

Sygn. akt KIO/UZP 837/09

WYROK
z dnia 16 lipca 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Barbara Bettman

Członkowie: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **14 lipca 2009 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **ECOSERVICE Przedsiębiorstwo Budowlane Sp. z o. o., 65-301 Zielona Góra, ul. Głowackiego 9** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Miejski Zakład Gospodarki Komunalnej Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Nowej Soli, 67-100 Nowa Sól, ul. Moniuszki 4** protestu z dnia **3 czerwca 2009 r.**

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. Kosztami postępowania obciąża ECOSERVICE Przedsiębiorstwo Budowlane Sp. z o. o., 65-301 Zielona Góra, ul. Głowackiego 9

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości

4 574 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero)

groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **ECOSERVICE Przedsiębiorstwo Budowlane Sp. z o. o., 65-301 Zielona Góra, ul. Głowackiego 9;**

- 2) dokonać wpłaty kwoty 3600,00 zł. (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **ECOSERVICE Przedsiębiorstwo Budowlane Sp. z o. o., 65-301 Zielona Góra, ul. Głowackiego 9** na rzecz **Miejskiego Zakładu Gospodarki Komunalnej Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Nowej Soli, 67-100 Nowa Sól, ul. Moniuszki 4**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;
- 3) dokonać wpłaty kwoty XXX (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;
- 4) dokonać zwrotu kwoty **15 426zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **ECOSERVICE Przedsiębiorstwo Budowlane Sp. z o. o., 65-301 Zielona Góra, ul. Głowackiego 9**

U z a s a d n i e

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na rozbudowę i przebudowę oczyszczalni ścieków w Nowej Soli, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego (Dz. Urz. UE 2009/S 59-084232 z 26.03.2009 r.) w dniu 3 czerwca 2009 r. został wniesiony protest, a następnie odwołanie przez ECOSERVICE Przedsiębiorstwo Budowlane Sp. z o.o. z Zielonej Góry. Złożenie protestu nastąpiło skutkiem powiadomienia odwołującego pismem z dnia 27 maja 2009 r. o wyborze najkorzystniejszej oferty, o wykluczeniu odwołującego z postępowania oraz o odrzuceniu jego oferty.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu Miejskiemu Zakładowi Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. w Nowej Soli naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z 2008 r. Nr 171, poz. 1058, z Nr 220, poz. 1420, Nr 227, poz. 1505, z 2009 r. Nr 19 poz. 101), to jest:

- 1) art. 26 ust. 3 ustawy, przez zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia w wyznaczonym terminie „rachunku zysków i strat” za ostatni rok obrotowy obowiązujący odwołującego, za okres od 1 kwietnia 2008 r. do 31 marca 2009 r.;
- 2) art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy w związku z § 1 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzaju dokumentów jakich może żądać

zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U Nr 87 poz. 605, z 2008 r. Nr 188, poz. 1155), przez uwzględnienie „rachunku zysków i strat” z okresu starszego niż ostatnie trzy lata obrotowe;

3) art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy przez bezpodstawne przyjęcie, iż odwołujący nie znajduje się w sytuacji ekonomicznej i finansowej, umożliwiającej wykonanie zamówienia;

4) art. 24 ust. 2 pkt 3 w związku z art. 24 ust. 4 oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, przez bezzasadne wykluczenie odwołującego i odrzucenie jego oferty;

5) art. 7 ust. 1 ustawy przez nierówne traktowanie wykonawców, polegające na zróżnicowanej ocenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu wobec odwołującego w odróżnieniu do innych wykonawców.

Odwołujący zażądał:

- 1) unieważnienia czynności: wykluczenia z postępowania oraz odrzucenia jego oferty;
- 2) unieważnienia czynności wyboru oferty K.T.S ELPOM SA;
- 3) wezwania odwołującego do złożenia w wyznaczonym terminie „rachunku zysków i strat” za ostatni rok obrotowy;
- 4) powtórzenia czynności badania, oceny oraz wyboru oferty spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

W uzasadnieniu zarzutów protestu odwołujący podał, że w wyniku wskazanych wyżej naruszeń przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych jego interes prawny w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, co uzasadnia korzystanie ze środków ochrony prawnej. Odwołujący przytoczył treść przepisów art. 22 ust. 1 pkt 3, art. 25 ust. 1 pkt 1 Pzp oraz § 1 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów.

Wskazał, że zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymagał dla wykazania sytuacji ekonomicznej wykonawcy, umożliwiającej realizację zamówienia, spełniania następujących warunków – wykonawca osiągnął w każdym z ostatnich trzech lat obrotowych, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, roczny przychód netto nie mniejszy niż 10 000 000,00 PLN. W celu potwierdzenia spełnienia tego warunku wykonawcy zobowiązani byli przedłożyć „rachunek zysków i strat”, stanowiący część sprawozdania finansowego, a w przypadku gdy wykonawca nie jest zobowiązany do sporządzania sprawozdania innych dokumentów określających przychody ze sprzedaży za okres ostatnich trzech lat obrotowych, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – za ten okres. Według wymagań zamawiającego, wykonawcy byli zobowiązani złożyć „rachunek zysków i strat” za lata obrotowe: 1 styczeń 2006 -31 grudzień 2006, 1 styczeń 2007 -31 grudzień 2007, 1 styczeń 2008 -31 grudzień 2008, przy założeniu, że wykonawca przyjął rok obrotowy pokrywający się z rokiem kalendarzowym. W dniu 8 listopada 2006 r. uchwałą Nadzwyczajnego Zgromadzenia Wspólników (akt notarialny rep. A nr 10750/2006 r. u odwołującego został zmieniony rok obrotowy i obecnie zaczyna on się 1 kwietnia danego

roku, a kończy 31 marca następnego roku. Ostatnie trzy lata obrotowe u odwołującego są następujące: 1 stycznia 2006 - 31 grudnia 2006, 1 stycznia 2007 - 31 marca 2008, 1 kwietnia 2008 – 31 marca 2009 r. Stosownie do dyspozycji art. 26 ust. 4 Pzp, zamawiający pismem z dnia 25 maja 2009 r. wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących oferty w zakresie nie załączenia „rachunku zysków i strat” za rok 2008 w wyznaczonym terminie do 27 maja 2009 r. W odpowiedzi, odwołujący pismem z dnia 25 maja 2009 r., wyjaśnił okoliczność zmiany roku obrotowego spółki. W związku z powyższym na dzień składania ofert – 8 maja 2009 r., odwołujący nie posiadał zatwierdzonego sprawozdania finansowego za okres od 1 kwietnia 2008 r. do 31 marca 2009 r.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 4 czerwca 2009 r. do postępowania wywołanego wniesieniem protestu przystąpił wykonawca wybrany do realizacji zamówienia K.T.S. ELPOM SA, wskazując na swój interes prawny w utrzymaniu wyboru jego oferty. Podniósł, że odwołujący nie złożył „rachunku zysków i strat” za ostatni obowiązujący u niego rok obrotowy, to jest rozpoczynający się 1 kwietnia 2008 r. i trwający do 31 marca 2009 r., mimo że na dzień składania ofert - 8 maja 2009 r. ostatni rok obrotowy był u niego zamknięty. Odwołujący wyjaśnił w piśmie z dnia 25 maja 2009 r., że przyczyną nie złożenia sprawozdania za wymieniony wyżej okres, był fakt, że nie zostało ono zatwierdzone na wyznaczony dzień składania ofert. Przystępujący wywodził, iż z postanowień punktu 9.3 IDW nie wynika, aby istniał obowiązek złożenia sprawozdania finansowego zatwierdzonego przez zwyczajne zgromadzenie wspólników. Zdaniem przystępującego, wykonawca winien złożyć wymienione sprawozdanie, skoro je posiadał, nawet wówczas gdy nie zostało jeszcze zatwierdzone. W przekonaniu przystępującego, zamawiający nie miał podstaw aby wzywać odwołującego do złożenia uzupełniających dokumentów sprawozdania, albowiem te które zostały załączone do oferty były kompletne i nie wymagały uzupełnienia ani sprostowania. Podkreślił, że nawet w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, wymagane dokumenty nie zostały uzupełnione, co świadczy, iż odwołujący nie wykazał swojej wiarygodności finansowej i ekonomicznej, wymaganej do realizacji zamówienia.

Pismem z dnia 16 czerwca 2009 r. (doręczonym faksem w tym samym dniu) zamawiający oddalił protest w całości, jako bezzasadny. W uzasadnieniu swego stanowiska przytoczył odnośne postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia – instrukcja dla wykonawców - pkt 9 (IDW). Potwierdził, iż odwołujący złożył ofertę, do której dołączył sprawozdania finansowe za lata 2005 -2008. Podał, że pismem z dnia 25 maja 2009 r. zwrócił się do odwołującego z zapytaniem o przyczyny nie przedstawienia sprawozdania za pełny rok obrotowy 2008. W odpowiedzi uzyskał wyjaśnienie, że zgodnie z umową spółki, rok obrotowy kończył się w dniu 31 marca 2009 r. i za ten okres sprawozdanie finansowe nie

zostało zatwierdzone. Wyjaśnienia zostały przez zamawiającego uznane. Ze względu na wewnętrzną regulację obowiązującą w spółce odwołującego, był on uprawniony do przedstawienia dokumentów za okres od 2005 r. do 2008 r. Zamawiający stwierdził, iż w świetle tych wyjaśnień nie był uprawniony, a tym bardziej zobowiązany do żądania przedstawienia sprawozdania finansowego za okres od 1 kwietnia 2008 r. do 31 marca 2009r. Oferta odwołującego musiała zostać odrzucona ze względu na niespełnienie warunku osiągnięcia wymaganego przychodu w wykazanym roku obrotowym 2005 r. Przychód netto wynosił 3 820 330,92 PLN. Zamawiający zwrócił uwagę, że do dnia rozstrzygnięcia protestu, odwołujący nie przedstawił „rachunku zysków i strat” za rok obrotowy 1.04.2008 – 31.03.2009, jak również nie złożył oświadczenia, że „rachunek zysków i strat”, będący częścią sprawozdania, został na dzień złożenia oferty sporządzony. W treści protestu oświadczył jedynie, iż jego przychód netto za ostatni rok obrotowy przekracza kwotę 10 000 000 PLN, co nie jest równoznaczne z wykazaniem tego wymaganymi dokumentami.

W odwołaniu wniesionym w dniu 19 czerwca 2009 r. z kopią przekazaną zamawiającemu w tym samym terminie, zarzuty protestu zostały podtrzymane w całości wraz z wnioskami o nakazanie zamawiającemu:

- 1.unieważnienia czynności: wykluczenia odwołującego z postępowania oraz odrzucenia jego oferty;
- 2.unieważnienia czynności wyboru oferty K.T.S ELPOM SA;
- 3.wezwania odwołującego do złożenia w wyznaczonym terminie „rachunku zysków i strat” za ostatni rok obrotowy obejmujący okres od 1 kwietnia 2008 do 31 marca 2009 r.;
4. powtórzenia czynności badania, oceny oraz wyboru oferty spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

W uzasadnieniu odwołujący ponowił argumentację przedstawioną w proteście. Zgodził się ze stanowiskiem przystępującego, że nie złożył „rachunku zysków i strat „ za ostatni rok obrotowy, pomimo zakończenia tego roku obrotowego, a także iż winien złożyć ten dokument w postaci niezatwierdzonego sprawozdania, gdyż pkt 9.3 ppkt 1 IDW nie przewidywał obowiązku złożenia zatwierdzonego „rachunku zysków i strat.” Obowiązku przedstawienia zatwierdzonego sprawozdania finansowego nie przewiduje ustawa Prawo zamówień publicznych ani § 1 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzaju dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U Nr 87 poz. 605, z 2008 r. Nr 188, poz. 1155). Argumentował dalej, że zamawiający, w zakresie oceny spełnienia warunków podmiotowych, nie może opierać się na innych dokumentach niż określone w powołanym rozporządzeniu, zatem ocena taka na podstawie dokumentów „starszych” niż podaje rozporządzenie, stanowiła naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp, przez uchybienie zasadzie

uczciwej konkurencji. Odwołujący zarzucał, iż uwadze przystępującego umknął fakt, oświadczenia odwołującego, iż posiada on „rachunek zysków i strat” za ostatni rok obrotowy, ale go nie złożył. Zdaniem odwołującego, dyspozycja art. 26 ust. 3 Pzp nakazywała zamawiającemu wezwanie wykonawcy do złożenia brakujących, (nie złożonych w wymaganym terminie) dokumentów, potwierdzających spełnienie warunków udziału. Odwołujący stwierdził, iż dotychczas nie został wezwany do złożenia dokumentu, zatem nie miał podstaw do uczynienia tego samodzielnie.

Odnosząc się do stanowiska zamawiającego w rozstrzygnięciu protestu, odwołujący zaznaczył, iż zamawiający wymagał jedynie wyjaśnień na temat nie złożenia „rachunku zysków i strat” za cały rok 2008. Odwołujący podkreślił również, iż w odpowiedzi na wezwanie, podał jedynie, że nie posiada jeszcze sprawozdania finansowego zatwierdzonego uchwałą zwyczajnego zgromadzenia wspólników, co nie oznaczało, że nie posiada w ogóle sprawozdania za ten okres.

Wskazał na obligatoryjność zastosowania art. 26 ust. 3 Pzp, wówczas gdy stwierdzona zostanie okoliczność nie złożenia przez wykonawcę dokumentów, potwierdzających spełnianie warunków udziału. Uprzednie wezwanie do udzielenia wyjaśnień nie stoi na przeszkodzie żądaniu uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp. Wykluczenie odwołującego z postępowania nastąpiło w oparciu o złożony „rachunek zysków i strat” za 2005 r., który nie jest rachunkiem z ostatnich trzech lat obrotowych i nie może być brany pod uwagę. Zamawiający dopuścił się nierównego traktowania wykonawców, ponieważ w odniesieniu do innych wykonawców, brał pod uwagę sprawozdania za lata 2006 – 2009. W przekonaniu odwołującego zamawiający naruszył odnośnie postanowienia SIWZ oraz art. 25 ust. 1 pkt 1 Pzp, gdyż uwzględnił dokument z roku obrotowego nie wskazanego w SIWZ, (to jest z 2005 r.). Odwołujący podniósł, że przytoczony przez zamawiającego w rozstrzygnięciu protestu, fragment uzasadnienia wyroku zespołu arbitrów w sprawie sygn. akt UZP/ZO -0-2031/06 nie jest adekwatny do stanu faktycznego niniejszej sprawy. Zdaniem odwołującego, zamawiający bezpodstawnie wywiódł wniosek, iż odwołujący nie posiadał sprawozdania finansowego za okres działalności od 1 kwietnia 2008 r. do 31 marca 2009 r., a nie należało pomijać faktu, że odwołujący złożył oświadczenie, na stronie 4 protestu, iż spełnia warunki udziału w postępowaniu, gdyż jego przychód netto za ostatni rok obrotowy wynosi ponad 10 000 000,00 PLN. Odwołujący stwierdził, iż jest w stanie uzupełnić właściwy dokument, natomiast zamawiający nie wzywając odwołującego do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, uniemożliwił skuteczne złożenie „rachunku zysków i strat” za ostatni rok obrotowy. Odwołujący powołał się na naruszenie swego interesu prawnego, gdyż mimo złożenia najkorzystniejszej oferty w jedynym kryterium ceny, czynności zamawiającego wykluczenia z postępowania i odrzucenia oferty oraz wybór oferty nie będącej najkorzystniejszą, podjęte z naruszeniem art. 91 ust. 1 art. 24 ust. 2 pkt 3,

art. 24 ust. 4 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 5, art. 22 ust. 1 pkt 3 Pzp w związku z pkt 9.3 IDW, uniemożliwiły odwołującemu uzyskanie zamówienia.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania na podstawie art. 187 ust. 4 Prawa zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza dopuściła i przeprowadziła dowody; ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), część I – instrukcja dla wykonawców (IDW), protokołu postępowania, wezwania z dnia 25 maja 2009 r. i udzielonej przez odwołującego odpowiedzi, oferty odwołującego, pism stron złożonych w postępowaniu protestacyjno – odwoławczym.

Ponadto Izba rozważyła stanowiska pełnomocników stron i reprezentanta odwołującego, przedstawione do protokołu rozprawy.

Rozpatrując sprawę w granicach zarzutów protestu, jak stanowi art. 191 ust. 3 Pzp, Izba ustaliła co następuje.

Specyfikacja istotnych warunków zamówienia część I – instrukcja dla wykonawców pkt 9.3 sytuacja ekonomiczna wykonawcy, zawierała następujący warunek udziału w postępowaniu. Wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia musi znajdować się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie niniejszego zamówienia. W szczególności wykonawca musi spełnić następujące warunki:

- (1) osiągnął w każdym z ostatnich trzech lat obrotowych, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy to w tym okresie, roczny przychód netto nie mniejszy niż 10 000 000,00 PLN. W celu potwierdzenia spełnienia niniejszego warunku, wykonawcy zobowiązani są przedłożyć rachunek zysków i strat, stanowiący część sprawozdania finansowego, a w przypadkach wykonawców niezobowiązanych do sporządzania sprawozdania finansowego innych dokumentów określających przychody ze sprzedaży, za okres ostatnich 3 lat obrotowych, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, za ten okres.

Strony zgodnie oświadczyły, że w odniesieniu do cytowanego wyżej postanowienia SIWZ, brak było zapytań i wyjaśnień.

Jedynym kryterium oceny ofert, jak wynika z punktu 17.1 SIWZ stanowiła cena.

W postępowaniu zostało złożonych 10 ofert, w tym oferta odwołującego podaje cenę brutto 19 913 001,65 PLN, a oferta wybrana wykonawcy K.T.S ELPOM SA zawiera cenę brutto 20 651 810,84 PLN, co uzasadnia powoływanie się na uszczerbek interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia, skoro odwołujący kwestionuje wykluczenie go z postępowania i odrzucenie oferty.

W dokumentach oferty na stronach od 81 do 121 odwołujący złożył sprawozdania finansowe (w tym: bilans, rachunek zysków i strat, informację dodatkową) za okresy sprawozdawcze:

1 stycznia 2005 - 31 grudnia 2005, wykazany przychód netto ze sprzedaży: 3 828 330,92 PLN, data sporządzenia sprawozdania 31 marca 2006 r.,

1 stycznia 2006 – 31 grudnia 2006, wykazany przychód ze sprzedaży 14 471 505,08 PLN, data sporządzenia sprawozdania 31 maja 2007 r.,

1 stycznia 2007 - 31 marzec 2008, wykazany przychód ze sprzedaży 17 471 505,08 PLN, data sporządzenia sprawozdania 16 czerwca 2008 r.

Na stronie 86 oferty zawarta jest informacja, że spółka dokonała zmiany roku obrotowego, w związku z czym bieżący rok obrotowy (2007) trwał 15 miesięcy. Odwołujący przedstawił wariant porównawczy za okres od 1 stycznia 2007 do 31 grudnia 2007 r. gdzie wykazany przychód wynosił 16 526 219,77 PLN.

Zamawiający pismem z dnia 25 maja 2009 r. zwrócił się na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp do odwołującego o udzielenie wyjaśnień – z jakich powodów odwołujący nie załączył do oferty „rachunku zysków i strat” za pełny rok 2008. W zakreślonym terminie odwołujący udzielił odpowiedzi, iż 8 listopada 2006 r. uchwałą Nadzwyczajnego Zgromadzenia Wspólników - akt notarialny rep. A nr 10750/2006 zmieniony u niego został rok obrotowy. Obecnie rok obrotowy rozpoczyna się 1 kwietnia, a kończy 31 marca. Zgodnie z art. 231 KSH, zatwierdzenie sprawozdania finansowego za ubiegły rok obrotowy winno odbyć się w terminie 6 miesięcy po upływie roku obrotowego. W związku z powyższym na dzień składania ofert tj. 8 maja 2009 r. odwołujący nie posiadał zatwierdzonego sprawozdania finansowego za wymieniony okres sprawozdawczy.

Na rozprawie odwołujący złożył bilans oraz „rachunek zysków i strat” za okres sprawozdawczy od 1.04.2008 do 31.03. 2009 r. z datą sporządzenia 8 maja 2009 r. oraz z zaznaczeniem, iż jest to bilans „wstępny.” Złożył również te same dokumenty z potwierdzeniem, że dnia 30 czerwca 2009 r. zostały one przekazane Lubuskiemu Urzędowi Skarbowemu w Zielonej Górze.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła co następuje.

Zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 8 ustawy z dnia 29 września 1994 r. o rachunkowości (Dz. U. z 2002 r. Nr 76, poz. 694 ze zm.) przez okres sprawozdawczy rozumie się okres, za który sporządza się sprawozdanie finansowe w trybie przepisów przewidzianych tą ustawą. Natomiast zgodnie z pkt 9 tegoż artykułu przez rok obrotowy rozumie się rok kalendarzowy lub inny okres trwający 12 kolejnych miesięcy kalendarzowych, stosowany również do celów podatkowych. Rok obrotowy lub jego zmianę określa statut lub umowa, na podstawie której utworzono jednostkę. W przypadku zmiany, pierwszy po zmianie rok obrotowy, powinien być

dłuższy niż 12 kolejnych miesięcy. Zgodnie z art. 52 ust. 1 ustawy o rachunkowości, kierownik jednostki zapewnia sporządzenie rocznego sprawozdania finansowego nie później niż w ciągu trzech miesięcy od dnia bilansowego, natomiast zgodnie z art. 53 ust. 1 tej ustawy, podlega ono zatwierdzeniu przez organ zatwierdzający, nie później niż 6 miesięcy od dnia bilansowego. Art. 231 § 1 Kodeksu spółek handlowych zobowiązuje do zatwierdzenia sprawozdania finansowego za ubiegły rok obrotowy przez zwyczajne zgromadzenie wspólników w terminie 6 miesięcy, po upływie każdego roku obrotowego. Zatwierdzone sprawozdanie finansowe jednostka zobowiązana jest złożyć do akt rejestrowych Krajowego Rejestru Sądowego. Ustawodawca nie definiuje pojęcia bilans „wstępny”, czy „wstępny rachunek zysków i strat.” Zatem w ocenie Izby, na użytek urzędowy, między innymi w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, wykonawcy powinni składać sprawozdania o treści zgodnej z tymi, które znajdują się w rejestrach (zbiorach) urzędowych. Wynika to wprost z przepisów ustawy o rachunkowości i nie musi być dodatkowo statuowane w ustawie prawo zamówień publicznych, ani w przepisach rozporządzenia wykonawczego Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzaju dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U Nr 87 poz. 605, z 2008 r. Nr 188, poz. 1155), co nie jest równoznaczne z obowiązkiem przedstawienia w dokumentacji oferty zatwierdzonego sprawozdania. Izba podzieliła argumentację zamawiającego, że pomimo literalnego brzmienia przepisu rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, odnośnie sprawozdania finansowego lub jego części - dopuszczalności żądania dokumentów „za okres nie dłuższy niż ostatnie trzy lata obrotowe,” zamawiający nie może abstrahować od tego, że istnieją ograniczenia co do możliwości wymagania dokumentów od wykonawców i żądać spełnienia warunku niemożliwego. W okresie pierwszego półrocza roku kalendarzowego, w którym większość wykonawców sporządza sprawozdania, mogą oni nie posiadać jeszcze sprawozdań finansowych za ostatni rok obrotowy. Jeżeli wykonawcy nie są w stanie spełnić takiego warunku, bo jeszcze nie sporządzili sprawozdań finansowych za ostatni rok obrotowy, to przedkładają sprawozdania za wcześniejszy rok obrotowy. Praktykę taką i jej prawidłowość potwierdza stanowisko Zespołu Arbitrów w wyroku z dnia 17 lipca 2006 r. sygn. Akt UZP/ZO/0 -2031/06. Nie jest naganne i nie może powodować sankcji dla wykonawcy, gdy na dzień złożenia oferty nie dysponuje sprawozdaniem finansowym, dla którego sporządzenia nie upłynął jeszcze termin ustawowy. Należy więc oceniać spełnienie warunków udziału przez odwołującego, w zakresie jego wiarygodności ekonomiczno - finansowej, w oparciu o przedłożone w dokumentach oferty elementy sprawozdania finansowego, w tym „rachunku zysków i strat” za trzy okresy obrotowe, obejmujące lata 2005 – 2008, jakie sam odwołujący zawarł w dokumentacji swojej oferty, ponieważ złożone oświadczenie woli odwołującego, co do przyjętych ostatnich trzech lat obrotowych miało

charakter wiążący. Pytanie zamawiającego było celowe i miało służyć jedynie wyjaśnieniu przedstawionego sprawozdania za ostatnie trzy lata obrotowe przed wszczęciem postępowania. Okoliczność, iż wykonawca ma prawo, w myśl powołanych wyżej przepisów, ustanowić inny okres obrotowy, aniżeli rok kalendarzowy, nie jest przez zamawiającego kwestionowana, ani też dowody przedstawione przez odwołującego w postaci aktu notarialnego zmiany umowy spółki, wprowadzającego zmianę roku obrotowego. Wynika to również wprost z treści dokumentów oferty odwołującego. Jeżeli dla zamawiającego nie było to klarowne, mógł zwrócić się w trybie art. 26 ust. 4 Pzp o stosowne wyjaśnienie, w celu jednoznacznego stwierdzenia, czy złożone dokumenty obejmują w rzeczywistości wymagany okres ostatnich trzech lat obrotowych przed wszczęciem postępowania. Tak samo postąpił zamawiający wobec konsorcjum Hydrobudowa Polska SA i w wyniku udzielonych wyjaśnień uznał, że okres ostatnich trzech lat obrotowych tego wykonawcy, to lata 2005 – 2007. Wykonawca ten ponadto załączył do swojej oferty rachunek zysków i strat za 2008 r., zaznaczając, iż nie jest on jeszcze zatwierdzony. Należy zgodzić się z dokonaną przez zamawiającego oceną, iż przyjął on okres przedstawiony w ofercie odwołującego od 2005 do 31 marca 2008 r., jako trzy ostatnie lata obrotowe, gdzie przychód netto za rok obrotowy 2005, jaki osiągnął odwołujący wynosił 3.828 330,92 PLN. Natomiast za każdy z okresów sprawozdawczych należało wykazać przychód nie niższy niż 10 000 000,00 zł. PLN. Bezsprzecznie odwołujący nie wykazał, iż w każdym z podanych przez siebie lat obrotowych osiągnął przychód ze sprzedaży netto w wymaganej wysokości.

Izba podzieliła stanowisko zamawiającego, że na dzień składania ofert – 8 maja 2009 r. odwołujący nie był zobowiązany przedstawić sprawozdania finansowego za rok obrotowy od 1 kwietnia 2008 r. do 31 marca 2009 r., gdyż nie upłynęły jeszcze terminy ustawowe dla jego sporządzenia. Zamknięcie roku następowało według stanu na dzień bilansowy tj. 31 marca 2009 r., a więc wymagało uwzględnienia później spływających dowodów księgowych dotyczących tego okresu, uzgodnienia sald, czasu na sporządzenie bilansu, nawet gdy odwołujący nie był zobowiązany do poddania sprawozdania badaniu przez biegłego rewidenta. Odwołujący przyznał, że faktury przychodowe za roboty budowlane wystawiane są w okresie 30 dni po odbiorze robót. Z przedstawionych dowodów wynika, że czas sporządzania bilansu u odwołującego w poprzednich okresach, obejmował trzy miesiące za 2005 r., 5 miesięcy za 2006 r. oraz od dwa i pół miesiąca za 2007 r. Nie są przekonujące argumenty, że odwołujący miał sporządzone sprawozdanie za okres od kwietnia 2008 do 31 marca 2009 r. już w dniu 8 maja 2009 r., ale go nie złożył, i nie wiadomo w jakim celu złożył natomiast sprawozdanie za 2005 r., które zresztą nie potwierdzało spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Logiczny jest wniosek, że gdyby odwołujący dysponował sprawozdaniem za okres od 1 kwietnia 2008 roku do 31 marca 2009 roku w dacie sporządzania oferty, to byłby to sprawozdanie złożył w dokumentach oferty, skoro

utrzymywał, iż nie ma wymogu aby składane sprawozdanie przeszło procedurę jego zatwierdzenia, a okoliczność ta jest bezsporna i niekwestionowana przez zamawiającego. Nie były wiarygodne wyjaśnienia Prezesa Zarządu odwołującego, udzielone do protokołu rozprawy, iż złożenie „rachunku zysków i strat” za 2005 r. miało charakter pomyłkowy, ponieważ załączniki były przygotowywane w dniu 7 maja 2009 r. w późnych godzinach wieczornych, a oferta została złożona w dniu 8 maja 2009 r. o godzinie 8:16. Sprawozdanie finansowe „wstępne” również nosi datę sporządzenia 8 maja 2009 r. Obowiązkiem odwołującego było zachowanie należytej staranności, z uwzględnieniem profesjonalnego charakteru działalności zawodowej. Izba co do zasady podziela stanowisko, że przepisy Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane, nie zawierają wprost wymogu złożenia sprawozdań finansowych zatwierdzonych uchwałą właściwego organu. Zatem skoro odwołujący obecnie nie powołuje się, iż przeszkodę złożenia „rachunku zysków i strat” za okres od 1 kwietnia 2008 r. do 31 marca 2009 r. stanowił wyłącznie fakt braku zatwierdzenia tegoż sprawozdania (co podnosił w swoim piśmie wyjaśniającym), a nie fakt jego niesporządzenia w tej dacie, to skoro odwołujący twierdzi, iż nie ma obowiązku przedstawienia zatwierzonego sprawozdania, to oznacza to, iż nie zachodziły żadne przeszkody jego złożenia w załącznikach do oferty, a decyzja odwołującego przedstawienia sprawozdania za okres 2005 – 2008 była zamierzona. Inaczej, stanowisko odwołującego należy uznać za nielogiczne i wewnętrznie sprzeczne. W związku z powyższym zamawiający nie miał żadnych podstaw do żądania od odwołującego uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp i przedstawienia sprawozdania finansowego za okres od 1 kwietnia 2008 do 31 marca 2009 r. Bezpodstawny jest zarzut odwołującego, że wskutek przyjęcia ofert, wykazujących przychód w różnych okresach obrachunkowych przed wszczęciem postępowania, zamawiający naruszył przepis art. 7 ust 1 Pzp przez nierówne traktowanie wykonawców, skoro uprawnienie do przyjęcia innych okresów obrachunkowych niż kalendarzowe, wynika z odrębnych przepisów i jest prawem każdego wykonawcy, zagwarantowanym ustawowo. Ponadto data sporządzenia i zatwierdzenia sprawozdania może być różna, byle by mieściła się w ustalonym ustawowo limicie czasowym. Potwierdza to równe potraktowanie – konsorcjum wykonawców: Hydrobudowa Polska SA i Hydrobudowa 9 SA. Zatem od wykonawcy zależało w jakiej konkretnej dacie sporządzi sprawozdanie finansowe i podda go procedurze zatwierdzającej. Izba natomiast nie widzi też podstaw do czynienia zarzutu odwołującemu - naruszenia uczciwej konkurencji, który nie był podstawą wykluczenia, że ze względu na przyjęty rok obrotowy od 1 stycznia 2007 r. do 31 marca 2008 r. wynoszący 15 miesięcy, był on w stanie wygenerować wyższy przychód. Odwołujący w dokumentach oferty podał porównawczo (strona 86 oferty), że gdyby okres

sprawozdawczy wynosił 12 miesięcy, to przychód wyniósłby 16 526 219,77 PLN, a więc wyższy niż wyznaczone minimum 10 000 000,00 PLN.

Zdaniem Izby, odwołujący nie przedstawił przekonujących argumentów, ani dowodów, iżby posiadał sprawozdanie finansowe za okres obrachunkowy od 1 kwietnia 2008 do 31 marca 2009 r. na dzień składania ofert. Udzielone wyjaśnienie w piśmie z dnia 25 maja 2009 r. w tym zakresie nie jest jednoznaczne. Zgodnie z art. 26 ust. 3 po nowelizacji z dnia 4 września 2008 r., zamawiający wzywa wykonawców, którzy nie złożyli wymaganych oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp, lub którzy złożyli wymagane oświadczenia lub dokumenty zawierające błędy do ich złożenia w wyznaczonym terminie. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert. Nie można przyjąć jak wywodził odwołujący, że decydująca jest okoliczność osiągnięcia wymaganego przychodu za rok obrotowy 2008/2009, która mogła być potwierdzona dokumentem nawet po terminie składania ofert. Zdaniem Izby, w przypadku określenia wiarygodności finansowej wykonawcy, z wyznaczonym limitem przychodu, dopiero w oparciu o sporządzony bilans można wykazać, że wykonawca spełnił warunek udziału w postępowaniu. Skoro odwołujący nie miał sporządzonego sprawozdania finansowego na dzień składania oferty, (podał, że sporządził jedynie bilans „wstępny,” „materiały robocze”), nie miał też podstaw do złożenia oświadczenia, że spełnił warunki udziału w postępowaniu w zakresie wymaganej wiarygodności finansowej, na dzień złożenia oferty. Nie jest to zatem sytuacja równoznaczna, z uzupełnieniem np. zaświadczenia o niezaleganiu z uiszczaniem podatków czy składek na ubezpieczenia, gdzie brak zaległości jest stwierdzony dokumentacją odpowiedniego urzędu na określony dzień, zbieżny z terminem składania ofert, zatem samo potwierdzenie tej okoliczności może nastąpić zaświadczeniem z datą późniejszą.

Za udowodnione przyjmuje się fakty przedstawione i wykazane przedstawionymi dowodami, zarówno w toku procedury protestacyjnej jak i w toku procedury odwoławczej, jeżeli potwierdzają one jednoznacznie spełnienie warunków udziału w postępowaniu, określonych w SIWZ na dzień złożenia oferty. Przepis art. 26 ust. 3 Pzp, obowiązujący od 1 października 2008 r. wymaga aby przy uzupełnianiu dokumentów, zostało wykazane, iż wykonawca spełnił warunki udziału na dzień złożenia oferty. Potwierdza to orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej (wyrok KIO/UZP sygn. 99/09, sygn. KIO/UZP 131/09. Odwołujący w toku dokonywanych czynności sprawdzających, na wezwanie, ani przy wniesionym proteście i odwołaniu nie przedłożył sprawozdania za ostatni okres obrachunkowy 1 kwietnia 2008 – 31 marca 2009, powoływał się jedynie gołosłownie, iż wymienione sprawozdanie posiada, uczynił to dopiero na rozprawie. Nie jest przekonująca argumentacja odwołującego, że sprawozdanie takie mógł przedłożyć wyłącznie na wezwanie

zamawiającego, wystosowane w trybie przepisów art. 26 ust. 3 Pzp w sytuacji, gdy sporządzenie stosownego dokumentu („rachunku zysków i strat”) leżało wyłącznie w gestii odwołującego. Sprawozdanie nosi datę jego sporządzenia 8 maja 2009 r. i nie jest możliwe bez dodatkowych ustaleń odnoszących się chociażby do dat wystawienia dowodów księgowych, operacji finansowych w nim ujętych, ustalenie rzeczywistej daty sporządzenia tego sprawozdania. Obowiązek udowodnienia prawdziwości swoich twierdzeń spoczywał na odwołującym, zgodnie z zasadą ciężaru dowodu określoną w art. 6 K. c. w związku z art. 14 Pzp. Na podstawie całokształtu materiału dowodowego, okoliczności przedstawione przez odwołującego Izba uznała za niewiarygodne. W szczególności przedstawiona część sprawozdania finansowego stanowi dokument prywatny odwołującego, który poświadcza jedynie, że oświadczenie danej treści przez wystawiającego zostało złożone. Data jego sporządzenia nie jest datą pewną w rozumieniu art. 81 § 2 K. c. w związku z art. 14 ustawy Prawo zamówień publicznych. Za datę pewną sporządzenia tego sprawozdania może być uznane jego złożenie za pokwitowaniem w Urzędzie Skarbowym w dniu 30 czerwca 2009 r. Zatem Izba oceniając dowody w granicach swobodnej oceny, do której upoważnia ją art. 188 ust. 7 Pzp, uznała, iż odwołujący nie udowodnił, że na dzień składania ofert posiadał dokument sprawozdania finansowego za rok obrotowy 1 kwietnia 2008 r. do 31 marca 2009r. i ustalony dochód netto w wysokości ponad 10 000 000,00 zł., pozwalający na przyjęcie, iż na dzień składania ofert, spełnił wymagane warunki wiarygodności finansowej. Ustawodawca w nowelizacji Prawa zamówień publicznych z dnia 4 września 2008 r. nakazał, aby składane uzupełniająco dokumenty potwierdzały spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert. Oznacza to, że okoliczność ta jest istotna i powinna zostać ponad wszelką wątpliwość wykazana dowodowo. Logika wskazuje, że gdyby taki dokument odwołujący rzeczywiście posiadał w tej dacie, ustalający wymagany dochód, to nie zachodziły żadne przeszkody do jego złożenia w załącznikach do oferty. W szczególności, gdy odwołujący twierdzi, iż zatwierdzenie sprawozdania nie było wymagane. Zbędne było zatem składanie sprawozdania za 2005 r. Skoro odwołujący nie był w stanie wykazać, że na dzień 8 maja 2009 r., jak wymaga tego art. 26 ust. 3 Pzp, spełniał warunki udziału w zakresie wiarygodności finansowej, nakazanie zamawiającemu wzywania odwołującego do uzupełnienia dokumentów byłoby bezprzedmiotowe i niedopuszczalne w świetle cytowanego wyżej przepisu art. 26 ust. 3 Pzp. Z tych względów Izba nie znalazła podstaw, aby uznać za zasadne zarzuty odwołującego, przypisujące zamawiającemu naruszenie przepisów art. 22 ust. 1 pkt 3, art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 24 ust. 4, art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, przez wykluczenie odwołującego z postępowania i odrzucenie jego oferty oraz naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp przez nierówne traktowanie wykonawców. Bez wątpliwości dokumenty załączone do oferty, będące dla zamawiającego podstawą oceny spełnienia warunków udziału, nie poświadczały wymaganej

wiarygodności finansowej odwołującego, a zatem czynności zamawiającego, będące przedmiotem badania przez Izbę, nie mogą być uznane za wadliwe.

Podniesione zarzuty nie znalazły potwierdzenia w materiale dowodowym sprawy, czego skutkiem jest ocena dokonana przez Izbę. Odwołujący sam przedstawił obowiązujący go okres sprawozdawczy (2005 - 2007), w granicach dopuszczonych przepisami i był swoim oświadczeniem związany, zatem zamawiający nie miał podstaw do wzywania odwołującego do uzupełnienia dokumentów oferty o sprawozdanie finansowe w zakresie „rachunku zysków i strat” za ostatni okres obrotowy, co eliminuje zarzut naruszenia normy art. 26 ust. 3 Pzp, art. 25 ust. 1 oraz przepisów § 1 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzaju dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U Nr 87 poz. 605, z 2008 r. Nr 188, poz. 1155).

W tym stanie rzeczy Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 191 ust. 1 Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp.

Uwzględniając koszty zastępstwa prawnego pełnomocnika, Izba orzekła na rzecz zamawiającego kwotę 3 600,00 zł, na podstawie faktury złożonej do akt sprawy, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze zm.).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) na niniejszy wyrok w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Zielonej Górze**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....