

Sygn. akt: KIO 2009/18

**WYROK**  
**z dnia 17 października 2018 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Katarzyna Poprawa**

**Protokolant: Dominik Haczykowski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 października 2018 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 października 2018 roku przez wykonawcę KatrGis Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Miejskie Przedsiębiorstwo

Wodociągów i Kanalizacji w Lublinie Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lublinie przy udziale:

wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum (1) AquaRD Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie,

(2) Suez Woda Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Mławie, (3) Suez Smart Solution z siedzibą w Le Pecq (Francja) zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygnaturze akt KIO 2009/18 po stronie zamawiającego

**orzeka:**

**1. oddala odwołanie**

**2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę KatrGis Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie**

**2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę KatrGis Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania.**

**3. Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 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 Lublinie.

**Przewodniczący: .....**

Sygn. akt: KIO 2009/18

**Uzasadnienie**

Zamawiający – Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w Lublinie Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Wykonanie usług objętych Kontraktem IV/2 pn. Zarządzanie siecią wodociągowo kanalizacyjną: narzędzia wspomagające zarządzanie siecią wodociągową oraz siecią kanalizacji sanitarnej miasta Lublin”, wchodzący w zakres rzeczowy Projektu pn. „Rozbudowa i modernizacja systemu zaopatrzenia w wodę i odprowadzania ścieków w Lublinie - Etap III” współfinansowanego ze środków Unii Europejskiej w ramach Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko 2014-2020. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w dniu 20 kwietnia 2018 roku w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej Nr 2018/S 077-171766. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego, o wartości zamówienia równej lub przekraczającej kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 z późn. zm.) zwaną dalej „ustawą” lub „Pzp”.

Dnia 3 października 2018 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało wniesione odwołanie przez wykonawcę KatrGis Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zwanego dalej Odwołującym. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

1) naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp poprzez bezpodstawne przyjęcie, że KartGIS Sp. z o.o. nie wykazała spełniania warunków udziału w postępowaniu,

- 2) naruszenie art. 26 ust. 3 Pzp poprzez bezpodstawne wezwanie do uzupełnienia dokumentów poprzez złożenie odrębnego dokumentu rachunku zysków i strat za 2015 r.,
- 3) naruszenie art. 46 ust. 4a Pzp w zw. z art. 26 ust. 3 Pzp poprzez bezpodstawne przyjęcie, że KartGIS Sp. z o.o., z przyczyn leżących po jej stronie, nie złożyła dokumentu potwierdzającego okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp, i wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zmawiającemu:
  - 1) unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania,
  - 2) uwzględnienie złożonych dokumentów zatytułowanych „Rachunek zysków i strat sporządzony za okres od 1.01.2016 r. do 31.12.2016 r.” i „Rachunek zysków i strat sporządzony za okres od 1.01.2017 r. do 31.12.2017 r.” jako spełniających warunek udowodnienia uzyskania obrotu rocznego w wysokości nie mniejszej niż 387 000,00 PLN w latach 2015-2017,
  - 3) wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.Ponadto Odwołujący wniósł o przeprowadzenie dowodu z dokumentacji postępowania, w szczególności:
  - 1) ogłoszenia o zamówieniu,
  - 2) specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
  - 3) faksów zamawiającego z dn. 10.08.2018 r., 5.09.2018 r. i z dn. 24.09.2018 r., 4) Zestawienia ofert otwartych w dniu 25.06.2018 r.
  - 5) „Rachunku zysków i strat sporządzonego za okres od 1.01.2016 r. do 31.12.2016 r.”

Jako uzasadnienie interesu we wniesieniu odwołania, Odwołujący wskazał, iż w dniu 10 sierpnia 2018 r. Zamawiający wezwał Odwołującą w trybie art. 26 Pzp, jako „wykonawcę którego oferta została najwyżej oceniona” do złożenia stosownych dokumentów. Tym samym KartGIS uzyskała ekspektatywę prawa do zawarcia umowy o realizację przedmiotowego zamówienia. Zakwestionowanie sposobu udowodnienia wysokości obrotu w 2015r. i wykluczenie Odwołującej unicestwia wspomniane prawo KartGIS. Tym samym Odwołujący ma niewątpliwy interes prawny w dochodzonym rozstrzygnięciu. Jednocześnie ewentualne odrzucenie oferty KartGIS i brak możliwości realizacji zamówienia będzie w sposób oczywisty niekorzystny dla jej interesów ekonomicznych.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał, iż zgodnie z opublikowanym przez Zamawiającego zestawieniem ofert otwartych w dniu 25 czerwca 2018 r., oferty złożyli odwołujący KartGIS i konsorcjum złożone z firm Aquard Sp. z o.o., Suez Woda Sp. z o.o. i Suez Smart Solutions (dalej: konsorcjum). Ocena ofert uzależniona była od ceny i okresu udzielonej gwarancji. Korzystniejszą ofertę (niższa cena, przy identycznym okresie gwarancji) złożyła KartGIS Sp. z o.o.

Dnia 10 sierpnia 2018 r. Zamawiający wezwał Odwołującego jako wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia dokumentów w tym m.in. „Rachunku zysków i strat okres ostatnich trzech lat obrotowych ( ... ) w terminie do dn. 21 sierpnia 2018 r. do godz. 13:00. Dnia 5 września 2018 roku Zamawiający wezwał Odwołującą do uzupełnienia oferty o wyjaśnienie dotyczące badania sprawozdania finansowego przez biegłego rewidenta oraz o rachunek wyników za rok 2015. Dnia 24 września 2018 roku Zamawiający poinformował Odwołującego, że na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12) Pzp wykluczył go z postępowania. Zmawiający uznał, że KartGIS nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, bowiem nie wykazał, że w każdym z trzech ostatnich lat obrotowych osiągnął obrót roczny w wysokości nie mniejszej niż 387.000,00 PLN. Zamawiający potwierdził, że Odwołujący złożył rachunek zysków i strat za rok 2016 i za rok 2017, natomiast nie uwzględnił złożonego przez Odwołującego wyjaśnienia, że dane dotyczące obrotów w 2015 roku wynikają z rachunku wyników za rok 2016.

W ocenie Odwołującego, zarzut że KartGIS nie przedstawił dowodu potwierdzającego wysokość obrotów uzyskanych w 2015 roku, w sposób określony w przez Zamawiającego, jest bezpodstawny. Wysokość obrotów (w kwocie wymaganej przez Zamawiającego) uzyskanych przez Odwołującą w 2015 r. została wykazana za pomocą dokumentu „Rachunek zysków i strat sporządzony za okres od 1.01.2016 r. do 31.12.2016 r.”, który został złożony w określonym przez Zamawiającego terminie. Tym samym KartGIS wypełnił warunki określone w ogłoszeniu o zamówieniu w pkt. III.1.2) Sytuacja ekonomiczna i finansowa, jak i zawarte w SIWZ w ppkt. 9.1.2 lit. a) i w pkt. 10.1.4 .

Zgodnie z pkt. 9. „Warunki udziału w postępowaniu”, oferent powinien spełniać określone warunki ekonomiczne i finansowe. W myśl ppkt. 9.1.2 lit. a) „Warunek ten zostanie spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, że w każdym z trzech ostatnich lat obrotowych ( ... ) osiągnął obrót roczny wysokości nie mniejszej niż 387.000,00 PLN;”.

Jak z powyższego wynika Zamawiający żądał wykazania, że w ostatnich trzech latach potencjalny wykonawca osiągnął określone obroty. KartGIS Sp. z o.o. spełnił ten warunek przedkładając rachunek zysków i strat za rok 2017 i za rok 2016. Zgodnie z art. 47 ust. 1 ustawy z dnia 29 września 1994 r. o rachunkowości (Dz.U. z 1994 r. Nr 121 poz. 591 z późniejszymi zmianami) - „W rachunku zysków i strat wykazuje się oddzielnie przychody, koszty, zyski i straty oraz obowiązkowe obciążenia wyniku finansowego za bieżący i poprzedni rok obrotowy”. W konsekwencji, skoro każdy

rachunek wyników zawiera dane dotyczące dwóch kolejnych okresów sprawozdawczych (w tym przypadku lat), dla wykazania obrotów w latach 2015, 2016 i 2017, wystarczy przedstawienie rachunków wyników z lat 2016 i 2017, bowiem rachunek za rok 2016 zawiera wyniki zarówno z roku 2016 jak i 2015.

Żądanie przedstawienia rachunku wyników za 2015 r. jest nieuzasadnione zarówno merytorycznie, jak i formalnie. Z przytoczonego tekstu SIWZ wynika, że Zmawiający żądał przedstawienia dowodu w postaci rachunku zysków i strat, a nie rachunku zysków i strat za każdy rok w odrębnym dokumencie.

Niezależnie od wykładni literalnej, również wykładnia celowościowa SIWZ wskazuje, że żądanie oddzielnego dokumentu rachunku zysków i strat dla poszczególnych lat nie znajduje uzasadnienia. Warunek istotny z punktu widzenia postępowania przetargowego, a więc postępowania którego celem jest porównanie ofert, znajduje się w pkt. 9.1.2 (uzyskanie określonego obrotu). Natomiast z pkt. 10.1.4 wynika, że oferent ma udowodnić wysokość osiągniętych obrotów w sposób, który jest zgodny z obowiązującymi przepisami (jest przewidziany przez prawo) i nie będzie budził wątpliwości.

Zauważyć również należy, że nie można wykluczyć oferenta, który w sposób niewątpliwy i zgodny z obowiązującymi przepisami wykazał, że spełnia warunek przewidziany w pkt. 9.1.2 tylko dlatego, że Zamawiający bez uzasadnienia dyskwalifikuje metodę udowodnienia z tego tylko powodu, że odbiega ona od nie wyartykułowanego w pkt.

10.1.4 SIWZ, ani w ogłoszeniu o zamówieniu, dodatkowego oczekiwania Zamawiającego (odrębny dokument rachunku wyników dla każdego roku oddzielnie). Powyższy pogląd był wielokrotnie potwierdzany zarówno w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej jak i sądów polskich. Przykładowo w orzeczeniu w sprawie C-35/17 Trybunał wyraźnie wskazał, że „Artykuł 2 dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi oraz zasadę równego traktowania i obowiązek przejrzystości należy interpretować w ten sposób, że stoją one na przeszkodzie wykluczeniu wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wskutek niespełnienia przez tego wykonawcę obowiązku, który nie wynika wyraźnie z dokumentacji przetargowej”, Natomiast w wyroku z dnia 2 czerwca 2016 roku, C-27/15, Trybunał stwierdził, że zasada równego traktowania i obowiązek przejrzystości w przetargach publicznych, sprzeciwia się wykluczeniu wykonawcy za niedopełnienie obowiązku, który nie wynika wyraźnie z dokumentacji przetargowej lub obowiązującej krajowej ustawy, lecz z wykładni tej ustawy i tej dokumentacji.

Reasumując, nie może ulegać wątpliwości, że Odwołujący zgodnie z warunkami zamówienia określonymi przez Zamawiającego osiągnął w latach 2015, 2016 i 2017 obrót roczny w wysokości przenoszącej 387.000,00 zł i udowodnił ten fakt za pomocą wymaganego dokumentu tj. rachunku zysków i strat, który przedstawił w określonym przez Zamawiającego terminie. Skoro Odwołujący spełnił powyższe warunki, jego wykluczenie ze względu na nieprzedstawienie odrębnego dokumentu „Rachunek zysków i strat z 2015 roku” jest całkowicie bezpodstawne.

Dnia 8 października 2018 roku do postępowania odwoławczego zgłosili przystąpienie po stronie Zamawiającego wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie Konsorcjum (1) AquaRD Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, (2) Suez Woda Sp. z o. o. z siedzibą w Mławie, (3) Suez Smart Solution z siedzibą w Le Pecq (Francja) wnosząc o oddalenie odwołania.

W dniu 11 października 2018 roku do Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęła pisemna odpowiedź na odwołanie złożona przez Zamawiającego. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości oraz o obciążenie Odwołującego kosztami postępowania odwoławczego.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego 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 (tj. Dz. U. z 2017 roku, poz. 1579 ze zm.; dalej:

„Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 3 października 2018 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu, co zostało potwierdzone na posiedzeniu z udziałem stron i uczestnika postępowania.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy – 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 stwierdziła także skuteczność wniesionego przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Zgłoszenie przystąpienia nastąpiło z zachowaniem terminu określonego w art. 185 ust. 2 Pzp. Kopia przystąpienia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwoływającemu – co również zostało potwierdzone na posiedzeniu z udziałem stron i uczestnika postępowania.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie złożoną do akt sprawy, odpowiedź na odwołanie Zamawiającego, a także stanowiska i oświadczenia

Stron złożone ustnie na posiedzeniu i rozprawie, do protokołu.

#### **Izba ustaliła co następuje:**

Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej SIWZ) ustanowił w pkt 9.1.2 a) Instrukcji Dla Wykonawców (dalej IDW) warunek udziału w postępowaniu o następującym brzmieniu:

„Warunek ten zostanie spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że w każdym z trzech ostatnich lat obrotowych (definicja „roku obrotowego” zawarta jest w ustawie z dnia 29 września 1994 r. o rachunkowości - j.t. Dz. U. z 2017 r. poz. 2342 z późn. zm.), a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, osiągnął obrót roczny (rozumiany jako przychód netto ze sprzedaży produktów, towarów i materiałów) w wysokości nie mniejszej niż 387.000,00 PLN”.

Na potwierdzenie spełnienia powyższego warunku Zamawiający żądał, zgodnie z pkt 10.1.4.a) IDW:

„Rachunku zysków i strat, w przypadku gdy sporządzenie sprawozdania wymagane jest przepisami prawa kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, a jeżeli sprawozdanie finansowe podlega badaniu przez biegłego rewidenta zgodnie z przepisami o rachunkowości również odpowiednio z opinią o badanym rachunku zysków i strat, a w przypadku Wykonawcy niezobowiązanego do sporządzenia sprawozdania finansowego - innych dokumentów określających obroty (rozumiane jako przychody netto ze sprzedaży produktów, towarów i materiałów) za okres ostatnich trzech lat obrotowych, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – za ten okres, z których można uzyskać dane, o których mowa powyżej potwierdzające spełnienie warunku, o którym mowa w pkt. 9.1.2 a) IDW”.

Pismem z dnia 10 sierpnia 2018 roku, Zamawiający wezwał Odwoływającego na podstawie art. 26 ust. 1 Pzp do złożenia nw. dokumentów:

(...),

6) wymaganego zgodnie z pkt. 10.1.4a) IDW rachunku zysków i strat, w przypadku gdy sporządzenie sprawozdania wymagane jest przepisami prawa kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, a jeżeli sprawozdanie finansowe podlega badaniu przez biegłego rewidenta zgodnie z przepisami o rachunkowości również odpowiednio z opinią o badanym rachunku zysków i strat, a w przypadku Wykonawcy niezobowiązanego do sporządzenia sprawozdania finansowego – innych dokumentów określających obroty (rozumiane jako przychody netto ze sprzedaży produktów, towarów i materiałów) za okres ostatnich trzech lat obrotowych, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – za ten okres, z których można uzyskać dane, o których mowa powyżej potwierdzające spełnienie warunku, o którym mowa w pkt. 9.1.2a) IDW, dotyczącego Wykonawcy: KartGIS Sp. z o.o., 02-001 Warszawa, Al. Jerozolimskie 81”. Dokumenty należało złożyć w formie oryginałów lub kopii poświadczonych za zgodność z oryginałem przez osobę/ły upoważnioną/ne do składania oświadczeń woli w imieniu Wykonawcy.

W odpowiedzi na wezwanie, Odwoływający w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego złożył rachunek zysków i strat za rok 2016 i 2017.

Pismem z dnia 5 września 2018 roku, Zamawiający na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp wezwał Odwoływającego do złożenia, pod rygorem wykluczenia z postępowania brakującego dokumentu wymaganego zgodnie z pkt. 10.1.4a) IDW, rachunku zysków i strat, wskazując iż na wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 Pzp Odwoływający nie złożył rachunku zysków i strat za rok 2015. Dokument należało złożyć w formie oryginału lub kopii poświadczonych za zgodność z oryginałem przez osobę/ły upoważnioną/ne do składania oświadczeń woli w imieniu Wykonawcy.

Jednocześnie, na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp Zamawiający wezwał Odwoływającego do złożenia wyjaśnień, dotyczących obowiązku badania rachunków zysków i strat przez biegłego rewidenta, z uwagi na to, iż w złożonych rachunkach zysków i strat brak jest opinii z badania biegłego rewidenta. Brakujący dokument oraz wyjaśnienia należało

złożyć do dnia 10 września 2018 roku do godz. 13:00.

W terminie wyznaczonym do uzupełnienia dokumentu i złożenia wyjaśnień, Odwołujący poinformował Zamawiającego, iż sprawozdania finansowe za lata 2015, 2016, 2017 nie spełniały kryteriów z art. 64 ust. 1 ustawy o rachunkowości, w związku z czym nie podlegały badaniu przez biegłego rewidenta. Odwołujący nie uzupełnił brakującego rachunku zysków i strat za rok 2015.

Dnia 10 września 2018 roku o godz. 14:04 (czyli po upływie terminu na uzupełnienie dokumentów) Odwołujący przesłał Zamawiającemu za pośrednictwem poczty elektronicznej skan bilansu za rok 2015 zawierający rachunek zysków i strat (wariant porównawczy) za rok 2015. Jednocześnie poinformował, że bilans za rok 2015 przesyła pocztą, oraz przekazał wątpliwości czy został on wysłany listem poleconym.

Ponadto, niepoświadczona za zgodność z oryginałem kopia rachunku zysków i strat (wariant porównawczy) za rok 2015 została złożona również w sekretariacie Zamawiającego w dniu 11 września 2018 roku.

Pismem z dnia 10 września 2018 roku Zamawiający poinformował Odwołującego o zatrzymaniu wadium wraz z odsetkami na podstawie art. 46 ust. 4a Pzp, w związku z niezłożeniem na wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 Pzp a następnie w trybie art. 26 ust. 3 Pzp rachunku zysków i strat za rok 2015, co spowodowało brak możliwości wyboru oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej.

Jednocześnie, Zamawiający wezwał Odwołującego do przedstawienia przyczyn braku uzupełnienia wymaganego dokumentów w wyznaczonym terminie, wyjaśniając

iż w przypadku udowodnienia że niezłożenie dokumentu wynika z przyczyn niezależnych od Odwołującego, wadium nie zostanie zatrzymane.

Pismem z dnia 11 września 2018 roku Odwołujący złożył do Zamawiającego wniosek o uwzględnienie dokumentu „Rachunek zysków i strat sporządzony za okres od 01.01.2016 r. do 31.12.2016 r.”, zawierającego rachunek zysków i strat zarówno za 2016 jak i za 2015 r., tym samym wykazującego obroty za te lata, złożonego w określonym przez Zamawiającego terminie, jako spełniającego warunki SIWZ zawarte w pkt 9.1.2.lit.a) i w pkt. 10.1.4, oraz ewentualnie o przywrócenie/udzielenie dodatkowego terminu i uwzględnienie przesłanego w dniu 10.09.2018 roku o godz. 14:20 odrębnego dokumentu „Rachunek zysków i strat sporządzony za okres od 0.01.2015 r. do 31.12.2015 r.” oraz uznanie, że dokumentacja została uzupełniona w sposób prawidłowy, zgodnie z wezwaniem.

Pismem z dnia 24 września 2018 roku Zamawiający na podstawie art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp zawiadomił Odwołującego o wykluczeniu go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt. 12 Pzp, ze względu na brak wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, podając obszernie uzasadnienie faktyczne i prawne.

#### **Izba zważyła co następuje:**

Zarzuty podniesione w odwołaniu nie zasługują na uwzględnienie.

Izba za prawidłowe uznała czynności podjęte przez Zamawiającego w zakresie wykluczenia Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp z uwagi na brak wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

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

W SIWZ w pkt 9.1.2.a) IDW Zamawiający ustanowił warunek udziału w postępowaniu polegający na wykazaniu przez wykonawcę, że w każdym z trzech ostatnich lat obrotowych (definicja „roku obrotowego” zawarta jest w ustawie z dnia 29 września 1994 r. o rachunkowości - j.t. Dz. U. z 2017 r. poz. 2342 z późn. zm.), a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, osiągnął obrót roczny (rozumiany jako przychód netto ze sprzedaży produktów, towarów i materiałów) w wysokości nie mniejszej niż 387 000,00 PLN. Na potwierdzenie spełnienia warunku Zamawiający żądał (zgodnie z zapisem w pkt 10.1.4.a) IDW) rachunku zysków i strat, w przypadku gdy sporządzenie sprawozdania wymagane jest przepisami prawa kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, a jeżeli sprawozdanie finansowe podlega badaniu przez biegłego rewidenta zgodnie z przepisami o rachunkowości, również odpowiednio z opinią o badanym rachunku zysków i strat, a w przypadku Wykonawcy niezobowiązanego do sporządzenia sprawozdania finansowego - innych dokumentów określających obroty (rozumiane jako przychody netto ze sprzedaży produktów, towarów i materiałów) za okres ostatnich trzech lat obrotowych, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – za ten okres, z których można uzyskać dane, o których mowa powyżej potwierdzające spełnienie warunku, o którym mowa w pkt. 9.1.2 a) IDW”.

Dokumenty winny być złożone w oryginale lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę.

W ocenie Izby, nie ulega wątpliwości, iż Odwołujący jako podmiot zobowiązany do sporządzania sprawozdania finansowego od 2014 roku, powyższy warunek (obróć osiągnięty w wysokości nie mniejszej niż 387 000,00 PLN w każdym roku) winien wykazać, poprzez złożenie rachunku zysków i strat za okres ostatnich trzech lat obrotowych tj. za rok 2015, 2016 i 2017.

Nie można zgodzić się z Odwołującym, iż Zamawiający wymagał złożenia rachunku zysków i strat, a nie rachunku zysków i strat za każdy rok w odrębnym dokumencie, przez co Odwołujący składając rachunek zysków i strat za rok 2016 wykazał spełnienie warunku za rok 2015, bowiem zgodnie z art. 47 ust. 1 ustawy o rachunkowości w rachunku zysków i strat wykazuje się oddzielnie przychody, koszty, zyski i straty oraz obowiązkowe obciążenia wyniku finansowego za bieżący i poprzedni rok obrotowy.

Zamawiający wyraźnie wskazał, że wymaga rachunku zysków i strat za okres ostatnich trzech lat obrotowych. Izba podziela argumentację Zamawiającego wyrażoną w odpowiedzi na odwołanie, zgodnie z którą „wymóg żądania rachunku zysków i strat za trzy ostatnie lata obrotowe należy odczytywać w kontekście przepisów ustawy z dnia 29 września 1994 r. o rachunkowości (tj. Dz.U. z 2018 r. poz. 395 z późn. zm.), które pojęciem tym się posługują, a z których wynikają zasady sporządzania sprawozdania finansowego, w tym reguły konstruowania rachunku zysków i strat. Skoro sprawozdanie finansowe sporządza się odrębnie dla każdego roku obrotowego, to i rachunek zysków i strat, stanowiący składową część sprawozdania finansowego winien być sporządzony odrębnie dla każdego roku obrotowego. W dokumencie „rachunek zysków i strat” za dany rok – skoro jest on częścią sprawozdania finansowego za dany rok wykazuje się, zgodnie z art. 47 ust. 1 ww. ustawy o rachunkowości, oddzielnie przychody, zyski, straty oraz obowiązkowe obciążenia wyniku finansowego za bieżący i poprzedni rok obrotowy, co jednak w żadnym razie nie oznacza, że dokument ten jest dokumentem za dwa lata obrotowe, a jedynie że zawiera wymienione dane obejmujące dwa lata – rok „dla którego” sporządzany jest rachunek oraz rok poprzedni”.

Jedynie dla podmiotu niezobowiązanego do sporządzenia sprawozdania finansowego (którym Odwołujący nie jest), przewidziana została możliwość złożenia innych dokumentów określających obroty (rozumiane jako przychody netto ze sprzedaży produktów, towarów i materiałów) za okres ostatnich trzech lat obrotowych, z których można uzyskać dane, potwierdzające spełnienie warunku, o którym mowa w pkt. 9.1.2 a) IDW.

Twierdzenie, że Odwołujący wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu w sposób wymagany przez Zamawiającego poprzez wykazanie obrotów w roku 2015 za pomocą rachunku zysków i strat za okres 2016 jest nieuzasadnione. Odwołujący nie był uprawniony do złożenia innych dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu niż rachunek zysków i strat za rok 2015, 2016 i 2017. Składając jedynie dokumenty za rok 2016 i 2017 nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, co skutkowało koniecznością wykluczenia Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp.

Jeżeli Odwołujący – jak podnosił podczas rozprawy - uważał, że warunek Zamawiającego co do wymaganych dokumentów (rachunków zysków i strat za rok 2015) jest nadmierny w stosunku do przedmiotu zamówienia, winien w tym zakresie skorzystać ze środków ochrony prawnej w stosunku do zapisów SIWZ. Na obecnym etapie, zarzut ten jest już spóźniony, ponadto jako podniesiony dopiero na rozprawie nie może być rozpoznany przez Izbę. Zgodnie z art. 192 ust. 7 Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

Nawiązując do przywołanych w odwołaniu wyroków Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej wskazać należy, iż odnoszą się one do innych stanów faktycznych i w żaden sposób nie korespondują ze stanem analizowanym. Wskazują one na nieprawidłowe wykluczenie wykonawcy wskutek niespełnienia warunku udziału w postępowaniu, który nie wynikał wyraźnie z dokumentacji przetargowej, obowiązującej ustawy lecz z wykładni ustawy lub dokumentacji.

W przedmiotowym postępowaniu nie można mówić że wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu nie wynika wprost z zapisów specyfikacji, bowiem sposób spełnienia warunku wyraźnie został wskazany w pkt. 10.1.4 IDW. Ponadto, jak wynika z korespondencji prowadzonej pomiędzy Zamawiającym i Odwołującym,

Odwołujący wiedział, że powinien złożyć rachunek zysków i strat za rok 2015. Do korespondencji mailowej z dnia 10 września 2018 roku załączył kopię bilansu za 2015 rok, oraz rachunek zysków i strat (wariant porównawczy) za 2015 rok. Co więcej kserokopie te złożył Zamawiającemu dnia następnego (po upływie terminu na złożenie dokumentu oraz w niewłaściwej formie - kopii niepoświadczonej za zgodność z oryginałem). Ponadto, pismem z dnia 11 września 2018 roku wystąpił do Zamawiającego z wnioskiem o przywrócenie terminu na złożenia brakującego dokumentu, tj. rachunku zysków i strat za rok 2015.

Wszystkie te okoliczności potwierdzają fakt, iż Odwołujący prawidłowo interpretował sposób wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, i wiedział o konieczności złożenia rachunku zysków i strat za lata 2015, 2016 i 2017

jako odrębnych dokumentów.

Zaniechanie złożenia dokumentu wymaganego na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu skutkowało koniecznością wykluczenia Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt.12 Pzp, co też prawidłowo uczynił Zamawiający.

Zatem zarzut bezpodstawnego wykluczenia Odwołującego na mocy ww. przepisu należy uznać za niezasadny.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 Pzp poprzez, bezpodstawne wezwanie do uzupełnienia dokumentów poprzez złożenie odrębnego dokumentu rachunku zysków i strat za rok 2015 wskazać należy, iż zarzut nie został potwierdzony.

Odwołujący składając rachunek zysków i strat za lata 2016 i 2017 nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu zgodnie z wymogami Zamawiającego zawartymi w pkt 10.1.4.a) IDW.

Zgodnie z art. 26 ust. 3 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”.

Wobec niezłożenia na wezwanie zgodnie z art. 26 ust. 1 wymaganego rachunku zysków i strat za rok 2015 działanie Zamawiającego, polegające na wezwaniu Odwołującego na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp do złożenia brakującego dokumentu tj. rachunku zysków i strat za rok 2015 było działaniem prawidłowym.

Zatem zarzut ten należy uznać za chybiony.

W zakresie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 46 ust. 4a Pzp w związku z art. 26 ust. 3 Pzp Izba wskazuje również na brak potwierdzenia i udowodnienia przez Odwołującego zarzucanych naruszeń.

Zgodnie z art. 46 ust. 4a Pzp „Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 i 3a, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, pełnomocnictw lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej”.

W ocenie Izby Zamawiający prawidłowo wykonał obowiązek wynikający z art. 46 ust. 4a Pzp. W związku z niezłożeniem przez Odwołującego na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp wymaganych dokumentów, Odwołujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu, co skutkowało koniecznością wykluczenia Odwołującego z postępowania, a w konsekwencji spowodowało brak możliwości wybrania oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej. Zarzut, iż Zamawiający bezpodstawnie przyjął, że Odwołujący nie złożył ww. dokumentu z przyczyn leżących po jego stronie również nie zasługuje na uwzględnienie, co więcej, nie znajduje potwierdzenia w aktach sprawy. Z dokumentacji wynika, że Zamawiający wystąpił do Odwołującego pismem z dnia 10 września 2018 roku, informując o zaistnieniu przesłanek skutkujących koniecznością zatrzymania wadium, określonych w art. 46 ust. 4a Pzp, wzywając do przedstawienia przyczyn braku uzupełnienia wymaganego dokumentu. Ponadto, Zamawiający poinformował, że w przypadku udowodnienia przez Odwołującego że niezłożenie dokumentu wynika z przyczyn nieleżących po jego stronie wadium nie zostanie zatrzymane. Powyższe wskazuje, że zarzut jest w pełni nieuzasadniony.

W świetle wskazanych okoliczności Izba stwierdziła, że zarzuty podniesione w odwołaniu nie zostały potwierdzone, zatem żądania Odwołującego nie mogą zostać uwzględnione.

Mając powyższe na uwadze należało orzec jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp w związku z § 3 pkt 1 i 2 i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tj. Dz. U. z 2018 r., poz. 972).

Przewodniczący: .....