

**WYROK**

Warszawa, dnia 16 lipca 2024 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

Przewodniczący: Ernest Klauziński

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 26 czerwca 2024 r. przez odwołującego Technoalpin East Europe s.r.o. z siedzibą w Žilinie (Słowacja) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Dolnośląski Park Innowacji i Nauki S.A. z siedzibą we Wrocławiu przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego: Demaclenko sp. z o.o. z siedzibą w Bielsku-Białej

**orzeka:**

1. Umarza postępowanie w zakresie zarzutu numer 2.
2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.
3. Kosztami postępowania obciąża odwołującego i:
  - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
  - 3.2. zasądza od odwołującego Technoalpin East Europe s.r.o. z siedzibą w Žilinie (Słowacja) na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) jako zwrot kosztów postępowania odwoławczego poniesionych przez Zamawiającego.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący .....

**Uzasadnienie**

Dolnośląski Park Innowacji i Nauki S.A. z siedzibą we Wrocławiu (dalej: Zamawiający) prowadzi na podstawie przepisów ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605, dalej: Pzp) postępowanie w trybie podstawowym pn.: „Budowa systemu naśnieżania na terenie Dolnośląskiego Centrum Sportu Polana Jakuszycka na działkach nr 414/1, 414/2 i 400, obręb 0008 Szklarska Poręba” (Numer postępowania: ZP/TP/25/2024) zwane dalej postępowaniem.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych 10 maja 2024 roku pod numerem 2024/BZP 00319774/01.

26 czerwca 2024 r. wykonawca Technoalpin East Europe s.r.o. z siedzibą w Žilinie (Słowacja) (dalej: Odwołujący), wniósł odwołanie i zarzucił Zamawiającemu:

- 1) zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Demaclenko Sp. z o. o. z siedzibą w Bielsku-Białej (dalej: Przystępujący), czego skutkiem było dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego, mimo, że na wezwanie Zamawiającego w przedmiocie wykazania spełnienia warunku sytuacji ekonomicznej i finansowej przedłożone zostało sprawozdanie finansowe za rok 2021 podpisane wyłącznie przez członków zarządu spółki, natomiast niepodpisane przez osobę, która to sprawozdanie sporządziła, a w ogóle nie zostało złożone sprawozdanie finansowej za rok 2023, czym Zamawiający naruszył art. 226 ust. 1 pkt 2c Pzp;
- 2) dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego mimo powzięcia wiedzy, że podmiot ten może nie dysponować urządzeniami opisanymi w programie funkcjonalno – użytkowym, przy jednoczesnym zaniechaniu choćby wezwania oferenta do wyjaśnień w tym zakresie, czym Zamawiający naruszył art. 226 ust.

5 Pzp w zw. z art. 223 ust. 1 Pzp.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1) „unieważnienia czynności Zamawiającego w oparciu o art. 554 ust. 3 pkt 1b Pzp”.

W toku rozprawy Odwołujący oświadczył, że wycofuje zarzut numer 2.

W uzasadnieniu podtrzymanego zarzutu Odwołujący wskazał m. in.:

Zamawiający zgodnie z postanowieniami Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: SWZ) wezwał Przystępującego do złożenia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu - sytuacji ekonomicznej lub finansowej. Zamawiający w sekcji VII ust. 1.3. oczekiwał wykazania, że w okresie ostatnich 3 lat obrotowych, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, oferent osiągnął średnioroczne przychody ogółem w wysokości co najmniej 2.000.000 PLN

(słownie: dwa miliony złotych) lub równowartość tej kwoty w innej walucie. Zgodnie z SWZ

(VIII ust. 1 pkt 6) środkiem dowodowym na wykazanie spełniania tego warunku powinno być sprawozdanie finansowe albo jego część, w przypadku, gdy sporządzenie sprawozdania wymagane jest przepisami kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, a jeżeli podlega ono badaniu przez firmę audytorską, zgodnie z przepisami o rachunkowości, również odpowiednio ze sprawozdaniem z badania sprawozdania finansowego.

Ponieważ Przystępujący to spółka prawa polskiego, jest on zobowiązany do sporządzania sprawozdań finansowych zgodnie z przepisami o rachunkowości.

Ustawa z dnia 29 września 1994 roku o rachunkowości w art. 52 ust. 2 i 21 (na którą w zakresie spełnienia tego warunku powołuje się SWZ) wskazuje, że sprawozdanie finansowe podpisują - podając zarazem datę podpisu - osoba, której powierzono prowadzenie ksiąg rachunkowych, i kierownik jednostki, a jeżeli jednostką kieruje organ wieloosobowy - wszyscy członkowie tego organu albo co najmniej jedna osoba wchodząca w skład tego organu w sposób, o którym mowa w ust. 2b. Odmowa podpisu sprawozdania finansowego wymaga sporządzenia pisemnego uzasadnienia dołączonego do sprawozdania.

Podpisanie sprawozdania finansowego stanowi potwierdzenie, że spełnia ono wymagania przewidziane w ustawie.

Jak wynika z przedłożonych przez Przystępującego dokumentów xml, o ile sprawozdania

za lata 2020 i 2022 zawierają podpisy obu członków zarządu Panów M.L. i A.L. oraz Pani J.K., będącej zatem osobą, której powierzono prowadzenie ksiąg rachunkowych spółki, o tyle sprawozdanie za rok 2021 zostało podpisane wyłącznie przez Panów M.L. i A.L., czyli członków zarządu Przystępującego. Co więcej tak podpisane sprawozdanie zostało złożone do Repozytorium Dokumentów Finansowych, tj. opatrzone wyłącznie podpisami członków zarządu a bez podpisu i jakiegokolwiek oświadczenia osoby, której powierzono prowadzenie ksiąg rachunkowych.

Dowód: sprawozdania przedłożone przez Przystępującego w postępowaniu wraz z osobnymi plikami podpisów, zrzuty ekranu z otwarcia plików sprawozdań w Centralnym Repozytorium Dokumentów Finansowych

Z uwagi na to, że sprawozdanie za rok 2021 nie spełnia wymogów polskiego prawa, nie może być mowy o tym, że jest wystarczającym środkiem dowodowym na potwierdzenie warunku posiadania odpowiedniej sytuacji ekonomicznej lub finansowej.

Przystępujący, wyjaśniając inne wątpliwości wobec przedłożonych sprawozdań próbował argumentować, że przecież zostały one złożone do systemu sądowego – repozytorium Dokumentów Finansowych, a zatem zostały pozytywnie zweryfikowane. Niestety nie jest

to prawdą – system obsługujący Repozytorium Dokumentów Finansowych dopuszcza

do zarejestrowania sprawozdania, które posiadają jakiegokolwiek kwalifikowane podpisy elektroniczne lub ePuap, nie ma on jednak narzędzi niezbędnych do weryfikacji, czy zawierają one odpowiednią liczbę podpisów i czy znalazł się na nich podpis osoby, której powierzono prowadzenie ksiąg rachunkowych.

Jednocześnie mimo zakończenia roku 2023 Przystępujący nie przedstawił sprawozdania finansowego za rok 2023, czym w sposób oczywisty uchybił postanowieniom SWZ, które wymagały wykazania zdolności ekonomicznej i finansowej za ostatnie 3 lata obrotowe,

a Przystępujący nie przedstawił dokumentu za rok 2023. Jak wynikało ze złożonych dokumentów, rok obrotowy 2023 musiał zostać zakończony 31 stycznia 2024 r. (gdyż taki model lat obrotowych przyjął Przystępujący), a zatem nic nie stało na przeszkodzie

aby Przystępujący przedstawił sprawozdanie finansowe za rok kończący się w styczniu 2024 roku, w czerwcu 2024 roku.

SWZ wskazywał, że jeżeli z uzasadnionej przyczyny Wykonawca nie może złożyć wymaganego przez Zamawiającego podmiotowego środka dowodowego, o którym mowa

w pkt 6), Wykonawca składa inny podmiotowy środek dowodowy, który w wystarczający sposób potwierdza spełnianie opisanego przez Zamawiającego warunku udziału

w postępowaniu dotyczącego sytuacji ekonomicznej lub finansowej. Przystępujący w swoim piśmie z 20 czerwca 2024

r., zapewne antycypując problemy ze sprawozdaniami złożył rzekomo alternatywne dowody, jednak były to niepodpisane przez nikogo pliki pdf z treścią sprawozdania zarządu z działalności spółki za lata 2021 (zakończony w styczniu 2022) i 2022 (zakończony w styczniu 2023).

Dowód: pliki pdf z treścią sprawozdań zarządu z działalności spółki przedłożone przez Przystępującego Przystępujący nie przedstawił jakiegokolwiek dokumentu potwierdzającego wysokość przychodów w roku obrotowym zakończonym w styczniu 2024.

W pierwszej kolejności wskazać należy, że brak jest uzasadnionego powodu, dla którego Przystępujący, będąc polską spółką zobowiązaną do przestrzegania wymogów Ustawy o rachunkowości nie może złożyć sporządzonych prawidłowo sprawozdań finansowych za zakończone lata obrotowe (nie posiada sprawozdania za rok zakończony ponad 4 miesiące wcześniej a sprawozdanie za rok 2021 składa bez wymaganego prawem podpisu). Jednocześnie dokumenty alternatywne w postaci niepodpisanych przez nikogo dokumentów pdf z pewnością nie mogą stanowić o spełnieniu wymogu alternatywnego środka dowodowego.

Ponadto brak podpisu osoby prowadzącej księgi rachunkowe, która jak wynika z dokumentów zgromadzonych w Repozytorium Dokumentów Finansowych podpisywała zarówno sprawozdanie za rok 2020 jak i 2022, a z jakiegoś powodu nie podpisała sprawozdania za rok 2021, powinien wskazywać na wątpliwości co do rzetelności tego dokumentu.

W tej sytuacji oferta Przystępującego jako podmiotu niespełniającego warunków udziału w postępowaniu powinna być odrzucona zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2c Pzp.

10 lipca 2024 r. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie.

Zamawiający zaprzeczył przy tym stanowisku i twierdzeniem Odwołującego podnosząc, że zarzut odwołania jest niezasadny i nie zasługuje na uwzględnienie.

**Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść SWZ, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron i Przystępującego zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie i piśmie procesowym, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.**

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 Pzp.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez niego szkody w wyniku kwestionowanych czynności zamawiającego.

Izba przeprowadziła dowód z dokumentacji postępowania oraz wszystkie wnioskowane przez Strony i Przystępującego dowody, które dotyczyły potrzymanego zarzutu odwołania.

Wobec wycofania przez Odwołującego zarzutu nr 2 odwołania Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w tym zakresie. Mając na uwadze powyższe Izba merytorycznie rozpoznała podtrzymany zarzut odwołania, uznając, że nie zasługuje ono na uwzględnienie.

Izba ustaliła, co następuje:

Stan faktyczny nie był sporny między uczestnikami postępowania odwoławczego. Nie

było również sporu, co do okoliczności kluczowej dla oceny zarzutu odwołania, tj. faktu,

że Zamawiający nie wzywał Przystępującego do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w trybie art. 128 ust.

1 Pzp w zakresie, o którym mowa w uzasadnieniu odwołania. Przystępujący był wzywany do uzupełnienia dokumentów, ale w zakresie innych, precyzyjnie określonych w wezwaniu okoliczności. Tym samym, w wypadku uznania przez Izbę, że kwestionowane przez Odwołującego dokumenty, złożone przez Przystępującego

na okoliczność wykazania spełnienia udziału w postępowaniu dotyczącego potencjału finansowego potwierdziły się, Zamawiający miałby obowiązek wezwać Przystępującego do ich uzupełnienia.

Zarzut odwołania został sformułowany w sposób bardzo precyzyjny i jednoznaczny – dotyczył naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 2c Pzp, zgodnie z którym zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń.

Wobec niewyczerpania przez Zamawiającego ścieżki uzupełnienia dokumentów przez Przystępującego w trybie art. 128 ust. 1 Pzp Izba uznała, że zarzut odwołania ma charakter przedwczesny. Co za tym idzie – niezależnie od oceny

okoliczności podniesionych

w odwołaniu, oferta Przystępującego na tym etapie postępowania nie mogła podlegać odrzuceniu.

Zgodnie z art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp Izba uwzględni odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ

na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców. Z kolei art. 555 Pzp stanowi, że Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

W konsekwencji Izba uznała, że zarzut odwołania podlega oddaleniu, ponieważ niezależnie od kwestii ewentualnych nieprawidłowości w wykazaniu przez Przystępującego wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, jego oferta na obecnym etapie postępowania

nie mogła być odrzucona – ponieważ taka czynność byłaby przedwczesna. Tym samym, wobec związania Izby zarzutem naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2c Pzp i brakiem zarzutu naruszenia art. 128 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wezwania Przystępującego

do odpowiedniego uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, odwołanie musiało być oddalone.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy

na podstawie art. 575 Pzp oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania

(Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący .....