

Sygn. akt: KIO 3339/21  
KIO 3341/21

## WYROK

z dnia 3 grudnia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 listopada 2021 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 15 listopada 2021 r. przez wykonawcę ZBD Group sp. z o.o. z siedzibą w Nowym Sączu w sprawie o sygn. akt KIO 3339/21,

B. w dniu 15 listopada 2021 r. przez wykonawcę ZBD Group sp. z o.o. z siedzibą w Nowym Sączu w sprawie o sygn. akt KIO 3341/21,

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Miasto Nowy Sącz — Miejski Zarząd Dróg w Nowym Sączu,

orzeka:

1. oddala oba odwołania,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: ZBD Group sp. z o.o. z siedzibą w Nowym Sączu w sprawach o sygn. akt KIO 3339/21, KIO 3341/21 i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: ZBD Group sp. z o.o. z siedzibą w Nowym Sączu w sprawach o sygn. akt KIO 3339/21, 3341/21 - tytułem wpisów od odwołań;

2.2. zasądza od wykonawcy ZBD Group sp. z o.o. z siedzibą w Nowym Sączu w sprawach o sygn. akt KIO 3339/21, KIO 3341/21 na rzecz Miasta Nowy Sącz — Miejski Zarząd Dróg w Nowym Sączu kwotę 7 200 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy dwieście złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust.1 i 580 ust.1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący.....

Sygn. akt: KIO 3339/21  
KIO 3341/21

Zamawiający Miasto Nowy Sącz — Miejski Zarząd Dróg w Nowym Sączu wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Odbudowa ulicy Grabowej wraz ze skrzyżowaniem z ul. Barską w Nowym Sączu”( sprawa KIO 3339/21) oraz pod nazwą „Remonty bieżące ulic i chodników o nawierzchni bitumicznej w granicach administracyjnych Miasta Nowego Sącza od dnia podpisania umowy do dnia 31.12.2024r.” ( sprawa KIO 3341/21).

Ogłoszenia o przedmiotowych zamówieniach opublikowano w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 2021/BZP 00245062/01 z dnia 26 października 2021 r. ( sprawa KIO 3339/21) i z dnia 18 października 2021 r. pod nr 2021/BZP 00233422/01( sprawa KIO 3341/21).

W dniu 10 listopada 2021 r. Zamawiający poinformował Odwołującego: ZBD Group sp. z o.o. z siedzibą w Nowym Sączu o odrzuceniu jego ofert w powyższych dwóch zadaniach.

Nie zgadzając się powyższymi rozstrzygnięciami tych dwóch postępowań o udzielenie zamówienia publicznego Odwołujący w dniu 15 listopada 2021 r. wniósł dwa odrębne odwołania do każdej z powyższych spraw do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od:

(1) podjętej przez Zamawiającego w ramach postępowania czynności w postaci odrzucenia oferty ZBD;

(2) podjętej przez Zamawiającego w ramach postępowania czynności w postaci unieważnienia postępowania;

(3) zaniechania przez Zamawiającego czynności w postaci wyboru oferty ZBD jako najkorzystniejszej.

W związku ze wskazanymi wyżej czynnościami Odwołujący zarzucił Zamawiającemu w każdym z odwołań naruszenie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129), zwanej dalej ustawą Pzp, a to:

(a) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. „a” ustawy Pzp — poprzez odrzucenie oferty ZBD mimo, że nie jest ona wykonawcą podlegającym "kluczeniu z Postępowania;

(b) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. „a” ustawy Pzp — poprzez odrzucenie oferty ZBD mimo, że nie jest ona nieważna na podstawie żadnych odrębnych przepisów;

(c) art. 109 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp — poprzez wykluczenie ZBD, jako wykonawcy, mimo, że jej działalność gospodarcza nie była zawieszona;

(d) art. 24 ust. 3 ustawy z dnia 6 marca 2018 r. Prawo przedsiębiorców — poprzez brak uwzględnienia faktu, iż w związku ze zgłoszeniem przez ZBD dnia 29.10.2021 r. wniosku o wznowienie wykonywania działalności gospodarczej, w którym jako dzień wznowienia działalności gospodarczej wskazano datę 29.10.2021 r., począwszy od tego dnia działalność gospodarcza ZBD nie była zawieszona.

Wobec powyższego Odwołujący wnosił o:

(1) uwzględnienie niniejszego odwołania;

(2) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty ZBD;

(3) nakazanie Zamawiającemu przywrócenia ZBD do udziału w postępowaniu;

(4) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na unieważnieniu postępowania;

(5) nakazanie Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty ZBD;

(6) zasądzenie na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa prawnego według norm przepisanych — na wypadek ustanowienia w sprawie pełnomocnika będącego adwokatem albo radcą prawnym.

W celu wyjaśnienia wadliwości sposobu działania Zamawiającego Odwołujący zwrócił uwagę, że stan zawieszenia wykonywania działalności gospodarczej ma — w płaszczyźnie czasowej normatywnie określone granice, bowiem stosownie do dyspozycji art. 24 ust. 3 powyższego Prawa Przedsiębiorców: „W przypadku przedsiębiorcy wpisanego do rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego okres zawieszenia wykonywania działalności gospodarczej rozpoczyna się od dnia wskazanego we wniosku o wpis informacji o zawieszeniu wykonywania działalności gospodarczej, nie wcześniej niż w dniu złożenia wniosku, i trwa do dnia wskazanego we wniosku o wpis informacji o wznowieniu wykonywania działalności gospodarczej, który nie może być wcześniejszy niż dzień złożenia wniosku”.

Jednocześnie, wskazał, że z kolei zgodnie z art. 19 ust. 2 ustawy z dnia 20 sierpnia 1997 r. o Krajowym Rejestrze Sądowym: „Wnioski dotyczące podmiotu podlegającego wpisowi do rejestru przedsiębiorców składa się wyłącznie za pośrednictwem systemu teleinformatycznego”.

W rezultacie, zdaniem Odwołującego - dniem, w którym dochodzi do zakończenia stanu zawieszenia wykonywania działalności gospodarczej jest dzień wskazany w sformułowanym przez danego przedsiębiorcę wniosku o wpis informacji o wznowieniu wykonywania działalności gospodarczej do rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego z tym, że wskazana w tym wniosku data wznowienia wykonywania działalności gospodarczej nie może przypadać wcześniej niż w dniu złożenia takiego wniosku.

Dodatkowo, zauważył, że z załączonego do niniejszego odwołania wydruku wynika potwierdzenie złożenia za pomocą systemu teleinformatycznego wniosku o wpis informacji o wznowieniu wykonywania działalności gospodarczej przez ZBD, wniosek ten zostało złożony w dniu 29.10.2021 r. i wskazywał jako dzień podjęcia tej działalności datę: 29.10.2021 r., a co za tym idzie, ze względu na wyraźne i jednoznaczne brzmienie art. 24 ust. 3 in fine Prawa Przedsiębiorców, wobec faktu złożenia przez ZBD w dniu 29.10.2021 r. wniosku o wpis do rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego informacji o wznowieniu wykonywania działalności gospodarczej, ze wskazaniem, iż wznowienie to następować będzie począwszy od dnia złożenia wniosku (29.10.2021 r.), właśnie od tego dnia działalność gospodarcza ZBD nie jest już więcej zawieszona, co przesądza o wadliwości działania Zamawiającego.

Pismami z dnia 29 listopada 2021 r. Zamawiający udzielił dwóch odpowiedzi na powyższego odwołania wnosząc o ich oddalenie w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść akt sprawy odwoławczej, w tym treść Specyfikacji Warunków Zamówienia, zwanej dalej SWZ, ofert Odwołującego, pism Zamawiającego z dnia 10 listopada 2021 r. o odrzuceniu ofert Odwołującego, odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie z dnia 29 listopada 2021 r., jak również na podstawie złożonych wyjaśnień i dowodów Izba postanowiła oba odwołania oddalić.

Odwołania nie zawierały braków formalnych, wpisy zostały przez Odwołującego

uiszczone, zatem odwołania podlegały rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do ich odrzucenia.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba nie doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. „a” oraz art. 109 ust. 1 pkt 4 ustawą Pzp.

Rozpoznając meritum przedmiotowej sprawy należy wskazać, że podstawowym, istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia była kwestia oceny czy Zamawiający miał dostateczną podstawę prawną do wykluczenia Odwołującego z powyższych przetargów ze skutkiem odrzucenia jego ofert z tego powodu, że w stosunku do niego działalność gospodarcza jest zawieszona.

Zebrany w sprawie materiał dowodowy doprowadził Izbę do przekonania, że nie potwierdził się zarzut bezprawnego wykluczenia Odwołującego z przedmiotowych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że Zamawiający dokonał oceny ofert Odwołującego i pismami z dnia 10 listopada 2021 r. poinformował go, iż przedmiotowe oferty zostają odrzucone na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a oraz na podst. art. 226 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 11 września 2019r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2019r. poz.2019 z późn. zm.).

Zamawiający w powyższych pismach wskazał, że zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 4 przedmiotowej ustawy Zamawiający odrzuca ofertę jeśli jest ona niezgodna z treścią przepisów odrębnych, zaś zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a Zamawiający odrzuca ofertę jeśli została złożona przez Wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania.

Dodatkowo, Zamawiający motywował, że stosownie do art. 22-26 ustawy z dnia 6 marca 2018r. Prawo Przedsiębiorców przedsiębiorca może zawiesić wykonywanie działalności gospodarczej na warunkach określonych w ustawie, a zgodnie z art. 25 ust. 1 przedmiotowej ustawy w okresie zawieszenia wykonywania działalności gospodarczej przedsiębiorca m.in. nie może wykonywać działalności gospodarczej i osiągać bieżących przychodów z pozarolniczej działalności gospodarczej.

Dalej, Zamawiający uzasadnił, że oznacza to iż, Wykonawca, działający jako spółka prawa handlowego, który zawiesił wykonywanie działalności gospodarczej m.in nie może zaciągnąć zobowiązania jakim jest złożenie oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Zamawiający powołał się na podstawę prawną z art. 109 ust. 1 pkt 4 ustawy PZP, zgodnie z którym to przepisem Wykonawca podlega wykluczeniu jeśli w stosunku do niego otwarto likwidację, ogłoszono upadłość, którego aktywami zarządza likwidator lub sąd, zawarł układ z wierzycielami, którego działalność gospodarcza jest zawieszona albo znajduje się on w innej tego rodzaju sytuacji wynikającej z podobnej procedury przewidzianej w przepisach miejsca wszczęcia tej procedury, ponieważ na dzień składania oferty nie był podmiotem zdolnym do występowania w obrocie gospodarczym.

Według Zamawiającego - podstawa wykluczenia zawarta w art. 109 ust. 1 pkt. 4 ustawy PZP stanowi przesłankę do wykluczenia w niniejszym postępowaniu zgodnie z rozdziałem VI ust. 1 pkt 4 SWZ.

Zamawiający podniósł, że na dzień złożenia ofert w przedmiotowych postępowaniach tj. dnia 10.11.2021r. dla toczących się postępowań — informacja o zawieszeniu działalności gospodarczej z wyciągu z Krajowego Rejestru Sądowego, była od dnia 01.05.2021r. Wskazał przy tym, że wykonawca zawiesił działalność gospodarczą i stan ten trwał na dzień składania ofert, a stosownie do art. 17 ustawy z dnia 20 sierpnia 1997r. o Krajowym

Rejestrze Sądowym domniemywa się że dane wpisane do KRS są prawdziwe.

Izba ustaliła, że do chwili zamknięcia rozprawy Odwołujący nie przedstawił dowodu na okoliczność dokonania wpisu o wznowieniu działalności przez właściwy sąd rejestrowy Odwołującego.

Przechodząc do rozpoznania przedmiotowej sprawy, Izba podzieliła zapatrywanie Zamawiającego, w granicach wynikających z przytoczonego na wstępie uzasadnienia z dnia 10 listopada 2021 r.

Przede wszystkim wymaga zauważenia, że w dacie rozstrzygnięcia o uprawnieniach procesowych Odwołującego w ramach prowadzonego postępowania przetargowego Zamawiający nie miał wiedzy o tym, że wykonawca w dniu 29 października 2021 r. podjął uchwałę o wznowieniu działalności gospodarczej i złożył stosowny wniosek do właściwego sądu rejestrowego Odwołującego.

Nadto, co jest oczywiste Zamawiający oparł się o załączony przez Odwołującego do oferty wyciąg z Krajowego Rejestru Sądowego według stanu na dzień 9 listopada br. (data składania i otwarcia ofert to 10 listopada 2021 r.), gdzie w Dziale 6 w Rubryce 8 jako datę zawieszenia działalności gospodarczej wpisano 1 maja 2021 r., a także jest tam wykreślenie daty wznowienia działalności (patrz strona 17 oferty Odwołującego).

Już chociażby z tego powodu należało uznać zarzuty odwołania za chybione, bowiem nie można przypisać Zamawiającemu działania sprzecznego z prawem, skoro złożone przez Odwołującego oferty nie potwierdzały jego uprawnień do prowadzenia działalności gospodarczej.

Należy wskazać, że odpowiedni wpis w KRS jest wyrazem zagwarantowania przez ustawodawcę uczestnikom obrotu gospodarczego jego pewności i bezpieczeństwa prawnego, w tym w ramach systemu zamówień publicznych.

W związku z powyższym Zamawiający mógł przy rozstrzygnięciu o uprawnieniach Odwołującego skorzystać z domniemania prawdziwości wpisu w Krajowym Rejestrze Sądowym.

W myśl przepisu art.17 ust.1 ustawy z dnia 20 sierpnia 1997 r. o Krajowym Rejestrze Sądowym domniemywa się, że dane wpisane do Rejestru są prawdziwe.

Odwołujący w dacie rozstrzygnięcia przez Zamawiającego o jego uprawnieniach nie obalił powyższego domniemania prawnego.

Niezależnie od powyższego, należy podnieść, że Zamawiający w treści pkt VI.1.4 Specyfikacji Warunków Zamówienia, zwanej dalej SWZ poinformował wykonawców o treści art. 109 ust.1 ustawy Pzp, który stanowi, że z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę w stosunku do którego otwarto likwidację, ogłoszono upadłość, którego aktywami zarządza likwidator lub sąd, zawarł układ z wierzycielami, którego działalność gospodarcza jest zawieszona albo znajduje się on w innej tego rodzaju sytuacji wynikającej z podobnej procedury przewidzianej w przepisach miejsca wszczęcia tej procedury.

Powyższa informacja powinna doprowadzić Odwołującego do przeanalizowania swojej sytuacji prawnej przed złożeniem ofert.

Dokonując analizy prawnej rozpoznawanego przypadku, Izba wzięła pod uwagę okoliczność, że Odwołujący był zobowiązany do podjęcia działań wnioskowych wynikających

z art.24 ust.1 ustawy Prawo Przedsiębiorców z dnia 6 marca 2018 r., zgodnie z którym zawieszenie wykonywania działalności gospodarczej oraz wznowienie wykonywania działalności gospodarczej następują na wniosek przedsiębiorcy, chyba że przepis odrębny stanowi inaczej.

Z powyższego przepisu wynika zatem w sposób jednoznaczny, że wznowienie wykonywania działalności gospodarczej nie następuje z mocy prawa, lecz wymaga potwierdzenia przez właściwy organ lub sąd.

Wobec tego irrelevantny z punktu widzenia oceny Zamawiającego jest przepis art.24 ust.3 powołanej wyżej ustawy Prawo Przedsiębiorców, zgodnie z którym w przypadku przedsiębiorcy wpisanego do rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego okres zawieszenia wykonywania działalności gospodarczej rozpoczyna się od dnia wskazanego we wniosku o wpis informacji o zawieszeniu wykonywania działalności gospodarczej, nie wcześniej niż w dniu złożenia wniosku, i trwa do dnia wskazanego we wniosku o wpis informacji o wznowieniu wykonywania działalności gospodarczej, który nie może być wcześniejszy niż dzień złożenia wniosku.

Powyższy przepis jest adresowany przede wszystkim do właściwego Sądu rejestrowego, a nie do Zamawiającego, który nie może prowadzić oceny uprawnień Odwołującego, która jest zastrzeżona dla tego Sądu.

Jednocześnie art.20 ust.1 ustawy z dnia 20 sierpnia 1997 r. o Krajowym Rejestrze Sądowym przewiduje, że wpis do Rejestru polega na wprowadzeniu do systemu teleinformatycznego danych zawartych w postanowieniu sądu rejestrowego niezwłocznie po jego wydaniu.

Nadto, należy wskazać, że przepis art.20a ust.1 cyt. wyżej ustawy określił termin instrukcyjny dla sądu postanawiając, że wniosek o wpis sąd rejestrowy rozpoznaje nie później niż w terminie 7 dni od daty jego wpływu do sądu.

Biorąc pod uwagę okoliczność, że procedura o udzielenie zamówienia publicznego ma charakter ściśle sformalizowany Odwołujący jako profesjonalny wykonawca realizujący roboty budowlane w reżimie prawa zamówień publicznych, powinien okoliczności te uwzględnić przy planowaniu swojego udziału w procedurze o udzielenie zamówienia publicznego.

Zamawiający zatem w granicach treści SWZ i obowiązującego prawa był zobowiązany respektować, także przepis art.25 ust. 1 ustawy Prawo Przedsiębiorców, zgodnie z którym w okresie zawieszenia wykonywania działalności gospodarczej przedsiębiorca nie może wykonywać działalności gospodarczej i osiągać bieżących przychodów z pozarolniczej działalności gospodarczej.

Trudno przyjąć - w ocenie Izby - za prawnie dopuszczalne uznanie podmiotu za legitymowany do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, który to podmiot nie ma stosownego wpisu o wznowieniu działalności potwierdzającego wznowienie działalności Odwołującego, skoro postępowanie wpisowe w trybie przepisów o KRS nie zostało jeszcze zakończone, a Odwołujący może potencjalnie w każdej chwili cofnąć wniosek o wznowienie działalności.

Z powyższych względów - Izba doszła do przekonania, że Zamawiający miał dostateczną podstawę prawną do odrzucenia dwóch ofert Odwołującego na zasadzie art.226 ust.1 pkt 2 lit. a ustawy Pzp, stosownie do którego to przepisu Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 553 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 wraz z późn. zm.), zwanej dalej

ustawą Pzp postanowiła oddalić oba odwołania.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i art.576 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania

Przewodniczący:.....