

WYROK

z dnia 31 grudnia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **29 grudnia 2014 r.** w Warszawie odwołania wniesionego 12 grudnia 2014 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przez wykonawcę: **GO AHEAD sp. z o.o. S.K.A z siedzibą w Poznaniu** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Organizacja imprezy kulturalnej pod nazwą „Jarocin Festiwal” w 2015 r.* (nr postępowania BZB.271.39.2014) prowadzonym przez zamawiającego: **Gmina Jarocin z siedzibą w Jarocinie** przy udziale wykonawcy: **Concept Music Art sp. z o.o. z siedzibą w Balicach –** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu – Gminie Jarocin: unieważnienie wykluczenia GO AHEAD sp. z o.o. S.K.A z siedzibą w Poznaniu, a także powtórzenie oceny spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu z uwzględnieniem wniosku o dopuszczenie do udziału w nim złożonego przez odwołującego.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego – Gminę Jarocin i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **odwołującego – GO AHEAD sp. z o.o. S.K.A z siedzibą w Poznaniu** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od zamawiającego – Gminy Jarocin na rzecz odwołującego – GO AHEAD sp. z o.o. S.K.A z siedzibą w Poznaniu kwotę 19148 zł 00 gr** (słownie: dziewiętnaście tysięcy sto czterdzieści osiem złotych zero groszy) – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego z tytułu uiszczonego wpisu od odwołania oraz

1

Sygn. akt KIO 2636/14

uzasadnionych kosztów strony obejmujących wynagrodzenia pełnomocnika oraz koszty przejazdu na wyznaczone posiedzenie.

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

Przewodniczący:

2

Sygn. akt KIO 2636/14

Uzasadnienie

Zamawiający: Gmina Jarocin z siedzibą w Jarocinie – prowadzi w trybie negocjacji z ogłoszeniem, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych {tekst jednolity Dz. U. z 2013 r. poz. 907, z późn. zm.; zwanej dalej również „ustawą pzp” lub „ppz”}, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługi pn. *Organizacja imprezy kulturalnej pod nazwą „Jarocin Festiwal” w 2015 r.* (nr postępowania BZB.271.39.2014).

Ogłoszenie o tym zamówieniu zostało opublikowane jako obligatoryjne w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2014/S_201-355082 z 18 października 2014 r., z tym że 14 października Zamawiający przekazał to ogłoszenie Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej,

a także zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie na tablicy ogłoszeń oraz na swojej stronie internetowej {www.jarcoin.pl}.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp i została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 975.600,00 zł, co odpowiada 230.916,71 euro.

4 grudnia Zamawiający przesłał drogą elektroniczną Odwołującemu: GO AHEAD sp. z o.o. S.K.A. z siedzibą w Poznaniu {dalej również w skrócie: „Go Ahead”} zawiadomienie o wynikach oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w prowadzonym postępowaniu, w tym o wykluczeniu Odwołującego z postępowania.

12 grudnia 2014 r. Odwołujący wniósł odwołanie od wykluczenia go z postępowania w następstwie negatywnej oceny złożonego przez niego wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia ustawy pzp:

1. Art. 24 ust. 2 pkt 4 – przez wykluczenie z postępowania Odwołującego oparte na błędnym przyjęciu jakoby Odwołujący nie wykazał spełniania opisanego w pkt II.2.2.b) ogłoszenia o zamówieniu warunku udziału w postępowaniu, tj. posiadania rocznego obrotu w wysokości nie mniejszej niż 2.000.000,00 zł w każdym z ostatnich trzech lat obrotowych, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, podczas gdy Odwołujący, zgodnie z treścią ogłoszenia o zamówieniu i obowiązującym prawem, wykazał spełnienie powyższego warunku udziału w postępowaniu.
2. Art. 7 ust. 1 – przez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, gdyż Zamawiający: a) przyjął te same okoliczności faktyczne w odniesieniu do Odwołującego jako

3

Sygn. akt KIO 2636/14

niewystarczające do uznania, że spełnił on warunek udziału w postępowaniu, i w konsekwencji wykluczył na tej podstawie Odwołującego, podczas gdy w odniesieniu do innego wykonawcy – Prestige MJM sp. z o.o. sp. k. {dalej również w skrócie: Prestige MJM} te same okoliczności przyjął jako wystarczające do uznania tego warunku za spełniony; b) żądał od Odwołującego przedłożenia dokumentów potwierdzających roczny obrót w wysokości nie mniejszej niż 2.000.000,00 zł za rok 2014 r., a nie żądał tych dokumentów od wykonawcy Prestige MJM; c) w odniesieniu do Odwołującego przyjął datę wpisania do rejestru przedsiębiorców, wskazaną w odpisie z KRS, jako datę rozpoczęcia prowadzenia działalności i nie uznał w tym zakresie wyjaśnień Odwołującego, podczas gdy w odniesieniu do wykonawcy Prestige MJM przyjął na potwierdzenie wykazania obrotu dokumenty finansowe za lata 2011-2013, podczas gdy z odpisu KRS wynika, że wykonawca ten został wpisany do KRS 13 maja 2013 r.; d) w odniesieniu do wykonawcy Prestige MJM bezkrytycznie przyjął przedłożone wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu dokumenty, tj. bilans, rachunek zysków i strat, księgę przychodów i rozchodów – raport za 2011, i zaniechał wezwania tego wykonawcy do złożenia wyjaśnień, podczas gdy z dokumentów tych wynika, że dotyczą one innych podmiotów niż ten wykonawca oraz okresu sprzed wpisu wykonawcy do KRS; wątpliwe jest również uznanie za wiarygodne dokumentów, które nie zostały złożone do rejestru przedsiębiorców a zostały przedłożone Zamawiającemu w formie, która uniemożliwia weryfikację ich poprawności, m.in. pod względem rachunkowym.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia wykluczenia z postępowania Odwołującego
2. Powtórzenia oceny wniosku Odwołującego o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.
3. Unieważnienia pozytywnej oceny spełniania warunków udziału przez wykonawcę Prestige MJM.
4. Powtórzenia oceny wniosku wykonawcy Prestige MJM o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Odwołujący ponadto sprecyzował zarzut przez wskazanie następujących okoliczności prawnych i faktycznych uzasadniających wniesienie odwołania.

Odwołujący zrelacjonował, że ogłoszenie o zamówieniu Zamawiający określił,

że uzna za spełniony warunek dotyczący sytuacji ekonomicznej i finansowej, jeżeli wykonawca przedłoży dokumenty potwierdzające roczny obrót w wysokości nie mniejszej niż 2.000.000,00 zł w każdym z ostatnich trzech lat obrotowych, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie. Z kolei w celu wykazania spełniania tego warunku należało złożyć wraz z wnioskiem m. in. sprawozdanie finansowe za okres nie dłuższy niż

4

Sygn. akt KIO 2636/14

ostatnie trzy lata obrotowe, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – za ten okres.

Zdaniem Odwołującego wynika z tego, że Zamawiający dopuścił do udziału w postępowaniu zarówno wykonawców którzy, prowadząc działalność przez ostatnie trzy lata obrotowe lub dłużej, w każdym z ostatnich trzech lat obrotowych wykazują się obrotem w wysokości nie mniejszej niż 2.000.000,00 zł, jak i tych wykonawców którzy prowadząc działalność krócej np. dwa lata obrotowe, uzyskali roczny obrót w wysokości nie mniejszej niż 2.000.000,00 zł w każdym z tych np. dwóch lat obrotowych, jak i tych w końcu, którzy prowadząc działalność jeszcze krócej np. rok bądź nawet mniej niż rok, wykazali się rocznym obrotem w wysokości nie mniejszej niż 2.000.000,00 zł.

Odwołujący zrelacjonował dalej, że dla wykazania spełniania powyższego warunku przedstawił wraz z wnioskiem wszystkie niezbędne oświadczenia i dokumenty, w tym dokumenty potwierdzające uzyskanie w roku obrotowym 2013 obrotu w wysokości nie mniejszej niż 2.000.000,00 zł.

Następnie pismem z 7 listopada 2014 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do przedłożenia brakujących, w ocenie Zamawiającego, dokumentów.

Odwołujący w odpowiedzi przesłał wymagane dokumenty, w tym dokumenty księgowe wykazujące uzyskany obrót od stycznia do końca września 2014 r., a także wyjaśnił, że Go Ahead sp. z o.o. S.K.A. prowadzi działalność gospodarczą od 27 lutego 2013 r.

Odwołujący podniósł, że skoro prowadzi działalność krócej niż dwa lata obrotowe (rok obrotowy 2013 i niepełny rok 2014), ale i tak w każdym z tych lat wykazał się obrotem w wysokości nie mniejszej niż 2.000.000,00 zł, tym bardziej wykazał spełnianie warunku udziału w postępowaniu.

Odwołujący podał następnie, że Zamawiający kolejnym pismem z 19 listopada 2014 r., powołując się na to, że Go Ahead sp. z o.o. S.K.A. została wpisana do KRS 6 lipca 2012 r., wezwał do przedłożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku rocznego obrotu w wysokości nie mniejszej niż 2.000.000,00 zł w roku obrotowym 2012.

W odpowiedzi na wezwanie Odwołujący wyjaśnił, że wpis figurujący w KRS jako data rejestracji, tj. 6 lipca 2012 r. dotyczy podmiotu Consulting Zarządzania i Informatyki EKORG sp. z o.o. S.K.A., a ubiegający się o udzielenia przedmiotowego zamówienia podmiot pod firmą Go Ahead sp. z o.o. S.K.A. istnieje od 27 lutego 2013 r. (data dokonania wpisu zmian danych w rejestrze przedsiębiorców). Ponieważ Spółka pod wyżej wskazaną firmą wcześniej nie istniała, nie mogła prowadzić działalności gospodarczej. Ponadto Odwołujący podkreślił, że okres prowadzenia działalności przez Spółkę obejmuje jedynie rok obrotowy 2013 i niepełny rok 2014.

5

Sygn. akt KIO 2636/14

8 grudnia 2014 r. Zamawiający poinformował Odwołującego, że nie spełnia on warunków udziału w postępowaniu i tym samym zostaje z postępowania wykluczony.
{definicja legalna roku obrotowego}

Zdaniem Odwołującego Zamawiający nie wziął pod uwagę, że rok obrotowy, na który powołał się w skonkretyzowanym przez siebie warunku to pojęcie prawne, którego definicja legalna znajduje się w art. 3 ust. 1 pkt 9 ustawy z dnia 29 września 1994 r. o rachunkowości (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 330 ze zm.).

Zgodnie z tą definicją przez rok obrotowy rozumie się 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.

Wobec tego według Odwołującego Zamawiający może wymagać osiągnięcia określonego rocznego obrotu w każdym z ostatnich trzech lat obrotowych, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy niż trzy lata obrotowe – w tym okresie, tj. w latach obrotowych zawierających się w tym okresie, przy czym może oceniać dokumenty przedłożone przez wykonawców za lata obrotowe.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający, w pierwszej kolejności powinien był wezwać wykonawców do złożenia wyjaśnień, jak został określony w ich statutach czy umowach spółki rok obrotowy.

Odwołujący wskazał, że w jego przypadku rok obrotowy pokrywa się z rokiem kalendarzowym. Według Odwołującego oznacza to, że rokiem obrotowym w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 9 ustawy o rachunkowości był u niego, jak dotąd, jedynie rok 2013. Nie odpowiada natomiast tej definicji okres od wpisu spółki do rejestru przedsiębiorców, czyli lipca 2012 r. do 31 grudnia 2012 r., gdyż nie jest to okres roku kalendarzowego, ani okres dwunastu kolejnych pełnych miesięcy kalendarzowych. Rokiem obrotowym dla Odwołującego nie jest również okres od stycznia do września 2014 r. Stąd zdaniem Odwołującego prawidłowo przedłożył dokumenty finansowe jedynie za 2013 rok.

Odwołujący podał, że w informacji o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, w odniesieniu do wykluczonego wykonawcy FM PRO sp. z o.o. Zamawiający podał, że: *Pierwszy rok obrotowy dla Wykonawcy obejmował okres od 16.07.2013 roku do dnia 31.12.2013 roku, (co potwierdzają wyjaśnienia złożone przez Wykonawcę, na wezwanie Zamawiającego), drugi rok obrotowy, jeszcze nie zakończony przypada na rok 2014*

6

Sygn. akt KIO 2636/14

W ocenie Odwołującego takie rozumienie przez Zamawiającego „lat obrotowych” jest nieprawidłowe, zupełnie dowolne i sprzeczne z definicją roku obrotowego z ustawy o rachunkowości. W szczególności okres od lipca do końca 2013 r. nie jest rokiem obrotowym.

Odwołujący zwrócił uwagę jednocześnie, że w tej samej informacji i w odniesieniu do tego samego wykonawcy, Zamawiający już prawidłowo wskazuje, że: *Weryfikacji podlegają natomiast lata obrotowe mieszczące się w okresie prowadzenia działalności przez Wykonawcę, przy czym postawiony przez Zamawiającego warunek musi być spełniony w każdym z lat obrotowych*. Odwołujący podniósł, że powyższe stwierdzenie odpowiada definicji legalnej „roku obrotowego” i jako takie winno zostać uznane za jedyną możliwą i prawidłową w świetle obowiązujących przepisów wykładnię postawionego przez Zamawiającego warunku.

Odwołujący wyjaśnił, że – jak wynika z przedstawionego odpisu z rejestru przedsiębiorców – złożył do akt rejestrowych dokumenty finansowe za – trwający od 28.03.2012 r. (data zawarcia umowy spółki pod firmą Consulting Zarządzania i Informatyki EKORG sp. z o.o. S.K.A) do 31.12.2012 r. okres sprawozdawczy (a nie rok obrotowy), do których sporządzenia i złożenia był zobowiązany zgodnie z obowiązującymi przepisami. Jednakże dokumenty te nie obejmują swoim zakresem okresu roku obrotowego w rozumieniu definicji z ustawy o rachunkowości, gdyż u Odwołującego rok obrotowy jest równy rokowi kalendarzowemu.

Odwołujący zarzucił, że już choćby z tego powodu jego wykluczenie z postępowania nie było prawidłowe.

{rejestracja podmiotu a okres prowadzenia działalności}

Odwołujący zarzucił ponadto, że Zamawiający błędnie również pojmuje pojęcie „okres prowadzenia działalności”, gdyż utożsamia je wyłącznie z datą rejestracji podmiotu w rejestrze przedsiębiorców.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu w zakresie wymagania spełnienia przez wykonawców warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej, powołał się na § 1 ust. 1 pkt 9 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia

19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane {Dz. U. 2013, poz. 231; dalej zwane również w skrócie „rozporządzeniem o dokumentach”}, wskazując wyraźnie, że chodzi o dokumenty *za okres nie dłuższy niż ostatnie trzy lata obrotowe, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – za ten okres*.

Według Odwołującego z powyższego jednoznacznie wynika, że decyduje okres prowadzenia działalności, a nie okres od kiedy przedsiębiorca został wpisany do KRS.

7

Sygn. akt KIO 2636/14

W konsekwencji za lata obrotowe przypadające w okresie prowadzenia działalności wykonawca winien był przedłożyć odpowiednie dokumenty.

Odwołujący podkreślił, że wpis do KRS nie obliuguje przedsiębiorcy do prowadzenia działalności od dnia dokonania wpisu, gdyż – jak stanowi art. 14 ust. 1 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 672 ze zm.) przedsiębiorca może podjąć działalność gospodarczą w dniu złożenia wniosku o wpis do Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej albo po uzyskaniu wpisu do rejestru przedsiębiorców w Krajowym Rejestrze Sądowym.

Jak wyjaśnił Sąd Najwyższy w wyroku z 5 marca 2010 r. sygn. akt IV CSK 371/09 (LEX nr 811872): *Zgłoszenie i wpis do ewidencji działalności gospodarczej stanowi tylko podstawę rozpoczęcia działalności gospodarczej w rozumieniu jej legalizacji i nie jest zdarzeniem ani czynnością utożsamianą z podjęciem takiej działalności*. W opinii Odwołującego pogląd ten jest aktualny również w stosunku do podmiotów wpisywanych do rejestru przedsiębiorców.

Odwołujący przypomniał, że wyraźnie oświadczył i wyjaśnił Zamawiającemu, że prowadzi działalność gospodarczą dopiero od marca 2013 r.

Odwołujący podał, że w ostatnich akapitach pisma z 4 grudnia 2014 r. Zamawiający stwierdził, że *Wykonawca w wyjaśnieniach oświadczył, że w 2012 roku nie prowadził działalności, jednakże nie przedstawił żadnych dokumentów potwierdzających tę okoliczność np. odpisu z KRS, z którego wynikałoby zawieszenie działalności spółki*.

Odwołujący nie zgodził się z Zamawiającym, że tylko formalne zawieszenie działalności, ujawnione w rejestrze przedsiębiorców, świadczy o nieprowadzeniu działalności. Zgłoszenie faktu zawieszenia prowadzenia działalności do rejestru przedsiębiorców ma ten skutek, że dany przedsiębiorca zostaje zwolniony z wykonywania szeregu obowiązków.

Natomiast według Odwołującego nic nie stoi na przeszkodzie, aby dany przedsiębiorca faktycznie zaprzestał wykonywania działalności, bądź w ogóle nie rozpoczął jej wykonywania, mimo dokonanego wpisu do rejestru przedsiębiorców.

Odwołujący podniósł, że w jego przypadku zachodzi sytuacja braku faktycznego rozpoczęcia wykonywania działalności gospodarczej. Odwołujący stwierdził, że dopiero dokonane 27 lutego 2013 r. zmiany, przede wszystkim w zakresie struktury właścicielskiej, a co za tym idzie, również nazwy i przedmiotu działalności Spółki, spowodowały, że Odwołujący rozpoczął faktyczne wykonywanie działalności gospodarczej, w tym również uzyskał niezbędne zaplecze, w tym finansowe i kadrowe, które umożliwia mu ubieganie się o udzielenie przedmiotowego zamówienia.

Odwołujący podsumował, że Zamawiający żądając od niego przedłożenia dokumentów finansowych wykazujących roczny obrót na poziomie 2.000.000,00 zł w roku

8

Sygn. akt KIO 2636/14

obrotowym 2012, żądał spełnienia warunku niemożliwego, gdyż Odwołujący nie prowadził działalności w roku obrotowym 2012 (biorąc pod uwagę definicję roku obrotowego i okres prowadzenia działalności).

Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 25 ust. 1 pzp w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie: 1) warunków udziału w postępowaniu, 2) przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez

zamawiającego – zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków lub do ofert. Odwołujący dodał, zamówienia zaproszeniu składania że ustawodawca ponadto ustanowił bezwzględną normę, że zamawiający nie może wymagać jakichkolwiek dokumentów, ale jedynie tych wyraźnie określonych przez prawo, które wymienił enumeratywnie w rozporządzeniu o dokumentach.

Odwołujący podniósł, że skoro w katalogu tym nie ma dokumentów, których brak Zamawiający zarzucił w uzasadnieniu wykluczenia, nie miał obowiązku przedstawienia Zamawiającemu żadnych dokumentów ponad swoje oświadczenie wskazujące od kiedy prowadzi działalność. Niedopuszczalne jest zatem uzasadnianie przez Zamawiającego swojej decyzji nieprzedłożeniem dokumentów niewymienionych w ogłoszeniu o zamówieniu oraz rozporządzeniu o dokumentach.

Odwołujący zauważył, że zgodnie z § 3 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia o dokumentach aktualny odpis z właściwego rejestru (KRS) jest wymagany w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 2 pzp (zgodnie z tym przepisem z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, w stosunku do których otwarto likwidację lub których upadłość ogłoszono, z wyjątkiem wykonawców, którzy po ogłoszeniu upadłości zawarli układ zatwierdzony prawomocnym postanowieniem sądu, jeżeli układ nie przewiduje zaspokojenia wierzycieli przez likwidację majątku upadłego). Tylko zatem w tym celu, tj. sprawdzenia czy nie otwarto likwidacji lub ogłoszono upadłości, ustawodawca zezwala zamawiającemu na żądanie od wykonawców odpisów z KRS lub z CEIDG.

Odwołujący zarzucił, że Zamawiający, który wyklucza wyłącznie w oparciu o wpisaną w odpisie KRS datę zarejestrowania spółki, również z tego powodu narusza art. 24 ust. 2 pkt 4 i art. 7 ust. 1 ustawy pzp.

{wykazanie spełniania postawionego warunku udziału w postępowaniu}

Odwołujący podniósł, że należy mieć względzie art. 22 ust. 5 ustawy pzp, zgodnie z którym warunki, o których mowa w ust. 1, oraz opis sposobu dokonania oceny ich spełniania mają na celu zweryfikowanie zdolności wykonawcy do należytego wykonania udzielanego zamówienia.

Sygn. akt KIO 2636/14

Zdaniem Odwołującego skoro wykazał wymaganą przez Zamawiającego wysokość obrotów na poziomie 2.000.000,00 zł w okresie prowadzenia działalności – zarówno w 2013 r., jak i w 2014 r., nie ma żadnych wątpliwości, że jest zdolny do należytego wykonania zamówienia.

Odwołujący zarzucił, że z uwagi na fakt prowadzenia działalności od 27 lutego 2013 r. został przez Zamawiającego potraktowany gorzej niż inni wykonawcy.

Odwołujący powołał się na wyrok Izby z 26 czerwca 2012 r. (sygn. akt KIO 1218/12), w którego uzasadnieniu Izba między innymi stwierdziła: *Z treści rozporządzenia wynika, jak już wyżej wskazano, że wykonawcy, którzy prowadzą działalność w okresie krótszym niż okres za jak zamawiający żąda dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, przedkłada dokumenty za okres prowadzenia działalności. Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu ustalił warunek posiadania średnio rocznego przychodu netto na poziomie nie niższym niż 2 mln. złotych. Odwołujący jak powyżej ustalono prowadzi działalność właśnie w okresie krótszym niż ustalony przez zamawiającego okres 3 lat. W związku z powyższym odwołujący przedstawił sprawozdanie finansowe za okres funkcjonowania to jest za okres od dnia 21 grudnia 2010 r. do dnia 31 grudnia 2011 r. Powyższe nie oznacza, że w takiej sytuacji zamawiający ma prawo przedstawić w sprawozdaniu przychód podzielić przez trzy lata to jest za okres za który oczekiwał przedłożenia sprawozdań finansowych. Zamawiający miał obowiązek w przedmiotowej sytuacji uznać przedstawić przychód jako średnioroczny, bez dzielenia jego przez trzy a co najwyżej przez jeden. Żadna formuła wewnętrznej regulacji to jest specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie upoważnia zamawiającego do dzielenia w takiej sytuacji przychodu przez 3 lata. Zachowanie w przedmiotowej sprawie zamawiającego narusza art. 7 ust 1, który nakazuje zamawiającemu w prowadzonych postępowaniach równego traktowania wykonawców. Bowiem żaden wykonawca nie może być gorzej traktowany niż inni wykonawcy z tego tytułu, że prowadzi działalność krócej niż inni wykonawcy.*

{brak równego traktowania wykonawców}

Oprócz powyższych okoliczności o braku równego traktowania Odwołującego świadczy jego zdaniem również brak dołożenia staranności przy badaniu dokumentów przedłożonych przez wykonawcę Prestige MJM, które Zamawiający przyjął bezkrytycznie, mimo że są one nieczytelne i budzą wątpliwości, co jest niedopuszczalne przy kwalifikacji podmiotowej wykonawców.

Z dokonanej przez Odwołującego analizy bilansu, rachunków zysków i strat oraz księgi przychodów i rozchodów – raport za rok 2011 wynika, że dokumenty te obejmują okres sprzed daty wpisu Prestige MJM sp. z o.o. sp. k. do rejestru przedsiębiorców, tj. 13.05.2013 r. Ponadto trudno jednoznacznie stwierdzić, jakiego podmiotu dotyczy księga

10

Sygn. akt KIO 2636/14

przychodów i rozchodów – raport za rok 2011, gdyż w nagłówku wskazana jest firma Prestige M. K., J. S., M. P. sp. j., a brak jest innych danych (np. NIP, REGON, KRS) pozwalających wyjaśnić te wątpliwości. Zdaniem Odwołującego wątpliwe jest również uznanie za wiarygodne dokumentów, które nie zostały złożone do rejestru przedsiębiorców a zostały przedłożone Zamawiającemu w formie, która uniemożliwia weryfikację ich poprawności, m.in. pod względem rachunkowym.

Odwołujący zarzucił, że mimo to Zamawiający zaniechał wezwania Prestige do złożenia wyjaśnień, a także przedłożenia dokumentów wykazujących wymagany obrót w roku 2014, do przedłożenia których zobowiązany został Odwołujący.

Dodatkowo Zamawiający wykluczył Odwołującego w oparciu o wpisaną w odpisie KRS datę zarejestrowania spółki, podczas gdy w ogóle nie wziął pod uwagę daty rejestracji w KRS spółki Prestige MJM sp. z o.o. sp. k., przyjmując tym samym, że okres prowadzenia przez tego wykonawcę działalności jest dłuższy niż wynikający z wpisu tego podmiotu do KRS. Odwołujący wywiódł, że w odniesieniu do jednego wykonawcy data wpisu podmiotu do KRS jest wiążąca, a w stosunku do innego nie ma żadnego znaczenia.

Niezależnie od powyższego Odwołujący wskazał, że z analizy złożonych przez Prestige MJM dokumentów wynika, iż wykonawca ten oświadczył, że nie należy do grupy kapitałowej. Jednakże już sama forma prawna wskazuje, że powiązany jest ze spółką Prestige MJM sp. z o.o., co winno wzbudzić wątpliwości Zamawiającego co do prawdziwości złożonego oświadczenia. Ponadto wykonawca ten jest wspólnikiem spółki Prestige MJM ENTERTAINMENT sp. z o.o. A wszystkie ww. podmioty są powiązane zarówno osobowo, jak i kapitałowo. Wobec powyższego według Odwołującego wszystkie te podmioty należą do grupy kapitałowej, zdefiniowanej w art. 4 pkt 14 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Odwołujący wywiódł, że ponieważ wszystkie te informacje powziął z dokumentów przesłanych mu przez Zamawiającego, potwierdza się brak należytej staranności Zamawiającego w ocenie wniosków, a także nasuwa wątpliwości co do jego bezstronności.

29 grudnia 2014 r. na posiedzeniu Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie w której wnioskował o oddalenie odwołania, w następujący sposób uzasadniając swoje stanowisko.

W zakresie przebiegu badania wniosku Odwołującego Zamawiający przedstawił okoliczności analogiczne jak w odwołaniu. Dodatkowo podał, że w odpowiedzi na wezwanie z 19 listopada 2014 r. Odwołujący oświadczył, że prowadzi działalność gospodarczą od marca 2013 roku, gdyż wtedy spółka dokonała pierwszej sprzedaży.

Zamawiający, po zacytowaniu tej samej co w odwołaniu definicji roku obrotowego

11

Sygn. akt KIO 2636/14

z art. 2 ust. 1 pkt 9 ustawy o rachunkowości, wywiódł, że w przypadku rozpoczęcia przez jednostkę działalności w drugiej połowie przyjętego roku obrotowego, ma ona dwie możliwości: po pierwsze – może rozpocząć działalność od roku obrotowego krótszego niż 12 miesięcy, po drugie – może rozpocząć od roku obrotowego dłuższego niż 12 miesięcy. W drugim przypadku ma miejsce połączenie ksiąg rachunkowych za dwa lata i sporządzenie sprawozdań finansowych za ten okres.

Zamawiający potwierdził, że zgodnie ze statutem Odwołującego *rokiem obrotowym Spółki jest rok kalendarzowy*.

Zamawiający wskazał, że zgodnie z art. 134 § 1 ustawy z dnia 15 września 2000 roku Kodeks spółek handlowych [t.j. Dz. U. 2013 poz. 1030, z późn. zm; dalej: „ksh”) spółka komandytowo-akcyjna powstaje z chwilą wpisu do rejestru. Skoro wpisu do rejestru odwołującej się Spółki dokonano 6 lipca 2012 r., czyli w drugiej połowie roku, Odwołujący mógł rozpocząć działalność od dłuższego niż 12 miesięcy roku obrotowego, połączyć księgi rachunkowe i sporządzić sprawozdanie finansowe za ten łączny okres, czego jednak nie uczynił. Natomiast Odwołujący sporządził sprawozdanie finansowe za rok 2013 od 1 stycznia do 31 grudnia 2013. Według Zamawiającego pierwszy rok obrotowy spółki był zatem krótszy niż 12 miesięcy i obejmował okres od dnia powstania spółki do 31 grudnia 2012 r.

Ponadto Zamawiający powołał się na przepisy ustawy z dnia 15 lutego 1992 r. o podatku dochodowym od osób prawnych [t.j. Dz. U. 2014, poz. 851, z późn. zm; dalej: „u.p.d.o.p.”), która zgodnie z art. 1 ust. 3 pkt 1 ma zastosowanie spółek komandytowo-akcyjnych. Art. 8 ust. 1 i 2 u.p.d.o.p. stanowi, że rokiem podatkowym jest rok kalendarzowy, chyba że podatnik postanowi inaczej w statucie albo w umowie spółki, albo w innym dokumencie odpowiednio regulującym zasady ustrojowe innych podatników i zawiadomi o tym właściwego naczelnika urzędu skarbowego; wówczas rokiem podatkowym jest okres kolejnych dwunastu miesięcy kalendarzowych. W przypadku podjęcia po raz pierwszy działalności, pierwszy rok podatkowy trwa od dnia rozpoczęcia działalności do końca roku kalendarzowego albo do ostatniego dnia wybranego roku podatkowego, nie dłużej jednak niż dwanaście kolejnych miesięcy kalendarzowych.

Zamawiający dodał, że przepisy ustawy o rachunkowości zrównują rok obrotowy jednostki z jej rokiem podatkowym i dla roku obrotowego stosują te same zasady, które zawiera u.p.d.o.p. w odniesieniu do roku podatkowego jednostek działających i rozpoczynających działalność oraz zmiany roku podatkowego. W rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 9 ustawy o rachunkowości rokiem obrotowym jest 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.

12

Sygn. akt KIO 2636/14

Zdaniem Zamawiającego z powyżej przywołanych przepisów jednoznacznie wynika, że w przypadku rozpoczęcia działalności pierwszy rok obrotowy jest krótszy niż 12 miesięcy, chyba że podmiot rozpoczyna działalność w drugiej połowie roku kalendarzowego i zdecyduje o połączeniu ksiąg rachunkowych z księgami za kolejny rok obrotowy i sporządzeniu sprawozdania za okres łączny, co jednak nie zaszło w przypadku Odwołującego. Zatem pierwszy rok obrotowy u Odwołującego trwał od dnia powstania spółki do 31 grudnia 2012 r..

W ocenie Zamawiającego wyjaśnienie przez Odwołującego, że ponieważ rozpoczął prowadzenie działalności dopiero w 2013 r., nie był zobowiązany do wykazania spełnienia warunku finansowego w roku obrotowym 2012, nie zostało przez Odwołującego uprawdopodobnione.

Po pierwsze – Zamawiający podniósł, że spółka komandytowo-akcyjna może powstać tylko w celu prowadzenia przedsiębiorstwa pod własną firmą (por. art. 125 ksh).

Po drugie – zgodnie ze stanowiskiem przyjętym przez Naczelny Sąd Administracyjny w Warszawie w wyroku z 6 września 2013 roku (sygn. akt II FSK 2417/11, publ. LEX nr 1370474) *podstawową kwestią dla ustalenia pierwszego roku podatkowego istotne jest zdefiniowanie „rozpoczęcia działalności” (...)* Niewątpliwie w ocenie Naczelnego Sądu Administracyjnego słusznie przyjęły organy, że pod pojęciem momentu „rozpoczęcia działalności” należy rozumieć dzień, w którym skarżący uzyskał osobowość prawną (dzień wpisu do Krajowego Rejestru Sądowego). Z tym dniem bowiem, stosownie do treści art. 7 § 1 u.p.d.o.p., skarżący został podatnikiem podatku dochodowego od osób prawnych. Zatem skarżący uzyskał podmiotowość nie tylko w sferze prawa cywilnego, czy gospodarczego, ale również w zakresie stosunków prawno-podatkowych.

Zamawiający wywiódł z powyższego, że w przypadku spółek podlegających rejestracji w Krajowym Rejestrze Sądowym, rozpoczynają one działalność z chwilą wpisu

do rejestru. A zatem słusznie przyjął, że data rejestracji stanowi dzień rozpoczęcia działalności. Według Zamawiającego nawet gdyby uznać, że powyższe stanowi domniemanie prawne, które może zostać obalone, jeżeli spółka faktycznie działalności nie wykonuje, Odwołujący tego domniemanie nie obalił. Zdaniem Zamawiającego istotne jest w tym kontekście, że wskazywany przez Odwołującego brak sprzedaży nie stanowi o nieprowadzeniu przez niego działalności. Przez prowadzenie działalności rozumiane są wszystkie działania zmierzające do uzyskania przychodu, czyli również takie, których podejmowanie nie przynosi przychodu niezwłocznie albo nie generuje go nigdy, czyli takie jak pozyskiwanie klientów, marketing, tworzenie infrastruktury niezbędnej do prowadzenia działalności i osiągnięcia przychodów.

Zgodnie z postanowieniem Sądu Najwyższego z 17 lipca 2003 roku, (sygn. akt II UK

13

Sygn. akt KIO 2636/14

111/03, publ. M.P.Pr.-wkł. 2004/7/16, Prok.i Pr.-wkł. 2004/1/44, OSNP-wkł. 2003/17/1)
faktyczne niewykonywanie działalności gospodarczej w czasie oczekiwania na kolejne zamówienie lub w czasie ich poszukiwania, nie oznacza zaprzestania prowadzenia takiej działalności i nie powoduje uchylecia obowiązku ubezpieczenia społecznego.

Podobne stanowisko zajął Sąd Najwyższy w wyroku z 6 listopada 2008 r. (sygn. akt II UK 85/08, publ. LEX nr 479324) wskazując, że *prowadzenie działalności gospodarczej nie może mieć charakteru przypadkowego, w związku z tym faktyczne niewykonywanie działalności w czasie oczekiwania na kolejne zamówienie, czy też w czasie ich poszukiwania, nie oznacza zaprzestania prowadzenia takiej działalności i nie skutkuje uchyleciem obowiązku ubezpieczenia społecznego. Prowadzenie takiej działalności musi mieć charakter ciągły. W działalności gospodarczej zdarzają się bowiem okresy aktywności zawodowej oraz okresy wyczekiwania na klienta bądź przygotowywania kolejnych zleceń. Działalność gospodarczą prowadzi się zarówno w okresach faktycznego świadczenia usług lub produkcji, jak i w okresach wykonywania innych czynności związanych z działalnością np. czynności związanych z naprawą użytkowanego samochodu, załatwiania spraw urzędowych itp. Wszystkie one bowiem pozostają w ścisłym związku z prowadzoną działalnością gospodarczą, zmierzając do stworzenia właściwych warunków jej wykonywania.*

Ponadto według Zamawiającego Odwołujący za argument o nieprowadzeniu działalności uznaje zmianę firmy. Zamawiający podniósł, że zmiana firmy nie skutkuje powstaniem nowego podmiotu. Od momentu rejestracji spółki jest to ten sam pomiot, niezależnie od zmiany firmy i zmian w strukturze właścicielskiej komplementariusza. Zamawiający zwrócił uwagę na fakt, że komplementariuszem pozostała ta sama spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (KRS 0000199751), tyle że zmienili się udziałowcy oraz firma komplementariusza, co przyniosło bezpośredni i oczywisty skutek w postaci zmiany firmy Odwołującego. Sytuacja ta nie może być jednak postrzegana jako powstanie nowego podmiotu, gdyż zmiany dotyczące komplementariusza, czyli jego struktury właścicielskiej i firmy, nie wpływają na byt spółki komandytowo-akcyjnej, a w szczególności na ciągłość jej praw i obowiązków.

O ile Zamawiający zgodził się z tezą, że nie miał prawa wzywać Odwołującego do przedłożenia dokumentów innych niż określone w ogłoszeniu o zamówieniu, o tyle Zamawiający jednocześnie podkreślił, że tego nie uczynił. Zdaniem Zamawiającego Odwołujący mógł w ramach składanych wyjaśnień, w celu uprawdopodobnienia swego oświadczenia o nieprowadzeniu działalności w 2012 r., przedłożyć inne dokumenty jako uzupełnienie wyjaśnień. Zamawiający stwierdził, że wniosek Odwołującego został oceniony jako niespełniający wymagań, z uwagi na nieprzedłożenie sprawozdania finansowego za 2012 r., a tym samym niewykazanie spełnienia warunku finansowego, a nie za brak

14

Sygn. akt KIO 2636/14

dokumentów potwierdzających nieprowadzenie działalności.

{kwesta spełniania przez Prestige MJM warunku opisanego w pkt II.2.2. lit b) ogłoszenia}

Według Zamawiającego zarzut braku równego traktowania wykonawców jest całkowicie chybiony i nie zasługuje na uwzględnienie, gdyż stosował równe wymagania

wobec wszystkich wykonawców i równą miarą dokonywał oceny ich wniosków.

Zamawiający zastrzegł w pierwszej kolejności, że jego zdaniem kwestia spełnienia przez wykonawcę Prestige MJM sp. z o.o. sp. k. warunków udziału w postępowaniu powinna pozostać bez rozpoznania, gdyż nie jest to objęte zarzutami (a także zakresem) odwołania. Zdaniem Zamawiającego, co prawda, Odwołujący odnosi się do wniosku złożonego przez Prestige MJM, jednakże nie tyle stawia w ten sposób zarzut błędnej oceny tego wniosku, co czyni to kontekście podania przykładu nierównego traktowania wykonawców.

Z ostrożności procesowej Zamawiający odniósł się do zarzutów względem wniosku MJM Prestige. Zamawiający wskazał, że na podstawie art. 553 § 1 w zw. z art. 551 § 1 ksh spółce przekształconej przysługują wszystkie prawa i obowiązki spółki przekształcanej. Zatem powstanie spółki Prestige MJM sp. z o.o. sp. k. w drodze przekształcenia spółki Prestige M. K., J. S., M. P. sp. j. w spółkę z o.o. sp. k. powoduje ciągłość praw i zobowiązań. Zamawiający podsumował, że prawidłowo uwzględnił dokumenty przedstawione przez tego wykonawcę na potwierdzenie spełnienia warunku finansowego dotyczące spółki jawnej będącej poprzednikiem prawnym Prestige MJM sp. z o.o. sp. k.

{kwestia oświadczenia o przynależności do grupy kapitałowej przez Prestige MJM s.}

Również w tym zakresie Zamawiający zastrzegł w pierwszej kolejności, że jego zdaniem nie jest to objęte zakresem odwołania, gdyż jedynie w uzasadnieniu odwołania poruszono tę kwestię. Nie wiadomo jednak, co z tej okoliczności Odwołujący wywodzi – wydaje się, że tylko twierdzenie, że doszło w tym postępowaniu do rzekomego nierównego traktowania wykonawców.

Ponadto z ostrożności Zamawiający wskazał, że wykonawca MJM Prestige przedłożył oświadczenie, zatem nie było podstaw do wzywania go do uzupełnienia dokumentu.

Zamawiający zaznaczył, że odmiennie ocenił przynależność wykonawcy Prestige MJM sp. z o.o. sp. k. do grupy kapitałowej, niż wynikało to z oświadczenia złożonego przez wykonawcę. Jednakże z uwagi na fakt, że podmioty będące w grupie kapitałowej z wykonawcą nie złożyły wniosków w niniejszym postępowaniu, nie mógł na tej podstawie wykluczyć Prestige MJM sp. z o.o. sp. k. Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 5 pzp z postępowania wyklucza się wykonawców, którzy należąc do tej samej grupy kapitałowej, w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331, z późn. zm.), złożyli odrębne oferty lub wnioski o dopuszczenie do udziału w tym samym postępowaniu, chyba że wykażą, że istniejące między nimi powiązania nie prowadzą

Sygn. akt KIO 2636/14

do zachwiania uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Zamawiający podsumował, że treść oświadczenia złożonego przez Prestige MJM sp. z o.o. sp. k. nie ma wpływu na wynik postępowania, bo niezależnie od złożonych wyjaśnień w tej kwestii, Zamawiający nie miał podstaw do wykluczenia tego wykonawcy.

{kwestia możliwości wykluczenia Prestige MJM na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp}

Ponadto Zamawiający, nie odnosząc się do tego, czy odwołanie zawierało taki zarzut, poczynił obszerny wywód, dlaczego nie wykluczył wykonawcy Prestige MJM sp. z o.o. sp. k. z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp.

Pismem z 17 grudnia 2014 r. Zamawiający poinformował, że 12 grudnia 2014 r. przekazał drogą elektroniczną kopię odwołania pozostałym wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a 15 grudnia 2014 r. – pocztą.

15 grudnia 2014 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło – w formie pisemnej – zgłoszenie przez Concept Music Art sp. z o.o. z siedzibą w Balicach {dalej również w skrócie: „Concept Music Art.”} przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Wobec dokonania zgłoszenia w odpowiedniej formie, z zachowaniem 3-dniowego terminu oraz wymogu przekazania kopii zgłoszenia Stronom postępowania – a więc zgodnie z art. 185 ust. 2 pzp – Izba nie miała podstaw do stwierdzenia nieskuteczności przystąpienia.

Izba na podstawie art. 185 ust. 4 pzp oddaliła opozycję Odwołującego, gdyż nie uprawdopodobnił, że Przystępujący nie ma interesu oddaleniu odwołania. W szczególności interes Przystępującego, który sam został zakwalifikowany do dalszego etapu postępowania, może się wyrażać w tym, aby utrzymać wykluczenie Odwołującego z postępowania.

Zmniejszenie w ten sposób konkurencji w ubieganiu się o przedmiotowe zamówienie w oczywisty sposób jest korzystne dla Przystępującego.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp. Nie zgłoszono również w tym zakresie odmiennych wniosków.

Izba nie miała podstaw do umorzenia postępowania odwoławczego, gdyż zgodnie z art. 186 ust. 2 ustawy pzp jest możliwe wyłącznie w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania

16

Sygn. akt KIO 2636/14

odwoławczego Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Odwołujący i Zamawiający podtrzymali swoje dotychczasowe stanowiska.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Uczestników (Stron i Przystępującego) postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, zgłoszeniu przystąpienia i piśmie Przystępującego z 29 grudnia 2014 r., a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, która została również przekazana Izbie w formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez Zamawiającego, przeprowadzając dowody z tej dokumentacji w zakresie niezbędnym do rozpoznania zarzutów odwołania.

Izba dopuściła również zarówno dowód wnioskowany przez Zamawiającego, jak i dowody wnioskowane przez Odwołującego, z wyjątkiem odmowy przeprowadzenia wnioskowanych w odwołaniu dowodów z przesłuchania świadków na okoliczności, które powinny wynikać lub wynikały z dokumentów, a także dowodów dotyczących okoliczności nie mieszczących się w granicach zarzutów odwołania lub okoliczności bezspornych.

Izba ustaliła następujące okoliczności istotne dla sprawy:

Zgodnie z zamieszczonym w sekcji III pkt 2 ppkt 2 lit. A. lit. b ogłoszenia o zamówieniu opisem sposobu dokonywania oceny spełniania warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej, Zamawiający uzna ten warunek za spełniony, jeżeli *wykonawca przedłoży dokumenty potwierdzające roczny obrót w wysokości nie mniejszej niż 2 000 000,00 PLN w każdym z ostatnich trzech lat obrotowych, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie.*

W sekcji III pkt 2 ppkt 2 lit. B ppkt 2 ogłoszenia o zamówieniu Zamawiający zażądał, w celu wykazania spełniania powyższego warunku, złożenia wraz z wnioskiem 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 sporządzenia 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. {ogłoszenie o zamówieniu –

17

Sygn. akt KIO 2636/14

w aktach sprawy}

Go Ahead sp. z o.o. S.K.A. została założona 28 marca 2012 r. na mocy aktu notarialnego. Wpisu do Krajowego Rejestru Sądowego pod nr 0000425989 dokonano 6 lipca 2012 r. W 2012 r. spółka działała pod firmą Consulting Zarządzania i Informatyki Ekorg sp.

z o.o. S.K.A. Podstawowym przedmiotem działalności w 2012 r. była sprzedaż detaliczna w niewyspecjalizowanych sklepach z przewagą żywności, napojów i wyrobów tytoniowych. W 2012 r. spółka nie osiągnęła przychodów, nie zatrudniała pracowników, a jedynie wynajmowała lokal, co spowodowało odnotowanie straty netto w wysokości odpowiadającej kwocie netto czynszu najmu (425,00 zł), odnotowanie zobowiązania krótkoterminowego wobec pozostałych jednostek z tytułu dostaw, usług o okresie wymagalności do 12 miesięcy, w wysokości odpowiadającej kwocie brutto czynszu najmu (522,75 zł) oraz odnotowanie należności od pozostałych jednostek z tytułu podatków, dotacji, ceł, ubezpieczeń społecznych i zdrowotnych oraz innych świadczeń w wysokości odpowiadającej kwocie podatku VAT (97,75 zł).

Spółka w 2012 r. faktycznie nie prowadziła działalności gospodarczej.

W wyniku zawarcia 30 stycznia 2013 r. umowy sprzedaży wszystkich akcji spółki, a także umowy zbycia wszystkich udziałów komplementariusza, nastąpiła zmiana statutu spółki, w tym firmy i przedmiotu działalności, którym stała się działalność związana z wystawianiem przedstawień artystycznych.

{Sprawozdanie komplementariusza z działalności GO AHEAD Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowo-akcyjna w roku 2012 r.; Sprawozdanie finansowe GO AHEAD Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością S.K.A za okres: od 28.03.2012r. do 31.12.2012r.}

W zakresie przebiegu badania oceny spełniania przez Go Ahead powyżej przywołanego warunku, w tym treści pism Zamawiającego z 7 listopada i 19 listopada 2014 r. oraz pism Go Ahead z 13 listopada i 24 listopada 2014 r., okoliczności faktyczne zostały generalnie adekwatnie odzwierciedlone w odwołaniu lub odpowiedzi na odwołanie.

Jedynie uzupełniając ustalono, co następuje.

W odpowiedzi na pierwsze wezwanie Go Ahead, zastrzegając, że ponieważ 2014 r. nadal trwa, nie dysponuje jeszcze sprawozdaniem finansowym za ten rok, przesłała dokumenty księgowe wykazujące uzyskany obrót do września 2014 r. {pismo Go Ahead z 13 listopada 2014 r.}

W odpowiedzi na drugie wezwanie Go Ahead złożyła wyjaśnienia, których treść znalazła następnie odzwierciedlenie w odwołaniu. W szczególności wskazano w nich, że wpis figurujący w KRS jako data rejestracji, tj. 6 lipca 2012 r. dotyczy podmiotu Consulting Zarządzania i Informatyki Ekorg sp. z o.o. S.K.A. Natomiast ubiegająca się o udzielenie

Sygn. akt KIO 2636/14

zamówienia spółka pod nową firmą istnieje od 27 lutego 2013 r. (data dokonania wpisu zmian danych w rejestrze przedsiębiorców). Ponieważ spółka pod aktualną firmą wcześniej nie istniała, w konsekwencji nie mogła prowadzić działalności gospodarczej. Poza tym podkreślono, że spółka prowadzi działalność gospodarczą dopiero od marca 2013 r., gdyż wtedy rozpoczęła świadczenie usług i dokonała pierwszej ich sprzedaży. Pierwsza faktura sprzedaży została wystawiona 26 marca 2013 r. Ponadto oświadczono, że gdy będzie to konieczne, fakt ten zostanie potwierdzony dowodami księgowymi, a w miarę potrzeby innymi dowodami. {pismo Go Ahead z 24 listopada 2014 r.}

Zamawiający wykluczył Go Ahead za niewykazanie spełniania powyżej przywołanego warunku ekonomicznego.

W uzasadnieniu swojej decyzji Zamawiający podał w szczególności, że spółka została zarejestrowana w rejestrze przedsiębiorców KRS 6 lipca 2012 r., a Wykonawca – pomimo wezwania – nie przedłożył sprawozdania finansowego za 2012 r., ani innych dokumentów wskazujących, że w roku obrotowym 2012 osiągnął wymagany obrót.

Zamawiający wskazał również, że choć Wykonawca w wyjaśnieniach oświadczył, że w 2012 r. nie prowadził działalności, jednakże nie przedstawił żadnych dokumentów potwierdzających tę okoliczność, np. odpisu z KRS, z którego wynikałoby zawieszenie działalności spółki. Sam brak obrotu w danym roku obrotowym nie przesądza według Zamawiającego o tym, że przedsiębiorca nie prowadził działalności. Dla Zamawiającego Wykonawca nie wykazał, że w 2012 r. nie prowadził działalności.

{zawiadomienie o rozstrzygnięciu postępowania – w aktach sprawy}

Z załączonej do wniosku wykonawcy MJM sp. z o.o. sp. k. informacji odpowiadającej

odpisowi aktualnemu z rejestru przedsiębiorców dla nr KRS 0000461736 wynika, że spółka ta powstała z przekształcenia spółki Prestige M. K., J. S., M. P. sp. j. (nr KRS 0000318523), na mocy uchwały wspólników z 7 marca 2013 r., a spółkę przekształconą wpisano do KRS 13 maja 2013 r. z tym samym nr REGON.

Do wniosku tego wykonawcy załączono bilans raz rachunek zysków i strat wg stanu na koniec 2013 r. i 2012 r. oraz księgę przychodów i rozchodów – raport za 2011 r.
{wniosek MJM Prestige – w aktach sprawy}

W tak ustalonym stanie faktycznym Izba stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie, z uwagi na niezasadne wykluczenie Odwołującego.

Zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 pzp odwołującemu przysługuje legitymacja

19

Sygn. akt KIO 2636/14

do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W ocenie Izby Odwołujący ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, w którym złożył wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a także może ponieść szkodę w związku z zarzucanym Zamawiającemu naruszeniami przepisów ustawy pzp, gdyż wykluczenie z postępowania uniemożliwi Odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia, na co mógłby w przeciwnych razie liczyć.

Zgodnie z art. 22 ust. 1 ustawy pzp o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki, dotyczące: 1) posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania; 2) posiadania wiedzy i doświadczenia; 3) dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia; 4) sytuacji ekonomicznej i finansowej. Z art. 22 ust. 3 pzp wynika, że opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków, o których mowa w ust. 1, zamieszcza się w ogłoszeniu o zamówieniu. W art. 22 ust. 5 zd. 1 pzp zastrzeżono, że warunki, o których mowa w ust. 1, oraz opis sposobu oceny ich spełniania mają na celu zweryfikowanie zdolności wykonawcy do należytego wykonania udzielanego zamówienia.

Według art. 26 ust. 2a ustawy pzp wykonawca na żądanie zamawiającego i w zakresie przez niego wskazanym jest zobowiązany wykazać, nie później niż na dzień składania ofert, spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 pzp.

Zgodnie z § 1 ust. 6 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane {Dz.U. poz. 231; zwane również dalej „rozporządzeniem o dokumentach”} w celu oceny spełniania przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy pzp, zamawiający może żądać 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 sporządzenia 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.

Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Zgodnie z art. 2 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej

20

Sygn. akt KIO 2636/14

(t.j. Dz.U. z 2013 e., poz. 672, z późn. zm) działalnością gospodarczą jest zarobkowa działalność wytwórcza, budowlana, handlowa, usługowa oraz poszukiwanie, rozpoznawanie i wydobywanie kopalin ze złóż, a także działalność zawodowa, wykonywana w sposób

zorganizowany i ciągły.

Z art. 14 tej ustawy wynika w szczególności, że:

- przedsiębiorca może podjąć działalność gospodarczą w dniu złożenia wniosku o wpis do Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej albo po uzyskaniu wpisu do rejestru przedsiębiorców w Krajowym Rejestrze Sądowym {ust. 1};
- wpisowi do ewidencji podlegają przedsiębiorcy będący osobami fizycznymi {ust. 2};
- przedsiębiorca ma prawo we wniosku o wpis do Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej określić późniejszy dzień podjęcia działalności gospodarczej niż dzień złożenia wniosku {ust. 3};
- spółka kapitałowa w organizacji może podjąć działalność gospodarczą przed uzyskaniem wpisu do rejestru przedsiębiorców {ust. 4}.

W ocenie składu orzekającego Izby potwierdził się zarzut, że Zamawiający nieprawidłowo wykluczył Odwołującego z postępowania za niewykazanie spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji ekonomicznej wykonawcy – wymagającego osiągnięcia w każdym z ostatnich trzech lat obrotowych, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, rocznego obrotu w wysokości nie mniejszej niż 2 mln zł – gdyż Zamawiający błędnie uznał, że Odwołujący prowadził działalność gospodarczą w 2012 r.

Stanowisko Zamawiającego zajęte w uzasadnieniu wykluczenia i odpowiedzi na odwołanie świadczy o tym, że – co do zasady – dopuszczał on możliwość zaistnienia sytuacji, że wykonawca, choć formalnie istniał jako podmiot praw i obowiązków, nie prowadził działalności gospodarczej, czyli, że znaczenie ma nie tyle data zarejestrowania podmiotu, a to, czy faktycznie prowadził on w danym okresie działalność gospodarczą.

Stanowisko takie jest słuszne i jest szeroko prezentowane w orzecznictwie sądów powszechnych i administracyjnych, a także Sądu Najwyższego w sprawach dotyczących ubezpieczeń społecznych i podatków.

Na uwagę zasługuje uzasadnienie wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego z 25 października 2006 r. (sygn. akt II GSK 179/06). Wynika z niego, że w poprzednich instancjach utożsamiono wpisanie do ewidencji działalności gospodarczej daty jej rozpoczęcia z datą podjęcia takiej działalności w rozumieniu faktycznym i jej prowadzeniem aż do dnia wykreślenia tego wpisu. Na uzasadnienie takiego poglądu podawano oceniane w orzecznictwie przykłady nieosiągnięcia dochodów lub powstawania zakłóceń, które nie

Sygn. akt KIO 2636/14

pozbawiały działalności gospodarczej cech jej wykonywania w sposób zorganizowany i ciągły. Wskazywano również, że wpisanie do ewidencji daty podjęcia działalności gospodarczej rodzi domniemanie jej prowadzenia aż do dnia wykreślenia z ewidencji. W ocenie Naczelnego Sądu Administracyjnego nadawanie takiego znaczenia wykazanemu w ewidencji okresowi prowadzenia działalności gospodarczej, bez możliwości skorygowania tego okresu na podstawie ustaleń dokonanych w postępowaniu dowodowym, nie jest zasadne. Przede wszystkim NSA przypomniał, że zgłoszenie i wpis do ewidencji działalności gospodarczej stanowi tylko podstawę rozpoczęcia działalności gospodarczej w rozumieniu jej legalizacji i nie jest zdarzeniem ani czynnością utożsamianą z podjęciem takiej działalności. Z tego powodu wpisowi nadawano zawsze charakter deklaratoryjny, a nie konstytutywny. Nie kreował on również bytu prawnego przedsiębiorcy. Natomiast określanie przez samego przedsiębiorcę daty rozpoczęcia działalności gospodarczej wpisywanej do ewidencji powodowało istnienie domniemania faktycznego, że z tą datą działalność gospodarcza została podjęta i była prowadzona aż do czasu jej wykreślenia z ewidencji. Sąd podkreślił, że domniemanie faktyczne ma znaczenie dowodowe i może być obalone. W takiej sytuacji ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która wywodzi z niego skutki prawne. Sąd podsumował, że nie chodzi więc o niedopuszczalność korygowania czasokresu prowadzenia działalności gospodarczej wynikającego z wpisu do ewidencji, lecz o powiązanie takiej czynności z wynikami postępowania dowodowego {pełny tekst orzeczenia – LEX nr 276729}.

Z kolei w uzasadnieniu wyroku z 23 stycznia 2013 r. (sygn. akt III AUa 685/12) Sąd Apelacyjny w Katowicach przeprowadził w tym zakresie jeszcze bardziej szczegółową analizę, z uwzględnieniem dotychczasowego dorobku orzecznictwa:

Z mocy art. 2 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej, działalnością gospodarczą jest

zarobkowa działalność wytwórcza, budowlana, handlowa, usługowa oraz poszukiwanie, rozpoznawanie i wydobywanie kopalin ze złóż, a także działalność zawodowa, wykonywana w sposób zorganizowany i ciągły. Działalność taka podlega obowiązkowemu zgłoszeniu organowi ewidencyjnemu (art. 25 ust. 1). Obowiązek ten obejmuje również zmiany stanu faktycznego i prawnego odnoszące się do przedsiębiorcy i wykonywanej przez niego działalności gospodarczej powstałe po dniu dokonania wpisu do ewidencji działalności gospodarczej, w tym dotyczące zawieszenia i wznowienia wykonywania działalności gospodarczej. Po myśli art. 27a ust. 2 omawianej ustawy okres zawieszenia wykonywania działalności gospodarczej rozpoczyna się od dnia złożenia wniosku o wpis informacji o zawieszeniu wykonywania działalności gospodarczej i trwa do dnia złożenia wniosku o wpis informacji o wznowieniu wykonywania tejże działalności. W stosunku do zobowiązań publicznoprawnych zawieszenie wykonywania działalności gospodarczej wywiera skutki prawne od pierwszego dnia miesiąca następującego po miesiącu, w którym przedsiębiorca

22

Sygn. akt KIO 2636/14

złożył wniosek o wpis informacji o zawieszeniu wykonywania działalności gospodarczej do ostatniego dnia miesiąca, w którym przedsiębiorca złożył wniosek o wpis informacji o wznowieniu wykonywania działalności gospodarczej, chyba że przepisy szczególne stanowią inaczej – ust. 3.

Wpis do ewidencji nie tylko legalizuje zatem wykonywanie działalności gospodarczej, ale wyznacza także czasowe granice bycia przedsiębiorcą. Wynikają z niego również inne konsekwencje prawne, przewidziane w prawie podatkowym, finansowym, jak również w prawie ubezpieczenia społecznego (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 11 stycznia 2005 r., I UK 105/04, OSNAPiUS 2005, Nr 13, poz. 198).

Pogląd ten znajduje również potwierdzenie w uzasadnieniu wyroku Sądu Najwyższego z dnia 25 listopada 2005 r. (I UK 80/05, OSNAPiUS 2006, nr 19-20, poz. 309), w którym stwierdzono ponadto, iż w przepisie art. 13 pkt 4 ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych chodzi o faktyczne wykonywanie działalności pozarolniczej, w tym gospodarczej, co oznacza, iż wykonywanie tejże działalności, to rzeczywista działalność o cechach określonych w przywołanym art. 2 ust. 1 Prawa działalności gospodarczej, czyli działalność zarobkowa wykonywana w sposób zorganizowany i ciągły.

Ocena, czy działalność gospodarcza jest wykonywana, należy zatem przede wszystkim do sfery ustaleń faktycznych, a dopiero w następnej kolejności – do ich kwalifikacji prawnej. Również wpis do ewidencji działalności gospodarczej ma przede wszystkim znaczenie w sferze ustaleń faktycznych, gdyż ma on charakter deklaratoryjny. Zgodnie bowiem z art. 14 ust. 1 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej przedsiębiorca, będący osobą fizyczną może podjąć działalność po uzyskaniu wpisu do ewidencji działalności gospodarczej. Tym samym, istnienie wpisu w ewidencji działalności gospodarczej nie przesądza o faktycznym prowadzeniu takiej działalności, ale prowadzi do domniemania prawnego w rozumieniu art. 234 k.p.c., według którego osoba wpisana w ewidencji jest traktowana jako prowadząca działalność gospodarczą.

Domniemanie takie może być obalone, ale wymaga to przeprowadzenia przeciwdowodu. Można stwierdzić zatem, iż osoba, która jest wpisana w ewidencji działalności gospodarczej, a nie zgłosiła zawiadomienia o zaprzestaniu prowadzenia tej działalności, powinna być traktowana jako prowadząca przedmiotową działalność.

Podobne stanowisko zajął Sąd Najwyższy również w wyroku z dnia 15 maja 2006 r. (I UK 289/05, OSNAPiUS 2007, nr 11-12, poz. 168) stwierdzając przy tym, iż faktyczne niewykonywanie działalności w okresie oczekiwania na kolejne zamówienia lub w czasie ich poszukiwania nie jest przerwą w prowadzeniu tej działalności równoznaczną z okresem zaprzestania jej wykonywania i nie powoduje ustania przymusu ubezpieczenia. Z kolei w postanowieniu z dnia 17 lipca 2003 r. (II UK 111/03, M.P.Pr.-wkł. 2004, Nr 7, poz. 16) Sąd

23

Sygn. akt KIO 2636/14

Najwyższy wyraził pogląd, iż działalność gospodarcza nie może mieć charakteru przypadkowego, dlatego też faktyczne niewykonywanie działalności gospodarczej w czasie

oczekiwania na kolejne zamówienia lub w czasie ich poszukiwania, nie oznacza zaprzestania prowadzenia takiej działalności i nie powoduje uchylecia obowiązku ubezpieczenia społecznego. W niepublikowanym wyroku z dnia 14 września 2007 r. (III UK 35/07) Sąd Najwyższy wskazał natomiast, iż obowiązek ubezpieczenia osoby prowadzącej pozarolniczą działalność – w tym działalność gospodarczą – wynika z faktycznego prowadzenia tej działalności, a zatem o zaprzestaniu prowadzenia działalności gospodarczej, powodującym wyłączenie z tego ubezpieczenia, decyduje faktyczne zaprzestanie tej działalności, zaś kwestie związane z formalnym zarejestrowaniem, wyrejestrowaniem, czy zgłaszaniem przerw w tej działalności mają ewentualne znaczenie w sferze dowodowej, nie przesądzając same w sobie o podleganiu obowiązkowi ubezpieczenia społecznego. Tożsame stanowisko Sąd Najwyższy zaprezentował również w wyroku z dnia 11 lutego 2010 r. (I UK 221/09, LEX nr 585715) oraz z dnia 19 lutego 2010 r. (II UK 186/09, LEX nr 590235).

Nie sposób także pominąć, iż w wyroku z dnia 4 stycznia 2008 r. (I UK 208/07, LEX nr 442841) Sąd Najwyższy stwierdził z kolei, iż definicja legalna działalności gospodarczej, zamieszczona w przepisie art. 2 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej oznacza, że działalność ta ma być z założenia działalnością wykonywaną w sposób zorganizowany i nastawioną na nieokreślony z góry okres czasu, zatem bez znaczenia dla charakteru takiej działalności są ewentualne przerwy w faktycznym wykonywaniu tej działalności, już po jej uruchomieniu. Wspomniane przerwy mogłyby jedynie uzasadniać zwolnienie przedsiębiorcy z obowiązku opłacenia składek, oczywiście o ile zostałyby należycie usprawiedliwione i udokumentowane.

Podsumowując przedstawione wyżej poglądy judykatury należy przyjąć więc, iż „wykonywanie” działalności gospodarczej, a w konsekwencji określenie granic czasowych przymusu ubezpieczenia, jest obecnie pojmowane formalnie, co oznacza, że istnienie wpisu do ewidencji działalności gospodarczej nie przesądza wprawdzie o faktycznym prowadzeniu tej działalności, ale prowadzi do domniemania prawnego, według którego osoba wpisana do ewidencji jest traktowana jako prowadząca działalność gospodarczą.

Reasumując, z powyższych orzeczeń wynika, że o faktycznym prowadzeniu działalności gospodarczej przesądza ostatecznie nie tyle zarejestrowanie takiej działalności (aczkolwiek może to być podstawą domniemania w tym zakresie), a rezultaty postępowania dowodowego, które odnośnie tej okoliczności organ rozstrzygający powinien przeprowadzić.

W ocenie składu orzekającego Izby powyższe rozważania aktualne są również dla przedsiębiorców podlegających wpisowi do rejestru przedsiębiorców w Krajowym Rejestrze Sądowym. W szczególności nie ma znaczenia okoliczność, że ma on charakter

Sygn. akt KIO 2636/14

konstytutywny dla uzyskania podmiotowości prawnej przez te podmioty, gdyż nie należy tego utożsamiać z rozpoczęciem działalności gospodarczej, nawet jeżeli celem utworzenia podmiotu w danej formie organizacyjno-prawnej może być wyłącznie prowadzenie przedsiębiorstwa pod własną firmą.

Przed wszystkim nie ma podstaw, aby na potrzeby oceny spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, ustalać od kiedy dany wykonawca prowadził działalność gospodarczą wyłącznie na podstawie daty wpisu do stosownego rejestru czy ewidencji, a nie na podstawie całokształtu ustalonych okoliczności i zgromadzonego materiału dowodowego. O ile nie ułatwi to zamawiającym prowadzenie postępowań, o tyle zapewni ocenę na analogicznych zasadach jak w innych procedurach, a także zgodną z przepisami rozporządzenia o dokumentach, które wskazują na korelację zakresu żądania dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału z okresem prowadzenia działalności przez wykonawcę, a nie okresem formalnego istnienia wykonawcy jako przedsiębiorcy.

Izba stwierdziła, że pomimo uznawania powyżej wywiedzionych zasad, Zamawiający nie wziął pod uwagę wyjaśnień Odwołującego, że prowadzi działalność gospodarczą dopiero od marca 2013 r., gdyż wtedy rozpoczął świadczenie usług. Odwołujący zwracał również uwagę na to, że decydujące znaczenie powinien mieć okres prowadzenia działalności, a nie okres od kiedy przedsiębiorca został wpisany do KRS. Zamawiający nie skorzystał również z deklarowanej przez Odwołującego gotowości potwierdzenia faktycznego rozpoczęcia działalności gospodarczej dokumentami księgowymi, a także innymi dowodami.

W tych okolicznościach Zamawiający na własne ryzyko, nie korzystając z możliwości wyjaśnienia swoich wątpliwości w trybie art. 26 ust. 4 pzp, a zamiast tego powołując się na to, że dotychczasowe wyjaśnienia nie zostały poparte dowodami, bezpodstawnie wykluczył Odwołującego za nieosiągnięcie obrotu w czasie, gdy ten nie prowadził działalności.

Jak się okazało na rozprawie Zamawiający mógł nawet samodzielnie uzyskać potwierdzenie wyjaśnień Odwołującego. Zamawiający po wniesieniu odwołania zapoznał się ze sprawozdaniem finansowym Go Ahead sp. z o.o. S.K.A. za 2012 r., które jednak błędnie zinterpretował jako potwierdzające prowadzenie działalności gospodarczej w tym roku. Zamawiający ograniczył się do powołania się na wyrwane z kontekstu informacji dodatkowej sformułowania, w których padają słowa „działalność” lub „działalność gospodarcza”, ignorując dane wynikające z bilansu aktywów i pasywów oraz rachunku zysku i strat. Podobnie Przystępujący błędnie uznał sam fakt sporządzenia sprawozdania finansowego, bez jakiegokolwiek odniesienia się do jego zawartości, za potwierdzenie faktu prowadzenia działalności.

Tymczasem ze sprawozdania finansowego, w tym informacji dodatkowej

25

Sygn. akt KIO 2636/14

rozpatrywanej całościowo i w powiązaniu z danymi liczbowymi bilansu i rachunku zysku i strat, jednoznacznie wynika, że w 2012 r. Odwołujący nie prowadził żadnej zarobkowej działalności wytwórczej, budowlanej, handlowej czy usługowej, wykonywanej w sposób zorganizowany i ciągły. Od zawiązania spółka jedynie wynajęła powierzchnię na cele planowanej działalności gospodarczej, co znalazło odbicie w stosowanych rubrykach sprawozdania finansowego, gdyż wygenerowało to określony koszt, a w rezultacie wykazaną stratę. Żadnych innych kosztów działalności operacyjnej nie poniesiono, w tym amortyzacji, zużycia materiałów, wynagrodzeń, ubezpieczeń społecznych i innych świadczeń, wartości sprzedanych towarów i materiałów. Nie osiągnięto również żadnych przychodów ze sprzedaży produktów, towarów czy materiałów, gdyż nie było żadnej sprzedaży, ani zmiany stanu produktów, gdyż nic również nie wytworzono.

W okolicznościach rozstrzyganej sprawy Zamawiający nie przedstawił żadnych dowodów potwierdzających, że – wbrew temu, co wynika z danych zawartych w sprawozdaniu finansowym – w 2012 r. Odwołujący prowadził jakiegokolwiek działania zmierzające do uzyskania przychodu czy miał przerwę w wykonywaniu działalności związaną z oczekiwaniem na kolejne zamówienie lub poszukiwaniem takich zamówień. Umknęło natomiast uwadze Zamawiającemu, że ponieważ w 2012 r. Spółka w ogóle nie rozpoczęła prowadzenia działalności gospodarczej, nieadekwatne są przywołane w odpowiedzi na odwołanie tezy z uzasadnień wyroków. Orzeczenia te zapadły na tle zupełnie odmiennych stanów faktycznych dotyczących nadużywania formalnego zgłaszania zwieszenia działalności gospodarczej w tego typu okresach w celu uniknięcia obowiązku ponoszenia danin publicznoprawnych.

Warto zauważyć, że, co do zasady, rzeczywiście nie mają znaczenia dla okresu za jaki wykonawca jest obowiązany wykazać spełnianie warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej, zmiany firmy pod jaką działał, czy nawet zmiany przedmiotu prowadzonej działalności. Tego typu argumentacja Odwołującego w pierwszych wyjaśnieniach mogła rzeczywiście wzbudzić wątpliwości Zamawiającego. Jednakże w drugich wyjaśnieniach Odwołujący wskazał na fakt, że nie prowadził działalności gospodarczej w 2012 r. Przede wszystkim w okolicznościach tej sprawy dopiero po zmianach, które zaszły u Odwołującego na początku 2013 r. w wyniku sprzedaży wszystkich akcji, a także zbycia wszystkich udziałów komplementariusza, co spowodowało zmianę statutu, w tym zmianę firmy i przedmiotu działalności, Spółka faktycznie rozpoczęła prowadzenie działalności gospodarczej.

Z uwagi na powyższe bez znaczenia dla sprawy okazał się toczony równolegle spór o to, czy za rok obrotowy można uznać także okres krótszy niż kolejnych 12 miesięcy kalendarzowy. Jak trafnie podniósł Przystępujący spór ten rozstrzygnął Sąd Najwyższy

26

w uchwale z 24 kwietnia (sygn. akt III CZP 15.2014; LEX nr 1463799): *Jeżeli w umowie spółki postanowiono, że rokiem obrotowym jest rok kalendarzowy, a spółka rozpoczęła działalność w pierwszej połowie roku, jej pierwszym rocznym sprawozdaniem finansowym podlegającym wpisowi do rejestru na podstawie art. 40 pkt 2 ustawy z dnia 20 sierpnia 1997 r. o Krajowym Rejestrze Sądowym (tekst jedn.: Dz. U. z 2013 r. poz. 1203 z późn. zm.) jest sprawozdanie obejmujące okres od dnia rozpoczęcia przez nią działalności do końca roku kalendarzowego. 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. Dla Sądu Najwyższego nie ulega wątpliwości, że 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 {por. głosę Marcina Borkowskiego do powyższego orzeczenia}.*

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 pzp Izba uznała za zasadny tylko w takim zakresie, w jakim Zamawiający odmiennie potraktował Odwołującego i wykonawcę MJM Prestige, przez zażądanie wyłącznie od Odwołującego wykazania osiągnięcia rocznych obrotów na poziomie nie mniejszym niż 2 mln zł w 2014 r., choć w przypadku obu tych spółek rok obrachunkowy pokrywa się z rokiem kalendarzowym. Co charakterystyczne do tego zarzutu nie odniósł się ani Zamawiający, ani Przystępujący.

Natomiast nie znalazł potwierdzenia zarysowany w odwołaniu zarzut jakoby wykonawca MJM Prestige, z powodu niewykazania spełnienia powyżej przywołanego warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej, podlegał wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 pzp. Odwołanie nie zawiera żadnych okoliczności wskazujących na zasadność tego

27

Sygn. akt KIO 2636/14

zarzutu. Na rozprawie sam Odwołujący przyznał, że z KRS MJM Prestige sp. z o.o. sp. k. wynika, że powstała ona z przekształcenia spółki jawnej, której dotyczy część dokumentacji finansowej załączonej do wniosku. Nie wiadomo zatem dlaczego okoliczności te miałyby być niejasne dla Zamawiającego. Z kolei w odwołaniu nie sprecyzowano na czym miałyby polegać błędy rachunkowe w tej dokumentacji finansowej, ani nie podniesiono, że jej złożenie jest niezgodne z przywołanym powyżej § 1 ust. 1 pkt 9 rozporządzenia o dokumentach, czyli nie wiadomo z jakiego powodu miałyby ona nie wykazywać spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego rocznych obrotów.

Z kolei Izba podzieliła poniekąd stanowisko Zamawiającego, że powołane w odwołaniu okoliczności związane z treścią złożonego oświadczenia o przynależności do grupy kapitałowej, nie tworzą żadnego odrębnego zarzutu, a zostały przywołane jedynie jako ilustracja braku należytej staranności braku Zamawiającego przy badaniu wniosków.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych może mieć istotny wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia, wobec czego – działając na podstawie art. 192 ust. 1, 2 i ust. 3 pkt 1 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku

na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w związku z § 3 pkt 1 i 2 lit. a i b oraz § 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 (Dz. U. Nr 41, poz. 238) – obciążając Zamawiającego tymi kosztami, na które złożył się wpis uiszczony przez Odwołującego oraz jego uzasadnione koszty w postaci wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu na wyznaczone posiedzenie Izby, które uwzględniono na podstawie rachunków złożonych do zamknięcia rozprawy, z tym że wysokość wynagrodzenia pełnomocnika ograniczono do kwoty 3600 zł, czyli maksymalnej kwoty wynikającej z § 3 pkt 2 lit. b przywołanego rozporządzenia.

Przewodniczący: