

WYROK
z dnia 3 lipca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Luiza Łamejko**
Lubomira Matczuk – Mazuś
Aneta Młacka

Protokolant: **Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 lipca 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 czerwca 2012 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **BUDIMEX S.A., Keppel Seghers Belgium NV, Cespa Compania Española de Servicios Públicos Auxiliares S.A., 01-040 Warszawa, ul. Stawki 40** w postępowaniu prowadzonym przez **Krakowski Holding Komunalny S.A. w Krakowie, 30-347 Kraków, ul. Brożka 3**

przy udziale:

- A. wykonawcy **POSCO Engineering & Construction Co., Ltd., Yeonsu-gu, Incheon, Korea Południowa, Posco E&C Tower 1, Songdo-dong 36** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,
- B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **PBG S.A. w upadłości układowej, PBG ENERGIA Sp. z o.o., Constructions Industrielles de la Mediterranee S.A., Control Process S.A., 62-081 Przeźmierowo, Wysogotowo, ul. Skórzewska 35** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu **Krakowskiemu Holdingowi Komunalnemu S.A. w Krakowie** unieważnienie czynności wyboru oferty i badania i oceny ofert najkorzystniejszej powtórne dokonanie czynności w postępowaniu z uwzględnieniem okoliczności ogłoszenia w dniu 13 czerwca 2012 r.

1

upadłości **PBG S.A.** oraz nakazuje wykluczenie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **PBG S.A. w upadłości układowej, PBG ENERGIA Sp. z o.o., Constructions Industrielles de la Mediterranee S.A., Control Process S.A.** z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **PBG S.A. w upadłości układowej, PBG ENERGIA Sp. z o.o., Constructions Industrielles de la Mediterranee S.A., Control Process S.A., 62-081 Przeźmierowo, Wysogotowo, ul. Skórzewska 35** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **BUDIMEX S.A., Keppel Seghers Belgium NV, Cespa Compania Española de Servicios Públicos Auxiliares S.A., 01-040 Warszawa, ul. Stawki 40** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **PBG S.A. w upadłości układowej, PBG ENERGIA Sp. z o.o., Constructions Industrielles de la Mediterranee S.A., Control Process S.A., 62-081 Przeźmierowo, Wysogotowo, ul. Skórzewska 35** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **BUDIMEX S.A., Keppel Seghers Belgium NV, Cespa Compania Española de Servicios Públicos Auxiliares S.A., 01-040 Warszawa, ul. Stawki 40** kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania,

2.3. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **PBG S.A. w upadłości układowej, PBG ENERGIA Sp. z o.o., Constructions Industrielles de la Mediterranee S.A., Control Process S.A., 62-081 Przeźmierowo, Wysogotowo, ul. Skórzewska 35** na rzecz **Krakowskiego Holdingu Komunalnego S.A. w Krakowie, 30-347 Kraków, ul. Brożka 3** kwotę **4 631 zł 19 gr** (słownie: cztery tysiące sześćset trzydzieści jeden złotych dziewiętnaście groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na posiedzenie Izby.

2

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 Krakowie.

Przewodniczący:

.....

.....

3

Sygn. akt: KIO 1275/12

Uzasadnienie

Krakowski Holding Komunalny S.A. w Krakowie (dalej: „zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu ograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Kontrakt Nr 1 Budowa Zakładu Termicznego Przekształcania Odpadów”.

W postępowaniu tym wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: BUDIMEX S.A., Keppel Seghers Belgium NV, Cespa Compania Española de Servicios Públicos Auxiliares S.A. (dalej: „odwołujący”) w dniu 18 czerwca 2012 r. złożyli do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec zaniechania przez zamawiającego dokonania czynności, które to czynności zamawiający obowiązany był wykonać na podstawie ustawy – Prawo zamówień publicznych (dalej: „ustawa Pzp”) tj.:

- zaniechania wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie S.A., ENERGIA Sp. z o.o., Constructions Industrielles zamówienia: PBG PBG de la Mediterranee S.A., Control Process S.A. (dalej: „Konsorcjum PBG”),
- zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum PBG,
- zaniechania wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez odwołującego.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum PBG z postępowania, pomimo, że zaistniały przesłanki do wykluczenia Konsorcjum PBG polegające na ogłoszeniu upadłości przez jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie przedmiotowego zamówienia w ramach Konsorcjum PBG, tj. PBG S.A.,
- art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum PBG, pomimo, że została ona wniesiona przez wykonawcę wykluczonego z postępowania,
- art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp przez naruszenie przy ocenie i wyborze oferty w postępowaniu zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz dążenie do udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o:

- unieważnienie oceny oferty złożonej przez Konsorcjum PBG oraz czynności wyboru złożonej przez Konsorcjum PBG oferty,

4

-
- dokonanie ponownej oceny oferty złożonej przez Konsorcjum PBG i w jej wyniku:
 - a) wykluczenie Konsorcjum PBG z postępowania,

- b) odrzucenie oferty złożonej przez Konsorcjum PBG,
- c) dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez odwołującego,
- przeprowadzenie dowodów z dokumentów wskazanych w uzasadnieniu odwołania,
- zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego w całości.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podniósł, iż w dniu 13 czerwca 2012 r. Sąd Rejonowy Poznań - Stare Miasto w Poznaniu, Wydział XI Gospodarczy do Spraw Upadłościowych i Naprawczych wydał postanowienie o ogłoszeniu upadłości PBG S.A. (jednego z wykonawców wchodzących w skład Konsorcjum PBG) z możliwością zawarcia układu. Odwołujący wskazał również, że jak wynika z informacji podanych przez Bank Millennium, Bank Milenium wypowiedział PBG umowę o linię na gwarancje bankowe. Dodatkowo, odwołujący wskazał na informacje podane przez PBG, że żądanie natychmiastowego wykupu obligacji złożył Pioneer Pekao Towarzystwo Funduszy Inwestycyjnych oraz Union Investment Towarzystwo Funduszy Inwestycyjnych.

Odwołujący wskazał, że w związku z dyspozycją art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp ogłoszenie postępowania upadłościowego w stosunku do wykonawcy pociąga za sobą jego wykluczenie niezależnie od tego czy ogłoszono upadłość dłużnika z możliwością zawarcia układu, czy też upadłość obejmującą likwidację majątku dłużnika.

Odwołujący zwrócił także uwagę na treść art. 45 ust. 2 pkt a i b) Dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi stwierdzając, że przepisy dyrektywy, które w tym zakresie powinny być stosowane bezpośrednio, wyraźnie wskazują, iż w sytuacji, w której jest PBG S.A. nie ma prawnej możliwości zawarcia z tym wykonawcą umowy.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego zgłosili:

- w dniu 20 czerwca 2012 r. Konsorcjum PBG po stronie zamawiającego,
- w dniu 21 czerwca 2012 r. wykonawca POSCO Engineering & Construction Co., Ltd. po stronie odwołującego.

Pismem z dnia 29 czerwca 2012 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, iż uwzględni odwołanie w całości. W opinii zamawiającego, nie ulega wątpliwości, iż w stanie faktycznym niniejszej sprawy zachodzi przesłanka wykluczenia –

5

ogłoszono upadłość PBG S.A. i nie zawarto jeszcze układu zatwierdzonego prawomocnym postanowieniem sądu. Zamawiający wskazał, iż w sytuacji, gdy w odniesieniu do wykonawcy zachodzą przesłanki wykluczenia już po zakończeniu tzw. etapu prekwalifikacji w przetargu ograniczonym, po zawiadomieniu wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej, zasady uczciwej konkurencji i legalizmu nakazują uchylenie przez zamawiającego czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i wykluczenie wykonawcy. Zamawiający podkreślił, iż na przeszkodzie do podjęcia takich działań nie stoją żadne przepisy prawa – ustawa Pzp nie ogranicza w żaden sposób momentu, na który powinno być stwierdzone zaistnienie przesłanki wykluczenia wykonawcy, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Zamawiający wskazał na ugruntowany w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej pogląd, iż zamawiający może z własnej inicjatywy powtórzyć czynności w postępowaniu.

Zamawiający zwrócił ponadto uwagę na funkcję art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w systemie zamówień publicznych stwierdzając, iż jego celem jest ochrona interesu publicznego w związku z ogromnym ryzykiem powierzenia realizacji zamówienia publicznego wykonawcy, który stał się niewypłacalny i nie wykonuje swoich zobowiązań. Przepis ten, jak zauważył zamawiający, ma eliminować wykonawców niewiarygodnych, niezdolnych do wykonania zamówienia. W ocenie zamawiającego, uznanie, że nie ma podstaw do wykluczenia wykonawcy, który ogłosił upadłość po ocenie wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a przed podpisaniem umowy, prowadziłoby do absurdu, bowiem oznaczałoby, że wykonawca, którego upadłość ogłoszono po wyborze oferty musi być uznany za wiarygodnego, a wykonawca, który pozostawał w upadłości już wcześniej, za niewiarygodnego. Ponadto, zamawiający uznał, że podpisanie umowy z wykonawcą w stanie upadłości byłoby sprzeczne z zasadami gospodarowania środkami publicznymi, bowiem powierzenie realizacji zamówienia wykonawcy, który jest w tej sytuacji niewypłacalny i niewiarygodny nie gwarantowałoby terminowej realizacji zadania.

Zamawiający zwrócił też uwagę na dyspozycję art. 45 Dyrektywy, który posługuje się pojęciem „wykluczenia z udziału w zamówieniu”, podczas gdy zgodnie z art. 1 ust. 2 lit. a

Dyrektywy zamówienie oznacza umowę. Zamawiający podkreślił ponadto, że przy interpretacji prawa krajowego należy uwzględniać reguły zawarte w dyrektywach – w sytuacji wadliwej lub niepełnej implementacji dyrektywy do porządku krajowego zachodzi konieczność takiej jego wykładni, aby uwzględniało ono rezultat określony w dyrektywie. W tym kontekście, w opinii zamawiającego, nie sposób uznać, że ustawodawca ograniczył możliwość wykluczenia wykonawcy wyłącznie do etapu prekwalfikacji. Z przepisów dyrektywy jednoznacznie wynika, jak stwierdził zamawiający, że wykonawca podlegający wykluczeniu nie może brać udziału w wykonaniu zamówienia, a zatem nie może z nim być zawarta umowa.

6

W dniu 29 czerwca 2012 r. Konsorcjum PBG zgłosiło sprzeciw wobec uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

Na rozprawie strony i uczestnicy postępowania podtrzymali swoje dotychczasowe stanowiska. Konsorcjum PBG podtrzymało oświadczenie z dnia 29 czerwca 2012 r. o zgłoszeniu sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

Izba dokonała następujących ustaleń:

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 3 maja 2011 r. pod nr 2011/S 85 – 139127.

Wartość zamówienia została oszacowana na kwotę 859 020 000 PLN, co stanowi równowartość 223 761 396,20 euro.

Termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu został wyznaczony na dzień 4 lipca 2011 r. godz. 11:00. W terminie tym wnioski złożyło 13 wykonawców.

W wyniku oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu zamawiający zaprosił do składania ofert 5 wykonawców spośród 6 spełniających warunki.

W terminie składania ofert wyznaczonym na dzień 13 lutego 2012 r. godz. 12:00 oferty złożyło 4 wykonawców. Jedna z ofert została odrzucona. Pozostałe oferty otrzymały następującą punktację:

- Konsorcjum PBG – 87,99 pkt,
- odwołujący – 86,24 pkt,
- POSCO Engineering & Construction Co., Ltd. – 72,55 pkt.

W dniu 16 maja 2012 r. zamawiający poinformował wykonawców o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum PBG.

W postanowieniu z dnia 13 czerwca 2012 r. Sąd Rejonowy Poznań – Stare Miasto w Poznaniu Wydział XI Gospodarczy do Spraw Upadłościowych i Naprawczych postanowił m.in.:

1. ogłosić upadłość dłużnika PBG S.A. z siedzibą w Wysogotowie z możliwością zawarcia układu z wierzycielami,
2. wyznaczyć sędziego komisarza w osobie SSR Łukasza Lipowicza,

7

-
3. ustanowić zarząd własny upadłego nad mieniem wchodzącym w skład masy upadłości,
 4. wezwać wierzycieli upadłego, by w okresie trzech miesięcy od daty ukazania się obwieszczenia w prasie o ogłoszeniu upadłości zgłosili swoje wierzytelności wobec upadłego,
 5. wezwać osoby, którym przysługują prawa oraz prawa i roszczenia osobiste ciężące na nieruchomościach należących do upadłego, jeżeli nie zostały ujawnione przez wpis w księdze wieczystej, do ich zgłoszenia w terminie trzech miesięcy, pod rygorem utraty prawa powoływania się na nie w postępowaniu upadłościowym.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a w szczególności treść postanowienia Sądu Rejonowego Poznań – Stare Miasto w Poznaniu, Wydział XI

Gospodarczy do Spraw Upadłościowych i Naprawczych z dnia 13 czerwca 2012 r., sygn. akt XI GU 149/12, oraz stanowiska stron i uczestników postępowania, zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu rozprawy, zważyła co następuje.

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, że odwołujący, jako wykonawca, którego oferta została sklasyfikowana na drugim miejscu pod względem kryteriów oceny ofert, legitymuje się interesem we wniesieniu odwołania. Zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu w dostateczny sposób potwierdza wykazanie się przez odwołującego interesem w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia i możliwością poniesienia w tym zakresie potencjalnej szkody, co z kolei wskazuje na wypełnienie materialnoprawnej przesłanki skutecznego wniesienia odwołania, o której to przesłance mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba, rozpoznając odwołanie w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu, uznała je za zasadne.

Zasadniczą kwestią wymagającą rozstrzygnięcia przez Izbę w przedmiotowej sprawie jest możliwość dokonania przez zamawiającego weryfikacji wykonawcy pod kątem spełniania warunku określonego w art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp z uwzględnieniem okoliczności zaistniałych po dacie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

8

Izba nie przychyliła się do stanowiska Konsorcjum PBG, iż ustawodawca w art. 26 ust. 2a ustawy Pzp „określił datę w jakiej Zamawiający może dokonywać weryfikacji wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego pod kątem spełniania przez nich warunków udziału w postępowaniu i braku przesłanek do wykluczenia”. Zgodnie z art. 26 ust. 2a ustawy Pzp wykonawca na żądanie zamawiającego i w zakresie przez niego wskazanym jest zobowiązany wykazać odpowiednio, nie później niż na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub składania ofert, spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 i brak podstaw do wykluczenia z powodu niespełniania warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp. Ww. przepis precyzuje zatem moment, na który wykonawcy zobowiązani są wykazać spełnianie postawionych przez zamawiającego warunków, jak też brak podstaw do wykluczenia, oraz cel, w jakim dokumenty są żądane. Z drugiej strony przepis ten stanowi swego rodzaju gwarancję dla wykonawców, że zamawiający nie będzie żądał od nich dokumentów innych, niż aktualne na dany moment.

Izba stwierdziła, że co do zasady, zamawiający prowadzący postępowanie zobowiązani są oceniać treść złożonych dokumentów na dzień składania wniosków lub ofert. Jednak ustawa Pzp w żadnym miejscu nie ustanawia zakazu weryfikacji wykonawców na późniejszym etapie postępowania w przypadku zaistnienia okoliczności uzasadniających wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu.

Zasadność takiej weryfikacji wykonawcy pod kątem braku podstaw do wykluczenia z udziału w postępowaniu z uwagi na przesłankę określoną w art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp potwierdzają podstawowe zasady udzielania zamówień publicznych, jak zasada konkurencyjności, równego traktowania i przejrzystości postępowania, których zamawiający, jak również wszyscy uczestnicy postępowania, zobowiązani są przestrzegać na każdym etapie postępowania, i których naruszenie prowadzi do jego wadliwości.

Weryfikacja taka jest dopuszczalna ponadto ze względu na zasadę zamieszczoną w art. 7 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którą zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Nie ulega wątpliwości, iż wykonawcą wybranym zgodnie z przepisami ustawy Pzp będzie ten podmiot, który nie podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu i który złożył ofertę nie podlegającą odrzuceniu. Jeżeli zatem w toku postępowania zamawiający stwierdzi, iż zachodzą przesłanki obligujące go do wykluczenia wykonawcy z postępowania lub odrzucenia jego oferty, zobowiązany jest to uczynić - art. 24 ust. 1 i 2 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 ustawy Pzp statuują bezwzględny obowiązek zamawiającego podjęcia stosownych działań w sytuacji, gdy zamawiający stwierdzi, że zaktualizowały się przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania lub odrzucenia jego oferty.

9

Na prawidłowość takiej interpretacji ww. przepisów wskazuje art. 44 Dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi, zgodnie z którym zamówień udziela się po zweryfikowaniu przez instytucje zamawiające predyspozycji wykonawców, którzy nie zostali wykluczeni zgodnie z art. 45 Dyrektywy (w przepisie tym jako podstawy wykluczenia wskazano znajdowanie się wykonawcy w stanie upadłości lub likwidacji, objęcie działalności wykonawcy zarządem sądowym, zawarcie umowy z wierzycielami, zawieszenie działalności gospodarczej lub znajdowanie się w analogicznej sytuacji, wynikającej z podobnej procedury zgodnej z krajowymi przepisami ustawowymi i wykonawczymi (ust. 2 lit. a), jak też stanie się przez wykonawcę przedmiotem postępowania o ogłoszenie upadłości, o wydanie nakazu przymusowej likwidacji, o ustanowienie zarządu sądowego, postępowania układowego z wierzycielami (ust. 2 lit. b) lub innego podobnego postępowania zgodnego z krajowymi przepisami ustawowymi i wykonawczymi). Izba przychyliła się do stanowiska przystępującego Konsorcjum PBG, że w zakresie regulacji dotyczących wykluczenia wykonawców brak jest podstaw do bezpośredniego stosowania przepisów Dyrektywy, jednak interpretując wprowadzone do porządku krajowego regulacje należy dążyć do takiego ich rozumienia, aby w najwyższym stopniu pokrywały się z treścią uregulowań Dyrektywy.

Wbrew twierdzeniom przystępującego Konsorcjum PBG, na przeszkodzie weryfikacji decyzji zamawiającego w stanie faktycznym niniejszej sprawy nie stoi treść art. 2 pkt 7a ustawy Pzp, zgodnie z którym postępowanie o udzielenie zamówienia to postępowanie w celu dokonania wyboru oferty wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. Zawarta w ww. przepisie definicja nie określa wprost momentu zakończenia postępowania. Wskazać w tym miejscu należy, że ustawa Pzp określa m.in. zasady i tryb udzielania zamówień publicznych (art. 1 ustawy Pzp). Co więcej, w art. 2 pkt 13 ustawy Pzp jest mowa o zamówieniu publicznym jako umowie odpłatnej zawieranej między zamawiającym a wykonawcą. Uznać należy zatem, że postępowanie o udzielenie zamówienia kończy się nie wyborem oferty najkorzystniejszej, a z chwilą zawarcia umowy, co potwierdził Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 17 grudnia 2010 r., sygn. akt III CZP 103/10.

Rozpoznając przedmiotową sprawę Izba miała na względzie, że zamawiający prowadząc postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego dąży do zawarcia nie podlegającej unieważnieniu umowy o zamówienie publiczne. O zawarciu ważnej umowy można mówić jedynie wówczas, gdy jest ona efektem prawidłowo prowadzonego postępowania, którego jednym z kluczowych elementów jest ocena spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu. Celem wprowadzonej do ustawy Pzp instytucji warunków udziału w postępowaniu jest umożliwienie zamawiającemu wyboru

10

wykonawcy, który w najwyższym stopniu posiada predyspozycje do prawidłowej realizacji zamówienia, a także ochrona zamawiającego przed nienależytym wykonaniem lub niewykonaniem zamówienia. Do warunków udziału w postępowaniu zalicza się nie tylko warunki wskazane w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, ale także podstawy wykluczenia określone w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp ustalające status publicznoprawny wykonawcy.

Z uwagi na fakt, iż zamówienia publiczne finansowane są ze środków publicznych, którym należy się szczególna ochrona, ustawodawca ustanowił, że środki te mogą być przekazane wyłącznie podmiotom o określonych cechach, spełniających postawione w ustawie warunki publicznoprawne. Co za tym idzie, udzielenie zamówienia wykonawcy, który posiada cechę, która wyłącza go w świetle ustawy z kręgu podmiotów „wiarygodnych” stanowiłoby naruszenie przepisów prawa. Powyższe jest szczególnie uzasadnione w odniesieniu do przesłanki wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, bowiem udzielenie zamówienia podmiotowi, którego upadłość ogłoszono, stanowi ryzyko niewykonania zamówienia i zagraża interesowi publicznemu.

Argumentu dla zaniechania wykluczenia nie może stanowić okoliczność, iż podmiotem ubiegającym się o udzielenie przedmiotowego zamówienia nie jest PBG S.A., ale konsorcjum składające się z czterech wykonawców. Na podstawie art. 23 ust. 3 ustawy Pzp wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia należy traktować jednakowo z wykonawcą samodzielnie występującym w postępowaniu. Ponadto, podstawy do wykluczenia zawarte w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp badane są w odniesieniu do każdego z wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, nawet jeśli czyni to w konsorcjum

z innymi podmiotami.

Mając powyższe na uwadze Izba uznała, że w stanie faktycznym niniejszej sprawy weryfikacja wykonawcy pod kątem zaistnienia przesłanki wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp z uwzględnieniem okoliczności ogłoszenia upadłości PBG S.A. po upływie terminu składania wniosków jest uprawniona.

Izba stwierdziła, iż w przedmiotowym stanie faktycznym sytuacja PBG S.A. wypełnia ustawowe znamiona podstawy wykluczenia wskazanej w art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Przepis ten przewiduje bezwzględną przesłankę wykluczenia wykonawcy, w stosunku do którego otwarto likwidację lub którego upadłość ogłoszono. Ustawa w przepisie tym ustanawia wyjątek pozwalając pozostawić w postępowaniu wykonawców, którzy po ogłoszeniu upadłości zawarli układ zatwierdzony prawomocnym postanowieniem sądu, jeżeli układ nie przewiduje zaspokojenia wierzycieli przez likwidację majątku upadłego.

Jak wynika z postanowienia Sądu Rejonowego Poznań – Stare Miasto w Poznaniu, Wydział XI Gospodarczy do Spraw Upadłościowych i Naprawczych z dnia 13 czerwca 2012

11

r. Sąd postanowił ogłosić upadłość PBG S.A. z możliwością zawarcia układu z wierzycielami. Układ ten jednak dotąd nie został zawarty, zatem na chwilę obecną nie materializuje się wyjątek zawarty w art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Zasadność wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu w niniejszej sprawie nie tworzy obowiązku zamawiającego badania spełniania przez wykonawców warunków „nie tylko przez cały okres jego trwania, ale również po zakończeniu postępowania”, jak stwierdził przystępujący Konsorcjum PBG na rozprawie. Jak wskazano powyżej, zasadą jest, że zamawiający bada ocenę spełniania warunków na dzień składania odpowiednio wniosków lub ofert. Jeżeli jednak zamawiający po dokonaniu takiej weryfikacji, przed podpisaniem umowy poweźmie informacje o podstawie wykluczenia wynikającej ze statusu publicznoprawnego wykonawcy, tj. podstawie zawartej w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp, zobowiązany jest poddać informacje te badaniu.

Izba stwierdziła ponadto, że wykluczenie Konsorcjum PBG na obecnym etapie postępowania jako sytuacja wyjątkowa nie świadczy o nieprawidłowości czynności badania wniosków czy oceny ofert dokonanych przez zamawiającego – czynności te na moment ich dokonywania były prawidłowe. Jednak z uwagi na ujawnienie się nowych okoliczności skutkujących wykluczeniem Konsorcjum PBG konieczne jest unieważnienie przeprowadzonych czynności i wykluczenie przystępującego Konsorcjum PBG, a co za tym idzie, odrzucenie złożonej przez tego wykonawcę oferty. Z uwagi na powyższe, Izba nie nakazywała ponownego badania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, ale wykluczenie przystępującego Konsorcjum PBG w ramach czynności badania i oceny ofert.

Izba nie wzięła pod uwagę złożonych na rozprawie przez Konsorcjum PBG fragmentu komentarza do ustawy Pzp pod redakcją Stefana Babiarza oraz artykułu zamieszczonego w Dzienniku Gazeta Prawna w dniu 27 czerwca 2012 r. pod tytułem „Przepisy nie przewidują playty w trakcie przetargu” uznając, że jako odzwierciedlenie prywatnego stanowiska autorów nie mogą stanowić dowodu w niniejszej sprawie.

Mając na uwadze powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

12

O kosztach postępowania Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania. Izba, działając w oparciu o § 5 ust. 2 pkt 2) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) zasądziła także od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: PBG S.A. w upadłości układowej, PBG ENERGIA Sp. z o.o., Constructions Industrielles de la Mediterranee S.A., Control Process S.A. - na podstawie przedłożonych do akt sprawy rachunków - uzasadnione koszty stron obejmujące koszty wynagrodzenia pełnomocników oraz dojazdu na wyznaczone posiedzenie Izby.

Przewodniczący:

.....

.....