

WYROK
z dnia 17 lipca 2012 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Rzońca

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 lipca 2012 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 lipca 2012 roku przez **Andrzeja Zaboklickiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zab-Bud Andrzej Zaboklicki, ul. Nowosielecka 14A lok. 3, 00-466 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Instytut Badawczy Dróg i Mostów, 03 – 302 Warszawa, ul. Instytutowa 1**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje:

- unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz czynności wykluczenia z postępowania wykonawcy - **Andrzeja Zaboklickiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zab-Bud Andrzej Zaboklicki, ul. Nowosielecka 14A lok. 3, 00-466 Warszawa** - na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy a także czynności odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy,
- dokonanie ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty wykonawcy - **Andrzeja Zaboklickiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zab-Bud Andrzej Zaboklicki, ul. Nowosielecka 14A lok. 3, 00-466 Warszawa;**

2. kosztami postępowania obciąża **Instytut Badawczy Dróg i Mostów, 03 – 302 Warszawa, ul. Instytutowa 1** i:

- a) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10.000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę - **Andrzeja Zaboklickiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zab-Bud Andrzej Zaboklicki, ul. Nowosielecka 14A lok. 3, 00-466 Warszawa** - tytułem wpisu od odwołania;
- b) zasądza od **Instytutu Badawczego Dróg i Mostów, 03 – 302 Warszawa, ul. Instytutowa 1** na rzecz wykonawcy **Andrzeja Zaboklickiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zab-Bud Andrzej Zaboklicki, ul. Nowosielecka 14A lok. 3, 00-466 Warszawa** kwotę 13.600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 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:

Uzasadnienie

Instytut Badawczy Dróg i Mostów, ul. Instytutowa 1, 03-302 Warszawa (dalej: „zamawiający” lub „Instytut”) - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na budowę budynku Laboratorium Badań Nieniszczących -, „LBN” wraz z infrastrukturą towarzyszącą przy ul. Instytutowej 1 w Warszawie

Szacunkowa wartość zamówienia jest niższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

28 czerwca 2012 r. w formie faksu zamawiający poinformował wykonawcę - Andrzeja Zaboklickiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zab-Bud Andrzej Zaboklicki, ul. Nowosielecka 14A lok. 3, 00-466 Warszawa (dalej: „odwołujący” lub „Zab-Bud”) o wynikach oceny ofert, w tym: o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz o wykluczeniu odwołującego z postępowania i odrzuceniu jego oferty. W uzasadnieniu podano: "Wykonawca ZAB- BUD Andrzej Zaboklicki, ul. Nowosielecka 14A lok. 3, 00-466 Warszawa został wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 4 w związku z art. 26 ust. 3, ponieważ nie wymaga uzasadnienia stwierdzenie, iż w świetle sformułowanego warunku, Wykonawca zobowiązany był do złożenia dokumentów finansowych za ostatni zatwierdzony rok obrotowy. Z dokumentów uzupełnionych przez Wykonawcę wynika, że rok 2011 nie został zatwierdzony, a zatem Wykonawca powinien był przedłożyć dokumenty finansowe za 2010 rok wraz z opinią biegłego rewidenta. Takie dokumenty nie zostały przedłożone”.

3 lipca 2012 r. Zab-Bud wniósł odwołanie wobec czynności badania i oceny ofert, wykluczenia odwołującego i odrzucenia jego oferty oraz wyboru oferty najkorzystniejszej. Odwołujący zarzucał zamawiającemu naruszenie przepisów art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 26 ust. 3 oraz art. 26 ust. 2c i art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp poprzez:

1. wykluczenie odwołującego pomimo, iż wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu;
2. odrzucenie oferty odwołującego pomimo, że nie podlega ona odrzuceniu;
3. wybór oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jako Konsorcjum firm: D-I-B Zakład ogólnobudowlany Paweł Wienczek, Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe Spółka jawna R.M.T. Ludzis, Instalacje

Elektroenergetyczne i Techniczne „ITEL” mgr inż. Marcin Dudek oraz FREST s.c. Stefan i Tadeusz Cudny;

4. zaniechanie wyboru oferty odwołującego pomimo, iż w świetle kryteriów oceny ofert jest to oferta najkorzystniejsza.

Odwołujący wnosił o:

- przeprowadzenie dowodów z dokumentacji postępowania, w szczególności treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „siwz” lub „specyfikacja”), oraz oferty odwołującego, pytań, wyjaśnień i uzupełnień do oferty, a także informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty na okoliczności wskazane w uzasadnieniu;
- uwzględnienie odwołania;
- unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- nakazanie zamawiającemu powtórnego badania i oceny ofert;
- nakazanie zamawiającemu dokonania wyboru oferty odwołującego;
- zwrot kosztów postępowania.

W treści uzasadnienia odwołujący podnosił, że pomimo faktu, że przełożony bilans oraz rachunek zysków i strat za rok 2011 r. nie były opiniowane przez biegłego rewidenta i nie były zatwierdzone to wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu.

Po pierwsze zamawiający żądał części sprawozdania finansowego za ostatni rok obrotowy, a nie za ostatni rok obrotowy, dla którego sporządzona została opinia biegłego rewidenta i który został zatwierdzony. Na mocy art. 26 ust. 2c Pzp zamawiający powinien uznać przedłożoną część niezatwierdzonego sprawozdania, gdyż jest to inny dokument, który w wystarczający sposób potwierdza spełnianie opisanego przez zamawiającego warunku

Odwołujący podkreślał, że z uwagi na okoliczność, że w jego przypadku rok obrotowy pokrywa się z rokiem kalendarzowym nie ma obowiązku posiadać sprawozdania finansowego wcześniej niż 30 czerwca każdego roku. Stąd też składając ofertę, jak również ją uzupełniając w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, odwołujący nie dysponował i nie miał obowiązku dysponować zatwierdzonym sprawozdaniem finansowym.

Zwracał uwagę, że w treści siwz nie wskazano - w przeciwieństwie do uzasadnienia odrzucenia oferty - aby sprawozdanie miało dotyczyć ostatniego zatwierdzonego roku obrotowego. Stąd też w jego ocenie uzasadnione jest działanie wykonawcy, który w odpowiedzi na wezwanie złożył część sprawozdania za ostatni rok obrotowy - zgodnie z brzmieniem specyfikacji - pomimo, że rok ten nie został jeszcze zatwierdzony.

Odwołujący podsumowując wskazywał, że siwz nie precyzowała, że przez ostatni rok obrotowy należy rozumieć ostatni zatwierdzony rok obrotowy, to wykonawca ma prawo - działając w zaufaniu do treści specyfikacji - złożyć sprawozdanie za ostatni rok obrotowy, nawet jeśli nie było jeszcze zatwierdzone. Taka interpretacja jest zgodna z celem, któremu służy składanie dokumentów - celem tym jest zbadanie jak najbardziej aktualnej sytuacji finansowej i ekonomicznej wykonawcy.

Następnie odnosił się do zagadnienia „innego dokumentu”, który w wystarczający sposób potwierdza spełnianie opisanego przez zamawiającego warunku. Podnosił, że w art. 26 ust. 2c Pzp uregulowano, że jeżeli z uzasadnionej przyczyny wykonawca nie może przedstawić dokumentów dotyczących sytuacji finansowej i ekonomicznej wymaganych przez zamawiającego, może przedstawić inny dokument, który w wystarczający sposób potwierdza spełnianie opisanego przez zamawiającego warunku.

Wskazywał, że jeżeli więc nawet przyjąć, że odwołujący miał obowiązek złożyć część sprawozdania finansowego za ostatni zatwierdzony rok obrotowy, a nie ostatni rok obrotowy, co wprost wynikało z siwz, to bezwzględnie uzasadnioną przyczyną, dla której wykonawca nie mógł złożyć zatwierdzonego sprawozdania była okoliczność, że nie zostało ono jeszcze zbadane i zatwierdzone, gdyż nie upłynął jeszcze wymagany przepisami o rachunkowości termin dla dokonania tych czynności. W jego ocenie przepis art. 26 ust. 2c Pzp ma zastosowanie również do sytuacji opisanej w art. 26 ust. 3 ustawy, dotyczącej uzupełniania przez wykonawcę dokumentów wymaganych przez zamawiającego po wezwaniu przez zamawiającego do ich uzupełnienia. Proces zatwierdzania sprawozdania finansowego jest procesem długim i złożonym i nie ma podstaw aby wymagać od wykonawców by proces ten skracali. Stąd też sytuacja, gdy wykonawca ma złożyć część sprawozdania finansowego - a to nie zostało jeszcze zatwierdzone zgodnie z przepisami o rachunkowości - jest sytuacją, która uzasadnia zastosowanie art. 26 ust. 2 c PZP i tym samym pozwala na złożenie części tego sprawozdania mimo, że nie zostało ono jeszcze zbadane przez biegłego rewidenta i zatwierdzone.

Odwołujący twierdził, że złożył dokument, którego wymagał w siwz zamawiający, tj. "Część sprawozdania finansowego: bilans i rachunek zysków i strat za ostatni rok obrotowy".

Wbrew temu, co zamawiający zapisał w informacji o odrzuceniu oferty, wcale nie wymagał "złożenia dokumentów finansowych za ostatni zatwierdzony rok obrotowy". Dlatego też złożony dokument powinien zostać zaakceptowany przez zamawiającego. Gdyby nawet przyjąć, że ze specyfikacji wynika, iż obowiązkiem odwołującego było złożyć część sprawozdania finansowego za przedostatni rok obrachunkowy (ostatni zatwierdzony), to i tak, na mocy art. 26 ust. 2c Pzp należy uznać, że złożony dokument w postaci nie zatwierdzonego sprawozdania powinien być zaakceptowany. Jest tak, gdyż z przepisów ustawy o rachunkowości wynika, że termin na zatwierdzenie sprawozdania przypadał po terminie składania ofert i terminie uzupełnienia dokumentów.

Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu z zachowaniem terminu zawartego w art. 180 ust. 5 Pzp.

17 lipca 2012 r. zamawiający w formie pisemnej odpowiedział na odwołanie. W złożonym piśmie wnosił o oddalenie odwołania w całości. W uzasadnieniu wyjaśniał, że w jego ocenie nie sposób zgodzić się z argumentacją odwołującego, że „skoro SIWZ nie precyzowała, że przez ostatni rok obrotowy należy rozumieć ostatni zatwierdzony rok obrotowy, to wykonawca ma prawo - działając w zaufaniu do treści SIWZ - złożyć sprawozdanie za ostatni rok obrotowy, nawet jeśli nie było jeszcze zatwierdzone.” Podkreślał, że potwierdzeniem spełnienia postawionego w siwz warunku było przedłożenie w ofercie, przez wykonawców zobowiązanych do sporządzania sprawozdania finansowego, bilansu i rachunku zysków i strat za ostatni rok obrotowy wraz z opinią o badanym sprawozdaniu w części dotyczącej przedkładanych dokumentów. Zamawiający miał prawo żądać takich dokumentów, jako, że określił w specyfikacji warunek dotyczący sytuacji ekonomicznej i finansowej wykonawcy, a jeżeli już takich dokumentów żądał, to obowiązany był żądać dokumentów i tylko w takim zakresie, jaki wynika z rozporządzenia o dokumentach. W jego ocenie konieczność wymagania przedłożenia sprawozdania finansowego opatrzonego opinią biegłego rewidenta wynika wprost z przepisu § 1 ust. 1 pkt 8 rozporządzenia o dokumentach. Skoro w przepisie jest mowa o „okresie nie dłuższym niż ostatnie trzy lata obrotowe”, co do których wykonawca zobligowany jest posiadać pełne - zgodne z ustawą o rachunkowości - sprawozdania finansowe wraz z opiniami, to nie można przyjąć, że nie byłoby naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców uznanie za miarodajne dokumentów złożonych przez tych wykonawców, którzy już dysponują sprawozdaniem finansowym wraz z opinią biegłego rewidenta (ich rok obrotowy skończył się wcześniej niż rok kalendarzowy) z uznaniem sprawozdań finansowych bez opinii biegłego rewidenta wykonawców, u których rok obrotowy skończył się z rokiem kalendarzowym lub później i zgodnie z ustawą o rachunkowości nie są zobowiązani w terminie składania ofert

posiadać pełne, ostateczne i zatwierdzone sprawozdanie finansowe wraz z opinią biegłego rewidenta. Zamawiający podnosił, że jeżeli odwołujący miał wątpliwości, co do rozumienia spornego warunku, w szczególności okresu, za jaki należy złożyć sprawozdanie wraz z opinią mógł w tym zakresie złożyć zapytania wobec brzmienia siwz, czego nie uczynił w odpowiednim czasie, a inni wykonawcy nie mieli w tym zakresie wątpliwości.

Zamawiający wyjaśniał, że nie może również, jak to podnosi w odwołaniu odwołujący, uznać na mocy art. 26 ust. 2c ustawy przedłożonej części niezatwierdzonego sprawozdania, jako „inny dokument, który w wystarczający sposób potwierdza spełnianie opisanego przez Zamawiającego warunku”. W ocenie zamawiającego jako „inny dokument”, o którym mowa w art. 26 ust. 2c ustawy Pzp, nie może być uznany niekompletny dokument. Odwołujący, skoro nie posiadał ostatecznego i zatwierdzonego sprawozdania finansowego wraz z opinią biegłego rewidenta za 2011 r. mógł przedłożyć, tak jak zrobili to inni wykonawcy, sprawozdanie i opinię za rok 2010 a wtedy nie zostałby wykluczony z przedmiotowego postępowania.

Uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przedstawioną przez zamawiającego oraz stanowiska i oświadczenia stron oraz dowody złożone na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje.

W specyfikacji w pkt 6.1.4. ppkt 1) Instrukcji dla Wykonawców w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej zamawiający postawił warunek, że wykonawca musi wykazać, przychód za ostatni rok obrotowy (na podstawie „Rachunku zysków i strat” pozycja „Przychód netto ze sprzedaży produktów, towarów i materiałów” lub Przychód netto ze sprzedaży i zrównane z nimi”) w wysokości nie mniejszej niż 8.000.000,00 PLN.

Na potwierdzenie spełnienia powyższego warunku w pkt 7.2.5. Instrukcji dla Wykonawców zamawiający wymagał, aby wykonawca przedłożył wraz z ofertą część sprawozdania finansowego: bilans i rachunek zysków i strat za ostatni rok obrotowy, z oznaczeniem podmiotu na rzecz, którego został sporządzony, a jeżeli sprawozdanie finansowe podlega badaniu przez biegłego rewidenta zgodnie z przepisami o rachunkowości, również opinię o badanym sprawozdaniu w części dotyczącej bilansu i rachunku zysków i strat, za ostatni rok obrotowy. W przypadku wykonawców nie zobowiązanych do sporządzania sprawozdania finansowego, w tym bilansu i rachunku zysków i strat - inne dokumenty określające obroty oraz zobowiązania i należności za okres jak w zdaniu poprzednim i potwierdzające spełnienie warunków, o których mowa w pkt 6.1.4. ppkt 1) Instrukcji dla Wykonawców.

Z ustaleń Izby wynika, że odwołujący w złożonej ofercie nie zamieścił żadnych

dokumentów potwierdzających spełnienie warunku przychodu za ostatni rok obrotowy, zamawiający pismem znak IBDiM/NA/4460/2012 z dnia 14 czerwca 2012 r. wezwał Zab-Bud do uzupełnienia dokumentów w tym zakresie, w terminie do dnia 20 czerwca 2012 r., do godz. 11.00.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie odwołujący przedłożył przy piśmie z dnia 18 czerwca 2012 r. część sprawozdania finansowego, tj. Bilans sporządzony na dzień 31.12.2011 r. oraz Rachunek zysków i strat sporządzony za okres 01.01.2011 - 31.12.2011, który został opatrzony podpisem i pieczęcią właściciela Biura Rachunkowego „RACHUBA” Alicji Roguskiej. Do pisma nie została dołączona opinia o sprawozdaniu finansowym w części dotyczącej bilansu i rachunku zysków i strat.

Podczas rozprawy odwołujący przedłożył Bilans sporządzony na dzień 31.12.2011 r. oraz Rachunek zysków i strat sporządzony za okres 01.01.2011 - 31.12.2011 wraz z opinią niezależnego biegłego rewidenta Pani Teresy Zachariasz.

Izba zważyła, co następuje.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 Pzp. Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 Pzp.

Po zbadaniu całokształtu okoliczności oraz materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie Izba uznała, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba rozpoznała zarzut dotyczący wykluczenia odwołującego z postępowania z uwagi na nie wykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej a w konsekwencji odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp, i stwierdziła, że zarzut potwierdził się.

Bezspornym jest, że w specyfikacji w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej zamawiający postawił warunek, że wykonawca musi wykazać, przychód za ostatni rok obrotowy (na podstawie „Rachunku zysków i strat” pozycja „Przychód netto ze sprzedaży produktów, towarów i materiałów” lub Przychód netto ze sprzedaży i zrównane z nimi”) w wysokości nie mniejszej niż 8.000.000,00 PLN.

Na potwierdzenie spełnienia powyższego warunku zamawiający wymagał, aby

wykonawca przedłożył wraz z ofertą część sprawozdania finansowego: bilans i rachunek zysków i strat za ostatni rok obrotowy, z oznaczeniem podmiotu na rzecz, którego został sporządzony, a jeżeli sprawozdanie finansowe podlega badaniu przez biegłego rewidenta zgodnie z przepisami o rachunkowości, również opinię o badanym sprawozdaniu w części dotyczącej bilansu i rachunku zysków i strat, za ostatni rok obrotowy. W przypadku wykonawców nie zobowiązanych do sporządzania sprawozdania finansowego, w tym bilansu i rachunku zysków i strat - inne dokumenty określające obroty oraz zobowiązania i należności za okres jak w zdaniu poprzednim i potwierdzające spełnienie ww. warunku.

Z ustaleń Izby wynika również, że odwołujący w złożonej ofercie nie zamieścił żadnych dokumentów potwierdzających spełnienie warunku przychodu za ostatni rok obrotowy. Zamawiający prawidłowo pismem znak IBDiM/NA/4460/2012 z dnia 14 czerwca 2012 r. wezwał Zab-Bud do uzupełnienia dokumentów w tym zakresie. W odpowiedzi na powyższe wezwanie odwołujący przedłożył w wyznaczonym terminie część sprawozdania finansowego, tj. Bilans sporządzony na dzień 31.12.2011 r. oraz Rachunek zysków i strat sporządzony za okres 01.01.2011 - 31.12.2011. Do pisma nie została dołączona opinia o sprawozdaniu finansowym w części dotyczącej bilansu i rachunku zysków i strat.

W rozpoznawanej sprawie Izba uznała za zasadne zwrócenie uwagi, że specyfikacja jest dokumentem o szczególnym znaczeniu w postępowaniu o zamówienie publiczne. W tej kwestii Izba w pełni podziela stanowisko Izby prezentowane w wyroku z dnia 30 marca 2012 r. sygn. akt KIO 510/12 w stwierdzono: *„(...) z jednej strony określa wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia wymagania, które mają spełniać oferty, by uczynić zadość potrzebom zamawiającego, z drugiej zaś – granice, w jakich może poruszać się zamawiający dokonując oceny złożonych ofert. Z tego względu badając i oceniając oferty zamawiający zobowiązany jest interpretować siwz tak, jak wskazuje na to jej brzmienie i okoliczności. Trzeba bowiem podkreślić zasadnicze reguły, którymi zobowiązany jest kierować się zamawiający dokonując oceny ofert. Przede wszystkim nie wolno mu oceniać ofert w sposób dowolny, lecz jedynie na podstawie sformułowanych w siwz zasad i wymagań, co służy realizacji wyrażonej w art. 7 ust. 1 Pzp zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji, a także związanej z nimi zasady transparentności postępowania. Wykonawcy biorący udział w postępowaniu mają prawo oczekiwać, że złożone przez nich oferty zostaną ocenione wyłącznie na podstawie kryteriów oceny ofert zawartych w siwz. Jednocześnie podkreślić trzeba, iż zamawiający nie jest uprawniony, aby na etapie oceny ofert nadawać postanowieniom siwz inne, niż pierwotnie ustalone, znaczenie. (...)”*

Biorąc pod uwagę powyższe oczywistym jest, że zamawiający dokonując badania i oceny ofert winien kierować się postanowieniami specyfikacji, które zostały ustanowione przez

zamawiającego zakreślają ramy jego działania.

W przedmiotowym postępowaniu zamawiający jasno sprecyzował treść warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej. Zamawiający żądał aby wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia wykazał, przychód za ostatni rok obrotowy w wysokości nie mniejszej niż 8.000.000,00 PLN. Powyższe badanie i ocena miało opierać się na podstawie przedłożonego wraz z ofertą część sprawozdania finansowego: bilansu i rachunku zysków i strat za ostatni rok obrotowy, a jeżeli sprawozdanie finansowe podlegało badaniu przez biegłego rewidenta zgodnie z przepisami o rachunkowości, również o opinię o badanym sprawozdaniu w części dotyczącej bilansu i rachunku zysków i strat, za ostatni rok obrotowy.

Wobec tego, że zamawiający konstruując powyższy warunek w siwz wprost odwołał się do przychodów jakie osiągnęli wykonawcy za ostatni rok obrotowy, zatem zgodzić się należy z odwołującym, że właściwym był przedłożenie przez Zab-Bud części sprawozdania finansowego za 2011 r., chociaż wykonawca nie posiadał jeszcze opinii o badanym sprawozdaniu.

Zgodnie z § 1 ust 1 pkt. 8 rozporządzenia o dokumentach w celu wykazania spełnienia przez wykonawcę warunków których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy, których opis sposobu oceny spełniania został dokonany w ogłoszeniu o zamówieniu, zaproszeniu do negocjacji lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w postępowaniach określonych w art. 26 ust. 1 ustawy zamawiający żąda, a w postępowaniach określonych w art. 26 ust. 2 ustawy zamawiający może żądać, sprawozdania finansowego albo jego części, a jeżeli podlega ono badaniu przez biegłego rewidenta zgodnie z przepisami o rachunkowości również z opinią odpowiednio o badanym sprawozdaniu albo jego części, a w przypadku wykonawców niezobowiązanych do sporządzania sprawozdania finansowego - innych dokumentów określających obroty oraz zobowiązania i należności — za okres nie dłuższy niż ostatnie trzy lata obrotowe, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — za ten okres.

W kwestii zakresu, sposób oraz terminy sporządzania sprawozdania finansowego a także jego badania przez biegłego rewidenta Izba podziela argumentację zaprezentowaną w uzasadnieniu wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 maja 2011 r. w sprawie o sygn. akt. KIO 992/11, gdzie stwierdzono: *„Zakres, sposób oraz terminy sporządzania sprawozdania finansowego a także jego badania przez biegłego rewidenta reguluje ustawa z dnia 29 września 1994 r. o rachunkowości (Dz. U. 152.1223 z późn. zm.). Ustawa ta w art. 3 ust. 1 pkt 8 stanowi, iż ilekroć w ustawie jest mowa o okresie sprawozdawczym - rozumie się*

przez to okres, za który sporządza się sprawozdanie finansowe w trybie przewidzianym ustawą lub inne sprawozdania sporządzone na podstawie ksiąg rachunkowych; zaś w ust. 1 pkt 9 tego przepisu definiuje rok obrotowy, jako rok kalendarzowy lub inny okres trwający 12 kolejnych pełnych miesięcy kalendarzowych, stosowany również do celów podatkowych. Rok obrotowy lub jego zmiany określa statut lub umowa, na podstawie której utworzono jednostkę. Jeżeli jednostka rozpoczęła działalność w drugiej połowie przyjętego roku obrotowego, to można księgi rachunkowe i sprawozdanie finansowe za ten okres połączyć z księgami rachunkowymi i sprawozdaniem finansowym za rok następny. W przypadku zmiany roku obrotowego pierwszy po zmianie rok obrotowy powinien być dłuższy niż 12 kolejnych miesięcy. Art. 45 ust. 1 i 2 ustawy wskazuje, że sprawozdanie finansowe sporządza się na dzień zamknięcia ksiąg rachunkowych, lub na inny dzień bilansowy, i składa się ono z bilansu, rachunku zysków i strat, informacji dodatkowej, obejmującej wprowadzenie do sprawozdania finansowego oraz dodatkowe informacje i objaśnienia, a w odniesieniu do podmiotów zobligowanych do corocznego badania i ogłaszania rocznych skonsolidowanych sprawozdań finansowych grup kapitałowych oraz rocznych sprawozdań finansowe podmiotów kontynuujących działalność – dodatkowo zestawienie zmian w kapitale (funduszu) własnym, a w przypadku funduszy inwestycyjnych - zestawienie zmian w aktywach netto, oraz rachunek przepływów pieniężnych. Do rocznego sprawozdania finansowego dołącza się także sprawozdanie z działalności jednostki - jeżeli obowiązek jego sporządzania wynika z ustawy lub odrębnych przepisów.

Przepis art. 52 ust. 1 powołanej ustawy przewiduje natomiast, że kierownik jednostki zapewnia sporządzenie rocznego sprawozdania finansowego nie później niż w ciągu 3 miesięcy od dnia bilansowego (za który - zgodnie z treścią art. 3 ust. 1 pkt 10 ustawy - rozumie się dzień, na który jednostka sporządza sprawozdanie finansowe) i przedstawia je właściwym organom, zgodnie z obowiązującymi jednostkę przepisami prawa, postanowieniami statutu lub umowy. W myśl natomiast art. 53 ust. 1 ustawy, roczne sprawozdanie finansowe jednostki, podlega zatwierdzeniu przez organ zatwierdzający, nie później niż 6 miesięcy od dnia bilansowego. Przed zatwierdzeniem, roczne sprawozdanie finansowe podmiotów zobligowanych do corocznego badania i ogłaszania rocznych skonsolidowanych sprawozdań finansowych oraz rocznych sprawozdań finansowych, podlega badaniu przez biegłego rewidenta.

Przepis art. 64 ust. 1 ustawy o Rachunkowości stanowi, że co do zasady, badaniu i ogłaszaniu, podlegają roczne skonsolidowane sprawozdania finansowe grup kapitałowych oraz roczne sprawozdania finansowe - kontynuujących działalność: banków, zakładów ubezpieczeń oraz zakładów reasekuracji; jednostek działających na podstawie przepisów o

obrocie papierami wartościowymi oraz przepisów o funduszach inwestycyjnych; jednostek działających na podstawie przepisów o organizacji i funkcjonowaniu funduszy emerytalnych; spółek akcyjnych, z wyjątkiem spółek będących na dzień bilansowy w organizacji; pozostałych jednostek, które w poprzedzającym roku obrotowym, za który sporządzono sprawozdania finansowe, spełniły co najmniej dwa z następujących warunków:

- a) średnioroczne zatrudnienie w przeliczeniu na pełne etaty wyniosło co najmniej 50 osób,
- b) suma aktywów bilansu na koniec roku obrotowego stanowiła równowartość w walucie polskiej co najmniej 2.500.000 euro,
- c) przychody netto ze sprzedaży towarów i produktów oraz operacji finansowych za rok obrotowy stanowiły równowartość w walucie polskiej co najmniej 5.000.000 euro.

Opinię i raport z badania sprawozdania finansowego podpisuje kluczowy biegły rewident przeprowadzający badanie, przy czym spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, towarzystwa ubezpieczeń wzajemnych, towarzystwa reasekuracji wzajemnej, spółki akcyjne oraz spółdzielnie są obowiązane do udostępnienia wspólnikom, akcjonariuszom lub członkom rocznego sprawozdania finansowego i sprawozdania z działalności jednostki, a jeżeli sprawozdanie finansowe podlega obowiązkowi badania - także opinii wraz z raportem biegłego rewidenta - najpóźniej na 15 dni przed zgromadzeniem wspólników, walnym zgromadzeniem akcjonariuszy lub walnym zgromadzeniem członków albo przedstawicieli członków spółdzielni. Spółka akcyjna udostępnia ponadto akcjonariuszom sprawozdanie rady nadzorczej lub komisji rewizyjnej albo organu administrującego.

Z przytoczonych wyżej przepisów wynika ogólna reguła, iż co do zasady pełne, ostateczne i zatwierdzone sprawozdanie finansowe wraz z opinią biegłego rewidenta wykonawca powinien posiadać najpóźniej do dnia 30 czerwca danego roku kalendarzowego – jeśli rok obrotowy dla konkretnego podmiotu przyjęty został, mocą statutu lub umowy, za tożsamy z rokiem kalendarzowym, albo w innym terminie wynikającym z przyjęcia w statucie lub umowie roku obrotowego, jako innego okresu trwającego 12 kolejnych pełnych miesięcy kalendarzowych. Przytoczony wyżej przepis art. 3 ust. 1 pkt 9 ustawy o rachunkowości wskazuje wyraźnie na pozostającą w dyspozycji podmiotu (regulowaną umową lub jego statutem) możliwość ustanowienia roku obrotowego w sposób niezależny od roku kalendarzowego. Dla czynności sporządzenia sprawozdania finansowego oraz wydania opinii biegłego rewidenta w sytuacji, gdy rok obrotowy danego wykonawcy jest inny niż rok kalendarzowy, terminy wyznaczone granicą sześciu miesięcy liczone od dnia bilansowego, mogą zgodnie z ustawą o rachunkowości wypaść w innym dniu niż maksymalnie ostatni

dzień czerwca (co by miało miejsce przy roku bilansowym tożsamym z rokiem kalendarzowym).

Przytoczone przepisy ustawy o rachunkowości opisują także proces uzyskiwania przez podmiot pełnego, zatwierdzonego sprawozdania finansowego a także opinii biegłego rewidenta jako wieloetapowy i rozłożony w czasie, który w praktyce – zgodnie z tymi przepisami, wskazującymi graniczne, maksymalne terminy dla poszczególnych czynności - trwać może do sześciu miesięcy. Powyższe przepisy zakładają zatem, że sprawozdanie finansowe jak i opinia biegłego rewidenta nie są dokumentami generowanymi natychmiast, wedle potrzeby podmiotu, ale stanowią wynik trwającego pewien czas procesu, którego poszczególnym etapom ustawodawca wyznaczył maksymalne terminy na wykonanie i w który zaangażowane mogą być dodatkowo inne podmioty, np. jednostki składające się na grupę kapitałową - w przypadku skonsolidowanego sprawozdania finansowego. Opisany w ustawie charakter i zakres tych czynności wskazuje, że nie są to czynności jednorazowe, ale stanowiące pewien proces sporządzania lub badania sprawozdania finansowego”.

W kontekście powyższego przyjąć należy, że treść przepisu § 1 ust. 1 pkt 8 rozporządzenia o dokumentach winna być interpretowana w świetle uregulowanych w ustawie rachunkowości zasad i terminów sporządzania i zatwierdzania sprawozdania finansowego oraz uzyskiwania opinii biegłego rewidenta. Tym samym skoro dokument żądany przez zamawiającego w oparciu o przepis § 1 ust. 1 pkt 8 rozporządzenia o dokumentach podlega regulacji odrębnych przepisów to zamawiający zobowiązany jest uwzględnić całokształt konsekwencji związanych z tego typu sytuacją i przewidzieć, że podmiot nie musi posiadać opinii biegłego rewidenta o badanym sprawozdaniu finansowym przed terminem wynikającym z przepisów ustawy o rachunkowości.

Zgodnie z 26 ust. 2c Pzp jeżeli z uzasadnionej przyczyny wykonawca nie może przedstawić dokumentów dotyczących sytuacji finansowej i ekonomicznej wymaganych przez zamawiającego, może przedstawić inny dokument, który w wystarczający sposób potwierdza spełnianie opisanego przez zamawiającego warunku.

Przenosząc powyższe przepisy i rozważania na grunt analizowanej sprawy stwierdzić należy, co nie było kwestionowane, że odwołujący jest podmiotem, który jest zobligowany do sporządzania sprawozdania finansowego, które jest następnie badane i opiniowane przez biegłego rewidenta. Termin na zakończeniu badania zakończonym wydaniem opinii upływa dnia 30 czerwca danego roku kalendarzowego jeżeli rok obrotowy dla konkretnego podmiotu przyjęty został za tożsamy z rokiem kalendarzowym – z czym mamy do czynienia w omawianym stanie faktycznym.

Zatem w dniu składania ofert w przedmiotowym postępowaniu, tj. 8 maja 2012 r. Zab-Bud nie posiadał i nie był zobligowany do posiadania opinii biegłego rewidenta o badanym sprawozdaniu finansowym za 2011 r. Tym samym z uzasadnionych przyczyn nie mógł się posłużyć żądaną przez zamawiającego częścią sprawozdania finansowego wraz z opinią biegłego rewidenta w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej opisanego w siwz.

W omawianym stanie faktycznym Izba uznała za dopuszczalne posłużenie się przez wykonawcę częścią sprawozdania finansowego za 2011 r. (bilans i rachunek zysków i strat) pomimo, że na dzień składania ofert nie zostało ono zbadane przez opinią biegłego rewidenta, które traktować należy jako inny dokument potwierdzający spełnianie opisanego przez zamawiającego warunku. W niniejszej sprawie kluczowym jest, że zamawiający konstruując warunek w zakresie sytuacji ekonomicznej odwołał się do wielkości przychodów za ostatni rok obrotowy. W przypadku odwołującego ostatnim rokiem obrotowym jest rok 2011 r. W związku z tym wykonawca w celu wykazania spełnienia postanowionego przez zamawiającego warunku udziału w postępowaniu w takim kształcie mógł posłużyć się częścią sprawozdania finansowego za 2011 r. nawet w przypadku, gdy nie posiadał jeszcze opinii biegłego rewidenta o badanym sprawozdaniu. Powołanej powyżej części sprawozdania finansowego – bilans i rachunek zysków i strat - należy przydać walor wiarygodnego, ponieważ został on opatrzony podpisem i pieczęcią nie tylko Andrzeja Zabolkickiego ale przede wszystkim właściciela Biura Rachunkowego, który jest zobowiązany do rzetelnego sporządzania ww. dokumentów.

Argumentację zamawiającego, który podnosił, że odwołujący, skoro nie posiadał ostatecznego i zatwierdzonego sprawozdania finansowego wraz z opinią biegłego rewidenta za 2011 r. mógł przedłożyć sprawozdanie i opinię za rok 2010 - Izba uznała za błędną. Zdaniem Izby przedłożone przez Zab-Bud sprawozdania finansowego wraz z opinią biegłego rewidenta za 2010 r. w żaden sposób nie jest w stanie wykazać spełnienia warunku udziału w postępowaniu odnoszącego się wielkości przychodów za ostatni rok obrotowy, bowiem dla odwołującego ostatnim rokiem obrotowym jest rok 2011 r. Tym samym dokument zawierający dane z 2010 r. nie będzie w sposób prawidłowy wypełniał konieczności potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu odnoszącego się do 2011 r.

Izba wskazuje, że złożona przez Zab-Bud podczas rozprawy część sprawozdania finansowego za 2011 r. (bilans i rachunek zysków i strat) wraz opinią biegłego rewidenta nie może być wzięta pod uwagę przy ocenie zasadności zarzutów z uwagi na to, że zamawiający nie dysponował wiedzą wyływającą z tych dokumentów na etapie badania i oceny wniosków, a Izba ocenia działania lub zaniechania zamawiającego na ten właśnie

moment.

Podsumowując, zaprezentowane powyżej rozważania Izba uznała, że zamawiający, który w wyniku uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp uzyskał od wykonawcy bilans i rachunek zysków i strat za 2011 r. bez opinii biegłego rewidenta, co do którego nie ma jeszcze obowiązku jej posiadania, powinien był zatem uznać, że wykonawca był zmuszony do skorzystania z przepisu art. 26 ust 2c Pzp i potraktować złożone sprawozdanie jako inny dokument potwierdzający spełnianie opisanego przez zamawiającego warunku. W konsekwencji zamawiający zobowiązany treścią specyfikacji winien był powyższy dokument poddać ocenie według przyjętych kryteriów.

Przedstawione argumenty przemawiały za uznaniem, że potwierdziły się zarzuty naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 26 ust. 3 oraz art. 26 ust. 2c i art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp. Naruszenia te miały wpływ na wynik postępowania, co determinowało uwzględnienie odwołania i nakazanie: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz czynności wykluczenia z postępowania Zab-Bud na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy a także czynności odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy, dokonanie ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem Zab-Bud.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy § 1 ust. 1 pkt. 2, § 3, § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238). Izba uwzględniła koszty koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w kwocie 3.600 zł na podstawie przedłożonej faktury VAT.

Przewodniczący: