Sygn. akt KIO 1218/12

**Sygn. akt: KIO 1218 /12**

**WYROK**
**z dnia 26 czerwca 2012 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** Renata Tubisz

**Protokolant:** Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 26 czerwca 2012r. r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 czerwca 2012 r. przez wykonawcę Gemard sp z o.o. ul. St. Moniuszki 8, 07-202 Wyszków w postępowaniu prowadzonym przez Politechnika Warszawska Pl. Politechniki Nr 1, 00-661 Warszawa

**orzeka:**

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty i ponowne badanie oraz ocenę ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego.



---



2. kosztami postępowania obciąża Politechnika Warszawska Pl. Politechniki Nr 1 00-661 Warszawa i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10.000 **zł** 00 **gr** (słownie dziesięć tysięcy złotych) uiszczoną przez Gemard sp z o.o. ul. St. Moniuszki 8, 07-202 Wyszków tytułem wpisu od odwołania,
2.2. zasądza od Politechnika Warszawska Pl. Politechniki Nr 1, 00-661 Warszawa na rzecz Gemard sp z o.o. ul. St. Moniuszki 8, 07-202 Wyszków kwotę 13.600 **zł** 00 **gr** (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenie pełnomocnika odwołującego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 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 Warszawie

**Przewodniczący:**



---



Uzasadnienie

Pismem z dnia 11 czerwca 2012r. odwołujący Gemard sp. z o.o. 07-202 Wyszków ul. Stanisława Moniuszki 8 wniósł odwołanie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Politechnika Warszawska 00-661 Warszawa Plac Politechniki 1.

Przedmiotem prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego jest „Adaptacja pomieszczeń dla potrzeb biblioteki Wydziału Mechanicznego Energetyki i Lotnictwa z uwzględnieniem potrzeb osób niepełnosprawnych i wymagań p.poż w Warszawie przy ul. Nowowiejskiej 21/25-przebudowa wejścia do gmachu głównego ITC".
Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 23 kwietnia 2012r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod poz. 91 827.

Odwołanie zostało wniesione w związku z rozstrzygnięciem przetargu, w wyniku którego odwołujący został wykluczony z postępowania z powodu nie spełnienia warunków udziału w zakresie potencjału ekonomicznego.
Podstawę wniesienia odwołania stanowi art.180 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. – Prawo zamówień publicznych ( j.t. Dz.U. 2010r. nr 113 poz. 759 z późn. zm.) zwanej dalej „ustawą".
Odwołujący zarzucił naruszenie następujących przepisów ustawy: art.7 ust.1 i 3 oraz art.22 ust.1 pkt 4, art.24 ust.2 pkt 4 i art.26 ust.4 .
We wniesionym odwołaniu zażądał:

1. unieważnienia czynności wykluczenia z postępowania i odrzucenia jego oferty.
2. unieważnienia czynności wyboru, jako najkorzystniejszej oferty firmy Kuśmierz Zenon FREM-BUD P.U.H.,
3. dokonania ponownej oceny ofert i wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.



---



W uzasadnieniu odwołania podał następującą argumentację formalną i prawną.
Na wezwanie zamawiającego do uzupełnienia dokumentów odwołujący złożył następujące dokumenty: sprawozdanie finansowe, aktualną informację z Krajowego Rejestru Karnego, dokumenty podmiotowe podmiotu na którego zasoby się powołał.
Pomimo uzupełnienie dokumentów zamawiający badając ofertę odwołującego wykluczył z postępowania odwołującego i wybrał jako najkorzystniejsza ofertę innego wykonawcy.
Odwołujący nie zgadzając się z zamawiającym złożył niniejsze odwołanie uważając, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia, ponieważ jego oferta jest najkorzystniejsza, a zamawiający pozbawiając jego zamówienia uniemożliwia uzyskanie spodziewanych przychodów co naraża jego na potencjalną szkodę.
W swoim stanowisku wyraził pogląd, iż zamawiający w nieuprawniony sposób zmniejszył jego przychody przedstawione w sprawozdaniu finansowym. Podkreślił, że spółkę zawiązał w grudniu 2010r. i zgodnie z obowiązującymi przepisami rok obrotowy rozpoczął się 22.12.2010r. i zakończył 31.12.2011r. a zamawiający nie miał prawa zmniejszać przychodu spółki za 2011r. dzieląc go przez trzy.
Na poparcie swoich twierdzeń przywołał art.3 ust.1 pkt 8 i 9 ustawy z dnia 29 września 1994r. o rachunkowości (Dz. U. 2009r. Nr 152 poz.1223 z późn. zm.) zwanej dalej ustawą o rachunkowości.
W tak ustalonym stanie faktycznym i prawnym

Izba ustaliła i zważyła co następuje

Co do interesu do wniesienia odwołania
Odwołujący posiada interes do wniesienia odwołania, ponieważ złożył najkorzystniejszą cenowo ofertę. Wykonawca wybrany złożył droższą ofertę. Cena jest jedynym kryterium oceny ofert. Zgodnie z pkt 14. kryteria wyboru najkorzystniejszej ofert SIWZ przy dokonywaniu wyboru najkorzystniejszej oferty zamawiający stosować będzie wyłącznie kryterium ceny (zdanie pierwsze str.14 SIWZ.). Z protokołu zamawiającego. zestawienie ofert wynika że odwołujący zaoferował cenę w kwocie 648 779,11zł, a wykonawca wybrany kwotę 760 419,51zł. (Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty – pismo z dnia 06.06.2012r.).



---



Na podstawie powyższych ustaleń Izba stwierdza, że odwołujący posiada interes do wniesienia odwołania w rozumieniu art.179 ust.1 ustawy.

Izba ustaliła.

Jedynym powodem wykluczenia odwołującego z postępowania a w konsekwencji odrzucenia jego oferty było przedstawienie na wezwanie zamawiającego sprawozdania finansowego za ostatnie trzy lata działalności.

Izba przeprowadziła dowód z pisma z dnia 06.06.2012r. zamawiającego zawiadamiającego o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz o wykonawcach wykluczonych i o odrzuconych ofertach. Z pisma wynika, że powodem wykluczenia odwołującego z postępowania było nie wykazania warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt 6.1.4. lit.a) siwz oraz pkt III.3.5. lit.a) ogłoszenia o zamówieniu t.j. średniego przychodu za ostatnie trzy lata obrotowe (na podstawie „rachunku zysków i strat" pozycja „przychód netto ze sprzedaży produktów, towarów i materiałów" lub "przychód netto i zrównane z nimi" w wysokości nie mniejszej niż 2 mln. zł. na podstawie załączonych do oferty rachunku zysków i strat ( str.49 -50 oferty) i złożonego na wezwanie do uzupełnienia dokumentów rachunku zysków i strat. Odwołujący wykazał za 2011r. kwotę 2.443.415,16 zł., za rok 2010 kwotę 0,00zł. Powyższe wskazuje, że za ostatnie trzy lata średni przychód został wykazany na kwotę 814.471,72 zł. Jako uzasadnienie prawne zamawiający wskazał art.24 ust.2 pkt 4 ustawy w związku z art.22 ust.1 pkt 4 ustawy. Jednocześnie zamawiający wzmiankował, że taką ofertę uważa się za odrzuconą.
Izba przeprowadziła kolejne dowody:

1. z siwz pkt 6.1.4. dotyczący sytuacji ekonomicznej i ogłoszenia o zamówieniu pkt III.5, których wynika, że warunek sytuacji ekonomicznej zostanie spełniony jeżeli, średni przychód za ostatnie trzy lata obrotowe wystąpi w wysokości nie mniejszej niż 2 mln.zł.
2. z oferty odwołującego, z której wynika, że na str.49 i 50 załączono sprawozdanie finansowe na dzień 05.03.2012r. gdzie przychody ze sprzedaży netto wynoszą w tys. 2.443.zł.
3. z wezwania zamawiającego z dnia 31 maja 2012r. na podstawie art.26 ust.3 ustawy do złożenia sprawozdania finansowego za ostatnie trzy lata obrotowe, a jeżeli okres działalności jest krótszy za ten okres. Zamawiający w tym wezwaniu stwierdził, że





załączony do oferty rachunek zysków i strat – nie potwierdza warunku, o którym mowa w pkt 6.1.4. lit.a siwz.

4. Z uzupełnienia dokumentów: pismo z dnia 04.06.2012r. gdzie za pismem przewodnim odwołujący przekazał rachunek zysków i strat sporządzony za okres od 21.12.2010r. do 31.12.2011r.,z którego wynika przychód netto 2.443.415,16zł.

5. Z umowy spółki odwołującego z dnia 22.12.2010r. akt notarialny Repertorium nr 5814/2010 kancelaria notarialna Wyszków Notariusz Tomasz Abramczyk gdzie w § 28 stwierdza się, że rachunkowość i księgi handlowe spółki będą prowadzone zgodnie z obowiązującymi przepisami. Rokiem obrotowym jest rok kalendarzowy. W związku z rozpoczęciem przez spółkę działalności w drugiej połowie roku kalendarzowego, ( zgodnie z art. 8 ust.2a ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych) pierwszy rok obrotowy trwa od dnia rozpoczęcia działalności do końca roku kalendarzowego następującego po roku, w którym rozpoczęto działalność.
6. Z Krajowego Rejestru Sądowego załączonego do oferty jak i odwołania wynika, że data rejestracji w Krajowym Rejestrze Sądowym nastąpiła w dniu 27.01.2011r. a z informacji o zawarciu umowy spółki wynika data 22.12.2010r.

Izba zważyła.
Zarzut jest zasadny.
Zgodnie z bezwzględnie obowiązującym przepisem prawa to jest § 1 ust.1 pkt 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający pod wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. 2009r. Nr 226, poz. 1817) zwane dalej „rozporządzeniem" w celu wykazania przez wykonawcę warunków, o których mowa w art.22 ust.1 ustawy, których opis sposobu oceny spełnienia został dokonany w ogłoszeniu o zamówieniu lub siwz, w postępowaniach o których mowa w art.26 ust.2 ustawy zamawiający może żądać, następujących dokumentów: 8) 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 trzy lata obrotowe, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – za ten okres.





Z powyższej regulacji wynika, że jeżeli wykonawca prowadzi działalność krócej niż trzy lata to ma obowiązek przedłożenia sprawozdania finansowego za ten krótszy okres.
Rozporządzenie zostało wydane na podstawie art. 21 ust.1 ustawy zgodnie z którym o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące między innymi sytuacji ekonomicznej i finansowej. W tym celu zgodnie z art. 25 ust.1 ustawy zamawiający może żądać od wykonawcy oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu wskazanych w ogłoszeniu o zamówieniu i w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Na podstawie dyspozycji zawartej w art.25 ust.2 ustawy upoważnionym do określenia rodzajów dokumentów jest Prezes Rady Ministrów, który jak powyżej wskazano wyczerpał dyspozycję ustawową przez wydanie rozporządzenia.
Z treści rozporządzenia wynika, jak już wyżej wskazano, że wykonawcy, którzy prowadzą działalność w okresie krótszym niż okres za jaki 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 2010r. do dnia 31 grudnia 2011r. Powyższe nie oznacza, że w takiej sytuacji zamawiający ma prawo przedstawiony w sprawozdaniu przychód podzielić przez trzy lata to jest za okres za który oczekiwał przedłożenia sprawozdań finansowych.
Zamawiający miał obowiązek w przedmiotowej sytuacji uznać przedstawiony 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. 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 2 mln.zł. ( pkt 6.1.4. dotyczący sytuacji ekonomicznej i pkt III.5 ogłoszenia o zamówieniu).
Zapis, że będzie decydował średnioroczny przychód wręcz oznacza, że zamawiający może dzielić jednoroczny przychód odwołującego przez jeden, a nie przez trzy, ponieważ





odwołujący prowadził działalność przez jeden rok a nie przez trzy lata. Dzielenie przychodu przez trzy może nastąpić tylko w przypadku gdy wykonawca przedkłada sprawozdania za okres trzech lat, co nie występuje u odwołującego.
Reasumując skoro ma decydować średnioroczny przychód to aby go uzyskać należy dzielić łączne przychody przez 3 lata, jeżeli przedłożono sprawozdania za trzy lata i kolejno jeżeli załączono sprawozdania za dwa lata to należy dzielić przez dwa i tak jak w przypadku odwołującego jeżeli przedstawiono sprawozdanie za jeden rok to należy dzielić przychód przez jeden czyli przez okres prowadzenia działalności.
Poza sporem pozostaje zagadnienie wliczenia jednej dekady miesiąca grudnia 2010r. do okresu rocznego sprawozdania za okres 2011roku w związku z rozpoczęciem działalności w dniu 21 grudnia 2010r. a co jest usprawiedliwione regulacją art.3 ust.1 pkt 8 i 9 ustawy z dnia 29 września 1994r. o rachunkowości (j.t. z dnia 02.09.2009r. nr 152 poz.1223) w związku z powyżej cytowanym § 28 umowy spółki odwołującego.
W tym stanie rzeczy orzeczono w myśl art. 192 ust.2 ustawy o uwzględnieniu odwołania,

ponieważ podniesione w odwołaniu naruszenia przepisów ustawy potwierdziły się i mają wpływ na wynik postępowania.
O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy zgodnie z art. 192 ust.9 i 10 ustawy i § 5 ust.2 pkt 1) w związku z § 3 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2010r. nr 41 poz.238) zasądzając uiszczony wpis w koszty postępowania odwoławczego oraz zasądzając od zamawiającego na rzecz odwołującego koszty uiszczonego wpisu od odwołania w kwocie 10.000,00zl i wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego na podstawie przedstawionej faktury w kwocie 3.600,00zł.

**Przewodniczący:**



---