

WYROK
z dnia 15 stycznia 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kawa

Protokolant: Paulina Zielenkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 stycznia 2016 r. w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 stycznia 2016 r. przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia **POL-KOM-TECH Sp. z o.o., Wołowice 468, 32-070 Czernichów** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Kalwaria Zebrzydowska, ul. Mickiewicza 7, 34-130 Kalwaria Zebrzydowska**

orzeka:

- 1. Uwzględnić odwołanie i nakazać zamawiającemu unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nakazać ponowne badanie i ocenę ofert wraz z uwzględnieniem oferty odwołującego.**
2. kosztami postępowania obciążyć **Gminę Kalwaria Zebrzydowska, ul. Mickiewicza 7, 34-130 Kalwaria Zebrzydowska** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7. 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy, pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez **POL-KOM-TECH Sp. z o.o., Wołowice 468, 32-070 Czernichów** tytułem wpisu od odwołania ;
 - 2.2. zasądza od Gminy Kalwaria Zebrzydowska, ul. Mickiewicza 7, 34-130 Kalwaria Zebrzydowska na rzecz odwołującego POL-KOM-TECH Sp. z o.o., ul. Wołowice 468, 32-070 Czernichów kwotę 10 400 zł, 00 gr** (słownie: dziesięć

1

tysięcy czterysta złotych, zero groszy) stanowiącą zwrot poniesionych kosztów z tytułu uiszczzonego wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 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:

2

UZASADNIENIE

Gmina Kalwaria Zebrzydowska ul. Mickiewicza 7, 34-130 Kalwaria Zebrzydowska, dalej zwana także „Zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „całoroczne utrzymanie czystości na terenie miasta Kalwaria Zebrzydowska oraz czystości na przystankach autobusowych na terenie miasta i gminy Kalwaria Zebrzydowska w roku 2016” (nr postępowania: ZP.27J.16.2015).

W dniu 29 grudnia 2015 roku Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty za którą została uznana oferta złożona przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Komunalne KALTEKS sp. z o.o. w Kalwarii Zebrzydowskiej, ul. Sowińskiego 16.

Od takiej czynności Zamawiającego wykonawca POL-KOM-TECH Sp. z o.o. Wołowice 468, 32-070 Czernichów, dalej zwany także „Odwołującym” złożył w dniu 04

stycznia 2016 roku odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (KIO).

We wniesionym odwołaniu zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy Pzp, które miało istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, tj. naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 oraz art. 7 ust. 1 ustawy, poprzez uznanie, że Odwołujący nie przedłożył wymaganych w postępowaniu dokumentów, a tym samym powinien zostać wykluczony z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Podnosząc powyższe wnioś o:

1. nakazanie Zamawiającemu, unieważnienia czynności wykluczenia i odrzucenia oferty Odwołującego,
2. nakazanie Zamawiającemu powtórzenie czynności oceny ofert złożonych w udzielenie zamówienia publicznego postępowaniu o
3. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania.

Odnosząc się do powyższych zarzutów i żądań w pierwszej kolejności stwierdził, że biorąc pod uwagę zaferowane ceny złożonych ofert, a także fakt, iż kryterium oceny ofert stanowiła przede wszystkim cena, to uznać należy, iż gdyby oferta Odwołującego nie została odrzucona przez Zamawiającego na skutek naruszenia wyżej powołanych przepisów, powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza.

Wskazał, że Zamawiający w uzasadnieniu wyboru najkorzystniejszej oferty stwierdził, iż Odwołujący nie przedłożył wymaganych w postępowaniu dokumentów, tj. aktualnego wyciągu z Rejestru Przedsiębiorców KRS.

Na podstawie przedłożonego przez Odwołującego aktu notarialnego z dnia 23.09.2015r. stanowiącego protokół z nadzwyczajnego zgromadzenia wspólników spółki POL-KOM-TECH sp. z o.o., sporządzonego przez notariusza, Zamawiający uznał, iż zarówno Zarząd spółki, jak i jej nazwa oraz siedziba uległy zmianie, co nie znalazło odzwierciedlenia w złożonym w toku postępowania wyciągu z KRS dotyczącym Odwołującego. Tym samym, zdaniem Zamawiającego, Odwołujący nie wykazał, że spełnia warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Odwołujący podniósł iż nie można zgodzić się z tym stanowiskiem Zamawiającego. Zarówno w wezwaniu do przedłożenia kompatybilnych dokumentów, otrzymanym przez Odwołującego dnia 18.12.2015 r., jak i w informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz o wykluczeniu Odwołującego z niniejszego postępowania, otrzymanej przez Odwołującego w dniu 29.12.2015r., Zamawiający nie przedstawił żadnych faktów, z których wywiódł, iż firma spółki „POL-KOM-TECH sp. z o.o.” została zmieniona. Ponadto Zamawiający konsekwentnie używa błędnej nazwy spółki Odwołującego, pomijając skrót „sp. z o.o.”, zarówno w rzeczonym wezwaniu, jak i w informacji z dnia 29.12.2015r.

Odwołujący przyznaje, iż przedłożony przez niego wyciąg z KRS nie był aktualny odnośnie składu osobowego Zarządu spółki POL-KOM-TECH, jednak stan Zarządu spółki został wystarczająco udokumentowany załączonym przez Odwołującego do oferty aktem notarialnym z dnia 23.09.2015r. Ponadto w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 18.12.2015r., Odwołujący, oprócz ponownego przedłożenia rzeczonego aktu notarialnego, dla jeszcze większego uwiarygodnienia informacji o dokonanej zmianie Zarządu Odwołującego, załączył także wniosek do Sądu o wpisanie zmiany danych w Rejestrze Przedsiębiorców.

W świetle przytoczonych zdaniem Odwołującego niewątpliwym był fakt, iż zmiana Zarządu spółki POL-KOM-TECH nastąpiła w dniu podjęcia przedmiotowej uchwały przez Nadzwyczajne zgromadzenie wspólników, choć nie została uwidoczniła w KRS, to okoliczność iż spółka posiada prawidłowo wybrany zarząd ta nie powinna budzić, żadnych wątpliwości po stronie Zamawiającego. Dlatego też Odwołujący stał na stanowisku, że brak jest podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania z powodu nieujawnienia w KRS aktualnego składu osobowego zarządu spółki POL-KOM-TECH Sp. z o.o..

Ponadto w zakresie zarzutu nieujawnienia w KRS zmiany siedziby spółki POL-KOM-TECH, Odwołujący wskazał, iż nieaktualny adres spółki zamieszczony w rejestrze sądowym nie może być podstawą do wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy, tym bardziej, że rozbieżność ta została przez Odwołującego dostatecznie wyjaśniona poprzez załączenie do oferty ww. aktu notarialnego. Jak bowiem sam Zamawiający zauważył w informacji z dnia 29.12.2015r., obowiązek załączenia do oferty

podstaw do wykluczenia w oparciu o art. 24 ust. 1 ustawy. Tymczasem kwestia siedziby spółki nie ma żadnego znaczenia dla stwierdzenia, czy zachodzą co do wykonawcy podstawy do wykluczenia na podstawie powyżej powołanego przepisu ustawy. Ponadto wskazał, iż w dniu 28.12.2015r. zmiana siedziby oraz składu osobowego Zarządu spółki POL-KOM-TECH została wpisana do krajowego rejestru sądowego, co oznacza, że na dzień podejmowania zaskarżonej czynności przez Zamawiającego stan ujawniony w KRS był zgodny z informacjami przekazanymi Zamawiającemu przez Odwołującego w toku postępowania, potwierdzonymi przedłożonymi Zamawiającemu, uwierzytelnionymi odpisami ze stosownych dokumentów, a tym samym, że odpisy dokumentów przedkładane w toku postępowania przez Odwołującego były rzetelne i wiarygodne.

Powyższa okoliczność, zdaniem Odwołującego przeczy jednocześnie stwierdzeniu Zamawiającego, zawartemu w informacji przesłanej w dniu 29.12.2015r., jakoby wniosek Odwołującego o wpisanie zmian w KRS był „nieskuteczny”. W tym zakresie podał, że przedstawiony w informacji przesłanej przez Zamawiającego Odwołującemu dnia 29.12.2015r. pogląd o treści: „*skutek zmiany umowy spółki z o.o. następuje w stosunku do osób trzecich z chwilą wpisu zmiany do rejestru*” nie odnosi się do niniejszej sprawy. Podkreślił, że Odwołujący dostarczył Zamawiającemu wraz ze złożoną ofertą stosowne dokumenty, z których w sposób niepozostawiający żadnej wątpliwości wynikało, iż informacje zawarte w KRS odnośnie siedziby oraz składu osobowego zarządu spółki POL-KOM-TECH nie odpowiadają aktualnemu stanowi prawnemu.

W dalszej części odwołania Odwołujący podniósł zarzuty dotyczące nieprawidłowości w ofercie wybranej złożonej przez Przedsiębiorstwo Komunalne KALTEKS Sp. z o.o. w Kalwarii Zebrzydowskiej. Jednakże ze względu na brak podstaw prawnych do rozpatrywania przez Izbę tych zarzutów Izba uznała ich przedstawianie za niecelowe.

Zamawiający wniósł pisemną odpowiedź na odwołanie w której podtrzymał zasadność swojego stanowiska wyrażonego w informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty., w szczególności dotyczących skutków prawnych dokonanej zmiany wpisu siedziby spółki z o.o. w Krajowym Rejestrze Sądowym (KRS).

Ponadto dodał, że zgodnie z art. 22 ustawy o KRS „Wniosek o wpis do Rejestru powinien być złożony nie później niż w terminie 7 dni od dnia zdarzenia uzasadniającego dokonanie wpisu, chyba, że przepis szczególny stanowi inaczej”. Zwrócił uwagę na niekompatybilności przedłożonych dokumentów przez Odwołującego. Wskazał, że POL-KOM-TECH Sp. z o.o. w odwołaniu informuje, że sprostował rzekomo wszystkim wymaganiom i podnosi niezasadność aktualizacji wpisów do KRS. Natomiast od 23. września 2015 roku, dnia Nadzwyczajnego Zgromadzenia Wspólników Spółki pod firmą POL-KOM-TECH Sp. z o.o. z siedzibą w Kaszowie (adres spółki; 32-060 Liszki, Kaszów nr 213), Uchwałami 1,2,3, wprowadzono zmiany: zmieniony został Zarząd Spółki, zmieniono siedzibę spółki na

Wołowice, nowy adres: Wołowice 468, 32-070 Czernichów. Natomiast od tej daty do 16 grudnia 2015 r., bo z taką datą były potwierdzane za zgodność dokumenty POL-KOM-TECH Sp. z o.o. upłynęło 84 dni, w ciągu których POL-KOM-TECH Sp. z o.o. posługuje się KRS i danymi spółki sprzed 23 września 2015 roku. Zauważył, że Odwołujący w przedłożonym odwołaniu na czynność zamawiającego z dnia 29.12.2015 r. marginalizuje obowiązek aktualizacji zmian w Spółce (zmian dotyczących siedziby Spółki POL-KOM-TECH w KRS) i starał się uzasadnić oraz wskazać na nieistotność danych tam zawartych w podejmowaniu decyzji przez Zamawiającego.

Stwierdził, że Zamawiający rozstrzygając przedmiotowy przetarg, po dostarczeniu uzupełnionych dokumentów przez Odwołującego uznał, że wobec w/w uchybień w dokumentacji Odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu i podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 3 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych. Na mocy art. 89 ust. 1 pkt. 5 Pzp, w związku z art. 24 ust. 3 i 4 powołanej ustawy, zamawiający odrzucił ofertę złożoną przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu.

Zamawiający odniósł się także do zarzutu Odwołującego co do zarzucanego braku staranności wobec oferty wybranej i szczególną nadgorliwością i nadmiernym

biurokratyzmem wobec oferty Odwołującego. W tym zakresie podał, że oferta wykonawcy wybranego była prawidłowa, również w zakresie umocowania osoby ją podpisującej, gdyż przedsiębiorstwo KALTEKS Spółka z o.o. na lokalnym rynku w niezmienionej formie funkcjonuje od 1993 roku, zatrudnia 16 osób na umowę o pracę, a reprezentanci Spółki nie zmieniają się i są znani od lat w środowisku lokalnym.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron postępowania przedstawione na piśmie i do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy Izba uznała iż zarzut niezasadnego wykluczenia odwołującego z postępowania potwierdził się i wobec tego odwołanie zostało uwzględnione.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Jednocześnie Izba stwierdziła, że wypełniono materialno-prawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Na wstępie stwierdzić także należy, że postępowanie dotyczy udzielenia zamówienia o wartości poniżej tzw. progów unijnych. Tym samym przedmiotem odwołania i rozstrzygania przez Izbę mogą być tylko zarzuty wynikające z czynności Zamawiającego objęte przepisem

6

art. 180 ust.2 ustawy Pzp. Tym samym, poza powyższym skrótowym zasygnalizowaniem stanowisk wobec oferty wybranej, zarzuty te, jako niedotyczące zakresu wskazanego w ww. przepisie, nie mogły być przedmiotem zaskarżenia i rozstrzygania przez Izbę.

Na wstępie wskazać należy także, że Zamawiający w informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty podał, że:, cyt. „Wykonawca pismem z dnia 22.12.2015 roku złożył wyjaśnienie w postaci przedłożenia tylko dodatkowych dokumentów potwierdzających starania POL-KOM-TECH o dokonanie zmian w KRS lecz nieskutecznych, a zatem nie przedłożył wymaganych dokumentów, w związku z czym nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu i podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 3 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych. Na mocy art. 89 ust. 1 pkt. 5 Pzp, w związku z art. 24 ust. 3 i 4 powołanej ustawy, zamawiający odrzuca ofertę złożoną przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu. Dokonując literalnej analizy powyższych sformułowań obejmujących opis uzasadnienia czynności Zamawiającego pośrednio wystąpił problem, czy Odwołujący został tylko wykluczony z postępowania, czy też także jego oferta została odrzucona. Rozpytany na tą okoliczność pełnomocnik Zamawiającego na rozprawie oświadczył, że „że odwołujący został wykluczony z postępowania, a dodatkowo jego oferta została odrzucona”.

Podkreślenia wymaga kwestia, że Zamawiający w informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty winien w sposób jednoznaczny określić czy wykonawca nie spełnia tylko warunków podmiotowych czy przedmiotowych, czy też obu łącznie, co przekłada się na konkretne uprawnienie Zamawiającego wobec wykonawcy i jego oferty.

W tym zakresie podkreślić należy, że od warunków podmiotowych określonych w art. 22 ust. 1 i 24 ust. 1 ustawy Pzp, należy odróżnić warunki przedmiotowe, a więc odnoszące się do przedmiotu zamówienia. Pierwsze odnoszą się do podmiotu/wykonawcy/ - ich niespełnienie skutkuje wykluczeniem wykonawcy z postępowania. Te drugie odnoszą się do opisu przedmiotu zamówienia i warunków wskazanych w SIWZ na jakich będzie realizowane zamówienie publiczne - ich niespełnienie skutkuje odrzuceniem oferty. Nie można zatem odrzucić oferty z powodu nie spełniania warunków podmiotowych (ofertę uznaje się za odrzuconą) i odwrotnie, nie można wykluczyć wykonawcy z postępowania z powodu nie spełniania warunków przedmiotowych(następuje odrzucenie oferty). Ustawa Pzp wyraźnie oddziela warunki udziału w postępowaniu od dokumentów jakie wykonawcy są zobowiązani przedłożyć na ich potwierdzenie.

Izba odnosząc się do tej kwestii stwierdza, że uszło uwadze zarówno Zamawiającemu jak i Odwołującemu, że czy innym jest uznanie oferty za odrzuconą (art. 24 ust.2 pkt 4 „ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą”) a czym innym odrzucenie oferty w oparciu o przepis art. 89 ust.1 pkt 1-8. Wprawdzie Zamawiający wskazał jako podstawę odrzucenia przepis art. 89 ust.1 pkt 5 ustawy Pzp, ale podstawa ta jest w tym

7

przypadku nieadekwatna do trybu tego postępowania. Przepis art. 89 ust.1 pkt 5 należy interpretować łącznie z art. 24 ust. 4 Pzp, zgodnie z którym ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą. Ustawodawca rozróżnia odrzucenie oferty i uznanie oferty z mocy prawa za odrzuconą. Przepis z art. 89 ust.1 pkt 5 dotyczy możliwości odrzucenia oferty w postępowaniu wieloetapowym, gdzie prowadzi się odrębnie ocenę wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i odrębnie ocenę złożonych ofert. W takim postępowaniu wykonawca, który nie spełni warunków udziału w postępowaniu podlega wykluczeniu i nie zostaje zaproszony do składania ofert, a gdyby mimo to ofertę złożył to taka oferta podlega na podstawie przepisu art. 89 ust.1 pkt 5 Pzp odrzuceniu. Dlatego też uregulowanie z art. 89 ust 1 pkt 5 Pzp należy zastosować do wykonawcy niezaproszonego do składania oferty w postępowaniu wieloetapowym.

Przepisu tego nie stosuje się wobec tego do postępowania w trybie przetargu nieograniczonego, gdyż jest to postępowanie jednoetapowe i tutaj wykluczenie wykonawcy powoduje z mocy prawa uznanie złożonej oferty za odrzuconą. Tym samym w postępowaniu jednoetapowym w przypadku niespełniania warunków podmiotowych, Zamawiający wyklucza wykonawcę z postępowania i nie orzeka (jeśli nie zaistnieją samodzielne podstawy do odrzucenia) o odrzuceniu oferty. Również w tej sytuacji kwestionowaniu przez wykonawców w odwołaniu, może podlegać tylko wykluczenie z postępowania, gdyż w przypadku uchylenia czynności o wykluczeniu wykonawcy, złożona oferta, z mocy prawa przestaje być ofertą odrzuconą.

Podkreślić należy, że dla możliwości wykluczenia wykonawcy z postępowania niezbędne jest wskazanie podstawy prawnej wskazanej wprost w ustawie. Lista podstaw do możliwości wykluczenia wykonawcy z postępowania wskazanych w ustawie Pzp stanowi zamknięty katalog i sam Zamawiający nie może wprowadzać do SIWZ, czy też wywodzić dodatkowych pozaustawowych podstaw do wykluczenia wykonawcy, jak to miało miejsce w tym postępowaniu, gdzie Zamawiający za podstawę do wykluczenia uznał rozbieżność pomiędzy treścią złożonego odpisu z KRS, a stanem rzeczywistym wynikającym z Uchwał Zgromadzenia Wspólników Spółki.

Wskazany w tym zakresie jako podstawa wykluczenia Odwołującego przepis art. 24 ust 2 pkt 4 ustawy (nie wykazał spełnienia warunków udziału) nie może być samodzielną podstawą do wykluczenia wykonawcy, gdyż niezbędne jest konkretne wskazanie, jakiego warunku ustawowego, dotyczącego kryterium podmiotowego, dany wykonawca nie spełnił lub nie wykazał braku podstaw do wykluczenia.

Zamawiający jako podstawę do wykluczenia wskazał także przepis art. 24 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp dotyczący możliwości wykluczenia wykonawcy, który złożył nieprawdziwe informacje. Jednakże zarówno w informacji o wykluczeniu (art. 92 ust.1 pkt 3 Pzp) Odwołującego z postępowania oraz odpowiedzi na odwołanie trudno doszukać się chociażby

wzmianki, na czym to rzekome złożenie nieprawdziwych informacji miało polegać oraz, czy miało wpływ na wynik postępowania. Zamawiający nie przedstawił jakiegokolwiek analizy stanu faktycznego i prawnego, która mogłaby uzasadniać możliwość wykluczenia Odwołującego z postępowania w oparciu o ww. podstawę prawną.

Zgodnie z przepisem art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Z przepisu tego wynika zatem, iż aby wykluczyć wykonawcę z prowadzonego postępowania Zamawiający musi zbadać czy zostały spełnione łącznie dwie przesłanki: po pierwsze – stwierdzić fakt celowego złożenia przez wykonawcę w toku prowadzonego postępowania nieprawdziwych informacji, a po drugie – ustalić, że te nieprawdziwe informacje miały lub mogły mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Iżba oceniając dokumentację z przedmiotowego postępowania stwierdza, że brak jest podstaw (w zakresie podniesionym w odwołaniu) do uznania wystąpienia w ofercie wykonawcy POL-KOM-TECH sp. z o.o. przesłanek do uznania, że Odwołujący złożył nieprawdziwe informacje i aby informacje te miały wpływ na wynik postępowania. Trudno uznać podanie przez Odwołującego w ofercie nieprawdziwych informacji mających wpływ na jego wynik w sytuacji, kiedy Odwołujący dostarczył Zamawiającemu wraz ze złożoną ofertą stosowne dokumenty, z których w sposób niepozostawiający żadnej wątpliwości wynikało, iż informacje zawarte w KRS odnośnie siedziby oraz składu osobowego zarządu spółki POL-KOM- TECH nie odpowiadają

aktualnemu stanowi prawnemu.

Poza sporem pomiędzy stronami jest fakt, że Zamawiający wykluczył z postępowania Odwołującego, gdyż ten złożył ofertę w której podany skład zarządu oraz siedziba firmy była inna niż to wynikało z załączonego do oferty odpisu z KRS spółki. Z tego powodu Zamawiający uznał, że Odwołujący podlega wykluczeniu z postępowania.

Nawiązując do tej kwestii wskazać należy, że Zamawiający w SIWZ w pkt 6.2.2 postawił wymaganie, aby wykonawcy dla potrzeb ustalenia czy nie zachodzą przesłanki do wykluczenia wykonawcy z art 24 ust.1 pkt 2. Pzp złożyli:

Opierając się na treści powyższego stwierdzić należy, że przedmiotowe zaświadczenie miało wskazać czy przedsiębiorca nie jest w likwidacji albo w upadłości (art. 24 ust.1 pkt 2 Pzp) - i tym samym żadne inne informacje (poza danymi identyfikującymi przedsiębiorcę i datą wystawienia/wygenerowania zaświadczenia) nie były wymagane, a tym samym nie mogły być oceniane przez Zamawiającego.

9

Ponadto odnosząc się do czynności Zamawiającego podjętych w zakresie treści informacji z KRS to stwierdzić należy, że były one niezasadne i pozbawione podstaw prawnych.

Odnosząc się do niezgodności w wykazie członków zarządu z danymi w ofercie stwierdzić należy, że sam wpis w Krajowym Rejestrze Sądowym osób wchodzących w skład zarządu ma charakter jedynie deklaracyjny. Postanowienie sądu rejestrowego w zakresie wpisu nie kreuje, lecz stwierdza jedynie fakt powołania albo odwołania danej osoby. Tym samym powołanie lub odwołanie członka zarządu Uchwałą Zgromadzenia wspólników jest skuteczne i nie musi być dla ważności potwierdzone wpisem w KRS.

W tym zakresie zasadnym jest wskazanie na wyrok Sądu Najwyższego z 5 grudnia 2002 r. (I PKN 619/01), w którym sformułowana została teza, że „*odwołanie oraz wybór członka zarządu spółki z o.o. następuje na mocy uchwały zgromadzenia wspólników, której skuteczność nie zależy od dokonywania odpowiedniego wpisu w rejestrze KRS*”.

Wpis (lub jego brak) do rejestru danych członków zarządu, nie tworzy nowego stanu prawnego (także. wyrok SN z 7.7.2005 r., V CK 839/04).

Inna jest sytuacja prawna w zakresie zmiany siedziby spółki. Otóż spółka przenosząca swoją siedzibę do nowej innej niż dotychczas miejscowości ma prawo posługiwać się nowym adresem dopiero od chwili, gdy zostanie on wpisany do Krajowego Rejestru Sądowego. Wpis w Krajowym Rejestrze Sądowym ma bowiem w tym wypadku charakter konstytutywny, a to oznacza, że dopiero od chwili dokonania wpisu zmiana siedziby spółki jest skuteczna. Przenosząc tą kwestię na grunt przedmiotowego postępowania Izba w oparciu o ww. wymagania SIWZ stwierdza, że jedynym co w tej sprawie – w trakcie oceny ofert mógł zrobić Zamawiający, to w oparciu o przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 mógł dokonać poprawy omyłki Odwołującego w zakresie podanej w ofercie siedziby spółki i wskazany w ofercie adres siedziby spółki poprawić na adres dotychczasowy, czyli ten uwidoczniiony we wpisie do KRS złożonym wraz z ofertą. Oczywiście ta kwestia pozostaje już nieaktualna, gdyż – co jest faktem niespornym, Odwołujący przedłożył Zamawiającemu, jeszcze przed wyborem najkorzystniejszej oferty wypis z KRS, o zarejestrowaniu zmiany w wykazie członków zarządu oraz zmiany umowy spółki dotyczącej jej siedziby. W świetle powyższego niezasadne są też uwagi Zamawiającego co do skutków nieterminowego zgłoszenia zmian do sądu rejestrowego. Otóż wpis do KRS zmian w składzie zarządu ma charakter deklaracyjny i wystarczające dla Zamawiającego są dane z protokołu ze Zgromadzenia. Natomiast co do uchwały dot. zmiany umowy spółki w zakresie jej siedziby to istotnym dla spółki jest, aby zmiana ta została zarejestrowana w terminie 6-m-cy od jej podjęcia, gdyż po tym terminie Uchwała traci ważność (art. 256 § 3 k.s.h. w związku z art. 169 k.s.h.).

Wobec powyższego wykluczenie Odwołującego z postępowania było niezasadne.

10

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania i ustalenia, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust. 2 i 192 ust. 2 i 3 pkt.1 ustawy Pzp,

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt. 1a) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku 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).

Przewodniczący