyskryminująco, ograniczając w ten sposób konkurencję - nie stanowi wypełnienia dyspozycji art. 534 Ustawy Pzp.

Zamawiający podkreśla również, iż przytoczone przez Odwołującego w odwołaniu przykłady „innych inwestycji publicznych o znacznych wartościach” – dla wykazania „łagodniejszych” wymagań odnośnie warunków finansowych i ekonomicznych – są w istocie nietrafione, albowiem inwestycje te nie są porównywalne do przedmiotowego zamówienia, przede wszystkim ze względu na to, że przetargach w sprawie w/w inwestycji zamawiający przewidzieli płatności częściowe do wysokości 90 % wynagrodzenia, według stanu

zaawansowania robót, a w przypadku zadania pn. „Budowa instalacji do fermentacji odpadów ulegających biodegradacji w Instalacji Komunalnej w Bierkowie” nawet do wysokości 100%. A więc zamawiający niejako na bieżąco będą rozliczali się z wykonawcami za wykonany zakres zamówienia, co spowoduje, że wykonawcy ci nie będą musieli angażować znacznych środków własnych trakcie wykonywania robot.

Na potwierdzenie powyższego Zamawiający przedkłada zestawienie, zawierające „dane z przetargów przytoczonych przez Odwołującego wraz wyciągami ze wzorów umów”, pobrane ze stron prowadzonych postępowań wskazanych w odwołaniu.

Trzeba także podkreślić, że Odwołujący nie neguje, postawionych przez Zamawiającego warunków udziału w postępowaniu o czym świadczy treść jego żądania, dotycząca jedynie zmniejszenia wymaganych wysokości kwot i wielkości wskaźnika płynności finansowej, tak aby Odwołujący uzyskał możliwość zdolność do ubiegania się o zamówienie. Nie zostało jednak wykazane, aby podane przez Zamawiającego wielkości były choćby nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia – a to powoduje, że w ocenie Zamawiającego już tylko z tego powodu odwołanie uznać należy za całkowicie bezpodstawne, bo oparte jedynie na subiektywnych oczekiwaniach Odwołującego. Fakt, że Odwołujący nie jest w stanie spełnić warunków finansowych i ekonomicznych nie może oznaczać, iż przyjęte przez Zamawiającego kryteria ograniczają konkurencję, są nieproporcjonalne i dyskryminujące.

Zdaniem Zamawiającego wskazane wymagania finansowe są odpowiednie i muszą zostać zachowane, gdyż są proporcjonalne do wartości zamówienia, uwzględniają sposób rozliczania się z wykonawcą w trakcie realizacji inwestycji.

Obniżenie minimalnych wymogów finansowych spowodowałoby powstanie ryzyka, że wybrana zostanie oferta podmiotu, którego sytuacja finansowa już w momencie składania oferty wskazuje na to, że utrzymanie przez niego odpowiedniej kondycji finansowej w trakcie realizacji zadania będzie istotnie zagrożone.

Biorąc pod uwagę wszystkie okoliczności, podniesione w niniejszej odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wnosi jak na wstępie.

Załączniki : wyciąg z kosztorysu inwestorskiego, Sprawozdanie finansowe Odwołującego się za rok 2023, Sprawozdanie finansowe Odwołującego się za rok 2022, zestawienie zawierające Dane z przetargów przytoczonych przez Odwołującego wraz wyciągami ze wzorów umów.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła stan faktyczny sprawy na podstawie na podstawie zgromadzonej dokumentacji, na którą składa się dokumentacja postępowania o udzielenie zamówień, przedłożona przez zamawiającego, stanowiska stron przedstawione na piśmie wraz ze złożonymi dowodami, a także stanowiska przestawione na rozprawie do protokołu postępowania odwoławczego prowadzonego w formie elektronicznej oraz pisemnej.

Izba zważyła, co następuje.

W niniejszej sprawie odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz terminowo został uiszczony wpis w wymaganej wysokości.

Nadto, odwołanie nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 PZP.

W świetle ustalonego stanu faktycznego sprawy należy stwierdzić, że odwołanie nie może być uwzględnione.

Odwołujący wniósł odwołanie w którym zarzucił Zamawiającemu sformułowanie specyfikacji warunków zamówienia wymogu dotyczącego sytuacji ekonomicznej finansowej w odniesieniu do wykonawców wspólnie odbywających się o udzielenie zamówienia oraz podmiotów udostępniających potencjał w sposób ograniczający konkurencyjność oraz zasady równości uczciwej konkurencji a także nieproporcjonalne warunek brzmieniu w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia a także w przypadku gdy wykonawca polega na sytuacji finansowej ekonomiczne i innych podmiotów warunek dotyczący sytuacji finansowej i ekonomicznej powinien spełniać w całości co najmniej jeden z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia lub podmiot udostępniający zasoby a następnie sformułowaniu w specyfikacji warunków dotyczących sytuacji ekonomicznej i finansowej brzmieniu posiadają środki finansowe lub zdolność kredytową w kwocie nie mniejszej niż 55.000.000,00 PLN (pięćdziesiąt pięć milionów PLN, osiągnął w każdym z ostatnich trzech lat roczny przychód ze sprzedaży produktów, towarów i usług w wysokości co najmniej 100.000.000,00 PLN (sto milionów PLN) (a jeżeli okres prowadzenia działalności gospodarczej jest krótszy to za każdy rok obrotowy), osiągnął w każdym z ostatnich trzech lat współczynnik bieżącej płynności finansowej (liczonej jako iloraz aktywów do

zobowiązań krótkoterminowych) w wysokości minimum 1,50, w sposób ograniczający konkurencyjność oraz zasad równości, uczciwej konkurencji a także nieproporcjonalny.

W ocenie składu orzekającego warunki udziału w przedmiotowym postępowaniu na udzielenie zamówienia, dotyczące sytuacji ekonomicznej i finansowej wykonawcy, wskazane w cytowanych wyżej postanowieniach SWZ – zostały określone z poszanowaniem zasad równego traktowania wykonawców, zachowania uczciwej konkurencji oraz w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, jako minimalne poziomy zdolności wykonawcy, tak aby zapewnić Zamawiającemu należyte wykonania przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z kosztorysem inwestorskim, szacunkowa wartość Inwestycji, która ma zostać zrealizowana w ramach zamówienia wynosi 107 492 025,47 zł netto, co stanowi kwotę brutto 132 215 191,33. Realizacja Inwestycji została zaplanowana na okres do 31 miesięcy, licząc od dnia zwarcia umowy. Zgodnie z wzorem umowy „Rozliczenie fakturami przejściowymi odbywało się będzie do wysokości 50% wartości wynagrodzenia brutto, wyliczonego za

wykonane prace, na podstawie zatwierdzonego przez Inspektora Nadzoru procentu zaawansowania poszczególnych elementów (etapów) prac budowlanych”.

Ponadto Zamawiający przewidział, że ostateczne rozliczenie i zapłata faktury końcowej przez Zamawiającego nastąpi, po całkowitym wykonaniu przedmiotu zamówienia tj. podpisaniu protokołu odbioru końcowego i przekazania do eksploatacji przedmiotu zamówienia.

Istotnym w przedmiotowej sprawie jest także fakt, że Inwestycja obejmuje wykonywanie robót przez wykonawców reprezentujących w zasadzie wszystkie branże budowlane tj. geotechniczną, konstrukcyjną, ogólnobudowlaną, instalacyjną, elektryczną, teletechniczną, drogową, jak również branżę specjalistyczną jaką jest technologia basenowa. To spowoduje, że Wykonawca niewątpliwie będzie powierzał wykonanie części prac objętych przedmiotem zamówienia, podwykonawcom, którym będzie musiał terminowo wypłacać należne wynagrodzenie, a przed końcowym odbiorem Inwestycji, będzie zobowiązany do wykazania Zamawiającemu, iż uregulował wszelkie zobowiązania finansowe względem wszystkich, podwykonawców, którym powierzył wykonywanie części Inwestycji. Zatem szacowana wartości Inwestycji, czas jej trwania, zakres techniczny i technologiczny, oraz sposób jej rozliczania spowodują, że w trakcie trwania Inwestycji po stronie Wykonawcy pojawi się konieczność zapewnienia bieżącego finansowania realizacji tej Inwestycji (w tym w szczególności kosztów materiałów, urządzeń, kosztów osobowych itp.), które w końcowej fazie wykonywania przedmiotu zamówienia osiągnie poziom około 50% wartości całej Inwestycji. Zatem do dnia otrzymania zapłaty za fakturę końcową Wykonawca będzie zobowiązany do zaangażowania swojego kapitału w wysokości co najmniej 55.000.000 netto PLN, co stanowi kwotę brutto w wysokości ok 68 000 000 PLN.

Wskazane okoliczności niewątpliwie, wymagają posiadania przez Wykonawców, chcących realizować Inwestycję odpowiedniego, stabilnego potencjału finansowego i ekonomicznego, pochodzącego z innych, w istocie własnych źródeł, niż umowa na realizację przedmiotu zamówienia.

W świetle powyższego teza Odwołującego, iż posiadanie przez wykonawcę środków finansowych lub zdolności

kredytowej w kwocie nie mniejszej niż 30 000 000 mln zł, da Zamawiającemu rękojmię należytego wykonania przedmiotu zamówienia, na warunkach wskazanych w projekcie umowy jest błędna i wywiedziona jedynie z własnych subiektywnych ocen i możliwości odwołującego. Z tych samych przyczyn żądania zmiany warunku dotyczącego, wykazania przez wykonawcę rocznego przychodu ze sprzedaży produktów, towarów i usług nie odpowiada uzasadnionym potrzebom zamawiającego tj. uzyskania najlepszych możliwych warunków w zakresie jakości, ceny i terminów wykonania prac. Biorąc pod uwagę szacowaną wartość Inwestycji, jej zakres, czas trwania oraz warunki płatności – zdaniem Zamawiającego- podmiotami które realnie mogą między sobą konkurować i być zainteresowane złożeniem ofert w przedmiotowym postępowaniu, a następnie wykonać w

sposób prawidłowy Inwestycję mogą być jedynie podmioty, które cechują się stabilną pozycją na rynku oraz posiadają doświadczenie w finansowaniu i realizacji przedsięwzięć o podobnej skali.

Odnosząc się do żądania zmiany warunku udziału w postępowaniu, dotyczącego wykazania, że wykonawca osiągnął w każdym z ostatnich trzech lat współczynnik bieżącej płynności finansowej (liczonej jako iloraz aktywów do zobowiązań krótkoterminowych) w wysokości minimum 1,50) - na współczynnik obniżony do 1,30 należy stwierdzić, że takie obniżenie wymogu zwiększa znacząco ryzyko niezbędnej płynności. Wymagany wskaźnik na poziomie 1,5 upewni Zamawiającego, że podmiot, który podejmuje się realizacji Inwestycji ma na tyle silną kondycję finansową, że sprosta warunkom umowy, a w szczególności warunkom rozliczania się z wykonawcą i jest należycie zabezpieczony przed ewentualną utratą płynności w trakcie realizacji prac i przed otrzymaniem płatności końcowej.

Zamawiający wymóg uzyskania odpowiednich parametrów finansowych postawił jedynie przed jednym z Wykonawców, jeżeli wspólnie ubiegają się o udzielnie zamówienia, a nie w stosunku do wszystkich wykonawców, którzy wspólnie zamierzają ubiegać się o przedmiotowe zamówienie.

Można zauważyć, że z przepisów ustawy Pzp, nie wynika zasada lub obowiązek łączenia potencjału ekonomicznego lub finansowego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. W przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, warunki udziału w postępowaniu, o których mowa art. 112 ust. 2 pkt 3 i 4 Pzp powinny zostać spełnione łącznie przez tych wykonawców, co nie oznacza, łączenie zasobów przez wykonawców tworzących konsorcjum w sposób całkowicie dowolny, a łącznie nie zawsze należy utożsamiać z matematycznym sumowaniem potencjałów konsorcjantów. Zdolność konsorcjum do wykonania przedmiotu zamówienia z należytą starannością nie może być mniejsza, lecz porównywalna z potencjałem pojedynczego wykonawcy, który o udzielenie zamówienia ubiega się samodzielnie.

Rzeczywiście, z jednej strony warunki udziału w postępowaniu nie powinny ograniczać ubiegania się o udzielenie zamówienia wykonawcom zdolnym do jego realizacji, jednakże z drugiej strony ich celem jest ocena zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. Na gruncie przepisów art. 112 ust. 1 Ustawy Pzp Zamawiający jest uprawniony do określania warunków udziału w postępowaniu w sposób umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania umowy. Zatem ocena naruszenia przez Zamawiającego art. 112 ust. 1 Ustawy Pzp powinna być dokonywana w okolicznościach konkretnego przypadku z uwzględnieniem wszystkich okoliczności danego postępowania.

Ocena ta powinna sprowadzać się do ustalenia, czy określone przez Zamawiającego warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu spełniania tych warunków także przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, nie naruszają

podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych tj zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz proporcjonalności. Takie ustalenie jest istotne ze względu na określoną w przepisach w art. 17 ust. 2 Ustawy Pzp zasadę udzielenia zamówienia wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami Ustawy Pzp.

Uczciwa konkurencja i równe traktowanie wykonawców wcale nie oznacza, że wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia będący w złej sytuacji ekonomicznej lub finansowej lub nie mający zdolności technicznej lub zawodowej mogą być traktowani lepiej niż wykonawca indywidualnie ubiegający się o zamówienie i korzystający wyłącznie np. z własnego potencjału ekonomicznego lub finansowego.

Warto zauważyć, także, iż użyte w art. 112 ust. 1 Ustawy Pzp sformułowanie „określa warunki udziału w postępowaniu (…) w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia" oznacza, że określone warunki udziału w postępowaniu powinny być adekwatne do osiągnięcia celu, a więc wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania przedmiotu zamówienia. Zasada proporcjonalności oznacza, że warunki udziału w postępowaniu muszą być uzasadnione wartością zamówienia, charakterystyką, zakresem, stopniem złożoności lub warunkami realizacji zamówienia.

Zamawiający w toku postępowania wykazał, że jego znajomość rynku robót budowlanych oparta na doświadczeniu pozwala na uzasadnione stwierdzenie, firmy, które zajmują się zawodowo robotami budowlanymi dla przedsięwzięć, podobnych do przedmiotu zamówienia objętego prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniem są w stanie spełnić postawione przez Zamawiającego warunki zarówno ekonomiczno-finansowe.

Z powyższych względów izba nie stwierdziła naruszenia przez zamawiającego, który sformułował kwestionowane warunki udziału w postępowaniu, przepisów ustawy pzp.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie 557 ustawy PZP (Dz.U. z 2024

r. poz. 1320) oraz na podstawie o § 8 ust. 2 zdanie pierwsze rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobieraniu wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437 ze zm.).

Przewodniczący: …….