



**ORZECZENIE
GŁÓWNEJ KOMISJI ORZEKAJĄCEJ W SPRAWACH
O NARUSZENIE DYSCYPLINY FINANSÓW PUBLICZNYCH**

Warszawa, dnia 29 stycznia 2018 r.

Główna Komisja Orzekająca w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych
w składzie:

Przewodniczący: *Członek GKO:*

Agata Mikołajczyk

Członkowie: *Członek GKO:*

Leszek Paweł Biedka (spr.)

Członek GKO:

Anna Packo

Protokolant:

Paweł Matusiak

przy udziale Zastępcy Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych Roberta Wydry, po rozpoznaniu, na rozprawie w dniu 29 stycznia 2018 r., odwołania złożonego przez Obwinionego (...) – (...), od orzeczenia Regionalnej Komisji Orzekającej w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Katowicach z dnia 30 czerwca 2017 r. sygn. akt: RKO/7100/44/17, którym Komisja, uniewinniła (...) – pełniącego w czasie zarzucanego naruszenia dyscypliny finansów publicznych funkcję Dyrektora Miejskiego Zarządu Dróg (...), od zarzutu naruszenia dyscypliny finansów publicznych, określonego w art. 17 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 17 grudnia

2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1311 z późn. zm.) zwanej dalej uondfp, (cyt. z sentencji) „poprzez to, że miał naruszyć w (...) art. 22 ust. 4 (a obecnie art. 22 ust. 1a) ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.) poprzez dokonanie w postępowaniu o udzielenie zamówienia na realizację zadania pn. „Rozbudowa ul. (...)” w ramach zadania inwestycyjnego „Rozbudowa odcinka drogi wojewódzkiej nr (...)” (oznaczenie sprawy (...)) :

1. opisu sposobu oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności ekonomicznej i finansowej w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, poprzez wprowadzenie wymogu osiągnięcia przez wykonawców zysku ze sprzedaży w każdym z ostatnich trzech lat oraz w ciągu dwóch z trzech ostatnich lat zysku brutto (przed opodatkowaniem),
2. opisu sposobu oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności ekonomicznej i finansowej dla wykonawców ubiegających się wspólnie o zamówienie oraz wykonawców, którzy polegają na potencjale innego podmiotu, w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, poprzez wprowadzenie obowiązku potwierdzenia warunku w zakresie dysponowania środkami finansowanymi lub zdolnością kredytową na min. 5 mln zł oraz osiągnięcia wskaźników finansowych w zakresie zysku oraz płynności finansowej wyłącznie przez wykonawcę/wykonawców, którzy potwierdzają spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie osiągnięcia w ciągu ostatnich 3 lat średniego przychodu w wysokości co najmniej 30 mln zł;

wartość naruszenia dyscypliny finansów publicznych wynosiła 62.029.292,19 zł netto i była tożsama z wartością szacunkową zamówienia publicznego; czasem popełnienia czynu miał być dzień 23 grudnia 2015 roku, w którym zatwierdzono specyfikację istotnych warunków zamówienia,

ze względu na brak w zarzucanym czynie znamion naruszenia dyscypliny finansów publicznych.”

Komisja Orzekająca I instancji uniewinniając (...) orzekła, że koszty postępowania ponosi Skarbu Państwa,

orzeka

na podstawie art. 147 ust. 1 pkt 1 uondfp, utrzymuje w mocy zaskarżone orzeczenie.

Pouczenie:

Orzeczenie niniejsze jest prawomocne w dniu jego wydania. Na niniejsze orzeczenie – w terminie 30 dni od dnia jego doręczenia – służy skarga do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie. Skargę wnosi się za pośrednictwem Głównej Komisji Orzekającej.

Uzasadnienie

Miejski Zarząd Dróg (...) w grudniu 2015 r. rozpoczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego polegającego na rozbudowie ul(...). Zgodnie z pkt. 6.4. SIWZ zamawiający wymagał wykazania następującej sytuacji ekonomicznej i finansowej:

- 1) osiągnięcie w ciągu ostatnich trzech lat średniego przychodu w wysokości co najmniej 30 000 000 zł.,
- 2) dysponowanie środkami finansowymi lub zdolnością kredytową w wysokości minimum 5 000 000 zł.,
- 3) osiągnięcie poniższych wskaźników finansowych:
 - a) w każdym z ostatnich trzech lat – zysk ze sprzedaży,
 - b) w ciągu dwóch z trzech ostatnich lat – zysk brutto (przed opodatkowaniem),
 - c) w ostatnim roku obrotowym – płynność bieżąca $> 0,8$.

Stosownie do pkt. 6.7. ppkt. 2 SIWZ wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia muszą łącznie spełniać warunki udziału w postępowaniu, przy czym warunku określone w pkt. 6.4. ppkt. 2 i 3 musi spełniać ten spośród wspólnie ubiegających się wykonawców, który potwierdza spełnianie warunku określonego w pkt. 6.4. ppkt 1.

W związku z przedstawionymi wyżej zapisami SIWZ Prezes Urzędu Zamówień Publicznych zwrócił się do zamawiającego o wyjaśnienie przyczyn, dla których w taki sposób określono warunki udziału w postępowaniu i uznał, że naruszają one:

- 1) art. 22 ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 z późn. zm.), zwanej dalej Pzp, poprzez nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia opisanie przez zamawiającego sposobu dokonywania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności ekonomicznej poprzez wymóg, aby wykonawcy osiągnęli w każdym z trzech ostatnich lat zysk ze sprzedaży oraz w ciągu dwóch z trzech ostatnich lat zysk brutto (przed opodatkowaniem),

- 2) art. 22 ust. 4 Pzp w zw. z art. 23 ust. 3 i art. 26 ust. 2b Pzp poprzez nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia i ograniczające swobodę tworzenia konsorcjum oraz korzystania z potencjału podmiotu trzeciego, opisanie warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności ekonomicznej i finansowej w taki sposób, że jeden lub kilku z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia lub jeden lub kilku z innych podmiotów, o których mowa w art. 26 ust. 2b Pzp mogą potwierdzić zdolność finansową, o ile jednocześnie potwierdzają zdolność ekonomiczną.

Krajowa Izba Odwoławcza w uchwale z dnia (...) października 2016 r. (sygn. akt (...)) nie uwzględniła zastrzeżeń zamawiającego co do stwierdzonych przez prezesa UZP naruszeń prawa i podzielił stanowisko UZP w tym zakresie. Wniosek o ukaranie (...) – Dyrektora Miejskiego Zarządu Dróg (...) wniósł Rzecznik Dyscypliny Finansów Publicznych właściwy w sprawach rozpoznawanych przez Regionalną Komisję Orzekającą przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Katowicach, zwany dalej Rzecznikiem. Zdaniem Rzecznika Obwiniony dopuścił się czynu określonego w art. 17 ust. 1 pkt 3 uodfp dokonując:

- 1) opisu sposobu oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności ekonomicznej i finansowej w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, poprzez wprowadzenie wymogu osiągnięcia przez wykonawców zysku ze sprzedaży w każdym z ostatnich trzech lat oraz zysku brutto w ciągu dwóch z trzech ostatnich lat;
- 2) opisu sposobu oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności ekonomicznej i finansowej dla wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, poprzez wprowadzenie obowiązku potwierdzenia warunku w zakresie dysponowania środkami finansowymi lub zdolnością kredytową na minimum 5 000 000 zł. oraz osiągnięcia wskaźników finansowych w zakresie zysku oraz płynności finansowej wyłącznie przez wykonawców, którzy potwierdzają spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie osiągnięcia w ciągu ostatnich trzech lat średniego przychodu w wysokości co najmniej 30 000 000 zł.

Zdaniem Rzecznika opis oceny warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności ekonomicznej i finansowej naruszał wprost zasadę wyrażoną w art. 22 ust. 4 Pzp, zgodnie z którym opis sposobu dokonania oceny spełnienia warunków, o których mowa

w ust. 1 powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Przez proporcjonalność należy rozumieć sytuację, w której warunki ukształtowane są tak, aby istniał prawidłowy, bezpośredni związek pomiędzy przedmiotem zamówienia a opisem warunku udziału w postępowaniu. Prawidłowość tego związku polega natomiast na niedopuszczeniu do sytuacji, w której warunek jest opisany w sposób nadmierny, zbyt wygórowany do przedmiotu zamówienia. Prawidłowość ta wymaga wykazania przez zamawiającego, że kształtując warunek nie pozbawiono w sposób merytorycznie nieuzasadniony, udziału w postępowaniu jakiegoś wykonawcy. Rzecznik wskazał, że nie można uznać, iż z uwagi na specyfikę zamówienia wyłącznie podmioty spełniające warunek osiągnięcia w każdym z trzech ostatnich lat zysku ze sprzedaży oraz osiągnięcia w ciągu dwóch z trzech ostatnich lat zysku brutto, są zdolne do wykonania przedmiotowego zadania.

W zakresie wymogu dysponowania środkami finansowymi lub zdolnością kredytową na minimum 5 000 000 zł oraz osiągnięcia wskaźników finansowych wyłącznie przez wykonawcę lub wykonawców, którzy potwierdzają spełnienie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego osiągnięcia w ciągu ostatnich trzech lat średniego przychodu w wysokości co najmniej 30 000 000 zł, Rzecznik uznał, że taki opis warunku udziału w postępowaniu w sposób merytorycznie nieuzasadniony ograniczył możliwości udziału w postępowaniu wykonawców funkcjonujących w formie konsorcjum oraz korzystania z potencjału podmiotu trzeciego, a także sprzeciwił się istocie i celowi tworzenia konsorcjum oraz polegania na zdolności ekonomicznej i finansowej podmiotu trzeciego.

Rzecznik podkreślił, że zamawiający posiada swobodę kształtowania treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w tym również opisu warunków udziału w postępowaniu tak, aby dopuścić do postępowania tylko tych wykonawców, którzy dają rękojmię należytego wykonania zamówienia. Jednocześnie zamawiający musi być w stanie w sposób merytoryczny uzasadnić dlaczego takiej rękojmi odmawia wykonawcom niespełniającym warunków określonych w specyfikacji. W niniejszej sprawie zamawiający nie uzasadnił, że wykonawcy niespełniający warunków opisanych w SIWZ nie są w stanie zagwarantować należytego wykonania przedmiotowego zamówienia.

W ocenie Rzecznika doszło do naruszenia obowiązującego w dniu popełnienia czynu, a następnie uchylonego art. 22 ust. 4 Pzp oraz obowiązującego od 28 lipca 2016 r. art. 22 ust.

1a Pzp, które nakładały na zamawiającego obowiązek ukształtowania opisu warunku udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do jego przedmiotu.

Obwiniony wyjaśniał, że przygotowując postępowanie starał się przestrzegać reguł finansów publicznych, które wymagają, aby wydatki publiczne dokonywane były w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasad uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów oraz optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów. Z uwagi na liczne przypadki upadłości przedsiębiorstw budowlanych postanowiono w przypadku przedmiotowego zamówienia określić wymagania „... *być może rzadko albo jeszcze niespotykane na polskim rynku.*”. W ocenie Obwinionego celowym było zwrócenie się do uznanego eksperta w zakresie zamówień publicznych o pomoc w sformułowaniu treści SIWZ, w szczególności w odniesieniu do warunków udziału i kryteriów oceny ofert. Zdaniem Obwinionego, warunki udziału w postępowaniu były zgodne z prawem europejskim, ich wprowadzenie miało na celu wyłonienie wykonawcy, co do którego nie będzie ryzyka upadłości i który w sposób należyty zrealizuje inwestycję. Obwiniony przedstawił analizę ekonomiczną, z której wynikało, że wynik finansowy brutto jest wielkością ekonomiczną, będącą najlepszym miernikiem sytuacji finansowej przedsiębiorstwa.

W przedmiocie zarzutu dotyczącego spełniania warunków ekonomicznych przez konsorcjum Obwiniony wyjaśnił, że wskaźniki musieli spełniać wykonawcy, którzy potwierdzają warunek w zakresie przychodu, natomiast warunek w zakresie przychodu można było spełniać łącznie i w tym zakresie nie istniały żadne ograniczenia. Zdaniem Obwinionego oba warunki, zarówno w zakresie przychodu, jak i dysponowania środkami finansowymi, były określone w taki sposób, że miały być spełnione łącznie przez członków konsorcjum i w żadnym miejscu nie było stwierdzone, że przychód ma wykazać każdy członek konsorcjum, ani że nie będzie brane pod uwagę dysponowanie środkami finansowymi przez tego członka konsorcjum, który nie osiąga określonego przychodu. Wykonawcy mogli więc wykazać spełnienie warunku w zakresie przychodu w dowolny sposób, załączając jeden lub kilka rachunków zysków i strat, o ile łączny przychód wynosi co najmniej określoną kwotę – zarówno zdolność finansowa jak również przychód mogły podlegać sumowaniu w dowolnej konfiguracji.

Zdaniem Obwinionego wskazane nieprawidłowości w opisie spełniania warunków udziału w postępowaniu nie miały żadnego wpływu na jego przebieg, zważywszy że wpłynęło 9 ofert złożonych przez 14 wykonawców, zagranicznych, krajowych i lokalnych.

W toku postępowania Obwiniony wskazał również na art. 19 uondfp, z którego wynika, że nie można przypisać winy jeżeli pomimo dołożenia należytej staranności nie można było uniknąć naruszenia dyscypliny finansów publicznych. W tym zakresie Obwiniony wskazał, że skorzystał z usług osoby profesjonalnie zajmującej się zamówieniami publicznymi, a także powołał niestandardową, dziesięcioosobową komisję przetargową składającą się z dodatkowego konsultanta oraz pracownika Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad.

Regionalna Komisja Orzekająca w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Katowicach, zwana dalej RKO, na podstawie art. 78 ust. 1 pkt 2 i ust. 3 w związku z art. 19 ust. 2 uondfp uniewinniła (...) od zarzutu naruszenia dyscypliny finansów publicznych, o którym mowa w art. 17 ust. 1 pkt 3 uondfp, ze względu na brak w zarzucanym czynie znamion naruszenia dyscypliny finansów publicznych.

W uzasadnieniu orzeczenia, w pierwszej kolejności RKO wypełniła obowiązek wynikający z art. 24 ust. 1 uondfp i wskazała, że w niniejszej sprawie zastosowanie znajdują przepisy obowiązujące w dniu orzekania albowiem przepisy obowiązujące w dniu popełnienia czynu nie są względniejsze dla sprawcy. Główna Komisja Orzekająca w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych, zwana dalej Główną Komisją Orzekającą lub GKO, podziela w tym zakresie pogląd RKO, a w zakresie orzekania w drugiej instancji również stosuje przepisy obowiązujące w dniu orzekania.

Jednocześnie RKO uznała, iż: 1) oznaczona przez Rzecznika data popełnienia czynu (29 lipca 2015 r.) jest niewłaściwa, 2) wartość naruszenia wskazana przez Rzecznika również nie jest prawidłowa (62 676 430,73 zł) i określiła, że czyn popełniony został w dniu 23 grudnia 2015 r., a wartość naruszenia wynosi 62 029 292,19 zł.

RKO, uwzględniając ustalenia faktyczne w niniejszej sprawie powzięła wątpliwości w zakresie winy Obwinionego w rozumieniu art. 19 ust. 2 uondfp, zgodnie z którym odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych ponosi osoba, której można przypisać winę w czasie popełnienia naruszenia, przy czym nie można przypisać winy

jeżeli naruszenia nie można było uniknąć mimo dołożenia staranności wymaganej od osoby odpowiedzialnej za wykonanie obowiązku, którego niewykonanie lub nienależyte wykonanie stanowi czyn naruszający dyscyplinę finansów publicznych. W ocenie RKO nie ma podstaw do uznania, że zatwierdzenie SIWZ przez Obwinionego nie zostało podjęte na podstawie wnikliwej i wszechstronnej analizy stanu faktycznego i prawnego. W konsekwencji, RKO uwzględniając treść art. 76 ust. 1, na podstawie art. 78 ust. 1 pkt 2 i ust. 3 uondfp orzekła o uniewinnieniu (...).

Od powyższego orzeczenia odwołanie wniósł Obwiniony. W odwołaniu Obwiniony stwierdził, że przesłanką uniewinnienia był brak winy, a nie „... ocena merytoryczna czynu.” i zarzucił, że RKO uchyliła się od „...rozpatrzenia zgodności z przepisami warunków udziału w postępowaniu ...”. Obwiniony wniósł o „...merytoryczne rozpatrzenie ... zarzutów i potwierdzenie zgodności ... postępowania z powszechnie obowiązującymi przepisami ...”. W uzasadnieniu odwołania Obwiniony wyraził sprzeciw wobec faktu, że podstawą uniewinnienia był art. 19 ust. 2 uondfp, wskazał, że jego działania były starannie przygotowane, szeroko konsultowane i zgodne z przepisami Pzp, a RKO „... nie ustosunkowała się jednoznacznie do podstawowej kwestii formalnej poprawności czynu.”. Zdaniem Obwinionego „... orzeczenie w tej sprawie jest konieczne nie tylko dla mojego spokoju sumienia, ale również dla przyszłych działań naszej instytucji jako zamawiającego oraz wielu innych zamawiających w Polsce.”.

Główna Komisja Orzekająca zważyła, co następuje.

Zgodnie z art. 147 ust. 1 uondfp GKO w wyniku rozpoznania odwołania na rozprawie wydaje orzeczenie, w którym:

- 1) utrzymuje orzeczenie w mocy albo
- 2) uchyla orzeczenie w całości lub w części i rozstrzyga sprawę co do istoty,
 - 2a) uchyla orzeczenie w całości lub w części i umarza postępowanie, albo
- 3) uchyla orzeczenie w całości lub w części i przekazuje sprawę do ponownego rozpoznania przez komisję orzekającą.

Stosownie do art. 138 ust. 5 zdanie pierwsze uondfp w treści środka zaskarżenia należy określić, jakiego rozstrzygnięcia domaga się skarżący. Z odwołania wynika, że skarżący nie jest zadowolony z uniewinniającego orzeczenia RKO, nie wynika natomiast jakiego orzeczenia w świetle przywołanego przepisu oczekuje od GKO. Na podstawie argumentów

przytoczonych w odwołaniu można przypuszczać, że Obwiniony żąda czynności, o której mowa w art. 147 ust. 1 pkt 2 lub 3 uondfp. Zdaniem GKO nie istnieją przesłanki do uchylecia orzeczenia, korzystnego dla Obwinionego, który tym orzeczeniem został uniewinniony. Bez względu na ewentualną przyczynę uchylecia orzeczenia RKO, w niniejszej sprawie mogłoby zapaść kolejne orzeczenie uniewinniające, które nie zmieniałoby statusu prawnego odwołującego – byłby on nadal niewinny zarzucanego czynu.

Zauważyć również należy, że istotą odwołania, co wynika z cytowanych wyżej jego fragmentów, jest udzielenie Obwinionemu dalszych wskazówek co do możliwości określania w przyszłości warunków udziału w postępowaniu analogicznych do występujących w niniejszej sprawie. Zgodnie z art. 42 ust. 1 i 2 organami orzekającymi w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych w pierwszej instancji są komisje orzekające (w niniejszej sprawie RKO), natomiast w drugiej instancji organem tym jest GKO. Z przywołanego przepisu wynika, że rolą wymienionych w nim organów jest orzekanie, nie jest natomiast zadaniem tych organów udzielanie porad prawnych, a do tego zmierza treść uzasadnienia odwołania.

Zgodnie z art. 19 ust. 1 uondfp, odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych ponosi osoba, która popełniła czyn naruszający dyscyplinę finansów publicznych. W przepisie tym sformułowano pierwszą i podstawową przesłankę odpowiedzialności. Druga, obowiązkowa przesłanka odpowiedzialności znajduje się w art. 19 ust. 2 uondfp, zgodnie z którym odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych ponosi osoba, której można przypisać winę w czasie popełnienia naruszenia. W niniejszej sprawie podstawą uniewinnienia (...) był stwierdzony przez RKO brak winy (art. 19 ust. 2 uondfp). Skoro RKO zastosowała ten przepis, to należy wnosić, że nie znalazła przesłanek do uniewinnienia na podstawie art. 19 ust. 1 uondfp, a to oznacza, że uznała, iż doszło do popełnienia czynu naruszającego dyscyplinę finansów publicznych. W konsekwencji uzasadniony jest wniosek, że określone przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu zostały uznane przez RKO za sprzeczne z przepisami Pzp. Okoliczność ta w sposób oczywisty wskazuje zamawiającemu, że warunki udziału w postępowaniu zostały ustalone w sposób wadliwy, a tym samym Obwiniony może znaleźć odpowiedź na wątpliwości wyartykułowane w odwołaniu. Niezależnie od powyższego GKO podziela stanowisko wynikające z uzasadnienia orzeczenia organu pierwszej instancji. Zgodnie art. 22 ust. 1a Pzp zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz

wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. Przepis ten ma na celu zapewnienie realizacji wyartykułowanej w art. 7 ust. 1 Pzp jednej z podstawowych zasad, którymi kierują się zamówienia publiczne – zachowanie uczciwej konkurencji. Przewidziane przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu nie mogą ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom zdolnym do jego realizacji. Proporcjonalność, o której mowa w art. 22 ust. 1a Pzp oznacza, że warunki udziału w postępowaniu powinny być adekwatne do osiągnięcia celu tego postępowania – wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia, natomiast w przypadku wykonawców niespełniających warunków, rękojmia taka nie występuje. W ocenie GKO nie można przyjąć, że wyłącznie podmioty spełniające warunek osiągnięcia w każdym z trzech ostatnich lat zysku ze sprzedaży oraz osiągnięcia w ciągu dwóch z trzech ostatnich lat zysku brutto są zdolne do wykonania zamówienia.

Okoliczności wskazane przez zamawiającego, tj. generowanie strat i związane z tym ryzyko upadłości przedsiębiorstwa mające zdaniem zamawiającego skutkować brakiem wiarygodności i zdolności do prawidłowego wykonania zamówienia nie dają podstaw do automatycznego eliminowania możliwości wzięcia przez takie podmioty udziału w postępowaniu.

Zysk rozumiany jako dodatni wynik finansowy nie musi być miarodajny dla oceny rzeczywistej kondycji ekonomicznej i finansowej. Przedsiębiorstwo nieosiągające zysku może być w dobrej sytuacji ekonomicznej, którą potwierdzają inne wskaźniki jak np. zrównoważony poziom produkcji, rosnąca wartość aktywów. Wymóg wykazania dodatniego wyniku finansowego może uniemożliwiać udział w postępowaniu podmiotom rozpoczynającym działalność, realizującym inwestycje, a także podmiotom, który we wskazanym okresie dokonały nakładów mających na celu osiągnięcie zysków w przyszłości, niezależnie od tego czy przedsiębiorca byłby w stanie należycie wykonać zamówienie. W konsekwencji należy przyjąć, że doszło do naruszenia art. 22 ust. 1a Pzp, w części dotyczącej ustalenia warunków udziału w postępowaniu opisanych wyżej.

Zamawiający wymagał, w przypadku, w którym wykonawcy wspólnie ubiegają się o udzielenie zamówienia, aby warunki dotyczące sytuacji ekonomicznej i finansowej, tj.:

- 1) dysponowanie środkami finansowymi lub zdolnością kredytową w wysokości min.

5 000 000 zł., 2) osiągnięcie wskaźników finansowych: a) w każdym z trzech ostatnich lat: zysk ze sprzedaży, b) w ciągu dwóch z trzech ostatnich lat: zysk brutto, c) w ostatnim roku obrotowym: płynność bieżąca $> 0,8$, spełniali ci wykonawcy, którzy potwierdzą spełnienie warunku osiągnięcia w ciągu ostatnich trzech lat średniego przychodu w wysokości co najmniej 30 000 000 zł.

Zgodnie z ugruntowanym poglądem orzecznictwa dotyczącym wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia, w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu, wystarczające jest łączne ich spełnienie przez wszystkie podmioty tworzące konsorcjum. Twierdzenie to jest oczywiste, zważywszy na fakt, że konsorcjum jest tworzone w celu łączenia zdolności technicznych lub zawodowych, a także możliwości finansowych i ekonomicznych, co skutkuje dopuszczalnością sumowania tych potencjałów. W konsekwencji, w przypadku łącznego spełnienia warunków udziału przez wszystkich konsorcjantów należy przyjąć, że warunek udziału w postępowaniu został potwierdzony, a interpretacja odmienna byłaby sprzeczna z art. 23 ust. 3 Pzp, zgodnie z którym przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do konsorcjum. Odmiennie traktowanie wykonawców będących członkami konsorcjum, niż wykonawców samodzielnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, naruszałoby wyżej przywołaną zasadę równego traktowania wykonawców.

Podkreślenia wymaga fakt, że możliwość wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego przysługuje wykonawcom *ex lege*. Ustawodawca dopuścił wspólne ubieganie się o zamówienie, w przypadku gdy wykonawcy samodzielnie nie mogą spełnić warunków udziału w postępowaniu. Nieuzasadnione ograniczenie tych uprawnień należy traktować jako naruszenie wyżej przywołanej zasady zamówień publicznych opisanej w art. 7 ust. 1 Pzp.

Niezależnie od powyższego podnieść należy, że orzeczenie organu takiego jak RKO lub GKO jest wiążące wyłącznie w konkretnej sprawie, a to oznacza, że w innej sprawie, w analogicznym stanie faktycznym i prawnym może zapaść orzeczenie o treści odmiennej, w tym również orzeczenie wskazujące na istnienie winy po stronie obwinionego. Ponadto, każde zamówienie jest zamówieniem zindywidualizowanym, a w konsekwencji warunki udziału w postępowaniu odpowiednie dla konkretnego zamówienia nie muszą odpowiadać potrzebom innych zamówień. O prawidłowości ustalenia tych warunków decydują okoliczności ściśle zdefiniowanego zamówienia, które mogą być odmienne od zamówienia

będącego przedmiotem niniejszej sprawy, a to oznacza, że postulowane przez odwołującego się wskazówki mogą być bezwartościowe dla potrzeb innego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Mając na uwadze powyższe orzeczono, jak w sentencji.