

Sygn. akt: KIO/UZP 518/09

WYROK
z dnia 6 maja 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Małgorzata Stręciwilk**

Członkowie: **Izabela Niedziałek - Bujak**
Klaudia Szczytowska - Maziarz

Protokolant: **Wioleta Paczkowska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 maja 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Subiekt Sp. z o.o., ul. Lubelska 1, 24-100 Puławy** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Kompania Węglowa S.A. ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice**, protestu z dnia 27 marca 2009 r.

orzeka:

- 1. oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża **Subiekt Sp. z o.o., ul. Lubelska 1, 24-100 Puławy** 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 uiszczonego przez **Subiekt Sp. z o.o., ul. Lubelska 1, 24-100 Puławy**;
 - 2) dokonać zwrotu kwoty **10 426 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Subiekt Sp. z o.o., ul. Lubelska 1, 24-100 Puławy**.

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „Dostawę bonów żywnościowych (kuponów profilaktycznych) na realizację posiłków profilaktycznych oraz pośrednictwo w realizacji tych bonów w punktach (placówkach) handlowych i gastronomicznych dla pracowników KW S.A. Oddział KWK „Piast” w okresie 12 miesięcy”, którego dotyczy odwołanie wniesione przez Subjekt Sp. z o.o. z siedzibą w Puławach, zwaną dalej „Odwołującym”, zostało wszczęte w trybie przetargu nieograniczonego. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 24 grudnia 2008 r. (nr ogłoszenia: 2008/S 250 - 334687). Postępowanie to prowadzi – jako zamówienie sektorowe - na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. z 2007 r. Dz. U. Nr 223, poz. 1655 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, Kompania Węglowa S.A., zwana dalej „Zamawiającym”.

W postępowaniu tym Zamawiający, w dniu 20 marca 2009 r., poinformował Odwołującego o wynikach postępowania, tj. o wyborze oferty najkorzystniejszej firmy Sodexho Pass Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie. Jednocześnie też tym samym pismem Zamawiający poinformował Odwołującego, że w oparciu o art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp został on wykluczony z udziału w postępowaniu z powodu niespełnienia warunków udziału w postępowaniu, określonych przez Zamawiającego w SIWZ. Nadto Zamawiający poinformował, że zgodnie z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp ofertę wykonawcy wykluczonego z postępowania uznaje się za odrzuconą. Jako uzasadnienie do podjętych wobec Odwołującego czynności Zamawiający wskazał, że wykonawca ten nie spełnił warunku opisanego w pkt X ppkt 1a) i 2 SIWZ, bowiem uzupełniony przez Odwołującego, w trybie skierowanego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wezwania, dokument nie potwierdza spełnienia warunku znajdowania się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia, a ponadto udzielone wyjaśnienia, uzyskane w trybie wezwania skierowanego na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, nie potwierdzają spełnienia warunku niezbędnego doświadczenia.

Na czynności te Odwołujący w piśmie z dnia 27 marca 2009 r. (doręczenie Zamawiającemu w dniu 30 marca 2009 r.) złożył protest. W proteście tym wskazał na naruszenia:

- 1) art. 24 ust. 2 pkt 3 oraz art. 24 ust. 4 ustawy Pzp.

Odwołujący podniósł, że spełnił warunek Zamawiającego co do wiarygodności finansowej, bowiem na jego żądanie skierowane w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp dostarczył dokument pod nazwą bilans w okresie: 2007.01.01 – 2007.12.31, który

w pozycji sprzedaż podaje kwotę 8 527 013,54 zł, a więc wyższą od wymaganej w warunku kwoty 7 000 000 zł. Wskazał przy tym, że przedłożenie tej informacji w innej formie niż wymagał Zamawiający (rachunek zysków i strat za 1 rok obrotowy) nie może świadczyć o niespełnieniu wymogu SIWZ, biorąc pod uwagę orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej i Zespołów Arbitrów. Wymóg Zamawiającego w tym zakresie został zatem wypełniony, co potwierdza – w ocenie Odwołującego – opinia biura rachunkowego, które prowadzi rachunkowość Odwołującego, która to opinia została przedłożona Zamawiającemu.

Odwołujący wskazał również, że Zamawiający nie podał podstawy prawnej odrzucenia oferty, zatem jego oferta nie została formalnie odrzucona i powinna podlegać ocenie.

Podniósł także, że załączone przez niego referencje potwierdzają również spełnianie warunku doświadczenia, określonego przez Zamawiającego w SIWZ.

2) art. 91 ust. 1 ustawy Pzp

Zamawiający – w ocenie Odwołującego - naruszył wskazany przepis z tego względu, że nie oceniając oferty Odwołującego wybrał ofertę, która nie jest ofertą najkorzystniejszą.

3) art. 26 ust. 4 ustawy Pzp

Zamawiający naruszył wskazany przepis z tego względu, że zażądał wyjaśnień dotyczących ilości placówek handlowych, a nie w zakresie wymaganego doświadczenia, które winno być oceniane na podstawie wykonanych dostaw na kwotę 7 000 000 zł, a nie ilości placówek. W tym zakresie – w ocenie Odwołującego – Zamawiający dopuścił się także naruszenia przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz formy, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 87, poz. 605 ze zm.), tj. przepisu §1 pkt 1 ppkt 2 tego rozporządzenia.

4) art. 14 ustawy Pzp

Odwołujący wskazał tutaj na sposób liczenia przez Zamawiającego terminu wykonania wykazywanych w ramach doświadczenia dostaw. Zamawiający skrócił niezasadnie ten termin o trzy, a nawet cztery dni, licząc go od 24.12.2005 r. do dnia 23 grudnia 2008 r., zamiast od dnia 25.12.2005 r. do 26.12.2008 r. (a dodatkowo 26 grudnia jest dniem ustawowo wolnym od pracy). Podniósł także, że wymóg dotyczący wymaganego doświadczenia został przez niego wypełniony poprzez przedłożenie w postępowaniu referencji.

5) art. 7 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp

Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego, co ma wpływ na wynik postępowania i narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

6) art. 2 pkt 5 ustawy Pzp

Odwołujący wskazał, że wybrana w postępowaniu oferta nie byłaby ofertą najkorzystniejszą w świetle ustalonych kryteriów oceny ofert, gdyby Zamawiający nie odrzucił oferty Odwołującego z naruszeniem przepisów ustawy Pzp.

Podnosząc wskazane zarzuty wniósł o:

- 1) anulowanie decyzji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania i odrzucenia jego oferty bez podania przepisu ustawy Pzp;
- 2) anulowanie decyzji o wyborze jako najkorzystniejszej oferty firmy Sodexho Pass Polska Sp. z o.o.;
- 3) dokonanie ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego;
- 4) wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Zamawiający, rozpatrując złożony protest, w piśmie z dnia 7 kwietnia 2009 r., doręczonym Odwołującemu w dniu 8 kwietnia 2009 r., oddalił go w całości. W uzasadnieniu tego rozstrzygnięcia Zamawiający podniósł, że wykluczył Odwołującego z postępowania, ponieważ ten nie spełnił warunków opisanych w pkt X ppkt 1a) oraz pkt 2 SIWZ, gdyż uzupełnione przez niego w trybie wezwania do uzupełniania dokumentów dokumenty nie potwierdziły spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia oraz wiarygodności ekonomicznej i finansowej, zapewniającej wykonanie zamówienia.

Zamawiający podniósł, że przywołane rozporządzenie w sprawie dokumentów wskazuje, jakich dokumentów Zamawiający może żądać na potwierdzenie znajdowania się przez wykonawcę w sytuacji ekonomicznej i finansowej, gwarantujących wykonanie zamówienia. Wskazał przy tym na § 1 ust. 3 pkt 2 przywołanego rozporządzenia, które pozwala żądać sprawozdania finansowego lub 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 określony okres. Zamawiający w tym zakresie żądał przedłożenia rachunku zysków i strat, natomiast Odwołujący przedłożył mu inny dokument, który nie spełnia wymogów dokumentu – rachunek zysków i strat

w rozumieniu ustawy o rachunkowości. Zgodnie też z ustawą o rachunkowości Odwołujący jako spółka kapitałowa powinien sporządzać sprawozdanie finansowe, którego obligatoryjnym elementem jest rachunek zysków i strat, a forma tego dokumentu została określona przez załącznik do wskazanej ustawy o rachunkowości.

Zamawiający w celu potwierdzenia posiadania przez wykonawców określonego poziomu wiedzy i doświadczenia na podstawie § 1 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia w sprawie dokumentów może żądać wykazy wykonanych albo – w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych - również wykonywanych dostaw lub usług z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców oraz załączenia dokumentów potwierdzających, że te dostawy lub usługi zostały wykonane należycie . W tym też celu zażądał on od wykonawców przedłożenia wykazu wykonanych usług oraz dokumentów potwierdzających należyte wykonanie, a dla spełnienia tego warunku konieczne było wykazanie się wykonaniem dostaw lub realizacją bonów żywieniowych o wartości netto nie mniejszej niż 7 000 000 zł w okresie od dnia 24 grudnia 2005 r. do dnia 23 grudnia 2008 r. W związku z tym, że złożony w ofercie Odwołującego wykaz dostaw nie potwierdził spełnienia tego warunku, Zamawiający skierował do Odwołującego wezwanie do uzupełniania dokumentów. W odpowiedzi na to wezwanie Odwołujący przedłożył referencje od firm, którym dostarczał on bony żywieniowe lecz nie dołączył wykazu wykonanych dostaw wraz z informacjami na temat ich wartości, dat wykonania i odbiorów.

Informując o rozstrzygnięciu protestu Zamawiający poinformował również Odwołującego o zatrzymaniu złożonego przez Odwołującego w postępowaniu wadium z uwagi na nieuzupełnienie wymaganych dokumentów i treść art. 46 ust. 1a ustawy Pzp.

Od rozstrzygnięcia protestu w dniu 17 kwietnia 2009 r. (data nadania odwołania w placówce pocztowej operatora publicznego) Odwołujący złożył odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. Kopia odwołania w tej samej dacie została przekazana Zamawiającemu.

W odwołaniu zostały podniesione, co do zasady te same zarzuty i argumentacja, co w proteście. Dodatkowo Odwołujący wskazał nie spełnienie przez firmę Sodexho Pass Polska Sp. z o.o. warunku dotyczącego wiarygodności finansowej i ekonomicznej, bowiem złożone przez tę firmę rachunki zysków i strat nie potwierdzają spełnienia warunku 7 000 000 zł za 1 rok obrotowy, ponieważ podane są w tym zakresie znacznie niższe kwoty. W odwołaniu Odwołujący podniósł również dodatkowo zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 46 ust. 4a ustawy Pzp, poprzez niesłuszne – w jego ocenie – zatrzymanie wadium przez Zamawiającego.

Niezależnie od powyższego Odwołujący, bez podnoszenia dodatkowej argumentacji, wskazał również, że w kwestii zarzutów podniesionych w proteście, a dotyczących naruszenia art. 26 ust. 4, art. 14, art. 7 ust. 1, 2, i 3 oraz art. 2 pkt 5 ustawy Pzp Zamawiający wobec nieustosunkowania się do nich w rozstrzygnięciu protestu – w ocenie Odwołującego - uznał je.

Wnosząc odwołanie Odwołujący nieco zmodyfikował swoje żądania w stosunku do tych zawartych w proteście i wniósł o:

- 1) anulowanie decyzji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania i odrzucenia jego oferty bez jej oceny merytorycznej i sprawdzenia czy spełnia wymogi SIWZ;
- 2) anulowanie decyzji o wyborze oferty firmy Sodexho Pass Polska Sp. z o.o., która nie spełnia wymogów SIWZ;
- 3) dokonanie ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego;
- 4) ponowny wybór oferty najkorzystniejszej spośród ofert dopuszczonych do oceny.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia SIWZ oraz treść oferty Odwołującego oraz treść wezwania do uzupełnienia dokumentów i złożone przez Odwołującego w tym zakresie dokumenty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, zawarte w proteście, rozstrzygnięciu protestu i odwołaniu oraz złożone w trakcie rozprawy, jak również przedłożony w toku rozprawy rachunek zysków i strat Odwołującego z okresu 01.01.- 31.12.2007 r. skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 187 ust. 4 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Ustalono również, że Odwołujący posiada interes prawny w złożeniu protestu i odwołania, ponieważ kwestionuje zasadność wykluczenia go z udziału w postępowaniu. Skład orzekający Izby nie przychylił się do stanowiska Zamawiającego, zaprezentowanego w toku rozprawy, że Odwołujący nie posiada interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia, ponieważ jego oferta zostałaby sklasyfikowana po ocenie ofert na ostatnim miejscu, w związku z czym Odwołujący nie uzyskałby i tak przedmiotowego zamówienia.

Uwzględniając okoliczność niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w którym Zamawiający określił dwa kryteria oceny ofert, z których jedno (oprócz

ceny z wagą 30%) i zasadnicze w postępowaniu (ilość punktów (placówek) handlowych i gastronomicznych w określonych rejonach z wagą 70%) polega na ocenie wykazywanych w ofertach punktów handlowych i gastronomicznych, skład orzekający Izby nie przychylił się do stanowiska Zamawiającego o oddalenie odwołania z uwagi na brak interesu prawnego.

Skład orzekający Izby uznał, że nie ma uprawnień, na tym etapie postępowania, do dokonywania oceny ofert za Zamawiającego, pod kątem określonych przez Zamawiającego kryteriów oceny ofert. Postawione przez Zamawiającego kryteria nie pozwalają wprost i w sposób bezpośredni i automatyczny ustalić, jaką pozycję w rankingu zajmowałby oferta Odwołującego. Przy dokonywanej ewentualnie takiej ocenie mogłoby się okazać, że treść jakiś dokumentów przedłożonych przez Odwołującego, np. wymaga złożenia dodatkowych wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 2 ustawy Pzp, do czego skład orzekający Izby nie jest uprawniony. Tym samym w związku z brakiem możliwości jednoznacznego i bezpośredniego wykazania, jaka byłaby pozycja rankingowa oferty Odwołującego skład orzekający Izby uznał, że w pojęciu „*uszczerbek prawny w uzyskaniu zamówienia*” w niniejszej sprawie mieści się sytuacja, w której Odwołujący wskazuje na naruszenia przepisów ustawy Pzp przez Zamawiającego przy dokonanej czynności badania ofert pod kątem spełniania warunków udziału w postępowaniu i uznaniu przez Zamawiającego, że warunków tych Odwołujący nie spełnia.. Tym samym dyspozycja art. 179 ust. 1 ustawy Pzp została wypełniona.

Odnosząc się do podniesionych w odwołaniu zarzutów skład orzekający Izby dokonał następujących ustaleń faktycznych:

- 1) Zamawiający w pkt X ppkt 1 lit a) SIWZ postawił warunek udziału w postępowaniu wskazujący na wymóg wykonania dostaw lub realizacji bonów żywieniowych na posiłki profilaktyczne o łącznej wartości brutto nie mniejszej niż 7 000 000 PLN.
- 2) Zamawiający w pkt X ppkt 2 SIWZ postawił warunek udziału w postępowaniu wskazujący na wymóg uzyskania przychodu netto ze sprzedaży produktów, towarów i materiałów w jednym roku obrotowym z ostatnich trzech lat obrotowych, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy niż jeden rok – w tym okresie, na podstawie Rachunku zysków i strat, pozycja Przychód netto ze sprzedaży produktów, towarów i materiałów lub przychód netto ze sprzedaży i zrównanie z nimi o wartości nie mniejszej niż 7 000 000 PLN. W przypadku wykonawców niezobowiązanych do sporządzania sprawozdania finansowego Zamawiający wskazał, że dokona weryfikacji sytuacji ekonomicznej wykonawcy na podstawie innych dokumentów potwierdzających przychody za wskazany okres.

- 3) W pkt XII ppkt 1) SIWZ w celu potwierdzenia spełniania warunku doświadczenia Zamawiający zażądał przedstawienia wykazu dostaw lub realizacji bonów z podaniem ich wartości, dat wykonania i odbiorców oraz załączenia dokumentów potwierdzających, że dostawy te, czy też realizacje bonów zostały wykonane należycie. W tym zakresie przygotowany był przez Zamawiającego załącznik nr 3 do SIWZ.
- 4) W pkt XIII SIWZ w celu potwierdzenia spełniania warunku wiarygodności finansowej i ekonomicznej Zamawiający zażądał przedstawienia oryginału lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę rachunku zysków i strat za jeden rok obrotowy. Co do wykonawców, którzy na podstawie przepisów odrębnych nie są zobowiązani do sporządzania sprawozdania finansowego innych dokumentów określających przychody za wskazany okres.
- 5) Odwołujący w swojej ofercie na str. 17 w załączniku nr 3 „Wykaz wykonanych dostaw lub realizacja bonów żywieniowych / bonów na posiłki profilaktyczne” przedstawił dwie pozycje wykonanych zamówień – jedno na rzecz podmiotu Przetwórstwo i Wyrób Wędlin Marian Pierzchała na kwotę 320 000zł i drugie na rzecz Miejskiego Ośrodka Pomocy Rodzinie w Lublinie na kwotę 303 700 zł. Na str. 18 i 19 oferty przedłożono dokumenty potwierdzające należyte wykonanie tych zamówień.
- 6) W treści oferty Odwołującego nie zawarto żadnego dokumentu na potwierdzenie sytuacji ekonomicznej i finansowej wykonawcy.
- 7) Zamawiający w piśmie z dnia 27 lutego 2009 r., wskazując na treść art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wezwał Odwołującego do uzupełniania dokumentów dotyczących warunku doświadczenia oraz wiarygodności finansowej i ekonomicznej. W treści wezwania Zamawiający przywołał zapisy SIWZ wskazujące na obowiązek załączenia odpowiednich dokumentów potwierdzających spełnienie wskazanych warunków udziału w postępowaniu, przy czym w zakresie warunku doświadczenia wskazał na wymagany okres, za który ma być wykazane doświadczenie (od 24.12.2005 r. do 24.12.2008 r.)
- 8) Na skutek skierowanego wezwania do uzupełnienia dokumentów Odwołujący przy piśmie z dnia 4 marca 2009 r. przedłożył dokument pod nazwą: „Bilans w okresie: 2007-01-01÷2007-12-31 Magazyn główny” oraz dwie referencje realizacji bonów żywieniowych dla Przetwórstwa i Wyrobu Wędlin Pierzchała na kwotę 1 950 00 zł i 2 423 000 zł oraz opinię Zakładów Azotowych Puławy S.A. o zakupie bonów na kwotę 5 890 000 zł

- 9) Na rozprawie Odwołujący przedłożył kopię rachunku zysków i strat za okres od 1 stycznia do 31 grudnia 2007 r. należący – wedle oświadczenia pełnomocnika Odwołującego – do Odwołującego.

Uwzględniając powyższe ustalenia faktyczne, skład orzekający Izby doszedł do przekonania, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie

Co do zarzutu bezpodstawnego wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu z powodu niespełnienia warunku doświadczenia, skład orzekający Izby uznał, że zarzut ten nie potwierdził się.

Skład orzekający Izby oceniając zasadność tego zarzutu stwierdził - co zresztą jest okolicznością bezsporną pomiędzy stronami postępowania odwoławczego – że w wyniku żądania uzupełniania dokumentów Odwołujący przedstawił wyłącznie referencje dotyczące nowych, niewykazywanych w wykazie załączonym do oferty, dostaw. Brak załączenia tego wymaganego przepisami prawa (rozporządzenie w sprawie dokumentów), jak i postanowieniami SIWZ dokumentu, skutkuje koniecznością wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu.

Argument Odwołującego, że treść wezwania do uzupełnienia dokumentów skierowanego do Odwołującego nie była jasna i nie wynikało z niej, czy dokument wykazu ma być przedłożony, czy też nie, nie jest zasadny. Treść wezwania do uzupełniania dokumentów, w której przytoczono dosłownie zapisy SIWZ, dotyczące wymogów co do dokumentów w zakresie warunku doświadczenia (zarówno wykaz dostaw, jak i dokumenty potwierdzające należyte wykonanie zamówienia) w ocenie Izby była jasna i precyzyjna. Jeśli Odwołujący dokonał zmiany w zakresie wykazywanego zakresu doświadczenia, tj. wskazał na inne dostawy niż pierwotnie wskazane w ofercie, powinien był również w tym zakresie przedłożyć wykaz dostaw, uwzględniający nowe dostawy, bądź też - wedle woli Odwołującego - nowe i pierwotnie wskazane w ofercie. Zamawiający nie można w tym zakresie przypisywać określonej woli wykonawcy, który de facto nie złożył w tym przedmiocie swojego oświadczenia.

Również argument Odwołującego, że treść przedłożonych referencji pozwala na ustalenie danych, które winny znaleźć się w wykazie dostaw nie zasługuje na uwzględnienie. Zamawiający na rozprawie wskazał przykładowo, że jedna z referencji - z dnia 10 lutego 2009 r. - nie zawiera wskazania okresu realizacji dostaw, a wyłącznie dzień złożenia zapotrzebowania, co nie pozwala na ustalenie tych danych z treści samych referencji.

Co do zarzutu bezpodstawnego wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu z powodu niespełnienia warunku wiarygodności finansowej i ekonomicznej, skład orzekający Izby uznał, że zarzut ten nie potwierdził się

Skład orzekający Izby, dokonując oceny podniesionego zarzutu w kontekście zgromadzonego materiału dowodowego, uznał, że Odwołujący bezsprzecznie nie dołączył wymaganego postanowieniami SIWZ oraz przepisami rozporządzenia w sprawie dokumentów dokumentu potwierdzającego sytuację finansową i ekonomiczną wykonawcy. Okoliczność ta jest bezsporna pomiędzy stronami postępowania. Odwołujący wywodził jednak, tak w proteście, jak i w odwołaniu oraz na rozprawie, że mógł przedłożyć inny dokument, którym to dokumentem był uzupełniony przez niego Bilans. Na potwierdzenie, że przedłożony bilans jest dokumentem, który potwierdza spełnianie warunku finansowego Zamawiającego, Odwołujący wraz z protestem przedłożył również informację z firmy Usługi Prowadzenia Ksiąg Rachunkowych „Księga” Jolanta Cieplińska z Puław (pismo z dnia 28 marca 2009 r.). Z informacji tej wynika, że zgodnie z przyjętą u Odwołującego „*polityką rachunkowości przychodem zarówno bilansowym, jak i podatkowym spółki jest prowizja otrzymywana od realizatorów bonów towarowych – punktów sprzedaży*”. Wskazuje się tam też, że bon towarowy jako druk ścisłego zarachowania nie jest towarem dla tej firmy i przychodem firmy w tym zakresie nie może być wartość sprzedanych bonów towarowych.

Skład orzekający Izby, odnosząc się do argumentacji Odwołującego wskazuje, że - zgodnie z wymogami SIWZ w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jak i przepisami prawa - na potwierdzenie spełniania warunku wiarygodności finansowej (ekonomicznej) wykonawcy ubiegającego się o zamówienie jest w pierwszym rzędzie sprawozdanie finansowe z opinią, bądź bez (w zależności od podmiotu, którego dotyczy) biegłego rewidenta. Zamawiający w tym zakresie wprost zażądał rachunku zysków i strat, stanowiącego element sprawozdania finansowego i taki to dokument Odwołujący winien był dołączyć do swojej oferty, bądź w wyniku wezwania do uzupełniania dokumentów. Zakres tego dokumentu, jak i jego formę, określają przepisy ustawy z dnia 29 września 1994 r. o rachunkowości (Dz. U. t.j. z 2002 r. Nr 76, poz. 694 ze zm.). Obowiązujące przepisy prawa, a SIWZ w tym zakresie nie przywidywała wyjątku, wskazują, że jedynie w sytuacji, gdy dany podmiot nie jest zobowiązany do sporządzania takiego sprawozdania finansowego dopuszcza się ocenę spełniania tego warunku na podstawie innych dokumentów, z których jednakże powinno wynikać potwierdzenie określonych przychodów za wymagany okres.

Odwołujący, będąc spółką prawa handlowego (spółka z o.o.), zgodnie z art. 2 ust. 1 pkt 1 ustawy o rachunkowości, jest zobowiązany do stosowania przepisów tej ustawy, w tym również w zakresie obowiązku sporządzania sprawozdania finansowego, zgodnie z art. 4 ust. 3 pkt 5 tej ustawy. Okoliczność wywiązywania się z obowiązku sporządzania

sprawozdania finansowego przez Odwołującego zresztą nie była tak naprawdę kwestionowana przez wykonawcę, który na rozprawie przedłożył składowi orzekającemu rachunek zysków i strat za rok 2007. Informacja ta wynika również z przywoływanego pisma z 28 marca 2009 r., w którym firma zajmująca się obsługą księgową Odwołującego wskazuje, że określone tam stanowisko odnośnie traktowania przychodów firmy, prezentuje w oficjalnym sprawozdaniu finansowym. Argument Odwołującego, że przedłożenie przez niego wymaganego przez Zamawiającego dokumentu (rachunek zysków i strat) doprowadzi do potwierdzenia okoliczności, że wykonawca ten nie spełnia warunku postawionego w SIWZ potwierdza de facto zasadność wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu. Skład orzekający Izby nie może zgodzić się ze stanowiskiem Odwołującego, że w tym zakresie chodzi wyłącznie o formę dokumentu, a nie jego treść. Skoro ustawodawca postawił w tym przedmiocie konkretne i obostrzone wymagania dla wykonawców ubiegających się o uzyskanie zamówienia, nie mogą oni tych wymogów łagodzić w celu potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu. Poza tym, gdyby chodziło wyłącznie o formę dokumentu rachunku zysków i strat Odwołującego, z którego wynika, że przychody ze sprzedaży za rok 2007 wynoszą 196 058,61 zł, Odwołujący nie wywodziłby innej treści niż z przedłożonego w wyniku uzupełnienia dokumentu Bilansu. Z bilansu tego zresztą nie można w żaden sposób odczytać wymagania SIWZ co do pozycji przychodów – wykazywana tam wartość 8 527 013,54 netto odnosi się do sprzedaży i dotyczy dokumentów obrotowych, a nie odnosi się wprost do przychodów ze sprzedaży, zgodnie z warunkiem udziału.

Bez znaczenia w tym przypadku – w ocenie Izby - jest również argumentacja dotycząca wartości bonów towarowych, których nie zalicza się do kosztów. Warunek postawiony w SIWZ był jasny i precyzyjny - odnosił się do pozycji przychodów ze sprzedaży produktów, materiałów, a więc niekoniecznie bonów towarowych – na określonym poziomie 7 000 000 zł. Spełnienia tego warunku nie potwierdził Odwołujący, zatem podlegał on wykluczeniu.

Odnosząc się do argumentacji Odwołującego co do liczenia terminów dla wymaganych dostaw należy stwierdzić, że powyższe zostało określone w treści wezwania o uzupełnienie dokumentów, zatem zarzut dotyczący błędnego w tym zakresie ustalenia okresu, za który mają wykonawcy wykazać się wymaganym doświadczeniem jest zarzutem spóźnionym. Odwołujący mógłby go podnosić w ewentualnym proteście na skierowane wezwanie do uzupełniania dokumentów, czego nie uczynił.

Odnosząc się do wskazanych powyżej dwóch zarzutów Odwołującego, stwierdzić również należy, że konsekwencją ustalenia przez Zamawiającego, że Odwołujący nie spełnia warunków udziału w postępowaniu i zostaje wykluczony z udziału w tym postępowaniu jest –

w świetle art. 24 ust. 4 ustawy Pzp – uznanie oferty złożonej przez Odwołującego za odrzuconą. W tym zakresie Izba również nie stwierdziła żadnego naruszenia.

Co do zarzutu dotyczącego nie spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiarygodności finansowej i ekonomicznej przez firmę Sodexho Pass Polska Sp. z o.o., uznanej przez Zamawiającego za najkorzystniejszą, skład orzekający Izby stwierdził, że zarzut ten nie był podnoszony na etapie protestu, w związku z czym, w świetle art. 191 ust. 3 ustawy Pzp, nie może podlegać rozpatrzeniu przez Izbę. Podnieść należy, że za podniesienie tego zarzutu w proteście można uznać wskazania na naruszenie przez Zamawiającego normy prawnej, wynikającej z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, tj. wybór oferty nie najkorzystniejszej. Odwołujący w treści protestu nie sprecyzował w tym bowiem zakresie żadnej argumentacji, nie wskazał też na argumentację podniesioną w treści odwołania, że przedłożone przez tę firmę rachunki zysków i start nie potwierdzają spełnienia warunku finansowego kwoty 7 000 000 zł. Podniesiony w proteście zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp odnosił się bowiem w istocie - jak wynika z jego treści - do okoliczności wyboru oferty nie najkorzystniejszej, jednak wyłącznie w związku z wykluczeniem Odwołującego z udziału w postępowaniu. W tym też kontekście podnoszonego zarzutu sformułowane było żądanie zawarte w proteście Odwołującego o anulowanie decyzji dotyczącej wyboru oferty Sodexho Pass Polska Sp. z o.o. i dokonanie ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Co do zarzutu bezpodstawnego zatrzymania przez Zamawiającego wadium i naruszenia w tym kontekście art. 46 ust. 4a ustawy Pzp, skład orzekający Izby uznał, że zarzut ten, jako nie podnoszony na etapie protestu, zgodnie z dyspozycją art. 191 ust. 3 ustawy Pzp, nie może podlegać rozpoznaniu przez Izbę. Na marginesie stwierdzić należy, że zarzut ten był przedmiotem odrębnego protestu złożonego przez Odwołującego oraz – jak Odwołujący oświadczył na rozprawie – odrębnego odwołania. Tym samym będzie on podlegał ewentualnemu rozpoznaniu w odrębnym trybie.

Uwzględniając powyższe ustalenia faktyczne i prawne skład orzekający Izby przy rozpatrywaniu złożonego odwołania nie stwierdził naruszeń przywołanych przez Odwołującego przepisów art.: 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, art. 7 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp, art. 14 ustawy Pzp, art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, art. 2 pkt 5 ustawy Pzp oraz przepisów rozporządzenia w sprawie dokumentów.

Mając powyższe na uwadze i działając na podstawie art. 191 ust. 1 ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy, tj. stosownie do wyniku postępowania.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego **w Katowicach.**

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....