

WYROK

z dnia 4 lipca 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 lipca 2016 r. w Warszawie **odwołania** wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 czerwca 2016 r. **przez odwołującego:** Konsorcjum ERBUD S.A. – lider Konsorcjum ul. Franciszka Klimczaka 1; 02-797 Warszawa i ERBUD Rzeszów Sp. z o.o. – Członek Konsorcjum ul. Aleksandra Fredry 4; 35-959 Rzeszów w postępowaniu prowadzonym **przez zamawiającego:** Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny nr 1 w Lublinie ul. Stanisława Staszica 16; 20-081 Lublin

przy udziale wykonawcy: STRABAG Sp. z o.o., ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego **po stronie zamawiającego**

orzeka

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża Konsorcjum ERBUD S.A. – lider Konsorcjum ul. Franciszka Klimczaka 1; 02-797 Warszawa i ERBUD Rzeszów Sp. z o.o. – członek Konsorcjum ul. Aleksandra Fredry 4; 35-959 Rzeszów i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20.000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Konsorcjum ERBUD S.A. – lider Konsorcjum ul. Franciszka Klimczaka 1; 02-797 Warszawa i ERBUD Rzeszów Sp. z o.o. – Członek Konsorcjum ul. Aleksandra Fredry 4; 35-959 Rzeszów tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od Konsorcjum ERBUD S.A. – lider Konsorcjum ul. Franciszka Klimczaka 1; 02-797 Warszawa i ERBUD Rzeszów Sp. z o.o. – Członek Konsorcjum ul. Aleksandra Fredry 4; 35-959 Rzeszów kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) na rzecz Samodzielnego Publicznego Szpitala Klinicznego nr 1 w Lublinie ul. Stanisława Staszica 16; 20-081 Lublin stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Lublinie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Stan faktyczny i prawny

Odwołujący zaskarżonym czynnościami i zaniechaniem czynności zamawiającego, zarzucił naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 z późn. zm.) zwanej dalej „ustawą Pzp.”:

1)w odniesieniu do czynności wyboru oferty przystępującego/ wykonawcy wybranego jako najkorzystniejszej:

a) naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. poprzez wybranie jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy, który kwalifikował się do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia z uwagi na niewykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej;

b) naruszenie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. poprzez przyjęcie, że przystępujący uprawniony jest do wykazania i wykazał za pomocą zasobów udostępnionych mu przez Spółkę STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o. spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej polegającego na konieczności posiadania wskaźnika płynności bieżącej, będącego stosunkiem posiadanych aktywów obrotowych do sumy bieżących zobowiązań, na poziomie nie mniejszym niż 1,1;

c) naruszenie, w konsekwencji naruszeń wskazanych powyżej w pkt a) i b), art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. poprzez przygotowanie i prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;

2)w odniesieniu do zaniechania czynności wykluczenia przystępującego z postępowania o udzielenie zamówienia i w konsekwencji zaniechania czynności odrzucenia oferty tego wykonawcy

a) naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy wybranego z postępowania o udzielenie zamówienia pomimo występowania podstaw uzasadniających takie wykluczenie;

b) naruszenie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. poprzez przyjęcie, że wykonawca wybrany uprawniony jest do wykazania i wykazał za pomocą zasobów udostępnionych mu przez Spółkę STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o. spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej polegającego na konieczności posiadania wskaźnika płynności bieżącej, będącego

stosunkiem posiadanych aktywów obrotowych do sumy bieżących zobowiązań, na poziomie nie mniejszym niż 1,1;

c) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy wybranego jako wykonawcy podlegającego wykluczeniu;

d) naruszenie, w konsekwencji naruszeń wskazanych powyżej w pkt a), b) i c), art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. poprzez przygotowanie i prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy przystępującego jako najkorzystniejszej;

2) dokonania powtórnego badania i oceny złożonych ofert;

3) wykluczenia wykonawcy przystępującego z postępowania o udzielenie zamówienia i w konsekwencji odrzucenia oferty tego wykonawcy;

4) dokonania wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący jest Konsorcjum mającym interes w uzyskaniu zamówienia publicznego, którego dotyczy przedmiotowa sprawa. Odwołujący jest przy tym zainteresowany uzyskaniem tego zamówienia publicznego. W tym celu odwołujący złożył ofertę, której treść jest zgodna z wymaganiami postawionymi przez zamawiającego. Jednocześnie odwołujący spełnia postawione przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu. Jako najkorzystniejsza oferta została jednak przez zamawiającego wybrana oferta wykonawcy przystępującego. Oferta wykonawcy przystępującego nie powinna jednak zostać wybrana, albowiem wykonawca ten powinien zostać wykluczony z postępowania o udzielenie zamówienia z uwagi na to, że nie spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Powyższe skutkuje powstaniem po stronie Odwołującego szkody m.in. w postaci utraty korzyści i zysków wynikających z możliwości realizacji zamówienia, którego dotyczy postępowanie przetargowe. W konsekwencji stanowi to wystarczającą przesłankę do skorzystania przez odwołującego ze środków ochrony prawnej przewidzianych w ustawie Pzp.

W uzasadnieniu odwołania przedstawił szczegółową argumentację na nie osiągnięcie wymaganego poziomu 1,1 wskaźnika płynności bieżącej za lata 2013 i 2015 przez przystępującego. W postępowaniu przetargowym prowadzonym w niniejszej sprawie zamawiający wybrał ofertę wykonawcy przystępującego jako najkorzystniejszą. Takie rozstrzygnięcie nie zasługuje na aprobatę. Przystępujący nie wykazał w prawidłowy i dopuszczalny sposób, aby spełniał warunki udziału w postępowaniu i jako taki wykonawca powinien zostać wykluczony z postępowania przetargowego. W konsekwencji oferta przystępującego powinna zostać uznana za odrzuconą.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła

Izba ustaliła

Postanowienia SIWZ część V – Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków na stronie 7 SIWZ przewidują wykazanie przez wykonawcę na koniec każdego z ostatnich trzech lat obrotowych określonych wskaźników finansowych. Między innymi obowiązuje wskaźnik płynności bieżącej, będący stosunkiem posiadanych aktywów obrotowych do sumy bieżących zobowiązań – na poziomie nie mniejszym niż 1,1. Postanowienia SIWZ opisują sposób wyliczenia tego wskaźnika jak i definiują co rozumie się przez wskaźnik płynności bieżącej, wszędzie podkreślając minimalny jego poziom na wysokości nie mniejszej niż 1,1. Według wyliczeń odwołującego wskaźnik przystępującego kształtuje się następująco: za 2013 – 1,078, za 2014 – 1,134, za 2015 – 1,054. W przypadku wyliczenia wskaźnika nastąpiło to aż do 9 cyfr po przecinku (str.4 odwołania). Odwołujący podnosząc zarzut nie spełnienia poziomu wskaźnika w ofercie wykonawcy wybranego przywołuje postanowienia SIWZ według których zamawiający nie zawarł nigdzie zasady zwiększania cyfr niższych wyżej, tak jak w obowiązujących zasadach matematycznych, a jedynie wskazał, że wskaźnik ma wynosić nie mniej niż 1,1, czyli stąd odwołujący uważa, że po cyfrze 1 i po przecinku następna cyfra powinna być nie niższa niż 1,1, to jest powinno być 1,1 i dalej cyfry. Stwierdza, że czym innym jest stosowanie zasad matematycznych zaokrąglania cyfr, a czym innym jest obowiązek osiągnięcia realnego współczynnika płynności bieżącej realnej na poziomie 1,1, innymi słowami spełnienie warunku SIWZ.

Jako kolejny dowód w sprawie przywołał wezwanie – pismo zamawiającego kierowane do przystępującego z dnia 6 czerwca 2016 r., to jest pkt 2 wezwania i pkt 2 uzasadnienia, z którego wynika że „w państwa ofercie znajduje się ww. dokument (chodzi tu o sprawozdanie finansowe), jednakże nie wynika z niego, iż wykonawca posiada wskaźnik płynności bieżącej, będący stosunkiem posiadanych aktywów obrotowych do sumy bieżących zobowiązań na poziomie nie mniejszym niż 1,1 za lata 2013-2015”. Pełnomocnik odwołującego na rozprawie kwestionuje stanowisko zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie, ponieważ wycofuje się z wezwania z 6 czerwca 2016 r. i stwierdza, że wskaźniki płynności bieżącej są na oczekiwanym poziomie nie mniejszym niż 1,1.

Na podstawie dokonanych ustaleń na rozprawie, po przeprowadzeniu dowodów z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia dołączonych do akt sprawy, Izba zważyła jak poniżej.

Izba zważyła

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący potwierdzając istnienie zasad matematycznych zaokrąglania cyfr po przecinku, odmawia stosowania tej zasady w niniejszym postępowaniu. Jako główne zasadnicze argumenty przywołuje postanowienia SIWZ, które tej zasady nie przyjmują wprost do stosowania. Idąc dalej odwołujący stwierdza, że skoro zamawiający oczekuje wskaźnika płynności bieżącej na poziomie 1,1 to wskaźnik wyliczony według wzoru podanego w SIWZ powinien wynosić bez względu na liczbę cyfr po przecinku cyfrę „1” bezpośrednio po przecinku. Odwołujący przedstawiając w odwołaniu własne wyliczenie wskaźnika płynności bieżącej na podstawie sprawozdań finansowych przystępującego przedstawia wskaźnik zawierający dziewięć cyfr po przecinku. Faktycznie wyliczenia za lata 2013 i 2015 przedstawiają po przecinku cyfrę „zero”. Niemniej bezpośrednio po tych zerach następują cyfry: w jednym przypadku „5” a w drugim przypadku „7”. Według odwołującego nie oznacza to, że w myśl istniejących nie kwestionowanych przez niego zasad matematycznych powinno się w obydwu zaistniałych przypadkach cyfrę „0” zmienić na cyfrę „1” w związku z wymogiem wskaźnika z liczbą dziesiętną po przecinku (1,1). W ocenie Izby tak właśnie zamawiający powinien postąpić wyliczając wskaźnik na podstawie przedstawionych przez wykonawców sprawozdań finansowych. Wówczas po przecinku w kwestionowanych latach 2013 i 2015 poziom wskaźnika u przystępującego wyniesie po przecinku oczekiwany poziom „1”. Nie można przyjąć za słuszną argumentację odwołującego, że wynik powinien wynosić po przecinku „1” i to bez stosowania zaokrągleń w górę w związku z następującymi kolejno po przecinku cyframi. Taka argumentacja mogłaby mieć miejsce tylko wtedy, jeżeli wynik działań matematycznych według wzoru SIWZ dawałby wynik z jednym miejscem po przecinku to jest bez ciągu kolejnych cyfr po przecinku. Natomiast jak przedstawił sam odwołujący na str. 4 odwołania, jego własnego wyliczenia według sposobu podanego w SIWZ, wynik wskaźnika po przecinku sięgał dziewięciu cyfr. Natomiast według postanowień SIWZ wymaga się wskaźnika co najmniej na poziomie 1,1. Nie przekonuje stanowisko odwołującego, że uzyskując liczbę z dziewięcioma cyframi po przecinku i doprowadzając ją do jednego miejsca po przecinku, nie należy stosować zasady matematycznej doprowadzania cyfry do jednego miejsca po przecinku. Tym bardziej, że zamawiający w SIWZ nie opisał procedury doprowadzania cyfry z wieloma miejscami po przecinku do jednego miejsca po przecinku a wymaga po przecinku liczby dziesiętnej (1.1), należy stosować zasadę matematyczną. Zamawiający na poparcie stanowiska przedstawił na rozprawie Polską Normę PN-70/N-02120 Polskiego Komitetu Normalizacyjnego „Zasady zaokrąglania i zapisywania liczb”. Zgodnie punktem Normy: 2. Zasady zaokrąglania liczb.

Podpunkt 2.1. Zasada pierwsza. Jeśli pierwsza (licząc od lewej strony) z odrzuconych cyfr jest mniejsza niż 5, to ostatnia pozostawiona cyfra nie ulega zmianie. Przykład 3. Zaokrągleniem do pierwszego miejsca dziesiętnego liczby 14,24 jest 14,2. Podpunkt 2.2. Zasada druga. Jeśli pierwsza (licząc od lewej strony) z odrzuconych cyfr jest większa od 5, to ostatnią z pozostawioną cyfrę powiększa się o jednostkę. Przykład 4. Zaokrągleniem do pierwszego miejsca dziesiętnego liczby 26,48 jest 26,5. Podpunkt 2.3. Zasada trzecia. Jeśli pierwsza (licząc od lewej strony) z odrzuconych cyfr jest równa 5, lecz następuje po niej co najmniej jeszcze jedna cyfra inna niż zero, ostatnią pozostawioną cyfrę powiększa się o jednostkę. Przykład 5. Zaokrągleniem do pierwszego miejsca dziesiętnego liczby 1,0501 jest 1,1. Przedstawione w sprawie wskaźniki zarówno przez odwołującego i zamawiającego za lata 2013 i 2015 (według uzyskanych wyliczeń księgowych) to kwoty „1,054” i „1,078” (odwołanie str. 4 wyliczenie Księgowej A.L. i wyliczenie przedstawione przez zamawiającego – sporządzone przez Główną Księgową A.F.). Doprowadzając te kwoty do dziesiętnej po przecinku według powyżej opisanych zasad Polskiej Normy uzyskuje się kolejno „1,1” i 1,1”. Uzyskane kwoty stanowią wymagalny najniższy poziom wskaźnika płynności bieżącej to jest „1,1”. W związku z tym wezwanie zamawiającego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających zdolność ekonomiczną wymaganą według wskaźnikiem płynności bieżącej na poziomie 1,1 jest bezprzedmiotowe dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy.

Zeszytą przystępujący w piśmie z dnia 09.06.2016 roku w odpowiedzi na pismo zamawiającego z dnia 06.06.2016 roku przedstawił swoje stanowisko, z którego wynika, że osiągnął bieżącą płynność w latach 2013/2014/2015na poziomie 1,1. Przedstawiając w tym piśmie wyliczone wyniki według metody przyjętej przez zamawiającego w pkt V.1.4. SIWZ wykazał, że wezwanie jest bezprzedmiotowe. W związku z tym nie podlega ocenie Izby kwestia udostępnionych cudzych zasobów w zakresie zdolności ekonomicznej skoro przystępujący posiada samodzielnie zdolność ekonomiczną.

W tym stanie rzeczy odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający dokonał prawidłowego wyboru najkorzystniejszej oferty przystępującego, która spełnia warunki udziału w postępowaniu co do kwestionowanej zdolności ekonomicznej przystępującego. Odwołujący nie wykazał naruszenia art.24 ust.2 pkt 4 w zw. z art.22 ust.1 pkt 4 ustawy Pzp. a tym samym art.89 ust.1 pkt 5 i art.7 ust.1 ustawy Pzp. w zakresie zdolności ekonomicznej wykonawcy wybranego/przystępującego. W związku z tym bezprzedmiotowy jest zarzut naruszenia art.26 ust.2b ustawy Pzp. skoro we własnym zakresie przystępujący/wykonawca wybrany spełnił warunki zdolności ekonomicznej.

W tym stanie rzeczy skoro odwołujący nie wykazał naruszenia wskazanych w odwołaniu przepisów prawa, w myśl art.192 ust.2 ustawy Pzp. odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy zgodnie z art. 192 ust.9 i 10 ustawy i § 3 pkt 1 i pkt 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2010r. nr 41 poz.238) zaliczając uiszczony wpis przez odwołującego w kwocie 20.000,00 zł. w koszty postępowania odwoławczego i zasądzając kwotę 3.600,00 od odwołującego na rzecz zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika

Przewodniczący: