

WYROK
z dnia 19 maja 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Honorata Łopianowska
Protokolant: Magdalena Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 maja 2011 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 maja 2011 r. przez wykonawcę Świętokrzyskie Przedsiębiorstwo Robót Drogowych TRAKT spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Piekoszowie w postępowaniu prowadzonym przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz wykluczenia Odwołującego Świętokrzyskiego Przedsiębiorstwa Robót Drogowych TRAKT spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Piekoszowie z postępowania, a następnie dokonanie ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego;

1

2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego - Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10.000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Świętokrzyskie Przedsiębiorstwo Robót Drogowych TRAKT spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Piekoszowie tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od Zamawiającego Generalnej Dyрекcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie na rzecz Odwołującego Świętokrzyskiego Przedsiębiorstwa Robót Drogowych TRAKT spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Piekoszowie kwotę 10.000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu.

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 Rzeszowie.

Przewodniczący:

2

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Usuwanie skutków powodzi - Przebudowa drogi krajowej nr 77 Lipnik -Przemyśl, odcinek Trześń - Gorzyce od km 23-972 do km 28+730" z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.), wymaganych przy procedurze, kiedy wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 11 marca 2011 r. oraz na stronie internetowej Zamawiającego www.gddkia.gov.pl.

Odwołujący w dniu 5 maja 2011 r. otrzymał informację o wyniku postępowania, w tym o wykluczeniu z postępowania, zaś w dniu 10 maja 2011r. wniósł wobec tej czynności odwołanie.

Odwołujący argumentuje, że:

- zostało wykazane sprawozdaniami finansowymi i opiniami biegłego rewidenta, iż przychód ze sprzedaży w latach obrotowych, pokrywających się z latami kalendarzowymi: w 2008 r. w kwocie 141.264.755,96 zł; w 2009 r. w kwocie 121.714.836,19 zł i nawet gdyby przyjąć, że Odwołujący nie wykazał żadnych przychodów w 2010 r. (z powodu nieprzedłożenia opinii biegłego rewidenta), to średni przychód z lat 2008, 2009 i 2010 wyniósł 87.659.864,05 zł ($141.264.755,96 \text{ zł} + 121.714.836,19 \text{ zł} + 0 \text{ zł} = 262.979.592,15 \text{ zł} : 3 = 87.659.864,05 \text{ zł}$), nadto Odwołujący uzyskał średni przychód z ostatnich 3 lat obrotowych w wysokości wyższej niż wymagany przez Zamawiającego w pkt. 7.2.4.a) IDW SIWZ w kwocie 9.360.000 zł, przekraczając tę wartość ponad 9,3 razy. Zgodnie z wymogami określonymi w SIWZ, do oferty załączona została wymagana przez Zamawiającego część sprawozdania finansowego, tj. bilans, rachunek zysków i strat oraz opinia biegłego rewidenta za ostatnie 3 lata obrotowe tj. rok 2007, 2008, 2009; nie załączono dokumentów finansowych za rok 2010 z uwagi na to, że zgodnie z ustawą o rachunkowości, obowiązek sporządzenia rocznego sprawozdania finansowego upływa dnia 31 marca roku następnego, a termin jego zatwierdzenia upływa dnia 30 czerwca.

- Złożenie kompletnych wymaganych SIWZ dokumentów finansowych za rok 2010 nie było możliwe na dzień składania ofert, tj. 28 marca 2011 r. Odwołujący podał, że nie mógł spełnić warunku przedłożenia opinii biegłego rewidenta dotyczącej sprawozdania finansowego za 2010 r., ponieważ nie ukończono jeszcze czynności z tego badania, a termin sporządzenia

opinii jeszcze nie upłynął. Jak wynika z art. 68 ustawy o rachunkowości opinia biegłego rewidenta powinna być sporządzona najpóźniej na 15 dni przed terminem zgromadzenia wspólników zatwierdzającego sprawozdanie finansowe, a zgodnie z art. 231 § 1 ksh, zwyczajne zgromadzenie wspólników powinno odbyć się w terminie 6 miesięcy po zakończeniu roku obrotowego. Wynika z tych przepisów, że opinia biegłego rewidenta powinna być sporządzona najpóźniej w terminie do 14 czerwca 2011 r., aby zgromadzenie wspólników mogło się odbyć w ostatnim dniu terminu ustawowego. W takiej sytuacji, skoro przedłożenie dokumentu nie było możliwe, Zamawiający powinien poprzestać na złożonym Rachunku Zysków i Strat oraz Bilansie Odwołującego za 2010 r. Odmienna wykładnia prowadzi do eliminowania z postępowania wykonawców, którzy nie naruszyli żadnego przepisu prawa, tylko dlatego, że nie uzyskali opinii biegłego rewidenta znacznie przed upływem terminu ustawowego.

- Odwołujący na wezwanie Zamawiającego przesłał Rachunek Zysków i Strat za 2010 r., który zawiera pozycję „Przychód netto ze sprzedaży i zrównane z nimi” oraz wartość przychodów za 2010 r. w wysokości 135.003.257,45 zł. W związku z powyższym, średni roczny przychód za ostatnie trzy lata obrotowe wynosi: 132.660.949,87 PLN (wymagany w SIWZ przychód 9.360.000,00 zł). Z powyższego wynika, że Zamawiający miał możliwość oceny spełnienia przez Odwołującego warunku udziału w postępowaniu, zawartego w punkcie 7.2. ppkt 4.a) IDW.

W oparciu o powyższe zarzuty, Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności wyboru ofert oraz nakazanie unieważnienia czynności wykluczenia z postępowania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ofertę złożoną przez Odwołującego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron złożone w trakcie rozprawy, ustalono i zważono, co następuje.

W pierwszej kolejności Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Ustalono dalej, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż w razie uwzględnienia zarzutów odwołania

oferta Odwołującego mogłaby zostać uznana za najkorzystniejszą, skoro oferta zawiera najniższą cenę, przy kryterium oceny ofert stanowiącym cenę za wykonanie zamówienia.

Przepis art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że uwzględnienie odwołania może mieć miejsce tylko wtedy, gdy zostanie stwierdzone takie naruszenie przepisów ustawy, które miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W analizowanej sprawie dopatrzone zostały takich naruszeń. I tak, uzasadniając dokonane rozstrzygnięcie, w zakresie podniesionych zarzutów uwzględniono okoliczności:

Zarzuty odwołania osadzone są brzmieniu przepisu 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, na podstawie których to przepisów Zamawiający dokonał wykluczenia z postępowania wykonawcy Świętokrzyskiego Przedsiębiorstwa Robót Drogowych „TRAKT” spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Piekoszowie.

W analizowanej sprawie, Zamawiający w pkt 8.1.4. IDW SIWZ żądał złożenia: „Części sprawozdania finansowego: rachunku zysków i strat, a jeżeli sprawozdanie finansowe podlega badaniu przez biegłego rewidenta zgodnie z przepisami o rachunkowości, również opinii o badanych sprawozdaniach w części dotyczącej rachunku zysków i strat, a w przypadku Wykonawców nie zobowiązanych do sporządzania sprawozdania finansowego inne dokumenty określające obroty oraz zobowiązania i należności – za ostatnie 3 lata obrotowe, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - za ten okres – w celu wykazania spełniania warunku, którego opis został zamieszczony w pkt 7.2.4)a) IDW.”

Odwołujący w złożonej ofercie złożył części sprawozdania finansowego: rachunki zysków i strat wraz z opinią biegłego rewidenta o badanych sprawozdaniach w części dotyczącej rachunku zysków i strat za lata obrotowe 2007, 2008 i 2009.

Zamawiający pismem znak GDDKiA O/Rz-R2-bm-284/D/4/2011 z dnia 19 kwietnia 2011 r. wezwał Wykonawcę do uzupełnienia części sprawozdania finansowego: rachunku zysków i strat, a jeżeli sprawozdanie finansowe podlega badaniu przez biegłego rewidenta zgodnie z przepisami o rachunkowości, również opinii o badanym sprawozdaniu w części dotyczącej rachunku zysków i strat, a w przypadku Wykonawcy nie zobowiązanego do sporządzania sprawozdania finansowego innych dokumentów określających obroty oraz zobowiązania i należności - za ostatni rok obrotowy tj rok 2010 - w celu wykazania spełniania warunku, którego opis został zamieszczony w pkt 7.2.4)a) IDW SIWZ.

Odwołujący, pismem z dnia 21 kwietnia 2011 r. uzupełnił część sprawozdania finansowego: rachunek zysków i strat za 2010 r., bez opinii o badanym sprawozdaniu w części dotyczącej rachunku zysków i strat, podając jednocześnie: „zgodnie z Ustawą o

Rachunkowości z dnia 20 września 1994 roku obowiązek sporządzenia sprawozdania finansowego za rok 2010 upływa w dniu 31.03.2011r. a jego zatwierdzenie przez biegłego rewidenta do dnia 30.06.2011 r.”

W oparciu o powyższe dokumenty Zamawiający uznał, iż Odwołujący nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 7.2.4)a) IDW specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej (średni roczny przychód za ostatnie trzy lata obrotowe, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, za ten okres (na podstawie „Rachunku zysków i strat” pozycja „Przychód netto ze sprzedaży produktów, towarów i materiałów” lub „Przychód netto ze sprzedaży i zrównane z nimi”) w wysokości nie mniejszej niż 9 360 000,00 PLN), ponieważ nie przedstawił żadanego w pkt 8.1.4. IDW SIWZ dokumentu, tj opinii o badanym sprawozdaniu w części dotyczącej rachunku zysków i strat za ostatni rok obrotowy, tj. rok 2010.

Na rozprawie Zamawiający uzasadniał dokonaną przez siebie ocenę dokumentów złożonych przez Świętokrzyskie Przedsiębiorstwo Robót Drogowych „TRAKT” spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Piekoszowie na potwierdzenie spełniania warunku w zakresie zdolności ekonomicznej następująco:

- to wykonawca powinien dołożyć należytej staranności by wymagane w postępowaniu dokumenty posiadać, szczególnie, iż postępowanie zostało ogłoszone wcześniej, tj. 11 marca 2011 r., a ustawa o rachunkowości wskazuje termin 30 czerwca jako termin maksymalny na sporządzenie opinii z badania przez biegłego rewidenta. Z art. 355 par. 2 kc, wynika podwyższony stopień staranności przedsiębiorcy, którego skutkiem jest wymaganie złożenia sprawozdania finansowego wraz z opinią biegłego rewidenta. W innych postępowaniach prowadzonych w tym roku wykonawcy składali sprawozdania finansowe

wraz z opiniami biegłego rewidenta;

- przepis rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów wyraźnie stanowi, że opinię biegłego rewidenta składa się zawsze gdy sprawozdanie finansowe podlega badaniu przez biegłego rewidenta. Zamawiający ma prawo żądać dokumentów określonych rozporządzeniem, zaś jeśli takich dokumentów żąda, to obowiązany jest żądać tych dokumentów i tylko w takim zakresie, jaki wynika z tego rozporządzenia;
- niezgodna z brzmieniem art. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych byłaby inna ocena oferty Odwołującego, skoro inni wykonawcy złożyli takie sprawozdanie opatrzone opinią biegłego rewidenta;
- do postępowania o zamówienie publiczne należy dopuścić wykonawców nie tych, co do których zamawiający posiada wiedzę, że spełniają warunek udziału w postępowaniu, ale tych, którzy wykazali spełnienie warunku zgodnie z przepisami ustawy;

6

- jeśli Odwołujący miał wątpliwość co do rozumienia spornego warunku, w szczególności okresu za jaki należy złożyć sprawozdanie wraz z opinią, mógł w tym zakresie złożyć zapytania wobec brzmienia SIWZ, czego nie uczynił, a inni wykonawcy nie mieli w tym zakresie wątpliwości.

Tak wyartykułowane motywy kwestionowanego w odwołaniu działania Zamawiającego determinują celowość przedstawienia obowiązującej w tej mierze regulacji dotyczącej dokumentu na potwierdzenie zdolności ekonomicznej i finansowej, jakim jest sprawozdanie finansowe (lub jego część) opatrzone opinią biegłego rewidenta, a następnie analizę brzmienia przepisu *Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane* (Dz. U. Nr 226, poz. 1817) w zakresie sposobu wykazania tego warunku.

Zgodnie z § 1. ust 1 pkt. 8 *rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane*, w celu wykazania spełnienia przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy z Prawo zamówień publicznych, których opis sposobu oceny spełniania został dokonany w ogłoszeniu o zamówieniu, zaproszeniu do negocjacji lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w postępowaniach określonych w art. 26 ust. 1 ustawy zamawiający żąda, a w postępowaniach określonych w art. 26 ust. 2 ustawy 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 sporządzania sprawozdania finansowego - innych dokumentów określających obroty oraz zobowiązania i należności — za okres nie dłuższy niż ostatnie trzy lata obrotowe, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — za ten okres.

Zakres, sposób oraz terminy sporządzania sprawozdania finansowego a także jego badania przez biegłego rewidenta reguluje ustawa z dnia 29 września 1994 r. o rachunkowości (Dz.U.09.152.1223 z późn. zm.). Ustawa ta w art. 3 ust. 1 pkt 8 stanowi, iż ilekroć w ustawie jest mowa o okresie sprawozdawczym - rozumie się przez to okres, za który sporządza się sprawozdanie finansowe w trybie przewidzianym ustawą lub inne sprawozdania sporządzone na podstawie ksiąg rachunkowych; zaś w ust. 1 pkt 9 tego przepisu definiuje rok obrotowy, jako 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

7

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. Art. 45 ust. 1 i 2 ustawy wskazuje, że sprawozdanie finansowe sporządza się na dzień zamknięcia ksiąg rachunkowych, lub na inny dzień bilansowy, i składa się ono z bilansu, rachunku zysków i strat, informacji dodatkowej, obejmującej wprowadzenie do sprawozdania finansowego oraz dodatkowe informacje i objaśnienia, a w odniesieniu do

podmiotów zobligowanych do corocznego badania i ogłaszania rocznych skonsolidowanych sprawozdań finansowych grup kapitałowych oraz rocznych sprawozdań finansowe podmiotów kontynuujących działalność – dodatkowo zestawienie zmian w kapitale (funduszu) własnym, a w przypadku funduszy inwestycyjnych - zestawienie zmian w aktywach netto, oraz rachunek przepływów pieniężnych. Do rocznego sprawozdania finansowego dołącza się także sprawozdanie z działalności jednostki - jeżeli obowiązek jego sporządzania wynika z ustawy lub odrębnych przepisów.

Przepis art. 52 ust. 1 powołanej ustawy przewiduje natomiast, że kierownik jednostki zapewnia sporządzenie rocznego sprawozdania finansowego nie później niż w ciągu 3 miesięcy od dnia bilansowego (za który - zgodnie z treścią art. 3 ust. 1 pkt 10 ustawy - rozumie się dzień, na który jednostka sporządza sprawozdanie finansowe) i przedstawia je właściwym organom, zgodnie z obowiązującymi jednostkę przepisami prawa, postanowieniami statutu lub umowy. W myśl natomiast art. 53 ust. 1 ustawy, roczne sprawozdanie finansowe jednostki, podlega zatwierdzeniu przez organ zatwierdzający, nie później niż 6 miesięcy od dnia bilansowego. Przed zatwierdzeniem, roczne sprawozdanie finansowe podmiotów zobligowanych do corocznego badania i ogłaszania rocznych skonsolidowanych sprawozdań finansowych oraz rocznych sprawozdań finansowych, podlega badaniu przez biegłego rewidenta.

Przepis art. 64 ust. 1 ustawy o Rachunkowości stanowi, że co do zasady, badaniu i ogłaszaniu, podlegają roczne skonsolidowane sprawozdania finansowe grup kapitałowych oraz roczne sprawozdania finansowe - kontynuujących działalność: banków, zakładów ubezpieczeń oraz zakładów reasekuracji; jednostek działających na podstawie przepisów o obrocie papierami wartościowymi oraz przepisów o funduszach inwestycyjnych; jednostek działających na podstawie przepisów o organizacji i funkcjonowaniu funduszy emerytalnych; spółek akcyjnych, z wyjątkiem spółek będących na dzień bilansowy w organizacji; pozostałych jednostek, które w poprzedzającym roku obrotowym, za który sporządzono sprawozdania finansowe, spełniły co najmniej dwa z następujących warunków:

- a) średnioroczne zatrudnienie w przeliczeniu na pełne etaty wyniosło co najmniej 50 osób,

8

- b) suma aktywów bilansu na koniec roku obrotowego stanowiła równowartość w walucie polskiej co najmniej 2.500.000 euro,

- c) przychody netto ze sprzedaży towarów i produktów oraz operacji finansowych za rok obrotowy stanowiły równowartość w walucie polskiej co najmniej 5.000.000 euro.

Opinię i raport z badania sprawozdania finansowego podpisuje kluczowy biegły rewident przeprowadzający badanie, przy czym spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, towarzystwa ubezpieczeń wzajemnych, towarzystwa reasekuracji wzajemnej, spółki akcyjne oraz spółdzielnie są obowiązane do udostępnienia wspólnikom, akcjonariuszom lub członkom rocznego sprawozdania finansowego i sprawozdania z działalności jednostki, a jeżeli sprawozdanie finansowe podlega obowiązkowi badania - także opinii wraz z raportem biegłego rewidenta - najpóźniej na 15 dni przed zgromadzeniem wspólników, walnym zgromadzeniem akcjonariuszy lub walnym zgromadzeniem członków albo przedstawicieli członków spółdzielni. Spółka akcyjna udostępnia ponadto akcjonariuszom sprawozdanie rady nadzorczej lub komisji rewizyjnej albo organu administrującego.

Z przytoczonych wyżej przepisów wynika ogólna reguła, iż co do zasady pełne, ostateczne i zatwierdzone sprawozdanie finansowe wraz z opinią biegłego rewidenta wykonawca powinien posiadać najpóźniej do dnia 30 czerwca danego roku kalendarzowego – jeśli rok obrotowy dla konkretnego podmiotu przyjęty został, mocą statutu lub umowy, za tożsamy z rokiem kalendarzowym, albo w innym terminie wynikającym z przyjęcia w statucie lub umowie roku obrotowego, jako innego okresu trwającego 12 kolejnych pełnych miesięcy kalendarzowych. Przytoczony wyżej przepis art. 3 ust. 1 pkt 9 ustawy o rachunkowości wskazuje wyraźnie na pozostającą w dyspozycji podmiotu (regulowaną umową lub jego statutem) możliwość ustanowienia roku obrotowego w sposób niezależny od roku kalendarzowego. Dla czynności sporządzenia sprawozdania finansowego oraz wydania opinii biegłego rewidenta w sytuacji, gdy rok obrotowy danego wykonawcy jest inny niż rok kalendarzowy, terminy wyznaczone granicą sześciu miesięcy liczone od dnia bilansowego, mogą zgodnie z ustawą o rachunkowości wypaść w innym dniu niż maksymalnie ostatni dzień czerwca (co by miało miejsce przy roku bilansowym tożsamym z rokiem kalendarzowym).

Przytoczone przepisy ustawy o rachunkowości opisują także proces uzyskiwania przez podmiot pełnego, zatwierdzonego sprawozdania finansowego a także opinii biegłego rewidenta jako wieloetapowy i rozłożony w czasie, który w praktyce – zgodnie z tymi przepisami, wskazującymi graniczne, maksymalne terminy dla poszczególnych czynności - trwać może do sześciu miesięcy. Powyższe przepisy zakładają zatem, że sprawozdanie finansowe jak i opinia biegłego rewidenta nie są dokumentami generowanymi natychmiast,

wedle potrzeby podmiotu, ale stanowią wynik trwającego pewien czas procesu, którego poszczególnym etapom ustawodawca wyznaczył maksymalne terminy na wykonanie i w który zaangażowane mogą być dodatkowo inne podmioty, np. jednostki składające się na grupę kapitałową - w przypadku skonsolidowanego sprawozdania finansowego. Opisany w ustawie charakter i zakres tych czynności wskazuje, że nie są to czynności jednorazowe, ale stanowiące pewien proces sporządzania lub badania sprawozdania finansowego.

Analizując relację przepisu § 1. Ust. 1 pkt. 8 *rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane*, którego przedmiotem jest sprawozdanie finansowe, w tym sprawozdanie finansowe opatrzone opinią biegłego rewidenta, do uregulowanych w ustawie rachunkowości zasad sporządzania i zatwierdzania sprawozdania finansowego oraz uzyskiwania opinii biegłego rewidenta, przyjąć należało, że treść przepisu *rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane*, odnosząc się do materii regulowanej innym aktem prawnym (ustawą o rachunkowości) i wyrażnie do tego aktu nawiązując, uwzględnia charakter i zasady sporządzania sprawozdania finansowego oraz opinii biegłego rewidenta w nim uregulowane. Obejmować to musi także konsekwencje związane z czasem niezbędnym na sporządzenie i zatwierdzenie sprawozdania finansowego jak i badaniem tego sprawozdania, wytworzeniem raportu z badań i wreszcie wydaniem przez biegłego rewidenta opinii.

Powyższe skutkowało wnioskiem, że jeśli przepis § 1 ust. 1 pkt. 8 *rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane* wskazuje dokument, jakiego zamawiający może żądać i dokument ten podlega regulacji odrębnych przepisów, to uwzględnia on także całokształt konsekwencji z tych przepisów wynikających, łącznie z opisaną w tych przepisach, a niezbędną z punktu widzenia praktyki i metodologii uzyskiwania sprawozdania finansowego oraz opinii biegłego okolicznością, że sporządzenie tych dokumentów zawsze jest następstwem działań obejmujących pewien okres czasu i że z natury nie będzie możliwą sytuacją, by podmiot zobligowany do sporządzania sprawozdania finansowego, w tym sprawozdania wraz z opinią biegłego rewidenta mógł pozyskać te dokumenty w dowolnym momencie. Naturalną i nieuniknioną w związku z tym jest sytuacja, że w pewnym momencie tego procesu, podmiot nie będzie mógł mieć tych dokumentów.

Trzeba w tym miejscu podkreślić, że przecież zasadniczy cel sporządzania sprawozdań finansowych wyznaczony jest sferą prawa podatkowego, rachunkowości, zasady kontynuacji działalności, czy wreszcie potrzebą realizacji obowiązku informacyjnego wobec innych uczestników obrotu gospodarczego czy nadzoru właścicielskiego. Nie są to zatem

dokumenty sporządzane bezpośrednio na potrzeby postępowania o zamówienie publiczne i z tym postępowaniem z natury sprzężone, choć wykorzystywane dla zbadania zdolności ekonomicznej i finansowej wykonawcy.

Powyższe okoliczności przemawiały za uznaniem, iż nie jest – do czego zdawała się zmierzać argumentacja prezentowana przez Zamawiającego na rozprawie – właściwym rozumienie przepisu § 1 ust. 1 pkt. 8 *rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane*, w taki sposób, że przepis ten nakazuje żądać dokumentów w postaci sprawozdania finansowego czy sprawozdania finansowego opatrzonego opinią biegłego rewidenta od wszystkich wykonawców na ten sam moment, niezależnie od realnej możliwości uzyskania tych dokumentów, jak i z przewidzianego przepisami prawa braku obowiązku sporządzenia ich w tym momencie. Jak wykazano wyżej,

w odniesieniu do różnych wykonawców rok obrotowy może kończyć się w różnym momencie i może być następstwem indywidualnego jego ustalenia w umowie lub statucie.

Nie byłoby – wbrew twierdzeniu Zamawiającego – naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców uznanie za miarodajne dokumentów złożonych przez tych wykonawców, którzy już dysponują sprawozdaniem finansowym wraz z opinią biegłego rewidenta za miniony rok obrotowy z jednoczesnym uznaniem sprawozdania finansowego złożonego za miniony rok obrotowy bez opinii biegłego rewidenta w warunkach, kiedy na jej sporządzenie z mocy właściwych dla tej czynności przepisów termin jeszcze nie upłynął. Ustosunkowując się do rozważań i wątpliwości Zamawiającego wyrażonych na rozprawie, wydaje się, że nie będzie także takim naruszeniem uznanie za wystarczające dokumentów na potwierdzenie spełniania warunku w zakresie zdolności ekonomicznej i finansowej, sprawozdań finansowych wraz opiniami biegłego rewidenta za lata dalsze, bezpośrednio poprzedzające miniony rok obrotowy, gdy wykonawca nie posiada jeszcze sprawozdania finansowego za ostatni rok obrotowy albo posiada owe sprawozdanie nie przebadane przez biegłego rewidenta (w okresie, do kiedy ta opinia zgodnie z przepisami nie musi być jeszcze sporządzona). Nie przesądzając bowiem, która praktyka jest bardziej właściwa:

- czy przyjęcie, obok zbadanych sprawozdań finansowych za lata poprzednie sprawozdania finansowego za ostatni rok obrotowy bez opinii biegłego rewidenta;
- czy też przyjęcie kompletnych (zbadanych) sprawozdań finansowych za te ostatnie lata obrotowe, za jakie – zgodnie z przepisami o rachunkowości – wykonawca zobligowany jest na dany moment posiadać takie sprawozdania (co by oznaczało przyjęcie opisywanych dokumentów za lata poprzedzające ostatni, niezbadany jeszcze rok obrotowy)

nie powinno to dyskwalifikować oferty złożonej przez wykonawcę w opisanych warunkach.

Każde z opisanych zachowań ma bowiem swoje racje: pierwsze podejście uwzględnia cel regulacji, którym jest nie tyle wejście w posiadanie przez zamawiającego odpowiedniego dokumentu i dopełnienie tym formalnego brzmienia przepisu, ale uzyskanie dokumentów, których treść pozwoli na materialną ocenę spełnienia postawionego warunku w zakresie zdolności ekonomicznej i finansowej. Realizacji tego celu bliższe jest uzyskanie aktualnego, choć może niepełnego, niezbadanego jeszcze przez biegłego rewidenta czy niezatwierdzonego sprawozdania finansowego za ostatni rok obrotowy, które na tej podstawie pozwoli na dokonanie oceny zdolności ekonomicznej w oparciu o dane bardziej aktualne, choć może nie ostateczne. Przepis także zdaje się nawiązywać do realizacji celu, którym jest uzyskanie możliwie najaktualniejszych informacji niezbędnych dla oceny zdolności ekonomicznej, skoro wskazuje, że wymienione w nim dokumenty (sprawozdania finansowe albo sprawozdania finansowe opatrzone opinią biegłego rewidenta lub ich części) należy złożyć „za okres nie dłuższy niż ostatnie trzy lata obrotowe”.

Drugi wariant zakłada, że jeśli w przepisie mowa o „ostatnich trzech latach obrotowych”, to z formalnego punktu widzenia chodzi o ostatnie lata obrotowe, co do których konkretny wykonawca w danym momencie zobligowany jest posiadać pełne – zgodnie z ustawą o rachunkowości - sprawozdania finansowe wraz z wymaganymi opiniami biegłego rewidenta. Ocena tak uzyskanych dokumentów mogłaby jednak być obciążona ryzykiem, że za dalsze lata obrotowe wykonawca wykaże spełnienie warunku zdolności ekonomicznej i finansowej, podczas gdy za ostatni rok, za który sprawozdania finansowego nie złożono, znajduje się on w sytuacji zagrożenia kontynuacji działalności czy z jego uwzględnieniem wykonawca nie spełniłby warunku zdolności ekonomicznej i finansowej wymaganej maksymalnie dla ostatnich trzech lat. Opisane podejście zatem w mniejszym stopniu zdaje się realizować cel, jakim jest zbadanie spełniania warunku zdolności ekonomicznej i finansowej. Może się jednak zdarzyć, że termin składania ofert, wypadnie na początku roku obrotowego, gdy wykonawca nie tylko nie posiada opinii biegłego rewidenta, ale jeszcze nie może mieć sprawozdania finansowego: przykładowo, przy roku obrotowym tożsamym z kalendarzowym, gdy termin składania ofert ustalono na pierwsze dni nowego roku – wtedy wszyscy wykonawcy funkcjonujący w ramach konwencyjnego, równego z kalendarzowym roku obrotowego nie będą posiadali sprawozdań za rok bezpośrednio poprzedzający rok składania ofert, i jedyną możliwą sytuacją będzie złożenie ofert opatrzonych sprawozdaniami finansowymi za lata wcześniejsze.

Na gruncie analizowanej sprawy, Zamawiający, który wraz z ofertą otrzymał, z

części sprawozdania finansowego w postaci wymaganych w specyfikacji rachunków zysków i strat za lata poprzedzające ostatni rok obrotowy (lata 2007, 2008 i 2009), a następnie w uzupełnieniu uzyskał od wykonawcy rachunek zysków i strat za 2010 r. bez opinii biegłego rewidenta, co do którego nie ma jeszcze obowiązku jej posiadania, powinien był zatem uznać, że wykonawca złożył wymagane treścią specyfikacji dokumenty i poddać je ocenie według przyjętych kryteriów.

Nie sposób zgodzić się z Zamawiającym, że należyta staranność wymagana w związku z zamiarem ubiegania się o zamówienie stawiała wobec wykonawców oczekiwanie zadbania, by na moment składania oferty posiadali zbadane przez biegłego rewidenta sprawozdania finansowe, które to badanie mogło być przecież dokonane wcześniej, przed upływem terminów wymaganych zgodnie z ustawą o rachunkowości jako maksymalne. Należyta staranność przedsiębiorcy wymaga, by sprostą obowiązkowi rachunkowym i informacyjnym w zakresie i do upływu terminów zakreślonych jako wymagane i musi być postrzegana z uwzględnieniem czasu niezbędnego dla poszczególnych etapów sporządzania i badania sprawozdania finansowego. Co więcej, zakładanie z góry, że wszyscy wykonawcy, zamierzając ubiegać się o zamówienie publiczne winni zadbać o uzyskanie wymaganych dla tego postępowania dokumentów, co do których termin wymagania w myśl właściwych dla tych dokumentów jeszcze nie upłynął, zawiera element dyskryminujący takie podmioty, które na podstawie umowy albo statutu posiadają indywidualny, inny niż kalendarzowy rok obrotowy. Zawsze bowiem w takim wypadku może zajść sytuacja – przewidziana i uwzględniona w ustawie o rachunkowości w części szczegółowo regulującej maksymalne terminy dla poszczególnych etapów sporządzania, badania i zatwierdzania sprawozdań finansowych - że wykonawca będzie znajdować się w takim stadium powstawania czy to sprawozdania finansowego czy opinii z jego badania, że nie będzie w stanie, z powodów obiektywnych, bowiem wynikających z natury tworzenia tych dokumentów a także obowiązujących przepisów, posiadać sprawozdania finansowego albo opinii z jego badania. Takie postrzeganie zatem dokumentów składających się na sprawozdanie finansowe lub sprawozdanie wraz z opinią biegłego rewidenta albo część tego sprawozdania, o których mowa w § 1 ust. 1 pkt 8 *rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane* mogłoby być zasadnie traktowane jako naruszające zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

Dostrzeżenia wymaga, że nawet na podstawie złożonych przez Odwołującego rachunków zysków i strat wraz z opiniami biegłego rewidenta za lata 2008 i 2009, przy jednoczesnym przyjęciu – wobec niezłożenia pełnego dokumentu - przychodów za 2010 r. w wysokości 0,00 zł, wykonawca spełnia postawiony warunek w zakresie wysokości

przychodów. Nie jest możliwa sytuacja posiadania „ujemnego przychodu”, co najwyżej może zdarzyć się, że podmiot nie osiągnie w danym okresie rozliczeniowym żadnego przychodu, co we wskazanej pozycji jest równoznaczne z wartością 0,00 zł. Cel stawianego wymagania, to jest potwierdzenie zdolności ekonomicznej i finansowej wykonawcy jest zatem spełniony, nawet wtedy, gdy wykonawca na podstawie złożonych rachunków zysków i strat, za dwa lata objęte wymaganiem przy jednoczesnym niezłożeniu tego dokumentu za ostatni rok obrotowy, wykaże spełnienie postawionego warunku.

Powyższe argumenty przemawiały za uznaniem, że potwierdziły się zarzuty naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, w zw. z treścią § 1 ust. 1 pkt 8 *rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane*. Naruszenia te miały wpływ na wynik postępowania, co determinowało uwzględnienie odwołania.

Z powyższych względów orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1) *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. Nr 41 poz. 238).

Przewodniczący: