

**WYROK**  
**z dnia 27 czerwca 2008 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska**

**Członkowie: Grzegorz Mazurek**  
**Izabela Niedziałek**

**Protokolant: Natalia Mierzicka**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27.06.2008r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **A.S.A. EKO POLSKA Sp. z o.o., ul. Lecha 10, 41-800 Zabrze** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Regionalne Centrum Gospodarki Wodno-Ściekowej S.A., Al. J. Marszałka Piłsudskiego 12, 43-100 Tychy** protestu z dnia 03.06.2008r.

**orzeka:**

**1 . uwzględnić odwołanie i unieważnić postępowanie,**

**2. kosztami postępowania obciążyć Regionalne Centrum Gospodarki Wodno-Ściekowej S.A., Al. J. Marszałka Piłsudskiego 12, 43-100 Tychy**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **A.S.A. EKO POLSKA Sp. z o.o., ul. Lecha 10, 41-800 Zabrze,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 4 064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Regionalne Centrum Gospodarki Wodno-Ściekowej S.A., Al. J. Marszałka Piłsudskiego 12, 43-100 Tychy** na rzecz **A.S.A. EKO POLSKA Sp. z o.o., ul. Lecha 10, 41-800 Zabrze,** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wpisu od odwołania,

- 3) dokonać zwrotu kwoty 15 936 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **A.S.A. EKO POLSKA Sp. z o.o., ul. Lecha 10, 41-800 Zabrze.**

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

W dniu 21.05.2008r. Regionalne Centrum Gospodarki Wodno-Ściekowej S.A., Al. Marszałka Piłsudskiego 12, 43-100 Tychy (zwane dalej Zamawiającym), ogłosiło postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego na "Wywóz i zagospodarowanie ustabilizowanych komunalnych osadów ściekowych o kodzie 19 08 05 z terenu Oczyszczalni Ścieków w Tychach-Urbanowicach" i w tym samym dniu zamieściło Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie internetowej.

Wobec postanowień zawartych w ogłoszeniu i w SIWZ, dotyczących warunków udziału w postępowaniu w zakresie potencjału ekonomicznego (wymóg dodatniego wyniku finansowego) i doświadczenia zawodowego (realizacja usługi oczyszczania osadów na poziomie 80% ilości osadów przewidywanych do realizacji przez Zamawiającego) w dniu 03.06.2008r. A.S.A. EKO Polska Sp. z o.o., ul. Lecha 10, 41-800 Zabrze (zwana dalej Odwołującym) wniosła protest.

Czynnościom Zamawiającego zarzucono naruszenie przepisów art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 2 i art. 25 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2007r., Nr 223, poz.1655; dalej: Prawo zamówień publicznych) oraz Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z dnia 24 maja 2006 r.).

W proteście wnoszono o zmianę warunków udziału w postępowaniu poprzez wykreślenie ze SIWZ warunku dotyczącego dodatniego wyniku finansowego oraz zmniejszenie wymaganego doświadczenia zawodowego.

Protest został rozstrzygnięty przez Zamawiającego w dniu 04.06.2008r. poprzez jego oddalenie.

W opinii Zamawiającego, oprotestowane postanowienia SIWZ w żaden sposób nie naruszają postanowień ustawy, nie ograniczają konkurencji, są obiektywne, a zatem nie mogą być uznane za dyskryminujące. Zamawiający nie podzielił stanowiska Odwołującego, że stawiane przez niego wymogi są nadmierne.

W związku z oddaleniem protestu, Odwołujący w dniu 16.06.2008r. (data nadania listu poleconego w placówce operatora publicznego) wniósł do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych odwołanie od rozstrzygnięcia protestu, przekazując jednocześnie Zamawiającemu kopię odwołania.

W odwołaniu podtrzymano zarzuty podniesione w proteście.

Na rozprawie Odwołujący cofnął zarzut dotyczący doświadczenia zawodowego (realizacja usługi oczyszczania osadów na poziomie 80% ilości osadów przewidywanych do realizacji przez Zamawiającego).

Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 187 ust. 4 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący ma interes prawny we wnoszeniu środków ochrony prawnej, ponieważ wskazując na wady SIWZ, twierdzi, że wobec wymagań Zamawiającego, dotyczących warunków udziału w postępowaniu nie jest możliwy jego udział w przetargu i w konsekwencji – ewentualne udzielenie mu zamówienia.

Wobec skutecznego cofnięcia zarzutu dotyczącego doświadczenia zawodowego (realizacja usługi oczyszczania osadów na poziomie 80% ilości osadów przewidywanych do realizacji przez Zamawiającego), nie był on rozpatrywany przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Zarzut dotyczący warunku udziału w postępowaniu, opisany w rozdziale V, pkt B.5 SIWZ, a polegający na posiadaniu dodatniego wyniku finansowego „z prowadzonej działalności za ostatnie dwa lata obrotowe przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie (warunek dodatniego wyniku finansowego należy spełniać w każdym roku obrotowym z osobna)” - zasługuje na uwzględnienie.

Dodatni wynik finansowy (tj. zysk, czyli różnica pomiędzy przychodami a kosztami ich uzyskania o wartości dodatniej) nie może być traktowany jako wyłączny wskaźnik kondycji finansowej przedsiębiorstwa. Tak postawiony warunek dyskryminowałby podmioty nowo powstałe, które jeszcze nie osiągnęły zysku, bądź takie, które właśnie w jednym z dwóch ubiegłych lat dokonały inwestycji, które jeszcze się nie zwróciły (tzn. takie, w których poniesione koszty przeważają, choćby chwilowo, nad przychodami). Zatem, dodatni wynik finansowy, choć co do zasady świadczy o dobrej kondycji finansowej przedsiębiorstwa, to nie

może być dopuszczony jako wskaźnik posiadania potencjału ekonomicznego umożliwiającego realizację zamówienia, bowiem prowadziłoby to do naruszenia zasady uczciwej konkurencji, jako że wykluczałoby z udziału w postępowaniu podmioty, o których mowa wyżej. (por. A Sołtysińska, Europejskie prawo zamówień publicznych. Komentarz, Kraków 2006, str. 367 i n.).

Zamawiający kwestionował sposób prowadzenia gospodarki finansowej przez Odwołującego (ponieważ mimo wysokich przychodów wykazuje, według swojego oświadczenia, stratę); jednak przedmiotem oceny jest zdolność wykonawcy do wykonania zamówienia (a nie sposób prowadzenia przez niego gospodarki finansowej), która nie musi mieć bezpośredniego przełożenia na dodatni wynik finansowy.

Wobec powyższego, Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że warunek dotyczący posiadania potencjału ekonomicznego i finansowego został określony w sposób nieadekwatny do przedmiotu zamówienia i zarzut Odwołującego w tym zakresie uznała za uzasadniony, w związku z czym potwierdziło się naruszenie przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 i art. 22 ust. 2 Prawa zamówień publicznych.

Na potwierdzenie tak opisanego warunku dotyczącego posiadania potencjału ekonomicznego i finansowego Zamawiający żądał sprawozdania finansowego „sporządzonego zgodnie z załącznikiem nr 1 do ustawy o rachunkowości z 29 września 1994 r. z późn.zm. (wraz z opinią - jeżeli sprawozdanie podlega badaniu biegłego rewidenta). W przypadku Wykonawców nie zobowiązanych do jego sporządzania innych dokumentów określających wynik finansowy netto, przychody oraz zobowiązania i należności za ostatnie 2 lata obrotowe, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - za ten okres.”

Wobec powyższego, nie stwierdzono naruszenia przepisów art. 25 ust. 2 Prawa zamówień publicznych oraz Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, bowiem dokument opisany przez Zamawiającego w SIWZ jest zgodny z treścią par. 1 ust. 3 pkt 1 Rozporządzenia.

Odwołujący na rozprawie wycofał wniosek dotyczący nakazania Zamawiającemu modyfikacji warunku udziału w postępowaniu, a wobec niedopuszczalności takiej modyfikacji wniósł o unieważnienie postępowania.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej stwierdził, iż wniosek taki jest spóźniony, nie został bowiem złożony ani w proteście ani w odwołaniu. Jednak okoliczności skutkujące unieważnieniem postępowania Izba, na podstawie art. 191 ust. 3 zd. drugie Prawa zamówień publicznych bierze pod uwagę z urzędu.

Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania z urzędu na podstawie 191 ust. 3 zd. drugie w zw. z art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 38 ust. 5 Prawa zamówień publicznych, jako że postępowanie obarczone jest wadą uniemożliwiająca zawarcie ważnej umowy – bowiem warunek dotyczący potencjału finansowego i ekonomicznego został określony w sposób nieadekwatny do przedmiotu zamówienia, a zmiana tego warunku (nawet przez jego usunięcie ze SIWZ) i, co za tym idzie, zmiana opisu sposobu jego spełnienia (wykreślenie dokumentu spełniającego warunek ze SIWZ), byłaby sprzeczna z bezwzględnie obowiązującymi przepisami Prawa zamówień publicznych i miałyby wpływ na wynik postępowania,

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku postępowania odwoławczego na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Prawa zamówień publicznych.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....