

WYROK
z dnia 17 marca 2016 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz
Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 marca 2016 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 marca 2016 r. przez wykonawcę PRB DROBET sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Częstochowie w postępowaniu prowadzonym przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Banimex sp. z o.o. z siedzibą w Będzinie (pełnomocnik) oraz CTL Service sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę PRB DROBET sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Częstochowie i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę PRB DROBET sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Częstochowie tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawcy PRB DROBET sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Częstochowie na rzecz PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający - PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Wykonanie przebudowy mostu w torze nr 2 w km 73,101 oraz przebudowy peronów w torze nr 1 i 2 na odcinku Koniecpol - Częstochowa Stradom linii kolejowej nr 61 Kielce - Fosowskie w ramach projektu inwestycyjnego pn. „Rewitalizacja linii kolejowej nr 61 i 572 na odcinku Włoszczowa Północ - Częstochowa Stradom.”

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 17 grudnia 2015 roku pod numerem 2015/S 244-442901.

4 marca 2016 roku działając na podstawie art. 179 ust. 1 w związku z art. 180 ust. 2 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 roku, poz. 2164; dalej: „Pzp” lub „ustawa”) Odwołujący - PRB DROBET sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Częstochowie - wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego związanych z badaniem i oceną ofert, w tym w zakresie wykluczenia Odwołującego z postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą oraz wyborem oferty najkorzystniejszej, podjętych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

1. naruszenie art. 7 ust. 1, 2 i 3 ustawy przez dyskryminacyjne traktowanie wykonawców prowadzących działalność krócej niż inni wykonawcy polegające na wykluczeniu Odwołującego z postępowania i uznaniu jego oferty za odrzuconą a która to oferta była najkorzystniejsza według kryteriów ustalonych przez Zamawiającego;
2. naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy w związku z art. 22 ust.1 pkt 4 ustawy polegające na zastosowaniu tych przepisów i wykluczenie Odwołującego z udziału w postępowaniu, mimo że wykazał on spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie średniorocznego przychodu netto ze sprzedaży w kwocie minimalnej nie mniejszej niż 10.000.000,00 PLN;
3. naruszenie art. 24 ust. 4 Ustawy polegające na zastosowaniu tego przepisu i

uznanie oferty Odwołującego za odrzuconą mimo że wykazał on spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie średniorocznego przychodu netto ze sprzedaży w kwocie minimalnej nie mniejszej niż 10.000.000,00 PLN;

4. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez niewłaściwą ocenę wyjaśnień Odwołującego odnośnie spełniania warunków wskazanych w punkcie 8.2.4 i 8.3.3 IDW.
5. naruszenie art. 91 ust.1 Ustawy przez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Przedsiębiorstwo Wielobranżowe BANIMEX sp. z o.o. oraz CTL Service sp. z o. o. podczas gdy najkorzystniejszą ofertą niepodlegającą odrzuceniu złożoną przez wykonawców niepodlegających wykluczeniu jest oferta Odwołującego;

Odwołujący wniósł o: uwzględnienie odwołania w całości oraz o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i unieważnienia uznania jego oferty za odrzuconą; unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Przedsiębiorstwo Wielobranżowe BANIMEX sp. z o.o. oraz CTL Service sp. z o. o.; powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz ponownego dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Odwołujący wnosi również o: dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z następujących dokumentów: informacji z dnia 26 lutego 201 r r. o wyborze oferty najkorzystniejszej i o wykluczeniu Odwołującego z postępowania - na okoliczność przyczyn tego wykluczenia; oferty Odwołującego wraz z uzupełnieniem dokumentów na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust.3 Ustawy na okoliczność braku podstaw do wykluczenia Odwołującego z postępowania; wydruku z KRS na okoliczność rozpoczęcia przez niego wykonywania działalności gospodarczej od dnia 08 października 2015 r.; ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków niniejszego zamówienia na okoliczności wskazane w uzasadnieniu odwołania oraz na okoliczność braku podstaw do wykluczenia Odwołującego z postępowania.

Odwołujący wniósł również o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

Odwołujący wskazał, że ma interes do wniesienia odwołania, z uwagi na fakt, iż w przypadku gdyby Zamawiający postąpił zgodnie z przepisami prawa i przeprowadził rzetelnie postępowanie wyjaśniające odnośnie spełnienia przez Odwołującego warunków udziału w

postępowaniu w zakresie średniorocznego przychodu netto ze sprzedaży w kwocie minimalnej nie mniejszej niż 10.000.000,00 PLN, nie dokonałby wykluczenia Odwołującego z postępowania i nie uznałby jego oferty za odrzuconą a w konsekwencji jego oferta byłaby najkorzystniejsza cenowo, a zatem, gdyby podlegała ocenie, to Odwołujący uzyskałby zamówienie.

Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty.

Zamawiający w toku badania i oceny ofert pismem z dnia 18 lutego 2016r. zwrócił się do Odwołującego o złożenie wyjaśnień oraz brakujących oświadczeń lub dokumentów dotyczących oferty złożonej w przedmiotowym postępowaniu. W pkt. 7 tego pisma Zamawiający wskazał, że oferta nie zawiera dokumentów określonych w pkt. 9.1.5 ID W, tj. nie przedłożono dokumentów potwierdzających spełnienie warunku posiadania w ciągu ostatnich 3 lat obrotowych, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, za ten okres, średniego rocznego przychodu netto ze sprzedaży w kwocie minimalnej nie mniejszej niż 10.000.000,00 PLN.

W odpowiedzi na to wezwanie Odwołujący wyjaśnił, że załączony do oferty rachunek zysków i strat został sporządzony za okres 31 grudnia 2015 roku i obejmuje on okres od dnia 31 grudnia 2014r. do dnia 31 grudnia 2015r. i faktycznie przyjmując, że jeżeli Spółka prowadziła działalność przez ten czas, to nie sprostaby warunkowi udziału w postępowaniu wskazanemu w punkcie 8.3.3 IDW.

Odwołujący wyjaśnił, że Spółka została jednak zarejestrowana w Krajowym Rejestrze Sądowym w dniu 08 października 2015r., co wynika z odpisu aktualnego KRS nr 0000579829 i średni roczny przychód netto ze sprzedaży należy liczyć za okres od dnia 08 października 2015r. do dnia 31 grudnia 2015r. czyli tak jak Zamawiający określił w pkt 9.1.5.a) IDW: *„Na potwierdzenie spełnienia warunków szczegółowych określonych w punkcie 8.3.3.niniejszej IDW część sprawozdania finansowego tj. rachunek zysków i strat, a jeżeli podlega ono badaniu przez biegłego rewidenta zgodnie z przepisami o rachunkowości również z opinią o badanym rachunku, a w przypadku Wykonawców niezobowiązanych do sporządzania sprawozdania finansowego inne dokumenty określające obroty oraz zobowiązania i należnościami - za ostatnie 3 lata obrotowe, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy za ten okres”.*

Odwołujący wskazał, że przyjmując w/w krótszy okres, niż ten który omyłkowo został wskazany w rachunku zysków i strat (zaznaczył Odwołujący, iż okres wskazany w przedłożonym rachunku zysków i strat jest automatycznie generowany przez program księgowy) że spełniła warunki wskazane w punkcie 8.3.3 IDW. Jednocześnie Odwołujący przedłożył uzupełniony tj. prawidłowy rachunek zysków i strat za okres od dnia 08 października 2015r. do 31 grudnia 2015r.

Pomimo złożenia powyższych wyjaśnień, Zamawiający w dniu 26 lutego 2016r. w zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty dokonał wyboru oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Przedsiębiorstwo Wielobranżowe BANIMEX sp. z o.o. oraz CTL Service sp. z o. o. oraz wykluczył Odwołującego z postępowania i uznał jego ofertę za odrzuconą, uzasadniając to faktem, że Odwołujący nie wykazał w ofercie, jak również w przesłanych wyjaśnieniach spełnienia warunku udziału w postępowaniu wskazanego w punkcie 8.2.4 i 8.3.3 IDW, gdzie Zamawiający wymagał wykazania przez Wykonawcę, iż znajduje się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonania Zamówienia, tj. posiadania w ciągu ostatnich 3 lat obrotowych, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, za ten okres, średniego rocznego przychodu netto ze sprzedaży w kwocie minimalnej nie mniejszej niż 10.000.000,00 PLN.

Uzasadnienie wykluczenia Odwołującego z postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą jest niesłuszne i narusza zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Ze złożonych przez Odwołującego dokumentów oraz wyjaśnień w sposób nie budzący wątpliwości wynika, że warunek wyżej opisany został spełniony. Odwołujący uważa, że działania Zamawiającego naruszyły art. 7 ust. 1 ustawy, który to przepis nakazuje w prowadzonych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego - równe traktowanie wykonawców, bowiem żaden wykonawca nie może być gorzej traktowany niż inni wykonawcy z tego tytułu, że prowadzi działalność krócej niż inni wykonawcy. Odwołujący, do obliczenia średniorocznego przychodu wymaganego przez Zamawiającego podzielił sumę swoich przychodów przez liczbę dni prowadzonej działalności gospodarczej tj. (5 994 738,40 zł: 85 dni = 70 526,33 zł) i następnie tak uzyskany wynik pomnożył przez liczbę dni w roku (70 526,33 zł x 365 dni = 25 742 110,45 zł) - średnioroczny przychód netto ze sprzedaży za okres prowadzenia działalności przez Odwołującego jest wyższy niż wymagane przez Zamawiającego 10.000.000,00 zł.

Odwołujący wskazał, że powyższy sposób ustalenia średniorocznego przychodu wymaganego przez Zamawiającego jest prawidłowy, gdyż nie prowadzi do nierównego traktowania wykonawców i nie dyskryminuje wykonawców, którzy nie prowadzą działalności pełne 3 lata obrotowe. Przedstawiony powyżej sposób wyliczeń został uznany za prawidłowy przez Krajową Izbę Odwoławczą w Wyroku z dnia 05 czerwca 2013r. o sygn. akt KI01185/13.

Pozostałe postanowienia SIWZ oraz IDW nie poruszają tematu obliczania średniorocznych przychodów, oraz że nie było w tym zakresie wyjaśnień Zamawiającego. A zatem trzeba przyjąć, że do obliczania średniorocznych przychodów bierze się pod uwagę każdy z ostatnich trzech lat obrotowych. W przypadku wykonawców, którzy prowadzą działalność krócej, bierze się pod uwagę cały okres prowadzenia działalności. Zatem w przedmiotowej sprawie należało obliczyć średnioroczny przychód netto ze sprzedaży za okres od dnia 08

października 2015r. do dnia 31 grudnia 2015r.

Biorąc pod uwagę wyżej przedstawione okoliczności faktyczne oraz wskazane naruszenia przepisów odwołanie winno zostać uwzględnione a czynności Zamawiającego powtórzone.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania oraz uczestnika postępowania odwoławczego na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron i uczestnika postępowania odwoławczego Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 roku, poz. 2164; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 4 marca 2016 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu, co Strony potwierdziły na posiedzeniu z ich udziałem.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – *Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy* - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Banimex sp. z o.o. z siedzibą w Będzinie (pełnomocnik) oraz CTL Service sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie a także stanowiska i oświadczenia Stron i uczestnika postępowania odwoławczego złożone ustnie do protokołu.

Zamawiający przesłał w dniu 16 marca 2016 roku pismo z dnia 15 marca 2016 roku „Odpowiedź Zamawiającego na odwołanie” wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy Prawo zamówień publicznych *Izba uwzględniła odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.* Izba dokonawszy oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów biorąc pod uwagę stanowiska Stron przedstawione na rozprawie stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że:

Zamawiający w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SWIZ) w rozdziale 8 – *Warunki, jakie muszą spełniać wykonawcy* zawarł następujące wymagania:

8.2 Zgodnie z art. 22 ust. 1 Ustawy, o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące:

(...)

8.2.4 Sytuacji ekonomicznej i finansowej

8.3.3. W zakresie warunku określonego w punkcie 8.2.4. IDW wymagane jest wykazanie przez Wykonawcę, iż znajduje się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie Zamówienia tj.:

a) posiada w ciągu ostatnich 3 lat obrotowych, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, za ten okres, średni roczny przychód netto ze sprzedaży w kwocie minimalnej nie mniejszej niż 10 000 000,00 PLN.

(...)

Wykonawca może polegać na zdolnościach finansowych lub ekonomicznych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków.

W rozdziale 9 SWIZ – Zamawiający zawarł następujące wymagania:

9.1.5. Na potwierdzenie spełnienia warunków szczegółowych określonych w punkcie 8.3.3 niniejszej IDW:

a) część sprawozdania finansowego tj. rachunek zysków i strat, a jeżeli podlega ono badaniu przez biegłego rewidenta zgodnie z przepisami o rachunkowości również z opinią o badanym rachunku, a w przypadku Wykonawców niezobowiązanych do sporządzania sprawozdania finansowego inne dokumenty określające obroty oraz zobowiązania

i należności – za ostatnie trzy lata obrotowe, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy za ten okres.

Odwołujący, w ofercie na str. 106 zawarł rachunek zysków i strat, sporządzony za okres 31.12.2015, gdzie przychody netto ze sprzedaży podano 6 058 300,12 zł.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 18 lutego 2016 roku dokonane w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Odwołujący za pismem z dnia 19 lutego 2016 roku złożył pismo zawierające wyjaśnienia oraz załączył do niego załączniki. Z wyjaśnień Odwołującego wynika, że: *z rachunku zysków i strat wynika, że rachunek zysków i strat został sporządzony za okres 31 grudnia 2015 roku i obejmuje on okres od 31 grudnia 2014 r. do 31 grudnia 2015 r. i faktycznie przyjmując, że jeżeli spółka prowadziła działalność przez ten czas, to nie sprostaby warunkowi udziału w postępowaniu wskazanemu w punkcie 8.3.3 IDW. Pragniemy jednak wyjaśnić, że spółka została jednak zarejestrowana w Krajowym Rejestrze Sądowym w dniu 08 października 2015r., co wynika z odpisu aktualnego KRS nr 0000579829 i średni roczny przychód netto ze sprzedaży należy liczyć za okres od dnia 08 października 2015r. do dnia 31 grudnia 2015r. Przyjmując w/w krótszy okres, niż ten który omyłkowo został wskazany w rachunku zysków i strat (na marginesie należy zaznaczyć, iż okres wskazany w przedłożonym rachunku zysków i strat jest automatycznie generowany przez program księgowy) należy wskazać, iż Spółka spełniła warunki wskazane w punkcie 8.3.3 IDW.*

Izba zważyła:

Na wstępie rozważań Izba wskazuje, że na podstawie art. 191 ust. 2 ustawy wydając wyrok, *Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania.* Na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy – *Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy.* Przepis ten nakłada na Strony postępowania obowiązek, który zarazem jest uprawnieniem Stron, wykazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne. Postępowanie przez Izbą stanowi postępowanie kontradyktoryjne, czyli sporne a z istoty tego postępowania wynika, iż spór toczą Strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne. Powołując w tym miejscu regulację art. 14 ustawy *do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią*

inaczej przechodząc do art. 6 Kodeksu cywilnego *ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne* należy wskazać, iż właśnie z tej zasady wynika reguła art. 190 ust 1 ustawy. Przepis art. 6 Kodeksu cywilnego wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne; *ei incumbit probatio qui dicit non qui negat* (na tym ciąży dowód kto twierdzi a nie na tym kto zaprzecza).

I.

W zakresie zarzutu naruszenia: art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy w związku z art. 22 ust. 1 pkt 4 ustawy, jak również zarzutu naruszenia art. 24 ust 4 ustawy a polegające na zastosowaniu tych przepisów i wykluczenie Odwołującego z udziału w postępowaniu, mimo że wykazał on spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie średniorocznego przychodu netto ze sprzedaży w kwocie minimalnej nie mniejszej niż 10.000.000,00 PLN – Izba uznała zarzuty za niezasadne.

Na podstawie art. 186 ust. 4 ustawy Izba wskazuje:

- art. 24 ust. 2 pkt 4 - *Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy: nie wykazali spełnienia warunków udziału w postępowaniu,*
- art. 22 ust. 1 pkt 4 ustawy – *O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki, dotyczące: sytuacji ekonomicznej i finansowej,*
- art. 24 ust. 4 – *Ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą.*

Na wstępie Izba wskazuje, że warunek udziału w postępowaniu był precyzyjny i zrozumiały, oraz że w sposób jednoznaczny Zamawiający określił wymagania dotyczące dokumentów jakie mają być złożone w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej. Aby możliwe było skuteczne zweryfikowanie wykonawców wymagania im stawiane muszą być skonkretyzowane (porównaj: wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 7 lipca 2008 roku sygn. akt V Ca 984/08). Opis sposobu dokonania oceny spełnienia warunków musi być jednoznaczny, a dokumenty, jakimi ma wykazać się wykonawca muszą być konkretnie określone i wskazane (porównaj: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 października 2008 roku sygn. akt KIO/UZP 938/08, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 marca 2012 roku sygn. akt KIO 485/12; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 października 2013 rok sygn. akt KIO 2384/13). Izba wskazuje, że postanowienia w zakresie opisu sposobu dokonania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz wymaganych dokumentów potwierdzających warunki należy interpretować zgodnie z wykładnią gramatyczną. Tak

więc wymagania, które określa Zamawiający *wynikają wprost z literalnego brzmienia ogłoszenia i SIWZ* (porównaj: wyrok Sadu Okręgowego w Warszawie z dnia 07 października 2008 roku sygn. akt XXIII Ga 446/08). Ocena spełnienia wymagań winna zostać dokonana w oparciu o literalne brzmienie ukształtowanych przez Zamawiającego wymagań. Zamawiający w tym postępowaniu w sposób jednoznaczny wymagał wykazania się wykonawcy posiadania w ciągu ostatnich 3 lat obrotowych, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, za ten okres, średniego rocznego przychód netto ze sprzedaży w kwocie minimalnej nie mniejszej niż 10 000 000,00 PLN, co wykonawca miał wykazać składając wraz z ofertą część sprawozdania finansowego tj. rachunek zysków i strat, a jeżeli podlega ono badaniu przez biegłego rewidenta zgodnie z przepisami o rachunkowości również z opinią o badanym rachunku, a w przypadku Wykonawców niezobowiązanych do sporządzania sprawozdania finansowego inne dokumenty określające obroty oraz zobowiązania i należności – za ostatnie trzy lata obrotowe, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy za ten okres.

Z ukształtowanych przez Zamawiającego wymagań, warunku udziału w postępowaniu oraz żądanych na potwierdzenie dokumentów w sposób jednoznaczny wynika, że Zamawiający nie wprowadził do postanowień SWIZ żadnych regulacji, które umożliwiłby dokonywanie jakichkolwiek przeliczeń oraz wykazywanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w sposób hipotetyczny. Charakterystycznym dla rozpoznawanej sprawy jest to, że wykonawca prowadzi działalność gospodarczą w roku 2015 od 8 października do 31 grudnia (tj. 85 dni, jak wynika z treści odwołania) i tylko rachunek zysków i strat Odwołującego z roku 2015 został przedstawiony na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Nie ma w tym miejscu znaczenia dla wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu czy ten dokument – rachunek zysków i strat został przedstawiony w taki sposób jak w ofercie, czy też obejmuje okres faktycznie prowadzonej działalności gospodarczej, czyli tak jak został przedstawiony w wyniku wezwania do uzupełnienia dokumentów. Z obu złożonych dokumentów wynikała w sposób jednoznaczny, że przychody ze sprzedaży netto wynosiły 6 056 300, 12 PLN. Nie sposób, w obliczu określonych warunków udziału w postępowaniu, uznać za prawidłowe rozumowanie Odwołującego a sprowadzające się w zasadzie do twierdzenia, że w zależności od wskazanego w dokumencie rachunek zysków i strat okresu za który został sporządzony, Odwołujący warunek spełniał lub nie spełniał (co wskazał w Odwołaniu). Zamawiający w sposób jednoznaczny wskazał na wymagania co do okresu tzn. wymagał aby wykonawca posiadał w ciągu ostatnich 3 lat obrotowych, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, za ten okres; okres prowadzenia działalności przez Odwołującego jest krótszy niż 3 lata obrotowe i zgodnie z ukształtowanym warunkiem udziału w postępowaniu nie istnieje uprawnienie ani obowiązek po stronie wykonawcy

dokonywania przeliczenia uzyskanych przychodów w przypadku, gdy rok obrotowy nie obejmuje pełnych 12 miesięcy. Zaznaczyć należy również, że brak jest w SWIZ jakichkolwiek informacji na temat tego w jaki to sposób – co sugerował Odwołujący – mają być dokonywane przeliczenia w celu wykazania warunku; Zamawiający nie dopuścił i nie określił proporcjonalnego do długości roku obrotowego spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Natomiast zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 9) ustawy z dnia 29 września 1994 r. o rachunkowości (Dz. U. z 2013, poz. 330 ze zm.) ilekroć w ustawie jest mowa o roku obrotowym - rozumie się przez to 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. Tym samym, w przypadku tego Odwołującego, w tym postępowaniu nie ma znaczenia ile miesięcy trwał „pierwszy” rok obrotowy (i jedyny) jego działalności, bowiem zgodnie z warunkiem to za ten okres miał wykazać spełnienie warunku udziału w postępowaniu; czyli jeżeli tak jak w rozpoznawanym przypadku rok obrotowy trwał od 8 października 2015 roku do 31 grudnia 2015 roku, to za ten okres wykonawca winien wykazać się spełnieniem warunku udziału w postępowaniu średniego rocznego przychód netto ze sprzedaży w kwocie minimalnej nie mniejszej niż 10 000 000,00 PLN a jakiegokolwiek dokonywanie obliczeń, co sugerował Odwołujący, w świetle postanowień SIWZ jest nieuprawnione.

II.

W zakresie naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy – *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust.2 pkt 3* przez niewłaściwą ocenę wyjaśnień Odwołującego odnośnie spełniania warunków wskazanych w punkcie 8.2.4 i 8.3.3 IDW.

Zgodnie z treścią art. 180 ust. 3 ustawy (analogicznie stanowi § 4 *rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań*), odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie czynności Zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Tym samym odwołanie powinno konkretyzować postawiony zarzut, zawierać wskazanie okoliczności faktycznych, które

uzasadniają stawianie Zamawiającemu wyartykułowanych w odwołaniu zastrzeżeń. O treści zarzutu decyduje przytoczona podstawa faktyczna, wskazane przez danego Odwołującego okoliczności faktyczne, wskazywane uzasadnienie, jak i przypisana im kwalifikacja prawna, szczególnie, że ta kwalifikacja prawna decyduje o uwzględnieniu żądania odwołania. Przechodząc do rozpoznania ukształtowanego przez Odwołującego naruszenia Izba wskazuje, że brak w odwołaniu wskazania okoliczności faktycznych, które odnosiłyby się do niezgodności treści oferty z treścią SIWZ a dotyczyły postanowień SIWZ w określonym przez Odwołującego zakresie punktowym. Istne jest również to, że w trakcie rozprawy Odwołujący zupełnie pominął argumentacje w zakresie wskazanego naruszenia art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy. Zaszczyc należy, że innymi instytucjami prawa zamówień publicznych jest niezgodność treści oferty z treścią SWIZ (art. 89 ustawy) a inną instytucją jest niewykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu (art. 24 ustawy).

W zasadzie brak argumentacji faktycznej uniemożliwia uznanie wskazanego naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy i w tym przypadku należy uznać brak zarzutu, bowiem zaznaczając, że odwołanie nie może mieć charakteru ogólnego a powinno konkretyzować zarzuty, nakierowane na uwzględnienie odpowiadających im żądań; wskazywać okoliczności faktyczne i prawne, które pozwalają na dokonanie oceny zasadności tych zarzutów, w rozpoznawanej sprawie odwołanie w zakresie wskazanych naruszeń przepisów nie zawierało wszystkich koniecznych elementów.

III.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1, 2 i 3 ustawy przez dyskryminacyjne traktowanie wykonawców prowadzących działalność krócej niż inni wykonawcy polegające na wykluczeniu Odwołującego z postępowania i uznaniu jego oferty za odrzuconą a która to oferta była najkorzystniejsza według kryteriów ustalonych przez Zamawiającego – Izba uznała zarzut za niezasadny.

Na podstawie art. 186 ust. 4 ustawy Izba wskazuje na brzmienie art. 7 ustawy:

1. *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.*
2. *Czynności związane z przygotowaniem oraz przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia wykonują osoby zapewniające bezstronność i obiektywizm.*
3. *Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.*

W zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Izba uznała, iż działanie

Zamawiającego było zgodne z obowiązującymi przepisami i nie naruszyło zasady zamówień publicznych, w tym w szczególności podnoszonej przez Odwołującego zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji, co potwierdza rozpoznanie powyższych zarzutów tego odwołania. Odwołujący nie odniósł się również w żaden sposób w swojej argumentacji do podnoszonego naruszenia art. 7 ust. 2 ustawy w kontekście podnoszonych zarzutów naruszenia konkretnych przepisów; nie wskazał w jaki sposób naruszony został obiektywizm i bezstronność postępowania osób wykonujących czynności w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zasada udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy określona w art. 7 ust. 3, uwzględniając znaczenie powyżej przywołanych zasad oraz racjonalność przepisów, dotyczy zakazu dokonywania cesji praw lub przejęcia długów na rzecz podmiotów lub przez podmioty nieuczestniczące w postępowaniu o zamówienie publiczne. Tym samym Zamawiający, wywodząc to z zasady legalizmu działania Zamawiającego, zobowiązany jest do udzielenia zamówienia wykonawcy, który uczestniczył w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz został wybrany zgodnie z przepisami ustawy.

Reasumując, w ocenie Izby nie doszło do naruszenia wszypanych przez Odwołującego zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

IV.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 91 ust 1 ustawy – *Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia* przez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Przedsiębiorstwo Wielobranżowe BANIMEX sp. z o.o. oraz CTL Service sp. z o. o. podczas gdy najkorzystniejszą ofertą niepodlegającą odrzuceniu złożoną przez wykonawców niepodlegających wykluczeniu jest oferta Odwołującego – Izba uznała zarzut za niezasadny.

W zakresie naruszenia art. 91 ust 1 ustawy Izba nie stwierdziła dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie innych, niż określone w SIWZ kryteriów oceny ofert. Odwołujący nie podniósł żadnych okoliczności faktycznych wskazujących na nieprawidłowość dokonania oceny ofert w kontekście ustalonych kryteriów oceny ofert, czyli zastosowania bądź niezastosowania przez Zamawiającego ustalonych kryteriów oceny ofert.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust.

3 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).

Przewodniczący: