Sygn. akt KIO 952/15

WYROK
z dnia 22 maja 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 maja 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 maja 2015 r. przez SIMPLE S.A. w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez „Koleje Mazowieckie – KM" Sp. z o.o. w Warszawie

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje „Kolejom Mazowieckim – KM" Sp. z o.o. w Warszawie unieważnienie czynności wykluczenia z postępowania SIMPLE S.A. w Warszawie na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych z powodu niewykazania warunku udziału w postępowania dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej oraz czynności unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych i nakazuje powtórzenie czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i badania i oceny ofert;
2. kosztami postępowania obciąża „Koleje Mazowieckie – KM" Sp. z o.o. w Warszawie i:
2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez SIMPLE S.A. w Warszawie tytułem wpisu od odwołania;
2.2. zasądza od „Kolei Mazowieckich – KM" Sp. z o.o. w Warszawie na rzecz SIMPLE S.A. w Warszawie kwotę 18.600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiące uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: ……

Sygn. akt KIO 952/15

Uzasadnienie

Zamawiający - „Koleje Mazowieckie - KM" Sp. z o.o. - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm., dalej jako: „Pzp") postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest dostawa i wdrożenie zintegrowanego systemu informatycznego z infrastrukturą techniczną. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 17 października 2014 r. pod numerem 2014/S 200-353786.
Wartość zamówienia jest większa niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W związku z przesłaniem przez zamawiającego 29 kwietnia 2015 r. informacji o wyniku postępowania wykonawca SIMPLE S.A. wniósł odwołanie 8 maja 2015 r. Zachowany został obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu, że przez wykluczenie odwołującego z postępowania i uznanie jego oferty za odrzuconą, zaniechanie wyjaśnień i unieważnienie postępowania naruszył art. 24 ust. 2 pkt 4 w związku art. 24 ust. 4, art. 26 ust. 4 Pzp, art. 93 ust. 1 pkt 1 oraz art. 7 ust. 1 Pzp oraz inne przepisy wymienione lub wynikające z uzasadnienia odwołania.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności badania i oceny ofert oraz unieważnienia postępowania, unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego oraz unieważnienia uznania oferty odwołującego za odrzuconą, nakazanie dokonania ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego i dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołujący podniósł, że zamawiający niezasadnie przyjął, że odwołujący podlega wykluczeniu z uwagi na niespełnienie warunku znajdowania się w sytuacji ekonomicznej i finansowej określonego w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej jako: „SIWZ"), gdyż wartość „Przychodów przyszłych okresów" nie powinna zostać uwzględniona dla potrzeb wyliczenia wskaźnika bieżącej płynności finansowej.

Odwołujący wywodził, że kwota przychodów przyszłych okresów jest zapisem memoriałowym dotyczącym wyksięgowań z lat ubiegłych przychodów przyszłych okresów, gdyż na dzień 31.12.2013 r. nastąpiła zmiana prezentacji rozliczania przychodów i w

---

sprawozdaniu finansowym dokonano korekt za lata wcześniejsze (2010 - 2012). Argumentował dalej, że zarówno przychody i należności z tych pozycji były ujęte w sprawozdaniach z lat 2010-2012 i na dzień 31.12.2013 r. w sprawozdaniu w „Aktywach obrotowych' nie występują pozycje należności dotyczące rozliczanych przychodów, ponieważ zostały one spłacone.

Nie zgłoszono przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i przeprowadziła rozprawę, podczas której strony odwołujący podtrzymał dotychczasowe stanowisko, a zamawiający wnosił o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający ustalił warunek w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej w Rozdziale VII ust. 1 pkt 4 , gdzie wymagał, żeby wykonawca wykazał, że posiadał w ostatnim roku obrotowym (zgodnie z bilansem na koniec roku obrotowego), a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - za ten okres wskaźnik bieżącej płynności finansowej CR (current ratio) większy lub równy 2,0 liczony jako: wskaźnik bieżącej płynności finansowej CR = aktywa obrotowe/zobowiązania krótkoterminowe (str. 4 - 5 SIWZ kopia w aktach). W pkt VIII pkt 4 zamawiający żądał złożenia bilansu jako części sprawozdania finansowego za ostatni rok obrotowy, a jeżeli podlega ono badaniu przez biegłego rewidenta zgodnie z przepisami o rachunkowości - również z opinią o badanej tej części sprawozdania, a w przypadku wykonawców niezobowiązanych do sporządzania sprawozdania finansowego - innych dokumentów określających obroty za ostatni rok obrotowy oraz zobowiązania i należności krótkoterminowych - na dzień kończący ostatni rok obrotowy. a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - za ten okres (str. 5 SIWZ kopia w aktach).

W toku postępowania zamawiający wyjaśniał wskazany warunek udziału w postępowaniu. Na pytanie „Czy wskaźnik bieżącej płynności finansowej CR (current ratio) ma uwzględniać bieżące zobowiązania handlowe i pozostałe rozwiązania bez uwzględnienia rezerw każdego rodzaju?", odpowiedział 28 października 2014 r., że przy liczeniu tego wskaźnika powinny zostać uwzględnione wszystkie zobowiązania wraz z rezerwami (kopia w aktach).

Na wniosek wykonawcy o zmianę wartości wskaźnika do poziomu 1,2 – 1,25 zamawiający 12 listopada 2014 r. dokonał zmiany SIWZ. Rozdział VII ust. 1 pkt 4 otrzymał brzmienie „Wykonawca powinien wykazać, że posiadał w ostatnim roku obrotowym (zgodnie z bilansem na koniec roku obrotowego), a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - za ten okres wskaźnik bieżącej płynności finansowej CR (current ratio) większy lub równy 1,7

---

liczony jako: wskaźnik bieżącej płynności finansowej CR = aktywa obrotowe/zobowiązania krótkoterminowe (kopia w aktach). Stanowisko to podtrzymał pismem z 27 listopada 2014 (odpowiedzi na pytanie 11 str. 32, pytanie z Zestawu IV str. 33 kopie w aktach) oraz pismem z 16 stycznia 2015 r. (pytanie 3, str. 6 kopia w aktach).

W postępowaniu złożono dwie oferty. Odwołujący złożył wraz z ofertą „Sprawozdanie finansowe z opinią biegłego rewidenta za rok zakończony dnia 31 grudnia 2013 r., sporządzone w dniu 14 marca 2014 r. (strony 53 - 123 oferty kopia w aktach), w którym dział zobowiązania

krótkoterminowe miała wartość 14 764 tys. zł, na którą składały się pozycje:
- Pożyczki od podmiotów zależnych i powiązanych - 94 tys. zł;
- Krótkoterminowe kredyty bankowe - 456 tys. zł;
- Zobowiązania z tytułu leasingu finansowego -2 417 tys. zł;
- Zobowiązania z tytułu dostaw i usług – 2 417 tys. zł;
- Zobowiązania budżetowe - 2 630 tys. zł;
- Pozostałe zobowiązania - 263 tys. zł;
- Rezerwy na zobowiązania - 310 tys. zł;
Przychody przyszłych okresów - 8 621 tys. zł.
Wartość aktywów obrotowych wynosi 18 876 tys. zł (str. 59 oferty odwołującego kopia w aktach).

W zawiadomieniu o wyniku postępowania z dnia 29 kwietnia 2015 r. zamawiający wskazał, że wskaźnik CR na podstawie bilansu odwołującego obliczył jako stosunek 18 876 tys. zł (aktywa obrotowe) i 14 746 tys. zł (zobowiązania krótkoterminowe i rezerwy), wynosi on 1,3 i jest niższy wskazany w warunku udziału w postępowaniu.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania tj. interes w uzyskaniu zamówienia i możliwość poniesienia szkody wynikającej z naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy zostały spełnione, gdyż potwierdzenie zarzutów odwołania da odwołującemu możliwość uzyskania zamówienia.

Odwołanie jest zasadne.

Wartość aktywów obrotowych w bilansie odwołującego nie jest sporna. Osią sporu jest uwzględnienie przychodów przyszłych okresów dla potrzeb wyliczenia wysokości wskaźnika bieżącej płynności finansowej na podstawie bilansu odwołującego za rok 2013.

Art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp nakazuje zamawiającemu wykluczenie wykonawcy, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu. Przywołany przepis odnosi się do warunków określonych przez zamawiającego w treści dokumentów postępowania (art. 22 ust. 3, art. 36 ust. 1 pkt 5 Pzp). W pierwszym rzędzie Izba zobowiązana była więc do ustalenia treści warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej.

Nie podzielono poglądu zamawiającego, że odwołanie się w toku rozprawy do zmian i wyjaśnień treści SIWZ w zakresie zdolności ekonomicznej i finansowej wykonawcy kreuje nowy zarzut nie podniesiony w odwołaniu.

Oceniając zgodność czynności wykluczenia z postępowania z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych Izba bada, czy wykonawca wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu (art. 26 ust. 2a Pzp) opisane przez zamawiającego. Ustalenie treści warunku udziału w postępowaniu jest więc *conditio sine qua non* prawidłowego rozpoznania odwołania, zatem uwzględnienie w toku postępowania dowodowego treści zmian i wyjaśnień SIWZ nie przekracza granic zarzutu dotyczącego wykluczenia z powodu niewykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu.

W konsekwencji, Izba zobowiązana jest nie tylko do ustalenia treści warunku udziału w postępowaniu, ale też do oceny czynność zamawiającego z uwzględnieniem dokonanych ustaleń, tak aby skutkiem orzeczenia (w przypadku uwzględnienie odwołania) wadliwa czynność zamawiającego mogła być wyeliminowana z obrotu, a postępowanie toczyło się dalej zgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba zważyła, że zamawiający ukształtował ostateczną treść warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej dokonując zmiany SIWZ pismem z 12 listopada 2014 r., w którym ustalił nie tylko minimalną wysokość wskaźnika bieżącej płynności (większą lub równą 1,7), ale też wskazał, jakie informacje wynikające ze sprawozdania finansowego będą uwzględnione dla potrzeb obliczania tego wskaźnika.

Wcześniejsze wyjaśnienie z 28 października 2014 r., zgodnie z którymi zamawiający dla potrzeb obliczania wskaźnika bieżącej płynności finansowej uwzględni również rezerwy, zdezaktualizowało się w związku ze wskazaną zmianą SIWZ. Jeśli zamiarem zamawiającego było uwzględnienie rezerw w mianowniku wskaźnika bieżącej płynności, winien wyraźnie wskazać to w zmienionej treści SIWZ. Zamawiający tego nie uczynił, zatem warunek udziału w postępowaniu dotyczący sytuacji ekonomicznej i finansowej powinien być

wykładany w ten sposób, że danymi uwzględnianymi dla potrzeb obliczenia wskaźnika bieżącej płynności są wyłącznie aktywa obrotowe w liczniku i zobowiązania krótkoterminowe w mianowniku.

Precyzyjne wskazanie, jakie dane zostaną uwzględnione dla potrzeb obliczania wskaźnika płynności finansowej ma znaczenie dla zachowania zasad równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji oraz transparentności działań zamawiającego, zwłaszcza wobec niespornej okoliczności, że w obrocie funkcjonują różne wzory obliczenia wskaźnika płynności finansowej. Przyjmowanie różnych danych dla potrzeb obliczenia wartości wskaźnika potwierdzają wprost opinie złożone zarówno przez zamawiającego, jak i odwołującego (odpowiednio: str. 6 tiret 5 opinii BDO Sp. z o.o. w Warszawie, str. 2 tiret 4 i następne opinii Kancelarii Audytorsko-Doradczej M. M., w aktach sprawy).

W okolicznościach sporu ujawniły się dodatkowe okoliczności wskazujące, że ustalenie danych uwzględnianych dla potrzeb obliczenia wskaźnika bieżącej płynności jest szczególnie doniosłe. Dostrzec bowiem trzeba, że na rynku usług stanowiących przedmiot zamówienia działają wykonawcy, którzy sporządzają sprawozdania finansowe według przepisów ustawy z dnia 29 września 1994 r. o rachunkowości (Dz. U. z 2013 r., poz. 330 ze zm.) oraz tacy, którzy posługują się Międzynarodowymi Standardami Sprawozdawczości Finansowej (MSSF) i Międzynarodowymi Standardami Rachunkowości (MSR). Z dwóch wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu, Bonair S.A. sporządza sprawozdanie finansowe zgodnie z ustawą o rachunkowości, natomiast odwołujący - będący spółką giełdową - stosuje standardy międzynarodowe.

Sposób prezentacji danych istotnych dla wykazania warunku udziału w postępowaniu jest inny w przypadku obu tych wykonawców (bilans odwołującego i Bonair S.A., kopie w aktach sprawy). Zobowiązania krótkoterminowe w bilansie sporządzonym z uwzględnieniem MSR obejmują łącznie zobowiązania krótkoterminowe i rozliczenia międzyokresowe bierne, które w sprawozdaniu sporządzonym wg ustawy o rachunkowości prezentowane są oddzielnie (za I. Emerling „Bilans w świetle regulacji krajowych i międzynarodowych – różnice, Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Szczecińskiego „FINANSE, RYNKI FINANSOWE, UBEZPIECZENIA", Nr 41 z 2011 r. str.547).

O wykazaniu spełniania warunku udziału w postępowaniu nie może przesądzać sposób prezentacji informacji w sprawozdaniu finansowym, gdyż wykazanie spełniania warunku udziału w postępowaniu odwołuje się do rzeczywistych właściwości podmiotowych wykonawcy gwarantujących wykonanie z należytą starannością umowy w sprawie zamówienia publicznego (art. 22 ust. 5 zd. 1 Pzp). Wykazanie warunku udziału w postępowaniu ma zatem znaczenie materialne, a nie wyłącznie formalne.

Zamawiający w celu zachowania zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców powinien na takich samych zasadach badać wysokość wskaźnika płynności finansowej (rozumianego zgodnie z powszechną definicją jako możliwość spłacania bieżących zobowiązań) niezależnie od standardu sporządzania sprawozdania finansowego.

Niedopuszczalnym jest, aby zamawiający oceniając warunek udziału w postępowaniu, który jest taki sam dla wszystkich wykonawców, uwzględniał w zależności od sposobu sporządzenia sprawozdania, raz zobowiązania krótkoterminowe, raz zobowiązania krótkoterminowe i rozliczenia międzyokresowe.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt okoliczności sprawy Izba zważyła, że zamawiający wykluczył odwołującego niezgodnie z brzmieniem postanowień SIWZ i z naruszeniem przepisów ustawy. Po pierwsze, zamawiający wbrew jasnemu brzmieniu SIWZ ustalonego 12 listopada 2014 r. dla potrzeb obliczania wskaźnika bieżącej płynności uwzględnił w mianowniku rezerwy. Po drugie, oceniając spełnianie warunku udziału przez odwołującego powiększył wartość licznika o przychody przyszłych okresów. Brzmienie SIWZ nie daje zamawiającemu podstaw do takiego działania.

Zgodnie z brzmieniem warunku ustalonym przez zamawiającego współczynnik bieżącej płynności finansowej obliczony na podstawie bilansu odwołującego za rok 2013 powinien być wyliczony z pominięciem przychodów przyszłych okresów i rezerw tj. CR = 18 876/(14 764 - 310 - 8 621) i wynosi 3,23. Odwołujący spełnia warunek posiadania sytuacji ekonomicznej i finansowej określony przez w SIWZ.

Zamawiający wykluczając odwołującego naruszył art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp. Skoro odwołujący nie podlega wykluczeniu, złożona przez niego oferta nie powinna być uznana za

odrzuconą, zatem postępowanie nie podlega unieważnieniu na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp. Unieważniając postępowanie zamawiający dopuścił się naruszenia tego przepisu.

Potwierdzenie znalazł również zarzut naruszenia art. 26 ust. 4 Pzp. Różnice w sposobie prezentacji danych istotnych dla oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu w dokumentach złożonych przez wykonawców, którzy złożyli oferty, literalne brzmienie SIWZ oraz to, że kwota wskazana w bilansie odwołującego jako przychody przyszłych okresów miała przesądzające znaczenie dla wykazania warunku udziału w postępowaniu, powodują taki stan rzeczy, w którym zamawiający, gdyby działał z należytą starannością, powinien był zwrócić się do odwołującego o wyjaśnienia, a tego zaniechał.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w kwocie 3.600 zł, zgodnie z § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Właściwym do rozpoznania skargi jest Sąd Okręgowy - Sąd Gospodarczy właściwy dla miejsca siedziby zamawiającego, gdyż odwołanie dotyczy podmiotów gospodarczych występujących zarówno po stronie uprawnionego, jak i zobowiązanego (za postanowieniem Sądu Najwyższego z 27 stycznia 2006 roku, III CZP 123/-5, LEX 1777303).

Przewodniczący: .....