

**Sygn. akt KIO/UZP 538 /09**

**WYROK**  
**z dnia 8 maja 2009 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Emil Kuriata**

**Członkowie: Izabela Kuciak**

**Luiza Łamejko**

**Protokolant: Jadwiga Ząbek**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **8 maja 2009 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Fabrykę Aparatury Pomiarowej "PAFAL" Spółka Akcyjna ul. Łukasińskiego 26, 58-100 Świdnica** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Vattenfall Distribution Poland S.A. ul. Portowa 14a, 44-100 Gliwice** protestu z dnia **8 kwietnia 2009 r.**

**orzeka:**

- 1. Uwzględnia odwołanie, nakazuje unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i powtórzenie czynności badania i oceny ofert.**

2. Kosztami postępowania obciąża **Vattenfall Distribution Poland S.A. ul. Portowa 14a, 44-100 Gliwice** 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 uiszczzonego przez **Fabrykę Aparatury Pomiarowej "PAFAL" Spółka Akcyjna ul. Łukasiewskiego 26, 58-100 Świdnica**;
- 2) dokonać wpłaty kwoty **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Vattenfall Distribution Poland S.A. ul. Portowa 14a, 44-100 Gliwice** na rzecz **Fabryki Aparatury Pomiarowej "PAFAL" Spółka Akcyjna ul. Łukasiewskiego 26, 58-100 Świdnica** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania;
- 3) dokonać wpłaty kwoty **XXX** (słownie: **XXX**) przez **XXX** na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;
- 4) 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 **Fabryki Aparatury Pomiarowej "PAFAL" Spółka Akcyjna ul. Łukasiewskiego 26, 58-100 Świdnica**.

## **Uzasadnienie**

Zamawiający – Vattenfall Distribution Poland S.A., ul. Portowa 14; 44-100 Gliwice prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia sektorowego na „*Dostawę bezpośrednich statycznych liczników energii czynnej dla potrzeb Vattenfall Distribution Poland S.A.*”, w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z 2008 r. Nr 171, poz. 1058).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich w dniu 28 października 2008 roku pod numerem 2008/S 209 – 278172.

Dnia 30 marca 2009 roku Zamawiający poinformował wykonawców o wyniku przeprowadzonego postępowania wskazując, iż wybrana została oferta uznana za najkorzystniejszą, złożona przez ZPA Smart Energy s.r.o. Komenského 821, Trutnov PSC 541 01, Republika Czeska.

Dnia 8 kwietnia 2009 roku (pismo z dnia 6 kwietnia 2009 roku) Wykonawca – Fabryka Aparatury Pomiarowej PAFAL S.A., ul. Łukasieńskiego 26, 58-100 Świdnica, wniósł protest wobec czynności podjętych przez Zamawiającego w trakcie oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej zarzucając:

- 1) naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy ZPA Smart Energy s.r.o. mimo, że wykonawca ten nie złożył dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu i w związku z tym zaniechanie odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp,
- 2) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez wybór oferty firmy ZPA Smart Energy s.r.o. mimo, że oferta tej firmy nie spełnia wymagań określonych w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia,

co spowodowało naruszenie interesu prawnego Protestującego, ponieważ oferta Protestującego w świetle przyjętych kryteriów oceny ofert, jest drugą ofertą pod względem uzyskanych punktów, natomiast wybór oferty firmy ZPA Smart Energy s.r.o. z naruszeniem wymienionych przepisów ustawy uniemożliwia Protestującemu uzyskanie zamówienia w tym postępowaniu.

Wobec powyższego Protestujący żądał:

- a) unieważnienia decyzji o wyborze oferty firmy ZPA Smart Energy s.r.o.,
- b) wykluczenia firmy ZPA Smart Energy s.r.o. z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 a jego oferty odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp,
- c) odrzucenia oferty firmy ZPA Smart Energy s.r.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp,
- d) wyboru oferty Protestującego jako oferty najkorzystniejszej.

Uzasadniając wskazał, iż podstawą wniesienia protestu stanowiło pismo Zamawiającego LZA/DRJ348/2008112 z dnia 30.03.2009r. otrzymane przez Protestującego dnia 30.03.2009 faksem, informujące o wyborze oferty firmy ZPA Smart Energy s.r.o. jako oferty najkorzystniejszej. Protestujący na podstawie wglądu do dokumentacji przetargowej i po dokładnym obejrzeniu wzorów liczników przedłożonych przez ZPA Smart Energy s.r.o. zwrócił uwagę, że wybór oferty ZPA Smart Energy s.r.o. nastąpił z naruszeniem przepisów ustawy, a konkretnie art. 24 ust. 2 pkt. 3 i art. 89 ust. 1 pkt. 2, ponieważ wykonawca ten nie złożył dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, jak również złożona przez niego oferta nie spełnia wymagań określonych w siwz.

Dnia 9 kwietnia 2009 roku Zamawiający wezwał wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu.

Dnia 10 kwietnia 2009 roku do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu przystąpił Wykonawca ZPA Smart Energy s.r.o.

Dnia 17 kwietnia 2009 roku Zamawiający protest oddalił.

Zamawiający uznał przede wszystkim, że po stronie Protestującego brak jest interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia. Zamawiający wskazał, iż znane jest orzecznictwo KIO oraz wcześniejsze orzeczenia zespołów arbitrów przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych w Warszawie, stosownie do którego nie przesądza o braku interesu prawnego wnoszącego środek ochrony prawnej fakt, iż zamawiający posiada mniejszą ilość środków, niż cena oferty wnoszącego środek ochrony prawnej. Fakt ten nie przesądza bowiem o bezwzględnej niemożności zwiększenia ilości środków na realizację zamówienia. Sytuacje, w których zamawiający wybierają oferty z ceną wyższą od ceny, jaką zamawiający zamierzał pierwotnie przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (art. 86 ust. 3 ustawy) są dopuszczalne w świetle przepisów Prawa zamówień publicznych, zaś KIO uznaje dopuszczalność zmiany

wysokości środków finansowych przewidzianych na sfinansowanie zamówienia, w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Interes prawny wnoszącego środek odwoławczy ocenia się w konkretnym postępowaniu, w którym jest ten podmiot uczestnikiem i polega na tym, że traci możliwość uznania jego oferty za najkorzystniejszą. (tak: wyrok KIO z dnia 26.08.2008 r., KIO/UZP 835/08, LEX nr 448595 i cyt. tam orzecznictwo, wyrok KIO z 8.04.2008 r., KIO/UZP 2641/08, LEX nr 395891, wyrok ZAUZP z 10.07.2007 r. UZP/ZO/0-808/07 LEX nr 341955).

Zamawiający uznał, iż w rozważanej sprawie występuje odmienny stan faktyczny, aniżeli stanowiący podstawę wydania w/w orzeczeń, albowiem Zamawiający już raz, pismem z dnia 9 lutego 2009 roku, zawiadomił wykonawców o unieważnieniu postępowania, ponieważ cena oferty Odwołującego się przewyższyła kwotę, którą mógł być przeznaczyc na sfinansowanie zamówienia. KIO w uzasadnieniu wyroku z dnia 6 marca 2009 roku uznała, iż mimo że Zamawiający podjął decyzję o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Ustawy Pzp ze względu na to, że cena oferty uznanej za najkorzystniejszą tj. oferty PAFAL, przewyższa kwotę, którą Zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, a czynność ta nie została oprotestowana, w przypadku uwzględnienia odwołania odpadłyby przesłanki unieważnienia, gdyż cena oferty ZPA mieści się w kwocie przeznaczonej na realizację zamówienia (str. 10-11 uzasadnienia wyroku). Z powyższego Zamawiający wyprowadził zatem wniosek, iż w razie braku podstaw do wyboru oferty ZPA unieważnienie postępowania z w/w przyczyny odniosłoby skutek. Jediną bowiem przyczyną uznania przez KIO braku przesłanki unieważnienia postępowania byłaby bowiem możliwość wyboru oferty ZPA. Ponadto Zamawiający uznał, iż w świetle literalnej wykładni przepisu art. 179 ust. 1 Ustawy interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia nie należy utożsamiać z samym wyborem oferty (wygraniem postępowania), albowiem o uzyskaniu zamówienia przez wykonawcę można mówić dopiero w momencie zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Tymczasem w rozważanej sprawie, nawet w razie wyboru oferty Protestującego nie dojdzie do zawarcia z nim umowy, ponieważ Zamawiający nie posiada środków na sfinansowanie zamówienia po cenie oferowanej przez Protestującego. Zamawiający już raz unieważnił postępowanie z w/w przyczyny, a sytuacja finansowa, w której się znajduje, od tamtego czasu nie zmieniła się. Nawet gdyby jednak okazało się, iż wyżej przyjęte stanowisko Zamawiającego nie mogłoby się ostać w następstwie wniesienia dalszych środków ochrony prawnej przez Protestującego, i tak brak jest podstaw do uwzględnienia protestu.

Protestujący zarzucił w uzasadnieniu protestu, iż ZPA złożył sprawozdanie finansowe niezgodne z przepisami o rachunkowości obowiązującymi w Republice Czeskiej. Protestujący

nie wykazał jednak, jakich wymagań nałożonych przepisami o rachunkowości obowiązującymi w Republice Czeskiej sprawozdania finansowe złożone przez ZPA nie spełniają ani nie wykazał, jakich elementów sprawozdania finansowego ZPA brakuje. Tymczasem zgodnie z przepisem art. 6 KC w zw. z art. 14 Ustawy ciężar wykazania w/w faktów spoczywa na Protestującym albowiem to z nich wywodzi on skutki prawne. Jednocześnie z treści przystąpienia ZPA do postępowania toczącego się na skutek wniesienia protestu wynika jednoznacznie, że w/w wykonawca uzupełnił dokumenty żądane przez Zamawiającego.

Wobec powyższego Zamawiający uznał, iż Protestujący nie wykazał, że ZPA nie spełnił wymagania Zamawiającego w zakresie obowiązku przedłożenia sprawozdania finansowego. Chybione są nadto (zdaniem Zamawiającego) argumenty Protestującego na poparcie zarzutu, iż ZPA nie złożył oświadczenia, że nie orzeczono wobec niego zakazu ubiegania się o zamówienie potwierdzającego spełnianie w/w warunku udziału na dzień składania ofert, który upłynął 4 grudnia 2008 roku. ZPA złożył bowiem sporne oświadczenie w wykonaniu wezwania do uzupełnienia dokumentów zaczynające się od słów: „*składając ofertę w postępowaniu 673/ 2008, prowadzonym w trybie przetargu na dostawę liczników energii elektrycznej dla potrzeb Vattenfall Distribution Poland S.A. nr sprawy ZP/LZA/DR/12/2008...*”

Z powyższego wynika zatem jednoznacznie, iż zamiarem ZPA było oświadczyć, iż spełniał w/w wymagania Zamawiającego na dzień składania ofert.

W pozostałym zakresie Zamawiający odniósł się do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, które na etapie postępowania Odwoławczego nie zostały podtrzymane w związku z uznaniem argumentacji zaprezentowanej przez Zamawiającego w rozstrzygnięciu protestu, jako słusznej.

Z decyzją Zamawiającego nie zgodził się Protestujący i dnia 24 kwietnia 2009 roku wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych rozstrzygnięciu protestu zarzucając naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy ZPA Smart Energy s.r.o., mimo że wykonawca ten nie złożył dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu i w związku z tym uznania jego oferty za odrzuconą.

W wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy (art.24 ust.2 pkt.3) interes prawny Odwołującego się może (jego zdaniem) doznać uszczerbku z uwagi na fakt, że oferta Odwołującego się w świetle przyjętych kryteriów oceny ofert jest drugą ofertą pod względem

uzyskanych punktów, a działania Zamawiającego odbierają Odwołującemu możliwość uznania jego oferty za najkorzystniejszą.

Wobec powyższego Odwołujący wniósł o:

- a) unieważnienie decyzji o wyborze oferty wykonawcy ZPA Smart Energy s.r.o.,
- b) wykluczenie wykonawcy ZPA Smart Energy s.r.o. z postępowania na podstawie art. 24 ust.2 pkt.3 ustawy Pzp i uznanie jego oferty za odrzuconą,
- c) dokonanie ponownej oceny ofert i wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący przyjął wyjaśnienia i rozstrzygnięcie protestu w zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, odnośnie spełniania przez wzory liczników ZPA Smart Energy s.r.o. wymagań określonych w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący nie zgodził się z oddaleniem protestu w zakresie uznania przez Zamawiającego, iż Odwołujący się nie posiada interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia, jak również nie zgadza się z oddaleniem protestu w zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy ZPA Smart Energy s.r.o. z postępowania. Zamawiający w rozstrzygnięciu protestu uznał przede wszystkim, że po stronie Odwołującego się brak jest interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia, ponieważ Zamawiający już raz pismem z dnia 9 lutego 2009 r, zawiadomił wykonawców o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, ze względu na to, że cena oferty uznanej wtedy za najkorzystniejszą tj. oferty Odwołującego się przewyższa kwotę, którą Zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, a sytuacja finansowa, w której się znajduje, od tamtego czasu nie zmieniła się, oraz że interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia nie należy utożsamiać z samym wyborem oferty, albowiem o uzyskaniu zamówienia można mówić dopiero w momencie zawarcia umowy.

Zdaniem Odwołującego, stanowisko Zamawiającego w kwestii interesu prawnego stanowi zaprzeczenie całemu orzecznictwu KIO w tym zakresie. W orzecznictwie KIO został utrwalony pogląd, że interes prawny ocenia się w konkretnym postępowaniu, w którym dany wykonawca jest uczestnikiem i polega na tym, że traci możliwość uznania jego oferty za najkorzystniejszą.

Powyższe znajduje swoje potwierdzenie w wyrokach: wyrok KIO z dnia 26.08.2008 r. sygn. akt KIO/UZP 835/08 , w którym *"Izba uznaje, że wykonawca, który nie został wykluczony z postępowania i którego oferta nie została odrzucona, ma interes prawny w ubieganiu się o udzielenie zamówienia, a fakt, że Zamawiający wykazał, iż posiada mniejszą ilość środków, niż cena oferty Odwołującego, nie przesądza o bezwzględnej niemożności zwiększenia ilości*

*środków na realizację przedmiotowego zamówienia". Również w wyroku KIO z dnia 08.01.2008 r. sygn. akt KIO/UZP 38/07 "uznano za utrwalony pogląd, według którego interes prawny wnoszącego środek odwoławczy polega na tym, że traci możliwość uznania jego oferty za najkorzystniejszą, a ewentualne rozważania o tym, czy w wyniku wyboru najkorzystniejszej oferty dojdzie do zawarcia umowy, czy też z przyczyn wynikających z prawa cywilnego lub Prawa zamówień publicznych, efekt taki nie zostanie uzyskany, są bezprzedmiotowe". W wyroku KIO z dnia 22.02.2008 r sygn. akt KIO/UZP 100/08 Izba uznała, że "celem postępowania przetargowego jest dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty. Dlatego Zamawiający nie może zakładać w trakcie postępowania, że postępowanie to musi zostać unieważnione na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp. Tym bardziej nie może tego czynić w stosunku tylko do niektórych wykonawców, których oferty opiewają na wyższe kwoty. Mogłoby to prowadzić do ograniczenia prawa do korzystania ze środków ochrony prawnej przed ostatecznym rozstrzygnięciem protestu, co jest unormowane w art. 182 ust. 1 Pzp. Ponadto prowadziłoby to do nierównego traktowania Wykonawców, co jest sprzeczne z naczelną zasadą systemu zamówień publicznych, wyrażoną w art. 7 ust. 1 Pzp". W wyroku KIO z dnia 04.02.2008 r sygn. akt KIO/UZP 24/08 "Izba stoi na stanowisku, że o tym czy cena oferty najkorzystniejszej przewyższa kwotę, którą Zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia można rozstrzygać dopiero w przypadku dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej. Izba nie może dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej za Zamawiającego. Tym samym Izba nie może pozbawić Odwołującego prawa do kontroli postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jeżeli żądaniem odwołania jest unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i nakazanie ponownego badania i oceny oferty". W świetle przytoczonego orzecznictwa, odwołujący uważa, iż jak najbardziej posiada interes prawny we wnoszeniu niniejszego odwołania. Przywołany przez Zamawiającego w tej kwestii wyrok KIO z dnia 06.03.2009r. sygn. akt KIO/UZP 209/09 nie potwierdza braku interesu prawnego Odwołującego. Przedmiotem tej sprawy nie było unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, ponieważ ta czynność nie została oprotestowana. KIO jedynie uzasadniając posiadanie interesu prawnego przez ZPA Smart Energy s.r.o. wnoszącego wtedy odwołanie stwierdziła, iż posiada interes prawny, mimo podjęcia przez Zamawiającego decyzji o unieważnieniu postępowania, bo w przypadku uwzględnienia jego odwołania, odpadłyby przesłanki unieważnienia. Stąd też postępowanie nadal się toczy i Zamawiający w pierwszej kolejności musi dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z przepisami ustawy.*



Odwołujący nie zgadza się z oddaleniem protestu w zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy, ponieważ ZPA Smart Energy s.r.o. nie złożył zgodnie z wymaganiem Zamawiającego sprawozdania finansowego, przedłożył w ofercie tylko rachunek zysków i strat za okres od 01.01.2006 r. do 30.04.2006 r. wraz z opinią biegłego. Wobec tego Zamawiający pismem LZA/DRI313/2008/12/44883 z dnia 10.03.2009r. na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wezwał ZPA Smart Energy s.r.o. do uzupełnienia dokumentów. W odpowiedzi na to wezwanie ZPA Smart Energy s.r.o. uzupełnił ofertę o rachunek zysków i strat za okres od 01.05.2006 do 31.12.2006 i za cały 2007 rok wraz z opiniami biegłego. Odwołujący podtrzymuje zarzut z protestu, iż uzupełnione dokumenty o rachunki zysków i strat nie stanowią pełnych sprawozdań finansowych, jakich żądał zamawiający. Zamawiający w uzasadnieniu oddalenia protestu uznał, iż Odwołujący nie wykazał, jakich wymagań nałożonych przepisami o rachunkowości obowiązującymi w Republice Czeskiej nie spełniają przedłożone przez ZPA Smart Energy s.r.o. sprawozdania i jakich elementów sprawozdania brakuje oraz, że ciężar wykazania w/w faktów spoczywa na Odwołującym.

Zdaniem Odwołującego takie stanowisko Zamawiającego nie jest prawidłowe, ponieważ w uzasadnieniu protestu, Odwołujący wyjaśnił, iż w złożonych dokumentach brak jest podstawowych elementów sprawozdania finansowego określonych przepisami o rachunkowości obowiązującymi w Republice Czeskiej, takich jak bilans oraz informacji dodatkowej obejmującej wprowadzenie do bilansu i objaśnienia. Niezależnie od tego, zgodnie z ustawą Pzp, to obowiązkiem Zamawiającego jest przeprowadzenie postępowania zgodnie z jej przepisami, w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców i udzielenie zamówienia wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. To Zamawiający żądał przedłożenia sprawozdań finansowych, to Zamawiający miał obowiązek ocenić złożone sprawozdania pod kątem prawidłowości, a więc aby je ocenić powinien mieć wiedzę, z jakich elementów powinno się składać, to Zamawiający na ich podstawie miał ocenić czy wykonawca znajduje się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia. Gdyby Zamawiający dołożył należytej staranności przy ocenie złożonych dokumentów, wyczytałby z przedłożonych przez ZPA opinii biegłych do sprawozdań (pierwsze zdanie), jakie elementy sprawozdania podlegały badaniu, a więc z jakich elementów składa się sprawozdanie ZPA, i że wobec tego przedłożone rachunki zysków i strat stanowią tylko wycinek sprawozdania finansowego, na podstawie którego nie da się ocenić, czy wykonawca znajduje się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia. Zwłaszcza, że jak wynika z tych rachunków zysków i strat, wynik działalności gospodarczej ZPA Smart Energy s.r.o. za

2006 i 2007 rok jest ujemny. Przedłożone dokumenty nie zawierają nawet podstawowych informacji (wymaganych przez Zamawiającego od wykonawców nie zobowiązanych do sporządzania sprawozdania finansowego) tj. o należnościach i zobowiązaniach, a są to bardzo istotne dane, albowiem stanowią podstawę w ocenie możliwości pozyskania przez wykonawcę środków finansowych na realizację zamówienia.

ZPA Smart Energy s.r.o., w przystąpieniu do protestu nie ustosunkował się do zarzutów Odwołującego, stwierdził jedynie, że na podstawie wezwania Zamawiającego z dnia 10.03.2009 r. złożył dokumenty, które już uprzednio zostały przekazane Zamawiającemu w ofercie, co nie potwierdza ich poprawności.

Zgodnie z § 18 ustawy nr 563/1991 Sb. o rachunkowości, obowiązującej w Republice Czeskiej: *"Sprawozdanie finansowe tworzy integralną całość i składa się z następujących pozycji:*

*a) bilans*

*b) rachunek zysków i strat*

*c) załącznik wyjaśniający i uzupełniający informacje zawarte w częściach podanych pod literami a) i b).*

*Sprawozdanie może zawierać również zestawienie dotyczące przepływów pieniężnych albo zestawienie dotyczące zmian kapitału własnego."* § 40 przywołanej ustawy o rachunkowości, potwierdza jej obowiązywanie od 1992 roku.

Jak z powyższego wynika, elementy sprawozdania finansowego wymienione w § 18 ustawy o rachunkowości, są zgodne z tymi elementami sprawozdania, jakie były objęte badaniem przez biegłych w przedstawionych opiniach przez ZPA Smart Energy s.r.o.

W świetle powyższego obowiązkiem Zamawiającego było wykluczenie ZPA Smart Energy s.r.o. z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Powyższe znajduje swoje potwierdzenie w orzecznictwie: wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 05.04.2005 r. sygn. akt UZP/ZO/0-569/05, w którym Zespół Arbitrów potwierdził, iż *Zamawiający miał obowiązek wykluczyć wykonawcę z postępowania, który nie złożył pełnego sprawozdania finansowego określonego ustawą o rachunkowości.*

ZPA Smart Energy s.r.o., w celu potwierdzenia, iż zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy, nie orzeczono wobec niego zakazu ubiegania się o zamówienie, przedłożył w ofercie swoje oświadczenie, podpisane przez siebie. Z racji tego, że ZPA Smart Energy s.r.o. ma siedzibę poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, to zgodnie z Rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, miał

prawo do złożenia oświadczenia, ale zgodnie z § 2 ust. 3 przywołanego rozporządzenia, tj. *„jeżeli w kraju pochodzenia osoby lub w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, nie wydaje się dokumentów o których mowa w ust. 1 (w tym dokumencie potwierdzającego, że nie orzeczono wobec niego zakazu ubiegania się o zamówienie) zastępuje się je dokumentem zawierającym oświadczenie złożone przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego odpowiednio kraju pochodzenia osoby lub kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania”*. Ponieważ załączone do oferty ZPA Smart Energy s.r.o. oświadczenie, nie zostało złożone ani przed notariuszem, ani przed innym organem wskazanym w przepisie § 2 ust. 3 rozporządzenia, a więc okazało się wadliwe, dlatego też Zamawiający pismem LZA/DR/313/2008/12/44883 z dnia 19.03.2009 r. na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy, wezwał ZPA Smart Energy s.r.o. do uzupełnienia dokumentów: cyt. *„dokumentu lub dokumentów wystawionych w Republice Czeskiej potwierdzających, że nie orzeczono wobec ZPA Smart Energy s.r.o. zakazu ubiegania się o zamówienie publiczne oraz potwierdzających spełnienie w/w warunku nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert, a jeżeli w Republice Czeskiej nie wydaje się w/w dokumentów-dokumentu zawierającego oświadczenie w w/w zakresie złożone przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego Republiki Czeskiej”*.

W odpowiedzi, ZPA Smart Energy s.r.o. uzupełnił dokument przysyłając oświadczenie, iż nie orzeczono wobec niego zakazu ubiegania się o zamówienie, złożone przed notariuszem, przy czym oświadczenie to wystawione jest z datą 23.03.2009 r. i potwierdzone przez notariusza z datą 23.03.2009 r. Zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert. Ani z treści oświadczenia ZPA Smart Energy s.r.o., ani z daty jego wystawienia i notarialnego potwierdzenia (23. 03. 2009 r.), nie wynika spełnianie przedmiotowego warunku udziału, na dzień składania ofert, który upłynął 04.12.2008 roku. Zamawiający stwierdził, iż zarzut ten jest chybiony, z uwagi na fakt, że ZPA Smart Energy s.r.o. w wykonaniu wezwania do uzupełnienia dokumentów, złożył oświadczenie zaczynające się od słów: *“Składając ofertę w postępowaniu 673/2008, prowadzonym w trybie przetargu na dostawę liczników energii elektrycznej dla potrzeb Vattenfall Distribution Poland S.A. nr sprawy ZP/LZAIDRJI2/2008...”*, które według Zamawiającego są wystarczające do uznania, iż ZPA Smart Energy s.r.o. spełnił w/w wymaganie na dzień składania ofert.

Odwołujący nie podzielił stanowiska Zamawiającego, ponieważ przytoczony fragment oświadczenia potwierdzał, jego zdaniem jedynie, że jest ono składane do konkretnego postępowania. W przytoczonym fragmencie, ani w dalszej treści oświadczenia, nie ma daty, na jaki dzień ZPA Smart Energy s.r.o. spełnia warunek, jest tylko data wystawienia oświadczenia oraz data jego notarialnego potwierdzenia - 23.03.2009 r., a dzień składania ofert upłynął 04.12.2008 r. Powyższe znajduje swoje potwierdzenie w Wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach z dnia 5 lutego 2007 r. sygn. akt X Ga 2/07; X Ga 4/07 według którego: *"zdaniem Sądu Okręgowego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy zamawiający może uznać brakujące dokumenty uzupełnione później, jednakże tylko wtedy, gdy wynika z nich, że stan, jaki potwierdzają, istniał także na dzień składania ofert. Przeciwny pogląd prowadziłby do naruszenia zasady równego traktowania wszystkich uczestników postępowania, co tym samym uniemożliwiłoby zamawiającemu ocenę spełnienia przez wszystkich wykonawców warunków udziału w postępowaniu na dzień składania ofert."*

Biorąc pod uwagę fakt, że czynność uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp może być jednokrotna i nie może być powtórzona, jak podaje wydawnictwo UZP z 2008 r. *"Prawo zamówień publicznych po nowelizacji z dnia 4 września 2008 r."*, pod redakcją Jacka Sadowego Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, oraz mając na uwadze powyższe argumenty Odwołujący wniósł jak na wstępie.

**Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu postępowania w sprawie, zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowieniami SIWZ, treścią oferty, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron na rozprawie ustalił i zważył, co następuje.**

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem prawnym w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Odnosząc się zarzutu naruszenia przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w zakresie zaniechania przez Zamawiającego czynności wykluczenia Wykonawcy ZPA Smart Energy s.r.o. z uwagi na okoliczność, iż rachunki zysków i strat nie

stanowią pełnych sprawozdań finansowych, jakich żądał zamawiający – Izba uznała ten zarzut za zasadny.

Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w pkt. 9.3 w celu potwierdzenia, że wykonawca znajduje się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia, żądał złożenia sprawozdania finansowego, a jeżeli podlega ono badaniu przez biegłego rewidenta zgodnie z przepisami o rachunkowości również z opinią odpowiednio o badanym sprawozdaniu, a w przypadku wykonawców nie zobowiązanych do sporządzania sprawozdania finansowego innych dokumentów określających obroty oraz zobowiązania i należności – za lata obrotowe zakończone w 2006 i 2007 roku, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – za ten okres.

Powyższe żądanie zgodne jest z Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 87, poz. 605 ze zm.).

Na tak sformułowane żądanie Zamawiającego, Wykonawca ZPA Smart Energy s.r.o. załączył do oferty:

- 1) Wykaz zysków i strat za okres od 1 stycznia 2005 do 31 grudnia 2005 roku wraz z „Raportem niezależnego audytora ze sprawdzenia rocznego zamknięcia księgowego”,
- 2) Wykaz zysków i strat za okres od 1 stycznia 2006 do 30 kwietnia 2006 roku wraz z opinią audytora z dnia 31 października 2006 roku,
- 3) Wykaz zysków i strat za okres od 1 maja 2006 do 31 grudnia 2006 roku wraz z opinią audytora z dnia 2 lipca 2007 roku,
- 4) Wykaz zysków i strat za okres od 1 stycznia 2007 do 31 grudnia 2007 roku wraz z opinią audytora z dnia 26 maja 2008 roku,

strony od 36 do 47 oferty.

Na wezwanie Zamawiającego, dokonane w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych ZPA Smart Energy s.r.o. pismem z dnia 24 marca 2009 roku przekazał Zamawiającemu następujące dokumenty:

- 1) Wykaz zysków i strat za okres od 1 stycznia 2006 do 30 kwietnia 2006 roku wraz z opinią audytora z dnia 31 października 2006 roku,
- 2) Wykaz zysków i strat za okres od 1 maja 2006 do 31 grudnia 2006 roku wraz z opinią audytora z dnia 2 lipca 2007 roku,
- 3) Wykaz zysków i strat za okres od 1 stycznia 2007 do 31 grudnia 2007 roku wraz z opinią audytora z dnia 26 maja 2008 roku,

tym samym powielając dokumentację załączoną do oferty.

Odwołujący do odwołania załączył kopię tłumaczenia przysięgłego ustawy nr 563/1991 Sb., o rachunkowości. Rozdział trzeci, który reguluje kwestie sprawozdania finansowego w § 18 stanowi, iż *„Jednostki sporządzają sprawozdanie finansowe w przypadkach określonych w niniejszej ustawie. Sprawozdanie finansowe tworzy integralną całość i składa się z następujących pozycji:*

- a) bilans,*
- b) rachunek zysków i strat [...],*
- c) załącznik, wyjaśniający i uzupełniający informacje zawarte w częściach podanych pod literami a i b, [...]”.*

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej stwierdził, iż wykonawca ZPA Smart Energy s.r.o. nie spełnił warunków udziału w postępowaniu, gdyż zgodnie z wyżej cytowaną ustawą nr 563/1991 Sb., o rachunkowości, obowiązującą w Republice Czeskiej, nie złożył dokumentów wymaganych tą ustawą składających się na sprawozdanie finansowe, którego żądał Zamawiający.

Wybiórcze złożenie dokumentów przez wykonawcę ZPA Smart Energy s.r.o., nie uwzględniające wszystkich wymogów § 18 ustawy nr 563/1991 Sb., o rachunkowości stanowi przesłankę do uwzględnienia zarzutu. Zdaniem Izby nie było przeciwwskazań do złożenia wymaganych dokumentów przez wykonawcę ZPA Smart Energy s.r.o., co potwierdzają informacje zawarte w opiniach audytorów załączonych do Wykazu zysków i strat, gdzie zostało stwierdzone np. *„Został sprawdzony dołączony bilans zamknięcia, tj. bilans, wykaz zysków i strat, przegląd o zmianach własnego kapitału, przegląd o przepływie środków finansowych oraz załącznik do bilansu zamknięcia, łącznie ogólnych zasad rachunkowych do daty 31.12.2006 spółki ZPA Smart Energy s.r.o.”.*

Odnosząc się zarzutu naruszenia przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w zakresie zaniechania przez Zamawiającego czynności wykluczenia Wykonawcy ZPA Smart Energy s.r.o. z uwagi na okoliczność nie złożenia dokumentu wymaganego przepisem art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Prawo zamówień publicznych – Izba uznała ten zarzut za niezasadny.

Przepis art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, iż *Zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe*

*pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert.*

Istotne z punktu widzenia spełnienia stawianego warunku, jest złożenie dokumentu potwierdzającego spełnienie tego warunku udziału w postępowaniu nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert.

Wykonawca ZPA Smart Energy s.r.o. w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego złożył dokument – oświadczenie wymagane w/w przepisem. Oświadczenie zostało złożone przed notariuszem z datą 23.03.2009 r. i potwierdzone przez notariusza z tą samą datą.

Termin składania ofert upłynął w dniu 4 grudnia 2008 roku.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej stwierdził, iż dyspozycja przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w zakresie terminu – dnia, na które składane oświadczenie czy też dokument musi potwierdzać spełnienie warunku udziału w postępowaniu nie określa jednoznacznie, że decydującym w tym zakresie jest dzień wystawienia dokumentu, czy też złożenia oświadczenia. Istotne jest, aby wykonawca uzupełniający dokumenty i oświadczenia potwierdził fakt spełniania warunków udziału w postępowaniu (w przedmiotowym postępowaniu) na dzień składania ofert, tj. na dzień 4 grudnia 2008 roku.

Wykonawca ZPA Smart Energy s.r.o. składając oświadczenie datowane na dzień 23 marca 2009 roku, zdaniem Izby potwierdził spełnianie warunku udziału w postępowaniu. Wystarczającym do takiego uznania jest, jak słusznie zauważył Zamawiający treść składanego oświadczenia, cyt. „*Składając ofertę w postępowaniu 673/2008, prowadzonym w trybie przetargu na dostawę liczników energii elektrycznej dla potrzeb Vattenfall Distribution Poland S.A. nr sprawy ZP/LZA/DR/12/2008. Wykonawca oświadcza, że: ...*”

Powyższa treść oświadczenia wskazuje zarówno przedmiot zamówienia, nr nadany przez Zamawiającego, samego Zamawiającego, jak i co najważniejsze moment, na który składane oświadczenie wywierało skutek prawny. Stwierdzenie „*Składając ofertę*”, bezsprzecznie potwierdza, że jest to dzień składania ofert, tj. 4 grudnia 2008 roku. Inna interpretacja prowadziłaby do eliminacji wykonawcy z postępowania, który nie ma możliwości złożenia dokumentu czy też oświadczenia z datą wcześniejszą niż wezwanie Zamawiającego, mogące

sięgać nawet do grudnia 2008 roku, tj. ponad 3,5 miesiąca wcześniej. Uzupełniane dokumenty i oświadczenia mogą być składane z datą późniejszą niż termin składania ofert, jednakże z ich treści musi jednoznacznie wynikać moment, na który zostały one wystawione lub poświadczają określone okoliczności, nie późniejsze niż termin składania ofert.

Tym samym Izba uznała powyższy zarzut za bezzasadny.

W związku z powyższym, na podstawie przepisu art. 191 ust. 1 i 1a oraz ust. 2 pkt 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych orzeczono jak w sentencji.

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



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

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....

---

\* *niepotrzebne skreślić*