

Szczecin, dnia 17 czerwca 2013 r.

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej  
ul. Postępu 17a  
00-676 Warszawa

**Odwołujący:**

Energopol-Szczecin S.A.  
ul. Św. Floriana 9/13  
70-646 Szczecin

Tel.: +48 (91) 462 34 36  
Fax: +48 (91) 462 47 25  
email: [ep-sa@energopol.pl](mailto:ep-sa@energopol.pl)

repr. przez r.pr. Jarosław Jerzykowskiego oraz  
r. pr. Marcina Boczkę  
adres do doręczeń:  
Jerzykowski i Wspólnicy. Sp.k.  
pl. Brama Portowa 4  
70 -225 Szczecin

**Zamawiający:**

Zarząd Portu Morskiego Mrzeżyno,  
ul. Portowa 6,  
72-330 Mrzeżyno

Data, numer oraz miejsce publikacji ogłoszenia o zamówieniu:

Dnia 29 maja 2013 r., Biuletyn Zamówień Publicznych Nr 93401 – 2013

**ODWOŁANIE**

Działając w imieniu Energopol-Szczecin S.A. z siedzibą w Szczecinie (dalej: „Odwołujący” lub „Energopol”) na podstawie udzielonego pełnomocnictwa, którego odpis załączam do niniejszego odwołania na podstawie art. 180 ust. 2 pkt 2) ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm. - dalej „PZP”) z siedzibą w Szczecinie, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie

przetargu ograniczonego na „*Modernizacja portu rybackiego w Mrzeżynie - strona zachodnia*”  
wnoszę

**odwołanie**

od czynności opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu  
w zakresie warunku dot. zdolności ekonomicznej:

i zarzucając Zamawiającemu obrazę:

- art. 22 ust. 4 PZP – poprzez jego naruszenie przez Zamawiającego poprzez dokonanie opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 PZP, w sposób niezwiązany z przedmiotem zamówienia oraz nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia,
- art. 12a ust. 2 PZP – poprzez jego niezastosowanie polegającą na nieprzedłużeniu terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o czas niezbędny do wprowadzenia zmian we wnioskach lub ofertach pomimo dokonania istotnej zmiany treści ogłoszenia,
- art. 7 ust. 1 PZP – poprzez naruszenie przez Zamawiającego zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, poprzez niejednoznaczny opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu

wnoszę o uwzględnienie odwołania w całości i:

- (I) nakazanie Zamawiającemu sformułowania opisu sposobu spełnienia warunku udziału w postępowaniu dot. zdolności ekonomicznej zgodnie z art. 22 ust. 4 PZP;

ewentualnie o,

- (II) unieważnienie postępowania;

jak również

- (III) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego według spisu kosztów, który zostanie przedłożony na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą.

**Interes we wniesieniu odwołania**

Odwołujący wskazuje, iż ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, jako że spełnia warunki udziału w postępowaniu, a z uwagi na popełniony przez Zamawiającego błąd proceduralny i niejednoznaczność opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w brzmieniu określonym w odpowiedzi na pytanie, Odwołujący został

pozbawiany przez Zamawiającego możliwości dalszego udziału w postępowaniu, a co za tym idzie uzyskania zamówienia. Powyższe sprawia, że Odwołujący poniesie określoną szkodę polegającą na nieuzyskaniu zamówienia.

### **Termin na wniesienie odwołania**

Termin do wniesienia odwołania został zachowany. Odwołujący dnia 10 czerwca 2013 r. zadał Zamawiającemu pytania w sprawie prowadzonego postępowania, w tym między innymi dot. sumy wartości nominalnych poszczególnych wskaźników za 3 lata obrotowe. Dnia 13 czerwca 2013 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na zapytanie dot. ogłoszenia w sposób powodujący istotną zmianę treści ogłoszenia, przy czym naruszając przepisy proceduralne, zmiany tej formalnie nie dokonał.

W związku z powyższym pięciodniowy termin na wniesienie odwołania został zachowany.

### **UZASADNIENIE**

#### **(I)**

Zgodnie z sekcją III.3.5 ogłoszenia o zamówieniu Zamawiający żądał od wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia wykazania sytuacji finansowej i ekonomicznej poprzez:

- 1) posiadanie na rachunku bankowym środków finansowych w wysokości co najmniej 15.000.000,00 PLN lub zdolności kredytowej co najmniej do tej kwoty. Zamawiający nie będzie akceptował zaświadczeń i innych dokumentów z użytym sformułowaniem może mieć oraz będzie miał i tym podobnych. Pod uwagę będą brane dokumenty ze sformułowaniem ma zdolność,
- 2) osiągnięcie w ostatnich trzech latach obrotowych, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy to w tym okresie średni roczny przychód netto ze sprzedaży w wysokości co najmniej 20 000 000,00 PLN rocznie,
- 3) osiągnięcie na koniec ostatnich trzech lat obrotowych niżej wymienionych wskaźników: (3.1.) Wskaźniki bieżącej płynności = aktywa obrotowe (AO)/ Zobowiązania krótkoterminowe (ZK) nie mniej niż 1,450; (3.2.) Wskaźnik szybkiej płynności = (aktywa obrotowe - zapasy - krótkoterminowe rozliczenia międzyokresowe) / zobowiązania krótkoterminowe; nie mniej niż 1,2; (3.3.) Wskaźnik płynności gotówkowej = środki pieniężne i inne aktywa pieniężne (ŚP) / Zobowiązania krótkoterminowe (ZK) nie mniej niż 0,250; (3.4.) Rentowność sprzedaży netto = Zysk netto (ZN) / Przychody netto ze sprzedaży i

zrównanie z nimi (PS) \* 100% nie mniej niż 2,5% (3.5.) Wskaźnik ogólnego zadłużenia = zobowiązania i rezerwy na zobowiązania (ZiR) / Aktywa ogółem (AK) nie więcej niż 0,6,

- 4) posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej na kwotę nie mniejszą niż 15 000 000,00 PLN.

## (II)

Dnia 10 czerwca 2013 r. Odwołujący, w związku z wątpliwościami odnośnie treści ogłoszenia zwrócił się do Zamawiającego m. in. z pytaniem nr 2 dotyczącym sekcji III.3.5 ppkt. 3 Ogłoszenia o zamówieniu.

Odwołujący zwrócił się z prośbą do Zamawiającego o potwierdzenie, że wskazane w Ogłoszeniu o zamówieniu wymagania dotyczące sytuacji ekonomicznej i finansowej Wykonawcy określone w pkt. III.3.5 ppkt. 3.1-3.5 należy obliczyć jako iloraz: sumy wartości nominalnych poszczególnych wskaźników za 3 lata obrotowe oraz ilości lat (3 lata, jeśli okres prowadzenia działalności jest krótszy). W odpowiedzi dnia 13 czerwca 2013r. Zamawiający wskazał, iż „*W odniesieniu do pierwszej części pytania dotyczącej sumy wartości nominalnych poszczególnych wskaźników za 3 lata obrotowe, odpowiedź brzmi – „wskaźniki obliczane będą na koniec każdego z ostatnich trzech lat obrotowych” oraz „W odniesieniu do drugiej części pytania tj. ilości lat (3 lata, jeśli okres prowadzenia działalności jest krótszy), odpowiedź brzmi: „a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy to w tym okresie”.*

## (III)

Opis oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu dot. zdolności ekonomicznej w brzemieniu nadanym odpowiedzią z dnia 13 czerwca 2013 r. stanowi naruszenie uczciwej konkurencji i jest sprzeczne z ustawowym nakazem formułowania sposobu dokonania oceny spełniania warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 PZP w sposób związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

Określenie przez Zamawiającego, iż wymagane wskaźniki obliczane będą na koniec każdego z ostatnich trzech lat obrotowych powoduje, iż firmy, które były w stanie znacząco poprawić swoją kondycję finansową i osiągają wskaźnik średni ważony z trzech ostatnich lat (czyli na koniec ostatnich trzech lat obrotowych) nie są w stanie spełnić warunku udziału w postępowaniu. Co więcej tak sformułowany warunek dot. sytuacji ekonomicznej może preferować wykonawców o gorszej sytuacji ekonomicznej na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Wystarczy bowiem, że wykonawca nie osiągał wymaganych wskaźników w ostatnich dwóch latach

i chociaż znacząco przekracza wymaganą wartość wskaźnika w roku bieżącym, to nie będzie mógł brać udziału w postępowaniu.

Przykład:

Wskaźniki bieżącej płynności (min. 1,45)

	2010	2011	2012
Wykonawca A	1,47	1,46	1,45
Wykonawca B	1,40	1,44	1,75

W przypadku metodologii oceny spełnienia warunku opisanej w ogłoszeniu obaj wykonawcy spełniliby warunek udziału w postępowaniu. Przy metodologii oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonej w odpowiedzi Zmawiającego na pytanie Wykonawca B nie spełnia warunku udziału w postępowaniu pomimo tego, iż aktualnie jest w lepszej sytuacji finansowej Wykonawcy A, jak i średnia ważona wskaźników jego za trzy lata jest wyższa od średniej ważonej wskaźników Wykonawcy B. W związku z udzieleniem odpowiedzi przez Zamawiającego, zmieniającej w sposób diametralny wykazanie spełniania wymagań dotyczących sytuacji finansowej i ekonomicznej wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia, na dwa dni przed terminem składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i nieprzedłużeniem przez Zamawiającego terminu składania wniosków, Odwołujący pomimo swej dobrej kondycji finansowej, nie był w stanie wykazać, iż spełnia zmieniony w ostatniej chwili warunek udziału w postępowaniu. Powyższe stanowisko nie budzi wątpliwości w świetle rozbieżności pomiędzy wykazaniem posiadania określonej zdolności finansowej „Na koniec ostatnich trzech lat obrotowych” (jak określił ten warunek Zamawiający w Ogłoszeniu), a zwrotem „wskaźniki obliczane będą na koniec każdego z ostatnich trzech lat obrotowych”, co wynika z przedstawionej dnia 12 czerwca 2013r. odpowiedzi Zamawiającego.

#### (IV)

Posługując się pewną analogią do warunku dotyczącego doświadczenia stwierdzić należy, iż określenie przez Zamawiającego, iż wskaźniki obliczane będą na koniec każdego z ostatnich trzech lat obrotowych, powoduje taki skutek, jakby Zamawiający wymagał, iż roboty opisane w treści warunku powinny być wykonywane przez wykonawcę w każdym z lat okresu przewidzianego w § 1 ust. 1 pkt 2 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 (Dz. U. z 2013 r. poz. 231 – dalej: „Rozporządzenie w sprawie dokumentów”).

Tymczasem taki sposób dokonywania oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu nie jest dopuszczalny. Ustawodawca po to w Rozporządzeniu w sprawie dokumentów określił okresy badania sytuacji podmiotowej wykonawców, aby ocena ta odbywała się właśnie dla tych przedziałów czasowych. Ograniczenie przez Zamawiającego oceny spełnienia warunku finansowego do trzech okresów rocznych jest sprzeczne z intencją ustawodawcy, który dla dokonywania oceny sytuacji ekonomicznej przewidział okres 3 letni, a nie 3 autonomiczne okresy roczne (vide: § 1 ust. 1 pkt 9 Rozporządzenia w sprawie dokumentów).

(V)

Podkreślenia wymaga fakt, iż warunki udziału w postępowaniu odnoszą się do właściwości podmiotowej wykonawcy. Od ich spełnienia uzależniony jest udział wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Warunki udziału w postępowaniu mają na celu ograniczenie ryzyka wyboru wykonawcy niezdolnego do wykonania zamówienia publicznego lub w stosunku do którego, ze względu na sytuację podmiotową zachodzi prawdopodobieństwo nienależytego wykonania zamówienia. Przez „warunki udziału w postępowaniu” należy zatem rozumieć warunki określone przez ustawodawcę w art. 22 ust. 1 oraz art. 24 ust. 1 PZP odnoszące się do właściwości podmiotowej wykonawcy, których spełnienie jest wymagane od każdego wykonawcy przystępującego do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pod rygorem wykluczenia.

Prawidłowe i jednoznaczne dokonanie opisu sposobu dokonania przez Zamawiającego oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu pozwala zachować przejrzystość i jasność postępowania. Z jednej strony opis ten powinien być związany i proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz nieutrudniający uczciwej konkurencji, z drugiej zaś strony powinien umożliwić wyłonienie wykonawcy, który da rękojmię należytego wykonania zamówienia. Ustawodawca w art. 22 ust. 1 PZP określił ogólne warunki udziału w postępowaniu, jakie powinien spełnić każdy wykonawca, aby mógł skutecznie ubiegać się o udzielenie zamówienia publicznego. Weryfikacji spełnienia tych warunków Zamawiający dokonuje poprzez ich konkretyzację przy uwzględnieniu specyfiki przedmiotu konkretnego zamówienia. Przygotowanie odpowiedniego opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu pozwala Zamawiającemu zwiększyć szanse na wybór wykonawcy, który daje rękojmię wykonania zamówienia w sposób należyty. W art. 24 ust. 2 PZP wskazuje dwie zasady, którymi Zamawiający zobowiązany jest się kierować przy formułowaniu opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Zgodnie z tymi zasadami opis ten powinien być: (a) związany z przedmiotem zamówienia - nie można zatem konkretyzować warunku w ten sposób, by doprowadzić do weryfikacji zdolności wykonawcy pod względem nie związanym z przedmiotem zamówienia oraz (b) proporcjonalny do przedmiotu zamówienia.



W kontekście powyższych okoliczności faktycznych, nie sposób pominąć dyspozycję art. 12a ust. 2 PZP i tym samym obowiązek Zamawiającego zarówno dokonania zmiany treści ogłoszenia z zachowaniem postanowień proceduralnych, jak i przedłużenia terminu złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o czas niezbędny na wprowadzenie zmian we wniosku. Bez wątpienia Zamawiający udzielając odpowiedzi na pytanie Odwołującego dokonał zmiany treści ogłoszenia, co prawda nie zachował on przepisów proceduralnych obowiązujących w tym zakresie i techniczna zmiana treści nie nastąpiła, jednak bez wątpienia analiza treści udzielonej odpowiedzi pozwala stwierdzić dokonaną zmianę.

Należy w tym miejscu wskazać ugruntowane stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej, z którego wynika, iż *„Dla oceny konieczności dokonania zmiany terminu składania ofert w zakresie zmiany ogłoszenia o zamówieniu należy wziąć pod uwagę treść art. 12a PZP. Zgodnie z tym przepisem w przypadku dokonywania zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu zamieszczonego w odpowiednim publikatorze, Zamawiający przedłuża termin składania ofert o czas niezbędny do wprowadzenia zmian w ofertach, jeżeli jest to konieczne. Jeżeli zmiana, o której mowa w ust. 1, jest istotna, w szczególności dotyczy określenia przedmiotu, wielkości lub zakresu zamówienia, kryteriów oceny ofert, warunków udziału w postępowaniu lub sposobu oceny ich spełniania, Zamawiający przedłuża termin składania ofert o czas niezbędny na wprowadzenie zmian w ofertach. Stwierdzić zatem należy, że ocenę takiej konieczności ustawa pozostawia Zamawiającemu, z jednoczesnym określeniem, kiedy taka zmiana jest obligatoryjna.”* (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 czerwca 2011 r. sygn. akt KIO 1265/11).

## (VI)

Niejako na marginesie należy zauważyć, iż pomimo dokonania faktycznej zmiany sposobu dokonania oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu Zamawiający nie zmienił ogłoszenia o zamówieniu, do czego był zobowiązany na mocy postanowień art. 12a PZP. Jak stanowi przywołany przepis w przypadku dokonywania zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu zamieszczonego w Biuletynie Zamówień Publicznych lub opublikowanego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, zamawiający przedłuża termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub termin składania ofert o czas niezbędny do wprowadzenia zmian we wnioskach lub ofertach, jeżeli jest to konieczne. Jeżeli zmiana, o której mowa w art. 12a ust. 1, jest istotna, w szczególności dotyczy określenia przedmiotu, wielkości lub zakresu zamówienia, kryteriów oceny ofert, warunków udziału w postępowaniu lub sposobu oceny ich spełniania, zamawiający przedłuża termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub termin składania ofert o czas niezbędny na wprowadzenie zmian we wnioskach lub ofertach.

Podkreślić należy również niebagatelne znaczenie konieczności prawidłowego przeprowadzenia procedury postępowania w odniesieniu do projektów finansowanych

ze środków pochodzących z budżetu Unii Europejskiej oraz niezbędność zapewnienia prawidłowego zarządzania środkami pochodzącymi z Unii Europejskiej i budżetu państwa.

W przypadku błędów proceduralnych, które w niniejszej sprawie bez wątpienia nastąpiły, wielce prawdopodobnym jest, iż właściwa instytucja wdrażająca lub zarządzająca na podstawie taryfikatora załączonego do dokumentu "Wymierzanie korekt finansowych za naruszenia prawa zamówień publicznych związane z realizacją projektów współfinansowanych ze środków funduszy UE" zastosuje stosowne korekty wobec Zamawiającego. W tym miejscu pokreślić należy, iż zgodnie z pkt 2 tabeli 4 do dokumentu "Wymierzanie korekt finansowych za naruszenia prawa zamówień publicznych związane z realizacją projektów współfinansowanych ze środków funduszy UE" korekcie w kwocie 25% środków kwalifikowanych podlega naruszenie art. 12 a Pzp polegające na uchybieniu terminom określonym w tym przepisie, w przypadku zmiany istotnych elementów ogłoszenia.

(VII)

W związku z powyższym niniejsze odwołanie należy uznać za konieczne i zasadne.

(IX)

Kopia odwołania została przesłana Zamawiającemu. Dowód przekazania kopii odwołania stanowi załącznik do odwołania .

---

Jarosław Jerzykowski  
radca prawny

Załączniki:

- dowód uiszczenia wpisu od odwołania w wysokości 10.000,00 zł;
- dowód przesłania kopii odwołania Zamawiającemu;
- odpis z KRS Odwołującego