

Sygn. akt KIO/KU 2/14

**UCHWAŁA**  
**KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ**  
**z dnia 23 stycznia 2014 r.**

Po rozpatrzeniu zastrzeżeń zgłoszonych w dniu 24 grudnia 2013 r. do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez Zamawiającego:

**Data Techno Park Sp. z o.o.**

**Ul. Kutnowska 1-3**

**53-135 Wrocław**

dotyczących informacji o wyniku kontroli uprzedniej UZP/DKUE/KU/213/13, w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na „*Dostawę infrastruktury informatycznej oprogramowania na potrzeby tworzenia, rozwoju oraz świadczenia innowacyjnych usług informatycznych w zakresie e-zdrowia wraz z wdrożeniem na terenie Medycznego Centrum Przetwarzania Danych DTP Sp. z o.o. we Wrocławiu*” prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.),

**Krajowa Izba Odwoławcza** w składzie:

Przewodniczący:	Katarzyna Brzeska
Członkowie:	Barbara Bettman
	Anna Chudzik

wyraża następującą opinię:

**Zastrzeżenia Zamawiającego z dnia 24 grudnia 2013 r. do informacji o wyniku kontroli uprzedniej Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 18 grudnia 2013 r. nie zasługują na uwzględnienie.**

**Uzasadnienie**

I. Data Techno Park Sp. z o.o. (zwany dalej „Zamawiającym”), wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Dostawę infrastruktury informatycznej oprogramowania na potrzeby tworzenia, rozwoju oraz świadczenia innowacyjnych usług informatycznych w zakresie e-zdrowia wraz z wdrożeniem na terenie Medycznego Centrum Przetwarzania Danych DTP Sp. z o.o. we Wrocławiu”, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2007r., Nr 223, poz.1655 z późn. zm.; zwanej dalej: „ustawą Pzp”).

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych przeprowadził kontrolę uprzednią postępowania, w wyniku której stwierdził następujące naruszenia przepisów ustawy:

Zamawiający w siwz oraz w ogłoszeniu o zamówieniu opisując sposób dokonywania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej wymagał m.in., aby wykonawcy wykazali, że:

A. Dla części 1 zamówienia:

- w okresie ostatnich trzech lat obrotowych przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, osiągnęli średnioroczny przychód netto (bez podatku VAT) ze sprzedaży z tytułu prowadzonej działalności operacyjnej na kwotę nie mniejszą niż 100 mln. PLN (słownie: sto milionów złotych);
- w okresie ostatnich trzech lat obrotowych przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, osiągnęli rentowność brutto liczoną jako zysk brutto / przychód ze sprzedaży netto, wyższą niż 4%, za co najmniej 2 lata obrotowe.

B. Dla części 2 zamówienia:

- w okresie ostatnich trzech lat obrotowych przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, osiągnęli średnioroczny przychód netto (bez podatku VAT) ze sprzedaży z tytułu prowadzonej działalności operacyjnej na kwotę nie mniejszą niż 200 mln. PLN (słownie: dwieście milionów złotych);
- w okresie ostatnich trzech lat obrotowych przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, osiągnęli rentowność brutto liczoną jako zysk brutto / przychód ze sprzedaży netto, wyższą niż 4%, za co najmniej 2 lata obrotowe.

Wykonawcy składający ofertę w ramach obu części zobowiązani byli wykazać, że:

- osiągnęli średnioroczny przychód netto (bez podatku VAT) ze sprzedaży z tytułu prowadzonej działalności operacyjnej w wysokości odpowiadającej sumie wartości wskazanej dla każdej z części, w ramach których ubiegają się o udzielenie zamówienia.

W celu wykazania spełniania powyższych warunków zamawiający żądał przedłożenia dokumentu określonego w § 1 ust. 1 pkt 9 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19

lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (zwanego dalej: „rozporządzeniem”), tj. sprawozdania finansowego albo jego części, a jeżeli podlega ono badaniu przez biegłego rewidenta zgodnie z przepisami o rachunkowości, również z opinią o badanym sprawozdaniu, a w przypadku wykonawców niezobowiązanych do sporządzania sprawozdania finansowego innych dokumentów określających obroty oraz zobowiązania i należności - za okres ostatnich trzech lat obrotowych, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - za ten okres.

W dniu 4 grudnia 2013 r. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych zwrócił się do zamawiającego z prośbą o udzielenie wyjaśnień dotyczących ww. opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej, w następującym zakresie:

- 1) jakie okoliczności, w tym cechy przedmiotu zamówienia powodują, że wykonawca, który nie posiada przychodu w wysokości 100 min zł netto, nie byłby w stanie należycie wykonać 1 części zamówienia;
- 2) jakie okoliczności, w tym cechy przedmiotu zamówienia powodują, że wykonawca, który nie posiada przychodu w wysokości 200 min zł netto, nie byłby w stanie należycie wykonać 2 części zamówienia;
- 3) jakie okoliczności, w tym cechy przedmiotu zamówienia powodują, że wykonawca, który nie osiągnął rentowności wyższej niż 4 %, nie byłby w stanie należycie wykonać zamówienia, zarówno w części 1, jak i w części 2.

Z wyjaśnień udzielonych przez zamawiającego wynikało m.in, że średnioroczny przychód netto ze sprzedaży z tytułu prowadzonej działalności operacyjnej stanowi jedynie wskaźnik ekonomicznej wartości realizowanych kontraktów i, biorąc pod uwagę wysokie koszty uzyskania przychodów charakterystyczne dla działalności stanowiącej przedmiot zamówienia, jest on zaniżony w stosunku do wartości poszczególnych części zamówienia. Zamawiający wskazał, iż *z punktu widzenia ekonomicznego wykonawca poniesie zatem koszty, a następnie uzyska przychód w postaci wynagrodzenia netto, W konsekwencji wymóg osiągnięcia przychodów na wskazanym poziomie stanowi wyznacznik wartości netto realizowanych w poprzednich latach kontraktów. Mając na uwadze przedmiot zamówienia oraz strukturę jego realizacji nie budzi wątpliwości, że z punktu widzenia oceny sytuacji ekonomicznej i finansowej wykonawcy - nie jest możliwe, aby zrealizował go podmiot, który realizuje tylko jeden kontrakt w roku. Założenie takie prowadziłoby bowiem do wniosku, że wykonawca nie będzie w stanie wywiązać się z ciążących na nim zobowiązań z tytułu rękojmi i gwarancji. Z tego też względu koniecznym było postawienie warunku udziału w postępowaniu na ww. poziomie. Podkreślić należy, że wykonawca przedmiotowe zamówienie zrealizuje w terminie krótszym niż 6 miesięcy od daty podpisania umowy dla części 1 zamówienia oraz 3 miesięcy od daty*

*podpisania umowy dla części 2 zamówienia. W związku z tym, nie można przyrównywać wprost kwot wyrażonych w warunkach udziału w postępowaniu do wartości szacunkowej, czy wartości wybranej oferty. (...) Przychód netto jest wskaźnikiem określającym w skali roku, a zatem nie budzi wątpliwości, że dla zagwarantowania, że wykonawca udźwignie ciężar ekonomiczny realizacji zamówienia na poziomie wynikającym z wartości szacunkowej zamówienia w odniesieniu do zamówienia realizowanego w okresie odpowiednio 3 i 6 miesięcy - konieczne jest uzyskanie przychodów odpowiednio wyższych w skali całego roku.*

Zamawiający podkreślił w swoich wyjaśnieniach, iż warunkiem wywiązywania się przez wykonawcę z kolejnych zobowiązań jest utrzymanie ciągłości prowadzonej działalności, a zatem pozyskiwanie kolejnych kontraktów, w odniesieniu do których stosowany będzie ten sam mechanizm, a zatem konieczność poniesienia kosztów celem uzyskania przychodu. Oceny sytuacji ekonomicznej i finansowej wykonawcy należy bowiem dokonywać, mając na uwadze całokształt prowadzonej działalności, nie zaś tylko ten konkretny kontrakt. W odniesieniu do wymaganego przez zamawiającego wskaźnika rentowności, zamawiający wyjaśnił, iż jest to bardzo istotny miernik kondycji finansowej, a prowadzenie rentownej działalności gospodarczej przez wykonawcę (choćby nawet na bardzo niskim poziomie 4% rentowności brutto) daje zamawiającemu większe szanse realizacji inwestycji zgodnie z harmonogramem, aniżeli zlecenie przedmiotowych dostaw podmiotowi, który takiej rentowności nie posiada. Biorąc pod uwagę łącznie warunki w zakresie odpowiedniego poziomu przychodów ze sprzedaży, łącznie dla obu części zamówienia w wysokości 300 mln zł i rentowności brutto 4%, średni zysk brutto wykonawcy nie powinien być niższy niż  $300 \text{ mln} \times 4\% = 12 \text{ mln zł}$  rocznie, co stanowi nieco ponad 10% wartości zamówienia. Dodatkowo, zamawiający uzasadniał poziom wymagań dotyczących sytuacji ekonomicznej i finansowej wykonawców zapisami umownymi gwarantującymi wyegzekwowanie odpowiedzialności z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia przez wykonawcę.

Zgodnie z treścią art. 22 ust. 4 ustawy Pzp opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków powinien być związany z przedmiotem zamówienia i proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Ww. przepis wskazuje dyrektywy postępowania przez zamawiającego przy dokonywaniu opisu, które przede wszystkim mają zapewnić realizację podstawowych zasad ustawy uczciwej konkurencji i równego traktowania (art. 7 ust. 1). Przede wszystkim opis sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu nie może ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom zdolnym do jego realizacji. „Związany z przedmiotem zamówienia” - opis warunków powinien być dokonywany przez pryzmat celu jakiego ma on służyć, a więc zapewnieniu wyboru wykonawcy, który daje rękojmię należytego wykonania przedmiotu udzielanego zamówienia. Nie można dokonywać zatem opisu Warunków w sposób, który wykracza poza realizację tego celu. Opis oceny spełniania warunków powinien być

sformułowany w sposób obiektywny podyktowany specyfiką zamówienia, jego zakresem, stopniem złożoności. „Proporcjonalny do przedmiotu zamówienia” - opis powinien być adekwatny do osiągnięcia celu a więc wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania przedmiotu zamówienia. Dokonany przez zamawiającego opis powinien wskazywać, iż wykonawcy nie spełniający kryteriów podmiotowych nie dają rękojmi możliwości realizacji zamówienia publicznego.

Zamawiający nie przedstawił argumentów, które pozwalałyby na uznanie, że z uwagi na specyfikę prowadzonego postępowania wyłącznie podmioty spełniające warunek osiągnięcia średniorocznego przychodu netto w wysokości 100 i 200 mln zł odpowiednio dla części 1 i 2 oraz osiągnięcia wskaźnika rentowności brutto wyższego niż 4%, należy uznać za zdolne do wykonania przedmiotowego zamówienia. Okoliczności wskazywane przez zamawiającego, tj. 3- i 6-miesięczny termin realizacji poszczególnych części zamówienia, czy też wysokość zastrzeżonych kar umownych, w żaden sposób nie wskazują iż wykonawców prowadzących działalność gospodarczą na mniejszą skalę, niż wskazana przez zamawiającego, należało uznać za niezdolnych do wykonania przedmiotowego zamówienia. W szczególności wskazywanie na wysokość zastrzeżonych na wypadek nienależytego wykonania umowy kar umownych, nie odpowiada specyfice ustalenia warunków udziału w postępowaniu określającym krąg wykonawców zdolnych do należytego wykonania zamówienia. Natomiast argumentacja zamawiającego, iż postawiony warunek uwzględnia możliwość realizowania przez wykonawców równoległe innych kontraktów, wskazuje na niedopuszczalne w świetle art. 22 ust. 4 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp preferowanie takich właśnie podmiotów, kosztem innych, które mogłyby również wykonać przedmiotowe zamówienie, nie angażując się w tym czasie w inne przedsięwzięcia. Odnosząc się do stwierdzenia zamawiającego, iż *oceny sytuacji ekonomicznej i finansowej wykonawcy należy bowiem dokonywać, mając na uwadze całokształt prowadzonej działalności, nie zaś tylko ten konkretny kontrakt*, stwierdzono, że dyspozycja przepisu art. 22 ust. 4 ustawy Pzp obliuguje zamawiającego do określenia opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków w sposób, który powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Tym samym, ustawodawca kładąc akcent na związek i proporcjonalność opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków z konkretnym przedmiotem zamówienia, nie dopuszcza możliwości formułowania opisu, który odnosiłby się także do innych okoliczności, w tym innych zamówień. Również prezentowana przez zamawiającego argumentacja wskazująca na konieczność uwzględnienia, iż wymagany poziom przychodów netto ze sprzedaży dotyczy okresu 12 miesięcy, a przedmiotowe zamówienie dotyczy krótszego okresu - nie uzasadnia wymagania tego wskaźnika na poziomie 300 mln zł (w odniesieniu do obu części zamówienia), to jest

ponad 2,6 razy większym od wartości szacunkowej zamówienia. Przekonanie to dodatkowo wzmacnia fakt, iż poziom przychodów netto nie był jedynym instrumentem służącym ocenie sytuacji ekonomicznej i finansowej wykonawców. Obok wymogu osiągnięcia przychodu netto, wykonawcy musieli kumulatywnie spełnić wymogi dotyczące ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności, posiadania środków finansowych lub zdolności kredytowej oraz rentowności brutto.

W odniesieniu do określonego na poziomie wyższym niż 4% wskaźnika rentowności brutto, dodano, iż wyjaśnienia zamawiającego w żaden sposób nie wskazują, iż podmioty o niższym wskaźniku rentowności, nie byłyby zdolne do należytego wykonania przedmiotowego zamówienia. Co więcej, dokonanie łącznej analizy wskaźnika rentowności i przychodów ze sprzedaży netto w wysokościach wskazanych przez zamawiającego, prowadzi do wniosku, że o udzielenie zamówienia mogli ubiegać się jedynie wykonawcy, którzy osiągnęli średni zysk brutto 12 min zł rocznie, tym samym ograniczając dostęp do zamówienia przedsiębiorcom, którzy znajdują się w fazie rozwoju bądź też poczynili znaczne inwestycje, mogące przynieść zyski w przyszłości.

Dokonując opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu poprzez wskazanie, aby wykonawcy w okresie ostatnich trzech lat obrotowych przed upływem terminu składania ofert, jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie - osiągnęli średnioroczny przychód netto (bez podatku VAT) ze sprzedaży z tytułu prowadzonej działalności operacyjnej na kwotę nie mniejszą niż 100 min. zł dla części 1 i 200 min. zł dla części 2 oraz rentowność brutto liczoną jako zysk brutto / przychód ze sprzedaży netto, wyższą niż 4%, za co najmniej 2 lata obrotowe, zamawiający naruszył art. 22 ust. 4 ustawy Pzp.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych podtrzymał w dniu 8 stycznia 2014 r. argumenty wskazane w Informacji o wyniku kontroli i zgodnie z art. 167 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych przekazał zastrzeżenia Zamawiającego do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

**II.** Po przeprowadzeniu analizy dokumentacji postępowania kontrolnego, a także argumentacji Zamawiającego, Izba uznała, że zastrzeżenia Zamawiającego do wyniku kontroli nie zasługują na uwzględnienie.

Skład orzekający w pełni podzielił stanowisko wyrażone przez Prezesa Urzędu w Informacji o wyniku kontroli uprzedniej oraz piśmie z dnia 8 stycznia 2014 r. .

Izba podziela również i przyjmuje za własne ustalenia i argumentację uzasadniające stwierdzone w Informacji o wyniku kontroli naruszenia przepisów.

Wobec powyższego, Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 167 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych wyraziła opinię, jak w sentencji uchwały.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....