

Zawada, ^{RM}.....2023 r.

Nr: FZ/PZP/15/2023/5

Dotyczy: Wyjaśnień udzielanych przez Zamawiającego dotyczących treści SWZ na „Dostawa kaolinitu dla potrzeb Enea Elektrownia Połaniec S.A. w okresie 12 miesięcy” (nr postępowania: FZ/PZP/15/2023).

Działając zgodnie z zasadą przejrzystego i obiektywnego podejścia do przetargu i jawności przetargu, udzielamy następujących wyjaśnień dotyczących dokumentacji przetargowej.

Pytania do w/w postępowania:

Pytanie 6:

Szanowni Państwo,

W pkt 3 ppkt 11 tytułu IX SWZ cz. I do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Dostawa kaolinitu dla potrzeb Enea Elektrownia Połaniec S.A. w okresie 12 miesięcy” Zamawiający wskazał, że do oferty Wykonawca zobowiązany jest ponadto dołączyć aktualne na dzień składania ofert sprawozdanie finansowe Wykonawcy, a jeżeli podlega ono badaniu przez firmę audytorską zgodnie z przepisami o rachunkowości, również odpowiednio ze sprawozdaniem z badania sprawozdania finansowego, a w przypadku Wykonawców niezobowiązanych do sporządzenia sprawozdania finansowego, innych dokumentów określających w szczególności przychody oraz aktywa i zobowiązania - za rok obrotowy 2022, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - za ten okres.

Z kolei w pkt 1 tytułu III Zamawiający wskazał, że przedmiotowe postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 11.09.2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) zwanej dalej "ustawą p.z.p. lub p.z.p." oraz Specyfikacji Warunków Zamówienia, zwaną dalej "SWZ".

Skoro zatem postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy p.z.p., to Zamawiający winien je przygotować w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, o której mowa w art. 16 pkt 1 ustawy p.z.p. - zob. wyrok WSA w Warszawie z 25.08.2017 r., sygn. akt VII SA/Wa 13/17, LEX nr 2364540. Przygotowanie i prowadzenie postępowania z poszanowaniem zasady równego



traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji wymaga od Zamawiającego należytej staranności. Zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców nakazuje Zamawiającemu taki sposób określenia poszczególnych elementów przygotowywanego postępowania, który stanowić będzie złoty środek pomiędzy rzeczywistymi potrzebami Zamawiającego a wprowadzanymi ograniczeniami dostępu do zamówienia, ze względu na postawione wymogi odnoszące się zarówno do sposobu wykonania danego zamówienia, jak i niezbędnego poziomu weryfikacji wykonawcy, który da gwarancję jego należytego wykonania. „Oznacza to, że na każdym etapie postępowania o udzielenie zamówienia. publicznego Zamawiający jest zobligowany do sprawiedliwego traktowania uczestników postępowania - wykonawcy powinni być traktowani jednakowo, bez stosowania jakichkolwiek przywilejów, a także bez środków dyskryminujących - tak wyrok KIO z 11.12.2017 r., sygn. akt KIO 2480/17, LEX nr 2437560.

W ocenie [REDAKTOWANE] takim środkiem dyskryminującym spółkę jest wymaganie stawiane przez Zamawiającego w zakresie zobowiązania wykonawcy do dołączenia do oferty aktualnego na dzień składania ofert sprawozdania finansowego za rok obrotowy 2022, a jeżeli podlega ono badaniu przez firmę audytorską zgodnie z przepisami o rachunkowości, również odpowiednio ze sprawozdaniem z badania sprawozdania finansowego - por. wyrok NSA z 22.02.2017 r., sygn. akt II GSK 1732/15, LEX nr 2247619; wyrok NSA z 9.08.2017 r., sygn. akt II GSK 1097/17, LEX nr 2349731; oraz wyrok NSA z 8.01.2019 r., sygn. akt I GSK 3157/18, LEX nr 2616405. [REDAKTOWANE] jest spółką zobowiązaną przez przepisy ustawy o rachunkowości do badania sprawozdania finansowego. W praktyce często zdarza się, iż badanie sprawozdania finansowego wydłuża się w czasie, ponad okres przewidziany przez ustawę o rachunkowości. Taka sytuacja ma miejsce w przypadku [REDAKTOWANE], gdzie sprawozdanie finansowe jest w toku badania przez biegłego rewidenta. Zdaniem spółki warunek przedłożenia zaudytowanego sprawozdania finansowego za rok 2022, uniemożliwia [REDAKTOWANE] ubieganie się o przedmiotowe zamówienie, stawiając przy tym spółkę w zdecydowanie gorszej sytuacji w porównaniu do konkurencyjnych wykonawców, np. takich których sprawozdania finansowe nie podlegają badaniu - zob. wyrok KIO z 12.07.2011 r., sygn. akt KIO 1367/11, LEX nr 863595; oraz wyrok KIO z 5.03.2012 r., sygn. akt KIO 341/12, LEX nr 1126954. [REDAKTOWANE] stoi na stanowisku, że Zamawiający nie może tworzyć i wprowadzać nieuzasadnionych barier ograniczających prawo oferentów do wzięcia udziału w przetargu, nie może również działać w sposób, który będzie eliminować z udziału w postępowaniu określonej grupy wykonawców albo też stwarzać określonej grupie uprzywilejowanej pozycji, bowiem tego zabrania mu zasada równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji - por. wyrok NSA z 13.02.2014 r., sygn. akt II GSK 1980/12, LEX nr 1450742.

Mając na uwadze powyższe [REDAKTOR] działając w oparciu o art. 137 pkt 1 w zw. z art. 16 ustawy p.z.p. oraz pkt 7 tytułu IV SWZ cz. I, żąda zmiany treści SWZ cz. I w pkt odnoszącym się do wymogu przedłożenia zaudytowanego sprawozdania finansowego za rok 2022. Przedmiotowe żądanie jest uzasadnione tym bardziej, że w poprzednich latach w postępowaniach przetargowych na kaolin Enea w ogóle nie wymagała składania dokumentów finansowych, a tym bardziej zbadanych przez biegłego rewidenta. Postawienie warunku w tym zakresie w obecnym przetargu utwierdza spółkę, że Zamawiający chce ograniczyć [REDAKTOR] dostęp do przedmiotowego przetargu, albo wręcz ją z niego wyeliminować.

Odpowiedzi:

Ad.6.

Zamawiający podtrzymuje zapisy dotyczące warunku sytuacji ekonomicznej lub finansowej w SWZ cz. I.

Z poważaniem

Piotr Rudziński
RADCA PRAWNY
WA 3085

Członek Zarządu ds. Finansowych
p.o. Prezes Zarządu
Enea Elektrownia Połaniec S.A.

A.W.
Agnieszka Wojdan

Wiceprezes Zarządu ds. Technicznych
Enea Elektrownia Połaniec S.A.

K.Pawełek
Krzysztof Pawełek