

**WYROK**  
**z dnia 8 września 2020 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

**Przewodniczący:** Emilia Garbala

**Protokolant:** Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 września 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 lipca 2020 r. przez wykonawcę **Fundusz Pożyczkowy Województwa Świętokrzyskiego Sp. z o.o., Aleja IX Wieków Kielc 4, 25-516 Kielce,**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Bank Gospodarstwa Krajowego, Al. Jerozolimskie 7, 00-955 Warszawa,**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Lubelska Fundacja Rozwoju, ul. Złota 59, 00-120 Warszawa oraz Polski Fundusz Gwarancyjny Sp. z o.o., ul. Rynek 7, 20-111 Lublin,** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża odwołującego **Fundusz Pożyczkowy Województwa Świętokrzyskiego Sp. z o.o., Aleja IX Wieków Kielc 4, 25-516 Kielce,** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego **Fundusz Pożyczkowy Województwa Świętokrzyskiego Sp. z o.o., Aleja IX Wieków Kielc 4, 25-516 Kielce,** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz.1843 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 - Bank Gospodarstwa Krajowego, Al. Jerozolimskie 7, 00-955 Warszawa, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Wybór pośredników finansowych w celu wdrażania instrumentu finansowego „Pożyczka dla MŚP” w ramach Funduszu Funduszy Województwa Świętokrzyskiego”, numer referencyjny: DZZK/162/DIF/2019. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 22 stycznia 2020 r., nr 2020-S 015-031233.

Ofertę w postępowaniu złożył m.in. wykonawca Fundusz Pożyczkowy Województwa Świętokrzyskiego Sp. z o.o., Aleja IX Wieków Kielc 4, 25-516 Kielce (dalej: „odwołujący”). Pismem z dnia 10 lipca 2020 r. (przesłanym wykonawcom w dniu 13 lipca 2020 r.) zamawiający poinformował o wykluczeniu odwołującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”.

W dniu 23 lipca 2020 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie, w którym odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 1a w zw. z art. 22c ust. 3 i 4 w zw. z art. 25 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z § 2 ust. 2 pkt 1 Rozporządzenia Ministra Rozwoju w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz.U. z 2016 r., poz.1126 ze zm.) poprzez dokonanie oceny spełnienia przez odwołującego warunków udziału w postępowaniu w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i z nadmiernym formalizmem, bowiem oczekiwany dokument (bilans za rok 2019) jako środek dowodowy nie był niezbędny dla wykazania spełnienia warunków co do kondycji finansowej wykonawcy, co do której wiedzę zamawiający miał przecież ze sprawozdania finansowego oraz opinii biegłego rewidenta za rok 2019, nadto jego brak nie może eliminować wykonawcy, który dokumentację taką powinien posiadać do dnia 30.09.2020 r., a dokumentacja za rok 2018 była dokumentacją aktualną, ważną i wiarygodną dla zamawiającego w zakresie części I zamówienia tego samego postępowania, a ponadto dokonanie tej oceny bez uwzględnienia trudności funkcjonowania w dobie pandemii Covid19,
- 2) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp polegające na przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, co skutkowało wyłonieniem wykonawcy i udzieleniem zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy Pzp,

- 3) art. 24 ust. 1 pkt 12 i ust. 4 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, poprzez wykluczenie odwołującego i uznanie jego oferty za odrzuconą w efekcie błędnej oceny dokumentów przedłożonych przez odwołującego i wadliwego uznania, że podmiot ten nie spełnia warunku pozytywnego, wymaganego dla wykazania zdolności ekonomicznej i finansowej w ramach części IV zamówienia,
- 4) art. 91 ust. 1 ustawy Pzp polegające na wyborze oferty, która oceniona prawidłowo, z poszanowaniem równego traktowania wykonawców i zgodnie z kryteriami wskazanymi w siwz oraz ustawą Pzp, nie jest ofertą najkorzystniejszą.

W szczególności odwołujący podniósł, co następuje. „Odwołujący Wykonawca składał ofertę na wykonanie części I zamówienia (22 mln zł) oraz części IV zamówienia (9 mln zł). Termin składania ofert na obydwie te części upływał z dn. 27.02.2020 r. i Wykonawca złożył terminowo swoje oferty na wykonanie dwóch, wskazanych wyżej części zamówienia. Zamawiający - BGK w ramach postępowania oceniał te same dokumenty tego samego Wykonawcy i - w sposób zupełnie dla Odwołującego niezrozumiały - uznał, że w ramach części I zamówienia Wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu skutkiem czego w dn. 09.06.2020 r. zawarł z Odwołującym umowę na realizację części I zamówienia, zaś w ramach części IV tego zamówienia, ten sam Wykonawca, w oparciu o te same dokumenty, zdaniem Zamawiającego, nie spełnia warunków udziału w postępowaniu. W efekcie Zamawiający uznał Odwołującego za podlegającego wykluczeniu i odrzucił jego ofertę.

Zamawiający w SIWZ w pkt 7.3.1.1) wskazał, iż w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw do wykluczenia Wykonawcy zobowiązani są złożyć „bilans, a jeżeli sprawozdanie finansowe obejmujące ww. bilans podlega badaniu przez biegłego rewidenta zgodnie z przepisami o rachunkowości lub MSR/MSSF, również z opinią o badanym bilansie, a w przypadku Wykonawców niezobowiązanych do sporządzania sprawozdania finansowego, inne dokumenty określające wartość kapitałów (funduszy) własnych według stanu na koniec ostatniego zamkniętego roku obrotowego, a jeżeli okres prowadzenia działalności przez Wykonawcę jest krótszy, na dzień rozpoczęcia działalności, odpowiadającej co najmniej wysokości określonej w opisie sposobu spełniania warunku udziału w postępowaniu”. Termin składania ofert na realizację poszczególnych części upływał z dn. 27.02.2020 r. (...)

Pismem z dn. 22.05.2020 r. Odwołujący - FPWŚ został wezwany do złożenia w terminie do 03.06.2020 r. aktualnych na dzień złożenia oświadczeń dokumentów m.in. sprawozdania finansowego, bilansu wraz z opinią biegłego rewidenta (o ile podmiot podlega takiemu badaniu zgodnie z przepisami). W odpowiedzi na to wezwanie, Wykonawca poprzez dedykowaną platformę złożył wymagane dokumenty za rok 2018, albowiem zgodnie z aktualnie obowiązującymi przepisami, na dzień 03.06.2020 r. nie był zobligowany do

dysponowania bilansem zbadanym przez biegłego rewidenta za rok 2019 i dokumentu takiego nie posiadał. Termin do sporządzania takiej dokumentacji zwyczajowo upływa z dniem 30.06.2020 r., jednak w roku 2020 z uwagi na pandemię wirusa SARS-CoV-2 w Polsce, termin ten został wyjątkowo przedłużony do dnia 30.09.2020 r. za rok 2019. (...)

Nie ulega wątpliwości, że w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących sytuacji ekonomicznej lub finansowej Zamawiający może żądać m.in. sprawozdania finansowego albo jego części (...) za okres nie dłuższy niż ostatnie 3 lata obrotowe (...) Aby odszyfrować sformułowanie "ostatnie 3 lata obrotowe", jakim posługuje się ww. przepis rozporządzenia, należy sięgnąć do ustawy z dnia 29.09.1994 r. o rachunkowości, która reguluje zakres, sposób oraz terminy sporządzania sprawozdań finansowych, a także ich badania przez biegłego rewidenta. W art. 52 ust. 1 tejże ustawy wskazano, że roczne sprawozdanie finansowe winno zostać sporządzone nie później niż w ciągu 3 miesięcy od dnia bilansowego, zaś zatwierdzenie sprawozdania finansowego natomiast powinno zostać dokonane nie później niż 6 miesięcy od dnia bilansowego (art. 53 ust 1). Przed zatwierdzeniem, roczne sprawozdanie finansowe podlega badaniu przez biegłego rewidenta (art. 53 ust. 1a).

(...) Od powyższej zasady, w roku 2020 wprowadzono wyjątek - art. 15 zzh ustawy o zmianie ustawy o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19 oraz z rozporządzeniem Ministra Finansów z dn. 31.03.2020 r. w sprawie określenia innych terminów wypełniania obowiązków w zakresie ewidencji oraz w zakresie sporządzenia, zatwierdzenia, udostępnienia i przekazania do właściwego rejestru (...) wskazują, że terminy do składania rocznych sprawozdań finansowych oraz sprawozdań z działalności za rok 2019 upływają wyjątkowo z dniem 30.09.2020 r., a więc FPWŚ składając w postępowaniu aktualne na dzień złożenia sprawozdanie tj. sprawozdanie za rok 2018 spełnił warunek udziału w postępowaniu, a w konsekwencji brak było podstaw do wykluczenia FPWŚ i do odrzucenia jego oferty, a czynności Zamawiającego powinny zostać unieważnione. (...)

Jeśli termin składania ofert w niniejszym postępowaniu przypadął na marzec 2020 r., to Wykonawca mógł być zobligowany do przedstawienia sprawozdań finansowych nie więcej niż za 2016 r., 2017 r., 2018 r., albowiem tylko za te lata zgodnie z przepisami ustawy Wykonawca powinien mieć już sporządzone i zatwierdzone sprawozdania finansowe i absolutnie nie może eliminować go z udziału w postępowaniu brak dokumentacji za rok 2019, której posiadać jeszcze zgodnie z ustawą nie musi — obowiązek taki aktualizowałby się z dniem 30.09.2020 r. (...)

Podkreślenia wymaga również i to, że na etapie postępowania po terminie składania ofert jakakolwiek zmiana warunku udziału w postępowaniu jest kategorycznie zabroniona, a za taką zmianę należy uznać żądanie sformułowane w dn. 15.06.2020 r. co do

przedłożenia przez Wykonawcę dokumentacji za rok 2019 r. W takim przypadku dochodzi do naruszenia podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych, tj. zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców - co uzasadnia zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy pzp. Powyższe błędy Zamawiającego doprowadziły do naruszenia art. 91 ust. 1 pzp poprzez wybór, jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum utworzonego przez Lubelską Fundację Rozwoju i Polski Fundusz Gwarancyjny sp. z o.o. zawierającej cenę wyższą niż oferta FPWŚ, która gdyby nie popełnione błędy Zamawiającego winna podlegać ocenie jako najkorzystniejsza.”

W związku z powyższymi zarzutami odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty konsorcjum: Lubelska Fundacja Rozwoju i Polski Fundusz Gwarancyjny Sp. z o.o.,
- 2) unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego oraz odrzucenia jego oferty,
- 3) powtórzenia czynności oceny ofert z uwzględnieniem oferty złożonej przez odwołującego.

Pismem z dnia 27 lipca 2020 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie: Lubelska Fundacja Rozwoju, ul. Złota 59, 00-120 Warszawa oraz Polski Fundusz Gwarancyjny Sp. z o.o., ul. Rynek 7, 20-111 Lublin (dalej: „przystępujący”), zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Izba stwierdziła, że przystąpienie zostało dokonane skutecznie.

Pismem z dnia 07.09.2020 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego odrzucenie na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, a w razie oddalenia tego wniosku – wniósł o oddalenie odwołania.

W trakcie rozprawy strony oraz przystępujący podtrzymali swoje stanowiska.

### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:**

Przedmiotem zamówienia jest wybór Pośredników Finansowych w celu wdrażania Instrumentu Finansowego „Pożyczka dla MŚP” w ramach Funduszu Funduszy Województwa Świętokrzyskiego. Zamówienie zostało podzielone na 5 części. Część IV, której dotyczy niniejsze postępowanie odwoławcze, obejmuje świadczenie przez Wykonawcę zadania wdrożenia i zarządzania Instrumentem Finansowym, polegające w szczególności na utworzeniu Instrumentu Finansowego „Pożyczka dla MŚP” oraz udzieleniu co najmniej 13 Jednostkowych Pożyczek o parametrach określonych w „Metryce Instrumentu Finansowego Pożyczka dla MŚP” w łącznej wysokości co najmniej 9 000 000,00 zł z wkładu finansowego wniesionego z Funduszu Funduszy przez Zamawiającego do utworzonego Instrumentu

Finansowego, uzupełnionego o wkład własny Wykonawcy w wysokości zadeklarowanej przez Wykonawcę na etapie postępowania przetargowego (nie niższej niż 5 %). Według stanu na dzień połowy Okresu Budowy Portfela wskaźniki, o których mowa w niniejszym akapicie powinny zostać osiągnięte na poziomie co najmniej [40]%

W pkt 6.9.1.1) siwz zamawiający wskazał, że wykonawca ma zapewnić stabilność ekonomiczną oraz potencjał finansowy realizacji umowy poprzez spełnienie m.in. następujących warunków (zdolność ekonomiczna):

wykonawca wykaże, że posiada kapitały (fundusze) własne według stanu na koniec ostatniego zamkniętego roku obrotowego, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, według innego dokumentu określającego wysokość posiadanych kapitałów (funduszy) własnych na dzień rozpoczęcia działalności, w następującej wysokości:

dla IV części zamówienia – wysokość kapitałów (funduszy) własnych Wykonawcy wynosi co najmniej 1.800.000,00 zł.

W pkt 7.3.1 siwz zamawiający wskazał, że w celu potwierdzenia spełnienia ww. warunku wykonawca miał złożyć bilans, a jeżeli sprawozdanie finansowe obejmujące ww. bilans podlega badaniu przez biegłego rewidenta zgodnie z przepisami o rachunkowości lub MSR/MSSF, również z opinią o badanym bilansie, a w przypadku wykonawców niezobowiązanych do sporządzania sprawozdania finansowego, inne dokumenty określające wartość kapitałów (funduszy) własnych według stanu na koniec ostatniego zamkniętego roku obrotowego, a jeżeli okres prowadzenia działalności przez Wykonawcę jest krótszy, na dzień rozpoczęcia działalności, odpowiadającej co najmniej wysokości określonej w opisie sposobu spełniania warunku udziału w postępowaniu.

Termin składania ofert został wyznaczony na dzień 27.02.2020 r. Odwołujący złożył oferty w części I oraz IV postępowania. Wymogi w zakresie dokumentu potwierdzającego zdolność ekonomiczną w obu częściach były takie same.

W części I postępowania odwołujący, w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, złożył m.in. bilans wraz z opinią biegłego rewidenta za 2018 r. Pismem z dnia 28.04.2020 r. zamawiający poinformował o wyborze oferty odwołującego w części I jako najkorzystniejszej. W dniu 09.06.2020 r. zamawiający podpisał z odwołującym umowę na realizację zamówienia w części I.

W części IV wybrany pierwotnie wykonawca zrezygnował z podpisania umowy. W związku z tym, pismem z dnia 22.05.2020 r. zamawiający wezwał odwołującego, na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia oświadczeń i dokumentów, o których mowa

w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, w tym m.in. bilansu z opinią biegłego rewidenta. W odpowiedzi odwołujący również złożył m.in. bilans wraz z opinią biegłego rewidenta za 2018 r.

Pismem z dnia 15.06.2020 r. zamawiający, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wezwał odwołującego do uzupełnienia m.in. bilansu z opinią biegłego rewidenta, wskazując że wykonawca „przedłożył sprawozdanie finansowe za rok 2018 w tym bilans sporządzony na dzień 31.12.2018 r. z opinią biegłego. Wykonawca powinien załączyć bilans za rok 2019. Z uwagi na powyższe Zamawiający wzywa Wykonawcę do przedłożenia bilansu za 2019 rok wraz z opinią biegłego”.

W odpowiedzi odwołujący przekazał opinię biegłego rewidenta za 2019 r. i sprawozdanie zarządu z działalności spółki, nie przekazał natomiast bilansu.

Pismem z dnia 29.06.2020 r. zamawiający, na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień, wskazując że: „Wykonawca nie złożył natomiast sprawozdania finansowego obejmującego bilans za 2019 rok, do złożenia którego został wezwany. Z uwagi na powyższe Zamawiający wzywa Wykonawcę do złożenia wyjaśnień w zakresie posłużenia się ww. dokumentami i wskazania powodu niezłożenia sprawozdania za rok 2019”.

W odpowiedzi odwołujący przekazał zamawiającemu bilans za 2019 r., dodając że: „w dniu 19.06.2020 w związku z awarią systemu komputerowego kilkakrotnie podejmowaliśmy próby podłączenia wymaganych dokumentów na Platformie Zakupowej. Wysyłając dokumenty byliśmy pewni, że wszystkie załączniki zostały zapisane i podłączone do Wyjaśnienia. Jednakże okazało się, że załączone zostało Sprawozdanie Zarządu z działalności Spółki FPWŚ za 2019 rok oraz Sprawozdanie z badania za 2019 rok, bez Bilansu za 2019 rok, za co przepraszamy. W załączeniu przesyłamy podpisany przedmiotowy Bilans za 2019 rok. Powyższa sytuacja wynikała z natłoku pracy i przeciążenia systemów przy przygotowywaniu ofert do przetargów na pożyczki płynnościowe w celu niwelowania skutków COVID-19”.

Pismem z dnia 10.07.2020 r. zamawiający powiadomił o wykluczeniu odwołującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp i uznaniu jego oferty za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp. W uzasadnieniu zamawiający wskazał m.in.:

„Wykonawca w dniu 15.06.2020 r. został wezwany z art. 26 ust. 3 ustawy pzp do uzupełnienia dokumentów m.in. do złożenia bilansu za rok 2019 r. wraz z opinią biegłego. Termin na złożenie dokumentów został wyznaczony na dzień 19.06.2020 r. Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie w dniu 19.06.2020 r. przesłał dokumenty:

- 1) plik o nazwie - sprawozdanie\_z\_badania\_za\_2019\_rok;
- 2) plik o nazwie - sprawozdanie\_zarządu\_z\_działalności\_spółki\_fpws\_za\_rok\_2019.



Wykonawca nie załączył bilansu za rok 2019. Zamawiający w dniu 29.06.2020 r. wezwał Wykonawcę w trybie art. 26 ust 4 ustawy pzp do złożenia wyjaśnień w zakresie posłużenia się ww. dokumentami i wskazania powodu niezłożenia sprawozdania za rok 2019.

W odpowiedzi na wezwanie w dniu 30.06.2020r. Wykonawca złożył wyjaśnienia dot. niezłożenia ww. dokumentu oraz uzupełnił brakujący dokument - sprawozdanie za rok 2019.

W ocenie Zamawiającego, brak jest możliwości wzięcia pod uwagę uzupełnionego na wezwanie z art. 26 ust 4 ustawy pzp sprawozdania za rok 2019 złożonego przez Wykonawcę, a zatem przy ocenie spełnienia ww. warunku konieczne jest oparcie się wyłącznie na treści dokumentów złożonych przez Wykonawcę w trybie art. 26 ust 1 ustawy pzp, uzupełnienia w trybie art. 26 ust 3 ustawy pzp (zasada jednokrotności wezwania, Wykonawca nie złożył ww. sprawozdania) oraz wyjaśnienia w trybie 26 ust. 4 ustawy pzp.”

Tym samym pismem z dnia 10.07.2020 r. zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty przystępującego.

**Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron i przystępującego złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.**

W pierwszej kolejności Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 179 ust. 1 Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowaną czynność zamawiającego.

Ponadto Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. W szczególności Izba nie zgodziła się z zamawiającym, że odwołanie zostało złożone z uchybieniem terminu, gdyż wg zamawiającego, odnosi się ono do czynności wezwania odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp, dla których to czynności termin na wniesienie odwołania upłynął w dniu 25.06.2020 r. i 09.07.2020 r. Izba stwierdziła, że w odwołaniu wyraźnie wskazano, że jest to „odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy czynności Zamawiającego (...) tj. czynności w postaci wyboru najkorzystniejszej oferty, wykluczenia Wykonawcy i uznania oferty Wykonawcy wykluczonego za odrzuconą”. Powyższe potwierdzają przytoczone przez odwołującego przepisy ustawy Pzp, które odwołujący uznaje za naruszone przez zamawiającego i wśród których nie wymieniono art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp. Z kolei wskazane przez zamawiającego fragmenty z uzasadnienia odwołania odnoszące się do wezwań kierowanych do odwołującego, stanowią, w ocenie Izby, jedynie część argumentacji odwołującego i nie mogą samoistnie

skutkować uznaniem, że odwołujący w istocie kwestionuje prawidłowość wezwań, a nie prawidłowość wykluczenia. Izba stwierdziła, że odwołanie zostało wniesione na czynność wykluczenia odwołującego i uznania jego oferty za odrzuconą oraz na czynność wyboru innej oferty jako najkorzystniejszej, a w stosunku do tych czynności termin na wniesienie odwołania został zachowany. Dlatego też Izba oddaliła wniosek zamawiającego o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Odnosząc się do zarzutów odwołania, w pierwszej kolejności należy przytoczyć właściwe w sprawie przepisy.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia.

Zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

Zgodnie z art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, zamawiający wzywa także, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1.

W przedmiotowej sprawie Izba stwierdziła przede wszystkim, że istota tej sprawy tkwi w tym, czy zamawiający był uprawniony do żądania sprawozdania finansowego zawierającego dane według stanu na koniec ostatniego zamkniętego roku obrotowego, tj. wg stanu na rok 2019. Ogłoszenie o zamówieniu (pkt III.1.2) oraz siwz (pkt 7.3.1.), zawierające wymóg przedłożenia takiego sprawozdania, zostały bowiem opublikowane w dniu 22.01.2020 r. i w tym dniu zaczynał biec termin na wniesienie odwołania na treść siwz lub ogłoszenia w zakresie dotyczącym ww. wymogu. Wymóg ten w stosownym terminie nie został jednak zakwestionowany, zatem obecnie odwołujący nie może go podważać. Ponadto odpowiedzi odwołującego złożone zamawiającemu w trybie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp dowodzą, że przynajmniej na dzień pierwszego wezwania odwołujący dysponował już wymaganymi przez zamawiającego dokumentami za 2019 r. Powyższe również świadczy

o tym, że istotą sprawy nie może być kwestia zasadności żądania bilansu i opinii biegłego rewidenta za 2019 r., skoro odwołujący posiadał te dokumenty i był w stanie je złożyć, a jedynie skutek określonych okoliczności tego nie uczynił.

Izba stwierdziła zatem, że istotą sprawy jest to, czy odwołujący wykazał spełnienie warunku w zakresie zdolności ekonomicznej poprzez złożenie wymaganych dokumentów w wyznaczonym terminie. Należy zauważyć, że w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp odwołujący złożył dokumenty z 2018 r., czyli inne niż wymagane, natomiast w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp odwołujący złożył opinię biegłego rewidenta dotyczącą sprawozdania za 2019 r., natomiast nie złożył wymaganego bilansu za 2019 r. Tym samym odwołujący nie wykazał spełnienia warunku dotyczącego zdolności ekonomicznej.

Należy przy tym zauważyć, że wykonawcy zobowiązani są wykazać spełnienie odpowiednich wymogów w postępowaniu o udzielenie zamówienia w wyznaczonych przez zamawiającego terminach. Nie ma zatem znaczenia, że odwołujący przekazał zamawiającemu bilans za 2019 r. w odpowiedzi na kolejne wezwanie w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, gdyż miał obowiązek zrobić to wcześniej w terminach wyznaczonych w trybie art. 26 ust. 1 lub ust. 3 ustawy Pzp. Dokument, nawet prawidłowy, złożony z uchybieniem wyznaczonego terminu, nie może być uwzględniony przez zamawiającego do oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu lub innych wymogów, gdyż naruszałoby to wyrażone w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zasady przejrzystości, równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

Dodatkowo należy zauważyć, że w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, odwołujący wskazał na omyłkowe nieprzesłanie bilansu, co wynikało „z natłoku pracy i przeciążenia systemów przy przygotowywaniu ofert do przetargów na pożyczki płynnościowe w celu niwelowania skutków COVID-19”. Po pierwsze, należy stwierdzić, że sytuacja pandemiczna nie może usprawiedliwiać nieprzesłania dokumentu, którym wykonawca dysponował. Po drugie, załączona do odpowiedzi na odwołanie korespondencja zamawiającego z administratorem platformy zakupowej potwierdza, że odwołujący w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie przekazał zamawiającemu bilansu. Wg administratora logi potwierdzają, że odwołujący podpisał dwa załączniki, czyli opinię biegłego rewidenta i niewymagane sprawozdanie zarządu. Zatem, nawet jeśli zamiarem odwołującego było wysłanie także bilansu, to nie zrobił tego prawidłowo, gdyż bilans nie dotarł do zamawiającego w wyznaczonym terminie. Brak jest natomiast w sprawie dowodów, z których wynikałoby np., że odwołujący załączył bilans, ale z powodu awarii systemu nie został on przekazany zamawiającemu.

Nie można także zgodzić się z argumentacją odwołującego, zgodnie z którą zamawiający mógł oprzeć się na innych niż bilans dokumentach potwierdzających kondycję ekonomiczną odwołującego. Po pierwsze, zgodnie z § 2 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (t.j. Dz.U. z 2020 r. poz. 1282 ze zm.), jedynie wykonawcy niezobowiązani do sporządzenia sprawozdania finansowego mogą składać inne dokumenty potwierdzające spełnienie warunków w zakresie zdolności ekonomicznej. Odwołujący jest podmiotem zobowiązanym do sporządzenia sprawozdania finansowego i co najmniej na dzień wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp posiadał takie sprawozdanie, zatem zgodnie z wymogiem zamawiającego zobowiązany był złożyć w niniejszej sprawie bilans, a nie inny dokument. Po drugie, zamawiający żądał złożenia bilansu w konkretnym celu, mianowicie: wykazania wysokości kapitałów (funduszy) własnych wykonawcy w kwocie co najmniej 1.800.000,00 zł. Złożona opinia biegłego rewidenta i sprawozdanie zarządu za 2019 r. nie zawierają informacji o wysokości tego kapitału. Zatem dokumenty te nie pozwalały zamawiającemu na weryfikację postawionego warunku. Z powyższych względów argumentacja odwołującego nie może być uznana za zasadną.

W sytuacji, gdy zamawiający nie otrzymał wymaganego bilansu w wyznaczonym terminie, nie mógł on ponownie wezwać odwołującego o uzupełnienie tego samego dokumentu. Wielokrotnie w orzecznictwie KIO wskazywana była zasada jednokrotnego wzywania o dany dokument w określonym jego zakresie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp i zgodnie z tą zasadą niedopuszczalne jest ponowne wezwanie do uzupełnienia tego samego dokumentu w tym samym zakresie w przypadku braku uzupełnienia tego dokumentu w wyznaczonym terminie w odpowiedzi na pierwsze wezwanie. W związku z powyższym zamawiający nie mógł ani powtórzyć wezwania do złożenia bilansu za 2019 r. w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, ani przyjąć do oceny spełniania warunków bilansu złożonego dopiero w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, tj. po terminie wyznaczonym w wezwaniu z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Powyższe okoliczności faktyczne obligowały zatem zamawiającego do wykluczenia odwołującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp z powodu niewykazania spełnienia warunku dotyczącego zdolności ekonomicznej oraz do uznania jego oferty za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp.

Niezależnie od powyższego należy zgodzić się odwołującym, że działania podejmowane przez zamawiającego w części I i IV postępowania nie były konsekwentne, ale należy przyznać też rację zamawiającemu, że rozstrzygnięcie w jednej części postępowania nie można w sposób automatyczny przenosić na inną jego część. Przykładowo, nie można wykluczyć, że określony zamawiający w danym postępowaniu lub jego części dokona

określonej czynności z naruszeniem prawa i czynność taka nie może być automatycznie powtarzana w innych postępowaniach lub w innych częściach tylko dlatego, że raz została już dokonana. Każdy zamawiający ma obowiązek każdorazowo działać zgodnie z przepisami prawa i w razie stwierdzenia błędu, powtórzyć swoje czynności, jeżeli jest to jeszcze możliwe. Abstrahując od działań zamawiającego podjętych w części I, które nie są przedmiotem tego postępowania odwoławczego, Izba stwierdziła, jak wskazano już wyżej, że wykluczenie odwołującego z postępowania w części IV było zgodne z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp.

Jednocześnie Izba nie przyjęła w poczet materiału dowodowego uchwał przekazanych przez odwołującego, ponieważ wbrew treści § 24 ust. 2 rozporządzenia w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (t.j. Dz.U. z 2020 r. poz. 1296 ze zm.) nie zostały one wniesione w odpisach dla stron oraz uczestników postępowania odwoławczego. Jedyne na marginesie należy zauważyć, że zamawiający nie żądał złożenia sprawozdania finansowego zatwierdzonego przez organy nadzoru odwołującego.

Reasumując, Izba stwierdziła, że zarzuty zawarte w odwołaniu nie potwierdziły się. Biorąc zatem pod uwagę powyższe rozważania i ustalenia, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust. 7, art. 191 ust. 2 i art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 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 (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący .....