

WYROK

z dnia 5 października 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Brzeska

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 października 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 22 września 2011 r. przez RE-BAU Sp. z o.o., ul. Armii Krajowej 19, 30-150 Kraków w postępowaniu prowadzonym przez Uniwersytet Jagielloński, Biuro Zamówień Publicznych, ul. Straszewskiego 25/9, 31-113 Kraków

przy udziale wykonawcy Budimex S. A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego.

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie;**
- 2. Kosztami postępowania obciąża RE-BAU Sp. z o.o., ul. Armii Krajowej 19, 30-150 Kraków i:**
 - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr.** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez RE-BAU Sp. z o.o., ul. Armii Krajowej 19, 30-150 Kraków 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. Nr 119, 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 **Krakowie**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Uniwersytet Jagielloński, Ul. Gołębia 24, 31-007 Kraków prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z późn. zm.) (zwanej dalej również „ustawą Pzp”), postępowanie o udzielenie zamówienia na: *„Wyłonienie Generalnego Wykonawcy wykonania robót budowlano-montażowych związanych z realizacją budowy obiektu Małopolskiego Centrum Biotechnologii, zlokalizowanego na terenie Kampusu 600-lecia Odnowienia Uniwersytetu Jagiellońskiego w Krakowie”*.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało przekazane Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich w dniu 15 kwietnia 2011 r. oraz opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 19 kwietnia 2011 r. pod numerem 2011/S 76-124295.

RE-Bau Sp. z o.o., ul. Armii Krajowej 19, 30-150 Kraków (zwany dalej: „Odwołującym”) w dniu 22 września 2011 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożył odwołanie na czynność wyboru najkorzystniejszej oferty w wyniku ponownej oceny ofert (dokonanej w związku z wykonaniem wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 31 sierpnia 2011 r., sygn. akt KIO 1788/11) – oferty wykonawcy Budimex S. A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu w odwołaniu naruszenie następujących przepisów ustawy:

- art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie,
- art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie,
- art. 24 ust. 4 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie,
- art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez uznanie oferty Budimex S.A. za najkorzystniejszą, gdy tymczasem wykonawca ten powinien zostać wykluczony z postępowania,
- art. 7 ust 1 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o:

- uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu: a) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, b) wykonanie czynności wykluczenia Budimex S.A. z postępowania o udzielenie zamówienia i uznania jego oferty za odrzuconą, c) powtórzenia czynności oceny i badania ofert z pominięciem oferty Budimex S.A. a także o: d) zwrot kosztów postępowania na rzecz Odwołującego.

W dniu 12 września 2011 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty – oferty wykonawcy Budimex S. A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa.

Powyższe czynności Zamawiającego stały się przedmiotem odwołania, wniesionego przez wykonawcę RE-Bau Sp. z o.o., ul. Armii Krajowej 19, 30-150 Kraków. W uzasadnieniu faktycznym Odwołujący wskazał, że wykonawca Budimex S. A. nie spełnił warunków udziału, t.j. nie wykazał się wskaźnikiem bieżącej płynności finansowej nie niższym niż 1,1 jak również podważał prawidłowość reprezentacji podmiotu certyfikującego SGS Polska S. z o.o. (w zakresie przedłożonych certyfikatów z dnia 15 lipca 2010 r. o nr PL10/0021 oraz PL 11/0020).

Następnie Izba ustaliła, że do niniejszego postępowania po stronie Zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca Budimex S. A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, ofertę wykonawcy - Budimex S. A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa - jak również oświadczenia i stanowiska stron postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Odwołanie, wobec nie stwierdzenia na posiedzeniu niejawnym braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez Odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu. Ze względu na brak przesłanek uzasadniających odrzucenie odwołania Izba przeprowadziła rozprawę merytorycznie je rozpoznając.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła również, że wezwanie do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym miało miejsce w dniu 23 września 2011 r.

Następnie Izba ustaliła, że do niniejszego postępowania po stronie Zamawiającego w dniu 26 września 2011 r. zgłosił przystąpienie wykonawca Budimex S. A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa (zwany dalej: „Przystępującym”).

Izba potwierdziła skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawcy Budimex S. A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania przedstawione podczas rozprawy, Izba uznała, iż odwołanie jest bezzasadne i nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, że Specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawierała, między innymi następujące postanowienia:

Pkt 5) Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków:

Ppkt 5 – Wykonawca musi znajdować się w sytuacji ekonomicznej i finansowej pozwalającej na realizację zamówienia, dlatego też musi wykazać:

5.1 wskaźnik bieżącej płynności finansowej za ostatni rok obrotowy, t.j. za rok 2010 r., a w przypadku gdy okres działalności jest krótszy, to w tym okresie, który nie jest niższy od 1,1.

Pkt 2 – Wykonawca musi posiadać wiedzę i doświadczenie pozwalające na realizację zamówienia, dlatego też musi wykazać, w formie załączonego do oferty wykazu robót i oświadczenia, potwierdzonego referencjami lub odpowiednimi dokumentami uprzednich odbiorców, że w ciągu ostatnich pięciu lat, a w przypadku gdy, okres prowadzenia działalności jest krótszy, to w tym okresie, licząc wstecz od dnia upływu terminu składania ofert, wykonał, t.j. zrealizował:

Ppkt 2.1 dwie roboty budowlano-montażowe polegające na budowie budynków wraz z instalacjami i urządzeniami technicznymi o ich łącznej wartości nie mniejszej niż 30.000.000,00 zł brutto oraz ich łącznej kubaturze nie mniejszej niż 15.000,00 m³, w tym co najmniej:

2.1.1 jednego budynku, który uzyskał międzynarodowy certyfikat jakości.

W pkt 6 SIWZ „Wykaz oświadczeń lub dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu i w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania” Zamawiający żądał m. in.:

Ppkt 1.2 wykazu zrealizowanych przez wykonawcę robót wraz z oświadczeniem i dokumentami potwierdzającymi wykonanie ich zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i o ich prawidłowym ukończeniu,

Ppkt 1.4 sprawozdania finansowego albo jego części, a jeżeli podlega ono badaniu przez biegłego rewidenta zgodnie z przepisami o rachunkowości, również z opinią odpowiednio o badanym sprawozdaniu albo jego części, a w przypadku wykonawców niezobowiązanych do sporządzania sprawozdania finansowego, inne dokumenty określające obroty oraz zobowiązania i należności za rok 2010 r., a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, to za ten okres.

W pierwszej kolejności Izba rozpatrzyła zarzut dotyczący zaniechania wykluczenia wykonawcy Budimex S. A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4

w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, t.j. z powodu niespełnienia warunku wykazania się wskaźnikiem bieżącej płynności finansowej za ostatni rok obrotowy (za rok 2010 r.) w wysokości 1,1.

Okolicznością bezsporną stanowi treść postanowień specyfikacji, według których powyższy wskaźnik miał wynosić 1,1. Strony sporu nie zakwestionowały również faktu, że Zamawiający nie określił sposobu obliczania wskaźnika bieżącej płynności finansowej.

Ponadto Izba ustaliła, że wykonawca Budimex S. A. w swojej ofercie złożył oświadczenie, że wskaźnik bieżącej płynności finansowej za rok 2010 r. wyniósł 1,53 a sposób jego wyliczenia dokonano następująco:

Aktywa bieżące (2.570.896.000 zł)/pasywa bieżące (1.678.864.000 zł) = 1,53.

Izba ustaliła również że na stronie 83 oferty wykonawcy Budimex S. A. wskazano wskaźnik płynności za 2010 r. – 0,84.

Powyższe było również przedmiotem wyjaśnień udzielonych przez Budimex S. A. pismem z dnia 26 lipca 2011 r.

Biorąc pod rozwagę całokształt zebranego w sprawie materiału dowodowego Krajowa Izba Odwoławcza zważyła co następuje:

Izba nie podzieliła poglądu Odwołującego, iż *sposób liczenia wskaźnika bieżącej płynności finansowej przyjęty przez Przystępującego jest niewłaściwy w świetle zapisów specyfikacji, gdyż literatura przedmiotu czołowych znawców tematu analizy finansowej wskazuje bowiem, że prawidłową formułą obliczania przedmiotowego wskaźnika jest formuła (zastosowana przez wszystkie inne firmy występujące w przetargu) i w powyższej formule zobowiązania bieżące jednoznacznie zawierają w mianowniku nie tylko zobowiązania krótkoterminowe, lecz również m. in. krótkoterminowe rozliczenia międzyokresowe.*

Izba dała wiarę wyjaśnieniom Zamawiającego, że *w obrocie używane są co najmniej trzy wzory na wyliczenie wskaźnika bieżącej płynności finansowej.*

Pierwszy sposób zaprezentowany przez Odwołującego przedstawia się w następujący sposób:

$$CR=Ab/Zb$$

CR (Current Ratio) wskaźnik bieżącej płynności finansowej

Ab – aktywa bieżące

Zb – zobowiązania bieżące

Zatem sposób przyjęty przez Odwołującego obejmuje w mianowniku nie tylko zobowiązania krótkoterminowe, ale również rozliczenia międzyokresowe.

Drugi ze sposobów obliczania wskaźnika płynności finansowej przyjęty przez Przystępującego obejmuje wyłącznie zobowiązania krótkoterminowe, trzeci zaś oprócz

zobowiązań krótkoterminowych i rozliczeń międzyokresowych obejmuje również rezerwy na zobowiązania krótkoterminowe.

Nie kwestionując sposobu obliczania wskaźnika płynności finansowej zaprezentowanego przez Odwołującego i faktu, iż powyższy sposób jest akceptowany przez autorytety naukowe należy stwierdzić, że niniejszy sposób liczenia, nie jest jedynym sposobem obliczania tego wskaźnika, co również nie zostało zakwestionowane przez strony.

Izba wzięła pod rozwagę wyjaśnienia Zamawiającego, wskazującego *iż zasadnicze znaczenie, dla rozstrzygnięcia kwestii wskaźnika bieżącej płynności finansowej ma ta okoliczność, że Zamawiający nie określił wiążącego wzoru na jego obliczenie.*

Odwołujący reprezentował stanowisko, że wskazany przez niego sposób liczenia jest właściwy i powinien zostać przyjęty przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu. Zdaniem Izby takie stanowisko w świetle braku jakichkolwiek wytycznych w specyfikacji jest niezasadne i prowadziło do przyjęcia jako właściwej kalkulacji przedstawionej przez jednego z wykonawców, co w konsekwencji prowadziło do złamania zasady równości i uczciwej konkurencji. Nie można zgodzić się z twierdzeniem Odwołującego, że skoro inni wykonawcy zastosowali sposób liczenia wskaźnika bieżącej płynności finansowej wskazany przez Odwołującego to oczywistym jest, że powyższy wzór jest dla Zamawiającego i innych wykonawców wiążący. Przyjęcie takiego rozumowania prowadziło również do zmiany zapisów specyfikacji na etapie składania ofert.

Izba podziela pogląd niejednokrotnie wyrażany w orzecznictwie, że Zamawiający nie może obarczać wykonawców uczestniczących w postępowaniu negatywnymi konsekwencjami niejasności i nieściśłości specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z czym mamy do czynienia w niniejszym stanie faktycznym. Należy pamiętać, że wszelkie niejasności należy interpretować na korzyść wykonawców biorących udział w postępowaniu, ponieważ to Zamawiający odpowiada za właściwe i precyzyjne opisanie warunków udziału w postępowaniu. Wymagania Zamawiającego dotyczące postawionych warunków udziału w postępowaniu powinny być jasno określone w SIWZ, a Zamawiający powinien oceniać wymagania wyłącznie o kryteria i dokumenty wskazane w specyfikacji. Inne zachowanie Zamawiającego, opierającego ocenę oferty o domniemane wymagania prowadzić może do dowolności w ocenie złożonych ofert a w konsekwencji do złamania zasady równości i uczciwej konkurencji oraz zasady przejrzystości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający nie może oceniać oferty w kategoriach zgodności lub niezgodności ze swoimi intencjami, które nie zostały w sposób jasny dookreślone w SIWZ.

Skoro zatem Zamawiający nie określił wiążącego wzoru na obliczenie wskaźnika bieżącej płynności finansowej i nie zawarł w niej żadnych wytycznych w tym zakresie, w

następstwie nie może wyciągać negatywnych konsekwencji wobec wykonawców uczestniczących w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Powyższe sprowadza się do uznania przez Izbę niniejszego zarzutu za niezasadny w świetle przytoczonej argumentacji.

Odnosząc się do drugiego z zarzutów w zakresie nieprawidłowej reprezentacji podmiotu certyfikującego SGS Polska Sp. z o.o. Izba uznała powyższy zarzut również za chybiony.

Izba ustaliła, że Specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawierała, między innymi następujące postanowienia:

Pkt 2 – Wykonawca musi posiadać wiedzę i doświadczenie pozwalające na realizację zamówienia, dlatego też musi wykazać, w formie załączonego do oferty wykazu robót i oświadczenia, potwierdzonego referencjami lub odpowiednimi dokumentami uprzednich odbiorców, że w ciągu ostatnich pięciu lat, a w przypadku gdy, okres prowadzenia działalności jest krótszy, to w tym okresie, licząc wstecz od dnia upływu terminu składania ofert, wykonał, t.j. zrealizował:

Ppkt 2.1 dwie roboty budowlano-montażowe polegające na budowie budynków wraz z instalacjami i urządzeniami technicznymi o ich łącznej wartości nie mniejszej niż 30.000.000,00 zł brutto oraz ich łącznej kubaturze nie mniejszej niż 15.000,00 m³, w tym co najmniej:

1.1.1 jednego budynku, który uzyskał międzynarodowy certyfikat jakości.

Ppkt 1.2 wykazu zrealizowanych przez wykonawcę robót wraz z oświadczeniem i dokumentami potwierdzającymi wykonanie ich zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i o ich prawidłowym ukończeniu,

Ponadto Izba ustaliła, że Zamawiający pismem z dnia 20 lipca 2011 r. i 26 lipca 2011 r. wyzywał wykonawcę do złożenia wyjaśnień w zakresie powyższego warunku. Na powyższe wezwania wykonawca Budimex S. A. udzielał Zamawiającemu odpowiedzi (22 i 29 lipiec 2011 r.).

Nie ulega wątpliwości, że w świetle postanowień specyfikacji nie wymagano wprost przedłożenia jakichkolwiek certyfikatów jakości, należało jednak wykazać się robotą budowlano-montażową polegającą m. in. na budowie budynku, który to uzyskał stosowny certyfikat jakości. Wykonawca miał przedłożyć stosowne dokumenty potwierdzające wykonanie roboty budowlanej zgodnie z zasadami sztuki budowlanej.

Ponadto niezależnie od powyższego, należy zgodzić się że złożone przez Budimex S. A. certyfikaty są oświadczeniem wiedzy i dlatego też brak jest wymogu obowiązującego dla oświadczeń woli, aby ten dokument został podpisany przez osobę upoważnioną do reprezentacji podmiotu w imieniu którego został wystawiony (analogicznie wyrok KIO z dnia

13 czerwca 2011 r., sygn. akt KIO 1127/11). Uprawnienie do podpisywania tego rodzaju dokumentów wynika z wewnętrznych uregulowań jednostki, co zostało wykazane w piśmie z dnia 29 lipca 2011 r. oświadczeniem, że Pan Adam Sarnaszek (Dyrektor Branży Certyfikacji System & Services Certification) jest osobą upoważnioną do autoryzacji złożonego dokumentu.

Zatem w świetle powyższego należało uznać, że argumentacja Odwołującego jest niezasadna i powyższy zarzut nie znalazł potwierdzenia w niniejszym stanie faktycznym.

Ponadto Izba odmówiła przeprowadzenia dowodu z zeznań świadka jak również dowodu z opinii biegłego z zakresu sprawozdawczości i analizy finansowej, na okoliczność sposobu obliczania przedmiotowego wskaźnika przez firmy w branży budowlanej, w tym wykonawcy Budimex S. A. na potrzeby prowadzonej przez nich działalności, uznając iż wskazane we wniosku dowodowym okoliczności są bezsporne i zostały wykazane w postępowaniu innymi dowodami, zaś wnioskowane przez stronę dowody zostały powołane wyłącznie dla zwłoki.

Przypomnienia wymaga, iż zgodnie z art. 190 ust. 6 ustawy Pzp Izba odmawia przeprowadzenia wnioskowanych dowodów, jeżeli fakty będące ich przedmiotem zostały już stwierdzone innymi dowodami lub gdy zostały powołane jedynie dla zwłoki.

W ocenie Izby zgłoszenie wniosków dowodowych może zostać ocenione jako zmierzające do zwłoki, gdy teza dowodowa jest nieistotna dla rozstrzygnięcia lub proponowany środek jest nieprzydatny do jej udowodnienia, zaś konieczność powołania biegłego powinna wynikać z okoliczności konkretnej sprawy, a nie z samego niezadowolenia strony. (Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 15 października 1999 r., sygn. akt I PKN 316/99, OSNP 2001/5/151).

Istotą sporu w niniejszej sprawie jest ocena czy w świetle zapisów specyfikacji wykonawca Budimex S. A. spełnił warunki udziału w postępowaniu, bezspornym jest jednocześnie sposób liczenia przez ww. wykonawcę wskaźnika bieżącej płynności finansowej.

W świetle powyższego, Izba uznała, iż zgromadzony materiał dowodowy jest wystarczający dla stwierdzenia faktów mających istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy, zaś wnioskowane przez Odwołującego dowody zostały powołane wyłącznie dla zwłoki.

Konkludując Izba stwierdziła, że zarzuty podniesione przez Odwołującego nie znajdują uzasadnienia w przedstawionym Izbie materiale dowodowym i biorąc pod rozwagę całokształt okoliczności niniejszej sprawy Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia przedmiotowego odwołania.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, z uwzględnieniem przepisów 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).

Przewodniczący:

.....