Sygn. akt KIO 1123/15

WYROK
z dnia 8 czerwca 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:
Przewodniczący - członek Krajowej Izby Odwoławczej: **Barbara Bettman**
Protokolant: Łukasz Listkiewicz
Po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **8 czerwca 2015 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **28 maja 2015 r.** przez konsorcjum wykonawców: **1) A. W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: A. W. „Testa" Pracownia Archeologiczna, ul. Maksyma Gorkiego 37 lok. 25, 92-524 Łódź; 2) W. B. – Z. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą: Pracownia archeologiczna „GRANDOR" W. B. – Z. ul. Jabłoniowa 17 lok. 12, 91-496 Łódź** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego **Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Opolu, ul. Niedziałkowskiego 6, 45-085 Opole,** przy udziale zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wykonawcy:

A. AKME Z. W. sp. z o.o., ul. Wierzbowa 3, 50-056 Wrocław,

orzeka:

1. **Oddala odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego konsorcjum wykonawców: **1) A. W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: A. W. „Testa" Pracownia Archeologiczna ul. Maksyma Gorkiego 37 lok. 25, 92-524 Łódź; 2) W. B. – Z. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą: Pracownia archeologiczna „GRANDOR" W. B. – Z. ul. Jabłoniowa 17 lok. 12, 91-496 Łódź,**
   2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000,00 zł** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w

Opolu.

Przewodniczący:

…….…..……

U z a s a d n i e n i e:

W postępowaniu o udzielenia zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Wykonanie archeologicznych ratowniczych badań wykopaliskowych na trasie planowanej budowy obwodnicy Nysy w ciągu dróg krajowych nr 46 i 41 wraz z opracowaniem wyników badań w podziale na 5 zadań (części)" (Dz. Urz. UE 2015/S 053-92919 z 17.03.2015r.), w dniu 28 maja 2015 r. zostało złożone pisemne odwołanie przez konsorcjum wykonawców: 1) A. W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: A. W. „Testa" Pracownia Archeologiczna (lider); 2) W. B. – Z. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą: Pracownia archeologiczna „GRANDOR" W. B. – Z. z siedzibą w Łodzi - w zakresie części 1 przedmiotowego postępowania, w kopii przekazane zamawiającemu w dniu 27 maja 2015 r.

Wniesienie odwołania nastąpiło skutkiem powiadomienia 20 maja 2015 r. drogą elektroniczną o wyborze oferty wykonawcy AKME Z. W. sp. z o.o., ul. Wierzbowa 3, 50-056 Wrocław w części 1 przedmiotowego postępowania oraz o wykluczeniu odwołującego z przedmiotowego postępowania.

Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 29 maja 2015 r. zgłoszenie do postępowania odwoławczego w formie elektronicznej z podpisem poświadczonym certyfikatem po stronie zamawiającego (w kopii przesłane stronom) w dniu 1 czerwca 2015 r. złożył wykonawca wybrany na część 1 zamówienia - AKME Z. W. sp. z o.o., ul. Wierzbowa 3, 50-056 Wrocław, który wnosił o oddalenie odwołania.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę AKME Z. W. sp. z o.o., z siedzibą we Wrocławiu, uznając, że przesłanki wymienione w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp zostały spełnione.

Wobec podjętych przez zamawiającego czynności w wymienionym postępowaniu odwołujący zarzucił zamawiającemu:
1. niezgodne z przepisami ustawy Pzp wykluczenie odwołującego z postępowania i uznanie jego oferty za odrzuconą;
2. niezgodne z przepisami ustawy Pzp wybranie jako najkorzystniejszej dla zadania nr 1 oferty wykonawcy AKME Z. W. sp. z o.o., ul. Wierzbowa 3, 50-056 Wrocław, podczas gdy ofertą niepodlegającą odrzuceniu złożoną przez wykonawców najkorzystniejszą niepodlegających wykluczeniu jest oferta odwołującego.

W ocenie odwołującego powyższymi działaniami zamawiający Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Opolu naruszył przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) dalej „ustawa Pzp", tj.:
1. art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 4 Pzp poprzez jego zastosowanie i wykluczenie odwołującego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, pomimo iż odwołujący wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu;
2. art. 24 ust. 4 Pzp poprzez jego zastosowanie i uznanie oferty złożonej przez odwołującego za odrzuconą, pomimo iż odwołujący wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu i nie podlegał wykluczeniu z postępowania z innych powodów;
3. art. 91 ust. 1 Pzp poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej dla zadania nr 1 oferty wykonawcy AKME Z. W. sp. z o.o., ul. Wierzbowa 3, 50-056 Wrocław, podczas gdy ofertą niepodlegającą odrzuceniu złożoną przez wykonawców najkorzystniejszą niepodlegających wykluczeniu jest oferta odwołującego;
4. art. 7 ust. 1 Pzp poprzez dyskryminacyjne traktowanie wykonawców prowadzących działalność krócej niż inni wykonawcy;
5. art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 23 ust. 3 Pzp poprzez dyskryminacyjne traktowanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Wobec powyższego odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:
1) unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i unieważnienia uznania jego oferty za odrzuconą;
2) unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej dla zadania nr 1 oferty złożonej przez wykonawcę AKME Z. W. sp. z o.o., ul. Wierzbowa 3, 50-056 Wrocław;
3) powtórzenia czynności badania i oceny ofert w postępowaniu dla zadania nr 1 z uwzględnieniem oferty odwołującego;
2. zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym zwrotu poniesionych kosztów wynagrodzenia pełnomocnika, według rachunków przedstawionych na rozprawie.

Ponadto odwołujący wnosił o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentów w postaci:
1) informacji z dnia 20 maja 2015 r. o wyborze oferty najkorzystniejszej i o wykluczeniu odwołującego z postępowania - na okoliczność przyczyn tego wykluczenia;
2) oferty odwołującego wraz z uzupełnieniem dokumentów na wezwanie zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp na okoliczność braku podstaw do wykluczenia odwołującego z postępowania;

---

3) wydruku z CEIDG na okoliczność rozpoczęcia przez niego wykonywania działalności

gospodarczej od dnia 10 marca 2014 r.;
4) ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków niniejszego zamówienia na okoliczności wskazane w uzasadnieniu odwołania oraz na okoliczność braku podstaw do wykluczenia odwołującego z postępowania.

W uzasadnieniu zarzutów i żądań odwołujący podnosił, co następuje.

W postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający zastosował dwa kryteria oceny ofert: cenę o wadze 80 % i termin realizacji prac terenowych o wadze 20 %. Na zadanie nr 1 wpłynęło 5 ofert. Każdy z oferentów zaproponował 10 tygodniowy termin realizacji prac terenowych. Odwołujący zaoferował wykonanie zadania za kwotę 502.321,18 zł. Gdyby odwołujący nie został wykluczony z postępowania, jego oferta byłaby najkorzystniejsza cenowo, a zatem, gdyby podlegała ocenie, to odwołujący uzyskałby zamówienie. Odwołujący skarżąc swoje wykluczenie z postępowania i wybór oferty najkorzystniejszej w na zadanie nr 1 zmierzają do przywrócenia swojego udziału w postępowaniu.

Odwołujący wyjaśniał, że został wykluczony z postępowania o udzielenie zamówienia wobec niewykazania - zdaniem zamawiającego - spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej.
W pkt III.2.2) ogłoszenia o zamówieniu zamawiający podał:
„III. 2.2) Zdolność ekonomiczna i finansowa
Informacje i formalności konieczne do dokonania oceny spełniania wymogów:
1.1) Część sprawozdania finansowego: rachunek zysków i strat za ostatnie 3 lata obrotowe, (jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy to za ten okres), a jeżeli sprawozdanie finansowe podlega badaniu „ przez biegłego rewidenta zgodnie z przepisami o rachunkowości, również opinię o badanych sprawozdaniach w części dotyczącej rachunku zysków i strat. W przypadku Wykonawców niezobowiązanych do sporządzania
sprawozdania finansowego - inne dokumenty określające obroty oraz zobowiązania i należności za okres jak w zdaniu poprzednim - w celu wykazania spełniania warunku, którego opis został zamieszczony w Sekcji III.2.2). „Minimalny poziom ewentualnie wymaganych standardów", pkt 1.1) Ogłoszenia.
1.2) Opłaconą polisę, a w przypadku jej braku, inny dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia -w celu wykazania spełniania warunku, którego opis został zamieszczony w Sekcji III.2.2). „Minimalny poziom ewentualnie wymaganych standardów", pkt 1.2) Ogłoszenia.

Uwaga: Jeżeli z uzasadnionej przyczyny wykonawca nie może przedstawić wymaganych dokumentów dotyczących sytuacji finansowej i ekonomicznej, może przedstawić inny dokument, który w wystarczający sposób potwierdza spełnianie opisanego przez Zamawiającego w Sekcji III.2.2). „Minimalny poziom ewentualnie wymaganych standardów" w pkt 1.1) i 1.2) Ogłoszenia warunku.
2. W celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia dokumenty wymienione w pkt 1.1) i 1.2) powyżej powinien złożyć dowolny/dowolni wykonawca/y wykazujący spełnienie warunku spośród Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.
Minimalny poziom ewentualnie wymaganych standardów: 1. Sytuacji ekonomicznej i finansowej
1.1) Wykonawca musi wykazać średni przychód za ostatnie trzy lata obrotowe, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, za wszystkie pełne lata obrotowe (na podstawie „Rachunku zysków i strat" pozycja „Przychód netto ze sprzedaży produktów, towarów i materiałów" lub „Przychód netto ze sprzedaży
i zrównane z nimi") w wysokości nie mniejszej niż 400.000 PLN;
1.2) Wykonawca musi być ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na wartość co najmniej 400.000 PLN.
UWAGA: Wartości podane w dokumentach w walutach innych niż wskazane powyżej Wykonawca przeliczy:
- dla „przychodu" według średniego kursu NBP na dzień zakończenia roku obrotowego,
- dla ubezpieczenia - wg średniego kursu NBP na dzień publikacji ogłoszenia o

zamówieniu.
2. Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, spełnianie warunków wskazanych w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp i których opis sposobu dokonania oceny spełniania
został zamieszczony powyżej w pkt. 1.1) i pkt 1.2) wykazują łącznie,(...)"
W pkt 7.2.4.1. IDW (SIWZ) Zamawiający wskazał, że „Wykonawca musi wykazać średni przychód za ostatnie trzy lata obrotowe, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, za wszystkie pełne lata obrotowe (na podstawie „Rachunku zysków i strat" pozycja „Przychód netto ze sprzedaży produktów, towarów i materiałów" lub „Przychód netto ze sprzedaży i zrównane z nimi") w wysokości nie mniejszej niż 400.000,00 PLN.
W pkt 8.2.4. IDW zażądał przedłożenia przez wykonawców celem wykazania spełnienia warunku posiadania odpowiedniej sytuacji ekonomicznej m.in. „części sprawozdania finansowego: rachunek zysków i strat za ostatnie 3 lata obrotowe, (jeżeli okres prowadzenia

działalności jest krótszy to za ten okres), a jeżeli sprawozdanie finansowe podlega badaniu przez biegłego rewidenta zgodnie z przepisami o rachunkowości, również opinię o badaniu sprawozdania w części dotyczącej rachunku zysków i strat.
W przypadku Wykonawców nie zobowiązanych do sporządzania sprawozdania finansowego - inne dokumenty określające obroty oraz zobowiązania i należności za okres jak w zdaniu poprzednim i potwierdzające spełnienie warunku, o którym mowa w pkt 7.2.4.1 IDW".
W dniu 21 kwietnia 2015 r. odwołujący złożył ofertę na zadanie nr 1 w tym postępowaniu Zadanie nr 1 dotyczyło przeprowadzenia archeologicznych ratowniczych badań wykopaliskowych na stanowisku: Nysa 15 - AZP 93-31/67 (250 arów).

Pismem z dnia 8 maja 2015 r. **odwołujący** został wezwany przez zamawiającego na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp do złożenia dokumentów, o których mowa w pkt 8.2.4. IDW tj. „części sprawozdania finansowego: rachunku zysków i strat za ostatnie 3 lata obrotowe, (jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy to za ten okres), a jeżeli sprawozdanie finansowe podlega badaniu przez biegłego rewidenta zgodnie z przepisami o rachunkowości, również opinię o badanych sprawozdaniach w części dotyczącej rachunku zysków i strat. W przypadku Wykonawców nie zobowiązanych do sporządzania sprawozdania finansowego - inne dokumenty określające obroty oraz zobowiązania i należności za okres jak w zdaniu poprzednim, potwierdzające spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomiczno - finansowej

W zakreślonym przez zamawiającego terminie odwołujący pismem z dnia 10 maja 2015 r. złożył dokumenty potwierdzające spełnienie warunku posiadania odpowiedniej sytuacji ekonomicznej.

Na potwierdzenie tego, że wykonawca jest w wymaganej przez zamawiającego sytuacji ekonomicznej przedłożył:
- wyciągi z podatkowej księgi przychodów i rozchodów wykonawcy W. B. – Z. za lata 2012 - 2014;
- wyciąg z podatkowej księgi przychodów i rozchodów wykonawcy A. W. za rok 2014;
- zeznania PIT-36L i PIT/B złożone przez wykonawcę W. B. – Z. za lata 2012-2014;
- zeznanie PIT-36L i PIT/B złożone przez wykonawcę A. W. za rok 2014.

Ze złożonych zamawiającemu dokumentów, jak utrzymywał odwołujący, wynika że jeden z konsorcjantów – A. W. spełnia postawiony przez zamawiającego warunek - osiągnięcia średniego rocznego przychodu netto w wysokości nie mniejszej niż 400.000 PLN. Za 2014 r. A. W. osiągnął przychód netto w wysokości 432.010,69 zł. A. W. rozpoczął wykonywanie działalności gospodarczej od dnia 10 marca 2014 r., rok 2014 jest zatem jego jedynym zakończonym rokiem obrotowym - jak uznawał.

Odwołujący przekonywał, że zgodnie z dyspozycją wynikającą z ogłoszenia i SIWZ zostały złożone wymagane dokumenty dotyczące sytuacji ekonomicznej A. W. za okres, w którym prowadził on działalność gospodarczą.

W dniu 20 maja 2015 r. zamawiający poinformował odwołującego o wykluczeniu go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, w związku z niewykazaniem spełnienia warunku posiadania odpowiedniej sytuacji ekonomicznej.

Zdaniem odwołującego zamawiający wykluczył go z postępowania pomijając informację z CEIDG o rozpoczęciu wykonywania działalności gospodarczej przez A. W. od

10 marca 2014 r., nie przyjął tym samym, że okres prowadzenia przez tego wykonawcę działalności jest krótszy niż okres, za jaki zamawiający wymagał dokumentów finansowych. W przekonaniu odwołującego zamawiający winien dokonać badania spełnienia warunków z wykorzystaniem zarówno dokumentów złożonych w terminie składania ofert (wydruk z CEIDG A. W.), jak i uzupełnienia dokumentów na wezwanie zamawiającego (dokumenty finansowe). CEIDG stwarza domniemanie wykonywania działalności od daty w niej wskazanej, a domniemanie to nie zostało w niniejszym stanie faktycznym obalone. Zgodnie z bezwzględnie obowiązującym przepisem prawa, to jest § 1 ust. 1 pkt 9 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający pod wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r., poz. 231) zwanego dalej "rozporządzeniem" w celu oceny spełnienia przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 Pzp, zamawiający może żądać m.in. sprawozdania finansowego albo jego części, a jeżeli podlega ono badaniu przez biegłego rewidenta zgodnie z przepisami o rachunkowości, również z opinią odpowiednio o badanym sprawozdaniu albo jego części, a w przypadku wykonawców niezobowiązanych do sporządzania sprawozdania finansowego innych dokumentów określających obroty oraz zobowiązania i należności - za okres nie dłuższy niż ostatnie trzy lata obrotowe, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - za ten okres.

Konsorcjant A. W., jak powyżej wskazano prowadzi działalność właśnie w okresie krótszym niż ustalony przez zamawiającego okres 3 lat. W związku z powyższym odwołujący przedstawił dokumenty za okres funkcjonowania, to jest za okres od dnia 10 marca 2014 r. do dnia 31 grudnia 2014 r. Powyższe nie oznacza, jak przekonywał odwołujący, że w takiej sytuacji zamawiający ma prawo przedstawiony w sprawozdaniu przychód podzielić przez trzy lata (wyrok KIO z dnia 26 czerwca 2012 r., sygn. KIO 1218/12), czy też w ogóle nie wziąć go pod uwagę. Zamawiający miał obowiązek w przedmiotowej sytuacji uznać przedstawiony przychód jako średnioroczny, bez dzielenia jego przez trzy.

Odwołujący stwierdził, iż działanie zamawiającego narusza art. 7 ust. 1 Pzp, który nakazuje w prowadzonych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego - równe

---

traktowanie wykonawców, bowiem żaden wykonawca nie może być gorzej traktowany niż inni wykonawcy z tego tytułu, że prowadzi działalność krócej niż inni wykonawcy. Tym bardziej, że z samej SIWZ ustalonej przez zamawiającego wynika, że warunek sytuacji ekonomicznej zostanie spełniony, jeżeli średni przychód za ostatnie trzy lata obrotowe wystąpi w wysokości nie mniejszej niż 400.000,00 zł. Zapis, że będzie decydował średnioroczny przychód oznacza, że zamawiający może dzielić jednoroczny przychód odwołującego przez jeden, a nie przez trzy, ponieważ odwołujący prowadził działalność przez jeden rok.

Reasumując odwołujący podtrzymał, że skoro ma decydować średnioroczny przychód to, aby go uzyskać należy dzielić łączne przychody przez 3 lata, jeżeli przedłożono dokumenty za trzy lata i kolejno jeżeli załączono dokumenty za dwa lata to należy dzielić przez dwa, i tak jak w przypadku odwołującego jeżeli przedstawiono dokumenty za jeden rok to należy dzielić przychód przez jeden czyli przez okres prowadzenia działalności.

Odwołujący zaznaczał, że spór czy za rok obrotowy można uznać okres krótszy niż rok rozstrzygnął Sąd Najwyższy w uchwale z 24 kwietnia 2014 roku (sygn. akt III CZP 15/2014; LEX nr 1463799). W uzasadnieniu Sąd Najwyższy wskazał, że w świetle definicji zawartej w art. 3 ust. 1 pkt 9 ustawy o rachunkowości zasadą jest rok obrotowy trwający kolejne 12 miesięcy. Jednakże z definicji tej wynikają zarówno wyjątek, że rok obrotowy może być dłuższy niż 12 miesięcy, (jeżeli nastąpiła zmiana roku obrotowego określonego w umowie lub statucie, a także, jeżeli przedsiębiorca rozpoczął działalność w drugiej połowie przyjętego, jako rok obrotowy roku kalendarzowego i wybrał możliwość połączenia okresu sprawozdawczego z kolejnym rokiem obrotowym), jak i krótszy niż 12 miesięcy - jeżeli przedsiębiorca rozpoczął działalność w drugiej połowie roku kalendarzowego przyjętego, jako rok obrotowy i nie połączył okresu sprawozdawczego z kolejnym rokiem obrotowym. Drugim wyjątkiem krótszego niż 12 miesięcy roku obrotowego, choć wprost nie uregulowanym w tym przepisie, jest sytuacja, gdy przedsiębiorca rozpoczął działalność w pierwszej połowie roku kalendarzowego, przyjętego jako rok obrotowy. W takim przypadku pierwszym rokiem obrotowym jest okres od dnia rozpoczęcia działalności do ostatniego dnia roku, w którym działalność została rozpoczęta. Przy czym Sąd Najwyższy powołał się również na spójność tego rozwiązania z art. 8 ust. 1 i 2 u.p.d.o.p. Orzeczenie to jest

aprobowane w piśmiennictwie, choć zwraca się jednocześnie uwagę, że chodzi tu o pierwszy, niepełny rok obrotowy (tak też wyrok KIO z dnia 31 grudnia 2014 r., KIO 2636/14).

Zgodnie z art. 23 ust. 3 ustawy Pzp do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio. Wykonawcy tworzący konsorcjum łączą swoje zasoby w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu i wykonania zamówienia. Warunki udziału w postępowaniu oraz cel stawiania

wymagań w postępowaniu jest taki sam dla pojedynczych wykonawców i konsorcjów. Różnica polega wyłącznie na sposobie wykazania ich spełniania. Tymczasem według odwołującego zamawiający dokonał oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu przez konsorcjum z przekreśleniem sensu i znaczenia tych warunków.

Postulat równego traktowania wykonawców i odpowiedniego stosowania przepisów dotyczących wykonawcy zostałby w okolicznościach sprawy spełniony przez obliczenie wartości wymaganych wskaźników dla wszystkich wykonawców tworzących konsorcjum, a spełnienie wszystkich postawionych przez zamawiającego warunków w zakresie posiadania odpowiedniej sytuacji ekonomicznej przez jednego z konsorcjantów – A. W. (średni przychód netto, ubezpieczenie od OC) skutkować winno uznaniem, że warunki spełniają wszyscy wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – jak zaznaczał odwołujący, wskazując że możliwość taka znajduje oparcie w postanowieniach SIWZ, pozwala na łączenie zasobów przez konsorcjantów i realizuje cel wymagań ekonomiczno-finansowych z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Podtrzymał zatem zarzut, że zamawiający naruszył tym samym przepisy art. 7 ust. 1 art. 23 ust. 3 Pzp.

Pomijając przytaczanie przykładów na spójność linii orzeczniczej KIO dotyczącej przypadków naruszania przez zamawiających przepisów art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 23 ust. 3 Pzp, odwołujący podnosił, że w orzecznictwie KIO wyrażany był także bardziej restrykcyjny pogląd, tj. o dopuszczalności wykazania warunku opisanego za pomocą wskaźnika ekonomicznego tylko przez jednego z konsorcjantów (np. orzeczenia z 21 lutego 2013 r. sygn. akt KIO 272/13, KIO 285/13 oraz z 22 lutego 2013 r. sygn. akt: KIO 292/13, KIO 295/13, KIO 309/13). W niniejszym stanie faktycznym wymagania ekonomiczno - finansowe zdaniem odwołującego spełnia w pełnym wymaganym przez zamawiającego zakresie jeden z konsorcjantów - p. A. W. .

Na marginesie odwołujący zwracał uwagę, że oferta wykonawcy AKME Z. W. sp. z o.o., ul. Wierzbowa 3, 50-056 Wrocław winna zostać odrzucona w niniejszym postępowaniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jako niezgodna z przepisem pkt 5.1. IDW, który stanowi, że „jeden wykonawca (samodzielnie lub wspólnie z innym wykonawcą) może złożyć ofertę na wykonanie co najwyżej dwóch zadań, lecz dla każdego z zadań winien wskazać do wykonania inny personel. Wyklucza się możliwość złożenia jednocześnie ofert na dwa zadania w przypadku zadań nr I, II i IV". Tymczasem wykonawca AKME Z. W. sp. z o.o., ul. Wierzbowa 3, 50-056 Wrocław złożył ofertę na zadania nr I, II, III, V. Odwołujący przyznał, że nie ma jednak interesu w zaskarżeniu czynności zaniechania odrzucenia przez zamawiającego oferty AKME Z. W. sp. z o.o., jako że spółka ta złożyła ofertę mniej korzystną niż oferta odwołującego.

Zamawiający podtrzymał stanowisko zaprezentowane w powiadomieniu o wynikach przetargu, i w odpowiedzi na odwołanie do protokołu rozprawy podał, co następuje.

Ideą obliczenia średniorocznego przychodu konsorcjum było zsumowanie przychodów pani B.-Z. za lata 2012-2014 plus przychód konsorcjanta pana A. W., kwota sumaryczna została podzielona przez 3 lata, a średnioroczny przychód tak wyliczony był niższy niż 400 000zł. Zamawiający i odwołujący byli zgodni, że gdyby zliczyć przychody konsorcjum tzn. obydwu uczestników konsorcjum - średnioroczny przychód wyniósłby 308 888,52zł, a nie ok. 180 000zł jak podał zamawiający. Wykonawcy składający ofertę wspólną odpowiadają wobec zamawiającego solidarnie za realizację zamówienia i ponoszą konsekwencje wspólnego złożenia oferty. Niedopuszczalne jest, gdy jeden z konsorcjantów prowadzi działalność przez jeden rok - pomijanie jednoczesne tej działalności prowadzonej przez drugiego z konsorcjantów przez okres 3 lat zakładanych do wykazania zdolności ekonomiczno-finansowej. W odniesieniu do wiedzy i doświadczenia konsorcjum

odwołującego powołuje się na pełny 3-letni okres działalności pani B.-Z. i jej doświadczenie w tym okresie. Zamawiający przywołał pkt 7.3 IDW, że warunki określone wart 22 ust. 1 Pzp, których opis sposobu spełnienia zamieszczony został w pkt 7.2 IDW konsorcjanci muszą spełniać łącznie. Wykonawcy złożyli jedno oświadczenie, że wspólnie spełniają warunki udziału w postępowaniu. Zamawiający zapewniał, że równo potraktował wykonawców, w tym stanowiących konsorcja, i dokonał oceny spełniania warunków w oparciu o wskazania ustanowione w SIWZ.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody: z ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty odwołującego, korespondencji odwołującego z zamawiającym.

Nadto Izba rozważyła stanowiska stron i uczestnika przedstawione w pismach oraz do protokołu rozprawy.

Rozpatrując odwołanie w granicach podnoszonych zarzutów stosownie do art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba ustaliła, co następuje.

Przedmiotem zamówienia jest „Wykonanie archeologicznych ratowniczych badań wykopaliskowych na trasie planowanej budowy obwodnicy Nysy w ciągu dróg krajowych nr 46 i 41 wraz z opracowaniem wyników badań w podziale na 5 zadań (części)".

Część 1 zamówienia, której dotyczy odwołanie obejmuje: przeprowadzenie archeologicznych ratowniczych badań wykopaliskowych na stanowisku: Nysa 15 - AZP 93-31/67 (250 arów).

SIWZ punkt 7. WARUNKI UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU ORAZ OPIS SPOSOBU DOKONYWANIA OCENY SPEŁNIANIA TYCH WARUNKÓW

7.1. O udzielenie zamówienia mogą się ubiegać Wykonawcy niepodlegający wykluczeniu na podstawie okoliczności, o których mowa w art. 24 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

7.2. O udzielenie zamówienia mogą się ubiegać Wykonawcy, którzy spełniają n/w warunki, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp.

7.2.1. Uprawnienia do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania:

7.2.2. Wiedza i doświadczenie

7.2.3. Potencjał techniczny i osoby zdolne do wykonania zamówienia

7.2.4. Sytuacja ekonomiczna i finansowa

Opis sposobu dokonywania oceny warunku: (w zakresie sytuacja ekonomiczna i finansowa)

1) Wykonawca musi wykazać średni **przychód za ostatnie trzy lata obrotowe,** a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, **za wszystkie pełne lata obrotowe** (na podstawie „Rachunku zysków i strat" pozycja „Przychód netto ze sprzedaży produktów, towarów i materiałów" lub „Przychód netto ze sprzedaży i zrównane z nimi") w wysokości nie mniejszej niż 400.000,00 PLN;

2) Wykonawca musi być ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na wartość co najmniej 400.000,00 PLN.

7.3. Informacja dla Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (spółki cywilne/konsorcja).

W przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, żaden z nich nie może podlegać wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 ustawy Pzp oraz nie może podlegać wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy, natomiast spełnianie warunków wskazanych w art. **22 ust.1 ustawy Pzp, których opis sposobu spełniania zamieszczony został w pkt 7.2 IDW muszą spełniać łącznie.**

7.4. Zamawiający dokona oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu na podstawie oświadczeń i dokumentów o których mowa w pkt 8 IDW, na zasadzie spełnia - nie spełnia.

8. OŚWIADCZENIA I DOKUMENTY WYMAGANE DLA POTWIERDZENIA SPEŁNIANIA PRZEZ WYKONAWCÓW WARUNKÓW UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU

8.2. W celu potwierdzenia spełniania warunków o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp i zweryfikowania zdolności Wykonawcy do należytego wykonania udzielanego zamówienia, i których opis sposobu oceny spełniania został zamieszczony w pkt 7.2 IDW należy wraz z ofertą - pod rygorem wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp - złożyć następujące oświadczenia i dokumenty:

8.2.1. Oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu (Formularz 3.2.1)

8.2.4. (w zakresie sytuacja ekonomiczna i finansowa) Część sprawozdania finansowego: rachunek zysków i strat za ostatnie 3 lata obrotowe, (jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy to za ten okres), a jeżeli sprawozdanie finansowe podlega badaniu przez biegłego rewidenta zgodnie z przepisami o rachunkowości, również opinię o badanych sprawozdaniach w części dotyczącej rachunku zysków i strat. W przypadku Wykonawców nie zobowiązanych do sporządzania sprawozdania finansowego - inne dokumenty określające obroty oraz zobowiązania i należności za okres jak w zdaniu poprzednim i potwierdzające spełnienie warunku, o którym mowa w pkt 7.2.4.1 IDW.
8.2.5. Opłaconą polisę, a w przypadku jej braku inny dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia.
Uwaga: Jeżeli z uzasadnionej przyczyny Wykonawca nie może przedstawić wymaganych dokumentów dotyczących sytuacji finansowej i ekonomicznej, może przedstawić inny dokument, który w wystarczający sposób potwierdza spełnianie opisanego w pkt 7.2.4 IDW warunku.
8.6. Forma i zasady składania oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu.
8.6.1. Dokumenty i oświadczenia wymagane dla potwierdzenia spełnienia przez Wykonawców warunków udziału w postępowaniu (za wyjątkiem oświadczeń wymienionych w pkt 8.2.1. IDW oraz dokumentów, o których mowa w pkt 8.3 i 8.5.1. które muszą zostać złożone w formie oryginału), należy złożyć w oryginale lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez Wykonawcę.
8.6.2. W przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia oraz w przypadku podmiotów, o których mowa w pkt 8.3. IDW, kopie dokumentów dotyczących odpowiednio Wykonawcy lub tych podmiotów są poświadczane za zgodność z oryginałem przez Wykonawcę lub te podmioty.
8.6.5. W celu potwierdzenia spełnienia warunków wymaganych od Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia:
a) oświadczenie wymienione w pkt 8.1.1. IDW oraz dokumenty wymienione w pkt 8.1.2 - 8.1.7 albo odpowiadające im dokumenty określone w pkt 8.4.1 i 8.4.2 IDW oraz 8.5.1. powinny być złożone przez każdego Wykonawcę;
b) oświadczenie wymienione w pkt 8.2.1. IDW powinno być złożone w imieniu wszystkich Wykonawców; pozostałe dokumenty wymienione w pkt 8.2. IDW powinien złożyć dowolny/dowolni Wykonawca/y wykazujący spełnianie warunków spośród Wykonawców składających wspólnie ofertę;
13

---

9. OPIS SPOSOBU PRZYGOTOWANIA OFERT
9.1. Wykonawca może złożyć tylko jedną ofertę dla jednego lub dwóch zadań (części) z zastrzeżeniem, iż wyklucza się możliwość złożenia jednocześnie ofert na dwa zadania w przypadku zadań nr I, II i IV.
9.4. Wraz z ofertą powinny być złożone:
9.4.1. Oświadczenia i dokumenty, wymagane postanowieniami pkt 8 IDW;
9.6 Oferta oraz pozostałe oświadczenia i dokumenty, dla których Zamawiający określił wzory w formie formularzy zamieszczonych w Rozdziałach 2 i 3 Tomu I, powinny być sporządzone zgodnie z tymi wzorami, co do treści oraz opisu kolumn i wierszy.
Termin składania ofert - do dnia 21.04.2015r.
14. KRYTERIA WYBORU I SPOSÓB OCENY OFERT ORAZ UDZIELENIE ZAMÓWIENIA
14.1 Przy dokonywaniu wyboru najkorzystniejszej oferty Zamawiający stosować będzie następujące kryteria oceny ofert:
1 Cena (C) 80
2 Termin realizacji prac terenowych (TT) 20
14.4. Za najkorzystniejszą ofertę zostanie uznana oferta, która otrzyma najwyższą ilość punktów stanowiących sumę punktów przyznanych w ramach każdego z podanych kryteriów wyboru oferty określonych w pkt 14.1 IDW. Zamawiający udzieli zamówienia Wykonawcy, który spełni wszystkie postawione w SIWZ warunki oraz otrzyma najwyższą liczbę punktów spośród ważnych ofert.
Zamawiający udzielał wyjaśnień do SIWZ, które jednak nie miały związku z zarzutami odwołania.

Do upływu wyznaczonego terminu składania ofert, na część 1 zamówienia oferty złożyli:
1) konsorcjum: 1. A. W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: A. W. „Testa" Pracownia Archeologiczna ul. Maksyma Gorkiego 37 lok. 25, 92-524 Łódź; 2. W. B. – Z.
prowadząca działalność gospodarczą pod firmą: Pracownia archeologiczna „GRANDOR" W. B. – Z., ul. Jabłoniowa 17 lok. 12, 91-496 Łódź, cena 502 321,18 zł; okres badań terenowych 10 tygodni. Oferty nie oceniano – wykonawca został wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, a jego ofertę uznano za odrzuconą.
2) Konsorcjum: Progres I. O., Pracownia Archeologiczna D. M. cena 523 439,78 zł; okres badań terenowych 10 tygodni. Oferty nie oceniano, gdyż została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

14

---

3) Prace wysokościowe Arachne Ł. Ż. cena 751 219,06 zł; okres badań terenowych 10 tygodni. Oferty nie oceniano - wykonawca został wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, a jego ofertę uznano za odrzuconą.
4) Archgeo P. J. cena 586 795,61 zł; okres badań terenowych 10 tygodni. Oferty nie oceniano – wykonawca został wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, a jego ofertę uznano za odrzuconą.
5) AKME Z. W. sp. z o.o. cena 686 354,76 zł; okres badań terenowych 10 tygodni. Łączna punktacja 100.
Na część 1 zamówienia zamawiający wybrał ofertę wykonawcy AKME Z. W. sp. z o.o. cena 686 354,76 zł; termin realizacji prac terenowych 10 tygodni. W uzasadnieniu wyboru zamawiający podał, że ww. wykonawca spełnia warunki udziału i nie podlega wykluczeniu z postępowania. Ofertę uznano za najkorzystniejszą, gdyż w wyniku oceny otrzymała ona najwyższą ilość punktów spośród ofert niepodlegających odrzuceniu (część 1) w kryteriach określonych w ogłoszeniu i w SIWZ, tj.: cena (waga 80%) i termin realizacji prac terenowych (20%).
Szacunkowa wartość zamówienia na 5 części postępowania podana przez zamawiającego wynosiła: 1 828 637,04 zł, na część 1 - 905 083,00 zł.
W dokumentach oferty złożonej jedynie na część 1 zamówienia odwołujący nie złożył wymaganych dokumentów na potwierdzenie zdolności ekonomicznej do realizacji zamówienia, oprócz polisy ubezpieczenia OC.
Z zaświadczenia z CEIDG wynika, że A. W. Testa Pracownia Archeologiczna rozpoczął działalność gospodarczą 10 marca 2014 r.
Pismem z dnia 8 maja 2015 r. odwołujący został wezwany przez zamawiającego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do złożenia dokumentów, o których mowa w pkt 8.2.4. IDW tj. „części sprawozdania finansowego: rachunku zysków i strat za ostatnie 3 lata obrotowe, (jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy to za ten okres), a jeżeli
sprawozdanie finansowe podlega badaniu przez biegłego rewidenta zgodnie z przepisami o rachunkowości, również opinię o badanych sprawozdaniach w części dotyczącej rachunku zysków i strat. W przypadku Wykonawców nie zobowiązanych do sporządzania sprawozdania finansowego - inne dokumenty określające obroty oraz zobowiązania i należności za okres jak w zdaniu poprzednim, potwierdzające spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomiczno - finansowej."
„Generalna Dyrekcja dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Opolu informuje, iż dokumenty i oświadczenia zawarte w państwa ofercie, złożonej wspólnie przez Testa Pracownia Archeologiczna A. W., ul. M. Gorkiego 37 m. 25, 92-524 Łódź oraz Pracownia
15

Archeologiczna „Grandor" W. B.-Z., ul. Jabłoniowa 17/12 91-496 Łódź w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Wykonanie archeologicznych ratowniczych badań wykopaliskowych na trasie planowanej budowy obwodnicy Nysy W ciągu dróg krajowych nr 46 i 41 wraz z opracowaniem wyników badań w podziale na 5 zadań (części) nie potwierdzają w pełnym zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy, doświadczenia, osób zdolnych do realizacji zamówienia oraz sytuacji ekonomicznej .
I. Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia - tom I Instrukcja dla Wykonawców (zwana dalej „IDW") pkt 7.2.4 w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej określił warunki jakie musi spełniać wykonawca, tj. wykazać średni przychód za ostatnie trzy

lata obrotowe a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, za wszystkie pełne lata obrotowe w wysokości nie mniejszej niż 400.000 zł.
W celu potwierdzenia spełnienia ww. warunku Wykonawcy obowiązani byli, zgodnie z pkt 8.2.4 IDW, przedłożyć między innymi część sprawozdania finansowego: rachunek zysków i strat za ostatnie 3 lata obrotowe, a w przypadku Wykonawców nie zobowiązanych do sporządzania sprawozdania finansowego - inne dokumenty określające obroty oraz zobowiązania i należności za ten okres.
Do Państwa oferty nie załączono żadnych dokumentów określających obroty, zobowiązania i należność, stąd też uznano, że nie zostało wykazane spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomiczno-finansowej.
W związku z powyższym, tut. Oddział działając na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 29 stycznia 2004 roku (tj. Dz. U. z 2013r. poz.907 ze zm.) wzywa do złożenia:
- dokumentów, o których mowa w pkt 8.2.4 IDW, tj. części sprawozdania finansowego: rachunek zysków i strat za ostatnie 3 lata obrotowe, (jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy to za ten okres), a jeżeli sprawozdanie finansowe podlega badaniu przez biegłego rewidenta zgodnie z przepisami o rachunkowości, również opinię o badanych sprawozdaniach w części dotyczącej rachunku zysków i strat. W przypadku Wykonawców nie zobowiązanych do sporządzania sprawozdania finansowego - inne dokumenty określające obroty oraz zobowiązania.
Przedmiotowe dokumenty, o których mowa w części I i II niniejszego pisma należy dostarczyć do siedziby Zamawiającego w formie pisemnej, w nieprzekraczalnym terminie do dnia 13.05.2015r. (…).
Złożone na niniejsze wezwanie oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnienie przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert,. tj. 21.04.2015r.

16

Przy piśmie z dnia 10 maja 2015 r. na potwierdzenie tego, że wykonawcy są w wymaganej przez zamawiającego sytuacji ekonomicznej przedłożył:
- wyciągi z podatkowej księgi przychodów i rozchodów wykonawcy W. B. – Z. za lata 2012 - 2014;
- wyciąg z podatkowej księgi przychodów i rozchodów wykonawcy A. W. za rok 2014;
- zeznania PIT-36L i PIT/B złożone przez wykonawcę W. B. – Z. za lata 2012-2014;
- zeznanie PIT-36L i PIT/B złożone przez wykonawcę A. W. za rok 2014.
Ze złożonych zamawiającemu dokumentów, wynika że obroty (przychód netto) W. B. – Z. wynosiły w latach:
2012 - 137 734,43 zł,
2013 - 178 189,99 zł,
2014 - 178 730,45 zł.
- a więc średni przychód za ostatnie trzy lata obrotowe, („Przychód netto ze sprzedaży produktów, towarów i materiałów” lub „Przychód netto ze sprzedaży i zrównane z nimi”) nie osiągnął wysokości - nie mniejszej niż 400.000,00 PLN;
Konsorcjant – A. W. rozpoczął wykonywanie działalności gospodarczej od dnia 10 marca 2014 r. do 31 grudnia 2015 r. osiągnął przychód netto w wysokości 432.010,69 zł.
Zamawiający w dniu 20 maja 2015 r. powiadomił wykonawców, w tym odwołującego o wyniku przetargu, jak niżej:
„Również ze względu na niespełnienie warunków udziału w zakresie sytuacji ekonomiczno-finansowej Zamawiający wykluczył: konsorcjum:
- „TESTA" Pracownia Archeologiczna A. W., ul. M. Gorkiego 37 m. 25 92-524 Łódź (lider)
- Pracownia Archeologiczna „Grandor" W. B.- Z., ul. Jabłoniowa 17/12 , 91-496 Łódź
składające ofertę nr 4 dla zadania nr 1
- na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4) ustawy Pzp, gdyż ww. Wykonawca nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu.
Uzasadnienie faktyczne:
Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia - tom I IDW, pkt 7.2.4 w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej określił warunki jakie musi spełniać wykonawca, tj. wykazać średni przychód za ostatnie trzy lata obrotowe, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, za wszystkie pełne lata obrotowe w wysokości nie mniejszej niż

400.000 zł.
W celu potwierdzenia spełnienia w/w warunku Wykonawcy zobowiązani byli zgodnie z pkt 8.2.4 IDW, przedłożyć między innymi część sprawozdania finansowego: rachunek zysków i strat za ostatnie 3 lata obrotowe, a w przypadku Wykonawców nie zobowiązanych do
17

---

sporządzania sprawozdania finansowego - inne dokumenty określające obroty oraz zobowiązania i należności za ten okres.
Do oferty w/w Wykonawców składających wspólnie ofertę nie dołączono żadnych dokumentów określających przychód, natomiast na wezwanie do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp Wykonawcy dostarczyli informacje o wysokości dochodu z pozarolniczej działalności gospodarczej (PIT/B): TESTA" Pracownia Archeologiczna A. W. - za ostatni rok obrotowy, Pracownia Archeologiczna „Grandor" W. B. –Z. - za trzy ostatnie lata obrotowe. Z dokumentów tych wynika, iż średni przychód za te lata wyniósł ok. 180 000 zł . Oznacza to, że średni przychód Wykonawców jest niższy od wysokości wymaganej przez Zamawiającego i że Wykonawcy składający wspólnie ofertę nie spełniają warunków udziału w postępowaniu. W związku z powyższym Wykonawcy zostali wykluczeni z przedmiotowego postępowania zgodnie z wymienionym na wstępie art. 24 ust. 2 pkt 4) ustawy Pzp, a ich oferta złożona dla zadania nr 1, na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp uznana została za odrzuconą.
Izba zważyła, co następuje.

Odwołujący wykazał legitymację do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Ubiega się o przedmiotowe zamówienie, złożył najkorzystniejszą cenowo ofertę na omawianą część 1 zamówienia, mógł zatem wykazywać, że czynności zamawiającego zostały przedsięwzięte z naruszeniem przepisów ustawy Pzp, co godziło w interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia i mogło go narażać na poniesie szkody.

Przechodząc do rozpatrzenia zarzutów odwołania należało mieć na uwadze zarówno uregulowania prawne odnoszące się do sposobu wykazania zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia, jak i warunki szczegółowe, które określił zamawiający w postanowieniach ogłoszenia oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia, podanych do wiadomości i stosowania przez wszystkich wykonawców, którzy zdecydowali się na złożenie oferty.

Art. 22 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki, dotyczące między innymi: 4) sytuacji ekonomicznej i finansowej. Ust 3. Opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków, o których mowa w ust. 1, zamieszcza się w ogłoszeniu o zamówieniu (…). Ust. 4. Opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków, o których mowa w ust. 1, powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

Przepis art. 23 ust. 1 ustawy Pzp przewiduje, że wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia. Ust. 3. Przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców, o których mowa w ust. 1.
18

Z kolei art. 25 ust 1 ustawy Pzp upoważnia zamawiającego do żądania w postępowaniu o udzielenie zamówienia od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie:
1) warunków udziału w postępowaniu,
- zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert.

Art. 26 ust. 2a ustawy Pzp zobowiązuje wykonawców na żądanie zamawiającego i w zakresie przez niego wskazanym do wykazania odpowiednio, nie później niż na dzień składania (…) ofert, spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp.

Rodzaje dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, oraz formy, w jakich dokumenty te mogą być składane określa rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. (Dz. U. z 2013 r. poz. 231), stanowiąc w § 1 ust. 1 pkt 9, że zamawiający może żądać, między innymi - sprawozdania finansowego, albo jego części,

a jeżeli podlega ono badaniu przez biegłego rewidenta zgodnie z przepisami o rachunkowości, również z opinią o badanym sprawozdaniu albo jego części, a w przypadku wykonawców niezobowiązanych do sporządzania sprawozdania finansowego - innych dokumentów określających obroty oraz zobowiązania i należności - za okres nie dłuższy niż ostatnie 3 lata obrotowe, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - za ten okres.

W ocenie Izby postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia spełniają postulaty przytaczanych powyżej uregulowań prawnych i je uszczegóławiają. Ponadto warunki podane jednolicie dla wszystkich wykonawców zostały ukształtowane w sposób wiążący i na obecnym etapie postępowania brak jest podstaw do rewidowania ich treści. Jeżeli odwołujący uznawał, że postanowienia SIWZ uchybiają przepisom ustawy Prawo zamówień publicznych lub przepisom rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów,
jakich może żądać zamawiający od wykonawcy na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, oraz formy, w jakich dokumenty te mogą być składane, mógł we właściwym terminie wnieść odwołanie wobec ogłoszenia o zamówieniu oraz wobec warunków oznaczonym w SIWZ. W szczególności dotyczyło to postanowienia, tomu I IDW -SIWZ, pkt 7.2.4 w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej - określającego warunki jakie musi spełniać wykonawca, tj. wykazać średni przychód za ostatnie trzy lata obrotowe, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, za wszystkie pełne lata obrotowe w wysokości nie mniejszej niż 400.000 zł.

Zamawiający zatem wymagał aby nawet wtedy, gdy okres prowadzenia działalności był krótszy niż 3 lata, wykonawca wykazał przychód za wszystkie pełne lata obrotowe.

Zamawiający również jest związany warunkami udziału w postępowaniu, które ustanowił i na etapie oceny ofert nie może od nich odstępować, ani stwarzać żadnych wyjątków, gdyż naruszałoby to zasady równego traktowania wykonawców i czyniło postępowanie i jego wynik nieprzewidywalnym. Stawiane wymaganie było jednoznacznie zrozumiałe i podlegało zastosowaniu zgodnie z jego treścią, skoro wykonawcy nie zakwestionowali skutecznie tych postanowień odwołaniem wobec postanowień SIWZ.

Nie można było pominąć, iż odwołujący stanowi konsorcjum dwóch firm: 1) A. W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: A. W. „Testa" Pracownia Archeologiczna; 2) W. B. – Z. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą: Pracownia archeologiczna „GRANDOR" W. B. – Z., z siedzibą w Łodzi. Ideą zawiązywania konsorcjum jest łączenie potencjału koniecznego do wykazania zdolności do realizacji zamówienia publicznego, jeżeli pojedynczy wykonawca nie jest w stanie samodzielnie wykazać spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Przy tym przepis art. 22 ust. 3 ustawy Pzp nakazuje traktowanie konsorcjum jak jednego wykonawcę.

Odwołujący nie kwestionował, iż p. W. B. – Z. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą: Pracownia archeologiczna „GRANDOR" W. B. – Z. samodzielnie nie spełniała warunku zdolności ekonomiczno- finansowej. Z tych też względów odwołujący przedłożył także odnośne dokumenty dotyczące lidera konsorcjum p. A. W. .

W ocenie Izby, wbrew stanowisku odwołującego - p. A. W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: A. W. „Testa" Pracownia Archeologiczna również nie spełniał samodzielnie wyznaczonego warunku w specyfikacji istotnych warunków zamówienia - tom I Instrukcja dla Wykonawców pkt 7.2.4 w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej, tj. w odniesieniu do wykazania średniego przychodu za ostatnie trzy lata obrotowe, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, za wszystkie pełne lata obrotowe w wysokości nie
mniejszej niż 400.000 zł.

Zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 9) ustawy z dnia 29 września 1994 r. o rachunkowości (Dz. U. z 2013, poz. 330 ze zm.) ilekroć w ustawie jest mowa o roku obrotowym - rozumie się przez to rok kalendarzowy lub inny okres trwający 12 kolejnych pełnych miesięcy kalendarzowych, stosowany również do celów podatkowych. Rok obrotowy lub jego zmiany określa statut lub umowa, na podstawie której utworzono jednostkę. Jeżeli jednostka rozpoczęła działalność w drugiej połowie przyjętego roku obrotowego, to można księgi rachunkowe i sprawozdanie finansowe za ten okres połączyć z księgami rachunkowymi i

---

sprawozdaniem finansowym za rok następny. W przypadku zmiany roku obrotowego

pierwszy po zmianie rok obrotowy powinien być dłuższy niż 12 kolejnych miesięcy.

W przypadku przedsiębiorców opodatkowanych podatkiem dochodowym od osób fizycznych - rok obrotowy i podatkowy stanowi rok kalendarzowy. Gdy rozpoczęcie działalności nastąpiło w trakcie trwania roku, okres rozliczenia podatkowego, będzie odpowiednio krótszy, co nie jest równoznaczne z definicją pełnego roku obrotowego.

Przywołana przez odwołującego uchwała Sądu Najwyższego z 24 kwietnia 2014 roku (sygn. akt III CZP 15/2014; LEX nr 1463799), gdzie Sąd ten wskazał, że w świetle definicji zawartej w art. 3 ust. 1 pkt 9 ustawy o rachunkowości zasadą jest rok obrotowy trwający kolejne 12 miesięcy. Jednakże z definicji tej wynikają zarówno wyjątek, że rok obrotowy może być dłuższy niż 12 miesięcy, (jeżeli nastąpiła zmiana roku obrotowego określonego w umowie lub statucie, a także, jeżeli przedsiębiorca rozpoczął działalność w drugiej połowie przyjętego, jako rok obrotowy roku kalendarzowego i wybrał możliwość połączenia okresu sprawozdawczego z kolejnym rokiem obrotowym), jak i krótszy niż 12 miesięcy - jeżeli przedsiębiorca rozpoczął działalność w drugiej połowie roku kalendarzowego przyjętego, jako rok obrotowy i nie połączył okresu sprawozdawczego z kolejnym rokiem obrotowym - dotyczy osób prawnych, którym jedynie przysługuje prawo wyboru okresu trwania roku obrotowego/podatkowego, gdyż wydana została w odniesieniu do przepisów opodatkowania podatkiem dochodowym od osób prawnych.

Wykazany przez p. A. W. firma Testa - Pracownia Archeologiczna przychód za okres od dnia 10 marca 2014 r. do 31 grudnia 2014 r. w wysokości netto 432 010,69 zł - nie dotyczy pełnego roku obrotowego. Okres prowadzenia działalności przez odwołującego wykonawcę - jako konsorcjum jest natomiast dłuższy niż 3 lata.

Z tych względów ocenie podlegał łączny przychód konsorcjum wykonawców za ostatnie 3 lata obrotowe. W punkcie 7.3. SIWZ Informacja dla Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (spółki cywilne/konsorcja) zamawiający wyraźnie
podał, że w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, spełnianie warunków wskazanych w art. 22 ust.1 ustawy Pzp, których opis sposobu spełniania zamieszczony został w pkt 7.2 IDW - muszą spełniać łącznie.
Z podsumowania przychodów obydwu konsorcjantów wynika, jak niżej.
Za rok 2012 przychód p. B. – Z. wynosił - 137 734,43 zł,
Za rok 2013 przychód p. B. – Z. wynosił - 178 189,99 zł,
Za rok 2014 przychód p. B. – Z. wynosił - 178 730,45 zł + przychód p. A. W. - 432 010,69 zł,
łącznie - wynosił 610 741,14 zł.

Razem przychód konsorcjum za lata 2012 -2014, wynosił: 926 665,56 zł, co w przeliczeniu średnio na jeden rok obrotowy przynosi wynik: 308 888,52 zł (co strony w trakcie rozprawy przyznały), a więc poniżej wymaganego minimum 400 000,00 zł.

Materiał dowodowy sprawy dawał podstawy do stwierdzenia, że wykluczenie odwołującego z postępowania z przyczyn wskazanych w powiadomieniu z dnia 20 maja 2015 r. znajdowało normatywne wsparcie w przywołanym, jako podstawa tej czynności art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, który stanowi, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu. Z kolei, w myśl postanowień art. 24 ust. 4 ustawy Pzp ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą.

W tych okolicznościach wybór oferty wykonawcy AKME Z. W. sp. z o.o., ul. Wierzbowa 3, 50-056 Wrocław, dokonany został zgodnie z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

Procedura wzywania odwołującego do uzupełnienia dokumentów oferty w odniesieniu do wykazania wyznaczonej sytuacji ekonomicznej i finansowej, przewidziana w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp została wyczerpana i jej ponowienie w tym samym zakresie nie jest możliwe.

Z tych względów odwołujący podlegał wykluczeniu z postępowania.

Zarzuty odwołującego naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013r., poz. 907 ze zm.) poprzez niezgodne z prawem wykluczenie odwołującego z postępowania i uznanie oferty za odrzuconą w odniesieniu do 1 części zamówienia, to jest naruszenia:
1. art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 4 Pzp poprzez jego zastosowanie i wykluczenie odwołującego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, pomimo iż odwołujący wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu;
2. art. 24 ust. 4 Pzp poprzez jego zastosowanie i uznanie oferty złożonej przez

odwołującego za odrzuconą, pomimo iż odwołujący wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu i nie podlegał wykluczeniu z postępowania z innych powodów;
3. art. 91 ust. 1 Pzp poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej dla zadania nr 1 oferty wykonawcy AKME Z. W. sp. z o.o., ul. Wierzbowa 3, 50-056 Wrocław, podczas gdy ofertą niepodlegającą odrzuceniu złożoną przez wykonawców najkorzystniejszą niepodlegających wykluczeniu jest oferta odwołującego;
4. art. 7 ust. 1 Pzp poprzez dyskryminacyjne traktowanie wykonawców prowadzących działalność krócej niż inni wykonawcy;
5. art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 23 ust. 3 Pzp poprzez dyskryminacyjne traktowanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.
- nie znalazły potwierdzenia w materiale dowodowym sprawy.
22

Odwołujący przyznał, że nie ma interesu w zaskarżeniu czynności zaniechania odrzucenia przez zamawiającego oferty AKME Z. W. sp. z o.o., jako że spółka ta złożyła ofertę mniej korzystną niż oferta odwołującego, zatem zarzut, że oferta tego wykonawcy podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jako niezgodna z treścią SIWZ - nie podlegał uwzględnieniu.

W tym stanie rzeczy Izba oddaliła odwołanie, o czym orzekła na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 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 (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....

23