

**Sygn. akt KIO/UZP 999/09**

**WYROK**  
**z dnia 13 sierpnia 2009 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Renata Tubisz**

**Członkowie: Klaudia Szczytowska-Maziarz  
Ryszard Tetzlaff**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 sierpnia 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum wykonawców: NDI Spółka Akcyjna- Sopot ( Lider) i SB Granit S.A. – Skopje, Macedonia; adres: ul. Powstańców Warszawy 19, 81-718 Sopot** od rozstrzygnięcia przez **Zamawiającego: Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Warszawa, prowadzący postępowanie: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Warszawa, Oddział Kraków ul. Mogilska 25, 31-542 Kraków** protestu z dnia 25 czerwca 2009 r.

przy udziale **Konsorcjum wykonawców: Bögl a Krýsl k.s. (Lider), 152 00 Praha 5, Renoirova 1051/2a, Republika Czeska; POLDIM Spółka Akcyjna Tarnów; Bogl & Krysl Polska Sp. z o.o. Cieszyn; VAHOSTAV-SK a.s. Žilina, DROGBUD Podkarpacki Holding Budowy Dróg sp. z o.o. Strzyżów, Przedsiębiorstwo Inżynieryjne IMB-Podbeskidzie Sp. z o.o. Skoczów, WAKOZ Sp. z o.o. Luzino; adres Bögl a Krýsl k.s. z siedzibą w Pradze, Oddział w Polsce, ul. Dojazdowa 17, 43-400 Cieszyn** zgłaszającego swoje przystąpienie po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania i nakazuje ponowną ocenę wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu z uwzględnieniem wniosku Odwołującego.

2. Kosztami postępowania obciąża **Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Warszawa, prowadzący postępowanie: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Warszawa, Oddział Kraków 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 uiszczzonego przez **Konsorcjum wykonawców: NDI Spółka Akcyjna- Sopot (Lider) i SB Granit S.A. – Skopje, Macedonia; adres: ul. Powstańców Warszawy 19, 81-718 Sopot,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Warszawa, prowadzący postępowanie: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Warszawa, Oddział Kraków ul. Mogilska 25, 31-542 Kraków** na rzecz **Konsorcjum wykonawców: NDI Spółka Akcyjna- Sopot (Lider) i SB Granit S.A. – Skopje, Macedonia; adres: ul. Powstańców Warszawy 19, 81-718 Sopot,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania,
- ~~3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,~~
- 4) 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 **Konsorcjum wykonawców: NDI Spółka Akcyjna- Sopot (Lider) i SB Granit S.A. – Skopje, Macedonia; adres: ul. Powstańców Warszawy 19, 81-718 Sopot.**

## **Uzasadnienie**

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego o numerze referencyjnym Zamawiającego GDDKiA O/KR R-2at/284/107/2008 prowadzone w trybie przetargu ograniczonego pn.: "Budowa autostrady A-4 na odcinku od węzła Wierzchosławice do węzła Krzyż w km 499+800 -512+800" opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich w dniu 24 grudnia 2008r. pod poz.2008/S 250-333802

Zamawiającym jest Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad ul. Żelazna 59, 00-848 Warszawa ul. Mogilska 25, prowadzącym postępowanie jest Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Krakowie ul. Mogilska 2531-542 Kraków zwany dalej „Zamawiającym”

Odwołującym jest Konsorcjum wykonawców: NDI Spółka Akcyjna ul. Powstańców Warszawy 19, 81-718 Sopot, SB Granit SA -Skopje ul. Dmiitrije Cupovski 8 1000 Skopje, Macedonia zwany dalej „Odwołującym”.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpiło konsorcjum wykonawców: Bögl a Krýsl k.s., 152 00 Praha 5, Renoirova 1051/2a, POLDIM S.A.; Bogl & Krysl Polska Sp. z o.o.; VAHOSTAV-SK a.s., DROGBUD Podkarpacki Holding Budowy Dróg sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Inżynieryjne IMB-Podbeskidzie Sp. z o.o., WAKOZ Sp. z o.o. zwane dalej „Przystępującym”

### Odwołanie

Odwołanie zostało wniesione pismem z dnia 15 lipca 2009 r., na podstawie art. 184 ust. 1 i ust. 2 ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. j.t. 2007r. Nr 223 poz. 1655 z późn. zm.) zwanej dalej „Ustawą PZP”, od rozstrzygnięcia przez Zamawiającego protestu Odwołującego, przez oddalenie protestu w całości.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu:

1. naruszenie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 Ustawy PZP, przez wykluczenie z dalszego udziału w przedmiotowym postępowaniu Odwołującego - tworzącego Konsorcjum wykonawców: NDI S.A. w Sopocie (Lider) i SB Granit S.A. w Skopje, Macedonia (Partner), reprezentowanych przez NDI S.A. pomimo, iż Odwołujący złożył dokumenty, potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu;
2. naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 i 2 Ustawy PZP, przez prowadzenie postępowania w sposób, nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie

wykonawców, a także przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia przez osobę, która nie zapewniła bezstronności i obiektywizmu.

W związku z powyższym Odwołujący wnosi o:

1. nakazanie Zamawiającemu uchylenia rozstrzygnięcia protestu z dnia 18 czerwca 2009 r. o wykluczeniu z dalszego udziału w przedmiotowym postępowaniu Odwołującego;
2. nakazanie Zamawiającemu dokonanie ponownej oceny wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonego przez Odwołującego i w wyniku powtórzenia czynności oceny wniosku uznanie, że Odwołujący spełnia warunki udziału w przedmiotowym postępowaniu;
3. obciążenie w całości Zamawiającego kosztami postępowania, tj. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów wpisu w wysokości: 20.000 złotych wraz z ewentualnymi pozostałymi kosztami przedstawionymi na wykazie podczas rozprawy.

Odwołanie zawiera następujące uzasadnienie.

W dniu 18 czerwca 2009 r., drogą faksową, NDI Spółka Akcyjna w Sopotcie jako pełnomocnik Odwołującego, otrzymała pismo pod sygnaturą GDDKiA-O/KR-R-2at/284/107kII2008, zawierające informację Zamawiającego o wykluczeniu Odwołującego z dalszego udziału w postępowaniu, z powodu braku złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu.

Podstawę decyzji Zamawiającego stanowił art. 24 ust. 2 pkt 3 Ustawy PZP.

Od czynności Zamawiającego Odwołujący złożył w dniu 26 czerwca 2009r. protest, w którym wskazał przede wszystkim, iż złożony dla Spółki Budowlanej Granit SA.-Skopje, Macedonia ( partner Konsorcjum wykonawców) dokument pn. "Reklasyfikacja rocznego obliczenia za 2007,2006,2005, 2004, 2003 rok Spółki Budowlanej Granit S.A. -Skopje" jest sprawozdaniem finansowym spółki Granit SA, które swoim zakresem obejmuje całą działalność spółki, włączając w to zarówno oddziały mające siedzibę w Macedonii jak i poza jej granicami. Niniejszą okoliczność Odwołujący uwiarygodnił załączonym do protestu dokumentem - Oświadczenie spółki SB Granit SA (występującą w załączonym dokumencie również pod nazwą GD Granit AD Skopje).

W dniu 8 lipca 2009r. Zamawiający przesłał Wykonawcy drogą faksową pismo, zawierające rozstrzygnięcie protestu, który został w całości oddalony.

Odnosząc się do treści uzasadnienia Rozstrzygnięcia protestu przez Zamawiającego oraz okoliczności jego wydania Odwołujący stwierdza, co następuje:

Zamawiający po raz kolejny bezzasadnie przyjął, iż złożony przez Odwołującego dokument pn. "Reklasyfikacja rocznego obliczenia za 2007, 2006, 2005, 2004, 2003 rok Spółki Budowlanej Granit S.A. -Skopje" nie spełnia wymagań określonych w pkt III.2.2.( Zdolność

ekonomiczna i finansowa) Ogłoszenia o zamówieniu publicznym z dnia 24 grudnia 2008r. oraz wymogów określonych w treści § 1 ust.3 pkt 1w zw.z § 4 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006r. 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.) zwanego dalej "Rozporządzeniem w sprawie rodzajów dokumentów".

Odwołujący przywołał treści pkt III.2.2. Ogłoszenia z którego wynika, iż Wykonawca w celu potwierdzenia swojej sytuacji ekonomicznej i finansowej powinien złożyć: "część sprawozdania finansowego tj. rachunek zysków i strat z oznaczeniem podmiotu, na rzecz którego został sporządzony, a jeżeli sprawozdanie finansowe podlega badaniu przez biegłego rewidenta zgodnie z przepisami o rachunkowości również opinie o badanym rachunku zysków i start, za ostatnie 3 lata obrotowe, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy -za ten okres". Nadto Zamawiający w tym samym punkcie ogłoszenia, w następnym zdaniu, przewidział obowiązek -dla Wykonawców nie zobowiązanych do sporządzenia sprawozdania finansowego złożenia innych dokumentów określonych w pozycji "Minimalny poziom ewentualnie spełnianych standardów".

Z kolei minimalny poziom ewentualnie wymaganych standardów dla potencjału ekonomiczno – finansowego (pkt III.2.2. Ogłoszenia) przewidywał między innymi: „Wykonawca musi wykazać : 1) średni roczny przychód za ostatnie trzy lata obrotowe, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, za wszystkie pełne lata obrotowe (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 200.000.000PLN,

W wyjaśnieniach, które Odwołujący udzielał Zamawiającemu, a przede wszystkim w piśmie z dnia 5 czerwca 2009r. Wykonawca wprost wskazywał, iż przychody ujęte w dokumencie pod nazwą -reklasyfikacja są przychodami, dotyczącymi wszystkich projektów realizowanych przez spółkę SB Granit SA. Powyższą argumentację Wykonawca przedstawił również, składając w dniu 26 czerwca 2009r. protest na czynność Zamawiającego, polegającą na wykluczeniu Odwołującego z dalszego postępowania.

W proteście Odwołujący poddał także w wątpliwość -postulat Zamawiającego, który pismem z dnia 8 czerwca 2009r. wezwał Wykonawcę do złożenia kolejnych dokumentów.

Należy jednoznacznie stwierdzić, iż w świetle treści pkt III.2.2. Ogłoszenia oraz wymogów określonych w treści § 1ust. 3 pkt 1 w zw.z § 4 ust. 1 Rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, w żaden sposób nie wynika obowiązek przedłożenia dokumentów, które pismem z dnia 8 czerwca 2009r. zażądał Zamawiający. Zgodnie z art. 26 ust. 3 Ustawy PZP Zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa wart. 25 ust. 1 ustawy PZP.

Tymczasem Wykonawca złożył dokumenty potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu już w chwili, w której złożył wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Jedynym nowym zarzutem zawartym przez Zamawiającego w rozstrzygnięciu protestu jest kwestionowanie sprawozdania finansowego spółki SB Granit SA Skopje, w zakresie jego badania przez biegłego rewidenta. Odnośnie niniejszej kwestii Odwołujący musi wskazać i powtórzyć informację udzieloną wcześniej Zamawiającemu, iż dokument „Reklasyfikacja rocznego obliczenia za 2007,2006, 2005, 2004, 2003 rok Spółki Budowlanej Granit S.A. - Skopje” jest dokumentem sporządzanym przez osobę tzw. uprawnionego audytora, a podpisywanym przez Prezesa Spółki. W pkt III.2.2. Zamawiający jasno określił, iż należy przedłożyć opinię biegłego rewidenta dot. sprawozdania finansowego, jeżeli podlega on badaniu przez biegłego rewidenta. Dokument przedłożony przez Wykonawcę pn. reklasyfikacja nie jest natomiast dokumentem, podlegającym badaniu przez biegłego rewidenta, takie opinie są sporządzane, ale dla dokumentów -bilansów złożonych przez Wykonawcę w dniu 15 czerwca 2009 r.

Reasumując, powyższe wykluczenie Odwołującego nie znajduje podstaw w przepisach prawa. Natomiast Reklasyfikacja rocznego obliczenia za 2007.2006. 2005. 2004. 2003 rok Spółki Budowlanej Granit S.A. –Skopje, Macedonia jest dokumentem sporządzanym zgodnie z Międzynarodowymi Standardami Sprawozdawczości Finansowej, które są zatwierdzone i opublikowane w Republice Macedonii.

Należy zauważyć, iż odnośnie powyższych zagadnień nie miał wątpliwości inny Zamawiający tj. Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie. W analogicznym postępowaniu dotyczącym postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu ograniczonego pn. "Projekt i budowa autostrady A2 Stryków-Konotopa" - w rozstrzygnięciu protestu z dnia 30 czerwca 2009r. - w imieniu zamawiającego -GDDKiA w Warszawie podjął decyzję o uwzględnieniu w całości protestu wniesionego w dniu 26 czerwca 2009r. przez Odwołującego. Postępowania w obu sprawach były identyczne.

Zamawiający GDDKiA w Warszawie uwzględniając protest bez jakichkolwiek zastrzeżeń uznał, po ponownej analizie dokumentacji oraz w oparciu o udzielone wyjaśnienia przez Wykonawcę, dokument pt. „Reklasyfikacja rocznego obliczenia za 2007,2006, 2005, 2004, 2003 rok Spółki Budowlanej Granit S.A. -Skopje”, jako spełniający wymagania określone w Rozporządzeniu w sprawie rodzajów dokumentów. Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu -GDDKiA Oddział w Krakowie przedstawił całkowicie odmienną argumentację swojego rozstrzygnięcia od uzasadnienia sporządzonego przez jego organ generalny, w pewnym sensie "zwierzchni" tj. GDDKiA w Warszawie (w którego skład wchodzi oddziały terenowe zgodnie ze Statutem Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad).

Dowody: - kopia ogłoszenia o zamówieniu publicznym, zamieszczonego w dniu 24 grudnia 2009r. w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich (nr 2008/S 250-333802);

- kopia ogłoszenie o zamówieniu publicznym zamieszczonego w dniu 31 marca 2009r. w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich (nr S62 89043-2009 - dot. autostrady A2 Stryków-Konotopa odcinek od km 449+100 do km 456+239,67);
- kopia Protestu Odwołującego z dnia 26 czerwca 2009r. wraz z Załącznikiem (dot. autostrady A2 Stryków-Konotopa odcinek od km 449+100 do km 456+239,67);
- kopia Rozstrzygnięcia protestu z dnia 30 czerwca 2009 r. (dot. autostrady A2 Stryków-Konotopa odcinek od km 449+100 do km 456+239,67).

(Odwołujący jedynie przykładowo załącza do niniejszego odwołania dokumenty, dotyczące postępowania dot. projektu i budowy autostrady A2 Stryków-Konotopa odcinek od km 449+100 do km 456+239,67, gdyż dokumenty dotyczące pozostałych odcinków realizacji nin. inwestycji są identyczne).

W ocenie Odwołującego, przedstawiona argumentacja potwierdza słuszność zarzutów dotyczących postępowania Zamawiającego, który dopuścił się naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy PZP oraz art. 24 ust. 2 pkt 3 Ustawy PZP poprzez jego błędne zastosowanie, gdyż nie spełniły się przesłanki do jego zastosowania. Odwołujący pragnie zauważyć, iż w przedmiotowym postępowaniu zasada równego traktowania podmiotów, ubiegających się o zamówienie i zasada uczciwej konkurencji, doznała uszczerbku nie tylko z przyczyn, które wskazał w złożonym Zamawiającemu proteście tj. zaostreniu wymogów dotyczących dokumentów finansowych składanych przez spółkę SB Granit SA. Dodatkowo trzeba nadmienić, iż okoliczność polegająca na powstałych rozbieżnościach w rozstrzygnięciu protestów w analogicznych postępowaniach, w których była składana identyczna dokumentacja jest poważnym uchybieniem art. 7 ustawy PZP i pozwala domniemywać, że Zamawiający nie zapewnił oceny przedłożonych przez wykonawców ofert według bezstronnych i obiektywnych wymagań.

Mając powyższe na uwadze Odwołujący wnosi jak na wstępie.

#### Rozstrzygnięcie protestu

Pismem z dnia 8 lipca 2009r. Zamawiający rozstrzygnął protest.

Protest wniesiony w dniu 26 czerwca 2009 r. przez Konsorcjum wykonawców: NDI S.A. Sopot oraz SB Granit SA -Skopje, Macedonia ( Odwołujący) został w całości oddalony.

Zamawiający swoją decyzję uzasadnił w następujący sposób.

W zaistniałym w sprawie stanie faktycznym bezspornym jest, że w ogłoszeniu o zamówieniu z dnia 24 grudnia 2008 r. w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich (numer 2008/S 250-333802) w pkt. III.2.2. zatytułowanym "Zdolność ekonomiczna i finansowa" Zamawiający zawarł zapis, iż wymaga by wykonawcy przedłożyli: Część

sprawozdania finansowego tj.: rachunek zysków i strat z oznaczeniem podmiotu, na rzecz którego został sporządzony, a jeżeli sprawozdanie finansowe 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 spełnienie warunków, o których mowa w pozycji "Minimalny poziom ewentualnie wymaganych standardów".

Protestujący dołączył do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu dokument zatytułowany "Reklasyfikacja rocznego obliczenia za 2007, 2006, 2005, 2004, 2003 rok Spółki Budowlanej Granit S.A. -Skopje". Zamawiający powziął wątpliwość czy powyższy dokument spełnia wymagania określone w pkt. III.2.2 ogłoszenia o zamówieniu z dnia 24 grudnia 2008 r. zamieszczonego w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich (numer 2008/S 250-333802) oraz w § 1 ust. 3 pkt. 1 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów. W celu wyjaśnienia związanych z tym wątpliwości pomiędzy Zamawiającym (pismami z dnia 22.05.2009r., 26.05.2009r., 4.06.2009r., 8.06.2009r.) a Protestującym (pismami z dnia 22.05.2009r., 27.05.2009r., 2.06.2009r., 5.06.2009r., 15.06.2009r.) nastąpiła wymiana korespondencji.

Pismem z dnia 4 czerwca 2009r. (znak: GDDKiA-O/KR-R-2at/284/ 107uzpw15p/2008) Zamawiający wezwał Protestującego do uzupełnienia wniosku o rachunek zysków i strat za ostatnie 3 lata obrotowe dla spółki SB Granit SA –Skopje, Macedonia wraz z tłumaczeniem na język polski. Pismo to zawierało następujące pouczenie:

"Wskazane powyżej dokumenty należy przedłożyć w formie oryginału lub kopii poświadczonej przez Wykonawcę (osobę należycie umocowaną) za zgodność z oryginałem. Dokumenty sporządzone w języku obcym winny być złożone wraz z tłumaczeniem na język polski, poświadczonym przez Wykonawcę. Wykonawca zobowiązany jest do złożenia Zamawiającemu wymienionych dokumentów na adres Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w Krakowie ul. Mogilska 25, 31542 Kraków w nieprzekraczalnym terminie do dnia 15 czerwca 2009 r., do godz. 15.00, (faxem na nr +48 12411-01-18 -niezwłocznie, przesyłką pocztową, kurierską lub osobiście /ne dziennik podawczy -pokój 107/ -w wyznaczonym terminie).

We wskazanym terminie, tj. do dnia 15 czerwca 2009 r. do godziny 15.00 Protestujący przesłał wymagane przez Zamawiającego dokumenty jedynie faksem. Dokumenty te w formie pisemnej wpłynęły do Zamawiającego dopiero w dniu 19 czerwca 2009 r.

Z treści uzasadnienia protestu wynika, iż Protestujący stara się podważyć zasadność wezwania z dnia 4 czerwca 2009 r. twierdząc, iż już dokument dołączony do wniosku tj. "Reklasyfikacja rocznego obliczenia za 2007, 2006, 2005, 2004, 2003 rok Spółki Budowlanej



Granit S.A. -Skopje" należycie potwierdzał spełnianie przez Protestującego warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności ekonomicznej i finansowej.

Zgodnie z § 1 ust. 3 pkt. 1 Rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, w celu potwierdzenia opisanego przez zamawiającego warunku znajdowania się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia, zamawiający może żądać przedstawienia 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 nie zobowiązanych 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. Na tej podstawie Zamawiający wymagał przedstawienia rachunku zysków i strat z opinią biegłego rewidenta o badanym rachunku zysków i strat (jeżeli sprawozdanie finansowe podlega badaniu zgodnie z przepisami o rachunkowości) za ostatnie 3 lata obrotowe. W wyniku wymiany korespondencji, pismem z dnia 27 maja 2009 r. (znak: PIIKA/1818/09) sam Protestujący przyznał, iż spółka SB Granit S.A. -Skopje sporządza sprawozdania finansowe zgodnie z obowiązującym prawem Republiki Macedonii, których składnikiem jest rachunek zysków i strat, bilans, sprawozdanie z przepływów pieniężnych, sprawozdanie ze zmian w kapitale. Kolejnym pismem z dnia 5 czerwca 2009 r. (znak: PI/KA/1974/09) Protestujący zwrócił się do Zamawiającego o weryfikację, czy w świetle złożonych wyjaśnień nadal istnieje konieczność przedstawienia dokumentów, do czego został wezwany pismem z dnia 4 czerwca 2009 r. W odpowiedzi Zamawiający pismem z dnia 8.06.2009 r. nie tylko potwierdził aktualność wezwania, ale również uwarunkował uznanie "Reklasyfikacji rocznego obliczenia za 2007, 2006, 2005, 2004, 2003 rok Spółki Budowlanej Granit S.A. -Skopje" za dokument potwierdzający spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności ekonomicznej i finansowej od udzielenia dalszych wyjaśnień, których Protestujący nie przedstawił. Należy również podnieść, iż sprawozdania finansowe Spółki Budowlanej Granit S.A. Skopje, podlegają badaniu przez biegłego rewidenta, ponieważ opinie takie przesłane zostały Zamawiającemu przez Protestującego wraz rachunkami zysków i strat za lata 2005, 2006, 2007 pismem z dnia 15 czerwca 2009 r. (znak: PI/KA/2101/09). Z przedstawionych wcześniej dokumentów i wyjaśnień Protestującego nie wynikało, iż sprawozdania finansowe Spółki Budowlanej Granit S.A. -Skopje podlegają takiemu badaniu.

Mając powyższe na uwadze za chybiony uznać należy zarówno zarzut bezzasadnego wezwania Protestującego do uzupełnienia dokumentów o rachunek zysków i strat spółki SB Granit SA -Skopje za ostatnie 3 lata obrotowe, jak i zarzut naruszenia zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, mającego się przejawiać w zaostreniu wymogów dotyczących dokumentów finansowych dotyczących tej spółki.

W tym stanie rzeczy nadal aktualne pozostaje uzasadnienie faktyczne wykluczenia Protestującego z postępowania zawarte w piśmie Zamawiającego z dnia 18 czerwca 2009 r. (znak: GDDKiA-O/KR-R-2at/284/107kl/2008).

Z literalnego brzmienia zapisu zawartego w piśmie z dnia 4 czerwca 2009 r. wzywającym do uzupełnienia dokumentów: "Wskazane powyżej dokumenty należy przedłożyć w formie oryginału lub kopii poświadczonej przez Wykonawcę (osobę należycie umocowaną) za zgodność z oryginałem. [.....] Wykonawca zobowiązany jest do złożenia Zamawiającemu wymienionych dokumentów w nieprzekraczalnym terminie do dnia 15 czerwca 2009 r., do godz. 15.00, (faxem na nr +48 12411-01-18 niezwłocznie, przesyłką pocztową, kurierską lub osobiście Ina dziennik podawczy -pokój 1071 -w wyznaczonym terminie) wyraźnie wynika, iż dokumenty o których uzupełnienie wzywał Zamawiający powinny mu zostać doręczone w wyznaczonym terminie (tj. do dnia 15 czerwca 2009 r. do godz. 15.00) w formie oryginału lub kopii poświadczonej przez Wykonawcę. Dla zachowania tego terminu nie wystarczyło zatem doręczenie tych dokumentów jedynie faksem.

W ocenie Zamawiającego za taką interpretacją treści wezwania przemawia zarówno treść Ogłoszenia o zamówieniu jak i treść rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów. Należy mieć bowiem na względzie, iż Protestujący został wezwany do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego spełnienie warunków udziału w postępowaniu -rachunku zysków i strat za ostatnie 3 lata obrotowe. W treści O ogłoszenia o zamówieniu w pkt. III.2.2 zatytułowanym: "Zdolność ekonomiczna i finansowa" znajduje się następujący zapis odnoszący się do takiego dokumentu: "Na potwierdzenie spełnienia warunków Wykonawcy winni przedłożyć następujące dokumenty (oryginały lub kopie potwierdzone za zgodność z oryginałem przez Wykonawcę). Wymóg taki wynika również z treści § 1 ust. 3 pkt. 1w zw. z § 4 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r.

Za powyższą interpretacją przemawia także orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej. W wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 listopada 2008 r. (do sygn. akt KIO/UZP 1236/08) stwierdzono bowiem, iż "Żaden z przepisów ustawy -Prawo zamówień publicznych nie wskazuje na to, iż wezwanie do uzupełnienia dokumentów lub oświadczeń w trybie art. 26 ust. 3 ustawy można zakwalifikować do udzielenia informacji lub wyjaśnień przez wykonawcę. Tym samym nie można przyjąć, iż dopuszczona przez zamawiającego możliwość udzielania wyjaśnień drogą faksową odnosi się także do uzupełnienia dokumentów lub oświadczeń".

Mając na uwadze powyższe argumenty protest Zamawiający uznał za bezzasadny.

#### Przystąpienie do postępowania odwoławczego.

Do postępowania odwoławczego przystąpiło po stronie Zamawiającego konsorcjum wykonawców: Bögl a Krýsl k.s., 152 00 Praha 5, Renoirova 1051/2a, POLDIM S.A.; Bogl & Krýsl Polska Sp. z o.o.; VAHOSTAV-SK a.s., DROGBUD Podkarpacki Holding Budowy Dróg sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Inżynieryjne IMB-Podbeskidzie Sp. z o.o., WAKOZ Sp. z o.o. zwane dalej „Przystępującym”, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

W ocenie Przystępującego, Odwołujący do wniosku nie załączył właściwych dokumentów w zakresie sprawozdania finansowego, a doręczone na wezwanie Zamawiającego właściwe dokumenty finansowe zostały złożone z przekroczeniem wyznaczonego przez Zamawiającego terminu do ich złożenia.

Na poparcie swojego stanowiska przywołał Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej o Sygn. akt 1236/08.

#### Skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje.

W ocenie Izby Odwołujący posiada interes prawny we wniesieniu odwołania w rozumieniu art.179 ust.1 ustawy, ponieważ wykluczenie z postępowania prowadzonego w trybie przetargu ograniczonego uniemożliwia Odwołującemu złożenie oferty, a tym samym udział w dalszym toku postępowania zmierzającego do badania, oceny i wyboru najkorzystniejszej oferty, co w rezultacie uniemożliwia Odwołującemu uzyskanie zamówienia.

#### Skład orzekający Izby ustalił co następuje

Na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia oraz przeprowadzonej rozprawy Izba dokonała następujących ustaleń.

Zamawiający pismem z dnia 18 czerwca 2009r. L.dz. GDDKiA-DRI-I-AK-4441-XIX-A2-S-K/R/6/25/09 skierowanym do Wykonawców, którzy złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału w przedmiotowym postępowaniu, zawiadomił o Wykonawcach, którzy spełnili warunki udziału w postępowaniu oraz o wykonawcach wykluczonych z postępowania.

Zamawiający zawiadamiając o wykluczeniu z postępowania Odwołującego jako podstawę prawną podał art.24 ust.2 pkt 3 ustawy to jest ...” z powodu braku złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu.”

W uzasadnieniu zawiadomienia o wykluczeniu Odwołującego z postępowania Zamawiający w szczególności wskazał na następujące okoliczności faktyczne i prawne:

1. przedstawił chronologię postępowania wobec Odwołującego poprzedzającą decyzję o wykluczeniu z postępowania wskazując na treść prowadzonej korespondencji pomiędzy Odwołującym a Zamawiającym,
2. wykazał, iż Odwołujący wezwany był na podstawie art.26 ust.3 Ustawy PZP do przedłożenia rachunków zysków i strat za ostatnie 3 lata obrotowe, dla Spółki Granit S.A. z siedzibą w Skopje, Macedonia ( partner Konsorcjum wykonawców), sporządzonych i podpisanych zgodnie z wymogami prawa siedziby Spółki, opinie biegłego rewidenta o badanych rachunkach zysków i strat wraz z tłumaczeniem powyższych dokumentów na język polski,
3. Odwołujący w wyznaczonym terminie na uzupełnienie dokumentów przesłał je faksem, czym nie wypełnił w ocenie Zamawiającego obowiązku doręczenia dokumentów w formie pisemnej, zgodnie z wymogiem § 4 ust.1 wyżej wymienionego Rozporządzenia w sprawie rodzaju dokumentów,
4. Zamawiający stwierdził, że doręczenie w wyznaczonym terminie dokumentów drogą faksową nie wypełnia wybranej przez Zamawiającego formy pisemnej doręczenia dokumentów.
5. Zamawiający na poparcie swojego stanowiska przywołuje wyrok Krajowej Izby Odwoławczej o Sygn. akt UZP/KIO/1015/08 z 09.10.2008r. zgodnie z którym „w przypadku zastrzeżenia określonej formy ( pisemnej), nie kwestionowanej przez wykonawców, nie można za dochowanie terminu uznać wniesienia dokumentu w innej formie (faksem), a skutkiem braku dochowania formy jest „uznanie, iż wykonawca nie złożył wymaganego dokumentu i wykluczenie wykonawcy z postępowania”.
6. Kończąc uzasadnienie Zamawiający podkreślił, że wszyscy pozostali Wykonawcy wezwani do uzupełnienia dokumentów, przedłożyli je w wymaganej przez Zamawiającego formie pisemnej.

W zakresie postępowania Zamawiającego poprzedzającego wykluczenie Odwołującego z postępowania Izba dokonała następujących ustaleń:

1. pismem z dnia 22.05.2009r. L.dz. GDDKiA-O/KR-R-2at/284/107uzpw15/2008 Zamawiający wezwał Odwołującego w trybie art.26 ust.4 Ustawy PZP do udzielenia wyjaśnień w związku z załączeniem do wniosku na potwierdzenie spełnienia warunku zdolności ekonomicznej i finansowej, dokumentu “Reklasyfikacji rocznego obliczenia za 2007,2006,2005,2004,2003 Spółki budowlanej Granit S.A. - Skopje, Macedonia”. Przedmiotem wyjaśnień miały być następujące okoliczności w kontekście

obowiązującego prawa w Macedonii: czy spółki są zobowiązane do sporządzania sprawozdań finansowych, jakie dokumenty sprawozdawcze finansowe są sporządzane przez Granit S.A. oraz jakie dane wykazują, czy dokumenty podlegają badaniu przez biegłego rewidenta, czy sprawozdania finansowe zawierają rachunek zysków i strat, czy "Reklasyfikacja" załączona do oferty jest podpisana przez osobę upoważnioną do reprezentacji Granit S.A. w zakresie sporządzania dokumentów finansowych. W tymże piśmie Zamawiający określił termin wyjaśnień na 27 maja 2009r. godz.15.00. Zamawiający dopuścił przesłanie wyjaśnień faksem, a następnie niezwłoczne pisemne ich potwierdzenie;

2. pismem z dnia 27 maja 2009r. PI/KA/1818/09 Odwołujący udzielił wyjaśnień o następującej treści: Spółka Granit jest zobowiązana do sporządzania sprawozdań finansowych, które zawierają Rachunek Zysków i Strat, Bilans, Sprawozdanie z Przepływów Pieniężnych, Sprawozdanie ze zmian w kapitale, Wprowadzenie do sprawozdania finansowego wraz z informacją dodatkową, Reclassification (Reklasyfikacja) podpisana jest przez uprawnionego audytora, ale jest przygotowywana na podstawie sprawozdań finansowych podpisywanych przez prezesa firmy;
3. pismem z dnia 04.06.2009r. L.dz. GDDKiA-O/KR-R-2at/284/107uzpw15p/2008 Zamawiający na podstawie art.26 ust.3 ustawy wezwał do uzupełnienia rachunków zysków i strat za ostatnie 3 lata obrotowe dla spółki Granit S.A. wraz z tłumaczeniem na język polski. Wskazane dokumenty należy przedłożyć w formie oryginału lub kopii poświadczonej przez Wykonawcę (osobę należycie umocowaną) za zgodność z oryginałem. Wykonawca jest zobowiązany do złożenia dokumentów na adres Zamawiającego Oddział w Krakowie w nieprzekraczalnym terminie do dnia 15 czerwca 2009r. do godz.15.00, ( faxem na nr +48 12 411 – 01 -18- niezwłocznie, przesyłką pocztową, kurierską lub osobiście/ na dziennik podawczy – pokój 107/- w wyznaczonym terminie). Pismo kończy się stwierdzeniem "Proszę o niezwłoczne potwierdzenie otrzymania niniejszego faksu."
4. pismem z dnia 05.06.2009r. L.dz. PI/KA/1974/09 Odwołujący w związku z otrzymanym pismem z dnia 04.06.2009.r od Zamawiającego stwierdził, że dokumenty potwierdzające wysokość przychodów zostały załączone do złożonego wniosku. Dalej Odwołujący oświadcza "Zgodnie z informacją uzyskaną od naszego zagranicznego partnera tj.SB Granit SA Skopje sporządzony przez Spółkę rachunek zysków i strat dotyczy tylko projektów realizowanych na terenie Macedonii, natomiast przychody dotyczące wszystkich projektów realizowanych przez Spółkę ( tj. zarówno w Macedonii jak i poza granicami ) są ujęte w dokumencie pn. "Reklasyfikacja" Dokument Reklasyfikacji został załączony do wniosku o dopuszczenie do udziału w

postępowaniu. W tym stanie rzeczy Odwołujący prosi o informację” czy w świetle powyższego nadal konieczne jest przesłanie jakichkolwiek dalszych dokumentów.”

5. Pismem z dnia 08.06.2009 L.dz. GDDKiA-O/KR-R-2at/284/107odpw15/2008 Zamawiający odpowiadając na pismo Odwołującego z dnia 05.06.2009r. podtrzymał wezwanie do uzupełnienia dokumentów jak w w/w piśmie z dnia 04.06.2009r. Jednak w dalszej części pisma Zamawiający stwierdza, że jeżeli Odwołujący nadal będzie na potwierdzenie warunków udziału w postępowaniu powoływać dokument „Reklasyfikacji” to Zamawiający prosi o przedstawienie następujących informacji:- podanie podstawy prawa macedońskiego umożliwiającej nie ujmowanie przychodów Spółki SB Granit SA dotyczących projektów realizowanych poza granicami Macedonii w bilansie rachunku zysków i strat sporządzanym przez Spółkę, - czy dokument PN. ”Reklasyfikacja” ujmuje wyłącznie przychody Spółki SB Granit SA z siedzibą w Skopje, czy również innych spółek/podmiotów prawnych pozostających ze spółką Granit SA w jakimkolwiek powiązaniu.
6. Pismem z dnia 15.06.2009r. L.dz. PI/KA/2101 /09 Odwołujący wyjaśnił, że dokument „Reklasyfikacji” ujmuje wyłącznie przychody Spółki SB Granit S.A. W załączeniu Odwołujący przekazał rachunek zysków i strat za rok 2005,2006,2007r. wraz z opiniami biegłego rewidenta dotyczących tylko projektów realizowanych na terenie Macedonii. Pismo do Zamawiającego wraz z załącznikami zostało przesłane faksem w dniu 15.06.2009r. godz.14.35. Przesyłką pocztową pismo Zamawiający otrzymał w dniu 19.06.2009r.

W złożonym proteście i w odwołaniu Odwołujący zarzucił Zamawiającemu rażące naruszenie art.24 ust.2 pkt 3 ustawy i art.7 ust.1 Ustawy PZP przez czynność Zamawiającego polegającą na wykluczeniu Odwołującego z postępowania.

#### Skład orzekający Izby zważył co następuje.

Skład orzekający Izby po rozważeniu wyżej opisanej korespondencji Zamawiającego i Odwołującego odnoszącej się do warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności finansowej i ekonomicznej, a przedłożonej na rozprawie przez Zamawiającego z dokumentacji postępowania oraz przy uwzględnieniu stanowisk stron zawartych w proteście, odwołaniu, rozstrzygnięciu protestu oraz stanowiska Przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, a także przedstawionych stanowisk stron na rozprawie postanowił uwzględnić odwołanie.

Bowiem w ocenie składu orzekającego Izby Odwołujący, na wezwanie Zamawiającego w trybie art.26 ust.3 Ustawy PZP doręczył Zamawiającemu w terminie dokumenty rachunków

zysku i strat oraz opinie biegłego rewidenta za lata 2005,2006,2007 wraz z ich tłumaczeniem przez Odwołującego z języka macedońskiego na język polski.

W ocenie Izby z treści dokumentu Ogłoszenia o zamówieniu nie wynika zastrzeżenie Zamawiającego co do formy porozumiewania się stron, w tym co do formy przekazywania oświadczeń, wniosków, informacji, zawiadomień.

Zamawiający na poparcie swojego stanowiska co do wymogu pisemności dokumentu rachunku zysku i strat oraz opinii biegłego rewidenta, przedkładał na wezwanie w trybie 26 ust.3 Ustawy PZP przywoływał:

1. zapis pkt III.2.2.pn. Zdolność ekonomiczna i finansowa Ogłoszenia o zamówieniu o treści: „Na potwierdzenie spełnienia warunków Wykonawcy winni przedłożyć następujące dokumenty (oryginały lub kopie potwierdzone za zgodność z oryginałem przez Wykonawcę): 1. Część sprawozdania finansowego tj.: rachunek zysków i strat z oznaczeniem podmiotu, na rzecz którego został sporządzony, a jeżeli sprawozdanie finansowe 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 spełnienie warunków, o których mowa w pozycji "Minimalny poziom ewentualnie wymaganych standardów".
2. treść § 4 ust.1 Rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów zgodnie z którą „Dokumenty są składane w formie oryginału lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę”.
3. pismo z dnia 04.06.2009r. L.dz. GDDKiA-O/KR-R-2at/284/107uzpw15p/2008 zgodnie z którym Zamawiający na podstawie art.26 ust.3 Ustawy PZP wezwał do uzupełnienia rachunków zysków i strat za ostatnie 3 lata obrotowe dla spółki Granit S.A. Skopuje wraz z tłumaczeniem na język polski. W piśmie tym Zamawiający zawarł następujący warunek: „Wskazane powyżej dokumenty należy przedłożyć w formie oryginału lub kopii poświadczonej przez Wykonawcę (osobę należycie umocowaną) za zgodność z oryginałem. Wykonawca zobowiązany jest do złożenia Zamawiającemu wymienionych dokumentów na adres Generalna Dyrekcja Dróg krajowych i Autostrad, Oddział w Krakowie ul. Mogilska 25, 31-542 Kraków w nieprzekraczalnym terminie do dnia 15 czerwca 2009r. do godz.15.00, ( faxem na nr +48 12 411 – 01 -18- niezwłocznie, przesyłką pocztową, kurierską lub osobiście/ na dziennik podawczy – pokój 107/- w wyznaczonym terminie). Proszę o niezwłoczne potwierdzenie otrzymania niniejszego faksu.”

W ocenie Izby powyższe zapisy Ogłoszenia o zamówieniu, Rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów oraz pisma Zamawiającego z dnia 04.06.2009r. nie upoważniają Zamawiającego do stwierdzenia, że ma prawo wykluczyć z postępowania Odwołującego, ponieważ w wyznaczonym terminie nie uzupełnił dokumentów z uwagi na to, że przesłał je w wyznaczonym terminie ( 15.06.2009r.) faksem, a pocztą doręczył dopiero cztery dni po wyznaczonym terminie ( 19.06.2009r.) z następujących powodów:

1. Co do treści Ogłoszenia o zamówieniu to zawiera ono zapis o formie dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu to jest: o oryginale lub kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem. Zawiera ono również nie cytowany zapis przez Zamawiającego o tym, że „ Podstawą oceny spełnienia warunków będą w szczególności wymagane dokumenty i oświadczenia na zasadzie spełnia –nie spełnia.” ( pkt III.2.2. Ogłoszenia). Niemniej w ocenie Izby są to zapisy regulujące formę dokumentów na etapie wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Czyli niedopuszczalnym jest, aby we wniosku znalazły się dokumenty w formie faksu, ponieważ zgodnie z cytowanym zapisem Ogłoszenia o zamówieniu, dokumenty powinny mieć formę oryginału lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem.
2. Co do treści § 4 ust.1 zdanie pierwsze Rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jest to klauzula o charakterze generalnym, wskazująca na formę dokumentów, które powinny być składane w oryginale lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem. Czyli dokument również uzupełniany powinien być złożony w formie oryginału lub kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem. Niemniej bezspornym w sprawie jest, że dokumenty dotyczące rachunków zysku i strat, opinie biegłego rewidenta zostały złożone w wymaganej formie to jest kopii potwierdzonej przez wykonawcę ( Prokurentów NDI S.A. Sopot w osobach Panów Szymona Raptowskiego i Krzysztofa Szymańskiego) w dniu 19.06.2009r. czyli po decyzji wykluczenia z postępowania Odwołującego ( 18.06.2009r.), a przed rozstrzygnięciem protestu ( 08.07.2009r.).
3. Co do treści pisma Zamawiającego z dnia 04.06.2009r. wezwanie do uzupełnienia dokumentów to faktycznie Zamawiający wyznaczył nieprzekraczalny termin na ich doręczenie na dzień 15.06.2009r., do godz.15.00. Przy czym w ocenie Izby z treści tego pisma wynika, że dokumenty mogą być doręczone z jednakowym skutkiem zarówno drogą faksową jak i przesyłką pocztową, kurierską lub osobiście. Co prawda Zamawiający określił, że faksem dokumenty mają być przekazane niezwłocznie, ale w ocenie Izby oznacza to nie później niż do 15.06.2009r. do godz.15.00, czemu Zamawiający nie zaprzeczył, że dokumenty faksem otrzymał w tym terminie. Natomiast dokumenty mogą być równorzędnie przekazane pocztą, kurierem, osobiście/ na dziennik podawczy – pokój 107 – w wyznaczonym terminie czyli w



ocenie Izby do 15.06.2009r. do godz.15.00. Bezspornym jest, że Odwołujący doręczył dokumenty faksem w wyznaczonym terminie, a pocztą w dniu 19.06.2009r. Niemniej sam Zamawiający pismem z dnia 04.06.2009r. dopuścił przekazanie dokumentów, które co do zasady mają być przekazywane w formie oryginału lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem, w formie faksu. W ocenie Izby tak sformułowany wymóg w piśmie z dnia 04.06.2009r. Zamawiającego oznacza, że dla zachowania terminu uzupełnienia dokumentów wystarczy droga faksowa. Natomiast nie zwalnia to Odwołującego od doręczenia dokumentów w oryginale lub w poświadczonej kopii, ponieważ taki wymóg jest z przepisach Rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów - § 4 ust.1 zdanie pierwsze (Dokumenty są składane w formie oryginału lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę) oraz w art.9 ust.1 Ustawy PZP (Postępowanie o udzielenie zamówienia, z zastrzeżeniem wyjątków określonych w ustawie, prowadzi się z zachowaniem formy pisemnej). Reasumując to Zamawiający wyznaczając Odwołującemu termin na uzupełnienie dokumentów w piśmie z dnia 04.06.2009r. jako jedną z równorzędnych form doręczenia dokumentów wskazał drogę faksową. Tym samym Zamawiający nie ma prawa kwestionować doręczenia faksowego jako nieskutecznego i na tej podstawie wykluczyć Odwołującego z postępowania.

Skład orzekający Izby rozpoznając przedstawiony zarzut Odwołującego uznał, że Zamawiający wykluczając Odwołującego z postępowania naruszył art. 24 ust. 2 pkt 3 Ustawy PZP zgodnie z którym z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy nie złożyli dokumentów potwierdzających spełnienie tych warunków, z zastrzeżeniem art. 26 ust.3 zgodnie z którym Zamawiający wzywa wykonawców, którzy nie złożyli wymaganych dokumentów do ich złożenia w wyznaczonym terminie.

Wbrew uzasadnieniu protestu pismo z dnia 25 czerwca 2009r. Izba nie podzieliła poglądu Odwołującego, że dokumenty zamieszczone we Wniosku w zakresie zdolności ekonomicznej spełniają wymogi Ogłoszenia. Niemniej wobec uzupełnienia dokumentów w dniu 15.06.2009r. przez doręczenie ich faksem, Odwołujący spełnił wymagania Zamawiającego.

Bezsporną jest okoliczność, że w formie pisemnej ( kopie poświadczone za zgodność z oryginałem) Zamawiający otrzymał w dniu 19.06.2009r. czyli cztery dni po wyznaczonym terminie doręczenia faksem jak to uczynił Odwołujący.

W związku z powyższym Odwołujący dotrzymał terminu przewidzianego dla wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, gdzie zgodnie z art. 27 ust.5 Ustawy PZP wniosek uważa się za złożony w terminie, jeżeli Zamawiający otrzymał go nie później niż w terminie 7 dni od dnia upływu terminu do składania wniosków.

Skoro Zamawiający dopuścił uzupełnienie dokumentów faksem, to doręczenie dokumentów w formie pisemnej, w myśl art. 27 ust. 5 ustawy PZP, w dniu 19.06.2009r. czyli 4 dni po terminie wyznaczonym na uzupełnienie dokumentów spełnia wymóg otrzymania dokumentów nie później niż 7 dni od dnia upływu terminu składania wniosków.

Bowiem w ocenie Izby wobec tak sformułowanego pisma Zamawiającego z dnia 04.06.2009r. o sposobie (faks) uzupełnienia dokumentów przepis art. 27 ust. 5 Ustawy PZP ma również zastosowanie do uzupełnienia dokumentów, które ostatecznie muszą być doręczone w oryginale lub w kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem.

Natomiast w ocenie Izby interpretacja zapisu pisma z dnia 04.06.2009r. zgodna z oczekiwaniem Zamawiającego naruszałaby zasady uczciwej konkurencji, na które wskazuje art.27 ust.3 zdanie pierwsze Ustawy PZP, zgodnie z którym wybrany sposób przekazywania oświadczeń, wniosków, zawiadomień oraz informacji nie może ograniczać konkurencji, co przy uwzględnieniu, iż uzupełnienie dokumentu dotyczyło podmiotu zagranicznego to jest spółki SB Granit S.A. Skopje – Macedonia, z uwagi na dzielącą odległość od pełnomocnika spółki NDI S.A. Sopot i Zamawiającego GDDKiA Oddział Kraków.

Izba nie podzieliła poglądu, że w przedmiotowej sprawie mogą mieć zastosowanie uzasadnienia wyroków Krajowej Izby Odwoławczej przywołanych przez Zamawiającego i Przystępującego do postępowania odwoławczego w sprawach o Sygn. akt KIO/UZP/ 1015/08 i KIO/UZP/ 1236/08.

Bowiem z obydwu stanów faktycznych i prawnych przywołanych spraw wynika, że w specyfikacjach istotnych warunków zamówienia oraz ogłoszeniach były zamieszczone następujące regulacje:

1. Wyrok KIO/UZP 1015/08 „Izba ustaliła, iż Zamawiający w punkcie IV .3.6. „Informacje dodatkowe podpunkt 4 ogłoszenia zamieścił postanowienie „W niniejszym postępowaniu oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz wszelkie inne informacje Zamawiający i Wykonawcy przekazują pisemnie”.
2. Wyrok KIO/UZP/ 1236/08 „Ogłoszenie o zamówieniu Cz. III 2.1.pkt 6 „Forma składanych przez Wykonawcę dokumentów 2.Wszystkie pozostałe dokumenty, o których mowa w niniejszej sekcji, są składane w formie oryginału lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez Wykonawcę (przez osoby upoważnione do reprezentowania Wykonawcy w niniejszym postępowaniu)”. „W SIWZ Rozdz. .XVII Sposób porozumiewania się Wykonawców z uprawnionymi pracownikami Zamawiającego oraz przekazywania oświadczeń i dokumentów w pkt 5. W niniejszym postępowaniu zawiadomienia oraz informacje Zamawiający i Wykonawcy przekazują pisemnie lub faksem (...) oświadczenia i wnioski mogą być przekazywane wyłącznie drogą pisemną (...).

Reasumując przywołane Wyroki KIO dotyczyły sytuacji, gdzie w Ogłoszeniu i w SIWZ zawarte były jednoznaczne zapisy co do porozumiewania się w toku postępowania oraz form przekazywania w toku postępowania: oświadczeń, wniosków, zawiadomień oraz informacji, czego w przedmiotowym postępowaniu w Ogłoszeniu o zamówieniu nie uregulowano.

W związku z powyższym powoływanie się na wyżej wymienione Wyroki KIO jest bezprzedmiotowe.

Izba nie podzieliła z kolei poglądu Odwołującego, że dokument Reklasyfikacja odpowiada dokumentom wymaganym w Ogłoszeniu o zamówieniu na potwierdzenie sytuacji ekonomicznej wykonawców.

W Ogłoszeniu o zamówieniu znajduje się jednobrzmiący zapis o treści:

1. zapis pkt III.2.2.pn. Zdolność ekonomiczna i finansowa Ogłoszenia o zamówieniu o treści: „Na potwierdzenie spełnienia warunków Wykonawcy winni przedłożyć następujące dokumenty ( oryginały lub kopie potwierdzone za zgodność z oryginałem przez Wykonawcę): 1. Część sprawozdania finansowego tj.: rachunek zysków i strat z oznaczeniem podmiotu, na rzecz którego został sporządzony, a jeżeli sprawozdanie finansowe 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 spełnienie warunków, o których mowa w pozycji "Minimalny poziom ewentualnie wymaganych standardów".
2. Z kolei minimalny poziom ewentualnie wymaganych standardów dla potencjału ekonomiczno – finansowego (pkt III.2.2. Ogłoszenia) przewidywał między innymi: „Wykonawca musi wykazać : 1) średni roczny przychód za ostatnie trzy lata obrotowe, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, za wszystkie pełne lata obrotowe (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 200.000.000PLN.

W toku postępowania odwoławczego ustalono w sposób bezsporny, że spółka SB Granit S.A.- Skopje ,Macedonia sporządza sprawozdania finansowe zawierające rachunek zysków i strat, które podlegają badaniu przez biegłych rewidentów. W związku z tym w ocenie Izby brak podstaw formalnych i prawnych do odmowy doręczenia rachunków zysku i strat, które podlegają ocenie przez biegłych rewidentów.

Pomimo, że dokument Reklasyfikacji jest opracowywany w oparciu o rachunek zysków i strat sporządzany przez spółkę i na podstawie badania prawidłowości sprawozdania finansowego spółki to skoro Zamawiający postawił wymóg doręczenia rachunku zysku i strat oraz opinii biegłego co do sprawozdania to Odwołujący nie ma prawa doręczać innego dokumentu, chociaż powstałego na bazie wymaganych dokumentów przez Zamawiającego (to jest rachunku zysków i strat oraz opinii z badania sprawozdania).

W ocenie Izby skoro Odwołujący dysponował wymaganymi dokumentami przez Zamawiającego, a określonymi w sposób jednoznaczny w Ogłoszeniu o zamówieniu, to nie było usprawiedliwione przedstawianie dokumentów innych ( Reklasyfikacja) niż wymienionych w Ogłoszeniu.

Bowiem dokument Reklasyfikacji nie jest dokumentem Rachunku Zysków i Strat wymaganym przez Zamawiającego.

Bezspornym w sprawie jest, że dokument rachunku zysków i strat jest sporządzany i podpisywany przez zarząd spółki i podlega badaniu przez biegłego rewidenta, a dokument Reklasyfikacji jest dokumentem tworzonym na bazie sprawozdania finansowego spółki.

W ocenie Izby Zamawiający wyczerpał wszelkie możliwe próby wyjaśnienia czy może przyjąć bez zastrzeżeń dokument Reklasyfikacji, żądając między innymi wykazania podstawy prawnej uznania tegoż dokumentu w zamian dokumentu rachunku zysków i strat, ale Odwołujący tego wezwania Zamawiającego nie wykonał.

Dla rozstrzygnięcia tej spornej kwestii nie ma znaczenia, że GDDKiA w Warszawie dokument Reklasyfikacji przy takim samym warunku przyjęła, ponieważ Oddział w Krakowie postępowanie w ramach posiadanego pełnomocnictwa prowadzi samodzielnie.

Natomiast Izba po zapoznaniu się z dokumentacją przedstawioną przy odwołaniu, a dotyczącą postępowania prowadzonego przez GDDKiA Warszawa na trasie Stryków – Konotopa, nie znalazła podstaw do innej oceny postępowania Zamawiającego jak powyżej.

W związku z powyższym w ocenie Izby Zamawiający miał prawo zgodnie z warunkami Ogłoszenia o zamówieniu pkt III2.2. wezwać Odwołującego pismem z dnia 04.06.2009r. do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Ustawy PZP przez przedłożenie części sprawozdania to jest rachunku zysków i strat za ostatnie trzy lata obrotowe dla spółki Granit S.A. –Skopje wraz z tłumaczeniem na język polski.

Natomiast w ocenie Izby pismem z dnia za pośrednictwem faksu Odwołujący skutecznie, na podstawie wezwania w trybie art.26 ust. 3 ustawy PZP, przekazał rachunek zysków i strat za rok 2005,2006,2007 wraz z opinią biegłego rewidenta dotyczący projektów na terenie Macedonii oraz ich tłumaczeniem na język polski.

Natomiast Izba po zapoznaniu się z przedłożonymi dokumentami Reklasyfikacji i Rachunku Zysku i Strat Spółki Granit S.A. Skopje, Macedonia pomimo, że stwierdziła, iż zarówno opinie z badania sprawozdania sporządzane przez Macedońskie Centrum Audytorskie LTD -

Skopje i Reklasyfikację sporządzone przez Macedońskie Centrum Rewizyjne SOO –Skopje podpisywał ten sam Dyrektor/Kierownik Antonio Veljanov to fakt ten nie ma znaczenia przy badaniu wypełnienia warunku zdolności ekonomicznej, skoro pełnomocnik Zamawiającego na rozprawie oświadczył, że na użytek rozprawy zbadano rachunki zysków i strat i stwierdzono, że Odwołujący wypełnia wymóg średniorocznego dochodu na poziomie 200 mlnzł., ponieważ z rachunku zysków i strat wynika średnioroczny dochód na poziomie ok. 314 mln zł.

W związku z powyższym dokument Reklasyfikacji nie jest potrzebny do uznania zdolności ekonomicznej wymaganej przez Zamawiającego, która z kolei nie podlega ocenie służącej do wyłonienia maksymalnej ilości Wykonawców dopuszczonych do udziału w postępowaniu.

Reasumując powyższe wywody Izba uwzględni odwołanie.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust.6 i 7 ustawy.

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 Krakowie**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....

---

\* *niepotrzebne skreślić*