

**WYROK**

**z dnia 10 października 2012 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Ewa Sikorska**

**Protokolant: Radosław Cwyl**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 października 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 września 2012 r. przez **MOTA-ENGIL CENTRAL EUROPE Spółkę Akcyjną w Krakowie** w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Katowice w Katowicach**

przy udziale wykonawcy **Mostostal Warszawa Spółka Akcyjna w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego się

**orzeka:**

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża **MOTA-ENGIL CENTRAL EUROPE Spółkę Akcyjną w Krakowie** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **MOTA-ENGIL CENTRAL EUROPE Spółkę Akcyjną w Krakowie** tytułem wpisu od odwołania;

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

.....

### **Uzasadnienie**

Zamawiający – Miasto Katowice w Katowicach – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na przebudowę układu drogowego, placów publicznych, torowiska tramwajowego oraz infrastruktury technicznej w strefie Rondo - Rynek - Etap II dla zadania inwestycyjnego „Przebudowa Strefy Śródmiejskiej Miasta Katowice Etap II - Strefa II Rondo - Rynek.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku Nr 1134, poz. 759 ze zmianami), zwanej dalej ustawą Pzp.

W dniu 28 września 2012 roku wykonawca MOTA-ENGIL CENTRAL EUROPE Spółkę Akcyjną w Krakowie wniósł odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia zarzucając zamawiającemu:

- I. naruszenie art 22 ust 4 ustawy Pzp, w zw. z art 22 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz częścią III.12.2.1 SIWZ i częścią III.2.3.1.1.a ogłoszenia o zamówieniu, poprzez dokonanie opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, a to poprzez uzależnienie pozytywnej oceny spełnienia warunku posiadania wiedzy i doświadczenia od wykonania co najmniej jednej roboty budowlanej obejmującej przebudowę układu drogowego w centrum miasta wraz z oświetleniem, oraz przebudową sieci wodociągowych, kanalizacji sanitarnej, kanalizacji deszczowej, sieci gazowej, sieci elektroenergetycznych i kanalizacji telekomunikacyjnej o wartości minimum 120 mln zł.
- II. naruszenie art 22 ust 4 ustawy Pzp, w zw. z art 22 ust 1 pkt 4 ustawy Pzp oraz częścią III.12.5.3a, III.12.5.3b, III.12.5.3c SIWZ i częścią III.2.2.1.3a, III.2.2.1.3b i III.2.2.1.3c, ogłoszenia o zamówieniu tj. poprzez dokonanie opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, a to poprzez uzależnienie pozytywnej oceny spełnienia wymogu dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej, od wykazania, iż na koniec 2011 r. wykonawca posiadał
  - 1) płynność finansową będącą stosunkiem bieżących aktywów do bieżących zobowiązań na poziomie wartości nie mniejszej niż 2,0,
  - 2) rentowność sprzedaży netto tj. stosunku zysku netto do sprzedaży na poziomie nie mniejszym niż 0,04

3) wskaźnik zadłużenia długoterminowego będącego stosunkiem zobowiązań długoterminowych do kapitału własnego na poziomie wartości nie większej niż 0,5

- III. Naruszenie przez Zamawiającego art 644 kodeksu cywilnego (dalej k.c.) w związku z art 658 k.c. oraz art 29 ust. 1 ustawy Pzp, art 140 ust. 1 ustawy Pzp i 145 PZP poprzez wskazanie, iż *„Zamawiający zastrzega sobie prawo do rezygnacji z realizacji fragmentu zadania w dowolnym czasie i zakresie. Wykonawcy za niewykonany zakres nie będzie przysługiwało wynagrodzenie”* (część II. 1.5 ogłoszenia o zamówieniu, część II.9.2.1 in fine, § 18 4.1.5 wzoru umowy),
- IV. Naruszenie przez Zamawiającego art 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.
- v. Naruszenie przez zamawiającego art 29 ust 2 ustawy Pzp poprzez opis

przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję.

Żądania odwołującego:

- Nakazanie zamawiającemu zmianę treści SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu poprzez wprowadzenie następujących modyfikacji:

Zmianę części III.12.2.1 SIWZ i części III.2.3.1.1.a ogłoszenia o zamówieniu i określenie przedmiotowego warunku w sposób następujący: „O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy (...) wykonali - w ramach nie więcej niż trzech inwestycji - roboty budowlane obejmujące budowę lub przebudowę układu drogowego w centrum miasta wraz z oświetleniem, oraz przebudową sieci wodociągowych, kanalizacji sanitarnej, kanalizacji deszczowej sieci gazowej sieci elektroenergetycznych i kanalizacji telekomunikacyjnej w wartości minimum 120 mln zł”

- Zmianę części III.12.5.3a, III.12.5.3b, III.12.5.3c SIWZ i części III.2.2.1.3a, III.2.2.1.3b i III.2.2.1.3c, ogłoszenia o zamówieniu i określenie przedmiotowego warunku w sposób następujący: „O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy (...) 5.3. wykażą że na koniec 2011 roku osiągnęli wskaźnik płynności finansowej będący stosunkiem bieżących aktywów do bieżących zobowiązań na poziomie wartości nie mniejszej niż 1,05.”

- Odwołujący się wniósł o wyraźne wskazanie, iż w przypadku podmiotów wspólnie składających ofertę, wymóg określony w części III.12.5.3 SIWZ może zostać spełnione przez innego wykonawcę niż spełniającego wymóg określony w części III.12.5.1 i III.12.5.2 SIWZ.

- Wykreślenie z SIWZ i ogłoszenia frazy: „Zamawiający zastrzega sobie prawo do rezygnacji z realizacji fragmentu zadania w dowolnym czasie i zakresie. Wykonawcy za niewykonany zakres nie będzie przysługiwało wynagrodzenie”(część II.1.5 ogłoszenia o zamówieniu, część II.9.2.1 in fine) oraz wykreślenie punktu § 18 pkt 4.1.5 załącznika do SIWZ - wzoru umowy.

#### AD zarzut I. IV. V:

Zgodnie z opisem warunków udziału w postępowaniu oraz opisem sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków, określonego w części III.12.2.1 SIWZ i części III.2.3.I.I.a ogłoszenia o zamówieniu, o udzielnie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy wykażą, iż wykonali co najmniej jedną robotę budowlaną obejmującą przebudowę układu drogowego w centrum miasta wraz z oświetleniem, oraz przebudową sieci wodociągowych, kanalizacji sanitarnej, kanalizacji deszczowej, sieci gazowej, sieci elektroenergetycznych i kanalizacji telekomunikacyjnej w wartości minimum 120 mln zł.

W opinii odwołującego określony przez zamawiającego opis warunków udziału w postępowaniu oraz sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków, stanowi naruszenie zasady proporcjonalności opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków w stosunku do przedmiotu zamówienia, który to zarzut uzasadnia konieczność skorzystania z niniejszego środka ochrony prawnej. Zadaniem zamawiającego jest skonkretyzowanie warunków udziału w postępowaniu i dokonanie opisu sposobu oceny tych warunków, zapewniając z jednej strony udzielenie zamówienia wykonawcy zdolnemu do wykonania zamówienia, z drugiej strony zapewniając zachowanie zasady uczciwej konkurencji, bez nieuzasadnionego, w świetle przedmiotu zamówienia, zawężania kręgu potencjalnych wykonawców, a zatem w sposób pozwalający zamawiającemu udzielić zamówienia po jak najniższej cenie.

Celem niniejszego postępowania jest wyłonienie wykonawcy posiadającego doświadczenie w wykonaniu robót w zakresie sieci wodociągowych, kanalizacji sanitarnej, kanalizacji deszczowej, sieci gazowej, sieci elektroenergetycznych i kanalizacji telekomunikacyjnej, a których wartość odpowiada wartości niniejszego zamówienia. Nie istnieją żadne obiektywne czynniki które przemawiałyby za przyjęciem, iż zdobycie doświadczenia w wykonywaniu takich robót w ramach jednego

zamierzenia inwestycyjnego nie jest równe zdobyciu doświadczenia w wykonywaniu identycznych robót, ale wykonywanych w ramach kilku umów. Niezasadne jest również zawężanie wymogu do zdobycia doświadczenia w samej przebudowie i brak dopuszczenia wykonawców posiadających doświadczenie w budowie obiektów wymienionych w SIWZ. Stąd, mając na uwadze, iż wskutek zmiany zaproponowanej przez Odwołującego w dalszym ciągu wykluczony będzie udział w postępowaniu podmiotu nieprzygotowanego do wykonania zamówienia, zaś przedmiotowa zmiana rozszerzy potencjalny krąg oferentów, żądanie odwołania jest uzasadnione.

#### AD zarzut 11. IV. V:

Zgodnie z opisem warunków udziału w postępowaniu oraz opisem sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków, określonym w części III.12.5.3a, III.12.5.3b, III.12.5.3c SIWZ i części III.2.2.1.3a,

III. 2.2.1.3b i III.2-2.L3c ogłoszenia o zamówieniu, o udzielnie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy wykażą, iż na koniec 2011 r. posiadali:

1. płynność finansową będącą stosunkiem bieżących aktywów do bieżących zobowiązań na poziomie wartości nie mniejszej niż 2,0,
2. rentowność sprzedaży netto tj. stosunku zysku netto do sprzedaży na poziomie nie mniejszym niż 0,04
3. wskaźnik zadłużenia długoterminowego będącego stosunkiem zobowiązań długoterminowych do kapitału własnego na poziomie wartości nie większej niż 0,5

Tak określone wymogi mają charakter rażąco nieproporcjonalny i oczywiście oderwany od warunków, w jakich, w roku 2011 i obecnie przychodzi działać firmom budowlanym. Przedstawione w SIWZ wskaźniki dotyczące sytuacji finansowej przedsiębiorstw, zaczerpnięte z opracowań teoretycznych lub z podręczników ekonomii, mają się nijak do wskaźników posiadanych przez wszystkie duże i średnie firmy budowlane tak w Polsce jak i na całym rynku europejskim. Stąd, uzależnienie udziału w postępowania od spełnienia tak dalece nierealnych wymogów stanowi rażąco naruszenie zasady poszanowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odnosząc się wskaźnika płynności finansowej na poziomie 2,0, wskazać należy, iż podawana w literaturze wzorcowa płynność finansowa mieści się w przedziale 1,2 do 2. Z tym że przyjęta przez Zamawiającego wielkość 2 lub większa oznacza, iż Zamawiający zamierza udzielić zamówienia wykonawcy przechowującemu zbyt dużo środków finansowych, w stosunku do potrzeb wynikających z niniejszego zamówienia. „Zarówno w

*piśmiennictwie jak i w orzecznictwie wskazuje się, iż wskaźnik bieżącej płynności finansowej wykonawcy na*

*poziomie 1,2 jest wystarczający do uznania, iż wykonawca znajduje się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia publicznego".* Nawet te teoretyczne tezy (dotyczące ogółu wykonawców) powstałe jeszcze w czasach kiedy branża budowlana nie była ogarnięta kryzysem, jednoznacznie wskazują, iż przyjęty przez Zamawiającego wskaźnik jest oczywiście zbyt wyśrubowany. Tymczasem sytuacja, w której obecnie znajdują się firmy budowlane powoduje, iż średni ich wskaźnik płynności jest jeszcze niższy. Wśród przedsiębiorstw budowlanych notowanych na warszawskiej giełdzie papierów wartościowych, średni wskaźnik płynności bieżącej w 2011 r. wynosił 1,09, zaś w obecnym roku wynosi 1,00. Kowenanty banków przyjmują w obecnym roku dopuszczalną płynność wykonawców z branży budowlanej na poziomie 1,00.

Z tego względu żądanie zmniejszenia określonego w SIWZ i ogłoszeniu współczynnika do 1,05 jest w pełni uzasadnione.

Odwołujący się podkreślił, że zamawiający uzależnił udział w postępowaniu od spełnienia innych warunków dotyczących sytuacji ekonomicznej lub finansowej, mających charakter uzasadniony i powodujących wykluczenie możliwości udzielenia zamówienia podmiotowi znajdującemu się w kiepskiej kondycji finansowej, podmiotowi nie będącemu w stanie wywiązać się z zaciągniętych zobowiązań (część III.12.5.1 i III.12.5.2 SIWZ). Z tego powodu sięganie do wskaźników ekonomicznych wymienionych w punkcie 5.3 lit a-c jest bezzasadne, tym bardziej, iż również te wymienione w lit. „b” oraz „c” zostały przez zamawiającego określone na poziomie oderwanym od rzeczywistości. Odnosząc się do wskaźnika rentowności sprzedaży netto, określonego przez Zamawiającego na poziomie 4%, wskazać należy, iż średnia rentowność sprzedaży w 2011 r. w branży budowlanej (wśród spółek notowanych na giełdzie) wynosiła 1,98 %, co czyni wymóg zamawiającego zbyt daleko idącym. Również wskaźnik zadłużenia długoterminowego został ustalony na poziomie zbyt restrykcyjnym, mając na uwadze obecną sytuację na rynku budowlanym.

W ocenie odwołującego się wniosek o wykreślenie wymogów przewidzianych w lit „b” oraz „c” punktu 5.3 jest w pełni uzasadniony.

Odwołujący się podkreślił, że zamawiający zobowiązany jest do opisu sposobu dokonania oceny warunków udziału w postępowaniu określonych w art 22 ust 1

ustawy, w sposób adekwatny. Koniecznym jest, ażeby określenie warunków udziału w postępowaniu i sposobu ich oceny miało charakter proporcjonalny w stosunku do przedmiotu zamówienia. Istotą jest, iż opis i ocena spełnienia warunków mają w sposób obiektywny gwarantować rzetelne wykonanie zamówienia, jednocześnie nie ograniczając w sposób nieuzasadniony możliwości ubiegania się o udzielenie zamówienia wykonawcom dającym rękojmię należytej realizacji celu tj. przedmiotu zamówienia

#### AD zarzut III. IV. V:

Obowiązkiem zamawiającego jest dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący (art 29 ust 1 ustawy Pzp). Do wykonania tak opisanego przedmiotu zamówienia wykonawca zobowiązuje się w ofercie, a zakres zobowiązania wykonawcy wynikający z oferty musi być tożsamy z zakresem świadczenia wykonawcy określonym w umowie (art 140 ust 1 PZP). Od tej zasady istnieją oczywiście wyjątki, np. w przypadku kontraktów obmiarowych kiedy ilość użytych materiałów i robocizny wynikająca z obmiaru różni się od ilości kosztorysowych, czy też w przypadku gdy zamawiający jest uprawniony do odstąpienia od umowy z uwagi na niewykonania zobowiązania przez Wykonawcę bądź w przypadkach określonych prawem (np. art 145 ustawy Pzp).

W niniejszym postępowaniu zamawiający znacznie wykroczył jednak poza te reguły, zastrzegając sobie arbitralne i niczym nieograniczone uprawnienie do „rezygnacji” z dowolnej części zamówienia, w każdym czasie (czyli zarówno przed jak i po zawarciu umowy), bez konieczności zaistnienia jakichkolwiek przesłanek uzasadniających takie działanie. Z brzmienia tego zastrzeżenia wynika, iż uprawnienie to może dotyczyć istotnej części całego zamówienia (np. poszczególnych robót branżowych) i nie ogranicza się tylko do ewentualnych różnic między kosztorysem (przedmiarem) a obmiarem (a które te różnice ze swej istoty powinny być niewielkie).

Mając na uwadze, że zamawiający zastrzegł sobie możliwość skorzystania z przedmiotowego uprawnienia „w każdym czasie”, w przypadku gdy stanie się to już po wyborze oferty najkorzystniejszej a przed zawarciem umowy, będzie to oznaczało naruszenie art 140 ust. 1 ustawy Pzp, nakazującego by zakres zobowiązania wykonawcy wynikający z oferty był tożsamy z zakresem jego zobowiązania określonym w umowie.

Skorzystanie zaś przez zamawiającego z tego swoistego „uprawnienia” już w trakcie wykonywania umowy, będzie oznaczało *de facto* odstąpienie od niej.



Tymczasem prawo szczegółowo reguluje przypadki, kiedy zamawiający może odstąpić od umowy lub jej części w sytuacji, gdy przyczyną odstąpienia nie jest działanie lub zaniechanie wykonawcy. Zgodnie z art 145 ustawy Pzp zamawiający może odstąpić od umowy jeżeli na skutek zaistnienia istotnej zmiany okoliczności jej wykonanie nie leży już w interesie publicznym, czego nie dało się przewidzieć w chwili udzielenia zamówienia. Stąd, zupełnie nieograniczone i niezwiązane z żadnymi przesłankami uprawnienie zamawiającego do odstąpienia od umowy narusza art 145 ustawy Pzp, który ma charakter wyjątkowy i bezwzględnie obowiązujący, a zatem nie może być modyfikowany wolą stron (tj. praktycznie zamawiającego).

Z uwagi zaś, iż skorzystanie z tego uprawnienia, ma zgodnie z zamysłem zamawiającego pozbawić wykonawcę wynagrodzenia za prace objęte ową „rezygnacją”, stanowi ono również naruszenie bezwzględnie obowiązującego art. 644 kc (stosowanego od umowy o roboty budowlane na podstawie art. 658 kc), zgodnie z którym zamawiający może odstąpić od umowy (lub jej części) w każdym czasie bez zaistnienia jakichkolwiek przyczyn, niemniej w takiej sytuacji zobowiązany jest do zapłaty Wykonawcy wynagrodzenia za objęte tym odstąpieniem roboty, z ewentualnym pomniejszeniem wynagrodzenia o to, co Wykonawca zaoszczędził wskutek braku wykonania przedmiotowych prac.

Odwołujący się podkreślił, iż zastrzeżenie sobie takiego prawa przez zamawiającego stanowi rażące naruszenie istoty zobowiązania, zasady pacta sunt servanda i zasady pewności obrotu prawnego. Wykonawca składając ofertę i zawierając umowę z zamawiającym liczy, iż wykona cały przedmiot zamówienia określony przez zamawiającego i otrzyma za to wynagrodzenie, a więc również - iż osiągnie zamierzony zysk, będący celem prowadzonej przez niego działalności gospodarczej.

#### **Izba ustaliła, co następuje:**

Zamawiający zgodnie z częścią III.12.2.1 SIWZ i częścią III.2.3.1.1.a wymagał, aby wykonawcy biorący udział w postępowaniu wykazali, że wykonali co najmniej jedną robotę budowlaną obejmującą przebudowę układu drogowego w centrum miasta wraz z oświetleniem oraz przebudową sieci wodociągowych, kanalizacji sanitarnej, kanalizacji deszczowej, sieci gazowej, sieci elektroenergetycznych i kanalizacji telekomunikacyjnej o wartości minimum 120 mln zł.

Zgodnie z opisem warunków udziału w postępowaniu oraz opisem sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków, określonym w części III.12.5.3a, III.12.5.3s SIWZ i części III.2.2.1.3a, III.2.2.1.3b i III.2.2.1.3c ogłoszenia o zamówieniu, o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy wykażą, iż na koniec 2011 roku posiadali:

- 1) płynność finansową będącą stosunkiem bieżących aktywów do bieżących zobowiązań na poziomie wartości nie mniejszej niż 2,0
- 2) rentowność sprzedaży netto, tj. stosunku zysku netto do sprzedaży na poziomie nie mniejszym niż 0,04
- 3) wskaźnik zadłużenia długoterminowego będącego stosunkiem zobowiązań długoterminowych do kapitału własnego na poziomie wartości nie większej niż 0,5.

W części II.1.5 ogłoszenia o zamówieniu, część ii.9.2.1 zamawiający zastrzegł sobie prawo do rezygnacji z realizacji fragmentu zadania w dowolnym czasie i zakresie. Wykonawcy za niewykonany zakres nie będzie przysługiwało wynagrodzenie.

Zgodnie z § 18.4.4.1.5 projektu umowy inna istotna zmiana umowy jest dopuszczalna, gdy nastąpi rezygnacja przez zamawiającego z realizacji części zakresu rzeczowego przedmiotu umowy. W takim przypadku wynagrodzenie przysługujące wykonawcy zostanie pomniejszone, przy czym Zamawiający zapłaci za wszystkie spełnione świadczenia oraz udokumentowane koszty, które wykonawca poniósł w związku z wynikającymi z umowy planowanymi świadczeniami.

Cytowany wyżej zapis umowny znajduje się w § 18 „Zmiana umowy”. Zgodnie z ust. 5 wskazanego paragrafu strona występująca o zmianę postanowień zawartej umowy zobowiązana jest do udokumentowania zaistnienia okoliczności, o których mowa w tym paragrafie. Wniosek o zmianę postanowień zawartej umowy musi być wyrażony na piśmie. W myśl ust. 6 zmiana postanowień zawartej umowy może nastąpić wyłącznie za zgodą obu stron wyrażoną na piśmie, pod rygorem nieważności.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie stwierdził, iż odwołanie podlega w całości oddaleniu.

Niezależnie od stanowiska zamawiający w celu zwiększenia konkurencyjności zmienił warunki udziału na następujące:

Zgodnie z częścią III.12.2.1 SIWZ i częścią III.2.3.1.1.a wymagał, aby wykonawcy biorący udział w postępowaniu wykazali, że wykonali co najmniej jedną robotę budowlaną obejmującą budowę lub przebudowę układu drogowego w centrum miasta wraz z oświetleniem oraz przebudową sieci wodociągowych, kanalizacji sanitarnej, kanalizacji deszczowej, sieci gazowej, sieci elektroenergetycznych i kanalizacji telekomunikacyjnej o wartości minimum 120 mln zł.

Zgodnie z opisem warunków udziału w postępowaniu oraz opisem sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków, określonym w części III.12.5.3a, III.12.5.3s SIWZ i części III.2.2.1.3a, III.2.2.1.3b i III.2.2.1.3c ogłoszenia o zamówieniu, o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy wykażą, iż na koniec 2011 roku posiadali:

- 4) płynność finansową będącą stosunkiem bieżących aktywów do bieżących zobowiązań na poziomie wartości nie mniejszej niż 1,05
- 5) rentowność sprzedaży netto, tj. stosunku zysku netto do sprzedaży na poziomie nie mniejszym niż 0,02
- 6) wskaźnik zadłużenia długoterminowego będącego stosunkiem zobowiązań długoterminowych do kapitału własnego na poziomie wartości nie większej niż 0,5.

Zamawiający częściowo uwzględnił zarzut naruszenia przepisów K.c. Zamawiający zmienił ogłoszenie o zamówieniu i wykreślił z SIWZ i z ogłoszenia o zamówieniu zapis: *Zamawiający zastrzega sobie prawo rezygnacji z realizacji fragmentu zadania w dowolnym czasie i zakresie. Wykonawcy za niewykonany zakres nie będzie przysługiwało wynagrodzenie.* Zapis § 18 4.1.5 projektu umowy pozostał niezmienny.

Odwołujący oświadczeniem złożonym na rozprawie wniósł o uwzględnienie odwołania, biorąc pod uwagę stan faktyczny istniejący na dzień orzekania.

**Izba zważyła, co następuje:**

Odwołanie jest bezzasadne.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że odwołujący się jest uprawniony do wnoszenia środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 5 ustawy – Pzp, specyfikacja istotnych warunków zamówienia powinna zawierać opis warunków udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków.

Specyfikacja istotnych warunków zamówienia powinna zatem zawierać opis warunków, jakie stawia zamawiający w granicach art. 22 ust. 1 ustawy – Pzp w celu zapewnienia, że wybrany wykonawca będzie zdolny do wykonania zamówienia - będzie posiadał uprawnienia do wykonywania czynności objętych przedmiotem zamówienia (jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień), odpowiednie doświadczenie i wiedzę, potencjał techniczny, ekonomiczny i finansowy, a także będzie dysponował osobami zdolnymi do wykonania zamówienia oraz że nie zachodzą w stosunku do niego okoliczności skutkujące wykluczeniem z postępowania (art. 24). Ustawa w zakresie merytorycznego kształtowania warunków pozostawia zamawiającemu pewną swobodę, jednak wyraźnym ograniczeniem tej swobody jest nakaz przestrzegania zasady uczciwej konkurencji, a w związku z tym obowiązek takiego kształtowania warunków, aby zagwarantować dostęp do zamówienia podmiotom zdolnym do jego wykonania.

Określenie warunków udziału w postępowaniu jest jedną z najważniejszych czynności zamawiającego, która ma bezpośredni wpływ na wynik postępowania.

Oceniając poszczególne postanowienia ogłoszenia o zamówieniu i siwz Izba nie dopatrzyła się naruszenia przepisów wskazanych w odwołaniu. W szczególności Izba nie widzi możliwości narzucania zamawiającemu, w jaki sposób ma być wykonywana jego umowa, bez konkretnych i pewnych podstaw prawnych w tym zakresie.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 22 ust. 4 ustawy zp w związku z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz częścią III.2.3.1.1a ogłoszenia o zamówieniu Izba uznała, że zarzut ten nie zasługuje na uwzględnienie.

Przedmiotem zamówienia jest wykonanie robót budowlanych polegających na przebudowie placów publicznych, torowiska tramwajowego oraz infrastruktury technicznej w strefie śródmiejskiej Miasta Katowice, obejmującej oświetlenie, przebudowę sieci wodociągowych, kanalizacji sanitarnej, kanalizacji deszczowej, sieci gazowej, sieci elektroenergetycznych i kanalizacji telekomunikacyjnej, dlatego też wymagane doświadczenie odpowiada przedmiotowi zamówienia. Również warunek posiadania doświadczenia w wykonaniu inwestycji o wartości 120 mln zł nie wykracza poza przedmiot zamówienia, ponieważ wymóg 120 mln stanowi jedynie 70% wartości zamówienia.

W zakresie wymogu wykazania się wskaźnikami świadczącymi o ich kondycji finansowej Izba wskazuje, że zastosowanie wskaźników finansowych daje możliwość

zamawiającemu oceny wykonawcy pod względem jego kondycji finansowej. Izba zgadza się z zamawiającym, iż zamówienia wymaga zminimalizowania ryzyka nieterminowego wykonania zamówienia z przyczyny braku płynności finansowej. Izba podziela stanowisko wyrażone w wyroku Zespołu Arbitrów z dnia 1 marca 2006 roku sygn. akt: UZP/ZO/0-541/06, iż wymóg wykazania wskaźnika płynności bieżącej obok innych warunków w zakresie sytuacji finansowej nie narusza zasady uczciwej konkurencji. Warunek ten w znacznym stopniu ogranicza ryzyko wyboru wykonawcy o niewystarczającej kondycji finansowej, niezbędnej do wykonania tego rodzaju zamówienia.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 644 K.c. w związku z art. 658 K.c. oraz art. 29 ust. 1, art. 140 ust. 1 i art. 145 ustawy Pzp Izba uznała zarzut ten za bezpodstawny. Zgodnie z art. 353<sup>1</sup> K.c. strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swojego uznania, byle jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie albo zasadom współżycia społecznego. W przypadku zamówienia publicznego, to zamawiający w sposób dyskrecyjny kształtuje większość *essentialiae* i *accidentaliae negotii* przygotowując własną siwz. Zasada swobody kontraktowania ze strony wykonawcy nie zostaje w ten sposób ograniczona - przed terminem złożenia ofert może on składać wszelkie propozycje co do kształtu i brzmienia postanowień umownych, które zamawiający zgodnie z własnymi interesami zawsze może uwzględnić. Natomiast w przypadku, gdy postanowienia takie wykonawcy nie odpowiadają, może do tego stosunku umownego - co jest jego fundamentalnym uprawnieniem - w ogóle nie przystąpić (nie składać oferty w postępowaniu). Ponadto przez składanie ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego to wykonawca kształtuje część przyszłych postanowień umownych (w tym zawsze cenę) i w ten sposób może dostosować swoją ofertę do warunków wykonania zamówienia narzuconych przez zamawiającego, np. tak skalkulować cenę, aby w jej ramach uwzględnić kompensację wszelkich ryzyk i obowiązków, które wynikają dla niego z umowy w sprawie zamówienia.

Jak daleko posunięta jest swoboda stron w ułożeniu łączącego je stosunku prawnego, w niektórych aspektach wprost wskazują przepisy Kodeksu cywilnego, gdzie np, art. 473 § 1 stanowi, iż dłużnik może przez umowę przyjąć (a więc druga strona może oczekiwać, że przyjmie i uzależniać od tego możliwość zawarcia z nim umowy) odpowiedzialność za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania z powodu oznaczonych okoliczności, za które na mocy ustawy odpowiedzialności nie ponosi. Oczywiście realizacja tego typu uprawnień podlegała będzie ocenie w świetle klauzul i zasad ogólnych.

W ocenie Izby zamawiający nie dopuścił się naruszenia wskazanych wyżej przepisów ustawy Pzp dopuszczając możliwość rezygnacji z realizacji części zakresu przedmiotu umowy z zagwarantowaniem wynagrodzenia za roboty wykonane oraz koszty poniesione przez wykonawcę w związku z wynikającymi z umowy planowanymi świadczeniami. Izba zwraca uwagę, że zakwestionowany zapis umowny nie pozostawia zamawiającemu swobody w zakresie dowolnej rezygnacji z realizacji części umowy. Zapisu tego nie można czytać i interpretować w oderwaniu od postanowienia ust. 5 i 6 paragrafu 18 wzoru umowy, które nakazują stronie występującej o zmianę umowy udokumentować zaistnienie okoliczności uzasadniających zmianę umowy, złożyć pisemny wniosek o zmianę umowy oraz – przede wszystkim – nakazują dokonać zmiany umowy wyłącznie za zgodą obu stron oraz z zachowaniem formy pisemnej pod rygorem nieważności. W świetle powyższego bezpodstawne są twierdzenia odwołującego się o możliwości jednostronnej decyzji zamawiającego co do rezygnacji z realizacji umowy z naruszeniem zasady pewności obrotu gospodarczego oraz nienaruszalności zawartych umów. Z powyższego jednoznacznie wynika, iż do takiej zmiany umowy wymagana jest zgoda obu stron, wyrażona na piśmie.

Izba uznała za niezasadne zarzuty naruszenia art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 2 ustawy Pzp. Jak podnosił odwołujący się na rozprawie zarzuty te wynikają z zarzutów wskazanych wyżej. Wobec niepotwierdzenia się innych zarzutów również i te należy uznać za nieuzasadnione. Izba nie uwzględniła żądania nakazania zamawiającemu wprowadzenia do SIWZ wskazania, iż w przypadku podmiotów wspólnie składających ofertę wymóg określony w części III.12.5.3 SIWZ może zostać spełniony przez innego wykonawcę niż spełniającego wymóg określony w części III.12.5.1 i III.12.5.2 SIWZ wobec braku zarzutu uzasadniającego takie żądanie oraz braku podstawy prawnej do takiego żądania.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

.....