

Warszawa, dnia 26 września 2022 r.

**Prezes Krajowej Izby Odwoławczej  
ul. Postępu 17a  
02-676 Warszawa**

**Zamawiający:**

Miejskie Przedsiębiorstwo Komunalne  
w Gostyninie Spółka z o.o.  
09-500 Gostynin, ul. Polna 2  
e-mail: sekretariat@mpkgostynin.pl

**Odwołujący:**

INSTAL WARSZAWA S.A.  
04-394 Warszawa, ul. Siennicka 29  
KRS 0000061686 | NIP:5270008600 | REGON: 010340337  
Tel/faks: 22/ 620-48-28, 22/ 654 62 20  
e.-mail: biuro@instalwaw.pl; justyna.ryzinska@instalwaw.pl

*Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie robót budowlanych w ramach zadania pn.: „Przebudowa i rozbudowa oczyszczalni ścieków w Gostyninie realizowana w formule „zaprojektuj i wybuduj” Numer referencyjny: MPK.271.14.2022 (Ogłoszenie w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej TED z dnia 16.09.2022 r., 2022/S 179-507623).*

**ODWOŁANIE**

Działając na podstawie art. 515 ust. 2 pkt 1) w zw. z art. 513 pkt 1 i art. 505 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2022 r., poz. 1710), zwanej dalej „ustawą Pzp”, w imieniu Odwołującego INSTAL WARSZAWA S.A. wnoszę odwołanie na zapisy ogłoszenia o zamówieniu i specyfikacji warunków zamówienia w postępowaniu na *Przebudowę i rozbudowę oczyszczalni ścieków w Gostyninie (numer referencyjny: MPK.271.14.2022) realizowaną w formule „zaprojektuj i wybuduj”,* prowadzonym przez Miejskie Przedsiębiorstwo Komunalne w Gostyninie sp. z o.o. (dalej „Zamawiający”).

Zapisy ogłoszenia o zamówieniu i specyfikacji warunków zamówienia (SWZ) **naruszają przepisy art. 16 pkt 1 i 3 i art. 112 ust. 1 w zw. z art. 115 ust. 1-3 ustawy Pzp**, poprzez postawienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności finansowej lub ekonomicznej w sposób:

- nieadekwatny i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia;

- naruszający uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców oraz w nieuzasadniony sposób ograniczający dostęp do udziału w przedmiotowym postępowaniu Wykonawcom dającym rękojmię ich należytego wykonania.

Wnoszę o uwzględnienie zarzutów odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu zmianę zapisów ogłoszenia o zamówieniu i specyfikacji warunków zamówienia na zapisy zgodne z przepisami ustawy Pzp, w sposób opisany w dalszej części niniejszego odwołania.

Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż jest podmiotem, który jest zdolny do wykonania zamówienia objętego postępowaniem. Naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, poprzez postawienie nieadekwatnych warunków udziału w postępowaniu, naraża Odwołującego na szkodę, gdyż w sposób nieuprawniony utrudnia mu dostęp do udziału w postępowaniu, tym samym stanowi naruszenie zasad proporcjonalności i uczciwej konkurencji. Może to spowodować, że Odwołujący, mimo posiadania kwalifikacji i technicznych możliwości do wykonania zamówienia, nie uzyska zamówienia i poniesie z tego tytułu szkodę.

Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr S179, 507623-2022-PL w dniu 16 września 2022 r. Zatem termin na wniesienie niniejszego odwołania został zachowany.

Odwołujący przekazał kopię niniejszego odwołania Zamawiającemu.

## UZASADNIENIE

### ***I. Wstęp***

W dniu 16 września 2022 r. ukazało się ogłoszenie o zamówieniu sektorowym na „Przebudowę i rozbudowę oczyszczalni ścieków w Gostyninie realizowaną w formule „zaprojektuj i wybuduj”, nr ref.: MPK.271.14.2022. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego.

### ***II. Warunki udziału dotyczące zdolności ekonomicznej***

W pkt III.1.2) ogłoszenia o zamówieniu oraz w rozdziale IV ust. 3.3 SWZ, Zamawiający postawił następujące warunki dotyczące sytuacji ekonomicznej lub finansowej:

*3.3. Sytuacja ekonomiczna lub finansowa:  
Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli:*

*3.3.1. Wykonawca posiada środki finansowe lub zdolność kredytową w wysokości co najmniej 20 000 000,00 PLN (słownie: dwadzieścia milionów złotych), w okresie nie wcześniejszym niż 1 miesiąc przed upływem terminu składania ofert, albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz*

3.3.2. Wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę w wysokości minimum 30 000 000,00 PLN (słownie: trzydzieści milionów złotych).

3.3.3. Wykonawca w ostatnich trzech latach obrotowych (2019-2021) a jeżeli okres działalności jest krótszy – w tym okresie, osiągnął niżej wymienione wskaźniki udokumentowane na bazie sprawozdania jednostkowego:

- a) płynność finansowa będąca stosunkiem bieżących aktywów do bieżących zobowiązań na poziomie wartości nie mniejszej niż **1,4**;
- b) wskaźnik szybkiej płynności obrotowej – będący stosunkiem (aktywa bieżące – zapasy - rozliczenia międzyokresowe) / (zobowiązania bieżące) co najmniej **0,70**;
- c) wskaźnik zadłużenia długoterminowego będący stosunkiem zobowiązań długoterminowych do kapitału własnego – na poziomie wartości nie większej niż **0,30**;
- d) wskaźnik zadłużenia ogólnego liczony jako – (zobowiązania i rezerwy na zobowiązania) / (sumę pasywów) nie wyższy niż **0,80**.

Powyższe wskaźniki winny być spełnione dla każdego roku obrotowego osobno.

Jak zostanie dowiedzione w dalszej części odwołania, powyższe wymogi stanowią istotne naruszenie przepisów Pzp, w tym fundamentalnych zasad wynikających z art. 16 pkt 1 i 3 i art. 112 ust. 1 w zw. z art. 115 ust. 1-3 ustawy Pzp

### III. Uzasadnienie zarzutów odwołania

1. Zamawiający postawił aż trzy warunki dotyczące zdolności finansowej i ekonomicznej:
  - 1) środki finansowe lub zdolność kredytowa na poziomie 20.000.000 zł, potwierdzone zaświadczeniem z banku (warunek zdolności finansowej);
  - 2) ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej na poziomie 30.000.000 zł, potwierdzone dokumentem ubezpieczenia (warunek zdolności ekonomicznej);
  - 3) wskaźniki finansowe, potwierdzone sprawozdaniem finansowym (warunek zdolności ekonomicznej), który obejmuje łącznie cztery wskaźniki: wskaźnik płynności finansowej, wskaźnik szybkiej płynności obrotowej, wskaźnik zadłużenia długoterminowego oraz wskaźnik zadłużenia ogólnego
2. Obowiązkiem i zarazem uprawnieniem Zamawiającego jest wyznaczanie warunków udziału w postępowaniu, których spełnienie pozwoli Zamawiającemu wybrać Wykonawcę, który daje rękojmię należytego wykonania zamówienia.
3. Wskazane warunki mogą dotyczyć sytuacji ekonomicznej i finansowej, w szczególności w ocenie wskazanych warunków, Zamawiający może żądać przedstawienia informacji zawartych w sprawozdaniach finansowych wskazujących, w szczególności stosunek aktywów do zobowiązań.
4. Możliwość wymagania od Wykonawców spełnienia poszczególnych wskaźników jest zatem uprawnieniem Zamawiającego, jednak Zamawiający nie ma w tym zakresie zupełnej swobody. Warunki udziału nie mogą być **bezprzedmiotowe dla postępowania**. Zgodnie z zasadą proporcjonalności **wszelkie wymogi powinny być w merytoryczny sposób związane z przedmiotem zamówienia**, umożliwić

Zamawiającemu ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, oraz być wyrażone jako minimalne poziomy zdolności.

5. Nie budzi również wątpliwości, że jakiegokolwiek doprecyzowanie warunków udziału ogranicza krąg wykonawców mogących ubiegać się o uzyskanie zamówienia. Problem pojawia się w momencie, gdy ustanowienie warunku nie znajduje uzasadnienia w potrzebach zamawiającego i stanowi dla Wykonawcy zdolnego do realizacji zamówienia barierę uniemożliwiającą jego udział w postępowaniu. „Jeśli więc warunek udziału w postępowaniu nie stanowi odzwierciedlenia realnych potrzeb zamawiającego, mamy do czynienia z naruszeniem art. 22 ust. 1a Pzp” (KIO 3.06.2015 r.)
6. W niniejszym postępowaniu Zamawiający wymaga wykazania łącznie czterech wskaźników:
  - a)  *płynność finansowa będąca stosunkiem bieżących aktywów do bieżących zobowiązań na poziomie wartości nie mniejszej niż 1,4;*
  - b)  *wskaźnik szybkiej płynności obrotowej – będący stosunkiem (aktywa bieżące – zapasy -rozliczenia międzyokresowe) / (zobowiązania bieżące) co najmniej 0,70;*
  - c)  *wskaźnik zadłużenia długoterminowego będący stosunkiem zobowiązań długoterminowych do kapitału własnego – na poziomie wartości nie większej niż 0,30;*
  - d)  *wskaźnik zadłużenia ogólnego liczony jako – (zobowiązania i rezerwy na zobowiązania) / (sumę pasywów) nie wyższy niż 0,80.*

*Powyższe wskaźniki winny być spełnione dla każdego roku obrotowego osobno.*
7. W ocenie Odwołującego żądanie powyższych wskaźników w przedmiotowym postępowaniu przetargowym jest bezcelowe. W żaden sposób nie zabezpieczają należytego wykonania przez Wykonawcę przedmiotowego zamówienia, a ich zastosowanie nie pozwala w żaden wiarygodny sposób ocenić sytuacji finansowej i ekonomicznej wykonawcy. Zgodnie z orzecznictwem, takie doprecyzowanie warunków udziału, które jest zbędne z punktu widzenia osiągnięcia celu realizacji zamówienia kwalifikuje się do uznania za nieproporcjonalne. W ocenie czy Zamawiający nie przekroczył swoich uprawnień, kluczowe jest wskazanie czy poza wykonawcami niezdolnymi do podjęcia się realizacji przedmiotowego postępowania, warunki udziału w postępowaniu nie pozbawiają również tej możliwości podmiotów, które są w stanie się tego podjąć, a jedyną barierą jest dla nich treść samego warunku. Taka sytuacja ma miejsce w odniesieniu do Odwołującego, w przedmiotowym postępowaniu.
8. W pierwszej kolejności należy wskazać na trudności w ocenie poszczególnych podmiotów jedynie w oparciu o wybrane wskaźniki, bez uwzględnienia czynników ich kształtujących oraz relacji poszczególnych wskaźników między sobą.
  - *„Przede wszystkim, chociaż w literaturze fachowej wskazuje się często optymalne wartości zarówno poszczególnych wskaźników, jak i rozbudowanych modeli, występują tutaj różnice uzależnione od specyfiki branż (wynikające z rozmaitych przyczyn, chociażby tak prozaicznych jak obowiązujące na danym rynku sposoby rozliczeń – inaczej będzie to wyglądało na przykład dla firmy budowlanej, a inaczej dla dewelopera). Na szczęście różnice te w nieco mniejszym stopniu wpływają na poziomy minimum bezpieczeństwa, a tylko takie znajdują zastosowanie w*

**warunkach udziału w postępowaniu, które przecież mają za cel odsiewać wykonawców niezdolnych do wykonania zamówienia.**

- *Po drugie, wskaźniki takie są ustalane na podstawie informacji, których zamawiający w toku postępowania może od wykonawców **nie otrzymać**. Nawet gdy zamawiający sięgnie po podstawowy wskaźnik płynności, może nie dostać informacji niezbędnych do oceny spełnienia tego warunku, jeśli ofertę złoży wykonawca, który nie jest zobowiązany do sporządzania sprawozdania finansowego. Taki wykonawca składa – zgodnie z rozporządzeniem w sprawie rodzajów dokumentów – tylko dokumenty określające „na przykład obroty oraz aktywa i zobowiązania”. Tymczasem **do oceny wskaźników zwykle konieczne są bardziej szczegółowe informacje, którymi wykonawca może nawet nie dysponować**, skoro nie prowadzi rozbudowanej księgowości. Próg rocznych przychodów, od którego przedsiębiorca zobowiązany jest do sporządzania sprawozdania finansowego, to 2 mln euro, a zatem w wielu postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego – tych o mniejszych wartościach – istnieje duże ryzyko złożenia ofert przez podmioty, które tego sprawozdania finansowego nie mają.*
- *Kolejny problem (identyczny zresztą jak w przypadku warunku odnoszącego się do progu przychodów) stanowi czas. Także i tu, skoro zamawiający ma badać spełnienie warunków udziału w postępowaniu na podstawie sprawozdania finansowego (na dodatek, tam gdzie wykonawca jest do tego zobowiązany, zbadanego przez biegłego rewidenta), to w praktyce może okazać się, że będzie oceniać dane pochodzące nawet sprzed kilkunastu miesięcy. Oznacza to, że może być im daleko do aktualności, a w międzyczasie sytuacja finansowa wykonawcy może ulec zmianie. I to w obie strony – wykonawca w dobrej sytuacji może popaść w tarapaty, ale równie dobrze wykonawca będący w kiepskiej sytuacji może ją poprawić. Niezależnie od powyższego, ta kwestia obniża wiarygodność badanych danych, ale nie powinna przeważać w ocenie, czy zamawiający będzie korzystać z takich warunków, czy nie. Nawiasem mówiąc, zamawiający byłiby w o wiele lepszej sytuacji, gdyby mogli żądać dokumentów np. półrocznych czy kwartalnych. Im dane bardziej aktualne, tym lepsze wyniki badania. Niestety, takie możliwości mają w warunkach ustawy Pzp tylko zamawiający prowadzący postępowania o zamówienia sektorowe”*

*(Wskaźniki ekonomiczne jako warunki udziału w postępowaniu o zamówienie publiczne, Bednarczyk Grzegorz, Buduj z Głową 4/2019, <https://www.bzg.pl/node/1786>).*

9. Należy podkreślić, że wymagane przez Zamawiającego wskaźniki są liczone na podstawie bilansu sporządzanego na określony dzień bilansowy – najczęściej 31 grudnia. Jest to fotografia stanu firmy na ten dzień. Kilka dni później obraz ten może być diametralnie różny. Dlatego opieranie się przy ocenie firmy tylko na wskaźnikach bilansowych prowadzić może do nieuzasadnionych i krzywdzących wniosków.
10. Warto przytoczyć również fragment orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19.06.2017 r., **KIO 1081/17**: „Zamawiający nie przedstawił również uzasadnienia, które potwierdzałoby, że wymagany wskaźnik [wskaźnik bieżącej płynności finansowej – przypis Odwołującego], w oderwaniu od innych danych z zakresu

*analizy ekonomiczno-finansowej przedsiębiorstwa, może stanowić samodzielną podstawę oceny kondycji finansowej wykonawcy, zwłaszcza że jest to wskaźnik obrazujący płynność finansową nie w danym okresie sprawozdawczym, ale na konkretny dzień, tj. na dzień bilansowy, zatem żądając określonego poziomu wskaźnika za ostatnie trzy lata obrotowe Zamawiający uzyskałby de facto informacje o wysokości tego wskaźnika według stanu na trzy kolejne dni bilansowe*".

**Ad. warunek warunki z rozdz. IV ust. 3.3.3 lit. b) i c) SWZ – wskaźnik szybkiej płynności finansowej oraz wskaźnik zadłużenia długoterminowego**

11. Odwołujący zwraca uwagę, że kompletnie nieadekwatne i nieproporcjonalne do oceny zdolności ekonomicznej wykonawcy są warunki z rozdz. IV ust. 3.3.3 lit. b) i c) SWZ:

b) *wskaźnik szybkiej płynności obrotowej – będący stosunkiem (aktywa bieżące – zapasy - rozliczenia międzyokresowe) / (zobowiązania bieżące) co najmniej 0,70;*

c) *wskaźnik zadłużenia długoterminowego będący stosunkiem zobowiązań długoterminowych do kapitału własnego – na poziomie wartości nie większej niż 0,30.*

12. Są to wskaźniki specyficzne, na który największy wpływ mają uwarunkowania otoczenia, a więc w dużej mierze są niezależne od działań Wykonawcy. Wskaźniki te nie odzwierciedlają zatem faktycznej sytuacji finansowej wykonawcy, możliwości szybkiego i terminowego realizowania zobowiązań, wypłacalności wykonawcy w długiej perspektywie i przede wszystkim są nieadekwatne w odniesieniu do branży budowlanej. Branża budowlana charakteryzuje się okresowym ujemnym przepływem środków pieniężnych, zwłaszcza jeśli chodzi o realizację kontraktów publicznych. Ujemny przepływ środków pieniężnych wynika stąd, że najpierw wykonawca musi przyjąć na siebie ciężar finansowy zakupu materiałów budowlanych i urządzeń, organizacji placu budowy, opłacenia pierwszych podwykonawców (stąd np. duża wysokość rozliczeń międzyokresowych), a dopiero po jakimś czasie otrzymuje płatność od inwestora. Wykonawca, przystępując do realizacji inwestycji często jest zmuszony najpierw zaciągnąć liczne zobowiązania, często zaliczkując dostawców lub podwykonawców, co musi spłacić w krótkiej perspektywie czasowej z własnych środków pieniężnych, natomiast należności od inwestora otrzymuje dużo później. Przy takiej charakterystyce przepływów pieniężnych w branży budowlanej wskaźniki płynności finansowej, a tym bardziej szybkiej płynności obrotowej, będą na niskim poziomie, ale nie będzie to oznaczało złej kondycji ekonomicznej wykonawcy, a tym bardziej braku zdolności do wykonania zamówienia. To, że wykonawca jest w stanie unieść ciężar prefinansowania inwestycji, będzie właśnie świadczyło o jego adekwatnej zdolności ekonomicznej.

13. W branży budowlanej bardzo często występuje również sytuacja, w której na przełomie roku firmy wykonawcze mają bardzo duże zobowiązania wobec podwykonawców, a jeszcze nie powstały aktywa w postaci należności od Zamawiającego (roboty nie zostały zafakturowane). Te niesprzedane prace są ujęte w bilansie w pozycji rozliczeń międzyokresowych czynnych (aktywa). Ma to olbrzymi wpływ na wartość wskaźnika szybkiej płynności obrotowej. Po kilku dniach, po wystawieniu faktur dla Zamawiającego, struktura aktywów się zmienia i wskaźnik szybkiej płynności obrotowej rośnie. Podobna sytuacja ma miejsce, gdy cykl

fakturowania do Zamawiającego jest np. kwartalny, a Wykonawca przyjmuje faktury od podwykonawców co miesiąc.

14. W zależności od przyjętego modelu organizacji i działania danej spółki, wykonawcy mogą w taki sposób prowadzić swoją działalność, że poszczególne wskaźniki nie będą odzwierciedlały ich rzeczywistej kondycji finansowej i perspektyw na przyszłość. Ich wartość nie będzie przekładała się w istocie na możliwość realizacji zamówienia.
15. Wskaźniki mogą różnić się także sposobem ich wyliczenia. Im bardziej „szczegółowy” jest sposób wyliczenia (bez przyjęcia dodatkowych założeń) tym mniejsza jest możliwość jego oceny i porównania. Np. wskaźnik szybkiej płynności obrotowej może uwzględniać lub nie „rozliczenia międzyokresowe”, a więc wybrany wariant, bez analizy poszczególnych pozycji sprawozdania i zmian w ich zakresie oraz czynników je kształtujących staje się bezcelowe.
16. Na marginesie należy wspomnieć, że w literaturze przedmiotu dla wskaźnika zadłużenia długoterminowego wartości, które wskazują na stabilną sytuację finansową firmy to wartości poniżej 1.0, co oznacza, że spółka jest w stanie uregulować swoje zobowiązania posiadanym kapitałem własnym w stosunku - 1:1. Wymagalność wszystkich zobowiązań długoterminowych w jednym momencie jest sytuacją teoretyczną, a nawet gdyby zaistniała to w pierwszej kolejności takie zobowiązania są pokrywane m.in. z kredytów. A więc należy ten wskaźnik badać w związku z posiadaną zdolnością kredytową. A odnosząc się do bezpiecznego poziomu poniżej 1, niezrozumiałe i nadmierowe jest żądanie przez Zamawiającego, aby Wykonawca wykazał się zadłużeniem długoterminowym na poziomie 30% kapitału własnego (skoro wartość poniżej 1 stanowi o stabilności firmy). Wnosimy o usunięcie niniejszego wskaźnika.
17. Odwołujący wnosi więc o usunięcie z warunku zdolności ekonomicznej, z rozdziału IV SWZ, ust. 3.3.3 warunków pod lit. b) i c)

**Ad. warunek warunki z rozdz. IV ust. 3.3.3 lit. a) i d) SWZ – wskaźnik płynności finansowej oraz wskaźnik zadłużenia długoterminowego**

- a) *płynność finansowa będąca stosunkiem bieżących aktywów do bieżących zobowiązań na poziomie wartości nie mniejszej niż 1,4;*
- d) *wskaźnik zadłużenia ogólnego liczony jako – (zobowiązania i rezerwy na zobowiązania) / (sumę pasywów) nie wyższy niż 0,80.*

18. Odwołujący zgadza się, że stosowanie wskaźników jest uprawnieniem Zamawiającego. Jednak zwraca uwagę, że zasadność ich zastosowania istnieje jedynie na „ogólnym” poziomie oceny sytuacji ekonomicznej i finansowej firmy. Dla jej oceny zasadne jest zastosowanie wskaźników takich jak: płynność finansowa czy też wskaźnik zadłużenia ogólnego.
19. Należy jednak mieć na uwadze, że ich poziom również musi być proporcjonalny, uzasadniony potrzebami Zamawiającego, zgodny z przepisami Pzp oraz gwarantujący należyte wykonanie przedmiotowej inwestycji.

20. Odwołujący wskazuje, że zgodnie z literaturą przedmiotu **wzorcowa** wartość wskaźnika płynności finansowej wynosi 1.2 – 2.0, oznacza to, że bezpieczeństwo finansowe bieżącej działalności gospodarczej jest zapewnione już przy wskaźniku 1.2. Brak jest zatem uzasadnienia do wymagania osiągnięcia poziomu 1,4. Obrazując przykładowo dany wskaźnik, wskaźnik na poziomie 1.2 oznacza, że w przypadku konieczności pokrycia bieżących zobowiązań bieżącymi aktywami, a więc ich spieniężenia w jednym, to po pokryciu wszystkich zobowiązań pozostanie jeszcze 20 % aktywów. Zamawiający wymaga by pozostało, aż 40%. Jest to rygorystyczny poziom, nieadekwatny do branży budowlanej i na poziomie nieuwzględniającym realnej sytuacji gospodarczej, co stanowi naruszenie zasady proporcjonalności, uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

21. W orzecznictwie podkreślano wręcz, że wskaźnik bieżącej płynności finansowej na poziomie 1,2 dla branży budowlanej, jest wskaźnikiem nadmiarowym, nieproporcjonalnym dla wykazania możliwości należytego zrealizowania zamówienia: *„Zamawiający nie wykazał, iż przy określaniu warunków finansowych uwzględnił sytuacje podmiotów z branży budowlanej, tj. że firmy budowlane znajdujące się w dobrej kondycji finansowej wykazują współczynnik bieżącej płynności finansowej co najmniej 1,2.”* (Wyrok ZAUZP z 31.08.2005 r., UZP/ZO/0-2361/05, LEX nr 1111893).

Analizując orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, a wcześniej Zespołów Arbitrów przy Urzędzie Zamówień Publicznych, najczęściej spotyka się wskaźnik płynności na poziomie minimalnym w wysokości 1,2, 1,1 lub nawet 1,0:

- 1) Wyrok ZAUZP z 1.03.2006 r., UZP/ZO/0-541/06, LEX nr 181924,
- 2) Wyrok ZAUZP z 8.07.2005 r., UZP/ZO/0-1653/05, LEX nr 1067868,
- 3) Wyrok ZAUZP z 23.10.2006 r., UZP/ZO/0-2641/06, LEX nr 1110897,
- 4) Wyrok ZAUZP z 26.10.2004 r., UZP/ZO/0-1785/04, LEX nr 195107,
- 5) Wyrok ZAUZP z 14.10.2004 r., UZP/ZO/0-1707/04, LEX nr 210512,
- 6) Wyrok KIO z 4.07.2016 r., KIO 1096/16, LEX nr 2143901,
- 7) Wyrok KIO z 5.10.2011 r., KIO 2043/11, LEX nr 988092.

22. Odwołujący za lata 2019-2021 wykazuje wskaźnik płynności finansowej na poziomie 1,3 do 1,9, i z powodzeniem realizuje złożone zamierzenia budowlane na rynku publicznym, takie jak „Przebudowa i rozbudowa oczyszczalni ścieków przy ul. Mazurskiej 47 w Elblągu” o wartości ponad 155 mln zł netto czy „Rozbudowa i przebudowa oczyszczalni ścieków oraz uporządkowanie gospodarki wodno-ściekowej na terenie Łomży” o wartości ponad 71 mln zł netto. Mimo swojej dobrej kondycji finansowej, napotyka trudność w wykazaniu wskaźnika bieżącej płynności finansowej na poziomie 1,4 za trzy ostatnie lata obrotowe. Warunek ten uniemożliwia mu ubieganie się o zamówienie.

23. Podsumowując, brak jest uzasadnienia do wymagania osiągnięcia wskaźnika bieżącej płynności finansowej na poziomie 1,4. Wskaźnik na takim poziomie nie służy dokonaniu rzeczywistej oceny minimalnych zdolności wykonawcy do należytego wykonania przedmiotowego zamówienia i w konsekwencji prowadzi do wykluczenia z postępowania Odwołującego, którego sytuacja ekonomiczna i finansowa umożliwiają



prawidłową i bezpieczną realizację zamówienia. **Odwołujący wnosi więc o obniżenie wskaźnika płynności finansowej do poziomu 1,2.**

### **Analiza wyłącznie wskaźników finansowych**

24. Odwołujący wskazuje również na brak celowości w analizie jedynie poszczególnych wskaźników, w oderwaniu od innych podstawowych danych finansowych/ekonomicznych. Należy zwrócić uwagę, że celem weryfikacji sytuacji ekonomicznej i finansowej wykonawcy jest ocena, czy będzie on w stanie ponieść koszty realizacji zamówienia do czasu otrzymania wynagrodzenia od zamawiającego.
25. Analizując warunki przedmiotowego postępowania, w umowie przewidziano płatności miesięczne i fakturowanie minimum kwoty 2 mln zł jednorazowo. Przy uwzględnieniu wartości przedmiotowego postępowania oraz warunków finansowych (płatności) bardziej adekwatnym warunkiem udziału w postępowaniu winno być posiadanie odpowiedniej zdolności kredytowej umożliwiającej pozyskaniu kredytu pod finansowanie inwestycji (o też Zamawiający weryfikuje) oraz wysokość minimalnych rocznych przychodów.
26. Odwołujący zwraca uwagę, że Zamawiający nie postawił żadnego warunku odnośnie minimalnych rocznych przychodów. Oznacza to, że wykonawca o bardzo niskich przychodach np. rozpoczynający działalność, nieposiadający żadnych zobowiązań lub wykazujący zobowiązania na bardzo niskim poziomie, z łatwością wykaże spełnianie wymaganych wskaźników finansowych, obrazujących stosunek aktywów do zobowiązań, a poziom osiąganego przychodu (wielkość działalności) nie pozwoli na udźwignięcie realizacji przedmiotowej inwestycji.
27. Należy mieć na uwadze, że nawet najlepsza analiza wskaźnikowa, bez pozostałych warunków nie da odpowiedzi czy Wykonawca jest zdolny do wykonania zamówienia.
28. Analiza poszczególnych wskaźników ekonomicznych/ finansowych pokazuje, że istotnym czynnikiem kształtującym poziom wskaźników jest wielkość firmy. Bardzo często mniejsze firmy osiągają lepsze wskaźniki finansowe co nie stanowi potwierdzenia ich zdolności do realizacji przedmiotowej inwestycji. Niezbędnym minimum okazuje się odniesienie wskaźników do poziomu przychodów, który obrazuje skalę działalności danego Wykonawcy. Nawet analiza wskaźnikowa pokazująca wspaniałą kondycję wykonawcy, nie potwierdzi, że będzie on w stanie zrealizować inwestycję przekraczającą skalę jego działalności.
29. Podsumowując, nawet postawienie warunków dotyczących wskaźników finansowych (nawet ograniczonych do płynności finansowej i zadłużenia ogólnego) jest w tej sytuacji (przy braku warunku przychodu) kompletnie nieadekwatne do oceny zdolności ekonomicznej wykonawców. Postawienie wymogów odnośnie samych wskaźników płynnościowych nie pozwala ocenić, czy potencjalny wykonawca radzi sobie z udźwignięciem licznych zobowiązań, które wiążą się z realizacją złożonej inwestycji budowlanej (koszt materiałów i urządzeń, podwykonawcy, pracownicy, energia, paliwa), gdyż zabrakło wymogu obrazującego skalę działalności. Może to również prowadzić do kuriozalnej sytuacji, w której oferty będą składać podmioty

celowo utworzone pod tę inwestycję, spółki zakupione z rynku, nie mające żadnego doświadczenia (bazujące na podmiotach użyczających) lub konsorcja ze spółkami, które wykażą się spełnianiem wskaźników, ale nie będą w stanie ponieść solidarnej odpowiedzialności za realizację przedmiotowej inwestycji.

30. Odwołujący wnosi więc o określenie minimalnego rocznego przychodu na poziomie adekwatnym do przedmiotu inwestycji, tj. 80 mln zł rocznie. Należy również zwrócić uwagę na konieczność powiązania wymaganych wskaźników z osiągnięciem wymaganych przychodów, tj. Wykonawca, który wykazuje spełnienie wskaźników musi łącznie wykazać również osiągnięcie wymaganych przychodów. Tylko połączenie powyższych wymagań pozwoli na wiarygodną ocenę sytuacji ekonomicznej lub finansowej Wykonawcy.

### **Analiza wskaźników w oparciu o dane historyczne**

31. Wymaganie przedstawienia wskaźników za trzy lata obrotowe pomimo, że będące uprawnieniem Zamawiającego, nie znajduje uzasadnienia, ponieważ lata 2020-2021 w związku z pandemią COVID i jej skutkami (zerwanie łańcuchów dostaw, wzrost cen materiałów budowlanych i komponentów) całkowicie zmieniły sytuację ekonomiczną i finansową wielu przedsiębiorstw. Bazowanie więc na danych sprzed tego okresu tj. z 2019 r. (będących danymi już historycznymi) jest całkowicie bezzasadne, w szczególności w postępowaniu, gdzie realizacja zadania (projektowanie) rozpocznie się w 2023 r., a realizacja robót budowlanych w 2024 r.
32. Oznacza to, że w istocie wymagane dane nie stanowią o bieżącej sytuacji Wykonawcy, ani w żaden sposób nie pokazują jak będzie kształtować się w dłuższej perspektywie. Z powodu tak szybko zmieniającej się rzeczywistości, z uwagi na pandemię, inflację i wojnę na Ukrainie, wskaźnik za 2019 rok nijak się ma do oceny obecnej zdolności ekonomicznej wykonawców, gdyż daje nieadekwatny obraz rzeczywistości sprzed ogólnoswiatowych zmian, które mocno wpłynęły na stan przedsiębiorstw, również w Polsce. Wykonawca w dobrej sytuacji w 2019 r. może popaść w problemy finansowe i nie być w stanie zrealizować inwestycji, ale również Wykonawca, który nie spełniał wskaźników w 2019 r. może ją poprawić, a żądanie wskaźnika z 2019 r. może ograniczyć jego dostęp do zamówienia. Analizując wpływ wskaźników z 2019 r. na ocenę bieżącej sytuacji Wykonawcy oraz możliwości realizacji przez niego inwestycji, dojdziemy do wniosku, że wpływ tego wskaźnika jest niewielki, jeśli nie żaden. W zamówieniach publicznych kluczowy powinien być moment najbliższy momentowi składania ofert.

### **33. Odwołujący wnosi zatem o ograniczenie lat, z których Zamawiający wymaga wykazania się wskaźników (ew. przychodów) do lat 2020-2021.**

34. W świetle powyższego Odwołujący **wnosi o zmianę warunku zdolności ekonomicznej z rozdz. IV SWZ, ust. 3.3.3 (wskaźniki) na następujący:**

*3.3.3 Wykonawca w ostatnich dwóch latach obrotowych (2020-2021) a jeżeli okres działalności jest krótszy – w tym okresie, osiągnął niżej wymienione wskaźniki udokumentowane na bazie sprawozdania jednostkowego:*

a) *minimalny roczny przychód w wysokości 80 000 000,00 zł (osiemdziesiąt milionów złotych)*

b)  *płynność finansowa będąca stosunkiem bieżących aktywów do bieżących zobowiązań na poziomie wartości nie mniejszej niż 1,2;*

c)  *wskaźnik zadłużenia ogólnego liczony jako – (zobowiązania i rezerwy na zobowiązania) / (sumę pasywów) nie wyższy niż 0,80.*

*Powyższe wskaźniki winny być spełnione dla każdego roku obrotowego osobno. Przy zastrzeżeniu, że warunki a-c muszą być spełnione przez co najmniej jednego z Wykonawców łącznie.*

#### **IV. Podsumowanie**

Podsumowując powyższe wnioski o usunięcie/zmianę/uzupełnienie przytoczonych postanowień SWZ, należy wskazać, że formułując tak restrykcyjne wymogi, Zamawiający naruszył wyżej przywołane przepisy Pzp, stawiając wykonawcom warunek udziału w postępowaniu w sposób nadmierny i nieproporcjonalny, a tym samym ograniczając dostęp do rynku wykonawcom zdolnym podjąć się realizacji przedmiotowego zamówienia.

Zamawiający zdaje się zapominać, że celem warunków udziału w postępowaniu nie jest dokonanie oceny całokształtu działalności wykonawcy (sytuacji ekonomicznej i finansowej), a jedynie ocena w zakresie zdolności do realizacji przedmiotowego zamówienia.

Zastosowanie jedynie wskaźników, bez odniesienia do innych uwarunkowań (specyfiki branży, sytuacji gospodarczej, pozostałych warunków ekonomicznych/finansowych, czy chociaż skali działalności wykonawcy) jest bezcelowe. Nie zabezpieczą one należytego wykonania zamówienia, a ich zastosowanie nie pozwala w żaden wiarygodny sposób ocenić sytuacji finansowej i ekonomicznej wykonawcy. Dlatego też treść warunków udziału powinna zostać ograniczona do elementów, które mają istotne przełożenia na ocenę zdolności ekonomicznej czy finansowej wykonawcy do zrealizowania danego zamówienia oraz uzupełniona o podstawowe dane pozwalające na urealnienie i porównanie wymaganych danych.

Wobec powyższego wnoszę jak na wstępie.

Załączniki:

1. dowód przesłania kopii odwołania Zamawiającemu;
2. informacja z KRS dot. Odwołującego.
3. Potwierdzenie uiszczenia wpisu