

Sygn. akt: KIO/UZP 1073/10

WYROK
z dnia 16 czerwca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska - Maziarz

Członkowie: Małgorzata Stręciwilk
Marek Szafraniec

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 czerwca 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. Grupa Gumułka - Audyt Sp. z o.o., 2. Euro - In i Partnerzy, Audytorzy, Konsultanci i Księgowi Sp. z o.o. z siedzibą dla pełnomocnika: ul. J. Matejki 4, 40-077 Katowice** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Ministerstwo Rozwoju Regionalnego, ul. Wspólna 2/4, 00-926 Warszawa** protestu z dnia 7 maja 2010 r.

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie, unieważnia czynność wyboru oferty najkorzystniejszej i nakazuje zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert w tym wezwaniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: TPA Horwath Horodko Audit Sp. z o.o. oraz TPA Horwath Sztuba Kaczmarek Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień na podstawie przepisu art. 26 ust. 4 ustawy Pzp odnośnie wartości usługi wskazanej w pozycji 4 Wykazu usług, tj. wartości usługi badania sprawozdania finansowego Strabag Sp. z o.o., bez uwzględnienia wartości pakietu konsolidacyjnego,
2. kosztami postępowania obciąża **Ministerstwo Rozwoju Regionalnego, ul. Wspólna 2/4, 00-926 Warszawa**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. Grupa Gomułka - Audyt Sp. z o.o. (pełnomocnik), 2. Euro - In i Partnerzy, Audytorzy, Konsultanci i Księgowi Sp. z o.o. z siedzibą dla pełnomocnika: ul. J. Matejki 4, 40-077 Katowice,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) przez **Ministerstwo Rozwoju Regionalnego, ul. Wspólna 2/4, 00-926 Warszawa** na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. Grupa Gomułka - Audyt Sp. z o.o. (pełnomocnik), 2. Euro - In i Partnerzy, Audytorzy, Konsultanci i Księgowi Sp. z o.o. z siedzibą dla pełnomocnika: ul. J. Matejki 4, 40-077 Katowice,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania,
- 3) dokonać zwrotu kwoty **10 556 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. Grupa Gomułka - Audyt Sp. z o.o. (pełnomocnik), 2. Euro - In i Partnerzy, Audytorzy, Konsultanci i Księgowi Sp. z o.o. z siedzibą dla pełnomocnika: ul. J. Matejki 4, 40-077 Katowice.**

UZASADNIENIE

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „Wykonanie usługi kontroli krzyżowych realizowanych w ramach Programu Operacyjnego Kapitał Ludzki” wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie - Grupa Gomułka - Audyt Sp. z o.o. oraz Euro - In i Partnerzy, Konsultancii Księgowi Sp. z o.o. (dalej „protestujący” lub „odwołujący”) złożyli protest na zaniechanie zamawiającego - Ministerstwa Rozwoju Regionalnego wezwania występujących wspólnie TPA, Horwath Horodko Audit Sp. z o.o. i TPA Horwath Sztuba Kaczmarek Sp. z o.o. (dalej „wykonawca”), wbrew art. 26 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655

ze zm.) (dalej „ustawa Pzp”) - do złożenia dokumentów niezawierających błędów, względnie na zaniechanie wykluczenia wykonawcy - wbrew art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp - pomimo niezłożenia niezawierających błędów dokumentów potwierdzających spełnianie tych warunków, jak też na zaniechanie wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień - wbrew art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, co w efekcie zaskutkowało wyborem najkorzystniejszej oferty spośród ofert, które winny być uznane za odrzucone.

Protestujący zażądał unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

W ocenie protestującego zamawiający winien skonstatować, że wykonawca nie złożył dokumentów potwierdzających spełnienie podmiotowych warunków udziału w postępowaniu.

Podał, że jako jeden z warunków udziału, zamawiający określił, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy (...) należycie wykonali 4 usługi o wartości nie mniejszej niż 40 000 zł brutto każda, których przedmiotem było zbadanie sprawozdań finansowych w rozumieniu ustawy o rachunkowości (pkt 3.1.2 SIWZ), na potwierdzenie czego wykonawcy obowiązani byli załączyć do oferty stosowny Wykaz, stanowiący załącznik nr 4 do SIWZ, przy czym do każdej wykazanej usługi należało przedstawić dokument potwierdzający, że usługa ta została wykonana należycie (pkt. 3.2.6 SIWZ).

Protestujący podniósł, że załączonego przez wykonawcę Wykazu i dokumentów mających potwierdzać należyte wykonanie wskazanych tam usług nie można uznać za niezawierającego błędów.

Protestujący wskazał, że w poz. 4 Wykazu wykonawca poinformował o wykonaniu usługi polegającej m.in. na badaniu sprawozdania finansowego Strabag Sp. z o. o. i wskazał jako odbiorcę tej usługi „BRVZ Sp. z o.o.”, podnosząc, że zgodnie z art. 66 ust 5 ustawy z dnia 29 września 1994 r. o rachunkowości to kierownik jednostki zawiera z podmiotem uprawnionym do badania sprawozdań finansowych umowę o badanie lub przegląd sprawozdania finansowego, a koszty ponosi badana jednostka.

W ocenie protestującego oznacza to, że skoro przedmiotem usługi było (miało być) badanie sprawozdania finansowego w rozumieniu ustawy o rachunkowości to umowę na wykonanie tej usługi winna zawrzeć Strabag Sp. z o.o., a w konsekwencji, że odbiorcą usługi wykazanej w Wykazie nie mógł być inny podmiot, jak zostało to wykazane przez wykonawcę.

Zdaniem protestującego nie można również przyjąć, że wykonawca potwierdził załączonymi dokumentami należyte wykonanie jakiegokolwiek usługi z Wykazu, ponieważ oczywistym jest, że skoro odbiorcą usługi (poz. 4 Wykazu) nie mógł być podmiot trzeci, to nie może on również potwierdzać wykonania takiej usługi.

Protestujący uznał, że w konsekwencji zaniechanie przez zamawiającego żądania przedstawienia dokumentów potwierdzających należyte wykonanie usług (lub choćby

wyjaśnienia w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp) stanowi naruszenie, które powoduje, że w obecnym stadium postępowanie nie można uznać, że wykonawca spełnił warunek udziału.

Dodatkowo podniósł, że skoro podmiotowym warunkiem udziału było wykonanie usług zbadania sprawozdań finansowych w rozumieniu ustawy o rachunkowości (o określonej wartości) to nie sposób uznać za wypełnienie takiego warunku legitymowanie się innymi usługami. Wskazał, że regulacjami ustawy o rachunkowości nie są objęte usługi „badania pakietów konsolidacyjnych”, a takie usługi wykazał wykonawca w pozycji 4 Wykazu, co może mieć wpływ na kwotę zaprezentowanej wartości.

W ocenie protestującego zamawiający winien wezwać wykonawcę do złożenia stosownych wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, ponieważ bez takich wyjaśnień nie jest władny dokonać prawidłowej oceny kwalifikowalności wykonawcy.

Zamawiający protest oddalił, wskazując, że w związku z tym, iż firmą wskazaną jako odbiorca usługi jest jedna ze spółek serwisowych Grupy Strabag „odpowiadająca za księgowość, kwestie prawne, informatyczne, sprawy personalne i finansowe” (zgodnie z informacjami zawartymi na stronie internetowej www.strabag.pl) nie budzi wątpliwości fakt obsługi przez tę firmę zlecenia badania sprawozdania finansowego firmy Strabag sp. z o.o.

Zamawiający zwrócił uwagę, że powyższy stan potwierdził wykonawca w przystąpieniu do protestu, informując, iż umowę na usługę badania finansowego podpisano ze spółką Strabag Sp. z o.o.

Odnosząc się do zarzutu, iż usługa wykazana w pkt 4 „Wykazu usług”, obejmuje również badanie pakietu konsolidacyjnego, zamawiający wskazał, że o wartości samego badania sprawozdań finansowych w wymienionych usługach zamawiający mógł dowiedzieć się z załączonych dokumentów potwierdzających należyte wykonanie tych usług, wobec czego nie było podstaw do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w tym zakresie.

W odwołaniu odwołujący ponowił zarzuty, żądania i argumentację zawartą uprzednio w proteście w opisanym powyżej zakresie.

Odwołujący uznał, że wykonawca nie dopełnił staranności poprzez niezwłoczne przekazanie kopii przystąpienia i nie zyskał statusu uczestnika postępowania protestacyjnego, wobec czego złożone przez wykonawcę wyjaśnienia w rzekomym „przystąpieniu”, na które powołuje się zamawiający w rozstrzygnięciu protestu są pozbawione jakiegokolwiek doniosłości.

Dodatkowo wskazał, że norma prawna art. 66 ust. 5 ustawy o rachunkowości nakazuje kierownikowi badanej jednostki zawierać umowę o badanie sprawozdania finansowego z podmiotem uprawnionym do badania sprawozdań finansowych oraz ponosić koszty badania bezpośrednio przez badaną jednostkę, co oznacza, że w polskim systemie

prawnym odbiorcą usługi badania sprawozdań finansowych jest zawsze badana jednostka, czyli w analizowanym przypadku Strabag Sp. z o.o. Wykonawca wykazał jako odbiorcę usługi badania sprawozdań finansowych w rozumieniu ustawy o rachunkowości podmiot inny niżli badana jednostka.

W tej sytuacji, zdaniem odwołującego, pogląd zamawiającego, iż „nie budzi wątpliwości fakt obsługi przez tę firmę zlecenia badania sprawozdania finansowego firmy Strabag sp. z o.o.” jest całkowicie nieuprawniony: nie tylko budzi on wątpliwości ale analiza przepisów prawa oraz doświadczenia obrotu gospodarczego wręcz zaprzeczają takiemu ułożeniu relacji gospodarczych.

Odwołujący podniósł także, że oparcie się przez zamawiającego na treści strony internetowej, iż BRVZ Sp. z o.o. odpowiada za „księgowość, kwestie prawne, informatyczne, sprawy personalne i finansowe” stanowi przykład lekkomyślności w prowadzeniu postępowania o zamówienie publiczne - właściwą bowiem metodą wyjaśniania treści dokumentów jest wezwanie do złożenia wyjaśnień przewidziane w art. 26 ust. 4 ustawy Pzp.

Dodatkowo wskazał, że:

1. księgowość, czyli „prowadzenie ksiąg rachunkowych”, stanowi tematykę zdefiniowaną w Rozdziale 2 ustawy o rachunkowości, zaś badanie sprawozdań finansowych zostało przez ustawodawcę wyodrębnione do Rozdziału 7 tej ustawy; wykładnia systemowa jednoznacznie zatem zaprzecza, aby pod pojęciem „księgowość” można było rozumieć również badanie sprawozdań finansowych’
2. zgodnie z art. 65 ust. 2 pkt 4 ustawy o rachunkowości w zakresie badania sprawozdania finansowego mieści się również opinia „w odniesieniu do sprawozdania z działalności jednostki, czy informacje zawarte w tym sprawozdaniu uwzględniają postanowienia art. 49 ust. 2 i zgodne są z informacjami zawartymi w rocznym sprawozdaniu finansowym”, z czego odwołujący wywnioskował, mając na uwadze, że w sprawozdaniu z działalności, o którym mowa w art. 49 ust. 2 ustawy o rachunkowości, zarząd jednostki podaje informacje w ogóle nie związane z księgowością, że nie sposób racjonalnie twierdzić, że badanie sprawozdań finansowych zawiera się w pojęciu księgowości.

Odwołujący podniósł także, że w referencji do poz. 4 Wykazu BRVZ Sp. z o.o. potwierdza wykonanie usług dla bliżej niezidentyfikowanych „podmiotów z Grupy Strabag SE prowadzących działalność na terenie Rzeczypospolitej Polskiej”, gdy w poz. nr 4 Wykazu wykonawca ujawnił, że wykonał usługę „badania sprawozdania finansowego oraz pakietu konsolidacyjnego Strabag Sp. z o.o.”, co oznacza, że brak jest możliwości jednoznacznego potwierdzenia, że usługa badania sprawozdania finansowego Strabag Sp. z o.o. potwierdzana jest rzekomą referencją.

Przyznał, że wprawdzie można by domniemywać, że Strabag Sp. z o.o. należy do „podmiotów z Grupy Strabag SE prowadzących działalność na terenie Rzeczypospolitej Polskiej”, ale postępowanie w sprawie zamówienia publicznego nie może być prowadzone w oparciu o nieudokumentowane spekulacje. Podniósł, że struktura Grupy Strabag nie jest okolicznością powszechnie znaną i nie można wykluczyć, że Strabag Sp. z o.o. nie należy do Grupy Strabag SE.

Wskazał, że warunkiem postawionym przez zamawiającego było wykonanie usługi badania sprawozdania finansowego w rozumieniu ustawy o rachunkowości, a tym samym nie sposób uznać za wypełnienie takiego warunku legitymowanie się innymi usługami; jak wynika z ustawy o rachunkowości, jej regulacjami nie są objęte usługi „badania pakietów konsolidacyjnych”.

Odnosząc się do treści rozstrzygnięcia protestu, że „o wartości samego badania sprawozdań finansowych w wymienionych usługach, zamawiający mógł dowiedzieć się z załączonych dokumentów potwierdzających należyte wykonanie tych usług” odwołujący stwierdził, że z załączonej referencji wynika, iż wykonawca świadczył usługę badania sprawozdań finansowych dla pewnej liczby (nie wiadomo jakiej) spółek z Grupy Strabag SE, równocześnie podmiot potwierdzający ujawnił, że „w/w usługi były o wartości powyżej 40 000 PLN”. Zdaniem odwołującego - przy braku informacji o liczbie audytowanych spółek - informacja, że usługi (liczba mnoga) były o określonej wartości jest całkowicie ambiwalentna, ponieważ warunkiem udziału w postępowaniu w myśl SIWZ było wykonanie każdej usługi o wartości powyżej 40 000 PLN, a nie sumy usług na rzecz wielu podmiotów o tej wartości.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a także oświadczeń i stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie w zakresie jednego z zarzutów.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane odwołanie przed dniem 29 stycznia 2010 r., tj. przed dniem wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), do rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy ustawy Pzp oraz aktów wykonawczych wydanych na jej podstawie (rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów: z dnia 2 października 2007 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 187, poz. 1327) i 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.) w brzmieniu dotychczasowym - sprzed wejścia w życie wskazanych przepisów.

Odwołujący w zakresie poz. 4 Wykazu usług podniósł dwa zarzuty dotyczące oferty wykonawcy wybranego:

1. zarzut zaniechania przez zamawiającego wezwania wybranego wykonawcy na podstawie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów - tak Wykazu usług, jak i dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie usługi - wobec ujęcia w tym Wykazie usługi odebranej (zleconej) przez podmiot inny niż poddawany badaniu, względnie zaniechania wykluczenia wykonawcy wybranego z udziału w postępowaniu na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp,
2. zarzut zaniechania przez zamawiającego wezwania wybranego wykonawcy do złożenia wyjaśnień na podstawie przepisu art. 26 ust. 4 ustawy Pzp na okoliczność wartości usługi badania sprawozdania finansowego, bez uwzględnienia wartości pakietu konsolidacyjnego.

Izba ustaliła nadto, że odwołujący posiadał interes prawny do wniesienia tak protestu, jak i odwołania, ponieważ potwierdzenie się zarzutu, że zamawiający bezprawnie zaniechał wykluczenia wykonawcy, którego ofertę zamawiający uznał za najkorzystniejszą albo, że zamawiający bezprawnie zaniechał wezwania tego wykonawcy do uzupełnienia dokumentów niezawierających błędów / do złożenia wyjaśnień, oznaczałoby dla odwołującego szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia, ponieważ odwołujący się złożył ofertę z ceną sklasyfikowaną na drugim miejscu, po ofercie wykonawcy, którego wykluczenia domaga się odwołujący, zaś cena stanowi, zgodnie z Rozdziałem 8 SIWZ, jedyne kryterium wyboru oferty najkorzystniejszej.

Tym samym wypełniona została materialnoprawna przesłanka niezbędna do rozpoznania odwołania, wynikająca z przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba dopuściła dowody z następujących dokumentów:

1. specyfikacji istotnych warunków zamówienia, opracowanej przez zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego,
2. oferty przystępującego, a w szczególności „Wykazu usług” oraz dokumentu z dnia 15.12.2009 r. pochodzącego z BRVZ Sp. z o.o.,
3. wezwania z dnia 08.01.2010 r. do uzupełnienia dokumentów, skierowanego do wykonawcy wybranego (znak: BDG-V-281-175-MP/09/10 2772/10),

4. odpowiedzi wykonawcy wybranego z dnia 13.01.2010 r. na wezwanie z dnia 08.01.2010 r.,
5. informacji o wynikach postępowania z dnia 04.02.2010 r. (znak: BDG-V-281-175-MP/09/10 15638/10),
6. protestu z dnia 07.05.2010 r.,
7. przystąpienia wybranego wykonawcy do postępowania protestacyjnego z dnia 12.05.2010 r.,
8. rozstrzygnięcia protestu z dnia 19.05.2010 r.,
9. odwołania z dnia 25.05.2010 r.

Izba dokonała następujących, istotnych dla rozstrzygnięcia odwołania ustaleń:

1. zamawiający w zakresie posiadania przez wykonawców niezbędnej wiedzy i doświadczenia postawił warunek, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy w okresie ostatnich trzech lat przed wszczęciem postępowania należycie wykonali 4 usługi o wartości nie mniejszej niż 40 000 zł brutto każda, których przedmiotem było zbadanie sprawozdań finansowych w rozumieniu ustawy o rachunkowości (Rozdział 3 pkt 3.1.2 SIWZ),
2. na potwierdzenie spełniania tego warunku zamawiający zażądał załączenia do oferty Wykazu 4 usług, w którym wykonawcy mieli ująć: wartość, przedmiot, daty wykonania i odbiorców usług, a także dokument potwierdzający, że usługa została wykonana należycie (Rozdział 3 pkt 3.2.6 SIWZ); zamawiający zawarł także informację, iż Wykaz musi zawierać informacje niezbędne do stwierdzenia, czy wykonawca spełnia postawiony warunek,
3. kwestionowana przez odwołującego w odwołaniu poz. 4 Wykazu usług zawiera: w kolumnie „przedmiot usługi”: „Badanie sprawozdania finansowego oraz pakietu konsolidacyjnego STRABAG Sp. z o.o., w kolumnie „Data wykonania”: „Od 17.11.2008 do 30.04.2009”, w kolumnie: „Wartość brutto”: „195 200,00” (wartość w PLN), w kolumnie: „Nazwa odbiorcy”: „BRVZ Sp. z o.o.”,
4. odnośnie poz. 4 Wykazu usług wykonawca wybrany załączył pismo z dnia 15.12.2009 r. pochodzące od BRVZ Sp. z o.o., w którym podano: „Niniejszym potwierdzam, że TPA Horodko Audit Sp. z o.o. świadczyła usługę zbadania sprawozdań finansowych w rozumieniu ustawy o rachunkowości na rzecz podmiotów z Grupy STRABAG SE prowadzących działalność gospodarczą na terenie Rzeczypospolitej Polskiej. Ww usługi były o wartości powyżej 40 000 PLN brutto oraz zostały wykonane w okresie od stycznia 2007 r. (...) potwierdzam wysoką jakość prac oraz pełne zaangażowanie i profesjonalizm personelu wykonującego zadania i tym samym potwierdzam należyte wykonanie usług”,

5. w wyniku wezwania zamawiającego przystępujący wyjaśnił, że listy referencyjne wskazują datę rozpoczęcia stałej i wieloletniej współpracy, natomiast w „Wykazie” przytoczono jedynie 4 przykłady ostatnio przeprowadzonych i pomyślnie zakończonych usług,
6. w treści przystąpienia do postępowania protestacyjnego przystępujący oświadczył, że „Grupa Kapitałowa STRABAG jest w Polsce reprezentowana przez kilkadziesiąt przedsiębiorstw powiązanych właścicielsko” oraz, że „umowę na usługę badania finansowego (...) zawarto (...) ze spółką STRABAG Sp. z o.o.; koszty tejże usługi poniosła również STRABAG Sp. z o.o.”. Dodatkowo wskazano, iż „Pan Marcin Konopacki, reprezentujący STRABAG Sp. z o.o. pełni jednocześnie funkcje Dyrektora Pionu Rachunkowości Finansowej w podmiocie BRVZ sp. z o.o., która (...) pełni funkcję finansową w spółkach grupy, w tym STRABAG Sp. z o.o.”

Zarzut zaniechania przez zamawiającego wezwania wybranego wykonawcy na podstawie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów - tak Wykazu, jak i dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie usługi - wobec ujęcia w Wykazie usług, której odbiorcą był podmiot inny niż poddawany ocenie nie potwierdził się.

Twierdzenie, że w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia możliwym było wykazywanie wyłącznie takich usług zbadania sprawozdania finansowego, które zostały odebrane (wcześniej zlecone) przez podmiot poddany badaniu nie znajduje uzasadnienia ani w brzmieniu postawionego przez zamawiającego warunku, ani celu ustanowienia tego warunku.

W ocenie Izby zbadanie sprawozdań finansowych w rozumieniu ustawy o rachunkowości oznacza, że zamawiający oczekiwał, aby samo badanie, nie zaś sposób jego zlecenia był zgodny z wymogami ustawy o rachunkowości.

Takie rozumienie postawionego warunku jest także uzasadnione tym, czemu służyć ma jego wykazanie - dla uznania legitymowania się doświadczeniem badania sprawozdań finansowych kluczowym jest bowiem ustalenie, że badanie to zostało wykonane w zakresie i zgodnie z regułami unormowanym w ustawie o rachunkowości, ponieważ to ten element, nie zaś fakt, kto usługę zlecił, przesądza o nabyciu doświadczenia. Zdobyte tak doświadczenie nie byłoby inne w przypadku, gdyby to inny niż poddany badaniu podmiot, zlecał i odbierał wykonanie tegoż badania.

Wskazanie zatem w poz. 4 Wykazu usług w szczególności usługi badania sprawozdania finansowego Strabag Sp. z o.o., której odbiorcą była BRVZ Sp. z o.o. jest dopuszczalne w świetle postawionego warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia.

W konsekwencji uznania dopuszczalności wskazania usługi badania sprawozdania finansowego odebranej przez podmiot inny niż poddany badaniu Izba uznała, że dokument referencyjny może pochodzić od podmiotu innego niż poddawany badaniu, a w dalszej kolejności, że zarzut zaniechania przez zamawiającego wezwania wybranego wykonawcy na podstawie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów - tak Wykazu usług, jak i dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie usługi - wobec ujęcia w Wykazie usług usługi, której odbiorcą był podmiot inny niż poddawany ocenie, za niezasadny.

Zarzut zaniechania przez zamawiającego wezwania wybranego wykonawcy do złożenia wyjaśnień na podstawie przepisu art. 26 ust. 4 ustawy Pzp na okoliczność wartości usługi badania sprawozdania finansowego, bez uwzględnienia wartości pakietu konsolidacyjnego potwierdził się.

Bezsporne między stronami było to, iż regulacjami ustawy o rachunkowości nie są objęte „badania pakietów konsolidacyjnych”.

Z pozycji 4 Wykazu usług wynika, że łączna wartość usługi polegającej na zbadaniu sprawozdania finansowego oraz pakietu konsolidacyjnego spółki STRABAG wynosiła 195 200,00 zł, a zatem powyżej wartości wskazanej w postawionym warunku (40 000,00 zł).

Jednak z opisu tej pozycji Wykazu usług nie wynika, czy wartość samej usługi badania sprawozdania finansowego wynosiła nie mniej niż 40 000,00 zł.

Kwestia ta nie jest także jasna w świetle treści dokumentu referencyjnego z dnia 15.12.2009 r., ponieważ - co podnosił odwołujący - nie wskazano tam, że wartość „powyżej 40 000 PLN brutto” dotyczy każdego z niedokreślonej liczby przypadków zbadania sprawozdań finansowych na rzecz niedookreślonej liczby podmiotów z Grupy Strabag. Oznacza to, że brzmienie dokumentu referencyjnego nie wyklucza, iż wartość 40 000,00 zł nie dotyczy wszystkich przypadków zbadania sprawozdań łącznie, co by z kolei oznaczało, że wskazana przez wykonawcę, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą usługa nie spełnia wymogu zamawiającego co do postawionej wartości minimalnej.

Skoro zatem ani z treści Wykazu usług, ani z treści dokumentu referencyjnego nie wynika wartość usługi badania sprawozdania finansowego spółki Strabag, to uznać należy, że zamawiający nie miał podstaw, aby uznać, że usługa wskazana w poz. 4 Wykazu co do dopuszczalnego zakresu (badanie sprawozdania) spełnia wymóg wartości minimalnej 40 000,00 zł.

Przypomnieć należy, że zamawiający w Rozdziale 3 pkt 3.2.6 SIWZ wymagał, aby Wykaz zawierał informacje niezbędne do stwierdzenia, czy wykonawca spełnia postawiony warunek.

Złożone wraz z ofertą dokumenty (Wykaz usług i dokument referencyjny) odnośnie kwestionowanej poz. 4 pozwalają na stwierdzenie, że możliwym, a nawet prawdopodobnym - biorąc pod uwagę całkowitą wartość poz. 4 wynoszącą powyżej 195 000,00 zł jest, że usługa badania sprawozdania finansowego spółki Strabag wynosi co najmniej 40 000,00 zł, jednak nie jest to wystarczające do uznania wykazania uprzedniego wykonania usługi o żądanej wartości minimalnej.

Wobec powyższego Izba uznała zarzut zaniechania przez zamawiającego wezwania wybranego wykonawcy do złożenia wyjaśnień na podstawie przepisu art. 26 ust. 4 ustawy Pzp co do wartości usługi badania sprawozdania finansowego Strabag Sp. z o.o., bez uwzględnienia wartości pakietu konsolidacyjnego, za zasadny.

Biorąc pod uwagę fakt, że w toku przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający zwracał się do przystępującego - odnośnie poz. 4 Wykazu usług - jedynie z wezwaniem złożenia wyjaśnień na okoliczność rozbieżności okresu wykonywania usługi pomiędzy Wykazem usług a dokumentem referencyjnym, stwierdzić należy, że uznanie - na obecnym etapie - istnienia podstaw do wykluczenia wykonawcy, którego ofertę zamawiający uznał za najkorzystniejszą (art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp) jest przedwczesne, ponieważ zamawiający ma obowiązek wyjaśnienia tej kwestii w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, czego jeszcze nie uczynił.

Biorąc pod uwagę powyższe, na podstawie przepisu art. 191 ust. 1 zdanie pierwsze oraz art. 191 ust. 1a ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania.

Izba nie zasądziła na rzecz odwołującego kosztów z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika na podstawie złożonego do akt sprawy rachunku, ponieważ reprezentującą odwołującego, tj. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Grupa Gumułka - Audyt Sp. z o.o. oraz Euro - In i Partnerzy, Audytorzy, Konsultanci i Księgowi Sp. z o.o. osobą był Prezes zarządu Grupy Gumułka - Audyt Sp. z o.o. (organ zarządzający), która nie była pełnomocnikiem w rozumieniu przepisów kodeksu cywilnego strony odwołującej się (sama Grupa Gumułka - Audyt Sp. z o.o. to odwołujący łącznie z drugą spółką), ale podmiotem ustanowionym pełnomocnikiem wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w rozumieniu przepisu art. 23 ust. 2 ustawy Pzp.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....