Sygn. akt: KIO 1627/16

WYROK
z dnia 16 września 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Kisiel

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 września 2016 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 września 2016 r. przez wykonawcę **K. Budownictwo Sp. z o.o. z siedzibą w** Żninie **przy ul. Dworcowej 12** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Trzemeszno z siedzibą w Trzemesznie przy ul. Gen. Henryka Dąbrowskiego 2**

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **K. Budownictwo Sp. z o.o. z siedzibą w** Żninie **przy ul. Dworcowej 12** i:
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **K. Budownictwo Sp. z o.o. z siedzibą w** Żninie **przy ul. Dworcowej 12,** tytułem wpisu od odwołania,
   2.2. zasądza od wykonawcy **K. Budownictwo Sp. z o.o. z siedzibą w** Żninie **przy ul. Dworcowej 12** na rzecz **Gminy Trzemeszno z siedzibą w Trzemesznie przy ul. Gen. Henryka Dąbrowskiego 2** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia

jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Poznaniu.

Przewodniczący: ……

Sygn. akt: KIO 1627/16

Uzasadnienie

Gmina Trzemeszno z siedzibą w Trzemesznie przy ul. Gen. Henryka Dąbrowskiego 2 (dalej: „Zamawiający") - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (j. t. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164) – zwanej dalej: "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Przebudowa nawierzchni dróg powiatowych i gminnych w powiecie żnińskim i gnieźnieńskim".

Szacunkowa wartość zamówienia jest niższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W dniu 29 sierpnia 2016 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców - w tym wykonawcę K. Budownictwo Sp. z o.o. z siedzibą w Żninie przy ul. Dworcowej 12 (dalej: „Odwołujący") - o wyniku postępowania, polegającego na wyborze najkorzystniejszej oferty. Tym samym pismem Zamawiający zawiadomił o wykluczeniu Odwołującego z prowadzonego postępowania i odrzuceniu jego oferty.

W dniu 2 września 2016 r. Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie w którym zarzucał Zamawiającemu naruszenie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, przez jego wadliwe zastosowanie, a w konsekwencji naruszenie art. 91 ust. 1 Pzp, przez wadliwą ocenę najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący wnosił o:

- uchylenie zaskarżonego rozstrzygnięcia,
- nakazanie unieważnienia czynności Zamawiającego w przedmiocie wykluczenia Odwołującego z postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą,
- nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności oceny i wyboru najkorzystniejszej oferty z udziałem oferty Odwołującego,
- orzeczenie o kosztach postępowania, w tym przyznanie Odwołującemu od Zamawiającego zwrotu uiszczonego wpisu w wysokości 10.000,00 zł, zwrotu udokumentowanych kosztów stawiennictwa na rozprawę.

W uzasadnieniu odwołania wyjaśniał, że w dniu 12 sierpnia 2016 roku, w związku z czynnością badania i oceny ofert, Odwołujący został wezwany do uzupełnienia dokumentów m. in. aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert. Odwołujący twierdził, że złożył wymagany dokument we właściwym terminie.

Następnie w dniu 29 sierpnia 2016 roku, Zamawiający doręczył do siedziby spółki zawiadomienie o wyniku postępowania. W tym samym piśmie Zamawiający poinformował, że Odwołujący został wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, gdyż, zdaniem Zamawiającego, spółka nie wykazała spełniania warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający w uzasadnieniu swojej decyzji wskazał, iż wykonawca złożył brakujące dokumenty, jednakże nie potwierdził spełniania warunków udziału w postępowaniu, związanego ze złożeniem zaświadczenia Krajowego Rejestru Karnego aktualnego na dzień złożenia ofert tj. na dzień 9 sierpnia 2016 roku, z uwagi na fakt, iż złożony dokument potwierdza stan prawny na dzień 19 sierpnia 2016 roku.

Zdaniem Zamawiającego przedłożony dokument, potwierdzający stan prawny na dzień 19 sierpnia 2016 roku, nie posiada umocowania na dzień składania ofert tj. na dzień 9 sierpnia 2016 roku, bowiem uzupełnione, na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, dokumenty lub oświadczenia mogą być wystawione po upływie terminu składania ofert, ale ich treść powinna potwierdzać spełnienie warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę na konkretny dzień składania ofert.

Odwołujący podnosił, że takie stanowisko Zamawiającego jest chybione, a decyzja w przedmiocie wykluczenia i uznania oferty Odwołującego za odrzuconą nie zasługuje na aprobatę.

Jego zdaniem w należyty sposób uzupełnione zostały braki wynikające z wezwania. W przepisanym terminie, doręczony został do siedziby Zamawiającego żądany dokument tj. aktualna informacja z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy.

Datą, którą opatrzono przedłożony dokument, jest data jego sporządzenia, a więc dzień 19 sierpnia 2016 roku. Mylne jest wobec tego wywodzenie Zamawiającego, iż na dzień 9 sierpnia 2016 roku, w którym to upływał termin składania ofert, wykonawca nie spełniał warunku udziału w postępowaniu, gdyż informacja ta winna była być wystawiona nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert.

Zdaniem odwołującego podkreślić należy, iż daty sporządzenia dokumentu, nie można utożsamiać z datą posiadanych uprawnień warunkujących skuteczność udziału w postępowaniu. Przyjąć wobec tego należy, iż data 19 sierpnia 2016 roku, stanowi datę złożenia zaświadczenia. Pod tą bowiem datą, sporządzono przedmiotowe zaświadczenie i nie jest uprawnionym twierdzenie Zamawiającego, iż Odwołujący, nie spełniał warunków

udziału w przedmiotowym postępowaniu pod datą 9 sierpnia 2016 roku. Skoro bowiem Zamawiający zakreślił termin do uzupełnienia braków - do dnia 22 sierpnia 2016 roku, toteż do tej daty, spółka, jako wykonawca uprawniona była do przedłożenia i doręczenia

Zamawiającemu stosownych dokumentów, co, jak wynika z załączonej dokumentacji, uczyniła.

Nie budzi wątpliwości, iż Zamawiający, w trybie art. 26 ust 3 Pzp, ma obowiązek wezwać wykonawcę do złożenia brakujących oświadczeń i dokumentów, co też Zamawiający uczynił. Błędnie natomiast ocenił, iż poprzez opatrzenie dokumentacji datą z dnia jej sporządzenia, skarżąca spółka nie spełniła warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu, pod datą 9 sierpnia 2016 roku.

W ocenie Odwołującego skoro przedłożony dokument jednoznacznie potwierdza, iż podmiot, na dzień 19 sierpnia 2016 roku nie figuruje w Krajowym Rejestrze Karnym, to stanowi, iż na dzień 9 sierpnia 2016 roku, również tam nie figurował. Twierdzenie to wynika z faktu, iż najkrótszy okres, po upływie którego może nastąpić zatarcie skazania, to 3 lata. Skoro zatem, skarżąca spółka istnieje od 2 lat, to nawet przyjęcie, że okres do którego miały zostać złożone oferty, przypadałby na okres zatarcia skazania, to ewentualność figurowania spółki w Krajowym Rejestrze Karnym nie można uznać za możliwe.

Analogicznie, rozpatrując kwestię ewentualności figurowania danego podmiotu w Krajowym Rejestrze Karnym, wskazać należy, iż Zamawiający żądał aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert, to podmiot składający takie oświadczenie, miał prawo złożyć dokument opatrzony datą 6 miesięcy wcześniejszą. W tenże sposób, Zamawiający dopuścił ryzyko, że w okresie pomiędzy datą wydania zaświadczenia, tj. 6 miesięcy przed datą składania ofert, a właśnie terminem składania ofert, takie wpisanie mogło nastąpić, co w konsekwencji nie mogłoby stanowić przeszkody do udziału w postępowaniu przetargowym, gdyż samo oświadczenie potwierdzało stan prawny w zakreślonym czasie.

W tym stanie rzeczy, w ocenie Odwołującego, skoro dokumenty złożone w niniejszym postępowaniu, uzupełnione na wezwanie Zamawiającego, potwierdzały w sposób jednoznaczny fakt spełnienia przez skarżącą spółkę, warunków udziału w postępowaniu na dzień składania ofert, brak jest podstaw do twierdzenia, iż z tego względu, ofertę Odwołującego uznać należało za odrzuconą a oferenta wykluczyć z postępowania.

W dniu 12 września 2016 r. do Izby w formie pisemnej wpłynęła odpowiedź na odwołanie, w której Zamawiający wnosił o oddalenie odwołania w całości jako niezasadnego.

Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez Zamawiającego, odpowiedź na odwołanie oraz stanowiska i oświadczenia złożone na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła co następuje.

Stan faktyczny sprawy został wyczerpująco i zgodnie z rzeczywistością przytoczony w treści odwołania (zreferowanej powyżej) i jest właściwie pomiędzy stronami bezsporny. Strony różnią się jedynie w jego interpretacji oraz co do wniosków wyciąganych z zastanych okoliczności faktycznych, szczególnie ich ocenie prawnej.

Na wstępie Izba stwierdza, że nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy, jak również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 179 ust. 1 Pzp.

Odwołanie podlega oddaleniu.

Przepis art. 24 ust. 1 pkt 9 Pzp przewiduje obligatoryjne wykluczenie z udziału w postępowaniu podmioty zbiorowe wobec których sąd orzekł zakaz ubiegania się o zamówienie na podstawie przepisów o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary.

Zgodnie z dyspozycją § 3 ust.1 pkt 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od

wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226 poz. 1817) celem potwierdzenia braku istnienia podstaw wykluczenia w zakresie określonym w art. 24 ust.1 pkt 9 Pzp Zamawiający żąda złożenia przez wykonawców aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków albo ofert.

Niespornym między stronami jest, że na dzień składania ofert tj. na dzień 9 sierpnia 2016 roku Odwołujący nie złożył w raz z ofertą informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie wykazania braku podstaw do wykluczenia, opisanych w art. 24 ust. 1 pkt 9 Pzp.

6

Wobec tego w dniu 12 sierpnia 2016 r. Zamawiający na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp wezwał Odwołującego do złożenia aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt. 9 Pzp, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert.

Na wezwanie Zamawiającego, Odwołujący przedłożył informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt. 9 Pzp, która zawierała adnotację „Nie figuruje w kartotece pomiotów zbiorowych Krajowego Rejestru Karnego dnia 19.08.2016".

Istota sporu między stronami sprowadza się do odpowiedzi na pytanie, czy złożona w wyniku wezwania do uzupełnienia dokumentów, na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, informacja z Krajowego Rejestru Karnego, wystawiona z datą 19 sierpnia 2016 roku tj. po upływie terminu składania ofert, spełnia wymagania określone w przepisach Pzp ? W ocenie Izby na tak zadane pytanie należy udzielić odpowiedzi przeczącej.

Przede wszystkim wskazać należy na treść art. 26 ust. 2a Pzp, z którego wynika obowiązek wykazania przez wykonawcę spełniania warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 i braku podstaw do wykluczenia z powodu niespełniania warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp, nie później niż na dzień składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

W tym stanie rzeczy podkreślenia wymaga ugruntowany, zarówno w orzecznictwie jak i doktrynie pogląd, że tryb przewidziany w art. 26 ust. 3 Pzp, dopuszczający możliwość uzupełniania przez wykonawców brakujących, nie złożonych w ofercie dokumentów i oświadczeń jest wyjątkiem od zasady, wynikającej z art. 44 ust. 1 ustawy Pzp składania dokumentów i oświadczeń wraz z ofertą i jako wyjątek od zasady należy go stosować ściśle, nie dopuszczając interpretacji rozszerzającej. Ustawodawca przewidział zatem, iż w sytuacji dokumentów lub oświadczeń złożonych w wyniku wezwania do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, dokumenty te (jak również oświadczenia) mają potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez Zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert.

7

Mając na uwadze powyższe, aktualna informacja z KRK, spełniająca wymagania określone w przepisach ustawy, ma być wystawiona nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków albo ofert i jednocześnie ma potwierdzać brak podstaw wykluczenia nie później niż na dzień składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Z powołanych przepisów wynika także, iż dla oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu istotne znaczenie dla Zamawiającego ma termin składania ofert a nie termin, w jakim oferta była przygotowana.

W rozpatrywanym stanie faktycznym przedłożona, w wyniku wezwania do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń, informacja z Krajowego Rejestru Karnego, wystawiona została dnia 19 sierpnia 2016 roku. Wobec tego nie potwierdza braku istnienia podstaw wykluczenia w stosunku do pomiotu zbiorowego, nie później niż na dzień składania

ofert, który upłynął dnia 9 sierpnia 2016 roku.

Izba wyjaśnia, że zgodnie z zasadami udzielania informacji z rejestru o osobie lub podmiocie, określonymi w przepisach rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 7 listopada 2003 r. w sprawie udzielania informacji o osobach oraz o podmiotach zbiorowych na podstawie danych zgromadzonych w Krajowym Rejestrze Karnym (Dz. U. nr 198, poz. 1930 ze zm.), informacja ta potwierdza wskazane w niej okoliczności na dzień wystawienia dokumentu. W oparciu o przywołane przepisy o Krajowym Rejestrze Karnym nie ma możliwości wydania informacji z tego rejestru w odniesieniu do konkretnego okresu czasu lub na konkretnie wskazany dzień, inny niż dzień wydania informacji.

Izba w pełni podziela stanowisko prezentowane przez Zamawiającego. Ponadto zwraca uwagę, że Odwołujący miał możliwość uzyskania stosownej informacji z Krajowego Rejestru Karnego wystawionej przed upływem terminu składania ofert i potwierdzającej brak podstaw wykluczenia w zakresie określonym w art. 24 ust.1 pkt 9 Pzp nie później niż na dzień składania ofert. Odwołujący mógł, mając na uwadze zamiar złożenia oferty i udziału w postępowaniu o przedmiotowe zamówienie publiczne, uzyskać informację z Krajowego Rejestru przed dniem 9 sierpnia 2016 r.

Izba podziela pogląd wyrażony w wyroku Izby z dnia 3 stycznia 2013 r. o sygn. akt. KIO 2693/12 w którym Izba stwierdziła, że *„postępowanie o zamówienie publiczne ma charakter pisemny i wysoce formalistyczny, dlatego wykonawcy biorący w nim udział winni dołożyć należytej staranności w rzetelnym przygotowaniu ofert i spełnieniu wszelkich wymagań, w taki sposób aby nie narazić się na konsekwencje w postaci wykluczenia czy*

---

odrzucenia ich oferty”.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba nie dopatrzyła się na ruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 24 ust. 2 pkt. 4 Pzp oraz art. 91 ust. 1 Pzp

Uwzględniając powyższe Izba, działając na podstawie art. 191 ust.1 ustawy Pzp, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 2 pkt 1, § 3 pkt 1 i 2 lit b) i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: ……