Sygn. akt: KIO 2693/12

WYROK
z dnia 3 stycznia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska-Romek

Protokolant: Jakub Banasiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **3 stycznia 2013 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 grudnia 2012 r. przez BKB PB Group Sp. z o.o., ul. Lipowa 15, 81-572 Gdynia w postępowaniu prowadzonym przez PKP S.A. Rejon Dworców Kolejowych w Gdańsku, ul. Podwale Grodzkie 2, 80- 895 Gdańsk.

orzeka:

1. oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża BKB PB Group Sp. z o.o., ul. Lipowa 15, 81-572 Gdynia, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10.000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez BKB PB Group Sp. z o.o., ul. Lipowa 15, 81-572 Gdynia, tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od BKB PB Group Sp. z o.o., ul. Lipowa 15, 81-572 Gdynia na rzecz PKP S.A. Rejon Dworców Kolejowych w Gdańsku, ul. Podwale Grodzkie 2, 80- 895 Gdańsk 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 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gdańsku.**

Przewodniczący: ……

Sygn. akt: KIO 2693/12

Uzasadnienie

Zamawiający - Polskie Koleje Państwowe S.A. - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest **wykonanie przebudowy dworca kolejowego Gdańsk - Główny - I etap Rozbiórka Antresol** i szybu windowego. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 22 listopada 2012 roku w Biuletynie Zamówień Publicznych pod poz. 46616.
W dniu 7 grudnia 2012 roku odwołujący - BKB PB Group sp. z o.o. wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od niezgodnej w przepisami ustawy Pzp czynności zamawiającego polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej, wykonawcach wykluczonych oraz terminie po upływie którego umowa w sprawie zamówienia może być zawarta z dnia 04.12.2012. zarzucił Zamawiającemu bezpodstawne Odwołujący wykluczenie odwołującego z udziału w postępowaniu i odrzucenie jego oferty oraz dokonanie wyboru innej oferty i wskazał, że postępowanie zamawiającego narusza art. 24 ust. 2 pkt. 4 raz art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o:
1. uchylenie czynności zamawiającego z dnia 04.12.2012 r. polegającej na wykluczeniu

oferty odwołującego i dokonanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej
2. dokonanie przez zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego

W uzasadnieniu wskazał, że zamawiający wezwał odwołującego do uzupełnienia braków formalnych oferty przez przedłożenie w terminie do 04.12.2012 do godz. 14.00 dokumentów zgodnie z wymaganiami art. 24 ust.1 pkt. 4-8 ustawy Pzp tj. informacji z Krajowego Rejestru Karnego wystawionych nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem składania ofert. Odwołujący podniósł, że wbrew ustaleniom zamawiającego spełnił wymagania bowiem w wyznaczonym przez zamawiającego terminie przedłożył wymagane dokumenty. Odwołujący wyjaśnił, że w trakcie trwającego postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia w organach odwołującego zaszła zmiana w Zarządzie Spółki polegająca na odwołaniu dotychczasowego składu Zarządu i powołaniu do Zarządu nowych jego członków tj. Pana T…….. J……. jako Prezesa Zarządu i Pana J……. E…….. jako Wiceprezesa Zarządu Spółki. Przedłożony przez odwołującego dokument z KRK dotyczący Pana T……. J…… opatrzony jest datą 03.12.2012. Zważywszy, że powyższe zmiany w składzie Zarządu nastąpiły w dniu 29.11.2012 Pan T……. J……., który na dzień składania oferty

nie był członkiem Zarządu, nie mógł przedstawić dokumentu z KRK opatrzonego datą wcześniejszą. Zdaniem odwołującego, zamawiającego dokonał nadinterpretacji w stosunku do warunków określonych w pt. 5 ppkt. c oferty bowiem oczekiwał przedłożenia aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym wart. 24 ust.1 pkt. 4-8 ustawy Pzp wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert. Rozszerzanie obecnie wymogu, aby informacja ta była wystawiona nie później niż dzień składania ofert jest obecnie wyjściem ponad wymogi SIWZ a w przypadku odwołującego jest to fizycznie niewykonalne bowiem Pan T…….. J…….. został powołany do składu Zarządu już po terminie składania ofert i nie sposób wymagać aby informacja z KRK posiadała datę wcześniejszą aniżeli termin złożenia oferty przez Odwołującego czyli 28.11.2012 r. Przepis mówiący, iż informacja z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust.1 pkt. 4-8 ustawy ma być wystawiona nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert mówi jedynie o terminie wcześniejszym a nie stawia wymogu co do terminu końcowego, w szczególności nie wskazuje aby był to dokument nie późniejszy niż termin składania oferty.

Na podstawie dokumentacji akt sprawy oraz biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron zgłoszone do protokołu rozprawy, Izba ustaliła, co następuje:

W rozdziale IX pkt 5 lit. c siwz, zamawiający postawił wymóg przedstawienia aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Sądowego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4- 8 ustawy Pzp, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert. Termin składania i otwarcia ofert zamawiający wyznaczył ostatecznie na dzień 30 listopada 2012 roku. W złożonej przez odwołującego ofercie nie załączono informacji z Krajowego Rejestru Sądowego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy Pzp. Pismem z dnia 1 grudnia 2012 roku zamawiający, działając w oparciu o dyspozycję przepisu art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp wezwał odwołującego do udzielenia wyjaśnień bądź uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu przez załączenie brakujących informacji z KRK w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy Pzp w stosunku do ujawnionych w złożonym w ofercie odpisie KRS członków zarządu tj. pana R…….. J…… - S…….. oraz pana P…… B…….. W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, w zakreślonym przez niego terminie do dnia 4 grudnia 2012 roku, odwołujący złożył informację z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4 – 8 ustawy Pzp w odniesieniu do T…….. J…… (data wystawienia dokumentu 3 grudnia 2012 rok), J…… E…… (data wystawienia dokumentu 29 listopada 2012 rok). Jednocześnie odwołujący załączył potwierdzone za zgodność z

oryginałem kserokopie: wyciągu z protokołu Nadzwyczajnego Zgromadzenia Wspólników

BKB PB Sp. z o.o. z dnia 29 listopada 2012 roku oraz protokołu z Nadzwyczajnego Zgromadzenia Wspólników z dnia 29 listopada 2012 roku, z których wynika, że zgromadzenie wspólników podjęło uchwały o odwołaniu dotychczas urzędujących członków zarządu: pana P…….. B……. oraz R……. J…… – S……. i powołano do pełnienia funkcji prezesa zarządu - pana T……. L…… J……, zaś do pełnienia funkcji wiceprezesa zarządu - pana J…… E……. Odwołujący załączył także kserokopię poświadczoną za zgodność z oryginałem wniosku sporządzonego dnia 29 listopada 2012 roku, złożonego do Krajowego Rejestru Sądowego o zmianę danych podmiotu w rejestrze przedsiębiorców.

Mając na uwadze powyższe, Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu.

Odwołujący jako podmiot, który został wykluczony z udziału w postępowaniu legitymuje się interesem, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, ponadto na skutek działań i zaniechań zamawiającego może doznać uszczerbku polegającego na braku możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego.

Przepis art. 24 ust. 1 pkt 4 - 8 ustawy Pzp przewiduje obligatoryjne wykluczenie z udziału w postępowaniu osób fizycznych, spółek jawnych, partnerskich, komandytowych, komandytowo - akcyjnych oraz osób prawnych, których urzędującego członka organu zarządzającego prawomocnie skazano za przestępstwo popełnione w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia, przestępstwo przeciwko prawom osób wykonujących pracę zarobkową, przestępstwo przeciwko środowisku, przestępstwo przekupstwa, przestępstwo przeciwko obrotowi gospodarczemu lub inne przestępstwo popełnione w celu osiągnięcia korzyści majątkowych, a także za przestępstwo skarbowe lub przestępstwo udziału w zorganizowanej grupie albo związku mających na celu popełnienie przestępstwa lub przestępstwa skarbowego. Zgodnie z dyspozycją § 2 ust.1 pkt 5 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 4 - 8 ustawy 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. Jednocześnie z przywołanego wyżej przepisu art. 24 ust. 1 pkt 4 – 8

ustawy Pzp wynika, że informacja z Krajowego Rejestru Sądowego ma dotyczyć urzędujących członków zarządu.

Niespornym między stronami jest, że na dzień składania ofert tj. na dzień 30 listopada 2012 roku urzędującymi członkami zarządu byli nowo powołani przez Zgromadzenie Wspólników dnia 29 listopada 2012 roku: L…… J…….. - prezes zarządu oraz J…… E……. - wiceprezes zarządu. Zatem informacja z Krajowego Rejestru Karnego winna dotyczyć tych właśnie osób. Istota sporu między stronami sprowadza się do odpowiedzi na pytanie czy złożona w wyniku wezwania do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp informacja z Krajowego Rejestru Sądowego dotycząca prezesa zarządu L……. J…….., wystawiona z datą 3 grudnia 2012 roku tj. po upływie terminu składania ofert, spełnia wymagania określone w przepisach ustawy Pzp.

Wskazać należy na treść art. 26 ust. 2 a ustawy 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. Podkreślenia wymaga także ugruntowany zarówno w orzecznictwie jak i doktrynie pogląd, że tryb przewidziany w art. 26 ust. 3 ustawy 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 zdanie drugie ustawy 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. Mając na uwadze powyższe, aktualna Informacja z KRK, spełniająca wymagania określone w przepisach ustawy Pzp, 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.

6

W rozpatrywanym stanie faktycznym przedłożona, w wyniku wezwania do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń, informacja z Krajowego Rejestru Sądowego dotycząca powołanego dnia 29 listopada 2012 roku do pełnienia funkcji prezesa zarządu - pana L…….. J……., wystawiona dnia 3 grudnia 2012 roku, nie potwierdza braku istnienia podstaw wykluczenia urzędującego członka zarządu nie później niż na dzień składania ofert, który upłynął dnia 30 listopada 2012 roku o godz. 15.00. 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 podzieliła także stanowisko zaprezentowane przez zamawiającego, iż 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 4 - 8 ustawy 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 Karnego dla nowo powołanego prezesa zarządu w dniu jego powołania to jest 29 listopada 2012 roku a także w dniu 30 listopada, gdyż termin składania ofert upływał dopiero o godz. 15.00.

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.

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

7

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. 1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 2 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: ……

8