

Sygn. akt: KIO/UZP 998/09

WYROK
z dnia 13 sierpnia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Małgorzata Stręciwilk

Członkowie: Małgorzata Rakowska
Stanisław Sadowy

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 sierpnia 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **wykonawców wspólnie ubiegający się o zamówienie: NDI S.A. (pełnomocnik) i SB Granit S.A. – Skopje, z siedzibą dla pełnomocnika wykonawców: ul. Powstańców Warszawy 19, 81-718 Sopot** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Krakowie ul. Żelazna 59, 00-848 Warszawa, z siedzibą dla Oddziału prowadzącego postępowanie: ul. Mogilska 25, 31-542 Kraków**, protestu z dnia 25 czerwca 2009 r.

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu i dokonania ponownej ocenę złożonych wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu przy uwzględnieniu wniosku złożonego przez Odwołującego i dokumentów przedłożonych przez niego w wyniku wezwania do uzupełnienia dokumentów;
2. kosztami postępowania obciąża **Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Krakowie ul. Żelazna 59, 00-848 Warszawa, z siedzibą dla Oddziału prowadzącego postępowanie: ul. Mogilska 25, 31-542 Kraków** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **wykonawców wspólnie ubiegający się o zamówienie: NDI S.A. (pełnomocnik) i SB Granit S.A. – Skopje, z siedzibą dla pełnomocnika wykonawców: ul. Powstańców Warszawy 19, 81-718 Sopot;**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **5 135 zł 22 gr** (słownie: pięć tysięcy sto trzydzieści pięć złotych dwadzieścia dwa grosze) przez **Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Krakowie ul. Żelazna 59, 00-848 Warszawa, z siedzibą dla Oddziału prowadzącego postępowanie: ul. Mogilska 25, 31-542 Kraków** na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegający się o zamówienie: NDI S.A. (pełnomocnik) i SB Granit S.A. – Skopje, z siedzibą dla pełnomocnika wykonawców: ul. Powstańców Warszawy 19, 81-718 Sopot,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu zwrotu kwoty zaliczonej w poczet kosztów postępowania z wpisu uiszczonego przez Odwołującego oraz z tytułu dojazdu pełnomocnika na posiedzenie i rozprawę Izby ;
- 3) dokonać zwrotu kwoty **15 426 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegający się o zamówienie: NDI S.A. (pełnomocnik) i SB Granit S.A. – Skopje, z siedzibą dla pełnomocnika wykonawców: ul. Powstańców Warszawy 19, 81-718 Sopot.**

U z a s a d n i e

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „Budowę autostrady A4 na odcinku od węzła Brzesko do węzła Wierzchosławice w km 479+000 – 499+800.”, którego dotyczy odwołanie wniesione przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie tj.: NDI S.A. (pełnomocnik wykonawców i SB Granit S.A. - Skopje z siedzibą dla pełnomocnika wykonawców w Sopocie, zwanych dalej „Odwołującym”, zostało wszczęte w trybie przetargu ograniczonego. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym UE z dnia 24 grudnia 2008 r. (nr ogłoszenia: 2008/S 250-333801). Postępowanie to prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. z 2007 r. Dz. U. Nr 223, poz. 1655 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad na podstawie zarządzenia Dyrektora Generalnego Oddział w Krakowie, zwana dalej „Zamawiającym”.

W postępowaniu tym w dniu 18 czerwca 2009 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i otrzymanych ocenach spełniania tych warunków. Pismem tym zawiadomił jednocześnie Odwołującego o wykluczeniu go z dalszego udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Zamawiający wyjaśnił, że zgodnie z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu w zakresie spełniania warunku zdolności ekonomicznej i finansowej żądał od wykonawców przedłożenia rachunków zysków i strat za ostatnie trzy lata obrotowe, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, za ten okres wraz z opinią wydaną przez biegłego rewidenta, jeśli zgodnie z właściwymi przepisami sprawozdania finansowe wykonawcy podlegają obowiązkowemu badaniu przez biegłego. Do oferty Odwołującego nie dołączono wskazanych dokumentów dla spółki SB Granit S.A., a w to miejsce złożono dokument pn.: „*Reklasyfikacja rocznego obliczenia za 2007, 2006, 2005, 2004, 2003 rok Spółki Budowlanej Granit S.A. – Skopje*” (dalej: „*reklasyfikacja*”). W związku z tym Zamawiający, działając na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp w dniu 22 maja 2009 r. wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie złożonego dokumentu. Odwołujący w piśmie z dnia 27 maja 2009 r. udzielił wyjaśnień, wskazując, że przywołany dokument został sporządzony na bazie sprawozdań finansowych spółki SB Granit S.A, których elementem jest rachunek zysków i strat oraz, że Spółka sporządza dokumenty finansowe, w tym rachunki zysków i strat. W związku z powyższym Zamawiający, działając na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wezwał Odwołującego do przedłożenia rachunków zysków i strat za ostatnie 3 lata obrotowe sporządzonych i podpisanych zgodnie z wymogami prawa siedziby Spółki wraz z tłumaczeniem ich na język polski.

Zamawiający w uzasadnieniu wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu podniósł także, że we wskazanym wezwaniu do uzupełniania dokumentów precyzyjnie wskazał miejsce oraz formę przełożenia wymaganych dokumentów. Wywodził, że w określonym w tym wezwaniu terminie wykonawca ten powinien był złożyć dokumenty w formie oryginału lub kopii poświadczonej przez wykonawcę za zgodność z oryginałem na adres Zamawiającego – przesyłką pocztową, kurierską lub osobiście na dziennik podawczy – pokój 107. Zamawiający podkreślił, że we wskazanym wezwaniu o uzupełnienie dokumentów, z uwagi na usprawnienie pracy, żądał również niezwłocznego przesłania dokumentów faksem. W wyznaczonym terminie Odwołujący przesłał do Zamawiającego wyłącznie faksem pismo z dnia 15 czerwca 2009 r. wraz z kopiami rachunków zysków i strat oraz opiniami biegłego rewidenta, a także tłumaczeniami przedmiotowych dokumentów. Tym samym też Zamawiający uznał, że zastosowana przez Odwołującego forma złożenia dokumentów jest sprzeczna z formą wybraną przez Zamawiającego i narusza wymogi § 4 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form w jakich te

dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 87, poz. 605 ze zm.). Zdaniem Zamawiającego Odwołujący winien był dostarczyć dokumenty Zamawiającemu w formie pisemnej, a za taką formę Zamawiający nie może uznać kopii przesłanej faksem. Zamawiający powołał się przy tym na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej (wyrok z dnia 8 października 2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 1015/08), wskazując, że skutkiem braku dochowania wymaganej przez Zamawiającego formy jest uznanie, że wykonawca nie złożył wymaganego dokumentu i podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu. Podkreślił też, że powyższe orzeczenie będzie miało zastosowanie do niniejszego stanu faktycznego, bowiem w tym zakresie Zamawiający również dokonał wyboru formy, w jakiej dokumenty należało mu złożyć.

Uwzględniając to stanowisko Zamawiającego Odwołujący w piśmie z dnia 25 czerwca 2009 r. (wpływ do Zamawiającego faksem w dniu 26 czerwca 2009 r.) złożył protest na czynność Zamawiającego polegającą na wykluczeniu go z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zarzucił tym samym Zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, wnosząc jednocześnie o:

- 1) uchylenie rozstrzygnięcia o wykluczeniu go z udziału w postępowaniu,
- 2) przyjęcie jako dokumentów uzupełniających wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu dokumentu z dnia 24 czerwca 2009 r., stanowiącego oświadczenie Spółki Granit Skopje odnośnie sporządzania przez nią dokumentów finansowych.

W uzasadnieniu złożonego protestu Odwołujący podniósł, że złożony przez niego wraz z ofertą dokument reklasyfikacji był wystarczającym dokumentem potwierdzającym spełnianie warunku postawionego przez Zamawiającego. Dokument ten bowiem jest sprawozdaniem finansowym spółki SB Granit S.A. – Skopje, które swoim zakresem obejmuje całą działalność spółki włączając w to również oddziały mające siedzibę w Macedonii, jak i poza jej granicami. Dokument ten - zdaniem Odwołującego - w pełni odzwierciedla wyniki finansowe, w tym przychody spółki SB Granit S.A. – Skopje (występującej również pod nazwą: GD Granit AD Skopje).

Odwołujący podkreślił w swoim proteście, że żądanie przez Zamawiającego uzupełnienia dokumentu o rachunek zysków i strat było nieuprawnione ze strony Zamawiającego, gdyż przedłożona wraz z ofertą reklasyfikacja, potwierdza spełnianie warunku udziału w postępowaniu, a Odwołujący wskazane dokumenty rachunków zysków i strat przedłożył wyłącznie w związku z żądaniem w tym zakresie, skierowanym przez Zamawiającego. Podkreślił też, że w jego ocenie bezpodstawne są rozważania Zamawiającego na temat dochowania przez Odwołującego terminu na uzupełnienie dokumentu rachunków zysków i strat, z uwagi na przedłożenie go drogą faksową, gdyż

złożony wraz z ofertą dokument był dokumentem żądanym przez Zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu.

Zwrócił również uwagę na to, że Zamawiający naruszył we wskazanym zakresie zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, choć powinno mu być wiadome, że dokumenty dotyczące stanu finansowego spółek różnią się z uwagi na przepisy obowiązujące w krajach siedziby tych spółek.

Do protestu zostało dołączone przywołane oświadczenie spółki GD Granit AD Skopje co do sporządzania przez tę spółkę zarówno sprawozdania finansowego obejmującego działalność Spółki wyłącznie na terenie Macedonii oraz Sprawozdania finansowego w postaci przywoływanej reklasyfikacji, obejmującej całą działalność Spółki, również poza granicami Macedonii.

Zamawiający pismem z dnia 8 lipca 2009 r. (doręczenie Odwołującemu w tej samej dacie) rozstrzygnął protest poprzez jego oddalenie w całości.

W uzasadnieniu rozstrzygnięcia protestu podtrzymał swoje dotychczasowe stanowisko o konieczności wykluczenia Odwołującego z postępowania z uwagi na nieprzedłożenie w wyniku wezwania do uzupełnienia dokumentów rachunków zysków i strat w określonej formie (oryginału lub kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę). Podkreślił, że uzasadnione było jego żądanie uzupełnienia dokumentów z uwagi na to, że – jak się okazało w wyniku uzupełnienia przez Odwołującego dokumentów – wykonawca ten uzupełnił rachunek zysków i strat podlegający badaniu przez biegłego rewidenta, ponadto sam oświadczył w udzielonych wyjaśnieniach, że Spółka SB Granit S.A. – Skopje jest zobowiązana – zgodnie z przepisami prawa obowiązującymi w Macedonii do sporządzania sprawozdania finansowego, w skład którego wchodzi rachunek zysków i strat. Podtrzymał także swoją argumentację, co do konieczności wykluczenia Odwołującego z postępowania z racji złożenia żądanych dokumentów w wymaganym terminie drogą faksową a dopiero po tym terminie (19 czerwca 2009 r.) we właściwej formie - na piśmie.

Od rozstrzygnięcia protestu Odwołujący w dniu 17 lipca 2009 r. (data wpływu do Urzędu Zamówień Publicznych) złożył odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu w dniu 16 lipca 2009 r.

W treści odwołania Odwołujący podtrzymał zarzuty, co do zasady - żądania oraz argumentację z protestu, tak co do prawidłowości przedłożonego przez niego wraz z wnioskiem dokumentu reklasyfikacji, jak i braku podstaw do żądania przez Zamawiającego uzupełnienia dokumentu.

Dodatkowo odniósł się do kwestii konieczności potwierdzenia sprawozdania finansowego spółki macedońskiej przez biegłego rewidenta. Odwołujący wskazał tutaj, że

przywoływany dokument reklasyfikacji jest dokumentem sporządzanym przez tzw. uprawnionego audytora, a podpisywanym przez Prezesa Spółki. Powołał się przy tym także na wymogi co do żadanego dokumentu określone przez Zamawiającego w ogłoszeniu, wskazując, że należało przedłożyć opinię biegłego rewidenta dotyczącą sprawozdania finansowego, jeśli podlega ono badaniu przez tego biegłego. Wyjaśnił, że przedłożony przez niego dokument reklasyfikacji nie podlega badaniu przez biegłego rewidenta, a takie opinie są przygotowywane dla odrębnych dokumentów, tj. bilansów (rachunku zysków i strat) uzupełnionych przez Odwołującego na żądanie Zamawiającego.

Odwołujący wskazał również na analogiczną sytuację, z którą spotkał się w innym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym przez Generalną Dyрекcyję Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie (tj. postępowania na: „Projekt i budowę autostrady A2 Strykow – Konotopa”). W postępowaniu tym Zamawiający na skutek złożenia protestu przez Odwołującego uwzględnił go i przywrócił do postępowania uznając, że przedłożony dokument reklasyfikacji jest dokumentem prawidłowym, potwierdzającym spełnianie warunku zdolności ekonomicznej. Podkreślił, że stan faktyczny w tej sprawie był analogiczny tak co do postawionych warunków, jak i dokumentu przedłożonego przez Odwołującego wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz udzielanych w tym zakresie wyjaśnień przez Odwołującego. Dopiero na etapie rozstrzygnięcia protestu decyzje Generalnej Dyrekcyjii Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Krakowie zasadniczo różniły się od decyzji Generalnej Dyrekcyjii Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie, podejmowanych we wcześniejszym postępowaniu na autostradę A2. Jako dowody w sprawie Odwołujący przedłożył kopie ogłoszeń dotyczących tego wcześniejszego postępowania oraz protestu i jego rozstrzygnięcia.

Odwołujący wniósł o:

- 1) nakazanie Zamawiającemu uchylenie rozstrzygnięcia jego protestu o wykluczeniu Odwołującego z postępowania,
- 2) nakazanie Zamawiającemu dokonanie ponownej oceny wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, złożonego przez Odwołującego oraz w wyniku powtórzenia czynności oceny tego wniosku uznanie, że Odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu,
- 3) obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania, tj. zasądzenie na jego rzecz kosztów wpisu w wysokości 20 tys. zł wraz z ewentualnymi pozostałymi kosztami przedstawionymi podczas rozprawy.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie, tj. dokumentacji z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a także oświadczeń i stanowisk stron zaprezentowanych w proteście, rozstrzygnięciu protestu i odwołaniu oraz w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby w oparciu o przedłożony w toku posiedzenia Izby tekst ujednoczony załącznika do zarządzenia Nr 54 Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z dnia 10 października 2008 r. dotyczącego podziału zadań, w zakresie przygotowania i realizacji inwestycji w ramach Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad (§ 6 ust. 1) ustalił, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w którym zostało złożone niniejsze odwołanie rozpoznawane przez Izbę, prowadzone jest przez Oddział w Krakowie Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad.

W drugiej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 187 ust. 4 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Ustalono również, że Odwołujący, podnosząc zarzut podjęcia przez Zamawiającego z naruszeniem przepisów ustawy Pzp czynności, polegającej na wykluczeniu go z udziału w postępowaniu, w dostateczny sposób wykazał uszczerbek w swoim interesie prawnym, związany z bezprawnym pozbawieniem go przez Zamawiającego szans na uzyskanie niniejszego zamówienia. Tym samym została wypełniona przesłanka materialnoprawna do rozpoznania odwołania, o której stanowi art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Odnosząc się do zarzutów podniesionych w odwołaniu skład orzekający Izby ustalił, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Podstawę podjętego rozstrzygnięcia Izby stanowi dokumentacja z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przedłożona do akt sprawy oraz w toku rozprawy, tj. przede wszystkim treści ogłoszenia o zamówieniu, wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonym przez Odwołującego wraz z jego uzupełnieniem na żądanie Zamawiającego (pismo Odwołującego z dnia 15 czerwca 2009 r., znak: PI/KA/2100/09), treść wezwania Zamawiającego do uzupełnienia dokumentów (pismo z dnia 4 czerwca 2009 r.; znak: GDDKiA O/KR-R-2at/284/106uzpw16p/2008), jak też pisma Zamawiającego z dnia 18 czerwca 2009 r. (znak: GDDKiA O/KR-R-2at/284/106kl/2008), informującego o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz treść wyjaśnień Odwołującego udzielonych na wezwanie Zamawiającego (pismo Odwołującego z

dnia 27 maja 2009 r.; znak: PI/KA/1819/09), jak też stanowiska stron postępowania odwoławczego zaprezentowane w złożonych pismach oraz ustnie do protokołu z rozprawy.

Uwzględniając wskazane powyżej dowody w sprawie skład orzekający Izby uznał, że Zamawiający w sposób bezprawny dokonał czynności wykluczenia z udziału w postępowaniu Odwołującego, naruszając w tym względzie treść przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3, jak również art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Zarzut ten został uwzględniony przez skład orzekający Izby, przyjmując jednak w tym zakresie nieco odmienną argumentację podnoszoną na potwierdzenie zarzutów w proteście i odwołaniu przez Odwołującego. U podstaw podjętego rozstrzygnięcia leżały dwa aspekty podnoszonych zarzutów – z jednej strony kwestia oceny, czy dokument reklasyfikacji odpowiada wymogom ogłoszenia o zamówieniu i wymogom rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich zamawiający może żądać od wykonawców, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 87, poz. 605 ze zm.), zwanego dalej: „rozporządzeniem”. Z drugiej strony zaś istotne znaczenie ma ocena prawidłowości – tak co do formy, jak i treści - dokumentów przedłożonych przez Odwołującego w wyniku uzupełniania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Co do pierwszego aspektu rozpoznawanych przez Izbę zarzutów, stwierdzić należy co następuje.

Zamawiający w treści ogłoszenia o zamówieniu (pkt III.2.2) „*Zdolność ekonomiczna i finansowa*”) określił warunek do spełnienia oraz dokumenty na potwierdzenie jego spełnienia, które wykonawcy powinni dołączyć do wniosku, tj. „*Część sprawozdania finansowego, tj. rachunek zysków i strat z oznaczeniem podmiotu, na rzecz którego został sporządzony, a jeżeli sprawozdanie podlega badaniu przez biegłego rewidenta zgodnie z przepisami o rachunkowości również opinie o badanym rachunku zysków i strat za ostatnie 3 lata obrotowe, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – za ten okres. W przypadku wykonawców nie zobowiązanych do sporządzania sprawozdania finansowego – inne dokumenty określające obroty, za okres jak w zdaniu poprzednim i potwierdzające spełnianie warunków, o których mowa w pozycji „minimalny poziom ewentualnie wymaganych standardów”*”. Co do określenia tych minimalnych standardów Zamawiający określił, że „*Wykonawca musi wykazać: 1) średni roczny przychód za ostatnie trzy lata obrotowe (na podstawie „Rachunku zysków i strat” pozycja „Przychód netto ze sprzedaży i zrównane z nim”) w wysokości nie mniejszej niż 250 000 000 PLN*”.

Odwołujący wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu przedłożył dokument reklasyfikacji wraz z tłumaczeniem na język polski (str. od 83 do 97 wniosku).

Dokument ten zawiera dane finansowe Spółki RB Granit S.A. – Skopje za lata 2007, 2006, 2005, 2004, 2003 i nosi datę sporządzenia: 23 maja 2008 r. Reklasyfikacja została sporządzona przez audytora - jak wynika z jej treści - na żądanie wskazanej Spółki według Międzynarodowych Standardów Finansowych z uwagi na to, że forma rocznych obliczeń, które składa się na podstawie przepisów Republiki Macedonii, nie odpowiada wskazanym Standardom. Stąd też, jak podano w dokumencie (pkt 2) – „*wykonano pewną reklasyfikację*”, która opierała się na danych wynikających z właściwych sprawozdań finansowych Spółki.

Na szczegółowe zapytania Zamawiającego o wyjaśnienie treści przedłożonego dokumentu Odwołujący udzielił konkretnych odpowiedzi, wskazując m.in. na to, że:

- 1) Spółka Granit, zgodnie z obowiązującym prawem Republiki Macedonii zobowiązana jest do sporządzania sprawozdań finansowych (w odpowiedzi na zapytanie Zamawiającego, który zapytał o obowiązek sporządzania takich sprawozdań niezależnie od przedłożonej wraz z wnioskiem reklasyfikacji);
- 2) Spółka przygotowuje sprawozdanie, które zawiera Rachunek Zysków i Strat, Bilans, Sprawozdanie z Przepływów Pieniężnych, Sprawozdanie ze zmian w kapitale, Wprowadzenie do sprawozdania finansowego wraz z informacją dodatkową;
- 3) Załączona do wniosku reklasyfikacja podpisana jest przez uprawnionego audytora, ale jest przygotowywana na bazie sprawozdań finansowych, na które wskazywał Odwołujący, które to sprawozdania podpisywane są przez Prezesa (Dyrektora) firmy.

Biorąc pod uwagę udzielone przez samego Odwołującego odpowiedzi co do dokumentów finansowych sporządzanych według przepisów prawa Republiki Macedonii oraz treść samego dokumentu reklasyfikacji, stwierdzić należy, że załączony do wniosku Odwołującego dokument (reklasyfikacja) nie odpowiada wymogom określonym przez Zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu, co do sposobu oceny spełniania warunku zdolności ekonomicznej wykonawców, które odpowiadają przepisom rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów. Zgodnie z przepisem § 2 ust. 3 pkt 1 tego rozporządzenia Zamawiający w celu potwierdzenia spełniania warunku zdolności ekonomicznej i finansowej może żądać sprawozdania finansowego w całości lub w części, a jeżeli zgodnie z obowiązującymi przepisami o rachunkowości podlega ono badaniu przez biegłego rewidenta, również z opinią o tym sprawozdaniu. W przypadku braku obowiązku po stronie określonych podmiotów sporządzenia takiego sprawozdania – zgodnie z przywołanym przepisem rozporządzenia – wykonawcy ci mogą przedłożyć inne dokumenty potwierdzające obroty oraz zobowiązania i należności za określony okres. Zamawiający w niniejszym postępowaniu

nie przekroczył dyspozycji wskazanego przepisu rozporządzenia, żądając przedłożenia wraz z wnioskiem rachunku zysków i strat, a taki to dokument – jak wynika z oświadczenia Odwołującego – według przepisów prawa Republiki Macedonii firmy mają obowiązek sporządzać. Zatem skoro obowiązujące przepisy prawa w kraju, w którym zarejestrowana jest i ma swoją siedzibę dana firma, przewidują obowiązek sporządzenia sprawozdania finansowego w określonej formie – części składowe sprawozdania finansowego w Macedonii odpowiadają sprawozdaniu finansowemu sporządzanemu według polskiej ustawy o rachunkowości – firma taka powinna ów dokument bądź jego określoną przez Zamawiającego część (rachunek zysków i strat) przedłożyć na potwierdzenie spełniania warunku zdolności ekonomicznej i finansowej.

Co do dokumentu reklasyfikacji, przedłożonego wraz z wnioskiem stwierdzić należy, że dokument ten – w związku z tym, że Spółka zobowiązana jest do sporządzania sprawozdania finansowego w określonej formie na podstawie obowiązujących przepisów prawa – z jednej strony nie może być uznany za sprawozdanie finansowe zgodnie z wymogami prawa, z drugiej zaś strony nie może być przedłożony w zastępstwie za dokument sprawozdania finansowego jako inny dokument, skoro – jak oświadczył Odwołujący – macedońska spółka Granit zgodnie z przepisami prawa sporządza właściwy dokument sprawozdania finansowego.

Uwzględniając zatem powyższe ustalenia Zamawiający – w ocenie Izby – zasadnie wezwał Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentu rachunku zysków i strat. Nie chodziło więc w tym zakresie – jak podnosił Odwołujący na rozprawie – wyłącznie o nazewnictwo dokumentu (żądany był dokument rachunku zysków i strat, podczas gdy dokument przedłożony przez Odwołującego wraz z wnioskiem nosi tytuł „reklasyfikacja”) tylko o wymogi wynikające z obowiązujących przepisów prawa, tak prawa polskiego, co do żądania przez Zamawiającego określonych dokumentów w postępowaniu o zamówienie publiczne, jak i prawa macedońskiego, co do obowiązków sporządzania określonych dokumentów finansowych (sprawozdania wraz z jego częścią – rachunek zysków i strat).

Ponadto należy zauważyć, że dokument reklasyfikacji sporządzany jest w oparciu o przygotowywane – możnaby określić – oficjalne sprawozdania finansowe. Zatem dokument ten nosi znamiona dokumentu sporządzanego przez firmę w oparciu o dane finansowe ze wskazanych sprawozdań w miarę potrzeb Spółki na jej zlecenie. Nie jest zatem oficjalnym dokumentem finansowym Spółki, który stanowi o sprawozdawczości spółki w Macedonii w świetle tam obowiązujących przepisów prawa. Odwołujący nie wskazał zresztą na żadnym etapie postępowania, w tym również na rozprawie, na jakiegokolwiek przepisy prawa

macedońskiego, na podstawie których ów dokument miałby uzyskać walor dokumentu oficjalnego.

Argumentacja Odwołującego co do konieczności uznania za prawidłowy dokumentu reklasyfikacji w związku z jego akceptacją przez tego samego Zamawiającego w innym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie zasługuje na uwzględnienie. Ewentualne popełnienie błędu w analogicznej sytuacji przez innego Zamawiającego, czy też tego samego w innym, a nawet w tym samym postępowaniu, nie może sanować nieprawidłowości w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Na marginesie tylko należy zwrócić uwagę, że w przywoływanym postępowaniu na projekt i budowę odcinka autostrady A2 Zamawiający nie dysponował najprawdopodobniej wyjaśnieniami odnośnie konieczności sporządzania przez spółki macedońskie rachunku zysków i strat, jakich udzielił Odwołujący Zamawiającemu w niniejszym postępowaniu. W niniejszym postępowaniu bowiem Zamawiający dysponując taką informacją ze strony Odwołującego nie mógł jej pominąć, dokonując oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, choć – jak słusznie podkreślił Odwołujący – to na Zamawiającym w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego spoczywa ciężar weryfikacji przedłożonych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, właściwych dokumentów pod kątem przepisów przywołanego rozporządzenia oraz prawa obowiązującego w kraju według siedziby wykonawcy. Niemniej skoro Zamawiający zweryfikował swoje dotychczasowe stanowisko w tym zakresie poprzez uzyskanie wyjaśnień od Odwołującego, co nie może być deprecjonowane przez Odwołującego.

Co do drugiego aspektu rozpoznawanych przez Izbę zarzutów, stwierdzić należy co następuje.

Zamawiający, działając na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, skierował do Odwołującego wezwanie do uzupełnienia dokumentu (rachunek zysków i strat) wraz z ewentualnym tłumaczeniem na język polski, poświadczonym przez wykonawcę. W wezwaniu tym z jednej strony wskazał, że żądane dokumenty należy przedłożyć w formie oryginału lub kopii poświadczonej przez wykonawcę za zgodność z oryginałem. Z drugiej zaś strony określił, że: *„Wykonawca zobowiązany jest do złożenia Zamawiającemu wymienionych dokumentów na adres Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w Krakowie ul. Mogińska 25, 31-542 Kraków, w nieprzekraczalnym terminie do dnia 15 czerwca 2009 r., do godz. 15.00, (faksem na nr +48 12 411-01-18 – niezwłocznie, przesyłką pocztową, kurierską lub osobiście / na dziennik podawczy – pokój 107/ w wyznaczonym terminie).”* Zauważyć jednocześnie należy, że w treści ogłoszenia o zamówieniu Zamawiający nie

określił w żaden sposób formy kontaktów z wykonawcami na etapie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący w piśmie z dnia 15 czerwca 2009 r. przesłał Zamawiającemu rachunki zysków i strat sporządzone w marcu 2007 roku za lata 2005 i 2006 oraz w marcu 2008 r. za lata 2006 i 2007 wraz ze sprawozdaniami niezależnego biegłego rewidenta. Dokumenty te zostały przedstawione w języku macedońskim wraz z tłumaczeniem na język polski. Pismo z dnia 15 czerwca 2009 r. zostało przedłożone Zamawiającemu najpierw drogą faksową w dniu 15 czerwca o godz. 14.54, a następnie pisemnie z datą wpływu do Zamawiającego w dniu 19 czerwca 2009 r. – co jest okolicznością bezsporną pomiędzy stronami postępowania.

Uwzględniając powyższe skład orzekający Izby uznał, że dokumenty przedłożone przez Odwołującego w wyniku wezwania Zamawiającego do uzupełniania dokumentów przesłane drogą faksową w dniu 15 czerwca 2009 r. przed godz. 15.00, a więc w wyznaczonym terminie, zostały uzupełnione skutecznie, w formie określonej przez Zamawiającego we wskazanym wezwaniu. Wywody Zamawiającego, że wymagał on bezwzględnie przedłożenia wskazanych dokumentów w wyznaczonym terminie wyłącznie w formie oryginału bądź kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, a zatem na piśmie (poczta, kurierem, osobiście), nie zasługują na uwzględnienie.

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający – zgodnie z treścią art. 27 ust. 1 ustawy Pzp – określa w SIWZ, tzw. formę kontaktów z wykonawcami w toku postępowania. W trybie przetargu ograniczonego, w którym prowadzone jest niniejsze postępowanie, na etapie oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu Zamawiający wprost z przywołanego przepisu nie może skorzystać, ponieważ SIWZ udostępniana jest na późniejszym etapie postępowania, po dokonanej na podstawie wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu ocenie spełniania warunków udziału przez wykonawców. Nie jest jednak wykluczone, a nawet pożądanym, aby Zamawiający taką formę kontaktów określił (niezależnie od zawsze dopuszczalnej formy pisemnej), czy to w treści ogłoszenia o zamówieniu, czy też w korespondencji prowadzonej ze wszystkimi wykonawcami, którzy złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. W niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający formę tę, odnoszącą się do spornych dokumentów, określił w kierowanym do Odwołującego wezwaniu do uzupełnienia dokumentów rachunków zysków i strat. Z zawartych w tym względzie zapisów pisma Zamawiającego z dnia 4 czerwca 2009 r. wynika, że dopuścił on również – obok pisemnej - możliwość przedłożenia owych dokumentów drogą faksową, wskazując także w tym celu konkretny numer telefonu. Niezasadnym jest – w ocenie Izby – interpretacja treści wskazanego pisma dokonana przez Zamawiającego, że wymagane dokumenty

należało w wyznaczonym terminie dostarczyć do Zamawiającego na piśmie fizycznie, natomiast przesłanie dokumentów faksem miało służyć przyspieszeniu postępowania. Pomimo żądania z jednej strony złożenia dokumentów w formie oryginału lub kopii poświadczonej przez wykonawcę, a z drugiej zaś strony wskazanie możliwości uzupełniania dokumentów w terminie faksem, stwierdzić należy, że dopuszczalnym i skutecznym było również przedłożenie przez Odwołującego w zakreślonym terminie dokumentów dopuszczoną drogą faksową. Przekazane Zamawiającemu po upływie terminu na uzupełnienie dokumentów na piśmie (potwierdzonych za zgodność z oryginałem, oryginalnymi podpisami osób upoważnionych do reprezentacji Odwołującego) należy traktować wyłącznie jako potwierdzenie przesyłki faksowej oraz formalnego wymogu przywoływanego przez Zamawiającego przepisu § 4 ust. 1 rozporządzenia w sprawie dokumentów, o konieczności przedłożenia dokumentów w wymaganej w tym przepisie formie. Dla wypełnienia warunku terminowości dokonanej przez Odwołującego czynności uzupełniania dokumentów wystarczającym zatem w niniejszym stanie faktycznym było, aby wykonawca we wskazanym w wezwaniu terminie przesłał Zamawiającemu ową korespondencję za pośrednictwem faksu, co też miało miejsce w przypadku Odwołującego.

Zwrócić należy uwagę na to, że Zamawiający, wywodząc z treści swojego pisma (wezwania do uzupełniania dokumentów) dopuszczenie formy faksowej jako dodatkowej, nie mającej znaczenia dla dochowania terminu, a tym samym weryfikacji prawidłowości uzupełnionych dokumentów, byłoby zbędne i nielogiczne. Skoro dokumenty przesłane faksem miałyby nie wywoływać jakichkolwiek skutków, co do możliwości ich weryfikacji, niezasadnym i bezcelowym byłoby wskazywanie tej formy kontaktu wykonawcy z Zamawiającym w treści jego pisma. Cel, jaki możnaby co najwyżej upatrywać w takim działaniu Zamawiającego, to ewentualnie chęć wprowadzenia w błąd wykonawcy, co nie mogłoby być pozytywnie ocenione. Argument Zamawiającego, iż chciał w ten sposób jedynie przyspieszyć tok postępowania, przy braku tak naprawdę możliwości weryfikacji ewentualnie wcześniej przesłanych dokumentów faksem, wydaje się być chybiony.

Z tych też względów odwołanie należało uwzględnić i tym samym nakazać również Zamawiającemu ponowną weryfikację wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, w tym wniosku Odwołującego z uwzględnieniem uzupełnionych przez niego dokumentów, przedłożonych drogą faksową, jako dokumenty złożone w terminie.

Podkreślenia wymaga okoliczność, iż potwierdzenie się zarzutu podnoszonego przez Odwołującego skutkuje – stosownie do treści art. 191 ust. 1a ustawy Pzp – koniecznością uwzględnienia odwołania, z uwagi na to, że przywrócenie do udziału w postępowaniu Odwołującego w wyniku ponownej oceny spełniania przez tego wykonawcę warunków udziału w postępowaniu będzie dawało szansę na możliwość złożenia przez tego

wykonawcę swojej oferty w postępowaniu, a zatem może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, tj. wybór oferty najkorzystniejszej.

Mając powyższe na uwadze i działając na podstawie art. 191 ust. 1 i ust. 1a oraz ust. 2 ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp oraz § 4 ust. 2 i ust. 4 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze zm.). Na podstawie przepisu § 4 ust. 1 pkt 2 lit. a wskazanego rozporządzenia uwzględniono również uzasadnione koszty Odwołującego poniesione w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego **w Krakowie.**

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....